

民法第一部
試験問題解説

2013年8月5日・7日微修正・19日補足

松岡 久和

I 出題趣旨と解答

民法の基本的な概念を聞いている。六法参照可であることから、条文に出てくる言葉は基本的に避けている。

- ①過失責任（主義） ※「過失責任」だけで許容。「主義」が付いても可と変更します。
- ②宇奈月温泉 ※事件名と内容を民法の常識として知っておいていただきたい判例です。「温泉パイプ」というのは事件内容をわかっているようなので1点をおまけであげました。これに類する答案が結構多く笑えます。
- ③意思能力 ※定義は法律学小辞典のものを使用しました。「意志能力」はダメ。「事理弁識能力」も論外。
- ④準則 ※「準則主義」と「主義」が重複する答えは迂闊なので1点減点
- ⑤形成 ※「形成権」と「権」が重複する答えは迂闊なので1点減点
- ⑥強行規定 ※任意規定と対比されているが、強行法規でも減点はしません。
- ⑦心裡留保 ※六法で確認もできるので「心理留保」ではダメです。「民法93条ただし書き」は許容。
- ⑧不当利得 ※「不当利得法」「不当利得返還請求」「民法703条」も許容。同じような質問メールが来ます。ここは「不当利得」「703条」が最低限入っていれば、「不当利得返還義務」「不当利得関係」OKで、「現存利得」と703条の中身を書いたものでも許容です（最近の不当利得の類型論では現存利得への縮減は例外的で受けた給付の原物またはその客観的価値の返還が内容となりますが、民法第一部ではそこまで厳格なことは申しません）。
- ⑨除斥期間 ※「除籍期間」は字も意味も違いますのでダメです。
- ⑩調停前置 ※「調停前置主義」と「主義」が重複する答えは迂闊なので1点減点

II 出題趣旨と解答例

これも民法の基本的で重要な概念の理解を聞いている。全部できるのが望ましいが、最低限、このうちの2つくらいしっかりと説明できないと困る（一定の合格率を確保するための処置でもある）。この問題も、六法参照可であることから、条文を探して内容を書くだけでは対応できないものを選んで出題している。

以下の説明は、解説の趣旨から少し丁寧に書いてあるから、10行程度なら、このうち中核部分が書ければよい。

(1) 権利濫用の濫用

権利濫用禁止の原則は、民法の基本原則として（私法、さらには法律一般の基本原則とも考えられる）、権利がその社会性・公共性の観点から内在的に制約されることを示している。元来は、他人を害する目的での権利行使を禁止するシカーネ禁止法理を中核としていて発達したものであったが、次第に、権利者の主観的態様のみならず、権利として保護される利益の内容と、権利行使の相手方の有する行動の自由や公共の利益の客観的な利益衡量で権利濫用の成否が判断される傾向が強くなってきた。

しかし、この考え方を広げ、すでに生じている事実の重みを重視しすぎたり、公共の利益が私的な利益に優越するとして利益衡量を行い、安易に権利濫用によって権利の行使を否定すると、権利は法によって保護されるという原則が掘り崩されるおそれがある。このような事態に陥らないよう権利濫用禁止原則の適正な運用を心がけるべきであるという主張を表現するのが「権利濫用の濫用」（の禁止）である。

(2) 動機の錯誤

意思表示をするに至る内心上の原因を動機とか縁由という。たとえば、鉄道の敷設による地価の騰貴を見込んで土地を購入した場合の鉄道の敷設という情報収集に誤りがあった場合や、眼鏡をなくしたので新しく注文するというばあいの眼鏡の紛失である。動機は千差万別であり、意思を決定する者が自己

責任で情報の収集や判断をしなければならない自己の領域に存在するから、その錯誤を理由に意思表示（やこれを不可欠の構成要素とする契約その他の法律行為）の無効を主張できたのでは、相手方にとって予測できない大きな不利益となる。それゆえ、判例、旧通説などの二元説は、原則として動機の錯誤を理由とする無効の主張を認めない（95条不適用）。もっとも、動機が表示されて、かつ、法律行為の内容になった場合には、例外的に錯誤無効の主張を許すのが二元説である。これに対して、新二元説は、動機の錯誤は、条件・行為基礎の脱落・性状保証（瑕疵担保責任）などによって処理すれば良く、こうした例外を認める必要はないとしている。さらに、近時の多数学説は、表示の錯誤と動機の錯誤の区別が困難なことが少なくなく、判例でも問題になる錯誤の多くが動機の錯誤であるところから、両者を統合して相手方の認識可能性（何が対象かには争いがあるが）を要件として一元的に処理すればよい（95条の適用を全面的に肯定）する。

（3）94条2項の類推適用

民法94条は、1項で、表意者と相手方が通謀して効果意思がない意思表示を行っても無効である旨を定め、さらに2項で、その無効は善意の第三者は対抗できないとしている。この規定は、元来は、このように表意者と相手型の通謀を要件とする狭い規定であったが、昭和40年代以降、登記に公信力が欠けている日本法の欠陥を補い、取引の安全を保護する目的で、判例により徐々に拡張され、権利外観に対する信頼保護の準則として確立しつつある。

すなわち、第一段階として、権利の帰属と対応しない登記が権利者の意思に基づいて行われている場合（他人名義の無断借用など）には、通謀要件がなくても94条2項を類推適用できるとされた。同条が比較衡量するのが権利を失う者と権利を得る者の利益であり、登記名義人の関与の仕方はこの衡量においては不可欠の要素ではないからである。次いで、権利者の知らないうちに登記名義が書き換えられた場合であっても、権利者がそのような状態を承認している場合には、自ら積極的に虚偽の概観を作出したのと同様であるとして、類推適用が拡張された。近時、虚偽外観の出現につき権利者に重大な過失がある場合にまで、同項を類推適用する最高裁判例が現れ、単純な放置では足りないと言われてきたこととの境界線をどこに引くかが難しい問題となっている。

さらには、権利者が一定の虚偽外観の作出を容認していたところ、中間者の行為によってそれとは異なる権利外観が出現した場合には、94条2項に加えて110条をも類推適用することで、善意・無過失の第三者に対して無効を主張できないとするところまで広がってきている。これは、帰責性を緩めることとの均衡上、第三者の信頼の正当性を厳しく問うという思考様式を表現している。

（4）離婚における有責主義と破綻主義

有責主義とは、離婚原因として夫婦の一方に遺棄や虐待のように非難されるべき有責な行為があることを必要とする立法上の立場であり、裁判上の離婚を極力認めないとの本原則に対する例外として離婚事由を考えるものである。これに対して、破綻主義とは、離婚原因として夫婦間の共同生活が客観的に維持できなくなっていることで足りるとする立法上の立場である。日本民法は、770条1項1号・2号においては有責行為を離婚事由としているが、3号・4号および全体の受け皿としての5号では、明らかに破綻主義を採用している。

もっとも、破綻主義を採用するからといって、有責配偶者の側からの離婚請求を認めるか否かは別問題である。最高裁は、当初「踏んだり蹴ったり事件」で、妻の保護や当事者間の衡平を考慮して、有責配偶者の離婚請求を否定する消極的破綻主義にとどまった。しかし、その後、有責配偶者であるということだけで離婚請求を否定するべきでないという見解を改め、さらにその運用においては、次第に、一定の別居期間を経ることで離婚を認める方向に進んでいて、1995年の改正提案は積極的破綻主義を採用するべきだとした。

（5）父子関係の決定と争い方

法律上の夫婦間に生まれた子供の場合には、出生届が提出されれば、夫と子供の間父子関係が生じているように見える。婚姻成立の日から200日以後、又は、婚姻解消もしくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、夫の子供と推定される（772条）。この推定が働く限り、夫が父子関係を争うには、子の出生を知った時から1年以内に嫡出否認の訴えによるしかなく（777条）、この期間を徒過したり嫡出を承認した時は（776条）もはや争えなくなる。子の福祉や家庭生活の平穩のために、このような厳しい制

約があるのである。

他方、婚姻中の夫婦に生まれた子供であっても、婚姻成立から200日以内に生まれた子には推定は働かない。また、夫の長期海外出張や収監などにより夫婦間に客観的に性的交渉がないことが明らかな場合にも、この及ばない。これらの場合においても、嫡出子出生届が提出されれば、夫と子供の間父子関係がいちおう生じるように見える。しかし、推定が機能しないため、夫は、嫡出否認の訴えによらず、期間制限のない親子関係不存在確認請求の訴えによって父子関係を争うことができる。

婚姻中にない女性が出産した子供については、法的な父子関係はそもそも外形的にも存在しない。それゆえ、生物学的な意味で父子関係にある男性が自分の子供であると認める認知(779条)を行って初めて父子関係が発生する。男性の意思に基づかず、認知を求める訴え(強制認知。787条)の制度もある。生物学的な父子関係がない場合や、認知意思がなく勝手に認知届が出された場合などは、認知は無効であり、法的な父子関係は有効に成立しない。認知の意思が撤回できないことには争いがないが、詐欺・強迫など意思に基づくものの意思決定の過程に問題がある場合に認知が取り消せるかどうかについては、785条の解釈で争われている(判例は肯定説。学説の多数は否定説)。

III 出題の趣旨と解答例

日常家事債務の連帯責任(761条)と表見代理(110条)の関係と、消滅時効完成後の自認行為についての理解を問う問題である。後者については、判例法理を曖昧な形で理解していると痛い目に合うという例として示すことも出題の趣旨に含まれる。

小問を設けているのは、2回生を中心とする受講生がこの種の事例問題に十分習熟していないことに配慮するものである。3年次配当科目や法科大学院入試では、このような小問を設けないことの方が多く、事例を分析して問題点を抽出する能力も問われることになる。

(1) 173条の2年や174条の1年などの非常に短い消滅時効期間については、時効一般について説かれている根拠のうち、長期間にわたって権利が行使されない状態の保護だとか、権利の上に眠るものは保護に値せず不利益を受けてもやむをえないという説明は妥当しない。この種の短期消滅時効は、その取引が非常に短期間で決済されることが常であり、債務者にその期間を超えて長期間弁済の証拠である領収書等を保存しておく負担を課するのが適切でないという特徴を持つことを理由としている。ここでは、消滅時効は、弁済による免責の効果を、直接的な領収書に代えて一定の時の経過によって与え、真に弁済したがその証拠を保持していない債務者を保護するという機能を果たしている。

(2) 民法761条は、日常の家事に関して夫婦の一方が第三者と契約その他の法律行為を行った場合、配偶者もそれから生じた債務について連帯責任を負う旨を規定している(432条以下の連帯債務を負います)。そしてこの規定には直接定めていないものの、日常家事の範囲では、夫婦相互に代理権があるものと解されている。

本件パソコンの購入が日常家事の範囲に入るかどうかは微妙である。完全に趣味の物であれば、夫婦財産の別産制との関係でも、債務は当該本人だけが負い、他方配偶者は責任を負わないとも考えられる。しかし、ゲーム用の高性能パソコンセットとはいえ、Aがときおりゲーム開発のモニターのアアルバイトをしていたことから、夫婦共有の財産として使用しているとも考えられる。さらに、仮に実際はAの専用のパソコンであっても、パソコン自体に汎用性があり、Xは、AYが家庭で共同に使うものと信じて販売したかもしれない。すなわち、AがYのために自己の権限を超えてYを代理し、AとYの共同で甲を購入したともみられるのである(※末尾に補足)。

このような場合、761条から読み取ることのできる法定代理権を基本代理権として広く表見代理(110条)の規定を適用すると、夫婦の財産的独立性・夫婦別産制を害する。かといって、まったく表見代理の適用の余地を認めないと取引の安全を害する。そこで、判例・通説は、その越権行為の相手方である第三者においてその行為がその夫婦の日常の家事に関する法律行為に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときに限り、761条の趣旨を類推して第三者の保護を図るべきであるとしている(最判昭44・12・18民集23巻12号2476頁)。

以上を本件に当てはめて考えると、甲がAY夫婦の婚姻生活に役立てるものとして購入されたと認められる場合には761条を直接に適用してYに支払責任を認め、仮にそうでないとしても、甲の購入が夫婦の日常の家事に関する法律行為に属すると信ずるについては正当の理由があるときは、やはりYの支払

責任を認めることができる（詳細に分析すると、自ら契約を結んで甲を購入したA自身の責任と、表見代理によるYの責任が連帯債務となる。表見代理そのものの成立によっては自称代理人Aは相手方に対して責任を負わない）。もっとも、本問では、これ以上の事実が明らかではないので、Yが支払責任を負うかどうかを断定することはできない。慎重な態度を採るのであれば、ここまでで止めておくのが望ましいが、責任の有無を断言した理由が不合理でなければ、いずれの結論を採っても減点はしない。

なお、離婚の際に売却した甲の代金20万円全額をAがYから受け取ったのは、Yの主張のように財産分与の趣旨とも理解できるが、他方で共有物を分割清算して10万円ずつに分けた上で、Aが取り分10万円をYに財産分与として与えたとも理解できるので、いわば中立的な事実であって、761条や761条+110条によるYの責任の成否には直接影響しないだろう。

(3) 判例（最大判昭41・4・20民集20巻4号702頁）は、「債務者が、消滅時効完成後に債権者に対し当該債務の承認をした場合には、時効完成の事実を知らなかつたときでも、その後その時効の援用をすることは許されないと解すべきである」旨を判示した。この判断が本件にも妥当するか否かが問題である。Yは、Xの債務が時効にかかっていることを気付かず、X自身の債務の存在を認めていた。(2)で検討したように、761条または同条と110条の類推適用によってYも同額の債務を負う場合には、自らの債務についても時効の完成を知らずにその点を争わなかったと考えられないわけではない。しかし、Yは、自らの債務の存在を争っており、債務を積極的に承認する行為をなんら行っていない。積極的な承認行為がない以上、相手方Xが、Yの態度によってもはや時効が援用されることがないとの信頼を抱くこともない。それゆえ、本件では、「消滅時効完成後の自認行為」と呼べる行為が存在しないため、信義則上時効の援用権を喪失するという判例の準則が適用されることもない。Yは、消滅時効の完成によって債務を免れる当事者そのものであるから、短期消滅時効を援用して(145条)、支払い義務を免れることができる。

【補足】 顕名の問題

お盆前にたいへん優れた質問を頂きました。その要旨は、Aが自己の名前で甲の購入契約を結んだとすれば、顕名がないのになぜそれがYを代理する行為と理解できるのか、というものでした。12日の週には対応ができませんでしたので、青山道夫＝有地亨編『新版注釈民法(21)』（有斐閣、1998年）448-449頁〔伊藤昌司〕の記述を確認して、19日に補足を加えました。

昭和23年改正前の旧法下では妻の日常家事行為は、夫を本人とする代理行為であることが明らかでした。そのため、法が代理権を与えているのであるから、代理一般における顕名の要件を充たさなくても代理行為が成立するという解釈が取られました。代理の文言を削った現行法下でも公表裁判例で、一方が自己名義で行った行為の効果が他方にも発生しているかどうか争われた例が少なく、学説の議論も十分でなく、当然に双方向的に代理権があるとするのが通説です。そうすると、旧法下と同じように、日常家事に属する（と外見上思われる）行為については、法律上当然に相互の代理権があり、かつ、顕名がなくても100条ただし書きで代理行為と扱われるのです。それに加えて、上記解説に引用している最判昭44・12・18は、妻による夫名義の不動産処分の事例でしたから、男名義の預金を女が引き出しに来たような場合と同じく、代理とみるのが自然な事例でした。解説はこうした現在の通説的理解に基づいており、間違いではありません。

ところが、出題はAによる甲という物の購入ですから、明示の顕名はなく、またそもそも代理とみない方が自然かもしれません。むしろ、夫婦各自が固有財産の処分権を有する現行法下の下では、双方に代理権があることを当然視して顕名の問題を曖昧にしたままで、日常家事に属する行為の効果が夫婦の双方に発生することは適切に説明できないとの批判が成り立ちます（上記の伊藤説）。もっとも、昭和44年判決は、表見代理の適用ではなく、「110条の趣旨を類推適用して」と言っていますので、本件をAをYの代理を兼ねるものとみない場合にも、その法理は適用されそうです。しかし、そこまで突っ込んだ理解を求めるのは、民法第一部の受講者には酷だと感じますので、もっぱら761条の適用を検討した答案も表見代理の類推適用とする解説の答えと同等のものと扱うことにします。