



明治学院大学機関リポジトリ
<http://repository.meijigakuin.ac.jp/>

Title	日本民法761条との比較におけるドイツ民法の1357条 消費者契約への適用の問題を中心に
Author(s)	福田, 清明
Citation	明治学院大学法律科学研究所年報 = Annual Report of Institute for Legal Research, 33: 181-193
Issue Date	2017-07-31
URL	http://hdl.handle.net/10723/3187
Rights	

日本民法761条との比較におけるドイツ民法の1357条

——消費者契約への適用の問題を中心に——

福田 清明

目次

はじめに

第1章 日本民法761条

第1節 現行民法761条への変遷

第1款 明治民法における804条

第2款 戦後の家族法改正における761条

第2節 日常家事連帯債務の法的性質

第3節 日常家事に入る事柄

第2章 ドイツ民法1357条

第1節 現行ドイツ民法1357条への変遷

第2節 現行ドイツ民法1357条の合憲・違憲問題

第3節 生活需要を充足させるための一方配偶者の行為（鍵の権限：Schlüsselgewalt）
の法的性質

第4節 生活需要を充足する行為の要件と効果

第1款 要件

第2款 効果

まとめ

はじめに

民法761条は、代理法と関係で最高裁判決（最判昭和44年2月18日民集23巻2号2476頁）があり、財産法を研究する者にとっても特に馴染のある家族法の条文である。同条は、1898年に公布・施行された明治民法804条にその源があり、第二次世界大戦後に日本国憲法に適合するように改正されて登場したものである。明治民法804条の法典調査会では、参照条文として旧民法財産取得編434条1項、フランス民法534条、1549条3項、ドイツ民法第1草案278条、ドイツ民法第2草案257条が挙げられていた。ドイツ民法第1草案278条、ドイツ民法第2草案257条は、現行ドイツ民法1357条の前身である。消費者法研究会の報告として、本稿では、ドイツ民法1357条が消費者契約に適用されるかという問題について報告する。

第1章 日本民法761条

第1節 現行民法761条への変遷

現行日本民法761条の前身は、明治民法804条であり、同条が、戦後の日本国憲法に適合するように、改正され現行民法761条となった。

第1款 明治民法の中における804条

明治民法は、804条1項で、「日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス」と定め、同条2項で、「夫ハ前項ノ代理権ノ全部又ハ一部ヲ否認スルコトヲ得但之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と定めた。

その明治民法は、民法総則で、妻を無能力者として規定し、妻の取引能力に強い制限を加えた(14条～18条)。夫は、妻の財産を使用・収益する権限を有すること(明治民法99条)の代わりに、婚姻費用を単独で負担するとされた(明治民法98条)。このように、夫婦の共同生活は夫の指導権によって営まれることが想定されていた。そのような明治民法において、804条1項で、日常家事について妻を夫の代理人とみなし、妻が日常家事に関する行為をすることによって夫にその効果が発生するとしていた。妻が個人としては取引を制限されていたのであるから、たとえ、日常家事のための取引を妻がしようと思っても、自己の財産を夫に管理されていたし、財産管理の点を度外視しても、無能力者とされていたので取引を確定有効にすることはできなかったのである。妻が日常家事について行為を行い、それが確定有効となり、家事の執行ができるためには、妻を夫の代理人であると法定し妻の行為の効果を夫に帰属させること、すなわち日常家事について妻がなした行為の対外的責任を夫に負わせる必要があった。妻が、自己の財産についても管理することができず、取引において単独では確定有効の契約を結ぶことができない一方で、妻に日常家事の役割を果たさせようとしたときに、日常家事に関する妻の法定代理権は、明治民法にとって必要な制度であった。

大正時代の改正要綱は、これに対して多少の修正を加えようとしたが、もとより根本的な改正ではなかった。

第2款 戦後の家族法改正の中における761条

1947年の家族法改正は、日本国憲法24条の理想に従い、妻の無能力制度を廃止し、妻の財産に関する夫の管理権も廃止した。夫婦の共同生活は夫婦の協力によって維持されるものとし、財産関係についても徹底した平等主義をとった。主婦婚における夫婦の分業、すなわち、夫婦それぞれがその職分を担当して協力することが、憲法のいう「夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持され」る婚姻関係であることは、疑いを容れない。日常家事についての法律行為が夫婦のどちらによってなされても相手方は夫婦双方が主体であると考えるのが通常であり、その取引相手方の保護を担う条文として761条が位置付けられた。

第2節 現行民法761条の法的性質

夫婦の他方の名で行うか、又は、自己の名で行う法律行為の効果が、夫婦双方に帰属することをどのように説明するか。さらに法律行為を行った配偶者にも効果が帰属することをどのように説明するか。

・学説

「代理権を相互に761条が与えたことを肯定する代理権肯定説」（内部でさらに別れている）と「代理権を相互に761条が与えたことを否定して法定の要件を具備した場合に法律効果が発生するとする法定効果説」とが大きく対立している。

・判例（最判昭和44年2月18日民集3巻2号2476頁）

- ① 民法761条は、夫婦が相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することを規定しているものと解するのが相当である。
- ② しかしながら、民法761条の日常家事債務の連帯責任に関する規定を根拠に夫婦相互にある（法定）代理権限を110条の基本代理権に含むことはできない。夫婦の財産的独立を損なうからである。民法110条の趣旨を類推適用して、当該越権行為の相手方である第三者においてその行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲に属すると信ずるに正当な理由のあるときに限り、761条の連帯責任を認める。

第3節 日常家事に入る事柄

クレジットカードを利用して、商品又はサービスを購入することが多くなったことに応じて、判例でも、個品割賦購入あっせんによる立替払契約が問題となることが出てきた。購入者たる一方配偶者と販売業者の間の売買契約と、購入者たる一方配偶者と信販会社との間の立替払契約が存在すると解されるが、判例は、商品売買契約と立替払契約を分離・区別して日常家事の範囲内かどうかを判断していない。商品の売買契約が日常家事の範囲内であれば、立替払契約も日常家事の範囲内とする判断をしている。一部学説は、商品の売買契約と立替払契約を分けて、前者は日常家事の範囲であるが、後者は、契約内容によってはその範囲外でとすることもありうると考える。

第2章 ドイツ民法357条

第1節 現行ドイツ民法357条への変遷

1896年に制定されたドイツ民法357条が、1957年の男女同権を体現した家族法改正において改正され、さらに、1977年の家族法改正において改正された。これが、現行ドイツ民法357条である。

第1款 1896年の民法357条

1896年のドイツ民法357条で妻が有する権限は、鍵の権限と呼ばれていた。鍵の権限という制度は、古代までに遡る。中世において婚姻した女性は、鍵束をもち歩き、その鍵束は、既婚女性のもつ権利を象徴していた。この権利は、妻の財産管理権を夫が持っていた時代の妻たちにとっては意義を有していた。妻たちが、法的拘束力のある法律行為を為すことができる鍵の権限の範囲外では、夫たちの後見に服していたからである。1896年のドイツ民法357条で、妻は、家事以外の分野では無能者として扱われていたが、家事の範囲では、夫のために代理権を有すると規定されており、夫に法律効果が帰属するという意味で法的拘束力のある法律行為をなすことができたのである。

ドイツ1896年民法357条は、夫婦財産制でどれが選択されるかに関係のない箇所つまり婚姻の効果の箇所、規定されている。そこでは、家事の範囲において妻が行った行為の効果が夫に帰

属する。その行為によって義務を負担し権利を取得するのは夫であった。その反対のこと、すなわち家事の範囲で夫が行った行為の効果が妻に帰属することは規定されていなかった。無能力者とされていた妻、そして自らの財産でさえ自らで管理させてもらえなかった妻が、家事を自ら処理するために必要な法律行為に法的拘束力をもたせるための制度であった。妻に独自の収入がないことは、法律が妻に与えた家政遂行の課題を履行することを困難ならしめる。そのことに対処するのが民法357条であった。家政遂行の課題をこなしていくことができるためには、妻がその夫の金銭への擱取力を有することが、家族の共同の生活需要の充足が必要である限りにおいて、必要であった。

第2 款 1957年の民法357条

1957年改正家族法は、男女同権の思想を体現したものではあったが、なお、主婦婚（妻は、稼働はせず、専ら家政に従事し、夫だけが稼働し家庭の生計を維持する形の婚姻。単独稼働婚で属し、稼働する配偶者が妻である形態である。単独稼働婚以外には、共稼ぎ婚と付加稼働婚がある。）を前提としていた。かくして、1958年のドイツ民法356条では、妻は、自己の責任で家政を遂行するので、婚姻と家族における義務と両立しうる限りで所得活動を行う権限を有するのみと規定された。稼働しない妻は、行為能力はあっても、家事に関する有償行為においても夫に依存せざるをえず、1957年に改正された357条1項1文は、妻は、家庭の影響範囲内において夫のために夫の行為をなし且つ夫を代理する権限を有すると定め、各配偶者の行為ではなく妻の行為のみの効果を各配偶者ではなく夫のみに帰属させた。同条同項3文で、夫に支払い能力がない場合に、初めて、妻も義務を負うと規定され、妻の行為の効果が妻にも帰属させた。

第3 款 1977年の民法357条（現代型夫婦へのモデル転換と357条）

主婦婚という婚姻の主要モデルが、民法からも社会的現実性からも消滅したが。しかし民法1357条は存続した。したがって、変化した状況に適応した新たな目的設定が民法357条に必要となった。その目的設定は、夫婦の各々は、その時々収入状況から独立に、家族の需要を独自に満たすことができるべきであるというものである。そしてその目的のために、一方配偶者の行為は、他方配偶者にも効果を及ぼし、その結果、当該一方配偶者の契約相手方にとって、他方配偶者の財産を擱取可能にしておいた。

第2 節 現行ドイツ民法371条の合憲・違憲問題

一時、民法357条の合憲性は争われた。批判説（違憲説）のアプローチは、婚姻外の生活共同のパートナーには同条に相当する規定がないことであった。したがって、婚姻配偶者は、婚姻外の共同生活のパートナーと比較して不利に扱われ得る。なぜなら、婚姻配偶者だけが民法357条を根拠に、他人（配偶者）の債務について責任を負わなければならないからである。この不平等が、基本法6条1項（婚姻と家族は国家秩序の特別な保護に服す）の違反を意味すると言われた。通説（合憲説）は、民法357条を正当化する二つの根拠を見出した。一つには、婚姻上の配偶者は、他人の債務の債務者になるばかりでなく、他人の有する請求権に関して債権者にもなるということである。もう一つは、民法357条は、扶養に近似した規定であるということである。婚姻外の生活共同のパートナーとは対照的には、婚姻上の配偶者は、婚姻締結をもって、自由意思で、

扶養義務を引き受ける。それと同様に、婚姻上の配偶者は、婚姻締結をもって、扶養義務に近似した民法357条の法律関係を自由意思で引き受けるのであると説明する。

第3節 生活需要を充足させるための一方配偶者の行為（鍵の権限：Schlüsselgewalt） の法的性質

ドイツ民法357条1項は、「夫婦の一方は、他方に対しても効力を生ずる家族の生活の需要を相当に満たすための法律行為をする権限を有する。夫婦は、この行為により、権限を有し義務を負う。ただし、事情により別段の結果を生ずべきときは、この限りではない」と規定する。本条で、自己の名における法律行為が法律行為を為す者の配偶者との関係でも直接的な効力を有することを認めている。夫婦の一方が、家族の生活の需要を満たすための債権契約を相手方と締結すれば、夫婦双方が連帯債務者（ドイツ民法421条～425条）となり、また連帯債権者（ドイツ民法第428条）となる。鍵の権限に基づく行為は、代理とは区別される。なぜなら、鍵の権限においては第三者のために効力を有する行為を行うという代理意思が存在しなくてもよく、また代理意思が取引の相手方に顕かにされる必要もないからである。実際に法律行為を行った夫婦の一方も自ら権利を有し義務を負うことから、鍵の権限に基づく行為を代理として構成することはできない。学説には、独自の家族法上の法的権限を付与すると捉える見解、法定の義務付け授權と解する見解などがあり、法的性質については争いがある。しかしながら、ドイツ民法総則の164条以下の代理の諸規定が鍵の権限に類推適用可能であるという点で一致している。

第4節 生活需要を充足する行為の要件と効果

第1款 要件

(1) 夫婦であること

有効な婚姻がなければならぬ。登録された「人生パートナー」は、要件としての「夫婦であること」に該当する（パートナー法8条）。婚約者は入らない。「夫婦であること」に、別居はしていないこと（1357条3項）を結合させて理解するので、この要件を満たすには、別居していないことが必要である。別居していることを知らなかった善意の第三者が、一方配偶者の取引相手方であった場合、善意の第三者保護規定は用意されていない。

(2) 生活需要を充足するための法律行為

- ① 家族の生活需要： 配偶者の職業・商売の需要は、家庭の生活需要には入らない。
- ② 具体的な家族の生活需要に適合していること（生活需要を適切に充足する「適切性」基準を満たしていることも含まれる）。

「生活需要を充足させるための一方配偶者の行為（鍵の権限）」に含まれる行為は、食料、衣料、家庭用品の購入、電気・ガスの供給契約、電話サービス契約（BGH NJW 2004 1593）、家具保険契約、休暇期間の旅行の、自動車購入契約、医師との医療契約である。

「生活需要を充足させるための一方配偶者の行為（鍵の権限）」に含まれない行為は、家の購入、有価証券の購入、借家の賃貸借契約（争いあり）、学校の在学契約である。

③ 金銭消費貸借

金銭消費貸借が「生活需要を充足させるための一方配偶者の行為（鍵の権限）」に含まれるか否かの議論を紹介する。物の消費貸借とは対照的には、金銭消費貸借は、原則として1357条1項の行為に入らない。これが通説である。配偶者が雇用契約によって家族の扶養のための金銭を取得しその金銭で家族の需要を充足させたとしても、その家族の需要充足は直接的でないので、雇用契約が1357条1項の行為に入らないと同じである。

学説において、金銭消費貸借の貸主が家族に貸金を用立てる場合が指摘されるが、例えば、友人からの貸金、近所の人からの貸金である。これらは、これらの金銭消費貸借は両配偶者と締結されたかどうかの解釈をすればよいであろう。肯定されれば、両配偶者が返還義務を負い、そうでなければ一方配偶者だけが返還義務を負う。

通説に反対する説は、金銭消費貸借の貸主を物品消費貸借の貸主の比べて不利に扱うことは許されないと反論するが、その批判は当たらない。なぜなら、ドイツ民法357条の趣旨は、債権者保護にはないからである。

金銭消費貸借がドイツ民法357条1項の行為に入らないという原則からの例外は、金銭消費貸借が生活需要充足と直接結びついている結合取引の場合には認められる。クレジット契約で家族需要を充足する財又はサービスを購入する場合は、その中の信用供与契約部分は金銭信用であるが、ドイツ民法1357条の行為に含まれるのである。これについては、後述の④の消費者契約も参照のこと。

④ 消費者契約

消費法が適用される訪問販売（Haustürgeschäft；ドイツ民法312条1項）、割賦販売（Abzahlungsgeschäftは、2002年以後は民法のTeilzahlungsgeschäft；ドイツ民法506条以下）、通信取引契約（Fernabsatzvertrag；ドイツ民法312条）等の消費者契約（Verbrauchervertrag）は、ドイツ民法357条の行為に含まれるという問題ついて、争いがある。1894年5月16日の訪問販売法は、1991年1月1日より消費者信用法の中に解消され、消費者信用契約は、他の種類の消費者契約とともに、2001年の債務法現代化法（施行は2002年1月1日）でドイツ民法に取り込まれた。訪問販売法と呼ばれている時代、下級審裁判例と一部学説は、1357条を割賦販売に適用することを否定していた。しかし、現在の圧倒多数の学説は、訪問販売だけでなく、消費者保護規定が適用される割賦販売、通信販売等を、1357条の行為に含めることを肯定している。（Böck OK BGB 42 Edition 1357BGB, Rn 22）。もし、これを否定すると、

配偶者に鍵の権限を授与して追求してきた目的、すなわち、配偶者の信用を高めることが、大部分の場合に実現できないことになってしまうし、まさに与信を受けることと結びついた取引において、家族の信用は、特別な程度で、強化される必要があると、肯定説は考える。

上述の否定説は、消費者契約の場合に撤回権及び返還権を発生させるドイツ民法355条、356条といった諸規定が適用される場面では、ドイツ民法357条を適用するべきではないという。消費者保護に資する契約書および撤回権に関する諸規定は消費者保護に資するものであり、それらの規定の適用と並んでドイツ民法357条をも適用することはすべきではないと否定説は、言う。取引を行った者の配偶者が必ずしもその取引について知らないのに、撤回権の2週間という短期の期間が、その配偶者との関係において、経過してしまう問題性を、否定説は、指摘し、短期の期間の進行が正当化されるのは、その配偶者が期間の開始について知っている場合である主張する。このような問題を回避することができる点を、否定説の根拠に挙げる。また、肯定説を採れば、取引を行っていない配偶者も共に義務づけるためには、契約書による契約でなければならないという様式性規定も、その配偶者との関係でも遵守されねばならないことになろう。

ドイツ民法357条の消費者契約への適用を肯定する肯定説は、取引を行った一方配偶者と共に義務を負うことになる他方配偶者が撤回権について知らないのに、その期間が進行することは、甘受せねばならないという。なぜなら、適時に情報が取引を行った配偶者から提供されるか否かは、代理における本人と代理人の内部関係と同様に、配偶者相互の内部関係の問題であるからである。より重大なのは、ドイツ民法357条の適用範囲から完全に消費者契約を追い出すことを受け容れることで、鍵の権限に関する条文の適用領域が極端に狭くなってしまうことであると、肯定説はいう。日常需要の充足のための大多数の行為は、消費者契約であるから。ドイツ民法357条の存在に意義を持たせたいとすれば、同条は、消費者契約に適用すべきであり、肯定説が正当である。

消費者契約にドイツ民法357条が適用されるとした場合つまり肯定説を採った場合、次の問題が生じる。すなわち、取引を行った一方配偶者と共に義務を負うことになる他方配偶者は消費者保護規定の保護をどのように受けることができるかという問題である。これは、(ア)その他方配偶者との関係で書面性の要件がどのように守られるのか、遵守した場合にいかなる効力が生じるのかということと、(イ)両配偶者のうちのどちらの配偶者に撤回権が帰属し、撤回権が行使された場合、どのような効果が生じるのかという問題である。

【肯定説を採った上での(ア)の問題】 様式性及び情報提供の規定は、専ら、消

費者に対して遵守するように定められている。この消費者として、外部に向かって現れた配偶者の方であると解すべきである。この配偶者こそが、自己の契約締結を通して、他方配偶者に共に義務を負わせかつ権利を取得させるのである。自ら行為する配偶者に対する様式性規定の遵守および情報提供規定の遵守があれば、それは、他方配偶者との関係でも効力を有する。

【肯定説を採った上での(イ)の問題】 この問題については、まず、各配偶者に撤回権が帰属することを前提に議論が始まっている。その上で、撤回権が両配偶者の共同で行使されねばならないか（共同行使説）、それとも、1人の配偶者によって行使されるかで、見解が分かれる。1人の配偶者が行使できるとする見解の内部で、一方配偶者の債務から他方配偶者の債務への一方的付従性をだけを認めるのか（一方的付従性説）、両債務の双方的付従性を認めるのか（双方的付従性説）で対立がある。

鍵の権限によって消費者契約が締結され、撤回権が両配偶者に帰属した場合、ドイツ民法351条で複数の解除権者が登場した場合解除権行使の不可分性を規定しているのに対応して、共同行使説は、両配偶者が共同で行使しなければならないという。一方的付従性説は、自ら行為を行った配偶者の消費契約上の債務は、その配偶者の撤回権行使によって消滅し、付従性によって、自ら行為しなかった他方配偶者の債務も消滅するが、しかし、自ら行為をしなかった他方配偶者が撤回権を行使しても付従性はなく、その他方配偶者の債務だけが消滅すると説く。双方的付従性説は、どちらの配偶者がその撤回権を行使しても、それによって行使した配偶者の消費契約上の債務が消滅し、付従性によって他方配偶者の債務も消滅すると説く。各配偶者が両配偶者のために効力を有する撤回権を有していることを前提にすべきである。他方配偶者に共に発生する義務には一方的な付従性があるということを主張する見解もある。

一方的付従性説は、自説の根拠を、自ら行為しない配偶者には契約当事者としての性質が欠けている点に求め、それゆえに、そのような配偶者の消費契約上の債務の消滅には付従性がなく、他方配偶者の債務の消滅を導かないとする。しかし、ドイツ民法357条が両配偶者に共に権利が発生し共に義務を負うとした両配偶者の関係は、消費者契約が締結された後も継続していると見られることを考えると、双方的付従性説が素直だと考える。消費者契約に関する撤回権について、ドイツ民法351条の解除権の不可分性を準用することを明文で規定しているのに、鍵の権限については、そのような準用規定がないことが、共同行使説の弱点である。

(3) 排除事由がないこと

以下のいずれかの場合には、排除事由がある。

- ① 特段の反対事情（1357条1項後段）の存在：夫婦間で代理権を授与した場合

② 夫婦財産契約による取決めが登記されていること

第2款 効果

(1) 債務法的平面での効果発生承認

生活需要を適切に充足するための行為に基づき、行為をしない配偶者も行為をした配偶者と共に取得する権利＝共同権利（ドイツ民法28条の連帯債権かドイツ民法32条の不可分債権か）または共に負う義務＝共同義務（ドイツ民法25条の連帯債務）が発生する。ドイツ民法357条1項の文言が、「そのような生活需要を充足するための行為により、……夫婦双方は、事情により別段の結果を生ずべきことがなければ、権限を有しかつ義務を負う」と定めていることから、義務と権利が他方配偶者にも帰属する。

ドイツ民法357条で、法律行為から発生する第一次的請求権（給付請求権）以外に、第二次的請求権（損害賠償請求権）および形成権（解除権、取消権、撤回権等）も効果として発生し、配偶者に帰属するかの問題につき、多数説は、損害賠償請求権及び形成権等の第二次的請求権についても同条の効果として発生し配偶者に帰属することを認める。

(2) 物権的效果発生否定

判例（BGHZ11476f）・通説によると、ドイツ民法357条の効果は、物権法的平面には及ばない。同条の効果として、一方配偶者が生活需要を適切に充足するために行為をして、他方配偶者に債務と債権が帰属しても、物権の帰属が生じることはないとする。ドイツ民法357条によって入手した物の所有者に誰がなるかは、一般的な物権法の規定、すなわち動産であれば、物権的合意と引渡しを要件とするドイツ民法929条以下に照らして判断されるのである。この物権的合意が、例えば箆筒という動産を売主が両配偶者に譲渡することに向けられていた場合には、箆筒は両配偶者の共有に帰すのである。これは、しかしドイツ民法357条の効果ではないのである。

この通説に反対する反対説は、「夫婦双方は、……権限を有しかつ義務を負う」ことは、ドイツ民法357条の効果は物権法的な権利取得にも及ぶと考える。物権法的な権利取得をもって、義務付行為が履行されたことになる。ドイツ民法1357条の文言及び義務付け行為と履行行為の密接な連関は、この反対説を支持するようにも見える。妻が通信販売でテレビ受像機を購入する場合、この売買契約に基づいて、妻と共に、夫が義務付けられかつ権限を有することになる。その帰結として、買主側に立つ夫への共有持分権譲渡に関する売主に対する履行請求権が存在すると、反対説は説く。妻へのテレビ受像機の譲渡請求権のみが発生するだけでは、夫にも完全な「権限を有すること」を達成したことにならないという。売買契約の完遂のためになされる譲渡が、ドイツ民法357条1項2文の効力をもって、両配偶者との関係で生じる、つまり物権法的效果が生じる。

まとめ

ドイツ民法357条の鍵の権限は、日本の761条と同様に、妻の行為無能力と家政遂行の組み合わせの中では、説明がつく制度であったかもしれないが、夫婦の男女同権、共働きを前提にする家庭においては、一方的な法定代理権から双方向的な法定代理権構成によって修正しても、民法の諸制度の中では異物に映る。

消費者契約にドイツ民法357条の適用があるかという問題は、連帯責任のみを効果として規定する日本民法761条には関係がないと言い切れるだろうか。賃料債務の連帯責任においては、賃借権も両配偶者に帰属するという判例もあるし、そもそも日本民法761条でもって、両配偶者が互いのための法定代理権を与えられていると構成すると、一方配偶者によって締結された消費者契約において、消費者に与えられる撤回権が、他方配偶者にも発生してもおかしくない。実益のある立論を、ドイツの議論から見出すことは、まだできないが、消費者契約と761条というまだ日本では議論されていない議論を報告した。

【日本の現行法以外の引用条文】

日本の明治民法

明治民法第4条

- 1 項：妻カ左ニ掲ケタル行為ヲ為スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス
 - 一 第十二条第一項第一号乃至第六号ニ掲ケタル行為ヲ為スコト
 - 二 贈与若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絶スルコト
 - 三 身体ニ羈絆ヲ受クヘキ契約ヲ為スコト
- 2 項：前項ノ規定ニ反スル行為ハ之ヲ取消スコトヲ得

明治民法第5条

- 一 種又ハ数種ノ営業ヲ許サレタル妻ハ其営業ニ関シテハ独立人ト同一ノ能力ヲ有ス

明治民法第6条

- 夫ハ其与ヘタル許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得但其取消又ハ制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

明治民法第7条

- 左ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セス
 - 一 夫ノ生死分明ナラサルトキ
 - 二 夫カ妻ヲ遺棄シタルトキ
 - 三 夫カ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキ
 - 四 夫カ瘋癲ノ為メ病院又ハ私宅ニ監置セラルルトキ
 - 五 夫カ禁錮一年以上ノ刑ニ処セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキ
 - 六 夫婦ノ利益相反スルトキ

明治民法第8条

夫カ未成年者ナルトキハ第四条〔現行民法第5条〕ノ規定ニ依ルニ非サレハ妻ノ行為ヲ許可スルコトヲ得ス

明治民法第798条

- 1 項：夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負担ス但妻カ戸主タルトキハ妻之ヲ負担ス
- 2 項：前項ノ規定ハ第七百九十条及ヒ第八章ノ規定ノ適用ヲ妨ケス

明治民法第799条

- 1 項：夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒ其配偶者ノ財産ノ使用及ヒ収益ヲ為ス権利ヲ有ス
- 2 項：夫又ハ女戸主ハ其配偶者ノ財産ノ果実中ヨリ其債務ノ利息ヲ払フコトヲ要ス

明治民法第800条

第五百九十五條 使用貸借における借用物の費用負担の規定 及ヒ第五百九十八條 使用貸借における借主の収去の規定 ノ規定ハ前条ノ場合ニ之ヲ準用ス

明治民法第801条

- 1 項：夫ハ妻ノ財産ヲ管理ス
- 2 項：夫カ妻ノ財産ヲ管理スルコト能ハサルトキハ妻自ラ之ヲ管理ス

明治民法第802条

夫カ妻ノ為メニ借財ヲ為シ、妻ノ財産ヲ讓渡シ、之ヲ担保ニ供シ又ハ第六百二条ノ期間ヲ超エテ其賃貸ヲ為スニハ妻ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス但管理ノ目的ヲ以テ果実ヲ処分スルハ此限ニ在ラス

明治民法第804条

- 1 項：日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス
- 2 項：夫ハ前項ノ代理權ノ全部又ハ一部ヲ否認スルコトヲ得但之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

ドイツ民法の日本語訳

(1) 1896年8月18日のドイツ民法（施行は1900年1月1日）

1900年のドイツ民法1357条

- 1 項：妻は、家庭の影響範囲内において夫のために夫の行為を処理し且つ夫を代理する権限を有する。妻がこの影響範囲において為す法律行為は、夫の名において為したるものとみなす。但し、事情により別段の結果を生ずべき場合はこの限りでない。
- 2 項：夫は、妻の権限を制限又は排除することができる。妻の権利の制限又は排除が夫の権利の濫用になる場合、後見裁判所は妻の申請によりこれを廃止することができる。この制限及び排除は、第三者に対して第435条の規定に従いてのみその効力を有する。

1900年のドイツ民法358条

- 1 項：妻が第三者に対して自己によりなすべき給付に義務付けられた場合、夫は、自らの申立てに基づいて後見裁判所からその解約告知の権限を与えられていたときには、妻の法律関係を、解約告知期間を遵守することなく、解約告知することができる。後見裁判所は、妻の活動が婚姻上の利益を害することが明らかな場合には、権限を付与しなければなら

ない。

2 項：解約告知権は、夫が妻の義務に同意したか又はその同意が妻の申立てによって後見裁判所によって取って代わられた場合には、排除される。後見裁判所は、夫が病気又は留守によって他の意思表示の発信を阻止され、延滞の危険に結びついている、または、同意の拒絶が彼の権利の濫用を意味している場合に、同意に取って代わることができる。家庭共同体がとって置かれる限り、後見裁判所は、夫に同意しない。

3 項：同意及び解約告知は、夫の代理によって行われることはできない。夫が行為能力において制限されている場合には、夫は、その法定代理人の同意を必要としない。

1900年のドイツ民法435条

1 項：夫婦財産契約をもって夫の管理及び用益権を排除又は変更したときは、法律行為を為したる当時又は訴提起の当時その排除又は変更の事実が管轄裁判所の夫婦財産登記簿に登記され又は第三者がその事実を知った場合に限り、その排除又は変更に基因する抗弁を持って夫婦の一方と法律行為を為した第三者又は夫婦の一方との間に確定判決を得た第三者に対抗することができる。

2 項：夫婦財産登記簿に登記された夫婦の財産に関する定めを、夫婦財産契約をもって廃止し又は変更したるときまた同じ。

(2) 1957年6月8日の男女同権法によるドイツ民法改正（施行は1958年7月1日）

1958年のドイツ民法356条

1 項：妻は、自己の責任において家政を執行する。妻は、稼働することが妻の負う婚姻と家族の義務と矛盾しない限りにおいて稼働する権限を有する。

2 項：配偶者の各々は、他方の配偶者の職業又は商売において協力することが、両配偶者が生活する環境に照らせば、通常である限りにおいて、協力する義務を負う。

1958年のドイツ民法357条

1 項：妻は、家庭の効果範囲内において夫のために夫の行為をなし且つ夫を代理する権限を有する。妻がこの効果範囲において為す法律行為に基づいて、夫は、権限を有しかつ義務を負う。但し、事情により別段の結果を生ずべき場合はこの限りでない。夫に支払い能力がない場合、妻も義務を負う。

2 項：夫は、妻の権限を制限又は排除することができる。妻の権利の制限又は排除に、十分な理由がない場合、後見裁判所は妻の申請によりこれを廃止することができる。この制限及び排除は、第三者に対して第412条の規定に従ってのみその効力を有する。

(3) 1976年6月4日の第一次婚姻法改正法律によるドイツ民法改正（施行は1977年7月1日。これが2002年1月2日の現行条文テキストになっている）

1977年のドイツ民法356条

1 項：配偶者は、相互の了解において家政執行を規律する。家政執行が配偶者の一方に委ねられた場合、この配偶者は、家政を自己の責任で主宰する。両配偶者は、稼働する権限を

有する。

2 項：稼働活動の実行と選択に際して、配偶者は、他の配偶者と家族の利害につき必要な配慮をしなければならない。

1977年のドイツ民法1357条【生活需要を充足するための行為】

第1 項：夫婦の一方は、家族の生活需要を適切に充足するための行為を、他の一方にも効果が発生するように行う権限を有する。そのような行為により、夫婦双方は、事情により別段の結果を生ずべきことがなければ、権限を有しかつ義務を負う。

第2 項：夫婦の一方は、自己に効果が生じる行為を行う他方の権限を制限し又は排除することができる。； この制限又は排除に十分な理由がない場合、家庭裁判所は申立てに基づいて、その制限又は排除を廃止しなければならない。この制限又は排除は、第三者に対して、第412条の基準に従ってのみ、効力を有する。

第3 項：第1 項は、夫婦が別居している場合、適用されない。

以上