

右の但書の規定に於て日獨兩民法の條規の優れるは明かである。本條に於て何故に獨民法の規定を變改したるやその理由を解し得ない。

第六六條 代理人ハ本人ノ許諾ヲ經ルニ非サレハ本人ト自己トノ法律行為ヲ爲スコトヲ得ス又既ニ第三者ノ代理人タルトキハ本人ト第三者トノ法律行為ヲ爲スコトヲ得ス但其法律行為力專ラ債務ノ履行ニ係ルトキハ此限ニ在ラス

(原文) 代理人非經本人之許諾不得爲本人與自己之法律行為。亦不得既爲第三人之代理人而爲本人與第三人之法律行為。但其法律行為係專履行債務者不在此限。

一 立法例

獨民第一八一條 『代理人ハ附段ノ許可ナキトキハ本人ノ名ニ於テ自己ト法律行為ヲ爲シ又ハ本人ノ名ニ於テ第三者ノ代理人トシテ法律行為ヲ爲スコトヲ得ス但法律行為力單ニ債務ノ履行ナルトキハ此限ニアラス』——(同趣旨) 日民第一〇八條。

二 日本民法との比較

日本民法には本條の如く本人の許諾を得たる場合にも例外となることについては規定がないが學說判例共にこれを認めて居る。

第七七條 代理權ノ制限又ハ撤回ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス但第三者力過失ニ因リテ其事實ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

(原文) 代理權之限制及撤回不得以之對抗善意第三人。但第三人因過失而不知其事實者不在此限。

一 立法例

(類似の趣旨) 日民第一一二條第一一〇條瑞債第三四條第三項 『本人カ代理權ヲ與ヘタルコトヲ明白ニ若クハ事實上公告シタルトキハ其全部又ハ一部ノ取消ハ善意ノ第三者ニ對シ其取消ヲ通知シタルトキニ限り之ニ對抗スルコトヲ得』獨民第一七三條 『第三者カ法律行為締結ノ當時代理權ノ消滅ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ第一七〇條第一七一條第二項及ヒ第一七二條第二項ノ規定ハ之ヲ適用セス』

第四章 法律行為

二 日本民法との比較

代理権の撤回については日民法第一一二條によつて本條と差がない。その制限については日本民法には規定がないが、第一一〇條によつて多くの場合本條と同一になるであらう。

第百八條 代理權ノ消滅ハ之ヲ授與シタル法律關係ニ依リテ之ヲ定ム

代理權ハ之ヲ授與シタル法律關係ノ存續中ニ於テ之ヲ撤回スルコトヲ得但其法律關係ノ性質ニ依リ撤回スルコトヲ得サルモノハ此限ニ在ラス

(原文) 代理權之消滅依其所由授與之法律關係定之。

代理權得於其所由授與之法律關係存續中撤回之。但依該法律關係之性質不得撤回者不在此限。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第一六八條 『代理權ノ消滅ハ其授與ノ原因タル法律關係ニ從ヒ之ヲ定ム。又此法律關係ヨリ別段ノ結果ヲ生セサル限り授權行為ハ法律關係ノ繼續中ニ於テ撤回スルコトヲ得。撤回ノ意思表示ニ付テハ第一六七條第一項ノ規定ヲ準用ス。』 尙ほ本條第二項ニは瑞債第三四條第一項も同趣旨、『法律行為ニ依リテ與ヘタル權限ハ授權者ヨリ何時ニテモ之ヲ制限シ又ハ取消スコトヲ得爲メニ當事者間ニ存スル雇傭組合委任契約ヨリ生スル權利ニ影響スルコトナシ』。

二 日本民法との比較

(1) 第一項 日本民法に於ては委任による代理權は委任の終了によつて消滅する旨が規定せられ(第一一二條第二項)委任以外の法律關係による代理權は解釋上その法律關係の消滅によつて消滅するものと見らるるから、本條と同一の結果を生ずる。ただこの他日本民法に於ては第一一一條第一項所定の事實によつて當然代理權の消滅を生ずる點に於て本法と異なる。

(2) 第二項 日本民法の解釋に於てもこれと同一の結果を認むべきことは疑なき所であらう。

第九百九條 代理権力消滅シ又ハ撤回セラレタルトキハ代理人ハ授權書ヲ授權者ニ返還スルコトヲ要シ之ヲ留置スルコトヲ得ス

(原文) 代理権消滅或撤回時。代理人須將授權書交還於授權者。不得留置。

一 立法例

獨民第一七五條 『代理権力消滅シタルトキハ任意代理人ハ委任狀ヲ授權者ニ返還スルコトヲ要ス任意代理人ハ委任狀ニ付キ留置権ヲ有スルコトナシ』、瑞債第三六條 『代理人ニ委任狀ヲ交付シタルトキハ代理人ハ代理権消滅ノ後其證書ヲ返還シ又ハ裁判所ニ供託スル義務アリ。授權者又ハ權利承継人カ之ヲ求めサリシトキハ此等ノ者ハ善意ノ第三者ニ對シ損害ヲ賠償スル義務アリ』

二 日本民法との比較

日本民法には規定がないが解釋上同一の結果を認め得る。蓋し代理關係消滅後に委任狀その他の授權證書を返還すべきことは授權契約の内容なりと解し得る場合多きのみならず然らざる場合には不當利得として返還を請求し得るから

である。

三 批評

(1) 本條末段の『不得留置』は『須將交還』と同語重複であつて法文として全然不要のものであらう。按ずるにこれは前掲獨民法の文理を模倣せるものであらうか。然し若し然りとすれば無意味の模倣である。蓋し獨民法はその留置権 (Zurückbehaltungsrecht) の成立に關して日本民法と異なる主義を採る結果(第二七三條)代理人が本人に對して立替費用その他の請求権を有するときは代理人は一般原則によつて授權證書についても留置権を有する結果となる。従つて右の第一七五條に於て留置権は例外として成立せざる旨を明言する必要がある。然し本法の留置権の制度は寧ろ日本民法に近きものであつて(第九二八條參照)右の如き場合には留置権の成立する餘地なきものである。従つて本條に於て留置権成立せずと規定すべき何等の必要もない。這般の關係は前掲の瑞債務法の規定に見るも明瞭であらう。『不得留置』の四字の削除を望む。

(2) 『消滅或撤回』も無用の重複である。獨瑞兩民法の如く消滅のみで充分で

第一百十條 代理權ナキ者ハ他人ノ代理人名義ヲ以テ爲シタル法律行為ニ付善意ノ相手方ニ對シ損害賠償ノ責ヲ負フ

(原文) 無代理權人以他人之代理人名義所爲之法律行為。對於善意之相對人負損害賠償之責。

一 立法例

(類似の趣旨) 瑞債第三九條 『明示若クハ暗黙ニ追認ヲ拒絕シタルトキハ代理人トシテ行為ヲ爲シタル者ハ契約ノ消滅ヨリ生スル損害ニ付キ相手方カ代理權ノ欠缺ヲ知り若クハ知り得ヘカリシコトヲ證明スルニアラスンハ其責ヲ負フ。代理人ニ過失アルトキハ公平ニ適スルモノト認メタルトキ裁判官ハ其他ノ損害賠償ヲ命スルコトヲ得。前項ノ場合ニ於テ不當利得ヨリ生スル請求ヲ爲スコトヲ妨ケス』 獨民第一七九條 『他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ其代理權ヲ證明スルコト能ハス且本人カ追認ヲ拒ミタルトキハ相手方ノ選擇ニ從ヒ之ニ對シテ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ス。代理人カ代理權ノ欠缺ヲ知ラサリシトキハ相手方カ代理權ニ信賴シタル爲メニ受ケタル損害ノ賠償ニ付テノミ其責ニ任ス。但其額ハ契約カ有效ナル場合ニ於テ相手方

ノ取得スヘキ利益ノ額ヲ超ユルコトヲ得ス。相手方カ代理權ノ欠缺ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ代理人ハ其責ニ任セス。代理人ノ行為能力カ制限セラレタルトキ亦同シ。但其法定代理人ノ同意ヲ得テ行為ヲ爲シタルトキハ此限ニアラス』 日民第一一七條。

二 日本民法との比較

- (1) 日本民法は獨民法と同様に無權代理人に對して相手方の選擇に従つて損害賠償又は履行の責任を負はす。
- (2) 日本民法は代理權の有無相手方の惡意共に無權代理人の舉證責任とせらるるも、本條に於ては共に相手方の舉證責任となるであらう。

三 批評

- (1) 無權代理人の責任としては日、獨兩民法の規定を優れりと考へる。
- (2) 代理權の欠缺については日、獨瑞三民法共に無權代理人に舉證責任を負はせて居る。即ち自稱代理人は自ら代理權を證明し得ざるときは責任を負ひ、ただ相手方の惡意を舉證して責任を免れ得るものとなす。本條に於てはかかる結果を認め得ないであらう。然らば代理制度の安全を保つ上に於て重大な欠陥を藏

するものと稱せざるを得ない。又本條の責任は本法第一七〇條の本人の承認によつて消滅するものなること當然であるが、法文上その關係の明かにせられざることも亦欠陥である。宜しく第一七〇條と連絡をとり、自稱代理人が代理權を證明し得ず且本人の承認を得ざるときは責任を負ふべきものとなし、相手方の惡意を舉證してこれを免れ得るものとなす旨の規定に改むべきである。

第六節 無効及び取消（無効及撤銷）

法律行為の章中に無効取消の節を設けることは日本民法の主義に倣つたものであるが、本節の内容は寧ろ獨民法に近い。即ち大體に於て獨民法が意思表示の節の末尾に規定する無効取消の規定（第一三九條乃至第一四四條）に倣ふものである。然し本節の規定はこれに止まらず、更に獨民法が『事前承認及ヒ事後承認』（Einwilligung u. Genehmigung）と題して法律行為の効力が第三者の承認（Zustimmung）にかかる場合の事前承認（Einwilligung）及びその事後承認（Genehmigung）を規定する我民法になき條文（第一八二條乃至第一八五條）に該當する規定をも包含せしめて

居る。その結果本節の内容は稍統一を缺き殊に無効取消なる題意に副はざるものあるを免れない。

左に日、獨兩民法と本法とを對比する。

一 無効なる行為 (日民法) (本法) (獨民法)

- (1) 一部無効の效果……………解釋上本法に同じ……………一〇一一條……………同じ(一三九條)
- (2) 無効行為の轉換……………解釋上本法に同じ……………一〇二一條……………同じ(一四〇條)
- (3) 無効行為の追認……………原則として無効(一一九條)……………規定なし……………日民に類似(一四一條)
- (4) 無効の效果……………特に規定なし……………惡意者に原状回復及び損害賠償責任を認む(一一三條)……………規定なし

二 取消し得べき行為

A 取消

- (1) 效果……………常に溯及的無効、無能力者の返還義務に制限あり(一一一條)……………原則として溯及的無効(一四一條一項)、日民の如き制限なく惡意者につき無効の場合と同視す(一一四條二項)……………常に溯及的無効とするのみ(一四二條一項)
- (2) 取消權者……………一〇條所定の者……………規定なきも錯誤者(八八條)及び被詐欺強迫者(九二條)にして無能力者を含まず……………同じ
- (3) 取消の方法……………相手方に対する意思表示(一一三條)……………同じ(一一六條)……………ほぼ同じ(一四三條)

一 立法例

獨民第一三九條「法律行為ノ一部カ無効ナルトキハ其全部ハ無効トス但其無効ナル部分ナキモ法律行為ヲ爲シタルヘシト認メラルルトキハ此限ニ在ラス」——瑞債第二〇條第二項は契約に關して原則例外が反對である、「然レトモ其瑕疵カ契約ノ一部ニ關スルモノナルトキハ無効ノ部分ヲ除クトキハ契約ヲ締結セサリシモノト認メラルルトキニ限り之ヲ無効トス」。

二 日本民法との比較

日本民法には規定がない。多數説は獨民法と同一に解するも近時少數の學者は瑞債務法と同一に解する。然し何れにしても、實際上本條と多く異なる結果を生じないであらうか。

第一百十二條

無効ノ法律行為カ他ノ法律行為ノ要件ヲ具備シ且其事
情ニ因リ當事者カ若シ其無効ヲ知ラハ他ノ法律行為ヲ爲スコトヲ
欲シタルヘシト認ムヘキトキハ其他ノ法律行為ハ仍ホ有效トス

(原文) 無効之法律行為若具備他法律行為之要件並因其情形可認當事人若知其無

效即欲爲他法律行為者。其他法律行為仍爲有效。

一 立法例

獨民第一四〇條「無効ノ法律行為カ他ノ法律行為ノ要件ニ適應スル場合ニ於テ當事者カ其無効ヲ知ラハ他ノ法律行為ノ效果ヲ欲シタリト認メラルルトキハ他ノ法律行為ハ其效力ヲ有ス」

二 日本民法との比較

日本民法には規定がない。然し所謂無効行為の轉換として法律行為の解釋上當然認めらるる。

第一百十三條

無効ノ法律行為ノ當事者カ行為ノ當時ニ於テ其無効ヲ
知り又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ原狀回復又ハ損害賠償ノ責
任ヲ負フ

(原文) 無効法律行為之當事人於行為當時知其無効或可得而知者。應負回復原狀或損害賠償之責任。

無効の行爲につき本條の如き一般的の規定は日獨瑞何れにもその例を發見し得ない。——(獨民第一二二條は戲言の無効につき損害賠償を認むるもこの事は本法に於ては問題とならない。蓋し本法は戲言を特に無効としなからである。又同法第三〇七條は原始的不能による無効なる契約に於ける過失ある當事者の責任を定むるも本法は別にこれに該當する規定を有する(第二四七條)。瑞債第二六條は錯誤による無効の損害賠償を規定するも本條とは關係ない。蓋し本法は錯誤を取消し得べきものとなすに過ぎないからである)。

二 日本民法との比較

日本民法にはかくの如き規定がない。無効の行爲の効果は第七〇三條以下の不當利得の規定と第一八九條以下の占有に關する規定とによつて兩當事者が利得の返還・原狀回復及び損害賠償をなす。而して日本民法のこれ等の規定は本法中にもそれぞれ之に該當する場所に收められて居る(第一七九條以下第九五三條以下)。従つて日本民法の無効行爲の効果は本法に於て宛も本條を削除したると同様の結果を示して居る。

三 批評

本條はその意味を捕捉し難きのみならず、他の法條と矛盾重複するものである。予の見る所によれば全く有害無用の規定であつて直ちに削除すべきものである。左にその理由を列記する。

(1) 本條と不當利得の規定との關係を理解し得ない。無効なる行爲に基いて給付行爲の爲されたるときは一般に不當利得となるであらう。本條は不當利得の規定を排斥する趣旨であらうか。殊に善意無過失の當事者は本條の反對解釋として原狀回復義務なきものであらうか。

(2) 或ひは給付行爲そのものも無効なるときは不當利得の規定を適用すべきに非ずとの理論を前提とし、かかる場合に本條の適用をなさんとする趣旨であらうか。然し、然りとするも給付の目的物現存する場合には相手方はその物の所有權を有しこれに基いて返還請求を爲すべく、これに對して善意無過失の故をもつてその返還を拒否し得るものに非ざるは勿論である。而してかかる場合にその目的物が滅失・毀損し、又は果實を生じたるときは前掲占有の詳細な規定が適用せらるべきものである。従つて右の如き理論の下に本條をもつて不當利得と關係

なき規定となすも尙ほ本條の原狀回復云々はこの占有の規定と矛盾する無意味の規定となる。

(3) 本條の損害賠償義務が若し原狀回復不能による損害賠償を意味するとせば、悪意の不當利得者の損害賠償義務(第一八二條)又は悪意の占有者の損害賠償義務(第九五六條)と重複矛盾する。又若し無効なる行爲を有效なりと信賴した相手方の損害の賠償の意なりとせば、單に無効を知りたるの故を以てかかる責任を認むべき何等の根據がない。

第百十四條 法律行爲力取消サレタルトキハ初ヨリ無効ナリシモノ

ト看做ス

當事者力取消シ得ルコトヲ知り又ハ知り得ヘカリシ場合ニ於テ其法律行爲力取消サレタルトキハ前條ノ規定ヲ準用ス

(原文)

法律行爲經撤銷者、視為自始無効。

當事人知其得撤銷或可得而知者。其法律行爲撤銷時準用前條之規定。

一 立法例

(1) 第一項 日民第一二一條本文、獨民第一四二條第一項 『取消シ得ヘキ法律行爲ヲ取消シタルトキハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス』

(2) 第二項 類似の立法例を見ず。

二 日本民法との比較

(1) 日本民法に於ては取消の効果は無効と同様であるから、本條第二項が前條を準用せる結果日本民法との間に前條と同様の關係を生ずる。

(2) 右の他日本民法は取消したる無能力者の返還義務を輕減するも(第一二一條但書)本法にはこれを認めて居らないことを重大なる差異とする。

三 批評

本條第二項の有害無用の規定なること前條について述べたと同様である。取消し得べき行爲なることを知り又は知り得べかりし者は取消されたる後に於ては宛も無効の行爲に於ける悪意の當事者と同様に取扱はるものなることは獨民法第一四二條第二項に明文がある。即ち曰く『取消シ得ヘキコトヲ知り又ハ

知ルコトヲ得ヘカリシ者ハ取消ノ場合ニ付キ法律行為ノ無効ヲ知リ又ハ知ルコトヲ得ヘカリシ場合ト同一ニ取扱フヘキモノトス。この理論は明文なき日本民法に於ても均しく認めらるる所であるが、若し立法者にして欲するならば、本條第一項を獨民法第一四二條第一項に倣つたと同様その第二項をも採用すべきであらう。さすれば這般の關係は一層明瞭となるであらう。

第百十五條 承認ヲ經タル法律行為ハ特別ノ定ナキトキハ法律行為ノ時ニ遡リテ效力ヲ生ス

(原文) 經承認之法律行為、如無特別訂定、遡及爲法律行為時發生效力。

一 立法例

獨民第一八四條『行為ノ後ノ承認(事後承認)ハ別段ノ定ナキトキハ法律行為締結ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス。事後承認者カ承認前ニ於テ法律行為ノ目的ニ付キ爲シタル處分若クハ強制執行又ハ假差押ノ方法ニ因リ又ハ破産管財人カ爲シタル處分ハ事後承認ノ遡及効ニ因リテ其效力ヲ失ハス』、第一四四條『取消シ得ヘキ法律行為ハ取消權者カ追認シタルトキハ之ヲ取消スコトヲ

得ス。追認ハ取消シ得ヘキ法律行為ニ付キ定メタル方式ヲ要スルコトナシ』、日民第一二二條第一一三條。

二 日本民法との比較

次段參照。

三 批評

予は本條の規定を不當なものと思ふのであるが、順次その理由を説明する。

先づ本條は取消し得べき行為の追認(日民法第一二二條に所謂追認、獨民法第一四四條に所謂 *Restitutions*)を規定せるものなりや、或は行為の効力が第三者の承認にかかる場合の事後承認(獨民法第一八四條に所謂 *Genehmigung*、日本民法には一般的规定なきも第一一六條の無權代理人の行為の追認の如きがこれに該當する)を規定せるものなりや、或は右の兩者を包含したるものなりや、必ずしも明かでない。本條の文字は前掲獨民法の事後承認(*Genehmigung*)に關する第一八四條第一項の規定を倣ねたものの如く見えるから一見右の事後承認の規定に關するものであつて取消し得べき行為の追認と關係なき規定の如く思はる。然し本法には本條

の他に取消し得べき行為の追認に關する規定がないのみならず、前條は取消し得べき行為に關する規定であることから考へると、本條は取消し得べき行為の追認と法律行為の効力が第三者の承認にかかる場合の事後承認との兩者を一箇條に併せたもの、換言すれば獨民法の第一四四條と第一八四條とを合併したものと見るを正當とするであらう。

扱て本條が右の如き内容とすれば、獨民法の第一八四條は我民法にこれに該當する一般的規定のなきものであり、第一四四條は我民法第一二二條に該當する規定であるから、本條と獨、日兩民法を對比すれば左の如くなる。

一 獨民法第一八四條の適用せらるる主要な場合

(本法に於ては)

- (1) 制限行為能力者の行為(一〇八條)……………七八條によつて本條を排斥して非遡及……………取消し得べき行為なり
- (2) 無權利者の處分行為(一八五條二項)……………一一八條一項によつて……………規定なき故遡及効なかるべし
本條を排斥して非遡及……………
- (3) 無權代理人の行為(一七七條)……………本條の適用あり……………一一三條・一一六條

(日民法に於ては)

二 獨民法第一四四條の適用せらるる場合

- (1) 詐欺・強迫(一二三條)……………本條の適用あり(九二條)……………九六條・一二二條
(本法に於ては)
- (2) 錯誤(一一九條)……………本條の適用あり(八八條)……………無効(九五條)
(日民法に於ては)

然しながら右の表を通覽すれば、本條の如く法律行為の効力が第三者の承認にかかる場合の事後承認と取消し得べき行為の追認とを一箇條に合併することは極めて不當なるものなることを明知し得よう。蓋し兩者はその法律的本質に於て全然異なるものである。即ち前者は無効なりし行為について効力を創造するものであり、後者は既に有効なる行為についてその取消權を拋棄するものである。兩承認はその要件・効果等を異にし、又承認せざる場合の効果を正反對とする。のみならず、本條の文字のみについて見るも遡及効に『如無特別訂定』なる制限を附するは、右の事後承認についてのみ意味を有し取消し得べき行為の追認には全く無意味なものである(前掲獨民法參照)。且第一一四條は専ら取消し得べき行為の追認に關する規定なるに本條に於て突如として第三者の承認なきため無効なる行為の事後承認をも包含せしむることは、當に條文配置の體裁を失するに止ま

らずその理論的構成を不明ならしむる。

要するに予の見解によれば――

(1) 先づ本條を日民法第一二二條又は獨民法第一四四條の文例に倣ひ、殊に『如無特別訂定』なる文句を挿入せず、専ら取消し得べき行爲の承認に關する規定となすべきである。

(2) 次ぎに獨民法第一八四條に該當する規定は、本法に於ては、前掲表の示す如く、僅かに無權代理の追認について實益あるにすぎないから、日本民法の如く代理の節に規定するも可であらう。然し若し本節に收めんと欲すれば本條の文字に『法律行爲の効力が第三者の承認にかかる場合に於て事後に承認を爲したるときは』なる意味、即ち獨民法第一八二條及び第一八四條の文例に示すものを附加して本法第一一七條の次ぎに置き、『前項の承認に付ては第一一六條の規定を準用する』旨の第二項を附加すべきである。而して更に特筆すべきことはこの事後承認の遡及効に對しては第三者保護の爲め一定の制限を設くべきことである。蓋しこの承認は取消し得べき行爲の追認(確認)と異り効力の遡及的創造であるか

ら、彼に對して第三者保護の爲めの制限を設けざるも此に對してはこの制限を設けることを必要とするからである。獨民法も追認(Bestätigung)には右の如き制限なきも、第一四四條參照、事後承認(Genehmigung)には制限を設けて居る(第一八四條第二項參照)。

第一百十六條 取消及ヒ承認ハ意思表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス

相手方力確定セル場合ニ於テハ前項ノ意思表示ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス

(原文) 撤銷及承認應以意思表示爲之。

如相對人確定者、前項意思表示應向相對人爲之。

一 立法例

(1) 第一項 (同趣旨) 獨民法第一四三條第一項 『取消ハ取消ノ相手方ニ對スル意思表示ニヨリテ之ヲ爲ス』

(2) 第二項 日民第一二三條

第四章 法律行爲

二 日本民法との比較

日本民法は特に第一項の如き規定を置かざるも第一二三條から自ら同一の趣旨が窺はるること勿論である。

第一百七七條 法律行為力第三者ノ同意ヲ得テ始メテ效力ヲ生スヘキモノナルトキハ其同意又ハ拒絕ハ當事者ノ一方ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得

(原文) 法律行為須得第三人之同意始生效力者其同意或拒絕得向當事人之一方爲之。

一 立法例

獨民第一八二條第一項 『契約又ハ他人ニ對シテ爲スヘキ單獨行為力第三者ノ同意ニ因リテ其效力ヲ生スルトキハ同意又ハ其拒絕ハ當事者ノ一方又ハ他方ニ對シテ之ヲ表示スルコトヲ得』

二 日本民法との比較

我民法にはこれに該當する規定を缺く。一般的理論としては我民法に於ても

ほぼ同一のものを認め得るであらう。然し本法に於て本條の主として適用せらるる制限行為能力者に對する法定代理人の同意は我民法に於ては取消し得べき行為に對する事前の同意であつて本條の理論に従はざること勿論である。

三 註釋

本條は主として制限行為能力者に對する法定代理人の事前の同意第七七條以下參照)に適用せらるる。事後の同意(承認)については第一一五條の適用あるものであつてその立法上の當否は同條に關して詳述した。

第一百十八條 無權利者カ權利ノ目的物ニ付テ爲シタル處分ハ權利者ノ承認ヲ經テ始メテ效力ヲ生ス

無權利者カ權利ノ目的物ニ付テ處分ヲ爲シタル後其權利ヲ取得シタルトキハ其處分ハ始ヨリ有效トス

前項ノ場合ニ於テ數箇ノ處分力抵觸スルトキハ其最初ノ處分ヲ有

效トス

二〇八

(原文)

無權利人就權利標的物所爲之處分、經有權利人之承認始生效力。
無權利人就權利標的物爲處分後取得其權利者、其處分自始有效。
前項情形若數處分相抵觸時、以其最初之處分爲有效。

一 立法例

獨民第一八五條第二項「非權利者カ爲シタル處分ハ權利者カ之ヲ事後承認シタルトキ又ハ處分ヲ爲シタル者カ目的ヲ取得シタルトキ又ハ權利者カ非權利者ヲ相續シ且遺產債務ニ付キ無限責任ヲ負フトキハ有效トス。後ノ二ツノ場合ニ於テ目的ニ付キ互ニ相容レサル數箇ノ處分ヲ加ヘタルトキハ最初ノ處分ノミ有效トス」——この獨民法の規定は本條と反對に(1)權利者の承認の場合には遡及效あり(一八四條)又(2)無權利者の權利の取得の場合には遡及效がないものであることを特に注意すべきである(批評参照)。

二 日本民法との比較

日本民法には本條に該當する規定を缺くも解釋上次ぎの如くなるであらう。

(1) 第一項 權利者の事後の承認によつて處分行爲の有効となること本法に

同じ。然し遡及效は處分行爲に於て權利者の承認を停止條件となし且この條件成就に遡及效を與へた場合(第一二七條第三項参照)の如きを除いては、之を認め得ないであらうと考へる。

(2) 第二項 第二項に於ても處分行爲の效力を生ずること本法と同じ。遡及效は(1)と同じ。

(3) 第三項 この場合には各處分行爲について對抗要件の有無とその前後とが問題となり前に對抗要件を備へた處分行爲が結局その效力を維持することとなるものと考へる。

三 註釋と批評

(1) 本條は前掲獨民法第一八五條第二項に倣ふものである。同條第一項は「非權利者カ權利者ノ同意事前承認ヲ得テ目的物ニ付キ爲シタル處分ハ有效トス」とあり、例へば非權利者が所有者の同意を得てその所有物を讓渡し、又はその上に地上權若くは質權を設定する行爲の有効なることを定めたものである。然しこれは理論上寧ろ當然のことであつて、本法はこれを採用して居らぬけれども同一

の結果を認むべきである。

(2) 本條第一項は非権利者が右の如き處分をなすに當つて権利者の事前の承認を得て居らぬときはその處分行爲は無効となるが権利者が事後にこの處分行爲を承認するときは效力を生ずる旨を定めたものである。この限りに於ては極めて至當な立法であるが、獨民法はこの事後の承認についても同法第一八四條(二〇〇頁參照)の適用によつて原則として遡及効を生ずるに反し本條は遡及効を否認する。實際の場合に於ける當事者の意思としては寧ろ遡及効を認むるを可とするのではあるまいか。

(3) 本條第二項は右の場合に處分行爲者が後に目的物の権利を取得するときには處分行爲は有効となる旨を定めたものであつて之亦至當な規定であるが、本條がこれについて遡及効を認むるは如何なる理由に基くものであらうか。獨民法に於ては明文なき結果學者は理論上これについて遡及効を認むべからざるものとなす(Oertmann, Komm. S. 680. s.)。蓋しこれについても遡及効を認めるときは非権利者の處分行爲は處分の目的物が未だ他の権利者に歸屬する間にこの者の意

思に基かずに效力を生ずる結果となり、果實の取得等に於て不都合を生ずるからである。従つて予は本條のこの遡及効は削除すべきものと考へる。

(4) 本條第三項は無権利者が右の如き處分行爲を二重になし兩處分が互に牴觸するとき、例へば二重に質入したるが如き場合には、處分行爲者が後に権利を取得することによつて、第一の處分行爲のみ效力を生じ他は效力を生ぜざること規定せるものである。尙ほ若し右の如き牴觸する處分行爲の後権利者が事後の承認を爲したるとき(即ち第一項の場合に互に牴觸する數箇の處分あるときは)は處分行爲の前後によらず専ら承認がどの處分行爲について爲されたかによつてその效力を決すべきである。

第五章 期日及び期間 (期日及期間)

本章はその配列及び條文の字句に於て獨民法の規定に近似するものであるが、日本民法の規定とも趣旨に於て殆んど異なる所がない。ただ月又は年を連続して計算せざる場合に關する第一二三條第二項及び出生月日の推定に關する第一二四條第二項は日本民法になき規定である。

第一百十九條 法令、裁判又ハ法律行為ノ定ムル期日及ヒ期間ハ特別ノ定アル場合ヲ除ク外其計算ハ本章ノ規定ニ依ル

(原文) 法令審判或法律行為所定之期日及期間、除有特別訂定外、其計算依本章之規定。

一 立法例

日民第一三八條、獨民第一八六條 『法令裁判上ノ處分又ハ法律行為ニ依リテ定メタル期間及ヒ期日ノ指定ニ付テハ、第百十七條乃至第百九十三條ノ解釋規定ヲ適用ス』

二 日本民法との比較

日本民法は期日を掲げざるも解釋上同一なること疑がない。

第二百二十條 時ヲ以テ期間ヲ定メタルトキハ即時ヨリ之ヲ起算ス
日、週、月又ハ年ヲ以テ期間ヲ定メタルトキハ其初日ハ之ヲ算入セズ

(原文) 以時定期間者、即時起算。
以日、星期、月、或年定期間者、其始日不算入。

一 立法例

- (1) 第一項 日民第一三九條
 - (2) 第二項 日民第一四〇條(但書がついて居る。獨民第一八七條第一項 『期間ノ始メテ定ム』)
- 第五章 期日及び期間

ルニ付キ事件又ハ一日ノ經過中ニ到來スヘキ時點ヲ以テシタルトキハ期間ノ計算ニ付テハ事件又ハ時點ノ當日ハ之ヲ算入セス』(尙ほ同條第二項前段は日民第一四〇條但書に同じ、『或日ノ始メヲ以テ期間ノ起算點ト定メタルトキハ其日ハ之ヲ算入ス。年齢ノ計算ノ場合ニ出生ノ日ニ付テモ亦同シ』)。

二 日本民法との比較

日本民法は獨民法と同様に初日が完全なる一日となるときにはこれを計算に加へるに反し、本條はこれをも加へざる趣旨であらう。従つてこの點に於て本法と結果を異にする。

第二百一十一條 日、週、月又ハ年ヲ以テ期間ヲ定メタルトキハ期間

ノ末日ノ終了ヲ以テ期間ノ滿了トス
期間力週、月又ハ年ノ初ヨリ起算セラレサルトキハ最後ノ週、月又ハ年ノ起算日ニ應當スル日ノ前日ヲ以テ期間ノ末日トス但月又ハ年ヲ以テ期間ヲ定メタル場合ニ於テ最後ノ月ニ應當日ナキトキ

ハ其月ノ末日ヲ以テ期間ノ末日トス

(原文) 以日、星期、月、或年定期間者。以期間末日之終止爲期間之終止。
期間不以星期、月、或年之始日起算者。以最後之星期、月、或年與起算日相當日之前一日爲期間之末日。但以月或年定期間、於最後之月無相當日者。以其月之末日爲期間之末日。

一 立法例

- (1) 第一項 日民第一四一條獨民第一八八條第一項 『日ヲ以テ定メタル期間ハ其末日ノ終了ヲ以テ滿了ス』
- (2) 第二項 日民第一四三條第二項、獨民第一八八條第二項及び第三項 『週、月又ハ數箇月ヲ含ム時間——一年、半年、四分ノ一年——ヲ以テ定メタル期間ハ前條第一項ノ場合ニ於テハ名稱又ハ指數ニ依リ最後ノ週又ハ月ニ於テ其事件又ハ時點ノ當日ニ應當スル日ノ終了ヲ以テ滿了ス、第二項ノ場合ニ於テハ名稱又ハ指數ニ依リ最後ノ週又ハ月ニ於テ其起算日ニ應當スル日ノ前日ノ終了ヲ以テ滿了ス。月ヲ以テ期間ヲ定メタル場合ニ於テ最後ノ月ニ應當日ナキトキハ其月ノ末日ノ終了ヲ以テ期間ハ滿了ス』

二 日本民法との比較

立法の體裁は獨民法に倣へるものなるも日本民法の規定と異なる所なし。

第二百二十二條 一定ノ期日又ハ期間内ニ於テ意思表示又ハ給付ヲ爲

スヘキ場合ニ於テ其期日又ハ期間ノ末日カ日曜日、記念日其他ノ
休息日ナルトキハ其休息日ノ翌日ヲ以テ之ニ代ユ

(原文) 於一定期日或期間内應爲意思表示或給付者。其期日或其期間之末日爲星期日紀念日或其他休息日時。以其休息日之次日代之。

一 立法例

獨民第一九三條 『一定ノ日又ハ或期間内ニ意思表示ヲ爲シ又ハ或給付ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其一定ノ日又ハ期間ノ末日カ日曜日ニ當ルカ若クハ表意地又ハ給付地ニ於ケル公定ノ一般祭日ニ當ルトキハ次ノ平日ヲ以テ日曜日又ハ祭日ニ代フ』、瑞債第七八條 『履行ノ時期又ハ期間ノ終リカ日曜日若クハ履行地ニ行ハルル國祭日ニ相當スルトキハ其次ノ業務日ヲ以テ履行日若クハ期間ノ最終日ト看做ス。之ニ反スル合意ヲ爲スヲ妨ケス』—(同趣旨) 日民第一四二條。

二 日本民法との比較

日本民法は休日なることによつて當然延期せらるることなくその休日に取引を爲さざる慣習ある場合に限る。

第二百二十三條 月又ハ年ハ曆ニ依リテ之ヲ計算ス

月又ハ年ヲ連續シテ計算セサルトキハ一个月ヲ三十日トシ一
年ヲ三百六十五日トス

(原文) 稱月或年者依曆計算。

月或年非連續計算者。毎月爲三十日。毎年爲三百六十五日。

一 立法例

- (1) 第一項 日民第一四三條第一項
- (2) 第二項 獨民第一九一條 『月又ハ年ヲ以テ定メタル期間カ連續シテ經過スルコトヲ要セサル場合ニ於テハ一个月ハ三十日一
年ハ三百六十五日トス』

二 日本民法との比較

本條第二項は日本民法に規定がない。實際上問題となれる場合を聞かないが、

第五章 期日及び期間

若しかかる場合を生ずれば本法と同一に解釋せらるるであらうか。

第二百二十四條 年齢ハ出生ノ日ヨリ之ヲ起算ス

出生ノ月日ヲ確定スルコト能ハサルトキハ七月一日ニ出生シタルモノト推定ス其出生ノ月ハ明カナルモ其日ヲ明カニスルコト能ハサルトキハ其月ノ十五日ニ出生シタルモノト推定ス

(原文) 年齢自出生之日起算。

出生之月日無從確定時。推定其爲七月一日出生。知其出生之月而不知出生之日者。推定其爲該月十五日出生。

一 立法例

(1) 第一項 獨民第一八七條第二項末段 『年齢ノ計算ノ場合ニ出生ノ日ニ付テモ亦同シ』

本明治三十五年法律第五十號、年齢ノ計算ニ關スル法律。

(2) 第二項 立法例なし。

二 日本民法との比較

第一項は前掲明治三十五年の特別法により本條と同一となるも、第二項の推定は日本民法にはない。然し我國に於ては比較的整備せる戸籍簿の記載が推定的効果を示すから實際上何等の不便がない。本條は戸籍簿の制度の整はざる地に於て實效があるであらう。

第六章 消滅時効 (消滅時効)

本法は獨民法の主義に倣つて總則編には『消滅時効』のみを規定し、『取得時効』はこれを物權編第一章所有權の章に收めて居る(第一節通則中の第七六八條乃至第七七二條)。本章の配列も主として獨民法のそれに従つて居るが、規定の内容は日本民法に近きもの多く、結局に於て日本民法の消滅時効と多く異なる所がない。左に日本民法の規定の配列に従つて本法の規定の大様を示す。

一 時効の效力

(日民法)

(本法)

- (1) 發生時期……………起算日に遡る(一四四條)……………規定なし、但し從たる權利消滅することの規定あり(一四六條)
- (2) 内容
 - A 本則……………權利消滅するも(一六七條以下)援用を要す(一四五條)
 - B 完成後の辨濟又は承認……………規定なし……………權利消滅するもなし(一二五條以下)而も當事者抗辯權を取得すもなし(一四四條一項)常に返還請求權なし(一四四條二項)

C 擔保物權の存する場合の例外……………規定なし……………時効完成後も擔保物よりは辨濟を受け得る(一四五條)

- (3) 當事者の處分……………豫め拋棄を許さず(一四六條)……………豫め爲す拋棄の他時効期間の伸長・短縮共に許さず(一四七條)

二 中斷及び停止

- (1) 中斷事由……………(1)請求(2)差押、假差押又は假處分(3)承認と定め(1)について多くの例を示す(一四一條乃至一五五條)……………(内容に大)……………(1)請求(2)承認(3)起訴とし(3)と同視する多くの事由を掲ぐ(一二九條乃至一三六條)
- (2) 中斷の效力……………相對的(一四八條)……………ほぼ同じ(一三八條)
- (3) 中斷後の進行……………中斷事由終了の時より新しく進行(一五七條)……………同じ(一三七條)
- (4) 停止……………無能力者に法定代理人なきとき(一五八條)……………同じ(一五一條)
- ……………無能力者の權利(一五九條)……………ほぼ同じ、但し停止期間一年にして且夫の權利をも加ふ(一四二條・一四三條)
- ……………相續財産(一六〇條)……………同じ(一四〇條)
- ……………天災(一六一條)……………同じ、但し一个月の停止(一三九條)

三、時効期間

- (1) 起算點……………一六六條……………同じ(一二八條)
- (2) 原則……………債權十年其他の財産權二十年(一六七條)……………總ての請求權十五年(一二五條)
- (3) 短期の權利……………一六八條乃至一七四條……………内容は類似するも短期は全部二年とする(一二六條・一二七條)

第二百二十五條 請求權ハ十五年間行使セサルニ因リテ消滅ス但法律ニ定ムル期間力之ヨリ短カキトキハ其規定ニ依ル

(原文) 請求權因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者依其規定。

一 立法例

- (1) 日本民法は債權十年(第一六七條第一項)その他の財産權は二十年(第一六七條第二項)獨民法は原則として三十年(第一九五條)。
- (2) 民律草案は獨民法に倣つて三十年と定められたのを半減して日本民法に近づいたものと思はる。

二 日本民法との比較

- (1) 但書は日、獨兩民法等に於て特に規定して居らぬが當然のことである。
- (2) 時効の效力を權利の消滅となすは日本民法の主義のやうであるがこの點については第四段参照。

三 註釋

四 批評

民法施行前の關係については民法總則施行法第一六條乃至第一八條参照。

本條に『消滅ス』と規定することは第一四四條との關係上解し難き文字である。蓋し本條は時効期間を定むるものであつて、時効完成の效果は第一四四條の定むる所である。然るに同條は獨民法の主義を踏襲し時効完成後は債務者に於て給付拒絶の抗辯を提出し得るものとなすものであるから、時効完成の一事によつて債權は尙ほ消滅せざるものと爲さねばならない。従つて本條に於て漫然日本民法の文字に倣ふことは許さるべきではない。宜しく本條の文字も獨民法第一九四條の如く『時効ニ罹ル』(unterliegt der Verjährung)となすべきである。尙ほこのことは第一二六條及び第一二七條についても同様である。

参考の爲め各國民法の時効の效力と條文の用句とを示せば左の如くである。

- 日民法……………『債權ハ消滅ス』(一六七條)……………援用なくして裁判することを得ず(一四五條)
- 瑞債務法……………『債權ハ時効消滅ス』(一二七條)……………援用なくして裁判の基礎となし得ず(一四二條)
- 獨民法……………『時効ニ罹ル』(一九四條)……………抗辯することを得る(一二二條)
- 本 法……………『消滅ス』(一二五條)……………抗辯することを得る(一四四條)

第二百二十六條 利息、利益配當金、賃借料、扶養料、退職金其他一年又ハ一年ニ及ハサル定期給付債權ニ付テハ其各期ノ給付請求權ハ五年間行使セサルニ因リテ消滅ス

(原文) 利息、紅利、租金、贈養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權其各期給付請求權因五年間不行使而消滅。

一 立法例

日民第一六九條(五年)——(類似の趣旨)瑞債第一二八條第一號、第二號(五年)、獨民第一九七條(四年)。

二 日本民法との比較

- (1) 日民法第一六九條はその趣旨本條と同一なることは學說判例の争はざる所であるが、條文の文字は稍不明瞭であるから本條の規定を妥當とする。
- (2) 定期給付債權そのものの消滅時效を規定する日民法第一六八條の規定は本法にないから同一の結果を認め得ない。然し同條はさまで適用多き條文では

ないから敢へて本法の欠陥となすにもあたるまい。

第二百二十七條 左ニ掲クル請求權ハ二年間行使セサルニ因リテ消滅ス

- 一 旅店、飲食店及ヒ娛樂場ノ宿泊料、飲食費、席料、消費物ノ代價及ヒ其立替金
- 二 運送料及ヒ運送人ノ立替金
- 三 動産ノ賃貸ヲ以テ營業ト爲ス者ノ賃貸料
- 四 醫師、藥劑師及ヒ看護人ノ診察料、藥價、報酬及ヒ其立替金
- 五 辯護士、會計士及ヒ公證人ノ報酬及ヒ其立替金
- 六 辯護士、會計士及ヒ公證人カ當事者ヨリ受取リタル物件ノ還付
- 七 技師及ヒ請負人ノ報酬及ヒ其立替金

八 商人、製造者及ヒ手工業者カ供給シタル商品及ヒ産物ノ代價

(原文)

左列各款請求權因二年間不行使而消滅。

- 一 旅店飲食店及娛樂場之住宿費、飲食費、座費、消費物之代價及其墊款。
- 二 運送費及運送人所墊之款。
- 三 以租賃動產爲營業者之租價。
- 四 醫生、藥師、看護生之診費、藥費、報酬及其墊款。
- 五 律師、會計師、公證人之報酬及其墊款。
- 六 律師、會計師、公證人所收當事人物件之交還。
- 七 技師、承攬人之報酬及其墊款。
- 八 商人、製造人、手工業人所供給之商品及産物之代價。

一 立法例

日民第一七〇條乃至第一七四條を一條に收めたものであつて、日本民法は更に三年、二年、一年と區別するも本法は悉くこれを二年とみなしたる點に特色を有する。尙ほ獨民第一九六條、瑞債第一二八條等も類似の立法である。

二 日本民法との比較

日本民法との大體の比較を左に記す。

(1) 本條各號に該當する日本民法の規定は――

- 第一號 日民法第一七四條第四號(一年)
- 第二號 日民法第一七四條第三號(一年)
- 第三號 日民法第一七四條第五號(一年)。但し日本民法は營業となすことを要件とせず。
- 第四號 日民法第一七〇條第一號(三年)
- 第五號 日民法第一七二條(二年又は五年)
- 第六號 日民法第一七一條(三年)
- 第七號 日民法第一七〇條第二號(三年)
- 第八號 日民法第一七三條第一號、第二號(二年)

(2) 日本民法の短期時効にして本法に定めざるものは――

- (イ) 日民法第一七三條第三號の債權(二年)
- (ロ) 日民法第一七四條第一號の債權(一年)

(六) 日民法第一七四條第二號の債權(一年)

二二八

第二百二十八條 消滅時效ハ請求權ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ起算
ス不作爲ヲ目的トスル請求權ハ行爲ヲ爲シタル時ヨリ起算ス

(原文) 消滅時效自請求權可行使時起算。以不行爲爲目的之請求權自爲行爲時起算。

一 立法例

獨民第一九八條 『消滅時效ハ請求權ノ成立ノ時ヨリ進行ス。不作爲ノ請求權ノ消滅時效ハ違
反行爲ヲ爲シタル時ヨリ進行ス』—日民第一六六條第一項も同趣旨なるも後段を缺く。

二 日本民法との比較

- (1) 本條後段は日本民法になき規定なるも日本民法に於ても解釋上ほぼ同一に歸するであらう。
- (2) 日民法第一六六條第二項の規定は本法にない。然し同條本文は當然の規

定であり、但書はさまで適用多き條文でないのみならず、本法の解釋上同一の結果を認めることも可能であらう。

三 批評

本條の字句に付き

- (1) 『可行使時』は日本民法の如く『行使スルコトヲ得ル時』又は瑞債務法第一三〇條第一項の如く『履行期到來ノ時』と爲すべきにあらずや。
- (2) 又後段『爲行爲時』は獨民法の如く『違反行爲 (Zuwiderhandlung) ノ時』となすを明瞭とせずや。

第二百二十九條 消滅時效ハ左ニ掲クル事由ニ因リテ中斷ス

- 一 請求
- 二 承認
- 三 起訴

- 左ニ掲クル事項ハ起訴ト同一ノ效力ヲ有ス
- 一 督促手續ニ依ル支拂命令ノ送達
- 二 和解ノ爲メニスル呼出
- 三 破産債權ノ届出
- 四 訴訟ノ告知
- 五 執行行爲ノ開始又ハ強制執行ノ申立

(原文) 消滅時效因左列事由而中斷。

- 一 請求。
 - 二 承認。
 - 三 起訴。
- 左列事項與起訴有同一效力。
- 一 依督促程序送達支付命令。
 - 二 因和解而傳喚。
 - 三 報明破産債權。

- 四 告知訴訟。
- 五 開始執行行爲、或聲請強制執行。

一 立法例

本條の文字は獨民第二〇九條と日民第一四七條とを折衷したるが如きものであるが實質的内容は三民法に於て大差がない。左にこれを對照する。但し日本民法との細目の差は次條以下參照。

(1) 請求	なし	(獨民法)	(日民法)
(2) 承認	同 (二〇八條)		一四七條乃至一五三條
(3) 起訴	同 (二〇九條一項)		同 (一四七條三號)
A 督促手續	二〇九條二項一號		一四七條乃至一四九條
B 和解	なし(二〇九條二項一號は調停につき類似の規定)		一五〇條
C 破産届出	二〇九條二項二號		一五一條
D 訴訟告知	二〇九條二項四號		一五二條
E 執行行爲ノ開始、強制執行ノ申立	二〇九條二項五號		なし
			一四七條二號・一五四條

二 日本民法との比較

- (1) 本條の規定するもので日本民法になきは『訴訟ノ告知』である(第一三五

條所說參照。

二二二

(2) 日本民法に規定するものは悉くこれを認めて居るが、ただ假差押及び假處分については明文なきこと獨民法と同様である。然るに獨民法に於てはその第二〇九條第二項第五號(本條第二項第五號に該る)の執行行爲の中に假差押及び假處分を包含するや否やは學者間に争のある點である(肯定する學者はエルトマン、シユタウディング、テュール等、否定する學者はエンネクツェルス、ブランク、デルンブルヒ等)。本條に付ても當然かかる論争を生ずべく、若し否定説を採れば日本民法と結果を異にすることとなる。然し予は獨民法の解釋としては肯定説を正當なりと信ずるから、本法の下に於てもこの點について日本民法と差異を生ぜざるものと考へる。

(3) 承認の能力に關する日民法第一五六條の規定は本法になきも解釋上同一に歸するであらう。

三 批評

第二項第五號に『開始執行行爲』と『聲請強制執行』とを並べて規定せるこ

とは解し得ざる所であるが、詳細は第一三六條に述べる所參照。

第三百十條 時效力請求ニ因リテ中斷セラレタル場合ニ於テ若シ其請求ノ後六個月内ニ起訴セサルトキハ時効ハ中斷セサルモノト看做ス

(原文) 時効因請求而中斷者。若於請求後六個月内不起訴、視為不中斷。

一 立法例

日民第一五三條

二 日本民法との比較

日本民法と文字を異にするも、本條の『起訴』は前條によつて廣汎な意味を與へられて居るから、本條の意味は結局日本民法と差異がない。

第三百三十一條 時效力起訴ニ因リテ中斷セラレタル場合ニ於テ若シ

其訴ヲ取下ケタルトキ又ハ不適法ノ爲メ却下ノ判決ヲ受ケ其判決
確定シタルトキハ時効ハ中斷セサルモノト看做ス

(原文) 時効因起訴而中斷者。若撤回其訴、或因不合法而受駁回之判決。其判決確
定視為不中斷。

一 立法例

獨民第二一二條第一項 『訴ノ提起ニ因ル中斷ハ訴訟力取下ケラレタルトキ又ハ訴訟事件自體
ヲ決定スルニアラサル判決ニヨリテ却下セラレ且確定シタルトキハ中斷ナカリシモノト看做ス』
日民第一四九條。

二 日本民法との比較

日本民法と文字を異にするも趣旨に於て差なし。

第三百三十二條

時効力支拂命令ノ送達ニ因リテ中斷セラレタル場合

ニ於テ若シ訴訟拘束力其效力ヲ失ヒタルトキハ時効ハ中斷セサル

モノト看做ス

(原文) 時効因送達支付命令而中斷者。若訴訟拘束失其效力時。視為不中斷。

立法例

日民第一五〇條に徴ふものであるが、同條は大正十五年法律第六十九號によつて改正せられた
から、現在に於ては本條と趣旨を異にする。然しその實質は民事訴訟法の支拂命令の規定と關係
するところであるから、日本民法の新法と本條との間に如何なる差を生ずるやは、國民民事訴訟法の
規定によつて始めて審になし得る。

第三百三十三條

時効力和解ノ爲メニスル呼出ニ因リテ中斷セラレタ

ル場合ニ於テ若シ相手方カ出頭セス又ハ和解力成立セサルトキハ
時効ハ中斷セサルモノト看做ス

(原文) 時効因和解傳喚而中斷者。若相對人ハ到庭、或和解不成時、視為不中斷。

一 立法例

二 日本民法との比較

日本民法は右の場合に於て更に一箇月内に他の強力な手段に訴へて中断の效力を維持し得るものとなす。本條がこれを認めて居らないのは何故であらうか。和解が結局不調に終りしかもその間に時効期間の満了するが如きことも往々あり得るから本條の如くなすときは債権者にとつて著しく不利益となる。これを避けんとせば債権者は和解手續中に別箇の中断手續を採らざるを得ざるべく、かくては和解手續に中断の效力を與へたる趣旨を没却することになるであらう。日民法第一五一條の母法たる佛民法第二二四五條(及び民訴法第五七條)も日本民法と同様である。本條が何故に日本民法の規定を修正したるかその意を解し得ない。宜しく日本民法の如く改むべきである。

第三百三十四條

時効力破産債権ノ届出ニ因リテ中断セラレタル場合
ニ於テ若シ債権者力其届出ヲ撤回シタルトキハ時効ハ中断セサル

モノト看做ス

(原文) 時効因報明破産債権而中断者。若債権人撤回其報明時視為不中断。

一 立法例

獨民第二一四條第二項 『届出ヲ撤回シタルトキハ中断ナカリシモノト看做ス』——(類似の趣旨)
日民第一五二條。

二 日本民法との比較

日民法第一五二條は更に『請求カ却下セラレタルトキ』にも中断の效力を失ふものと規定する。

第三百三十五條

時効力訴訟ノ告知ニ因リテ中断セラレタル場合ニ於
テ若シ訴訟終結後六个月内ニ起訴セサルトキハ時効ハ中断セサル
モノト看做ス

(原文) 時效因告知訴訟而中斷者。若於訴訟終結後六個月內不起訴視為不中斷。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第二一五條第二項『訴訟ノ終結後六個月内ニ請求權ノ履行若クハ確認ニ付キ訴ヲ提起セザリシトキハ中斷ナカリシモノト看做ス。此期間ニ關シテハ第二百三條第二百六條第二百七條ノ規定ヲ準用ス』

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。解釋上同一に解し得るや否やは疑問である。

三 註釋

本條は例へば買主が第三者から目的物の追奪を受ける訴訟に於て、若し買主が賣主を參加せしむべくこれに對して訴訟告知をなすときは(日民法第七六條參照)これによつて買主の賣主に對する擔保請求權(日民法第五六三條參照)の消滅時効は中斷することを定めたものである。従つて買主はこの訴訟に敗訴したる後に於て改めて賣主に對して擔保責任を問ふも、この請求權が該訴訟中に時効消滅

するが如き虞がないから買主にとつて極めて有利である。立法論としては日本民法にもかかる規定を必要とするであらう。

第三百三十六條 時効力執行行為ノ開始ニ因リテ中斷セラレタル場合

ニ於テ若シ權利者ノ申立又ハ法律上ノ要件ノ欠缺ニ因リテ其執行處分ヲ取消シタルトキハ時効ハ中斷セサルモノト看做ス
時効力強制執行ニ因リテ中斷セラレタル場合ニ於テ若シ其申立ヲ取下ケ又ハ其申立力却下セラレタルトキハ時効ハ中斷セサルモノト看做ス

(原文) 時効因開始執行行為而中斷者。若因權利人之聲請、或法律上要件之欠缺、而撤銷其執行處分時、視為不中斷。

時効因強制執行而中斷者。若撤回其聲請、或其聲請被駁回時、視為不中斷。

一 立法例

本條は本法第一二九條第二項第五號に對應するものである。而して兩條は獨民法の規定に倣へるものと思はるるも獨民法の規定は本法と異なる。第二〇九條第二項第五號『執行行爲ノ著手及ヒ強制執行カ裁判所又ハ他ノ官廳ニ指定セラレタル限リニ於テ強制執行ノ申請ヲ爲スコト』第二一六條『執行行爲ノ著手ニ因ル時効ノ中斷ハ執行處分カ權利者ノ申請又ハ法律上ノ要件ノ欠缺ニ因リ取消サレタルトキハ中斷ナカリシモノト看做ス。強制執行ノ申立ノ提起ニ因ル中斷ハ申立カ許サレサルカ又ハ申立カ執行行爲ノ著手前ニ取下ケラレタルカ又ハ實行シタル執行處分カ前項ノ規定ニヨリ取消サレタルトキハ中斷ナカリシモノト看做ス』

二 日本民法との比較

日本民法は執行行爲自體に中斷の效力あるものと規定するに止まる(第一四七條第二號第一五四條)。この規定の解釋として中斷の時期が執行行爲開始の時から又は強制執行申立の時は説が岐れて居る拙著民法總則六一六頁參照)。然し何れにしても獨民法の如く執行行爲の開始による場合と強制執行の申立による場合とを區別することをしなす。

三 批評

本法が『執行行爲』と『強制執行』とを併稱し前者の『開始』後者の『聲請』

に對して一律に中斷の效力を認めることの意味を理解し得ない。蓋し總ての強制執行の申立に中斷の效力を與へる以上強制執行行爲の開始をもつて別箇の中斷事由となすべき餘地がない理である。この不合理はひいて本條第二項をして更に不可解の規定とする。

前掲の獨民法の規定によれば、(1)『執行行爲ノ開始』(die Vorahme einer Vollstreckungshandlung) によつて中斷するを原則とし、(2)『強制執行ノ申立』(die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung)は唯強制執行が裁判所その他の官廳によつて爲さるべき場合(執達吏によつて爲さるる場合を除き)に於てのみ中斷の效力あるものと定めて居る。従つて同第二一六條に於ても兩者を區別してその要件を定める必要を生ずる。

本法が獨民法の右の點を修正したのは如何なる根據によるものであらうか。宜しく本法第一二九條第二項第五號を改めて強制執行の申立に對しては獨民法の如く一定の制限の下にのみ中斷の效力を認むることとなし、本條第二項は『時効因聲請強制執行云々』と改むべきである。但し若し獨民法の右の規定をもつて

煩瑣なりとしこれに従はざらんと欲するときは、強制執行の申立の他に執行行為の開始を規定する必要がないからこれを削除して強制執行の申立のみとなすか、或ひは日本民法の如く執行行為自體に對してのみ中斷の效力を與へて強制執行の申立に對して獨立の地位を與へざるか二者その何れかを採るべきである。

第三百三十七條

時効力中斷セラレタルトキハ中斷事由ノ終了シタル時ヨリ更ニ之ヲ起算ス

起訴ニ因リテ中斷セラレタル時効ハ確定判決ヲ受ケ又ハ其他ノ方法ニ因リ訴訟ノ終結シタル時ヨリ更ニ之ヲ起算ス

(原文)

時効中斷者、自中斷之事由終止時重行起算。

因起訴而中斷之時効、自受確定判決或因其他方法訴訟終結時重行起算。

立法例

(1) 第一項 日民第一五七條第一項

(2) 第二項 日民第一五七條第二項、日民第二一一條第一項

『訴ノ提起ニ因ル中斷ハ訴訟力確定判決又ハ其他ノ方法ニ依リテ終結スルマテ繼續ス』

第三百三十八條

時効ノ中斷ハ當事者、相續人及ヒ讓受人ノ間ニ於テノミ其效力ヲ有ス

(原文)

時効中斷、以當事人繼承人讓受人之間爲限、始有效力。

一 立法例

日民第一四八條

二 日本民法との比較

日本民法は『當事者及ヒ其承繼人』なる文字を用ゐて居る。

三 批評

本法が相續人及び讓受人となすは右の日本民法の規定と範圍を同らする趣旨であらうか。若し讓受人を特定承繼人に限るものとすれば相續人以外の包括承

繼人例へば合併會社の如きは包含せざることになりはしまいか。文字としては承繼人とするを可とすると考へる。

第三百三十九條

時効ノ期間滿了ノ時ニ當リ天災其他避クヘカラサル事變ニ因リ時効ヲ中斷スルコト能ハサルトキハ其妨礙事由ノ消滅シタル時ヨリ起算シテ一个月内ハ時効完成セス

(原文) 時効之期間終止時、因天災或其他不可避之事變致不能中斷其時効者。自其妨礙事由消滅時起、一個月内其時効不完成。

一 立法例

日民第一六一條但書但し期間は三週間(獨民第二〇三條は類似の趣旨なるも立法の主義を異にする)。

二 日本民法との比較

右の如く日本民法と停止期間を異にする。

第四百十條

相續財産ニ屬スル權利又ハ相續財産ニ對スル權利ニ付テハ相續人ノ確定シ管理人ノ選任セラレ又ハ破産ノ宣告アリタル時ヨリ六个月内ハ時効完成セス

(原文) 屬於繼承財産之權利。或對於繼承財産之權利。自繼承人確定、或管理人選定、或破産之宣告時起、六個月内其時効不完成。

一 立法例

日民第一六〇條と同一——(同趣旨) 獨民第二〇七條。

二 日本民法との比較

日本民法は『相續財産ニ關シテハ』と規定するも本條と同意義なること疑がな。

第四百十一條

行爲無能力者又ハ制限行爲能力者ノ權利ニ付キ時効ノ期間滿了前六個月ニ於テ法定代理人ナキトキハ其者力行爲能力

者ト爲リ又ハ其法定代理人カ就職シタル時ヨリ六个月内ハ時効完成セス

(原文) 無行為能力人或限制行為能力人之權利、於時効期間終止前六個月内若無法定代理人者、自其成爲行為能力人或其法定代理人就職時起六個月内其時効不完成。

立法例

日民第一五八條——(同趣旨) 獨民法第二〇六條。

第四百二十二條

行為無能力者又ハ制限行為能力者ノ其法定代理人ニ對スル權利ニ付テハ代理關係消滅後一年内ハ時効完成セス

(原文) 無行為能力人或限制行為能力人對於其法定代理人之權利。於代理關係消滅後一年內其時効不完成。

一 立法例

(類似の趣旨) 日民第一五九條第一項

二 日本民法との比較

日本民法は本條と(1)期間を異にし(六個月)且(2)本條が『代理關係ノ消滅後』と定むるに對して『其者カ能力者ト爲リ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ』と定む。

三 批評

本條は日本民法に倣へるものなること明かである。(獨民法第二〇四條後段、瑞債務法第一三四條第一項第一號、第二號は類似の規定であるが制度の構成を異にする)。然るに本條が日本民法の規定を修正して『代理關係消滅後』となせる理由如何。同一の意義を簡明に表はさんとするにあれば誤謬であらう。蓋し本法の規定の如くんば例へば行為無能力者の債權につき十六年時効期間進行したる後法定代理人死亡して後任の法定代理人の就職なき間に更に一年以上経過するときは時効は完成するの他ないであらう(この場合前條の適用の餘地がない)。立法者はかかる結果を豫期するのであらうか。日本民法の如く改むるを可とすると考へる。

百四十三條 夫ノ妻ニ對シ又ハ妻ノ夫ニ對スル權利ニ付テハ婚姻關係消滅後一年內ハ時効完成セス

(原文) 夫對於妻或妻對於夫之權利。於婚姻關係消滅後一年內其時効不完成。

一 立法例

(類似の趣旨) 日民第一五九條第二項但し本條前半(夫の權利につき)はこれを認めない。獨民第二〇四條前段、瑞債第一三四條第一項第三號は夫婦間の權利について規定すること本條と同一であるが、その主義を異にし婚姻繼續中は時効は全然進行せざるものとなす。

二 日本民法との比較

日本民法に於ては夫の妻に對する權利については時効の停止を認めない。

第四百四十四條 時効力完成シタル後ハ債務者ハ給付ヲ拒絶スルコトヲ得

請求權力已ニ時効ニ因リテ消滅シタル後債務者カ履行ノ爲メニ給

付ヲ爲シタルトキハ時効ヲ知ラサリシコトヲ理由トシテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ス契約ヲ以テ其債務ヲ承認シ又ハ擔保ヲ提供シタルトキ亦同シ

(原文) 時効完成後、債務人得拒絶給付。

請求權已經時効消滅、債務人仍爲履行之給付者。不得以不知時効爲理由、請求返還。其以契約承認該債務或提出擔保者亦同。

一 立法例

獨民第二二二條 『消滅時効ノ完成後ハ義務者ハ給付ヲ拒絶スル權利ヲ有ス。時効ニ因リテ消滅シタル請求權ノ履行ノ爲メニ爲シタル給付ハ消滅時効ヲ知ラスシテ之ヲ爲シタルトキト雖モ其返還ヲ請求スルコトヲ得ス。債務者ノ契約上ノ承認或ハ擔保ノ供與ニ付キ亦同シ』

二 日本民法との比較

(1) 日本民法は時効によつて債權消滅すとなす(第一六七條以下)から給付を拒絶し得ること當然である。

(2) 第二項は日本民法に規定なく解釋上多少争あるも判例及び多數説は債務者に於て時効完成を知らざりしことの舉證をなして給付の返還を請求し得るものとなす(拙著民法總則六〇四頁以下參照)。従つて本法が絶対に返還請求を許さざると結果を異にする。契約による承認及び擔保の提供についても同様である。

(3) 尙ほ本法は消滅時効の效力について獨民法の主義を踏襲して抗辯權の發生となせる結果、日本民法の如く消滅時効の效果として權利自體の消滅を生ずるものとなすとは理論上大いに異なることになる。然し日本民法に於ても權利消滅の效果は當事者の援用なくしては裁判の基礎となし得ざるものであるから(第一四五條)本條第二項の規定の結果を除いては、兩主義の間に實際上の差異を生ずることは殆んどないと思はるる。

三 批評

本條の規定を設くる以上第一二五條乃至第一二七條の規定に於て『請求權……消滅』と規定することの不可なることは既に述べた(第一二五條批評參照)。同様に本條第二項も獨民法の如く『時効ニ罹リタル後』とするか又は第一項の

如く『時効完成後』となすべきである。

第四百五條

抵當權、質權又ハ留置權ヲ以テ擔保セラレタル請求

權カ時効ニ因リテ消滅シタルトキト雖モ債權者ハ其抵當物、質物

又ハ留置物ニ付テ辨濟ヲ受クルコトヲ得

前項ノ規定ハ利息其他定期給付ノ各期給付請求權カ時効ニ因リテ

消滅シタル場合ニ於テ之ヲ適用セス

(原文)

以抵押權質權或留置權擔保之請求權雖經時効消滅債權人仍得就其抵押物質物或留置物取償。

前項規定、於利息及其他定期給付之各期給付請求權經時効消滅者不適用之。

一 立法例

(1) 第一項 獨民第二二三條第一項(但し留置權を除く)『抵當權又ハ質權ノ存スル請求權ノ消滅時効ハ權利者カ擔保ノ目的ニ付キ辨濟ヲ求ムレコトヲ妨ケス』

(2) 第二項 獨民第二二三條第三項『前二項ノ規定ハ利息其他定期給付ノ延滞額ニ對スル請

第六章 消滅時効

二 日本民法との比較

(1) 日本民法には本條に該當する規定がない。従つて本條第一項と同一の結果を認むることを得ない。日本民法に依れば、債權が時効消滅する場合には擔保物權は所謂附從性によつて常に消滅する。而して留置權者の目的物を留置すること及び質權者の目的物を占有することは共に債權の消滅時効の進行を妨げないから(第三〇〇條第三五〇條)留置權者又は質權者が目的物を占有するも債權は時効によつて消滅することを防止し得ない。又抵當權は一定の者に對しては債權と同時にのみ時効消滅するも(第三九六條)抵當權の存在が債權の時効消滅を妨ぐるものに非ることは勿論である。従つて結局擔保物權の附從性を制限する本條の第一項の如き結果はこれを認むることを得ない。

(2) 第二項は擔保物權の附從性の原則に適するものであるから日本民法に於てこれと同一の結果となること勿論である。

第四百四十六條 主タル權利カ時効ニ因リテ消滅シタルトキハ其效力

ハ從タル權利ニ及フ但法律ニ特別ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス

(原文) 主權利因時効消滅者。其效力及於從權利。但法律有特別規定者不在此限。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第二二四條 『主タル請求權ニ附隨スル從タル給付ニ對スル請求權ハ之ニ適用スヘキ特別時効カ未タ完成セサルトキト雖モ主タル請求權ト共ニ時効ニ因リテ消滅ス』、瑞債第一三三條 『主タル請求ト同時ニ之ヨリ生スル利息其他ノ從タル請求モ消滅ス』

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が、從たる權利の性質と第一四四條の規定(時効の遡及效)とにより同一の結果となる。

第四百四十七條 時効ノ期間ハ法律行爲ヲ以テ之ヲ延長シ又ハ短縮ス

ルコトヲ得ス且時効ノ利益ハ豫メ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス

(原文) 時効期間不得以法律行爲加長或減短之。並不得預先拋棄時効之利益。

一 立法例

- (1) 延長し得ずとなすものは獨民第二二五條前段。
 (2) 豫め拋棄し得ずとなすものは日民第一四六條獨民第二二五條前段、瑞債第一四一條第一項。
 (3) 短縮することについては瑞債第一二九條は本條と同様にこれを許さざるも獨民第二二五條後段は反對に明文をもつてこれを許し、日本民法には明文を缺く。

二 日本民法との比較

日本民法上時効期間を延長することを得ざることは解釋上疑なしとせらるるも、短縮することは獨民法と同様にこれを認むること學說判例の一致する所である。

三 批評

瑞債務法が當事者の意思を以て變更(即ち延長のみならず短縮をも)許さざる理由は、時効の公益制度たるに基くとせらるる。而してこの點に於て獨民法等の立法例に優るものなりと稱する學者がある(Oser, K.cmm., S. 373)。本條の立法理由も

恐くは右と同様であらう。然し、債權の消滅時効に於ては債務者保護の趣旨が強いのみならず、當事者は債權の終期を定むることによつて容易に時効期間短縮と同一の結果を企圖し得るから、時効期間の短縮を禁ずる立法例が果して優れるものなりやは遽に決し得ざるものと考へる。

第七章 権利の行使 (権利之行使)

本章は『権利之行使』と題して、(1)権利濫用の禁止(第一四八條)、(2)正當防衛緊急避難(第一四九條第一五〇條及び(3)自助(第一五一條第一五二條)に關する規定を收めて居る。民法總則の末尾にかかる一章を設けることは獨民法の主義であつて日本民法になきことである。

第四百四十八條 權利ノ行使ハ他人ニ損害ヲ與フルコトヲ以テ主要ノ目的ト爲スコトヲ得ス

(原文) 權利之行使不得以損害他人爲主要目的。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第二二六條(但し唯一の目的となす)、『他人ニ損害ヲ加フルコトノミヲ目的ト爲ス』

コトヲ得ル權利ノ行使ハ之ヲ許サス』瑞民第二條『自己ノ權利ヲ行使シ及ヒ自己ノ義務ヲ履行スルニ當リテハ誠實及ヒ信義ニ從ツテ行爲セサルヘカラス。權利ノ明白ナル濫用ハ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス』

二 日本民法との比較

日本民法には本條に該當する規定を缺く。然れども近時の學說判例は法律の根本理念に基き所謂權利の濫用を禁ずることに於て獨瑞兩民法に於けると何等異なる所がない。従つて本法とも結局同一に歸する。

前註 正當防衛・緊急避難

第一四九條第一五〇條は正當防衛及び緊急避難に關する。左に日、獨、瑞三民法と本法に於けるこの制度の範圍を對比する。

(日民法)

(獨民法)

(瑞債法)

(本法)

一 甲の不法侵害行爲に對して

- (1) 甲に對する反撃……正當防衛(七二〇條一項本文)……同(二二七條)……同(五二條一項)……同(一四九條本文)
- (2) 第三者乙に對する加害……明文肯(七二〇條一項但書)……解釋上否定……明文上否定(五二條一項)……疑問

二 甲の物より生じたる危難につき

- (1) 甲のその物の毀損 …… 緊急避難(七二〇條二項) …… 同 (二二八條) …… 裁判官の裁量によつて賠償(五二二條二項) …… 常に緊急避難となる(二五〇條)
- (2) 甲のその他の物又は第三者乙の物の毀損 …… 明文上否定(七二〇條二項) …… 同 (二二八條) ……

第四百十九條 現在ノ不法ナル侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メニ爲シタル行爲ニ付テハ損害賠償ノ責ヲ負フコトナシ但必要ノ程度ヲ逾ヘタルトキハ仍ホ相當ノ賠償ノ責ヲ負フコトヲ要ス

(原文) 對於現時不法之侵害爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲、不負損害賠償之責。但已逾越必要程度者。仍應負相當賠償之責。

一 立法例

(同趣旨) 獨民第二二七條 『正當防衛ニ因リ爲サレタル行爲ハ之ヲ不法トセス。正當防衛トハ自己又ハ第三者ヲシテ現在ノ不法ナル侵害ヲ免レシムル爲メニ必要ナル防衛ヲ謂フ』、日民第七

二〇條第一項前段(本條但書は日獨兩民法になし)。

二 日本民法との比較

- (1) 本條の但書の規定は日本民法にはないが解釋上同一の結果となるであらう。
- (2) 問題となるは例へば甲の不法なる侵害行爲を避くる爲め乙の所有物を破壊するが如き行爲は正當防衛となるや否や、換言すれば正當防衛は不法なる行爲に對する反撃に限るや或は不法なる行爲につき反撃のみならず第三者に加害することをも含むやの點である。

日本民法に於ては第七二〇條第一項但書の規定から當然かかる場合をも正當防衛と解すべきものである。然し獨民法にはかかる規定なきのみならず、同法第九〇四條は『物ノ所有者ハ其物ニ對スル他人ノ干涉カ現在ノ危険ヲ防止スルニ必要ニシテ且其切迫セル損害カ干涉ニヨリ所有者ニ生スル損害ヨリ大ナルトキハ其干涉ヲ禁止スル權利ヲ有セス。此場合ニ於テ干涉ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得』と規定する結果、一般に問題の如き場合を正當防衛の

觀念中に入れず、防衛者は損害賠償の義務を負ふものとせらるる(Staudinger, Komm., S. 758 u. dort Zitierte)。正當防衛の沿革より見るときは獨民法の態度を至當となすべきであらう。本法に於ても本條の解釋としてその母法たる獨民法の沿革的解釋に従ふを妥當とするのみならず、本法は次條の緊急避難に於て後述の如く他の立法例と異り所謂 aggressive Notstandshandlung を緊急避難中に包含せしめて居るか(次條參照)問題の如き場合には正當防衛成立せずとするも次條の要件の下に緊急避難の成立する場合が多い。従つて問題の場合には日本民法と異り正當防衛成立せずと解すべきである。

(3) 右の場合に正當防衛成立せずと解するときは——緊急避難とならざる限り——防衛者に於て損害賠償をなすべきこと勿論であるが、不法侵害者自身も亦一般の要件に従ひ(殊に因果關係の認めらるる限り)賠償義務を負ふことになるであらう。従つて日民法第七二〇條第一項但書の結果は本法に於てもほぼ同一に認め得るであらう。獨民法の解釋に於ても一般にかくの如く解釋せられて居る(Staudinger, Komm., S. 758)。

第五百十條

自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産上ノ急迫ノ危険ヲ避クル爲メニ爲シタル行爲ニ付テハ損害賠償ノ責ヲ負フコトナシ但危険ヲ避クルニ必要ニシテ且其危険ヨリ生シ得ル損害ノ程度ヲ逾ヘサル場合ニ限ル

前項ノ場合ニ於テ其危険ノ發生ニ付キ行爲者力責任ヲ有スルモノナルトキハ損害賠償ノ責ヲ負フコトヲ要ス

(原文)

因避免自己或他人生命身體自由或財産上急迫之危險所爲之行爲。不負損害賠償之責。但以避免危險所必要、並未逾越危險所能致之損害程度者爲限。前項情形、其危險之發生如行爲人有責任者、應負損害賠償之責。

一 立法例

(1) 第一項 本條が所謂 aggressive Notstandshandlung (甲の所有物より生ずる危難を避くる爲めに乙の所有物を毀損するが如き)を緊急避難の中に入れたることは著しき特色である。立法例として

第七章 権利の行使

は、

(イ) 瑞債第五二條第二項は最もこれに近い。然し aggressive Notstandshandlung を除外せざる點は本條と同様なるも、その結果は一般に違法性を阻却するに非ずして唯裁判官がその裁量により相當の賠償を命ずるものとせらるる。即ち曰く『自己若クハ他人ノ急迫ナル損害又ハ危険ヲ避クルカ爲メニ他人ノ財産ニ危害ヲ加ヘタル者ハ裁判官ノ裁量ニ從ヒ損害ヲ賠償スヘシ』。

(ロ) 獨民法第二二八條前段は aggressive Notstands anhang を排斥する。尤も同法第九〇四條が物の所有權者は他人の aggressive Notstandshandlung そのものを阻止する權能なきものとなす點は多少本條に近きも、この場合にも所有權者は損害賠償請求權を與へらるるが故に本條と全くその結果を異にする。(第二二八條前段『自己又ハ第三者ヲシテ他人ノ物ヨリ生スル急迫ノ危険ヲ免レシムル爲メ其物ヲ毀損又ハ破壊スルモ其毀損又ハ破壊カ危険ノ防止ニ必要ニシテ且其損害カ危険ニ對シ不相當ナラサルトキハ之ヲ不法トスルコトナシ』第九〇四條『物ノ所有者ハ其物ニ對スル他人ノ干渉カ現在ノ危険ヲ防止スルニ必要ニシテ且其切迫セル損害カ干渉ニヨリ所有者ニ生スル損害ヨリ大ナルトキハ其干渉ヲ禁止スル權利ヲ有セス。此場合ニ於テ所有者ハ干渉ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得』)。

(ハ) 日民第七二〇條第二項は獨民法第二二八條に同じ。

尙ほ本條は防衛せらるる法益を列擧するも、これを列擧せざる法制日民第七二〇條第二項獨民法第二二八條瑞債第五二條第二項と實際上に於てさまで異なることなきものと思ふ。

(2) 第二項 獨民法第二二八條後段

二 日本民法との比較

(1) 第一項 前段に述べた所によつて明かなるが如く、aggressive Notstandshandlung は本法によつて緊急避難とせらるるも日本民法に於ては緊急避難とはならなす。

(2) 第二項 は日本民法になきも解釋上ほぼ同一に歸するであらう。

三 批評

aggressive Notstandshandlung に對して一樣に賠償義務なしとなすことは必ずしも不當とは謂ひ得ないであらうが、その要件の認定に當つては裁判官の特に慎重なることを要する。然らざれば、緊急避難行爲によつて第三者の蒙る損害のみ不當に重大となり、公平なる損害分擔の理想に悖ることとなるであらう。理想としては瑞債務法の規定を最も優れたものと考へる。

第百五十一條

自己ノ權利ヲ保護スル爲メ他人ノ自由又ハ財産ヲ拘

束、押收又ハ毀損シタルトキハ損害賠償ノ責ヲ負フコトナシ但官

署ノ援助ヲ受クルノ暇ナク且其時ニ於テ之ヲ爲スニ非サレハ請求
權ヲ實行スルコトヲ得サルカ又ハ其實行カ顯カニ困難ナル場合ニ
限ル

(原文) 爲保護自己權利對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損者不負損害賠
償之責。但以不及受官署援助並非於其時爲之則請求權不得實行或其實行
顯有困難者爲限。

本條は次條と共に所謂『自助』に關する規定であるから便宜上兩條を一括し
て次條に説明する。

第五百五十二條 前條ノ規定ニ依リテ他人ノ自由ヲ拘束シ又ハ他人ノ
財産ヲ押收シタルトキハ即時ニ官署ニ對シ援助ヲ申請スルコトヲ
要ス

前項ノ申請力却下セラレ又ハ其申請力遲延シタルトキハ行爲者ハ
損害賠償ノ責ヲ負フコトヲ要ス

(原文) 依前條之規定拘束他人自由或押收他人財產者。須即時向官署聲請援助。
前項聲請被駁回或其聲請遲延者。行爲人應負損害賠償之責。

一 立法例

獨民第二二九條 『自助ノ目的ヲ以テ物ヲ收去破壞又ハ毀損シタル者若クハ逃走ノ疑アル義務
者ヲ檢束シタル者又ハ忍容ノ義務アル行爲ニ對スル義務者ノ抵抗ヲ除去シタル者ノ加害行爲ハ
適當ノ時期ニ官ノ救助ヲ求ムルコトヲ得ス且即時ニ之ヲ爲スニ非サレハ請求權ノ實現ヲ不能又
ハ著シク困難ナラシムル虞アル場合ニ於テハ之ヲ不法トスルコトナシ』

同第二三〇條 『自助ハ危險ノ防止ニ必要ナル限度ヲ超ユルコトヲ得ス。物ノ收去ノ場合ニ於
テハ強制執行ヲ爲ササル限リ物的假差押ヲ申請スルコトヲ要ス。義務者ノ檢束ノ場合ニ於テハ
再ヒ之ヲ釋放セサル限リ檢束アリタル地ノ區裁判所ニ人的保全假差押ヲ申請スルコトヲ要ス又
義務者ハ遲滞ナク之ヲ裁判所ニ引渡スコトヲ要ス。假差押ノ申請力遲延シ又ハ却下セラレタル
トキハ遲滞ナク收去物ヲ返還シ被檢束者ヲ釋放スルコトヲ要ス』

同第二三一條 『違法性ヲ阻却スルニ必要ナル條件アリト誤認シテ第二百二十九條ニ掲ケタル
第七章 權利の行使
二六五

行爲ヲ爲シタル者ハ其錯誤カ過失ニ基カザルトキト雖モ相手方ニ對シ損害賠償ノ義務ヲ負フ』
 尙ほ右の第二三〇條に所謂物的假差押 (In solido Arrest) 及び人的保全假差押 (personliche Sicherstellung)
 に關する獨民事訴訟法の規定は左の如くである。

獨民事第九一七條 『物件ノ假差押ハ之ヲ爲ササレハ判決ノ執行ヲ爲ス能ハス又ハ其執行ヲ爲
 スニ著シキ困難ヲ生スル虞アルトキ之ヲ許ス。外國ニ於テ判決ヲ執行スルコトヲ要スルトキハ
 假差押ノ充分ナル理由アリト看做ス』

同第九一八條 『人的保全假差押ハ債務者ノ財産ニ對スル強制執行ノ危険アル場合ニ於テ之ヲ
 保全スル爲メ必要ナルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得』

二 日本民法との比較

日本民法には自助に關する規定がない。殊に民事訴訟法に於ても右に掲げた
 る獨民事訴訟法の人的保全假差押の制度を認めて居らない。従つて日本民法の
 下に於ては獨民法及び本法の如く廣汎なる自助行爲はこれを認めることを得な
 いであらう。勿論急迫の場合に於て權利保護の必要上爲す行爲は公の秩序善良
 の風俗に反せざる限り不法行爲としての違法性を阻却することは日本民法の下
 に於てもこれを認むべきものである。然しその範圍は本法に於ける程廣くはな

るまいと思はれる。

三 註釋

本法の規定は獨民法のそれに比して著しく簡單であるからその解釋に當つて
 は相當に疑問を生ずることと思はれる。左に獨民法の規定と對比して少しく詳
 細に説明する。

(1) 要件

A 官署の援助を得る暇なき急迫の場合たることを要するは兩法同一——自助
 の制度は寧ろ法治國の例外的制度と見るべきものであるから、各場合に當つてこ
 の要件を慎重に決定して、苟くも個人の自由を不當に侵害することなきを期すべ
 きである。

B 自助は自己の權利保護の爲めに爲さるべきであることも兩法同一(獨民法の
 明文上この點は必ずしも明瞭ではないが、學者は一般に之を認めて居る。例へば
 Oertmann, Komm., S. 804. 参照。權利の種類はこれを問はないが、自助として許さ
 るる行爲の種類から自ら一定の制限を受くることとなるであらう。

尙ほ右の他次段からも一定の要件が附加せらるる。

(2) 許さるる行爲

A 物に對する自助

(イ) 本法は『押收、毀損』を許し、獨民法は『押收、破壊、毀損』(wegnimmt, zerstört oder beschädigt)を許すも範圍を異にするものではあるまい。

(ロ) 獨民法に於ては自助者の權利に對する義務者の所有物に限ると解するの
が通説である Staudinger, Ko. nm., S. 765, 4 a 参照)。本法に於ては『他人』と規定し
て居るので不明であるが、權利を保護する爲めなる要件から見ても同様に解すべき
ものと考へる。

(ハ) 『押收』は當該の物に對する請求權を保護する場合に限らず金錢債權の保
全の爲めにも許さるべきこと勿論である。但しこの場合にはその物は民事訴訟
法上差押禁止のものに非ざることを要すると解すべきである。

B 人に對する自助

本法は『自由』を『拘束』すると規定するに止まるも獨民法は左の如く場合

を分けて居る。

(イ) 義務者の檢束 (Festnahme des Verpflichteten) は逃亡の虞ある場合に限る。従
つて無錢飲食者の如きはその適例であるが、所在をくらまさんとする債務者に
對してもこれを爲し得る。然しストライキをなす労働者を働かしむる爲めに
檢束するが如きは許されない。

(ロ) 抵抗の除去 (Beseitigung des Widerstandes) は忍容の義務ある者がこれに違
反するときに限る。従つて通行せしむべき義務あるに拘らず妨害する土地所
有者家屋に引移らしむべき義務あるに拘らず妨害する家屋所有者等に對して
はこの種の自助行爲を爲し得るも、工場を濫りに退去する労働者を監禁するが
如きは許されない。

惟ふに獨民法の右の規定は現代に於ける自助行爲の制度の意義から見て大綱
を定むるに極めて適當なものである。本法は單に權利保護に必要な自由の拘
束といふもその具體的の適用に當つては大體に於て獨民法の規定に準據して決
すべきものと考へる。

(3) 自助行為後の處置

獨民法のこの點に關する規定も左の如く極めて詳細である。

(イ) 物の破壊、毀損の場合には自助行為者に於て別に處置すべき必要なきは勿論である。

(ロ) 物の收去の場合には強制執行をなさざる限り物的假差押をなすべきである(但しその物の引渡を請求する權利について自助を爲せるときはその必要なきこと勿論である)。

(ハ) 義務者の檢束の場合には再び釋放するか、然らざれば人的保全假差押を申請し且遲滞なく義務者を裁判所に引渡すべきである。

本法はこれに對して『即時向主管官署聲請援助』といふのみで、如何なる官署に對して如何なる處置をなすべきかを規定して居らない。民事訴訟法に於て前掲せる獨民事訴訟法の規定の如きものを設けてこれに備ふべきである。但し現在に於ては自由の拘束の場合には彼の『管收民事被告人規則』によつて管收を申請すべきこととなるであらう。左に參考の爲めにこの規則の梗概を記するこ

の法律は民國七年に『拘押民事被告人暫行規則』として制定實施せられたものを同十七年に修正して制定せるものである。

一、民事被告人ニシテ左ニ該當スル者カ相當ノ保證ヲ提交セサルトキハ之ヲ管收ス

(イ) 逃亡ノ虞アル者

(ロ) 刑事犯タルノ嫌疑アル者

(ハ) 右(イ)又(ロ)ニ該當スル者ノ保證タリシ者カ死亡シ又ハ保證ヲ辭退シタル場合ニ於テ別ニ保證ヲ提交スルコト能ハサル者

(ニ) 判決確定ノ後顯ニ債務履行ノ可能ナルニ拘ラス其判決ニ從テ履行ヲ爲ササル者

二、被告人ヲ管收セントスルトキハ管收票ニ依ルヘク管收票ニハ當該裁判所ノ官印ヲ用ヒ被告人ノ氏名管收ノ理由、裁判所ニ出廷スヘキ時日及ヒ管收票發行ノ年月日等ヲ記載スヘキコト

三、管收ノ理由ノ適當ナリヤ否ヤハ當該裁判所ニ於テ隨時之ヲ考査糾正スヘキコト

(4) 自助行為者の責任

A 自助の要件存在せざるに拘らずこれありと誤信して自助行為をなした者は獨民法上無過失賠償責任を認めらるる。本法が官署に對する申請の却下せられたる場合に損害賠償責任ありと定むるは果して無過失責任を認める趣旨なり

や否やは稍不明であるが、制度の目的から見て右と同一の内容を規定するものと解すべきであると考へる。従つて又單なる手續上の瑕疵による申請の却下の場合にはこの責任はないと解すべきである。

B 官署に對する援助の申請の遅延せる場合には、自助の要件の存在せる場合にも猶ほ賠償責任あることは、本法の明文上明かである。而してこの場合の責任も右と同様無過失責任と解する。獨民法の下に於ては遲滞なく申請すべき義務(第二三〇條第四項)の違反として一般の原則に従つて責任を認めらるる(Oertmann, Komm., S. 808, 參照)。

C 申請の却下せられた場合には、獨民法上遲滞なく義務者を釋放すべきものと定めらるるから、これに違反するときは前段と同一の責任を生ずる(Oertmann, a. O. 參照)。本法にはこの點に關する規定を缺くも寧ろ當然のこととして獨民法と同様に解すべきものと考へる。

四 批評

自助の制度は前に一言せる如く法治國に於ては寧ろ一の例外的制度と見るべ

きである。勿論法治狀態の如何によつては實際上重要な作用をなす制度たることは疑なき所であつて、民國の如く新法律制度創設の秋に當りしかも廣漠たる領土を有する國に於てはこの制度の實益は極めて大なるものと察せらるる。然しこの制度の濫用を生ぜんか個人の正當なる自由の保障は得て望むべきではない。民國の當路者は宜しく、第一に民事訴訟法上の保全處分の制度を完備して自助を必要とする場合を減少し、第二に裁判制度を充實してこの制度の具體的適用をして正鵠を得せしめ、第三に國內の一般的法律制度を整序し、以て自助の制度をして眞實に例外的規定たらしむることを期すべきである。重ねて謂ふ。自助の制度は法治國の實備はつてはじめて文明國の制度たり得る。法治國の實備はらざる自助は法律秩序の崩壞である。

民法總則施行法

第一條 民事關係ニシテ民法總則施行前ニ發生シタルモノニ付テハ
本施行法ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外民法總則ノ規定ヲ適用
セス

(原文) 民事在民法總則施行前發生者除本施行法有特別規定外不適用民法總則之
規定

立法例

日民施第一條

第二條 外國人ハ法令ノ制限内ニ於テ權利能力ヲ有ス

(原文) 外國人於法令限制内有權利能力

民法總則施行法

一 立法例

二七六

日民第二條——獨、瑞兩民法に於ては明文なきも解釋上寧ろ自明の理とせらるる。

二 日本民法との比較

本條は日本民法の如く條約に依る制限を掲げざるも當然のこととして之を認め趣旨であらう。

第三條 民法總則第八條、第九條及ヒ第十一條ノ規定ハ民法總則施行前ニ失踪シタル者ニモ亦之ヲ適用ス

民法總則施行前既ニ民法總則第八條ニ定ムル失踪期間ヲ經過シタル者ニ付テハ直チニ死亡ノ宣告ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ民法總則施行ノ日ヲ以テ失踪者ノ死亡シタル時ト爲スコトヲ要ス

(原文) 民法總則第八條第九條及第十一條之規定於民法總則施行前失踪者亦適用之

民法總則施行前已經過民法總則第八條所定失踪期間者得即爲死亡之宣告

並應以民法總則施行之日爲失踪人死亡之時

立法例

日民施第一八條

第四條 民法總則施行前ニ民法總則第十四條ニ定ムル原因アリテ官署ニ登録ノ申請ヲ爲シタル場合ニ於テ民法總則施行後三個月内ニ裁判所ニ對シテ禁治産ノ宣告ヲ申請シタルトキハ登録ノ日ヨリ禁治産者タリシモノト看做ス

(原文) 民法總則施行前有民法總則第十四條所定之原因經聲請官署立案者如於民法總則施行後三個月内向法院聲請宣告禁治産者自立案之日起視爲禁治産人

第五條 民法總則ノ規定ニ依リ法人ノ設立ニ付キ許可ヲ要スル場合ニ於テ民法總則施行前ニ主管官廳ノ許可ヲ得タルトキハ民法總則

民法總則施行法

二七七

施行後三個月内ニ登記ヲ申請シテ法人ト爲スコトヲ得

(原文) 依民法總則之規定設立法人須經許可者如在民法總則施行前已得主管官署之許可得於民法總則施行後三個月内聲請登記爲法人

註釋

本條は施行前に主管官署の許可を得たるに止まる場合の經過規定であつて、施行前に既に法人として設立せられたるものについては次條以下の規定が適用せらるる。

第六條

民法總則施行前ヨリ財團又ハ公益ヲ目的トスル社團ノ性質ヲ有シ且獨立ノ財産ヲ有スルモノハ之ヲ法人ト看做ス其代表者ハ民法總則第四十七條又ハ第六十條ノ規定ニ依リ書面ヲ作成シ民法總則施行後六個月内ニ主管官署ノ審査ヲ申請スルコトヲ要ス前項ノ書面ニ記載サレタル事項ニ對シ主管官署ニ於テ法令ニ違背

シ又ハ公益上ノ必要アリト認めタルトキハ其變更ヲ命スルコトヲ要ス

第一項ノ規定ニ依リテ査定ヲ經タル書面ハ定款又ハ寄附行爲ト同一ノ效力ヲ有ス

(原文) 民法總則施行前具有財團及以公益爲目的社團之性質而有獨立財產者視爲法人其代表人應依民法總則第四十七條或第六十條之規定作成書狀自民法總則施行後六個月内呈請主管官署審核前項書狀所記載之事項若主管官署認其有違背法令或爲公益上之必要應命其變更
依第一項規定經核定之書狀與章程有同一效力

註釋

本法は施行前に於て既に法人としての存在を有するものは悉くこれを法人と認め、唯施行後の活動について民法の規定に従はしむる主義を採る。即ち――

(1) 既存法人の代表者は民法の定款又は寄附行爲に該當する書面を作成して
民法總則施行法

審査を申請すべく、官署はこれに對して變更權を有する(第六條第一項第二項)。

(2) 右の書面が査定を得れば、定款寄附行爲と同一の效力を有す(第六條第三項)。

(3) 然る後に登記を要す(第七條)。

(4) 財産目録・社員名簿の備付を要す(第八條)。

第七條

前條ノ規定ニ依リ主管官署ノ査定ヲ經タルトキハ其法人ノ代表者ハ査定後二十日內ニ民法總則第四十八條又ハ第六十一條ノ規定ニ依リ登記ノ申請ヲ爲スコトヲ要ス

(原文) 依前條規定經主管官署核定者其法人之代表人應於核定後二十日內依民法總則第四十八條或第六十一條之規定聲請登記

第六條の註釋參照。

第八條

第六條ニ定ムル法人力未タ財産目録又ハ社員名簿ヲ備ヘ置

カサリシトキハ民法總則施行後速力ニ之ヲ調製スルコトヲ要ス

(原文) 第六條所定之法人如未備置財産目録社員名簿者應於民法總則施行後速行編造

第六條の註釋參照。

第九條

第六條乃至第八條ノ規定ハ祠堂、寺廟及ヒ家族ノ扶養ヲ目的トスル獨立ノ財産ニハ之ヲ適用セス

(原文) 第六條至第八條之規定於祠堂寺廟及以養贍家族爲目的之獨立財産不適用之

立法例

日民施第二八條は祠堂・寺廟につき同一の規定。

第十條

民法總則ノ規定ニ依ル法人ノ登記ニ付テハ其主管官署ハ其

民法總則施行法

法人ノ事務所所在地ノ裁判所トス
裁判所ハ既ニ登記シタル事項ニ付キ速ニ之ヲ公告シ且第三者ニ對
シテ抄録又ハ閱覽ヲ許スコトヲ要ス

(原文) 依民法總則規定法人之登記其主管官署爲該法人事務所所在地之法院
法院對於已登記之事項應速行公布並許第三人抄錄或閱覽

前註 外國法人

第一一條乃至第一五條は外國法人に關するものであるが疑問の餘地多き規定である。左にこれを一括して説明する。

一 本法の内容

(1) 外國法人が民國に於て法人として認めらるる爲めには認許を要する。而して法人の認許は専ら法律の規定に依ると定めらるるのみ(第一一條)であるから如何なる法人が如何なる標準によつて認めらるるかは民法の規定からは全く不明である。而して未だこの點に關する特別法の制定を見ない。

(2) 認許を受けた法人の活動に當つては左の場合を區別することを要する。

A 中國に事務所を設けざる場合には登記その他何等の要件を必要としない。

B 中國に事務所を設けんとするときは更に左の要件に従ふことを要する。これ蓋し施行法第一三條による民法の規定の準用より生ずる結果である。然しこれについては疑義が甚だ多い。

(イ) 公益社團及び財團は先づ官署の許可を要す(民法第四六條及び第五九條の準用)。——法律によつて認許せられたものが更に許可を要するとは重複ではあるまいか。

(ロ) 營利社團は特別法(公司法)の規定によつて法人格を取得し得る(第四五條の準用)。——法律によつて認許せられたものが更に民國法に従つて法人格を取得するとは如何なる觀念であらうか。

(ハ) 更に總ての法人は登記を以て成立要件となし、その登記事項は民國法人に於けると同様である(第三〇條、第四八條及び第六一條の準用)。而して登記後に於て登記事項に變更を生じたときはその變更登記を爲すに非れば第三者に

對抗し得ない(第三一條準用)。——成立を認許せられたものが登記を以て成立要件となすことも理解し難き觀念である。

(3) 認許を受けたる法人の能力と義務

法令の制限内に於て同種類の民國法人と同一の権利能力を有し且同一の義務を負ふ。このことは事務所を設けたると否とを問はない(第一二條第一三條)。事務所を設けた法人の目的又は行爲が法律又は公序良俗に違反するときは認許を取消さる(第一四條)。

(4) 認許を受けざる法人

認許を受けざる法人が事實上法人の名義をもつて法律行爲をなすときは法人自身と行爲者個人とは連帶責任を負ふ(第一五條)。

二 批評

民國の如く既に多數の外國法人殊に外國會社が多年條約により又は事實上活動することを認められ來つた土地に於て、總ての法人の認許を悉く特別の法律に依らしめ、條約によることをも禁じ且民國法人と同一の登記(従つて同一の組織)を

必要となすことは餘りに急激な改革であつて民國自身の産業の發達の上から見ても決して得策ではあるまい。殊に認許の爲めに特別法を必要とするものと規定し、しかも今日まで何等これに關する法律を制定せざるが如きは、多年外國法人として活動したものに對して一舉にその法人格を奪ふのみならず、法人格を認許せらるる途をも絶對に閉塞するものであつて、暴に近き舉と稱すべきではあるまいか。事は主として外國會社に關して生ずるものであるから、既存の條約の效力等につき如何に解釋すべきかは茲に詳論することを避くるも、少くとも何等かの過渡的取扱を明瞭にすべき立法をなすことを切望する。予は民國當路者が理想を追ふて邁進する心事には對しては同情を惜まざるものであるが、國際的取引を破壊して信を内外に失ふことは大局から見決して賢明なる態度に非るべきを信じて疑はない。

第十一條 外國法人ハ法律ノ規定ニ依ルヲ除ク外其成立ヲ認許セス

(原文) 外國法人除依法律規定外不認許其成立

本條の前註參照。

二八六

第十二條 認許ヲ經タル外國法人ハ法令ノ制限内ニ於テ同種類ノ中國法人ト同一ノ權利能力ヲ有ス
前項ノ外國法人ハ其中國ノ法律ニ服從スヘキ義務ニ付キ中國法人ニ同シ

(原文) 經認許之外國法人於法令限制内與同種類之中國法人有同一之權利能力
前項外國法人其服從中國法律之義務與中國法人同

第一一條の前註參照。

第十三條 外國法人カ中國ニ事務所ヲ設クル場合ニハ民法總則第三十條、第三十一條、第四十五條、第四十六條、第四十八條、第四十九條、第六十一條及ヒ前條ノ規定ヲ準用ス

(原文) 外國法人在中國設事務所者準用民法總則第三十條第三十一條第四十五條第四十六條第四十八條第五十九條第六十一條及前條之規定

第一一條の前註參照。

第十四條 前條ニ依リテ設ケタル外國法人ノ事務所ニ付キ民法總則第三十六條ニ定ムル事情アルトキハ裁判所ハ其認許ヲ取消スコトヲ得

(原文) 依前條所設之外國法人事務所如有民法總則第三十六條所定情事法院得撤銷之

第一一條の前註參照。

第十五條 未タ其成立ノ認許ヲ經サル外國法人カ其名義ヲ以テ他人ト法律行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲者ハ其法律行爲ニ付キ其外國法人ト連帶シテ責任ヲ負フ

民法總則施行法

二八七

(原文) 未經認許其成立之外國法人以其名義與他人爲法律行爲者其行爲人就該法律行爲應與該外國法人負連帶責任

第一一條の前註參照。

第十六條

民法總則施行前ニ民法總則ノ規定ニ依ル消滅時效力既ニ完成シ又ハ其時効期間カ尙殘餘アルモ一年ニ足ラサルトキハ施行ノ日ヨリ起算シ一年內ニ請求權ヲ行使スルコトヲ得但其時効ノ完成ノ時ヨリ民法總則施行ノ時マテニ既ニ民法總則ニ定ムル時効期間ノ二分ノ一ヲ經過シタルトキハ此限ニ在ラス

(原文) 民法總則施行前依民法總則之規定消滅時効業已完成或其時効期間尙有殘餘不足一年者得於施行之日起一年內行使請求權但自其時効完成後至民法總則施行時已逾民法總則所定時効期間二分之一者不在此限

註釋

本條は後の第一八條と共に時効に關する經過規定を定むるものであるが、本條は専ら舊法に消滅時効の規定なき請求權に關するものである。その内容を例示すれば左の如くである。

- (1) 民法の規定によつて規律するを原則とする(行使し得べき時より普通十五年)。
- (2) 民法によれば施行前に消滅するとき例へば十六年經過せるとき及び殘期一年未滿のとき(例へば十四年六個月經過せるとき)は施行の日より一年內は特に行使し得る。
- (3) 但し既に民法の規定の一倍半以上經過せるとき例へば二十三年經過せるときは右の特例を認めず。

第十七條

前條ノ規定ハ民法總則第七十四條第二項、第九十條及ヒ第九十三條ニ定ムル取消權ニ之ヲ準用ス

(原文) 民法總則第七十四條第二項第九十條第九十三條之撤銷權準用前條之規定
民法總則施行法

第十八條

民法總則施行前ノ法定消滅時效力既ニ完成シタルトキハ其時効ハ完成シタルモノトス

民法總則施行前ノ法定消滅時効ノ期間カ民法總則ノ規定ヨリ長キトキハ舊法ヲ適用ス但其殘餘期間カ民法總則施行ノ日ヨリ起算シ民法總則ニ定ムル時効期間ヨリ長キトキハ施行ノ日ヨリ民法總則ヲ適用ス

(原文)

民法總則施行前之法定消滅時効已完成者其時効爲完成
民法總則施行前之法定消滅時効其期間較民法總則所定爲長者適用舊法但其殘餘期間自民法總則施行日起算較民法總則所定時効期間爲長者應自施行日起適用民法總則

註釋

本條は舊法に消滅時効の規定ある請求權に關する。その内容を例示すれば、
(1) 施行前に舊法によつて時効完成せるときは民法施行によつて影響なし。

(2) 施行の日まで未完成なるときは、

(イ) 舊法の規定が短きとき(例へば十年)は民法による(即ち既に經過せる期間を
通算して十五年)。

(ロ) 舊法の規定が長きときは(例へば二十年)舊法による。但し殘餘の期間が民法の期間より長きときは(例へば右につき未だ三年を經過するに止まるときは殘餘十七年あるも)施行の日より民法による(即ち施行の日より十五年にして完成)。

第十九條 本施行法ハ民法總則施行ノ日ヨリ施行ス

(原文) 本施行法自民法總則施行之日施行

用語對照

本對照に用ひたる日本語は専ら本書の譯文に於て使用したものである。而して其日本語譯文は我民法及び我國の學說の用語例に依據したのである。

(譯語)

(原語)

相手方……………相對人
豫メ……………預先

醫師……………醫生
遺言……………遺囑

請負人……………承攬人

株式會社……………股份有限公司
看護人……………看護生

用語對照

(譯語)

(原語)

寄附行爲……………章程(又ハ)捐助章程
寄附行爲ヲ爲ス……………捐助
寄附財產……………所捐財產
禁治產者……………禁治產人
許可(法定代理人ノ)……………允許
却下ノ判決……………駁回之判決
却下……………駁回

過料……………罰鍰
果實(天然果實・法定果實)……………孳息(天然孳息・法定孳息)
會計士……………會計師
還付……………交還

結了……………了結
檢事……………檢察官
元物……………原物

コ

ケ

ク

用語對照

(譯語) 行為無能力者..... (原語) 無行為能力人
公告..... 公布

左ノ..... 左列
債權者..... 債權人
殘餘財產..... 贈餘財產
裁判所..... 法院
裁判..... 審判
査定..... 核定
作ルコト..... 訂定(又ハ)訂立

除名..... 開除
失踪者..... 失踪人
失踪期間..... 失踪期間
終了..... 終止
真意..... 原意
署名..... 簽名
申請..... 聲請(又ハ)呈請
事情..... 情形(又ハ)情事

(譯語) (原語)

情況..... 情形
週..... 星期
宿泊料..... 住宿費
診察料..... 診費
支拂命令..... 支付命令
出頭..... 到庭
審査..... 審核
書面..... 書狀
收得..... 收取
數字..... 號碼

制限行為能力..... 限制行為能力
制限..... 限制
席料..... 座費

損害ヲ受ケタル者..... 受害人
相續人..... 繼承人

チ

(譯語) 第三者..... (原語) 第三人
對話者..... 對話人
立替金..... 墊款
賃借料..... 租金
賃貸料..... 租價
調製..... 編造

テ

定款..... 章程
手續..... 程序
撤回..... 撤銷
添付..... 附具
抵當權..... 抵押權
抵當物..... 抵押物
締結(法律行為ノ)..... 訂立

ト

取立..... 收取
取消..... 撤銷

用語對照

二

セ

數字..... 號碼

ソ

損害ヲ受ケタル者..... 受害人
相續人..... 繼承人

タ

ナ

(譯語) 取消權..... (原語) 撤銷權
取引上..... 交易上
當事者..... 當事人
到來..... 屆來(又ハ)屆滿
特別ノ定..... 特別訂定
督促手續..... 督促程序
届出..... 報明
登録..... 立案
捺印..... 蓋章

ニ

日曜日..... 星期日

ハ

場合..... 情形
配偶者..... 配偶

ヒ

引渡..... 移交
表意者..... 表意人

三

(譯語)

(原語)

(原語)

フ

文書……………文件

扶養料……………贍養費

不成立……………不成

扶養……………養贍

へ

標準……………準

辨濟……………清償

返還……………交還

辯護士……………律師

辨濟ヲ受クルコト……………取償

マ

滿了……………終止

ミ

看做ス……………視為

ム

無權利者……………無權利人

メ

明定……………訂明

目的物……………標的物

申立……………聲請

中立……………聲請

藥劑師……………藥生

藥價……………藥費

讓受人……………受讓人

呼出……………傳喚

理事……………董事

利益配當金……………紅利

呼出……………傳喚

讓受人……………受讓人

藥劑師……………藥生

藥價……………藥費

呼出……………傳喚

理事……………董事

利益配當金……………紅利

條 文 索 引

兩國法下の條數中 I は項、一は號、前・後は前段・後段、本は本文、但は但書を示す。

頁數中ゴチツクは主なる説明の所在、(前表)は前註の表、(前)は前註、(表)は本文中の表を示す。

條文索引

日 民	中 民	頁 數
1.....	6.....	22, 30
2.....	2(施).....	29, 276
3.....	12.....	40(前), 42, 128
4.....	(ナシ).....	40(前)
I 本.....	77本.....	130(前表), 135
但.....	77但前.....	130(前表), 134
II.....	{ 77.....	129(前表)
	{ 78.....	129(前表)
	{ (ナシ).....	40(前)
5.....	{ 77但後.....	135
	{ 84.....	130(前表), 142
6.....	85.....	40(前), 130(前表), 144
7.....	14.....	40(前), 44, 45, 132
8.....	(ナシ).....	40(前)
9.....	75前.....	40(前), 129(前表)
10.....	{ 14 I.....	40(前), 131
	{ II.....	45
11.....	14.....	40(前), 44, 46, 128, 132
12.....	(ナシ).....	40(前)
III.....	(ナシ).....	129(前表)
13.....	(ナシ).....	40(前)
14.....	(ナシ).....	40(前)
II.....	(ナシ).....	129(前表)
15.....	(ナシ).....	40(前)
16.....	(ナシ).....	40(前)
17.....	(ナシ).....	40(前)
18.....	(ナシ).....	40(前)

日 民	中 民	頁 數
19.....	{ 80.....	40(前), 130(前表), 139
	{ 81 II.....	130(前表), 140
20.....	83.....	40(前), 130(前表), 142
21.....	20.....	56
22.....	22.....	58
23.....	22.....	58
24.....	23.....	59
25.....	10.....	34(前表), 39
26.....	10.....	34(前表), 39
27.....	10.....	34(前表), 39
28.....	10.....	34(前表), 39
29.....	10.....	34(前表), 39
30 I.....	8 I.....	33(前表), 37
II.....	III.....	33(前表), 37
31.....	{ 9.....	34(前表), 38
	{ II.....	33(前表), 38
32.....	(ナシ).....	34(前)
33.....	{ 25.....	60(前表), 62
	{ 45.....	86
34.....	{ 46.....	60(前表), 87
	{ 59.....	60(前表), 71
35.....	45.....	60(前表), 86
37.....	47.....	60(前表), 88
一.....	一.....	88(表)
二.....	二.....	89(表)
三.....	(ナシ).....	90
四.....	47五.....	89(表)
五.....	{ 47三.....	89(表), 98
	{ 50 II 二.....	97
六.....	{ 47六.....	89(表), 93
	{ 5 II 四.....	97
	{ 50 II 一.....	97
38.....	{ 53.....	102
39.....	60.....	60(前表), 110
40.....	{ 60.....	69, 110
	{ 62.....	69, 110, 113

日 民	中 民	頁 數
41.....	60.....	69, 110
II.....	60 I 但.....	110
43.....	26.....	61(前表), 63
44.....	28.....	61(前表), 66
45 I.....	(ナシ).....	93
II.....	30.....	61(前表), 63, 76, 89
46.....	61.....	112
I.....	48 I.....	93
II.....	31.....	61(前表), 70
50.....	29.....	61(前表), 68
52 I.....	27 I.....	61(前表), 64
53.....	27 II.....	64
54.....	{ 27 III.....	61(前表), 65, 93
	{ 48 I 八.....	61(前表)
58.....	(ナシ).....	61(前表)
60.....	(ナシ).....	89
61.....	(ナシ).....	100
II.....	51 II.....	99
62.....	(ナシ).....	90
65 II.....	52 II.....	101
67.....	32.....	61(前表), 71
68 I 二.....	{ 58.....	62(前表), 108
	{ 65.....	62(前表), 117
69.....	57.....	107
70.....	37.....	62(前表), 77
I.....	(ナシ).....	74
II.....	38 I.....	71
71.....	{ 34.....	61(前表), 72
	{ 36.....	61(前表), 75
72 I・II.....	44 I.....	62(前表), 84
III.....	II.....	62(前表), 84
73.....	40 II.....	81
74.....	37.....	78
75.....	38.....	79
76.....	39.....	79, 83
78.....	40.....	62(前表)

日 民	中 民	頁 數
78 I	4 ¹ I	81
82	42	61(前表), 82
84	33	72
一	(ナシ)	70, 93
三	{ 33	61(前表), 72, 94
	{ 43	83
五	(ナシ)	74
85	(ナシ)	118
86 I	66 I	119
II	67	119
III	(ナシ)	118
87	68	120
88	69	121
89	70	122
90	{ 17	49, 123
	{ 72	49, 125
	{ 74	127
91	71	123, 124
92	1	21, 123
93	86	145(前表), 147
94 I	87 I	146(前表), 149
	88	146(前表), 151, 203(表)
95	{ 90	146(前表), 153
	{ 115	203(表)
96	115	203(表)
96 I・II	99 I	146(前表), 156, 203(表)
III	II	164(前表), 156
97	{ 94	159
	{ 95	158(前表), 160
98	96	162
99	103	176(前表), 178
100	(ナシ)	175, 176(前表)
101	105	176(前表), 181
102	104	176(前表), 180
103	(ナシ)	176(前表)
104	(ナシ)	176(前表)

日 民	中 民	頁 數
105	(ナシ)	176(前表)
106	(ナシ)	176(前表)
107	(ナシ)	176(前表)
108	106	176(前表), 182
109	169	176(前表)
110	107	176(前表), 183
111	108	176(前表), 184
112	107	177(前表), 183
113	(ナシ)	201, 202(表)
I	170 I	177(前表)
114	170 II	177(前表)
115	171	177(前表)
116	115	177(前表), 201, 202(表)
117	110	177(前表), 189
118	(ナシ)	177(前表)
119	(ナシ)	191(前表)
120	{ 88	191(前表)
	{ 92	191(前表)
121	114	191(前表)
本	114	199
但	(ナシ)	193, 199
122	{ 79	129(前表), 138
	{ 115	192(前表), 201, 202, 203(表), 204
I	81 I	140
123	116	192(前表), 205
124	(ナシ)	129(前表), 192(前表)
124	(ナシ)	129(前表), 192(前表)
I	81 I	140
III	79	133
125	(ナシ)	192(前表), 192
126	{ 90	192(前表), 192
	{ 93	157, 192(前表), 183
127	99	166(前表), 167
III	(ナシ)	168, 209
128	100	166(前表), 169

日 民	中 民	頁 數
129.....	(ナシ).....	166(前表)
130.....	101 I.....	166(前表), 171
131.....	(ナシ).....	166(前表)
132.....	(ナシ).....	163(前表)
133.....	(ナシ).....	166(前表)
134.....	(ナシ).....	166(前表)
135.....	102 I・II.....	166(前表), 173
136.....	(ナシ).....	167(前表)
137.....	(ナシ).....	167(前表)
138.....	119.....	213
139.....	190 I.....	213
140.....	120 II.....	214
141.....	121 I.....	215
142.....	122.....	216
143 I.....	123 I.....	217
II.....	121 II.....	215
144.....	146.....	220(前表), 253
145.....	144.....	220(前表), 223, 250
146.....	147.....	221(前表), 254
147.....	129.....	231
一.....	{ 129 I 一.....	231(表)
	{ 三.....	231(表)
二.....	{ 129 II 五.....	231(表)
	{ 136.....	140
三.....	129 I 二.....	231(表)
148.....	{ 129 I 三.....	231(表)
	{ 138.....	231(表), 243
149.....	131.....	231(表), 234
150.....	{ 129 II 一.....	231(表)
	{ 132.....	235
151.....	{ 129 II 二.....	231(表)
	{ 133.....	231(表), 236
152.....	{ 129 II 三.....	231(表)
	{ 134.....	237
153.....	130.....	231(表), 233
154.....	129 II 五.....	231(表), 240

日 民	中 民	頁 數
155.....	(ナシ).....	221(前表)
156.....	(ナシ).....	232
157.....	137.....	221(前表), 243
158.....	141.....	221(前表), 245
159 I.....	142.....	221(前表), 246
II.....	143.....	221(前表), 248
160.....	140.....	221(前表), 245
161.....	139.....	221(前表), 244
166 I.....	128.....	221(前表), 228
II.....	(ナシ).....	228
167.....	125.....	221(前表), 222, 223(表)
168.....	(ナシ).....	221(前表), 224
169.....	126.....	221(前表), 224
170.....	{ 26.....	221(前表)
	{ 127.....	221(前表), 226
一.....	127四.....	227
二.....	七.....	227
171.....	{ 126.....	221(前表)
	{ 127.....	221(前表), 226
	六.....	227
172.....	{ 126.....	221(前表)
	{ 127.....	221(前表), 226
	五.....	227
173.....	{ 126.....	221(前表)
	{ 127.....	221(前表), 226
一・二.....	127八.....	227
三.....	(ナシ).....	227
174.....	{ 126.....	221(前表)
	{ 127.....	221(前表), 226
一.....	(ナシ).....	227
二.....	(ナシ).....	228
三.....	127二.....	227
四.....	一.....	227
五.....	三.....	227
236.....	1.....	20
300.....	(ナシ).....	252

日民	中民	頁數
350.....	(ナシ).....	252
375.....	50二.....	97
376.....	50四.....	97
396.....	(ナシ).....	252
563.....	(ナシ).....	238
709.....	18.....	50
711.....	18.....	51
720 I本.....	149本.....	257(前表), 253
但.....	(ナシ).....	257(前表), 259
II.....	150 I.....	258(前表), 262
721.....	7.....	31
804.....	1003.....	41
835.....	7.....	31
923.....	76.....	132
968.....	7.....	31
993.....	7.....	31
1055.....	7.....	31
1068.....	3 I.....	25
1076.....	3 III.....	25

日民施	中施	頁數
1.....	1.....	275
18.....	3.....	277
25.....	34(民).....	73, 75
28.....	9.....	281

舊民人	中民	頁數
2.....	6.....	31

舊民財	中民	頁數
360 I.....	4.....	26

日法例	中民	頁數
2.....	1.....	20
	2.....	23

日商	中民	頁數
42 II.....	45.....	86
48.....	36.....	75
160 II.....	51 III.....	99
163.....	56.....	106
209.....	53.....	102

日民訴	中民	頁數
76.....	(ナシ).....	238

日人訴	中民	頁數
73.....	8 II.....	33(前表), 37

日非訟	中民	頁數
117.....	48 II.....	93
120.....	48 II.....	93

日破	中民	頁數
127 I.....	(ナシ).....	74
132.....	(ナシ).....	74

日本	中民	頁數
商法中署名スヘキ場合ニ關スル件.....	3.....	24
年齢ノ計算ニ關スル件.....	124 I.....	218
明治8年大政官布告第103號ノ判事務心得條.....	1.....	20
明治10年司注省丁第75號達裁判上契約證書解釋方法ノ議.....	4.....	26

昭和六年十月廿五日印刷
昭和六年十一月一日發行
昭和十七年三月十五日再版



(日本出版文化協會會員番號第二一七〇一三號)

著者

中華民國法制研究會
代表者 松本 丞治

⊕〔定價貳圓〕

發行者

東京市神田區駿河臺三丁目九番地四
中央大學出版部
代表者 片山 金章

印刷者

東京市神田區小川町二丁目十二番地
株式會社 秀英 社

配給元

東京市神田區淡路町二丁目九番地
日本出版配給株式會社

發行所

東京市神田區駿河臺三丁目九番地四
中央大學出版部

會 究 研 制 法 國 民 華 中

我妻榮 中華 國民 民法 債權各則(上)	我妻榮 中華 國民 民法 債權總則	我妻榮 中華 國民 民法 總則	廣瀨武文 中華 國民 商標 法	和田清 支那 地方 自治 發達 史	宮澤俊義 聯邦 制 度 概 說	田宮澤二俊義 立憲主義と三民主義・五憲法の原理	田宮澤二俊義 中華民國憲法確定草案	田宮澤二俊義 中華民國憲法草案
定價 四四四 圓	定價 四五〇 圓	定價 二三八 圓	定價 三五〇 圓	定價 二九五 圓	定價 二三四 圓	定價 一七〇 圓	定價 四一六 圓	定價 三五二 圓

部 版 出 學 六 央 中 所 行 發

