

2017年度同志社大学大学院司法研究科
後期日程入学試験問題解説
民法

I. 問（1）について

AD間の売買契約は、Bが代理人としてこれを締結している。しかし、（設例）2の記載から明らかなように、AはBに対して代理権を授与していないから、無権代理行為であり、原則としてAに効果は帰属しない（民法113条）。

その後Aが死亡してAをB及びCが相続した。今日の判例通説によれば、無権代理人が当該無権代理行為の本人の地位を共同相続した場合、この行為は当然に有効となるものではなく、いわゆる本人と無権代理人の地位が同一人に併存するとともに、追認権は共同相続人に不可分的に帰属するとともに、無権代理行為をおこなった相続人は信義則上追認を拒絶することができないことを認めている（最判平成5年1月12日民集47巻1号265頁）。

したがって、追認権が不可分的に相続されたのである以上、共同相続人であるB及びCがともに追認した場合には、本件土地の売買契約は遡及的に有効となるが（民法116条）、共同相続人のうちの一人が追認を拒絶するときは、本人に効果は帰属せず有効とはならない。

本問では、Cは無権代理行為について追認しているが、Bは追認を拒絶しているから原則として、無権代理行為の効果はDとの間で有効に帰属することはない。ただし、Bの追認拒絶が信義則に反し許されない事情がある場合には、Bは追認拒絶をすることができないから、Dの登記移転請求は認容される。

無権代理人が追認拒絶することが信義則に反する根拠は、無権代理であるにもかかわらず自ら契約締結行為をおこなっておきながら、本人たる地位を利用して行為の無効を主張することがいわゆる矛盾行為禁止の原則に触れ、相手方の信頼を害するからである。したがって、相手方も無権代理であることを知っている場合には、このような信頼は成立せず追認を拒絶することも許されるというべきである（通説）。

本問のDは、Bが代理権を有しない旨Bから説明を受けており、このような経緯に照らせばBの追認拒絶の主張は許されると考えることになるから、AD間の契約の遡及的な効果帰属を認めることはできない。

なお、Dは無権代理人の責任（民法117条）を追求することも考えられるが、Dが悪意者であることから民法117条2項によりBの責任は阻却されるから、その余の点について検討するまでもなく、移転登記請求の根拠とはなり得ない。

II. 問（2）について

Aは遺言を残していなかったのであるから、B及びCは相続分2分の1ずつでAの遺産を相続した。その後遺産分割協議をおこない、Aの所有する不動産についてはすべてCが相続するものとしたから、甲についても本問の遺産分割協議に基づきすべてCの所有である。

ところが、Bは法定相続分に基づく虚偽の持分登記を単独でおこなっており、これに基づいてBの債権者Eが差押えをおこなった。民法909条は遺産分割の遡及効を規定するから、Bは法定相続分についても遡及的に無権利となった以上、無権利の法理を適用して、Eの差押えを排除することができそうである。

しかし、判例通説は第三者に対する取引安全の保護の要請を重視して、遺産分割により相続分と異なる権利を取得したものは、その取得した権利を登記しない限り法定相続分を超える権利取得を第三者に対抗できないとする（最判昭和46年1月26日民集25巻1号90頁）。

本問のCはこの判例法理に従うなら、2分の1の持分を超える部分については、CはEに対して登記無しに対抗することができないから、登記の抹消は認められないことになる。

III. 問（3）について

FがBに対して本問の治療費を請求する根拠は、不法行為に基づく損害賠償請求であると考えられる（民法709条）。

伝統的な通説は、不法行為の請求原因事実として、①原告の権利または法律上保護される利益の存在、②①に対する被告の加害行為、③故意・過失、④損害の発生とその額、⑤②と④の因果関係を要求している。

本問の場合、FはBの運行する自転車と接触したために骨折しているから①②は当然に認められ、前照灯が転倒していない状態で日没後に自転車を運行していたのであるから③も認められ、そのために生じた骨折の治療費については④と⑤も認められるだろう。

したがって、Fの請求は認められる。

これに対して、Bは賠償額の減額を請求しているが、この反論は民法722条2項を類推しておこなう、いわゆる素因減額の抗弁であると考えられる。

本問のFの素因は加齢に伴う骨粗鬆症である。判例は、素因減額の可否について次のように述べている。すなわち、「被害者が平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、それが疾患に当たらない場合には、特段の事情の存しない限り、被害者の右身体的特徴を損害賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできないと解すべきである。けだし、人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものということとはできないものであり、極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されているものというべきだからである。」（最判平成8年10月29日民集50巻9号2474頁）

そうすると、老化による骨粗鬆症を疾病と考えるならば素因減額が肯定され、老化にともなう身体的な特徴だと考えるならば、そのような老人が道路を通行することもあり得ることは当然予期すべきことであるから素因減額は認められないことになる。

なお、本問のFは横断歩道を通行中であるから、Fの過失相殺は原則として考慮しなくてよい。

以上