中国民法総則における行為能力規定

直井義典

はじめに

- 第1章 中国民法総則における行為能力規定の内容
 - 1 民法総則の位置づけ
 - 2 能力規定の位置づけ
 - 3 民法総則における能力規定の内容
 - (1) 意思能力と行為能力
 - (2) 制限行為能力・行為無能力
 - (3) 後見制度
 - (4) 任意後見制度

第2章 日本法との比較

- 1 能力規定の位置づけ
- 2 能力規定の内容
- (1) 意思能力と行為能力
- (2) 制限行為能力・行為無能力
- (3) 後見制度
- (4) 任意後見制度

結語

はじめに

2017年3月に中国民法総則が制定され、行為能力に関する規定についても若干の変更が加えられた。民法総則の制定をめぐっては日本法の影響も指摘されているところであり¹⁾、制定後20年近くを経たわが国の行為能力規定の内容を再検討するにあたって、中国民法総則は最新の立法であるというだけに止まらない価値を有するものと考えられる。

そこで本稿では、中国民法総則における行為能力規定を紹介しつつ、わが国

のそれと比較検討を加えることとしたい。対象とするのは、後見に関する規定を含めた広義の行為能力規定である。このように対象を定めるのは、行為無能力者や制限行為能力者に法律行為の効果を確定的に帰属させる方法をも同時に考察するのでなければ、行為能力制度の実効性の有無を十分には判断できないからである。その際、比較の視点の1つとして、行為能力規定に対して、要件事実から検討を加えることとしたい。それは、行為能力規定は、契約上の請求権に対して抗弁規定、再抗弁規定として機能するものが多いとの指摘がなされている²⁾ため、要件事実に着目することが有益であると考えられることによる。以下、第1章では中国民法総則における行為能力規定の内容を紹介し、第2章でわが国の法制度との比較を行う。

第1章 中国民法総則における行為能力規定の内容

1 民法総則の位置づけ

中国民法総則における行為能力規定の内容を紹介する前に、中国において民 法総則という法律がいかなる位置づけを有するのかについて説明しておく必要 がある。

民法総則という単行法が制定されていることからも推測されるように、中国 には統一的な民法典は存在しない³。

中国では民法典制定が何度か試みられてきたが、すべて失敗に終わった40。

¹⁾ 宇田川幸則「中国における民法総則の編纂」名古屋大学法政論集272号(平成29年) 320頁では、中国民法学界の重鎮である梁慧星が、禁治産制度の廃止・成年後見制度の導 入への日本法の影響を指摘したことが紹介されている。

²⁾ 大江忠『第4版 要件事実民法(1) 総則』(第一法規・平成28年) 141頁。民法総則規 定全般について、契約上の請求権に対する抗弁規定、再抗弁規程として機能することが多 いと指摘する定塚孝司『主張立証責任の構造に関する一試論』(判例タイムズ社・平成4年) 7-8頁も参照。

³⁾ なお、後述する単行法のうちの民法通則には知的財産法が含まれ(民法通則以前の1984年には専利法(特許法)が制定されている)、2002年の民法典草案には、人格権・渉外民事関係の法律適用に関する編が組み込まれるなど、わが国の民法典とは構造上異なる点があるが、本稿ではわが国の民法典に対応する部分を含む単行法のみを取り上げる。

現在は、2020年の民法典制定に向けて将来制定される民法典の構成部分をなす単行法の制定が積み上げられている段階にある。こうした単行法としては、民法通則(1986年)・物権法(2007年)・担保法(1995年)・契約法(1999年)・不法行為責任法(《侵権責任法》)(2009年)・婚姻法(1980年。2001年改正)・養子法(1991年。1998年改正)・相続法(1985年)を挙げることができる。ここにこのたび民法総則が付け加わったわけである。

民法総則の前身にあたるものが民法通則であるが、総則は通則の規定範囲をほぼ踏襲しており⁵⁾、行為能力に関しては通則にも総則にも規定が置かれている。総則には通則との関係を示す規定はないが、通則規定と抵触するものについては総則が優先し、総則に規定のない部分は通則が従前どおり適用されるものと解される。

また、中国では、法源として最高人民法典の司法解釈が大変重要な役割を果たしており、司法解釈には《法律効力》があるため下級人民法院はこれに拘束される 6 。このように司法解釈が重要な役割を果たすのは、詳細な規定を置くよりも簡潔に規定する方がむしろ望ましいという中国法に見られる方針の宿命である 7 。民法通則についても、司法解釈 8 が出され、通則を補うものとして重要な役割を果たしてきた。現時点では民法総則についての司法解釈は出されていないようであるが、民法総則についても同じパターンが繰り返されるのかが注目されている 9 。総則についての司法解釈が出されるまでは通則意見が適

⁴⁾ 中国における民法典編纂の経過については高見澤磨=鈴木賢=宇田川幸則『現代中国 法入門[第7版]』(有斐閣・平成28年) 145-146頁[宇田川]、孫憲忠「中国民法典の編纂 における欧州民法体系化の影響」静岡法務雑誌8号(平成28年)(以下、「孫・前掲①」と いう)177-178頁、鈴木賢「中国民法史から見た民法総則の位置づけについて」法律時報 89巻5号(平成29年)95-96頁。

⁵⁾ 内容面での通則と総則の対比については、鈴木・前掲論文97頁。

⁶⁾ 高見澤=鈴木=宇田川・前掲110頁〔鈴木〕。

⁷⁾ 鈴木・前掲論文99頁。

⁸⁾ 最高人民法院関于貫徹執行《中華人民共和国民法通則》若干問題的意見(試行)(以下、「通則意見」という)。

⁹⁾ 鈴木・前掲論文99頁。

用されることとなると考えられる。

以上のような理由から、本稿では、総則の規定を中心としつつも、必要な限りで通則や通則意見にも言及することとする¹⁰⁾。

2 能力規定の位置づけ

次に、民法総則の全体構成の中において能力規定にいかなる位置づけが与えられているのかを検討する。

民法総則は11の章で構成されているが、能力に関する規定は、自然人に関する第2章のうちの第1節と第2節を占める。第1節は民事権利能力及び民事行為能力 11 、第2節は後見と題されている。このように、能力の有無・制限を定める規定と後見人の決定方法・権限等に関する規定とが一体のものとして規定されている点に特徴がある 12 。

後見規定を、婚姻法で定めるか総則で定めるかについては中国においても争いがある¹³⁾。総則に後見規定を置いた理由は、親族以外の後見人が認められること、すでに高齢化社会に入っており被後見人の保護、「後見人以外の部門を承認、保護し、その責務を確定することは必要である」ことによるとされる¹⁴⁾。

^{10) 「}自然人に関する法律制度は、現在の民法通則の大部分を留保できる。」と指摘されていた(孫・前掲①185頁)ように、総則においては構成も含めて通則からの大きな変更はないといってよい。ただし、重要な変更点もある。

¹¹⁾ 条文の文言上、「民事権利能力」、「民事行為能力」とされているが、「民事」という文言が付されていることには意味はない。劉隆亨主編『現代経済法辞典』(北京大学出版社出版・1992年)にも「権利能力」、「行為能力」という項目はあるが、民法通則で用いられていたにも拘らず「民事権利能力」、「民事行為能力」という項目はない。

¹²⁾ わが国でも、旧民法人事編では10章 (161条~212条)が後見、第11章が自治産 (213条~221条)、第12章 (222条~242条)が禁治産と題されており、能力の有無・制限を定める規定と後見人の決定方法・権限等に関する規定とが近接して置かれていた。

¹³⁾ 王麗萍「挑戦と対応」学習院大学東洋文化研究12号(平成22年)258頁は、総則は、 民事行為能力の角度から、後見に関する原則的な規定を定めるべきであって、後見に関す る具体的な内容は親族法で定めるべきである。「自然人」の章で後見制度を規定する民法 通則のやり方を止め、後見制度を親族法の内容として規定すべきである、とする。

3 民法総則における能力規定の内容

以下、民法総則における能力規定の具体的な内容を見ていくこととする。

(1) 意思能力と行為能力

権利能力・行為能力の有無・制限については総則13条以下に規定が置かれている。第2章第1節の名称にも表れているように、権利能力と行為能力の規定のみが置かれ、意思能力については規定が置かれなかった点が特徴的である。

ただし、意思能力概念が不要とされているわけではない。意思能力と行為能力の関係について、民法通則に関するある注釈書は、「人が自らの行為を通じて民事権利を取得し民事義務・民事責任を負うには自己の行為を通じて独立して民事活動をする資格を備えなければならない。こうした資格は法律によって付与されるもので、譲渡することはできないし、公民の自由意思によって制限を受けることもない。意思能力とは、こうした資格の有無の決定基準である。意思能力は各人の有する自然的精神状況力であり認識能力、判断能力、合理的認識力、予期力を含む。意思能力は人の事実的心理内在的能力である。よって法律の付与する民事権利能力及び民事行為能力とは異なるものであるが、法律の付与する民事行為能力は意思能力を基礎とするものである。」155とする。

ここでは、意思能力は事実的な心理的な能力であるからその有無は個々の場面ごとに判断される。これに対して行為能力は、民事活動を行う資格であり法律によって付与されるもの、すなわち法律上の概念である。そして、意思能力は行為能力の有無を決定するための基準であるとされている。具体的には、10歳に満たない未成年者は、年齢が小さく意思能力がないことから¹⁶、独立して

¹⁴⁾ 孫憲忠「中国「民法総則」の要点の分析」法律時報89巻5号(平成29年)(以下、「孫・前掲②|という)87頁。

成年後見制度に関してではあるが、銭偉栄「中国成年監護制度の原状とその未来像」松山大学論集24巻6号(平成25年)(以下、「銭・前掲①」という) 192頁も高齢化社会の到来との関係を指摘する。

¹⁵⁾ 唐徳華 = 高聖平主編『民法通則及配套規定新釈新解(上)』(人民法院出版社・2003年) 148頁。

民事活動を行うことができない、と説明される17)。

意思能力は個別的に、行為能力は定型的に判断されるものであり、意思能力の有無を定型化したものが行為能力と位置付けられる。

(2) 制限行為能力・行為無能力

成年者とは18歳以上の自然人¹⁸⁾のことであり (17条)¹⁹⁾、完全民事行為能力者として単独で民事法律行為²⁰⁾を行うことができる (18条)。また、16歳以上の未成年者は、自己の勤労所得を主要な生活源泉としている²¹⁾場合には完全民事行為能力者とみなされる (18条2項)²²⁾。

したがって、16歳以上の未成年者が勤労をしていても、勤労所得を主要な生活源泉としない場合は、その者は制限行為能力者ということになる。また、16歳未満の者は、勤労所得を主要な生活源泉としていても、完全民事行為能力者とはならない²³⁾。

未成年者は、8歳に達しているか否かによって制限民事行為能力者と民事行

¹⁶⁾ この説明は年齢によって定型的に意思能力の有無が確定されるものと理解しているようにも見られ、疑問がある。あるいは、民法通則では10歳未満の者が行為無能力とされていたことからそれと平仄を合わせて10歳という数字を出しただけであり、10歳未満の者については個々の法律行為に際して意思能力の有無を検討した結果として意思能力がないという認識を示すにすぎないものだろうか。いずれにせよ、「意思能力は各人の有する自然的精神状況力」だという説明と整合的な説明であるとは言い難い。

¹⁷⁾ 唐=高・前掲154頁。

¹⁸⁾ 行為能力の有無を決する対象は、通則の「公民」から総則の「自然人」に改められている(第2章の名称、通則11条と総則17条など)。「自然人」がニュートラルな用語であるのに対して「公民」は政治的用語であり、実質的な違いは、前者には外国人、無国籍人が含まれる点にある(高見澤=鈴木=宇田川・前掲148頁〔宇田川〕)ことから、対象が拡大されたものと言える。

¹⁹⁾ ただし、中国審判理論研究会民商事専業委員会編著『《民法総則》条文理解与司法適用』 (法律出版社・2017年)47頁が、成年者は独立して権利を享有し義務を負担することを指摘すると同時に、18歳の大学生が父母に対して学費や養育費の支払いを請求した場合、人民法院・司法解釈(最高人民法院関于人民法院審理離婚案件処理子女撫養問題的若干具体意見12条)ともにその請求を認めることを指摘する点が、注目される。

為無能力者とに分けられる。このように一定の年齢に達しているか否かによって未成年者を制限民事行為能力者と民事行為無能力者とに区分するという点は

なお、関于人民法院審理離婚案件処理子女扶養問題的若干具体意見11条においても、父母離婚時に養育費の給付対象から除外される対象について、「労働収入を生活の主たる収入源とし当地の一般的な生活水準を維持できること」という同様の基準が立てられている。

²⁰⁾ 行為能力者が単独で行えるのは通則では「民事活動」(この「民事活動」という文言は、 通則11条1項のほか通則の第1章(基本原則)でしばしば用いられており、民法総則でも 4条から9条の各条文ほかで用いられている。)と定められていたが、総則では「民事法律 行為」に変更された(総則18条1項)。制限民事行為能力者が単独で行える行為(通則12 条1項・13条2項、総則19条ただし書・22条ただし書)、制限民事行為能力者・民事行為 無能力者の法定代理人が代理して行う行為(通則12条1項・2項・13条1項・2項、総則 19条本文・22条本文・20条・21条)についても同様である。民事法律行為概念は通則に も見られ、通則54条では「公民又は法人が、民事権利と民事義務を成立、変更、終了させ る合法的な行為」と定義されていた。ここでは、法律行為の中でも合法的なもののみが「民 事法律行為」とされており(通則の民事法律行為概念につき、孫・前掲①187頁は「"民 事法律行為"という曖昧な概念を廃し法律行為の概念を導入すべきである」と主張してい た。)、無効・取消しの対象となる「民事行為」(通則58条~61条)とは区別されていたの である(高見澤=鈴木=宇田川・前掲150頁〔宇田川〕、白出博之「中国民法総則草案の要 点について (下) | 国際商事法務44巻10号 (平成28年) (以下、「白出・前掲① | という) 1469 頁註 17)。これが総則 133 条では「民事法律行為は、民事主体が意思表示により民事 法律関係を成立、変更、終了させる行為」と定義されており、合法性は民事法律行為の要 件ではなくなった(こうした定義規定を置くことは、民事主体が民事活動を行う際に自己 の行為により生じる法的結果を予見することを強調し、自己の行為に責任を負い、民事主 体の規範意識と責任意識を高めるのに役立つ、とされる(白出・前掲①1466頁、白出博之 「中国民法総則の制定について〔中〕」国際商事法務45巻6号(平成29年)811頁もほぼ同 様。)。)。そのため、「民事活動」に変えて「民事法律行為」という文言を用いることがで きるようになったのであり、内容の点では変化はないものと考えられる(これに対して、 杜万華主編『中華人民共和国民法総則実務指南』(中国法制出版社・2017年) 82・83 頁は、 「民事活動」は事実行為をも含む用語であり通則11条1項は科学的ではなかったことから、 総則18条が改めたとする。)。

²¹⁾ 他者からの資金的援助なしに当地における一般的な生活水準を維持できることを意味する(中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲48頁)。通則意見2条を受けたものと言える。杜・前掲85頁は、成年者であっても当地の平均的収入レベルに達しないこともあるのであるから、平均収入を基準とするべきではない点に注意を促す。現に通則意見2条も《一般生活水平》とする。

民法通則と共通であるが、民法通則では 10 歳が分岐点とされていた(通則 12 条 1 項)のが 8 歳に引き下げられていることが目につく。この点、草案 20 条では 6 歳とされており、総則の起草過程では、10 歳説・7 歳説・6 歳説などが主張されていた 24 。

通則が10歳と規定した理由については、10歳ともなれば未成年者は、体力・知力とも一定の発育段階に達し、学習を開始し、自ら活動する能力を有していることから、法は年齢・知力に相応の民事活動を独立して行うことを認めた²⁵⁾、反対に10歳未満の未成年者については、民事行為能力を否定すること

(前頁からつづき)

離婚時であれば養育費給付対象となるか否かを法院が決定するわけであるからこの基準によることに問題は少ない。しかし、後に未成年者が勤労を開始した場合、未成年者の保護の観点からは、法院による変更決定がない限りは、養育費支払い義務者が支払い不要となったものと自己判断して支払いを停止することは許されないと解するべきだろう。養育費の支払いに関してはこのように法院のみが利用する判断基準として位置付けることが可能である。しかしながら、個々の取引の際に行為能力の有無を判断するのは取引の相手方であるから、この基準の適用の有無を判断するのも相手方ということになる。後述するように、これでは相手方のリスクが大きすぎるために結局のところこの基準を満たした未成年者も取引世界から排除されることとなりかねない。

以上のように、同じ基準を用いながらも、行為能力有無の決定基準と養育費給付対象か 否かの決定基準としての機能の仕方には大きな差異があるものと考えられる。

- 22) 総則18条2項は、草案段階では20条2項(総則では19条2項にあたる位置)に挿入されていた。
- 23) 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲48-49頁は、とりわけ体育や芸術の領域では16歳未満の者が働くということがあるが、独立して民事責任を負担できず法定代理人が各種の権利を行使し関連する義務を履行する必要があり、とりわけ訴訟当事者となる場合には法定代理人によって訴訟参加しなければならないことを理由とする。なお侵権責任法32条1項では行為無能力者・制限行為能力者が他人に損害を生じさせた場合は後見人が責任を負うべきものとされており、わが国の責任能力概念にあたるものを行為能力概念が担っている。
- 24) 劉鋭 = 黄福寧 = 席志国《民法総則八講》(人民出版社・2017年)72頁、「李建国副委員長民法総則草案寧夏調研簡報」《民法総則立法背景与観点全集》編写組編『民法総則立法背景与観点全集』(以下、「編写組・前掲」という)(法律出版社・2017年)110頁、「李建国副委員長民法総則草案上海座談会簡報 |編写組・前掲127-128頁など。
- 25) 唐=高・前掲153頁。

によって未成年者の利益を保護し、社会経済秩序の発展を保障するものとされていた²⁶。

しかしながら、経済社会の発展²⁷⁾と生活教育水準の上昇により、未成年者の生理的・心理的な成熟度ならびに認知能力が高まったことから、6歳をもって制限行為能力者とすべきであると主張されるようになった。年齢・知力に相応する民事活動にまで年齢を下げることで未成年者の自主性を尊重し、その合法的な権益を保護すべきであるというのである²⁸⁾。これは義務教育が6歳から始まるのに対応しているとも説明されている²⁹⁾。

しかしながら6歳児は一定の学習能力があるとはいえ認知・弁識能力は不足しており、かなりの程度において民事法律行為を行うだけの準備はできていないとの主張がなされたことから、慎重を期して6歳ではなく8歳としたとされる³⁰⁾。

²⁶⁾ **唐** = 高・前掲 154 頁。なお、同書 156 頁は精神病者について同様の説明をする。

²⁷⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲50頁は、ネットショッピングの発達が一因となって子どもの能力が向上したことを行為無能力年齢の引き下げ要因として指摘する。また、中国法制出版社編著『中華人民共和国民法総則法律法規大全:最新実用版』(中国法制出版社・2017年)6頁は、社会の発展による必然だとする。

²⁸⁾ 李建国「関于《中華人民共和国民法総則(草案)》的説明」(2017年3月8日)。また、 江必新 = 何東寧『民法総則与民法通則条文対照及適用提要』(2017年・法律出版社) 緒言 3頁は、社会の発展に伴い補充・改正した点であると説明するが、どのような点が補充・ 改正にあたるのかは触れていない。

²⁹⁾ 李適時「関于《中華人民共和国民法総則(草案)》的説明」(2016年6月27日)。制定された総則規定に関する説明である劉=黄=席・前掲71頁もおおむね同様である。なお、18条2項の「16歳以上」という部分についても、起草過程において、義務教育の終了時期を考慮して「15歳以上」とする提案がなされたものの否決された(李適時主編『中華人民共和国民法総則釈義』(以下、「李・前掲書」という)(法律出版社・2017年)56頁)。

³⁰⁾ 劉=黄=席・前掲72頁。このほか、都市部と農村とでは生理的・心理的な発達の度合いが異なること、6歳児の権利保護の必要性、民事行為能力の引き下げが刑事責任能力にも影響することが指摘された(李・前掲書58頁)。

もっとも、孫宏臣主編『民法総則精解』(人民出版社・2017年)17頁は、さらに経済が発展し未成年者の知力が向上するようなことがあれば、6歳を行為無能力から脱する基準とする可能性があるとする。

このように、行為無能力年齢を引き下げた目的には未成年者の権利の尊重が 挙げられているが、その際、取引経験とならんで義務教育との対応関係が指摘 されていることが注目される。社会的な取引経験と教育とを通じた未成年者の 発達といった考え方の現れであるといえる。とはいえ、法律行為の内容のみか ら未成年者に制限的な行為能力を付与することはせず、年齢による制約を維持 した点に特徴がある。

8歳以上の未成年者、自己の行為を完全には弁識することができない成年者は制限行為能力者とされる。法院による制限行為能力者としての認定は、制限行為能力者とされるための要件としては明記されていない。制限行為能力者が民事法律行為を行うには、法定代理人による代理、または法定代理人の同意・追認³¹⁾を要する(19条本文・22条本文)。8歳未満の未成年者、自己の行為を弁識することができない成年者³²⁾、ならびに、8歳以上の未成年者で自己の行為を弁識することができない者は民事行為無能力者であり、その法定代理人が

総則は、行為無能力・制限行為能力の対象を拡大することによって急速に進む高齢化問題に対応したのである(宇田川・前掲論文320頁)。劉=黄=席・前掲73頁は、精神病でなくても先天的な知的障害や老年性認知症のように自己の行為を判断できなくなる原因があることから、改めたものとする。中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲54頁・55頁は、常習賭博・アルコール依存・麻薬中毒などの者も含まれるとする。

³¹⁾ 法定代理人による追認が可能であることについては、民法通則12条1項・13条2項に は規定がなかった。

³²⁾ 民法通則では「精神病人」のみが行為無能力者とされていた(通則13条1項)。しかしこのように精神病者のみを対象とすることについては、すでに銭・前掲①213頁、何心意「中国における成年後見制度の改正動向」中央大学大学院年報46号(平成29年)193頁・196頁も、対象者を拡大すべきことを主張していた(総則の注釈書である杜・前掲96頁も通則の不十分性を指摘する)。また、王麗萍・前掲253頁も「時代の要請に追いついていない」としており、王麗萍・前掲260頁は、「被後見人とは、精神、知能、身体の障害により自分の事務を処理をできない成年であり、精神障害者、知的障害者及び身体障害者を含む」べきだとしていた。ただし、江=何・前掲11頁は、通則の規定は自己の行為を識別できない者はすべて民事行為無能力者とする趣旨であって、民事行為無能力者を精神病者に限定しない(すでに通則意見5条・8条は認知症(原文では「痴呆症」)の者も「精神病者」に含むとしていた。)趣旨であると説明していた。

民事法律行為を代理して行う(20条・21条)。行為者が相応の民事行為能力を有することが、民事法律行為が有効とされるための要件の1つとされており(143条1号)、民事行為無能力者が行った民事法律行為は無効である(144条)。制限行為能力者が法定代理人による代理・同意・追認なしに行った民事法律行為は無効であるが、法定代理人の同意・追認があればそれ以降は有効とされる(145条)³³⁾。もっとも、単に利益を獲得するだけの法律行為³⁴⁾と、未成年制限行為能力者の場合はその年齢・知力に相応する法律行為³⁵⁾、成年制限行為能力者の場合はその知力・精神健康状態に相応する法律行為については、制限行為能力者が単独で行うことができる³⁶⁾(19条ただし書³⁷⁾・22条ただし書、145条1項本文)。

未成年者に関していえば、未成年者が単独で行うことができる行為について は年齢による制約と内容による制約の2本立てとされている。法文上、8歳未 満の未成年者については年齢による制約がかかるために、単に権利を獲得する

(前頁からつづき)

なお、銭・前掲①213頁、杜・前掲122頁、《最新民法総則実用問答》編写組編『最新民法総則実用問答』(中国法制出版社・2017年)9頁は「精神病人」という用語の差別性を指摘しており、総則では結果的に「精神病人」という差別的用語は削除されることとなった。しかしこれは対象者を拡大したことに伴う偶然の産物に過ぎない。

33) 制限行為能力者の締結した契約の効力について定める契約法47条1項を、法律行為一般に拡張したものである。同条2項は、総則145条2項に対応する。

契約法47条は、「①制限民事行為能力者が締結した契約は、法定代理人の追認を経た後は有効となる。ただし、単に利益を得るための契約又はその年齢や知力、精神の健康状態に適合した契約は、法定代理人の追認を受ける必要はない。②相手方は1か月以内に追認すべき旨を法定代理人に催告することができる。法定代理人が確答を発しないときは、追認を拒絶したものとみなす。善意の相手方は、契約が追認されるまでは、取消権を有する。取消しは通知の方式によって行わなければならない。」と定める。民法通則と異なり、法定代理人による追認が可能である旨が明定されている。

行為無能力者の締結した契約に契約法47条を類推適用することができるかについては、 争いがある。自己に不利益な取引から被後見人を保護することが成年後見制度の趣旨とす るならば、制限行為能力者の場合と同様に不確定的無効とすれば足りると言え、同条の類 推適用は認められるべきである(銭・前掲①203-204頁も同様)。 法律行為であってもなし得ず、後見人による追認もできない。そのため、法定代理人が新たな法律行為をするほかないように見える³⁸⁾。ただし、通則意見6条では制限行為能力者だけでなく行為無能力者についても、これらの者が報償・贈与・報酬を受けた場合には、相手方は制限行為能力・行為無能力を理由として行為の無効を主張することはできないものとされている³⁹⁾。

(前頁からつづき)

王・前掲248頁は、契約法47条を「取引の安全を考慮したもの」と位置づける。すなわち、民法通則では行為無能力者が行った法律行為や制限行為能力者が単独ではなしえないにも拘らず単独で行った法律行為は無効である(通則58条1号・2号)とされていたのを、追認可能としたことによって法理行為に効力を与える余地を認めたというわけである。このように契約法の下で追認が認められた理由は、強行法規や公序良俗に反するものではなく当事者の真意にかなわない意思表示でもないものであるからこうした契約については救済の余地が認められること、法定代理人の追認によって有効とされるのであるから制限民事行為能力者の締結した契約は当人の利益になるものと言えること、取引の促進ならびに相手方保護に有利に働くこと、にある(李国光主編『中国合同法条文釈解』(新華出版社・1999年)96頁)。また、中国法制出版社・前掲6頁は、制限行為能力とされる最低年齢が10歳から8歳に引き下げられたこと自体が、後見人による無効主張を制約することとなるから、法律関係の安定に資するとする。

- 34) 少額であれば制限行為能力者が義務を負うような法律行為もこれに含まれるとする見解もある(王利明主編『中華人民共和国民法総則詳解』(中国法制出版社・2017年)96頁〔王 葉剛〕。同書109頁〔王雷〕は、法律の文言が「純獲利益」であり「純獲法律利益」ではないことを、このように解する理由とする。)。
- 35) 不動産の買い入れはこれに該当しない。中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲52頁で紹介されている事案では、未成年者は18歳未満の制限民事行為能力者と記載されているのみであるにも拘らずこうした結論が示されていることから、未成年者一般に関する判示と理解される。
- 36) 通則12条1項・13条2項には、単に利益を獲得するだけの法律行為が単独でできる旨 は定められておらず、この点は通則意見6条で定められていた。
- 37) 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲51頁は、民法総則19条は通則意見3条・6条・契約法47条といったすでに出されていた司法解釈や契約法の関連規則を総括したものとする。確かに、8歳以上の未成年者については通則意見6条が総則19条ただし書きとして法文化されている。しかしながら、年齢、知力に相応する法律行為該当性の判断要素を示す通則意見3条や、通則意見6条のうち行為無能力者に対してなされた報償・贈与・報酬付与の無効を相手方は主張できないとする部分は総則19条には反映されておらず、総則制定後も法律には規定がない状況が続いている。

(3) 後見制度

通則にも後見規定はあったが、通則制定後に、「一老一小」といわれる問題、 すなわち一方では高齢化問題が、他方では両親が都市部に働きに出てしまった ために農村部に残された留守児童の問題が発生しており⁴⁰⁾、後見の問題は重要 性を増している。

総則は、未成年者と成年者のいずれについても後見制度を導入している。 未成年者の後見人は①父母である(27条1項)。父母が死亡し又は後見能力

(前頁からつづき)

また、総則19条ただし書の「単に利益を得る法律行為」には、通則意見6条にある「報酬を得ること」が含まれるものと考えられる。この点については、総則制定前の論考であるが、銭・前掲①201頁は、「報酬を得ること」が単に権利を得るだけの法律行為とは考えにくい、そもそも労務提供契約自体の有効性が問われる可能性があるのではないか、と指摘する。

38) 唐 = 高・前掲 123 頁、張栄順『中華人民共和国民法総則解読』(中国法制出版社・2017年) 62 頁は、厳密に言えばこれらは法律行為ではなくただの行為であるとして、民法通則が 10 歳未満の者は行為無能力者であるとしていたことと整合性を持たせる。しかし、例えば成年者間での贈与契約の締結は法律行為ではないというのではおかしく、かといって受贈者の年齢によって法律行為であったりただの行為となったりするのではなおさらおかしい。通則意見によってはじめて未成年者単独でもなしうるものとされたというべきである。

これに対して中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲53頁は、民事行為無能力者の行った民事法律行為のすべてが一律に無効となるわけではなく、7歳の子供がバスに乗ったり小遣いで菓子を買ったり親戚からお年玉をもらったりする行為は精神的能力に相応しているのであり、法定代理人の事前の同意あるいは事後の追認を要するものとは考えられないとする(通則について麦鋭責任編輯『中華人民共和国民法通則法釈本 第3版』(法律出版社・2014年)9-10頁も同様。)。結論的には妥当であるが、法文の手当なしにこうした解釈が可能であるのか疑問がある。

39) これに対して契約法(《中華人民共和国合同法》)47条1項ただし書には、行為無能力者への言及がない。これが立法の際の見落としではなく敢えて言及されなかったものであることについては、杜・前掲92頁。

総則の下でも通則意見6条と同様の見解が維持されるのかにつき、見解は分かれる。王利明・前掲103頁〔王葉剛〕は否定的であるのに対して、同書106頁〔王雷〕ならびに同書618頁〔冉克平〕は肯定的である。

40) 劉=黄=席・前掲74-75頁。

を有しないときは、②父方の祖父母・母方の祖父母、③兄・姉、④後見を担当する意思のある個人又は組織の順で、当然に未成年後見人となる。ただし、④については、未成年者の住所地の居民委員会・村民委員会⁴¹⁾・民政部門の同意を要する(27条2項)。

成年被後見人については、①配偶者、②父母・子、③その他の親族、④後 見を担当する意思のある個人または組織⁴²⁾の順で、後見人となる。④について は、未成年後見人の場合と同様に、被後見人の住所地の居民委員会・村民委 員会・民政部門の同意を要する(28条)。

後見人は①から④の順に決まる⁴³⁾が、協議によって決することもできる(30条)⁴⁴⁾。選任順位は総則によって初めて明確にされたものである⁴⁵⁾。第2順位者と第3順位者のように、優先順位の異なる者が協議をすることによって後見人を決めることはできない。その理由は、後見は権利であるばかりでなく義務でもあって被後見人の利益を守るために法律で設定した負担であり、負担自体は責任の順序によるべきものだからであるとする見解もある⁴⁶⁾。しかし他方では、27条・28条は適用されず、有資格者の中から自由に後見人を決めること

^{41) 1982}年憲法111条1項は、「都市及び農村が住民の居住地区に基づいて設置する居民委員会又は村民委員会は、起草の大衆性自治組織である。居民委員会・村民委員会の主任・副主任及び委員は住民が選挙する。居民委員会・村民委員会と基層政権との相互関係は、法律で定める。」とする。

⁴²⁾ 通則17条1項5号では「個人又は組織」が「親族、友人」とされており、さらに1項に 定められた後見人を欠く場合は、精神病者の勤務先(《単位》)または住所地の居民委員会、 村民委員会、民政部門が後見人となるものと規定していた(同条3項)。同号に対しては、 親族、友人に限定する必要はなくこうした制限を撤廃すべきであるとの批判もあった(銭・ 前掲①217頁)。通則規定では弁護士等の専門職後見人が就任できないことから、総則のよ うに拡大したことは適切であろう。

また、同条3項が本人の勤務先を後見人候補者とした点についても、国家計画経済時代の名残であり時代遅れであるから撤廃すべきとされていた(銭・前掲①218頁)。これは、監護人の仕事に従事する意思と能力を有する社会組織の発展が迅速であることを考慮にいれたものと説明される(劉=黄=席・前掲77頁)。

⁴³⁾ さらに、法定の後見資格を有する者がいないときは、民政部門や、後見責務の履行要件を具備する被後見人の住所地の居民委員会、村民委員会が、後見人となる (32条)。

ができるとの見解もある47)。

後見人の決定順序については、家族優先主義とりわけ親等の近い者を優先させている点が注目される ⁴⁸⁾。この点で、家族的な義務としての側面を色濃く残すものと評価できる ⁴⁹⁾。ただし、最終的には親族外の個人・組織を後見人とすることができる仕組みを採っている点では、後見人が欠ける事態を避けるべく対応がなされている。

ところが、そもそも後見人の決定にあたり法定の順序を定めることについては批判もある。被後見人・後見人〔候補者〕の意思が無視され、法定順位で選任された後見人が本人の最善の利益のために適切に職責を果たせるか疑わしいとの批判もなされているところである⁵⁰⁾。

また、後見人の候補者として挙げられる者が総則規定の通りでよいのかも問

⁴⁴⁾ もっとも、第1順位の未成年後見人は父母双方であって、協議によってどちらか一方にすることはできない(婚姻法21条1項により、父母は子どもを教育・保護する義務を負う)。30条には、法が定めた後見資格を有する者が協議の主体であることのみが規定されており、複数の者を後見人に指定できるかは明らかではない。この点、通則意見14条2項は、法院が後見人を指定する場合につき、同順位者が数人いる時はそのうちの1人又は数人が後見人となるものとする。また、通則意見15条と同様に、30条においても、後見人として選任できるのが法定の後見人資格を有する者に限定されるのか、協議による方法と人民法院による指定のいずれが優先するのかは、規定されていない(通則意見15条につき何・前掲195頁)。

⁴⁵⁾ 通則16条2項・17条1項には「順に(《按順序》)」という文言はなく、後見人となり得る資格を有する者を列記したのみであった。もっとも、通則意見14条1項では人民法院が後見人を決定する際には、通則16条2項・17条1項に列記されている順位に従って後見人を決定することができるとされていた。

⁴⁶⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲68頁。王利明・前掲142頁〔孟強〕も優 先順位が維持されるという。

⁴⁷⁾ 杜・前掲87-88頁。

⁴⁸⁾ 銭偉栄「中国成年監護制度の現状と問題点」比較法研究75号(平成25年)(以下、「銭・前掲②|という)152頁。

⁴⁹⁾ 劉=黄=席・前掲76頁は、「最も被後見人に有利に」の原則によって、家族による後見 (《家庭監護》)を基礎とし、社会的な後見を補充とし、国家後見は最後の手段としたと説 明しており、家族による後見が望ましいとの考え方が示されているのが興味深い。

題となる。成年後見人の候補者として配偶者・父母が挙げられている点について、精神病者のみが成年被後見人とされていた通則の場合(17条)とは異なるのだから適切ではないとの批判がある⁵¹⁾。すなわち、高齢者が成年被後見人となる場合、父母はもちろん配偶者も高齢であることが多いために、後見人としての職務執行に十分に対応できないというのである⁵²⁾。

⁵⁰⁾ 何・前掲208頁。もっとも、本人の生活保障や安全性確保のため、法定順位で強制的に 後見人にさせることはあり得る方向性であるとし、現時点では法定順位が必要であるとも している。

⁵¹⁾ 銭・前掲①213頁。配偶者につき銭・前掲①217頁も同様。

⁵²⁾ こうした批判は、配偶者が禁治産者の後見人となるとしていたわが国の旧840条に対する批判とも共通する。

⁵³⁾ 通則意見14条1項は、人民法院は、通則16条2項・17条1項に掲げられた順序を後見 人指定の順序とすることができると規定する。「順に」という文言のなかった通則におい てこのように解されていたのであるから、総則の下では居民委員会等も指定順序の拘束を 受けるものと解される。

⁵⁴⁾ 通則意見17条では、関連組織によって指定を受けた者は、指定に不服があれば、書面 又は口頭による指定通知を受けてから30日以内に人民法院に提訴できるものとされてい た。この期間制限は総則の下でも効力を有するものと考えられる。

⁵⁵⁾ 起草過程では、まず居民委員会・村民委員会・民政部門が後見人を指定する方が被後見人の利益にかない、後見の職責につき早期に確定することができる。人民法院に申請されると、人民法院は居民委員会等を調査しなければならなくなるとして、人民法院への直接申請を削除すべきとする意見も、一部の裁判官から出された(「張徳江委員会長主持召開民法総則草案成都座談会簡報」編写組・前掲71頁)。居民委員会等の基層組織を機能させ、法院の負担を軽減するという見地から同様の見解を主張する者もある(「李建国副委員長主持召開民法総則草案上海座談会簡報」編写組・前掲130頁)。

通則では後見人の確定について争いがある場合には、まず所属組織・居民委員会・村民委員会が指定し、それに不服がある場合には人民法院が裁決するものとされていた(通則17条2項)。しかしこれでは実際に後見人が選任されるまでに時間がかかる点が批判されていた $^{58)}$ 。この点につき総則では、居民委員会・村民委員会・民政部門による指定を待つことなく人民法院に対して後見人指定を申請できるとした(31条1項) $^{59)}$ 。また、臨時後見人についても定めが置かれ(31条3項)、これによって通則の問題点は解決された。

被後見人の心身の健康を損なう行為を行う、後見事務の履行を怠るなどの事由がある場合には、後見人の資格が取り消される。取消し手続は、関連する個人又は組織が法院に申請することによって開始され、新たな後見人が指定される(36条1項)。ここにいう関連する個人又は組織には、24条3項に示された関連組織のほか、法が認めた後見人有資格者、未成年者保護組織が含まれる(36条2項)⁶⁰⁾。民政部門については、36条2項に列記された個人及び民政部門以外の組織が後見人資格の取消しを早急に申請しなかった場合に申請義務を負うものとされており(36条3項)、被後見人の利益を最終的に保護する主体として位置付けられている。

後見人資格が取り消された場合であっても、取消しの対象となったのが被後 見人の父母と子であれば、被後見人に対して故意に犯罪を行った場合を除き、 申請により、被後見人の真実の意思を尊重することを前提に、状況を考慮して、

⁵⁶⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲65頁は、被後見人が識別能力を有する場合は、被後見人の意見を求めるものとする。

⁵⁷⁾ したがって、先順位の監護資格者が監護能力を欠き又は明らかに被監護人に不利益な場合は、次順位の者から監護人を決定することも許される(中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲65頁)。張新宝『《中華人民共和国民法総則》釈義』(中国人民大学出版社・2017年)61頁、張栄順・前掲84・95頁は、より端的に、順位には拘束されないとする。

⁵⁸⁾ 銭・前掲①197頁、李・前掲書91頁。

⁵⁹⁾ もっとも、すでに通則意見16条2文は、居民委員会等の後見人指定を受けずに人民法院に後見人指定の訴えを提起しても受理されないことを明記していた。

⁶⁰⁾ 中国法制出版社・前掲8-9頁、杜・前掲156-157頁で紹介されている事案(いずれも同一の事案である)では、村民委員会が申請人かつ新たな後見人となっている。

改物による後見人資格の復活を認める(38条)。これは、後見人は家族が就任するのが望ましいという家族主義残存の現れとも評価できるだろう 61 。しかし、後見人資格の復活によって、法院が指定した後見人と被後見人との後見関係が終了する(38条)。そのため、ようやく落ち着いた後見関係を再び混乱させることになるし、元後見人が本当に改物したかどうかについては確認しにくいため、被後見人の利益を損なう行為を再びしないという保証もないとの批判がある 62 。

後見事務の内容は、被後見人を代理して法律行為を行い、被後見人の人身権、 財産権およびその他の合法的な権利利益を保護することとされている(34条1 項)。通則意見10条にはさらに詳細な規定があり、被後見人の健康維持を図る こと、被後見人の生活上の世話をすること、被後見人の財産を管理・保護す ること、被後見人を代理して法律行為を行うこと、被後見人を監督・教育す ること、被後見人の合法的な利益が侵害された場合又は他人との間で紛争が生 じた場合に被後見人を代理して訴訟を行うことが挙げられていた。

後見事務を行うにあたっては、後見人は被後見人に最も利益となるようにしなければならず、被後見人の利益になる場合を除き被後見人の財産を処分してはならない(35条1項)。また、後見事務の履行ならびに被後見人の利益にかかわる決定をするに際しては、被後見人の年齢・知力・精神健康状態を考慮して、被後見人の真実の意思を尊重しなければならないともされる(35条2項・3項)。

通則意見22条では、後見人は、職責の全部又は一部を他人に委託すること

⁶¹⁾ 王利明・前掲175頁〔孟強〕は、父母と子女との関係は代替性のない最も密接な関係であることを理由とする。

⁶²⁾ 草案規定に対するものであるが、何・前掲201頁。張新宝・前掲75頁もこれらの批判を想定して、資格の復活にあたっては慎重な審理を要するとする。また、杜・前掲163頁は、民政部門が未成年後見人になった場合に限ってではあるが、後見人資格の復活は3か月から1年の間に申請しなければならないとする。3か月以内の申請を認めないのは、後見人資格を剥奪された者に改悛のための期間を与えるためであり、1年を超えてからの申請を認めないのは、未成年後見の関係が長期にわたり不安定になるのを避けるためとする。

ができるものとされていた⁶³。この点については、この規定は元々留守児童に対する保護措置であり、成年者には相応しくないものである。また、法定後見の場合に人民法院がわざわざ後見人の範囲を規定し、適切な後見人を選任する意味がなくなるという理由で、職責を他人に委託することは妥当ではないとの見解が見られた⁶⁴)。

後見人は費用の償還を請求することができる(34条2項)⁶⁵⁾が、報酬については規定がない。支払い請求は認められないものと解し、その理由を伝統的な家族観の影響により、行為無能力者等の世話は基本的には家族の責務とされ、後見人のほとんどが被後見人と扶養関係にあることに求める見解が見られる⁶⁶⁾。

総則では、後見関係の終了についての規定が新設された(39条)。しかし後 見関係終了を主張する、確定する主体のいずれについても定めがなく、終了事 由が生じた場合には自動的に後見関係が終了するものと解される。終了事由に は、被後見人が完全に行為能力を取得し又は回復したこと(39条1項1号)や 被後見人の死亡(同項3号)のように後見を不要とする状況が発生した場合と、 後見人の後見能力喪失(同項2号)や後見人の死亡(同項3号)のように引き 続き後見を必要とする場合の双方が含まれている。39条2項では後見関係終了 後、被後見人が後見を必要とするときは、法により新たに後見人を確定しなけ ればならないとされているが、この義務を負う主体も明らかではない。新規に 後見人を定める場合に倣って、法定の順序によって後見人が決定され、争いが ある場合には居民委員会・村民委員会・民政部門が後見人を指定する義務を 負うことになると思われる(31条1項参照)。

⁶³⁾ 中国法制出版社・前掲8頁に紹介された事例では、傍論ではあるが、後見人の職責を学校に委託するためには、委託についての明確な約定を要するものとされている。

⁶⁴⁾ 何・前掲209頁。

⁶⁵⁾ 同項は「後見人が法に従い後見事務の履行から生じた権利は、法的保護を受ける。」と 定めるが、費用償還請求権はここにいう権利に含まれると解される。

⁶⁶⁾ 銭・前掲①206頁

成年者については、行為無能力者又は制限民事行為能力者であることの認定⁶⁷⁾を人民法院に申し立てることができる(24条1項)。申立権者は、利害関係人⁶⁸⁾と関連組織⁶⁹⁾である(24条1項)。関連組織が申立人に付け加えられた点は、民法通則19条1項からの変更点である⁷⁰⁾。本人は申立権者には含まれていない⁷¹⁾。

- 68) 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲59頁によれば、利害関係人は後見人に限定されず、これよりも広いものであるとされる。これに対して後見人に限定されるとする見解もあり、この見解によれば、後見人のみが法定の義務を負っており、被後見人の人身・財産上の利益を保護するのにふさわしいとされる。ただし、この制度が本人保護を目的とするものであり、取引の安全・効率性を守るためのものではないことから、本人の債権者・債務者は含まれない。しかし、これらの者を含むとする見解も主張されている(銭・前掲①196頁)。
- 69) 関連組織の定義は総則24条3項にあり、居民委員会、村民委員会、学校、医療機関、婦女連合会、障害者連合会、法によって設立された高齢者組織、民政部門等とされている。中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲59頁は、これらの組織を限定列挙したものと解し、責任転嫁を許さないという意味で妥当であるという。しかしながら、「等」という文字が入っている以上は例示列挙と解するほかないのではないか。もっとも、例示された組織は他の組織と比べて重い責任が課されていると解することは可能であり、それが適切であると考えられる。
- 70) すでに何・前掲196-197頁は、本人ならびに本人住所地の居民委員会・村民委員会に も申立て権限を付与すべきものとしていた。

総則が申立人の範囲を拡大したのは、総則が高齢者の保護拡大を図ったことと関連している(孫・前掲②88頁も参照)。

71) 江=何・前掲12頁。中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲58頁も本人による申立てには全く触れないので、同様と解される。これに対して劉=黄=席・前掲73頁は本人による申立てを認めるようである。文言上の決め手はないが、回復認定の申立権者には利害関係人とならんで本人が明記されている(総則24条2項)こと、後述するように行為無能力・制限行為無能力の申立ては訴訟事件として扱われるため訴訟能力が要求されることから、本人による申立ては否定されるものと解すべきであろう。しかし、被後見人の範囲が拡大されれば、本人にある程度の判断能力が残されていることもあるだろう。本人の意思尊重が総則の1つの理念である(例えば、総則31条2項参照)ことから、少なくとも、本人の意見の聴取は認められるべきであろう。

⁶⁷⁾ 通則19条では「宣告」とされていた。総則の起草過程では「宣告」とするか「認定」とするかで議論があったものの、民事訴訟法187条などが「認定」としていることとノーマライゼーションの理念から「認定」が選択された(本・前掲書70頁)。

具体的な手続は2012年に改正された民事訴訟法の187条以下に定められている。そのため、訴訟事件として扱われることとなる。申立ては行為無能力・制限行為能力の事実及び根拠を記載した書面(民訴法187条2項)を当該公民⁷²⁾の住所地の基層人民法院に提出することによって行う(民訴法187条1項)。人民法院は、必要な場合には、当該公民について鑑定又はすでに提出されている鑑定意見の審査を行うことを義務づけられる(民訴法188条)。

実体法上は、行為無能力・制限行為能力の認定にいかなる効果があるのかは必ずしも明らかではない。なぜなら、行為無能力者・制限行為能力者の定義には法院による認定は含まれていない(総則21条1項・22条1項)ため、法院による認定を受けていないものの自己の行為の弁識能力が不十分な成年者について認定を経ることなしに行為無能力者・制限行為能力者とすることは、条文上は否定されていないからである。ただし、後見開始要件としての意味があるものと解される⁷³⁾。なぜなら、このように解さないと後見人指定の要否が確定しないこととなるからである。他方、訴訟法上は行為無能力・制限行為能力の認定に意味がある。訴訟当事者について行為無能力・制限行為能力の認定に意味がある。訴訟当事者について行為無能力・制限行為能力。

行為無能力者又は制限民事能力者が制限民事行為能力者又は完全民事行為能力者に回復したことの認定も人民法院に申し立てることができるが、こちらの申立権者には利害関係人・関連組織に加えて本人が含まれている(24条2項)。

(4) 任意後見制度

民法総則では、民法通則にはなかった任意後見規定が置かれた(33条)75)。

⁷²⁾ 民事訴訟法の条文では「公民」とされていることから、そのまま記載した。今後、民 法総則に合わせて自然人に変更することが想定される。

⁷³⁾ 李・前掲書69頁は認定が後見開始の要件であることを明言する。通則についてではあるが、銭・前掲②150頁も同様。

⁷⁴⁾ 最高人民法院関于適用《中華人民共和国民事訴訟法》的解釈。

起草理由は、後見人の候補者が後見人の地位を押し付け合ったり奪い合ったり して後見人の職責を果たす者を見つけられないといった状況では、関係組織も 主体的に後見の職責を果たすことができず、被後見人の利益が保護されないこ とにある⁷⁶。

もっとも、任意後見規定は民法総則ではじめて導入されたものではない。2012年に改正された中華人民共和国老年人権益保障法26条1項は「完全民事行為能力を有する高齢者(《老年人》)⁷⁷⁾は、協議により、近親者又は関係が密接で後見人となる意思のある個人、組織のうちから、自己の後見人を決定することができる。後見人は、当該高齢者が行為能力を喪失または一部喪失したときは、法に従い後見人としての責務を履行とする。」と定める。同項については、任意後見の枠組みのみを提示したに過ぎないとの評価が見られ⁷⁸⁾、①契約締結時において本人に契約締結に必要な判断能力があることを確認したり契約書の改ざんや滅失を防止したりするために必要であるから、任意後見契約の締結はたとえば公正証書といった厳格な方式によるべきである、②任意後見開始後に受任者がその職務を忠実に遂行しているか否かを委任者に代わって監督する機関を置くことが必要不可欠である、③法定後見との関係では任意後見が優先する⁷⁹⁾が制度間の接続および移行に関する要件と手続に注意を配る必要がある、と指摘する学説がある⁸⁰⁾。

民法総則は書面によって後見人を確定すべきことを明文化した(33条)ので上記①については解決されたが、②と③については手当はなされていない。書面要件については、身分に関わる協議を内容とする書面であるからこの協議の背後にある関係を審査すべきであり、人身に関する信任関係であって普通の

⁷⁵⁾ 劉新宇「ビジネス面からみた中国民法総則」NBL1097号 (平成29年) 23 頁註1は、成年後見人の任意指定を個人への影響が大きいとして議論となっている事項の1つに挙げる。

⁷⁶⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲73頁。

⁷⁷⁾ 同法において「高齢者」とは60歳以上の公民とされている(同法2条)。

⁷⁸⁾ 何・前掲204頁。

⁷⁹⁾ 張栄順・前掲103頁、李・前掲書99頁、中国法制出版社・前掲8頁。

⁸⁰⁾ 銭・前掲①212頁。

財産上の協議とは大きな差異があるので、協議の効力について人民法院は厳格 に審査すべきである。また、慎重を期するために公正証書によって双方当事者 の権利・義務を確定することが望まれるとされる⁸¹。

第2章 日本法との比較

1 能力規定の位置づけ

中国民法総則では、後見規定が行為能力の有無に関する規定のすぐ後に置かれている。これは通則をそのまま踏襲したものであるが、広義の能力規定が総則と親族編とに分置されているわが国の民法典と比較した場合に特徴的である。中国民法総則のような配置を選択する余地はある⁸²⁾。ただし、こうした配置は自覚的に採用されたものではなく、親族に関する法規が婚姻法くらいしかなく、そこに後見規定を組み入れることが適切ではないことから、結果的にこうした配置になっているにすぎない。統一民法典が制定されたときにどのような配置になるかは不明である⁸³⁾。

⁸¹⁾ 中国審判理論研究会民商事專業委員会·前掲73頁、揚立新主編『中華人民共和国民法 絵則要義与案例解読』(中国法制出版社·2017年) 145頁。

なお、揚・前掲145頁以下には、書面がないにも拘らず、法院で合意がなされたことによって任意後見契約の成立を認めた事例が紹介されている。

⁸²⁾ 大村敦志『民法読解 総則編』(有斐閣・平成21年)(以下、「大村・前掲①」という) 43頁も、「後見(さらには親権)の規定も行為能力の規定とあわせておいてしまうというやり方」も考えられるが、未成年後見の場合は財産以外に関する権限もあることから、後見規定は親権とともに親族編に置くべきだという理由で、起草者が明示的に退けたことを指摘する。

[「]人の法」という考え方をとるものとして、広中俊雄『新版民法綱要 第1巻総論』(創文社・平成18年)110-111頁は、「配偶者」のみが定められていた旧法と異なり、成年後見人・保佐人・補助人は、はじめから家庭裁判所が一切の事情を考慮して選任することとされている(843条4項・876条の2第2項・876条の7第2項)結果、成年後見制度は親族法上の制度ではなくなったにも拘らず親族編に規定が置かれているのは、体系上軽視しがたい問題をはらむとする。

2 能力規定の内容

(1) 意思能力と行為能力

意思能力を明文化した日本と従来通り明文化しなかった中国という点では両国の法制度は大きく異なることとなった。しかしながら中国でも意思能力概念自体は認められており、その内容もわが国で主張されてきたものと大きく異なるものではない。

これに対して、行為能力については差異が大きい。まず中国法が行為無能力概念を残している点、平成11年の成年後見制度の創設によって行為無能力を廃止したわが国とは異なっている。中国民法総則が行為無能力者の行った法律行為を一律に無効とする(144条)のは、被後見人の意思の尊重とは程遠いものであるから、改めるべきであろう。また、行為無能力・制限行為能力は法的概念であるとされながらも、21条1項・22条1項の規定ぶりは、対象となる者の弁識能力の有無を個別に判断して行為能力の有無を決するというものである。そのために法院による認定との関係が不明確となっている。この点においても、わが国のように裁判所による審判と行為能力の制限とが連動していることを明確にする制度の方が優れていると考えられる。

(2) 制限行為能力・行為無能力

日本法においては20歳をもって成年とされており(4条)、18歳とする中国 法と異なる点が目につく。しかし、成年者が完全行為能力を有する点は共通で あり、成年年齢の相異は小さな問題に過ぎない⁸⁴⁾。

⁸³⁾ 梁慧星「中華人民共和国民法典大綱(草案)」徐国棟編『中国民法典起草思路論戦』(中国政法大学出版社・2001年)54頁では、後見規定は第6編親族の第9章に置かれている。また、中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲66頁は、成年後見については将来の「監護法」制定の余地を残しているとしており、後見規定が民法典の外に出される可能性すら否定できない。「李建国副委員長主持召開民法総則草案上海座談会簡報」編写組・前掲128頁も、民法総則と後見制度とは、後見人が被後見人の法定代理人となる点でのみ関連しているのであり、他の点は民法総則に含まれるべきものではないから、諸外国にならって後見規定は新族編または婚姻家庭編に組み入れるべきとする意見があったことを紹介する。

むしろ大きな相違は、以下の点にある。

第1に、中国法では未成年者を制限行為能力者と行為無能力者に区分するにあたり、8歳という明確な数値をもってしているのに対し、わが国ではそうした区分はない。この点では、中国法はドイツ法を踏襲している⁸⁵⁾。これに対してわが国では、未成年者はすべて制限行為能力者とされており、法定代理人の同意によって未成年者自身が法律行為をすることができる(5条1項)⁸⁶⁾。また、法定代理人の同意なしに未成年者のした法律行為は取り消すことができる(5条2項)が、法定代理人が追認することによって取り消せなくなる(122条)。法定代理人の代理・同意・追認によって法律行為を行うものとされる点は、中国の制限行為能力者制度と同様である。しかし、わが国では法定代理人の同意のない法律行為は取消しの対象とされる(5条2項)⁸⁷⁾のに対して、中国法では無効である(行為無能力者の行った法律行為につき144条、制限行為能力者につき145条1項の反対解釈)。また、行為無能力者については同意・追認によって法律行為を行う余地が認められておらず(20条)、この点に我が国との差異がある。

未成年者のうち制限行為能力者に区分される者には単独で行える行為が認められている点は日本法と中国法で共通している。ただしいかなる行為を単独で行えるかについては細かな点で差異がある。単に利益を獲得する行為をなしうるのは共通である(中国民法総則19条ただし書、日本民法5条1項ただし書)が、義務を免れる法律行為については日本法にのみ規定がある(5条1項ただし

⁸⁴⁾ 現にわが国でも成年年齢を18歳とする方向で議論が進んでいる。

⁸⁵⁾ BGB104条1号は7歳未満の者を行為無能力者、BGB106条は7歳以上の成年者を制限 行為能力者とする。

⁸⁶⁾ ただし、未成年者であっても意思能力がない幼児については、法律行為の要素である 意思を欠くから法律行為は成立しないと解される(梅謙次郎『民法要義 巻之一総則編』(有 斐閣・明治44年)16-17頁)ため、結論の差異は見かけほどは大きくない。

⁸⁷⁾ 大村・前掲①48頁は、未成年者の行った法律行為を取消し可能な行為としており無効とはしていない点で、「未成年者は無能力者ではなく制限能力者と呼ばれるにふさわしい」とする。

書)⁸⁸⁾。また、日本法では、法定代理人が目的を定めて処分を許した財産の目的の範囲内での処分、目的を定めずに処分を許した財産の処分を未成年者単独でなしうるとされる(5条3項)のに対して、中国民法総則では未成年者の年齢・知力に相応する法律行為を未成年者は単独でなしうるものとされる(19条ただし書)。法定代理人による処分許可の有無は個別に判断されるのに対して、年齢・知力に相応する法律行為か否かは規範的・客観的に判断されることとなる。多くの場合、法定代理人は未成年者の年齢・知力を考慮して処分の可否を決するであろうから、未成年者が単独でなしうる法律行為の範囲は結果的にはほぼ同様となろう。しかし、紛争において当事者が主張・立証すべき内容は異なってくる。

日本法では、単に権利を得又は義務を免れる行為に該当することは、未成年 者側の取消権行使の抗弁に対する再抗弁に位置づけられるが、具体的に機能す る局面は考えにくいとされる⁸⁹⁾。中国法においても、単に権利を得る行為に該 当することは、未成年者側の無効の抗弁に対する再抗弁となるものと考えられ る。

日本法においては、処分に対する法定代理人の許可(5条3項)は、取消の抗弁に対して取消の効果発生障害事由として再抗弁の機能を果たす。目的を定めて許したか否かは、再抗弁の段階では問題とならない。しかし、目的を定めたときは、その目的を定めたことと未成年者の処分行為がその目的に反していることの2点が再々抗弁となるというべきであろうとされる⁹⁰⁾。したがって、相手方は法定代理人の許可を立証しなければならない。そしてこの立証が成功した場合、未成年者の側は、法定代理人が目的を定めたときは、その目的の内

⁸⁸⁾ 杜・前掲79頁ならびに揚・前掲103頁は、義務を免れる行為も、19条ただし書の「単に利益を獲得する行為」に含まれると解する。また、通則に関する注釈書である麦・前掲8頁は、単に利益を獲得する行為と並んで義務を免れる行為も、制限行為能力者が単独でなしうる行為としていた。

⁸⁹⁾ 大江・前掲145頁。

⁹⁰⁾ 大江・前掲147頁。

容ならびに処分行為と目的との齟齬の2点を立証しなければならない。これに対して中国法においては、以下のようになるものと考えられる。すなわち、未成年者の相手方が法律行為の実現を求めてきた場合、当該法律行為が未成年者の年齢・知力に相応する法律行為であることは、無効(143条1号)の抗弁に対する再抗弁となる。ここでは、相手方は当該法律行為の内容、未成年者の年齢、未成年者の知力の程度、当該法律行為の相応性のすべてを立証しなければならない。なお、通則意見3条では、当該法律行為の相応性は、当該法律行為と当該未成年者の生活との関連する程度はいかなるものか、本人の知力により当該行為を理解できるか、本人が当該行為の効果を予見できるか、当該法律行為の目的となる価額はいくらか等91)を考慮することによって判断するものとされている。

このように日本法の下では、相手方は未成年者と取引をするにあたって処分許可があったことの立証を求めることによって、当該法律行為が取り消されるリスクを回避することができる。これに対して中国法では相手方は未成年者の知力の程度や当該法律行為の相応性まで立証しなければ法律行為が無効とされるリスクを避けることができないだろう⁹²⁾。「年齢、知力に相応する法律行為」という一見すると客観性の高い基準を採ってはいるが、立証責任を考慮した場合、必ずしも取引の安全に資するものとは言えないように思われる。

第2に、未成年者を完全行為能力者とすることは日本法・中国法のいずれに おいても認められているが、要件が異なる。

⁹¹⁾ 唐=高・前掲153頁は、意見に明記されている事項のほか、地域性(《不同地区環境》)・ 風俗習慣・教育(《文化教育》)・家庭等の多様な要素の影響を考慮すべきものとする。

⁹²⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲51頁も、この文言の解釈には裁判所の裁量の幅が広いことを認める。白出博之「中国民法総則草案の要点について(上)」国際商事法務44巻9号(平成28年)1307頁註9によれば、2016年6月29日の法制日報もこの文言の明確化が必要と指摘している。

銭・前掲①202頁は法院の負担が課題になるのではないかとの懸念を示す。しかし、主張・立証責任を考えると、本文に書いたように、法院よりもむしろ法律行為の相手方に不当に重い負担を掛けることになるのではないだろうか。

中国法では、16歳以上であること、ならびに、自己の労働収入を生活の主たる収入源としていることである(18条2項)。

これに対して日本法では、営業を許可されていること、ならびに、当該法律行為が許可された営業に関するものであることである(6条1項)。紛争における主張・立証責任の所在は以下のように解されている。法定代理人による未成年者に対する営業許可の事実は、取消しの効果発生障害事由として再抗弁の機能を果たす⁹³⁾。また、問題となる法律行為が未成年者が許された営業に直接・間接に必要な行為であることは再抗弁となる。これは、請求原因である法律行為と再抗弁である許可された特定の営業とを対比することによって明らかとなることが多く、その場合は改めての主張は不要である⁹⁴⁾。法律行為に先立ち未成年者の営業についての商業登記(商法5条)⁹⁵⁾がなされていたことも、再抗弁にあたる⁹⁶⁾。これに対して営業許可の取消し又は制限(6条2項)は、再々抗弁として位置づけられるから、未成年者の側で立証すべきである⁹⁷⁾。

中国法では、16歳以上の未成年者であること、ならびに、その未成年者が 自己の労働収入を生活の主たる収入源としていることは、いずれも無効主張に 対する再抗弁にあたるものと解される。

日本法においては再抗弁事由が多いものの、商業登記の有無は形式的に判断できる事柄であるし、当該法律行為が営業に関連するという事実は許可された営業との対比で決せられるのであるから、結局のところ相手方としては営業許可の事実の立証に注力すれば足りることとなる。したがって、相手方としては未成年者と取引をするにあたり、親権者又は未成年後見人が営業を許可した旨を未成年者に対して証明するように求めることで、法律行為が取り消されるリ

⁹³⁾ 大江・前掲150頁。

⁹⁴⁾ 大江・前掲151頁。しかしながら、「営業に関して」(6条1項)の範囲は明確ではない との指摘もなされているところである(四宮和夫=能見善久『民法総則 第8版』(弘文堂・ 平成22年)39頁)。

⁹⁵⁾ 手続は商業登記法6条2号、14条~26条、35条~39条に定められている。

⁹⁶⁾ 大江・前掲153頁。

⁹⁷⁾ 大江・前掲150頁。

スクを避けることができる。これに対して中国法では自己の労働収入を生活の主たる収入源としていることを相手方が立証しなければならない。未成年者の収支状況に関する正確な情報を相手方が知ることは困難であり、また、収支状況が変動する中で当該法律行為の時点でのそれを立証することを求めるのは、相手方に過大な負担を掛けるものと言わざるを得ない。その結果、法律行為が無効とされるリスクを避けるためには相手方はこうした未成年者との取引を回避することとなって、結局のところ総則18条2項によって未成年者の真意を尊重しようとした目的は達せられないこととなる。

確かに、日本法のように同一人でありながら行為能力制限がある部分とない部分があるという制度よりも、中国法のような定め方の方がある人が完全行為能力者であるか否かを決することができるという意味では分かりやすいとも言える。しかし、日本法のような定め方は、制限行為能力者が単独でできる事柄とそうでない事柄とを併存させる点で、被保佐人や被補助人の場合(13条1項・17条1項)と全く同じである。中国法のように人的単位で行為能力の有無を確定すると、完全行為能力者とされた場合には、未成年者の行ったあらゆる法律行為について未成年を理由として無効とすることができなくなる。16歳以上という年齢制限がかけられているとはいえ、自己の労働収入を生活の主たる収入源としているのみで成人並みの判断能力があるとまでは言えず、本人保護⁹⁸⁾の点では疑問がある。

第3に、中国法では制限行為能力者・行為無能力者の行った法律行為の効果

⁹⁸⁾ なお、1991年制定の未成年者保護法(《未成年人保護法》)(2006年・2012年改正)もあるが、同法は未成年者の心身の健康を保護し、合法的権利の保障等を目的とし(1条)、未成年者は保護を受ける権利等の権利を有する(3条)。未成年者の後見人も未成年者を保護する責任を負う(6条1項)。もっとも、未成年者の保護は、未成年者の人格の尊厳の尊重、未成年者の心身の発達段階及び特性への配慮、教育及び保護の両立という原則に基づいて行われるとするものの、財産権保護に関しては規定されていない。したがって、未成年者の財産権保護は同法の適用対象外と見られるだろう。

未成年者保護法の2006年改正内容ならびに翻訳は、鎌田文彦「中国における未成年者保護法の改正」外国の立法232号(平成19年)77頁以下参照。

規定が、民事法律行為の行為能力の箇所に定められている。そのために、これが行為能力の箇所に定められている日本法(5条2項・9条本文・13条4項・17条4項)と比べて一覧性に欠ける。

また、制限行為能力者・行為無能力者の行った法律行為の効果が無効とされている点もわが国と異なる。通則58条1項1号・2号については絶対無効と解されていたところであり、これを行き過ぎとして批判する見解も根強かった⁹⁹⁾。契約法47条と総則では法定代理人が追認可能としたが、追認がなされない場合はたとえ被後見人にとって有益な法律行為であっても無効とされてしまう点で不十分なのではないだろうか。また、行為能力回復後に本人が追認権を行使できるか、規定を欠くために明らかではない。

無効・取消しの効果も中国法と日本法とでは異なっており、中国法では、無効の効果は原状回復とされる(157条)のみである。日本法のような返還範囲を現存利益に限定する旨の保護規定(121条の2第3項)を欠く点も、不十分であると考えられる。

(3) 後見制度

誰を後見人とするかについて、中国民法総則は詳細な規定を置く。また、後 見資格取消し事由についても明文規定を置く(36条)が、欠格事由について は規定がない。これに対して日本法では後見人の解任事由(846条)・欠格事 由(847条)に関する規定はあるものの、成年後見人の候補者の範囲に限定は ない。旧840条では夫婦の一方が禁治産宣告を受けた時は他の一方が法定代理 人となるものと定めていたが、この規定も削除された。すべてを家庭裁判所の 職権に委ねる(843条1項)日本法に比べ、中国法の方が明確な手続を定めて いるようにも見える。しかしわが国で旧840条が削除された理由がそうであっ たように、先順位の後見人候補者であっても後見人として不適格な者がおり、 結局のところ、そうした事情も踏まえて後見人が決定されるのであるとすれば、

⁹⁹⁾ 銭・前掲①201頁。

大差はない。むしろ、先順位の後見人候補者であることのみをもって不適格者が後見人に就任する危険性は高いものとも考えられる。中国法には後見人の欠格事由に関する規定がないが、不適格者を定型的に排除するためにも規定を置くべきであろう 1000。

中国民法総則24条1項は利害関係人のみならず関連組織も、行為無能力認定・制限行為能力認定の申立権者に含む。申立権行使につき特に要件は課されていないから、利害関係人が認定を不要と考えた場合であっても、関連組織が申立てを行うことができることとなっている。

わが国でも市町村長が後見・保佐・補助開始審判の申立権者となることがあるが、それには一定の制約がある。例えば、老人福祉法32条は「六十五歳以上の者」につき、「その福祉を図るため特に必要があると認めるとき」審判開始の申立を認め(取消の申立は認めない)(「六十五歳以上の者」という文言については同法5条の4第1項が「六十五歳未満の者であつて特に必要があると認められるものを含む。」とする)、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律51条の11の2は「精神障害者につき、その福祉を図るため特に必要があると認めるとき」につき同様に審判開始の申立を認め、知的障害者福祉法28条は「知的障害者につき、その福祉を図るため特に必要があると認めるとき」につき審判開始の申立を認める。また、任意後見受任者・任意後見人・任意後見監督人は後見・保佐・補助開始審判の申立権者である(任意後見法10条2項)が、任意後見契約の締結自体が委任者本人の意思に基づくものであるから、やはり無条件に申立権者となるわけではない。

確かに、後見・保佐・補助開始審判は本人の行為能力制限のきっかけとなりうるものであるのに対して、中国民法総則24条による認定がなされることに何らかの効果が結び付けられているわけではない。その意味では、後見・保佐・補助開始審判の申立てはより慎重になされるべきであって、そのため

¹⁰⁰⁾ もっとも、禁治産者・準禁治産者が削除されたことには立法論的に疑問があるとの指摘がなされており(大村敦志『民法読解 親族編』(有斐閣・平成27年)(以下、「大村・前掲②」という)413頁)、日本法の規定をそのまま取り入れればよいというものではない。

に「特に必要があるとき」といった要件が加重されているのだと解することもできる。しかし、行為無能力・制限行為能力の認定は不要という利害関係人の判断を無視して関連組織が認定申立てをできるというのは疑問がある¹⁰¹⁾。

とはいえ、関連組織の申立権限を民法典の中に明文化した中国民法総則の定め方は、申立権者の一覧性という観点からも、また、申立権の積極的行使を促すための象徴的意味という観点からも、注目するに値するだろう¹⁰²⁾。

(4) 任意後見制度

特別法を制定したわが国と異なり、民法総則の中に規定を置いた点に中国法の構成上の特徴がある ¹⁰³⁾。任意後見契約については、任意後見人に代理権を付与するだけで本人の行為能力を制限するものではなく、任意後見制度の実質は「公的機関の監督を伴う任意代理制度」であるとの指摘がなされている ¹⁰⁴⁾。この点、後見制度よりも代理制度や委任契約に近い制度として位置付けられる。民法総則の後見規定の中に組み込むのが良いのか、慎重な検討が求められよう。

また、規定内容の面では、中国民法総則には1箇条が設けられただけであるため、任意後見監督人も置かれておらず、協議によって作成された書面をどのように保管するのか、公示はどのようになされるのかなど、ほとんどの事項が空白となっている。法定後見との関係や移行の手続も明らかではない。特に公的機関による監督がない点は、任意後見制度の実質は「公的機関の監督を伴う

¹⁰¹⁾ もちろん、中国民法総則28条では関連組織は第4順位の後見人候補であって、近親者 に後見人が見つからない場合の最後の砦として位置付けられていることから、現実には利 害関係人の意向を無視してまで認定を申し立てることは考えにくい。李・前掲書73頁も、 24条1項に基づく関連組織による申請は限定的になされるべきことを指摘する。

¹⁰²⁾ 高齢化社会の進展に伴い後見制度が今後ますます重要性を増すであろうことに鑑みると、後見・保佐・補助制度の利用が望まれる高齢者の情報を要介護認定の際の調査を通じて有していると考えられる市町村の役割は大きいのではないか。

¹⁰³⁾ 銭・前掲①211頁は、任意後見制度につき、特別法モデルと民法典に導入するモデルと を提示している。

¹⁰⁴⁾ 大村・前掲②456-457頁。

任意代理制度」であるとの指摘¹⁰⁵⁾があり、公的機関による監督は制度を運用する上での本質部分と考えられることに鑑みると問題がある。

結語

以上のように、中国法と日本法とでは種々の相違点が見られる。

これらの相違点のうち、わが国の参考になりうると考えられる点をすでに論 じた事の繰り返しとなるが、2点だけ指摘しておく。

第1に、後見制度に関する規定を民法総則に組み入れる点である。親族後見 人の割合が減少していることも考えあわせると、後見規定を親権と連続性を 持ったものとして位置付けるのが良いのか、再考の余地がある。

第2に、居民委員会・村民委員会・民政部門といった機関の果たす役割が大きいことである。わが国においても市町村長が後見・保佐・補助審判の申立権者となりうるが、特別法に規定が置かれているのみである。確かに行政機関の果たすべき役割は補助的なものに止まるべきであるという考えにも一理あり、過度の介入は避けなければならない。しかしながら、行政機関の権限を民法典で明らかにすることによって、行政機関がその役割を適切に果たすように促す象徴的な効果が得られるものと考えられる。

(なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授)

209

¹⁰⁵⁾ 大村・前掲②456-457頁。