



* 0014905000 *

0014905-000

324.92-Ty9962t

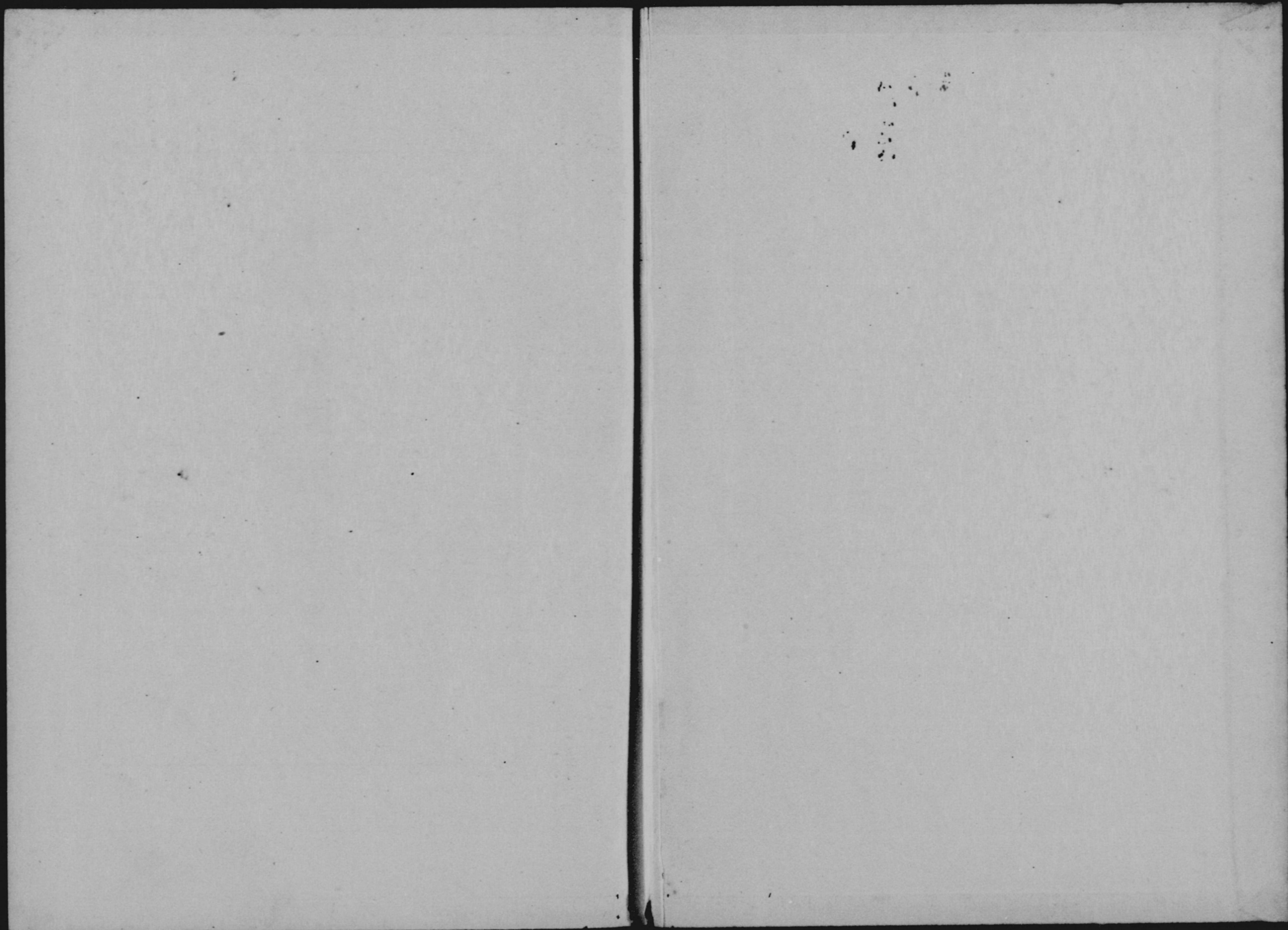
中華民國民法總則

中華民國法制研究会·編

中央大学出版部

1942 2版

ACE



中華民國民法 總則

中華民國法制研究會

324.92 Ty 9962大

序 文

中華民國の新たに制定したる法律が學問上の參考資料として如何なる價值を有するやは、十分研究の上でなければ俄に答へ得ない問題であるが、其研究解釋が我國の對支經營上絶大の價值を有するものたることは何人も信じて疑はざる所であらう。殊に所謂不平等條約は早晚改修せられ、在支外人の生命財産は擧げて之を中華民國の立法と司法の支配下に移すに至るべきことを豫期すべき今日に於て、其新法の研究解釋が一層の緊急性と重要性とを帶有し來つたことは斷言して憚らざる所である。

同學の舊友村上貞吉君は在支三十年、邦人辯護士の開祖であつて、内外人に關する幾多の法律事件を取扱ひ、其間實務的に又學理的に支那の法律制度及び慣習の



32869

研究に従事せられ、此點に關する蘊蓄の豊富なること邦人中君に比肩するものなしといふも過言であるまいと思ふ。昭和四年十二月某日、君は突然余の事務所を訪ひ一書を示して曰く「これは中華民國の國民政府が列國との間の不平等條約撤廢を期し、華府會議の決議に依つて懲通せられた國內法改正の第一著手として、制定公布した民法總則編の註釋であつて、外務省の囑託を受けて執筆したものである。清朝が主として日本の法制に倣つて立法したると異なり、國民政府は其建國の基調とせる三民主義を以て新立法の根幹とし、各國法制の長を採り其最新の法理を加味したのであるから、研究上相當の興味あると同時に、一面に於ては難解の點も亦尠くない。願はくは先づ一讀して、質疑に答へられたい」と。仍つて直ちに同書を通覽して次ぎの如く感じた。此法律は日本民法の外、獨逸、瑞西等の歐洲大陸法、其他種種の資料に基いて制定せられたもののやうであつて、法文を卒讀したのみでは容易に其意義を解得することを得ない。しかも精細に之を研究す

るは到底短日月の業ではないから、村上君の期待に副ふ爲めには、専門の學者を煩はし特別の研究を遂ぐるの他あるまい。而して民法總則編に續いて、物權、債權の各編、更に又會社其他の商事法及び刑事法の全般に亘つて權威ある譯註書を作ることを得たならば、學問上及び實際上裨益尠くない。仍つて即座に其趣を村上君に答へた。君は更に期する所あるかの如くにして辭去されたのであつた。果して翌五年一月再び余を訪うて懇談して曰く「其後外務省方面の諒解を得、又別に日華實業協會方面にも交渉の結果、有力者の後援を受くることに決定したから、是非君の信任せらるる新進氣鋭の學者にして、我學界の權威者として所期の著述を通じ支那方面に紹介するに足るべき人物を銓衡し、以て譯註書の完成を圖られんことを乞ふ」と。

村上君は嘗に同學の舊知たるのみならず、明治三十三年東京帝國大學卒業後、共に恩師故岡野敬次郎先生に率ゐられて農商務省に入り、日夕相見へた間柄であり、

且明治三十六年君の渡支後に於ても斷えず懇親を持續して居る三十年來の友人であるから、又況や今回の業たるや眞に有益なる重要事たることを疑はないのであるから、余としては事情の許す限り君の希望に副はんことを誓約したのである。而して君と協議の上、民商事法を先にし次で刑事法に及ぶの方針を決し、取敢へず東京帝國大學教授我妻榮、同大學大学院學生廣瀬武文、同大學教授法學博士田中耕太郎、同大學助教授鈴木竹雄の四君に學問的研究を囑託した。幸に四君の快諾を得たから、村上君と余を併せて六名を以て中華民國法制調査會なるものを組織し、其事務所を余の法律事務所内に置き、余自ら名義上の代表者と爲つたのである。然しながら其事業の經營と學術の研究とは主として他の五君の其任に當られる所である。尙ほ我妻教授の民法に於ける、田中教授の商法に於ける、學識の深淵且該博なるは世上自ら定評あつて、更めて紹介する必要はないと考へる。刑事法に付ても右教授と同等の學者を物色して、其入會を請ふつもりである。

本書は村上君が外務省及び日華實業協會の依頼に依り、非賣品として出版せられた中華民國民法總則編譯評を基礎とし法條の譯文及び立法の沿革に付ては主として君の執筆せられた所に任せ、外國立法例の詮索、日本民法及び判例との對照等學理的の推敲は専ら我妻、廣瀬二君の當られた所である。本書内容の確實優良なることに付ては更に言ふを俟たない所と信ずる。而して本書は中華民國法の特色とする所を示すを以て主眼として居るから、通常法律註釋書の如く、各條の立法理由と法理解釋とを精細に記述するの煩を避けて居ることは當然である。若し夫れ本書と我妻教授の名著『民法總則』とを併せ觀れば、以て中華民國民法總則の全般を闡明するに庶幾いものがあらう。

昭和六年八月

帝國學士院會員法學博士 松本 烝 治 識

凡例

一 條文の翻譯に當つては原文に忠實ならむことを期したのは勿論であるが、更に我民法の用語例にも能ふ限り適合せしむることを努めた。殊に術語は殆んど總て我民法の用語に改めた。原文に於ける用語を知らんとする人は卷末に添付した「用語對照」を参照せられたい。尙ほ翻譯に當つて、我外務省及び南滿洲鐵道株式會社の翻譯文及び川村宗嗣氏編著「日本民法令對照中華民國商法」を参照した。記して感謝の意を表す。外國語の譯文としては英佛兩語の譯文を手許に有するけれども参照の必要を認めなかつた。

一 各條につけた「立法例」は我民法を主としたものである。従つて我民法に最も近似するものについては我民法の法條を掲げたのみで他の立法例を省略した場合も尠くない。立法例を掲げる場合「日民」は日本民法、「獨民」は獨逸民法 (Uligenliches Gesetzbuch)、「瑞民」は瑞西民法 (Schweizerisches Zivilgesetzbuch)、「瑞債」は瑞西債務法 (Schweizerisches Obligationenrecht)、「佛民」は佛蘭西民法 (Code civil) の略語である。又各國法條の上の(類似、同趣旨)等の記載はその法條が類似若くは同趣旨の内容を有するか又は類似若くは同趣旨の目的を有するものなることを意味する。而して法條の上に何等の記載なきは同一の内容を有するものである。尙ほ外國法條の譯文については東季彦氏の譯著「全譯獨逸民法」、辰巳重純氏譯著「瑞西民法」及び水

口吉蔵氏譯著「日本民法商法對比瑞西債務法」に頁ふ所が多い。記して感謝の意を表す。

一 各條に於ける「日本民法との比較」を記するに當つては我國の通説及び判例によつて確定せる理論に従つた。従つて少數の反對説を無視した場合も絶無ではない。又重要な制度については「前註」を設け本法に於ける其制度の本質を闡明すると共に、これと我民法及び必要によつては獨瑞兩民法の當該制度との比較を「對照表」によつて示した。従つて本法の内容の概略を理解せんとする人は先づ前註並びに對照表によつて概略の知識を得、然る後その前註及び表中に指示した各條の説明を讀まざるを便宜とする。

一 各條の「註釋」は特に必要ありと認める場合に限つた。蓋し本書の目的から謂へば我民法との比較を明かにするをもつて足るのみならず立法例に指示せる日獨瑞佛各民法の當該法條の註釋を見れば本法の當該法條の内容は自ら明かになる譯だからである。

一 各條の「批評」は専ら本法の理論的構成の不備を指摘するに止めた。日獨瑞佛諸民法の弊を蒐めんと企圖した本法は往々にして夫れ自身の裡に統一を缺き矛盾を藏する結果に陥入つて居る。本書の批評はこの點を指摘するに努めたのである。但し總則編の規定と物權債權兩編の規定との矛盾不統一を指摘することは悉くこれを各編の當該法條に讀ることにした。仍ほ本法の批評としては本法が果して民國の現狀に適當なるものなりや否やの點が

ら論ずることが一層必要なるものであることは疑ない。然しこれを論ずる爲めには一面民國從來の慣習一般社會人の法律思想等を審にすると同時に、他面民國の戶籍、登記、公證その他總ての司法制度の運用の實狀と裁判官の實質とを明かにしなければならぬ。従つて我々は、本書に於ては、二三重要な點について希望と感想とを述べるに止め、その他は悉く民國の司法制度のも少し整備する日までこれを保留することとしたのである。

一 卷末の「條文索引」は我民法の規定に該當する本法の規定を知らんとする目的の下に作成せるものである。本書の本文の説明は専ら本法の規定を基礎としこれに對應する我民法の規定を闡明する立場から記述したものであるから反對に我民法の制度乃至規定が本法に於て如何に規定せらるるか知らんとする人はこの卷末の條文索引に指示する所によつて本書を閲讀せらるべきである。

目次

民法制定の沿革……………一

本論……………一七

第一章 法例……………一九

第二章 人……………二九

 第一節 自然人……………二九

 第二節 法人……………六〇

 第一款 通則……………六二

 第二款 社團……………八五

 第三款 財團……………一〇九

第三章 物……………一一八

第四章 法律行為……………一二三

- 第一節 通則……………一二三
- 第二節 行爲能力……………一二八
- 第三節 意思表示……………一四四
- 第四節 條件及び期限……………一六五
- 第五節 代理……………一七三
- 第六節 無効及び取消……………一九〇
- 第五章 期日及び期限……………二一二
- 第六章 消滅時效……………二二〇
- 第七章 權利の行使……………二五六
- 民法總則施行法……………二七五

用語對照
條文索引

民法制定の沿革

清朝の末葉に於て南方の重鎮であつた湖廣總督張之洞、兩江總督劉坤一の兩人は清朝に對して變法自彊の方策に關して連名奏議を爲したが、此一語變法自彊の聲調は之よりして忽ち支那南北の朝野に漲り、國家の強盛を圖るには法制を變革して民心を一新するに如くものはないといふ輿論を沸騰せしむるに至つた。茲に於てか當時の清朝當局に在ても此輿論を無視することが出来なかつたので遂に光緒三十三年七月五日の勅令を以て憲政編查館なるものを創設し、又同年十月二十七日に到つて法部に修訂法律館といふものを添設し、修訂法律大臣なる特別の官職を創設して斯界の碩學たる沈家本をして其職に當らせ専ら新法を制定して世界の進運に伴はんことを希つた。而して翌光緒三十四年即ち西曆千九百八年を其第一年度として逐年新法の制定に關する順序を定め其第一著の事業とし

て刑律を改修し民律を編訂せんとしたのである。

二

固より支那に在つては遠古周代に於て既に法制の燦然たるものあつたことは今更言ふまでもないことであるが、爾來漢代に漢律あり、唐代に唐律あるに到つて戸婚、錢債、田土、其他民刑一般に關する實體的及び手續的法規は殆んど完成の域に達したもので、明律又は清律の如きも僅かに其糟粕を嘗むるに過ぎない有様であつた。然るに泰西文明の東漸は漸く支那在來の法律上の基本觀念に動搖を與へた。殊に日清、日露の兩戰役に於ける日本の戰捷は著しく支那上下の神經を刺戟し、これ日本が夙に變法自彊の改革に努力した結果に外ならずとの觀念は年を逐ふて支那の朝野を浸潤するに至つて遂に右の如く法部修訂法律館の出現となり、民律草案の編纂となつたのである。最近南京國民政府が制定公布せし民法は此民律草案の後身として生れたものである。

右民律草案の編纂に當つては左に掲ぐる四箇の根本原則を定めて立法の要義とした。

一、現今文明國一般に認めらるる私法上の原則は支那古來の法律觀念より言へ

ば新奇なるものにてても大勢に順應して之を採擇すべきこと

二、各國の立法例中新舊學說の相違に依つて法律の規定を異にするものについては最も新らしい學說に基づく立法例を斟酌して採擇すべきこと

三、支那民族古來の風教に本づくものにして民族的又は教義的觀念に由來する因襲の久しきものは永く之を保持すべきであるから之と衝突の虞ある制法は之を設けざること

四、支那從來の法制は概して守舊に過ぎて創制に乏しいから此際時弊を匡救し陋習を打破して法制の改進を圖るべきこと

斯くて修訂法律館編纂の民律草案第一編より第三編に至る總則、債權及び物權の三編が先づ出來、引續て親族及び相續の二編も亦完成したが、素より成法として公布施行するには至らず唯單に民律草案として紹介せられたといふに過ぎなかつた。而も當時は清朝の末葉上下不穩の際であつて研覈の餘裕なく、唐突の間に於て作成せられたため其内容の如きも物權、親族及び相續の三編に於て僅かに支那在來の制法及び慣習を尊重した點がある許りで他は殆んど我が日本民法の翻

譯であると言つても敢て不當にあるまじき觀があつた。従つて到底法律として一舉に支那の南北全土全民の上に行ふことを得べき順應性を持たなかつた。併しながら強て其効果を擧ぐれば爾來總則編及び債權編一部の規定は一種の條理として認識せられ條理の成文化したものととして裁判上參考に供せられたことがあるといふ一事に過ぎなかつた。

革命に引續き兵馬匆忙の間に在ては何等立法事業の見るべきものなく、所謂變法自彊の進運は遅々として捗らず、獨り兵權の跋扈につれ司法權存在の影薄く司法部内の廓清も亦期するに由なかつた。此間の消息は革命の直後廣東代表羅文幹が司法部に致した呈文及び司法部が此呈文を基礎として國務院に對して爲した稟請の内容に徴するも明かである。是等の呈文及び稟請を仔細に検討すれば革命直後の支那司法界の實情を知るに充分であるが、特に注意すべきは羅文幹一派の識者が法制の不備を奇貨として其間種々の弊を弄ぶ司法界の腐爛せし事實を直視直言して速かに國內の法制を完備すべきことを囑々せる點である。其論悉く司法界現状の事實に立脚して忌憚なき進言を試み、此際民權の發揚と民福

の増進とを謀らんには司法制度の整備に如くものなく、新支那の民氣を一新して其興旺を期するも亦此外に適切なる方法はなしと切言し、主張の全幅を對内的根據の上に立て、敢て一語治外法權の回收、不平等條約の撤廢等に論及することなく、斯の如きは寧ろ内面の充實に伴ふべき當然の反映なりとする態度を示したるは眞に見上げたものと言ふべきであらう。これ特に茲に紹介すべき價值ありと信ずる所以である。

本部(司法部即ち清朝時代の法部)の草案に係はる民律及び民刑訴訟律草案は至急國務院に提出して其決議を経て頒布實施すべきの稟請(民國元年十二月五日)

逕啓中央司法會議は目下開會中であるが各省代表者の意見は司法に關する諸般の法律が今尙ほ頒布實施せられて居ないがために司法裁判の進行上不便なること僅少ならずといふに一致して居る。今回廣東代表の羅文幹が政府に呈請したる「暫行法律草案を速時頒布施行すべし」との意見書に付きて討議したる結果本會議出席者の多數も亦之に賛同し此際貴院(國務院)に轉達

して迅速に辨理せられんことを請ふべしといふに決した。査するに司法の獨立は法律の完成を先導とすべきであつて、各級の根本法律が完備し之を以て司法權獨立の根據と爲さざるに於ては人民は何等適從するところを知らざるばかりでなく、論議牴觸牽強附會して司法の本職を完ふすること得て望むべからざるに至るのである。現に近來各省の法院は訴案の發生する毎に其處理方について本部(司法部)に請訓して來るが其内容を見るに民事と刑事とに論なく何れも至急裁決を與へざるべからざるもの甚だ多大にして、本部としては已に提案したる法律草案の法理に依據して是等の請訓に對し臨機答覆を與ふることは敢て不可能といふべきではないが、所謂草案は草案であつて未だ公布の手續を経て居ないがために之に據て裁斷を爲すも果して有效なりや否やの疑問を生ずる。而も是等各省の法院より到來せる雜多の請訓に對して其都度回訓を發せんか、根本の法律が制定せられて居ないが爲めに勢ひ是等の回答は終始一貫を缺き、時に獨斷の弊を生じ又局部に捉はれて大局の公理を忘れ、枝々節々滅裂の情態を呈すべきは當然であつて、斯の如き

は到底司法を重んずる所以と言ふべきでない。抑も本部は全國を統轄する司法行政機關であつて、其責任上極力司法の運用を完からしむべきは當然であるが、其基調となるべき各種の法律が今尙ほ完備の域に達せざるため何等著手すべき方策なく拱手目を空しうする有様である。今茲に各省代表の聯請するところに據るに何れも其理由充分にして見解正しきを以て是等代表の意見を一括進達し併せて右羅文幹代表の呈請したる意見書を摘抄して貴院に送附するにつき至急査照の上過日本部より提出したる民律、民事訴訟律及び刑事訴訟律等各種の草案は即日即時參議院に提出して速に其可決を経たる上之を全國に頒布實施して一般に遵守せしむることとし以て司法の威信を維持せられんこと切望に堪へざる次第である。

司法部に對し暫行法律草案を即時頒布施行すべきを説き

たる廣東代表羅文幹の意見書

國家の生存盛榮は一に繫て法律に信賴するに在る。前清時代の法律は既に廢殘缺闕して統治の用と爲すに由なく、爲めに世人の罵倒を受けざるを得

ざるに至つて居る。因て民國の成立以來各項の法典の完備せんことを期待して止まない次第である。さて法律のことたる必ずや正式國會の召集を待つべきものなるも而もその實現は果して何れの時に見るを得べきやを知らざる状態である。現時司法界の状況を按ずるに人民の權利義務は一切明確を缺き司法職吏の聽訟、辯護士の辯論も亦何等依據するところなく、恰も盲人の馬に鞭つに似て危険此上もなき有様である。今や新舊交替の時機にあるが故に一時過渡期の便法を暫用して現状を維持し以て民福の増進を計るべきである。而して他日國會の議決を以て正式の法律を施行するに到つたならば實際之を廢止するも敢て國家の立法權を侵害することなく、而も司法裁判上の便宜甚大にして今や國家の急務之に逾ゆるものなしと確信するものである。茲に其理由を擧げて左に列記しやう。

(一) 速に民律草案を頒布實施すべき理由

(甲) 前清大清律の規定は刑事と民事とを兼有して居たが既に廢止せられ之に替ふるに暫行刑律を以てせしもこれ刑事に關する一部分であつて

民事に關する法規に至つては漫然として何等寄頼すべきものがない。斯くて專行すべき民律なく、人民相互の關係を規矩すべき綱維なきに於ては人民の私權は日夕侵害の危険に直面して國家の秩序を維持し共同生活の安全を保障せんこと亦難しといふべきである。

(乙) 民律已になきが故に民事事件の審理判決を爲さんとすれば勢ひ慣習又は條理に依據するの外なく、而して慣習及び條理の如きは無形にして捕捉し難きが故に現今に於ける我が法官の幼稚なる智識及び能力の程度に於ては現實問題の裁判に當つて是等の慣習若くは條理が如何なるものであるかの實質を檢定して之を當該事案に正しく適用すべきことは到底望むべからざることに屬する。従て明文を以て規定せる法律條規を用ゆることなくして單に是等の慣習又は條理に依つて裁判すべしとするに於ては其弊たるや眞に擧げて言ふべからざるものがある。今之に付て一言しやう。

(イ) 慣習の採用に關する弊

中國の慣習たるや積年の惡弊に陥れるものが多く試に廣東一省に就きて見るも良習慣として法律に替はるべき效力ありと認むべきもの皆無にして、若し妄りに之を援用して裁判せんか必ずや現今一般の法理に背叛することを免れざるべく、而も之を無視して顧みざるときは實際上如何に法理的なる判決と雖之を執行すること困難にして従つて司法官は常に進退兩難の地位に在るを免れね有様である。中國の幅員は廣大にして民人の慣習も亦多種多様であり省は省と異なり縣は縣と異なる。例へば一の相續法に付て之を見るも此縣に在て合法なるものも他縣に在ては否らざるものがあつて全然一國家としての統一せる制法なく爲めに民人の爭議停止することなき状態である。

(ロ) 條理の採用に關する弊

審判廳が成立して以來之が司法官として其任に當つて居る者は外國又は内國の専門學校の畢業者であるが各國の法律は不同であ

つて學説も亦大に異なるものがある。従つて甲國に留學せし者は甲國の條理を用ひんとし、乙國に留學せし者は乙國の條理に依らんとする。同じく内國の専門學校に於て業を受けたる者に在ても其教授が甲國人なると乙國人なるとに因つて學説を異にする關係上先入主となつて歸一するところなく、實際の審理に當つて紛擾屢々起り、判決も亦彼此矛盾することが多い。其間に在て單に理論的爭議に没頭するが如きは寧ろ之を上乘と言ふべく、空漠にして捕捉することの出來ぬ條理の二字に隠れて賄賂を收受するものに至つては下劣の極であるが、如何せん明文の遵守すべきものなきため其虛に乗じて種々の弊を弄すべき機會の多きことは寔に止むを得ざるところである。若し夫れ我邦が未だ法律の明文なきの故を以て判決の正文上堂々外國の法條を援用して裁斷の理由と爲す者に至つては、ただに國民の信頼を失ふばかりでなく併せて我國體を羞しむるものといふべきである。

(二) 速に民事及び刑事訴訟法を頒布實施すべきの理由

實體法の手續法に於けるは尙ほ衡の權に於けるが如く互に相待つて用を爲すものであるが、前清時代に於て制定せられし審判廳試辨章程も亦手續法に屬すと雖殘缺甚だ多く民刑を混淆し實用に對して何等裨益するところがない。其後辯護士制度を定め之に關する法規も亦既に頒布せられたる今日に於ては訴訟の進行、攻撃防禦の準則に關する完全なる手續法を定めて依據すべきところを明かにしなければ自然越權逾界して徒に裁判上の紛擾を來すに過ぎないのである。云々

右羅文幹の正論も革命支那に在ては容易に採擇せらるるに到らなかつた。然るに廣東に軍政府が組織せられ北京政府と南北對立するに到つて右廣東政府は民國十年三月二日の政府令を以て廣東軍政府修正民律なるものを公布するに至つたが、これは右前清時代の法部修訂法律館の編纂せる民律草案其ものといふて差支なく、單に軍政府の新立法主義に牴觸せる點二三を削除したるだけである。即ち總則編では妻の能力に關する制限を撤廢し、親族及び相續の二編では婚姻の

要式を不要とし又嫡子と庶子との區別を廢したるが如き僅少部分の改修に止まり、其他は全然右法部修訂法律館の草案を襲套したるものである。此處に於てか羅文幹の主張したる轍鮒西湖の水を待ち難しとせる主義が實行せらるるの止むなきに到つたことは察知するに難くない。

之と同時に北京政府に於ても亦速に民律を公布實施すべきを覺つたが、唯廣東政府とは其體度を異にし右草案中單に總則及び債權の二編に對して一大改修を行ひ之を北京司法部公布の民律總則及び民律債編と稱し其他の物權、親族及び相續の三編に付ては一時再び大清律の古制法を流用すべきものとし之を民國繼續適用現行律民事部分と命名して公布し、大清律に於ける服制、名例律、戶役、田宅、婚姻及び錢債の各節を其儘襲用すべきものとした。

右の如き亂雜不備の間に南北政府は對立して居つたが新支那の此法制狀態は其後民國十五年に至つて華盛頓會議の決議に従ふ列國調査委員の實地調査に直面せざるを得ざることとなつたが、其結果調査委員の共同宣言に依つて支那は將來民事、商事及び刑事に亘つて完全なる法典を作り裁判所及び監獄も文明國一般

に行はるる制度に倣つて改善すべきことを忠告せられ、之が實施を見るの機運に到達しなければ治外法權の回收は得て望むべからずとの苦言を呈せらるるに至つたのである。

民國十六年四月國民政府が南京に設立せらるるや孫逸仙氏の遺囑たる不平等條約の撤回は對外的要求の先驅として支那の南北に亘り上下を通じて高唱せらるるに至つたが、之が實行を求めんが爲めには第一著として民法典の制定に努力すべきであるといふことは國民政府當局者も亦千百之を承知して居つた。其處で同政府は先づ特別委員を設けて民法總則編に關する立法原則十九項を定めしめ之を中央政治會議に附議したところ其可決を得たので民國十七年十二月右原則十九項は更に立法院に送附せらるるに至つた。爾來同院に於ては特別委員を設けて専ら之に従つて法案の起草に従事せしめ遂に百五十二條より成る中華民國民法第一編總則を完成した。此法案は翌十八年(昭和四年)四月立法院に於て附議せられ同月二十日其協賛を得たるが故に同年五月二十三日の國民政府令を以て公布し中華民國の國慶日たる同年十月十日を期して實施することとなつたも

のである。

總則編に續いて債權編、物權編其他の各編も漸次個別的に制定公布せられたが其次第の概要は是等の各編に付て別に述ぶることとする。

本論

本法は民法第一編總則を七章に分かつ。即ち第一章法例、第二章人、第三章物、第四章法律行爲、第五章期日及期間、第六章消滅時效及び第七章權利之行使之である。右の中第二章は我民法第一編總則の第一章人及び第二章法人を合併したものである。第三乃至第六章は我が總則編の第三章乃至第六章に該當するものである。従つて本法の總則編は我民法の總則編に第一章法例及び第七章權利之行使の二章を加へたものである。第一章は主として瑞民法の形式に倣つて慣習及び條理の效力を宣言し且證書の形式及び解釋の標準を掲げ、第七章は獨民法總則の第六章に倣つたものである。

第一章 法例 (法例)

第一條乃至第五條は『法例』と題して慣習法の效力、署名捺印に關する特別及び意思表示解釋の標準を規定する。何れも日本民法になき規定である。

第一條 民事ニ關シ法律ニ規定ナキトキハ慣習ニ依リ慣習ナキトキハ法理ニ依ル

(原文) 民事法律所未規定者依習慣。無習慣者依法理。

一 立法例

(1) (同趣旨) 瑞民第一條第二項『此法律ニ規定ナ存セサルトキハ裁判官ハ慣習法ニ從ヒ慣習法モ亦存在セサル場合ニハ自己カ立法者タラハ法規トシテ設定シタルヘキ所ニ從ヒ裁判スヘシ』

明治八年太政官布告第一〇三號裁判事務心得第三條「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ」

(2) (類似) 日法例第二條——法令に規定なき慣習に關する限りに於て本條と同一なるも條理に言及して居らない。

二 日本民法との比較

(1) 法律に規定なき事項は慣習に従つて解決すべきことは我法例第二條に依つても全然同一である。

(2) 慣習もなき事項を條理に従つて解決すべきことは我法例第二條の明言せざる所であるが、前掲太政官布告は今日も猶ほ效力ありと認めらるるのみならず、法理上かく解すべきことは近時の我國學者の一般に是認する所である。従つて此點に於ても我法律は本條と同一である。

(3) 我法例第二條は「法令ノ規定ニヨリテ認めタル」慣習の效力ある旨をも明言して居るが本條はこれに言及しない。然しこれは、例へば我民法第二三六條の如く民法の規定に異なる慣習あるときは其慣習に従ふ旨を明言せる場合の慣習の效力を指すものであるから、特に慣習の法源たる效力として規定しなくとも其

法條の内容としてその慣習の效力を認めるに妨げなきものである。従つて本條が若し右の我民法第二三六條の如き規定を設くればその慣習が效力を有すべきこと當然である。

(4) 我民法第九二條の所謂「事實タル慣習」が當事者の意思によつて法律行為の内容とせらるるときは、これによつて任意法規を排斥することに關しても本法にその規定がない。然し慣習が當事者の意思によつて契約の内容とせらるるときは、最早や單なる慣習ではなく契約約款となるのであるからこれによつて任意法規を破り得ることは契約自由の原則の當然の結果であり、本法第七一條もこの原理を明言して居る。従つて本法に於ても我民法第九二條と同様の結果を認めねばならない。唯我國の判例は同條の解釋につき「當事者カ之ニ依ル意思」なる要件を寬にして、特に當事者が慣習に依らざるの意思を表示せざる限りは慣習を適用すべきものとして居るが、此點は本法に於て同様の結果を求むることは出來ないであらう。詳言すれば本法に於ては當事者が慣習の存在を知り且何等かの事情によりこの慣習に依る意思を有せるものと推知し得る場合にのみ、この

慣習の效力を認め得るに止まるであらう。

三 批評

第十八世紀末から第十九世紀初頭にかけての法律思想は、國家の中央權力の強大と自然法理論の要求とによつて慣習の效力を極端に抑壓せんとしたけれども、第十九世紀に於ける歴史法學理の隆盛と取引慣習の簇生とは相應じて再び慣習の效力を重要視する傾向を生ぜしめ、遂に瑞民法はその劈頭に於て慣習法の補充的效力を宣明するに至つたものである。而してこの事は獨民法及び我民法の第一條が各個人は出生によつて悉く人格者となることを宣言するのに對比して、法律思想の進展を示す興味ある現象なのである。

本法がこの最新の立法例に倣つたことは固より至當である。蓋し舊來の陋習を打破し新理想による成文法によつて劃一的法律状態を實現せしむることは國家の隆盛の爲めに極めて望まじきことではあるが、流轉極まりなき社會現象を法文の鐵鎖に拘禁せんとすることは事實不可能なことであるから、適當な範圍に於て慣習の效力を認め裁判をして實狀に適せざる空理の強制とならざるやう努む

べきことは正に現在の法治の理想だからである。

第二條 民事ニツキ適用スル慣習ハ公共ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ背カサルモノヲ以テ限ト爲ス

(原文) 民事所適用之習慣。以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。

一 立法例

(同趣旨) 日法例第二條——前條の立法例に掲げた瑞民第一條第二項及び太政官布告はこの要件を掲げない。

二 日本民法との比較

本條は法律の本質上當然のことであつて、明文に掲げざる立法例に於ても全然同一の結果となるべきこと勿論である。

第三條 法律ノ規定ニ依リ文字ヲ使用スル必要アルトキハ本人ノ自筆ニ由ラサルコトヲ得但必ス自ラ署名スルコトヲ要ス

印章ヲ用ヒテ署名ニ代ユル場合ニ於テハ其捺印ハ署名ト同等ノ效力ヲ生ス

指印、十字其他ノ符號ヲ以テ署名ニ代ユル場合ニ於テ當該文書上ニ二人ノ署名證明アルトキハ署名ト同等ノ效力ヲ生ス

(原文)

依法律之規定有使用文字之必要者。得不由本人自寫。但必須親自簽名。

如有用印章代簽名者。其蓋章與簽名生同等之效力。

如以指印十字或其他符號代簽名者。在文件上經二人簽名證明。亦與簽名生同等之效力。

一 立法例

(類似) 明治三三年法律第一七號『商法中署名スヘキ場合ニ關スル件』

二 日本民法との比較

(1) 第一項 自署あれば證書の文字を自寫する必要なきは我民商法の下に於ても一般に同様である。但し自筆遺言の如く特に全文を自書すべきものとせら

るる場合(一〇六八條)には別である。

(2) 第二項 記名捺印をもつて自署に代へ得ることは前掲明治三十三年の法律の規定する所であり、民法に於ても同様に解釋せられて居る。

(3) 第三項が指印、十字その他の符號に對し一定の要件の下に自署と同一の效力を認めたるは我民商法と異なる。——我國の判例は遺言の證人の署名捺印(一〇七六條)につき署名捺印にて可なる旨の判決をして居るけれども、この理論は他の一般の場合に擴張すべきものではないと考へらるる。

三 註釋

(1) 第三項の意味は指印、十字その他の記號のみにて足る意ではなく、その上部に記名あることを要するものと解すべきこと當然であらう。蓋し本條は民國に現在行はるる慣行を認めただからである。

(2) 第三項の證明とは特に證明文句を記載するを要するの意ではなく、單に立會人たる意義を示すに足る見議人(見議)又は見證人(見證)なる肩書の下に其者の署名するをもつて足る意味である。

第四條 一定ノ數量ニ關シ同時ニ文字及ヒ數字ヲ以テ表示シ其文字ト數字ト力符合セサル場合ニ於テ裁判所力其何レカ當事者ノ眞意ナルヤヲ決定スルコト能ハサルトキハ文字ヲ以テ標準ト爲スコトヲ要ス

(原文)

關於一定之數量。同時以文字及號碼表示者。其文字與號碼有不合時。如法院不能決定何者爲當事人之原意。應以文字爲準。

一 立法例

本條及び次條は契約解釋の標準である。契約解釋の標準に關しては、佛民第一一五六條乃至第一一六四條、明治一〇年司法省丁第七五號達『裁判上契約證書解釋方法ノ議』舊民財第三五六條乃至第三六〇條等は具體的の標準を規定するも、獨民第一三三條、第一五七條、瑞債第一八條等は抽象的原則を示すに過ぎない。而して日本民法には全然かかる標準を規定せるものがない。

本條及び次條と同一の規定は前掲立法例中にこれを發見しない。唯佛民第一一六二條、舊民財第三六〇條第一項に疑はしき場合には諾約者債務者の利益に解すべしと規定するのは、次條の規定と其趣旨を同するものと謂ひ得る。

二 日本民法との比較

日本民法の下に於ては裁判官の自由心證によつて結局の判斷を爲すべきである。

三 批評

- (1) 本條及び次條は寧ろ契約の解釋の條章に規定するを可とするであらう。
- (2) 契約の解釋に當つて裁判官に對して本法の如き形式的標準を與ふることの可否は一律に決し得ざる問題である。蓋し理論上から謂へば、本條の下に於ても裁判官はあらゆる事情を審査し盡して後にのみ本條の標準に訴ふべきであるが、本條の如き規定が存在するときは裁判官は事實上往々にして事情の審査を等閑に附する虞があるからである。然し本條の存する以上はその運用に當つて右の弊に陥らざるやうに努むべきである。

第五條 一定ノ數量ニ關シ文字又ハ數字ヲ以テ數次ニ亘リテ表示シ其表示力符合セサル場合ニ於テ裁判所力其何レカ當事者ノ眞意ナルヤヲ決定スルコト能ハサルトキハ最低額ヲ以テ標準ト爲スコト

(原文) 關於一定之數量。以文字或號碼爲數次之表示者。其表示有不合時。如
法院不能決定何者爲當事人之原意。應以最低額爲準。

本條については前條に於て一括して説明した。

第二章 人 (人)

本章は第一節自然人(第六條乃至第二四條)及び第二節法人(第二五條乃至第六五條)を包含して權利主體を規定する。

第一節 自然人 (自然人)

本節は日本民法の如く、更に之を細目に分つことをしなないが、大體に於て日本民法總則編第一章とその内容を同うする。即ち私權の享有(第六條第七條)、能力(第一二條乃至第一五條)、住所(第二〇條乃至第二四條)及び失踪(第八條乃至第一一條)に該當する規定を收めて居る。唯日本民法と異なるは一面に於て日民法第二條の外國人の規定を民法總則施行法(第二條)に譲り、他面に於て瑞民法に倣つて日本民法になき能力並びに自由の拋棄(第一六條第一七條)及び人格權(第一八條第一九條)に關

する規定を設けて居る點である。

第六條 人ノ權利能力ハ出生ニ始マリ死亡ニ終ル

(原文) 人之權利能力始於出生。終於死亡。

一 立法例

- (1) 瑞民第三一條第一項『人格ハ生兒ノ出生完了ニ始マリ死亡ニヨリテ止ム』
- (2) 日民第一條獨民第一條は始期のみに関し終期について規定を缺く。

二 日本民法との比較

日本民法には權利能力の終期に關する規定を缺くも解釋上本條と同一に見るべきこと勿論である。

第七條 胎兒ハ將來死産スルニ非サル限り其個人ノ利益ノ保護ニ關シ既ニ出生シタルモノト看做ス

(原文) 胎兒以將來非死産者爲限。關於其個人利益之保護。視爲既已出生。

一 立法例

- (1) (同趣旨) 瑞民第三一條第二項『出生前ノ胎兒ハ生キテ出生スルコトヲ條件トシテ權利能力ヲ有ス』舊民人第二條『胎内ノ子ト雖モ其利益ヲ保護スルニ付テハ既ニ生レタ者ト看做ス』
- (2) 日民法獨民法、佛民法は所謂個別主義を採用する。即ち胎兒の利益一般に關して生れたるものと看做さず相續損害賠償等個々の場合に於て生れたるものと看做す。

二 日本民法との比較

- (1) 日本民法に於て胎兒の生れたるものと看做さるる場合、即ち損害賠償(第七二一條)家督相續(第九六八條)遺産相續(第九九三條)及び遺贈(第一〇六五條)に關し本法に於て同一の結果となること勿論である。

(2) 然し右の他に本法に於て胎兒が生れたるものと看做さるる場合にも日本民法では同一の結果を認め得ない譯である。例へば本法に於ては私生子の母は私生子出生前(即ち懷胎中)に於ても父に對して認知の請求を爲し得るも(第一〇六七條參照)我民法(第八三五條)に於ては不可能である。

三 註釋

前掲瑞民法は『胎兒の利益に關して』との制限を設けて居らないから、その義務の爲めにも生れたるものと看做さるる。従つて例へば相續したる胎兒は胎兒中に扶養義務を負ふことになる。然し本法に於ては義務の爲めに生れたるものと看做さるることはないと思はるべきであらう。

前註 失踪宣告

第八條乃至第一一條は失踪宣告に關する。その内容は全體獨民法と日本民法との中間に位するも瑞民法に近きものもある。唯失踪宣告取消の效果に關しては、日本民法の如く總則編にも規定せず、又獨瑞兩民法の如く各編にも規定して居らない。これは重大な欠陥であると思はるるが、そのことは後に譲り先づ日、獨、瑞三民法と本法とを比較表示する。

一 普通失踪

- (1) 起算點……………規定なし……………規定なし……………最後の音信時(一四條三項)……………獨民に同じ(三六條)
- (日民法) (本法) (獨民法) (瑞民法)

- (2) 期 間……………七年(三〇條一項)……………一〇年(八條一項)……………一〇年(一四條一項)……………五年(三六條)
- (3) 死亡時期……………失踪期間満了時(三一條)……………日民に同じ(九條二項)……………日民に同じ(一八條二項一號)……………最後の音信時(三八條一項)
- (4) 普通失踪に關する特例……………規定なし(參照入訴七三條)……………獨民に同じ(八條二項)……………(一四條二項)……………規定なし

二 特別失踪

(1) 起算點

- イ 戰爭失踪……………戰爭終了時(三〇條二項)……………起算點に關し何等の規定なし……………講和時又は戰爭終了時(一五條)
- ロ 船舶失踪……………船舶沈没時(三〇條二項)……………起算點に關し何等の規定なし……………沈没時又は沈没推定時(一六條)
- ハ 危難失踪……………危難の去りたる時(三〇條二項)……………起算點に關し何等の規定なし……………危難發生時(一七條)

- (2) 期 間……………總ての特別失踪三……………日民に同じ三……………戰爭失踪は三……………船舶失踪は一……………危難失踪は三……………總ての特別失踪一年(三六條)

- (3) 死亡時期……………總ての特別失踪に期間満了時(三一條)……………日民に同じ……………(九條二項)……………船舶失踪は沈没時又は沈没推定時(一八條二項三號)……………危難失踪は危難發生時(一八條二項四號)……………總ての特別失踪は危難發生時(三八條二項)

(4) 同時死亡に關する特則……………規定なし……………獨民に同じ(一一條)……………(二〇條)……………獨民に同じ(三二條)

三四

三 失踪宣告の效果……………死亡したるものと推定す(三一條)……………獨民に同じ(三八條)……………死亡したるものと推定す(一八條一項)……………獨民に同じ(三八條)

四 失踪宣告前の取扱……………不在者制度を設けず(二五條乃至二九條)……………財産管理を非訟事件手続法に譲る(一〇條)……………親族法中不在者の財産管理制度を設く(二一九條)……………獨民に同じ(三九條)……………二條・三九條

五 失踪宣告の取消

本法は失踪宣告の取消に關して何等の規定を設けて居らない。失踪者の猶ほ生存するとき又は宣告による死亡時期と異なる時期に死亡せる場合に於て、裁判所に對して宣告の取消を求め得ることは本法の下に於ても疑なき所であらうが、其結果死亡推定の效果が遡及的に覆滅して何等の制限なきものとすれば、失踪宣告を信賴した第三者の損失は豫測すべからざるものとなるであらう。これ我民法第三二條の規定ある所以である。本法の立法者或ひは獨瑞兩民法が總則編に何等の規定を設けざるに倣つたのであらうか。果して然りとすれば甚しき怠慢の譏を免れない。蓋し獨民法は他の編に於て日本民法より遙かに詳細な規定を設けて居る。その重要なるものを指摘すれば、殘存配偶者の再婚に關しては親族編

婚姻の章に特に一節を設け(第四節第一三四八條乃至一三五二條、善意の再婚を絶對に有效なものとする)を主眼とする、失踪宣告に於ける假裝相續人の財産處分に關しては、一般の場合よりも更に第三者を保護し(第二三七〇條參照)、更に假裝相續人自身の返還義務に關しても相續回復の節に特則を設けてその保護に努めて居る(第二〇三一條參照)。その他夫婦財産制、親權、後見等にも數多の規定が散在する。又瑞民法に於ても失踪者の配偶者は失踪宣告の他に尙ほ離婚の判決を得てのみ再婚し得るものとなし(第一〇二條)、相續人は歸來することあるべき失踪者の爲めに擔保を供すべきことその他返還義務の輕減等の規定(第五四六條乃至第五五〇條)を設けて居る。然るに本法は親族編、相續編に何等これに關する規定を設けて居らない。余は獨瑞兩民法の如き詳細な規定は暫く措くも少くとも我民法第三二條の如き規定を本法總則編中に加へることを切望する。

六 經過規定
民法施行前の失踪者については民法總則施行法第三條參照。

第八條 失踪者失踪後滿十年ヲ經タルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ申請ニ因リ死亡ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

失踪者カ七十歳トナルヘキトキハ失踪後滿五年ヲ經テ死亡ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

失踪者カ特別ノ災難ニ遭遇シタルモノナルトキハ失踪後滿三年ヲ經テ死亡ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

(原文)

失踪人失踪滿十年後。法院得因利害關係人之聲請。爲死亡之宣告。

失踪人爲七十歳以上者。得於失踪滿五年後爲死亡之宣告。

失踪人爲遭遇特別災難者。得於失踪滿三年後爲死亡之宣告。

一 立法例

(1) 本條の前に記した前註の表参照。

(2) 第二項と同趣旨の獨民第一四條第二項「滿七十年ニ達スヘキ失踪者ハ其生存ニ關シ五年間音信ナキトキハ死亡ノ宣告ヲ爲スコトヲ得」

二 日本民法との比較

日本民法と異なる點は、

(1) 普通失踪期間が十年なること。

(2) 第二項の特則あること。日本民法には人訴第七三條に稍類似の規定があるに止まる。

(3) 特別失踪期間の起算點は、本法に於ては失踪後とせられ、日本民法に於ては災難の終るの時とせらるるも、實際の適用に於ては多く異なる所がなからうと思はれる。

第九條 死亡ノ宣告ヲ受ケタル者ハ判決内ニ確定シタル死亡ノ時ニ於テ死亡シタルモノト推定ス

前項ノ死亡ノ時ハ前條各項ニ定ムル期間ノ最後ノ日ノ終了ノ時ト爲スコトヲ要ス但反證アルトキハ此限ニ在ラス

(原文) 受死亡宣告者。以判決内所確定死亡之時推定其爲死亡。

前項死亡之時。應爲前條各項所定期間最後日終止之時。但有反證者不在此限。

一 立法例

- (1) 第八條の前に記した前註の表参照。
- (2) 第一項と同趣旨の獨民第一八條第一項『死亡宣言ハ之ヲ言渡ス判決中ニ確定シタル時期ニ失踪者カ死亡シタルモノトノ推定ヲ生ス』。

二 日本民法との比較

- (1) 宣告の効果は死亡の推定であるから日本民法と異り、宣告あるに拘らず反證を擧げることが許される。即ち例へば宣告に基き生命保險金の支拂を訴求する場合にも、保險會社は宣告を取消することなく當該訴訟に於て本人の生存する反證を擧げ得る。日本民法の下に於てはかかる場合には保險會社は先づ別に宣告を取消す途を採らねばならない。
- (2) 死亡時期に關する本條の規定は日本民法より稍詳細であるが結果は全然同一である。

第十條 失踪者ノ失踪シタル後未タ死亡ノ宣告ヲ受ケサル以前ニ於テハ其財産ノ管理ハ非訟事件法ノ規定ニ依ル

(原文) 失踪人失踪後、未受死亡宣告前。其財産之管理依非訟事件法之規定。

立法例

第八條の前に記した前註の表中の四参照。

第十一條 二人以上同時ニ遭難シ其死亡ノ前後ヲ證明スルコト能ハサルトキハ同時ニ死亡シタルモノト推定ス

(原文) 二人以上同時遇難。不能證明其死亡之先後時。推定其爲同時死亡。

一 立法例

- (1) 第八條の前に記した前註の表中の二の4参照。
- (2) 同趣旨の獨民第二〇條『數人カ共同ノ危難ニ於テ死亡シタル場合ニハ同時ニ死亡シタルモノト推定ス』

二 日本民法との比較

四〇

日本民法には規定を缺き同一に解釋することを得ない。

三 批評

日本民法の缺點とせらるる點なれば、本法が特に規定を設けたるは至當である。

前註 無能力者

第一二條乃至第一五條は未成年者及び禁治産者に關する。これ日本民法の無能力者の規定(第三條乃至第二〇條)に該當するものであるが、日本民法と比較して左の點を注意すべきである。

- (1) 本法は無能力者を絶對的無能力者と制限無能力者との二階段に分つ。
- (2) 本法には準禁治産制度を缺く。
- (3) 本法に於ては妻を無能力者としなない。
- (4) 本法に於ては無能力者の行爲の效力に關しては第四章法律行爲第二節行爲能力の中に規定する。

右のうち(1)(4)については後に詳述する。ここには(3)について一言する。妻を總則編に於て無能力者となすことは全く日本民法の特色であつて、今日の時勢に適せざるものとして、その改正が企てられて居るのであるから、本法の態度を以て優れたものとするに躊躇しない。然し佛、獨、瑞三民法も程度の差こそあれ何れも、婚姻の章に於て妻の行爲能力に多少の制限を加へて居るに反し、本法は婚姻の章に於ても何等の制限を爲ない。第一〇〇三條は『夫妻ハ日常ノ家務ニ付キ互ニ代理人トナル。夫妻ノ一方ガ前項ノ代理權ヲ濫用スルトキハ相手方ハ之ヲ制限スルコトヲ得但善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス』と規定するも、これ固より妻の能力の制限ではない(日民第八〇四條參照)。妻の能力に關する右の態度は離婚親權相續等に於ける男女の平等と相俟つて、本法をして最も進んだ男女平等の理想を顯現する立法たらしめて居る。抑々男女同權平等は國民政府の標榜する一大理想であるからかくの如きは寧ろ當然のことであらう。然しかかる立法が民國の現狀に即して果して妥當な結果を齎し得るや疑なきを得ない。その結果こそ刮目して見るべきものであらう。

第十二條 滿二十歳ヲ以テ成年トス

(原文) 滿二十歳爲成年。

一 立法例

成年期の年齢は日民第三條に同じ。尙瑞民第一四條第一項も同一であるが、獨民第二條及び佛民第四八八條は二十一歳である。

二 註釋

- (1) 年齢の計算方法に關しては本法第一二四條に規定がある。
- (2) 未成年者の行爲能力に關しては次條參照。

第十三條 七歳未滿ノ未成年者ハ行爲能力ナシ

滿七歳以上ノ未成年者ハ制限行爲能力ヲ有ス

未成年者ニシテ既ニ結婚シタルモノハ行爲能力ヲ有ス

(原文) 未滿七歳之未成年者無行爲能力。

滿七歳以上、未成年者有限制行爲能力。
未成年者已結婚者、有行爲能力。

一 立法例

- (1) 第一項第二項 未成年者を年齢に應じて更に二階段に分つこまは獨民法の主義である。同法第一〇四條「左ニ掲ケタル者ハ無能力トス、一、滿七歳ニ達セサル者、二、精神作用ノ病的障礙ニ因リ自由ナル意思決定ヲ爲スコトヲ得サル状態ニ在ル者但其状態ハ性質上一時的ノモノナラサルコトヲ要ス、三、精神病ノ爲メ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル者」同第一〇六條「滿七年以上ノ未成年者ハ第一〇七條乃至第一一三條ノ規定ニ從ヒ其行爲能力ヲ制限ス」
- (2) 第三項 瑞民第一四條第二項「結婚シタル者ハ成年者トス」

二 日本民法との比較

日本民法には本條に該當する規定がない。即ち――

- (1) 未成年者を二階段に分かたず。(その結果生ずる差異については第七五條以下參照)。

(2) 婚姻は成年を爲すといふ瑞民法の主義は獨民法の成年宣告(第三條)佛民法の解放(第四七六條等)とほぼ同様の趣旨の制度であるが、日本民法にはこれ等の何れに應當する制度をも全然認めて居らない。

三 註釋

四四

行爲無能力及び制限行爲能力の効果については第七五條以下參照。

第十四條

心神喪失又ハ精神耗弱ニ因リ自己ノ事務ヲ處理スルコト能ハサルニ至リタル者ニ對シ裁判所ハ本人、配偶者又ハ最近親屬二人ノ申請ニ因リ禁治産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

禁治産ノ原因消滅シタルトキハ其宣告ヲ取消スコトヲ要ス

(原文)

對於心神喪失、或精神耗弱、致不能處理自己事務者。法院得因本人配偶或最近親屬二人之申請、宣告禁治産。

禁治産之原因消滅時。應撤銷其宣告。

一 立法例

日本民法(第七條第一條)は佛民法に倣つて禁治産・準禁治産の區別をなすも、獨民法(第六條、瑞法第三六九條以下)にはかかる一般的の區別がない。本法は後の例に従ふものであつて、殊に獨民法に類似する。同法第六條に曰く『左ニ掲ケタル者ハ之ヲ禁治産者ト爲スコトヲ得、一、精神病又ハ心神耗弱ノ爲メ自己ノ事務ヲ處理スルコト能ハサル者、二、浪費ノ爲メ自己又ハ家族ヲ窮迫

ニ陥ラシムル虞アル者、三、飲酒癖ノ爲メ自己ノ事務ヲ處理スルコト能ハス若クハ自己又ハ家族ヲ窮迫ニ陥ラシムル虞アリ若クハ他人ノ安寧ヲ害スル虞アル者。禁治産ノ原因止ミタルトキハ禁治産ノ宣告ヲ取消スコトヲ要ス』

二 日本民法との比較

次の二點を異にする。

(1) 本法に於ては心神耗弱者も禁治産者となし得るも我民法に於ては準禁治産者と爲し得るに止まる。

(2) 我民法に於ては浪費者・啞者・盲者・聾者を準禁治産者と爲し得るも、本法に於ては之等の者を無能力者と爲し得ない。

三 註釋

(1) 第二項に申請を要する旨の規定なきは如何。解釋上前項所定の者の申請を要すとなすべきであらう。但し規定としてはこれを明示するを穩當とする。日本民法(第七條第一〇條)、獨民事訴訟法(第六四六條、第六七五條)は何れもこれを明示して居る。

- (2) 民法施行前の關係については民法總則施行法第四條參照。
- (3) 禁治產者に後見人を附すべきこと及び後見人の職務權限については親族編第一一〇條乃至第一一一三條參照。

四 批評

- (1) 心神喪失と心神耗弱とを一括して規定する本法及び獨瑞兩民法の主義は法律關係を簡明ならしめて寧ろ至當の立法なりと思はる。但し心神耗弱者に對して行爲能力を奪ふ場合には裁判所の公正慎重なる態度を必要とする。蓋し親族が恣にこの宣告を求むることなきを保し難いからである。
- (2) 浪費者の行爲能力を制限するは各國の立法例に見る所である(日民第一一條、佛民第五一三條、獨民第六條第二號、瑞民第三七〇條)。本法がこれを認めないのは一特色となすべきである。

第十五條 禁治產者ハ行爲能力ナシ

(原文) 禁治產人無行爲能力。

一 立法例

- (1) 禁治產者を一律に行爲無能力とすは瑞民第一七條の主義である。
- (2) 獨民法は禁治產の原因によつて行爲能力の範圍を區別して規定する。即ち心神喪失に因るものは無能力であるが(第一〇四條)、その他の理由に因るものは制限能力である(第一一四條)。

二 日本民法との比較

日本民法の禁治產者は固より行爲無能力者であるがその者の行爲は取消し得るに過ぎないから本法とは異なる。本法に於ては禁治產者の行爲は後述する如く無効である。

三 註釋

禁治產者の法律行爲の效力については本法第七五條以下參照。

第十六條 權利能力及行爲能力ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス

(原文) 權利能力及行爲能力不得拋棄。

一 立法例

瑞民第二七條第一項「何人ト雖モ權利能力又ハ行爲能力ヲ全部又ハ一部拋棄スルコトヲ得ス」

二 日本民法との比較

日本民法には同様の規定なきも理論上同一の結果となる。蓋し各個人が權利能力及び行爲能力を有すべきことは現代法の大理想であつて、これを拋棄するが如きことは假令その個人當人の自由意思に基くも猶ほ許すべきものではないからである。従つて例へば權利能力の全部を拋棄して奴隸となる行爲婚姻若くは遺言を爲す能力又は不動産を所有する能力等の如き權利能力の一部を拋棄する行爲等は悉く無効である。又恣に無能力者となり後見を附するが如く行爲能力を拋棄する行爲も亦同様に無効である。

第十七條 自由ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス

自由ノ制限ハ公共ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ背カサルヲ以テ限ト爲ス

(原文) 自由不得拋棄。

自由之限制、以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。

一 立法例

瑞民第二七條第二項「何人ト雖モ自己ノ自由ヲ讓渡シ又ハ法律又ハ善良ノ風俗ヲ害スル程度ニ於テ自ラ其自由權ノ行使ヲ制限スルコトヲ得ス」

二 日本民法との比較

日本民法には規定なきも理論上同一の結果となる。蓋し個人の自由も亦現代法の一大理想であつて、契約によつて自らその自由を制限するにも自ら限度のあることは今日に於て自明の理とせらるる所だからである。例へば我國に於て所謂藝娼妓契約の如きは藝娼妓自身の自由意思に基く場合にも尙ほ公序良俗に反するものとして無効なりとせらるるのは實にこの理由に基く(第九〇條參照)。然し本法が我民法第九〇條と同様なる第七二條の他に本條を以て特に第十九世紀個人主義立法の精華を表明することは、民國の現状に照して特別の意義あるものと謂ふを得るであらうか。

第十八條 人格權ノ侵害ヲ受ケタルトキハ裁判所ニ其侵害ノ除去ヲ請求スルコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ法律ニ特別ノ規定アルトキニ限り損害賠償又ハ慰撫金ヲ請求スルコトヲ得

(原文) 人格權受侵害時。得請求法院除去其侵害。

前項情形、以法律有特別規定者爲限。得請求損害賠償或慰撫金。

一 立法例

瑞民第二八條 『其人格ヲ不法ニ侵害セラレタル者ハ侵害除去ノ訴ヲ提起スルコトヲ得。損害賠償ノ訴又ハ慰撫金トシテ或金額ノ給付ヲ請求スル訴ハ本法ニ豫見セラレタル場合ニ限り提起スルコトヲ得』

二 日本民法との比較

(1) 日本民法は人格權の侵害による不法行爲に關して特別の規定を設けて居らない。然し我國近時の通説によれば人格權の侵害に對しても第七〇九條によ

り一般に不法行爲が成立し、その損害賠償としては財産的損害のみならず常に精神的損害に對する賠償、即ち慰藉料をも請求し得る(第七一一條參照)。従つて本條第二項が特別の規定ある場合にのみ損害賠償又は慰藉料を請求し得ると制限することは、人格權の保護に於て理論としては我民法より狭いことになる。然し本法は債權編第一九四條以下に於て多くの重要な人格的利益の侵害について慰藉料の請求を認めて居るから、その結果は日本民法と多く異ならないであらう。

(2) 本條第一項の侵害排除に關しても日本民法には規定がない。然し人格權はその性質所有權等と同様に絶對權であるから、この性質に基き我民法の下に於ても人格權侵害の排除を請求し得るものと考へる。

三 註釋

(1) 人格權とは人がその人格と分離すべからざる關係に於て有する社會的利益、即ち生命・身體・貞操・名譽・自由・信用・氏名等の如きものに對する權利である。人格權の概念としては之を單一の權利となし、右の各種の人格的利益はその具體的顯現と考へても敢へて妨げないであらうが、具體的の場合に於て損害賠償又は侵

害排除を請求する爲めには特定の人格的利益の侵害として考察すべきものであらうと思ふ。蓋し然らざれば具體の場合に於てその侵害の有無損害の程度等を明確ならしめ得ないからである。但し具體的人格的利益は勿論右に例示せるものに止まらず更に廣き範圍に及び得る。その如何なる範圍に及ぶかは畢竟社會觀念と法律理想とによつて決すべきである。

(2) 第一項は故意過失を要せざる意であらう。但し侵害と謂はんが爲めには前掲瑞民法の『不法』(unbefugter Weise) とほぼ同一の要件を必要とする。換言すれば侵害の外観あるも社會觀念上違法とせられざるとき例へば被侵害者の正當なる同意あるとき又は正當なる自由競争の範圍内なるときは本條の要件を充たさない。

(3) 第二項は故意過失その他不法行爲の要件を充たす場合(第一八四條以下)に不法行爲として損害賠償を請求し得ることを意味する。

四 批評

人格的利益乃至人格權を保護すべきや否やは獨民法制定當時大いに争はれた

點であつて、同法は結局狭い範圍で個々の人格的利益につき不法行爲の成立を認めたと過ぎなかつたが、瑞民法はこれを一般的規定となし、總則編に掲げ且その侵害に對して特に侵害の排除といふ不作爲請求權(Unterlassungsklage)を認めたものである。本法はこの最近の立法例に倣つたものであらう。然し日本民法は獨民法の如く狹隘な主義を明言して居らないので、その解釋に於て近時の通説は瑞民法より更に厚く人格權を保護する理論を認めて居ること前述の通りである。

第十九條 姓名權ノ侵害ヲ受ケタル者ハ裁判所ニ其侵害ノ除去並ニ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得

(原文) 姓名權受侵害者。得請求法院除去其侵害。並得請求損害賠償。

一 立法例

(同趣旨) 瑞民法第二九條 『自己ノ姓名ノ使用權ヲ争ハレタル者ハ姓名權確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得。他人カ自己ノ名ヲ僭稱スルカ爲メニ損害ヲ受クル場合ニハ其僭稱ノ禁止、又過失カ存スル場合ニハ損害賠償、又侵害ノ種類ニヨリ正當ト認めラルル場合ニハ慰藉金トシテ一定ノ金額ノ

給付ヲ請求スルコトヲ得。獨民第一二條『氏名使用ノ權利者ハ他人カ氏名使用權ヲ爭ヒ又ハ他人カ同一ノ氏名ヲ權利ナクシテ使用スルコトニ因リ其利益ヲ害シタルトキハ之ニ對シ侵害ノ除去ヲ請求スルコトヲ得。尙引續キ侵害ノ虞アルトキハ權利者ハ停止ノ訴ヲ起スコトヲ得』

二 日本民法との比較

日本民法には本條の如き規定がない。然しその解釋に於て本條とほぼ同様の結果が認めらるる(但し損害賠償に故意過失を要する點は本條と異なる)ことについては前條に述べたる所參照。

三 註釋

(1) 姓名權も亦人格權の一内容であるから、本條は前條の特則である。而して本條を前條と比較すれば、姓名權の侵害は一般の人格權の侵害(前條)と異り、常に即ち故意過失其他不法行為の要件を備へざるも猶ほ損害賠償請求權を生ずるものと解すべきである。

(2) 如何なる場合に姓名權の侵害あるやについては前掲獨瑞兩民法が參考になる。即ち自己の姓名の使用が争はれ又は自己の姓名が他人に故なく使用せら

るる場合がその適例である。尙ほ侵害と謂はんが爲めには違法性を必要とする
ことについては前條の註參照。

前註 住所

第二〇條乃至第二四條は住所に關する。内容は獨民法に近い。然し民法の解釋には争多く、判例はほぼ本法と同一の見解を採る。以下各條について述べる。

第二十條 久住ノ意思ヲ以テ一定ノ地域ニ住スルトキハ其住所ヲ該

地ニ設定シタルモノトス

一人ニシテ同時ニ二個ノ住所ヲ有スルコトヲ得ス

(原文) 以久住之意思住於一定之地域者。即爲設定其住所於該地。

一人同時不得有兩住所。

一 立法例

(1) 第一項 瑞民第二三條第一項「人カ永住ノ意思ヲ以テ住居スル場所ヲ其住所トス」——獨民第七條佛民第一〇三條も本條と同じく意思主義を採る(尤も獨民法は法文上必ずしも明らかではないが學說上殆んど争がない)。

(2) 第二項 瑞民第二三條第二項「何人ト雖モ數多ノ場所ニ於テ同時ニ住所ヲ有スルヲ得ス」——獨民第七條第二項は本法と反對に複數たり得ることを明言する。

二 日本民法との比較

日民法第二一條は意思を要することを明言せず、又箇數に關して明文がない。判例は意思を要し且一箇に限るとなすから本條と符合する。然しこれに對しては學說上の反對が少くない(拙著民法總則一、四五頁以下參照)。

第二十一條 行爲無能力者及ヒ制限行爲能力者ハ其法定代理人ノ住所ヲ以テ住所ト爲ス

(原文) 無行爲能力人及限制行爲能力人、以其法定代理人之住所爲住所。

一 立法例

(同趣旨) 瑞民第二五條「夫ノ住所ヲ以テ妻ノ住所トシ、父母ノ住所ヲ以テ其親權ニ服スル子ノ住所トシ、後見主務官廳ノ所在地ヲ以テ被後見人ノ住所トス。夫ノ住所カ不明ナルカ又ハ妻カ別居ノ權利ヲ有スル場合ニハ妻ハ獨立ノ住所ヲ有スルコトヲ得」。獨民第一〇條「妻ハ夫ト住所ヲ共ニス。夫カ外國ニ住所ヲ設定シタル場合ニ於テ妻カ其地ニ隨行セス又ハ隨行スル義務ヲ負ハサルトキハ此限ニ在ラス。夫カ住所ヲ有セス又ハ妻カ夫ト住所ヲ共ニセサルトキハ妻ハ獨立ノ住所ヲ有スルコトヲ得」。同第一一條「嫡出子ハ父ト住所ヲ共ニシ、私生兒ハ母ト住所ヲ共ニシ、養子ハ養親ト住所ヲ共ニス。子ハ有效ニ廢止スルマテハ其住所ヲ保有ス。子カ成年ニ達シタル後爲シタル認知又ハ養子縁組ハ子ノ住所ニ影響ヲ及ボサス」。

二 日本民法との比較

日本民法に規定なきも我判例は獨民法の理論に從つて解釋して居るので、本條の規定と結果を同うする。

三 註釋

本條は所謂法定住所に關する規定であるが、これに關連して親族編に妻、入夫及び未成年の子女の住所に關する規定あることを注意すべきである。左にこれを掲ぐる。

第一〇〇二條 妻ハ夫ノ住所ヲ以テ其住所ト爲シ、入夫ハ妻ノ住所ヲ以テ其住

所ト爲ス

第一〇六〇條 未成年ノ子女ハ其父ノ住所ヲ以テ住所ト爲ス入夫ノ子女ハ其母ノ住所ヲ以テ住所ト爲ス

第二十二條 左ノ場合ノ一二該ルトキハ其居所ヲ以テ住所ト看做ス

- 一、住所ノ知レサルトキ
- 二、中國ニ住所ナキトキ但法律上住所地法ニ依ルヘキモノハ此限ニ在ラス

(原文) 遇有左列情形之一者。其居所視爲住所。

- 一、住所無可考者。
- 二、在中國無住所者。但依法須依住所地法者不在此限。

立法例

日民第二二條・第二三條

第二十三條 特定ノ行爲ニ付キ居所ヲ選定シタルトキハ其行爲ニ關シテハ之ヲ住所ト看做ス

(原文) 因特定行爲選定居所者。關於其行爲視爲住所。

立法例

日民第二四條——佛民第一一一條も同趣旨。

第二十四條 廢止スルノ意思ヲ以テ其住所ヲ離去スルトキハ其住所ヲ廢シタルモノトス

(原文) 以廢止之意思離去其住所者。即爲廢止其住所。

一 立法例

獨民第七條第三項 『居住ヲ廢止スル意思ヲ以テ之ヲ廢止シタルトキハ住所ヲ廢止シタルモノトス』

二 日本民法との比較

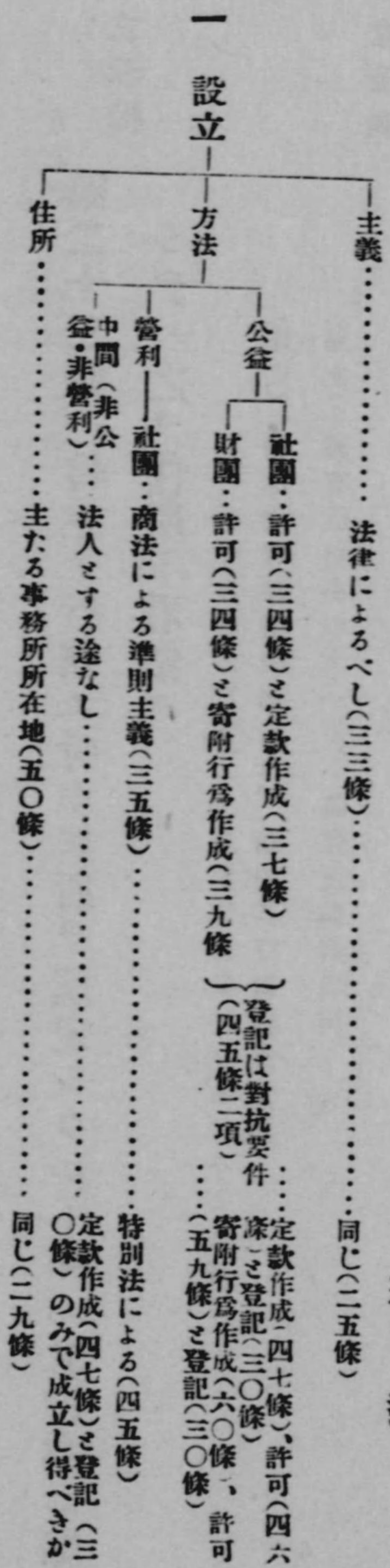
日本民法には規定がない。然し解釋上の結果は多く異なるまい。

第二節 法人（法人）

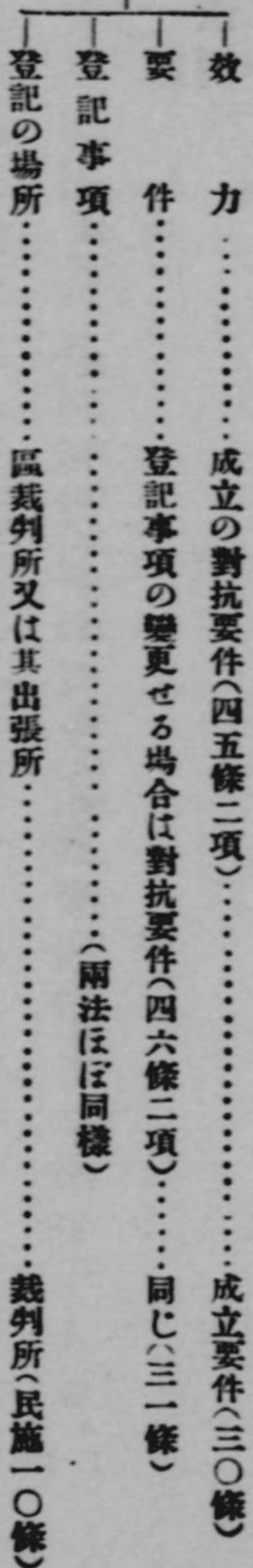
本法の法人に關する規定は日本民法と異り、通則、社團、財團の三款に分ちて規定すること獨、瑞兩民法と同様である。その内容の主要なる點を日本民法と比較すれば左の如くである。尙ほ外國法人に關する規定は民法總則施行法第一一條乃至第一五條に譲つて居る。

(日民法)

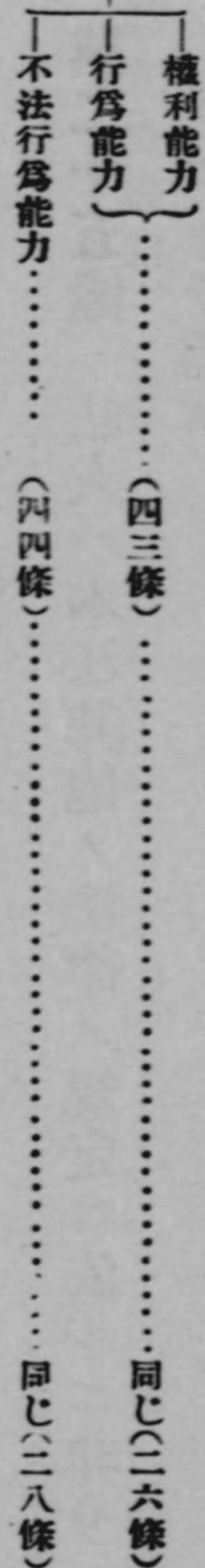
(本法)



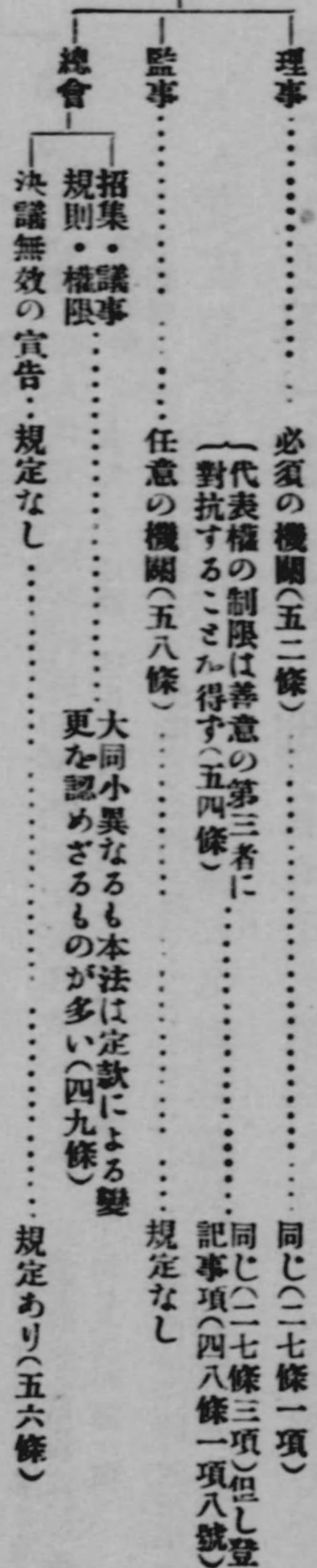
二 登記



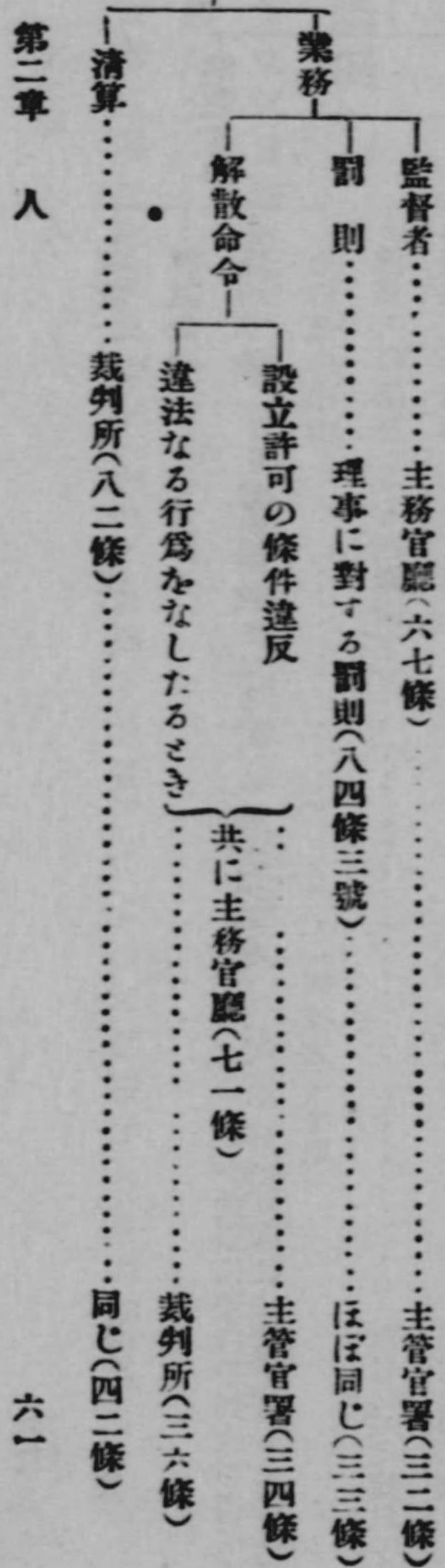
三 能力



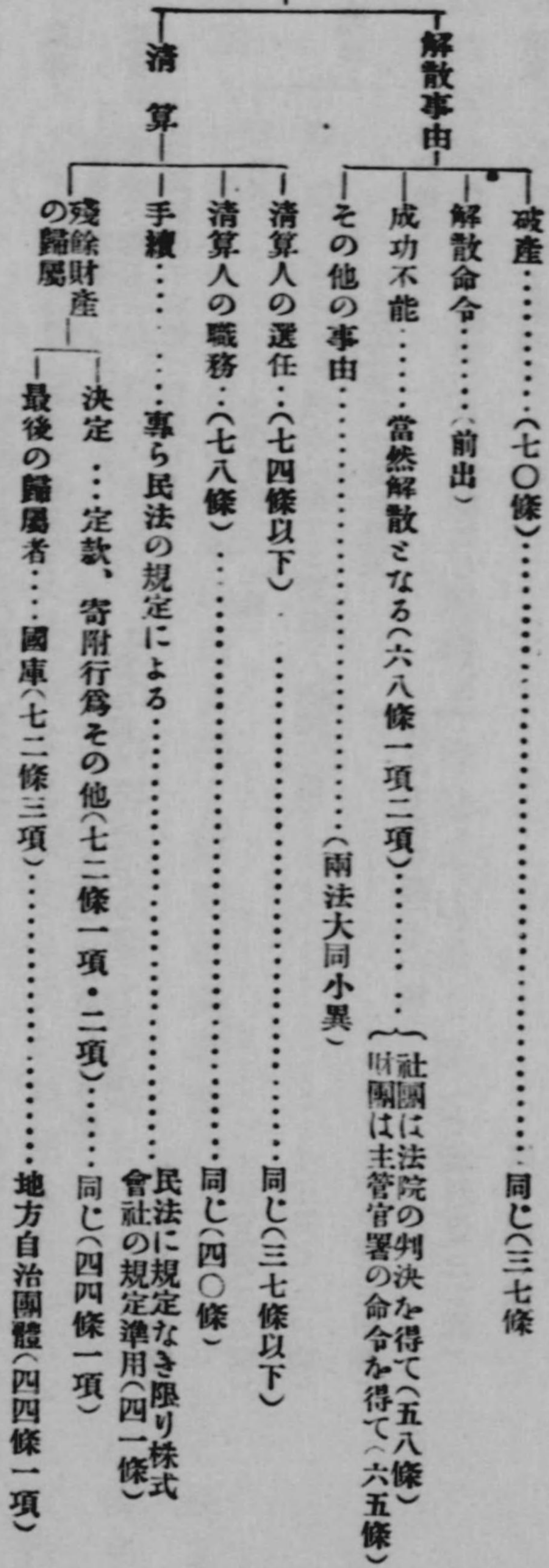
四 機關



五 監督



六 解散



第一款 通則 (通則)

第二十五條 法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス

(原文) 法人非依本法或其他法律之規定不得成立。

一 立法例

日民第三三條

二 註釋

- (1) 日本民法と同様に所謂自由設立主義を排斥する趣旨である。
- (2) 民法施行前に法人として認められたものについては民法總則施行法第六條乃至第九條參照。

第二十六條 法人ハ法令ノ制限内ニ於テ權利ヲ享受シ義務ヲ負擔スルノ能力ヲ有ス但自然人ノミニ屬スル權利義務ハ此限ニ在ラス

(原文) 法人於法令限制內有享受權利負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務不在此限。

一 立法例

- (1) 本文は日民第四三條と同趣旨、但し同條は『定款又ハ寄附行為ニ因リテ定マリタル目的』による制限を加ふ。
- (2) 但書は瑞民第五三條が『人ノ自然ノ性質』によつて制限すると同趣旨。

二 日本民法との比較

本條但書は日本民法にないが、法人の本質上疑なき所であるから日本民法と全然同一である。

第二十七條 法人ハ理事ヲ置クコトヲ要ス

理事ハ法人ノ一切ノ事務ニ付キ外ニ對シテ法人ヲ代表ス

理事ノ代表權に對シテ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(原文) 法人須設董事。

董事就法人一切事務對外代表法人。

對於董事代表權所加之限制。不得對抗善意第三人。

一 立法例

- (1) 第一項 日民第五二條第一項但し「一人又ハ數人」といふ。獨民第二六條第一項も亦同じ。
- (2) 第二項 日民第五三條(獨民第六九條も同趣旨)。

(3) 第三項 日民第五四條

二 日本民法との比較

本條の解釋として理事の數は日本民法と同様一人又は數人なることを得るであらう。その他の點は兩法全然同一。

三 批評

第四八條第一項第八號は理事の代表權の制限を登記事項となす。このことと本條第三項との關係は稍疑問である。然し解釋論としては、理事の代表權の制限は登記せざるも猶ほ惡意の第三者に對抗することを得、登記を爲すも總ての第三者に對抗する效力を生ぜず、單に第三者の惡意を推定する效力を生ずるに止まるものと解すべきであらう。然し立法論としては代表權の制限をもつて登記事項となしたることの意味を甚しく輕視するものであつて至當なものと認め難い。宜しく登記に絶對的效力を與へ、代表權の制限は登記なき以上第三者に對して對抗力なく、登記あれば總ての第三者に對抗し得るものとなすべきものと考へる。

日本民法は本條第三項と同一であるが、この代表權の制限をもつて登記事項と

せず、専ら相手方の善意悪意によつて決する趣旨である。又獨民法は理事の代表権に對する定款による制限は登記すべきものとなし、この登記に對して絶對的效力を與へて第三者の善意悪意を問はない(第二六條第二項後段、第六四條)。然るに本法は登記事項となすべき點に於て獨民法の主義に據り、その效力に於て日本民法の主義に倣つて居るので右の如き疑問の餘地を生ずるのである。

第二十八條 法人ハ理事其他ノ職員カ職務ノ執行ニ因リ他人ニ加ヘ

タル損害ニ對シ其行爲者ト連帶シテ賠償ノ責任ヲ負フ

(原文) 法人對於其董事或職員、因執行職務所加於他人之損害。與該行爲人連帶負賠償之責任。

一 立法例

(同趣旨) 日本民法第四四條

二 日本民法との比較

(1) 『理事其他ノ職員』は日本民法の解釋によつて明かにせられた『理事其他の機關』と同様に解すべきであらう。蓋し本條は法人自體の不法行爲であるから、法人の單なる使用人の行爲について本條を適用すべきでないからである。

(2) 『職務ノ執行ニ因リ』は日本民法の『職務ノ執行ニ付キ』より文字として多少狭くなる虞なきを保し難い。然し近時の法律思想は法人の責任を次第に擴張せんとして居るのであるから、本條の解釋に於いても日本民法と同一の範圍に及ぶものとなすべきである。

(3) 日本民法は行爲者と連帶の規定がない。然し學說判例はこれを認めて居る。尙ほ瑞民法第五五條第三項は本條の如く行爲者の責任を規定して居る。

第二十九條 法人ハ其主タル事務所ノ所在地ヲ以テ住所ト爲ス

(原文) 法人以其主事務所之所在地爲住所。

立法例

第三十條 法人ハ主管官署ニ登記ヲ爲スニ非サレハ成立スルコトヲ得ス

(原文) 法人非經向主管官署登記不得成立。

一 立法例

(1) 獨民第二一條は非營利法人につき同主義 『營利ヲ目的トセサル社團ハ管轄區裁判所ノ社團登記簿ニ登記ヲ爲スニ因リテ權利能力ヲ取得ス』(營利法人につきては第二二條に於て特別法の定なき限り邦の許可によつて成立する)。

(2) 瑞民第五二條第一項は本條と同一主義を原則とするも所謂非經濟的社團及び特殊の財團は登記不要となし(第五二條第二項第六〇條)自由設立主義に近づく。

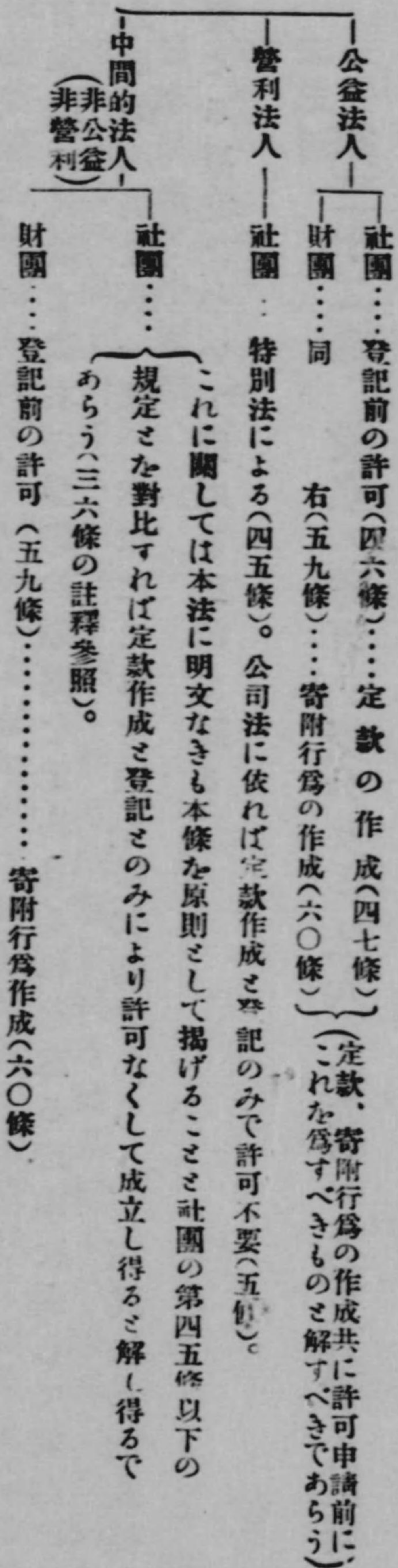
二 日本民法との比較

我民法第四五條は登記をもつて對抗要件となす。

三 註釋

(1) 登記をもつて法人成立の要件となすことは本法の總ての私法人に通ずる

原則である。登記以外如何なる要件を必要とするかは法人の種類によつて異なる。即ち左の如くである。



(2) 法人登記に關する主管官署は其法人の事務所所在地の裁判所である。裁判所は登記したる事項を公告し且第三者に對して登記の抄録又は閱覽を許すべきものとせらるる(民法總則施行法第一〇條)。

第三十一條 法人力登記シタル後ニ於テ登記スヘキ事項アルモ之ヲ登記セス又ハ已ニ登記シタル事項ニ變更アルモ變更ノ登記ヲ爲サ

サルトキハ其事項ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス。

(原文) 法人登記後。有應登記之事項而不登記。或已登記之事項有變更而不爲變更之登記者。不得以其事項對抗第三人。

一 立法例

日民第四六條第二項多少文字を異にするも結果は全然同一——各國の立法例は同一。

二 日本民法との比較及び批評

日本民法に於ては右の登記の期間を定め且これを怠る理事に對して罰則の定がある(第八四條第一號)。本法にこれを缺くは欠陥であらう。獨民法第七八條も重要なる登記について罰則を設けて居る。

第三十二條 設立ノ許可ヲ受ケタル法人ノ業務ハ主管官署ノ監督ニ

屬ス主管官署ハ其財産ノ狀況及ヒ許可條件又ハ法律ノ規定ニ違反スルコトナキヤ否ヤヲ検査スルコトヲ得

(原文) 受設立許可之法人。其業務屬於主管官署監督。主管官署得検査其財産狀況及其有無違反許可條件與其他法律之規定。

一 立法例

(同趣旨) 日民第六七條

二 日本民法との比較

日本民法は民法上の法人につき悉く許可主義を採る結果總ての民法上の法人は主務官廳の監督に屬するに反し、本法に於ては特に許可を受けて設立せらるる法人——即ち公益社團法人(第四六條)及び財團法人(第五九條)——についてのみ本條に基く主管官署の監督權を生ずることとなる。

第三十三條 設立ノ許可ヲ受ケタル法人ノ理事カ主管官署ノ監督ノ

命令ニ遵ハス又ハ其検査ヲ妨礙シタルトキハ五百元以下ノ過料ニ處スルコトヲ得

(原文) 受設立許可法人之董事、不遵主管官署監督之命令。或妨礙其檢查者。得處以五百元以下之罰鍰。

一 立法例

(同趣旨) 日民第八四條第三號、但し監督命令に遵はざる場合を規定して居らない。

二 註釋

原文は五百元以下の『罰鍰』と規定する。その性質は日民法第八四條と同様に強制罰と考へらるるから『過料』と譯する。

第三十四條 法人力設立許可ノ條件ニ違反シタルトキハ主管官署ハ其許可ヲ取消スコトヲ得

(原文) 法人違反設立許可之條件者。主管官署得撤銷其許可。

一 立法例

(同趣旨) 日民第七一條

二 日本民法との比較

日本民法では取消命令に對しては行政訴訟をなし得る(民施第二五條)。本法にはこの規定なきも他の法律によりこれを認むべきである。

第三十五條 法人ノ財産力其債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ理事ハ直チニ裁判所ニ對シ破産ノ申請ヲ爲スコトヲ要ス
前項ノ申請ヲ爲サルタメ法人ノ債權者力損害ヲ受クルニ至リタルトキハ其過失アリタル理事ハ賠償ノ責任ヲ負フコトヲ要ス

(原文) 法人之財産不能清償債務時。董事應即向法院聲請破産。不爲前項聲請。致法人之債權人受損害時。其有過失之董事應負賠償之責任。

一 立法例

(1) 第一項 日民第七〇條第二項、獨民第四二條第二項第一段「理事團ハ負債超過ノ場合ニ破産ノ開始ヲ申請スルコトヲ要ス」。

(2) 第二項 獨民第四二條第二項第二段「申請ニ付キ遲滯アリタルトキハ過失アル理事團員

ハ其遲滯ニ因リテ生シタル損害ヲ債權者ニ賠償スル責ニ任ス右ノ場合ニ理事關員ハ連帶債務者トシテ責任ヲ負フ

七四

二 日本民法との比較

(1) 日本民法は理事に對して罰則を設けたるも(第八四條第五號)本法にはこれを缺く。

(2) 本法は理事に對して債權者に對する損害賠償義務を認むるも日本民法はこれを明言せず。従つて日本民法に於ては専ら不法行爲の規定に従ふこととなる。

(3) 日本民法は職權による破産宣告を認むるも(第七〇條第一項)本法はこれを認めない。

尙ほ日民法第七〇條第一項は債權者に申請權あることを規定するも、日破産法第一二七條第一項第一三二條の規定ある以上不要に歸すると見るべきである。従つて本法に於てこれを規定せざるは正當であつて、問題は専ら破産法の規定によつて解決すべきである。

第三十六條 法人ノ目的又ハ其行爲カ法律、公共ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ違反スルトキハ裁判所ハ主管官署、檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ解散ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

(原文) 法人之目的或其行爲有違反法律公共秩序或善良風俗者。法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求宣告解散。

一 立法例

瑞民第七八條 『社團法人ノ目的カ違法ナルカ又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ裁判官ハ管轄官廳又ハ利害關係人ノ訴ニ基キテ解散ヲ宣告ス』(日商第四八條は類似の規定)。

二 日本民法との比較

日民法第七一條は解散命令又は許可の取消を許可を與へたる主務官廳の職權的權限となし、これに對して行政訴訟を許す(民施第二五條)のみであるから、最初から裁判所の權限となす本條はこの點に於て大いに異なるものがある。

法人の行爲の不法なることは總ての法人について考へらるるも、その目的の不法は如何なる法人について生ずるであらうか。本法に於ては公益法人は悉く主管官署の許可によつて成立する。本條はこの主管官署が一度許可した目的についても裁判所は猶ほ解散宣告を爲し得るものとする趣旨であらうか。多少の疑問なきに非ざるも、裁判所に對してそれ迄の權能を認める趣旨には非ずと解すべきであらう。然るときは目的が違法なりとの理由で解散宣告の爲さるるのは許可を要せざる法人即ち非公益非營利の目的を有する所謂中間的法人第三〇條註釋(1)參照)に限ることとなる。

本條は前述の如く瑞民法の規定に據るものであるが、瑞民法は法人の設立について悉く許可主義を採るものではないから右の條文は重大なる意義を有する。然し日本民法の如く許可主義を採るときは主務官廳の許可して成立した法人の目的が不法なることはない筈であるから、解散命令を爲す場合につき『目的』の不法といふことを規定しない。然るに、本法は設立の主義に於て瑞民法に従はざ

るにも拘らず本條に於て瑞民法に倣へる結果、右の如き疑問を生ずるのである。然し本法に於ても許可を要せずして成立し得る民法上の法人が存在すると解釋すれば、本條の目的の不法といふ文字も無意味とはならない。これ予が前述の如く、本法に於て非公益非營利を目的とする所謂中間的法人が許可を要せず又公司法の規定にも據らず専ら民法の規定に従つて成立し得ると解する一根據である。

四 批 評

法人に對する解散命令は自然人に對する死刑に該當するものであるからその手續の慎重なることを要する。この意味に於て、許可主義の法人についても裁判所の權限となす本法をもつて日本民法より優れるものと謂ひ得る。

第三十七條 法人解散シタル後其財産ノ清算ハ理事之ヲ行フ但定款

若クハ寄附行爲ニ特別ノ規定アルトキ又ハ總會ニ於テ別段ノ決議ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス

(原文) 法人解散後、其財産之清算由董事爲之。但其章程有特別規定、或總會另有決議者、不在此限。

一 立法例

(同趣旨) 日民第七四條

二 日本民法との比較

本條は日本民法の如く、破産の場合を除くことを規定せざるも、民國の破産法の規定に於ても勿論法人の破産は普通の清算人ではなく破産管財人の手によつて行はるべきものと爲すであらうから、日本民法と同一の結果となるであらう。

三 註釋

本條が社團・財團兩法人に適用あることは疑ない。従つて本條に所謂『章程』は定款(章程)と寄附行爲(捐助章程)との兩者を包含することも疑ない。

第三十八條

前條ノ規定ニ依リテ清算人ヲ定ムルコト能ハサルトキ

ハ裁判所ハ利害關係人ノ申請ニ因リ清算人ヲ選任スルコトヲ得

(原文) 不能依前條規定定其清算人時。法院得因利害關係人之聲請、選任清算人。

一 立法例

(類似) 日民第七五條

二 日本民法との比較

日本民法は本條と異り申請人に檢事を加へ且職權をもつて選任することをも認む。

第三十九條

裁判所ハ必要アリト認メタル場合ニ於テ清算人ノ任務

ヲ解除スルコトヲ得

(原文) 清算人法院認爲有必要時、得解除其任務。

一 立法例

(同趣旨) 日民第七六條

二 日本民法との比較

日本民法は本條と異り『利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ』と加へて居る。然し裁判所の職權を以て解任することをも認むるから結局本法と同一に歸する。

第四十條 清算人ノ職務左ノ如シ

- 一、現務ノ結了
 - 二、債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟
 - 三、殘餘財産ヲ取得スヘキ者ニ對スル其引渡
- 法人ハ清算ノ結了ニ至ルマテ清算ニ必要ナル範圍ニ於テ存續スルモノト看做ス

(原文) 清算人之職務如左。

- 一 了結現務。
 - 二 收得債權。清償債務。
 - 三 移交贖餘財産於應得者。
- 法人至清算終結止。在清算之必要範圍內視為存續。

立法例

- (1) 第一項 日民第七八條第一項
- (2) 第二項 日民第七三條

尙ほ兩項を一條となせることは獨民第四九條に同じ、『清算人ハ現務ヲ結了シ債權ヲ取立テ債權以外ノ財産ヲ換價シ債權者ニ辨濟ヲ爲シ且殘餘財産ヲ歸屬權利者ニ引渡スコトヲ要ス。清算人ハ未決ノ取引ヲ決了スル爲メ新タナル取引ヲモ爲スコトヲ得。債權ノ取立並ニ債權以外ノ財産ノ換價ハ債務ヲ辨濟シ又ハ殘餘財産ヲ歸屬權利者ニ分配スルニ必要ナラサル限り之ヲ中止スルコトヲ得。社團ハ清算ノ目的ニ必要ナル範圍ニ於テハ清算ノ結了スルマテ存續スルモノト看做ス』

第四十一條 清算手續ハ本通則ニ規定セルモノノ外株式會社ノ清算ニ關スル規定ヲ準用ス

(原文) 清算之程序除本通則有規定外。準用股份有限公司清算之規定。

一 立法例

會社の清算の手續の規定を民法の法人の清算手續に對して補充的效力ありきなす立法例は見

當らない。唯瑞民第五八條が組合(Genossenschaft)の規定を準用して居るのみ。

二 日本民法との比較

日本民法に於てはかかる規定がない。而して民法の規定は商法の清算手續に比し著しく簡單である。

三 批評

公益法人につき株式會社の清算手續の規定を準用するは煩鎖に過ぎざるか。殊に本條が財團法人にも適用ありとすれば不都合を生ずることなきか。

第四十二條 法人ノ清算ハ裁判所ノ監督ニ屬ス裁判所ハ何時ニテモ監督上必要ナル検査ヲ爲スコトヲ得

(原文) 法人之清算屬於法院監督。法院得隨時爲監督上必要之検査。

立法例

日民第八二條(但し解散も裁判所の監督に屬する旨を加ふ)。

第四十三條 清算人カ裁判所ノ監督命令ニ遵ハス又ハ其検査ヲ妨礙シタルトキハ五百元以下ノ過料ニ處スルコトヲ得

(原文) 清算人不遵法院監督命令或妨礙検査者。得處以五百元以下之罰鍰。

一 立法例

(同趣旨) 日民第八四條第三號

二 日本民法との比較

(1) 日本民法は本條と異り監督命令に従はざる場合について罰則がない。従つてこの命令に従はざる清算人は裁判所の職權を以て解任する外なきものであらう(日民第七六條參照)。

(2) 日本民法は裁判所に依る清算人の解任を認む(第七六條)。本法に於ては公司法第五六條の準用によつてほぼ同様の結果となる。

第四十四條 法人カ解散シタル後債務ヲ辨濟シタル殘餘財産ノ歸屬

ハ其定款若クハ寄附行爲ノ規定又ハ總會ノ決議ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ要ス

前項ノ定款若クハ寄附行爲ノ規定又ハ總會ノ決議ナキトキハ其殘餘財産ハ法人所在地ノ地方自治團體ニ屬ス

(原文)

法人解散後。除清償債務外。其殘餘財産之歸屬。應依其章程之規定或總會之決議

如無前項章程之規定或總會之決議時。其殘餘財産屬於法人住所所在地之地方自治團體。

一 立法例

(1) 第一項 (同趣旨) 日民第七二條第一項但し日本民法は總會の決議をもつて定むることを認めない。従つて定款又は寄附行爲によつて定めざるときは第七二條第二項によつて主務官廳の許可を得て類似の目的の爲めに處分し得るのみである。

(2) 第二項 瑞民第五七條獨民第四五條は本法とほぼ同様公共團體となすも、日民第七二條第

三項は國庫となす。

二 批評

(1) 日本民法に於ては總ての定款の規定に對して主務官廳の許可を要するものであるから、殘餘財産の歸屬が定款によつて定めらるるときはこの點についても既に主務官廳の許可があつた譯である。従つてこれと權衡を保つ爲めに殘餘財産を定款の規定によらざるものに歸屬せしむる爲めには總會の決議の他に主務官廳の許可を要するものとなす。主義として一貫すると謂ふべきである。然るに本法は許可を必要とする法人に於ても殘餘財産の歸屬については總會の決議のみにて可なりとする。いささか權衡を失するものではあるまいか。

(2) 最後の歸屬者を國庫となすと地方團體となすとに付ては、後者をもつて一層妥當となすべきであらう。但しその趣旨を徹底する爲めには瑞民法(第五七條第二項)、獨民法(第四六條)の如く使途を制限するを可とする。

第二款 社團 (社團)

第四十五條 營利ヲ目的トスル社團ノ法人資格ノ取得ハ特別法ノ規定ニ依ル

(原文) 以營利爲目的之社團其取得法人資格依特別法之規定。

一 立法例

日本民法は商法による(民第三三條商第四二條第二項)。

二 註釋

本條に所謂特別法は公司法である。

本條は營利社團の法人資格の取得を特別法の規定に依ると定むるに過ぎないが、その法人としての活動・解散・清算等は民法によつて規律する趣旨であらうか。我民法は所謂民事會社はその設立條件に於て商法の規定に従ふのみならず、その活動に於ても解散・清算に於ても悉く商法の規定に従ふものなることが民法上明言せられて居る(第三五條)。本法にはこれに該當する規定がないので本法の規定のみによればこの點は不明である。商法上如何に解釋すべきものであらうか。

我國に於けると同一に取扱はねば甚しく不都合を生ずるであらうが、詳細は商法に譲る。

第四十六條 公益ヲ目的トスル社團ハ登記前ニ於テ主管官署ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス

(原文) 以公益爲目的之社團於登記前應得主管官署之許可。

立法例

日民第三四條と同一立法主義——獨民法は他の非營利法人と共に準則主義(第二一條)瑞民法は自由設立主義(第五二條第二項第六〇條)。

第四十七條 社團ヲ設立スル者ハ定款ヲ作ルコトヲ要ス其記載スヘ

キ事項左ノ如シ

一、目的

二、名稱

- 三、理事ノ任免
- 四、總會召集ノ條件、手續及ヒ其決議證明ノ方法
- 五、社員ノ出資
- 六、社員資格ノ取得及ヒ喪失

(原文) 設立社團者應訂定章程。其應記載之事項如左。

- 一 目的。
- 二 名稱。
- 三 董事之任免。
- 四 總會召集之條件程序及其決議證明之方法。
- 五 社員之出資。
- 六 社員資格之取得與喪失。

一 立法例

日民第三七條及び獨民第五八條とほぼ同趣旨。

- (本條) 第一號……………第三七條第一號……………(日民法) 第五七條
- (獨民法) 第五七條

- 第二號……………第三七條第二號……………第五七條
- 第三號……………第三七條第五號……………なし
- 第四號……………なし……………第五八條第四號
- 第五號……………第三七條第四號(但し「資産ニ關スル規定」ニ廣ク規定)……………第五八條第二號
- 第六號……………第三七條第六號……………第五八條第一號(但し入社及び退社に限る)

二 日本民法との比較

日本民法と異なる所は、

- (1) 本條は事務所を記載事項とすることなく、
- (2) 『總會召集云々』の事項が加はる。この點獨民法と同じ。日本民法では毎年開くことと定むるのみ(第六〇條)。

三 註釋

本法に於ては登記をもつて法人成立要件となすも(第三〇條)定款作成も亦設立行為として許可及び登記と共に法人成立の要件をなすものと解すべきこと日本民法と同一であらう。

四 批評

(1) 日民法第三七條第三號、獨民法第五七條共に事務所を記載事項となす。本法がこれを除外したる結果定款と關係なく事務所の變更を許すことになり、不都合と思はるる。

(2) 總會招集の條件と手續とを専ら定款に依らしむることは日本民法と異る。惟ふに――

(イ) 日本民法の如く招集を定期になすべきことを法律上の要件とせざること、獨民法第五八條第四號、第三六條、瑞民法第六四條と同趣旨であつて、非營利法人に於ては便宜なる主義であるが、社團の統制充分ならざる場合には理事の横暴を生ずる虞あることを注意すべきである。

(ロ) 招集手續についても日民法第六二條の如き規定を置かざることにつき右と同様のことを謂ひ得る。

(3) 決議の證明方法を定めしむることは獨民法第五八條第四號『社員總會ノ招集ノ要件、方法及ヒ決議録ノ作成』と同趣旨であつて極めて適當な規定である。

蓋し理事が總會の決議に藉口して専横を爲し、或ひは總會の決議に基いて行爲を爲したる後その不利益なるに及んで決議なかりしとの辭を構へて責任を遁れんとすることは、民國に於て往々にして見る所なりと稱せらるるからである。勿論理論上はかかる場合にも第三者の地位は保護せらるべきであるが、實際問題として第三者は定款所定の證明方法に依つて決議の有無及び其内容を知悉して事を未然に防ぎ得る利益は甚大なものであらう。

第四十八條 社團ヲ設立スル場合ニ於テ登記スヘキ事項左ノ如シ

一、目的

二、名稱

三、主事務所及ヒ分事務所

四、理事ノ姓名及ヒ住所

五、財産ノ總額

- 六、設立ノ許可ヲ受クヘキモノニアリテハ其許可ノ年月日
 - 七、出資ノ方法ヲ定メタルトキハ其方法
 - 八、理事ノ代表權ヲ制限シタルトキハ其制限
 - 九、存立時期ヲ定メタルトキハ其時期
- 社團ノ登記ハ理事ニ於テ其主事務所及ヒ分事務所所在地ノ主管官署ニ對シテ之ヲ爲シ且定款ヲ添附スルコトヲ要ス

(原文) 社團設立時應登記之事項如左。

- 一 目的。
- 二 名稱。
- 三 主事務所及分事務所。
- 四 董事之姓名及住所。
- 五 財產之總額。
- 六 應受設立許可者其許可之年月日。
- 七 定有出資方法者其方法。
- 八 限制董事代表權者其限制。

九 定有存立時期者其時期。
 社團之登記由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之。並應附具章程備案。

一 立法例

- (1) 第一項 日民第四六條第一項と殆んど同一。唯理事の代表權の制限の條項を加ふ。この點は獨民第六四條と同じ。
- (2) 第二項 日非訟第一一七條第一二〇條但し『區裁判所又ハ其出張所』。

二 註釋

- (1) 第八號の規定につき第二七條第三項の批評參照。
- (2) 第二項の主管官署は事務所所在地の裁判所である(民法總則施行法第一〇條)。

三 批評

本法は日本民法第四五條第一項第八四條第一號の如く設立登記を爲すべき時期を定めて居らない。登記を成立要件となす以上一見登記を強要する必要はない様であるが既に許可を受けたる法人については登記を強要するを可とするで

あらう。蓋し然らざれば法人たるの實體あるものが理事の怠慢によつて法人とならざる不利益を生じ、主管官署の監督も及ばざることとなるのみならず（登記前には第三三條の適用はあるまい）、世人が許可を信頼して不測の損失を蒙る虞も絶無ではあるまい。獨民法、瑞民法等に於ては設立登記を強要しないが、これ等の立法は許可主義を採るものではないから同一に論じ得ざること勿論である。

第四十九條 社團ノ組織及ヒ社員トノ關係ハ第五十條乃至第五十八條ノ規定ニ違反セサル限りニ於テ定款ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得

（原文） 社團之組織及社員之關係。以不違反第五十條至五十八條之規定爲限得以章程定之。

一 立法例

(1) 本條は獨民第二五條と同一なるも、同法は更に第四〇條に於て定款をもつて變更し得る規定を指示する。然るに本法は以下數條の規定を絶對的強行規定となし獨民第四〇條に該當する

規定を缺くから結果に於て重大なる差を生ずる。

- (2) 瑞民第六三條は定款をもつて規定することを原則とし民法の規定を補充とし（第一項）、且定款は民法に強行的規定なることを明言するものに反し得ざるものと定めて居る（第二項）。
- (3) 日本民法には一般的規定なく、理論に於て獨瑞兩民法とほぼ同様の結果が認めらるる。

二 日本民法との比較

本條の規定は日本民法と大いに異なる結果を導く。以下各條にこれを記述する。

三 批評

本條の如く第五十條乃至第五十八條を強行的規定となし定款をもつても變更し得ざるものとなすは他に見ざる立法例であつて、不當の點が少くない。以下各條につき記述する所参照。

第五十條 社團ハ總會ヲ以テ最高機關トス

左ニ掲ケタル事項ハ總會ノ決議ヲ經ルコトヲ要ス

一、定款ノ變更

- 二、理事ノ任免
- 三、理事ノ職務執行ノ監督
- 四、社員ノ除名但正當ノ理由アル場合ニ限ル

(原文) 社團以總會爲最高機關。

左列事項應經總會之決議。

- 一 變更章程。
- 二 任免董事。
- 三 監督董事職務之執行。
- 四 開除社員。但以有正當理由時爲限。

一 立法例

(1) 第一項 瑞民第六四條第一項『社員總會ヲ以テ社團法人ノ最高機關トス』
 (2) 第二項 總會の專權事項を一括する例は瑞民第六五條曰く『總會ハ社員ノ入社及ヒ除名ヲ決シ理事ヲ選任シ且社團法人ノ他ノ機關ニ委任セラレサル總テノ事務ヲ議決ス。總會ハ機關ノ行爲ヲ監督シ且何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得但被解任者カ既存ノ契約ニ因リテ有スル請求權ノ行使ヲ妨ケス。重大ナル事由アル場合ニハ法律上前項ノ解任權ヲ生ス。但しこの規定は

必ずしも強行規定に非ざる點に於て本條と大いに異なる。

二 日本民法との比較

第一項 規定なきも理論上同一。

第二項 日本民法は獨民法と同様總會の專權事項を一括して居らない。然し個々の規定によれば――

第一號 日民法第三八條及び獨民法第三三條も同一。

第二號 日本民法は定款の必要的記載事項であるから専らこれに従ふ第三七條第五號。――尙ほ瑞民法第六五條第二項、獨民法第二七條第一項は總會の權限となすも、獨民法に於ては定款に別段の定を爲し得ることを明言し(第四〇條、瑞民法も亦同様に解すべきものである(第六三條參照))。

第三號 日本民法に明文なきも同一。

第四號 日本民法は定款の必要的記載事項として専らこれによる(第三七條第六號)。――尙ほ瑞民法は右の第六五條第一項の他に第七二條第二項に於て資格喪失の理由を定款に定め得るものとなし、同條第三項に於てこの定なきときは重要

なる理由ある場合に總會の決議によつてなすべきことを規定して居る。

三 批評

本條第二項第二號及び第四號の事項は何れも日民第三七條と同様に定款の必要的記載事項とせらるるものである(第四七條第三號第六號)。しかも本條によつて總會の専權事項となし定款によつても別段の定を爲し得ざるものとせらるる(第四九條)。彼此矛盾するの甚しきものであらう。宜しく次ぎの三主義の何れか一を選ぶべきである。

(イ) 總會の決議事項となす本條の規定を削除する(日本民法の主義)。

(ロ) 定款の必要的記載事項たることを定むる規定第四七條第三號第六號を削除して専ら本條による。

(ハ) 一面定款の任意的記載事項となすに止め他面定款の定なき場合に於て本條によつて總會の決議によるものと定むる(獨瑞兩民法の主義)。

第五十一條 總會ハ理事之ヲ招集ス

總社員ノ十分ノ一以上ヨリ會議ノ目的及ヒ招集ノ理由ヲ表明シテ總會ノ招集ヲ請求シタルトキハ理事ハ之ヲ招集スルコトヲ要ス
理事力前項ノ請求ヲ受ケタル後一ヶ月内ニ招集ヲ爲ササルトキハ
請求ヲ爲シタル社員ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ招集スルコトヲ得

(原文) 總會由董事召集之。

如有全體社員十分一以上之請求。表明會議目的及召集理由、請求召集時、董事須召集之。

董事受前項之請求後。一個月内不爲召集者。得由請求之社員經法院之許可召集之。

一 立法例

(1) 第一項 瑞民第六四條第二項『總會ハ理事之ヲ招集ス。』

(2) 第二項 (同趣旨) 日民第六一條第二項但し五分の一(瑞民第六四條第二項も五分の一)、獨民

第三七條第一項は本條と同様十分の一。

(3) 第三項 日商第一六〇條第二項は同趣旨なれども日本民法になし。

二 日本民法との比較

- (1) 我民法には本條第一項に該當する規定なきも解釋上當然である(第六一條參照)。
- (2) 第二項の所謂少數社員權の定足數は日本民法に於て五分の一なるのみならず定款をもつて變更し得る。これに反し本法はこの定足數も強行規定である(前掲の獨瑞兩民法は強行規定である)。
- (3) 第三項は日本民法になくその缺點とする所であつて、至當な規定である。

第五十二條 總會ノ決議ハ本法ニ特別ノ規定アル場合ヲ除ク外出席

社員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決ス

社員ハ平等ノ表決權ナ有ス

(原文) 總會決議除本法有特別規定外。以出席社員過半數決之。
社員有平等之表決權。

一 立法例

- (1) 第一項 獨民第三二條第一項第三段「決議ハ出席社員ノ多數決ニ依ル」瑞民第六七條

二項「決議ハ出席シタル社員ノ議決權ノ過半數ヲ以テ之ヲ爲ス」

(2) 第二項 日民第六五條第二項、瑞民第六七條第一項「各社員ハ總會ニ於テ同等ノ議決權ヲ有ス」

二 日本民法との比較

第一項の規定は日本民法になき所なるも解釋上同一に歸する。唯我民法の解釋としては本法の如くこれを強行法規とは見ない。尙ほ獨民法は定款をもつて變更し得るものと明言し(第四〇條)瑞民法に於ても同様であつて(第六七條第二項、第六三條第二項參照)何れも本法と異なる。

第五十三條 社團ノ定款變更ノ決議ハ總社員過半數ノ出席アリ出席

社員四分ノ三以上ノ同意アルカ又ハ總社員三分ノ二以上ノ書面ニ依ル同意アルコトヲ要ス

設立ノ許可ヲ受ケタル社團カ定款ヲ變更スル場合ハ更ニ主管官署ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス

(原文) 社團變更章程之決議應有全體社員過半數之出席。出席社員四分三以上之同意。或有全體社員三分之二以上書面之同意。
受設立許可之社團變更章程時。並應得主管官署之許可。

一 立法例

- (1) 第一項 (類似) 日民第三八條は總社員の四分の三以上、日商第二〇九條は二分の一以上の出席とその過半數、獨民第三三條第一項は出席社員の四分の三。
- (2) 第二項 日民第三八條第二項。

二 日本民法との比較

第一項の定足數を強行規定となすことも本法の特色であつて、日本民法(第三八條第一項)、獨民法(第四〇條)共に定款をもつて變更し得るものとなす。本法の如く強行規定となす必要は全く之を發見し得ない。

第五十四條 社員ハ何時ニテモ退社スルコトヲ得但定款カ事務年度ノ終了又ハ豫告期間ノ經過後ニ限り退社ヲ許ストキハ此限ニ在ラ

ス

前項ノ豫告期間ハ六ヶ月ヲ超ユルコトヲ得ス

(原文) 社員得隨時退社。但章程限定於事務年度終或經過預告期間後始准退社者。不在此限。
前項預告期間不得超過六個月。

一 立法例

- (1) 第一項 (同趣旨) 獨民第三九條「社員ハ社團ヨリ脱退ヲ爲スコトヲ得。定款ノ規定ニ因リ脱退ハ事業年度ノ終ニ於テノミ之ヲ爲スヘキコト又ハ告知期間ノ經過後ニ初メテ之ヲ爲スヘキコトヲ定ムルコトヲ得告知期間ハ二年ヲ超ユルコトヲ得ス」瑞民第七〇條第二項「退社ハ曆年末ヨリ半箇年前又ハ執務年度カ定メラレタル場合ニハ其年度末ヨリ半箇年前ニ申出テテ之ヲ爲スコトヲ得」
- (2) 第二項 獨民法は二年、瑞民法は六ヶ月。

二 日本民法との比較

日本民法には本條に該當する規定がない。解釋上、第一項と同様の結果はこれを認め得るであらうが、第二項と同様の結果はこれを認め得ないであらう。

第五十五條 退社シ又ハ除名セラレタル社員ハ社團ノ財産ニ對スル請求權ナシ但非公益法人ニシテ其定款中ニ別段ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス

前項ノ社員ハ其退社又ハ除名以前ニ於テ分擔スヘカリシ出資額ニ付テハ仍ホ辨濟ノ義務アルモノトス

(原文) 已退社或開除之社員。對於社團之財産無請求權。但非公益法人其章程另有規定者不在此限。
前項社員對於其退社或開除以前應分擔之出資仍負清償之義務。

一 立法例

瑞民第七三條 (退社シタル又ハ除名セラレタル社員ハ社團法人ノ財産ニ對シテ何等ノ權利ナ有スルコトナシ。出資ニ關シテハ其社員タリシ時期ニ應シテ其責ニ任ス)

二 日本民法との比較

日本民法には本條に該當する規定なきも解釋上同一の結果となること疑なしと考へる。

第五十六條 總會ノ決議カ法令又ハ定款ニ違反スルモノアルトキハ其決議ノ際之ニ同意セサリシ社員ハ裁判所ニ對シ其決議無効ノ宣告ヲ請求スルコトヲ得
前項ノ請求ハ決議後三ヶ月内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス

(原文) 總會之決議有違反法令或章程者。對該決議原不同意之社員得請求法院宣告其決議爲無效。
前項之請求應於決議後三個月內爲之。

一 立法例

(同趣旨) 瑞民第七五條 『法律又ハ定款ニ違反シタル決議ニ對シテハ其決議ニ同意セサリシ各社員ハ其決議ヲ知リタル後一箇月内ニ取消ノ訴ヲ起スコトヲ得』

二 日本民法との比較

日本民法には特別の規定なし(日商法第一六三條は稍類似の規定)。

三 註 釋

本條は前掲瑞民法に倣へるものと思はる。瑞民法は取消(anfechten)の規定であつて、學者は別に當然無効(nulles)の決議もありと解釋して居る。本條は無効宣告と規定するから一見右と異なるやうに見ゆるもほぼ同様に解すべきであらう。即ち、

(1) 決議内容の違法なるものは本條の適用を受けず當然無効である。蓋しかく解せざれば總會の決議をもつて違法を敢行し得ることになるからである。

(2) その他の決議(主として手續の違法)についてのみ本條の適用あり、而してこの場合には本條によつてのみこれを無効となすことを得べく、且その無効宣言は創設的效力を有し總ての人に對して效力を生ずる。蓋しかく解せざれば決議無効の法律關係を總ての人に對して劃一的に決定せんとする本條の實益を發揮し得ないからである。

四 批 評

日本民法になき爲め缺點とも稱せらるる點であるから、至當の規定である。但し三ヶ月は長きに失するの嫌があらう。

第五十七條 社團ハ何時ニテモ總社員ノ三分二以上ノ可決ヲ以テ之ヲ解散スルコトヲ得

(原文) 社團得隨時以全體社員三分二以上之可決解散之。

一 立法例

(類似) 日民第六九條獨民第四一條 『社團ハ社員總會ノ決議ニ因リテ解散スルコトヲ得。右ノ決議ハ定款ニ別段ノ定メナキトキハ出席社員ノ四分ノ三ノ多數決ニヨルコトヲ要ス』、瑞民第七六條 『總會ハ何時ニテモ社團法人ノ解散ヲ議決スルコトヲ得』

二 註 釋

『可決』とは總會の決議を示す意であらうか。

三 批 評

本條の定足數もこれを強行規定とすること本法の特色なるも、前掲の日本民法、

獨民法、瑞民法何れも定款をもつて變更することを認めて居る。而して予はこの點に於てもこれを強行規定となすべき必要を發見し得ない。

第五十八條 社團ノ事務力定款ノ定ムル所ニ從テ進行スルコト能ハサルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ申請ニ因リ之ヲ解散スルコトヲ得

(原文) 社團之事務無從依章程所定進行時。法院得因利害關係人之聲請解散之。

一 立法例

(類似) 日民第六八條第一項第二號は成功不能によつて當然解散。獨民第八七條は財團につき本條と同趣旨の規定をなし、瑞民第八八條は同じく財團につき當然解散を認むるも共に社團につき規定を缺く(第六五條所述參照)。

二 日本民法との比較

日本民法は成功不能の場合には當然解散となる。

三 註釋

本條は財團に關する第六五條と對應する規定である。従つて本法は日本民法と異り成功不能によつて當然解散することはこれを認めざる趣旨である。

四 批評

成功不能を當然解散とするは解散時期を不明ならしむる弊害を伴ふことがあるから、本法の規定はこの點に於て極めて至當であらう。

第三款 財團 (財團)

第五十九條 財團ハ登記前ニ於テ主管官署ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス

(原文) 財團於登記前應得主管官署之許可。

一 立法例

第四六條に述ぶる所(七一頁參照)。

二 日本民法との比較

日本民法とほぼ同様の主義である。但し登記が設立要件なる點は異なる。尙中

間的法人をも本條によつて許可する趣旨なりやは必ずしも明らかではないが、肯定すべきであらうか(五三頁参照)。これに反して營利財團は之を認めざる趣旨と解すべきであること疑ないであらう。

第六十條 財團ヲ設立スル者ハ寄附行爲ヲ作ルコトヲ要ス但遺言ヲ

以テ寄附行爲ヲ爲ストキハ此限ニ在ラス

寄附行爲ニハ法人ノ目的及ヒ寄附財産ヲ明定スルコトヲ要ス

(原文) 設立財團者應訂立捐助章程。但以遺囑捐助者不在此限。

捐助章程應訂明法人目的及所捐財產。

一 立法例

(類似) 日民第三九條乃至第四一條。

二 日本民法との比較

第一項但書の規定は日本民法にないが、第四一條第二項の規定から同一の結果

となる。

第二項が必要的記載事項を目的と財産とに限りたることは日本民法と異なる。

第六十一條 財團ヲ設立スル場合ニ於テ登記スヘキ事項左ノ如シ

一、目的

二、名稱

三、主事務所及ヒ分事務所

四、財産ノ總額

五、許可ヲ受ケタル年月日

六、理事ノ姓名及ヒ住所

七、理事ノ代表權ヲ制限シタルトキハ其制限

八、存立時期ヲ定メタルトキハ其時期

財團ノ登記ハ理事ニ於テ其主事務所及ヒ分事務所所在地ノ主管官

署ニ對シテ之ヲ爲シ且寄附行爲ヲ添附スルコトヲ要ス

(原文) 財團設立時應登記之事項如左。

- 一 目的。
 - 二 名稱。
 - 三 主事務所及分事務所。
 - 四 財產之總額。
 - 五 受許可之年月日。
 - 六 董事之姓名及住所。
 - 七 限制董事代表權者其限制。
 - 八 定有存立時期者其時期。
- 財團之登記由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之。並應附具捐助章程備案。

立法例

日民第四六條、但し第七號の代表權の制限の規定を缺く。
尙ほ第四八條について述べた所七七頁參照。

第六十二條 財團ノ組織及ヒ管理方法ハ寄附行爲者ニ於テ寄附行爲

ヲ以テ之ヲ定ム寄附行爲ニ定ムル組織力ハ完全ナル力又ハ重要ナル管理方法力具備セサルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ申請ニ因リ必要ノ處分ヲ爲スコトヲ得

(原文) 財團之組織及其管理方法由捐助人以捐助章程定之。捐助章程所定之組織不完全、或重要之管理方法不具備者。法院得因利害關係人之聲請爲必要之處分。

一 立法例

瑞民第八三條 『財團法人ノ機關及ヒ管理ノ方法ハ寄附行爲ニ依リテ定マル。定メラレタル組織力不完全ナル場合ニハ監督官廳ハ必要ノ處分ヲ爲スヘシ。目的ニ適スル處分ヲ爲スコト能ハサル場合ニハ監督官廳ハ其財產ヲ成ルヘク同種ノ目的ヲ有スル他ノ財團法人ニ歸屬セシムルコトヲ要ス但寄附者カ異議ヲ申立テ又ハ寄附行爲ニ明カニ反對ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス』

二 日本民法との比較

日本民法は第四〇條に死亡の場合の補充方法あるもその他の規定を缺く。

三 批評

一一四

總會を有せざる財團法人の管理については社團法人より更に一層大なる國家的干渉を試みざれば、財團の目的を完全に達せしめ得ざるものであつて、日本民法の規定はこの點に於て充分でない。瑞民法に倣へる本條の規定は極めて至當である。

第六十三條 財團ノ目的ヲ維持シ又ハ其財産ヲ保存スル爲メ裁判所
ハ寄附行爲者、理事又ハ利害關係人ノ申請ニ因リ其組織ヲ變更ス
ルコトヲ得

(原文) 爲維持財團之目的、或保存其財産。法院得因捐助人董事或利害關係人之聲請、變更其組織。

一 立法例

瑞民第八五條 『管轄州廳又ハ財團法人カ聯邦ノ監督ノ下ニ在ル場合ニハ聯邦參議院ハ監督官廳ノ申立ニ依リ財團法人ノ最高機關ニ諮問シタル後財團法人ノ組織ヲ變更スルコトヲ得但財團

法人ノ財産又ハ目的ノ維持上其變更カ極メテ必要ナル場合ニ限ル』

二 日本民法との比較

日本民法に規定を缺く。前條所述參照。

第六十四條 財團ノ理事力寄附行爲ニ違反スル行爲ヲ爲シタルトキ
ハ裁判所ハ利害關係人ノ申請ニ因リ其行爲ノ無效ヲ宣告スルコト
ヲ得

(原文) 財團董事有違反捐助章程之行爲時。法院得因利害關係人之聲請宣告其行爲爲無效。

一 立法例

類似の立法例を發見し得ない。

二 日本民法との比較

日本民法にはこれに該當する規定がない。

本條は代表權の制限たる第六一條第七號第二七條以外に猶ほ無効の宣告を爲し得るものとする趣旨であらう。然し『寄附行爲ニ違反スル行爲』なる文字の意義は甚しく不明である。抑々財團法人に於ては、その財産を特に保護する必要あること及び總會その他の監督機關なき爲め理事の專横を見る虞あること等から見て、一見本條の存在意義を認むべきが如くであるが、他方取引の安全を害する虞は極めて大である。理事のかかる行爲に對しては主管官署の監督と理事個人の責任とを生ずるに止め、本條の如く行爲の無効を認めざるを可とすると考へる。

第六十五條

事情ノ變更ニ因リ財團ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ主管官署ハ寄附行爲者ノ意思ヲ斟酌シ其目的及ヒ其必要ナル組織ノ變更ヲ爲シ又ハ之ヲ解散スルコトヲ得

(原文) 因情事變更致財團之目的不能到達時。主管官署得斟酌捐助人之意思變更其目的及其必要組織。或解散之。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第八七條 『財團ノ目的カ成功不能トナリタルカ又ハ公益ヲ害スル虞アルトキハ主務官廳ハ他ノ目的ノ指定ヲ爲シ又ハ財團ヲ廢止スルコトヲ得。目的ノ變更ニ付テハ設立者ノ意思ニ最も適合シタル斟酌ヲ爲スコトヲ要ス。殊ニ財團ノ財産ノ收益ハ設立者ノ意思ニ從ヒ之ヲ收取スヘキ人ニ歸屬セシムルコトヲ努ムルコトヲ要ス。官廳ハ目的ノ變更ニ必要ナル限リ財團ノ寄附行爲其他ノ規定ヲ變更スルコトヲ得。目的及ヒ寄附行爲其他ノ規定ノ變更ノ前ニ財團ノ理事團ノ意見ヲ徵スヘシ。』 瑞民第八六條 『管轄州廳又ハ財團法人カ聯邦ノ監督ノ下ニ在ル場合ニハ聯邦參議院ハ監督官廳ノ申立ニ依リ財團法人ノ最高機關ニ諮問シタル後財團法人ノ目的ヲ變更スルコトヲ得但其財團法人ノ本來ノ目的カ全ク他ノ意義又ハ效果ヲ有スルニ至リ財團法人ノ現狀カ明白ニ寄附者ノ意思ト背馳スルニ至レル場合ニ限ル。前項ト同一ノ要件ヲ具備シタル場合ニハ財團法人ノ目的ヲ害スヘキ負擔又ハ條件ヲ廢止又ハ變更スルコトヲ得。』 同第八八條 『財團法人カ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ法律上解散セラレヘキモノトス。財團法人ノ目的カ違法又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノトナリタル場合ニハ裁判官之ヲ解散ス。』

二 日本民法との比較

日本民法に於ては成功不能は社團・財團共に當然解散の事由となる(第六八條第一項第二號)。

第三章 物(物)

本法の『物』に關する規定は最も日本民法に近似する。異なるは次ぎの二點である。

(1) 日民法第八五條の規定を缺く結果、本法が有體物主義なりや否やは不明である。物權その法の理論に於て決することとなるであらう。

(2) 日民法第八六條第三項の規定を缺く。この點は別に有價證券の規定等によつて決すべきものであらう。

右の他は日本民法の規定と同趣旨の規定を掲ぐるに止まる。

第六十六條 不動産トハ土地及ヒ其定著物ヲ謂フ

不動産ノ產出物ニシテ未タ分離セサルモノハ其不動産ノ部分ト爲

フ

(原文) 稱不動産者、謂土地及其定著物。

不動産之出產物尙未分離者、爲該不動産之部分。

一 立法例

(1) 第一項 日民第八六條第一項

(2) 第二項 (類似) 瑞民第六四三條第三項 『自然果實ハ其分離マテハ其物ノ成分トス』、獨民第九四條第一項 『土地ニ定著セル物殊ニ建物竝ニ土地ヨリ分離セサル土地ノ產出物ハ土地ノ同體的構成部分トス、種子ハ之ヲ播キタル時ヨリ植物ハ之ヲ植付ケタル時ヨリ土地ノ同體的構成部分トス』

二 日本民法との比較

日本民法には第二項の規定を缺くも解釋上同一に歸する。

第六十七條 動産トハ前條ニ定ムル不動産以外ノ物ヲ謂フ

(原文) 稱動産者、爲前條所稱不動産以外之物。

立法例

日民第八六條第二項

第六十八條 主物ノ成分ニ非スシテ常ニ主物ノ效用ヲ助ケ且同一人

ニ屬スルモノハ之ヲ從物トス但取引上特別ノ慣習アルトキハ其慣

習ニ從フ

主物ノ處分ハ從物ニ及フ

(原文) 非主物之成分常助主物之效用而同屬於一人者爲從物。但交易上有特別習
慣者依其習慣。
主物之處分及於從物。

立法例

(1) 第一項 (同趣旨) 日民第八七條第一項。日本民法には但書を缺く。この點は獨民第九七
條第一項第二段と同趣旨。但し解釋上は日本民法に於ても同一である。

(2) 第二項 日民第八七條第二項

第六十九條 天然果實トハ果實、動物ノ產出物其他物ノ用法ニ依リ

テ收得スル產出物ヲ謂フ

法定果實トハ利息、使用料其他法律關係ニ因リテ得ル所ノ收益ヲ
謂フ

(原文) 稱天然孳息者。謂果實動物之產物及其他依物之用法所收穫之出產物。
稱法定孳息者。謂利息租金及其他因法律關係所得之收益。

立法例

(1) 第一項 (同趣旨) 日民第八八條第一項

(2) 第二項 (同趣旨) 日民第八八條第二項

例示を加へたる點を異にするのみ。

第七十條 天然果實ヲ收取スル權利アル者ハ其權利ノ存續期間内ニ

元物ヨリ分離シタル果實ヲ取得ス

法定果實ヲ取得スル權利アル者ハ其權利ノ存續期間内ノ日數ニ應
シテ其果實ヲ取得ス

(原文) 有收取天然孳息權利之人、其權利存續期間内取得與原物分離之孳息。
有收取法定孳息權利之人、按其權利存續期間内之日數取得其孳息。

立法例

- (1) 第一項 (同趣旨) 日民第八九條第一項
- (2) 第二項 (同趣旨) 日民第八九條第二項

第四章 法律行爲 (法律行爲)

第一節 通 則 (通則)

法律行爲の通則と題して四箇條を收めて居る。その内容は、(1) 強行法規違反行爲の無効(第七一條)、(2) 公序良俗違反行爲の無効(第七二條)、(3) 方式欠缺行爲の無効(第七三條)、(4) 暴利行爲の無効(第七四條)である。

右の規定は大體に於て日本民法の法律行爲の總則(第九〇條乃至第九二條)に該當するものであるが、日本民法には後の二者を缺き、別に事實たる慣習の效力を規定する(第九二條)。最後の點に關しては第一條の註に述べた所を參照せられたい。

第七十一條 法律行爲力強制規定又ハ禁止規定ニ違反スルトキハ無

效トス但其規定力之ヲ無効ト爲ササルトキハ此限ニ在ラス

(原文) 法律行爲違反強制或禁止之規定者無効。但其規定並不以之爲無効者不在此限。

一 立法例

獨民第一三四條に最も近い。同條に曰く『法律上ノ禁止ニ違反スル法律行爲ハ無効トス但法律ニ別段ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス』。然し日民第九一條、瑞債第一九條も同趣旨である。

二 日本民法との比較

前掲日本民法第九一條には本條の但書を缺くも解釋上異なる所はない。

第七十二條 法律行爲カ公共ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ違反スルトキ

ハ無効トス

(原文) 法律行爲有背於公共秩序或善良風俗者無効。

立法例

日民第九〇條——尙ほ獨民第一三八條瑞債第一九條第二項第二〇條も同趣旨である。

第七十三條 法律行爲カ法定ノ方式ニ依ラサルトキハ無効トス但法

律ニ別段ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス

(原文) 法律行爲不依法定方式者無効。但法律另有規定者不在此限。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第一二五條『法定ノ方式ヲ缺キタル法律行爲ハ無効トス、法律行爲ヲ以テ定メタル方式ヲ缺キタル場合ニ於テ疑ハシキトキ亦同シ』。瑞債第一一條『本法ニ特ニ規定シタル場合ニ限り契約ノ有效ナルカ爲メニ方式ヲ必要トス。法律ニ規定シタル方式ノ效力及ヒ意義ニ付特別ノ規定アラサルトキハ契約ノ有效ナルカ爲メニハ方式ヲ遵守スルコトヲ要ス』

二 日本民法との比較

日本民法に規定を缺くも解釋上本條と同一の結果を生ずる。

第七十四條 法律行爲カ他人ノ急迫、輕卒又ハ無經驗ニ乘シ財産上

ノ給付又ハ給付ノ約定ヲ爲サシメタルモノナル場合ニ於テ當時ノ事情ニ依リ明カニ公平ヲ失スルモノナルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ申請ニ因リ其法律行爲ヲ取消シ又ハ其給付ヲ輕減スルコトヲ得

前項ノ申請ハ法律行爲ノ後一年內ニ之ヲ爲スコトヲ要ス

(原文)

法律行爲係乘他人之急迫輕卒或無經驗、使其爲財產上之給付、或爲給付之約定、依當時情形顯失公平者。法院得因利害關係人之申請、撤銷其法律行爲、或減輕其給付。

前項申請應於法律行爲後一年內爲之。

一 立法例

獨民第一三八條第二項『殊ニ相手方ノ窮迫輕卒又ハ無經驗ニ乘シ自己又ハ他人ノ爲シタル給付ニ對シテ財産的利益ヲ約束又ハ供與セシムル法律行爲ハ其財産的利益カ其當時ノ事情ニ從ヒ著シク權衡ヲ失スル程度ニ其給付ノ價格ヲ超過スルトキハ之ハ無効トス。』——尙瑞債第二一條も同一趣旨の規定を爲す、曰く『契約ニ因リ給付及ヒ反對給付ノ間ニ明白ナル不權衡カ成立シ且

其契約ノ締結ハ當時者ノ一方カ他方ノ急迫無經驗若クハ無智ニ乘シテ爲サレタルモノナルトキハ被害者ハ一定ノ期間內ニ契約ニ服從セサルコトヲ表示シ其給付シタル物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得。其期間ハ契約ノ締結ヲ以テ始マル』

二 日本民法との比較

日本民法に規定なきもその第九〇條に關する近時の學說判例はほぼ同一の結果を認めんとして居る。

三 註釋

(1) 本條が『他人』といふは必ずしも給付をなし又は給付の約束を爲したる者即ち其法律行爲の相手方には限らない。例へば近親者の窮迫を利用する場合の如きには本條の適用あること明瞭である。然し果して如何なる範圍に及ぶかは本條の立法理由に照して慎重に決すべきである。

(2) 本條は所謂暴利行爲(Wucher)を無効とするものであつて獨民法の特色とせらるる規定に倣つたものである。契約の自由をもつて絶對の眞理となさざる現代法の理想から見るときはこの理論そのものは極めて正當なものである。然し

その適用に當つては極めて慎重なることを要するのみならず、裁判官その人の卓越することを絶対的要件とするものを忘るゝてはならない。蓋し然らざれば契約自由の不当なる拘束となり取引の安全を害することとなるからである。民國當路者に於てもこの點に留意して、この現代法の優れた武器を用ゐるその效力を發揮して誤りなきことに努むることを切望する。

第二節 行爲能力 (行爲能力)

本法は第二章人の第一節自然人中の第一二條乃至第一五條に未成年者と禁治産者とが行爲能力を制限せらるるものなることを定め、本節に於てその制限の内容を規定する。この立法の體裁は大體に於て獨民法に倣へるものであつて日本民法と趣旨を異にする。のみならず、無能力者を行爲無能力者(七歳未満の者と禁治産者)と制限行爲能力者(七歳以上の未成年者)との二種に分つことも獨民法の主義であつて、日本民法と異なる。左に日本民法を主として本法の制度の大體を表とする。

一 無能力者の種類態容の比較

	(日 民法)	(本 法)
(1) 未成年者	<ul style="list-style-type: none"> A 意思能力なきことを舉證せる場合は無効(解釋上)……………七歳未満の者(一三條一項)——行爲無能力者として無効(七五條前段) B その他は取消し得べき行爲(四條二項)……………七歳以上の未成年者——制限行爲能力者(七七條) C 婚姻するも特別の取扱なし……………婚姻により行爲能力を取得する(一三條二項) 	<ul style="list-style-type: none"> A 意思能力欠缺につき未成年者と同じ……………總ての禁治産者——行爲無能力者として無効(七五條前段) B その他は常に取消し得べき行爲(九條)
(2) 禁治産者	<ul style="list-style-type: none"> A 取消し得べき行爲(一二條三項)……………この制度なし B 取消し得べき行爲(一四條二項)……………總則編に規定なし(本書二四頁参照) 	<ul style="list-style-type: none"> A 取消し得べき行爲(一二條三項)……………この制度なし B 取消し得べき行爲(一四條二項)……………總則編に規定なし(本書二四頁参照)
(3) 準禁治産者	取消し得べき行爲(一二條三項)……………この制度なし	取消し得べき行爲(一四條二項)……………總則編に規定なし(本書二四頁参照)
(4) 妻	取消し得べき行爲(一四條二項)……………總則編に規定なし(本書二四頁参照)	取消し得べき行爲(一四條二項)……………總則編に規定なし(本書二四頁参照)

第二 日本民法の意思能力ある未成年者と本法の制限行爲能力者(七歳以上の未婚の未成年者)との比較

	(日 民法)	(本 法)
一、原則	<ul style="list-style-type: none"> (1) 單獨行爲——取消(四條二項)、追認あれば取消し得ざる(二二條、一二四條) (2) 契約……右と同様に取扱ふ……………無効(七八條)、追認を許さず(七九條、八一條一項) 	<ul style="list-style-type: none"> (1) 單獨行爲——取消(四條二項)、追認あれば取消し得ざる(二二條、一二四條) (2) 契約……右と同様に取扱ふ……………無効(七八條)、追認を許さず(七九條、八一條一項)
二、例外として行爲の有効なる場合	……………無効(七八條)、追認を許さず(七九條、八一條一項)	……………無効(七八條)、追認を許さず(七九條、八一條一項)

- 法定代理人の同意あるとき(四條一項本文)……………同じ(七七條本文)
 - (2) 権利を得又は義務を免るる行爲(四條一項但書)……………同じ(七七條但書前段)
 - (3) 處分を許されたる財産につき(五條)……………同じ(八四條)
 - (4) 營業を許されたるときこれに關して(六條)……………同じ(八五條)
 - (5) 日常生活の必需品を獲る行爲(規定なし)……………有効(七七條但書後段)
- 三、相手方の保護

- (1) 催告權(一九條)……………内容に於て異なる(八〇條・八一條二項)
- (2) 撤回權(規定なし)……………あり(八二條)
- (3) 詐術を用ゐたる場合——取消權なし(二〇條)……………有効(八三條)

第七十五條 行爲無能力者ノ意思表示ハ無効トス行爲無能力者ニ非

ラスト雖モ其意思表示力無意識又ハ精神錯亂中ニ爲サレタルモノナルトキ亦同シ

(原文) 無行爲能力人之意思表示無効。雖非無行爲能力人而其意思表示係在無意識或精神錯亂中所爲者亦同。

立法例

獨民第一〇五條 『無能力者ノ意思表示ハ無効トス。知覺喪失又ハ精神作用ノ一時的障礙ノ状態ニ於テ爲シタル意思表示モ亦無効トス。尙瑞民第一八條も同趣旨。』

二 日本民法との比較

本條前段の行爲無能力者といふは、(1)七歳未滿の未成年者(第一三條第一項)及び(2)禁治産者(第一四條第一項)である。日本民法に於ては未成年者及び禁治産者の行爲は共に取消し得るものに過ぎない。ただ解釋上、これ等の者が所謂意思能力(判斷力)を缺くことを舉證し得たときにその行爲が絶対に無効とせらるるものである。従つて本條前段と比較すれば、七歳未滿の未成年者については殆んど常に同一の結果となり得るであらうが、禁治産者については異なる結果となることが少くあるまい。

本條後段即ち無意識又は精神錯亂中の行爲に關しては日本民法との間に何等の差異を生じない。

三 註釋

行爲無能力者の何人なりやは第一三條乃至第一五條參照。

第七十六條 行爲無能力者ハ法定代理人ニ於テ代ハリテ意思表示ヲ爲シ又代ハリテ意思表示ヲ受ク

(原文) 無行爲能力人由法定代理人代爲意思表示。並代受意思表示。

一 立法例

行爲無能力者についてかくの如き一般的規定を設くることは本法の獨特の立法のやうに見ゆる。日本民法は親權者及び後見人につき無能力者の代理權あることを規定する(第八八四條以下、第九二三條)。獨民法、瑞民法もこれに類する。

二 註釋

本法に於ける法定代理人は未成年の子の父母と監護人後見人及び禁治産者の監護人(後見人)である。

(イ) 未成年者の父母は共に法定代理人である(第一〇八六條)。而して父母の未成年の子に對する權利の行使は原則として父母共同に之を爲し、父母の意見一致せざる場合には父單獨に、父母の一方が權利を行使し得ざるときは他の一方が單獨に、これを爲すものと定めらるる(第一〇八九條)。従つて法定代理人としても父母は原則として共同代理人となり共同して代理行爲を爲さねばならない(第一六八條)。これは瑞民法(第二七四條第二七九條)の主義に倣つたもので日本民法と大いに異なる點であるから注意を要する。——尙ほ日本民法は親權者の種類(繼父母、嫡母、實母、實父)によつて法定代理權の行使の制限を異にするも、本法にはかかる區別及び制限は存在しない。

(ロ) 未成年の子に監護人(後見人)を附するのは父母共になきか又は共に權利を行使し得ざる場合である。但し未成年者が既に婚姻を爲せる場合にはこれを必要としないのは勿論である(第一三條二項、第一〇九一條)。監護人(後見人)となる者は父母の指定、法律の規定又は親族會の選定によつて定まる(第一〇九三條、第一〇九四條)。監護人は法定代理人であるが(第一〇九八條)、不動産の處分には親族會の承認を要する(第一一〇一條)。

(ハ) 禁治産者の監護人(後見人)となる者は法律の規定、父母の指定又は裁判所の

選定によつて定まる(第一一一一條)。その法定代理權は未成年者の監護人と同一である(第一一一三條)。

第七十七條 制限行為能力者カ意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ受クルニハ

法定代理人ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス但單ニ法律上ノ利益又ハ其年齡及ヒ身分ニ依リ日常生活ニ必需ナルモノヲ獲ル場合ハ此限ニ在ラス

(原文) 限制行為能力人爲意思表示及受意思表示、應得法定代理人之允許。但純獲

法律上利益、或依其年齡及身分日常生活所必需者、不在此限。

一 立法例

(1) 本文(同趣旨) 瑞民第一九條第一項『判斷能力ヲ有スル未成年者又ハ禁治產者ハ法定代理人ノ同意ヲ得タル場合ニ限リ自己ノ行為ニヨリテ義務ヲ負フ』

(2) 但書前段(同趣旨) 瑞民第一九條第二項『未成年者又ハ禁治產者カ無償ノ利益ヲ取得シ又ハ一身ニ專屬スル權利ヲ行使スルニハ前項ノ同意ヲ要セス』日民第四條第一項但書、獨民第

一〇七條『未成年者カ意思表示ヲ爲スニハ單ニ法律上ノ利益ヲ得ル場合ノ外ハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス』

(3) 但書後段は日獨瑞三民法中類似の立法例を見ないやうである。或は英法 Infants Relief Acts (7th Aug. 1874) の立法例に據れるものであらうか(この法律は necessaries に關する契約を例外とする)。

二 日本民法との比較

(1) 七歳以上の未成年者が同意を得て行為をなし得る本條本文の規定は日本民法でもほぼ同様の結果となる。但し同意を得ざる結果は全然異なる(次條以下參照)。

(2) 但書前段は日本民法と同じである。日本民法の『義務ヲ免ルヘキ行為』は本條にはないが同一に解し得るであらう。但書後段は日本民法の下に於て概括的同意を認め得る場合の他は同様に解釋し得ない。

三 批評

但書後段は日民法第五條が同意を得たる財産を中心として未成年者の行為能力を擴張するに止まるはいささか實際に適せざるものありと評せらるるに鑑み

たものであらうか。然し本條に於ても實際上その認定に當つては甚しき困難に逢著することを覺悟せねばなるまい。

第七十八條 制限行爲能力者カ法定代理人ノ許可ヲ得スシテ爲シタル單獨行爲ハ無効トス

(原文) 限制行爲能力人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲無效。

一 立法例

獨民第一一一條第一段 『未成年者カ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ爲シタル單獨行爲ハ無効トス』

二 日本民法との比較

日本民法は單獨行爲と契約とを區別せず共に取消し得べきものとなすから本法と大いに異なる。

三 註釋

獨民法が單獨行爲の取扱を契約のそれと區別したのは、單獨行爲に於ては相手方の不利益に歸することを慮つたものと稱せらるる (Motive I, S. 133; Protokolle I, S. 65)。蓋し單獨行爲に於ては契約と異り相手方がこれを欲したものである。従つて無能力者側の追認によつて效力を認むることは妥當を缺くからである。従つて獨民法の解釋としては相手方がこの單獨行爲を承認するときは契約と同様に取扱ふべしとするのが學者の通説である (Oertmann, Komm. zu §. 111)。この點は本法の解釋の參考となるであらう。

第七十九條 制限行爲能力者カ法定代理人ノ許可ヲ得スシテ締結シタル契約ハ法定代理人ノ承認ヲ經テ始メテ效力ヲ生ス

(原文) 限制行爲能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約須經法定代理人之承認始生效力。

一 立法例

獨民第一〇八條第一項は類似の規定である。曰く 『未成年者カ其法定代理人ノ同意ヲ得スシ

ヲ爲シタル契約ハ法定代理人ノ追認ニ因リテ其效力ヲ生ス。然し同法は承認に遡及效を與へるから(獨民第一八四條)その點に於て本法と異なる。

二 日本民法との比較

日本民法は常に取消し得べき行爲であるから本法と大いに異なる。即ち法定代理人の追認は取消權の拋棄に過ぎない(日民第一二二條第一二四條第三項)。

三 批評

本條の文理は承認に遡及效を認めざるものである。然し何故に獨民法の規定と異つて遡及效を認めざるかの理由を發見し得ない。相手方にとつては勿論無能力者自身にとつても遡及效を認むるを至當なりと信ずる。

第八十條 前條ノ契約ノ相手方ハ一ヶ月以上ノ期限ヲ定メ法定代理人ニ對シ之ヲ承認スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得

前項ノ期限内ニ於テ法定代理人カ確答ヲ爲ササルトキハ承認ヲ拒絶シタルモノト看做ス

(原文) 前條契約相對人得定一個月以上之期限催告法定代理人確答是否承認。於前項之期限内法定代理人不爲確答者、視為拒絕承認。

一 立法例

獨民第一〇八條第二項、但し期間は二週間。曰く「相手方カ法定代理人ニ對シ追認ヲ爲スヘキコトヲ催告シタルトキハ追認ハ相手方ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得追認ノ催告前未成年者ニ對シテ爲シタル追認又ハ其拒絕ハ無効トス。追認ハ催告ヲ受ケタル後二週間内ニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ得、右ノ期間内ニ追認ヲ爲ササルトキハ之ヲ拒絕シタルモノト看做ス」。

二 日本民法との比較

日民法第一九條の規定は類似の趣旨なるも本來取消し得べき行爲に對するものであることを異にするのみならず、確答を爲さざる法定代理人は原則として追認を爲したるものと看做さるる點も異なる。

第八十一條 制限行爲能力者カ制限原因消滅ノ後其締結シタル契約

ヲ承認シタルトキハ其承認ハ法定代理人ノ承認ト同一ノ效力ヲ有ス

前條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

(原文) 限制行為能力人於限制原因消滅後承認其所訂立之契約者。其承認與法定代理人之承認有同一效力。
前條規定於前項情形準用之。

一 立法例

- (1) 第一項 獨民第一〇八條第三項 『未成年者カ完全ナル能力者トナリタル後ニ爲シタル其未成年者ノ追認ハ其法定代理人ノ追認ニ代ル』
- (2) 第二項 日民第一九條第一項は稍類似。

二 日本民法との比較

- (1) 第一項 日本民法に於ても未成年者が成年者となりたる後單獨に追認し得ること明かであるが(第一二二條第一二四條第一項)その効果の異なることは前條法定代理人について述べたと同様である。
- (2) 第二項 未成年者が成年者となつた後これに對して催告し得ることも日民法第一九條第一項に認めらるるが、その効果は異なる。即ち日本民法に於ては確

答せざる場合に追認したるものと看做さるる。

第八十二條 制限行為能力者ノ締結シタル契約ノ未タ承認ヲ經サル

以前ニ於テハ相手方ハ之ヲ撤回スルコトヲ得但契約締結ノ際其未
タ許可ヲ受ケサルコトヲ知りタルトキハ此限ニ在ラス

(原文) 限制行為能力人所訂立之契約未經承認前相對人得撤回之。但訂立契約時知其未得有允許者不在此限。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第一〇九條 『契約ハ追認アルマテハ相手方ニ於テ撤回ヲ爲スコトヲ得撤回ハ未成年者ニ對シテモ亦之ヲ表示スルコトヲ得。相手方カ未成年者ナルコトヲ知りタル場合ニ於テハ未成年者カ眞實ニ反シテ法定代理人ノ同意ヲ主張シタルトキニ限り撤回スルコトヲ得但契約ノ締結ニ際シ相手方カ同意ナキコトヲ知りタルトキハ此限ニ在ラス』

二 日本民法との比較

日本民法は相手方に撤回權を認めない。

第八十三條 制限行為能力者カ詐術ヲ用キ他人ヲシテ其行為能力アルモノナルカ又ハ既ニ法定代理人ノ許可ヲ得タルモノナリト信セシメタルトキハ其法律行為ハ有效トス

(原文) 限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者。其法律行為為有效。

一 立法例

日民第二〇條、佛民第一三〇七條、第一三一〇條。

二 日本民法との比較

日本民法は『又ハ』以下の規定を缺くも判例學說共に本條と同様に解して居る。

第八十四條 法定代理人カ制限行為能力者ニ對シテ處分ヲ許可シタル財産アルトキハ制限行為能力者ハ其財産ニツキ處分ノ能力ヲ有ス

(原文) 法定代理人允許限制行為能力人處分之財產。限制行為能力人就該財產有處分之能力。

立法例

(同趣旨) 日民第五條

第八十五條 法定代理人カ制限行為能力者ニ對シ獨立ノ營業ヲ許可シタルトキハ制限行為能力者ハ其營業ニ關シ行為能力ヲ有ス
制限行為能力者カ其營業ニ就キ任ニ勝ヘサル事情アルトキハ法定代理人ハ其許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得

(原文) 法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者。限制行為能力人關於其營業有行為能力。

限制行為能力人就其營業有不勝任之情形時。法定代理人得將其允許撤銷。

一 立法例

(同趣旨) 日民第六條獨民第一一二條第一一三條瑞民第四一二條佛民第四八七條

二 批評

日本民法は許可の條件に關し親族編の規定に於て法定代理人の權限を規律する。獨民法は後見裁判所 (Vormundschaftsgericht) の許可を要することとし、瑞民法は後見廳 (Vormundschaftsbehörde) が許可を與へることとし佛民法は治安裁判官 (Juge de Paix) の監督を受くることとする。皆同一の理由に基く。

本法にはこれに關して何等の規定がない。許可の當否を規律し且その有無を或程度まで明瞭ならしめ得る爲めに何等か特別の規定を爲す必要があるであらう。

第三節 意思表示 (意思表示)

本節は(1)意思表示の瑕疵第八六條乃至第九三條、(2)意思表示の效力發生時期(第九四條乃至第九七條)、(3)意思表示解釋の原則(第九八條)を收めて居る。即ち大體に於て日本民法第四章第二節意思表示に該當するものであるが、日本民法には右のうち(3)の規定を欠く。

前註 意思表示の瑕疵に關する日本民法と本法との比較

意思表示の瑕疵に關する本法の規定は獨民法に最も近似するも更に表示主義に傾く(戲言に關する獨民法第一一八條を廢せるが如きは顯著な點である)。要するに本法は日、獨、瑞三民法の何れより表示主義に傾く。以て本法の一特色となすべきである。

(日民法)

(本法)

一 心裡留保

- (1) 原則……………影響なし(九三條本文)……………同(八六條本文)
- (2) 相手方知りたるとき……………無効(九三條但書)……………同(八六條但書)
- (3) 相手方知り得べきとき……………無効(九三條但書)……………無効ならす

五 通謀の虚偽表示

- (1) 一般の效力……………無効(九四條一項)……………同(八七條一項本文)
- (2) 對第三者の效力……………善意の第三者に對抗し得ず(九四條二項)……………同(八七條一項但書)
- (3) 隠蔽行為……………規定なきも解釋により下と同一……………隠蔽せられた行為について效力を認め(八七條二項)

三 錯誤

- (1) 一般の效力……………無効(九五條本文)……………取消(八八條一項本文)但行為後一年内(九〇條)
- (2) 表意者の重過失……………無効を主張し得ず(九五條但書)……………取消し得ざるに至る(八八條一項但書)
- (3) 表意者の輕過失……………原則通り……………取消すべきは相手方の信頼利益の賠償(九一條)
- (4) 表意者の賠償責任……………無責任……………錯誤と同一に取扱ふ(八九條)
- (5) 傳達機關による錯誤……………規定なし……………

四 詐欺に因る意思表示

- (1) 一般の效力……………取消(九六條一項)……………同(九二條一項本文)但し取消期間を異にする
- (2) 對第三者の效力……………善意の第三者に對抗し得ず(九六條三項)……………同(九二條二項)
- (3) 第三者の詐欺……………相手方知れるときのみ取消し得る(九六條二項)……………知れるとき及び知り得べかりしとき取消し得る(九二條一項但書)

五 強迫に因る意思表示

效力……………取消(九六條一項)……………同(九二條一項本文)

第八十六條 表意者カ其意思表示ニ拘束セララルコトヲ欲スルノ意

ナクシテ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ハ之ニ因リテ無効ト爲ルコトナシ但其事情カ相手方ノ明知スルトコロナルトキハ此限ニ在ラス

(原文) 表意人無欲爲其意思表示所拘束之意、而爲意思表示者。其意思表示不因之無効。但其情形爲相對人所明知者不在此限。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第一一六條「意思表示ハ表意者カ其表示ヲ欲セサルコトヲ内心ニ留保シタル爲メ無効トナルコトナシ。相手方ニ對シテ爲シタル意思表示ハ相手方カ表意者ノ留保ヲ知りタルトキハ無効トス」日民第九三條も同趣旨なるも但書は知りし場合のみならず知り得べかりし場合をも含む。

二 日本民法との比較

心裡留保の相手方が過失によつて知らざりし場合には、日本民法に依れば無効

となり本條に依れば無効とならない。

三 批評

日本民法が知り得べかりし場合をも例外となすは所謂意思主義に傾くものであつて、本法が獨民法に倣つてこれを排斥したるは取引の安全の理想から見て一層妥當である。

第八十七條

表意者カ相手方ト通謀シテ虚偽ノ意思表示ヲ爲シタル

トキハ其意思表示ハ無効トス但其無効ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

虚偽ノ意思表示カ他ノ法律行為ヲ隱藏スルトキハ其法律行為ニ關スル規定ヲ適用ス

(原文) 表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示者。其意思表示無效。但不得以其無效對抗善意第三人。
虚偽意思表示隱藏他項法律行為者。適用關於該項法律行為之規定。

一 立法例

- (1) 第一項 日民第九四條第一項第二項尙ほ獨民第一一七條第一項も同趣旨。
- (2) 第二項 獨民第一一七條第二項『虚偽ノ意思表示カ他ノ法律行為ヲ隱藏シタルトキハ其意思表示ノ效力ニ付テハ隱匿セラレタル法律行為ノ效力ニ關スル規定ヲ適用ス』

二 日本民法との比較

日本民法には第二項に關する規定がない。然しこれは例へば假裝の賣買が贈與を隱匿する場合の如きに關するものである。かかる場合にこの行為が贈與としての成立要件を充すときはその行為が贈與として有効であり、従つて贈與に關する規定の適用せらるべきことは法律行為の解釋上疑を容れないことである。故に日本民法に於ても第二項と同様の結果が認めらるる。

第八十八條

意思表示ノ内容ニ錯誤アルトキ又ハ表意者カ事情ヲ知

ラハ意思表示ヲ爲ササリシモノナルトキハ表意者ハ其意思表示ヲ

取消スコトヲ得但其錯誤又ハ事情ヲ知ラサリシコトカ表意者自身

ノ過失ニ非ラサル場合ニ限ル

當事者ノ資格又ハ物ノ性質カ取引上重要ナリト認メラルルトキハ
其錯誤ハ之ヲ意思表示ノ内容ノ錯誤ト看做ス

(原文) 意思表示之内容有錯誤、或表意人若知其事情即不爲意思表示者。表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情非由表意人自己之過失者爲限。

當事人之資格、或物之性質若交易上認爲重要者。其錯誤視爲意思表示内容之錯誤。

一 立法例

(1) 第一項 獨民第一一九條第一項(但書なし)「意思表示ハ表意者カ意思表示ノ當時内容ニ關シ錯誤アリシカ又ハ其内容ノ表示ハ全然之ヲ爲スコトヲ欲セサリシ場合ニ於テ表意者カ事情ヲ知り且其場合ヲ合理的ニ判斷セシナラハ意思表示ヲ爲ササリシト認メラルルトキハ之ヲ取消スコトヲ得」

(2) 第二項 獨民第一一九條第二項「取引上重要ト認ムヘキ人又ハ物ノ性質ニ關スル錯誤ハ意思表示ノ内容ニ關スル錯誤ト看做ス」

二 日本民法との比較

日民法第九五條も類似の趣旨であるが本法と比較し左の三點を注意すること
を要する。

- (1) 錯誤の要件に關しては、條文の文字を異にするも解釋上ほぼ同様の結果となるであらう。殊に第二項も大差なき結果となる。
- (2) 表意者の過失については本條第一項但書と異り重大なる過失の場合にのみ保護を失ふ。
- (3) 錯誤の結果は本法と異り無効である。

三 批評

日本民法よりも遙かに表示主義に傾く。

第八十九條 意思表示力傳達者又ハ傳達機關ニ因リ不實ヲ傳達セラ

レタルトキハ前條ノ規定ニ從ヒ之ヲ取消スコトヲ得

(原文) 意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者。得比照前條之規定撤銷之。

一 立法例

獨民第一二〇條「意思表示ハ之ヲ傳達スル爲メニ使用シタル入又ハ營造物カ不正ニ傳達シタルトキハ第一一九條ニ從ヒ錯誤ニ因リテ爲サレタル意思表示ト同一ノ要件ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得」(瑞債第二七條も同趣旨)。

一五二

二 日本民法との比較

日本民法には全然規定を缺くも解釋上は錯誤とほぼ同様の取扱をなすべきものと認められて居る。従つて本法との間には前條錯誤に關する差異がその儘差異となつて現はるる理である。

第九十條 前二條ニ定ムル取消權ハ意思表示ノ後一年ヲ經過シタルトキハ消滅ス

(原文) 前二條之撤銷權自意思表示後經過一年而消滅。

一 立法例

獨民第一二一條及び瑞債第三一條は類似の趣旨であるが、獨民法は、(1)「知リタル後遲滯ナク」

又は(2)「意思表示ノ時ヨリ三十年」を定め、瑞債務法は詐欺の場合と同様に知りたる後一年をなす。

二 日本民法との比較

日本民法は錯誤の結果は無効であるから本法と全く異り、錯誤者は——相手方に取得時効でも完成せぬ限り——時の経過によつて保護を失ふことはない。

三 批評

本條が錯誤者の錯誤を發見するや否やに關せず「意思表示ノ後一年」となすは、果して妥當であらうか。第九三條は「詐欺ヲ發見シタル後」と規定する。錯誤者を被詐欺者の如く厚く保護する必要なしとすることは固より理由あることである。然し本法は既に過失ある錯誤者に對して保護を拒絶し(第八八條第一項但書)、且錯誤者の賠償責任をも規定する(第九一條)のであるから、その保護の期間はもう少し長くして、獨瑞兩民法の如く「知リタル時ヨリ」となすを妥當とするであらうと思ふ。

第九十一條 第八十八條又ハ第八十九條ノ規定ニ依リ意思表示ヲ取

消シタルトキハ表意者ハ其意思表示ヲ有效ナリト信シタルコトニ
 因リテ損害ヲ受ケタル相手方又ハ第三者ニ對シ其損害ヲ賠償スヘ
 キ責任ヲ負フ但其取消ノ原因ヲ損害ヲ受ケタル者ニ於テ明カニ知
 リ又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ此限ニ在ラス

(原文) 依第八十八條及第八十九條之規定撤銷意思表示時。表意人對於信其意思
 表示爲有效。而受損害之相對人或第三人應負賠償責任。但其撤銷之原因、
 受害人明知或可得而知者不在此限。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第一二二條『意思表示カ第一一八條ニヨリ無効トナリ又ハ第一一九條第一二〇
 條ニ因リテ取消サレタル場合ニ於テ相手方又ハ第三者カ意思表示ヲ有效ナリト信シタル爲メ損
 害ヲ受ケタルトキハ表意者ハ相手方又ハ第三者ニ對シ其損害ヲ賠償スルコトヲ要ス但賠償額ハ
 意思表示カ有效ナル場合ニ於テ相手方又ハ第三者カ取得スヘキ利益ノ額ヲ超ユルコトヲ得ス。
 被害者カ無効又ハ取消ノ原因ヲ知リタルトキ又ハ過失ニ因リテ知ラサリシトキ(知ルコトヲ得ヘ
 カリシトキ)ハ損害賠償ノ義務ヲ生セス』

二 日本民法との比較

日本民法は錯誤者の賠償義務につき何等規定する所がない。従つて一般の規
 定に従ひ有償契約に於て賣主の責任を認めらるる場合の外特に錯誤者の責任を
 認むることは出來ない。

三 註釋

本條の損害賠償の範圍は獨民法と同様に所謂信賴利益 (Vertrauensinteresse) ——
 意思表示が完全に有効に成立したりと信賴し後に取消されたることによつて蒙
 る損害、即ち例へば契約締結の費用・履行準備に要したる費用の如きもの——に限
 ると解すべきである。但し獨民法はこの利益が履行利益 (Erfüllungsinteresse) ——意
 思表示に基き履行せられざることによる損害、即ち履行の目的物に代る損害・轉賣
 して得べかりし利益を喪ふ損害等——に超過するときは後者の範圍に止まる旨
 を規定する。本法に於てもかかる制限を設くるを至當とするであらう。蓋し然
 らざれば錯誤者の賠償責任を輕減せんとする趣旨が没却せらるることとなるか
 らである。

第九十二條 詐欺又ハ脅迫ニ因リテ意思表示ヲ爲シタルトキハ表意者ハ其意思表示ヲ取消スコトヲ得但詐欺カ第三者ノ所爲ニ係ル場合ニ於テハ相手方カ明カニ其事實ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキニ限り之ヲ取消スコトヲ得

詐欺ニ因リテ爲シタル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(原文)

因被詐欺或被脅迫而爲意思表示者。表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所爲者。以相對人明知其事實或可得而知者爲限始得撤銷之。被詐欺而爲之意思表示其撤銷不得以之對抗善意第三人。

立法例

- (1) 第一項 日民第九六條第一項第二項(但し知り得べき場合を除く)。
- (2) 第二項 日民第九六條第三項——尙ほ獨民第一二三條は同趣旨。

第九十三條 前條ニ定ムル取消ハ詐欺ヲ發見シ又ハ脅迫ノ終止シタル後一年内ニ之ヲ行フコトヲ要ス但意思表示後十年ヲ經過シタルトキハ取消スコトヲ得ス

(原文) 前條之撤銷應於發見詐欺或脅迫終止後一年內爲之。但自意思表示後經過十年不得撤銷。

一 立法例

- (1) 本文 獨民第一二四條第一項第二項『第一二三條ニ依リ取消シ得ヘキ意思表示ハ一年以内ニ限り之ヲ取消スコトヲ得。前項ノ期間ハ詐欺ノ場合ニ於テハ取消權者カ詐欺ヲ發見シタル時ヨリ強迫ノ場合ニ於テハ強迫ノ止ミタル時ヨリ進行ス。期間ノ經過ニ付テハ消滅時効ニ關スル第二〇三條第二項第二〇六條及ヒ第二〇七條ノ規定ヲ準用ス』
- (2) 但書 獨民第一二四條第三項に於ては三十年『取消ハ意思表示ヲ爲シタル時ヨリ三十年ヲ經過シタルトキハ之ヲ爲スコトヲ得ス』

二 日本民法との比較

日民法第一二六條は五年又は十年。尙ほ日本民法は時効期間なることを明言

するも、本法に於てはこの明示がないから除斥期間と解すべきであらう。従つてこの點にも差異を生ずる。

前註 意思表示の效力發生時期

第九四條乃至第九七條はこれに關する。その内容は日本民法のそれに近似するも本法が獨民法に倣ふ點に於て多少異なる。左に之を表とする。

一、隔地者間

(日民法)

(本法)

- (1) 效力發生時……………到達(九七條一項)……………同 (九五條一項)
- (2) 發信後の死亡その他……………影響なし(九七條二項)……………同 (九五條二項)
- 二、對話者間……………規定なし……………了知(九四條)
- 三、無能力者に對する意思表示……………法定代理人の知るまでは對抗し得ず(九八條)……………法定代理人の知るまでは效力發生せず(九六條)
- 四、相手方の姓名又は居所不明のとき…便法なし……………公示送達の方法を認む(九七條)

第九十四條 對話者力意思表示ヲ爲ストキハ其意思表示ハ相手方カ之ヲ了解シタル時ニ於テ效力ヲ發生ス

(原文) 對話人爲意思表示者。其意思表示以相對人了解時發生效力。

一 立法例

日民第九七條獨民第一三〇條共に隔地者間の規定であつて、對話者間に關し一般的規定がない。

二 日本民法との比較

日本民法の解釋としては對話者間に於ても到達主義を採るを多數説と見るべきであるが、その實際上の結果は本條と多く異なる所がないであらう。蓋し、對話者間に於ては、相手方が特に耳を掩ふて聞かざる場合の如きを除けば、到達と了知とは同時だからである。

第九十五條 對話ニ非ラスシテ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示

示ハ通知カ相手方ニ到達シタル時ニ於テ效力ヲ發生ス但取消ノ通

知カ同時又ハ其以前ニ到達シタルトキハ此限ニ在ラス

表意者力通知ヲ發シタル後ニ死亡シ、行爲能力ヲ喪失シ又ハ其行

爲能力ニ制限ヲ受ケタルトキハ其意思表示ハ之ニ因リテ其效力ヲ失フコトナシ

(原文) 非對話而爲意思表示者。其意思表示以通知達到相對人時發生效力。但撤回之通知同時或先時到達者不在此限。
表意人於發出通知後死亡、或喪失行爲能力。或其行爲能力受限制者。其意思表示不因之失其效力。

一 立法例

- (1) 第一項 獨民第一三〇條第一項「隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知カ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ス。意思表示カ相手方ニ到達スル前又ハ之ト同時ニ撤回ノ通知カ到達シタルトキハ意思表示ハ效力ヲ生セス」。日民第九七條第一項但書を缺く。
- (2) 第二項 獨民第一三〇條第二項「表意者カ通知ヲ發シタル後ニ死亡シ又ハ能力ヲ失フモ意思表示ノ效力ニ影響ヲ及ホスコトナシ」。日民第九七條第二項。

二 日本民法との比較

本條第一項但書は日本民法になきも解釋上到達主義の理論の當然の結果とし

て認められて居る。

三 批評

本條第二項末段に行爲後に能力の制限を受くることを規定するは如何なる場合を豫想するものであらうか。本法が制限行爲能力者となすは七歳以上の未婚の未成年者のみであるから第一三條行爲能力者が意思表示を發した後に制限行爲能力者となるは婚姻によつて成年者となれる未成年者が發信後離婚したるが如き場合を指すものであらうか。或ひは營業を許されたる未成年者が發信後營業許可を取消されたるが如き場合(第八五條)をも指す意であらうか。然し何れにしても全く不要の規定ではあるまいか。日本民法及び獨民法の如く死亡と行爲能力喪失との場合を規定すれば足るものと考へる。

第九十六條 行爲無能力者又ハ制限行爲能力者ニ對シテ爲ス意思表示示ハ其通知カ其法定代理人ニ到達シタル時ニ於テ效力ヲ發生ス

(原文) 向無行爲能力人或限制行爲能力人爲意思表示者。以其通知達到其法定代

一 立法例

獨民第一三一條第一項第二項は本條に近似するも、制限行為能力者については多少の例外を認めて居る。曰く「無能力者ニ對スル意思表示ハ其通知カ法定代理人ニ到達スル以前ニ其效力ヲ生スルコトナシ。限定能力者ニ對シテ爲シタル意思表示ニ付キ亦同シ、但意思表示カ限定能力者ニ對シ單ニ法律上ノ利益ヲ與フルトキ又ハ法定代理人カ其同意ヲ與ヘタルトキハ意思表示ハ其通知カ限定能力者ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ス」。

二 日本民法との比較

日民法第九八條は對抗し得ざるに止まる。

第九十七條 表意者カ自己ノ過失ニ因ラスシテ相手方ノ姓名又ハ居

所ヲ知ラサルトキハ民事訴訟法ノ公示送達ノ規定ニ依リ公示送達ヲ以テ意思表示ノ通知ヲ爲スコトヲ得

(原文) 表意人非因自己之過失不知相對人之姓名居所者。得依民事訴訟法公示送

達之規定以公示送達爲意思表示之通知。

一 立法例

獨民第一三二條第二項「表意者カ過失ナクシテ相手方ヲ知ラス又ハ相手方ノ居所カ不明ナルトキハ召喚狀ノ公示送達ニ關スル民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ送達スルコトヲ得、右ノ送達ノ許可ハ第一ノ場合ニ於テハ表意者ノ住所又ハ内國ニ住所ナキトキハ其居所ノ所在地ノ區裁判所之ヲ管轄シ、第二ノ場合ニ於テハ送達ヲ受クヘキ者ノ最後ノ住所又ハ内國ニ住所ナキトキハ最後ノ居所ノ所在地ノ區裁判所之ヲ管轄ス」

二 日本民法との比較

日本民法にはかかる規定なし。従つてかかる便法は認められない。

三 批評

日本民法に於て實際上不都合を生ずると謂はるる點であるから本法が獨民法の制度を採用せるは賢明なものである。殊に民國の如く相手方の消息不明なる場合の相當多かるべしと想像せらるる地に於ては便宜な制度となるであらう。然し相手方の利益を不當に侵害せざる爲めにはその『居所不明』なることの認定を慎重にし且公示催告の手續を充分に整備せしめねばならない。本條の運用

に當つても特にこの點に留意すべきである。

第九十八條 意思表示ノ解釋ニハ當事者ノ眞意ヲ探求スルヲ要シ用 牛タル辭句ニ拘泥スルコトヲ得ス

(原文) 解釋意思表示應探求當事人之眞意。不得拘泥於所用之辭句。

一 立法例

獨民第一三三條「意思表示ノ解釋ニ際シテハ其眞意ヲ探究スヘク表現ノ文辭上ノ意味ニ拘泥スヘカラス」。尙ほ類似の規定としては瑞債第一八條第一項但し契約に關す(佛民第一一五六條がある。

二 日本民法との比較

日本民法にはかかる規定がない。然し解釋上この原則を認むべきことは疑な
5。

三 批評

本條は意思表示の大原則なれば寧ろ本節の最初に置くを適當とする。而して第四條第五條の規定は本條に並べて規定するを至當とする。蓋し兩者共に意思表示の解釋に關し、本條が抽象的一般原則なるに對して前二條は具體的例示とも見るべきものだからである。——尤も獨民法の前掲法條は意思表示の節中效力發生時期の後に規定せらるること本法と同一である。然し獨民法はその後に本法が本章第一節通則中に收むるものを掲げて居るのであるから、體裁が整つて居る。本法の如くこの大原理を本節の末尾に置くは何としても體裁を失する。

第四節 條件及び期限(條件及期限)

本節の規定は獨民法の規定に近似し日本民法よりも甚しく簡單である。然し日本民法の規定は概ね理論上當然の規定であるから本法がこれを缺くもその結果は多く異らない。

(日民法)

(本法)

一 條件附法律行為

- (1) 停止條件及び解除條件の效力發生時
 - A 原則……………條件成就の時(一二七條一項・二項)……………同(九九條一項・二項)
 - B 特約……………溯及せしめ得る(一二七條三項)……………異なる時を定め得る(九九條三項)
- (2) 條件附權利(期待權)
 - A 形式的效力……………相手方之を侵害することを得ず(一二八條)侵害したる相手方は賠償責任あり(一〇〇條)
 - B 實質的效力……………處分・相續その他を爲し得る(一二九條)……………規定なし
- (3) 條件成否の擬制
 - A 不正に成就を妨げたるとき……………相手方は成就と看做し得る(一三〇條) 當然成就と看做さるる(一〇一條一項)
 - B 不正に成就せしめたるとき……………規定なし……………當然不成就と看做さるる(一〇一條二項)
- (4) 特殊の條件
 - A 既成條件……………一三一條
 - B 不法條件……………一三二條
 - C 不能條件……………一三三條
 - D 純粹隨意條件……………一三四條

二期 期限

- (1) 始期及び終期の效力發生時……………期限到來の時(一三五條一項・二項)……………同(一〇二條一項・二項)
- (2) 期限到來前の期待權……………規定なし……………條件の規定準用(一〇二條三項)
- (3) 期限の利益の喪失と拋棄との規定……………一三六條・一三七條……………總則編に規定なし

第九十九條 停止條件附法律行為ハ條件成就ノ時ニ於テ效力ヲ發生ス

解除條件附法律行為ハ條件成就ノ時ニ於テ其效力ヲ失フ
當事者ノ特約ニ依リ條件成就ノ效果ヲ條件成就ノ時ニ於テ發生セシメサルトキハ其特約ニ依ル

(原文) 附停止條件之法律行為、於條件成就時發生效力。
附解除條件之法律行為、於條件成就時失其效力。
依當事人之特約、使條件成就之效果不於條件成就之時發生者。依其特約。

一 立法例

- (1) 第一項 日民第一二七條第一項、獨民第一五八條第一項 『停止條件附法律行為ノ條件ニ係ルル效力ハ條件成就ノ時ヨリ發生ス』
- (2) 第二項 日民第一二七條第二項、獨民第一五八條第二項 『解除條件附法律行為ノ效力ハ條件成就ノ時ヨリ發生ス』

件ノ成就アリタル時ニ消滅ス、此時期ト共ニ以前ノ法律狀態再ヒ始マル」

(3) 第三項 日民第一二七條第三項、獨民第一五九條「法律行為ノ内容ニ從ヒ條件成就ノ效果ヲ既往ニ溯ラシムヘキ場合ニ於テ條件カ成就シタルトキハ各當事者ハ其效果カ其以前ニ發生セリトセハ有スヘカリシモノヲ互ニ供與スル義務ヲ負フ」

二 日本民法との比較

本條第三項は條件成就の效力を條件成就の時より遡らせることと後らせることとの兩方を認むる意味であらう。日本民法は獨民法と共に遡らせることのみに関する。然し日本民法に於ても契約の效力として後らせることは許されるであらう。

第百條 條件附法律行為ノ當事者カ條件ノ成否未定前ニ於テ相手方カ條件ノ成就ニ因リテ受クヘキ利益ヲ害スル行為ヲ爲シタルトキハ損害賠償ノ責任ヲ負フ

(原文) 附條件之法律行為。當事人在條件成否未定前。若有損害相對人因條件成

就所應得利益之行為者。負賠償損害之責任。

一 立法例

獨民第一六〇條「停止條件附權利者ハ條件成就ノ場合ニ於テハ相手方カ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ條件附權利ヲ過失ニ因リ無効ナラシメ又ハ之ヲ侵害シタルトキハ相手方ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得。解除條件附ニテ爲シタル法律行為ノ場合ニハ以前ノ法律上ノ狀態ノ回復ニ因リテ利益ヲ受クヘキ者ハ前項ト同一ノ要件ニ基キ同一ノ請求ヲ爲スコトヲ得」——(同趣旨) 日民第一二八條。

二 日本民法との比較

日本民法は「相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス」と規定する。その結果本條の如く損害賠償義務を生ずることは明かであるが、それ以上害する行為を無効となすべきや否やに關しては多少説が岐れて居る。然し予はこの條件附行為が公示せられて居る場合(例へば所有權の條件附取得に假登記あるとき)の如きは後の行為の無効となること疑なしと考へる。本法はかかる場合如何なる結果となるであらう。本條のみより見れば損害賠償に止まると解するの他ないであらうか。

獨民法第一六一條は已に條件附に處分せられたるものを條件の成否未定間に於て別に處分する行爲を無効とする旨を規定し、日民法第一二八條の解釋としても前述の如き結果を認むべきである。本法の主義がかかる場合にも損害賠償に止まるものとなすに在りとすれば不當であらう。宜しく條件附處分行爲を公示する方法を認め、この公示ある場合にはこれを害する處分行爲を無効とする制度を設くべきである。

第一百一條

條件ノ成就ニ因リテ不利益ヲ受クヘキ當事者力不正ノ行

爲ヲ以テ條件ノ成就ヲ妨ケタルトキハ條件ハ已ニ成就シタルモノ

ト看做ス

條件ノ成就ニ因リテ利益ヲ受クル當事者力不正ノ行爲ヲ以テ其條

件ノ成就ヲ促シタルトキハ條件ハ成就セサルモノト看做ス

(原文)

因條件成就而受不利益之當事人。如以不正當行爲阻其條件之成就者。視爲條件已成就。

因條件成就而受利益之當事人。如以不正當行爲促其條件之成就者。視爲條件不成就。

一 立法例

- (1) 第一項 獨民第一六二條第一項 『條件ノ成就ニ因リテ不利益ヲ受クヘキ當事者力信義誠實ニ反シテ條件ノ成就ヲ妨ケタルトキハ條件ハ成就シタルモノト看做ス』 (同趣旨) 瑞債第一五六條、佛民第一一七八條、日民第一三〇條は『看做スコトヲ得』るものとす。
- (2) 第二項 獨民第一六二條第二項 『條件ノ成就ニ因リテ利益ヲ受クヘキ當事者力信義誠實ニ反シテ條件ヲ成就セシメタルトキハ條件ハ成就セサリシモノト看做ス』

二 日本民法との比較

- (1) 第一項 日本民法に於ては條件成就の擬制的効果は本條の如く當然發生することなく相手方が看做す意思表示をなしてはじめて效力を生ずる。
- (2) 第二項 本條第二項は日本民法になき規定である。學説は少數の説を除いて同趣旨の結果を認め得ざるものとする。然し例へば試験に優等の成績を得

れば賞與を與へるといふ契約に於て不正行爲によつて優等の成績を得たやうな場合には、本條第二項によつて條件不成就と看做さなくとも、契約の趣旨によつて——即ち不正行爲によつて優等を得るも契約の條件を充たすものに非ずと解することによつて——同一の結果に達し得るから、本條第二項の如き規定なき民法に於ても實際上大して異なる結果とはなるまいと思はるる。

第二百二條 始期ヲ附シタル法律行爲ハ期限到來ノ時ニ於テ效力ヲ發

生ス

終期ヲ附シタル法律行爲ハ期限到來ノ時ニ於テ其效力ヲ失フ

第百條ノ規定ハ前二條ノ場合ニ之ヲ準用ス

(原文)

附始期之法律行爲、於期限屆至時發生效力。

附終期之法律行爲、於期限屆滿時失其效力。

第一百條之規定於前二項情形準用之。

一 立法例

- (1) 第一項 (同趣旨) 日民第一三五條第一項(多少文字を異にするも同一に解せらるる)。
- (2) 第二項 (同趣旨) 日民第一三五條第二項
- (3) 第三項 獨民第一六三條 『法律行爲締結ノ當時其效力ニ始期又ハ終期ヲ附シタルトキハ第一ノ場合ハ停止條件第二ノ場合ハ解除條件ニ關スル第一五八條第一六〇條第一六一條ノ規定ヲ準用ス』

二 日本民法との比較

- (1) 第一項 日本民法は始期については法律行爲の履行と定め債權關係の成立の後その履行を止むる場合をのみ豫想して居るやうであるが、債權の成立そのものにも、又物權關係にも始期を附し得ることは解釋上疑なしとせらるるから結局本條第一項と異なることがない。
- (2) 第三項に該當する規定を缺くも解釋上同様の結果が認められて居る。

第五節 代理 (代理)

本法は本節の他に第二編第一章第一節第二款に『代理權之授與』と題して、五

箇條(第一六七條乃至第一七一條)を設けて居る。

惟ふに代理の本質に關する規定を本節に收め、代理權授與行為に關する規定を『債之發生』中に收むるを理論上正確なりとなすに基くものであらうか。然れどもかくの如きは實際上の不便堪へ難きものである。のみならず、理論上から見るも本節に收められた規定と『代理權之授與』の節に收められたる規定との間に必ずしも一貫せる區別を認め難く、且第二編第一章第一節の『債之發生』中に『契約』『代理權之授與』『事務管理』『不當利得』『不法行為』と並列すること全く意味を爲さざるものである。立法者或ひは瑞債務法がその第一章通則、第一節債權の發生、第一款契約による發生の中に代理の規定を收むることに倣へるものであらうか。然れども瑞債務法は法律行為の規定を擧げて民法總則より債務法に移したものであり、且代理は契約中の一項に過ぎざるものであつて、彼に於て一貫せる體系を示すものである。然るに本法に於ては日、獨兩民法の如く法律行為の通則を總則編に掲げ、代理をその一節となすにもかかはらず、その一部のみを債權編に分譲せるものであつて他に類例を見ざる立法である。立法の體裁より謂ふも實

際上の便宜よりするも、宜しく債編の『代理權之授與』の款を削除して本節中に適宜に挿入すべきものである。

本法の代理の規定は日本民法のそれに比して甚しく簡單であつて法定代理、複代理等の規定を缺く。これ等は立法主義の問題であつて必ずしも不可となすべきではあるまいが、唯見逃すべからざる一事は代理人が本人の爲めに行ふことを示さざる場合に代理人自身について效力を生ずることの規定を缺く點である。日民法第一〇〇條及び獨民法第一六四條第二項は明文をもつてこれを規定し、瑞債務法第三二條第二項もこれに關する規定をなす。本法に於ても代理制度の安全の爲めに同趣旨の規定を設くべきである。

左に日本民法の規定と本法の規定(總則編及び債編の兩者を合し)とを對比する。

(日民法)

(本法)

一 代理權の發生

- (1) 法定代理……………特に規定なきも法律の規定其他本人の意思に基かすに發生する
- (2) 任意代理……………委任によつて生ずるが如き規定ある他一般の規定なし……………授權行為により(一六七條)

二 代理權の範圍行使の制限その他

- (1) 範圍に關する規定……………一〇三條……………規定なし
- (2) 自己契約と双方代理の禁止……………一〇八條……………一〇六條
- (3) 復任權……………一〇四條乃至一〇七條……………規定なし
- (4) 共同代理……………規定なし……………數人の代理人あれば原則として共同代理(一六八條)

三 代理行爲

- (1) 顯名主義……………九九條……………一〇三條
- (2) 顯名せざる場合……………代理人自己の爲めと看做さる(一〇〇條)……………規定なし
- (3) 能力者たること不要……………一〇二條……………一〇四條
- (4) 代理行爲の瑕疵は代理人につき……………一〇一條……………大體同じ(一〇五條)

四 代理權の消滅及び撤回

- (1) 原因……………一一一條……………ほぼ同じ(一〇八條)
- (2) 授權證書返還の義務……………規定なし……………一〇九條

五 表見代理

- (1) 代理權授與の旨を表示せる者の責任を認む……………一〇九條……………ほぼ同じ(一六九條)
- (2) 權限外の行爲に責任あり……………一一〇條……………既存の代理權を制限したる場合にのみ責任を生ずる(一〇七條)

六 無權代理

- (3) 消滅後の行爲につき責任あり……………一二二條……………同じ(一〇七條)
- (1) 本人の追認によりて始めて效力を生ずる……………一一三條一項……………同じ(一七〇條一項)
- (2) 追認に溯及效あり……………一一六條……………ほぼ同じ(一一五條)
- (3) 相手方の催告權……………一一四條……………同じ(一七〇條二項)
- (4) 相手方の取消權……………一一五條……………同じ(一七一條)
- (5) 無權代理人の責任……………履行又は損害の時價(一一七條)……………損害の時價のみ(一一〇條)
- (6) 單獨行爲については右と精取扱を異にする……………一一八條……………單獨行爲を區別することなし

第百三條 代理人カ代理權限内ニ於テ本人ノ名義ヲ以テ爲シタル意思表示ハ直接本人ニ對シテ效力ヲ發生ス

前項ノ規定ハ本人ニ對シテ爲スヘキ意思表示ヲ其代理人ニ對シテ爲シタル場合ニ之ヲ準用ス

(原文) 代理人於代理權限内以本人名義所爲之意思表示。直接對本人發生效力。前項規定於應向本人爲意思表示而向其代理人爲之者準用之。

一 立法例

一七八

(1) 第一項 日民第九九條第一項獨民第一六四條第一項「代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ名ニ於テ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ノ爲メ又ハ本人ニ對シテ其效力ヲ生ス。此場合ニ於テハ本人ノ名ヲ明示シテ意思表示ヲ爲シタルト又ハ本人ノ名ニ於テ爲シタルコトカ事情ニ因リテ明カナルトナ區別スルコトナシ」瑞債第三二條「他人ヲ代理スル權限アル者カ其他人ノ名ニ於テ契約ヲ締結シタルトキハ本人之ニ依リ權利ヲ取得シ義務ヲ負ヒ代理人ハ權利者義務者ト爲ルコトナシ。代理人カ契約締結ニ際シ代理人タルコトヲ明カニセサルトキハ本人ハ相手方カ其代理關係ニ關スル事情ヨリ契約ヲ爲ササルヘカラサルトキ又ハ相手方カ何人ト契約スルモ關係ナキトキニ限リ直接ニ權利ヲ得義務ヲ負フ。然ラサルトキハ各其規定ニ從ヒ債權ノ讓渡又ハ債務ノ引受ヲ必要トス」

(2) 第二項 日民第九九條第二項獨民第一六四條第三項「第一項ノ規定ハ或ル人ニ對シテ爲スヘキ意思表示ヲ其代理人ニ對シテ爲シタル場合ニ之ヲ準用ス」

二 日本民法との比較

本條の「以本人名義」は獨瑞兩民法の用語「被代理者ノ名ニ於テ」(in Namen des Vertretenen "in dessen Namen")を踏襲したものであるが、日本民法の「本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ」と謂ふと全く同様に解すべきものである。即ち本人

の名とその代理人たることを示し、代理人自身の名をも掲げて行爲をするを本則とする。尙ほ代理人が本人の名のみを記載し自己の名を示さざる場合も亦本條の「以本人名義」といふに該當するや否やは自ら別箇の問題である。蓋しこの問題は日、獨兩民法の下に於ても生ずるものであつて、兩國の判例は共にかかる代理の形態を認めて居る(我國に於て代理人が本人の記名捺印によつて手形を發行するが如きは其の適例である。拙著民法總則四八〇頁參照)。従つて本條に於ても直接その文理と關係なく同様の解釋を爲すべきものと考へらるる。

第四百條 代理人カ爲シ又ハ受ケタル意思表示ノ效力ハ其制限行爲能力者タルコトニ因リテ影響ヲ受クルコトナシ

(原文) 代理人所爲或所受意思表示之效力、不因其爲限制行爲能力人而受影響。

一 立法例

獨民第一六五條「代理人カ爲シ又ハ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ハ代理人ノ行爲能力ノ

制限ニ因リテ其効力ヲ妨ケラレルコトナシ——(同趣旨) 日民第一〇二條。

一八〇

二 日本民法との比較

日本民法の文字は異なるけれどもその意味は全然同一である。

第百五條

代理人ノ意思表示力意思ノ欠缺、詐欺、脅迫又ハ或ル事情ヲ明知シタルコト若クハ其事情ヲ知り得ヘカリシコトニ因リテ其効力ニ影響ヲ受クヘキトキハ其事實ノ有無ハ代理人ニ付テ之ヲ定ム但代理人ノ代理權限力法律行為ニ依リテ授與セラレタルモノニシテ且其意思表示力本人ノ指示シタル意思ニ基キテ爲サレタルモノナル場合ニ於テハ其事實ノ有無ハ本人ニ付テ之ヲ定ム

(原文)

代理人之意思表示、因其意思欠缺、詐欺、脅迫、或可得知其事情、致其效力受影響時、其事實之有無應就代理人決之。但代理人之代理權係以法律行為授與者、其意思表示、如依照本人所指示之意思而爲時、其事實之有無應就本人決之。

一 立法例

獨民第一六六條 「意思表示ノ法律上ノ効力カ意思ノ欠缺又ハ或ル事情ヲ知りタルコト若クハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシコトニ因リテ影響ヲ受クヘキ場合ニ於テ其事實ノ有無ハ代理人ニ付キ之ヲ定ム。代理權カ法律行為ニ因リテ授與セラレタル場合ニ於テ(任意代理權)代理人カ授權者ノ指圖ニ從ヒ其行為ヲ爲シタルトキハ授權者ハ自ラ知リタル事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ス。知ルコトヲ得ヘカリシコトヲ知リタルコトト同一ニ看做スヘキ場合ニ於テハ授權者カ知ルコトヲ得ヘカリシ事情ニ付キ亦同シ」 日民第一〇一條。

二 日本民法との比較

本條但書は日本民法と趣を異にする。日本民法は獨民法と同様にかかる場合は單に本人について決するのではなく、代理人自身によつて決するも更に本人が之を知り又は知り得べきときは代理人の不知を主張し得ざる旨の規定である。従つて例へば本人不知にして代理人これを知る場合は日本民法によれば不知の効果を生ぜざること勿論であるが、本法によれば尙ほ不知の効果を主張し得ることになる。

三 批評