

目次

意思表示の瑕疵

第1問	通謀虚偽表示	1
第2問	94条2項類推適用	7
第3問	94条2項類推適用（令和4年司法試験設問1（1）参考）	13
第4問	錯誤（動機の錯誤）	19
第5問	詐欺（取消前の第三者）	25
第6問	詐欺（取消後の第三者）	31

代理

第7問	無権代理と追認（平成25年司法試験設問1参考）	37
第8問	代理権濫用（平成28年司法試験設問1（1）参考）	43
第9問	無権代理と共同相続（平成28年司法試験設問1（1）参考）	49
第10問	後見人による無権代理行為の追認拒絶（令和2年予備試験設問1参考）	55
第11問	110条の表見代理	61
第12問	日常家事代理（令和2年司法試験設問3参考）	67

時効

第13問	時効完成後の債務の承認	73
第14問	自己物の時効取得（令和1年予備試験設問2参考）	79
	時効完成前の第三者（同上）	
	取得時効により原始取得される所有権の範囲（同上）	
第15問	土地賃貸権の時効取得（平成29年司法試験設問1参考）	87
第16問	相続と185条の「新たな権限」（令和4年予備試験設問2参考）	93

不動産物権変動

第17問	共同相続	99
第18問	遺産分割	105
第19問	排除悪意者排除論（令和4年司法試験設問1（2）参考）	111
	背信的悪意者に当たる第二譲受人からの転得者の地位（同上）	
第20問	不法行為責任と177条（平成22年司法試験設問2参考）	117
	背信的悪意者排除論（同上）	

動産物権変動

第21問	即時取得（平成21年司法試験設問2参考）	123
第22問	占有改定による即時取得の可否（令和5年予備試験設問2参考）	129
第23問	指図による占有移転による即時取得の可否（令和3年司法試験設問1（1）参考）	135
	動産回復請求ができる間の「盗品又は遺失物」の所有権の帰属先（令和3年司法試験設問1（1）参考）	

所有権

- 第24問 付合に伴う償金請求（平成27年司法試験設問1（2）参考）・・・141
- 第25問 共有者間における明渡請求（令和5年司法試験設問1（2）参考）・・・151
共有者間における「自己の持分を超える使用の対価」の償還義務（令和5年司法試験設問1（2）参考）

用益物権

- 第26問 隣地通行権（令和2年司法試験設問2（1）参考）・・・157

抵当権

- 第27問 抵当権侵害を理由とする妨害排除請求・・・165
抵当権侵害を理由とする損害賠償請求
- 第28問 抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位と賃借人の相殺の優劣（平成25年司法試験設問3参考）・・・171
- 第29問 抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位（令和5年司法試験設問3参考）・・・179
- 第30問 法定地上権・・・185

留置権

- 第31問 被担保債権と物の牽連性（平成27年司法試験設問2（2）参考）・・・191

譲渡担保

- 第32問 譲渡担保権設定者による物権的請求権の行使・・・197
- 第33問 弁済期経過後に換価処分がなされた場合において清算未了前に所有権を受け戻すことの可否・・・203
- 第34問 合動産譲渡担保（令和3年予備試験設問2参考）・・・209

所有権留保

- 第35問 動産留保所有権者の妨害排除義務（平成30年司法試験設問2（1）参考）・・・215

債務不履行に基づく損害賠償請求

- 第36問 相当因果関係・・・221
履行に代わる損害賠償請求
- 第37問 相当因果関係（平成24年司法試験設問3参考）・・・227
- 第38問 借借人の保管義務違反（平成25年司法試験設問2参考）・・・233
- 第39問 解除後の履行に変わる損害賠償請求（令和5年司法試験設問2参考）・・・239
損益相殺（同上）

責任財産の保全

- 第40問 詐欺被害者の債権者による代位（令和2年予備試験設問2参考）・・・247
詐害行為取消権（同上）

第41問	賃貸借契約の合意解除に伴う敷金返還請求権の放棄合意の詐害行為取消し（平成23年司法試験設問1（2）参考）	253
第42問	離婚に伴う財産分与の詐害行為取消し（平成30年予備試験設問2考） 離婚意思の内容（同上）	261
第43問	不動産の二重譲渡における第一譲受人による詐害行為取消権の行使（令和4年司法試験設問1（2）参考）	269

受領遅滞

第44問	受領遅滞を理由とする契約解除	277
------	----------------	-----

相殺

第45問	相殺の基本事例 差押後に取得された債権を自働債権とする相殺	283
------	----------------------------------	-----

債権譲渡

第46問	将来債権譲渡（平成25年予備試験設問1（1）参考） 譲渡禁止特約違反の債権譲渡（平成25年予備試験設問2参考）	289
第47問	債権譲渡登記のみを具備した第一譲受人の地位（平成18年司法試験設問3参考）	297
第48問	譲受債権の発生原因である契約の債務不履行解除	303

保証

第49問	保証債務履行請求における請求原因事実（平成25年司法試験設問1参考）	309
第50問	保証人の消滅時効の抗弁（令和3年司法試験設問3（1）参考） 保証人の履行拒絶の抗弁（同上）	315
第51問	無委託保証人の求償権（令和3年司法試験設問3（2）参考） 連帯保証人間の求償権（同上）	321

契約

第52問	売買の目的物に関する物理的表示が一致していない一方で、内心の意思が一致している事例（平成21年司法試験設問1参考）	327
第53問	補充的契約解釈（平成24年司法試験設問2参考）	333

債務不履行を理由とする契約解除

第54問	催告解除 無催告解除	341
第55問	将来債権譲渡契約の解除（平成23年司法試験設問2参考）	347
第56問	制限種類債権の履行不能を理由とする解除（令和3年予備試験設問1参考） 複合的契約の解除（同上）	353
第57問	解除前の第三者（平成20年司法試験設問1参考）	359

売主の責任

- 第 5 8 問 他人物売買の解除（平成 2 8 年予備試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・ 365
 他人物売買における買主の使用利益返還義務（同上）
- 第 5 9 問 目的物の品質に関する契約不適合を理由とする解除（平成 2 6 年司法試験設問 1
 参考）・・ 371
 目的物の品質に関する契約不適合を理由とする債務不履行解除と目的物の品質に
 関する錯誤の競合
- 第 6 0 問 目的物の品質に関する契約不適合を理由とする代金減額請求（令和 2 年司法試験
 設問 1 参考）・・ 377
 目的物の品質に関する契約不適合を理由とする損害賠償請求（同上）

賃貸借

- 第 6 1 問 賃借物の品質に関する契約不適合を理由とする損害賠償請求（平成 2 6 年司法試験
 設問 1 参考）・・ 383
 賃借物の一部滅失等による賃料の当然減額（同上）
- 第 6 2 問 賃貸不動産の新所有者の賃借人に対する明渡請求（平成 2 9 年司法試験設問 3 参考）
 ・・ 389
- 第 6 3 問 賃貸不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転・・・・・・・・・・・・・・・・ 395
- 第 6 4 問 不動産売買契約の解除に伴う賃貸人の地位の移転（平成 2 0 年司法試験設問 1（2）
 参考）・・ 401
- 第 6 5 問 無断転貸を理由とする解除と信頼関係破壊の法理（平成 2 0 年司法試験設問 1（3）
 参考）・・ 407

請負

- 第 6 6 問 請負人の仕事完成債務が原始的不能である場合（令和 5 年予備試験設問 1 参考）・ 413
- 第 6 7 問 完成した仕事の目的物の所有権の帰属（令和 1 年司法試験設問 1 参考）・・・・ 421
- 第 6 8 問 仕事の目的物の品質に関する契約不適合を理由とする修補請求権（平成 2 6 年予備
 試験設問 1 参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 425
- 第 6 9 問 仕事の目的物の品質に関する契約不適合を理由とする代金減額請求（令和 2 年司法
 試験設問 1 参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 431
 仕事の目的物の品質に関する契約不適合を理由とする損害賠償請求（同上）
- 第 7 0 問 元請負人の安全配慮義務（平成 3 0 年予備試験設問 1 参考）・・・・・・・・ 441

不当利得

- 第 7 1 問 所有権留保売主に対する使用利益の返還（平成 2 1 年司法試験設問 2 参考）・・・・ 447
- 第 7 2 問 転用物訴権（平成 2 3 年司法試験設問 1（1）参考）・・・・・・・・・・・・・・・・ 453
- 第 7 3 問 公序良俗違反により無効である金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の譲受人
 の地位（平成 2 8 年司法試験設問 2（2）参考）・・・・・・・・・・・・・・・・ 459

不法行為

第74問	間接損害（司法試験プレテスト参考）	471
第75問	責任能力のある未成年者の不法行為についての監督義務者の責任（平成27年司法試験設問3（1）参考）	477
第76問	使用者責任（司法試験プレテスト参考）	483
第77問	工作物責任（令和1年司法試験設問1参考）	489
第78問	被害者の身体的素因による過失相殺（平成23年司法試験設問3（2）参考）	495
第79問	被害者側の過失による過失相殺（平成27年司法試験設問3（2）参考）	501

親族・相続

第80問	親権者の利益相反行為（平成28年司法試験設問1（1）参考） 親権者の法定代理権の濫用（同上）	507
第81問	認知の要式性（平成22年司法試験設問5参考） 包括遺贈（同上）	515
第82問	不動産の共同相続（平成24年司法試験設問1（1）参考）	521
第83問	特定財産承継遺言（平成30年司法試験設問3参考）	527
第84問	配偶者短期居住権（令和5年司法試験設問1（1）参考）	535
第85問	遺留分侵害額請求（平成24年予備試験設問2参考）	543

第 1 問

(事案)

令和 3 年 5 月 1 日、A は、B との間で、A が所有する甲建物に関する売買契約を仮装することについて合意した上で、甲建物を代金 2 0 0 0 万円で売買する旨の契約を締結し、甲建物を B に引き渡した。なお、B は A に対して代金 2 0 0 0 万円を支払っていない。

B は、A から甲建物の引渡しを受けたことを奇貨として、甲建物の売却代金を得たいと考えるに至った。

そこで、B は、友人である C に対して、甲建物を代金 2 0 0 0 万円で買って欲しいと提案した。

C は、経済力に乏しい B が不動産を所有しているのは不自然であると感じたが、友人である B が自分に隠し事をするはずがないと考え、B に対して特に確認をすることなく、上記提案に応じると返答した。

令和 3 年 6 月 1 日、B は、C との間で甲建物を 2 0 0 0 万円で売買する旨の契約を締結し、甲建物を C に引き渡すとともに、C から代金 2 0 0 0 万を受領した。

令和 3 年 7 月 1 日、A は、甲建物に C が居住していることに気が付き、C に対して、甲建物の明渡しを求めた。

なお、甲建物の登記名義は A のままである。

(設問)

A の C に対する甲建物の明渡し請求が認められるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第1問は、通謀虚偽表示の「善意の第三者」(94条2項)に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aの請求は、甲建物の所有権(民法206条)に基づく返還請求権である。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、現在、甲建物に居住することによりこれを占有している(②)。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである(①)。

(2) 論点

㊦Aもと所有+C現在占有(請求原因)→㊧AB売買による所有権喪失の抗弁→㊨通謀虚偽表示によりAB間売買が無効である旨の再抗弁(94条1項)→㊩「善意の第三者」(94条2項)の再々抗弁という流れで、㊪「善意の第三者」に関する各論点が顕在化する。

ア. 「第三者」の客観的範囲

94条2項の「第三者」とは、虚偽表示の当事者及び一般承継人以外の者であって、虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったため、通謀虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者を意味する(判例)。

Cは、AB間の甲建物に関する売買契約を前提としてBとの間で甲建物に関する売買契約を締結することで、AB間の売買契約の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った第三者であるから、94条2項の「第三者」に当たる。

イ. 「善意の第三者」における無過失の要否

問題文の事情から、Cは、AB間の売買契約が通謀虚偽表示によるものであることについて善意である一方で、調査確認義務違反としての過失がある。そこで、94条2項の「善意」が善意かつ無過失を意味するのかが問題となる。

「善意」という文言や、通謀までした真正権利者の帰責性が大きいことから、94条2項の「善意」では無過失までは不要と解されている(判例)。

したがって、Cは「善意の第三者」に当たる。

ウ. 「善意の第三者」における登記の要否

甲建物の登記名義がAのままであるから、Cは甲建物の所有権移転登記を備えていない。そこで、「善意の第三者」として保護されるための登記の要否が問題となる。

基礎応用 33 頁 [論点 1]、論
証集 20 頁 [論点 1]、大判
T5.11.17

基礎応用 34 頁 [論点 2]、論
証集 20 頁 [論点 2]、最判
S62.1.20

登記の要否については、対抗要件としての登記（177条）の要否と、権利保護資格要件としての登記の要否が問題になるところ、いずれも不要であると解されている。

対抗要件としての登記については、「善意の第三者」との関係では虚偽表示が有効なものとして扱われる結果、真正権利者、相手方、第三者へと権利が移転したことになるため、真正権利者と「善意の第三者」とは前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たないとの理由から、不要と解されている。

基礎応用 34 頁 [論点 3]、論証集 20 頁 [論点 3]、最判 S44.5.27

権利保護資格要件としての登記については、真正権利者の帰責性が大きいから第三者に権利保護資格要件を要求することは利益衡量上妥当でないとの理由から、不要と解されている（判例）。

基礎応用 35 頁 [論点 4]、論証集 21 頁 [論点 4]、最判 S44.5.27

したがって、C は、登記なくして「善意の第三者」として保護される。

エ. 結論

C は、「善意の第三者」として保護されるため、AB 間の売買契約の無効を対抗されないから、甲建物の所有権を取得できる。その結果、A は C との関係では甲建物の所有権を失っていることになる。したがって、A は甲建物の所有権を有しない (①)。

以上より A の C に対する請求は認められない。

(参考答案)

1. A は、C に対して、甲建物の所有権（民法 206 条）に基づく返還請求権として、甲建物の明渡しを請求している。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの 2 つである。

C は、現在、甲建物に居住することによりこれを占有している（②）。問題は、A が甲建物の所有権を有するかである（①）。

2. C は、A の所有権を否定するために、甲建物は元々 A の所有に属していたが、A は AB 間の売買契約（555 条）により甲建物の所有権を喪失したと主張する。

もっとも、A は、B との間で甲建物の売買契約を仮装することについて合意していたのだから、AB 間の売買契約は、「相手方と通じた虚偽の意思表示」によるものとして無効になるはずである（94 条 1 項）。

3. そこで、C は、自分は「善意の第三者」（94 条 2 項）として保護されると主張する。

（1）C は、AB 間の甲建物に関する売買契約を前提として B との間で甲建物に関する売買契約を締結することで、AB 間の売買契約の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った第三者であるから、94 条 2 項の「第三者」に当たる。

（2）C は、友人である B が自分に隠し事をするはずがないと考えていたのだから、AB 間の売買契約が通謀虚偽表示によるものであることについて知らないという意味で、善意である。もっとも、C は、経済力に乏しい B が不動産を所有しているのは不自然であると感じていたにもかかわらず、B に対して特に確認をしていないから、調査確認義務違反としての過失がある。そこで、94 条 2 項の「善意」が善意かつ無過失を意味するのかが問題となる。

94 条 2 項では、「善意」と定められているにとどまる（96 条 3 項対照）。また、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで両者間の利益調整を図ることあるところ、通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから第三者に無過失まで要求するべきではない。そこで、94 条 2 項の「善意」では無過失までは不要と解する

したがって、C は「善意の第三者」に当たる。

（3）甲建物の登記名義が A のままであるから、C は甲建物の所有権移転登記を備えていない。そこで、「善意の第三者」として保護されるための登記の要否が問題となる。

「善意の第三者」との関係で虚偽表示が有効と扱われる結果、権利が順次移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には

立たない。そこで、「善意の第三者」として保護されるためには対抗要件としての登記（177条）は不要と解する。

また、真正権利者の帰責性の大きさから、権利保護資格要件としての登記も不要と解する。

したがって、Cは、登記なくして「善意の第三者」として保護される。

(4) Cは、「善意の第三者」として保護されるため、AB間の売買契約の無効を対抗されないから、甲建物の所有権を取得できる。その結果、AはCとの関係では甲建物の所有権を失っていることになる。したがって、Aは甲建物の所有権を有しない(①)。

4. よって、AのCに対する請求は認められない。 以上

第 2 問

(事案)

Bは、融資を依頼する銀行からの信用を得るために、同居している父Aが所有する甲土地の登記名義を一時的にBに移転しようと考えた。

そこで、Bは、令和3年5月1日、Aの書斎にある机の引出しから甲土地の登記済証、Aの実印、印鑑登録証明書等を持ち出し、AB間の甲土地に関する売買契約書と委任状を偽装した上で、これらを利用して甲土地の登記名義をAからBに移した。

それから数日後、BがAに対して事情を説明したところ、Aは、後でちゃんと登記名義を自分に戻してくれるのなら構わないと述べ、甲土地の登記がB名義になっていることを放置した。

その後、Bは、甲土地の登記名義がBにあることを奇貨として、甲土地の売却代金を得たいと考え、令和3年6月1日、甲土地を代金3000万円でCに売却し、登記名義をBからCに移した。Cは、Bとの売買契約の際、Bから示された甲土地の登記簿を見て、登記名義人であるBが甲土地の所有者であると信じていた。

令和3年8月1日、Aは、甲土地の登記がC名義になっていることに気が付き、Cに対して、甲土地に関するC名義の所有権移転登記を抹消するように求めた。

(設問)

AのCに対する甲土地に関するC名義の所有権移転登記の抹消登記手続請求が認められるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第2問は、94条2項類推適用に関する基本的な理解を問う問題である。

94条2項類推適用が問題となる事案には、(1)真正権利者が自ら不実登記を作出した場合(積極的関与)、(2)真正権利者が他人が作出した不実登記を存続させた場合(意思的承認=真正権利者が不実登記の存在を知りながら、それを存続させることについて明示又は黙示に承認した場合)、(3)不実登記に対する積極的関与も意思的承認もないが、「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」帰責性が認められる場合とがあり、第2問は(2)に属する問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aの請求は、甲土地の所有権(206条)に基づく妨害排除請求権を根拠とするものである。

所有権に基づく所有権移転登記抹消登記手続請求の要件は、①請求者が当該不動産の所有権を有することと、②当該不動産について相手方名義の登記が現在存在することの2つである。

現在、甲土地についてC名義の所有権移転登記が存在する(②)。

問題は、Aが甲土地の所有権を有するかである(①)。

(2) 問題の基本構造

94条2項類推適用の論述に入る前に、「AB間には売買契約(555条)といった所有権喪失原因はない。また、そうである以上、Bは甲土地の無権利者であるから、原則として、CもBとの間の売買契約により甲土地の所有権を取得することができない。したがって、原則として、BやCによる甲土地の所有権の取得は認められない。」という原則論を明示する必要がある。¹⁾

その上で、「もっとも、不動産取引の安全を図るために、Cによる権利取得を肯定できないだろうか。」として、Cによる権利取得の理論構成を検討することとなる。

(3) 94条2項類推適用

まず、不動産登記には公信力がないから、Cが不実のB名義の登記を信じてBとの間で売買契約を締結したことをもって、当然にCが甲土地の所有権を取得するともいえない。また、AB間に

¹⁾ “まず、無権利者からの譲受人は権利を取得できないのが基本であるところ、判例は、虚偽の権利外観の作出・存続が所有者の意思に基づくと評価される場合に法第94条第2項を類推適用し、登記の外形を信頼して無権利者と取引をした善意の第三者の保護を図っている。解答に当たっては、こうした本問の基本構造が提示されることが求められる。”(令和4年司法試験・出題の趣旨)

“①問題の基本構造の把握…については、多くの答案が、AからBに対する権利移転がないこと、したがってBからの譲受人であるCは原則として所有権を取得することができないことを指摘していた。もっとも、本問においてはそもそもAのBに対する権利移転行為が存在しないため、AのBに対する譲渡が無効であるという表現は誤りであるが、このような答案が散見された。”(令和4年司法試験・採点実感)

おける通謀虚偽表示がないから、Cが94条2項の直接適用により甲土地の所有権を取得するともいえない。そこで、94条2項の類推適用による権利取得の可否が問題となる。

94条2項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外觀法理にある。そこで、⑦虚偽の外形の存在、①虚偽の外形の作出についての権利者の帰責性、⑦⑧に対する第三者の信頼を要件として、94条2項の類推適用により、第三者には虚偽の外形に対応する権利取得が認められると解する（判例）。

⑦の信頼として無過失まで要求されるかは、①の帰責性の態様によって異なる。①の帰責性には、(ア)意思外形対応型(94条2項単独類推適用)、(イ)意思外形非対応型(94条2項類推適用+110条の法意)、(ウ)外形作出について真正権利者の積極的関与や意思的承認そのものはないが、これと同視し得るほどに重い帰責性がある場合(94条2項類推適用+110条類推適用)とがあるところ、(ア)の場合は、第三者が信頼した虚偽の外形自体が真正権利者の意思に基づいて作出されているため、真正権利者の帰責性が大きいから、正当な信頼としては善意で足りると解されている。これに対し、(イ)と(ウ)の場合には、(ア)に比べると真正権利者の帰責性が小さいから、正当な信頼としては善意・無過失まで必要であると解されている。

本問では、Aは、B名義の不実登記の存在を認識した上で、Bに対して後でちゃんと登記名義を自分に戻してくれるのなら構わないと述べ、B名義の不実登記を放置したことにより、B名義の不実登記の存続を承認したといえる。この意味において、(ア)に該当するから、Cの正当な信頼としては善意で足りる。

⑦ないし⑧の要件を満たす場合には、94条2項の類推適用によりCは甲土地の所有権を取得し、その結果、Aは甲土地の所有権を失うことになるから、要件①を満たさないこととなる。したがって、AのCに対する請求は認められない。

基礎応用 39 頁 [論点 8]、論
証集 23 頁 [論点 8]

基礎応用 40 頁 [論点 10]、
論証集 24 頁 [論点 10]

最判 S45.9.22

最判 S43.10.17

最判 H18.2.23・百 I 21

(参考答案)

1. A は、C に対して、甲土地の所有権（民法 206 条）に基づく妨害排除請求権として、甲土地に関する C 名義の所有権移転登記の抹消登記手続を請求している。

所有権に基づく所有権移転登記抹消登記手続請求の要件は、①請求者が当該不動産の所有権を有することと、②当該不動産について相手方名義の登記が現在存在することの 2 つである。

現在、甲土地について C 名義の所有権移転登記が存在する（②）。問題は、A が甲土地の所有権を有するかである（①）。

2. AB 間には売買契約（555 条）といった所有権喪失原因はない。また、そうである以上、B は甲土地の無権利者であるから、原則として、C も B との間の売買契約により甲土地の所有権を取得することができない。したがって、原則として、B や C による甲土地の所有権の取得は認められない。もっとも、不動産取引の安全を図るために、C による権利取得を肯定できないだろうか。

3. まず、不動産登記には公信力がないから、C が不実の B 名義の登記を信じて B との間で売買契約を締結したことをもって、当然に C が甲土地の所有権を取得するともいえない。また、AB 間における通謀虚偽表示がないから、C が 94 条 2 項の直接適用により甲土地の所有権を取得するともいえない。では、94 条 2 項の類推適用は認められるか。

(1) 94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外觀法理にある。そこで、㉞虚偽の外形の存在、㉟虚偽の外形の作出についての権利者の帰責性、㊱㊲に対する第三者の信頼を要件として、94 条 2 項の類推適用により、第三者には虚偽の外形に対応する権利取得が認められると解する。

(2) B は甲土地の所有者ではないから、甲土地に関する B 名義の所有権移転登記は不実登記に当たる（㉞）。

B 名義の登記は、B が甲土地の登記済証、A の実印及び印鑑登録証明書等を利用して作出したものだから、A が自ら積極的に作出したものではない。もっとも、A は、B 名義の不実登記の存在を認識した上で、B に対して後でちゃんと登記名義を自分に戻してくれるのなら構わないと述べ、B 名義の不実登記を放置したことにより、B 名義の不実登記の存続を承認したといえる。したがって、A には帰責性が認められる（㉟）。

本問のように真正権利者が認めた外形と第三者の信頼した外形とが一致する場合には、真正権利者の帰責性が大きいから、㊱第三者の正当な信頼としては善意で足り、無過失までは不要と解する。

C は、B との売買契約の際、B から示された甲土地の登記簿を見て、登記名義人である B が甲土地の所有者であると信じていた

のだから、善意である。本問では無過失までは不要であるから、Cには、過失の有無にかかわらず、正当な信頼が認められる(㉗)。

したがって、94条2項の類推適用により、Cは甲土地の所有権を取得する。

その結果、Aは、甲土地の所有権を失うから、甲土地の所有権を有しないことになる(㉘)。

4. よって、AのCに対する請求は認められない。

以上

第3問

(事案)

Aは、その所有する甲土地を売却することとした。

令和3年3月20日、不動産取引の経験がなかったAは、かつて不動産業に携わっていた友人のBに甲土地の売却について相談をした。甲土地の登記記録には、弁済によって被担保債権が既に消滅した抵当権の設定登記が残っていたことから、Bは、甲土地の売却先を探してみるが、その前に抵当権の登記を抹消してあげようと申し出、Aはこれを了承した。

Bは、自身が負う金銭債務の弁済期が迫っていたため、甲土地を自己の物として売却し、その代金を債務の弁済に充てようと考えた。

令和3年4月2日、Bは、Aに対し、抵当権の抹消登記手続に必要な書類であると偽って所有権移転登記手続に必要な書類等の交付を求め、Aは、Bの言葉を信じてこれに応じた。Bは、Aが甲土地をBに3500万円で売却する旨の契約（以下「契約①」という。）が成立したことを示す売買契約書を偽造し、同契約書とAから受け取った書類等を用いて、同月5日、甲土地につき、抵当権の抹消登記手続及びAからBへの所有権移転登記手続をした。

令和3年4月20日、Bは、甲土地を4000万円でCに売却する旨の契約（以下「契約②」という。）をCとの間で締結した。Cは、契約②の締結に当たり、甲土地の登記記録を確認し、Bが甲土地を短期間のうちに手放すことになった経緯につきBに尋ねたところ、Bは、「知らない人と契約を交わすのを不安に感じたAの意向で、いったん友人である自分が所有権を取得することになった」旨の説明をした。

令和3年4月25日、CからBへの代金全額の支払と、甲土地につきBからCへの所有権移転登記がされた。

(設問)

令和3年5月1日、CがAに対して甲土地の引渡しを請求した。Aはこれを拒むことができるか、論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第3問は、94条2項類推適用に関する応用事例である。

94条2項類推適用が問題となる事案には、(1)真正権利者が自ら不実登記を作出した場合(積極的関与)、(2)真正権利者が他人が作出した不実登記を存続させた場合(意思的承認=真正権利者が不実登記の存在を知りながら、それを存続させることについて明示又は黙示に承認した場合)、(3)不実登記に対する積極的関与も意思的承認もないが、「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」帰責性が認められる場合とがあり、第3問は(3)に属する問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Cの請求は、甲土地の所有権(民法206条)に基づく返還請求権を根拠とするものである。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Aは、現在、甲土地を占有している(②)。問題は、Cが甲土地の所有権を有するかである(①)。

(2) 問題の基本構造

94条2項類推適用の論述に入る前に、「AB間の契約①は存在しないため、Bは甲土地の無権利者である。そして、無権利者からの譲受人は権利を取得できないのが原則であるから、原則として、CもBとの間の契約②により甲土地の所有権を取得することができない。」という原則論を明示する必要がある。

その上で、「もっとも、不動産取引の安全を図るために、Cによる権利取得を肯定できないだろうか。」として、Cによる権利取得の理論構成を検討することとなる。

(3) 94条2項類推適用

まず、不動産登記には公信力がないから、Cが不実のB名義の登記を信じてBとの間で契約②を締結したとしても、当然にCが甲土地の所有権を取得するとはいえない。また、AB間における契約①は存在しないものであり、通謀虚偽表示によるものではないから、94条2項の直接適用によりCが甲土地の所有権を取得するともいえない。そこで、94条2項の類推適用による権利取得の可否が問題となる。

94条2項の趣旨は、虚偽の外観作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外観法理にある。そこで、㉞虚偽の外観の存在、㉟虚偽の外観の作出についての権利者の帰責性、㊱㊱に対する第三者の信頼を要件として、94条2項の類推適用により、第三者には虚偽の

令和4年司法試験設問 1(1)

参考

基礎応用 39頁 [論点8]、論
証集 23頁 [論点8]

外観に対応する権利取得が認められると解する（判例）。

②の帰責性の態様には、(ア) 意思外形対応型（94条2項単独類推適用）、(イ) 意思外形非対応型（94条2項類推適用+110条の法意）、(ウ) 外形作出について真正権利者の積極的関与や意思的承認そのものはないが、これと同視し得るほどに重い帰責性がある場合（94条2項類推適用+110条類推適用）とがあり、(ア)の場合は善意で足りるのに対し、(イ)と(ウ)の場合には無過失まで必要であると解されている。

Aは、B名義の不実の登記について意思的承認を与えていないから(ア)や(イ)には当たらないが、Bの言葉を信じて、Bに対し、甲土地の所有権移転登記手続に必要な書類等を交付しているため、(ウ)に当たり得る。平成18年判決は、㊸「Aは、Bに対し、本件不動産の賃貸に係る事務及び…土地についての所有権移転登記等の手続を任せていたのであるが、そのために必要であるとは考えられない本件不動産の登記済証を合理的な理由もないのにBに預けて数か月間にわたってこれを放置し」、㊹「Bから…土地の登記手続に必要と言われて2回にわたって印鑑登録証明書4通をAに交付し、本件不動産を売却する意思がないのにBの言うままに本件売買契約書に署名押印するなど」、「Bによって本件不動産がほしいままに処分されかねない状況を生じさせていた」、㊺「にもかかわらず、これを顧みることなく、さらに、本件登記がされた平成12年2月1日には、Bの言うままに実印を渡し、BがAの面前でこれを本件不動産の登記申請書に押捺したのに、その内容を確認したり用途を問いただしたりすることもなく漫然とこれを見ていた」という事実関係に着目し、「Bが本件不動産の登記済証、Aの印鑑登録証明書及びAを申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続をすることができたのは、上記のようなAの余りにも不注意な行為によるものであり、Bによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについてのAの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。」と判示している。

これに対し、本問では、㊻「Bは、Aに対し、抵当権の抹消登記手続に必要であると偽って所有権移転登記手続に必要な書類等の交付を求め、Aは、Bの言葉を信じてこれに応じた。」という事実が認められるものの、契約①に係る売買契約書はBが偽造したものでありAはその作成に関与しておらず、㊻のほかにAの帰責性を基礎づけ得る事情は見当たらない。そうすると、Aについて、「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」帰責性を認めることはできない。

基礎応用 40 頁 [論点 10]、
論証集 24 頁 [論点 10]

最判 S45.9.22

最判 S43.10.17

最判 H18.2.23・百 I 21

(参考答案)

1. CのAに対する請求は、甲土地の所有権(民法206条)に基づく返還請求権の行使によるものであり、CがBとの間の契約②(555条)により甲土地の所有権を取得したことを理由とするものである。

これに対し、Aは、AB間の契約①は存在しないため、Bは甲土地の無権利者であるから、CもBとの間の契約②により甲土地の所有権を取得することができないと主張する。

2. 無権利者からの譲受人は権利を取得できないのが原則であるから、原則としてCも甲土地の所有権を取得できない。もっとも、不動産取引の安全を図るために、Cによる権利取得を肯定できないだろうか。

3. まず、不動産登記には公信力がないから、Cが不実のB名義の登記を信じてBとの間で契約②を締結したとしても、当然にCが甲土地の所有権を取得するとはいえない。また、AB間における契約①は存在しないものであり、通謀虚偽表示によるものではないから、94条2項の直接適用によりCが甲土地の所有権を取得するともいえない。では、94条2項の類推適用は認められるか。

- (1) 94条2項の趣旨は、虚偽の外観作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外観法理にある。そこで、㉞虚偽の外観の存在、㉟虚偽の外観の作出についての権利者の帰責性、㊱㊲に対する第三者の信頼を要件として、94条2項の類推適用により、第三者には虚偽の外観に対応する権利取得が認められると解する。

94条2項の趣旨からすると、権利者と第三者の保護必要性の利益衡量の基礎をなすものが権利者の帰責性であり、虚偽の外観の作出に対する積極的関与や意思的承認は帰責性の徴表の典型にすぎない。そこで、積極的関与や意思的承認がない場合であっても、これらと同視し得るほど重い落ち度があれば、㉟権利者の帰責性が認められると解する。この場合には、積極的関与や意思的承認がある場合に比べて権利者の帰責性が小さいため、110条も類推適用し、㊱第三者の信頼としては善意・無過失まで要すると解すべきである。

- (2) Bは甲土地の所有者ではないから、甲土地に関するB名義の所有権移転登記は、不実登記として虚偽の外観に当たる(㉞)。

他方で、Bは、Aに対し、抵当権の抹消登記手続に必要な書類等と偽って所有権移転登記手続に必要な書類等の交付を求め、Aは、Bの言葉を信じてこれに応じたにすぎないのだから、AがBに対して上記の書類等を交付したことをもって、B名義の不実登記の作出に積極的に関与したり意思的承認を与えていたとは評価できない。また、平成18年判決の事案では、権利者が売買契約書に署名・押印するなどしているのに対し、本件では、BがAに無断で売買契約書を偽造しており、Aは虚偽の売買契約書の作成に関与

していない。そうすると、Aには、自らB名義の不実登記の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながら敢えて放置した場合と同視し得るほど重い落ち度があるとはいえないから、帰責性は認められない(①)。したがって、94条2項類推適用は認められず、Cは甲土地の所有権を取得することができない。

よって、AはCの請求を拒むことができる。

以上

第4問

(事案)

甲土地の付近に新幹線駅ができるとの噂があり、それを信じていた甲土地の所有者Bは、Aに対して、甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がると力説し、甲土地を7000万円で購入するように持ち掛けた。

Aは、Bの説明を信じ、それなら甲土地を7000万円で購入したいと返答し、Bとの間で甲土地を7000万円で購入する旨の契約を締結し、代金7000万円をBに支払った。

後日、甲土地の付近に新幹線駅ができるというのは単なる噂であり、真実ではないことが判明した。

なお、Bは、土地を多数所有する資産家であり、土地に関する取引の経験が豊富であったのに対し、Aにとっては、今回の売買が初めての不動産取引であった。

(設問)

Aは、Bから代金7000万円を取り戻したいと考えている。AのBに対する代金7000万円の返還請求が認められるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

なお、AはBから甲土地の明け渡しや所有権移転登記を受けていないものとする。また、債務不履行責任については言及しなくてよいものとする。

(解説)

1. 出題の概要

第4問は、動機の錯誤に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aは、錯誤による意思表示の取消し(95条1項)により甲土地の売買契約が遡及的に無効になる(121条)と主張して、これにより発生する原状回復請求権(121条の2第1項)を行使して代金7000万円の返還を請求することが考えられる。

(2) 論点

Aは、「甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がる」旨のBの説明を信じて甲土地を7000万円で購入する旨の売買契約を締結したところ、後日、甲土地の付近に新幹線駅ができるというのは単なる噂であり、真実ではないことが判明している。そこで、Aが上記の錯誤を理由として甲土地の売買契約を取り消すことができるかが問題となる。

ア. 錯誤の認定

錯誤とは、表示行為と真意(主観)とが一致しておらず、その不一致について表意者が認識していないことを意味する。

錯誤には、①表示行為の錯誤(95条1項1号)と②動機の錯誤(95条1項2号)があり、②動機の錯誤については取消しの要件として同条2項が加重されている。この意味において、①と②では取消しの要件が異なるから、①と②のいずれに当たるのかを明らかにする必要がある。

①表示行為の錯誤とは、「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」(95条1項1号)であり、表意者が思い違いにより効果意思と一致しない表示行為をした場合を意味する。Aは、甲土地を代金7000万円で購入するという効果意思に基づき、Bとの間で甲土地を代金7000万円で購入する旨の契約を締結することにより甲土地を代金7000万円で購入するという表示行為をしたのだから、効果意思と表示行為の間の不一致はなく、「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」(95条1項1号)は認められない。

②動機の錯誤とは、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてその認識が真実に反する錯誤」(95条1項2号)であり、効果意思どおりの表示行為をしている(そのため、表示行為と効果意思との間に不一致はない)ものの、効果意思の形成過程に思い違い(錯誤)がある場合を意味する。Aは、甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がるからという動機に基づいて上記の効果意思を形成したところ、実際には甲土地の付近に新幹線駅ができるという事実はなかったため、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてその

基礎応用 43頁以下、論証集

25頁以下

認識が真実に反する錯誤」(95条1項2号)たる動機の錯誤がある。

イ. 95条2項の要件

95条2項は、本来は表意者が引き受けるべき動機の誤りの危険を相手方に引き受けさせるためには、動機の表示に加えて法律行為の内容化も必要であるとする改正前民法下の判例法理を明文化する趣旨で、動機の錯誤を理由とする取消しの要件として、同条1項2号該当性に加え、同条2項の要件を設けている。

最判 H28.1.12

そこで、「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」とは、「表意者が法律行為の基礎とした事情」が表示を通じて相手方の了承を得ることで当事者間で法律行為の基礎となったことを意味すると解すべきである。

相手方の了承の有無は、⑦動機の対象の性質(動機の対象が当該法律行為を行う者であれば通常関心をもつものか)、⑧相手方の認識可能性(動機にかかる事実の真否を相手方がどの程度容易に知り得る立場にあるか)、⑨両当事者の属性(両当事者の専門的知識や取引経験の差異)を考慮して判断する。

ウ. 錯誤の重要性

「錯誤が…重要なものである」(95条1項柱書)とは、表意者保護と相手方保護の調和を図るという趣旨に照らし、①その点につき錯誤がなければ表意者は意思表示をしなかったであろうこと(主観的因果性)と、②通常人を基準としても意思表示をしなかったであろうこと(客観的重要性)を意味すると解する。

なお、動機の錯誤では、95条1項柱書後段と同条2項の当てはめが大部分において重複するため、両者間で該当性判断が異なる事態は通常考えられない。

エ. 「表意者に重大な過失」がない

「重大な過失」(95条3項柱書)とは、普通人に期待される注意を著しく欠いていることをいう。

重過失の有無は、⑦表意者は普通人に期待されるものとしていかなる内容・程度の注意義務を負うのか→⑧義務の内容・程度と表意者の行動を比較→⑨本質的な義務への違反があるか又は義務違反の態様が著しいかという流れで判断される。

なお、Bも甲土地の付近に新幹線駅ができるとの噂を信じていたため、「相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき」(95条3項2号)として共通錯誤が認められると考えられる。もっとも、Aに「重大な過失」がないのであれば、共通錯誤に言及する必要はない。

(参考答案)

1. Aは、錯誤による意思表示の取消し(95条1項)により甲土地の売買契約が遡及的に無効になる(121条)と主張して、これにより発生する原状回復請求権(121条の2第1項)を行使して代金7000万円の返還を請求することが考えられる。
2. まず、Aは、甲土地を代金7000万円で購入するという効果意思に基づき、Bとの間で甲土地を代金7000万円で購入する旨の契約を締結することにより甲土地を代金7000万円で購入するという表示行為をしたのだから、効果意思と表示行為の間の不一致はなく、「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」(95条1項1号)は認められない。もっとも、Aは、甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がるからという動機に基づいて上記の効果意思を形成したところ、実際には甲土地の付近に新幹線駅ができるという事実はなかったため、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてその認識が真実に反する錯誤」(95条1項2号)たる動機の錯誤がある。
3. 次に、改正民法95条2項の趣旨は、本来は表意者が引き受けるべき動機の誤りの危険を相手方に引き受けさせるためには動機の表示に加えて法律行為の内容化も必要であるとする改正前民法下の判例法理の明文化にある。そこで、「表意者が法律行為の基礎とした」「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」については、「表意者が法律行為の基礎とした事情」が表示を通じて相手方の了承を得ることで法律行為の内容となったことを意味すると解すべきである。

Aは、Bから甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がると力説され、それなら甲土地7000万円で購入したいとBに返答したのだから、Aの動機がBに対して表示されていたといえる。

確かに、購入する土地の付近に新幹線駅ができるかどうかは、土地の売買契約の当事者が通常関心を持つような事柄であるとはいえない。しかし、Aの上記動機が形成されたのは、Bはその旨を力説したからである。しかも、錯誤に陥ったAは今回の売買が初めての不動産取引であったのに対し、相手方であるBは、土地を多数所有する資産家であり土地に関する取引の経験が豊富な者である。そのため、表示されたAの動機を意思表示の内容とすることにつきBの了承があり、Aの動機が甲土地の売買契約の内容となったというべきであるから、Aの動機が「法律行為の基礎とされていることが表示されていた」といえる。
4. 「錯誤が…重要なものである」(95条1項柱書)とは、①その点につき錯誤がなければ表意者は意思表示をしなかったであろうこと(主観的因果性)と、②通常人を基準としても意思表示をしなかったであろうこと(客観的重要性)を内容とする。

A は、B から甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に 1 億円まで上がると力説され、それなら甲土地を 7000 万円で購入したいと考えたのだから、上記動機について錯誤がなければ甲土地を 7000 万円で購入する旨の契約を締結していなかったといえる (①)。また、新幹線駅ができれば付近の土地の価格が上昇するのは常識であるから、通常人を基準としても、上記動機について錯誤がなければ甲土地を 7000 万円で購入する旨の契約を締結しなかったといえる (②)。したがって、A の「錯誤が…重要なものである」といえる。

5. 「重大な過失」(95 条 3 項柱書) は、普通人に期待される注意を著しく欠いていることをいう。

確かに、A は、甲土地の付近に新幹線駅ができるか否かについて何らの調査・確認をしていないため、錯誤に陥ったことについて過失があったという余地がある。しかし、A は今回の売買が初めての不動産取引であったのに対し、間違った説明により A を錯誤に陥らせた B が土地を多数所有する資産家であり土地に関する取引の経験が豊富な者だったことを踏まえると、A が普通人に期待される注意を著しく欠いていたとはいえない。したがって、A には「重大な過失」はない。

6. よって、A の錯誤取消しの主張が認められ、これにより原状回復請求権が発生するから、代金 7000 万円の返還請求が認められる。

以上

第 5 問

(事案)

Aは、Bから騙されて、実際には3000万円の価値を有する甲建物が1000万円の価値しか有しないと勘違いし、Bとの間で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結し、Bに対する引渡しを終えた。

その後、Bは、Cに対して、甲建物を代金3000万円で売却し、引渡しも終えた。

なお、甲建物の登記名義はAのままである。

(設問)

Bに騙されたことに気が付いたAは、Cに対して、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消して甲建物の明渡しを求めたいと考えている。AのCに対する甲建物の明渡請求が認められるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第5問は、詐欺取消前の第三者(96条3項)に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aの請求は、甲建物の所有権(206条)に基づく返還請求権を根拠とするものである。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、Bから甲建物の引渡しを受け、現在、甲建物を占有している(②)。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである(①)。

(2) 論点

㊦Aもと所有+C現在占有(請求原因)→㊧AB売買による所有権喪失の抗弁→㊨AB間売買の詐欺取消しの再抗弁(96条1項)→㊩「善意でかつ過失がない第三者」(96条3項)の再々抗弁という流れで、㊩「善意でかつ過失がない第三者」に関する各論点が顕在化する。

ア. 「第三者」の客観的範囲

96条3項の趣旨は、詐欺による意思表示が有効であると信賴して詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った第三者を、取消しの遡及効から保護することにより、取引の安全を確保しようとするところにある。

そこで、「第三者」とは、取消し前に、詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った者をいうと解すべきである(判例)。

Cは、Aによる詐欺取消しの前に、Bの詐欺により形成されたAB間の甲建物の売買契約によるBの甲建物の所有権取得を基礎として、Bとの間で甲建物の売買契約を締結することで、AB間の売買契約の有効・無効について新たな法律上の利害関係を有するに至った第三者であるから、96条3項の「第三者」に当たる。

イ. 「第三者」の主観的範囲

96条3項は、「善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。」と定めることで、第三者の主観的要件として善意・無過失を要求している。これにより、改正前民法下における無過失の要否に関する解釈上の争いは解消された。

ウ. 登記の要否

甲建物の登記名義がAのままであるから、Cは甲建物の所有権移転登記を備えていない。そこで、96条3項の「第三者」として保護されるための登記の要否が問題となる。

基礎応用 49頁[論点1]、論証集 28頁[論点1]、大判 S17.9.30・百I 51

登記の要否については、対抗要件としての登記（177条）の要否と、権利保護資格要件としての登記の要否が問題になるところ、いずれも不要であると解されている。

対抗要件としての登記については、善意無過失の第三者との関係では詐欺による意思表示も完全に有効なものとして扱われるため、被欺罔者、欺罔者、第三者へと権利が移転したことになるから、被欺罔者と善意無過失の第三者とは前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たないとの理由から、不要と解されている（判例）。

権利保護資格要件としての登記については、被欺罔者にも少なからず帰責性があるのだから、第三者に権利保護資格要件を要求することは利益衡量上妥当でないとの理由から、不要と解されている（判例）。

したがって、Cは、登記なくして96条3項の「第三者」として保護される。

エ. Cは、善意無過失であるならば、「善意でかつ過失がない第三者」として保護されるため、AB間の売買契約の取消しを対抗されないから、甲建物の所有権を取得できる。その結果、AはCとの関係では甲建物の所有権を失っていることになり、要件①を満たさなくなるから、Aの請求は認められない。

基礎応用 49 頁 [論点 2]、論証集 28 頁 [論点 2]、最判 S49.9.26・百 1 23

基礎応用 50 頁 [論点 3]、論証集 29 頁 [論点 3]、最判 S42.10.31

(参考答案)

1. Aは、Cに対して、詐欺による意思表示の取消し(96条1項)により甲建物の売買契約が遡及的に無効になる(121条)ため甲建物の所有権がAに復帰したと主張して、甲建物の所有権に基づく返還請求権として甲建物の明渡しを請求することが考えられる。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、Bから甲建物の引渡しを受け、現在、甲建物を占有している(②)。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである(①)。

2. Cは、Aの所有権を否定するために、甲建物は元々Aの所有に属していたが、AはAB間の売買契約(555条)により甲建物の所有権を喪失したと主張する。これに対し、Aは、AB間の売買契約はBの詐欺を理由として取り消した(96条1項)と主張する。

Aは、Bから騙されて、実際には3000万円の価値を有する甲建物が1000万円の価値しか有しないと勘違いし、Bとの間で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結したのだから、「詐欺…による意思表示」をしたといえる。したがって、Aは、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消すことができる。

3. Aによる詐欺取消しが認められる結果、甲建物の売買契約が遡及的に無効になり(121条)、甲建物の所有権がAに復帰するのが原則である。そうすると、①の要件も満たされ、Aの請求が認められるはずである。

4. これに対し、Cは、自分は「善意でかつ過失がない第三者」(96条3項)として保護されると主張する。

(1) 96条3項の趣旨は、取消しの遡及効から第三者を保護することと取引の安全を確保することにある。そこで、「第三者」は、取消し前に、詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った者をいうと解する。

Cは、Aによる詐欺取消しの前に、Bの詐欺により形成されたAB間の甲建物の売買契約によるBの甲建物の所有権取得を基礎として、Bとの間で甲建物の売買契約を締結することで、AB間の売買契約の有効・無効について新たな法律上の利害関係を有するに至った第三者であるから、96条3項の「第三者」に当たる。

(2) Cは、AB間の売買契約がBの詐欺によるものであることを知らなかったのだから、「善意」である。また、Cは、Bの詐欺の事実について何らの調査・確認もしていないが、Bの詐欺を窺わせるような事情がなかったのだから、Bの詐欺の事実について調査・確認する義務を負わない。そうすると、Cは、何らの調査・確認をしていなくても、「過失がない」といえる。

(3) 甲建物の登記名義がAのままであるから、Cは甲建物の所有権移転登記を備えていない。そこで、96条3項の「第三者」として

保護されるための登記の要否が問題となる。

善意・無過失の第三者との関係では詐欺による意思表示が有効と扱われる結果、権利が順次移転したことになるから、被欺罔者と善意・無過失の第三者とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たない。そこで、96条3項の「第三者」として保護されるためには、対抗要件としての登記(177条)は不要であると解する。

また、被欺罔者にも少なからず帰責性があるのだから、権利保護資格要件としての登記も不要と解する。

したがって、Cは、登記なくして96条3項の「第三者」として保護される。

(4) Cは、96条3項の「第三者」として保護されるため、AB間の売買契約の取消しを対抗されないから、甲建物の所有権を取得できる。その結果、AはCとの関係では甲建物の所有権を失っていることになる。したがって、Aは甲建物の所有権を有しない(①)。

5. よって、AのCに対する請求は認められない。 以上

第 6 問

(事案)

Aは、Bから騙されて、実際には3000万円の価値を有する甲建物が1000万円の価値しか有しないと勘違いし、Bとの間で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結し、Bに対する引渡し及び所有権移転登記手続を終えた。

その後、Bに騙されたことに気が付いたAは、Bに対して、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消すと主張した。

ところが、Bは、Cに対して、事情を秘した上で、甲建物を代金3000万円で売却し、Cに対する引渡し及び所有権移転登記手続を終えた。

(設問)

Aは、Cに対して、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消したとして甲建物の明渡しを求めることができるか。理由を付して結論を述べなさい。

なお、所有権移転登記の抹消登記手続については、言及しなくてよいものとする。

(解説)

1. 出題の概要

第6問は、詐欺取消後の第三者に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aの請求は、甲建物の所有権(206条)に基づく返還請求権を根拠とするものである。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有すること、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、Bから甲建物の引渡しを受け、現在、甲建物を占有している(②)。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである(①)。

(2) 論点

㊦Aもと所有+C現在占有(請求原因)→㊧AB売買による所有権喪失の抗弁→㊨AB間売買の詐欺取消しの再抗弁(96条1項)という流れを経た上で、㊩詐欺取消後の第三者を保護するための理論構成が問題となる。

ア. 詐欺取消後の第三者も96条3項の「第三者」に含まれるか

96条3項の趣旨は取消しの遡及効から第三者を保護することで取引の安全を確保することにあるから、同条3項の「第三者」は詐欺取消前に利害関係を有するに至った者に限られると解されている(判例)。

Cは、Aが詐欺取消しの主張をした後にBとの間で甲建物の売買契約を締結しているため、取消前に利害関係を有するに至った者ではなく、96条3項の「第三者」に当たらない。

イ. 取消後の第三者を保護するための理論構成

取消後の第三者が常に保護されないのでは、取引安全が害される。そこで、取消後の第三者を保護するための理論構成が問題となる。

判例は、取消後の第三者は96条3項の「第三者」としては保護されないと解した上で、取消後の第三者と被欺罔者とは対抗関係に立つとして、被欺罔者が詐欺取消しによる物権変動を取消後の第三者に対抗するためには対抗要件としての登記を具備する必要があると解している(判例)。

取消しによる遡及的無効(121条の2)も法的擬制にすぎず、取り消しうる意思表示は取り消されるまでは有効であるから、現実には取消時点において観念的に被欺罔者への復帰的物権変動が生じ、欺罔者を起点とした二重譲渡がなされたものと構成できると考えることで、判例の立場を支持することができる。

Cは、Aとの関係で「第三者」(177条)に当たるところ、甲建物の所有権移転登記を具備したことにより甲建物の所有権を

基礎応用 49 頁 [論点 1]、論証集 28 頁 [論点 1]、大判 S17.9.30・百 I 51

基礎応用 52 頁 [論点 7]、論証集 30 頁 [論点 7]、大判 S17.9.30・百 I 51

確定的に取得するから、これにより A の所有権が否定される。
したがって、A は甲建物の所有権を有しない (①)。
よって、A の C に対する請求は認められない。

(参考答案)

1. Aは、Cに対して、詐欺による意思表示の取消し（96条1項）により甲建物の売買契約が遡及的に無効になる（121条）ため甲建物の所有権がAに復帰したと主張して、甲建物の所有権に基づく返還請求権として、甲建物の明渡しを請求することが考えられる。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、Bから甲建物の引渡しを受け、現在、甲建物を占有している（②）。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである（①）。

2. Cは、Aの所有権を否定するために、甲建物は元々Aの所有に属していたが、AはAB間の売買契約（555条）により甲建物の所有権を喪失したと主張する。これに対し、Aは、AB間の売買契約はBの詐欺を理由として取り消した（96条1項）と主張する。

Aは、Bから騙されて、実際には3000万円の価値を有する甲建物が1000万円の価値しか有しないと勘違いし、Bとの間で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結したのだから、「詐欺…による意思表示」をしたといえる。したがって、Aは、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消すことができる。

3. Aによる詐欺取消しが認められる結果、甲建物の売買契約が遡及的に無効になり（121条）、甲建物の所有権がAに復帰するのが原則である。そうすると、①の要件も満たされ、Aの請求が認められるはずである。

4. これに対し、Cは、自分は96条3項の「第三者」として保護されると主張する。

しかし、96条3項の趣旨は取消しの遡及効から第三者を保護することで取引の安全を確保することにあるため、同条3項の「第三者」は取消し前に利害関係を有するに至った者に限られると解すべきである。

Cは、Aが詐欺取消しの主張をした後に、Bとの間で甲建物の売買契約を締結しているため、取消し前に利害関係を有するに至った者ではなく、96条3項の「第三者」に当たらない。

したがって、Cの上記主張は認められない。

5. もっとも、取消後の第三者が常に保護されないのでは、取引安全が害される。そこで、取消後の第三者を保護するための理論構成が問題となる。

取消しによる遡及的無効も法的擬制にすぎず、取り消しうる意思表示は取り消されるまでは有効であるから、現実には、取消時点において観念的に被欺罔者への復帰的物権変動が生じ、欺罔者を起点とした二重譲渡がなされたものと構成できる。そこで、取消後の第三者と被欺罔者の関係は、対抗問題（177条、178条）として捉えられると解する。

「第三者」（177条）である C は、甲建物の所有権移転登記を具備したことにより甲建物の所有権を確定的に取得し、これにより A の所有権が否定される。したがって、A は甲建物の所有権を有しない（①）。

6. よって、A の C に対する請求は認められない。

以上

第7問

(事案)

Aは、Cから何らの代理権も授与されていないにもかかわらず、Bとの間で、Cがその所有する甲土地を代金3000万円でBに売却する旨の売買契約書（以下「本件売買契約書」という）を作成した。本件売買契約書は、2通作成され、それらの内容は同じものであり、そこには、A及びBの署名があり、Aの署名には、AがCの代理人である旨が示されていた。

後日、Aは、Cに対して、本件売買契約書を示して、追認を求めた。Cは、これを承諾して、その場でBに電話をし、本件売買契約書に係る契約について異存はない旨を告げた。

(設問)

BがCに対して甲土地の所有権移転登記の手続を請求することができるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第7問は、無権代理と追認に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

有権代理(99条1項)と無権代理の追認(113条2項)とは選択的な請求原因であるから、要件事実的には、無権代理の追認に先立って、先立つ代理権授与の存在を否定する必要はない。この意味において、先立つ代理権授与の不存在は無権代理の追認の請求原因ではない。

もっとも、実体法上は、無権代理の追認は、先立つ代理権授与の存在が認められない場合に問題となる法律構成であるから、有権代理から検討し、先立つ代理権授与の存在を否定した上で、無権代理の追認について論じるべきである。

平成25年司法試験設問1参考

基礎応用64頁以下、論証集
36頁

(参考答案)

1. B は、C に対して、甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、甲土地の所有権移転登記手続請求をすることが考えられる。

2. 本件売買契約は A が C の代理人として締結しているところ、代理（民法 99 条 1 項）の要件は、①代理行為、②顕名及び③代理行為に先立つ代理権授与の 3 つである。

B は、C との間で、C が所有する甲土地を代金 3000 万円で購入する旨の本件売買契約書を作成することにより、同内容の売買契約（555 条）を締結した（①）。

本件売買契約書には A 及び B の署名があり、A の署名には、A が C の代理人である旨が示されていたため、A が C の代理人である旨の顕名もあるといえる（②）。

しかし、A は、C から何らの代理権も授与されていないにもかかわらず、C の代理人として本件売買契約を締結しているのだから、①の代理行為に代理権授与を欠く（③）。

したがって、本件売買契約は、無権代理によるものであり、原則としてその効果は C に帰属しない（113 条 1 項）。

3. もっとも、C は、B に電話をし、本件売買契約書に係る契約について異存はない旨を告げることで、無権代理の「相手方」である B に対して追認の意思表示をしている（113 条 2 項本文）。

これにより、本件売買契約の効果は C に帰属することになる（113 条、116 条本文）。

4. したがって、B の請求が認められる。

以上

第 8 問

(事案)

Aは、Bに対して、自己が所有する甲土地及び乙土地をそれぞれ代金2000万円でCに売却することを内容とする代理権を授与した。

Bは、売却代金を着服するつもりで、Cとの間で、Aの代理人であることを示した上で、甲土地を代金2000万円で、乙土地を代金2000万円で売却する旨の契約をそれぞれ締結した。

なお、Cは、上記の売買契約を締結した時点で、Bが甲土地の代金2000万円を着服するつもりであることを知っていた。

(設問)

Cは、Aに対して、甲土地及び乙土地について、所有権移転登記の手続を求めることができるか。理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第8問は、代理権の濫用に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

Bは、Aから甲土地及び乙土地の売却に関する代理権を授与された代理人(99条1項)として、甲土地を代金2000万円で、乙土地を代金2000万円で売却する旨の売買契約(555条)をそれぞれ締結しているところ、Bは売却代金を着服するつもりだったのだから、Bの代理行為は「代理人が自己…の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合」(107条)として代理権濫用に当たる。

代理権濫用行為は、相手方が代理人の代理権濫用の目的について悪意又は有過失であった場合には、無権代理行為とみなされる(107条)。

Cは、契約締結の時点で、Bが甲土地の代金2000万円を着服するつもりであることを知っていたのだから、Bの代理権濫用の目的「を知り」ながら契約に応じたとして、悪意であるといえる。

他方で、問題文には、CはBが乙土地の代金2000万円を着服するつもりであることも知っていたとは書かれていないから、乙土地の代理権濫用の目的についての悪意・過失の有無が問題となる。Cの悪意又は過失を認める方法は2つある。

1つ目は、㉠Cは、乙土地の売買契約と同時に行われた甲土地の売買契約におけるBの代金着服意図について認識していたのだから、㉡乙土地の売買契約におけるBの代金着服意図についても認識していたと推認できるとして、㉡を間接事実として㉠の主要事実を推認する方法である。

2つ目は、㉢Cは、乙土地の売買契約と同時に行われた甲土地の売買契約におけるBの代金着服意図について認識していたのだから、㉣乙土地におけるBの代金着服意図を疑うべき状況にあったとして、㉢を不審事由として乙土地の売買におけるBの代金着服意図の有無を調査・確認する義務を認め、同義務違反による過失を認めるという方法である。

なお、代理権の濫用は、有権代理の要件(代理行為、顕名、先立つ代理権授与)を満たす場合にはじめて問題となるものだから、はじめに有権代理の要件を認定する必要がある。

平成28年司法試験設問1(1)

参考

基礎応用66頁、論証集43頁

(参考答案)

1. C は、A に対して、甲土地及び乙土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、所有権移転登記手続を請求することが考えられる。

2. 甲土地及び乙土地の売買契約は B が A の代理人として締結しているところ、代理（民法 99 条 1 項）の要件は、①代理行為、②顕名及び③代理行為に先立つ代理権授与の 3 つである。

B は、A から甲土地及び乙土地をそれぞれ代金 2000 万円で C に売却することを内容とする代理権を授与された上で (③)、C との間で、A の代理人であることを示すことにより顕名をして (②)、甲土地を代金 2000 万円で売却する旨の売買契約及び乙土地を代金 2000 万円で売却する旨の売買契約を締結した (①)。

このように、代理の要件を全て満たす。

3. もっとも、上記 2 つの売買契約は「代理権の範囲内の行為」であるものの、B が売却代金を着服するという「自己…の利益を図る目的で…した」代理権濫用行為（107 条）である。

C は、契約締結の時点で、B が甲土地の代金 2000 万円を着服するつもりであることを知っていたのだから、B の代理権濫用の目的「を知り」ながら契約に応じているといえる。したがって、甲土地の売買契約は無権代理行為とみなされるため、その効果は A に帰属しない。

また、C は、乙土地の売買契約と同時に行われた甲土地の売買契約における B の代金着服意図について認識していたのだから、乙土地の売買契約における B の代金着服意図についても認識していたと推認できる。仮に、このような推認が認められないとしても、C の上記認識からすれば乙土地における B の代金着服意図を疑うべき状況にあったといえるため、C には乙土地における B の代金着服意図の有無を調査・確認する義務があるといえるから、これを怠った C には過失が認められる。したがって、C は、乙土地の売買契約における B の代金着服意図について「知り、又は知ることができた」といえる。よって、乙土地も無権代理行為とみなされるため、その効果は C に帰属しない。

4. 以上より、C の各請求はいずれも認められない。 以上

第9問

(事案)

Bは、Aから何らの代理権も授与されていないにもかかわらず、Cとの間で、Aの代理人であることを示した上で、Aが所有する甲土地を代金1000万円でCに売却する旨の契約を締結した。

その後、Aが死亡したことにより、Bは、同じくAの子であるD及びEとともに、Aを共同相続した。

なお、B、D及Eの相続分は3分の1ずつとする。

(設問)

CがBに対して甲土地の所有権移転登記手続を請求することができるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第9問は、無権代理と共同相続に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Cの請求の根拠には、①甲土地の売買契約に基づく財産的移転債務としての所有権移転登記手続義務をBが相続により承継したとして、売買契約に基づく債権的登記請求権としての所有権移転登記請求権を主張するものと、②甲土地の売買契約によりCが甲土地の所有権を取得したとして、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権を主張するものが考えられる。

②の請求原因は①の請求原因を包摂するのが通常であるし、①について消滅時効(166条1項)が完成しているような事情もないから、請求の根拠としては①を選択すべきである。

(2) 論点

甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務としての所有権移転登記手続義務の発生要件として、無権代理人であるBが本人Aを共同相続したことにより無権代理行為が当然に有効になるのではないかが問題となる。

無権代理人が他の相続人と共に本人を共同相続した場合については、①無権代理人が本人を単独相続した場合と同様に、無権代理行為全体が相続とともに当然に有効になるか、②仮にそうでないとしても、少なくとも無権代理人の相続分の限度では当然に有効とならないかという問題がある。

判例は、無権代理人が本人を単独相続した場合について、「無権代理人が本人を相続した場合においては、自らした無権代理行為につき本人の資格において追認を拒絶する余地を認めるのは信義則に反するから、右無権代理行為は相続と共に当然有効となると解するのが相当である…」と解している。

もっとも、無権代理人が本人を共同相続した場合については、①無権代理行為全体に相続とともに当然に有効になるものではないという立場を前提としている。これは、他の共同相続人の追認拒絶権を保障する必要性を理由とするものであると考えられる。

さらに、判例は、「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

平成28年司法試験設問1(1)

参考

基礎応用 69頁 [論点1]、論
証集 38頁 [論点1]、最判
S37.4.20・百I 32

基礎応用 70頁 [論点5]、論
証集 39頁 [論点5]、最判
H5.1.21・百I 33

基礎応用 70頁 [論点6]、論
証集 39頁 [論点6]、最判
H5.1.21・百I 33

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。そして、以上のことは、無権代理行為が金銭債務の連帯保証契約についてされた場合においても同様である。」として、追認不可分説に立っている。

そうすると、本件売買契約は B の相続分（3分の1）の限度でも有効とならないから、C の請求は 3分の1 の共有持分権の移転登記手続請求の限度でも認められない。

(参考答案)

1. C は、B に対して、甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、甲土地の所有権移転登記手続を請求することが考えられる。

その上で、C は、B が C との間で締結した甲土地の売買契約（555 条）の効果は A に帰属しており、その後、A が死亡したことにより（882 条）、B は、同じく A の子である D 及び E とともに A を共同相続（887 条 1 項、896 条本文）することにより、A の本件売買契約に基づく所有権移転登記手続義務を承継したと主張する。

2. 本件売買契約は、B が A から何らの代理権も授与されていないにもかかわらず、A の代理人として締結したものであるから、無権代理行為であり、原則としてその効果は A に帰属しない（113 条 1 項）。

したがって、B は、共同相続により本件売買契約に基づく所有権移転登記手続義務を承継することにはならず、A から相続した追認拒絶権（113 条）を行使して C の請求を拒めるのが原則である。

3. もっとも、無権代理人である B が本人 A を相続したことにより無権代理行為である本件売買契約の効果が共同相続人である B、D 及び E に帰属することにならないか。

- (1) まず、無権代理人が本人を共同相続した場合、他の共同相続人の追認拒絶権を保障する必要性から無権代理行為全体の追完は生じないと解する。

したがって、本件売買契約全体の追完は生じないから、少なくとも B に対する甲土地の所有権移転登記手続請求は認められない。

- (2) 次に、処分的効果を生じさせる追認権（113 条）が共同相続人に不可分的に帰属する（898 条 1 項・2 項、264 条・251 条 1 項）ことから、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でも当然に有効となるものではないと解する。

したがって、本件売買契約は B の相続分（3 分の 1）の限度でも有効とならないから、C の請求は、3 分の 1 の共有持分権の移転登記手続請求の限度でも認められない。 以上

第10問

(事案)

1. Aは、早くに夫と死別し、A所有の土地上に建物を建築して一人で暮らしていた（以下では、この土地及び建物を「本件不動産」という。）。Aは、身の回りのことは何でも一人で行っていたが、高齢であったことから、近所に住むAの娘Bが、時折、Aの自宅を訪問してAの様子を見るようにしていた。
2. 令和3年4月10日、Aの友人であるCがAの自宅を訪れると、Aは廊下で倒れており、呼び掛けても返事がなかった。Aは、Cが呼んだ救急車で病院に運ばれ、一命を取り留めたものの、意識不明の状態のまま入院することになった。
3. 令和3年4月20日、BはCの自宅を訪れ、Aの命を助けてくれたことの礼を述べた。Cは、Bから、Aの意識がまだ戻らないこと、Aの治療のために多額の入院費用が掛かりそうだが、突然のことで資金の調達のあてがなく困っていることなどを聞き、無利息で100万円ほど融通してもよいと申し出た。
そこで、BとCは、同日、返還の時期を定めずに、CがAに100万円を貸すことに合意し、CはBに100万円を交付した（以下では、この消費貸借契約を「本件消費貸借契約」という。）。本件消費貸借契約締結の際、BはAの代理人であることを示した。
Bは、受領した100万円をAの入院費用の支払に充てた。
4. 令和3年4月21日、Bは、家庭裁判所に対し、Aについて後見開始の審判の申立てをした。令和3年7月10日、家庭裁判所は、Aについて後見開始の審判をし、Bが後見人に就任した。そこで、CがBに対して前記3の貸金を返還するよう求めたところ、BはAから本件消費貸借契約締結の代理権を授与されていなかったことを理由として、これを拒絶した。

(設問)

Cは、本件消費貸借契約に基づき、Aに対して、貸金の返還を請求することができるか。

(解説)

1. 出題の概要

第10問は、後見人による無権代理行為の追認拒絶に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

設問では「Cは、本件消費貸借契約に基づき…請求することができるか」とあるため、訴訟物は契約上の請求に限られ、法定債権に基づく請求(事務管理、不当利得、不法行為)は訴訟物から除外されていることが分かる。

したがって、契約上の請求のうち、本件消費貸借契約(587条)に基づく貸金返還請求権が訴訟物にすることとなる。

(2) 論点

ア. 前提

本件消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の発生要件、行使要件及び同契約の効果帰属要件のうち、発生要件(消費貸借の合意、合意に基づく100万円の交付)及び行使要件(「当事者が返還時期を定めなかったとき」として591条1項が適用される)が問題なく認められる。残るは契約の効果帰属要件であり、ここで論点が顕在化する。

イ. 契約の効果帰属要件

(ア) 無権代理行為に関与した後見人による追認拒絶の可否

Bは、Aから本件消費貸借契約を締結する代理権を授与されていないにもかかわらず、Cに対してAの代理人であることを示すことで顕名し(99条1項)、Aの代理人としてCとの間で本件消費貸借契約を締結している。したがって、本件消費貸借契約の効果は、Bには帰属しないし(Bが顕名をしているため)、無権代理として原則としてAにも帰属しない(113条1項)。

もともと、Bは、無権代理行為をした後に、Aの後見人に就任することにより、本件消費貸借契約の追認又はその拒絶をする権限を取得している(859条1項)。そこで、無権代理人であるBは、後見人として本件消費貸借契約の追認を拒絶することができなくなり、その結果として、Aに契約の効果が帰属することになるのではないかが問題となる。

判例は、「後見人は、禁治産者を代理してある法律行為をするか否かを決するに際しては、その時点における禁治産者の置かれた諸般の状況を考慮した上、禁治産者の利益に合致するよう適切な裁量を行使してすることが要請される。ただし、相手方のある法律行為をするに際しては、後見人において取引の安全等相手方の利益にも相応の配慮を払うべきことは当然であって、当該法律行為を代理してすることが取引関係に

令和2年予備試験設問1参考

基礎応用70頁[論点4]、論証集38頁[論点4]、最判H6.9.13・百15

立つ当事者間の信頼を裏切り、正義の観念に反するような例外的場合には、そのような代理権の行使は許されないこととなる。」と判示した上で、例外的に後見人による追認拒絶が信義則違反として否定される「例外的場合」に該当するかを判断する際の考慮要素として、㉗「右契約の締結に至るまでの無権代理人と相手方との交渉経緯及び無権代理人が右契約の締結前に相手方との間でした法律行為の内容と性質」、㉘「契約を追認することによって禁治産者が被る経済的不利益と追認を拒絶することによって相手方が被る経済的不利益」、㉙「契約の締結から後見人が就職するまでの間に右契約の履行等をめぐってされた交渉経緯」、㉚「無権代理人と後見人との人的関係及び後見人がその就職前に右契約の締結に関与した行為の程度」、㉛「本人の意思能力について相手方が認識し又は認識し得た事実」などを挙げている。

判例では後見人が無権代理行為に関与した程度(㉚の一部)が非常に重視されており、後見人が無権代理行為に立ち会ったに過ぎない事案では追認拒絶が肯定されている(前掲最高裁6年判決)一方で、後見人自身が無権代理行為を行った事案では追認拒絶が否定されている(最判S47.2.18)。

本問では、㉗本件消費貸借契約がAの入院費用の資金を調達するために締結されたものであり、実際に、交付された100万円が全てAの入院費用に充てられているため、契約による利益が全てAに帰属しているから、追認拒絶を否定することによりAが被る経済的不利益が小さいことと、㉚Bが自ら無権代理行為を行ったことの2点が極めて重要である。

(イ) 事務管理者が本人名義でした法律行為の効果帰属

BがAの入院費用を調達するために本件消費貸借契約を締結していることから、Bによる本件消費貸借契約の締結には事務管理(697条)が成立するとして、「事務管理者が本人名義でした法律行為の効果帰属」という論点も問題になると思われる(もっとも、令和2年予備試験の出題趣旨では言及されていない)。

判例は、「事務管理は、事務管理者と本人との間の法律関係を謂うのであって、管理者が第三者となした法律行為の効果が本人に及ぶ関係は事務管理関係の問題ではない。従って、事務管理者が本人の名で第三者との間に法律行為をしても、その行為の効果は、当然には本人に及ぶ筋合のものではなく、そのような効果の発生するためには、代理その他別個の法律関係が伴うことを必要とするものである。」として本人への効果帰属を否定している。

基礎応用 454 頁 [論点 1]、
論証集 223 頁 [論点 1]、最
判 S36.11.30、大判 T7.7.10

(参考答案)

1. Cは、Bとの間で、BをAの代理人として、返還の時期を定めずに、CがAに100万円を貸す旨の本件消費貸借契約（民法587条）を締結し、同契約に基づき100万円をBに交付した。BがAの代理人として100万円を受領したことをもって、要物性も満たす。したがって、上記契約が成立する。では、契約の効果はAに帰属するか。
2. Bは、Aから代理権を授与されることなく上記契約を締結している。もっとも、上記契約は、BがAの入院費用を調達するために締結したものであるため、「義務なく他人のために事務の管理を始めた」（697条本文）ものであり、Aの意思・利益に反することが明白であるともいえない（700条但書参照）から、事務管理が成立する。
しかし、事務管理に関する規定は対外的な権限付与までは目的としていないから、管理者が本人の代理人として行った法律行為は無権代理行為にすぎない（113条1項）。したがって、上記契約は無権代理であり、原則としてAに効果帰属しない。
3. 上記契約後、BはAの後見人に就任することで、上記契約の追認又はその拒絶をする権限を取得している（859条1項）。そこで、無権代理人Bは後見人として上記契約の追認を拒絶することができなくなり、その結果としてAに効果帰属するということにならないか。
 - (1) 後見人には、成年被後見人の利益のための裁量行使が要請される一方で、取引安全等の相手方の利益にも相応の配慮をすることが要請される。そこで、後見人が、後見人就職前に成年被後見人を本人として行われた無権代理行為について追認を拒絶することは、それが取引関係に立つ当事者の信頼を裏切り、正義の観念に反するような例外的場合には、信義則違反として許されないと解する。
 - (2) Bは、自らAの代理人として上記契約を締結し、100万円を受領しているから、無権代理行為への関与が極めて強い。また、Bは、Aの娘としてAと密接な人的関係にある上、後見開始の審判を申立てることで自らの意思で後見人に就任している。このようなBが後見人として追認を拒絶することはCにとっては全くの予想外のことであるから、Cの取引上の信頼を著しく害することになる。他方で、上記契約に係る利益が全てAに帰属しているため、追認拒絶を否定してもAの利益を害する程度は小さい。したがって、Bが追認を拒絶することは、それが信義則に反する例外的場合に当たるといえ、許されない。よって、上記契約の効果はAに帰属する。
以上より、「相当の期間を定めて返還の催告」及びその期間の経過があれば（591条1項）、Cの請求が認められる。 以上

第 11 問

(事案)

Bは、Aから、Cとの間における甲土地の抵当権設定契約に関する代理権を授与された際に、Aの実印と印鑑登録証明書も受け取ったことを奇貨として、Dとの間で、Aの代理人であることを示すとともに、Aの実印と印鑑登録証明書も示した上で、AがDに甲土地を代金2000万円で売却する旨の契約を締結し、売買契約書にAの実印により押印した。

Dは、Bより示されたAの実印と印鑑登録証明書を見てBには代理権があると信じたため、契約に先立ち、特段の確認をしなかった。

(設問)

DがAに対して甲土地の所有権移転登記手続を請求することができるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第11問は、110条の表見代理に関する基本的な理解を問う問題である

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Dの請求の根拠としては、甲土地の売買契約に基づく債権的登記請求権としての所有権移転登記請求権を選択すべきである。

理由は、第9問と同様である。

(2) 論点

ア. 原則論

Bは、Dとの間で、Aの代理人であることを示すことで顕名をして、AがDに甲土地を代金2000万円で売却する旨の売買契約(555条)を締結しているところ、BがAから授与されていた代理権はCとの間における甲土地の抵当権設定契約に関するものである。したがって、本件売買契約は、越権行為という意味で無権代理行為であるから、原則として、その効果はAに帰属しない(113条1項)。

イ. 110条の表見代理

110条の表見代理の成否では、DがBより示されたAの実印と印鑑登録証明書を見てBには代理権があると信じたことについての「正当な理由」の有無が問題となる。

110条でいう「第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由」とは、代理権の存在を信じたことについて無過失であることを意味するところ、過失の有無は、不審事由の存在→調査確認義務の発生→調査確認義務違反という流れで検討することとなる。

本問では、Dは、Bより示されたAの実印と印鑑登録証明書を見てBには代理権があると信じているため、Bの代理権の存在を疑うべき不審事由の存在が否定されるかが問題となる。

判例は、無権代理人Bが根保証契約書に本人Aの実印を押捺した上でAの印鑑証明書を添えて相手方Cに差し入れた事案において、「印鑑証明書が日常取引において実印による行為について行為者の意思確認の手段として重要な機能を果たしていることは否定することができず、Cとしては、Aの保証意思の確認のため印鑑証明書を徴したのである以上は、特段の事情のない限り、前記のように信じたことにつき正当理由があるというべきである。」と判示している。

しかし他方で、⑦無権代理人Bが本件根保証契約によって利益を受ける立場にあることや、④本件根保証契約については、保証期間も保証限度額も定められておらず、連帯保証人(A)の責任が比較的重いものであることなどから、「単にBが持参し

基礎応用 76頁 [論点2]、論
証集 41頁 [論点5]、最判
S51.6.25・百I 29

た A の印鑑証明書を徴しただけでは、本件約定書が A みずからの意思に基づいて作成され、ひいて本件根保証契約の締結が A の意思に基づくものであると信ずるには足りない特段の事情がある」として「特段の事情」を認めた上で、「さらに A 本人に直接照会するなど可能な手段によつてその保証意思の存否を確認すべきであつたのであり、かような手段を講ずることなく、たやすく前記のように信じたとしても、いまだ正当理由があるということはできないといわざるをえない。」として確認義務違反による過失を認めることで、「正当な理由」を否定している。

(参考答案)

1. D は、A に対して、甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、甲土地の所有権移転登記手続を請求することが考えられる。
2. B は、D との間で、A の代理人であることを示すことで顕名をして、A が D に甲土地を代金 2000 万円で売却する旨の売買契約（民法 555 条）を締結しているところ、B が A から授与されていた代理権は C との間における甲土地の抵当権設定契約に関するものである。したがって、本件売買契約は、越権行為という意味で無権代理行為であるから、原則として、その効果は A に帰属しない（113 条 1 項）。
3. もっとも、110 条の表見代理が成立しないか。
 - (1) B は、本件売買契約に先立ち、A から、C との間における甲土地の抵当権設定契約に関する代理権を授与されていたのだから、A の「代理人」にあたり、顕名をした上で、D との間で本件売買契約を締結することにより「その権限外の行為」をしている。また、D は、B には代理権があると信じている。
 - (2) D は、B より示された A の実印と印鑑登録証明書を見て B には代理権があると信じているため、そのように信じたことについて過失がないとして「正当な理由」が認められるのではないか。
 - ア. わが国の日常取引において実印や印鑑登録証明書が行為者の意思確認手段として重要な機能を果たしていることからすれば、代理人による本人の実印や印鑑登録証明書の所持・使用がある場合には、代理権の存在が推認され、特段の事情のない限り、「正当な理由」が認められると解する。
 - イ. 上記の通り、D は、B より示された A の実印と印鑑登録証明書を見て B には代理権があると信じている。そして、代理行為の内容が本人 A に対して極めて重大な負担を負わせるものであるといった、B の甲土地の売買契約に関する代理権の存在を疑わせるような特段の事情は見当たらないから、D は、B の代理権の存否を調査・確認する義務を負わない。したがって、D が特段の確認をしなかったとしても、D が B に代理権があると信じたことについて過失があるとはいえず、「正当な理由」が認められる。
 - (3) よって、110 条の表見代理が成立し、本件売買契約の効果が A に帰属する。
4. 以上より、D の請求が認められる。 以上

第 12 問

(事案)

Bは、夫であるAが入院加療中であり医療費を工面する必要があったことから、医療費を工面するために、Aに無断で、自宅にあるAの書斎の机の中からAの実印と印鑑登録証明書を持ち出し、これらを用いて、Cとの間で、Aの代理人として、Aが所有する甲土地を代金2000万円でCに売却する旨の契約を締結した。

なお、甲土地に関してAからBに対して代理権が授与されたことはなく、かつ、Aが上記の売買を追認した事実もない。

(設問)

CがAに対して甲土地の所有権移転登記手続を請求することができるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第12問は、日常家事代理に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Cの請求の根拠としては、甲土地の売買契約に基づく債権的登記請求権としての所有権移転登記請求権を選択すべきである。

理由は、第9問と同様である。

(1) 論点

ア. 原則論

Bは、Cとの間で、Aの代理人として、Aが所有する甲土地を代金2000万円でCに売却する旨の売買契約を締結しているが、AからBに対する任意代理権の授与がないから、任意代理権に基づく有権代理(99条1項)を根拠として本件売買契約の効果がAに帰属するとはいえない。

イ. 日常家事代理

そこで、日常家事代理(761条)を根拠として本件売買契約の効果をAに帰属することの可否が問題となる。

判例は、「761条は、…その明文上は、単に夫婦の日常の家事に関する法律行為の効果、とくにその責任のみについて規定しているにすぎないけれども、同条は、その実質においては、さらに、右のような効果の生じる前提として、夫婦は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も規定しているものと解するのが相当である。」として夫婦相互の日常家事代理権を認めた上で、「民法761条にいう日常の家事に関する法律行為とは、個々の夫婦がそれぞれの共同生活を営むうえにおいて通常必要な法律行為を指すものであるから、その具体的な範囲は、個々の夫婦の社会的地位、職業、資産、収入等によつて異なり、また、その夫婦の共同生活の存する地域社会の慣習によつても異なるというべきであるが、他方、問題になる具体的な法律行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属するか否かを決するにあつては、同条が夫婦の一方と取引関係に立つ第三者の保護を目的とする規定であることに鑑み、単にその法律行為をした夫婦の共同生活の内部的な事情やその行為の個別的な目的のみを重視して判断すべきではなく、さらに客観的に、その法律行為の種類、性質等をも充分に考慮して判断すべきである。」と解している。

甲土地の売却代金を入院加療中のAの医療費に充てるという個別事情は、重視できない。そして、不動産売買の非日常性及び取引金額の高額性という本件売買契約の客観的性質からすれば、本件売買契約は「夫婦…の日常の家事に関」する「法律行

令和2年司法試験設問3参考

基礎応用 79頁 [論点1]、論証集 43頁 [論点10]、最判 S44.12.18・百III9

為」に当たらない。したがって、761条により本件売買契約の効果がAに帰属するとはいえない。

そうすると、本件売買契約は無権代理行為となるから、原則として、その効果はAに帰属しない(113条1項)。

ウ. 110条の表見代理

では、761条の日常家事代理権を基本代理権として110条の表見代理の成立を認めることはできないか。

判例は、「夫婦の一方が右のような日常の家事に関する代理権の範囲を越えて第三者と法律行為をした場合においては、その代理権の存在を基礎として広く一般的に民法110条所定の表見代理の成立を肯定することは、夫婦の財産的独立をそこなうおそれがあつて、相当でないから、夫婦の一方が他の一方に対しその他の何らかの代理権を授与していない以上、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内に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときにかぎり、民法110条の趣旨を類推適用して、その第三者の保護をはかれば足りるものと解するのが相当である。」と解している。

110条の直接適用の場合、信託の対象は代理権の存在となるが、上記判例における「110条の趣旨を類推適用」する立場では、信託の対象は代理権の存在ではなく当該法律行為が「当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属する」ことであり、このように、前者と後者とで信託の対象が異なるのである。

そして、BがCに対してAの実印と印鑑登録証明書を示した事実は、AからBに対する本件売買契約に関する代理権の授与を事実上推定するものであるが、本件売買契約の日常家事性を事実上推定するものではない。このことに、不動産売買の非日常性も考慮すると、Cには日常家事性について確認する義務があつた。にもかかわらず、Cは、Aに確認するなどの措置をとらず確認義務を怠ったのだから、本件売買契約がA・Bの日常家事の範囲内であると信じたことについて過失があり、正当な理由を欠く。したがって、110条の趣旨の類推適用も認められない。

よって、本件売買契約の効果はAに帰属しないから、Cの請求は認められない。

基礎応用 80頁 [論点 2]、論
証集 43頁 [論点 11]、最判
S44.12.18・百Ⅲ9

(参考答案)

1. C は、A に対して、甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、甲土地の所有権移転登記手続を請求することが考えられる。
2. B は、C との間で、A の代理人として、A が所有する甲土地を代金 2000 万円で C に売却する旨の売買契約を締結しているが、A から B に対する任意代理権の授与がないから、任意代理権に基づく有権代理 (99 条 1 項) を根拠として本件売買契約の効果が A に帰属するとはいえない。
3. もっとも、761 条により A に効果帰属することにならないか。
 - (1) 「夫婦の…日常の家事に関」する「法律行為」とは、当該夫婦の共同生活において通常必要とされる法律行為を意味する。この判断では、取引安全のため当該夫婦に関する個別事情よりも当該法律行為の客観的性質を重視する。
 - (2) 甲土地の売却代金を入院加療中の A の医療費に充てるという個別事情は、重視できない。そして、不動産売買の非日常性及び取引金額の高額性という本件売買契約の客観的性質からすれば、本件売買契約は「夫婦…の日常の家事に関」する「法律行為」に当たらない。したがって、761 条により本件売買契約の効果が A に帰属するとはいえない。
4. そうすると、本件売買契約は無権代理行為となるから、原則として、その効果は A に帰属しない (113 条 1 項)。

もっとも、110 条の表見代理が成立しないか。

 - (1) 夫婦の連帯責任の前提として夫婦に付与されている日常家事代理権 (761 条) を基本代理権とする 110 条の表見代理の成立を広く認めることは、夫婦の財産的独立を害する。そこで、相手方が当該法律行為が当該夫婦の日常家事に関する法律行為の範囲に属すると信じたことについて正当な理由がある場合に、110 条の趣旨の類推適用が認められると解する。
 - (2) B が C に対して A の実印と印鑑登録証明書を示した事実は、A から B に対する本件売買契約に関する代理権の授与を事実上推定するものであるが、本件売買契約の日常家事性を事実上推定するものではない。このことに、不動産売買の非日常性も考慮すると、C には日常家事性について確認する義務があった。にもかかわらず、C は、A に確認するなどの措置をとらず確認義務を怠ったのだから、本件売買契約が A・B の日常家事の範囲内であると信じたことについて過失があり、正当な理由を欠く。したがって、110 条の趣旨の類推適用もない。
5. よって、本件売買契約の効果は A に帰属しないから、C の請求は認められない。以上

参考文献

- ・「民法(全)」第3版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第4版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「基本講義 債権各論Ⅱ」第3版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「プラクティス民法 債権総論」第5版補訂(著:潮見佳男-信山社)
- ・「民法(債権関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
- ・「詳解 改正民法」初版(著:潮見佳男ほか-商事法務)
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)
- ・「Before/After 民法改正」第2版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 民法・不動産登記法改正」初版(編著:潮見佳男・木村貴裕-弘文堂)
- ・「<民法>所有権・相続のルール大改正」初版(著:児玉隆晴-信山社)
- ・「民法Ⅰ 総則・物権総論」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅱ 債権各論」第3版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅳ 親族・相続」補訂版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「LEGAL QUEST 民法Ⅵ 親族・相続」第6版(著:前田陽一ほか-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅰ 総則」第3版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅳ-1 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第5版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第3版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法」第4版(著:道垣内弘人-有斐閣)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」4訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹界)
- ・「完全講義・法律実務基礎科目 民事」(著:大島眞一-民事法研究会)
- ・「完全講義・民事裁判実務 基礎編」(著:大島眞一-民事法研究会)
- ・「要件事実マニュアル1」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第3版(有斐閣)
- ・「最新重要判例解説」平成18年度～令和4年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023(日本評論社)