

【民法】

第1問

(1)無権代理人が本人を相続した場合の法律関係を問う問題である。通説・判例は、信義則を実質的な根拠として、本人が法律行為をしたのと同様に取り扱うのを原則とすべきだとしているが、本人が、死亡前に追認拒絶の意思表示をしていたという事情がある場合にはどうだろうかというのが、本問で直接に問われている問題である。Bが移転登記抹消登記請求訴訟を提起したという事実は、追認拒絶の意思表示がなされたことを意味している。

本人が死亡前に追認拒絶をしていたからといって、無権代理人が以前自分のした無権代理行為について追認拒絶をするのが信義則に反するという事情がなくなるわけではないから、追認拒絶は認めるべきではないという考え方もそれなりに筋が通っている。しかし、他方では、本人が追認拒絶をすることによって無権代理をめぐる法律関係は効力を生じないことに確定しており、その法律関係がその後の相続によって覆るものではないという考え方もできるであろう。判例がとっているのは後者の立場である（最判平成10・7・17民集52-5-1296）。

追認拒絶による法律関係の確定という効果（113条）と、本人が死亡前に追認拒絶の意思表示をしていたか否かによって無権代理人に有利になったり（＝追認拒絶ができる）不利になったりする（＝追認拒絶できない）のは不合理であるという点と、どちらを重視すべきであろうか。ここに、この論点の中心的な問題の所在があるといえるであろう。上記の判決は、「このように解すると、本人が追認拒絶をした後に無権代理人が本人を相続した場合と本人が追認拒絶をする前に無権代理人が本人を相続した場合とで法律効果に相違が生ずることになるが、本人の追認拒絶の有無によって右の相違を生ずることはやむを得ないところであり、相続した無権代理人が本人の追認拒絶の効果を主張することがそれ自体信義則に反するものであるということとはできない。」としている。

学説は分かれていて、判例を支持するのが多数説であるが、無権代理行為をした当の本人が追認拒絶の効果を楽しむのが不当であるという点では変わりはないのに、たまたま本人が追認拒絶をしていたならば追認拒絶が可能になるというのはおかしいとして、追認拒絶はできないと説く見解も有力である。

どちらの見解をとってもかまわないが、決め手となるのは、信義則違反という評価がこの場合にも当てはまるか否か、「たまたま」論が追認拒絶否定の根拠たりうるかという点である。そうすると、たとえば次のような論旨が考えられるであろう。すなわち、本人が追認拒絶をしていたのであれば相続人としてそれを前提とした法律関係を主張するというのは信義則に反するとまではいえないのではないかと、また、「たまたま」論は、追認拒絶をしたことだけに当てはまるのではなく、本人が死亡したことにも当てはまる（本人が生きていれば本人から追認拒絶されうるのに、たまたま死亡したら相続人たる無権代理人から追認拒絶されることはなくなる）のであるから、追認拒絶を認めない決定的な理由たり得ないのではないかと。このような考え方をとれば、判例の結論が妥当であるということになるであろう。

(2)表見代理規定の重複適用の問題である。本件では、すでに抵当権設定の事務処理が終わ

り代理権は消滅している。また、Aの行った売買契約締結はかつて与えられていた代理権の範囲を超えたものである。このような場合に、Aの無権代理行為について、相手方保護のために表見代理が成立する余地があるか否かが問われている。

わが国の民法典は、代理権の存在に対する信頼保護として一般的に表見代理の制度を認めているのではなく、無権代理のなされた状況に応じた三種類の規定を置くという方法をとっている。109条の代理権授与表示による表見代理、110条の権限外の行為の表見代理、112条の代理権消滅後の表見代理である。そうすると、本問の場合には、そのいずれの規定も、単独では当てはまらない。したがって、「素直」に条文を当てはめようとするれば、表見代理は認められないという結論になる。

しかし、通説・判例は、このような場合にも相手方の取引の安全を保護すべきだという観点から、重複適用(重畳適用)という解釈技術を用いて表見代理の成立可能性を認めている。本問の場合には、Aによって代理権を超える代理行為がなされた点については110条、Aの代理権がすでに消滅している点については112条によって治癒されることになる。Cは、110条と112条の重複適用による表見代理の成立を主張してBからの移転登記抹消登記請求を拒みうるということになる。

重要な点は、このような取り扱いの解釈論としての妥当性を、理論的な観点と実際上の観点から論じることである。たとえば、①民法典が類型別の表見代理制度を採用しているという枠組と取引の安全保護の要請とが衝突しうることからこのような工夫が必要とされてきたという問題の所在(この点は上述した)、②類型別の表見代理規定という枠組を修正しうる規定相互の関連性、③当事者側の事情を妥当に反映でき、取引の安全偏重にはならないか否かを取りあげて論じることができよう。

②について、通説は、三つの表見代理制度を個々ばらばらのものとして捉えるのではなく、相互に規定しあっている一個の有機的な制度として柔軟に運用してよいと説いている。もっとも、信頼保護規定の例外規定性という点からは、このような「柔軟」な運用を説くだけでは必ずしも十分な説得力はないであろう。③については、重複適用においても、本人側には、代理権授与表示を行ったこと(109条と110条)、あるいは、無権代理行為をしたのがかつての代理人であったこと(112条と110条)が必要であるから、表見代理の典型的取り扱いという枠組と本人側の帰責事由の必要性は一応は維持されている。実際問題としても、109条や112条が問題となる場合に無権代理人が授与表示の内容やかつての代理権を越える代理行為をすることはまれではないであろうが、その場合にまったく相手方の信頼が保護されないということになれば、取引の安全保護に欠け、正義・衡平の理念に反する事態が少なからず生じるであろう。

以上のような観点から、表見代理規定の重複適用の妥当性を論じたうえで、本問の事案については、Cが善意無過失の場合には、110条と112条の重複適用による表見代理の成立を理由にCはBの移転登記抹消登記請求を拒みうることを導けばよい。

第2問

1 まず、子牛について、AはBからそれを30万円で購入したのであるが、それが口蹄疫

に罹患していたので殺処分せざるを得なくなったのであるから、売買の目的物に隠れた瑕疵があるとして(民法 570 条)、民法 566 条 1 項により損害賠償として 30 万円の支払いを請求することができる。本問においては売買契約を解除する必要はないであろう。

次に、引き渡された子牛に口蹄疫罹患という隠れた瑕疵があり、それが原因で、買主 A の所有していた乳牛全頭の殺処分という被害が生じている。これは拡大損害といわれるものである。拡大損害は、本来の契約規範の外に存在している規範に違反したことから生じる損害である。その規範にどのような名称を付するかは、論者によって異なるが(保護義務、安全保護義務などといわれる。)、要するに、契約相手方の完全性利益(生命、健康、財産)を侵害しないように注意する義務である。この義務は、A・B が相互に相手方に対してそれぞれ負担している義務である。B はこの義務に違反して A の財産を侵害したから、そこから生じた損害を賠償する責任がある(民法 415 条)。

あるいは、この義務は、社会生活上一般的に負担している義務であるともいえるから、そのような不法行為上の一般的義務に違反して損害を生じさせたとして、B は不法行為上の責任を負担する(民法 709 条)。

2 最判昭 62.1.22 民集 41-1-17(判決理由要旨)

(破棄差戻)

電車軌道のレール上に物を置くという重大事故発生の蓋然性が高い行為がなされた場合には、その実行行為者と右行為をすることについて共同の認識ないし共謀がない者であっても、この者が事前に右行為の動機となった話合いをしたのみでなく、右行為の実行現場に居合わせるなどして、事故の発生について予見可能であったといえるときには、当該置石の存否を点検確認し、これがあるときにはその除去等事故回避のための措置を講ずることが可能である限り、その措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負うものというべきであり、これを尽くさなかつたため事故が発生したときは、右事故により生じた損害を賠償すべき責任を負う。

仲間の関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となった話合いをしたのみでなく、これに引き続いてされた実行行為の現場において、右行為を現に知り、事故の発生についても予見可能であったといえるときには、右の者は、実行行為と関連する自己の右のような先行行為に基づく義務として、当該置石の存否を点検確認し、これがあるときにはその除去等事故回避のための措置を講じることが可能である限り、その措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負う。

第 3 問

1 は民法 772 条の嫡出推定規定に関する問題である。法律上の夫婦間においては、妻が分娩した子は夫の子と推定する旨の規定がある。これによれば、C は A の子と推定されることになる。この推定を覆すことができるのは、夫の嫡出否認の訴えのみであり(民法 774 条)、子の出生から 1 年以内ということになっている(民法 777 条)。したがって、A が DNA 検査の結果を知った時点で、すでに C の出生から 1 年以上が経過しているため、嫡出否認の訴えを提起することができる期間は過ぎている。この規定の適

用に関して、硬直的すぎるとして批判があり、学説は「推定の及ばない子」という概念を創出し、嫡出否認の訴えによらずに父子関係を否定できる方法を考案してきた。民法 772 条の適用を排除して、嫡出否認によらずに父子関係の否定の訴えを認めることができる場合があるという考えが示されてきた。嫡出推定が及ばないと考えるべき範囲については、学説上は種々の見解に分かれている。通説・判例である「外観説」に対して、「実質説（血縁説）」、「家庭破綻説」、「合意説」、「新家庭形成説」などが主張されている。この中で、最高裁判例は一貫して「外観説」の立場に立っている。最近では、DNA 鑑定によって父子関係の存在が 99.9%以上の確率で否定される場合であっても、嫡出推定が及ぶとする判決がある（最判平成 26 年 7 月 17 日民集 68 卷 6 号 547 頁など）。本問では、判例が支持している「外観説」に立った解答が求められている。A と B は別居中ではあっても、あくまでも二人の仕事上の都合で両者の合意に基づいて別居しているわけであり、夫婦関係が破綻して別居しているわけではない。また、A が子の出生について疑いを持たない頻度で性的な関係があったと推認できると考えると、本問の場合、民法 772 条の適用が排除できるような事情はないとして、父子関係の否定は嫡出否認の訴えによるべきことになり、A からの親子関係不存在確認の訴えは不適法ということになるものといえる。

2 は裁判上の離婚原因をどのように理解するかに関する問題ということになる。本問では、A は夫婦関係を継続させる意思を有しているにもかかわらず、B が一方的に夫婦関係の解消を求めているという状況にある。離婚について、当事者間の合意がなく、調停においても両者の合意が成立しない場合に離婚の訴えを提起するためには、民法 770 条 1 項が定める離婚原因が必要となる。その離婚原因が存在しない限り、裁判所は離婚請求を容認しないことになる。不貞行為をおこなった B から離婚請求ができる場合としては、民法 770 条 1 項 5 号の「その他婚姻を継続し難い重大な事由」がある場合が考えられる。ただし、A にも不貞行為があった場合、A が B や C の生活費を一切負担しなかった場合や B の住居に一切近づかなかった場合などの事実があれば、A の不貞行為や悪意の遺棄が認められる可能性はある。それ以外では、A と B との夫婦関係が破綻して回復の可能性がないということが示されれば、5 号の「婚姻を継続し難い重大な事由」の存在を肯定できることになる。したがって、A と B の夫婦関係が破綻しているといえるかどうかの判断が求められる。

次に、本問が示している状況から考えて、B はいわゆる有責配偶者にあたり、B からの離婚請求が認められるためにはどのような条件が必要になるかを検討すべきことになる。この問題については、学説上は「積極的破綻主義」と「消極的破綻主義」が対立し、判例では長く有責配偶者からの離婚請求を認めないとする判例法理が定着していた。しかし、最大判昭和 62 年 9 月 2 日判決（民集 41 卷 6 号 1423 頁）によってそれまでの判例法理はくつがえされ、有責配偶者からの離婚請求でも許容される場合があることが示された。離婚請求が信義誠実の原則に照らして許容されることが必要だが、「長期間の別居」、「未成熟子の不存在」および「離婚による過酷状態の不存在」という「三要件」が充足される場合には、有責配偶者からの離婚請求であっても信義則に反しない限り許容されるというものであった。この判例にしたがって考えるならば、本問の場合、三要

件のうち最初の二つの要件を満たさないと考えられ、Bからの離婚請求は認められないという結論になるものと想定される。しかし、それとは異なる考え方も可能である。どのような立場に立って、離婚請求の可否を考えるかを明確にして、自分自身の考えを示しなさい。

以上