

# 加毛民法第 1 部 (法学部専門科目) まとめのーと。

～砂漠の入り口～

注意

作成者は本シケプリの内容に関してあまり責任を負わないし、成績については絶対に責任を負わない。

2016 年度のものなので内容が変わっているかも。かも。

## 1. はじめに

授業はかなり学説史にウェイトを置いたもので、かつレジュメに一切の文脈がないため、かなり勉強しにくかった**か**もしれません。

加毛先生は 2013 年度にも民法第 1 部も担当されていますが、その際は一般的なケース問題だけではなく学説史をも問うていました（下に過去問を載せます）。今年度も出す**か**もしれません。そんな雰囲気**を醸し出**していましたね。

確かに学説史を学ぶのは退屈な部分もあり、司法試験などにはあまり役に立たない**か**もしれません。でも、立法の動きと結びついた判例・学説の動きというのは実は非常に動的なものであり、そこに面白みを見いだせば、案外苦ではない**か**もしれません。実際、普通の歴史と**かも**面白い人には面白いけどそうでない人もいるし……。

**可**もあきらめるべき、という先生ですが、きっと読み込めば単位は来ます。ただし、時効の部分については内田民法を読んでもらう**か**もしくはシケ対のシケプリを読んでください。そろそろしつこいのでやめますか、もう。

## 2. 目次というか授業進行

学説史に力を注いでいるだけあって、量が多く、予定していた範囲は終わらなかったようです。授業はまず民法の起草過程（絶対出ない）と民法学の変遷（出るとは言わないが今後加毛民法やその他法学を学ぶ上で知っておくとよい**か**もしれないこと）についてやります。ここで断念した人も少なくない**か**もしれませんが、それが終わったら、民法の総則の条文を（ほぼ）順に見ていくことになります。山場は意思表示と代理（と時効？）かと思いますが、行為能力などはケース問題、法律行為概説・公序良俗論などは若干学説で出題される可能性があります（特に前者は意思表示あるいは代理と絡めて）。

第1章 総論 — 民法と民法学 —	p. 10
第2章 権利能力	p. 19
第3章 意思能力・行為能力	p. 22
第4章 住所・不在者の財産管理・失踪宣告	p. 36
第5章 法律行為概説	p. 48
第6章 意思表示	p. 68
第7章 法律行為の内容規制	p. 95
第8章 代理	p. 102
第9章 時効（省略）	

### 3. 追記（試験を終えて）

試験を終えた感想としては、表面の事例問題の方が裏面の学説史より難しかった、という感じです。表面の問題で与えられるケース説明にはかなり惑わすことが書かれていますが、実際要素となる点は限られているので、それをうまく見抜くことが求められます。とはいえ、事例問題の方でそこそこミスをした僕でも優上をもらえたので、学説史のウェイトは非常に高いといえるでしょう（アンチ伊藤塾の人にとってはうれしい話ですね）。

思ったのは、民法第 1 部で問題にできる部分は限られているのではないか、ということです。「意思表示」「代理」について重点的に勉強すれば、ある程度は安心できるでしょう。学説史はごちゃごちゃな部分もありますが、おおざっぱに言って、（ドイツ民的な起草者の見解→）ドイツ学説に沿った通説を確立した鳩山→取引の安全を重視した通説を確立した我妻→意思主義的な立場から通説を批判する佐久間、という構造を頭に入れておくとういいます。

#### 4. 過去問

以下に過去問（2013 年度）を載せておきます。

### 試 験 問 題 （2014年 2月 17日 施行）

科 目 名      民法第1部                      教 員 名      加毛 明

〔解答に際しての注意点〕

- 第1問は(1)・(2)の双方について解答しなさい。
- 第2問は(a)・(b)のいずれか一方を選択して解答しなさい（解答の冒頭で(a)・(b)のいずれを選択したかを明示すること）。
- 第1問は解答用紙の表面、第2問は裏面に解答しなさい。

第1問 (1)・(2)の双方について解答しなさい。

(1) A は東京郊外に土地を所有する資産家であるが、加齢とともに判断能力の低下が目立つようになってきた。そこで親族の申立てによって A に対する保佐開始の審判が下され、B が A の保佐人に就任した。

C は、A 所有の土地甲の近くに私鉄の駅が建設されるという情報を取得し、土地甲の値上がりを見込んで、A との間で土地甲の売買契約を締結した。C は A に売買代金を支払って、土地甲の引渡しを受け、所有権移転登記を経由した。A は土地甲の売却について B に何も伝えていなかった。C は契約交渉の過程で、A の言動がしばしば不明瞭になることに気づいていたが、契約の履行後になってはじめて、A に保佐開始の審判が下されていることを知った。そこで C は、A に対して「土地甲の売買契約を取りやめるなら、来月末までにその旨を返答して欲しい」という内容の通知をした。しかし A は、期限になっても何ら返答をしなかった。そこで C は D に土地甲を売却し、売買代金の支払いと引き換えに、D に土地甲を引渡し、登記を移転した。

その後 A は判断能力を回復し、A に対する保佐開始の審判が取り消されることになった。A は C に土地甲を売却したことを後悔し、土地甲を取り返したいと考えている。

以上の事実関係のもとで、A・C・D の法律関係（誰が誰に対してどのような請求をすべきか、その請求を基礎づける根拠としていかなる主張（法律構成）が可能であるか、その主張に対していかなる反論が考えられるか、その反論を踏まえたうえで請求を認めることができるか）について論じなさい。

- (2) Eは相続税の支払いのため、親から相続した土地乙を売却することにした。ところがEの満足のいく価格で購入しようという者は現れなかった。そこでEは、不動産取引に詳しい知人Fに相談を持ちかけた。Fは、適当な価格で土地乙を購入しようという者をEに紹介し、その者との間でEが土地乙の売買契約を締結した場合には、売買代金の一定割合を報酬として受け取るという条件で、Eの依頼を引き受けた。

Fは、Gに対して、土地乙の周辺地域に再開発の計画があり、土地乙の値上がりが見込まれるという虚偽の情報を与えて、土地乙の購入を持ちかけた。その気になったGは、土地乙の購入に関する代理権をHに与え、Eとの契約交渉にあたらせることにした。EはFの紹介を受けて、Gの代理人Hと契約交渉することにしたが、FがGに欺罔行為を働いたことについては何も知らなかった。EとHは、売主をE、買主をGとする土地乙の売買契約を締結し、売買契約の履行として、売買代金の支払い、土地乙の引渡し、所有権登記の移転が順次なされた。

ところがその後になって、Gは再開発の計画が現実には存在しないことを知った。そこでGはFに事情を確認しようとしたが、Eから報酬を受け取ったFは既に行方不明になっていた。Gは、事実を知っていれば、土地乙など購入しなかったのにと考えている。

以上の事実関係のもとで、E・G・Hの法律関係（誰が誰に対してどのような請求をすべきか、その請求を基礎づける根拠としていかなる主張（法律構成）が可能であるか、その主張に対していかなる反論が考えられるか、その反論を踏まえたうえで請求を認めることができるか）について論じなさい。



第2問 (a)・(b)のいずれか一方を選択して解答しなさい（解答の冒頭で(a)・(b)のいずれを選択したかを明示すること）。

(a) 次の論文の一節を読んで、下記の問いに答えなさい。

「第二に、諸外国における法人研究の現状という面ですが、一口でいいますと、昨日椿教授がかなり遠慮がちにおっしゃったのですが、末弘先生流の少し乱暴ないい方をするならば、「法人理論を議論する時代は過ぎた」といってよいのではないかと思うのであります。もちろん、いわゆる法人理論が、それぞれの社会においてどういう背景のもとに出てきたか、ひいては法律学における「理論」というものの意味を探る仕事自体は価値が高いことでして、たとえば川島教授、福地教授、特に最近の村上教授のギールケに関する研究などの優れた成果があります。しかし、そういう研究を別にして、いわゆる実用法学的な見地から見ますならば、右のようなことがいえるのではないかと思うのです。

これが、現代の法人論のいわば消極的な面だとしますと、積極的には、法人の技術性の認識と、技術的見地からも法人の多様性と相対性を認識すること、この二つが重要な特色であろうと思われます。別の面から申しますと、法人から生ずる種々の具体的な問題について、最も妥当な解決をしようと努力しているということです。そしてそのさい、法人の背後にある社会的実体をとらえていこう、というわけです。

…。

以上をもう少しふえんして申します。まず、第一の、法人格というものの技術性の承認ということです。これは要するに、法人格とはある社会的な目的を達成するための手段にすぎないものだということをまずはっきり認識することから出発していこう、ということです。つまり、法人格の背後にある社会的実体の問題と、法人格そのものの法技術的な問題とを分けて考えなければいけないということです。後者についていうと、法人とは幾つかの具体的な法規の総体である、一つのリファラーするポイントである、ある存在が法人であるということは、そこからいろいろな法律効果が発生するということを一言でいあらわしたにすぎないので、A、B、C、Dの法律効果の発生する源だと一々いうのはめんどうだから、「法人」というのだ、こんなようなことがいわれております。…。

第二は、法人格の多様性、相対性の承認ということです。法人の中にも種々のものがある、一口に法人といっても、そこからA、B、C、Dすべての効果が発生するというわけではなく、A、Bの効果しか発生しないものもあれば、

A、B、C、D の効果が発生するものもある。つまり、法人格があるということとなないということとで、そこから生ずる法的効果が截然と異なるというものではない。いま申しましたように、法人格があるといっても A、B の効果しかないものもあり、法人格がないといっても A、B、C、D までの効果の認められるものもあるということです。ルネ・ダビッドのように、やや誇張した表現ですが、法人格があることとなないこととの境界線の抹消ということまでもいう者がある次第です。

第三は、法人から生ずる具体的な問題の検討に重点が置かれているということです。ここでは、要するに法人とはことばどおりペルソナ、つまりマスク（お面）という意味ですが、その背後にある実体を探究して、その実体にふさわしい解決を与えようということです。…。要するに、ある存在が法人であるから当然に ABCDE の効果が生ずる、といった演繹的な議論をすることを避けて、一つ一つの問題に妥当な解決を与えようとしていることがいえるわけです。

…。

繰り返すようですが、第一には、まず法人理論の不毛性を確認することから出発すべきではないかと思います。そして、第二に、法人格の相対性、多様性を探る前に、まずもっとも基本的な点を一つ明らかにしておきたいと思います。法人とはそもそも何であるのか、何のための法技術であるのか、換言すれば、だれのどのような利益をどのような価値判断のもとにどう保護しようとするテクニックであるのかをはっきりつかむ必要があると思います。さらに別のいい方をしますと、ある社会的存在が法人になるとならないとではどのように違うのか、これをはっきり見きわめることから出発する必要があると思うのです。

つまり、あまりにも容易に右から左へと移ってはならないので、法人の相対性といって、あっさりそちらのほうへすべり込んでしまうのではなく、そこに進む前に、あるいはそこに進みながら、法人とは最低限何であるといえるのか、法人であるということによって発生する効果は最低限、そして最大限何であるのかを確認しておく必要があるということです。…。」

（出典：星野英一「法人論——権利能力なき社団・財団論を兼ねて」『民法論集第四巻』（有斐閣・1978年）131頁、134-137頁〔初出1971年〕）

本論文が登場する背景となった従前の議論状況について説明したうえで、本論文が主張する内容を具体的に明らかにしなさい。また、その後の議論状況を踏まえつつ、本論文に対する評価について論じなさい。



(b) 次の論文の一節を読んで、下記の問いに答えなさい。

「(1) 錯誤による意思表示の効力を決定するにつきまづ顧慮せらるべき諸要件

錯誤によつて意思表示が無効とされるためにはその錯誤が『法律行為ノ要素』に関することを要するは、民法第九十五条の明文によつて認められてゐるところであるが、このほかになほ、理論上認めざるをえない少くとも二つの要件があり、『法律行為ノ要素』なる要件は、結局これら二要件が解決されてはじめて問題となりうべき性質のものなのである。次に、これらの二要件につき順次説明を加へてゆかう。

(イ) 錯誤と表示との間の因果関係の存在

これをいひかへれば、その錯誤なかりせば表意者はその表示をなさなかつたであらうと認められ、かつ、通常一般人をその地位に置いてやはりなさなかつたであらうと考へられる、といふ関係の存在することである。通説がかかる関係をもつて『法律行為ノ要素』の内容を成すものとしたのは、…、誤りであるけれども、『法律行為ノ要素』とは別個独立にこれと並び、錯誤に因る意思表示としてかかる表示が無効となるための、一要件をなすことについては疑ひがない。

…。

(ロ) 相手方の善意および善意なることについての無過失

特に相手方ある意思表示について問題となることだが、錯誤によつて表示に対応する真意が欠缺せらるるにかかはらずそれが有効とされるのは——いひかへれば表示主義の認められるのは——、…かやうな表示に無過失に信頼した取引の相手方を保護せむとするに基くものだから、もし取引の相手方が、表意者の心裡における錯誤の存在——すなはち真意の欠缺——を知つてゐるか若しくは知らざるにつき過失あるときは、ここに相手方の信頼といふ要件を缺くこととなつて表示主義の適用せらるべき根拠が失はれることになる。したがつて、錯誤による意思表示が有効となりうるためには、相手方が表意者の内心に表示に対応する真意存在するものと無過失に誤信したこと、すなはち相手方の善意無過失なることを必要とするものといふべく、これに反し、かかる要件を缺けると、すなはち相手方悪意なるかまたは善意なるも過失あるときは、意思主義の原則に基き意思表示は無効とせられるのである。しかして、縁由の錯誤について通説・判例が問題としたところの、錯誤の存在についての『表示』の有無のごときは、ここにいふ相手方の悪意または過失を認定する一資料たるにすぎないこととならう。なほ、右の相手方の善悪意なる要件も、『法律行為ノ要素』とは別個独立なるものであつて、表示主義の適用せられうべき範囲内において、いひかへれば相手方の善意無過



失なる場合にかぎり、はじめて、ここに『法律行為ノ要素』となるや否やが問題となるのである。また、右の、相手方の善悪意なる要件は、第九十五条の文面には表はれてゐないけれども、同条が定立された根拠——すなはち、なにゆゑ錯誤あるもそれが『法律行為ノ要素』に關せざるかぎり意思表示は有効とされるかといふ理由——に鑑み、理論的にかかる要件の存在を認めざるをえないわけであり、この意味において右の主張はやはり第九十五条の一の解釈論にほかならないのである。…。

…。

## (2) 『法律行為ノ要素』

…。

さて、率直に私見を述べれば、『法律行為ノ要素』なる概念は、その性質上、『公ノ秩序善良ノ風俗』（民九〇条）、『正当ノ事由』（…）、『重大ナル過失』（例へば民九五条但書）、『相当ノ期間』（例へば民五四一条）などと同様に、その具体的判定がもつぱら裁判官の裁量にまかされるところの法律的概念であつて、結局、意思表示成立過程中そこに錯誤の存することによつて法律行為の効力を覆へすこと——すなはちこれを無効とすること——を妥当とされるほど重要視される点、いひかへれば、裁判官によつて「法律行為として効力を生ずるためにはそこに錯誤があつてはならぬもの」と認めらるべき点を意味するものである。しかして、かやうな『法律行為ノ要素』について錯誤の存在するとき、ここにその意思表示は、法律行為としての効力を生ずるに由なきものとなるわけである。かくて、『法律行為ノ要素』の何たるかは、具体的には、各個別的事件に対する個々の裁判官の自由裁量乃至主観——いはばその全人格的価値判断——を通してのみ表明されることとなるのであり、この際、裁判官は、ひとり表意者の主観的事情のみならず、取引の性質乃至取引事情、表意者・相手方あるひは第三者の側における非難もしくは同情せらるべき事情の有無乃至程度、ならびに当該の意思表示を有効とし或ひは無効とすることによつて生ずべき表意者・相手方もしくは第三者の利害などを相関的に比較考量し、その他諸般の事情を顧慮してこれが決定をなすのである。」

（出典：舟橋諄一「意思表示の錯誤」九州帝国大学法文学部『十周年記念法学論文集』（岩波書店・1937年）593頁、642-650頁）

本論文が批判の対象とする「通説」の主張について説明したうえで、それと対比しつつ、本論文の主張する内容を明らかにしなさい。また、その後の議論状況を踏まえつつ、本論文に対する評価について論じなさい。

# 第 1 章 総論 ——民法と民法学——

## 1. 民法の制定

まず民法が成立するまでのプロセスを俯瞰してみる。大きな流れは次のようになる。即ち、明治初期、列強の外圧から民法の編纂が急ピッチで開始、フランス民法典を手本にフランスから呼び寄せた法学者ボアソナードに助けってもらって「旧民法」を作成したが、学派間争いや早急すぎるといったさまざまな理由により反対意見が続出し、頓挫、結果として当時最新であったドイツ法学を参考に現行民法ができた、という感じ。より詳しく見てみよう。

### (1) 明治初期の民法編纂事業

当時の新政府の重要な課題の 1 つは、列強と結んだ不平等条約の改正であった。不平等条約に含まれた治外法権などの内容は、近代的な法制が整備されない限り撤回できない、と列強に突っぱねられていた。このため、前近代的な、地域ごとにまちまちな慣習法が残っていた日本は、ヨーロッパの進んだ法学の早急な導入に迫られていた（**条約改正問題**）。

初代司法卿の**江藤新平**は「国会会議の議案」を提出、**箕作麟祥**に命じフランス民法の訳を作らせ（『仏蘭西法律書民法』）、これをベースに民法第一人事編や民法仮法則などの草案を作成した。

民法草案は 1878 年に成立したものの、江藤の後を継いだ**大木喬任**はその丸写しのような内容に不満を持ち、司法省顧問の**フランス人法学者のボアソナード**を中心に、民法編纂局に再び民法草案を起稿させた（Project code civil pour l'empire du Japon）。しかし、自然法思想の特徴の色濃かったこの原案は激しい反対運動に遭い、撤回された。

### (2) 旧民法の成立と公布

大木の後を継いだ**山田顕義**は、外務大臣井上馨が委員長を務めた**法律取調委員会**を引き継ぎ、司法省の管轄として改めて民法編纂事業に取り掛かった。固有の民族慣習を考慮し、人事編を中心として家族法的な内容は熊野敏三ら日本人法学者が担当、それ以外の部分をボアソナードが担当し、旧民法は 1890 年に公布された。

旧民法の特徴としては、まずフランス民法典に強く影響を受けていることが挙げられる。フランス民法典に倣って規定を「人、物、行為」の 3 種に分ける**インスティテュート方式**が取られている。内容の特徴としては、戸主の法的地位や家督相続といった**家制度**がある。

### (3) 旧民法に対する批判

旧民法の制定に関しては、激しい論争が繰り広げられた。民法の制定とそれによる不平等条約改正を急ぐ断行派と、拙速で不十分な審議を問題視し公布に反対する延期派の対立であった。帝国議会が開設される前に編纂が終わっていたというから、その拙速さがわかる。

イギリス法派の**法学士会**は、『法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見』を発表、必要な事項を単行法で出し、未決着の事項については議論を尽くすべきこと、またドイツ系であった商法、民事訴訟法との一貫性を保つべきことを説いた。また、**穂積八束**は「民法出テ、忠孝失フ」と題する論文で**家父長制度**を擁護し、**権利義務関係を前提とする旧民法**を否定した。

司法省法学校、和仏法律学校、明治法律学校と帝国大学、東京法学院の学派争いも絡んだが、最終的にこの論争は、**富井政章**の賛成演説が寄与し、延期案が可決されて終わった。

#### (4) 現行民法の制定

1893 年施行予定であった民法及び商法は、1892 年に延期となり、新たな民法の起草に向けて同年**法典調査会**が設置された。この法典調査会の起草委員となったのは、イギリスやドイツで学んだ歴史法学派の**穂積陳重**、フランスで学んだが、その註釈法学的な偏りを嫌いドイツ法学へ傾斜した**富井政章**、フランスで学びその自然法思想を支持していた**梅謙次郎**であった。

この結果出来上がった民法の特徴としては、**簡潔**さとドイツ法にならった**パンデクテン方式**の採用である。50 か国以上の法律を参考にして作られた民法は、穂積陳重の言う通り「**比較法の果実**」であった。**経済的自由主義**思想が取り込まれた点では画期的であった一方で、**家督相続制度**は現行民法にも存置され、**弱者保護**の思想が乏しかったとされる。ドイツ法の影響で、フランス法にはなかった**法律行為・法人の概念**も導入されている。

## 2. 民法学の展開と立法の動向

日本の民法学は、法解釈方法論をめぐって大きく 4 つの段階を経てきた。すなわち、戦前の法解釈方法論、1950 年代半ばに起きた「法解釈論争」、1960 年代後半以降の「利益衡量（考量）論」をめぐると論争、1980 年代に入ってから起こった「議論」アプローチをめぐると論争、である。授業では、初めの戦前の法解釈方法論を起草者の解釈方法論、学説継受期の方法論、学説継受批判以降の転回期の方法論、の 3 つに分けている。授業では個々の学者に関するトリビアのような内容にも触れているのでわかりにくいと思われるが、重要なのは、日本民法学においては「法律をどう解釈すべきか」という問題が中心的に議論されてきた、ということであると思う。そこには、ドイツ法的な、論理を重視する立場と、イギリス法的な、現実と法との関係を重視する立場が対立してきた。この両者の対立を頭の片隅に置いておいた上で読んでくれれば、少しはわかりやすいかもしれない。

### (1) 起草者の民法解釈方法論

起草者の**富井政章**は、法律の意味をその文章および用語に基づき正確に定めようとする**文理解釈**が法解釈において不可欠のものであるとした上で、その適用において時として実情にそぐわない場合が存在しうるとし、字義に拘泥せず、立法の意図、他の法との関係や立法当時の状況、法律の精神といったものを考慮し総合的に判断する**論理解釈**の必要性も説いた。富井によれば、論理解釈には、法律の意義を限定する**限縮的解釈**と、拡大する**拡張的解釈**が存在する。このような解釈方法論が起草者の中にあった理由としては、政治的目的で制定を急いだため、**解釈によってその欠陥を補っていく必要があった**からである。

また、**梅謙次郎**は、法解釈は社会生活の安定、国家の発展のために必要であるとした。

### (2) ドイツ法研究の隆盛と学説継受

民法成立後、法の学問化にあたり、日本の法解釈学はドイツ流の概念法学が中心となった（既存の法を、**解釈のレベルにおいて外国の法学に依拠して構築・改造する＝学説継受**）。これにより、日本民法は、**本来有している独自の規範構造と学説継受の結果構築された論理**



構造という二重の構造を有することになった、と北川善太郎は指摘した。とはいえ、判例法のイギリス法や論理構造に乏しいフランス法と比べてドイツ法はきちんとした論理構造を有していたので、字句解釈偏重の風潮を打破し民法研究を発展させるのには一定の役割を果たしたという面もある。

学説継受の直後の時代である 1920 年代の民法学は、末弘源太郎を初めとする後世の民法学者から鋭い批判にさらされる。末弘が批判した内容とは、①法秩序に論理的完全性を前提し、民法を中心とする民事的制定法により一切の民事的法規範が供給されると考えていること、②法秩序を社会の外にある超越的なものとしたことで、法秩序の概念分析・形式論理による法的技術を万能視し、現実への適用について考慮しなかった、というものであった。

このあたりはフット先生の法社会学の授業でも触れるだろう。「概念法学」に対する批判である。

しかし、この批判が正しいかというとそうでもない。

学説継受時代の民法学者・石坂音四郎は、確かに法律学の対象とは、法の適用される現象を含む現実ではなく、規範としての法律である、と考えてはいた。しかし、彼は社会の現実の観察により法律と実生活との調和を図るべきとか、法の欠缺を認めるべきとか、文字解釈より論理解釈を優先すべきで、組織的解釈（他の法律との関係の中での解釈）より目的解釈（現実との関係の中での解釈）を優先させるべきであるなどと言っていた。現実を等閑視していたわけではなく、また論理的完全性を前提していたわけでもないのである。

また、鳩山秀夫も学説継受時代に静的安全（所有権の保持者の保護）と動的安全（取引を信用した受益者の権利の保護）の問題において、個別的判断が求められる、などと主張し、法律と現実の調整を重視しており、決して形式一辺倒ではなかった、ということができる。

このことから、和仁陽の指摘するように、末弘の批判したような純粋な意味での概念法学は、明治末期から大正初期において存在しなかった、といえる。石坂や鳩山は、ドイツ的法解釈を導入するとともに、その批判的文脈をも取り込んでいたのであった。ただし、彼らの主たる関心が、日本社会の実態に即した解釈論を展開することではなく、ドイツ法の法概念に基づき民法に論理的体系を与えることにあったのは確かであり、その意味では学説継受は批判されうるものであった。

### （3）民法学の転回

では、末弘自身の法学はどのようなものであったのだろうか。ドイツ法学の影響のもとに学んではいたが、彼はシカゴ大学への留学を通し具体的事例から帰納的理解を売る英米法に転向、ドイツ流解釈法学に懐疑を抱くようになった。彼は裁判例に関する質疑応答を通じ法の諸原則を学ぶケース・メソッドや、実験と仮説を繰り返す近代科学的手法を取り入れたポワンカレの科学的法学の考え方、制定法は完全ではなく、社会の中にも法源があるとするエールリッヒの「生きた法」の発想（自由法論）、法を前提としつつ、法以外の社会経済的利益を考慮して法解釈をすべきだとするヘックらの利益法学を学んだ。帰国後、末弘は次に説明する「ローカルカラー論」を展開し、判例研究の重要性を主張した。

「ローカルカラー論」とは、**法は地方的特色を含むべきものであるのに、日本法には全くそれが反映されていない、というものである。**彼は判例や新聞雑誌から得られる法律の現実、すなわち「ある法律」を研究すべきものとし、その探求を通して新しい「概念」を洗練してゆく中で、「あるべき法律」を展開することを主張した。この例としては、当時の社会での互恵的・相互依存的共同体としての「家団」の重要性を鑑み（**家団論**）行われた**物権法改革**が挙げられる。また、末弘の判例研究の重視は、事実関係の記載に乏しかった当時の判決文を具体化してゆく**民法判例研究会の創設**へとつながった。

こうして起こった「民法学の転回」の社会的背景としては、都市部での**労働・住宅問題**、農村部での**小作問題**が考えられる。工場法施行後も労働者の団体結成に激しい弾圧が続き、賃借権を債権としたためにこれを利用した地上げ・追い出し（地震売買）が頻発、小作争議も多発するような時代であった。

続く 30 年代には、末弘は経済・社会の法則を明らかにすることを通じた**法律学の科学化**（社会学化？）を目指した。戦時中には、占領政策の一環である**華北農村慣行調査**や「忠君愛国の精神へのファシズムへの統合」を目指す**日本法理研究会**に加わり、日本や東洋世界に存在する、西洋法とは異なった「生きた法」を実践的に明らかにしようと試みた。必ずしも彼は戦争を肯定していたわけではなかったが、GHQ によるパージのため、帝大を辞職した。

末弘が日本の民法学を大きく転回させたのと同時代の民法学者として、**穂積重遠**がいる。彼は親族法・相続法を進展させた。WW1 後、古来の社会道德と現実の家族のあり方に乖離が生じていることへの危機感から、「古来の淳風美俗に反する」既定の改正を検討する臨時法制審議会が設置されると、家制度に否定的であった彼は**家族法の改正**を主導、**女性の公的地位の強化**と**家父長的家制度の硬直性の緩和**を試みた。

民法講義、実務における大きな影響を残した**我妻栄**の主張も、当時の民法学を方向づけたものとして一考に値する。彼は、広い意味の**裁判（社会の生活関係を法律的に処理すること）こそが私法の中心的機能である**、とした。彼もまた現実を捨象する概念法学を拒否し、法と現実のあり方を重視したのである。我妻は、上の意味での裁判は、**現行法の論理的体系及び具体的事件に対する価値判断**という 2 つの要素で構成されると考えた。その上で、法学の研究すべき「根本的問題」として、彼は次の 3 つの問題を挙げた。まずは、**現実の法律関係を処理するための具体的かつ理想的な原理とは何か**、という問題である。我妻は、具体的原理は時代とともに変わりうるものではあっても、現実問題の解決に役立たない普遍的命題の探求よりも優れていると、主張した。彼にとっての次の問題は、**ある事件は、どのような経済的、心理的、技術的その他様々なファクターの相関関係によって生じているのか、その事件はどのような法則性を持った社会現象の一部なのか**、というものであった。このような立場は唯物史観的ではあるが、彼は経済という下部構造が全てを規定するというマルクスの唯物史観を否定している。最後の問題は、**いかなる法律構成によって、理想的な標準に基づいて個々の事件を処理してゆくべきか**、という問題である。この問いへの答えとして、彼は**三段論法**を重視した。つまり、現行法の抽象的・一般的な法則（大前提）、判断される

べき具体的な事件（小前提）、論理的判断（帰結）の3段階によって法的判断は構成されるべきである、ということである。彼は、この三段論法により**経済的取引における予測可能性（自由な経済活動）を保証するとともに、法律判断に正当性を与える**ことを目指した。

なお、我妻栄は資本主義の発達に伴う私法の変遷についての検討も行っている。すなわち、前近代から近代にかけての資本主義の発達に伴って、**債権が人的関係を表現するものから、独自の財産的価値を持つものへ「進展した」というものである**。しかし、この解釈論の前提にある歴史認識は規範認識を内包していると考えられ、マルクス主義の後退とともに批判にさらされた。

我妻とともに資本主義と私法の関係の分析を試みた者としては、**川嶋武宜**がいる。彼は、農村などの前近代的諸関係および社会規範の**現実的な問題を、近代的所有権の概念の分析を通じて明らかにし、解決してゆく**ことを目指した。彼の民法学におけるより大きな功績は後に触れることとする。

以上から、法解釈方法論の必要性から出発した戦前の民法学は、字句解釈偏重に対しての批判を加えるとともに、学説継受によりもたらされた、現実を捨象するドイツ概念法学からの脱却を図り、いかに現実を捉えて法規範の中に取り込んでゆくかを課題として発展してきたのである。この議論は、法解釈の客観性という視点によって新たな段階へと進んでゆく。

#### (4) 戦後立法と法解釈論争

戦前（20年代）には立法に至らなかった労働問題・小作問題に対し、戦後の改革立法によって労働基準法や労働組合法、労働関係調整法、自作農創設特別措置法が成立した。また、戦後改革立法において最も重要であったのが**家族法の改定**であり、**個人の尊厳及び両性の平等を謳う憲法24条**に従って、応急的措置法、次いで改正法を制定した。

この時期の立法及び法律家に対する不信感をあらわにしたのが**来栖三郎**であった。彼は、占領統治終了後の政治対立の中で、地方出身の学生の選挙権を実質的に制限する「**自治庁の通達**」を受け、法解釈の主観性という問題を提起した。彼の主張は次のようなものである。すなわち、そもそも**合理的な法解釈は複数あり得るはずであり、正しい客観的法解釈はただひとつしか存在しないとする前提は誤りである**。これはいかなる論理的手続きを経ようと同じであり、**法律家は自らが正しいと信ずる主観的な法解釈をあたかも唯一の真理であるかのように提示している**。つまり、論理的演繹の帰結としての法律を通して、実は**法律家による恣意的な法解釈がなされている**、というのである。そして、来栖は法律家のそのような態度を「**権威主義**」と呼んだ。これは、我妻の**法律構成による裁判官の恣意性の排除**の議論を揺るがすものであった。この問題を乗り越えるため、彼は実定法の規定からの論理的演繹ではなく、現実の**社会関係の観察・分析によって法規範をくみ取る**、という末弘の**社会学的方法**を肯定した。しかし、ここで議論は一段階上に進んでいる。末弘の議論は「社会関係の観察・分析を行って現実の法規範を反映させるべきである」というものであるが、来栖は、**社会学的方法で導き出される法規範に関しても、複数の合理的な解釈の可能性が存在し得、その選定において恣意性が現れる**、と指摘したのである。そこで彼は、選択者は自らの選択



に対し**政治的責任を持つべき**である、とした。整理すると、末弘の批判はドイツ概念法学の**現実を等閑視する姿勢**に対してであったが、来栖の批判はその「概念法学の残滓」としての、法解釈における**論理的演繹の絶対性に対する信頼**に対するものであった。

蛇足だが、来栖は後にフィクション研究なるものを行っている。彼は裁判所個別の判決である「法」と、判決を引き出す制定法、慣習法、判例、学説などといった淵源である「法源」を分け、必ずしも両者は一致しないが、一致するかのように解釈する擬制(＝フィクション)によってその矛盾は乗り越えられ、その意味を確定する、というのがこの内容である。

一方、川嶋武宜は、来栖の提示した**法の客観性(主観性)**という問題を、**法学の科学化**によって乗り越えようとした。といっても、法律学の科学化という発想自体は新しいものではない。ただし、彼は科学を次のように定義した。すなわち、科学とは経験的事実により現象を支配する一般的法則を認識し、現象を管理することを可能にするものである、と。そして、川嶋はこれと同様に、一定の社会秩序を形成する(社会統制)ために法を作って適用するという人間の活動一般(**法的規制**)を対象に研究し、その法則を明らかにすることが法律学の役割である、と説いた。(実用法学は、その法的規制の技術的側面を研究するに過ぎない)。ここで注目に値するのは、川嶋の「法的規制」に対する考察である。彼は、「法的規制」は①**一定の社会的価値**(例えば種々の権利・義務や取引の安全など)と**それに基づく価値判断**に基づいて行われ、②それらは**法的概念・法律構成**(「ことば的技術」)を手段として現実に伝達される、とした。つまり、彼は**経済や社会の法則**だけでなく、その背後に横たわる**価値**というものに着目し、それを科学的に分析することを求めたのである。そこで彼は、法学に①**価値判断の基準となる諸々の価値とその体系**、②**立法及び裁判の具体的価値判断の内容**、③**その法的価値判断と価値体系の関係・価値判断相互の関係を明らかにすることを求めた**。そして、この探求のプロセスを通じて、**将来支配的となる価値体系を予見することが可能となる**のであり、その意味において(科学は「現象を管理することを可能にする」という意味で)法律学は科学たりうるのだ、とした。それとともに、「法的規制」における技術的側面として、法律学は①**法概念の内容を法技術的な目的に沿って分化させ定着させるとともに**、②**個々の法的価値判断を説明し関連づけ、法的価値判断相互の有機的関連を示す法律構成**を明確化し、構成してゆくことが必要である、とした。

ただし、川嶋は1950年代以降、1920年代にアメリカで隆盛したリアリズム法学の影響を受け、法律解釈そのものではなく、裁判の先例を素材に将来の裁判を予見する研究を中核とする実用法学(非解釈学的法律学)に傾斜していった。**リアリズム法学**は、法を現実との関係の中で捉えるべきと考える。彼は、この**予見的法律学**の立場から、法律構成自体に意味はなく、①**先例となることが期待される判決から典型的事実や判断内容を抽出し、将来の予見に役立ててゆくべきこと**、②**具体的事件に対し現実の裁判行動の基準となった裁判官個人の心理的判断過程の枠組み**と法の論理的一貫性を保つ必要性から表明される**法的構成**が一致するとは限らないという事実を踏まえ、**法律構成を批判的に捉えるべきこと**を主張した。彼は日本の法社会学の第一人者であり、法社会学でも勉強することになるだろう。

### (5) 利益衡量論・利益考量論

戦後から高度経済成長期にかけては、民法をはじめとする基礎的な法律では対処不能な諸問題が発生し、判例（から生まれる判例法理）が重視されるようになった。代表的なものは、住宅問題から生まれた「信頼関係破壊の法理（家賃の払い忘れだけで退去にはならない）」であり、これは借地法・借家法改正へとつながった。その他にも、交通事故訴訟や産業公害訴訟が相次ぎ、これらは自動車損害賠償法や大気汚染防止法、水質汚濁防止法などの立法を促した。

このように一般人が事件に巻き込まれることが増加したことを背景に、加藤一郎は「**利益衡量論**」を唱えた。これは、仮に問題に対する裁判官と一般人の判断が異なっても、実質的にどのような利益に重きを置くべきかという価値判断や選択の仕方が異なるものではないはずであるから、**法律的知識のない一般人が裁判結果に納得できるように**、裁判官はいったん法律から離れ、**具体的な事実から妥当な結論を導いた上で**、その実質的利益衡量の①**妥当性を検証し**、②**結論の適用範囲を明確化するとともに**、③**議論に対しての信頼を増大**させるために、**法律構成による形式的理由づけを行うべきだ**とした。

一方、加藤と同様に法解釈における価値判断を重視し、様々な利益の考量を中心的課題に据えた人物として、星野英一がいる。星野は加藤と異なり、**法解釈の出発点は法律の条文**である、と説いた。すなわち、民主的社会において、一般人の行動は法律上の効果に基づいている以上、**一般人の感覚に近い文理解釈を行うべきである**、というのである。そして、それでも結論が導けない場合、**立法者あるいは起草者の意思を検討した上で、具体的価値判断を下すべきである**とし、それが説得力を持つ判決につながる、とした。星野は一般人にとって理解しにくく、ともすれば一般人を遠ざけうるドイツ法学式の理論構成を評価しなかった。彼は、価値判断解釈を次の3つの段階を踏まえて行うべきであるとした。①**紛争においてどのような利害対立が存在するか類型に応じ考察・比較し**、②**妥当な効果をもたらす規定を適用、場合によっては要件もしくは効果の解釈を修正し**、③**その解釈によってどのような価値、どのような人のどのような利益が保護される（あるいは保護されない）のかを明らかにする**、というものである。

以上のような星野の論に対し、広中俊雄は「価値判断の客観的な基準は存在し得ない」と反論した。すなわち、星野の言う「手順」がどのようなものであれ、**最終的には解釈者たる裁判官個人の価値判断によって基準が定められる以上は、基準は主観的でしかない**、というのである。民法解釈学とは、広中によれば「**国家権力による紛争処理としての裁判に対して評価・批判・指導という役割を有する**」ものであり、利益衡量論はそれに反する危険な考えであるとされた。この批判を受けて、星野は様々な価値を体系化した「**価値のヒエラルヒア**」の構築を試みたが、それが実現することはなかった。

なお、同時代には**母法研究**なるものも盛り上がった。ドイツ民法の影響を強く受けていると考えられていた日本民法の重層性を、星野は**フランス民法の影響**という観点から説明し、日本民法の歴史的・比較法的な位置づけの理解や他国の法律学への貢献を試みた。

## (6)「議論」のアプローチとその影響

1980年代後半には、利益衡量論に対する批判として、「議論」のアプローチが生まれた。この先鋒となったのが平井宜雄であった。彼は「議論」つまり「ある主張を提出し、それに反論があれば証拠や理由を挙げて論拠を示し、さらに相手方の反論があればそれに応じて再反論し、それらに基づいて問題を処理する、という一連のプロセス」こそが法律家の活動の特徴であるとし、事実優先のリアリズム法学以後の民法学を批判、論理主義を展開した。

平井は、「議論」について3つの命題が存在するとした。すなわち、①「『議論』においては、言明は言明によってのみ基礎づけられ、または正当化される」、②「『発見のプロセス』と『正当化のプロセス』が区別される」、③「正当化は『ミクロ正当化』と『マクロ正当化』の2つの異なったレベルがある」、というものである。

①の命題は、「議論」は全て言明と言う形をとり、したがって経験や感覚といった言明に基づかないものに知識を還元してはならず、批判的・理性的な議論の対象とすべし、ということである。

②の命題は、ある言明にいかにして到達したかという心理学的プロセスとしての「発見のプロセス」と、形式論理を通してそれを証明するプロセスとしての「正当化のプロセス」を区別すべきである、というものであり、「議論」は後者のプロセスに当たる、と平井は言う。平井は、ワッサーストロームのリアリズム法学に対する批判を引用して、**リアリズム法学は上の2つのプロセスを混同しているとした**。すなわち、判決を導くための手段として三段論法が完全であるわけではないが、その**形式論理は判決の正当性を論証しテストする役割を果たしており**、判決には直観で決まるような非合理的な要素が内在しているとするのは誤りである、とした。

③の命題は、上記の「正当化プロセス」における、ある言明を論理的な（形式論理的な、したがって演繹論理的な）推論テストに晒すことによって正当化する「ミクロ正当化」と、テストの前提となる言明そのものを「議論」を通して正当化する「マクロ正当化」の区別をいう。三段論法で言えば、大前提と小前提（D=Data）から結論（あるいは主張（C=Claim））を導き出すことが「ミクロ正当化」であり、大前提に当たるような法規範を参照すること、あるいはその法規そのものを正当化するような原理を示すことが「マクロ正当化」に当たる。AがBに1万円を貸し、Bがある期日までに弁済しなければならない、という金銭消費貸借契約があったとしよう。ここでBの返済が期日を過ぎてしまった場合、そこでは「BはAに1万円を支払わなければならない」という弁明が導き出されるわけだが、その弁明を正当化するプロセスにおいては、「AがBに1万円を払った」「Bは期日までに1万円を弁済する」「期日は徒過してしまった」というデータと、それが「金銭消費貸借契約」である、という事実が論理的に結び付けられている。これがミクロ正当化のプロセスである。そこにおいて金銭消費貸借契約の債務をBは履行しなければならない、という理由づけは、民法587条という法規の存在によってマクロ正当化されており、さらにこの法規自体も、「約束は守る必要がある」という言明によってマクロ正当化されているのである。



平井はまた、科学というものに対する従来の法学の一般的理解をも否定した。従来の法学における議論では、科学は経験すなわち帰納の原理によって法則を導き出す営みであると考えられていた。しかし、彼はポパーを引用することによって、**科学が科学たり得る根拠は帰納の原理ではなく、反証可能性にあることにある**、とした。つまり、ある言明を科学的に正しいと認めるには、それにあてはまる証拠を寄せ集めていても意味がなく、それに対する反例となり得そうな経験によるテストにかけ続けなければならない、それを耐え抜いたものが科学的に正しいということになるのである。そして、この営みこそが法学における「議論」である、と彼は結論付け、その**反証可能性が大きく、耐えなければならない反論が多ければ多いほど、それを耐え得た言明は「良い」法律論**である、とした。

このような立場から、彼は星野の利益考量論を否定する。広中の批判を受けた星野の利益考量論では、法解釈の決め手となる「価値判断」はケース・バイ・ケースであってはならず、「価値のヒエラルヒア」に基づいていなければならない、とするが、これを正当化するには「客観的な、何人も否定することができない価値」というものを持ち出さない限り、単なる「価値判断」の相違に帰着せざるを得ない、と平井は批判した。「議論」とは事実と論理に基づいて自らの主張を批判にさらし、再反論を試みるプロセスであるが、そのような発想は「価値判断」を前提する利益考量論にとっては根本的に異質なものになってしまう、ということである。そして、法律家の営みの本質が「議論」である以上、利益考量論を受け入れることはできない、とした。

この来栖・川嶋理論から出発した社会学的な戦後民法学は、平井の論理主義により大きく転換してゆく。この結果、民法の債権関係に関する大規模改正が実現した。これには、まず法務省が1990年代以降の民事基本法制の改正に着手した、という外在的事情がある。民事訴訟法、民事再生法、会社更生法、民法第2編、民事執行法、破産法、会社法、信託法、金融商品取引法、保険法などである。それとともに、民法制定以来の社会・経済の変化に対応できるよう、判例法理により補われてきた民法の規範体系を条文で構築したい、民法研究の成果を条文に反映させたい、という民法学の内在的な事情も存在した。

一方大村敦志は、平井理論のもたらした影響に対しては消極的な評価をしている。彼は、学界の論理主義へのシフトは、学生に対して「偏狭な規範中心主義と受け止められかねないメッセージを発する結果になってしまっているのでは」ないか、という懸念を表明している。また、法科大学院の発足、債権法改正という司法制度改革に関しても、その目標の「理論と実務の架け橋」「国民にわかりやすい民法」を実現したとは言えない、としている。しかし、民法学の関心が「実務」「法律家」「立法」「国民」へと向かっていったこと自体は評価している。

## 第2章 権利能力

民法及び民法学の歴史的な流れを俯瞰したところで、具体的な民法の中身について検討してみることにする。民法第1部では第1編総則を全てやって、続く第2編の第1～3章を学ぶ。まずは、民法の世界に登場する具体的な主体、すなわち「人」とは何か、ということについて少し考察する。

### 1. 民法総則の構造

民法総則は、第2章が「人」、第3章が「法人」となっている通り、初めに権利の主体について書かれている。それ対し、続く第4章は「物」という権利の客体について、第5章は「法律行為」という主体同士の関係について、という形になっている。民法は全体としてはパンデクテン方式であるが、総則に関してはインスティテュート方式となっている。

### 2. 権利能力

権利能力とは、「私法上の権利・義務の帰属主体となり得る資格」のことである。人は皆平等にこの権利能力を持つとされている。この**権利能力平等の原則**は今となっては当たり前のことだが、身分制を前提した中世的世界観を否定したという点に意味がある。旧民法には人事編第1条に書かれていたが、当たり前すぎて削除された。権利能力を持つ人は、権利の客体、すなわち物として扱われることはなく、また人でない存在はたとえ知能があるサルであっても民法における権利を持つことはない。

### 3. 民法における「人」概念の特徴

民法は人を平等に扱うので、人の具体的な属性を捨象する（「人」の抽象性）。もし社会の弱者を保護する必要があるのであれば、それは特別法（すなわち立法）で対処すればよいのであり、わざわざ民法に書く必要はない。例えば、1920年代での小作人や賃借人、労働者。こういった社会的弱者というものは時代や状況とともに変わるものであり、民法が彼らをいちいち具体的なやり方で保護することはできない。ただし、自然人（いわゆる「人」）は誰でも消費者である以上、60年代以降の一連の消費者保護立法（2000年には消費者契約法が成立）の商取引一般に関する大部分の規定は、民法の中においてもよいのではないかとされている。

### 4. 始期

権利能力は生まれた瞬間に備わる（3条1項「私権の共有は、出生に始まる」）。いつ人が生まれるか、というタイミングの問題に関しては、**全部露出説**（母体から外に出てから）が通説であり、生まれる前の段階で死んだ場合（死産）は除外される。

問題になるのは、体が母体から外に出ていない胎児の法的地位について。民法では原則として、胎児には権利能力はない。ただし、**相続、遺贈、損害賠償**といった例外的な局面では、権利能力を持つとされている。

例えば、不法行為の節にある 721 条には、「胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなす」とある。不法行為による損害賠償について定めた 709 条、近親者に対する損害賠償について定めた 711 条の適用が、生まれる瞬間によって左右されることを防ぐためである。

相続に関しても、886 条 1 項に「胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす」とある。これによって、この相続権を定めた 887 条 1 項が、たまたま相続人の死より後に生まれた胎児にも適用されるようになる。なお、死産はカウントされない（886 条 2 項）。

ちなみに、いつの時点で胎児が損害賠償請求権の主体となるのか、ということに関しては、**法定停止条件説**（人格遡及説）と**法定解除条件説**（制限人格説）という 2 つの考えがある。停止条件とはその状態になって初めて効果が生じるような条件、解除条件とはその状態になるまで効果が継続するような条件のことであるが、ここでの違いは、胎児の時点で起きた不法行為に関する損害賠償を請求する権利を、生まれてからさかのぼって得るとみなすか、胎児が胎児のまま持っているとはみなすか、ということになる。

**法定停止条件説を取った場合、胎児の権利を代理行使することができないが**、判例ではこちらの立場が取られている。このことが問題とされたのが、**阪神電鉄事件**である。ある時、夫が電車で轢かれたが、彼の父親は妻が身ごもっていた子を生む前に遺族を代表して鉄道会社と和解をしてしまった。和解契約後、轢かれた夫の妻は、身ごもっていた子の鉄道会社への損害賠償請求権を代理行使しようとしたが、法定停止条件説の立場から、その代理権に基づく損害賠償請求は棄却されてしまった。

とはいえ、すぐに和解をせずに、子が生まれてから法定代理人として代理権を行使すればこのような問題は起きなかったのであり、また和解が先に行われたとしても、和解での賠償額が必ずしも被害者側だけに不利ということはない。そのため穂積重遠は「立法論としては胎児のための代理制度が問題になり得る」と言うにとどめている。しかし、法定解除条件説は我妻を初め多くの支持を集めており、**現在では解除条件説が通説とされている**。ただし、こうしたケースが生じること自体稀であり（遺族は胎児の利益及び母親の意向を考慮するのが当然であろう）、あまり重要な論点ではない。

これと似たケースとしては、最判平成 18 年 3 月 28 日の自家用車自動車総合保険の無保険車傷害条項の胎児への適用を争った損害賠償請求がある（請求は認められている）。

## 5. 外国人

民法は自然人を平等に扱うとはいえ、日本国籍を有しない者（外国人）に対しては、一定の制限を設けている。特許法 25 条、著作権法 6 条、鉱業法 17 条など、国家政策に関するものに関して、**例外的に規定を設けている**。ただし、「外国人は、法令または条約の規定により禁止される場合を除き、私権を共有する」という 3 条 2 項の文からは、権利を持つということの方が強調されていると言える。



## 6. 終期

現行民法は終期に関して明確な規定を設けていないが、権利能力が死亡により終了することは明らかであろう。死亡の基準としては自発呼吸の停止、心停止、瞳孔散大という**死の3兆候**があるといわれる。臓器の達効に関する法律6条1項では、脳死した身体を「死体」としているが、これを民事上の死亡判断にそのまま適用することが果たして妥当なのには議論がある。

死亡の時点が確定できない場合、相続の順位が問題となる。すなわち、親族内で複数人の死亡時期の前後が不明である場合、どちらが先（例えば父と子）に死んだとみなすかにより被相続人の相続する財産の扱いが異なってしまう（父が死んだ後に子が死ぬと、母が全てを相続するが、子が死んだ後父が死ぬと、母親は子の財産の6分の5、父親の遺産の3分の2を相続し、残りは直系尊属に向かうことになる）。この場合、母と夫の父母の一方が財産を先取した場合、もう一方はどちらが先に死亡したかを証明せざるを得なくなり、早い者勝ちになってしまう。

そこで、民法には、32条の2という**同時死亡の推定**の原則を定めた条文が追加された。これによれば、先の例で言えば子の財産は全て母が相続し、配偶者の財産は直系尊属と2対1で分けることになる。

なお、最判平成21年6月2日の判決は、被保険者である夫と、保険金受取人である妻が同じ飛行機事故で死亡した事件で、同時死亡の推定を適用し、商法の規定に基づいて保険金の指定受取人の唯一の法定相続人である妻の兄にのみ保険金の相続を認め、夫の弟の相続を認めなかった。

また、これと関連して、死亡の事実自体が証明困難な場合をも考える必要がある。そこで、民法は30～32条で**失踪宣告**の制度を設けている（シケプリ第4章）。また、これとは別に、戸籍法では認定死亡の制度が設けられている。

## 第3章 意思能力・行為能力

人は皆平等に権利能力を持っているが、だからといって皆が自由に法律上の行為を行うことができるわけではない（幼稚園児がお父さんの真似をして大事な書類に印鑑を押しただけで法的効力が生じてしまっては、たまったものではない）。そこで民法には「**意思能力**」と「**行為能力**」という2つの条件をクリアしているかどうかで制限を設けた。

### 1. 総説

意思能力とは**有効な意思表示をする能力**、行為能力とは**独立して有効に法律行為をすることができる能力**のことである。同じ「能力」という名がついているが、前者は精神状態を指し、後者は法律行為をするための定型化された資格と考えればよい。民法には記載されていないが、行為能力は原則として自然人全てに認められており、次の4種類のカテゴリに該当する者だけが行為能力を制限されている。**未成年者（5・6条）、被後見人（7～10条）、被保佐人（11～14条）、被補助人（15～18条）**がそれである。平成11年改正前民法では、被後見人を禁治産者、被保佐人を準禁治産者と呼び、被補助人についての規定がなかった。また、昭和22年改正前民法には妻にも行為能力を認めていなかった（ただの差別）。

### 2. 意思能力

意思能力の定義については、先に述べた通りである。参考となったドイツ民法では、意思能力を欠いた「無能力者」や、それに準ずる「限定能力者」に関する規定が設けられたが、これは現行民法には反映されていない。また、無能力者に関する規定も存在しない。というのも、幼い者や「心神喪失者（被後見人）」といった者の意思能力の欠如は、別段の規定がなくとも、そもそも法律行為の要素となる意思の欠如があったと考えればよいからである。

しかし、ある行為をした時点における意思能力の欠如を証明することは難しく、また意思能力が備わっていない者は、全くとは言わないまでも意思能力が欠如している場合が多い。そこで、定型的に法律行為の有効性を規定する行為能力を基準として、その能力がない者を禁治産者（制限行為能力者）とした（後述）。

なお、規定はないが、意思無能力者の法律行為は無効とされる。判例としては、大判明治38年5月11日が有名である。また、判旨にある傍論で述べられている「**二重効**」の問題も注目に値する。これは、「禁治産中に為したる行為たりとも」無効の主張を認めるというものである。判旨というものは法的拘束力を持たないが、通説はこれに倣い、本来は扱いが取消し可能となるはずの**制限行為能力者の行為の無効を主張することができる**、とした。

また、意思無能力者の法律行為の無効については、絶対的無効と相対的無効がある。前者は、意思無能力者の法律行為は当然無効とするものであるが、これは他者による不当を防ぐことができない。そのため、加藤一郎の言うように、現在は**無効の意思表示をした本人からしか主張しえない**、とする**相対的無効**が、**意思無能力者の保護**をするという趣旨に合致するものとして有力である。

なお、取消しの意味は「遡及的無効」であり、主張しなければ有効なままになる。

### 3. 未成年者

未成年者は20歳未満の者である。成年年齢20歳は4条に定められているが、国民投票や選挙権年齢の引き下げなどに合わせ、民法の成年年齢をも引き下げてよいのではないとも言われている。

未成年者には、親権者もしくは未成年後見人が付くのが原則である。そこで、まず親権者または未成年後見人の条件を見る。次に、彼らの権限や、それが適用されない例外について見ることにする。

#### a. 親権者と未成年後見人

親権者は、818条1～2項にある通り、父母または養親である。親権は、父母がいる限り共同で行使するものとされる。

親権者がいない場合、あるいは親権者が管理権を持たない場合、未成年者に対する後見を開始する（838条1号）。未成年者を貢献する後見人は**未成年後見人**と呼ばれ、最後に親権を行う者が遺言で**指定**したり、片親が管理権を持たない場合にもう一方が自分に加え**指定**したりすることができる（839条）。また、後見人の指定がなされなかった場合や後見人が欠けた場合で、未成年被後見人またはその親族、利害関係人の請求があったとき、あるいは家庭裁判所が必要と判断した場合には、家庭裁判所が未成年後見人を**選任**できる。

未成年後見人の人数に関しては、平成23年改正により、1人だったのが**複数人**でもよいことになった。また同改正では、**法人**が後見人として身上監護をすることも認められた。

#### b. 親権者・未成年後見人の代理権

親権者及び未成年後見人は、未成年者（子または被後見人）の財産を管理し、かつ財産に関する法律行為についてその未成年者を代表する（824・859条）。つまり、**法定代理人**となる。

#### c. 親権者・未成年後見人の同意権と取消権

**5条1項**に本文に「未成年者が法律行為をするには、その法定代理人の同意を得なければならない」とあるように、**未成年者の法律行為は一般的に法定代理人の同意を必要とする**（すなわち、親権者・未成年後見人は同意権を持つ）。そして、同意を得ていない法律行為に関しては、**取り消すことができる**（同条2項）。

取消権者は、120条1項にまとめて書かれている。すなわち、「行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、**制限行為能力者**又はその法定代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる」という文言である。本人も取り消せることに注意。制限行為能力者の定義は別に20条で与えられている。

取消しの効果は、その行為を「**初めから無効であったものとみなす**」というものであり（121条）、具体的には①**債務の履行拒絶**、②**不当利得返還請求**がある。前者は契約の履行前の話で、例えば売買契約で代金を支払っていなければ、支払いを拒絶できる。後者は既に契約が履行された後の話で、本来は783条に定める通り利益（不当利得）を全て返還する義務を負う（悪意の場合は利息も要る（784条））が、制限行為能力者は**現存利益**のみ返還



すればよい。制限行為能力者の不当利得返還義務が現存利益に限られる（121 条但し書き）のは、制限行為能力者の保護が必要であるという考えに基づいている。

なお、この取消しの効果は制限行為能力者共通であるから、次の成年後見人制度における取消権の効果は省略する。

#### d. 親権者・未成年後見人の同意が不要な場合

未成年者の法律行為において、法定代理人の同意を不要とする場合が 6 つある。

まずは、**権利の獲得と義務の免除**である。これは 5 条 1 項但し書きにある。単なる贈与や債務の援助がこれに当たる。ただし、債権者になることは、相手の債務履行に伴う債権の消滅という不利益が生じるため、これに該当しないとされる。また、贈与は未成年者を規範によって規定する（「お年玉、大切に使ってね」など）が、これは法律上の債務が発生するわけではないから、未成年者の利益は保護される。

次に、**代理**も未成年者を含め制限行為能力者が同意なしにすることが許されている法律行為である（102 条）。この理由は、行為能力者制度が制限能力者を保護するためのものである一方で、その効果は代理人ではなく本人に生ずるものであるからである。ただし、行為能力は不要とされるが、意思能力は依然として必要である、と改正された。

また、財産関係以外では、**婚姻**も法定代理人の同意を**事実上**要しないと言える（ちなみに、現在婚姻年齢は男が 18 歳、女が 16 歳となっている）。未成年者の婚姻について、**737 条は父母の同意を必要としているが**、これは婚姻届けの受理条件にすぎない。というのも、**婚姻の取消しの要件を定めた 744 条には、取消し要件として 737 条違反を含めていないから**である。このため、同意がないことを気づかれずに受理された場合には、もはや取り消すことができない。なお、昭和 22 年改正前には取消し制限が存在した。

婚姻と同様身分行為である**認知**も、780 条で、同意を不要としている。

**養子縁組**に関しては、「養子となるものが 15 歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、縁組の承諾をすることができる」という 797 条の反対解釈により、**15 歳以上の未成年者は、自分の法定代理人の同意なしで誰かの養子になれる、とされる。**

**遺言**も **15 歳以上**なら法定代理人の同意が不要である。

#### e. 親権者・未成年後見人が未成年者の法律行為を取消せない場合

上の例とは違い、同意の要不要にかかわらず、そもそも取消しが認められない場合も存在する。以下に 4 つの分類を挙げる。

まずは**追認**があった場合である（122 条）。未成年者の法律行為を追認することができるのは、**未成年者、未成年法定代理人及び承継人**である（120 条）。このうち、124 条 3 項の反対解釈により、未成年者が追認する場合は、**取消しの原因となっていた状況の消滅**（同条 1 項）が要件とされる。つまり、未成年者が成年にならない内は、追認の効果は生じないのである。また、改正民法では、2 項の内容が成年被後見人以外にも適用されるようになり、**取消権を有することを知っていることも要件とされるようになった**。例えば、詐欺に遭ったことに気づかないまま追認してしまい、後から取り消したくなることがあるからである。

次は、当たり前だが**法定代理人の個別的同意**が与えられているときである（5条1項）。これは、逆に言えば個別の行為ごとに法定代理人の同意が必要であるということを示しているといつてよい。

これに対して、**法定代理人の包括的同意**が付される場合もある。これには次の2通りがある。1つ目は法定代理人によって**処分を許された財産の処分**である。法定代理人が目的を定めた場合、この目的の範囲内においてのみ自由な処分が許される（5条3項前段）一方、目的を定めなければ完全に自由に処分できる（同条項後段）。余談であるが、これは大学に進学する上位階級の子を想定したものであり、そのような未成年者の相手方の保護を目的としていたようである。2つ目は**営業の許可**である。営業とは営利を目的とする独立の事業のことであり、6条によって、営業に関しては**成年者と同一の行為能力**を有するとされる。これは旧民法550条2項の制限の撤廃であり、単純化を目指す現民法の特徴が表れている。ただし、未成年者が営業に堪えられない場合には、法定代理人がその営業の許可を取り消すことができる（6条2項）。この2つの例外は、旧民法における**自治産制度**を踏襲したものと考えられている。旧民法では、フランス民法の「親権解除」に由来して、自治産の制度を導入していた（213条「未成年者は婚姻を成すに因りて当然自治産の権を得」）。この自治産権を有した未成年者は、被保佐人（準禁治産者）としての扱いを受けるようになる（216条）。しかし、行為の性質によってルールを細かく定めるのは煩雑ゆえ、現行民法では採用されなかった。

ただし、自治産制度に代わって、未成年者に**完全な行為能力**を付す**婚姻による成年擬制**が現行民法753条に定められている（昭和22年改正）。この改正前には、「妻が未成年者なるときは成年の夫はその後見人の職務を行う」という791条の条文をめぐる議論が存在した。起草者は「妻は夫の権力に服すべきもの」という前提に基づき、制限行為能力者である妻の後見人の職務が婚姻によって法定代理人から夫に移ると定めていたのである。しかし、これに対しては、夫に対する後見事務の負担や、未成年者同士の婚姻においては夫と妻それぞれに法定代理人が付き法律関係が複雑化することから批判があり、スイス民法等にならって婚姻を成年とみなすべきとされるようになった（穂積重遠）。これを受け、昭和22年改正では「夫婦関係の完全なる営み」のため753条が導入された。なお、**成人擬制は成人前に離婚したとしても有効であると考えられている**。松本暉男は、親権解除の伝統がない民法においては、成年擬制を親権解除の理由と見るのではなく、**婚姻の独立性**（「夫婦の合意のみ」）を保証するためのものに過ぎず、離婚をしたら未成年者に戻る、と主張し、この通説を批判した。しかし、未成年者の婚姻が親の同意を要する以上は、**婚姻した未成年者には成年者と同様の成熟した精神能力を持つことが認められている**、と考えることができる。このため、我妻は婚姻の解消によっても成年擬制は終了しない、とした。また、同意のない未成年者の婚姻の取消しができないことに対して立法論としては否定的ではあるが、**第三者の保護**の観点から、同意の欠如を理由に未成年者に戻すべきではなく、同意がなかったとしても成年擬制を維持すべきである、としている。

#### f. 未成年者に関する学説の展開

大村敦志は、成年年齢見直しについて次のような議論を展開している。すなわち、子供の権利の尊重も子供の保護も同じく重要である以上、この二者択一を乗り越える必要があり、それを実現するために、従来の未成年と成年を、**完全未成年**と**準成年**（被保佐人扱い）及び**初成年**（支援人との相談が必要（同意は不要））と**完全成年**に分けるべきである、という。

### 4. 成年後見制度

#### a. 成年後見制度の経緯・概要と問題点

未成年者と扱いが少し異なるのが、後見・保佐・補助を定める成年後見制度である。平成11年改正前の民法との違いを理解しておくべきであろう。改正前の禁治産制度の特徴は、保護を必要とするものを定型化し、行為能力を緻密かつ一律に制限していたこと、禁治産・準禁治産という名称が用いられていたこと、戸籍による公示が行われていたこと（戸籍法）が挙げられよう。その一方、制限行為能力者の**自己決定権を尊重するノーマライゼーションの考え方**や、**プライバシー保護**、**高齢化に伴う認知症の増加**などの観点から、禁治産制度は**成年後見制度**に変わり、加えて**任意後見制度**、**成年後見登記制度**が導入された。

成年後見制度では、禁治産・準禁治産はそれぞれ後見・保佐と言い改められ、補助の制度が新設された。後見・保佐・補助の関係は、排他的かつ段階的である（7条・11条・15条1項）。後見・保佐・補助開始の審判は、それぞれ残りの2つの種類の開始の審判の取消しとともに行われるとされとおり、後見・保佐・補助の順に保護の必要性が高く、行為能力が制限されている。また成年後見制度という名前だが、未成年者にも適用可能である（10条）。

任意後見制度は、任意後見契約法により定められている。法廷後見制度は、現に判断能力の不十分な状態にある本人について、本人または家族などの申立てによって、家庭裁判所が後見人などの選任を行い、法定の権限を付与する。これに対して、任意後見制度は、本人が契約の締結に必要な判断能力を有している間に、自己の判断能力が不十分な状況になったときの**後見事務の内容と後見をする人**を、自ら**事前の契約**によって決めておく制度である。

また成年後見登記制度とは、**法定後見・任意後見を戸籍に公示せず成年後見登記ファイルに登記する**制度である。プライバシーの保護のため、成年被後見人本人や成年後見人、成年後見監督人、親族など、限られた人しか記録を見ることができなくなっている（後見登記法10条）。取引において、相手が被後見人であるかもしれないと思われる場合には、登記事項証明書あるいは記録がない旨を証明する書類の添付を要求すればよいから、取引の安全は保たれていると考えられる。

なお、成年後見制度は介護保険制度の問題の解決にも一役買っている。介護サービス契約は自らが市町村に対して申請することになっており、かつては保佐人に代理権がなかったため、準禁治産者の要介護人が契約の締結をすることが困難であった。これに対し、現行の成年後見制度では、保佐人及び補助人にも、本人の同意の上での法定代理が認められている。このことで、介護サービスを受けることのできる層が広がった。



ただし、次のような問題点がある。まずは**後見利用の偏重**が挙げられる。平成 12 年以来、成年後見申し立ての大部分が後見の申請であり、保佐や補助はかなり限定的であった。この原因としては、①ある程度の判断能力が備わっている間は、本人が躊躇しがちであること、②後見に比べ、保佐・補助は権限の規定が比較的複雑であること、③いずれ判断能力が低下すれば後見の手続きが必要になるため、初めから後見として利用する方が楽なこと、がある。この他の問題点としては、**高齢化による成年後見人不足、後見人による財産の着服、審判や監督をする家庭裁判所の負担の過剰化、身上監護や医療行為に関する同意権の不認可**などがある。また、後見人による被後見人財産の着服を防ぐため、**後見制度支援信託**なるものが実施されており、これは一定金額のみを後見人に管理させ、残りを信託銀行などに信託し、裁判所の指示書がない限り信託財産の引き出し等を禁ずるというものであるが、逆に**成年被後見人の財産を制限**することになる、という問題を生んでいる。

さらに、**成年後見制度と障害者の権利に関する条約との関わり**も問題になっている。この条約に日本は平成 26 年 1 月に批准したが、法の下での平等を定めている 12 条の記述が問題とされている。この 2 項「締約国は、障害者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力（legal capacity）を享有することを認める」における「法的能力」という言葉が何を示すかという点において、フランスなどと認識の相違がある。ここにいう「法的能力」が行為能力であるとする、成年後見制度は 12 条 2 項と両立し得なくなる。このため日本は、この語は権利能力のことであるとしている。これに対し、これをフランスはこれが行為能力であるとしており、ドイツも行為能力を含むとしている。ただし、合理的・客観的基準に基づく区別は正当化されており、あまり大きな問題とは言えない。行為能力について、日本は 12 条 3 項「締約国は、障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置をとる」にある「法的能力の行使」という言葉を行為能力であると定義している。

この条約を巡っては、締約国と国連の**障害者権利委員会**で対立が存在する。委員会が採択した**一般意見第 1 号**では、「代行意思決定から支援付き意思決定へのパラダイム・シフト」が主張されている。すなわち、後見人の意思決定を完全に代行するのではなく、それを支援するのにとどめるべき、という主張である。これに対し、川島聡は条約の締結過程の議論で「合理的な区別」が許容されていた事実を踏まえ、この主張が締結国には受け入れられないと指摘。さらに、深昏睡などのような状態においては代行意思決定措置が必要になるように、一般意見の理想が現実的ではないとしている。その上で、代行意思決定制度は厳格な基準の下で合意的な区別を許容するにとどめるべきとしている。

また、日本政府は一般意見に法的拘束力がない（勧告に過ぎない）とした上で、成年後見制度が条約の 12 条 3・4 項に即したものだとする解釈を行っている。さらに、日本政府は成年後見制度の利用の促進に関する法律により、保佐・補助及び任意後見制度の利用促進、人的体制の整備を図っている。また、平成 28 年には、成年後見人による郵便物等の管理・開披や成年被後見人の死後の成年後見人の権限を定める民法改正を行った。

## b. 概観

まず、後見・保佐・補助に関する共通の規定についてまとめておく。

詳しい説明が必要なものについては、後ほど触れておこう。

		後見	保佐	補助
開始	審判	精神上の障害により、事由を弁識する能力を欠く常況にある(7条)	精神上の障害により、事由を弁識する能力が著しく不十分(11条)	精神上の障害により、事由を弁識する能力が不十分(15条1項)
	鑑定	必要(省略されるが)	必要(省略されるが)	不要(医師意見で十分)
	請求権者	共通：本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人 検察官(7条、11条、15条1項)、任意後見受任者、任意後見人、任意後見監督人(任意後見契約法10条2項)、市町村長(老人福祉法32条) 個別：成年後見人または成年被後見人(後見を除く)、保佐人または保佐監督人(保佐を除く)、補助人または補助監督人(補助を除く)		
	本人の同意	不要	不要	必要
	保護者選任の考慮事由	被保護者の心身の状態並びに生活及び財産の状況、保護者の職業及び経歴並びに被保護者との利害関係の有無、被保護者の意見(843条4項、保佐と補助に関しては準用)		
	保護者選任の欠格事由	未成年者、家庭裁判所で免ぜられた法定代理人、保佐人または補助人、破産者、被保護人に対して訴訟をし、又はした者並びにその配偶者及び直系血族、行方の知れない者(847条とその準用)		
	監督人選任	可能	可能	可能
効力	被保護者の行為と同意	同意があっても原則取消し可能(9条本文)	同意を得ないで行った行為は取消し可能	同意を得ないで行った行為は取消し可能
	取消し権者	本人、代理人、承継人若しくは同意をすることができる者(120条1項)		
	同意権付与の審判	不要	不要(13条1項に規定がない行為では必要)(同上2項)	必要(13条1項にある規定のさらに一部)(17条1項)
	同意権への本人の同意	不要	不要	必要(17条2項)
	日常生活に関する行為	取消しは不可(9条但し書き、保佐・補助は類推適用)		
効力	代理	保護者の同意は不要(102条、保佐・補助は当然不要)		
	婚姻	保護者の同意は不要(738条、保佐・補助は当然不要)		
	認知	保護者の同意は不要(780条、保佐・補助は当然不要)		
	養子縁組	保護者の同意は不要(799条、保佐・補助は当然不要)		

	遺言	事理弁識能力が一時的に回復した時に、 <b>医師 2 人以上の立会いの下</b> で可能（966・973 条）	可能（962・963 条）	
	追認の要件及び効果	本人は行為能力者になった後取消し可能を了知した上で可能（124 条）であり、保護者は常に可。追認すると取消しはできなくなる（122 条）。		
	代理権への同意と審判	不要（859 条 1 項）	<b>必要</b> （876 条の 4）	<b>必要</b> （876 条の 9 及び 876 条の 4 の準用）
	代理権への制限	① <b>行為を目的とする債務</b> が生じる場合は <b>本人の同意</b> が必要（824 条準用） ②保護者（らのうち 1 人）と被保護者の利益が相反する <b>利益相反行為</b> については、 <b>家庭裁判所に特別代理人（後見）、臨時保佐人（保佐）、臨時補助人（補助）</b> の請求が必要（監督人がいれば不要）（826 条準用） ③ <b>居住用不動産の処分</b> は、 <b>家庭裁判所から許可</b> が必要（859 条の 3） ④ <b>身上配慮義務</b> （生活、療養看護及び財産の管理に関する義務を行う際、意思を尊重し、心身の状態及び生活の状況に配慮すること）（858 条）		
終了	審判取消し	開始審判の <b>原因の消滅</b> （後見は 10 条、保佐は 14 条 1 項、補助は 18 条 1 項）。ただし、補助は <b>同意権・代理権への審判が全て取り消されること</b> も補助開始の審判の取消しの理由になる。		

#### c. 平成 11 年改正に伴う法定代理人等の資格の制限の変化

さて、3 類型の関係を見たところで、註釈を加えていこう。家制度を廃止した昭和 22 年改正によって、後見人の資格を持つ者として「戸主」「親族会」が削除されたものの、平成 11 年改正までは近親者のみに限られていた。特に、平成 11 年改正前 840 条では、後見人を配偶者に限定しており、配偶者がいないときに限って家庭裁判所が後見人を選任するとされていた（**配偶者後見人制度**）。しかし、親族間に争いがあつたり、**後見人自身も高齢**で後見を必要としていたり、後見などの事務が複雑で専門性が高かったり、といった理由から、家庭裁判所が適任者を選任することになった。また、改正に伴い、社会福祉法人・福祉財団法人など**法人が後見人**になれることが明確された（843 条 4 項かつ書き）。

#### d. 「日常生活に関する行為」の解釈

9 条但し書きには、「**日常生活に関する行為**」が法定代理人・保佐人・補助人の取消し権の対象から除外される、とある。これがどの範囲の行為を指すのかをめぐり、議論がある。

改正担当者は、自己決定の尊重及びノーマライゼーションの理念に基づき、日用品の購入、光熱費の支払いなどを「日常生活に関する行為」としている。また、このような行為は取引の安全にも適っている。改正担当者は、この範囲について、761 条に定める「日常の家事」に関する法律行為の範囲に関する判例での解釈を援用している。すなわち、「**本人が生活を営む上において通常必要な法律行為**」がこの「日常生活に関する行為」である、としている。しかし、両者の趣旨が異なる、として、この範囲をより狭めることを主張する意見もある。

761 条は「夫婦の一方が**日常の家事**に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について連帯責任を負う」、という日常家事債務の連帯責任を定めたものである。これについて、最判昭和 44 年 12 月 18 日の判決では、次のような議論が展開されている。すなわち、同条は単に責任を定めているだけでなく「夫婦は相互に日常の家事に関する法律行為について他方を代理する権限を有する」ということをも規定していると言えるから、個々の夫婦の内部的な事情によって異なるその具体的な範囲が問題となる。その一方で、相手方の保護を目的とする規定であるから、客観的様態をも十分に考慮すべきである。とはいえ、そもそも代理権を授与していないわけだから、夫婦の財産的独立を守るためには、ただ権限外の表現代理（110 条）を適用する、すなわち、その法律行為が日常の家事に関する代理権の行使であると信ずるにつき正当な理由があれば代理があったとみなしてしまう、というのは危険である。やはり、110 条を類推適用するには、その法律行為が「その当該夫婦にとって」日常の家事であった、とまで信じてよい正当な理由を求めなければならない。うんぬん（表示主義の影響か）。

この議論自体を理解する必要はないが、この議論を俯瞰して言えるのは、9 条但し書きにある「日常生活に関する行為」と、761 条にある日常家事債務は、その趣旨あるいは範囲の基準を大いに異にしている、ということであろう。一方では、自己決定権の尊重という 9 条但し書きの趣旨（あるいは制限行為能力者の取引での保護という 9 条の趣旨）を鑑みれば、これは成年被後見人がどこまで単独で有効な取引を行うことができるか（どこまでの範囲の取引が認められてしかるべきか）、という観点から判断すべきものであるといえる。言い換えれば「日常生活に関する行為」は、保護を前提としつつ尊重する必要があるような行為に限定されるのであり、自ずとそれは**日々の生活を行うのに不可欠と考えられる行為**のみに限られるのである。これに対し、761 条をめぐる議論では、表見代理の内容となった法律行為が、果たして配偶者にとって日常家事債務に値すると信じてよいかどうか、という点が重要であるとされた。つまり 761 条にいう**日常家事債務は非常に幅広く多様なものであると解せざるを得ず**、9 条但し書きと違って、高額な商品をも含むうる。（浪費家の高所得な家庭において、夫が通販で専業主婦の妻のために知り合いから最新式の（嘘くさい）お掃除キットを購入したとしよう。この夫婦にとっては、そのような高額商品は「日常家事債務」となり得る。しかし、それと同じものを成年被後見人がテレビショッピングで注文しても、それが果たして「日常生活に関する行為」に該当すると言えるだろうか。通販の宣伝文句に乗せられて成年被後見人がよく考えず購入してしまった場合に、ただそれを日常的に使う「人もいる」、というだけで取り消せないことにしてよいのだろうか。答えは否であろう。

#### e. 被後見人の婚姻に関する議論

長々と書いてしまったけれど、次は簡単。

成年被後見人が婚姻する場合、成年後見人の同意は必要とされない（738 条）。この根拠として、我妻栄は「未成年の能力は、平均して成年者より低いのに対し、禁治産者が本心に服している間の能力は、必ずしも通常人より低いとは言えない」からである、とした。これ



は改正前の戸籍法 32 条で「無能力者がその法定代理人の同意を得ないですることができる行為については、無能力者がこれを届け出なければならない。禁治産者が届出をする場合には、届書に届出事件の性質及び効果を理解するに足る能力を有することを証すべき診断書を添付しなければならない」とされていたため、ある程度意味を持った。とはいえ、婚姻に必要な能力（意思能力）の程度を明確に定めることはできない上、もし仮に成年被後見人に「通常人」に近い能力が備わってなければ、それが許可されるのは矛盾ということになる。

こうした批判を受けた我妻説は、成年後見登記制度と戸籍法改正に伴い、手続き上の根拠も失う。上の戸籍法 32 条は成年被後見人の自己決定を尊重する観点から削除され、「届出事件の性質及び効果を理解するに足る能力を有することを証すべき診断書」を添付するの必要がなくなった。このことは、端的に婚姻において意思能力が根拠とされはいいないことを示しているといえるから、この我妻説は最早意味がない。

#### f. 保佐人・補助人の同意が必要な行為とそれをめぐる議論

先の表に書いたように、保佐人・補助人は被保佐人・被補助人の行為全てについて同意権を持っているわけではない。そこで、どのような行為が制限されているのかを検討しておく必要がある。

保佐人の同意が必要な法律行為としては、以下の 9 つが **13 条 1 項**に定められている。

- ①元本の領収・利用（預貯金・債務弁済の受領・利息の要求など）
- ②借財・保証
- ③不動産等重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為（不動産売買、賃貸借）
- ④訴訟行為（なお、相手方の提起した訴えには原則答えるべきであり、同意は不要）
- ⑤贈与・和解または仲裁合意（同意不要の贈与受領ではなく贈与であることに注意）
- ⑥相続の承認・放棄または遺産の分割
- ⑦贈与申込みの拒絶、遺贈放棄、負担付贈与の申込みの承認又は負担付遺贈の承認
- ⑧新築・改築・増築または大修繕
- ⑨602 条に定める期間を越える賃貸借（山林 10 年、土地 5 年、建物 3 年、動産 6 ヶ月）

である。

これらは民法制定当初からある規定であるが、起草者はこれらの処分行為及び管理行為が「家産を蕩尽するおそれがある」「危険多き」行為であるとして、特別に規定を設けた。家制度が廃止されたのにこのような規定を残す意義には少々疑問があり、実際平成 11 年の改正の際にも規定を減らすことが議論された。なお、同条項には、被保佐人が他の制限行為能力者の法定代理人としての行為（10 号）の追加が予定されている。

#### g. 任意後見契約

最後に、任意後見契約について触れておこう。

任意後見契約は「委任者が、受任者に対し、精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な状況における **自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部又は一部を委託し、その委託に係る事務について代理権を付与する委任契約であって、第四条第一項の**

規定により**任意後見監督人が選任された時からその効力を生ずる旨の定めのあるもの**」と定義される（任意契約法 2 条 1 項）。これからわかるように、任意後見契約は単なる（委任）契約とは異なり、契約内容が**定型化されたものである**という特徴がある。

また、任意後見契約は、任意後見契約法 3 条にその方法が詳細に定められている。それによれば、契約は法務省令で定める様式の**公正証書**を必要とする。このように、一定の形式に基づいて行われる法律行為を**要式行為**という。

さらに、効力の発生時が、合意の時点ではなく、**任意後見監督人の選任**という事後的事象が起こったときである点にも特徴がある。

次に、要件と効果について見てみよう。繰り返し述べているが、発生時は**任意後見監督人の選任**である。そしてこれを請求できるのは本人・配偶者・四親等内の親族または任意後見受任者であり、請求には**本人の同意**が必要とされる。さらに、**本人が事理を弁識する能力が不十分な状況にあること**が求められている。これらの例外としては、本人が未成年者であるとき、既にある法定後見（あるいは保佐・補助）が特に必要なとき、任意後見受任者が 4 条に定める欠格事由に該当するとき、がある。

任意後見契約の効果は、**契約によって定められた範囲での代理権と身上配慮義務**であり、さらに**家庭裁判所による監督**を受けることがある。監督は、任意後見監督人に対して、任意後見人の事務に関する報告を求めたり、任意後見人の事務または本人の財産の状況の調査を命じたり、その他任意後見監督人の職務について必要な処分を命じたりすることによりなされる。任意後見監督人を通して監督を任意後見人の監督を行うという間接的な形態は、私的自治の尊重を反映したものと考えられる。

任意後見契約の終了についても触れておこう。任意後見契約は、不正等による解任、本人または任意後見人による解除（後見開始後は、家庭裁判所の許可が必要）、「特別な必要」に基づく法定後見の開始、その他委任契約の終了原因（653 条）、によって終了する。

## 6. 相手方の保護

制限行為能力者の保護の必要から定められた規定について見てきたが、契約という法律行為においては相手方というものが存在するから、両者の保護のバランスが重要になってくる。そこで、民法は制限行為能力者と取引を行った相手方を保護するための規定を設けた。取引の相手方の保護が必要となるのは、制限行為能力者が単独では（同意なしでは）取消し可能な法律行為をした場合であり、現行民法では①一方が制限行為能力者であるため取引が不確定な場合と、②制限行為能力者が詐術を用いていた場合が考えられる。前者の場合、相手方には催告権が認められており、後者に関しては取消しを認めないとしている。

### a. 相手方による制限行為能力者側への催告権の行使

より細かく分析してみることにする。催告権に関しては、制限行為能力者が行為能力者になった場合（20 条）と、制限行為能力者が行為能力者となっていない場合（20 条 2 項）において扱いが異なる。

20 条 1 項では、「制限行為能力者の相手方は、**その制限行為能力者が行為能力者となった後、その者**に対し、**一か月以上の期間**を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、その者が**その期間内に確答を発しない**ときは、その行為を**追認したもの**とみなす」とされる。この規定は、5 年以上経過しないと相手方は取消しを請求できない、とする旧民法の規定を改めたものである。旧民法の規定は相手方を不安定な地位におき、また取引の安全を損ねるものであった。ただし、旧民法と異なり、相手方は催告することはできても**取引を取り消すことはできない**。これは、無権代理人による代理行為があった場合に、相手方に取消し権を与えている（115 条）ことと対照的である。このことから、民法は取引の安全を考慮しつつも、制限行為能力者の保護を重視しているとわかる。

より詳細に 20 条 1 項を見ていこう。ここでは、「制限行為能力者が行為能力者になったこと」を前提に、「1 か月以上の期間を定めて、追認するかどうかを確答すべき旨の催告」をすることができる、とされている。こうすることで、元制限行為能力者の法律行為の効果が確定する（取消せば遡及的に無効になる）。20 条後段には、元制限行為能力者が不確答の場合、追認がなされたものとみなされ（擬制され）、法律行為の有効性が確定する、と規定されている。注目すべきは、20 条 1 項後段では**発信主義**が取られていることである。民法では 97 条にある通り意思表示の効力発生を到達時に求めており、取消し・追認も意思表示によってなされるとされている（123 条）。したがって、取消し・追認は本来到達をもって有効とみなされている。これに対し 20 条 1 項後段は「確答を発しないとき」、とし、**発信があるか否か**で意思表示の有効性を規定しているのである。この違いは、制限行為能力者の保護の必要性から生じていると見ることができる。

この 20 条 1 項に対し、制限行為能力者が行為能力者となっていない場合にどうすべきかを定めたのが同条 2 項である。これによれば、「制限行為能力者の相手方が、制限行為能力者が行為能力者とならない間に、その法定代理人、保佐人又は補助人に対し、その権限内の行為について前項に規定する催告をした場合において、これらの者が同項の期間内に確答を発しないときも、同項後段と同様とする」。つまり、制限行為能力者には追認ができない以上、本人の法律行為の有効性を確定させることができる存在である法定代理人・保佐人・補助人に催告を行うことになるのである。それ以外の要件・効果は前項と同じである。

ただし、これら 20 条 1・2 項は、一般的な行為についてのみ当てはまる。同条 3 項には、次のような規定がある。「**特別の方式を要する行為**については、前二項の期間内にその方式を具備した旨の通知を発しないときは、その行為を**取り消したものとみなす**」。すなわち、不確答の場合でも、「特別の方式を要する行為」については、例外的にその効果を**取消しに擬制する**のである。この「特別の方式を要する行為」は、その行為能力の不足を補うために特別に手続きが必要なものであり、例えば後見監督人が選任されているため、後見監督人の同意がなければできないような法律行為（営業または 13 条 1 項に定められている行為、864 条）などがこれに該当する。

さらに、同条 4 項には「制限行為能力者の相手方は、**被保佐人又は第十七条第一項の審判を受けた被補助人**に対しては、第一項の期間内にその**保佐人又は補助人の追認を得るべき旨の催告**をすることができる。この場合において、その被保佐人又は被補助人がその期間内にその追認を得た旨の通知を発しないときは、その行為を**取り消したものとみなす**」という規定がなされている。ここに 98 条 2 項で**意思表示の受容能力がない**とされる未成年者及び成年被後見人について規定がないが、これは相手方による催告という意思表示（意思の通知）自体が当然効力を持たないと考えられるからである。また、被保佐人及び被補助人には追認する立場にないと前提されるから、不確答の場合の効果は追認ではなく取消しとなる。

#### b. 制限行為能力者が詐術を用いた場合

相手方が取れる手段について規定したのが 20 条であるが、これに対し客観的な制限行為能力者の法律行為の扱いについて規定しているのが 21 条である。条文は次の通りである。

「制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない」。これにより、制限行為能力者が詐術を用いた場合、つまり、自らを行為能力者と偽るか、あるいは自らの法定代理人・保佐人・補助人の同意を得ていると偽る場合（後者は明文化されているわけではないが）、その**行為の取消しは認められない**。この規定に関しては、「詐術」の解釈をめぐって議論がなされてきた。

この規定は旧民法 549 条に由来するが、この元となったフランス民法は未成年者による詐術のみ定めている（これによれば、単なる成年の制限では取消し不可にはならず、積極的な欺罔行為が必要とされている）。21 条の起草段階においても、単なる虚偽の宣言については不法行為（709 条）として損害賠償請求をすればよいが、損害賠償が事後的なものであり必ずしも損失の補填とならないことも踏まえ、**積極的な欺罔行為による悪性の強い詐術の場合に取消し不可とすべき**であろう、と考えられていた。つまり、**起草段階では「詐術」の意味が厳格に捉えられていた**と考えられる。実際、大判大正 5 年 12 月 6 日の準禁治産者による詐術事件では、**制限行為能力者が行為能力者であるかのように契約しようとするのは当然として、その注意を怠った相手方を保護する必要はなく、取消し権が認められる、との判断を下している**。また、大判大正 6 年 9 月 26 日の事件では、準禁治産者が契約に際して保証人及び弁護士を伴って自らが行為能力であると主張した（積極的な欺罔行為であると言ってよい気がする）のにもかかわらず、保証人及び弁護士に自らの虚偽の行為能力を**直接明言**させていない（黙秘でしかなかった）ことを理由に、その詐術性が否定されている。

これに対し、三瀧信三は詐術の従来の解釈が字句に拘泥しすぎであるとし、それが積極的か消極的か、陳述したか黙秘したかにかかわらず、「他人を欺く一切の行為」を詐術とすることを主張した。詐術の形態によらず、他人を欺いた以上は保護する必要はないからである。

我妻栄も、この詐術の解釈については、取引の安全を顧みていないとして、三瀧の定義に沿い「普通人を欺むくに足る方法によって相手方の誤信を誘起し又は誤信を強めた」行為は詐術とすることを述べている。この定義において重要なのは、その行為が「**相手方の誤信を誘起し又は誤信を強めた**」かどうかを基準にしていることに注意したい。相手方に、それが



詐術を意図しているということがわかっている、つまり相手方が騙されていない場合には、確かに相手方を保護する必要性もなくなってくる。

この影響を受け、大判昭和2年11月16日事件（「自分を準禁治産者と疑うなら、市役所や裁判所に問い合わせてみればいいじゃないか」と言って取引した）、昭和8年1月31日事件（「自分には資産があるから大丈夫」と言って取引をした）では、詐術を認め、取消し不可との判決がなされた。どちらも自らが行為能力者であると明言しているわけではない上、後者に至ってはただ「資産がある」ということによって間接的に相手を誤信に陥らせたに過ぎない。このことから、**我妻以降、「詐術」の意味が緩く解釈されていた**とわかる。

しかし、戦後の最高裁判例は、戦前の「詐術」を柔軟に解釈する我妻以降の方針を踏襲しつつ、**個別的判断においてはその意味を狭く捉えている**とされる。例えば、最判昭和44年2月13日事件では、具体的な取引の経緯を踏まえた上で、準禁治産者の積極的な売買への関与あるいは単なる黙秘だけでは詐術を用いたとは言えない、とされた。

この動向に沿い、現在では、制限行為能力者の判断能力、相手方の主観的態様、法律行為、目的物、その他具体的な事情が千差万別である以上、利益の調整を抽象的に決定するのではなく、個別に決定してゆくべきだ、との見解が有力である。この米倉の主張は**利益衡量論**の流れにあると言ってよいであろう。とはいえ、簡単に類型的考察の必要性を否定するわけにもいくまい。

#### <番外編>

判例が増えてきたので、ちょくちょく出てきている判例を収録した判例集について少し。

大審院時代の主要な判例集は「大審院判決集」（1895～1921）と「大審院判例集」（1922～1946）であり、前者が廃刊となるとともに後者が発刊された。民法に関する判例集が、それぞれ「民決」「民集」である。第1章で触れたが、初期の判例集には抽象的な理論しか載っておらず、アメリカ留学後判例研究の重要性を意識した末弘厳太郎ら民法判例研究会の厳しい批判にさらされていた。事実を記載しないことに対する問題意識は、民集発刊へとつながった。しかし、民集は民決には載せられていた上告論旨や判旨を簡略化してしまっており、また事件の経緯を簡単に説明するものの、必要な具体的事実を網羅していたわけではなかった。

1947年以降は最高裁判所判例集（民集）に移行する。現在ではこの公式判例集だけではなく、判例時報など商業雑誌にも判決が載るようになっており、判例研究に役立っている。

## 第4章 住所・不在者の財産管理・失踪宣告

さて、民法総則における「人」に関する内容として、民法第2章第1・2節の「権利能力」「行為能力」について触れてきた（まだ21条までしか来ていません）。そこで、この章では「人」に関する残りの規定である第3節「住所」と第4節「不在者の財産管理及び失踪の宣告」について触れておく。「内田民法」ではあまり触れられていないこの些末にも思える部分にも加毛先生はしっかり説明なさっているので、しばしお付き合いを。

### 1. 住所

住所に関する規定は前述の通り第2章（「人」）において述べられているわけであるが、この理由は「われわれの生活（が）土地と密接な関係を有するから」である（我妻栄）。「住所によって権利主体の場所的個性が定まる」という表現からは、人が特定の住所に基づき生活すると前提されていることが伺える。実際、住所が基準になる法律関係は様々に存在する。不在者の財産管理及び失踪宣告に関する規定（25・30条）における「不在者」の定義や、相手方を知ることができない場合における公示に関する規定98条、非特定物の債務弁済を債権者の住所で行うとする484条（**持参債務の原則**）、相続の場所を被相続人の住所で開始とする883条などがそれにあたる。民法の他にも、民事訴訟法4条2項では人の普通裁判籍が住所となっているし、通則法5・6条ではそれぞれ後見開始の審判・失踪の宣告は住所を基準とする、とされている。公職選挙法も、どの自治体の選挙権を持ちどの自治体の選挙人名簿に登録できるかを住所によって定めている（それぞれ9・21条）。

なお、住所に関連する概念として、「居所」（23条1項）、「仮住所」（24条）というものがあるが、まずは住所をめぐる学説の展開について触れておこう。

#### a. 住所

住所に関しては、その基準と個数が問題とされてきた。22条において、住所は「**各人の生活の本拠**」である、と規定されている。これは、本籍地を住所とする旧民法の規定（形式主義）を改めたものである。旧民法は、本籍地以外で生計を立てる場合その主要地を住所とすることを例外として認めていた。しかし、本籍地と生計を立てる主要地が同じであるのは、むしろ農業や商業を自ら営むような例外的な場合である。そこで、しばしば有名無実である本籍地を原則とするよりは、生活の本拠という概念を導入し、それを基準とした方がよいと考えられた。学説の対立が見られたのは、この生活の本拠をどう定義するか、という問題においてである。

まず生活の本拠の基準をめぐるのは、それを居住や主たる財産の所在などにより決めべきとする客観説と、その場所を主たる生活の本拠とする「定住の意思」を要件に含めよとする主観説が対立した。起草者は客観説を取っていたが、初期の判例ではドイツ法学の学説継受により主観説が主流であった。主観説の根拠は住所と居所の区別にあったが、その区別は概念的なものに過ぎない。さらに、取引の安全、相手方の保護を考えると、住所は客観的な基準によって決められるべきであろう（末弘厳太郎）。このため、現在は客観説が主流である。

次の論点である生活の本拠の個数に関しても、それを 1 つに限る単一主義と、複数個を認める複数主義の対立があった。これに関して、起草段階ではフランス法の影響で単一主義が取られていたが、特に概念的あるいは論理的根拠が存在したわけではなかった（「錯雑を避けるため」とされた）。これに対して、末弘は「人の社会的関係が段階的に複数的存在をなしている」とした上で、複数主義は錯雑を生じさせるものではなく、むしろ社会の実態に沿ったものである（職場と住居は普通別の場所であろう）、として複数主義を主張、通説としての地位を確立した。これはドイツ的な住所概念の流れを汲んでいる。

住所に関する規定は、そもそもほとんど問題とならない。住所がかかわった裁判としては、最判昭和 29 年 10 月 20 日のいわゆる「自治庁の通達」をめぐる事件であるが、この事件はどちらかといえば憲法の範囲に属するだろう。郷里を離れ、寮暮らしをしていた学生らの住所が本籍地にあるとして、彼らに下宿先で選挙権を行使することを認めなかったものであるが、学生らにとっての住所は学生寮所在地であるとの判断により、取り消された（当時盛り上がっていた学生運動を抑える目的があったといわれる）。しかし、この判決で住所の法的意味について立ち入った議論がされているわけではない。川嶋武宜は、そもそも民法に住所についての規定を設けることの意義に疑問を投げかけている。

#### b. 居所・仮住所

居所は、住所が知れないとき、住所として擬制される（23 条 1 項）。「住所が知れない」とは、そもそも住所と認めることができる本拠がない場合や、仮に生活の本拠があっても、それを知ることができないような場合を意味する。居所の定義については、浮浪者のような住所を持たない者に不都合が生じないように、一定の時間的継続性を求めるべきではない、とされている。また、居所を住所に擬制するのは浮浪者だけではない。同条 2 項には、「日本に住所を有しない者」は、日本国籍の有無を問わず（準拠法による例外を除き）、その居所を住所とみなす、とある。

これに対し、仮住所という概念も存在する。これは、特定の行為に関してのみその土地を住所（仮住所）として用いる場合において利便性の観点から設けられたものである（24 条）。

ただし、この居所・仮住所の概念は、複数主義の下ではほとんど意味を持ちえない。複数住所を持つことができるのならば、住所と居所あるいは仮住所を区別する必要がないからである。では、なぜこの元となったフランス民法では、住所が単一なものとされ、こうした別概念を導入することになったのであろうか。大村敦志は、その理由をフランス法における人格と財産及び土地を一元的に結びつける思想に求めている。フランス法では、責任財産の分割が可能な「法人」の概念を当初有していなかったが、それもこの一元的発想に基づくことができるだろう。この指摘は、社会において共有される意味世界の規範としての法が、その社会における思想によって基礎づけられている、という事実に向けさせるものである。

が、試験に出るとは考えにくい。

## 2. 不在者の財産管理

これも住所と同じく試験に出るか怪しい単元である（手続法っぽい内容が多い）。

「不在者」は、生死が不明である者や、住所または居所を去っている者を指す。不在者の財産管理が必要なのは、放っておけば朽廃消失してしまうからであるが、究極的にはそれは不在者本人の利益保護だけでなく、その**相続人や債権者の利益保護、国家経済上の利益保護**につながるからである。

不在者の財産管理については、25 条に規定があるが、問題となるのは「誰が管理するか」という要件と、「管理において管理人はどのような権限・義務を持つか」という効果の部分であろう。それぞれより細かく見てみよう。

そもそも不在者が管理人を置いた場合、**委任契約**のような形で管理が遂行されるはずである。そこで民法には、そうでない場合、つまり**不在者が管理人を置かなかった場合**（1 項前段）、**管理人の権限が消滅した場合**（管理人を置く委任契約の解除等、同項後段）、そして**不在者が置いた管理人が家庭裁判所により改任された場合**（26 条）について、**家庭裁判所が管理人を選任**すべきことが述べられている。3 目について補足すると、これは**不在者の生死不分明**が要件となっている（26 条）。というのも、管理人の管理が不適當であったり、遂行不能であったりしたとしても、それは本人が選んだ結果であり、本人がそれを把握でき、管理人を自ら改任することができる限りは、本人の意思を尊重すべきである、と考えられるからである（私的自治原則）。つまり、本人の生死がわからないときに、相続人や債権者の利益の保護が重要になってくるのである。ここで、「改任」という言葉に注意したい。これは「**解任**」と「**選任**」の 2 つの意味を含む。旧民法において、必ずしも両方がなされるとは規定されていなかった（「代理人の解任を言渡しまたはその後任を指定することを得」）ものが改められたものである。新たな管理人が選任されなければ相続人らの保護という目的が果たされない。解任を不要とするのであれば（例えば管理人が死亡するなど）、25 条後段を適用することになる。

25・26 条の選任あるいは改任は、**利害関係人または検察官**（公益の代表として）の請求・申立てを受け、家庭裁判所により**審判**がなされる。民法ではなく家事事件手続法の範囲だが、一応家庭裁判所の審判について触れておこう。そもそも、人や家族に関する紛争手続きは、家事調停・家事審判・人事訴訟（親子・夫婦関係に関する紛争）・民事訴訟（他）の 4 種類に分けられる。ここで注意すべきは、家事調停と家事審判であろう。家事調停とは、紛争において当事者間の話し合いをまず行い、それでも解決しない場合、家事審判官（裁判官）に判決を委ねる、というものである。これに対し、家事審判は提出された書類等に基づいて、初めから家事審判官が判決を下す。これらの違いは、その紛争が家事事件手続法別表 1 と 2 のどちらに分類されているか、である。前者に分類される事項は、公益性が高い審判事項であり、その公益性の高さにより、当事者間での任意の処分を許容することができないようなものである。他方、後者にある事項は調停時効と呼ばれるもので、家事調停の対象である。先述の通り、不在者の財産管理は公益に関わるものである。ゆえに、不在者の財産の管理人



の選任または改任は、家庭裁判所を介してなされなければならない（ただし、家庭裁判所が職権によって開始することはできず、あくまで利害関係者らの請求に基づいて審判を行うに過ぎない）。

次に、こうして選任または改任されたことによる効果、すなわち管理人の負う職務・義務及び権限について検討しておこう。

	項目	家庭裁判所の選任した管理人	不在者の置いた管理人
職務	財産目録の作成	管理する <b>財産の目録</b> を作成（27条1項前段・2項）。費用は管理財産で負担。委任管理人は不在者の生死が不明な場合のみ義務（以下同じ）。	
	財産保全に必要な処分	家庭裁判所の認める、 <b>財産の保存に必要な処分</b> （27条3項）。例えば腐敗しやすい動産の売却、金銭の預金、債務の弁済などがこれに該当。	
	財産状況の報告・管理の計算	<b>財産の状況の報告及び管理の計算</b> （家事事件手続法146条2項前段・後段）。費用は管理財産で負担。	
	その他義務や制約及び権利など	委任に関する規定の準用 ・ <b>善管注意義務</b> （644条） ・ 受取物などの引渡し（646条） ・ 金銭消費に関する責任（647条） ・ 費用などの償還請求（650条）	・ 当事者の合意内容 ・ 任意規定（91条）
権限	管理行為	<b>保存行為・改良行為</b> （103条）。	・ 当事者の合意内容。 ・ 任意規定（91条）
	越権行為	上に当てはまらない <b>処分行為</b> などが対象。家庭裁判所の許可が必要（28条前段）。	・ 不在者の許可が必要 ・ 不在者の生死が不明な場合家庭裁判所の許可が必要（28条後段）。
	担保の提供	家裁は管理人に担保の提供（29条1項）や増減・変更・免除を命じることができる。（委任管理人については適用に議論あり。）	
	報酬の付与	家庭裁判所が管理人に対し不在者の財産の中から相当な <b>報酬を付与</b> （29条2項）。	・ 当事者の合意 ・ 合意がない場合、無償（648条1項： <b>委任契約の無償性</b> ） ・ <u>不在者の生死が不明な場合は、左を適用するかに議論あり。</u>
終了	審判取消し	・ 不在者が管理人を置いたとき（25条2項）。 ・ 不在者が財産を管理できるようになったとき、管理すべき財産が消失したときなど、財産の管理を継続することが相当でなくなったとき（家事事件手続法14条）。	・ 当事者の合意（25条後段） ・ 委任契約の終了原因（653条）、つまり当事者の死亡・破産手続き開始・後見開始。

基本的に、委任管理人と選任管理人の違いは、前者の契約の内容にかかわる部分である。特に、不在者の生死が不明な場合、委任管理人の職務・権限は選任管理人のそれに近づく。というのも、その場合**不在者本人による管理人のコントロールが保証されない**からである。

ただし、委任管理人の権限をめぐるのは、どこまで選任管理人と同様に扱うか議論がある。例えば、担保の提供を定めた 29 条 1 項の適用が挙げられる。これについては、その適用を否定する立場（すなわち、家庭裁判所は委任管理人に対しては担保を提供することを命ずることができない、という立場）と、**不在者の生死が不明な場合に限り、その適用を肯定する立場があり、後者が通説**となっている。26 条・27 条 2 項・28 条後段との関係から考えるに、29 条 1 項も、不在者の生死が不明な場合は適用する者とすべきであろう。実質的にも、不在者が管理人を置いた場合にはその意思を尊重するとしても、不在者が生死不明の場合においては、その意思の尊重のしようがないから、担保の提供を認めるのは妥当であろう。ただし大村敦志などは、不在者の生死が不明ならば 26 条に基づいて家庭裁判所が委任管理人を解任し、同一人物を選任管理人とすればよい、とし、適用を否定する。しかし、担保の増減・変更・免除について定めた家事事件手続法 146 条 4 項かつこ書きには、「管理人」に委任管理人が含まれていることから、通説には制定法上の根拠もあるといえる。

他に議論となるのは、報酬の付与である。一般に委任契約において、受任者は特約無しに委任者に対して報酬を請求できない（委任契約の無償性）。しかし、現在の学説はこの無償性原則に対して批判的であり、**不在者の生死が不明な場合において、委任管理人への報酬の支払いを認めるべきである**としている。ただし、特約が存在しないからといって、その委任契約が必ずしも単に忘れていたとか強制されたということとはできない。当事者らがあえて無報酬とする趣旨で特約をしなかった場合もあり得るからである。その一方で、もし特約がなかった理由が明示されておらず、管理人の職務に対し無報酬なのが不合理である場合には、その委任契約の解釈として、管理人に報酬請求を認めることは可能であろう。このため、報酬に関して選任管理人の扱いを適用する必要はないということもできる。

### 3. 失踪宣告

#### a. 失踪の定義と失踪宣告の趣旨

一瞬権利能力の「終期」の部分で触れた「失踪宣告」である。失踪宣告の要件効果を検討する前に、まず「不在者」と「失踪者」の違いについて検討する。民法でいう不在者とは、住所（または居所）を去った者、を指す。そのため、これには不在者の生死が不明な場合と、生存が明らかであるが戻ってこない場合が含まれる。これに対し、失踪者とは「失踪宣告を下された者」を意味する。すなわち、**生死が 7 年間不明であるために、利害関係人の請求で家庭裁判所により失踪と宣告された者**である（30 条 1 項）。

なぜこのような規定がなされたかという点、不在者は一般に財産の管理という形で保護されるが、それがあまりに長い間続くと、残された者の財産関係・家族関係が不確定化し、法的地位が不安定になってしまうため、彼らを保護する必要の方が大きくなるからである。

### b. 失踪宣告の要件

7年と言ったが、これは**普通失踪**と呼ばれる場合である。7年の音信不通に加え、要件としては**利害関係人の請求、公告後3か月以上の届け出期間**を過ぎても届け出がないこと、が必要とされている（死亡擬制は重大な法的効果を伴うから、不在者の財産管理の請求権と異なり、検察官にはその権利がない）。

これに対し、戦地に赴いたり、船舶が沈没したり、といった**死亡の原因になるような危難**があった場合、**その危難から1年が経っても生死が不明であれば、利害関係人が請求し、公告後1か月以上の届け出期間**を過ぎても届け出がないことを要件として、同様に死亡の擬制が認められる。これを**特別失踪**という。ちなみに、この「1年」という期間は、昭和37年以前は3年間であったものが、交通・通信の発達に伴い短縮されたものである。

また、これと関連して**戦時死亡宣告**を紹介しておく。1959年には特則として「未帰還者に関する特別措置法」が制定された。太平洋戦争によって生死不明になった未帰還者に関しては、厚生大臣が失踪宣告を請求することができる、というもので、遺族に対する弔慰金の支給が目的であった。この特則により、1960年代前半に失踪宣告が急増した。

### c. 失踪宣告の効果

次に失踪宣告の効果を見たい。まず、効果が発生するのはいつか。31条には、普通失踪の場合は**期間満了時**、特別失踪の場合は**危難が去った時**、とある。これは昭和37年改正によるものである。改正以前は、特別失踪に関しても期間（3年間）が満了した時、とされていた。しかし、**危難に遭った者がその期間ずっと音信不通のまま生きていた、という可能性は考えにくい**。そこで、特別失踪に関しては危難が去った時とされた。では、なぜ普通失踪の場合は期間満了時なのであろうか。これについて、起草者の梅謙次郎は、諸外国の法制を3つに分類した上で、一定期間を定めることが最も妥当であるとしている。起草時に不採用となったものとは、その効力発生時を「失踪宣告の下された時点」とするものと、「不在者から最後の音信があった時点」とする考え方である。前者は人為的に失踪宣告の効力発生時を動かすことができてしまう（失踪宣告を出した瞬間に人が死ぬことになるのは非合理的。ちょっとは様子を見るべき。）し、後者はあまりにも事実反する（擬制をするにしても、最後の音信があった次の瞬間に死ぬ、というのはやはり非合理的）。そこで、比較的弊害がないものが採用されたのである。

今度は、その効果発生時に、具体的にどのような効果があるのかを見てみる。31条では、失踪宣告の効果は「**死亡擬制**」とされている。事実のいかんにかかわらず、法的に死亡したものとみなすため、この効果を覆すには家庭裁判所による取消しの審判を必要とする。この規定は、失踪宣告の効果을個別の法律関係ごとに定めたフランス民法影響下の旧民法とは対照的である（旧民法では、失踪宣告自体が離婚の原因あるいは相続開始の原因であったが、現行民法では失踪宣告が個々の法律関係における直接効果に向かうのではなく、一旦「死亡」という擬制された事実を要件として（擬制を介して）、離婚あるいは相続開始が認められるのである。旧民法の規定に関して、起草者は、失踪者の立場を不確定化することにより利害

関係人の権利まで不安定化させることになるという点を批判した上で、そもそも失踪者が生存している可能性は低く、また死亡擬制をした方が便宜的にも望ましい、と主張した。

ただし、この死亡擬制の範囲については、時的及び場所的限定がなされる。まず、時間的な意味における限定とは、**失踪宣告は失踪者の一定の時期における法律関係についてのみ（すなわち、婚姻関係・相続関係など一部について）効果を生ずるのであり**、失踪宣告後の失踪宣告の取消しの有無にかかわらず、生きていた失踪者は有効に法律行為をすることができる、という意味である。また、場所的な限定も似たような意味である。すなわち、失踪宣告による効果は失踪宣告前の住所・居所での法律関係においてのみ生じ、従前と別の住所や居所を元に生活をしていた場合には、その法律関係は有効である、とするのである。失踪宣告を受けた者がその取消しを請求するという一種の法律行為をすることができる以上、論理的な帰結であろう。

さて、より具体的には、どのような規定がかかわってくるのであろうか。これについてはあまり踏み込まないが、相続・婚姻・再婚の順に見てゆく。

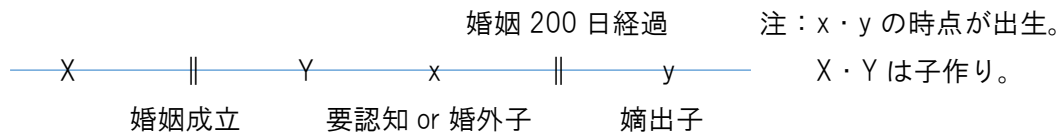
相続の開始（882条）は、死亡による。これに伴って、相続人は被相続人の**財産**に属した一切の権利義務を承継する（896条）。また、遺言が定められていた場合は、それについても考慮することになる（985条1項）。

これに対し、婚姻の解消については明文の規定がない。婚姻が解消するとは、離婚をすることか、あるいは配偶者がいなくなる（すなわち死別する）ことを意味するが、民法では、前者に関してのみ明文で規定がされている。死別で婚姻が解消されることは当然のことと解されたからである。ただし、**姻族関係**が解消される（728条2項）ことについては定めがある（配偶者が死亡したからといって、義理の親が突然自動的に赤の他人になることはなく、生存配偶者の意思表示をもってなされなければならない）。**生存配偶者の復氏**についても、離婚同様であると751条1項が定めている。これに関して、復氏による祭祀に関する権利譲渡なども定められているが、省略する。

最後に、再婚についてである。妻が死んだ場合は全く問題がないが、夫が死んだ場合、妻が再婚するには一定の期間を待たなければならない。733条1項に「女は、前婚の解消又は取消しの日から6箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない」とあるのがそれである。この**再婚禁止期間**は父性（嫡出）推定の衝突回避のためとされるが、長すぎるとされており、平成27年に違憲判決が出、2016年6月には100日間に改正された。

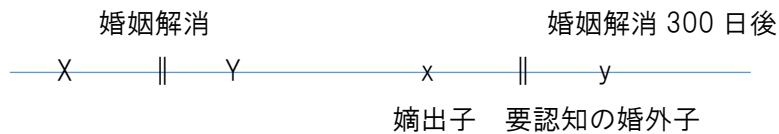
父性の推定とは、772条1・2項に規定されたものである。数字がごちゃごちゃしていてわかりにくいかもしれないが、ここでは子供は懐胎後300日たてば生まれること、子作りは夫婦の間（あるいは近いうちに結婚するつもりのカップルの間）でのみ行われること、が前提とされていることを念頭においておけばよい。同条1項によると、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定される。そして、懐胎が婚姻中であつたかどうかは、子の出生が婚姻成立の200日後であるかどうか、あるいは婚姻取消し後300日以内であるかどうかによる。まずは前者のケースを図示してみよう（次のページ）。





そもそも子作りを目的としないで子ができてしまうのは例外だから、婚前に子作りをするケースがあったとしても、それは婚姻するのが前提なのが普通だろうし、そういうカップルは近いうちに入籍する。もしできてしまっても、生むつもりならすぐに婚姻を選べばよい。よって、婚姻後 200 日経過して生まれた子は、その夫婦の子と推定してさしつかえない。

同様に、婚姻取消し後は次のようになる。



逆に、離婚してからでないとい子作りをしないと仮定すれば、婚姻解消をして 300 日経たずに生まれてきた子は前の夫との子だろう。

このように考えると、離婚して再婚するという場合に、離婚直後に結婚されると、再婚後生まれてくる子が、再婚直後にできた子なのか、離婚直前に前の夫との間でできた子なのか、つまり再婚後に生まれてくる子の（法律上の）父が誰なのかを決められなくなってしまう。そこで、設けられたのが再婚禁止期間なのである。

とはいえ、婚姻中に行った子作り（前の夫とのものであったかは問わない）で生まれた子が必ずその婚姻中の子であると推定するとしても、6 ヶ月は長すぎであろう。子が生まれるのが婚姻解消後 300 日後でなければならず、かつ婚姻後 200 日後でないといけないとしても、婚姻解消後 100 日経っていれば、再婚しても問題はないはずである。

と、話が脱線したが、失踪宣告との関係で言えば、女性は届け出期間が終了して失踪宣告がなされたらすぐに再婚ができるのかどうか、という点に少し注意が要る。結論から言えば、問題はない。普通失踪の場合は、届け出期間が短いと再婚禁止期間内に失踪宣告がなされてしまう可能性がある（3 ヶ月＜100 日）。しかし、その届け出を出すには、不在者の生死が 7 年間不明でなければならないから、実際父性推定の衝突は生じ得ない。これに対し、特別失踪はそもそも危難が去って 1 年間経たなければ（遡及的に）失踪宣告が効力を発しない。よって、そもそも再婚禁止期間 100 日（あるいは 6 ヶ月）は既に経過している。よって、どちらのケースでも、失踪宣告がなされればすぐに再婚できる。

#### d. 取消し

正直どうでもよいところにページを割いてしまったが、問題となるのは失踪宣告が取り消された場合である。31 条 1 項前段には、「失踪者が生存すること又は前条に規定する時と異なる時に死亡したことの証明があったときは、家庭裁判所は、**本人又は利害関係人の請求**により、失踪の宣告を取り消さなければならない」という要件が述べられている。失踪者の生存がわかった場合に、旧民法では自然に失踪宣告が効力を失うとしていたが、より確実性を担保するため、現行民法は取消しを裁判所に請求することを求めた（審判）。

問題は、その効果である。後段には、「この場合において、その取消しは、失踪の宣告後**その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない**」とあるが、この一方で、32条2項には「失踪の宣告によって**財産を得た者は、その取消しによって権利を失う**。ただし、**現に利益を受けている限度においてのみ**、その財産を返還する義務を負う」とある。これらの関係を考える必要がある。

まず、一般的に言って、失踪宣告が取り消される場合には、失踪宣告時より前の法律状態に戻すことが必要である（遡及効）。しかし、失踪宣告に伴って第三者に法律効果が及んでしまっている場合は大いにあり得る。すなわち①失踪者の相続人が第三者と取引した場合と、②失踪者の配偶者が第三者と再婚した場合である。そこで、この2つについて、順番に分析していきたい。

#### ＜失踪者の相続人が第三者と取引した場合＞

まずは財産の処分についてである。まずは、32条2項にある「失踪の宣告によって財産を得た者」の意味を検討しなければならない。これには2通りあり得る。つまり、失踪者の財産を直接に得た相続人と、その相続人と取引して財産を得た第三者である。前者については、32条2項を直接適用してよいだろう。しかし、この場合、間接的に利益を得た第三者も含まれるのか。これについては、「**失踪宣告の直接の結果として財産を得たる者**」のみが対象となり、第三者には効果は及ばないとされている。32条1項後段が「行為」について定めている以上、その反対解釈から、32条2項の「失踪の宣告によって財産を得」ることとは、行為ではなく、相続というものの効果のことであろう、と考えることもできる。そのため、相続人のみが「権利を失う」ことになる。

「権利を失う」以上、権利無しに利益を受けてはいけない、という結論へつながる。これを規定したのが703条であり、同条は「法律上の原因なく他人の財産または労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼしたものは、その**利益の存する限度において**、これを返還する義務を負う」と定めている。この結果相続人は**不当利得返還義務**を負い、現存利益を返還することになる。

ただし、これは相続人が善意であった場合である、と解されている。起草以来、「**悪意の財産取得者は保護に値しない**」とされてきたからである。このため、悪意の相続人については、704条に基づき**利息を付して受けた利益を返還することを求められる**（しかし、善意の相続人は703条を適用して現存利益を返還すれば済む話だから、**32条2項但し書きは不要**となる）。注意する必要があるのは、この解釈と、制限行為能力者による法律行為の取消しの効果がその善意悪意を問わず現存利益の返還義務であるとした121条但し書きとの違いである。制限行為能力者は特別に保護する必要があるが、そうでない悪意の受益者の保護はやはり不要なのである。

では、取引の相手方が悪意であった場合、相手方は保護されるのであろうか。ここで問題となるのが、先ほど引用した32条1項後段である。今見たように、返還義務について規定した32条2項は、直接の受益者である相続人であると解されている。しかし、32条1項

後段については、主体が明示されていない。「失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為」が一体誰の善意について述べているのかがわからないのである。実際、これについては起草段階で既に対立が存在した。梅は当事者の少なくとも一方が善意であれば（つまり、相手方または相続人の一方が善意であれば）その法律行為の効力は失われぬ、とした。善意者を保護する取引の安全の理念が見て取れる。これに対し、富井は、失踪者の保護を訴え、両者の善意を要件とした。判例は富井の立場を取っている。大判昭和13年2月7日は相手方が善意であり相続人と転得者が悪意であった事件であるが、判決は善意者（相手方）がいるにもかかわらず、失踪者を保護した。他方、学説では**取引の安全**を重視して相手方の善意のみを求める考えが有力である（四宮など）。

ここで、実際に32条1項後段が適用されない、すなわち失踪宣告の取消しが失踪宣告後の相続人と相手方の間の法律行為に効果を及ぼす場合、具体的にどのような帰結に至るかについて検討しておこう。失踪宣告が取り消された場合、相続人が行った法律行為はいわば**他人の権利の売買**ということになるが、この他人の権利の売買について、560条は「他人の権利を売買の目的としたときは、売主は、**その権利を取得して買主に移転する義務を負う**」と規定している（すなわち、**契約がすぐに無効となるわけではない**）。これはドイツ民法にならったもので、フランス民法及び旧民法が他人物売買を無効としたことと対照的である。この規定により、相続人は、契約履行のために相続によって得た対象物の所有権をまず取得しなければならなくなる。しかし、勝手に死んだことにされ、財産を持っていかれた失踪者がすんなりと自分の本来持つ所有権を引き渡すことはないだろう。そこで、相続人は、債務不履行責任及び担保責任を負う可能性が出てくる。この場合に、相手方がいかなる法的手段を取り得るか。それぞれ見ていこう。

まず、債務不履行の際、民法は債権者に次の3つの救済手段を用意している。すなわち、強制履行（414条1項本文）、損害賠償請求（415条）、契約解除（541条）である。これらの細かい規定の要件効果については省略して、ここでどのような手段が取り得るかを見る。失踪宣告の取消しによる債務不履行は、どう考えても履行不能に分類される。よって、強制履行を請求することは不可能である。次に、損害賠償は、債務不履行が債務者の帰責事由によることを要件に請求ができるとされている。もし債務者である相続人が悪意または善意有過失ならば、履行不能は債務者の帰責事由によって起きたものといえるから、債権者たる相手方は相続人に損害賠償を請求できる。これに対し、悪意者が相手方のみであり、相続人が無過失である場合には、損害賠償請求権は認められない。最後に、解除をする場合も履行不能についても、債務者の帰責事由によることを要件に、金銭の返還による、利息付きでの原状回復義務を負わせることが認められる。なお、解除権の行使は損害賠償請求を妨げないことにも注意が必要であろう。

次に、売買契約に特有な**売主の担保責任**という概念であるが、これは買主に対して（催告不要の）解除権と損害賠償請求権（買主が悪意の場合は解除権のみ）を与えるものである。解除の効果は、債務不履行の際に見たような原状回復義務が発生すると言える。

以上を踏まえると、次のことが言える。すなわち、①**売買契約自体の有効性は失われない**（その履行がされるかどうかの問題である）、②**相手方は自身が悪意の場合担保責任を理由に損害賠償請求をすることができず、善意でないと担保責任を理由に損害賠償請求をすることができない**、③**相続人が無過失ではなく悪意有過失ならば、相手方は自分が善意か悪意を問わず債務不履行を理由とする損害賠償請求は可能である**、④**相手方がさらに解除権を行使すれば、債務不履行責任と担保責任のどちらを問うかを問わず、また善意悪意を問わず、相手方に対して利息を付して金銭が返還される（賠償請求とは別）、ということになる。**

これと関連して、転得者の問題について触れておこう（虚偽表示でも再び登場するが）。転得者とは、取引の相手方からさらに当該財産を得た者である。第三者に含まれるが、この転得者が登場すると、当事者の善意悪意の組み合わせが増え、また検討を要することになる。

一般的に、転得者の善意悪意は、その効果が問題とされる法律行為の有効性の判断に関係がなく、**善意の第三者が現れた時点で絶対的に所有権はその者に移転し、真の権利者はその権利を失うとされる。**これを**絶対的構成**という。このため、先程の判例と異なり、第三者の善意だけを必要とする学説の立場を取れば、原告たる真の権利者（元失踪者）は、その権利を主張できない、とされる。これに対し、外観に対する信頼の保護の必要性を重視する立場は、悪意者の外観への信頼が保護に値しない以上、その取引によって財産を得た転得者から財産を取り返すことができる、とする。これを**相対的構成**という。この立場の欠点は、善意の第三者が保護されないことであろう。失踪宣告制度の趣旨が、そもそも失踪者の周囲の人の法的地位を安定化し、その権利を保護するためのものであるという理解に立てば、絶対的構成の方が妥当であると考えられる。

#### ＜失踪者の配偶者が第三者と再婚した場合＞

失踪宣告の取消しの効果として、まずは財産行為について触れたわけであるが（長い…）、これと対照的な身分行為である婚姻（再婚）の扱いについても考えなくてはいけない。ここで具体的に問題となるのは、「もし死んだと思っていた夫（妻）が突然目の前に現れたら、再会を諦めて別の人とした再婚は取り消されるのか」ということである。これを条文でいうと、32条1項後段「この場合において、その取消しは、失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない」という規定が、婚姻についても当てはまるのか、という問題である。

これに関しては賛否両論ある。同条項の適用を認める肯定説では、後婚の両当事者が善意の場合にのみ後婚を維持し、再婚の当事者の少なくとも一方が悪意の場合には重婚状態が生じる、とされる。この場合、前婚は770条1項5号に基づき離婚、後婚は732・744条を適用し取消しとすることができ、その選択は配偶者に委ねられる（後婚取消しについては当事者だけでなく前婚の配偶者にもその権利が認められている、模様同条2項）。このため、当事者は二者択一に迫られ、当事者にとっては酷ではないかと考えられる。これに対して、32条適用否定説は、常に後婚を維持するものとする。そもそも再婚は必ずしも非難の対象とはならないし、現実的に考えて、前の配偶者が生きていることを知りつつ再婚に踏み切る



ならば、そこには「7 年前に姿を消して、すぐには戻って来ようとしなかった夫のために、いきなり今の生活を根こそぎ捨てるわけにはいかない」という本人の確固たる（かつ正当な）意思があるように思える。さらに、この実質的な側面に加え、32 条が財産関係についての規定であって身分行為には関係がない、と解釈することもできる。こうした理由から、今は否定説の方が支持されている。

実際、1994 年の「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」でも、失踪宣告で解消された婚姻は復活しない、という内容が盛り込まれ、その理由として法務省は①主観面に依拠することによる身分関係の不安定化の回避、②重婚の回避、③失踪宣告後はかなりの時間が経ち婚姻共同生活が事実上失われていること、を挙げている。これは 1996 年の民法改正案にも反映された（しかし、この改正案は夫婦別姓制度の導入を主眼とするものであり、実現には至っていない）。

しかし、否定説のように一律に前婚を無効とすることについては、無論批判がある。河上正二は「人間は弱い存在であり、いかに不退転の決意で再婚に臨んだとしても、かつて生涯を誓った者が目の前に現れたときに心に迷いを生じたとしても、何ら不思議なことではない。そうだとすると、心を迷わせ、後婚に踏み切ったことを後悔し、心理的葛藤にさらされているときには、「三者仕切り直し」とすることも、やむをえない仕儀というべきである。」とし、より柔軟な仕組みを作るべきことを主張している。

## 第5章 法律行為概説

さて、とうとう法律行為の章に到達した。法律行為は非常に抽象的な概念であるが、民法総則編の第5章にきちんと規定されている。とはいいつつ、法律行為の総則である第1節は90条～92条だけで、続く「意思表示」「代理」「無効及び取消し」「条件および期限」の節の方が重要に思われるが、加毛先生はこの法律行為という概念の思想的・社会的背景及びその意義をめぐる議論についても扱っていらっしやるので、シケプリ第5章は冗長になると思われる。なお、授業内容及び法学部シケ対によるシケプリはほぼ『新版註釈民法(3)』の平井宜雄による前注をベースにしていると思われるので、より深い理解を求めたいのであれば、そちらを読むことをお勧めする。この優れたところは、この法律行為概念の意義をその歴史的・比較法的背景から論じている点である。

具体的には、「法律行為とは何か」という定義の問題から入り、それに関わる「意思表示」の構造やそれに基づく法律行為の分類、法律行為をいかに捉えるべきか（法律行為の本質を意思と表示行為のいずれに求めるか）をめぐる「意思主義」と「表示主義」の思想的対立、合同行為概念・意思表示の要件として表示意思の要否をめぐる議論、といった抽象的な内容を扱う。次に、法律行為の種々の分類について軽く触れ、最後に、法律行為の解釈論について述べている。

### 1. 法律行為とは何か

#### a. 法律行為の定義

そもそも、法律行為とは何であろうか。法律行為の定義は、実は起草当時においては明確ではなく、鳩山の『法律行為乃至時効』によって確立された。それによると、法律行為は次のように定義される。すなわち、「法律行為とは、意思表示を要素とし意思表示に基づきて法律が法律効果を生ずる法律要件を謂う」。この法律行為は旧民法にはなかったものであり、定義が確立したのは起草時ではなく（起草者自身もよくわかっていなかった）鳩山の時代であるが、とにかく法律行為というものを理解するためには、まず法律要件やその他の抽象的な概念を理解しなければならない。

この概念が考案され構築された歴史的経緯については後述するが、日本法はドイツから法律行為概念をそのまま輸入した（ただし当時のドイツにおいても、法律行為概念は完全に構築されていたわけではなかったが）。ドイツ法学が非常に形式論理性に対する強い志向を持っていたことは第1章で見た通りであるが、この法律行為概念もその一般化の流れから生まれてきたものであった。すなわち、ドイツ法学の、あらゆる権利変動、あるいは法的に意味のある現象を全て一般化し、論理的・抽象的に記述する試みの産物なのであった。

その結果、ドイツ法学は次のような抽象的な概念を抱えるに至った（ただし、以下に掲げるのは鳩山のドイツ法学研究によるものである）。まず、**全ての法律上意味ある出来事は法律要件と法律効果という原因及び結果の連関として記述される**。そして、法律要件を構成する要素ひとつひとつは**法律事実**と呼ばれ、これらは**事件と容態**に分類される。法律要件に次ぐこれらの上位概念の区別は、人の精神作用を要素とするかしないか、でなされ、人の精神を

要素としない前者の例としては、時の経過や人の死、物の破壊などがある（例えば人の死という法律事実は相続という法律要件を成す要素であり、その相続という法律要件の結果として、被相続人の財産などについて権利が相続人へと移るという法律効果が生じる）。次に、人の精神作用を要素とする容態は外部的容態と内部的容態に分けられる。その名前からもわかるように、前者は外部に現れる人間の精神作用であり、すなわち行為である。この行為はさらに**適法行為**と**違法行為**に分かれ、前者はまた**法律行為**、**準法律行為**、**事実行為**という下位概念を包摂する。法律行為は意思表示を要素とする行為であり、実に様々な種類がある（この分類は後述する。また、意思表示はさらに分解できるので、それについても触れる）。これに対し、準法律行為とは、意思的要素を持ち、法律効果を発生させるものではあるが、その意思の内容と法律の定める効果の内容それ自体は一致しないような行為であり、**意思の通知・観念の通知・感情の表示**にさらに細分される（意思の通知とは効果意思でない意思の表示であり、催告が代表例である。履行遅滞の相手方に対し催告をする際には、効果意思（自分の欲していること、つまり相手方に履行を催促してもらうこと）と実際の法律効果（解除権を得ること）の内容が若干ずれている。これに対し、観念の通知とは自分の観念や認識を相手方に通知することであり、債務の承認や債権譲渡の通知が例となる（観念の通知ではもはや通知する内容は意思ではなく事実についての観念・認識である）。最後の感情の表示は昭和22年改正前民法にあった、離婚不成立原因である宥恕以外にはないとされる）。この準法律行為と並べられるのが**事実行為**であり、これは意思に関係なく成立する（先占、加工など。例えば、魚を釣れば意思の有無に関わらず当然所有権が生じる）。以上の分類によって法律上規定された行為は全て包摂されるから、これに分類されないものは逆に法律の規定に反するような行為となる。これが違法行為であり、債務不履行・不法行為がそれにあたる。これら行為と対置されるのが人の内部であり、これらは**意思的容態**と**観念的容態**に分けられる。雑に言えば、何かをしようと欲するのが意思であり、何かを知っている、どう思っているかが観念である。以上で説明した法律事実の分類を下に図示しよう。

法律事実（この組み合わせによって法律要件が成立する）

- 事件
- 容態
  - 外部的容態
    - 適法行為
      - 法律行為
      - 準法律行為（さらに意思の通知・観念の通知・感情の表示に分類）
      - 事実行為
    - 違法行為
  - 内部的容態
    - 意思的容態
    - 観念的容態

伝統的な法律行為の説明は、このようにして法律事実というものの全貌を前提した上で、**意思表示というものを要素とする法律行為**として定義する。これは勝手なイメージなので無視してもらって構わないが、法律関係は数学で言う関数に似ていると思う。どういうことかというと、 $z=f(x, y)$ が法律関係とすると、 $f$ が法律要件、変数  $x, y$  が法律事実、 $z$  が法律効果となる。例えばこれがある売買契約の成立を記述するものだとすれば、 $f$  が売買契約、 $x, y$  をそれぞれ申込者・承諾者の意思表示の内容と考えることができ、これが相続であるとすれば、 $f$  が相続、変数が被相続人の死ということになる。このように考えると、一般的に変数  $x$  と  $y$  が意思表示であるとした場合の、関数  $f$  のことを法律行為というのだ、と考えることができる。大事なのはこのアナロジーではなく、ドイツ法学及びそれを継受した日本の初期の法学が、このような体系化を是とするようなパラダイムにあった、ということを頭に入れておくことであろう。

#### b. 意思表示の構造

さて、法律行為は意思表示を要素とする法律要件である、としたが、心理学の勃興に影響を受けた当時のドイツ法学は、この意思表示という法律事実さえをも分析する。その結果、意思表示は次の 3 つの要素によって構成されと考えられるようになる（分類ではなく、構成要素であることに注意）。すなわち、①**表示行為**、②**効果意思**、③**表示意思**、である。

表示行為とは、意思を表示する行為であり、意思表示の最も外側である。これに対して、表示する対象となる意思のことを効果意思という。これは動機とは区別される。動機というのはより観念的なものである（「民法の勉強をしたい」が動機、「内田民法を買おう」が効果意思）。表示意思はこれらと違い、メタ的な概念である。すなわち、意思表示をしよう、と思うこと、である（「アマゾンで内田民法を注文しよう」がこれに当たる）。

意思表示の構造に関しては、効果意思と表示意思に関する議論が提出される。効果意思について問題となったのは、それが人間の内面のものである以上観察不可能であるがゆえに、内面で意識されていた効果意思と実際に表示された効果意思（それぞれ「**内心的効果意思**」「**表示上の効果意思**」ともいわれる）の間に齟齬が生じることがあるが、そのような場合、どのように意思表示の効力を判断すべきか、という点である。こうした場合において、内心的効果意思のない限りその意思表示は無効である、とするのが（**意思表示の効力における**）**意思主義**、既に外に表示された以上は有効である、とするのが（**意思表示の効力における**）**表示主義**、と呼ばれる立場である。このような学説上の対立を踏まえた上で、（よく言えば柔軟な、悪く言えばごちゃまぜな）日本民法は折衷案を取った。すなわち、錯誤に関しては意思主義を取り、錯誤の効果を原則無効とし（95 条本文）、虚偽表示に関しては表示主義を取って効果を原則有効（93 条本文）としたのである。

なお、意思主義・表示主義という語は多義的であり、この後に登場する「法律行為の解釈」の議論においても意思主義・表示主義という言葉が用いられる。また、意思主義という語は、「意思主義復権論」においてはイデオロギーとしての私的自治原則の意味でも用いられる（立場としては、法律行為の解釈における意思主義に近い）ので、混乱するかもしれない。



しかし、意思表示の効力における意思主義・表示主義の対立は、どちらかという立法論の問題である。一度民法が制定された以上、議論の対象はもっぱらその解釈となるから、これ以降に出てくる意思主義・表示主義は法律行為の解釈に関するものであると考えてよい。

### c. 法律行為の分類

ここはさらっと説明したい。様々な角度によって法律行為を論じることができる。以下がその分類の仕方である。

#### <意思表示の態様>

意思表示がどのような態様で行われるかという観点から分類する場合、法律行為は**単独行為、契約、合同行為**の3つに分けられる（うち合同行為に関してはその意義に議論があるが、それについては次の部分で述べる）。

上記の行為は具体的にどのように異なるのであろうか。それぞれの定義を見ましょう。

まず、単独行為とは「1 権利主体のなす 1 個の意思表示のみによって成立する法律行為」（「相手方の意思表示と合して初めて成立するのではなく、独立して成立する意思表示」と定義される。これは 2 つに分類される。**相手方の受領を要する単独行為**と、**相手方の受領を要しない単独行為**である。前者は**法律行為の取消し、追認、相殺、債務免除、契約解除**、後者は**遺言**がその例とされる。

次に、契約は「対立する 2 個以上（2 権利主体以上）の意思表示が合致して成立する法律行為」（あるいは「ある法的効果の発生を意欲する旨の当事者の意思表示が存在することを前提として、他の当事者がこれと同一内容の法的効果の発生を意欲する旨の意思表示がない、その合致によって法的効果を生ずる法的要件」）であるとされる。しばしば法律行為と契約は、ほぼ同じものとして扱われる。ここでいう契約には、一般的にそれと解釈される債権契約だけでなく物権変動に関する 2 者以上の間の意思表示も含まれることには注意が必要である（旧民法では「合意」として定義されていた）。

最後に合同行為であるが、これは全ての当事者がある単一の目的に向かい同内容の意思表示をすることである、とされる。ドイツの法学者クンツェが提唱した概念で、学説継受の過程で鳩山が採用したことで急速に浸透した。**社団法人の設立行為**がその例である。

#### <意思表示の形式>

意思表示の形式が定められているかどうかによる分類である。契約自由の原則に基づき、方式の自由を徹底した日本民法においては、**要式行為は保証契約や遺言など一部に限られ、贈与契約を含む残りは形式の自由な無要式行為**である。

#### <効果発生要因>

これも単純で、人が死んでから効力が発生する、**遺言や死因贈与**のような法律行為を**死因行為**、それ以外を**生前行為**と呼ぶ。

#### <効果>

その法律行為がどのような法律効果をもたらすかによる分類で、債権債務を発生させるものを**債権行為**（**売買・賃貸借**など）、物権の変動を生じさせるものを**物権行為**（**地上権・**

抵当権の設定契約など)、債権を発生・移転させるが履行すべき債務を生じさせないものを準物権行為（債務免除・債権譲渡・無体財産権の譲渡など）がある。

#### ＜前提となる法律関係の有無＞

その法律行為が、前提となる法律関係を有するかどうかの区別。何らかの法律関係を元に成立するものを有因行為、そうでないものを無因行為と呼ぶ。例えば、売買契約においては売買契約に伴って目的物の所有権を移転するという物権行為が存在するが、その物権行為は、売買契約という債権行為自体が無効になったとき、同時に無効となる。このことから、物権行為は有因行為であると言える。これに対し、手形や小切手などの有価証券の振出行為には売掛代金債務に伴ってなされるが、売掛代金債務が無効となった場合でも、それによって流通している手形や小切手の効力（あるいは振出行為の効力）自体が無効となることはない（手形や小切手は一種のお金であり、流通するものである。それがある契約の無効化に伴って突然使えなくなってしまうのは、取引の安全を害することになる。よって有効とすべきである）から、これは無因行為であると言える。

#### d. 合同行為の要否

合同行為の定義は既に触れた通りだが、これに分類される法律行為を別概念として単独行為や契約と並列することには議論がある。これを否定するのは川嶋武宜である。

川嶋は、①合同行為の実態は解除・告知・地役権設定行為といった単独行為または契約の意思表示が共同してなされているに過ぎない上、②決議における投票や法人設立行為とて、契約の一種であり、合同行為と呼ばれる行為において「2個の意思表示」が必ずしも共通の目的を持つとは言えず、また目的が「交錯合致」するか「平行合流」するかは「文学的描写」に過ぎず、妥当な判断基準ではない、と批判した。その上で、合同行為を単独行為及び契約から区別することの実用法学的な意義が、当事者全員が意思を表示しなくても権利義務の変動を生じさせるという特殊性、すなわち「共同性」にある、と指摘した。

しかし、既に合同行為に関する学説の発展も見られ、あえてなくす必要はないのではとも言われている。判例でも採用されており、大判昭和7年4月19日事件（債務者が債権者に対して債務の担保をするため、その意思なく合資会社設立したが、これが相手方不在の合同行為であるため、虚偽表示（94条）には当たらず、会社設立は当然に有効であるとされた）などが挙げられる。ただし、前述の判例の具体的な結論には批判もある。

#### e. 表示意思の要否

また、表示意思の要否をめぐっても議論が展開された。表示意思を意思表示の要素とするのが鳩山以来の通説であったが、意思表示の客観的解釈（法律行為の解釈における表示主義）を標榜する我妻はこれを批判、表示意思を不要とした。これに対して、比較法的見地から、佐久間毅は表示意思を要素とする論を展開した。

より詳しく見ることにしよう。我妻以降の通説は、表示意思の必要性を否定する。というのも、どちらが欠けたにしろ、表示上の効果意思が表意者の本来意図していたものではないという点では同じであるからである（表示上の効果意思を基準にするこの考え方は、我妻の

法律行為における表示主義の立場を反映したものといえる。解釈上の表示主義については後述)。もし表示主義が欠けたならば、それは意思表示における要素の錯誤の問題である。そのため、意思表示自体の成立不成立を問題にしなくとも、錯誤無効として全く同じ結論が導かれるのであり、これは論理上のプロセスの違いに過ぎなくなる。では、なぜこの盲腸のような不要な概念が設けられたのだろうか。それはドイツ法と日本法の規範構造の差異を無視した学説継受のためである。

ドイツ法においては、実は意思表示自体の成立要件として表示意思を設けることに実益がある。これは、ドイツ法においては①**無効の意思表示をした表意者に信頼利益の損害賠償義務が課されること**、②**錯誤の効果が取消しであること**、による。つまり、一旦意思表示が成立してしまうと、瑕疵ある意思表示をした者は取消しを主張するまでそれを無効とすることができず、さらに取消しによって遡及的に意思表示を無効にしたとしても、信頼利益の損害賠償義務を負うことになってしまい、表意者の保護に欠くのである。このため、表意者保護のために、そもそも意思表示の成立を認めないこととしたのである。

具体例で考えてみよう。設例として有名なのが、トリーアのワインの競売である。ここのワインの競売では、挙手は 100 マルクの増額を意味する。この慣習を知らない外国人が、その競売会場で友人を呼ぶために手を挙げたとすると、本人はその意思がないのにワインを落札してしまうことになる。このとき、当事者の側にはそもそも法律効果のある意思表示をする意思（表示意思）がない。この場合において、ドイツ法ではその意思表示がそもそも法的な意味を持たないとされるが、我妻説をとった場合、日本法では意思表示が成立したとされた上で、売買契約に関する要素の錯誤があったとして無効となるのである。

しかし、佐久間論文は当事者が一般にその意思表示によって拘束される根拠を検討した上で、従来の表示意思不要説に対して批判を展開する。彼の論は次の通りである。一般に、意思表示が当事者に対して拘束力を持つ根拠は、①約束遵守、②自己答責の原理、③取引の安全保障であるとされる。しかし、表示意思を持たない者には、これらのうちいずれも当てはまるものはない。その理由はこうである。①まず、約束遵守については、そもそも自身の行為がいかなる権利義務の変動もたらすかを把握していない（というか約束するつもりもない）表意者については働き得ない。②次に、仮に意思表示における誤りをある程度表意者に負担させることが必要であったとしても、そもそもその答責の発想自体（すなわち自分の意思表示について何らかの責任を負う、という発想自体）を持たない表意者に対して、その責任を問うことは妥当ではない。③さらに、取引の安全は、相手方の信頼保護に対してさえ責任を問うべきでない当事者に対して、その拘束力を肯定しうるほどに重要とは言えない。こうした佐久間論文は、表示意思をめぐる議論において提出されてきた見解を、意思表示の拘束力の根拠という観点から論理的に基礎づけたものとして評価されている。

ドイツ法と比べ、日本法において表示意思を意思表示の成立要件とすることの法的帰結における意義が乏しいことは述べた通りであるが、佐久間はそれでも以下の 3 つの差異を指摘する。①まずは、相手方の保護の帰結である。表示意思不要説を取った場合において、

表意者よりも相手方を保護することの方が正当であるときには、表意者は意思表示により生じた法律関係に拘束される（債務を負う）。一方、表示意思必要説を取った場合は、意思表示が成立しないため法律関係は当然無効となり、相手方の保護は不法行為に基づく損害賠償（709条）によってなされることになる（損害賠償義務を負う）。とはいえ、不法行為と解釈されるのは表意者に過失があることが前提であり、これは錯誤無効の場合にも適用しうるから、そこまで大きな違いではない。

②次に生まれる差は、表意者と相手方のいずれが証明責任を負うか、という問題である。不要説においては、錯誤の証明責任は表意者が行うことになっている。これに対して、そもそも意思表示が存在しなかった場合には、その効果を欲するもの、すなわち相手方が原則として証明責任を負うことになる。ただし、当該容態が通常意思表示である蓋然性がある場合（当該容態が常識的には意思表示と判断できる場合）には、表意者に証明責任が転換されることになるので、これについてもあまり差が大きいとは言えない。

これに対し、③95条但し書きの適用、すなわち表意者の重過失の判断においては違いが生まれる。一般に、表意者の側に重過失がある場合、表意者は保護されず、意思表示は有効とみなされる。しかし、もしその無意識の表意者に過失があったとしても、それが重過失に当たるかの判断は本質的にできないはずである。その根拠は、過失というものの判断の仕方にある。佐久間によれば、意思表示における過失の程度は、**相手方との意思疎通を図るためには自己の意思に適切な表現を与えるべきである**（要するに「はっきりわかりやすく話せ」「正しく日本語（あるいはその他言語）を使え」）、**という社会一般の規範上の注意義務から表意者がどれだけ逸脱したのか、によって判断される**（スパゲッティがほしくて「パスタをください」と言ってマカロニが出てきた場合、パスタというのが麺類一般を指すことが常識となっているような社会であれば「パスタの種類を明示する」という注意義務を怠ったことになるが、マカロニの存在があまり知られていない、パスタ＝スパゲッティ・パラダイムにおいてそのような義務は存在しないから、客に重過失はない）。しかし、無意識の表意者が過失か重過失かの判断はできない。なぜならば、そもそも相手方との**意思疎通をする意思がない者にとっては、意思疎通上の注意義務を要求するような規範自体が当てはまり得ない**からである。このことを踏まえると、表示意思を意思表示の要素として、それを欠く場合は表意者の過失の程度に関わらず意思表示自体が不成立であるとした上で、相手方に対する損害の程度によってその過失責任を果たすことが妥当であろうという結論に至る。

## 2. 法律行為概念の歴史的背景と私的自治原則をめぐる思想的対立

### a. 法律行為概念の特殊＝ドイツ的意義

授業では、法律行為概念の根拠として鳩山の提示した私的自治原則をいきなり紹介しているが、これは法律行為概念とそれに関連する「意思」をめぐる思想の歴史的背景を前提に考えた方がわかりやすいであろう。そこで、まずは一般的な法律上の概念とみなされがちな法律行為概念を生んだドイツの特殊な歴史的背景を俯瞰して見ることにする。



そもそも、法律行為概念は決して全ての法体系に含まれるような普遍的な概念ではない。特に英米法は契約を「関係」として捉えており、それをさらに細分化して「人」「法律行為」のように記述しているわけではない。法律行為概念は、人間世界（あるいは法律的な現象）を抽象的に記述する試みの中で生まれた、ある種の世界の「切り取り方」であって、そこには思想的・歴史的な背景があることを忘れてはならない。

意思を人間世界の中心の据える法律行為概念がドイツで発展した背景として、平井は2つの要素を指摘する。①近代自然法理論の影響、②ドイツの政治的・学問的な特殊性、である。

近代自然法理論とは、16～18世紀に西ヨーロッパで形成された自然法思想から生まれた理論である。自然法思想とは、人間と自然とを統一的に秩序づける普遍的超越的存在がある、とする信念であり、近代自然法理論はその普遍的超越的存在を前提として世界の出来事を論理的に説明しようとしたものである。そして、この近代自然法理論は、3つの意味で法律行為概念の誕生を促した。

1つには、その普遍的実在への強い志向性が挙げられる。この結果として、ドイツ法学は一般的概念・体系を追求する傾向を強め、19世紀にパンデクテン体系を生み出した。法律行為概念はこのパンデクテン体系の持つ「総則」に含まれる上位概念として生み出されたのである。

2つ目には、近代自然法理論が人間的自然からの演繹を重視したことがある。従来の法学はユスティニアヌス帝が編纂させたローマ法大全、特にそれを構成する学説法の集大成である *Digesta* 及び法学教科書である *Institutiones* に依拠する部分が少なくなかった。しかし、ドイツ法学はこれらから独立して、人間的自然に由来する抽象的原理からを出発点として様々な法命題を展開・体系化していった。これもパンデクテン体系を支えるものであった。

3つ目には、近代自然法理論が神によって秩序付けられた世界観を否定し、理性的人間とその作為が織りなす秩序を前提とする世界観を提供したことが挙げられる。これによって、意思をその要素とする法律行為という概念が意識されるようになったのであった。

このような思想的背景は、当時のドイツの社会状況と合わさって生まれた。平井はこの点に関して2つの側面を指摘する。

1つ目は、ドイツにおいて乱立していた領邦国家（ラント）が、自然法理論と結びついたことが挙げられる。ラントの領主は、ローマ教皇の権力と貴族の身分的権利に対抗する必要から、彼らの影響を思想的に排除する自然法学を実定法として導入した。この結果、自然法理論はドイツにおいて確固たる実定法としての地位を得、それとともに総則及び法律行為概念が確立されたのである。

2つ目は、ドイツ法曹の特殊性がある。ドイツの絶対権力は、実務法曹を抑圧し、自らの政治支配の道具として官僚組織に組み込んでいた。この結果、ギルド的な法律家集団が形成され、専門的法曹の育成がなされていたイングランドと異なり、大学での講義（900番講堂的な）による法曹養成が必要となった。これは3つの意味でドイツにおける法学を体系化・一般化への道へ歩ませた。つまり、①効率的な知識伝達のための体系化の必要性、②法律学

と他の学問分野（自然科学や哲学）との交流、③大学という独立の機関が法律家養成を担うことによる伝統的な法思想との断絶、である。このような実質的な側面においても、ドイツ法学の体系・一般化重視の傾向が強められていたのである。

以上のような法律行為概念の特殊性に関する平井の指摘は、日本における法律行為概念の要否や解釈に関する議論に一石を投じたといつてよい。そこで、次はこの地域的・歴史的固有性を持つ法律行為概念が日本でどのように理解されてきたのかを見ていきたい。

#### b. 根拠としての私的自治原則と契約自由原則と鳩山の理解

日本において法律行為概念を確立した鳩山が、その意義をどのように理解していたかを見る前に、ここで司法上の大原則の 1 つである私的自治原則と、それに関連する契約自由原則について触れておこう。

法律行為概念は、既に触れた通り、近代自然法理論の影響下で生まれてきたものであったが、その近代自然法理論では自由な意思こそが人間世界を秩序付ける、と理解されていた。これは言い換えれば、人間は、**自らの意思に従って、自らの求める法律関係を形成してゆくことができる**ということであり、これは同時に、人は自分の意思以外のものによっては拘束されない、ということの意味する。この思想が**私的自治原則**であり、この思想はドイツ法学の法律行為概念（すなわち法律関係の核を人間の意思に見出そうとする発想）を根拠づけてきた。

この私的自治原則は、しばしば**契約自由の原則**と混同される。契約自由の原則は、契約の締結・相手方の選択・内容・方法の自由を主張する思想である。その意味は私的自治原則とほぼ同じだが、その歴史的・思想的な背景は異なる。契約自由の原則は、人々の自由な関係によって秩序と経済的繁栄がもたらされる、という思想から生まれたものである。しかし、鳩山や我妻はあまり区別することなく用いていた。

では、鳩山は法律行為をどのようなものとみなしていたのであろうか。彼は、法律行為が「**私的自治を実現すべき行為**」であって、「私法上諸般の法律要件中最も重要なもの」である、と考えていた。しかし、鳩山は自ら私的自治の原則の歴史的特殊性を指摘する。私的自治原則は、18 世紀後半から 19 世紀にかけてのヨーロッパでの自由主義思想の広がり依存していた、というのである。その上で、彼は現在でもなお私的自治原則は法制によって認められるべきであると主張した。それは、自由意志が永遠不変の神聖なものであるからではなく、**市場経済において社会の維持・発達に資するからである**、という理由からであった。このことから、**鳩山の意識していたのは、私的自治原則というよりむしろ契約自由の原則であった**と考えることができる。ここに、意思そのものの尊重を出発点とした法律行為概念の思想的根拠との乖離が見られる。

#### c. 意思表示の客観化と私的自治原則の相対化

このようにして日本に導入された法律行為概念であるが、**法律行為をいかに捉えるか**、という点に関して、我妻は従来の学説を修正した。それは、私的自治原則（あるいは契約自由原則）の相対化と、解釈における表示主義の確立という形で現れた。

まず前提として、私的自治原則が個人主義・自由主義の影響を受けた、一定の時代背景に基づく思想に過ぎないことを指摘し、20世紀初頭勃興した団体主義・社会連帯主義的思想（要はコーポラティズム・コミュニタリアニズムであろう、全体主義などではないので注意）を背景として、その私的自治原則に修正が必要であることを説いた。これはすなわち、人は独立した原子論的存在ではあり得ず、現実には共同体・社会の様々な関係の網目として生活する（そしてその傾向が資本主義の発達に伴って強まった）以上、**個人の自由な意思の存在を前提とする従来の私的自治原則は最早時代に合致していない**、ということであろう。このことは、次の我妻の記述に現れている。「遮般の事情を他の一面から観察すれば、私人間のいわゆる契約自由の原則において個人の主観的意思がすべての法律効果を発生せしめるのではなく、個人はその意思表示によってただこの慣行条理規則等から導き出される客観的の規範の中に入り込むに過ぎない」。さらに、我妻は人間の持つ意思というものの不完全性を指摘する。すなわち、人間は将来の全てのことを予見することができないために、**人間の意思というものは常に何らかの欠缺を抱えている**、というのである。

これはどういうことを意味するのであろうか。ここで、第1章で触れた我妻の法学への考え方を思い出してほしい。我妻は、私法の中心的役割を、裁判すること、つまり社会関係における問題の法的処理をすることに求め、個々の事件から社会一般に存在する問題を洗い出し、解決することを目指していた。そして、我妻の中にあった問題意識とは、都市部における労働・住宅問題、農村部における小作問題である。当時の労働者や賃借人、小作人といった社会的弱者が資本家や地主といった社会的強者との間で強いられていた不公正な契約の問題を、法律家はどう解決すべきかを模索していたのである。

このことを踏まえれば、我妻の私的自治原則への修正は、次のような意味を持つといえる。すなわち、私的自治原則が前提としていたのとは異なり、**現実には人々は一定の社会・経済構造に組み込まれており、社会的弱者の持つ意思は必ずしも自由なものではない、ゆえに、意思表示を全て当事者の内面の自由意思に還元してはならず、客観的な要素**（例えば、なぜその労働者は工場で1日16時間も働く雇用契約に合意したのか、ということ）に注目して**本人の保護及び将来的な問題解決に役立てていかなければならない**、ということである。この結果、団体交渉権の導入や強行法規の強化など、国家的立場からの契約への介入が要請されるようになった。

また、こうした客観面の重視は、**資本主義の発達に伴って取引の安全の考慮の重要性が増してきたことと相まって**、法律行為の解釈における**表示主義**の考えを確立させる。この表示主義は、意思表示の本質を内心的効果意思ではなく表示行為に見出す立場である。今までも出てきたし、これからも触れることになるが、我妻は「取引の安全」が大好きであるという点はしっかりと頭に入れておこう。そして、これは佐久間に徹底的に批判される（前述）。

表示主義が法的帰結にどのような違いをもたらすかは次の節で触れることとして、次は我妻が修正した私的自治原則というイデオロギーが後世の学説においてどのように扱われたかを見てみることにする。

#### d. 星野の私的自治原則の再評価

我妻が表示主義の立場を打ち出し通説として確立したのに対し、戦後の学説は私的自治原則を重視する立場、あるいは法律行為の解釈における意思主義に転向していった。

まず初めに、星野による私的自治原則の再評価について考察してみよう。星野は、日本の民法学において、初めて明確に契約自由原則と私的自治原則の区別をした。それによると、契約自由原則が、「社会関係、とりわけ経済体制に関する政策の次元の問題であると共に、各国の法律中に事実上存在することのある規範であるの」に対し、私的自治原則は、「何故人は人に対して義務付けられるか」という「規範的根拠の問題」への「1つの、かつ典型的に近代的な解答」である。その上で、彼は「契約の拘束力の根拠として、私的自治の原則は、全面的には妥当であるまい。根本的には、やはり、古くからの、『言葉によって他人に信頼をさせた者はこれを裏切ってはならない』との客観的倫理(略)が正しい基礎づけであろう」とし、近代自然法理論の影響下にあった私的自治原則の発想(＝人は自らの自由意志によりコントロールされる、という考え方)で契約の拘束力を説明することには限界があることを踏まえて、その規範の根拠を**約束原則**に求めた。これは相手方の信頼の保護を重視する我妻の立場に似ている。

しかし、星野は現在もなお私的自治原則を顧みるべき2つの理由を挙げている。1つは、社会契約説を念頭におき、国家による契約の規制の合理的・民主的コントロールを行うための原理を基礎づけるものとして私的自治原則が機能する、という点である。無論、全ての民主主義国家の国家的規制がその民主的形態により正当化されうると考えてはならないが、民主主義においては、私的自治原則と一見矛盾する国家による契約への規制というものを、市民の私的自治の間接的な行使として捉え直すことができる。ならば、**私的自治原則を重視することによって、国家的規制を合理的な(整合的な)ものにすることができるのではない**か。これが星野の主張であった。これは我妻以来の「契約の不公正」の問題に対する新たなアプローチといえよう。私的自治原則は契約の不公正を招くのではなく、契約を理にかなうものにする前提となるのだ、と星野は主張したのである。

また、星野は、私的自治原則を重視すべき2つ目の理由として、同原則が日本人のあまり意識しない契約の拘束力を強めることができるという点を挙げる。私的自治原則が契約の拘束力の根拠となるロジックはこうである。すなわち、人の自由な意思こそが人の法律関係を規定するものであるならば、当事者の意思の発露である契約は、原則として当事者を拘束するものでなければならない(契約が守られなければ、それを意欲した意思はないがしろにされることになる)。しかし日本においては、口約束でも守るべき契約となるという観念が薄い(川嶋)ことからわかるように、契約の拘束力が弱い。そこで星野は、契約の拘束力を説明する根拠として不十分ではあるが、契約の拘束力の観念を強めるには私的自治原則の再認識は一定の役割を果たす、と考えたのである。その上で、星野は社会的強者が合理的な契約をし、遵守することによって、国民全体に拘束力の観念が浸透する、とした(具体的なメカニズム自体は触れられていないが)。



星野の表示主義に対する批判は比較的限定されていた。すなわち、私的自治原則の重視は契約の国家的規制の内容の合理化や契約の拘束力の強化という面で一定の効果があるから、たやすく捨ててはいけない、という程度のものであった。

これに対し、70年代以降より直接的・積極的に私的自治原則を肯定する見解が現れる。意思主義復権論と呼ばれる流れである。

#### e. 意思主義復権論

意思主義復権論に含まれるものとしては、高橋三知雄と石田喜久夫がいる。安井宏が指摘するように、ここに含まれる主張の内容は論者によってまちまちであるが、当事者の意思をより反映して議論すべきだ、という潮流を作ったことを理解しておけばよいであろう。

高橋が主張したのは、①私的自治原則が人間の尊厳や人格の自律を基礎づける基本的な価値であること、②取引の安全、相手方の信頼の保護は、自由な意思決定が認められる限りにおいてなされるべきであること、である。

これに対して、石田は①法律行為の解釈において客観的要素のみを顧慮するのではなく、(擬制されるものではあっても)個人の意思を考慮しなければ、その判断は法律家の恣意になりかねないこと、②法律行為概念の形成(すなわち体系化)は取引における予測可能性の保証(や自然法思想)だけでなく、『等しきものを等しく、等しからざるものを等しからず』扱うべし、とする、より根源的な人間の願望によって基礎づけられること、を主張した。

なお、説明の都合上順序を入れ替えたが、佐久間による表示意思必要説は、こうした意思を重視する立場にあると言ってよいだろう。

### 3. 契約の解釈

#### a. 解釈の必要性

既に説明した通り、法律行為は意思表示を要する。そして、法律関係において、当事者の意思表示に従った法律効果が生じるということになる。しかし、当事者の意思が常に明確に言語により表現されているわけではないし、意思表示の内容が論理的に整備されていない場合も存在する。また、将来生ずべき全ての問題について当事者が予めその細部に至るまで合意をしておくことも期待することは難しく、事実上不可能である。しかし、これらの場合についても、当事者の意思に基づく法的効果の発生を認めるべき場合は存在する。そこで、**法律行為の内容を確定する作業が必要になる。これを法律行為の解釈という。**

しかしながら、法律行為は第1節で見た通り様々なものが含まれるため、それらを一括して論じるのには無理がある。例えば、相手方の受領を要しない単独行為においては、解釈の対象となる意思表示が表意者のものしか存在しないため、その意思表示の明確化のみが問題となる。これに対し、相手方の受領を要する単独行為については、一方的な意思表示によって相手方の権利義務に影響を与えることになるため、相手方の保護を考慮する必要が生じる。さらに、契約においては意思表示の合致が必要となるので、双方の意思表示がどのような形で合致しているかが問題となる。このように、一口に法律行為の解釈といっても、

そこで必要とされる考慮は法律行為の種類ごとに異なる。そこで以下では、これまでの学説が主として念頭に置いてきた契約の解釈を中心として法律行為の解釈について見ていく。

最初に確認しておく必要があるのが、日本法には、契約の解釈に関する規定が存在しないことである。このような態度は、西欧諸国と比較した場合の日本法の特徴である。フランス民法は法に関する各詳細な規定を有しているし、ドイツ法においても 2 か条ながら契約の解釈に関する規定が存在している。また日本においても、旧民法はフランス民法の影響下で法令の解釈に関する規定を設けていた。旧民法財産取得編で 356 条から 360 条の 5 か条の規定が設けられていた。これらの規定のうち、特に重要なのが最初の 356 条である。これによれば、契約の解釈は、その字句的解釈にはよらず、当事者の合意した内容から判断するのが原則とされた。しかし、現行民法にはその規定がない。これは**実定法と手続法の区分**を徹底した結果（フランス民法にはなかった）であり、また**簡素化**を図るためでもあった。

#### b. 契約の解釈に関する意思主義・表示主義とその法的帰結

起草者の間では、法律行為の解釈においては、「**表意者の真意を探究する**」ことが重要である、とされていた。起草者がこれを明文化しなかったのは、この命題が当然のことと理解されていたからである。しかし、内心的効果意思を外から知ることはできない。そのため、彼らは「その意思表示を為すに至れる外形の事情よりその意義を究明することに努むべきのみ」とし、裁判官が細心の注意を払ってそれを行うべきことを説いた。

これに対し、我妻は法律行為の解釈の対象は、**表意者の真意ではなく、表示行為の客観的意味である**と説いた。その根拠はこうである。すなわち、そもそも法律行為の解釈とは裁判における契約内容の確定作業であるが、我妻の理解では裁判は現実の問題を解決する役割を担っている以上、法律行為の解釈は「当事者の達しようとする社会的目的に法律的助力を与えることのできる基礎を作る」、すなわちその**欠陥ある契約を契約として完成させる**ためのものでなければならない。そして、「意思表示ないし法律行為によって欲せられる効果は、もっぱら表示行為によって決定される」（取引において、意思表示は表示行為があつてこそ効果を持ち、その効果はその意思がどのように表示されたかによって決まってくる）。このため、「法律行為の解釈とは、この表示行為の有する（客観的な）意味を明らかにすること」でなければならないのである。この立場を**契約（または法律行為）における表示主義**という。

表示主義の立場では、内心的効果意思は**契約の有効性**を左右するものではあるが（民法の条文に書かれていることだから、どんなに表示行為を重視しても、内心的効果意思を完全に無視するわけにはいかない）、**契約の解釈、つまり契約内容を法律的に確定するプロセス上**では全く意味を持ちえない。当事者が契約書に明確な定めを置かなかつた内容をめぐって何らかの問題が生じた場合に、その欠陥ある契約を何らかの基準によって契約として完成させることが主眼にあるのだとすれば、その内容について具体的な個々の当事者がどんな考えを持っているかを明らかにしたところであまり意味はなく（もしそれが意図した内容でないのであれば錯誤の問題に過ぎない）、既にある表示行為がどのような客観的・社会的意味を持つのかを明らかにすることが求められるのである。

そして、我妻はドイツ法学者ダンツにならって、法律行為の解釈を次の2段階に分けて行うとした。すなわち、①言語・挙動の曖昧・不完全なものを明瞭・完全にし、②非法律的な部分を法律的にする、という具合である。そして、そこで用いられるべき重要な基準は、①**当事者の**（その事情があったときに、合理的人間が持つであろう）**目的**、②**慣習**、③**任意法規**、④**信義誠実の原則**である、とした。さらに、**意思表示のなされた事情**もその表示行為（例えば字句）自体に包摂あるいは反映されるものとして考慮すべきである、としている。

では、法律行為の解釈において表示主義を取った場合、具体的にはどのような法的帰結がもたらされるのだろうか。問題となるのは、**当事者（申込者と承諾者）の意思表示の客観的意味が一致しているが、内心的効果意思がその共有された客観的意味と異なる場合**である。というのも、そもそも表示自体が食い違っていたら、どんな意思を持っていようがその契約は不成立であるのは当然だからである。表示が一致するものの、内心的効果意思が不一致となる場合は3通り存在する。すなわち、当事者A・Bのそれぞれの内心的効果意思をa・b、表示行為の客観的な意味をcとおいたとき、① $a=c$ かつ $b \neq c$ （または $a \neq c$ かつ $b=c$ ）となる場合、② $a=b \neq c$ となる場合、③ $a \neq b \neq c$ となる場合、である。我妻は最後の場合について見解を明らかにしておらず、これが後の議論になった。その議論を負う前に、まず我妻説において①及び②についてどのような法的帰結が導かれるのかを見てみよう。

①の場合、つまり当事者の一方だけが表示行為の客観的意味と異なる内心的効果意思を持っていた場合、表示主義はその契約を**成立したもの**と考える。その上で、不一致のあった当事者B（またはA）は、**錯誤無効を主張**することになる。

②の場合、つまり当事者の両方が、表示行為の客観的意味とは異なるが、共通した内心的効果意思を持っていた場合、その当事者間に**明示的な合意があるとき**、または**通常人にそのことが明らか**なときには、我妻説はその契約を**当事者の意図する意味の下で成立したもの**と考える。例えば、ラーメン屋のおじさんが700円のラーメンを「700万円です」と言い、客がその冗談を理解して700円を払うとき、その契約はラーメン一杯700円で成立したと考えられるのである。我妻は、その根拠を次のように説明する。（1）明確な合意がある場合には、そこに「**特別の言語共同体**」があると考えられるため、そこにおける表示手段に従うべきである。（2）明示的な合意がなくても、通常人にそのことが明らか場合には、相手の内心的効果意思をくみ取らないことは**信義則に反する**ことになる。

ちなみに、大判昭和19年6月28日事件は、①に該当するものであったが、意思表示の錯誤を問題にするまでもなく契約は不成立としたものである。当然我妻らに批判された。

さて、先に触れた通り、学説は戦後意思主義へと転向してゆく（先程触れたのは私的自治原則を重視するか否かの議論であったが、ここではより法的帰結に直接的にかかわる意思主義の立場について検討する）。まず我妻説に対して批判を加えたのは星野であった。

星野は、契約の解釈においては、「問題となった点につきどこまで両当事者の意思が合致していたかを探求することがなされるべきである」とした。そして、表示主義への批判を次のように掲げる。「契約当時は実は意思の合致があったが、一方が、後からそれでは都合が

悪いと思って、自分はそういうつもりではなかったと頑張ってがむばることがしばしばある。たまたま、契約書で使用している用語の意味が一義的でない場合に、このようなことは間々見受けられる」。これはつまり、**契約の内容において不明確な部分を意思に求めない限り、その表示行為の客観的意味がいかなうにも解釈できてしまう場合において、当事者がその契約における錯誤無効を主張する（「がんばる」）余地が生じてしまう、ということである。**そのような解釈の変更を許すよりは、契約の内容の確定は契約当時の意思に求めるべきである、というのが星野の主張である（ただし、当事者の意思を明らかにするとはいっても、結局は契約交渉過程や契約締結時の事情、契約締結時の当事者の意思を推認できるような契約締結後の事情、取引上の慣習、契約の主要な目的などといった「客観的な要素」に依存せざるを得ず、その意味では我妻説に近いと考えることができる）。

しかし、星野は、当事者の意思と表示行為の客観的意味が異なる場合において、当事者の意思の解明が必要であるからといって、直ちにその契約を不成立とすることには反対する（つまり、①の場合においては、**契約は成立したが錯誤につき無効である、という我妻説のロジックを採用する**）。その上で、星野は解釈すべき契約の内容を何に同定するか、という議論（②・③の場合の解釈の仕方）に関して、次のような見解を示す。

まず、②の場合においては、意思の合致を中心に考える星野説においては、**当然に成立し、その意味はcではなくa=bに求められるべきである、とする**。この点に関しては、我妻説よりも優れている。というのも、「特別の言語共同体」というよくわからない概念を使わずとも、同じ結論を導き出すことができるからである。

これに対し、③の場合において、星野説はその契約を**成立すると考え、その意味を客観的意味であるcに解釈すべきである、とする**（ただし、明確にそう言っているわけではなく、「不利を被っても仕方がない」としているだけなので、本当のところは不明である）。「言葉その他の表現方法を用いる者は、それが相手方によってどう理解されるかを考えてすべきであり、自分の考えている意味を相手に押し付けることは妥当でなく、表意者が危険を負担すべきである」のがその理由である。この発想は、表示に対する信頼の保護を重視する表示主義に近いような気もするが、この星野の意見は、単に表意者は表示行為において自らの表現に対して注意義務を負う、と言っているに過ぎず、意思主義と整合性を持つ。

この③のケースに関する星野説に対して、磯村保は次のような批判を展開し、③の場合においてはそもそも**契約を不成立とすべきである、とする**。そもそも法律行為の解釈において考慮すべきは当事者が表示行為に付与した意味である（意思主義）し、契約内容を表示行為の客観的意味で解釈すると、当事者のどちらか一方がたまたま有利になってしまう（例えば、洗濯して読めなくなったクーポン券を使う際、客側がそれを20%引き、店員側がそれを10%引きだと思っていたところ、実はそれを頑張って解読したら30%引きであることが判った、というような場合に、自分にも落ち度があるはずの客が得をする一方、店は錯誤無効を主張する証明責任を負い、また賠償責任を負う可能性まで生じる）ことがあり得る。そのような不合理を防ぐには、やはり効力要件ではなく成立要件の問題と捉える方がよい。



### c. 解釈の方法論

さて、以上が契約の解釈における意思主義・表示主義の法的帰結の比較であった。しかし、戦後の議論においては、解釈の対象の問題だけではなく、解釈の方法についても考えられた。そこで、今度は解釈の方法論についても見てみることにする。

戦後の議論が指摘したのは、伝統的通説（我妻説）において論じられてきた契約の解釈という概念に、実は（狭義の）契約の解釈と、契約の補充という異なる作業が含まれている、ということである。（狭義の）契約の解釈とは、**当事者の意思表示の内容の不明確な部分を確定すること**であり、我妻の説いた法律行為の解釈の第1段階がこれに当たる。この一方、契約の補充とは、**契約においてそもそも合意がされていない周辺の内容を、法に基づいて、すなわち任意規定（91条）・慣習（92条）・信義則（条理、1条2項）を適用して確定する**、というものである。これらに関する議論は、また次の部分で述べることにしよう。

これらの区別に関してはあまり議論がないが、この（広義の）契約の解釈の第3の方法として考えられてきた**契約の補充的解釈**については、賛否両論ある。契約の補充的解釈とは、契約の欠陥部分を、法で定められた基準（任意規定・慣習・条理）を適用して補充するのではなく、当事者がその問題を意識していた場合どのような契約をしたか、ということを推定して補充を行うものである。これは、契約内容になれば即座に任意規定などに飛びつくのではなく、当事者の意思を推定することによって、少しでも当事者の意思を尊重しよう、という一種の私的自治原則に基づいた発想である。とはいえ、裁判官が勝手に当事者の意思を推測することは、恣意的解釈及び契約自体の修正につながり得る。そこで、この補充的解釈をどのように行うべきか、という点で主に議論がなされてきた。

これを論じたものとして有名なのが、山本敬三による論文である。これによれば、補充的解釈は、**仮定的当事者意思**を基準として行うことが求められる。この仮定的当事者意思は、その契約において（通常人が）その必要性を予測し得た場合に設けたであろう内容のことを意味する。その上で、山本は仮定的当事者意思概念が解釈の指針を示すものに過ぎず、補充的解釈によって確定されるべき内容を具体化する過程では、まずは**契約目的と契約連関**を基準とすべきことを述べている。契約目的とは、締結された契約自体から客観的に導かれる契約の趣旨であり、契約連関とは、契約全体を通した一貫性のことである。しかし、これらを基準としても、両者ともに評価的な（主観的な）要素を含まざるを得ず、特に契約目的については、補充されるべき内容を消極的に規定する（「この契約は、これを目的としたわけではなかったのだろう」と言う）ことはできても、それを積極的に規定することはできず、指針を示すにとどまる（「こういうことをしたかった」とは言えるが、「これをしたかった」とは断言できない）という限界があることには注意が必要であろう。また、こうした契約に内在する要素だけでなく、外的な要素、例えば当事者間の従来慣例や契約交渉など諸事情といった個別的な要素や、取引慣行や契約の類型といった典型的要素も、仮定的当事者意思を推測する上で用いる基準となり得る、としている。

このように、補充的解釈についての理論（これは実はドイツの理論である）は、まだ完成

したとは言えないのであるが、少なくとも次のような示唆を与えてくれる、とする。まず、契約にない内容を考える際に、当事者間で一致した意思あるいは主観的意思というものを尊重すべきこと、次に、そのような場合において従来盲目的に適用されるものとされてきた任意法規の個別的事件に対する妥当性を考えるべきこと、最後に、補充的解釈の基準として既に挙げたものの内実・要件についての考慮も重要になり得ること、である。この議論は、いまだ結論を見ていないが、学説の多くが補充的解釈の必要性を評価していることは、注意すべき点であろう。

また、こうした議論状況を受けて、民法改正の中間試案では、契約の解釈の方法についての規定を盛り込むことが提案された。それによれば、契約の解釈は、①もし当事者間に合意が存在していればその内容に従う（意思主義、あるいは我妻の「特別の言語共同体」説）、②当事者間に共通の理解が明らかでない場合（ $a=b$  と断言できないとき、あるいは  $a \neq b$  となるとき）は、表示行為の客観的な意味（ $c$ ）に加えて、契約に関する一切の事情を考慮し、当事者が合理的に考えればその表示行為を理解したであろう意味（ $c'$ ）に解釈する、③それでも契約内容を確定することができないならば（そもそも契約がその問題について定めておらず、補充が必要な場合は）、当事者がその問題を知っていれば合意したであろう内容に従って解釈（契約の補充または補充的解釈）をする、ということが原則とされた。①及び②では、ある表示行為の**意味**が問題とされているのに対し、③は表示行為の中にそもそも定めなかった**内容**をどう確定すべきかを問題としていることに注意すればよい。

しかし、これら規定は個々の事案に対する柔軟な対応を制限するものであるとされ、また実定法ではなく手続法的な性質のものであるため、採用されず今に至っている。

#### d. 任意規定と強行規定

契約の補充において用いられるとされるもののうち、任意規定について触れよう。これは、第1編総則第5章「法律行為」の総則に含まれる数少ない明文規定の1つである。

任意規定を定める 91 条の内容はこうである。「法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う」。ここでいう「**法令中の公の秩序に関しない規定**」のことを**任意規定**と言い、この条文は個人の**意思表示は任意規定に優先する**、という原則を示していると言える。

実はこの 91 条は、法典調査会の最終段階の整理会において設けられることが決定した。当初は意思表示が任意規定に優先することは当然のことであり、明文化をする必要はないと考えられていたが、個々の規定の中に、当事者が反対の（別段の）意思を表示した場合にその適用を明確に否定するものが存在したので、そのような明文がない任意規定についても意思表示が優先し得ることを明確化するために、導入されたのである。

任意規定について問題となるのは、それと強行規定との関係である。強行規定とは「**公の秩序に関する規定**」であり、91 条の反対解釈の結果として、意思表示は強行規定には優先しない、ということが言える（90 条）。しかし、ある規定がどちらに属すべきものをかを規定しておくことは困難であり、それらの判断は個別的に判断されるべきものと考えられた。

これに対し、戦後の学説は一般に存在する規範について類型化を試みた。代表的なものが、四宮和夫による類型化である。これによれば、「ある規定がその（任意規定と強行規定の）どちらに属するかは、規定の体裁によって明らかな場合のほかは、規定の趣旨にしたがって判断するほかないが、民法の規定に関して概括的にいえば、**基本的な社会秩序に関する規定（親族法・相続法がそうであるが、物権法にもこの要素がある）、私的自治の前提に関する規定（法人格、行為能力、意思表示・法律行為の効力に関する規定）、第三者の信頼ないし取引の安全を保護する規定（物権法がそうであるが、表見代理の規定なども入る）、経済的弱者の利益を守るための規定（略）などが、強行規定であり、そのいずれにも属しない規定（債権法の規定はおおむねそうであるが）が任意規定である**」。自由を保証するために必要な社会経済生活の根本となるものに関しては、当事者が自由に決定してはならない、ということであろう。特に、強行規範が経済的弱者を守るために必要であるという点は、我妻以来の契約自治原則の修正の部分でも触れた、社会問題を解決するために私法のあるべき姿を追及する立場が表れていると言えよう。

#### e. 慣習

最後に、第5章「法律行為」の第1節「総則」92条「法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものとみとめられるときは、その慣習に従う」をめぐる議論に触れておこう。これは、任意規定と異なる慣習があった場合に、どのような条件の下で、どのような優劣がつけられるのか、という問題である。起草の段階では、任意規定と異なる慣習に基づく法律行為は等しく無効とする、という富井の見解と、慣習を制限するのは強行規定であって慣習は任意規定に優先する、とする梅・穂積の見解が対立した。それぞれの根拠は次のようなものであった。

富井の主張の根拠は、①「任意規定は慣習に優先しない」とする**法例（現在の法の適用に関する通則法）との整合性**、②全国各地の種々の慣習に代わる統一的な近代的規範を作るという**法典編纂の趣旨**、③ある規定が任意規定か強行規定かは、そこに慣習であるか否かには無関係であり、それと別段の意思表示を認めるべきか否かによって決まること、であった。

これに対し、梅はまず①**日本全国の慣習を完璧に調べたわけではない以上、全ての慣習が西洋の学問思想を土台に作った民法の規定によって否定されるべきではない**、と批判した上で、②**任意規定は別段の意思表示を認めるものであるから、当事者間において当然のものとして認められる慣習というものは任意規定に優先してかまわない**、と主張。穂積も、**慣習というものは、その社会の構成員の意思表示の集合体であるから、慣習も契約当事者の意思を反映したものとして捉えることができる**、とし、慣習が任意規定を上回ると主張した。

以上の議論を踏まえ、現行民法は「法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものとみとめられるとき」という要件を設けた。これはすなわち、当事者間の契約において、当該慣習が適用されることが（客観的に）前提されていたといえるかどうか、ということである。富井は**本人の明確な意思表示がなくても慣習を適用する**という点で譲歩し、梅・穂積は**その慣習が当事者の意思に沿ったものであることが必要である**、という点で譲歩した。

この規定が実際に適用された判例としては、大判大正 3 年 10 月 27 日事件がある。これは、地価が高騰した場合に、貸主は借主の合意なく賃料を上げてよい、という東京における賃貸借契約に関する慣習に関する問題であった。判決は、慣習が共有されている場合には、その慣習による意思を表示することは不要である、という理解に立ち、この慣習を知りつつ借主が貸主に起こした訴えを退けた（これは契約の補充）。もう 1 つは大判大正 10 年 6 月 2 日事件、いわゆる「塩釜レール入事件」が有名である。この事件は、売買契約において契約書の「塩釜レール入」という文言（非法律的な業界用語である）の解釈が問題になったものであり、この文言が「売主が目的物を塩釜駅に送付しなければ買主は代金を払わなくてよい（売主の債務履行が先）」ということの意味する商慣習であると理解した判決は、その慣習を理解しておりかつ反対の意思表示をしなかった売主の履行遅滞に対して買主が損害賠償を請求することを認めた。ちなみにこの事件は、債務の履行が同時に行われないうとき、当事者は債務の履行を拒否してよい、という**同時履行の抗弁権**を定めた任意規定（533 条）の適用を否定したものであった。

さて、以上が 92 条の解説であるが、92 条に関する議論としては、富井がこれとの整合性を問題視した**法例 2 条（今の法の適用に関する通則法 3 条）**との関係である。この条文は、「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する」となっている。これは、読み方によっては、任意規定と異なる（すなわち「認められ」ない）慣習は無効となることを定めたものと解することもできる。しかし、そうだとすれば、これは「任意規定が慣習に優先しない」とした 92 条と矛盾するものである。そこで、この「法令の規定」は何を指すのか、ここでいう「慣習」は何を指すのか、という問題が生じた。

起草者の間で、すでにこの解釈について対立が存在していた。先ほども見たように、慣習の適用の制限を主張した富井は、ここでいう「法令の規定」は**強行規定・任意規定の両方を意味するものである**、と解釈した。そのため、慣習に法律と同一の効力が認められるのは、それが両規定のどちらとも整合的であるか、またはそもそも定めがない範囲においてのみである、という帰結が主張された。これに対し、梅・穂積は「法令の規定」が強行規定のみを指す、という立場を取り、慣習は常に任意規定には優先する、という 92 条と同様の見解を主張した。こうしたあいまいな条文ができたのは、富井が法令 2 条の審議に欠席したのが原因であるが、ともかく通説はこれら 2 つの条文に整合性を与えようと試みた。

これに関する通説を確立したのが鳩山であった。鳩山は、この「法令の規定」が任意規定を指すと理解した上で、次のような見解を提示した。すなわち、法例 92 条にいう「慣習」と法例 2 条にいう「慣習」は、そもそも別物である、という解釈である。鳩山は、これらをそれぞれ「**慣習法**」と「**事実たる慣習**」と定義し、その差を「**法たる確信**」の存在に求めた。そもそも「法律と同一の効力を持つ」慣習とは、広く受け入れられ法的拘束力の根拠を持つようなものであり、これは「**慣習法**」と呼ぶものである。それに対し、慣習といってもある地方だけで通用するような慣行もあり、「**事実たる慣習**」とはこのことを指す、という。



この区別を前提に、我妻は次のような説明を加えた。すなわち、92条は法律行為の解釈について定めた規定であって、そこでいう慣習（「事実たる慣習」）は、慣習法と異なって、社会の法的革新によって支持されなくてよい（我妻は先に見たように、契約の解釈において当事者の意思が一致している場合は、表示行為の客観的意味ではなく当事者間の意味解釈を採用すべきであるとしている通り、当事者間の意思の一致を優先する立場を取っている）。だからこそ、そこでいう慣習は任意規定に優先してよい。これに対し、法例2条は、解釈の問題ではなく、そもそもある慣習が法的拘束力を持つかどうかを論じる際に関わってくるものである。そして、法的拘束力を持つかどうか（その慣習が「慣習法」として成立するかどうか）は、その慣習が社会でどれだけ規範的なものとして受け入れられているか（法的確信）によって判断されるべきである。ゆえに、この二分法は、その適用の場面を異とする「慣習」という概念に、それぞれ妥当な定義を与えるものである。云々。

これに対しては、末弘や川嶋から批判が向けられる。まず、末弘は、そもそも法的確信に欠くような「より程度の低い法規範」である「事実たる慣習」が、「高度の性質を有する」「慣習法」よりも任意規定に対して優位に働くことは、「奇異なる現象」とであると指摘した。また、川嶋は、「慣習法」という社会学的概念は「実用法学の法源論の対象ではない」とし、二分法には本質的な意味がない、と考えた。

こうした批判を受け、現在では2種類の「慣習」を区別せずにこの2つの条文の関係を説明しようとする3つの学説が存在する。1つは、橋本文雄の唱えた、92条と法例2条が当然に整合性を持つ、という説である。この説によれば、任意規定とは、そもそも「当事者の明確なる意思決定による自主的規範とも本来衝突し矛盾せざる規範的内容を表白せるに止まる規定であり、且つ慣習法的規定に対してもこれを侵して自己の妥当を主張する志向を本来有せざる規定である」、つまり非常に拘束力の弱い、言及されなかった契約の内容を一定程度補充する程度の規範でしかない。であるとすれば、法例2条でいう「公の秩序又は善良な風俗に反しない慣習」は、そもそも「法令の規定により認められまた規定なき事項」について、当然に妥当する、と解することができる。

これに対し、四宮の見解はこの整合性にそもそも否定的である。そこで、彼は法例2条を制定法一般に対する慣習の補充的効力を規定する一般法、民法92条を特に私的自治原則を適用すべき分野における（すなわち契約などの法律行為に関する）特別法であると理解することによって、その矛盾を解消する。一般には慣習は任意規定によって制限されるが、契約などの場面では、むしろ一般的な原則よりも当事者の個別の事情に即している慣習の適用範囲を認めるのがよい、という考え方である。

最後に、星野は、上の2人と異なり、穂積や梅の見解を踏襲して、法例は強行規定のみについて定めている、として整合性を説明する。

以上が現在の有力説である。

さて、第5章で見た法律行為の要素である意思表示に関する規定について見てゆきたい。意思表示は法律行為の章（総則第5章）の第2節にあたる。意思表示に関しては、それがいかなる場合に効力を持ち、あるいは持ちえないのか、という**効力自体**に関する点と、その意思表示がいつ効力を持つようになるのか、という**効力の発生時期**の点を理解すればよい。前者に関しては、意思の欠缺と意思の瑕疵（かし）という2つの問題に分けられ、それぞれ「心裡留保（93条）」「虚偽表示（94条）」「錯誤（95条）」、「詐欺・脅迫（96条）」に分けられる。後者の効力発生時期については、いわゆる発信主義と到達主義の対立を論じることになる。

### 1. 心裡留保（93条）

心裡留保とは、「表意者がその真意ではないことを知って」意思表示をすることである。これは例えば、冗談で「この土地を売ります」ということ。前提として、（意思表示全般に関わることはあるが、）表示行為とは「一定の效果意思を推断するだけの価値のある行為」のことであることに注意する。ディベート中の発言は、全て表示行為と言えず、当然無効である。

錯誤との違いは、錯誤が自分でその間違いに気づけばしなかったような意思表示をすることで、心裡留保はそのような間違いがあるのではなく、単にわかって（意図的に）真意でない意思表示をすることである。また、相手方と共謀して真意でない意思表示をする場合は、虚偽表示という（いずれも後述）。

心裡留保の効果は原則として**有効**である。自分が言ったことには責任を持つべき、ということ。（意思表示の効力に関する）**表示主義**の反映である。旧民法は意思主義を取っており、原則として無効としていたが、これは**取引の安全**を脅かすものであるから、起草段階で修正された。

ちなみに、ドイツ民法においては「（狭義の）心裡留保」と「非真意表示（諸謔行為）」という区別がある。前者は相手を欺くつもりのもの、後者は欺くつもりがなく、相手が自分の真意に気づいてくれると期待してするものである。前者の意思表示は日本と同じく原則として有効であるが、後者はドイツ民法では無効となる。このため、ドイツ民法では2つは別々の条文に規定されている。しかし、後者の場合でも有効とする日本では、区別する必要はない。

93条には但し書きがある。「相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたとき」、つまり相手方に悪意あるいは過失があるとき、その意思表示は**無効**となる。悪意の相手方を保護する必要はないからである。なお、条文では「真意」についての過失・悪意を要求するが、実際には「その表示行為は本心からやったものではないだろう」という内面的効果意思との不一致さえ把握していれば適用可能である。また、いつ有過失あるいは悪意であったかは意思表示がなされた時点を基準とする。後で相手方が「ああ、あれは冗談のつもりだったのか」と気づいてくれても、自分の意思表示は無効にしてもらえない、ということである。

ただし、相手方が有過失または悪意の場合でも、法律行為が無効とならない場合がある。善意の第三者がいる場合である。これについては、虚偽表示の94条2項にある、表見法理（権利外観法理）について理解する必要があるが、要は「その法律行為が無効であるということを知らず、悪意・有過失の相手方と取引をした第三者はかわいそうだから、心裡留保があってもその法律行為は無効としない」というものである。例えば、Aがとても大事な絵画をBに売ることを冗談で約束する。BはAの性格をよくわかっており、冗談であることをわかって買ってやる（Aがいずれ「返してくれ」と言ってくるだろうとわかっている）が、それを知らないCがBの家に遊びに来たところ、その絵画をたいそう気に入る。Aのたびたびの虚言癖に飽き飽きしていたBは、Cにその絵画を譲ることにする。…といった場合である。この場合、Bは悪意であるが、Cは「善意の第三者」である。すると、A-B間の取引を無効とすることは不当であろう。そこで、真の権利者であるAは絵画に対する所有権をCに主張できない（これを「**善意の第三者に対抗できない**」という）。

しかし、このような規定は心裡留保について定めた93条にはない。では、どこからこのような結論を導き出しているのか、ということであるが、これは1つ後ろの規定、虚偽表示について定めた**94条の2項**である。有過失・悪意の相手方に対する心裡留保は虚偽表示の構造によく似ているので、流用しているのである。これを「**類推適用**」という。ちなみに、この類推適用は、当初行われていなかったが、あまりにも不当であろう、という学説の変遷により定着した、と言われる。

とはいえ、類推適用ばかりするのも条文から遊離しすぎていてよくない。そこで、改正により、善意の第三者に対抗できない旨を定める2項が新設された。また、この改正に伴い、但し書きの「表意者の真意を知り、又は知ることができたとき」の文言も「その意思表示が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができたとき」と変更されている。

## **2. 虚偽表示（94条）**

### **a. 94条1項と信託行為**

悪意の相手方に対する心裡留保を一步押し進め、相手方と通じて虚偽の意思表示をすることを**虚偽表示**という。94条は証書の扱いについてのみ定めた旧民法証拠編の50～52条を拡張し、全ての意思表示に適用する形で作られた規定である（旧民法では表示上の合意を表す「公正証書」あるいは「私署証書」と、実際の合意を記した「反対証書」についてのみ規定され、相続人や債権者には対抗できるとされた他、隠匿行為によって隠された、真意に基づく合意の有効性の範囲などが規定されたが、このように細かく規定する必要はない、と起草者は考えた）。

要件は、心裡留保と同様、①**表示行為の存在**と②**表示行為と意思の不一致**及び③**表意者が不一致を知っている**に加えて、④**相手方との通謀**がある。

効果は、**無効**である（1項）。ちなみに、実態は悪意の相手方との心裡留保とほぼ同じであるから、無効を主張する際には虚偽表示ではなく93条但し書きを適用する形でもよい。

ここで注意すべきは、虚偽表示と区別されるべき**信託行為**というものである。信託行為は形式的には虚偽表示と同じであるが、有効とされる。信託行為は何かというと、ある人 A が自己の財産を信頼できる B に譲渡するとともに、当該財産を管理・処分（運用）することで得られる利益を第三者 C に与えることを B と取り決めて行うような行為のこと。このどこが虚偽表示に似ているかというと、その財産の所有権は A が持っているのに、それを占有して運用しているのが B である、という点にある。これは、何らかの経済的な目的によって正当化される。この信託行為が行われるのは例としては、**譲渡担保**が挙げられる。譲渡担保は、「担保」という経済的な目的を達成するために譲渡を行うものであるが、この具体例としては次のようなものが考えられる。

ある工場を経営する A は、工場の運転資金を得るため、金融機関 B から融資を受けたいと考えている。多額の融資を受けるには担保を提供しなくてはならない。しかし、工場には工場を立てる際に既に抵当権を設定していて、これ以上担保価値がない。その一方で、他の財産である工場の機械や生産した製品は不動産ではなく動産であって、抵当権を設定することができない（369 条）。動産を担保として提供する場合には質権と呼ばれる権利が発生するが、この質権は、債権者に目的物である動産を引き渡すことを必要とする（352 条）。しかし、機械は商売道具であるから、機会を金融機関に引き渡してしまったら元も子もない。また、B にとっても馬鹿でかい機械を手渡されても困る。このようなときに A・B が取れる手段が譲渡担保なのである。このとき、A は B に対し、機械の所有権自体を移転し、担保とする。A は手元に B の所有物となった機械を残しておくことができ、それを運用することによって債務を弁済することができる。実に理にかなった経済活動なのである。このため、信託行為においては虚偽表示が適用されない。（ただし、譲渡人が破産した場合に、動産質が誰に帰属するのかという点については議論がある。当初（鳩山）、この取り戻し権は否定されていたが、以後学説・判例は一定の保護を認めるべきであるとの立場を取っている。）

#### b. 94 条 2 項 一善意の第三者の保護一

と、少し脱線したが、これが 94 条 1 項の規定の内容である。次に、2 項の説明をしよう。2 項は例外として、虚偽表示の無効は善意の第三者に対抗できない旨を規定している。この要件（と効果）をめぐる議論が多い。

まずは要件について考察しよう。94 条 2 項が適用される要件とは、①善意の②第三者がいることである。まず、後者の第三者というものの定義について考えていこう。

#### <94 条 2 項の要件①「第三者」>

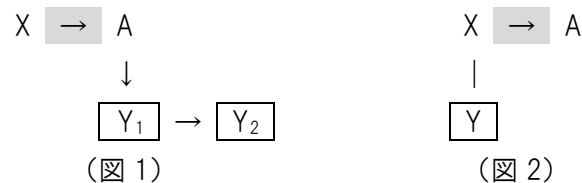
第三者の定義は、起草段階においては非常に広く解されていた。すなわち、**当事者と包括承継人以外**、であった。しかし、制定後の学説では、これを限定する解釈が取られる。通説となった鳩山説によれば、第三者とは「**法律上利害関係を有する者**」である。そもそもその法律行為に関係のない全くの赤の他人を保護する必要はないからである。鳩山は、第三者の例として虚偽表示の対象となった目的物の取得者・譲受人を挙げている。ここで問題となるのは、相手方の債権者が、この「法律上利害関係を有する者」に含まれるか否か、であろう。



つまり、A から B にある財物が虚偽表示によって移転されたとして、B の債権者 C は B に対し、その財を差し押さえることができるのか、あるいは差し押さえた場合 A は対抗することができるのか、という問題である。

まず、C が悪意の場合には、A は当然対抗できる。そこで、C が善意の場合にはどうか。通説では、A による無効の主張と C による差押えの前後関係で決まる、とされている。もし B の元にある当該目的物を強制執行によって C が差押えた場合、A は無効を主張できない。このとき、C は「差押債権者」という。これに対し、C が強制執行をする前にその法律行為の無効が確定した場合、C は差押えをすることができない。というのも、その目的物と C の関係は潜在的なものに過ぎないからである。差押えに至っていないこのような場合の C は、一般債権者という。もちろん、一般債権者たる C は、虚偽表示によって法律行為が無効となった場合に差押えができないというわけではない。虚偽表示があろうがなかろうが、C の債権は債務者 B の全財産（責任財産）が引当になっている。もし強制執行をすれば、その責任財産に属する他の財産を差押えればよい。

実際、第三者を限定的に解釈する態度は判例でも支持されていった。大判大正 5 年 11 月 17 日（事実関係不明）では、ある土地甲の売買について、虚偽表示の契約の相手方 A から土地甲を得た譲受人 Y<sub>1</sub> 及び Y<sub>1</sub> と取引した転得者 Y<sub>2</sub> が善意の第三者にあたるとし、原告 X の無効の主張を退けた（図 1）。これに対し、大判昭和 20 年 11 月 26 日事件は、原告 X が A に Y 社の株式を仮装譲渡した後その無効（A の株主名義の抹消）を主張したのに対して、第三者たることを理由に Y が有効を主張したものであるが、94 条 2 項は外観上の権利関係を信頼して新たな法律関係を結んだ第三者を保護する趣旨であるところ、Y は株式発行者でしかなく、新たな法律関係を結んだわけではないことから、そのような主張をすることが「何等法律上正当の利益を有するものに」ないとし、X の無効の主張を認めた（図 2）。



さて、上記のように「第三者＝法律上利害関係を有する者」という発想が定着していったわけだが、具体的にはどのような者が「法律上利害関係を有する者」となるのであろうか。授業では、次の 5 パターン、すなわち「虚偽表示による法律行為の目的物の取得者」「抵当権者」「債権者」「破産管財人」「仮装譲渡された土地上の建物賃借人」について検討した。順番に見ていくとしよう。

まず、「虚偽表示による法律行為の目的物の取得者」であるが、これは上の判例（図 1）で見た通りである。これと同様の判例としては、最判昭和 28 年 10 月 1 日も挙げられる。この事件の内容は、次のようなものである。原告 X は土地甲の上に建物乙を所有していた。X は建物乙だけを A に仮装譲渡、その後、A は善意の第三者 Y に対し乙のみを売却した。そこで、X は Y が不法占拠をしているとし、土地甲の明け渡し、建物乙の収去を要求した。

結論から言うと、94条2項に基づき、Yの建物乙に対する所有権は認められた。さらに、Yはその所有権だけでなく土地甲に対する敷地利用権（賃借権）を得、借家法10条によりXがそれを承認しない場合の建物買取請求権を得た。

話は逸れるが、この判例について補足しておくべきは、民法における建物と土地の扱いについてであろう。86条1項によれば、建物を含む土地の定着物は不動産であるとされる。しかし、建物は土地とは独立した所有権の対象と考えられている。そのため、土地と建物の所有者が異なる場合は、建物所有者はその土地の敷地利用権を持っていないなければならない（そして、この敷地利用権の典型例が賃貸借契約における賃借権である）。このため、仮にYが94条2項により当然建物乙に対する所有権を認められるとしても、その土地甲を利用する（つまり土地甲に住む）権利まで認められるのか、という点が問題となった。

これは次のように解された。87条2項によれば、主物が処分されると、それに附属する従物の処分に従うことになる。これは有体物について定めたものであるが、実質的には建物と敷地利用権という権利は主従の関係にあると言ってよい。そこで、判例のような場合にも同条項を類推適用し、建物の所有権の移転と同時に敷地利用権も買い手に移転するとして問題ない。こうすることにより、Yは土地甲に住む権利をも得た、と考えられた。

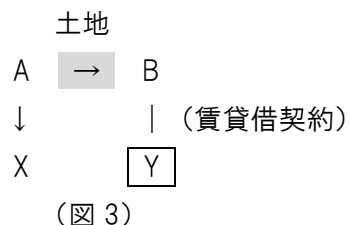
ちなみに、何らかの理由によって、借地権設定人が賃借人に対し賃借権の譲渡を認めない、ということもあり得なくはない。そのような場合、借地法10条（現在は借地借家法14条）により、賃借人はその建物を時価で買い取らせることができる（建物買取請求権）。実際の判決でも、最高裁はYに建物買取請求権を認めた。

続いて、94条2項にいう第三者に含まれるものとして、抵当権者及び債権者について触れておこう。まずは抵当権者についてだが、実際大判昭和6年10月24日事件でもそうであったように、虚偽表示により相手方が得た不動産に抵当権を設定した場合、当然94条2項が適用され、真の権利者はその無効を主張できない。また先も述べたように、債権者の中でも、虚偽表示の無効に対抗できるのは差押債権者のみである。大判昭和12年2月9日事件は仮装譲渡された自動車が差押えられたものであったが、この場合についても、債権者の差押に対して真の権利者は対抗することができなかった。

ややこしいのが、仮装譲渡の譲受人が破産した場合である。破産手続きが開始されると、破産管財人が選任され、破産者の財産は破産者に代わって破産管財人が財産の管理・処分を行うことになる。このとき、破産管財人の実定法上の立場をどう考えるか、が問題となる。

破産管財人は、法的な地位として3つの側面を持つと言われる。①破産者の主張できた範囲内の法律上の地位しか主張できない、破産者と同一視される者としての側面、②破産者の債権者の利益を代表し、差押えの場合と同じように強制執行（包括執行）を行う者としての側面、③双方が未履行の双務契約を解除あるいは履行請求する、法律関係の仕切り直し役としての側面、である。大判昭和8年12月19日事件は、破産したA銀行に対し被告Yが振出していた虚偽の手形の手形金の支払いを、Aの破産管財人となった原告XがYに要求したものであった。大審院は、管財人の②の性質を重視し、第三者該当性を認めた。

最後に、仮装譲渡された土地上の建物賃借人について検討しておこう。有名なのは、最判昭和 57 年 6 月 8 日事件である。この事件は、A から仮装譲渡された土地に B が建てた建物を賃借した Y と、A の相続人 X が、その土地の明け渡しをめぐり争ったものである（図 3）。



この判決は、建物と土地が別個の不動産であることを理由として、Y は「法律上利害関係を有する者」には当たらない、と判示。X の虚偽表示の無効の主張を認めた。

先程の判例（最判昭和 28 年 10 月 1 日）との違いは、先程の判例において被告人は建物の売買契約をしており、建物の所有権を得れば敷地利用権も付随すると言えたのに対して、この判例は賃貸借契約があるに過ぎず、建物の所有者でない被告人 Y には、X に対抗すべき敷地利用権が認められなかった、という点である。しかし、**法律上 Y の建物利用が覆るという意味では、Y も法律上の利害関係にある、といってよいはずである**。それに、A は虚偽表示をした以上、不利益を受けても仕方ないから、X は B に賠償請求をするなどして不利益を調整するのが妥当であろう（四宮の批判）。さらに、この判決は最判昭和 38 年 2 月 12 日事件の判決との齟齬も指摘される。これは、原告 X と A の間で有効な土地の賃貸者契約が結ばれ、同土地に A が立てた建物を被告人 Y が賃借していたところ、X と A の間の合意により土地の賃貸借契約が解除され、Y が退去を請求されたものである（図 3 の A を X、B を A と読み替え、X がいないものとして考えればよい）。この判決は、A が Y と建物の賃貸借契約を結んだ時点で A の借地権は放棄されたと考えてよいから、A は Y に対抗しえない、その上信義則に照らしても当然である、などと判示し、X の合意解除は Y には影響しないと結論づけた。有効な契約の解除でさえ許されないのだから、いわんや当事者に非がある虚偽表示をや、ということである。学説は、直接契約関係が存在しないとしても、**土地所有者が建物の賃借人による建物の利用を予測あるいは認容している以上は、土地の賃貸借契約に関する合意解除は建物賃借人に対抗しえない、としている**。

#### < 94 条 2 項の要件②「善意」 >

次に、善意の要件について検討しておこう。

まず、この善意の基準時であるが、これは「**第三者が法律上の利害関係を有するに至った時点**」である。後から知ったとしても善意扱いである。

善意に関して議論があるのは、この善意に加え、第三者が無過失であることが必要か否か、という点である。この議論の展開について見ておこう。

まず、94 条 2 項の適用が問題となった判例である、大判昭和 12 年 8 月 10 日事件（事実関係は不明）であるが、この判旨には「過失ありたることは之を必要とするものにあらざ」とある。つまり、第三者に無過失は要求されていない。

これに対し、四宮は次のような批判を展開した。すなわち、そもそも①94 条 2 項の背景には表見法理（権利外観に対する信頼を保護すべきこと）があるが、これは他の規定や判例・

学説を踏まえれば、**外形的表象を信頼するにつき正当な理由があることが前提**されている（例えば、表見代理に関する 112 条などの規定がそれに該当）。また、②無過失を要求することにより（無過失を証明するのは困難であるから、外形的表象がある場合は無過失を推定すべきであり、無効を主張する当事者に第三者の過失性を証明する責任を負わせればよい）、**よりきめ細やかに無効主張者と第三者の利益を調整できる**（利益衡量論の反映）。

このような学説の流れに対して、民法改正検討委員会（2009 年）は、現行の文面を維持すべきことを主張した。その根拠は**故意責任原理**というものである。すなわち、表見法理において第三者の無過失が要求されるそもそもの理由とは、もし第三者を保護するとなると真意でない意思表示をした（またはされた）表意者（真の権利者）が保護されなくなるため、慎重さが必要となるからであるが、他のケースと異なり、**虚偽表示は故意によってなされるものであり、自身にとって不利な結果になったとしても表意者の責任とすべきものである**、という論理である。確かに、実際虚偽表示が行われるケースは執行逃れのような場合である。そのような場合には、仮に第三者に落ち度があったとしても、その第三者を捨ててまで真の権利者を守る必要はない。

ただし、94 条 2 項が様々な場面に類推適用されているのは周知の通りである。そのため、類推適用をする場面においては、やはり無過失を要求することが求められると言えよう。

#### ＜94 条 2 項と不動産登記具備の要否＞

以上のように、94 条 2 項但し書きの要件は、法律上の利害関係を有する善意の第三者の存在、である。しかし、このような第三者がいた場合でも、虚偽表示があった法律行為での目的物が必ずしも第三者に帰属するとは限らない。登記が必要な不動産をめぐる対抗問題である。

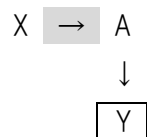
まず、事例を説明する前に、基本的な知識を確認しておこう。今まで扱ってきた事例では触れなかったが、土地や家といった不動産の所有権を第三者に主張する（対抗する）には、その**不動産の登記がなされている（登記が経由されている）ことが原則とされる**（177 条）。この理由については後で触れるとするが、次のことは理解しておくべきであろう。つまり、不動産の所有権をめぐる対立が起きているような場合（対抗問題）、不動産登記を対抗要件とする 177 条の存在によって、所有権を主張する者がその所有権を確定させるには、先に登記を移せばよい（早い者勝ち）、ということである。しかし、このルールを常に適用するのは公平ではないだろう。虚偽表示があった場合、その目的物である不動産に対する権利を確定させるには、それを主張する者名義の登記がなければならないのであろうか（あるいは、登記がありさえすればよいのだろうか）。

結論から言うと、①虚偽表示の表意者と第三者の関係においては第三者に登記の具備は不要であるが、②表意者からの権利取得者と第三者の関係においては必要である。なぜか。

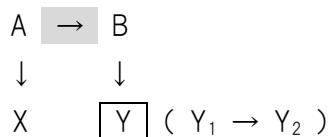
①は、94 条 2 項適用の典型的な場面である。X が虚偽表示を介して A に対して不動産を仮装譲渡し、善意の第三者 Y が A からその不動産を買い受けた、としよう（次のページの図 4）。Y が登記をまだ移していない段階でも、Y は X に対し所有権取得を主張できる、と



というのが正解であるが（判例は最判昭和44年5月27日）、これは要するに177条が適用されない、すなわち表意者Xと第三者Yが**対抗関係**にない、ということの意味する。この理由は、177条が適用されるのが、そもそも不動産の取得について矛盾する権利が存在することが前提であるからである。この事例では94条2項が当然に適用されるわけであるが、その結果XとAの間の所有権の譲渡は有効なものとなり、表意者Xには不動産の所有権が存在しないことになる。すると、ここに矛盾する権利は存在しない。よって177条は適用されないことになり、Yは不動産登記の有無にかかわらずそれを主張できることになる。



(図4)



(図5)

これに対し、②の場合、Yは不動産の登記を移している必要がある。この事例としては、最判42年10月31日事件（図5）が挙げられる。事件では、A-B間の土地の仮装譲渡後、XがAから債務の代物返済として同土地を取得。その後Bが死亡すると、Xは譲渡人Aを債務者（登記義務者）として同土地の仮処分登記を経由し、これをもってY<sub>1</sub>がBの相続人Y<sub>1</sub>が当該土地を登記請求権者として相続・処分することを禁じた。それにもかかわらず、Y<sub>1</sub>はその後当該土地をY<sub>2</sub>会社に売却、所有権移転登記を備えたため、XがY<sub>2</sub>の所有権取得の無効を訴え、当該土地の所有権を得た。94条2項は善意の第三者の保護の絶対性を定めたものではなく、虚偽表示を理由に善意の第三者に対抗することができない旨を規定したにすぎず、XはAから土地を取得している（二重譲渡のようなものである）以上は、XとYは対抗関係にあるといえ、177条が当然に適用されるのである。

#### ＜94条2項の効果＞

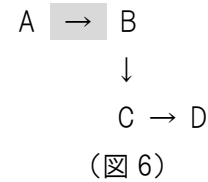
同条項の効果は、善意の第三者に対抗することができない、である。ということは、虚偽表示による法律行為は、善意の第三者の存在によって必ず無効になるというわけではなく、もし第三者が「無効」と言えば無効になるし、「有効」と言えば有効となる、ということになる。権利関係が不確定になる、という意味においては、この条項は望ましいものではないとも言える（鳩山など）。

#### ＜譲受人からの転得者＞

「第三者」が「法律上の利害関係を有する者」として限定されていることは既に述べた。そこには、譲受人（図4でいうY）から目的物を取得した者、すなわち**転得者**も含まれる。虚偽表示によって作り出された外観を信頼して新たな法律関係を形成したという点では、譲受人と同じであるからである。

ここで問題となるのは、94条2項のもう1つの要件である「善意」を誰に求めるか、である。これをめぐっては、絶対的構成・相対的構成という、失踪宣告取消しの効果の検討で登場した対立が出てくる。そこで、表意者をA、表意者の相手方をB、Bから目的物を取得した譲受人をC、Cから目的物を取得した転得者をDとしよう（次ページ図6）。

パターン	C	D	A による対抗
①	善意	善意	不可能
②	悪意	悪意	可能
③	悪意	善意	?
④	善意	悪意	?



94 条 2 項を考える上で問題となるのは、上の表でいう④の場合であろう。③については、土地が善意の第三者 D の元にある以上は、A は対抗できない。94 条 2 項は当然適用される。

次に、④について検討しよう。ここで A による対抗を可とするのが相対的構成であり、不可とするのが絶対的構成である。判決は 1 例（大判大正 3 年 7 月 9 日）しか存在しないので、確立した判例法理があるとは言えない（当該判決は絶対的構成を取っている）。では、それぞれのロジックは次のようなものなのか。

相対的構成を主張する学説としては、星野説がある。星野説によれば、94 条 2 項の趣旨は取引の安全であるが、取引の安全の本質は善意（無過失）者の保護である。D は悪意者であって保護に値しないから、D に対して A は対抗し得るとすべきである。

しかし、相対的構成については実質的問題がある。取引の安全が善意（無過失）者の保護であることに異論はないが、相対的構成を取っても善意者は保護されるのか、という問題である。すなわち、ここでいう D を保護する必要はないにしても、C まで不利益が及ぶ可能性があるのではないか、ということである。ここでいう C への不利益は、次の 2 つの意味で生じ得る。①売主の担保責任と②将来における財産的束縛、である。まず、①については、既に失踪宣告取消しの効果の部分で少し触れたが、**他人物売買で債務不履行が生じた場合**、C が善意であっても、悪意の D は**買主として少なくとも担保責任に基づく原状回復を請求**できる（C に過失があればさらに債務不履行を理由に損害賠償を請求できる）。すると、C は D から受け取った代金を吐き出さなければならなくなる。C は B に損害賠償請求することができるとはいつても、C を保護したことにはならないだろう。次の②は、相対的構成が前提とされるパラダイムにおいては、あまり慎重な人間には相手にしてもらえず、**譲渡可能性が制限される**という意味である。というのも、虚偽表示に少しでも気づけば権利を失うようなことがわかっていれば、慎重な D はリスクを避けるために、調査を綿密に行い、取引相手として C を選ばないだろうからである。さらに、これに加え、相対的構成を取った場合、**法律関係の複雑化**が懸念される。問題の不動産について、所有権移転ではなく、例えば賃借権や抵当権が設定された場合、94 条 2 項を適用すべきか否かは賃借人や債権者が善意あるいは悪意であったかという点まで考慮して決めることになる。

これに対し、絶対的構成に問題がないわけではない。それは、B と D が通謀し、C を自分たちの間に挟むことによって、A に対抗できなくさせることが可能になるからである（有名な「わら人形」のたとえ）。このような場合もあることを考えると、絶対的構成を徹底することにも問題があるといえる。

### c. 94 条 2 項類推適用

b で 94 条 2 項が適用される要件とそれに関する留意事項を俯瞰したので、今度は同条項が類推適用される場面について考えてみよう。今まで見てきたのは、94 条 2 項が直接適用可能な場合であった。すなわち、意思表示（＝内心的効果意思（＋表示意思）＋表示行為）において虚偽表示があるとき、法律行為の無効を善意の第三者に対抗できない事例である。不動産の売買契約（＝法律行為＝意思表示を要素とする法律要件）がそのよい例であろう。しかし、94 条 2 項の趣旨は、意思表示のある場合に限定されるべきではない。権利変動が生じた場合には、その実態がどうであれ、その外観を信頼した善意（または善意無過失）の第三者を優先的に保護する。これこそが 94 条 2 項の趣旨である（「公信の原則」、後述）。そこで、意思表示がなくとも、当事者が真意によらない権利変動の外観を作り出し、それを善意（無過失）第三者が信じて新たな法律関係を形成した場合には、94 条 2 項を類推適用するという形を取って、第三者保護を図る必要性が出てくる。では、どのような場合が類推適用の場面なのであろうか。結論から言うと、当事者の責任による虚偽の権利変動の外観を、善意（無過失）の第三者が信じた場合、であり、実質的には**不動産の所有権の移転の登記が真の権利者の本意でなしに行われた場合**、である（登記をするというのは、要するに役所に行行って登記簿にある名前を書き替えてもらうというだけのことで、意思表示とは言えないから、正面から 94 条 2 項を適用できないことは明らかである）。これには、大きく分けて 4 つのパターンがあるだろう。つまり、①「真の権利者が虚偽の外形的表象を作出した場合」、②「他人が作出した外形的表象を真の権利者が承認した場合」、③「真の権利者が作出した外形的表象に基づき他人が異なる外形的表象を作出した場合」、そして④「他人が作出した外形的表象について真の権利者が関与していた場合」である。①・②と③・④の間には重要な違いが存在することには注意しておこう。前者は、第三者が信じた権利の外観の作出が、真の権利者によって意図あるいは把握されているケースである。これに対し、後者の場合、第三者は真の権利者が意図・把握をしていない（しかし責任はある）権利の外観を信頼する。後者の場合には、94 条 2 項の類推適用だけでは第三者保護ができず、110 条（越権代理に対する信頼の保護）の類推適用（あるいはその法意の反映）が必要となるが、それについては後で触れるとしよう。

#### <① 真の権利者が虚偽の外形的表象を作出した場合>

これは一般的に 94 条 2 項を適用する場面に非常によく似たケースで、類推適用をするのが至極妥当であるように思われる。3 つ判例を出そう。

1 つ目は、最判昭和 29 年 8 月 20 日事件。A の妻 X は、A の妾 Y<sub>1</sub> からの要請で、B からある不動産を購入し、名義を Y<sub>1</sub> としたが、その後 Y<sub>1</sub> は Y<sub>2</sub> に売却、登記を移転した。判決は、虚偽の所有権移転登記が X の意思に基づくものであると認め、94 条 2 項を類推適用、X の無効主張を退けた。（不動産の名義は B→Y<sub>1</sub>→Y<sub>2</sub> と動いているが、初めの登記の移転は X が作った外観である。）

2 つ目は、最判昭和 41 年 3 月 18 日事件。未登記の建物の所有者 X は、A に対してその

所有権を移転する意思なく、A 名義で所有権保存登記を経由、その後 A は Y に当該不動産（建物）を売却、登記を移転した。（土地に未登記というものは基本ないが、建物は不動産でも新築であれば登記がないということに注意、これを初めて登記することを保存登記という）。判決は、上と同様、虚偽の所有権保存登記が仮装譲渡と何ら変わらないとし、X は Y に対抗できないとした。（登記はそもそも A→Y でしか動いていないが、そもそもの外観である登記（所有権保存登記）が X の作り出したものであるから、類推適用すべきである。）

3 つ目は、最判昭和 45 年 7 月 24 日事件。不動産所有者 A は、B に対してその所有権を移転する意思なく、B 名義で所有権移転登記を経由、その後 B は C を代理人とする善意の Y に同不動産を売却、登記を移転した。判決は、これが虚偽表示と同様の状況であることを認めたが、C が悪意であり、代理行為に関する主観的態様が代理人基準である（101 条 1 項）ことを踏まえ、Y が 94 条 2 項により保護すべき立場にない、として、A の相続人 X による無効の主張を認めた。（登記は A→B→Y で動いており、初めの所有権移転登記が「外観」にあたる。ただし、ここでは第三者が悪意であったため 94 条 2 項の効果が発生していない。）

#### ＜② 他人が作出した外形的表象を真の権利者が承認した場合＞

次に、表示行為がなく、さらに外形的表象が真の権利者ではなく他人によって作出されたような場合はどうであろうか。

まずは最判昭和 45 年 4 月 16 日事件。ある建物を A から譲与された X は、B に対しその所有権を移転するつもりなく B 名義で登録するよう B に強要、B は代わりに Y<sub>1</sub> 名義で家屋台帳に登録した。X はその事実を知っていたが特に変更をせず（黙示による承認）、所有者として固定資産税を支払い続けた。その後、Y<sub>1</sub> は Y<sub>2</sub> に同家屋を売却したが、最高裁は 94 条 2 項適用を認めた。登記だけでなく、家屋台帳上の所有名簿でも有効とされたことに注意。（ここでは、外観上の所有権は A→X→Y<sub>1</sub>→Y<sub>2</sub> と変動したが、X から Y<sub>1</sub> への所有権の移転の登録は B が行ったものである。しかし、そのことを承認した以上、X に責任があるといっただけから、類推適用して問題ない。）

ただし、「真の権利者の承認」についてはあまり広く解釈すべきではない。これが問題となったのが、最判昭和 45 年 9 月 22 日である（内田民法にもあり）。この事件は少々複雑である。まず、妾 X は A からある土地と建物を買受け、自分名義で所有権移転登記を経由したが、交際男性 B の金銭的援助を受けていた。その後、B は無断で X-B 間の所有権移転登記を行う。このことが発覚すると、B は謝罪の上、登記名義の回復を約束した。しかし、登記費用の捻出が困難であったこと、X と B が婚姻したこともあり、登記の名義は変更されなかった。数年後、B は X に対して離婚・財産分与請求訴訟を起し、その訴訟費用を得るため当該土地と建物を Y に売却、Y へ所有権移転登記をする。判決は、登記の虚偽の名義を変更せず放置した X に帰責性を認め、94 条 2 項を類推適用、Y に対して X は対抗しえない旨を判示した。（整理すると、外観上の権利は A→X→B→Y のように移転した。X から B へ所有権移転登記を行ったのは B であったが、X が承認したため、類推適用された。）しかし、このような場合、X にとって不当な判決が下されかねない。反対しなかったとはいえ、真の



権利者が言いだしづらい状態にあつては、必ずしも「承認した」とは言えないからである。そこで、権利者 X に「かなり同情に値する事情のある事例」には、①第三者に善意無過失を要求すべきこと、②ただ権利者がその事実を知っていただけではなく、より厳格に「承認」を認定すべきこと、が主張されている（星野説）。

他方で、最判昭和 48 年 6 月 28 日事件では、自らの所有する建物が旧家屋台帳法による家屋台帳（1960 年廃止、現在は家屋登記簿）において夫 A の名義で登録されていることを建物所有者 X が「明示または黙示で承認していた」以上、その建物を差押えた A の債権者 Y（善意）に X は対抗できない、と判示されている。（A→Y でのみ権利は移転したが、X は A がそもそも権利者であるという外観について責任を負っていた、といえる。）

＜③ 真の権利者が作出した外観に基づき他人が別の外観を作出した場合＞

①・②は、第三者の信頼した外観が真の権利者に意図あるいは把握されていたものだったのに対し、その第三者の信頼した外観が真の権利者に把握すらされていないケースもあり得る。この場合、③把握を一切することができないもの、④把握をすることはできたもののしなかったもの、の 2 通りがあり、110 条が類推適用（あるいはその法意が反映）される。その法律構成の根拠については後で触れるとして、まずは③の判例を見ておこう。

まずは、最判昭和 43 年 10 月 17 日事件。X は A に対し、不動産の売買を予約、所有権の移転の仮登記を行った。その後、A は実際に売買がなされたものと仮装して所有権移転の本登記を行い、その後 Y へと譲渡、所有権移転の登記を経由した。最高裁は、仮登記とはいっても、そのような外観に基づいて本登記がなされた以上、X にその責任があり、**Y が善意無過失の場合に X は対抗できない**、とした上で、Y の無過失性を審理しなかった原審に本件を差し戻した。（なぜ無過失を要求したかは後述。ここでは、明らかに X→A→Y へと外観上の権利が動いているが、Y は A 自身が作り出した虚偽の外観を信頼しており、X にはその作出を把握していなかった、という点で今までの例と異なる）。

次は、最判昭和 45 年 6 月 2 日事件。X が融資を受けるため A に虚偽の不動産の所有権移転登記を行うと、A は融資の斡旋方を B に依頼し、B に所有権移転登記を経由、その後 B が Y に同不動産を譲渡、所有権移転請求権保全の仮登記を経由した。判決は、先程と同様 Y の無過失性を審理していない原審を批判、差し戻しとし、Y が善意無過失の場合に、X は Y に対抗できない旨を判示した。（外観上の権利は X→A→B へと移転している。仮登記だけでは権利を取得したことにならないので、X が A から登記名義を取り返し、所有権を取得することができれば、X は Y に対抗できるものと思われる。また X 自身が作り出した外観ではなく、A が B との間で作った虚偽の外観を Y が信頼したことに注意。）

＜④ 他人が作出した外形的表象について真の権利者が関与していた場合＞

「関与していた」とあるが、要は真の権利者側に過失があった、ということだと理解しておけばよいだろう。判例はあまりない。

最判平成 18 年 2 月 23 日事件が、これに該当する。X は A の紹介で不動産を買い受け、そのまま不動産を賃貸にして A に運営を委ねた。その後 A は X から同不動産の所有権移転

の登記をするが、その際に X は内容を確認することなく捺印、A は不動産を手にし、次いで Y に売却、登記をさらに移転した。この場合、中身を確認していない X には承認があったということはできないが、重過失はそれと同じくらい重い帰責性を持つ。そこで、判決では、94 条 2 項と 110 条を類推適用し、善意無過失の Y に対し、X は対抗できない、とされた。（ここで、外観上の権利は  $X \rightarrow A \rightarrow Y$  へと移転、Y が信用したのは A が作出した外観であるが、その外観の作出は、③の場合と異なり、X が把握することが可能なものであった。）

＜94 条 2 項の類推適用と 110 条の類推適用（あるいは法意に照らすこと）＞

この部分に関してはあまり説明がなかったようだが、94 条 2 項を類推適用する場合に、それだけでは第三者保護を適用できず、110 条を合わせて類推適用する場面がある。これは、上で触れた③及び④の場合である。ここに共通するのは、真の権利者において、第三者が最終的に信頼する外観の作出の意図がない、という点である（①・②にはある）。

まず、これが適用される場面について考える前に、110 条について理解しておこう。これは、**越権代理**に対し、**第三者が正当な理由をもってその権限の存在を信じた場合において、その代理行為の責任を本人に求めるものである**。正当な理由をもって、ということは、過失では保護されず、無過失でなければならない、ということである。

翻って、94 条 2 項が類推適用されるのは、**本人が（意思表示によらず）作り出した虚偽の外観を、善意（善意無過失）の第三者が信頼した場合**である。そのため、上に挙げた③や④の場面において善意（善意無過失）の第三者が信頼しているのは、他人の作出した外見であって、真の権利者自ら作り出したものではないから、善意（無過失）の第三者を保護するには、94 条 2 項だけを類推適用することはできないことになる。

そこで、他人が作り出した外観に対する真の権利者の対抗力を否定するには、それを作り出したのと同等の責任がある、と考えなくてはならない。そして、その根拠として 110 条が用いられるのである。110 条が本適用でなく類推適用（あるいはその「法意の反映」）という形でしか用いることができない理由は、真の権利者の相手方がそもそも「代理」をしているわけではないからであるが、真の権利者の作出した外観に基づいて新たに外観を作ること、あるいは真の権利者が関与して外観を作出することには、越権代理と類似した性質があるといえることができる。したがって、110 条と同じような効果を認めてよい、ということになる（ただし、前者は後者ほど越権代理に似ていないため、「110 条の法意に照らし」という表現が用いられ。後者の場合に 110 条を「類推適用」する。そして、その結果として（①や②ほど真の権利者に帰責性がないことから）③と④においては**第三者に善意無過失が要求される**。

では、なぜ逆に 94 条 2 項の類推適用は必要とされるのであろうか。理由は単純である。**110 条は法律行為の有効性について規定したものではなく、あくまで責任の所在（つまり、その行為が誰のものであったか、ということ）を既定したものに過ぎないからである**。虚偽の外観を信頼した第三者の保護が趣旨であることには相違ないが、その外観が無効か否かは、94 条 2 項を類推適用することによってしか解決できない。以上が③・④の補足である。

#### d. 公示の原則と不動産の扱い

さて、今まで 94 条 2 項の類推適用の場面を見てきたが、どれも目的物が不動産であったことに気づいただろうか。この理由は、虚偽の取引による動産を取得した第三者は、192 条（即物取得）を適用すれば容易に保護できるからである。これに対し、不動産はそのような扱いがない。登記の有無が重要となる。この動産と不動産の違いについて考えてみることにしよう。

そもそもなぜ、不動産の取引では登記が問題になるのであろうか。これは、**公示の原則**に基づいたものである。公示の原則とは、権利の変動それ自体は目に見えないから、**第三者にその存在を知らせるためには、外部から認識できる形式（外形的表象）を伴っていないといけない**、という原則である。「外形的表象」というと仰々しいが、例えば八百屋に行ききゅうりを買うというような場合においては、そのきゅうりが客に手渡されるその瞬間が外形的表象に当たる（「引き渡し」）。しかし、不動産の場合、そのように手渡しなどということはできない（物理的に不可能であるから）。そこで、不動産についての物権変動の外形的表象は、**登記の移転**に求められるのである。

しかし、実際の権利関係と外形的表象はしばしば異なることがある。そして、その外形的表象を信頼した第三者にとっての相手方が本来権利を持たない者であった場合に、自らが取得した目的物の権利を主張できないとなると、取引の安全が著しく害されることになる。そのため、例外的に、物権変動の公示を信じて取引した者はたとえ**公示が真実の権利関係と一致していなくても公示通りの権利を取得できる**、とした方がよいように思われる。これを**公信の原則**という。そして、このような公示の効力のことを、**公信力**という。

取引の安全（**動的安全**）を重視する立場からすれば、全ての物権の変動に公信力を認めるべきだといえよう。とはいえ、全ての外形的表象に公信力を認めることは危険である。特に、土地や家といった経済的価値が大きい不動産に関しては、真の権利者の保護（**静的安全**）の方が重要である場合が多い。逆に、頻繁に取引される動産に公信力がないとすれば、取引の安全は損なわれる。そこで、公信力は動産にのみ認められており（即時取得制度）、不動産の取引には公信力がない。とはいえ、今見た類推適用の例からわかるように、登記があるという事実自体には公信力があるということもできなくはない。

### 3. 錯誤（95 条）

さて、次は 95 条に規定のある「錯誤」について。規定の条文は「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする」（本文）となっている。但し書きでは「表意者に重大な過失があったときは、自らの無効を主張することができない」という例外が定められている。

論点としては、要件としての「法律行為の要素の錯誤」をめぐる議論が最も大きい。実際、2013 年度の問題でも、これに関する問題が出題されている。これに続いて、効果（「無効」）や例外（但し書き）、民法改正についても一応触れておこう。

### a. 法律行為の要素の錯誤

#### ＜旧民法と現行民法＞

旧民法における錯誤の規定は非常に煩雑であった。合意のいかなる部分において錯誤があるかによって、承諾を阻却するもの、承諾に瑕疵があるとするもの、あるいはどちらかを適用するもの、に分かれていたのである。それぞれの条には、具体的な場合の規定を定める項が添えられていたが、この複雑さについては後に批判された（後述）ちなみに、「**縁由の錯誤**」（＝**動機の錯誤**）が原則適用されないことも明記されていた。

これに対し、95条のみを設けたのが現行民法であるが、この理由は端的に言えば、「**法律行為の要素**」に関して**錯誤があるか否か**という基準さえあれば十分であり、旧民法のように「合意の目的」や「合意の性質」などといった合意の様々な側面に錯誤が存在するか否かを個別に争う必要はないから、ということに尽きる。しかし、何を以て「法律行為の要素」とするかについては決着がつかなかった。

ただし、現行民法でも、旧民法と同様動機の錯誤は無効の対象に含まれるとは考えられていなかった。動機の錯誤が認められなかった理由は、もし「そんなつもりではなかった」という動機の錯誤に基づく契約の無効の主張をいちいち認めてしまうと、その審理が難しい上に、裁判所や取引の安全に望ましいものではないからである。旧民法と異なり明文化されなかったのは、当然視されたからである。しかし、この動機の錯誤があった場合にも、意思表示の無効を認めるべき状況はあり得る。こうした「法律行為の要素」という語の簡素さに起因して、学説が展開されてゆく。

#### ＜初期の学説と判例への影響＞

起草時点において、梅は「法律行為の要素」を法律行為の目的であると説いた。しかし、「法律行為の要素」という文言をわざわざ用いているのに「目的」という意味に解するのは少し無理がある。そこで、富井は論理的解釈を行うべきだとし、ドイツ民法における区別を採用すべきことを説いた。その区別とは、「ある錯誤が法律行為の要素におけるものであるか否かは**その錯誤が意思表示の内容に関するものであるか否か**で判断される」というものである。

富井はまず、伝統的な錯誤論を支える分類を提示する。動機の錯誤と表示の錯誤を区別し、表示の錯誤を「**表示上の錯誤**」と「**内容上の錯誤（表示行為の意味の錯誤）**」に分けるものである（表示上の錯誤は値札に100ドルを100ポンドと書き間違えることで、表示行為の意味の錯誤とは、100ドルと100ポンドが同価値だと思って100ドルの商品に100ポンドと値札をつけることである）。

富井は、95条の規定が主に意思表示の内容に錯誤がある後者の場合に関するものである、とした上で、動機の錯誤と内容に関する錯誤の区別の難しさを指摘し、そもそも論として、いかなる基準で法律行為の要素の錯誤、つまり法律行為を無効とすべき重要な錯誤を判断すべきかを次のように説いた。ある錯誤が重要か否かの判断は、当事者にとって重要なのか（主観的に判断すべきか）、一般的に言って重要なのか（客観的に判断すべきか）で議論の



分かれるところであり、これは「法律行為の要素」という文言からは断定できない。しかし、どちらか一方のみを採用するのはいずれも不当であるから、ここは主観的基準を客観的基準によって制限する（折衷説）、つまり、**本人が重要と考える錯誤のうち、普通人も当事者であれば重要だと考えるような錯誤を「要素の錯誤」と認めるのが妥当**であろう。これは、本人の意向の尊重と取引の安全、相手方の信頼の保護のバランスを考えての結論であった。

このように考えると、錯誤が動機におけるものだからというだけで形式的にその無効を除外するのは不当であり、やはり錯誤によって損なわれる利益の重要性、そしてその利益を保護すべき正当性というものを考えなくてはいけないように思われる。ここで考えてみると、**動機が意思表示の内容に関係している場合**（「このみかん、そんなに美味しいのなら、100円で買いますよ」と言いみかんを買ってやったところ、全然おいしくなかった場合）は、動機が意思表示において重要な点となることが多く、その錯誤を表示行為の意味の錯誤と同様に扱うべきことがあり得ることがわかる。（あり得る、というのは、動機が意思表示の内容になっているからといって、直ちにそれが客観的にも重要であるとは言えないことがあるからである。例えば、本屋で「楽しく憲法を勉強したいので芦部憲法をください」と言って芦部憲法を買ったところ、面白くなかった、という場合において、法学徒にとっては憲法の勉強を楽しくやることは重要かもしれないが、客観的に考えてそのような理由で本屋に返金をさせるのは不当であろう。）

以上が初期の学説であり、この影響は大判大正3年12月15日判決や大判大正6年2月24日判決に見られる（事実関係は不明だが、動機の錯誤に関する判例で、ともに法律行為の内容となっているとして無効が認められた）。

#### ＜通説の確立＞

上のような、動機の錯誤と表示の錯誤の二元説は、我妻にも引き継がれる。ただし、我妻の確立した通説では、（意思表示の解釈に関する）表示主義的なアプローチが取られていることに注目できる。

我妻によれば、意思表示の本質を内心的効果意思に見出そうとする意思主義の考え方は、内心的効果意思の背後にある動機というものを問題にしにくい。これに対して、表示主義は相手方がどのようにその表示行為を見るか、という点に着目する。そのため、「法律行為の要素の錯誤」は、**表示行為から推測される効果意思と、「本人の実質的に意図するところ」（経済的社会的目的の全て）の食い違い**、と定義されることになり、結果動機の錯誤も要素の錯誤となり得るようになる。つまり、内心的効果意思を本体とみなした場合（意思主義）、一般に、その内心的効果意思を前提として、それと表示行為がどう異なるかで判断することになり、その前段階である動機の錯誤について考えるには無理が生じてしまうが、表示行為を意思表示の本体と考えれば（表示主義）、それから客観的に推測される効果意思と比べて、表示以前の本人の心理的プロセス（動機・内心的効果意思）がどれだけ違っているかで判断することになるので、動機の錯誤についても要素の錯誤とすることができる可能性が出てくるのである。

そして、この表示主義的アプローチの結果、**動機の錯誤が要素の錯誤と認められるのは、動機が意思表示の内容として表示されている場合のみ**である、という要件が導き出される。初期の学説と似ているようで、これは決定的に異なる。それは、あくまでも初期の学説では動機が意思表示の内容となっていればよいとしたのに対し、通説では、そのことが表示行為によって明らかになっていなければならない、とされた点にある。主観的な基準を客観的な基準によって制限するという手法を用いていたものの、初期学説は、あくまで錯誤によって損なわれる利益の重要性に重きを置いており、表意者の意向を尊重することを試みていた。これに対し、我妻は、取引の安全の観点から、動機の錯誤が本人にとって重要か否かだけではなく（というかそれにかかわらず）、相手方に当該の内容が表示されたか否かにより判断すべし、としたのである。これは、表示行為から効果意思を推測することはできても、動機を推測することは困難であることを踏まえれば、もっともな要件といえよう。

少し脱線するが、我妻の錯誤の捉え方は「意思の欠缺（不存在）」なる語との関連で重要となる。我妻によれば、意思の欠缺とは、表示行為から推測される意思が存在しないという意味であり、心裡留保や虚偽表示、表示上の錯誤、表示行為の意味についての錯誤を含む。しかし、動機の錯誤では、表示行為から推測される意思と内心的効果意思に食い違いはない。その内心的効果意思を形成するに至った意図というものに錯誤があるというだけである。その結果、**動機の錯誤は意思の欠缺には含まれない**ことになる。そこで、意思表示における錯誤というものを従来のように意思どうこうの問題として捉えることは不適當である、ということになる。上に述べた「実質的に意図するところ」というより広く抽象的な概念は、その問題意識を反映したものであると考えられる。

我妻説を受け、判例は、動機が表示されていた場合に限り動機の錯誤を要素の錯誤とするようになる。最判昭和29年11月26日判決や最判昭和45年5月29日判決がそれである。

しかし、こうした一見厳格な要件論は、様々な問題を抱えていた。そこで、次は「動機が意思表示の内容たることの表示」を動機の錯誤の無効の要件とする我妻説に対する批判について見ていくことにしよう。

#### ＜批判＞

比較的早い段階から問題を指摘していたのが舟橋諄一であった。彼の批判は次のようなものであった。すなわち、動機の錯誤も表示の錯誤も、真意（錯誤がなければ有すべき意思）がない意思表示を無効とするという点では同じであるから、動機の錯誤にのみその「表示」を求めることは首尾一貫していないし、また両者に本質的な差異があるわけではない。相手方（あるいは取引の安全）との利益の調和を図るのならば、表意者がいかなる部分に錯誤を持っていたかによって判断するのではなく、錯誤を等しく「表示された意思」と「真意」の不一致として扱い、相手方の信頼が保護に値するか、すなわちその錯誤について相手方が善意無過失であるか否か、という点で判断すればよい。こうして、錯誤というものを相手方の認識可能性を判断基準にする、表意者の錯誤の態様に依存しない考え方を一元説という。これに基づき、舟橋は「真意」があるとの誤信についての悪意または有過失を要件に加えた。

これを受けて、川島は錯誤無効の要件をさらに次のように明確化した。①表意者が**当該の事項**につき錯誤ある表象・判断を持っていたこと、②**それに基づき当該意思表示がなされたこと**、の2つに対する**相手方の過失あるいは悪意**が必要である。つまり、相手が①または②につき相手が善意無過失であれば、錯誤無効は認められない、ということである。

野村豊弘は、川島の要件をさらに緩和する。彼によれば、上の①と②についての相手方の主観面がずれている場合もあり得、①についての相手方の悪意や有過失はさほど問題ではないが、②について相手方が悪意あるいは有過失であることは問題であるから、①について相手方が善意無過失であっても、②について**悪意や有過失である場合には、錯誤者を保護すべき**である。例えば、絵画を売買するときに、それが偽物であるということを売主が知らず、知ることができなくても、買主がそう明示するか、提示した額などから、買主が絵画を本物として買い受けようとしていることがわかれば、錯誤無効を認める、ということである。

こうした一元説は、見方によってはむしろ二元説よりも表示主義に親和的である。というのも、我妻の考え方はやや特殊であるが、一般に二元説は効果意思のない表意者を保護することを主眼としており、動機の錯誤に関して例外的に相手方の保護を意識するものであるのに対し、一元説はもっぱら相手方の保護の可否を問題にするからである。他方で、これら意思主義・表示主義の対立を超えて錯誤を捉えようとする見解が登場してきた。それが次の新二元説（「法律行為の内容化」説）と新一元説（「合意の瑕疵」説）である。

#### ＜判例・学説の展開＞

まずは「法律行為の内容化」説について触れる。

磯村は、動機の錯誤が表示の錯誤と異なりその危険を自分の責任で回避すべきであるという実質的な差があることを踏まえたうえで、やはり**動機の表示があるだけでは不十分である**、とする。そして、要件として、**当該事情が合意の内容として取り込まれていること**を必要とする。それは次のような理由からである。例えば、友人の結婚のプレゼントにワイングラスのセットを買おうと思い立ってデパートに行き、その旨をデパートの店員に告げて、グラスを買ったところ、婚約が破棄されてしまった、という場合、確かにその動機は相手方に表示されており（我妻説）、またそのことは相手に認識されてもいるが（一元説）、知りもしない人間の婚約の破棄のせいでその契約を無効とし、デパートに代金を払い戻させるのは、いくらなんでも不当であろう。デパートは、それが誰の結婚のためのものかなど関わりなく、単に買主が買いたいと言ったから売ったのである。ここでは、動機は法律行為（売買契約）の内容とはなっていない。そこで、動機が表示されているかどうか、あるいは相手に認識されているかどうかではなく、それが法律行為の内容を構成しているかどうかで判断すべきである、という結論になる。

山本敬三は、これを内容化重視説と位置づける。従来は、動機の錯誤の典型例である性質の錯誤（例えば、絵画が本物であるという表意者の誤った認識）は、それが合意の内容として取り込まれている場合には、売主の瑕疵担保責任などに基づいて処理してきた（錯誤外構成説）。これに対し、内容化重視説は、それを錯誤として正面から認めるのである。

この法律行為の内容化説は近年の判例にも反映されている。最判平成元年9月14日事件や最判平成28年1月12日事件がそれであろう。

また、そもそも論として、錯誤無効が認められるとき、その理論的根拠はどこにあるのか、というアプローチを取ったのが森田宏樹の「コオズ理論」によるアプローチである。コオズとはフランス法の概念である「原因」の意であるが、ここでは契約上の義務の拘束力を基礎づけるような事項のことを意味する。森田によれば、やはり表示の錯誤と動機の錯誤の区別は不要であり、結局は「要素の錯誤」でありさえすればよい。そこでいかなる錯誤を「要素の錯誤」と認定するかが問題になるわけだが、森田はここで一般的な契約である有償契約のコオズが何であるか、ということに着目する。そもそも有償契約において、契約の当事者は自らの与えるもの（自己の給付）と相手から与えられるもの（反対給付）が均衡になるようにする。つまり、等価交換のために契約を結ぶのである。したがって、有償契約においては、給付の均衡が義務の根拠としてのコオズとなる。ゆえに、錯誤無効が認められ、契約の拘束から表意者が解放される場合とは、**そのコオズとしての均衡を構成する要素が存在しなくなり、均衡が破壊されたと認められた場合**、ということになる。そのうえで、森田は錯誤の具体的要件として、表意者が**一定の事項を具体的な給付の均衡の要素として考慮したこと**、およびそうした**表意者の契約目的が相手方に認識または予見されること**、が必要であると説いた。（逆に、無償契約ではそもそもこうした経済的発想が当てはまり得ない。そのため、合意を決定した動機そのものをコオズとみなせるから、錯誤無効はそれが客観的な事実を支えられたものである限り、動機を構成する要素の不存在によって認められうる。）

と錯誤の定義をめぐる議論を見てきたが、現実の学説の推移はこれよりもさらに複雑である。2013年度の試験問題が錯誤に関するものであったので、今年は出ないのではないかとと思っている。

#### b. 効果

錯誤の効果は無効である。ドイツ民法では取消し（無効ほど取引の安全を害するものではない）であるから、無効とするのは取引の安全を軽視しているように見えるが、動機の錯誤と表示の錯誤の区別など、現行民法では適用範囲自体を狭める試みがされているので、問題ないとされた。

効果については、この他、主張をすることができるのは誰かが問題とされてきた。95条但し書きには、重過失の表意者は自らの無効を主張できない、と規定されているのみであるから、これでは誰が主張する権利を持つのか不明確である。

結論としては、初期の学説から現在に至るまで、無効を主張できるのは**軽過失の表意者**に限られてきた。この理由は、錯誤の規定がそもそも表意者を保護する趣旨であるからである。また、この結果、本人が主張しなければ無効とならない（取消しに近い）相対的無効が採用されるに至った。このため、逆に表意者は追認することもできる。また、後の学説においては、表意者が無効を主張できる期間というものが存在し、それを過ぎれば取消し権の消滅を定めた126条類推適用によって主張できなくなる、とされた。



判例においても、これは同様である。ただし、最判昭和45年3月26日事件については注意すべきだろう。これは例外的に第三者による錯誤無効の主張を認めたものである。概要は、偽物の絵が $Y \rightarrow A \rightarrow X$ と売り渡されたので、 $X$ が $X-A$ 間及び $A-Y$ 間の売買契約の無効を主張した、というものである。ここで用いられたのは423条にある債権者代位権というロジックであった。債権者代位権とは、債権者が自分の債務者に対する債権を保全するため、債務者の持つ債権を自ら行使するものである。このケースにおいて、無効の主張自体はその行使ではないが、無効に伴い、 $X$ 及び $A$ はそれぞれ $A$ と $Y$ に対する代金返還請求権を持つ。 $X$ が $A$ にちゃんとお金を返してもらえないかもしれない場合には、 $Y$ に対して $A$ にお金を払い戻すように主張することができてしかるべきであろう。しかし、その根拠は錯誤による無効である。そのため、**債権者代位権を持つ第三者は、特別に錯誤無効を主張できるとした**のである。これは学説でも当然に受け入れられた。

#### c. 例外（但し書き）

95条には但し書きがあり、表意者に重大な過失があると、表意者は無効を主張できない、とされる。重過失のあった表意者に対し不法行為責任を問うたところで、相手方は金銭賠償しか受けられず、十分な救済にならないからである（逆に言えば、軽過失の結果として錯誤無効となった場合には、賠償させるので十分バランスが取れるであろう）。この重大な過失とは、「普通人に備わっているはずの注意を甚だしく欠いたために錯誤に陥る」ことを指す。

ただし、重過失があった場合でも、表意者の救済が認められる場合がある。まずは**相手方が悪意であるとき**である。悪意の相手方には保護の必要性がない。また、**表意者と相手方が共通の錯誤に陥っているとき（共通錯誤）**も同様である。

#### d. 改正民法

##### <要件>

改正民法では、次のような詳細な規定がなされた。柱書は「意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」は取消し可能である、と定め、まず重要性が**法律行為の目的**（表意者が当時有していた目的）や物や財物の移転を含む**取引に関する社会通念**という客観的基準によって制限されることを明示する。次に、同項で「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」と「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」がここで対象となる錯誤である、とする（**表示の錯誤と動機の錯誤**である）。さらに、動機の錯誤について、より細かい要件が2項で設けられている。「意思表示の取消しは、その事情が**法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき**に限り、することができる」というものである。法律行為の基礎であることと、意思表示の内容になっていることが別物であることに注意したい。また、この「表示されていた」という受動態による表現は、表意者の積極的な表示だけに限らず、黙示的な表示であってもよい、ということである。

##### <効果>

取消しの無効とも言われてきた錯誤の効果は、改正民法では正直に**取消し**と改められた。

### ＜例外＞

表意者に重大な過失があるとき、取消しの主張を不可とする規定は、現行民法では95条但し書きであるが、改正では同条3項柱書に移動する。これに加えて、相手方に悪意または重過失があるとき、相手方が表意者と同一の錯誤に陥っている場合に、取消しを認めることを明記した。

また、従来94条2項（あるいは96条3項）の類推適用で処理していた善意（無過失）の第三者への対抗不可も、全面的に94条2項を準用し、同条4項に加えられた。

## 4. 詐欺（96条）

錯誤と同様、詐欺についても、長々しい要件論が展開されてきた。詐欺とこの後の強迫はどちらも96条に規定があるが、これは今までの意思の欠缺（表示行為から推測される意思に対応する内心的効果意思が存在しないこと）に関する規定とは異なり、表示行為から推測される意思に対応する内心的効果意思自体は存在するが、その内心的効果意思の形成過程に問題がある、**意思の瑕疵**についての規定である。

中身に入る前に、全貌を見ておこう。まず、96条では、1項で「詐欺による意思表示は、取り消すことができる」とされる。続く2項は「相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる」とする。要するに、詐欺と言っても2種類あり、相手方に騙され、そのまま相手方と取引をする場合と、取引の相手方ではない人間（「第三者」）に騙されて、相手方と取引する場合がある、ということである。

詐欺とは騙されるということであるが、騙されることにより現実と異なる表象や判断をしてしまうという意味では、本質的には錯誤と異なるところはない。では、なぜ詐欺という別の項目を設けたのであろうか。梅は、この趣旨を次のように説明する。すなわち、詐欺に遭って意思表示をしてしまう場合は、**自分の過失によって錯誤に陥ることと比べて、表意者に対する帰責性が少ない**。その一方、錯誤無効を認めてもらうには、その錯誤が法律行為の要素になっていなければならない、という制限があり、詐欺によってある事実につき誤った認識を抱くに至ったものの、それが**必ずしも要素となっていないことはあり得る**。こうした場合において、表意者を保護する必要から、別途規定を設け、ある程度緩い要件を設けたのである。（旧民法は、詐欺が錯誤を惹起した場合錯誤と扱う、とか、補償の名義で取消しができる、といった細かい規定を設けていたが、どちらも不要なものであるから省略された。）

### a. 要件

相手方による詐欺と第三者による詐欺は、要件が少しだけ異なる。順番に見ていく。

#### ＜相手方による詐欺（96条1項）＞

初期の学説では、①表意者に錯誤があること、②詐欺に事実の虚示があること、③錯誤を生じさせることによって法律行為上の意思表示をさせる意思が詐欺者にあること、④詐欺と錯誤に実際に因果関係があること、の4要件が必要である、とされた。

これは通説（鳩山説）にほぼ踏襲され、次のように定められた。まず、①**錯誤**があることについては、法律行為の内容に関する**錯誤**だけでなく、**動機の錯誤**でもよいが、生じた**錯誤**が法律行為の**要素の錯誤である場合には**、95条が適用され、当然無効となるので、取消しはできない（**96条を適用する余地がない**）、とされた（現在ではどちらを主張してもよいとされている。錯誤より詐欺を主張する方がやりやすい）。次に、②**欺罔行為**があることとは、**真実の隠蔽を含むが、その欺罔行為には違法性があることが必要**とされる。この違法性は、社会通念から見て悪性があるか否かで判断される。③**詐欺者の故意**は、表意者において**錯誤を生じさせる故意と、それによって意思決定をさせようとする故意の二重の故意**が必要である。④**詐欺と錯誤の因果関係は、錯誤無効と異なり、主観的なものであれば足りる**。これを確立した判例である大判大正6年9月6日事件は、これらのうち③が満たされていないとして、詐欺取消しの主張を否定したものである。

しかし、この通説については、②**事実の不告知**や**意見表明における違法性**や③**二重の故意**を判断・立証するのは困難である、という批判が出た。特に、それは情報の非対称性の問題を考え合わせると重要になる（以下、立法論的内容に立ち入るので、読み飛ばしてもよい）。

森田は、その問題を解消しようとする**情報提供義務理論**について考察を加えている。この理論は、情報収集能力の点で優位に立つ事業者に対し、消費者への情報提供の義務を課そうとするものである（強行規定としての、一種の「消費者保護的な公序」である）。この理論に対し、森田は、詐欺の判断において、客観的な視点を与えるものであるとし、一定の評価を与えているが、次の2つの限界を指摘している。すなわち、①**情報提供義務違反を詐欺的黙秘と考**えた場合、欺罔の故意を通常の詐欺と同等に緩く認める限り、**事業者にとって不利**であること、②**事実に関する情報に限られ、評価に関する情報を提供させることはできないこと**（評価的要素は多様で不明確であり、また有償契約において利害は対立するのが普通であるから、**評価に関する情報の提供義務はその本質に反しているともいえる**）、である。

この事業者から消費者に対する不実告知・評価的告知の問題については、消費者契約法による立法的な対処がされている。まず、**不実告知**については、事業者が重要な事項について事実と異なることを告げ、それを消費者が事実と誤認して意思表示をした場合には、取消しが可能である、という（4条1項1号）。これは、先程触れた改正民法95条2項の規定と対照的である。改正民法によれば、動機の錯誤に基づく意思表示は「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り」取り消すことができる、とあったわけであるが、人の抽象性を前提する一般法である民法と異なり、特別法である消費者契約法は、当該事情が**法律行為の前提とされているか否かにかかわらず**、事業者であれば重要な事実に関する不実告知は当然取消しの原因になるのである。次は**不利益事実の不告知**であるが、消費者契約法4条2項は、消費者に対し利益となる事実のみを告げ、不利益な事実を故意によって告げなかった場合、そしてその不利益事実の告知を消費者が拒んではいなかった場合には、取消しを認める。最後に、**不確実なもの**に関し事業者が**断定的判断**を下したときも、同様であるとされる（同上1項1号）。

### ＜第三者による詐欺＞

少し話が脱線したが、次は第三者による詐欺に基づく取消しが認められる要件について説明しよう。96条2項によれば、第三者による詐欺による意思表示が取り消せる要件とは、相手方がその事実を知っていたこと、である。通常、詐欺は防ぎきれものではないから、**取引する上で情報は吟味すべきであって、必ずしも詐欺に引っかかる側に責任がないとはいえないし、たとえ被害者に責任がないとしても、詐欺にかかわった、あるいは詐欺を利用した第三者は別として、詐欺と全く関係のない善意（無過失）の相手方にまで害を及ぼすのは取引の安全を害するものである（被害は欺罔行為を行った第三者に対して損害賠償請求をして何とかすればよい）。これが96条2項の趣旨である。**

さて、第三者の行った詐欺について、相手方が悪意であればよい、というのが現行民法であるわけだが、この「第三者」と「悪意」というものについて、多少議論がある。

まず、第三者の定義だが、鳩山はこれを「**意思表示の当事者にあらざる者**」としている。ここで問題となるのは、**相手方の代理人や、媒介の委託を受けた第三者は、果たして当事者なのか否か**、ということである。大判明治39年3月31日事件では、代理行為での瑕疵を代理人について決する101条を適用し、代理人の詐欺は本人の詐欺である、とみなし詐欺取消しを認めた。しかし、この場合、端的に詐欺があるとする方が望ましい。

そこで、立法的対処として、消費者契約法5条において、事業者から媒介の委託を受けた第三者及び事業者の代理人が4条1・2項にある行為（詐欺的行為）を行った場合、消費者の意思表示は取消し可能である、とされた。

なお、民法改正中間試案は、相手方の代理人及び受託者が詐欺を行った場合を、相手方による詐欺や第三者による詐欺とは別に規定し、その要件効果を相手方による詐欺と同様のものとした。ただし、これは改正民法には反映されていない。

次に、相手方の悪意と関連して、相手方が善意**有過失**の場合に意思表示の取消しも認めるべきか否かが（立法論として）問題となった。従来、学説ではドイツ民法にならい、過失のある相手方は、心裡留保などと同様、有効を主張できないようにすべきとされてきた（鳩山、幾代など）。改正民法96条2項は、これを反映し、**相手方が悪意または有過失のときは、表意者は取消しを主張できるとしている。**

#### b. 効果

詐欺の効果は、**意思表示の取消し**である。取消しの効果は遡及的無効である（121条）。

なお、松尾弘は、旧民法の修正過程などを踏まえ、金銭での賠償を詐欺の効果とすることを主張している。

#### c. 例外

最後に、**詐欺取消しは善意の第三者に対抗できない**、とする3項について触れておこう。

96条3項の効果は、意思表示の取消しの対抗否定であり、これについて議論はないが、要件については、「第三者」の範囲や「無過失」の要否、不動産登記の具備の要否が問題となった。



### ＜「善意の第三者」＞

第三者については、その範囲が問題とされた。初期の判例で関連するものとしては、大判明治33年5月7日が挙げられる。事実関係はわからないが、判旨には「善意の第三者とは詐欺の情を知らず善意を以て新たに権利を取得したる」者とある。そのため、この事件の、詐欺取消しによって抵当権の登記が消滅し抵当権の順位が繰り上がった者は、第三者には含まれないということになる。通説もこれにならい「**詐欺による意思表示あることを知らずしてこれについて法律上の利害関係を成立せしめたる第三者**」とした（鳩山）。

また、この96条3項でいう第三者は、**取消し前に法律関係に入った者**とされている。

2つ目の要件である善意についてであるが、これは法律関係に入る時点での、詐欺の有無に関する主観面である。なお、四宮などは、96条3項は表見法理の一環を成す、と考え、94条2項の場合と同様、無過失を要求すべきと主張している。94条2項が心裡留保などに類推適用される場合には第三者に善意無過失を要求するのに、詐欺の場合には第三者は有過失でもよいというのは、フェアではない。こうした問題意識は改正民法できちんと反映され、第三者が保護されるには無過失であることも必要となった。

### ＜不動産の登記の要否、第三者と表意者の関係＞

最後に、善意の第三者保護との関連で問題となるのが、不動産登記の要否である。ここでの問題は、不動産が真の権利者から詐欺により相手方の元へと渡り、善意の第三者がそれを取得した場合に、その所有権は第三者・表意者の登記があるか否かにより左右されるのか、ということである。伝統的な理解は、取消し前と取消し後で分けたうえで表意者と第三者の登記具備の要否を各々考えてきた。ここでも、伝統的な学説と判例に沿い、第三者が取消し前に法律関係に入ったか、取消し後に法律関係に入ったか、で分けて考えることにしよう。

なぜ取消しの前後で場合わけをするのかというと、96条3項での「第三者」は、先にも説明したが、取消し前に利害関係を既に有していて、表意者が取消しを対抗できないような第三者であって、取消しした後に法律関係に入ってきた第三者については規定していないからである。しかし、94条2項類推適用の部分でも触れたように、登記には公信力がない。そのため、登記を信頼した第三者が保護されない可能性が出てくる。そこで、詐欺取消し後の第三者を保護する法律構成を考えなくてはならなくなるのである。

まず、表意者が取消しをする前に、第三者が法律関係に入った場合の扱いについて考える。このような場合、表意者、第三者は、それぞれ権利を主張するため登記を備えていなければならないのであろうか。

そもそも、取消し前と取消し後で分けて考えるべきことは、我妻が主張したものである。それ以前の判例である大判昭和4年2月20日は、強迫による取消し前の第三者のケースであったが、判決では**取消し前と後とにかかわらず、表意者が登記のない第三者に対抗するために登記は不要である**、とされた。これに対し、この後に我妻が確立した通説は、強迫の取消し前に法律関係に入った第三者には、その者の登記がない限り、無条件に対抗できる、とした。これは逆に言えば、**第三者は対抗要件を備える必要がある**ことを意味する。

表意者が（詐欺の場合善意でない）第三者に対抗するために登記が不要であるということには問題がなかったが、第三者が権利を主張するために登記が必要か否かについては、議論がある。96条3項によれば、そもそも詐欺取消しは善意の第三者に対抗できないのであるから、その場合の契約は有効であり、両者は前主後主の関係でしかないことになり、登記を要求する必要はないようにも思える。この登記不要説と必要説の対立が問題となったのが、最判昭和49年9月26日判決であった。それによれば「必ずしも、所有権その他の物権の転得者で、かつ、これにつき対抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い」という。この判旨を単純に解釈すれば、この判例は第三者登記不要説に立脚していると判断できなくはない。しかし、このケースの特殊性（説明は省略する）を鑑み、その判決では必要説が採られていると解釈する学説も少なくはない。

その中で特に注目に値するのが、須永醇による「**権利保護要件としての登記**」説である。これは、登記必要説の流れを汲みつつ、第三者に要求される登記の意味付け・根拠づけが、二重譲渡に代表される純粋な対抗問題におけるそれとは異なる、とする説である。二重譲渡においては、表意者と第三者は対等な自由競争関係にある。だからこそ、先に登記を備えた方がその権利を有する、という早い者勝ちのルールが適用し得るのである。しかし、詐欺にあった表意者と第三者はそうではない。そのため、単純に177条を適用するわけにはいかないのである。とはいえ、被害者の利益を犠牲にするわけであるから、不動産というものの重要性を考慮すれば、第三者が善意ならば自動的に第三者を保護する、というのは、あまり望ましいものではない。そこで、**第三者がどれだけ利害関係を有しているか、ということ**を判断するための標識として、**すなわちそれを持っていれば保護に値するものであることを示すものとして、第三者に登記を求めるのがよい**。これは対抗問題としてこの問題を捉える通説が揺らいでいた（後述）時期に登場したものであり、強い支持を集めるものであった。確かに、虚偽表示よりも本人の帰責性の少ない詐欺の場合においては、前主後主のロジックによって対抗要件を不要とする虚偽表示と全く同じやり方を用いるのは不当かもしれない。

次に、取消し後の表意者と第三者の関係について考えることとしよう。**我妻**は、取消し後も取消し前と同様に表意者に登記は不要であるとした昭和4年判決を批判、両者の関係を**対抗問題として捉えるべきことを説いた**。というのも、自分が詐欺（or 強迫）のためにした意思表示を取り消す前に第三者に土地を取られてしまった場合の表意者は可哀想であるが、取り消した後第三者が登記を移したとしても、**さっさと手続きをすませればよかったのであって**、本人の帰責性が大きいからである。実際、大判昭和17年9月30日判決は、昭和4年判決と異なり、**表意者にも登記を要求する考え方（対抗問題構成説）**を採用した。対抗問題と捉えるロジックとは、**177条を適用する次のようなものである**。取消しうる行為は、取り消されるまでは有効であるから、取消し前まで権利は相手方にある。表意者の取消し後、登記を移す前に第三者が当該目的物を取得したとしても、登記が相手方にある限り、相手方を起点とする一種の二重譲渡が存在すると見ることができる。ゆえに、対抗関係が成立しているといえ、177条を適用すべきと言える。これは、長らくの通説の地位を占めた。

しかし、取消し後の扱いについては、議論が続いた。原島重義は、対抗問題構成説に対し、次のような指摘をした。対抗問題と捉えることは、第三者が法律関係に入ったのが取消し後であることと直接的な関係があるわけではないから、このアプローチを取消し後のケースに限定するのはおかしい。また、取消しは本来取消し権者の保護が目的であり、取引安全を顧慮したものではないから、第三者が善意であるか否かによって判断すれば足りる、とした（無権利構成説）。

こうした問題意識の下、取消し後に第三者が法律関係に入った場合に、表意者に対し登記を要求する構成を、**幾代**は対抗問題としてではなく、**虚偽表示に準ずる容態**として捉えた。取消権を行使すれば、被詐欺者はその原因から自由になるのであるから、他人を惑わし得る外形を放置するということは、不作為によって虚偽の概観を作り出すことと同じと言える、というのがその理由である。そこで、詐欺の取消し後に法律関係に入った第三者の保護は、対抗問題の論理を用いるのではなく、**94条2項類推適用**の余地を認めることによりすればよい、という結論に至るのである。

他方で、**広中俊雄**は、**詐欺の取消しの前であっても後であっても、第三者と表意者は対抗関係にある**、という原島の指摘を正面から認めた。広中は、次のことを留意すべきとする。まず、対抗問題構成説において問題とされる第三者の悪意や重過失（対抗問題構成では専ら早い者勝ちのルールが適用されるので、早い者勝ちで権利を手にした者が詐欺の事実を知っていた場合に、被害者を犠牲にすべきかという問題が生じる）については、信義則違反として処理すればよいこと。次に、取消し直後でまだ登記回復ができない状況において早い者勝ちを認めるのは表意者にとってフェアではないから、表意者が取消し後にできるだけのこと（仮処分など）をした場合は、取消し後の第三者に対抗できるとすべきであること、である。

これに対し、松尾弘は、96条3項が保護されるべき第三者の要件を明確に定めていないことを批判した上で、次のように問題を整理した。まず、取消しの効果とは、詐欺によって起きた相手方との物権変動を逆に行う、債権的構成である。そして96条3項はこの債権的構成が適用されない例外規定であって、原則的には表意者への権利復帰は認められていると言えるから、これ（取消し前の関係）を対抗関係と解釈するのはおかしい。さらに、詐欺取消しをそのような債権的構成に解すれば、取消し前後による本質的な違いはないはずであるから、後に法律関係に入ってくる第三者も、96条3項を適用してしまっても問題ないのではないか、と。

以上が詐欺取消しと対抗問題の関係についての学説の展開である。内田によれば、詐欺の取消しに関する第三者保護において、対抗問題構成説は時代遅れの理論であり、94条2項適用説が妥当である。また、取消し前の第三者に登記の具備を要求することを権利保護資格要件として捉える説は広く支持されているという。

試験に出すにはあまりにも複雑である気もするが、やっておいてもよいかもしれない。

## 5. 強迫（96条）

強迫に関する規定は、詐欺と同じ96条（1項）にある。強迫については特に詳しく解説することがないので、かいつまんで説明する。

強迫には、意思の欠缺と自由の欠缺があると理解されていた（これによって大きな差が生まれるわけではない）。

要件は、「強迫による意思表示」があることである。鳩山説（通説）によれば、次の4つの要件が必要であるとされる。①畏怖の惹起、②強迫行為、③畏怖と意思表示の因果関係、④故意、である。②の強迫行為は、その目的・手段の少なくとも一方に違法性が認められることを要する（そのため、時代とともに変わる）。④の故意は、詐欺同様二重の故意である。

判例（最判昭和33年7月1日）は、上の要件論をさらに詳しく定めた。それによると、何が重大な害悪であるかは客観的に判断すべきものではなく、表意者が畏怖し、それにより意思表示をしたという因果関係が主観的に認められればよい、という。さらに、意思の自由を完全に失うことを要求していない（それは当然無効であって、最早96条適用の場面とは言えない）ことにも注意すればよいだろう。

事業者による消費者への押し売り被害などの問題が増えるに従い、こうした厳格な要件を満たすことを求める民法の規定に代わる、立法による対処が必要とされるに至った。その結果、平成12年に消費者契約法が成立、不退去（家から帰ってくれない訪問販売）や監禁（買うまで帰らせてくれない）といった形で、消費者に「困惑」を生じさせた場合に、その意思表示を取消することができることが定められた。

強迫の効果は、意思表示の取消しである。なお、善意の第三者がいる場合でも、詐欺とは異なり、真の権利者はその権利を対抗できる（96条3項の反対解釈）。強迫の方が帰責性が少ないからであろう。



## 第7章 法律行為の内容規制

第7章は意思表示の次の節である代理に入るかと思いきや、法律行為概説で一瞬触れたか触れていないかわからない、公序良俗論について触れる。たった90条だけの規定であり、また例によって内田民法はあまりきっちりと触れていないところであるが、民法第1部はそんなに生ぬるくない。

第5章でやった私的自治原則（契約自由原則）を覚えているだろうか。契約を初め、法律行為は自由に行われるべきだ、という考えである。しかし、だからといってどんな法律行為でも許されるわけではない。その内容には、一定の制限がある。では、どのようにして法律行為の内容は規制されるのであろうか。それは、社会的妥当性と適法性の基準である。

### 1. 公序良俗（社会的妥当性）

**公序良俗に反する事項を目的とする法律行為**は、無効である。この要件たる「公序良俗」の意味、「動機の不法」の扱い、公序良俗の位置付け、我妻による判例の類型化、について順番に見ていくことにしよう。

#### a. 「公序良俗」の意味

そもそも、公序良俗とは何であろうか。これは「公の秩序又は善良の風俗」を略したものである。とはいえ、何がこれに当たるのかはさっぱり不明である（こうした漠然とした要件のある規定を、信義則や権力乱用の禁止とともに一般条項と呼ぶことがある）。

少々蛇足だが、民法と同時期に編纂された法例（通則法）では、「公の秩序または善良の風俗に関する法律に抵触し、又はその適用を免れんとする合意又は行為は不成立とする」（15条）とされた。これに対し、民法の規定は「公序良俗に反する事項を目的とする行為」の無効である。この違いは、法例が「法律違反」という文言を用いたために、成文法に限定されてしまうと考えられたためである。何が無効となるべき公序良俗違反かを定めることは難しいし、慣習法とて完全とは言えない。そこで、法例の厳格な要件とは対照的に、民法起草者は裁判官に丸投げすることにしたのであった。

初期に提起された論点としては、この「公の秩序」と「善良の風俗」の区別である。梅ら起草者はここにあまり重きを置かなかった。善良の風俗（社会道德）に反しているだけではやはり不十分である、という理解があったようだが、梅は単に「外国に倣」ってこの文言を入れた、と言っているし、富井も善良の風俗に違反するものは、そのことによって間接的に公の秩序に違反していなければならない、という説明をしている。

#### b. 法律行為の目的に関する要件としての社会的妥当性と動機の不法

90条の反対解釈から明らかであるが、法律行為は、その目的が公序良俗に反しないことを要件としている。目的が公序良俗に反しないとは、その目的が社会的妥当性を持つということである。この他、法律行為の一般的な有効要件としては、内容の適法性、確定性、実現可能性などとされる。

ここで問題となるのは、法律行為の動機（縁由）が反社会的である場合、法律行為は無効となるか否か、ということである。動機と目的はほとんど同じようなものであるが、法律の

世界では、動機は、表示されない限り決して知ることができないものと考えられる。これが公序良俗に反するとは、例えば人を殺そうと思って西友でナイフを買うようなことを意味する。富井は、これが法律行為の内容を構成する場合は例外的に無効とする、という言い方をしたが、我妻は、むしろ**表示されない場合を例外として扱うべきで、本来は動機の不法も無効の理由とすべき**であるとした。

動機の不法による法律行為は、判例では緩く解されている。大判昭和13年3月30日は、賭博で負けた者の債務の弁済のために、金銭消費貸借契約を結んだものであるが、直接的な動機がなかったのにもかかわらず、将来的に賭博を行うことを容易にさせるものであるという理由で、無効と判示した。

#### c. 公序良俗規範の位置づけ

公序良俗規範は、本質的に私的自治原則あるいは契約自由原則と相いれないものである。そこで、公序良俗規範は、私的自治原則（契約自由原則）の例外として存在するのか、それとも公序良俗規範が前提であって、私的自治原則（契約自由原則）はその限りで認められる相対的なもののなのか、ということが問題とされた。

末川博や我妻は、個人の自由な権利義務関係の創出は、公序良俗規範によってなる全法律システムの中においてのみ成立するものである、とし、後者の立場を取った。

これに対し、山本敬三は次のような指摘をしている。我妻の立場は「協同体主義」に立つ自由観を基にしている（これは法律行為概説でも扱った通りである）。これは、資本主義の発達に伴って拡大した貧富の差の元凶としての自由主義に対する問題意識を反映したものである。しかし、私的自治原則は、憲法13条にも反映される「自分の生活空間を主体的に形成する自由」によって保障されるものであり、契約自由原則は制度的行為としての契約について私的自治原則を制度化したものであって、契約自由も同様に侵害されてはならない基本権である。そのため、公序良俗規範に従って裁判所がこの基本権を制限し得る根拠とは、立法を尊重する義務か、または基本権を侵害から守る憲法的公序の要請にのみ求められるはずである、と。わかりやすく言えば、契約の自由は、私的自治原則によって裏付けられ、憲法にその根拠を求めることができる重要な基本権であって、我妻の言うような時代遅れの概念ではない、その基本権たる契約の自由を、裁判所が公序良俗規範という基準によって制限することが許されるのは、①立法に従わねばならないという裁判所の基本的な原理と、②基本権を守らねばならないとする憲法的要請のみが根拠である、ということである。

こうした意識は、公序良俗規範を次の4つに分ける山本の類型論の根拠となる。それによれば、公序良俗規範は、「裁判型—政策実現型公序良俗」「裁判型—基本権保護型公序良俗」「法令型—政策実現型公序良俗」「法令型—基本権保護型公序良俗」に分類される。法令型と裁判型の違いは、上記の①・②のいずれに契約自由の制限の主体があるか、という形式的な違いである。これに対し、政策実現型と基本権保護型は、実質においてその制限がいかなる役割を持つかというものである。そして、この分類によって取るべき構成は異なるはずで、我妻による類型論は不十分である、とした。

#### d. 我妻による判例類型化

そこでまず、我妻が提示した判例の類型論について見てみたい。我妻は、公序良俗を次の7つに分類した。

- ① 人倫に反するもの
- ② 正義の観念に反するもの
- ③ 他人の無思慮・窮迫に乗じての不当の利を博する行為（暴利行為）
- ④ 個人の自由を極度に制限するもの
- ⑤ 営業自由の制限
- ⑥ 生存の基礎たる財産を処分すること
- ⑦ 著しく射倖的なもの

である。それぞれ判例を紹介していこう。

##### <① 人倫に反するもの>

大判昭和18年3月19日と最判昭和61年11月20日が、これに当たるものであるが、これらはいずれも、遺言者である男性の愛人に対して遺産を贈与する、という遺言の効力が争われたケースであった。

前者は、同棲の条件として遺贈をするという契約であり、公序良俗違反で無効とされた。これに対し、後者は、男女は半同棲の関係にはあったものの、遺産贈与はもっぱら金銭的に男性に依存していた女性の生活の保全のためであり、かつ相続人らの生活を脅かすものでなかったことから、遺言は有効である、と判示された。

このような婚姻秩序や性道徳に反する契約がこのカテゴリに入るわけであるが、性道徳などは時代とともに変わるものであることには注意が必要である。

##### <② 正義の観念に反するもの>

犯罪や、その他不正行為を勧誘したり、それに加担したりする契約は、無効である。民事事件の訴を有利に導くため不正な告訴をなす委任を受けて成功報酬を約束する契約（大判昭和15年8月7日）も同様に無効とされた。

また、不法な行為をしないことを条件とする法律行為も、無効である（132条後段）。

##### <③ 他人の無思慮・窮迫に乗じての不当の利を博する行為（暴利行為）>

他人の窮迫、軽率さ・無経験さに付け込んだりして不当に利益を得ることを、暴利行為という。自由放任主義の限界を指摘する我妻は、こうした暴利行為に対処してゆくべきことを説いている。

判例としては大判昭和9年5月1日がある。これは、貸金債務が弁済されない場合には、貸金の約2倍になる保険の解約返戻金を債務の弁済に充てる旨の特約を無効としたものであった。

##### <④ 個人の自由を極度に制限するもの>

経済格差が広まるにしたがって、個人の意思の自由を否定しないことには、個人の地位の向上が図れなくなった。最判昭和30年10月7日事件（「前借金無効判決」）が有名である

(1 年の法Ⅰでも扱った)。かつて横行していた、親が借金を弁済するために娘を一定期間売春宿などで働かせる「芸娼妓契約」を無効としたものである。判決以前は、その名目上の稼働契約と金銭消費貸借契約を分けて考えていたが、判決は、これを不可分なものとみなし、人身売買に等しいこの契約が全面的に無効であるとした。

#### ＜⑤ 営業自由の制限＞

我妻は、自由競争を妨げ、進歩発展や一般消費者に害を及ぼすような営業の制限、不競争の契約も無効である、とした（ただし、総合的判断が必要とも言っている）。

#### ＜⑥ 生存の基礎たる財産を処分すること＞

財産は生きてゆく上で欠かせないものであるから、将来取得するだろう財産を全て譲渡してしまうといったことは死ぬようなものであって、許されない。

最判平成 11 年 1 月 29 日では、将来債権譲渡に関して、それが譲渡人の営業活動などに対して著しい制限を加える場合には、公序良俗に反するとする、とした（判例では問題なく将来債権譲渡契約は有効とされた）。

#### ＜⑦ 著しく射倖的なもの＞

上に紹介した賭博のケース（大判昭和 13 年 3 月 30 日）がこれに当たる。なお、これについては、必ずしもお金を貸すことが次の賭博を促すことにはつながらないなどといった批判もある。

こうした我妻による類型論は、その表面的な特徴を捉えたものであって、確かに公序良俗規範がどうあるべきか、という山本の提示した視点からの類型化の姿勢を見てとることはできない。

#### e. 近年の判例の展開

また、公序良俗違反が適用されるような事例自体にも変化が見られる。最近の傾向としては、倫理・道徳的問題から経済活動に関する問題への重点の移行、個人の権利・自由の保護に関する事例の増加、法令違反を加味する判断の増加が見られる。これは、山本の類型論と整合性が取れてもいると考えられる。

最判平成 9 年 9 月 4 日は、損失保証（都市取引で約束した運用利率を達成できなかった場合に、資金運用を任された証券会社が損失を補填するという契約）が価格形成をゆがめるものであり、抑制を求める大蔵省の通達などに反しているとして、公序良俗に違反する、と判示した（法令型一政策実現型公序良俗違反であろう）。

最判平成 23 年 12 月 16 日は、違法建築に関する契約を公序良俗違反としつつ、行政の是正指示や近隣住民の苦情を受け行われた追加工事についての合意は公序良俗に反してはいない、とした。

最判昭和 56 年 3 月 24 日は、日産自動車の定年を男女で分けた就業規則を、個人の平等に対する権利を侵害する公序良俗とし無効とした（裁判所型一基本権保護型公序良俗違反）。なお、これを受け、昭和 60 年には男女雇用機会均等法で定年に関する女性差別を禁止した。蛇足であるが、これは憲法の私人間における間接適用の例としても有名である。



最判平成 16 年 11 月 5 日は、「無所有共有一体社会」を目指す団体（「幸福会ヤマギシ会」）に全財産を出捐（寄付）した団員に対し不当利得返還請求権を認めない団体の約定が、脱退を事実上認めず自由を著しく制約するものとして、公序良俗違反とした（裁判所型—基本権保護型公序良俗違反）。

最判平成 15 年 4 月 18 日は、最判平成 9 年 9 月 4 日と同様損失保証に関するものであるが、同保証契約の締結は、損失保証を反社会性の強い行為みなす社会的認識が存在していたとはいえ、公序良俗違反の判断は法律行為がなされた時点を基準とすべきことから、公序良俗違反はなく、有効である、とした（ただし、保証契約に基づく利益提供の請求については認めなかった）。

#### f. 民法改正

改正民法では、「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為」を無効とする規定から、「事項を目的とする」という文言を省き、「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為」の無効とした。多くの裁判例が、公序良俗に反するか否かの判断を、その目的に限らず、法律行為の行われた過程など様々な事情をするようになったことが理由である。

## 2. 強行規定・任意規定・取締規定の関係（適法性）

91 条には、「法令中の公の秩序又は善良の風俗に関しない規定」については、それと別の意思表示をした場合、それが優先する、としている。この反対解釈から「法令中の公の秩序又は善良の風俗に関する規定」については、別段の意思表示が認められない、ということがわかる。前者を任意規定、後者を強行規定という。上の公序良俗と似ているが、強行規定はあくまで法令中の「規定」であるのに対し、公序良俗は社会道徳や公益などといった抽象的なものであるという違いがある。

#### a. 強行規定と任意規定

強行規定と任意規定の区別は、どのようにされるのであろうか。この判断は容易ではない。

最判平成 11 年 2 月 23 日事件は、組合契約における組合員の脱退の自由を認める 678 条に反し、組合員の任意の脱退を常に許さない約定をしたものを、強行規定違反であるとし、無効とした。しかし、条文にはそれが強行規定なのか任意規定なのか明記されていないことが多い。

一般に、この区別は趣旨を個別に解釈することによってなされるが、総則部分には強行規定が多く、債権法には任意規定が多いとされる。

話は変わるが、強行規定と任意規定の関係で注目されるのが、「**任意規定の半強行規定化**」という考えである。これは、詐欺のところでも触れた、**事業者と消費者の情報の非対称性**の問題に対するひとつのアプローチである。

一般に企業は、不特定多数の消費者と契約を結ぶ際、一から契約書を作る手間を省くため、事前にサインすればすぐ発行できるような契約書を作っておく。これを**約款**というが、普通の消費者には、この約款を一字一句吟味し、ちゃんとリスクをわかった上で同意する能力は

ない。翻って、任意規定というものは、一般的な経済合理的規律として生成されてきたものであり、これから乖離した約款の内容は、しばしば消費者にとって不利になることが多い。そこで、こうした情報の非対称性が存在する場合に、任意規定に強行規定的な効力を認めるべきではないか、あるいは少なくともこれによって秩序付けるべきではないか、という議論がなされてきた。

こうした発想は、古くは我妻の指摘（「両当事者の経済的な力が均衡を失うようになるにしたがって、任意法規が強行法規化する傾向がある」）に見られる。

任意規定による約款の秩序づけ機能の可能性を示唆した者としては、河上正二が有名である。彼は、量的限定性や時間的硬直性を有する任意規定の限界を認めつつ、約款の合理性を判断するための手段として、対応する任意規定との対比が有効なものなのではないか、としている。

実際、最判昭和 62 年 2 月 20 日事件では、自家用自動車保険普通保険約款における規定の解釈として、消費者（保険契約者・被保険者）の事業者（保険者）に対する損害賠償範囲を限定するように判示している。

また、こうした問題意識を受け、**消費者契約法 10 条は、任意規定を適用した場合に比べ、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するような条項の無効を定めた。**これは、事実上任意規定の半強行規定化を採用したと言えよう。最判平成 23 年 3 月 24 日は、賃貸借契約における敷引金の金額が高すぎるとして、消費者契約法 10 条を適用し、その条項を無効とした判例である。

#### b. 取締規定

任意規定とも強行規定とも異なる概念として、取締規定というものがある。取締規定とは、一定の行為を禁止または制限し、その違反に対し刑罰や行政上の不利益を課す規定である。ここでいう行為とは、法律行為（取引行為）だけでなく、事実行為（車の運転など）も含むが、ここでは法律行為に関する内容規制をする強行規定との関係で論じたいので、取引行為に焦点を置いて述べることにする。ここでの問題は、取締規定は強行規定なのか、つまり、取締規定違反は、強行規定違反として扱われるのか、ということである。

取引行為での取締規定違反とは、どのようなものであろうか。わかりやすい例としては、タクシーの営業免許を受けずにタクシー営業をすることを禁ずる道路運送法などがある。こうした規定に違反した場合、多くが行政上の制裁を受ける。しかし、困ったことに、取締規定には私法上の効果についての定めがない。そこで、例えばタクシーの営業免許を受けていない者がタクシー営業をした場合、乗せてもらった客は、その運送契約の無効を主張する、つまり料金支払いを拒否することができるのであろうか、という問題が生じる。

これについて通説となったのが、我妻の唱えた**総合考慮説**である。これによれば、処罰をただけでその効力を認めてしまうと、処罰を恐れずに違法行為をする者が出てくる一方で、その効力を認めなければ、それをいいことに信義則に反して義務を免れようとする者が現れてしまうから（実際には不当利得返還義務がある）、どちらがいいとは言えず、個別の

取締規定について、立法趣旨、違反に対する社会の倫理的非難の程度、一般の取引に及ぼす影響、当事者間の信義・公正などという要素を細かく検討する他ない。

これに関連する判例としては、最判昭和 35 年 3 月 18 日と最判昭和 46 年 4 月 20 日とがある。前者は食品衛生法上知事の許可が必要な食肉販売業を許可なく行い、買主が売買契約の無効を主張して代金支払いを拒んだ事例であり、取引の安全の観点から、売買契約は有効であるとされた。これに対し、後者は弁護士法に違反して非弁護士が委任契約を結んだ事件であるが、ここでも第三者保護のために委任契約は有効であるとした。**判例は、取締規定の違反は強行規定の違反とは別物として扱っているようである**（ただし、公序良俗違反として無効とする余地はある）。

他方で、いわゆる無免許営業型の事案においては、契約の有効と無効を、その履行段階によって分ければよいのではないか、という見解もある。川井健らの**段階履行論**である。これによれば、物資統制法規のような取締規定の趣旨は、問題物資の流通の阻止である。そこで、履行済の場合にはどうしようもないから有効とする他ないが、**双方未履行の場合には無効とし、双方の履行請求を棄却するにすべきではないか**、というものである。この場合、例えば売買契約を前提とすると、売主のみ、あるいは買主のみが履行している段階というのもあり得る。段階履行論によれば、前者の場合は、売主は罰則を受けるが売買契約は有効となり、後者では、売主が罰則を受けるいわれはなく、売買契約は無効、買主は原状回復請求のみ可能である。

最後に、公法と私法の二分論に立って取締規定が司法上の効力に影響しないとする従来の議論の前提自体を批判する経済的公序論（大村敦志）を紹介しておこう。

**経済的公序論**によれば、法令違反行為の効力の文脈で問題とされてきた法令は、取引とは直接関係しない価値を実現するための法令（「警察法令」）から、取引と密接な関係を有する法令（「経済法令」、消費者の保護を目的とする取締規定や独禁法など市場秩序維持を目的とする法律など）へと変わってきている。前者が取引の効力に影響を及ぼすべきではないが、後者の本質を考えれば、むしろ**取引の効力を否定する必要がある場合も出てくる**。そして、そのような場合は 90 条を根拠にして無効とするのがよい、という。

代理。意思表示に並ぶ、あるいは意思表示より重いかもしれない分野である。行為能力や意思表示で既に扱った内容を理解しておくことが望ましい。

この章では、まず「代理によって行われた行為は、誰の行為なのか」という代理の本質論と、「代理行為はどのように行われるか」、「代理権はどのように授与され機能するのか」という代理の基本構造について扱う。次に、代理が原則とは違った形で行われた場合にはどういう扱いをするのか、という問題について学ぶ。試験に出しやすいので、しっかり覚えたい。

## 1. 代理の本質論

### a. 代理の前提

代理は本人に代わって代理人が法律行為を行ってやるというものである。故に、代理人が本人のためにすることを示してした意思表示は、**本人に直接に効力が帰属する**(99 条 1 項)。A にパシリを頼まれた代理人 B が「A 先輩のために昼ごはんを買いにきました！」と言って購買 C で焼きそばパンを買うとき、焼きそばパン売買契約は B と C の間ではなく A と C の間で成立している。

ただし、代理は、本人のために意思表示をしてやる場合には限られない。この**能動代理**に対して、第三者からの意思表示を受けとる**受動代理**がある。この場合でも、第三者が本人のためと示して行えば、本人に効果が帰属する(99 条 2 項)。

**本人に効果が帰属することが認められた範囲で法律行為を行う**、本人が代理人に与える**権能のことを、代理権**という。そして、その代理権に基づいて行われる法律行為を**代理行為**という。本人と代理人の関係は委任契約であることが多い(雇用契約や請負契約、組合契約であってもよい)が、こうした任意の契約の結果成立する代理は**任意代理**と呼ぶ。他方で、成年被後見人や未成年者などに代わって行われる代理も存在する。このような代理は、**法定代理**として区別される。代理人と本人の関係は様々だから、総則には定められていない。

### b. 代理の本質論

代理行為の効果帰属の問題とは別に、代理人の行った意思表示は誰の意思表示か、という問題がある。代理された意思表示が誰の意思表示であるかについては規定が存しないわけであるが、一見代理行為の効果の帰属先が誰かさえ規定されていればよいように思われる。実際、意思の不存在・瑕疵は代理人について決する、という 101 条 1 項があるから、この議論はあまり実質上の問題には影響を及ぼさない。この代理の本質論は、いわば、代理人の行為によって本人に法的効果が発生する根拠をめぐる理論上の問題である。

伝統的理解によれば、この代理の本質論には 3 つの説がある。**代理人行為説**(代表説)、**共同行為説**、**本人行為説**である。起草段階から鳩山の確立した通説に至るまで代理人行為説が採られていたが、ドイツ法学におけるミュラー・フライエンフェルスによる批判を受け、日本民法学においても、代理人行為説の限界が指摘されるようになっていく。しかし、これに代わる統一的な理論が確立されているというわけでもなく、議論の中心は代理に対する態度そのものに移っている。あまり深くは立ち入らず、その流れを見ていくことにしよう。



代理人行為説は、代理人の行う意思表示は代理人の意思表示である、と考える。代理人のした意思表示の効果が本人に帰属するのは、それが代理というものだから、つまり代理制度というものの帰結に過ぎない、という理解である。この説においては、**私的自治原則が考慮されていない**（鳩山は「意思表示を成立せしめたる者についてのみ法律的效果を発生せしむべし」という先天的原則が存在するものにあら」ず、と言っている）。代理行為ではあっても、誰が意思表示を行ったかとその意思表示が誰の者かということに本質的な差異というものはないし、仮に**意思表示が本人のものであるとすれば、使用者との区別ができない上、代理人に意思の欠缺や瑕疵があった場合に、それを本人におけるものとみなすのは不当である、さらに法定代理を説明できない、**というのが、本人行為説を差し置いてこれが通説となったゆえんである。

では、共同行為説、本人行為説とはどのようなものであろうか。まず、共同行為説とは、意思表示が本人の授權行為と代理人による第三者に対する代理行為において、**意思表示が一部ずつなされる、**というものである。とはいえ、代理権を授与することに関しての意思でしかない授權行為を特定の法律行為に対する意思表示であると見るのには無理がある、といえなくもない（法定代理はまさにそうである。勝手に裁判所や法律が決めたに過ぎない）。これに対し、本人行為説は、その名の通り、本人の意思があつてこそ代理人が意思表示をするのだから、その**意思表示は本人のもの**と考えるべし、というものである。この欠点は先に述べた通りである（使用者との区別の難しさなど）。

長らく通説の地位を占めた代理人行為説であったが、これは私的自治原則の再評価（意思主義の復権論の登場）に伴って、次第に批判されてゆく。ミュラー・フライエンフェルスもそのひとりである。意思主義の復権論の立場でこれを説く論者としては、高橋三知雄がいる。とはいえ、彼らは本人行為説を強硬に唱えているわけでは決していない（後述）。

代理人行為説に代わり、伊藤進は共同行為説に近いアプローチを取る。彼の**統一要件論**において重要なのは、成立の経緯や本質が異なる法定代理と任意代理を同様に論じることが不可能である、という要諦である。それを前提としたうえで、統一要件論は、代理の構造を分析し、次のように説く。代理は、代理権授与と代理行為の2つに分けられ、代理権授与はそれ自体法律行為（委任契約など）であるとともに、代理人の代理行為と有機的に結びつくことによって代理の効果を発生させる。いわばこの2つは代理の統一要件なのであって、代理人のする表示行為が代理権の授与と結びつかない使用者とは区別が可能である。先述の焼きそばパン契約で言えば、AがBに対し、「なんか安いもの買って来い」と言って200円を渡すのと、BがCに対し「この焼きそばパン（140円）ください」と言うのは、有機的に結びついている。これに対し、AがBに「焼きそばパン買って来い」と言って、その発言をオウムよろしくCに対して言う場合に、Bは意思表示の中身にかかわらず、専ら表示をするだけであって、そこに一切Bの意思は関与していない（使用者である）。

伊藤は、以上のような構造的な理解が任意代理にのみ当てはまることを理解している。こうした代理の本質論のミュラー・フライエンフェルス以後の議論の特徴として、佐久間は次の

ことを指摘している。すなわち、行為者の確定自体を主眼とせず、代理人行為説のドグマ化、現実の事態や利益状況の相違を捨象した不当な統一理論の確立、そのための任意代理における本人意思の法的考慮の根本的拒絶、具体的な諸問題の代理人行為説からの**演繹的解決の批判**を目的としている。

## 2. 代理の基本構造①「代理行為」

では、まず代理の基本構造を成す要素の 1 つである、代理行為というものについて説明しておこう。初めに問題になるのは、99 条 1・2 項の「本人のためにすることを示す」（**顕名**）という要件についてである。これについて論じたのち、代理行為の瑕疵（101 条）、及び代理人の能力（102 条）について見ることにしよう。

### a. 顕名（本人のためにすることを示すこと）

#### ＜顕名をした場合＞

原則として、代理人が本人のためにする意思を示す（**明示または黙示**）があれば、代理の効果は**本人に帰属**する（99 条 1 項）。逆に言えば、基本的に、代理の要件は顕名である、ということである。

#### ＜顕名をしなかった場合＞

**顕名がなければ「自己のためにしたものとみな」され、効果は代理人に帰属**する（100 条本文）。顕名がない場合に表示されていない効果を生じさせることは、意思表示の原則から言っておかしいが、かといってその法律行為の成立自体を否定すると、相手方（代理関係がないので、「第三者」とは言わない）に不測の損害を与えることになるから、顕名を怠った代理人にその責めを負わず、というわけである。

とはいえ、顕名がなくても、本人のためにすることについて**相手方が悪意または有過失であれば、顕名があったものと同様に扱われる**（100 条但し書き）。

ただし、商行為における代理は別である。商法の話になるが、商法 504 条は「商行為の代理人が本人のためにすることを示さないでこれをした場合であっても、その行為は、本人に対してその効力を生ずる」とし、**原則として非顕名主義**を取る。簡便迅速を尊ぶ商取引において、顕名を必要とすることは望ましくないし、顕名をすると却って不都合なこともあるからである。なお、但し書きには例外として「相手方が、代理人が本人のためにすることを知らなかったときは、代理人に対して履行の請求をすることを妨げない」、つまり、**代理について善意の相手方は、代理人に対して履行請求を行うことができる**、ということである。この商法の規定については、顕名主義に立つ富井と、漸進的な非顕名主義を採った梅の間で評価が分かれた。

#### ＜本人を名乗った場合（署名代理）＞

署名代理とは、代理人の氏名を出さず、直接本人の名で契約を結ぶ代理行為である。一見無権代理のようにも見えるが、ここでいう代理人とは有権代理人のことである。この場合、原則として、**代理は有効**である。よくある例としては、法人の代表（代理人）が法律行為を

するようなときに、自分の名前を出さず、法人名義の印鑑を押す、というような場合である。判例としては、代理人が自己の名を出さずに本人の名で為替手形の引き受けをしたものが有効と認められた大判大正4年10月30日がある。

#### b. 代理行為の瑕疵

さて、次は代理行為に瑕疵があった場合について見てみよう。意思表示の効力が、意思の欠缺や詐欺・強迫、ある事情を知っていたこと（悪意）やそのことに過失があることにより影響を受ける場合、その事実は本人ではなく代理人について決する（101条1項）。これに対し、特定の法律行為を本人が委託し、その指図に従い代理人が法律行為を行った場合には、本人は自ら知っていた（あるいは知ることができた）事情について、代理人が知らなかったことを主張することができない（2項）。1項は、**意思表示に瑕疵があるかどうかや、善意悪意については、代理人を基準に考える**、ということである。意思表示は代理人がなすものであるという代理人行為説を念頭に置けば、当然のことだろう。逆に2項は、代理人行為説からは導き出せない、本人の主観的態様の影響について定めている（後述＜佐久間説＞）。

とはいえ、この条文はあまりわかりやすくなく、該当するケースが様々である。そこで、まず、各々のケースに関する通説・判例の確立について見てみることにする。次に、これらに対する批判を展開する学説（佐久間説）と、それを受けた民法改正について触れる。

#### ＜代理人の悪意・有過失＞

代理人の悪意や有過失が問題になるケースというものは非常に多い。例としては、他人物売買における売主の担保責任を問う場合、買主として損害賠償請求することができるか（561条後段、なお解除権は善意悪意にかかわらずある）、動産を占有し始めた場合、即時取得が成立するかどうか（192条）、虚偽表示における目的物の譲受人であるときに、真の権利者に対抗できるかどうか（94条2項）、心裡留保がある場合、表意者はその無効を主張できるか否か（93条）、詐欺による目的物の譲受人であるときに、真の権利者は詐欺取消しを対抗できるか否か（96条3項）などである。これを決めるのは代理人の善意悪意である。

最判昭和47年11月21日は即時取得についての事例である。会社Yが会社Aに対して共同住宅の新築に伴うエアコンの設置を請け負わせ、Aがエアコンを会社Xから購入した際に、AとXがその売買契約でエアコンの代金が支払われるまでエアコンの所有権はXにあるとしたところ、AがXに代金を払う前にYに共同住宅が引き渡されてしまったため、エアコンの所有権の所在が争われたものである。原審は、Yの代表取締役Bの善意無過失を理由にYの即時取得を認定し、Xの賠償請求を棄却した。これに対し、最高裁は実質上誰によって取引が行われたかによって判断すべきであるとし、Yの専務取締役であり、Aの代表取締役でもあったCがYの代理人として行動していた可能性を指摘して、Cの善意無過失の審理が必要であるとした。

#### ＜相手方からの代理人に対する詐欺・代理人による相手方への詐欺＞

代理人が詐欺にあった場合に、その意思表示が取り消されるのは、101条1項からして言うまでもない帰結である。

では、代理人が詐欺を行った場合、相手方の取消しは、それを本人が把握しているか否かによって左右されることはあるのであろうか。

結論から言えば、代理人の詐欺に対して、相手方は本人の善意悪意によらず取り消せる。ただし、法律構成については古い判例と通説は異なる。大判明治 39 年 3 月 31 日判決は、詐欺の有無は代理人について定めるものである、という理由で取消しを認めた（101 条 1 項を適用した）。これに対して、通説は、そもそも 101 条 1 項は代理人に対する詐欺について定めたものであって、101 条 1 項の適用はできないとした上で、代理人による詐欺は 96 条 2 項の適用されるべき「第三者による詐欺」にも当たらず、本人が代理人の法律行為による利・不利を受けるのは当然である、という理由で、本人の善意悪意・過失の有無に関係なく取消し可能であるとした（本人による詐欺とみなしたのと同じようなものである）。

＜代理人の意思の不存在・本人の善意悪意＞

代理人に錯誤があったり、代理人が虚偽表示を行ったりした場合は無効、代理人において心裡留保があった場合は有効である（例外は逆である）。

ただし、**錯誤について、問題となる事情を本人が知っていた場合、無効を主張することはできないと解されている。**

＜法律行為の委託と本人の指図＞

2 項の要件論についてである。2 項では、「**特定の法律行為をすることを委託された場合**」において、代理人が「**本人の指図に従って**」その法律行為をしたとき、ある事情について、**本人が悪意・有過失であれば、それについての代理人の善意を主張することはできない、と定められている。**しかし、この要件は学説・判例によって広く解釈されてゆくことになる。

大判明治 41 年 6 月 10 日判決は、後者の要件、すなわち代理人が「本人の指図に従」うことを必ずしも要しない、とした。同様に、鳩山も、法文からは 2 要件が導き出されるのは明らかであるが、立法の趣旨を考慮すれば、**法律行為の具体的な内容において問題となった事情が本人の意思に基づいていれば十分であって、指図を受けるという要件は不要である、とした。**

これに対し、中島は 1 つ目の要件の必要性にも疑問を投げかけ、概括的委任の場合でも、指図があればよい、つまり**要件は片方で十分とした。**

大西耕三は、**代理人が特定の行為をしようとしていることを本人が知っており、これに異議を申し出る機会があったに関わらずそれを怠った場合でも、101 条 2 項は適用すべきである、とした。**

四宮は、さらに法文に固執せず「**本人が代理人をコントロールしうる可能性さえ存すれば足りるのではないか**」という主張をした。したがって、代理人が売買契約を結んだ相手方が目的物の所有者でないことを本人がたまたま知っており、事前に止めることができたのに、そうしなかった場合には、担保責任に対する損害賠償を認めなくてよいし、代理人が取引において要素の錯誤に陥っており、本人が代理人に指示をすることができたのにしなかった場合には、**錯誤無効を認めない、ということになる。**



### ＜佐久間説＞

このように、101条2項の法文は、かなり問題を抱えるものであった。上記のような拡張解釈がなされる状態を踏まえ、佐久間はまず、代理人行為説の限界を見出す（**代理人による代理行為が代理人の意思表示であるとするならば、本人の主観的態様を考慮すべき余地はないはずである**）。その上で、佐久間はなぜ本人の悪意・過失が考慮されうるのか、そしてそれがどのような帰結を生むのか、について論じる。

まず、佐久間は、101条が**意思欠缺の問題**（本人に意思の欠缺や瑕疵がある場合）と**悪意の帰責の問題**（本人が悪意または有過失であるために、本来認められ得た有利な法律効果が認められなくなる場合）の2つに関わっていることを指摘し、これが任意代理のみの問題であることを述べている。

続いて、意思欠缺の問題は、該当するケースが多様であるため、その事態についての規定の趣旨及び現実の事態の特性に照らして判断し、法律構成をすべきである（例えば、詐欺に遭った場合、代理権授与行為を取り消すには代理人の悪意または有過失を必要とするので、代理行為について本人が取消し権を有するとする、とした方がよい）ことを説く。

これに対し、悪意の帰責の問題については、次のような理論的説明をしている。佐久間によれば、そもそも法律行為によって法律関係を形成する者は、自己の利益を守るためには、法律行為の締結に際して、そのために必要となる適切な措置、すなわち**自己保護措置をとることが必要である**。そして、法律行為を委託する以上、任意代理においては、その自己保護措置を代理人に委ねているということになる。これは2つの帰結を生む。まず、101条1項にある通り、代理人の悪意が本人の法律関係に影響を与えることになる。次に、本人が自己保護措置を講じる事実的可能性があるとき（まだ代理人が法律行為をしていないとき）は、101条2項の定める範囲に限らず、自身の悪意を帰責されるべきなのである（四宮説）。

### ＜民法改正＞

このような議論状況を踏まえ、改正民法には次のような変更が加えられた。

まず、直接は関係ないが、錯誤は意思の不存在とは区別されている（これは動機の錯誤を要素の錯誤として認める改正に伴ったものであろう）。

また、改正民法101条の大きな特徴としては、2項の新設がある。現行民法では意思表示が誰から誰の者なのかは明記されていなかった（上で触れた通り、代理人が相手方に対してした意思表示のことであると解されていた）。これに対し、改正民法101条2項は、相手方が代理人に対してした意思表示（つまり受動代理）の場合について、その効力について悪意・有過失が影響する場合は、代理人を基準とすることが規定された。

最後に、現行民法101条2項は3項に移動し、「特定の法律行為をすることを委託された代理人がその行為をしたとき、本人は自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない（過失も同様）」と改められた。中間試案では、「特定の法律行為の委託」という要件は採用されておらず、「代理人に告げることが相当であった」事情を告げていなかった場合、としたが、こちらの変更は実現しなかった。

### c. 代理人の能力

最後に、一定の法律効果をもたらす代理行為をする能力（資格）について考えよう。

102 条によれば、代理人は行為能力者でなくてもよい。理由は、代理行為の効果を受ける者は本人であって、**保護の必要な制限行為能力者ではないから**である。

とはいえ、代理人に対して利益・不利益からというだけで認めるのは、論理の飛躍である。これと絡んでくるのが、代理の本質論である。伊藤は、行為能力の制限が、判断能力のない者の行為は完全に有効な法律効果を生じないものとする制度である以上、代理による意思表示を代理人の効果意思と見る代理人行為説によれば、代理行為の効果は完全であるとは言えないはずであるから、102 条と矛盾をきたす。そこで、伊藤は、**法定代理については、代理人ではなく本人の意思であると考え**るべきである、とした。

平成 11 年改正によって、102 条は改正の必要が生じた。法定代理人になることができる者は配偶者だけであったが、これがかなり拡大された結果、制限行為能力者も法定代理人になることができるようになったのである。この結果、**制限行為能力者が法定代理人となった場合に、その制限行為能力者の判断能力の不十分さにより生じる危険を、本人がそのまま負担せざるを得なくなった**。これは本人保護という制限行為能力制度の趣旨に反するものである。また、任意代理の場合その責任を本人に帰することは可能であるが（そもそも制限行為能力者を代理人に選ぶ危険を冒した自分が悪い）、法定代理の場合は、勝手に裁判所が代理人選んでくるものであって、本人のせいではないはずである。さらに、代理権の消滅は後見開始の審判によって消滅するものである（111 条 1 項）が、子が生まれたときから親が成年被後見人であった場合にはそれが適用されるわけではないから、その危険を子が負担することになってしまう。

このため、102 条は、本文で制限行為能力者による代理行為の取消しを不可とした上で、**但し書きによって、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為は、行為能力の制限を理由に取り消すことができる、と改正された**。さらに、これと関連して、改正民法 13 条 10 号は、被保佐人が法定代理人としてする行為について、保佐人の同意を必要とする、とした。また、改正民法 120 条 1 項かつこ書きでは、制限行為能力者が法定代理人として行った行為について、その法律行為の本人となる制限行為能力者は、取消し権を有する、とされた。

## 3. 代理の基本構造②「代理権」

代理人と相手方の関係である代理行為がどのように機能するかを把握したので、今度はいかにして代理人は代理権というものを手にし、失うのか、代理権の範囲はどのように決定されるのか、などといったことについて考えてみよう。

### a. 代理権の発生原因

代理権は、当たり前だが法定代理と任意代理でその発生原因が異なる。前者は法律の規定、後者は代理権授与行為である。

代理権授与行為をどのように理解するかについては、少し議論があった（追記：期末試験で出題されました）。授權行為を単独行為と見て、委任契約とは全く性質の異なるものだとする立場（**単独行為説**）、授權行為は委任契約によって生じるものであるとする立場（**委任契約説**）、代理権授与は単独行為ではないが、委任契約とは異なり、代理権を発生させることを専ら目的とする契約であるとする立場（**無名契約説**）がある。論者はそれぞれ、富井、梅、鳩山である。例によって鳩山説が通説となった。

各々の論者の言い分は、次のようなものである。まず、富井は、授權行為とは権能を相手に与えるものであって、相手に義務を課すものではないから、委任契約とは異なるし、単独行為と見るのがドイツ民法などとも整合している、と主張した。これに対し、代理とは権利義務関係を規定するものであるから、契約として捉えるべきであり、その実態は委任契約に等しい、と見るのが梅の主張である。鳩山は両説の折衷案と言ったところであろう。

#### b. 代理権の範囲

法定代理の場合は、代理権の範囲についても法律で定められている。3章を参照されたい。

任意代理の場合は各々の契約によるが、その契約で権限の定め（どこまで代理行為として行ってよいかの限定）が明らかになっていない場合もあり得る。このとき、代理人の代理権の範囲は、103条によって定められている。これによれば、**保存行為**（1号）と**利用・改良行為**（2号）のみ許されている。これらは合わせて管理行為と呼ばれることもあり（旧民法）、処分行為と対置されるものであるが、管理行為という語の漠然さから、あえてこの語を用いなかったという。

#### c. 代理権の制限

代理権の行使において、禁止されていることがある。①自己取引及び②双方代理である（108条）。①の**自己取引**は、**相手方が代理人となって、本人に代わって自分と契約を結ぶ**ことである。この場合、本人の利益が損なわれる恐れがある。これに対して、②の**双方代理**とは、**本人と相手方の双方の代理人となって契約を結ぶ**ことである。この場合も、どちらか一方に不利な契約が結ばれる可能性がある。これらの場合、**当然に無効になるのではなく、無権代理として扱われる**。そのため、本人が追認した場合には有効となる。

追認した場合に加えて、この例外とされるのは、**債務の履行と、本人のあらかじめの許諾がある場合**である。履行段階においては、債務の内容は既に決まっている。だから、本人に不利になりようがないのである。許諾があるときも同様である（双方代理の場合は、双方の許諾が必要。大判大正12年11月26日。平成16年改正で追加された）。

これに対して、形式的には自己取引・双方代理以外の場合に当てはまらなくても、同条の趣旨に照らして、代理を認めるべきではないような場合もある。そもそも108条の趣旨は、本人にとって不利な代理行為を防ぐことにある。こうした行為を**利益相反行為**という。

法定代理における利益相反行為は、個別の規定によって禁じられている（親権者（826条1項）、成年後見人（860条本文）、保佐人（876条の2第3項本文）、補助人（876条の7第3項本文））。

任意代理における利益相反行為の禁止は、現行民法では定められていない。しかし、この趣旨を援用する判例はある。大判昭和7年6月6日などがそれである。これは、借家人が家屋の賃貸借契約を結ぶ際に、家主との間で紛争が生じた場合には家主に借家人の代理人を選任することを予め委任する（白紙委任）旨の契約を結んでいたものであるが、これでは家主が都合のよいように代理人を選べてしまうわけで、実質的には自己取引と異ならない。こうした場合に、108条は広く援用されてきた。

改正民法では、まず、**自己取引・双方代理の効果が無権代理の擬制であることを明記した**。さらに、**2項に利益相反行為の禁止とその例外（本人のあらかじめの許諾）**が規定された。

#### d. 復代理

本人が代理人に授与した代理権は、代理人が執行してくれると思って授与されたものであるから、勝手にその代理権を代理人でない人が行使するのは許されない。とはいえ、その代理権を他の人に任せる必要がある場合というのもあり得る。そこで、民法では、代理人が代理行為を他人に代理させる制度、復代理について定めている。要件と効果について順番に見ていこう。

##### <要件と復代理禁止原則>

復代理は意外と簡単そうに見えて複雑である。104条から107条までと規定が多いことから、その面倒くさは推測される。任意代理と法定代理では要件が異なるので、分けて考えることにする。

まずは任意代理について見ておこう。民法では、復代理は原則禁止であり、本人の許諾を得たとき、またはやむを得ない事由があるときにのみ例外として認められる、という書き方をされている。こうした復代理に対する否定的な姿勢は、ドイツ民法に近く、フランス民法やその影響下で書かれた旧民法の原則肯定的な姿勢とは対照的である。

起草段階では、梅のように、社会の発展に伴って利便性の高い復代理の必要性も高まるであろうとする者もあったが、**代理は本人の代理人に対する信頼によるものである以上、本人が適任と認める者に限ることは当然のことである**（やむを得ない場合、例えば病気のような場合にはたいてい許諾してくれるであろう）、と考えられていた。

通説（鳩山説）も同様（というかより強硬）である。鳩山は、代理権の範囲というものは一般的に広くはなく、辞任することもできるのだから、代理行為ができないのであれば辞任をする方が正当だと主張した。それに加え、「やむを得ない場合」を、本人の所在が不明で、許諾を得ることもできないような場合だとし、かなり**限定的な理解**をしていた。

この理解は、その後の立法にも表れている。信託法28条の条文はこれにそっくりである。

これに対し、山本敬三は、日本民法がドイツ民法の復代理禁止原則を踏襲したかのように見えて、独自の発展を遂げたことを指摘している。山本によれば、ドイツ民法第1草案では確かに委任契約に復代理禁止原則を適用していたが、第2草案以降、ドイツ民法では委任は無償のものに限定され、有償の事務処理契約には復代理禁止原則を適用しなくなったという。



では、法定代理における復代理人はどのように決まっているのであろうか。106 条前段によれば、法定代理人はいつでも復代理人を選任することができる。その理由は、法定代理人はそもそも代理人の選任に本人の意思がかかわっていない上、代理権の範囲が広範であり、代理人に対する負担が大きく、分担の必要性が高いからである。

#### <効果>

復代理において、その代理権の所在や効果帰属、復代理人の権利・義務、代理人の責任は、どのように決まってくるのであろうか。

まず、復代理人は代理権を持ち、その権限内でした行為の効果は本人に帰属する（107 条 1 項）。復代理人は、代理人と全く同じ権利・義務を負うことになる（2 項）。

復代理人についての代理人の責任は、任意代理と法定代理で異なる。ここでいう責任とは、例えば監督不足によって復代理人がヘマをして本人に損害を与えたとき、本人に賠償しなければならない、といったようなことである。

任意代理では、代理人は復代理人の選任・監督の責任を負うとされる（105 条 1 項）が、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、ほとんど代理としての行為をしていないようなものであるから、復代理人の不適任・不誠実を知りつつそのことを本人に対して通知しなかったり復代理人を解任しなかったりする場合（105 条 2 項但し書き）を除いて、責任を負わない、とされる。とはいえ、実際に責任が問題となるのは復代理人による債務不履行の場合であり、不履行責任はその債務を負担したものが負うべきであるということを考慮すれば、代理人の責任は代理人が契約でどんな債務を負っていたかによって決めればよいのであり、どのような経緯で復代理人が選任されたかによってそれを考える必要はないのではないか、という批判が可能であろう（山本）。**代理人の責任の程度は本人が復代理人を指名したか否かによって決まるわけではなく、あくまで本人との間で結ぶ委任契約に何と書いてあるかによって決まる、**というわけである。要は、105 条を適用せずとも債務不履行のロジックを用いればよい、ということである。

他方で、**法定代理の場合、復代理人の選任は全て自己の責任である**（106 条前段）。誰を選んでもよいのだからそれくらいの責任は持て、ということである。そのため、復代理人の選任や監督に怠りがなかったとしても、責任を負わなければならない。ただし、復代理人の選任がやむを得ない事由によるものである場合は、任意代理における復代理人選任の場合と同様に、その選任と監督上の責任のみを負う（後段）。

#### <民法改正>

上のような議論を受け、改正民法では次のような変更がなされた。

まず、今まで 104 条の類推適用によって補ってきた委任契約における復委任禁止の原則が明文化された（644 条の 2 第 1 項）。これは 104 条とほぼ同様の規定である。

また、任意代理人の復代理人の選任・監督について、前述の山本の指摘と同様の理由で、**債務不履行責任の一般原則に従って判断されるべしとされ、105 条は削除された。**

105 条削除により、現行民法の 106・107 条はそれぞれ改正民法 105・106 条に動いた。

#### e. 代理権の消滅

では、最後に軽く「いつ代理権は消滅するか」というトピックについて触れて、この回は終わりにしよう。

任意代理・法廷停止共通の消滅事由としては、**本人または代理人の死亡、代理人に対する破産手続き開始の決定、代理に対する後見開始の審判**（任意後見契約制度成立の経緯となる問題については、内田民法が詳しい）、である。

また、任意代理に特有な消滅事由としては、委任の終了がある。委任の終了事由は、委任契約に関する規定（653条）にある通りである（委任者または受任者の死亡、委任者または受任者に対する破産手続き開始の決定、受任者に対する後見審判の開始、とほぼ同じ）。

これに対し、法定代理に特有の消滅事由は、それぞれいかなる法定代理かによって個別に規定されている。例えば、不在者管理人の解任や親権の喪失・辞任などがそれである。

### 4. 無権代理

無権代理とは、その名の通り「**代理権を有しないで法律行為をすること**」である。113条1項が無権代理による契約の**本人への効果不帰属**、118条前段が無権代理による単独行為の本人への効果不帰属、118条後段が無権代理人に対する単独行為の効果不帰属をそれぞれ定めている。効果が不帰属ということは、本人にとっては無効というだけであり、ふわふわした、**不確定の状態**である。単独行為では、絶対に無効である。

無権代理があった際に、本人及び相手方はどのような手段を取ることができるのだろうか。また、無権代理人はいかなる責任を負うことになるのだろうか。これらについて、順番に見ていく。その後、無権代理と相続、無権代理と後見という問題について触れる。

#### a. 本人（追認または追認拒絶）

##### <追認（追認拒絶）の要件・効果>

無権代理行為の効果を確定させるため、本人は、追認によりそれを有効にするか、追認の拒絶によってそれを効果不帰属にすることができるようになっている（113条1項）。追認または追認拒絶は、原則として**相手方にしなければならない**が（2項本文）、相手方がその事実を知ったときは相手方ではなくてもよい（無権代理人に対してしてもよい）。

追認の効果は、本人への遡及的效果帰属である。すなわち、契約の当時から代理が有権であったものとみなされ、**効果が遡って本人に帰属する**（116条本文）。無権代理人が相手方からある土地を買ったとして、売買契約後にその土地に植えていたみかんの木から相手方がみかんを収穫した場合に、本人が追認すれば、既に収穫されてしまった分のみかんも本人のものになる、ということである（こうした場合はそもそも相手方が悪意であるから、即時取得は成立しないと考えられる）。ただし、**別段の意思表示をした場合**、つまり本人が追認に際して「さかのぼらなくてもいいよ」と言った場合には、**その通りになる**（同文）。なお、別段の意思表示をする場合、相手方にとって予期していなかった効果が生じることになるので、**相手方の同意が必要**であるとされる。

なお、この遡及効は「第三者の権利を害することはできない」(116条但し書き)。しかし、遡及効が第三者の権利を害する場合は、かなり限定されている。対抗問題として処理されることが多いからである。例えば、本人と無権代理人が別の人に不動産を譲渡した場合(二重譲渡)で、本人が無権代理行為を追認したときでも、有効な売買契約が2つ存在することになるにすぎず、実際には対抗要件をどちらが先に備えるかによって終局的に所有権の所在は決定される。では、116条但し書きが適用されるのは、どのような場合だろうか。我妻は、相手方の権利と第三者の権利が排他的効力を持つような場合であるとし、その例として、債権や動産の二重譲渡、無権代理人が弁済を受領した後にその債権が第三者によって差し押さえられたときを挙げている(後者は判例にもある、省略)。

#### ＜他人の権利の処分に対する追認(116条類推適用)＞

少し脱線するが、無権代理と似たものとして、他人物売買というものがある。失踪宣告の取消しの部分でやったと思うが、他人の物を目的物として結んだ売買契約は、有効である。単に売主はその権利を取得しなければならず(560条)、その契約は履行不能(になることがほとんど)であるというだけである。無権である人間が第三者の権利を処分するという点で、無権代理と他人物売買は似ている。形式的な違いとしては、前者では代理権のない者が相手方に対して本人のためと偽るのに対し、後者は所有権を持たない者が相手方に対して(代理であるとは示さず)他人の所有物を売却することを約束するものである。

ここで考えたいのは、無権代理行為に対しての本人の追認の遡及的効果は、同様の立場にある他人物売買における真の権利者にも認められるのか、つまり、他人物売買により自らの所有物が売却される契約が結ばれた後で、それを後から承認することはできるのか、ということである。というのも、他人物売買は、真の権利者の所有物を売主が一旦取得して初めてその債務がなされると考えられるが(560条)、所有物が買主に売られてから、真の権利者がそれを認める、ということもあり得る。代理権の授与か所有権の移転かというだけの違いであって、実質上異なるところが少ない無権代理と他人物売買において、その法的性質のみによって追認の可否が変わってくるのは、やはり不当と言えよう。そこで、こうした場合は**116条を類推適用し、追認することができる**と考えられる。

大判昭和10年9月10日、最判昭和37年8月10日、最判平成23年10月18日がこれに関する判例である。古い2つの判例は物権的効力に関して、最後の判例は債権的効力に関して、追認により無権利者の行為の効果が本人に帰属するか否かが争われた。事実関係は省略するが、問題となった無権利者による行為とは、それぞれ、売買契約、抵当権設定契約、販売委託契約であった。売買契約・抵当権設定契約では、それぞれ所有権の移転、抵当権の設定という物権的効力が生じるが、これらは所有者の承認なくしては有効にならない。そのため、判決では116条が類推適用され、所有者による追認の結果物権変動は有効とされた。他方、問題となった販売委託契約とは、権利者(ブナシメジメーカー?)の生産した所有物(ブナシメジ)の出荷を、無権利者(工場所有者)が勝手に別の業者に委託したものである。権利者は販売委託契約を追認し、その効果(＝代金引渡請求権)が本人たる自分に帰属する、

という主張を展開したのであるが、よく考えてみれば、販売委託契約（ブナシメジを売ってもらう契約）自体は有効に結ばれている（そこで売られるものが誰の物かは問題ではない、販売を代行するか否かが問題なのである）。そのため、債権債務が所有者に帰属するとする法律構成はそもそも理由がない。この判例は、**無権代理行為の追認によって本人に帰属するのは物権的効力のみであり、債権的効力は帰属しないことを示したものとして知られる。**

#### b. 相手方（催告・取消し）

次に、無権代理があった場合、相手方はどのような措置を取れるのかということについて考えてみたい。相手方が取れる手段は①**催告**、②**取消し**、③**無権代理人の責任追及**、④**表見代理の主張**、の4つであるが、ここでは①・②についてのみ触れることにしよう。

##### ＜催告の要件・効果＞

催告は、追認あるいは追認拒絶の意思表示がなされるまで不安定な地位に置かれることから相手方を救済するための仕組みである。114条に規定がある。

要件は、「本人に対する催告」であること、「相当の期間の定め」があること、「追認するかどうかを確答すべき旨の催告」であること、である。

確答が得られればよいが、**不確答の場合はどうなるのであろうか。**114条後段では、確答を得ることができない場合は、**追認拒絶が擬制される**とする。これは、無権代理での追認が、本来は無効とすべき無権代理もしかしたら追認したいと考えるかもしれない本人のための例外的な措置であることによる。

また、**確答の効力は到達時**である（相手方の保護）。一応整理すると、制限行為能力者に関係する催告では、行為能力者となった後の本人や、なる前の法定代理人・保佐人・補助人が不確答の場合は追認擬制である。これに対し、被保佐人・被補助人に対し保佐人・補助人の追認を得るべき旨の催告をしたのに追認を得た通知を発しないと、取消し擬制される。

##### ＜取消しの要件・効果＞

追認・追認拒絶が得られない間は、無権代理人との契約は有効のままであるが、相手方が、無権代理人と契約を結ぶつもりはまるでない、無権代理人と契約を結ぶくらいなら別の人と契約を結びたい、と思っていることもある。こうしたときには、相手方が自分でその契約を取り消せるようにすべきである。そこで、115条は取消しについて定めている。

要件は、「**本人が追認をしない間**」であることである。しかし、取り消されてしまうと、本人が追認したくてもできない。そこで、**相手方が悪意の場合**、保護すべきはむしろ本人となるので、**取消しは認められない**（115条但し書き）。

取り消された場合、契約は初めからなかったことになる。なお、もちろん709条により無権代理人に対して不法行為責任に基づく損害賠償請求をすることは可能である。

#### c. 無権代理人の責任

無権代理人は、本人が追認しない場合、責任を負わなければならない。ここで負う責任は、契約の履行責任と損害賠償責任のいずれかであり、相手方がどちらの責任を追及するかを決めることができる（117条1項）。先程挙げた、相手方のとり得る手段③である。



### ＜法的性質＞

無権代理人が上のような責任を負うべきであることはなんとなくわかるが、その根拠をいかに説明するかについて、議論がされてきた。

まず、起草段階の意見を見ておこう。梅は、本人が追認を拒絶することによって相手方が受ける損害は、専ら**無権代理人における過失**によるものだから、無権代理人が責めに帰すべきは当然であるが、必ずしも損害賠償だけが正解ではなく、場合によっては契約の履行をすることが相手方にとって望ましい場合もあるから、選択できるようにした、としている。

しかし、「過失で損害を生じさせたから」という梅の論は、不法行為責任（あるいは債務不履行責任）の説明であって、117条がなぜ設けられたのか、という趣旨を考慮していない。そこで、鳩山は117条が無権代理人の過失を要件としていない（つまり、無過失でも責任を負わねばならない）ことに着目し、**代理取引においては特に取引の安全の保護という強い社会的要請があることを理由として無過失責任を正当化した**。この、代理制度の信用保持の必要性、という理由づけは、判例（最判昭和62年7月7日）でも採用されている。

しかし、果たして無権代理人は果たしてそこまでの責任を負わねばならないのだろうか。佐久間は、**無権代理人に責任を問うには代理権の不存在につき過失があることを要する**、という論を展開する。そもそも無権代理人は（特に代理権が存しないことを知らない場合には）自ら契約当事者になるつもりはないから、代理権の存在を主張すること自体を重要とは考えておらず、虚偽の事実（代理権の存在）を主張したというだけで責任を負わすことは、あまり妥当ではない。代理権の不存在を知っていた者は、それを相手に告げなかった（告げ忘れた）ことによって、**相手方が望まなかったかもしれない無権代理の契約を相手方に締結させたのであるから、そこには意思があるといえ、十分に有責である**。また、代理権がないことを知らなかったことにつき過失があった場合でも、そのことを調べるべき立場であることは明らかであるから、相手方を保護する根拠となる。しかし、代理権の不存在の認識・判断可能性がない場合、つまり無権代理人が無過失である場合には、無権代理関係に入ろうとする意思を見出すことはできない以上、**非難可能性がない**。さらに、**無権代理関係の危険を作り出したのが、無権代理人ではない場合もあり得**（例えば、本人に対して詐欺や強迫があり、本人が代理権授与行為を取消した場合）、そうした責任まで負わせるのは不当である。

### ＜要件（117条）＞

無権代理人に対する責任追及をするためには、①代理行為があること、②代理権の存在が証明できないこと、③本人の追認がないこと、④相手方が無権代理につき**善意かつ無過失**であること、⑤**無権代理人が行為能力を有すること**、が必要である。

④は、無権代理人に過失があったとしても、悪意または有過失の相手方を保護する必要はない、という理解である。起草者以来、そう解されている。なお、最判昭和62年7月7日判決は、相手方にも無過失責任が要求されるとしているが、批判が多い。

⑤は、一般に契約において取消し権を持つ制限行為能力者が、無権代理人をした場合だけ債務を負担することを免れ得ないのはおかしい、ということである。

#### d. 民法改正

最後に、改正民法について。整理され、文言がいくつか変わったが、大きな変化は 117 条 2 項 2 号の但し書きの追加であろう。これによれば、**無権代理人が代理権不存在につき悪意である場合には、相手方が過失であっても責任を負うとされる。**

また、中間試案には、無権代理人が代理権の不存在について善意無過失あるいは軽過失であった場合は責任を負わないとされた（佐久間説）が、これは採用されなかった。

#### d. 無権代理と相続

いきなり無権代理と相続と言われて、なぜ急に相続というものが出てくるのかさっぱりという人もいるかもしれない。そこで 896 条を見てみると、「相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する」とある。そこで問題となるのが、親と子の間に無権代理の関係が存在した場合、その関係は相続によってどう変わるのか、ということである。具体的に言うと、子が代理権なく親の代理人として無権代理行為を行った後、親が死亡した場合、子は**本人としての立場を承継することになるが、子は自分がかつてした無権代理行為について追認を拒絶することができるのか、あるいは、親が代理権なしに子の代理人として無権代理行為を行った後、親が死亡した場合、子は無権代理人としての立場を承継することになるが、その場合子は親がした無権代理行為の責任を承継するのか、**という問題である。

##### <無権代理人による本人の相続>

ひたすら授業では判例を挙げていっていたようなので、ざっと見ておけば良いと思う。

本人が勝手に親の印鑑を持ち出して第三者と契約を結んだような場合において、相続後子が自らの無権代理行為の効果不帰属を主張することができるのか、というのが基本的なケースであるが、ここで主張を認めるべきではないということは直感的にはわかる。しかし、それをいかなる法律構成によって正当化すべきか、という点について議論がなされてきた。

大判昭和 2 年 3 月 22 日はこの問題の最初の判例であるとされる。判決は「本人と代理人との資格が同一人に帰するに至りたる以上、本人が自ら法律行為を為したると同様の法律上の地位を生じたるものと解す」とした。どういうことかということ、**代理行為当時は、効果帰属先としての本人の資格と、意思表示する者としての代理人の資格が分かれていたため、無権代理状態であったが、これらが相続によって融合し、あたかも本人が法律行為をしたかのように見ることができる、**ということである。その結果、そもそも無権代理状態が消滅され（追完され）、当然有効となる。このような考え方を**資格融合説**というが（内田民法）、大審院で長く支持されていたものである。最高裁も、最判昭和 40 年 6 月 18 日では同様の判旨を示した。

これに対し、大判昭和 17 年 2 月 25 日はやや特殊な例である。というのも、大筋は上の資格融合説に依るが、追認拒絶は信義則上認められない、と付け加えているからである。

最判昭和 63 年 3 月 1 日は、基本のケースとは異なり、無権代理人と本人の双方相続したものである。母が父の無権代理人となって無権代理行為（不動産譲渡）を行った後、母、父

の順で死亡したため、両親を順に承継した子に追認拒絶をすることができるかが争われた。判決は、先に子が無権代理人（母）の地位を承継していることを重視して、父の死によって本人の立場を承継するとしても、無権代理人の資格があるため、本人の資格による追認拒絶はできない、と判示した（これには批判が多い）。

平成5年1月21日は、2つの似た事件に関する判決が同日に出た。それぞれ民集47巻1号265頁と判タ815号121頁である。ともに**共同相続**の事例であった。つまり、相続人のうち1人が被相続人の無権代理人として無権代理行為を働いたのである。前者では金銭債務のための保証契約、後者では不動産の売買契約がそれぞれ無権代理によって結ばれた。この事件で、最高裁は判例を変更し、資格融合説ではなく**資格併存説**（の中の信義則説の中の追認不可分説と呼ばれるもの）を採用した。判旨がわかりやすいのでそのまま引用する。

「無権代理人が本人を他の相続人と共に共同相続した場合において、無権代理行為を追認する権利は、その性質上相続人全員に不可分的に帰属するところ、無権代理行為の追認は、本人に対して効力を生じていなかった法律行為を本人に対する関係において有効なものにするという効果を生じさせるものであるから、共同相続人全員が共同してこれを行わない限り、無権代理行為が有効となるものではないと解すべきである。そうすると、他の共同相続人全員が無権代理行為の追認をしている場合に無権代理人が追認を拒絶することは信義則上許されないとしても、他の共同相続人全員の追認がない限り、無権代理行為は、無権代理人の相続分に相当する部分においても、当然に有効となるものではない」。

これを整理すると、次のようになる。①被相続人が有していた本人の資格は、相続により無権代理人である相続人Aと他の相続人B（ら）に承継され、②本人の資格を得たA・B（ら）は、その資格によって追認拒絶することができるようになった、③信義則に基づけば、無権代理人であるAに追認拒絶を認めるべきではないが、④無権代理行為を追認する権利は、不可分的に相続人全員に承継され、全員が行使して初めて追認が有効になる、と考えるべきであるから、Aの意思はどうであれ、B（ら）全員が追認をしない限りは、無権代理行為は有効にならない。これは資格併存説—信義則説—**追認不可分説**である。

無権代理人が本人を相続した場合における理論構成についての議論を整理しておこう。まず、②の部分において、資格が併存せず、融合する、と考えるのがかつての資格融合説である。この説は、単独相続の場合は問題がないが、共同相続で採用することは望ましくない。というのも、資格融合説を採れば、相続に伴って、無権代理行為があたかも本人による契約であったとみなされ、**自動的に無権代理行為が有効とされてしまう**ため、他の相続人が追認拒絶をする余地がなくなってしまう、**相続人に不当な犠牲を強いる**ことになるからである（自分の相続分を犠牲にして兄貴の尻拭いをさせられるのはたまったものではない）。そのため、融合説よりも併存説の方がよい。次に、③の部分で、資格が併存するのだから、**Aにも追認拒絶ができる**、と考えるのが**完全併存説**であり、それを信義則によって**否定する**のが信義則説である。相続という偶然の出来事で無権代理人に追認拒絶の可能性を認めるのは不当だから、後者が採用される。最後に④の部分で、Aには追認拒絶が許されないとしても、

B（ら）が拒絶した場合相手方が不利になるから、Aの相続分だけは有効とすべきであると考え（つまり追認が可分であるとする）のが**追認可分説**であり、それを否定するのが**追認不可分説**である。追認が可分であるとする、例えば不動産相続の場合、土地を共同相続人と相手方で共同所有することになっていろいろと都合が悪い。仮に承継したものが可分なもの（例えば金銭債務）であっても、（無過失の）相手方は無権代理人に責任を追及すれば**同じ結果を得られる**から、追認可分説の利点はあまりない。故に、不可分説が最も望ましい。

最後に、本人たる被相続人が追認拒絶をした場合、どうなるか、について考えてみよう。資格融合説的に考えると、無権代理行為が有効になりそうなものであるが、判例（最判平成10年7月17日）の立場は、本人が追認を拒絶した場合は、**無権代理行為の効力が本人に生じなくなることが確定する**ので、相続人が相続後どういう主張をしようが、それには影響を及ぼさない、とするものである。こうした場合、相手方は無権代理人に責任を追及すればよいが、それは単独相続のみの場合であり、また無過失が要求されるという点で、相手方の保護は十分ではないのではないか、というのが内田の意見である。最高裁は「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はできない」としているが、無権代理をした本人が利益を得てしまうという意味では公平ではないから、本人が追認拒絶をしたかどうかでわけてよいのか、という点にも疑問が残る。

#### ＜本人による無権代理の相続＞

では、逆に親が子に代わって無権代理行為をした場合に、**被相続人の無権代理人の資格を承継する相続人は**、追認を拒絶することができるか。また、その責任を問われるか。

最判昭和37年4月20日判決は、資格融合説を採った原審を破棄し、このような場合において、相続人たる本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反するところはない、として**追認拒絶を認めた**。

では、そのような相続人に、被相続人の負う117条責任に基づく債務は承継されるのであろうか。これについての判例は授業では紹介されていないが、結論から言うと、117条の責任を負い、**損害賠償請求を免れ得ないが、履行責任の追及は拒むことができる**、とされている。すぐに追認拒絶をしなかったとはいえ、相続という偶然の事情で本人が不利益を被るべきではないから、土地を手放すなどといった履行請求まで認めるべきではないだろう。

#### e. 無権代理と後見

最後に、無権代理と後見についてさらっと。先程、相続によって無権代理人が本人の資格を承継する場合の追認の是非と法律構成について触れたが、無権代理人が制限行為能力者に代わって無権代理行為を行った後、その後見人に就任した場合も、似たような状況になる。後見人の持つ法定代理人としての代理権には、被後見人を本人とし行われた無権代理行為について追認または追認拒絶をする権限が含まれるからである。そこで、**事実上の後見人であった者自身が行った無権代理行為について、法定代理人に就任した後にそれをなかったことにできるか**がしばしば問題となった（禁治産制度が活用されなかったため）。



最判昭和47年2月18日は、**後見人が自分で行った無権代理行為の追認拒絶は信義則に反するとして、追認拒絶ができないとした**（ただし、これは特殊事例である。本件自体は、父を失った未成年者の叔父が、彼（女）の後見人に就任する以前に、事実上の後見人として未成年者に代わってその所有する建物を売却したものの、同建物を明け渡さなかったため、相手方が明渡し請求をしたものであり、追認拒絶したのではなかった。本人の黙認と成人後の承認、などといった特殊性があることから、一般性に疑問を呈する意見もある（佐久間））。

これに対し、最判平成6年9月13日事件は、少々異なる見解を示している（変更とまでは言わないが、信義則に反するか否かの厳しい判断基準を示した）。精神障害のあった弟の事実上の後見人であった一番上の姉が、弟所有の建物を無権代理人として賃貸借する予約契約を結んだが、後にもう1人の姉が弟の後見人に就任、追認を拒絶したものである。この原審は、後見人となった姉も契約に立ち会ったことなどを考慮し、禁反言的信義則に反する、という判決を下したが、最高裁は、制限行為能力者に影響が及び、後見人はその利益を守るべき職務を負っている以上、相続のケースと同様に**単純に信義則違反を持ち出すべきではなく、制限行為能力者と相手方の利益衡量を中心に内容や経緯、後見人の関与度など様々な事情を考慮すべき**ことを説き、破棄した。ただし、このように追認拒絶が認められた場合においても、無権代理人（一番上の姉）は後見人であるわけではないから、117条の責任は免れ得ないであろう。

## 5. 表見代理

相手方は、無権代理があった場合に4つの手段を用いることができる、と述べた。催告、取消し、責任追及（履行請求または賠償請求）、表見代理の主張、である。では、表見代理とは何であろうか。簡単に言うと、「誰がどう見ても代理であると思えないし、代理であるかのように信じ込ませた（or 勝手なことをする人間を代理人に選んだ or 代理権があるかのような外観を残した）責任は本人にあるのだから、有効なものとして扱うべし」ということである。109・110条・112条に規定があり、それぞれ「代理権授与の表示による表見代理」「権限外の行為の表見代理」「代理権消滅後の表見代理」について定めている。順番に見ていくことにしよう。

### a. 代理権授与の表示による表見代理（109条）

例えば、安藤に対し、石丸が「神戸に帰る間私の代理人は平本君や！」と謎の宣言をしたとしよう。安藤はそれを本気で信じ込み、後日石丸が欲しがっていたアイドルグッズを平本に売ってやったが、石丸が「こんなん要らんわアホ！」と言って捨てる、という場合、取引相手方である安藤（と、石丸に振り回される平本）がかわいそうである。そこで、無責任な宣言をした石丸に責任を負わせよう（効果を帰属させよう）というのがこの規定である。

#### <法的性質>

ただ、もう少し真面目に説明しようとする、と、案外一筋縄でいかないのがこの規定である。起草以来、この法的性質については複数の見解があった。

修正案理由書（富井？）は、このような状況では**有権代理が成立する**と考えた。代理権の授与を第三者に通知する場合には、その代理権の存在という単なる事実を告知するだけでなく、それによりその者との間で何らかの法律効果を生じさせようという意思があると言える。代理権授与行為を**単独行為**と見る説に沿うならば、本人による代理権授与の一方的表示に基づいて代理権授与は効力が発生すると考えて差し支えない。よって、109条の規定は相手方に代理権授与の事実を示した場合の有権代理について定めている、とする。

これに対し、梅は、代理権というものは権利の行使も含むが、「責任を負う」なる文言はそのことを意図していない（責任からは義務しか発生しないはずである）、代理関係は委任契約である（梅が代理権授与行為について委任契約説に立っていたことを想起されよ）のに、このときだけ一方的な表示行為のみによって代理関係が発生するのはおかしい、といった批判を展開し、代理権授与を認めるものではなく、**相手方の保護のために履行責任を定めた規定**であるとした。

こうした議論状況の中で、通説（中島・我妻）が、初めて（？）英米法学に倣い表見代理という観念を全面的に導入する。代理権授与の事実を第三者に表示しただけでは、代理人に代理権が授与されたとは言えないから、その（無権）代理行為は有権代理ではない。しかし、有権代理と信じるべき外形があるという意味では、（狭義の）無権代理とも異なると言え、その場合の本人への効果帰属はやはり認められるべきである。つまり、**第三者保護・取引の安全の保護のための制度的な構成**として、表見代理というものを提示したのである。

他方、佐久間はこの表見代理が取引というものの性格の必然的の帰結である、と説明した上で、109条は代理権授与表示が代理権授与に代わる機能を果たすものであることを規定している、と説く。彼によれば、取引における相手方にとって、取引をする代理人が代理権を有しているか否か、あるいは本人と代理人の間でいかなる合意があったか、ということを知ることは困難であって、最終的にその有効性（効果帰属性）は、相手方がどれだけ行為者に代理資格があるかと考えることができるか、に依存せざるを得ない。こうした取引における現実を考えれば、**取引を確実にを行うためには、相手方に対する代理権授与表示を、本人への効果帰属を基礎づける手段として認めることが必要になる**。つまり、109条は、無権代理の成立から相手方を保護するための制度であるというよりは、**代理権授与表示を本人による意思表示（厳密には直接権利や地位を生まないもので通知でしかないが）として承認し、取引関係の形成を補う制度**として意味がある、ということである。この見方は、修正案理由書にある記述に近い。また、これは佐久間の109条の要件論と関わっている。佐久間は、109条の要件の1つである代理権授与表示の存在について、客観的にそう考えられる事実が存在するのでは（通説）不十分であり、**代理権授与表示をしているという表示意識が本人にあることが必要である**、と主張しているのである。このアプローチは、私見ではあるが、佐久間の意思表示に関する表示意思必要説（第5章）と密接に結び付いていると考えられる。冒頭にも書いたが、鳩山→我妻→佐久間、の流れは非常に重要であるから、ぜひ覚えておきたい。

次は、109条の通説的な要件を紹介しよう。要件は3つある。

<要件①「他人への代理権授与に関する第三者への表示があること」>

代理権授与表示による表見代理が成立する第1の要件は、「**他人への代理権授与に関する第三者への表示があること**」である。これについて、いくつか注意点がある。

まずは、この109条には商法・会社法上の特則が存在することを指摘しておこう。**表見支配人**（商法24条及び会社法13条）、**表見代表取締役**（会社法54条）についての規定がそれである。本来は支配人（営業主から営業に関することに全面的な代理権を与えられた者）あるいは代表取締役（会社の代表＝代理人）ではないが、それと取れるような名称（「商業使用人」「支店長」など）を使用した者に代理権があると相手方が信頼した場合、それらは表見支配人、表見代表取締役となって責任を負い、相手方は善意ならば保護される（無過失を要求されていない）。

次に注意すべきは、白紙委任状の交付である。白紙委任状とは、**受任者名や委任事項**など、委任状の一部を記載しないで白地のままにしておき、その決定と補充を相手方その他の者に任せた委任状のことであるが、何も記入していないため、受任者（代理人）や委任事項の欄に予定していないことを記入され、濫用されることが少なくない。かわいそうな気もするが、委任者は受任者のことを信頼して代理権授与表示をしているのであるから、その**帰責性は否定できまい**。そして、取引の相手方が契約を結ぶ際に、白紙委任状は既に無権代理人を受任者にする代理権授与表示となっている。そのため、受任者及び委任事項（の少なくとも一方）が利用された場合には**109条が適用され、委任者は責任を負わなければならない**。とはいえ、委任状は、特に不動産などに関するものである場合、そもそも**転々流通すること**を常態とするものではない。だから、他方、受任者欄・委任事項欄がともに本人の予定していなかった形で濫用された場合には、109条は適用されないとされる（最判昭和39年5月23日事件など。委任者AがBから融資を受けるべく自身の土地・建物に抵当権を設定する登記手続きを予定してBに白紙委任状を交付したが、Bは書類一式をCに交付、CはAの受任者を偽ってDとの間でA所有の土地・建物について抵当権設定契約を締結した）。

最後は**名義使用の許諾**である。この場合、109条が類推適用される（商法14条、会社法9条を援用することの方が一般的であるが）。名義使用の許諾（名板貸しともいう）とは、他人が自己の名義を使って取引することを許諾し、または黙認することである。直接特定の第三者に対して代理権授与表示をしているわけではないが、取引の相手方がそう信頼するような表示があれば十分と解される。有名な判例としては、**東京地裁厚生部事件**（最判昭和35年10月21日）がある。職員の互助団体の「東京地裁厚生部」（正式な部局ではない）の債務不履行責任について、国に対して履行請求がなされたものであるが、その名称の使用を黙認していたために、109条が適用されうる余地が認められた（判決は破棄差し戻し）。

<要件②「他人の行為が表示された代理権の範囲内であること」>

2つ目の要件は、「**他人の行為が表示された代理権の範囲内であること**」である。

では、代理権の範囲外の行為はどうなるのであろうか、という問題がある。結論から言うと、**109条と110条の重畳適用**、という法律構成が採られる。110条の部分でも触れるが、

越権代理について規定する 110 条を適用するのには、無権代理人が本人から**基本代理権**を得ていることを要するが、本人が取引の相手方に対して代理権授与表示をした場合、本人と無権代理人の間に何ら直接の関係はないから、基本代理権の存在を認めることができず、110 条を単体で適用することができない。とはいえこれは相手方の保護に欠くから、109 条と 110 条を重疊的に適用することによって、表見代理を認めることになる。

想像しにくいかもしれないが、最判昭和 45 年 7 月 28 日などがある。山林の売却のため A が B の代理人の C に交付した登記に関する白紙委任状が C によって利用され、C が A の代理人を装って D と同山林の交換契約を結んだ。C は A の予定した売買契約ではなく交換契約を結んでいるから、要件②は満たされていない。しかし、C が A の白紙委任状を持っていることは C の基本代理権の存在の根拠になり得、その他 110 条の要件が満たされれば、表見代理があったと見ることができる。ここで、先程の判例では、委任者が交付した受任者なき白紙委任状の転得者による利用について 109 条は適用できない、とされているから、矛盾があるようにも思えるが、先の判例は、あくまで委任状の制度趣旨からいって、全くの赤の他人にまで渡る（流通する）場合はダメとただただであって、この場合の C は A・B 双方から信頼があった「特定他人」であるから違う、という線引きがなされている。

#### <要件③「第三者の善意無過失」>

但し書きの規定であるから、「例外」として考えてもよいが、同じことである。

かつては第三者の主観的態様について何ら言及がなかったが、平成 16 年改正により追加された。これは最判昭和 41 年 4 月 22 日判決を受けたものであった。

立証責任に関する細かい話について一応しておこう。最判昭和 41 年 4 月 22 日判決は、**第三者（取引の相手方）の悪意または有過失の立証責任は、それによって有利となる代理権授与表示者にある、とした。**このことは、**虚偽表示における第三者の善意（94 条 2 項）の立証責任が第三者側にあることと対照的である。**このアンバランスを問題視し、虚偽表示においても、第三者ではなく虚偽表示の当事者に立証責任を負わすべしとか、外観を信頼して法律関係に入った以上善意を推定すべしとする考えもある。

#### <効果>

109 条の効果は、代理権授与表示者が責任を負うことである。法学において、責任という語はかなり多義的であるが、ここでの「責任を負う」とは、履行責任のことであるとされる。なお、言うまでもないが、表見代理を主張できても、取消しをすることは可能である。また、梅の文理解釈とは異なり、**表見代理が成立すれば、無権代理人による行為に基づく権利を本人が取得するとされる。**

#### <民法改正>

今まで 110 条との重疊適用で処理してきた、表示された代理権の範囲外の行為について、それを明文化する 2 項が追加された。要件は、「代理権授与表示」「越権代理行為」「代理権の存在を信ずべき正当な理由」である。代理権授与表示を意思表示の一種と見て、意思表示との類似性や表示意識を必要とする佐久間説は、ここでは反映されていない。



### b. 権限外の行為の表見代理（110条）

既に少し出てきているが、110条は**越権代理**についてである。本来代理人のした越権行為の効果は本人に帰属すべきではない。しかし、そのことを知らず、正当な理由があつてその代理人に当該行為の権限があると信じてしまった場合は別であるから、こうした場合には取引安全のために効力帰属を認めるべきである。そこで、110条の表見代理が定められた。

110条の要件は2つある。それぞれの論点を順に確認しておこう。

#### <要件①「代理人による権限外の行為」>

越権行為（権限外の行為）であるからには、もともと代理人には代理に関する一定の権限が与えられていることが必要であると考えられる。この権限のことを基本代理権という。

問題となるのは、その権限が代理の権限であるか、または事実行為の代行の権限であるか、つまり、代理人は本人から「法律行為を代わりにやってくれ」と言われたのか、それとも、「（法律効果を生じさせない）事実行為をしてくれ」と言われたのか、という違いである。というのも、**民法上の代理というのはそもそも法律行為の代行であつて、事実行為の代行ではないからである**。法律行為の章に代理の規定が置かれていることから、それは明らかであろう。授業をさぼった友人のために出席カードを提出することは、代理とはいわない。

これが法律上の問題となるのは、例えば、たまたま「ゴム印・印章を預かってくれ」と保管という事実行為を頼んだだけなのに、それらを使って契約をされてしまう、といった場合である（最判昭和34年7月24日）。この場合は、単なる無権代理であつて、相手方にどんなに正当な理由があつても、110条適用の余地はない。逆に、「家を借りるときとかにもし保証人が必要だったら、私を保証人にしていよいよ、これ使って」と言って渡した実印が、予期せぬ債務（例えば勤め先の会社の債務）に関する保証契約のために使われてしまったとしても、印鑑を保証契約という法律行為のために預けているので代理権授与が認められるし、そもそも自分の責任であるから、表見代理成立の余地がある。

ただし、問題とされた行為が法律行為であつたか否かの判断の厳格さについては議論がある。最判昭和35年2月19日事件は、ある金融会社の投資勧誘外交員が自身の健康上の理由でその業務である借入金勧誘業務を長男に委託していたところ、勝手に長男が本人の名義で個人的な保証契約を結んでしまった、というもので、最高裁は「勧誘それ自体は、（…）事実行為であつて法律行為ではない」という判断の下、表見代理成立を否定した。しかし、藤田八郎裁判官は、「（110条）**表見代理の基礎たる代理行為は必ずしも厳格な意味における法律行為に限定するの要はないと信ずる**」旨の少数意見を提示した。また、授業は触れていないかもしれないが、現在の多数説は基本代理権説ではなく**基本権限説**である。この説は、従来の法律行為と事実行為の区別を、必ずしも本人の外観作出への関与の度合いの大小を示すものではない、とし、代理に限らず、広く一定の行為の委託、すなわち何らかの権限の付与があれば、越権行為の基礎があるとすべきである、と考える。

また、この点、**法人に関する特則**があることにも注意したい。平成18年民法改正に伴い、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律に移転した規定である。その内容とは、法人の

代表たる理事の持つ包括的代理権は、定款や総会決議によって制限されうるが、その制限は善意の第三者に対抗できない、というものである。これはどういうことかという、総会で決められた範囲を超えて理事が代理行為をすることは許されないのが原則だが、それを踰越する範囲で契約が結ばれても、相手方が善意であれば、その有効性を争えない、ということである。相手方に「正当な理由」を要求せず、「善意」で十分であることに注意したい。これは、定款や総会決議などといった内部事情を知ることは容易ではないからである。

ただし、この「善意」と「正当な理由」は若干その対象が異なる（最判昭和 60 年 11 月 29 日）。ここでいう「善意」とは、理事の代理権が制限を受け得る、という一般的な事実についての善意である。これに対し、「正当な理由」とは、その特定の代理行為に関して理事が理事会の承認を受けていた（あるいはその他制限をクリアしていた）ことを信じたことについてのものである。つまり、理事が理事会の承認を受けなくてはならないことを相手方が知っていても、その相手方に理事が承認を得ていたと信じる正当な理由があれば、110 条を類推適用して有効とすることができる、ということである。

<要件②「第三者の『正当な理由』」>

2 つ目の要件についての説明はわりとシンプルである。第三者の「正当な理由」は、従来の通説では善意無過失であると解されてきた。

しかし、本人を保護すべき事情と相手方を保護すべき事情の一切を総合的に判断すべきである、とする総合判断説の方が現在は多数説であり、判例もこちらに近いと考えられる。最判昭和 51 年 6 月 25 日（先程ちらりと述べた、預けていた実印が、会社の債務に関する保証契約に使われてしまった例）なども、無過失とみなすべき場合には、「特段の事情」がない限り、正当な理由があるというべき、としている。この「特段の事情」としては、本人への負担や代理人自身が受ける利益、基本代理権の範囲との関係、相手方との情報の格差、などといったことがあるとされる。このため、立証責任を一般的に論ずることは難しい。

<効果>

効果は、本人が責任を負うことである（表見代理だから当たり前である）。

<代理権の濫用>

表見代理とは直接関係あるわけではないが、代理権濫用について、最後に触れておこう。代理権の濫用とは、代理権の範囲内で代理人が自己または第三者の利益のために代理行為を行うことであり、108 条（自己契約・双方代理の禁止）にも当てはまらないようなものである。代理権の範囲外であれば 110 条適用の問題になるが、代理権の濫用はそれにも当てはまらないのである。要するに、代理権の濫用についての直接の規定がないのである（民法改正により新設された）。そこで、これに関する妥当な法律構成が議論されてきた。

ちなみに、内田民法では、代理権の濫用は「本人がそれによって損害を被る」ものとして説明しているが、私見としては、「濫用」は必ずしも本人への損害を意味しない気がするし、いろいろ見たところでも利益相反行為とは区別しているようであるから、単純に「代理人が代理権の範囲内で私腹を肥やすために代理行為を行うこと」とすべきであろう。

代理権の濫用の事例は、包括的代理権を有する**法人の代表**が、法人の利益に反するような行為を行う、という場合であることが多い。また、**法定代理**でもこのようなことが起きうる。他方、自然人間の任意代理でそのようなことが起きることはあまりない。そもそもそうした委任契約を結ぶことは考えにくいし、本人の利益を害するような場合は、最早無権（越権）代理であることが多いからである。

まず、考えられている構成を検討する前に、直感的な結論を考えるとしよう。

会社の代表の場合、代理権濫用があった場合といえども、そのような人間を代表に選んだのは会社の責任であるから、必ずしも代理人だけが悪いわけではない。そこで、相手方保護の必要性を鑑みて、少なくともその効果は会社に帰属させてよいようにも思える。必ずしも会社が損をするかということそういうことはなく、644条の善管注意義務違反に基づく損害賠償請求をすることは当然できると解すべきであろう。とはいえ相手方の保護は絶対ではない。相手方が保護に値しないような場合も、当然あり得るわけである。相手方を保護するためには、少なくとも善意、あるいは無（重）過失を要求すべきであろう。

これに対し、法定代理人の濫用は、法定代理というものの性質を考える必要があるだろう。法定代理は、本人の保護のためにあるという側面が大きい。そこで、本人にとって不利益が生じるか否か、効果が本人に帰属すべきか否か、という点を重視することになる。原則的に本人に帰責があるものとして考え、相手方の主観面によって利害を調整する会社のケースとは大きな違いである。しかし、こうすると取引の安全が害されそうでもある。そのため、親子間における代理権の濫用の**判例**（最判平成4年12月10日）では、「親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているものとみるべきである」というように、**親権者の裁量権の広範さを理由に、契約の有効を維持し、取引の安全を図っている**ようである。

では、法定代理の場合も含め、法律構成に関する判例の立場を明確にしておこう。**判例は**、この問題に対し、**93条但し書き類推適用説**を採ってきた（法人の代表または代理人による代理権濫用の例としては最判昭和38年9月5日・最判昭和42年4月20日、法定代理人による権力の濫用は最判平成4年12月10日）。93条但し書きの内容はとうの昔にやったことなので忘れていたかもしれないが、心裡留保につき相手方が悪意または有過失であるときに、例外としてその無効を定めるものである。つまり、代理権濫用があった場合、心裡留保に関する規定を用いるということである。

なぜ心裡留保という一見関係ない意思表示に関する規定を類推適用することができるのであろうか。内田民法は、その根拠として次のようなものを推測する。（法人と代表、法定代理人と制限行為能力者の関係などは特にそうだが、）本人と代理人は、一体の関係にあると見ることもできなくはない。こうした状況では、表意者（本人）の意思、すなわち真意と、表意者（代理人）によって表示された意思の内容は異なっている。真意に反する意思表示はまさに心裡留保である。心裡留保の効果は有効であるから（93条本文）、代理権濫用は原則

有権代理であるが、相手方が悪意・有過失である場合には、無効となる（同条但し書き）、というわけである。

これに対し、学説では様々な説が提出された。川嶋は、ある代理行為が代理権の範囲内に属するか否かは、抽象的形式的にではなく、**実質的に観察すべき**である、とし、110条適用の可能性を主張した。つまり、有権代理を前提とせず、相手方に「正当な理由」がないときなどのように、場合によっては無権代理となり得る可能性を指摘したのである。これは**無権代理構成説**と呼ばれるものであるが、**実質的に代理権の範囲内であるか否か**ということを経手方が正確に把握することは難しいし、「正当な理由」の立証責任は表見代理を主張する相手方が負うことになって公平ではないから、現在は支持されていない。

また、四宮は代理権濫用を有権代理として認めつつ、93条但し書き類推適用という構成を批判、**信義則説**を唱えた。心裡留保とは内心的効果意思と表示された効果意思の（意図的）不一致であるが、代理人濫用の代理人は、代理行為の効果を本人に帰属させる（会社にツケさせる、子供を名義人にする）という効果意思に対応した代理行為を行っているから、適用することはできない。108条（自己契約・双方代理の禁止）には該当しないので、有権代理であることは争えないが、かといって本人の犠牲のもとに悪意や過失がある相手方を保護すべき理由はない。そこで、**有権代理ではあるが、一定の条件下では信義則上本人への効果帰属を主張することは許されない**、とするのがよい。ここで、法定代理と任意代理では本人の帰責性に差があるから、**前者の場合は相手方に善意・無輕過失を、後者は善意・無重過失を求めるようにすべき**である。法定代理・任意代理を区別できるという点でも、93条但し書き類推適用説より優れている。この信義則説は、学説上有力であった。

こうした議論を受け、改正民法には、代理権濫用についての規定が設けられた（107条）。これによれば、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす」。つまり、要件は「代理権の範囲内の行為」「自己又は第三者の利益を図る目的」「相手方の悪意又は有過失」であり、効果は、「**無権代理の擬制**」である。効果が無効とされなかったのは、柔軟な解決を許すためであり、93条但し書き類推適用説よりも代理制度の趣旨に沿ったものと言えよう。

判例・多数説は、いずれも代理権の濫用が110条の範囲である（つまり代理権の濫用は無権代理であり、相手方が110条表見代理を主張すべき問題である）とは考えていないので、加毛先生がなぜあえてここで代理権の濫用について扱ったのは少々疑問である。

#### c. 代理権消滅後の表見代理（112条）

表見代理についての最後の規定が、112条の「代理権消滅後の表見代理」である。条文は「代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によって知らなかったときは、その限りでない」というものである。現在は表見代理の1つとして解されているが、見ての通り、109条・110条にあった文言とは少々異なる（例えば「その行為についての責任を負う」とはなっていない）。なぜかと言うと、この規定は、そもそも



代理権の消滅時期について定めるために設けられた規定であるからである。修正案理由書には、ドイツ民法やスイス債権法での代理権の消滅の規定が、常に第三者への通知を要するものであったのを否定し、原則代理権は代理権の消滅事由（111条）によって当然消滅し、善意無過失の第三者に対してのみ例外として有効とすることを明確にする趣旨だ、とある。

しかし、先程と同様中島によって表見代理の一種という説明がなされるようになり、通説の地位を確立した。中島は、この表見代理を、表見的事実を除去しなかった者にその責任を負わせるものである、としている。

#### ＜要件①「消滅した代理権の範囲内の行為」＞

代理人が行った行為は、もともとその権限内であったものでなくてはならない。これは109条などと同じようなものである。

109条のときと同様、消滅した代理権の範囲外の行為はどうすべきか、という問題が出てくるわけであるが、ここでも**110条との重畳適用**という構成が採られる（大判昭和19年12月22日）。ある契約の代理のために預けただけなのに、用は済んだ後も預けっぱなしにしていた印鑑が、勝手に別の契約にまで使われてしまった、という場合などは、確かに本条だけでも110条だけでもカバーできない範囲である。ところで、重畳適用をすべき理由とは何か。端的に言えば、相手方がある代理行為に関する代理権の存在を正当な理由によって信じているならば、その代理権が消滅していたか否かにより相手方の保護を差別すべきではない、ということである。

#### ＜要件②「相手方の善意無過失」＞

2つ目の要件は、本文及び但し書きに渡って定められる相手方の善意無過失である。この要件で問題とされてきたのは、その対象が何であるか、ということである。

これについては2つの見解がある。代理権の「不存在」か、代理権の「不存続」か、換言すれば、過去に代理人と取引をしたか否かに関わらず、**事実として代理人が代理権を有していないということにつき善意無過失であればよいのか**、それとも過去に代理人と取引をしたことで代理権の存在に対する信頼を形成したために、**行為時に代理人が代理権を有していなくなっているということにつき善意無過失になっている必要があるのか**、ということである。初期の判例（大判昭和8年11月22日）は後者の立場であったが、我妻・幾代やその後の判例は、代理権が消滅する前に取引をしたことがあるか否かということは、過失の有無を認定する際の判断資料でしかない、として前者の立場を採った。

これに対し、前者の要件論をとれば、112条は109条とほとんど差異がなくなり、112条の適用範囲は109条のそれに包摂されてしまうのではないかと佐久間は批判する。どうか。109条の要件は、一般的に言えば「相手方の善意無過失」、「代理権授与表示」、「代理権の範囲内の代理行為」であった。他方、112条の要件を見てみると、**代理権が消滅していることをさらに追加しているに過ぎない**。つまり、通説の説明に従えば、112条は、109条が適用されるべき場合で、代理権が消滅してしまっていたケースについてのみ規定している、と考えるしかなくなるのである。

では、佐久間はどのようにこの 112 条を捉え、どのような要件が必要であると考えるのであろうか。まず、佐久間説を考える際に注意すべきは、109 条の要件論である。佐久間は、代理権授与はある種の意思表示に近いものである以上、代理権授与表示による表見代理の成立には、代理権授与に当たる行為をしているという意識（表示意識）が本人に必要である、と捉えていた。翻って、112 条が想定するケースでは、代理権の消滅後は効力が生ずるとは思っていないから、その範囲での表示意識はないはずである。112 条は、そこにおける表見代理を認めようというのであるから、**112 条の存在意義は、表示意識がない場合でも、一定の条件を満たせば表見代理が認められる、ということを承認することにあるのではないか、**と考えることになる。

では、どのような場合に、表示意識なき範囲での代理権授与表示による表見代理を認めるべきか。ここにおいて、佐久間は**本人の帰責性**という観点を持ち出し、線引きを図る。その帰責事由とは、「本人が、代理行為者に過去に代理権を与えたことにより、問題の無権代理行為に関しても代理権ありとの信頼を相手方に惹起したこと」である。要は、**過去の代理権授与表示と相手方における信頼惹起の因果関係**である。そして、この因果関係は、必然的に「過去における取引の経験」という要件を必要とする。平たく言えば、代理人に対してある期間以上の代理権を与えたつもりはなかった本人に、その責任を代理権消滅後も負わせるのは、相手方の保護を考慮すべきであるとしても、基本的には不当であって、それでもなお相手方を保護すべき理由があるとすれば、それは過去に取引をしたせいで相手方に誤信を生じさせたということに対する責任でしかない、ということである。

このように考えると、112 条を適用するには、やはり過去に取引をしたことによる代理権の「存続」についての善意無過失をも求めるべきである、という結論に至るのである。

#### ＜立証責任＞

細かい話であるが、112 条の書かれ方は少々変わっている。本文では「善意の第三者には対抗できない」とし、但し書きで「過失によってその事実を知らなかったときは、その限りでない」としているのである。この書き分け方は、実務においては相手方に善意の立証責任を負わせ、それが立証された際に本人に有過失を立証させるという立証責任の分配のためのものであると解されているが、通説は、他の表見代理と同様、相手方に立証責任はなく、本人に悪意から立証させるべきである、としている。

#### ＜効果＞

条文からは代理権消滅の対抗不可しか求められないが、要は本人の責任である。

#### ＜民法改正＞

112 条も、民法改正によって大きく変わっている。**表見代理の規定であることが全面的に肯定された**。「他人に代理権を与えた者は、代理権の消滅後にその代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、代理権の消滅の事実を知らなかった第三者に対してその責任を負う。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない」（1 項）は、109 条・110 条の表記に合わせたものといえよう。さらに、

改正によって 109 条の 2 項に 110 条との重畳適用として用いられていた法律構成が明文化されたのと同様に、**2 項には 110 条と 112 条の重畳適用に当たる法律構成が明文化されている**（代理権の範囲外・代理権の存在を信すべき正当な理由）。

また見ればわかると思うが、109 条と同様、表示意識必要説は取り入れられてはいない。

最後に補足だが、これら 3 つの表見代理の規定の効果は本人に対する効果帰属であって、有権代理ではないので、相手方はもちろん、無権代理人の責任を追及したり、取消しを行使したりすることも可能である（判例）。

なお、本人の追認があれば有権代理として効力が確定する。

以上（時効は出ません！ たぶん！）

最終更新日：2017 年 4 月 3 日