

司法試験

合格答案作成講座(田中クラス)

民法

無料体験冊子①

レック **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 213842

LU21384

合格答案作成講座・問題集
民法

目次

第1部 法科大学院入試過去問・旧司法試験過去問・他

第1問	(意思無能力者の法律行為)	2
第2問	(未成年者の詐術・原状回復義務)	6
第3問	(94条2項の類推適用)	10
第4問	(94条2項及び110条の類推適用)	14
第5問	(代表権の濫用・94条2項の類推適用)	18
第6問	(動機の錯誤・動機の不法)	22
第7問	(不動産の二重譲渡・動機の錯誤)	26
第8問	(動機の錯誤・原状回復義務)	30
第9問	(詐欺取消しと第三者)	34
第10問	(詐欺取消し及び解除と第三者)	38
第11問	(委任契約の取消しと代理行為の効果)	42
第12問	(110条の表見代理・94条2項類推適用)	46
第13問	(日常家事債務と110条・無権限者の処分)	50
第14問	(代表権の制限と110条類推適用)	54
第15問	(親子間の利益相反行為・代理権の濫用)	58
第16問	(時効の援用権者・時効援用権の代位行使)	62
第17問	(物権変動と第三者の保護・債務不履行解除)	66
第18問	(詐欺取消しと即時取得)	70
第19問	(即時取得一盗品の回復請求)	74
第20問	(物権的請求の相手方)	78
第21問	(177条の「第三者」・賃貸人の地位の移転)	82
第22問	(連帯債務・共有物の管理)	86
第23問	(留置権・利得の押付け)	90
第24問	(抵当権の実行・不動産の付合)	94
第25問	(抵当権の効力の及ぶ範囲)	98
第26問	(借地上の建物に対する抵当権の実行)	102
第27問	(抵当権の効力と従たる権利)	106
第28問	(抵当権の効力の及ぶ範囲)	110
第29問	(譲渡担保権に基づく物上代位・付合)	114
第30問	(譲渡担保権に基づく妨害排除請求)	118
第31問	(譲渡担保権の目的物の処分)	122
第32問	(種類債権の特定と履行不能)	126
第33問	(制限種類物の滅失と履行不能)	130
第34問	(受領遅滞・解除と損害賠償請求)	134
第35問	(拡大損害・安全配慮義務)	138
第36問	(詐害行為取消権・解除と第三者)	142

第37問	(詐害行為取消権)	146
第38問	(財産分与と詐害行為取消権)	150
第39問	(表見受領権者への弁済)	154
第40問	(保証債務の範囲)	158
第41問	(債権の二重譲渡)	162
第42問	(債権の二重譲渡)	166
第43問	(目的物の滅失と債務者の帰責事由)	170
第44問	(解除及び詐欺取消しと原状回復義務)	174
第45問	(履行の担保と不安の抗弁)	178
第46問	(第三者のためにする契約)	182
第47問	(債権譲渡後の解除と債務者の抗弁)	186
第48問	(第三者による債権侵害)	190
第49問	(契約の解除・賃貸人の地位の移転)	194
第50問	(解除と第三者・債権譲渡と債務者の抗弁)	198
第51問	(解除権の消滅・使用者責任)	202
第52問	(売買目的物の数量に関する契約不適合)	206
第53問	(錯誤・詐欺・担保責任)	210
第54問	(転貸借の法律関係)	214
第55問	(賃貸借契約の合意解約と転借人)	218
第56問	(転貸借における賃貸人と転借人の関係)	222
第57問	(賃貸借の解除と転貸借)	226
第58問	(賃貸借の合意解約と転貸借)	230
第59問	(賃借権の時効取得)	234
第60問	(留置権・賃貸借における債務不履行)	238
第61問	(請負における危険負担・損害賠償請求)	242
第62問	(請負における修補請求・損害賠償請求)	246
第63問	(請負代金債務の保証・不当利得)	250
第64問	(請負契約の解除及び損害賠償請求)	254
第65問	(事務管理・遺族からの損害賠償請求)	258
第66問	(事務管理・不法行為)	262
第67問	(注文者と下請人の法律関係・転用物訴権)	266
第68問	(不当利得－第三者のためにする契約型)	270
第69問	(不当利得－騙取金による弁済)	274
第70問	(共同不法行為・動物占有者の責任)	278
第71問	(被害者側の過失・共同不法行為)	282
第72問	(安全配慮義務違反・遺族の損害賠償請求)	286
第73問	(表見代理・親子間の利益相反行為)	290
第74問	(限定承認と相続債権者)	294
第75問	(遺産分割をめぐる法律関係)	298

第2部 予備試験過去問

第76問	(通謀虚偽表示・他人物売買・他人物賃貸借)	・ 304
第77問	(保証と物上保証人の異同)	・ 310
第78問	(将来債権の譲渡)	・ 316
第79問	(請負人の担保責任)	・ 322
第80問	(共有持分権者に対する建物明渡請求)	・ 328
第81問	(他人物売買の解除をめぐる法律関係)	・ 334
第82問	(94条2項及び110条の類推適用・転貸借)	・ 340
第83問	(安全配慮義務違反と不法行為責任)	・ 346
第84問	(法定地上権・取得時効)	・ 352
第85問	(無権代理人の後見人就職・責任財産の保全)	・ 358

第 1 部

法科大学院入試過去問
旧司法試験過去問・他

第1問

現在90歳のAは、80歳を超えた辺りから病が急に進行して、判断能力が衰え始め、2年前からしばしば事理弁識能力を欠く状態になった。

絵画の好きなAは、事理弁識能力を欠いている時に、画商Bの言うままに、Bの所有する甲絵画を500万円で売買する契約をBと締結し、直ちに履行がされた。

この事案について、以下の問いに答えよ。なお、小問1と小問2は、独立した問いである。

- 1 (1) Aは、甲絵画をBに戻して500万円の返還を請求することができるか。また、Bに甲絵画を800万円で購入したいという顧客が現れた場合に、Bの方からAに対して甲絵画の返還を請求することはできるか。
- (2) AがBに500万円の返還を請求する前に、Aの責めに帰することができない事由によって甲絵画が滅失していた場合に、AのBに対するこの返還請求は認められるか。Bから予想される反論を考慮しつつ論ぜよ。
- 2 AB間の売買契約が履行された後、Aを被後見人とし、Cを後見人とする後見開始の審判がされた。AB間の甲絵画の売買契約に関するCによる取消し、無効の主張、追認の可否について論ぜよ。

(平成22年度旧司 第1問)

答案構成用シート

解答例

第1 小問1

1 (1)について

(1) 前段について

ア AはBに対して法律行為の無効に基づく原状回復請求として500万円の返還を請求することが考えられる。

無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う（121条の2第1項）。本件では、Aが事理弁識能力を欠いていた時にAB間で売買契約（555条）が締結されたため、当該契約は意思無能力者によるものとして無効である（3条の2）。それゆえ、AのBに対する500万円の支払は「無効な行為に基づく債務の履行」といえる。

イ したがって、Aは売買契約の無効を主張することにより、Bに500万円の返還を請求することができる。

(2) 後段について

ア BがAの意思無能力無効（3条の2）を主張し、Aに対し、原状回復請求（121条の2第1項）として甲絵画の返還を求めることができるか。

イ 無効という効果は、原則として、すべての人が主張できるものである。しかし、同条は、私的自治の原則

● 意思無能力者側からの無効主張

● 相手方からの無効主張

● 相対的無効説

が妥当しない意思無能力者を保護する趣旨であるところ、意思無能力者の側にだけ無効主張を認めれば上記趣旨は全うできる。したがって、同条の無効は、意思無能力者の側のみが主張でき、相手方は主張できないと解する。

ウ したがって、Bの方からAに対して甲絵画の返還を請求することはできない。

2 (2)について

(1) 甲絵画が滅失したためにAが現物返還できない場合であっても、AのBに対する500万円の返還請求は認められるであろうか。

(2) Aの請求に対して、Bとしては、甲絵画の現物返還が不可能である場合には価額返還をすべきであるから、この価額返還義務と500万円の返還義務との同時履行（533条類推）ないしは相殺（505条）を主張することが考えられる。

しかし、Aは本件売買の時に意思能力を欠いていたのであるから、現存利益の限度で原状回復義務を負うにすぎない（121条の2第3項前段）。そうすると、本件において、甲絵画はAの責めに帰することができない事由によって滅失しているため、現存利益はなく、AはBに価額返還義務を負わない。

● 目的物滅失の場合の返還義務相互の関係

(3) したがって、Bの反論は認められず、AはBに500万円の返還を請求することができる。

第2 小問2

1 取消しの主張

後見人は「成年被後見人の法律行為」を取り消すことができる(9条、120条1項)。しかし、本件でAB間の売買契約は後見開始の審判がされる前に締結されており、「成年被後見人の法律行為」に当たらない。したがって、CはAB間の売買契約を取り消すことができない。

2 無効の主張

AB間の売買契約は、Aが契約当時意思無能力であったため無効である(3条の2)。AB間の売買契約は、後見開始の審判がされる前に履行されているが、後見人は財産に関する法律行為について被後見人を代表する(859条1項)。したがって、CはAB間の売買契約の無効を主張することができる。

3 追認の可否

(1) 無効な行為は、追認してもその効力を生じない(119条本文)。しかし、制限行為能力者制度の下では、後見人は被後見人が行った取り消しうる法律行為の追認をすることができる(122条)、事理弁識能力を欠く者の法律行為が後見開始の審判がされる前になされたか

● 無効行為の追認

否かという偶然の事情によって、結論に差が生じるのは不当である。

(2) ここで、122条が保護者による追認を認めているのは、制限行為能力者制度により保護されるべき表意者側からの追認であれば、その者に不利益とならないと考えられたためであり、かかる趣旨は、意思無能力を理由に法律行為が無効となる場合にも当てはまると考える。前述のとおり、意思無能力による無効は表意者保護を図るためのものであるところ、保護される側からの追認を有効と扱っても、その者が不利益を受けることがない点では同様といえるからである。

(3) したがって、122条の類推適用により、後見人であるCはAB間の売買契約を追認することができる。

以上

第2問

A（17歳）は、親の同意を得ないで、Bからバイクを購入した。その際、AはBに対し、自分が未成年者であることを秘し、成年者であるかのような素振りを見せていた。Bは、Aの容貌等からAが高校生であるとは思っていたものの、代金を支払ってもらえるなら構わないと考え、Aの代金支払いと引換えに当該バイクをAに引き渡した。Aは、しばらくこのバイクを乗り回していたが、事故を起こし使用不能状態にしてしまった。契約締結から6年後に、Aは、未成年を理由にBとの契約を取り消したが、取消しからさらに4年経ってBに代金の返還を請求した。Aのかかる請求は認められるか。

答案構成用シート

解答例

1 無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う（121条の2第1項）。そこで、Aとしては、Bに対して、法律行為の無効に基づく原状回復請求として、代金の返還を請求することが考えられる。

本件では、ABはバイクの売買契約（以下「本件契約」という。）を締結し、Aは債務の履行として代金を支払っている。そして、契約の当時Aは未成年者であったにもかかわらず、親の同意なく本件契約を締結したため、その取消しにより、本件契約は無効となる（5条1項本文、2項、120条、121条）。よってBに原状回復義務が生じるため、Aの請求は認められることになる。

2(1) もっとも、本件でAは、Bに自分が未成年者であることを秘し、成年者であるかのような素振りをしていた。そこで、Aは本件契約に際し「詐術」（21条）を用いたとして、例外的に自己の行為を取り消すことができないのではないか。

(2) 21条の趣旨は、相手方の犠牲の下に詐術を用いた制限能力者を保護する必要はないとの価値判断にある。そのため、「詐術を用いた」には、制限行為能力者がふつうに人を欺くに足りる言動を用いて相手方の誤信を誘起し、または誤信を強めた場合をも包含し、単に制限能力

- 詐術を用いた制限行為能力者の取消権の排除
- 最判昭44.2.13

者であることを黙秘するだけでは詐術にはあたらないが、制限能力者の他の言動等と相まって、相手方を誤信させ、又は誤信を強めた場合には「詐術」にあたりと解する。

(3) 本件では、たしかにAは未成年であることを秘しただけでなく、成年者であるような素振りを見せている。しかし、BはAの容貌等からAが高校生であると思っていることから、Bは誤信したとはいえ、他の言動等と相まってBを誤信させ、又は誤信を強めたとはいえない。

したがって、Aは、「詐術」を用いているとはいえず、本件契約を取り消すことができる。

3(1) そうすると、Aの取消しにより本件契約は無効となり、AおよびBは原状回復義務を負い、AはBに対し、代金返還請求権を取得する。しかし、Aの返還請求権は時効により消滅していないか。

126条によると、行為能力の制限による取消権は「追認をすることができる時」から5年間行使しないときは時効により消滅する。「追認をすることができる時」とは、制限行為能力者については、取消原因が消滅し、かつ取消権を有することを知った時であるから（124条1項、2項）、未成年者の場合には成年となった時である。Aは、上記期間内に取消しの意思表示はしているものの、

- 返還請求権の行使期間

その期間内に返還請求をしていない。そのため、Aの返還請求権は時効により消滅しており、Aの請求は認められないのではないか。

この点については、取消権行使により生じる原状回復請求としての返還請求権は取消権とは別個独立の権利と考える。つまり、126条はあくまでも取消権についての期間制限であり、返還請求権の消滅時効は取消し時から進行を始め、債権として166条1項が適用されると解する。そのため、取消権行使後の原状回復請求権は、取消しの時点で、「権利を行使することができることを知っ」ているといえ、5年の時効期間の制限を受ける(166条1項1号)。

(2) 本件では、Aは、取消権行使後5年以内に返還を請求しているため、当該返還請求権は、166条1項1号の消滅時効にはかからない。

4 ここで、AがBに対して返還債務を負っているバイクは使用不能となっているため、Bはかかる債務と同時履行関係にある代金債務の履行を拒絶できるとも思える。しかし、未成年者取消しにおいては、未成年者は、現に利益を受けている限度においてのみ返還の義務を負う(121条の2第3項後段)。したがって、Aは使用不能状態のバイクを返還すれば足りるため、Bは代金の返還を拒絶することは

きない。

5 以上により、AはBに対して代金の返還を請求することができる。

以上

第3問

Aは、代理人Cを通してBから土地を購入したが、Aは自己名義にするのをきらって、C名義に移転登記をし、そのまま数年を経た。その後、CはDから借金し、その土地に抵当権を設定した。右借入金債務不履行のため、その土地は競売され、Eが競落した。Eは所有権を取得できるか。

(昭和48年度旧司 第1問)

答案構成用シート

解答例

1 Eが本件土地の所有権を取得するためには、Dの抵当権が有効であることが必要である。しかし、本件土地の所有者はAでありCは無権利者であるから、Dの抵当権は無効である。そのため、Eは土地の所有権を取得できないのが原則である。

もっとも、DとEは登記がC名義であったことから、Cが本件土地の所有者であると信頼して取引をしたと考えられ、登記に公信力は認められないものの、かかる信頼は保護されるべきである。そこで、DEを保護するための法的構成が問題となる。

2(1) DEを保護するための法的構成として、権利外観法理を定めた94条2項の適用が考えられるところ、本件では、AC間に通謀は認められないため、94条2項を直接適用することはできない。

もっとも、94条2項の趣旨は、虚偽の外観を作出した者に、外観通りの責任を負わせ、外観を信頼した第三者の取引の安全を保護する点にある。そこで、①虚偽の外観が存在し、②その作出について本人の帰責性が認められ、③虚偽の外観であることにつき第三者が善意である場合には、同条項を類推適用することができる。

ここで、第三者は「善意」であれば足り、無過失である必要はない。なぜなら、条文上「善意」しか要求され

ていない上、本人の帰責性が大きいからである。また、第三者と本人は対抗関係に立たず、本人の帰責性も大きいため、対抗要件としての登記も権利保護要件としての登記も不要である。

(2) 本件では、実体の伴わないC名義の登記が存在するため、Cが土地の所有者であるかのような①虚偽の外観が存在する。また、Aは、本件土地の登記名義を自己名義にするのに何ら事実上・法律上の支障がないにもかかわらず、C名義に移転登記をしており、②虚偽の外観作出について通謀と同視すべき程度の帰責性が認められる。

(3) したがって、Dが本件土地がAの所有であることにつき悪意でない限り、Dの抵当権は有効である。

3(1) では、仮にDが悪意であった場合、Eについて94条2項の類推適用が認められるか。

(2) 94条2項の趣旨は前述のとおり権利外観法理に基づくところ、本人に責められるべき事情があり、虚偽の外形を真実のものと信頼した転得者を保護すべきであるという利益状況は、本人と転得者との間でも同じである。

(3) したがって、転得者自身について94条2項の類推適用が認められるため、EはDが悪意であっても、自らが悪意でない限り、土地の所有権を取得する。

4(1) では、Dが善意であれば、Eは悪意であっても保護さ

● 原則

● 94条2項類推適用(意思外形対応型)

● 転得者についても94条2項を類推適用できるか。

れるか。

- (2) 転得者自身について94条2項を類推適用できるか否かを検討すべきであるから、悪意である以上、転得者は保護されないとも思える（相対的構成）。

しかし、土地を購入しようとする者は権利関係について調査するのが通常であるため、転得者は悪意の場合も多い。そして、悪意の転得者が権利を取得できなくなると、売主である第三者に対し債務不履行責任を追究することになるため、第三者にはそのような事態を避けるための調査が求められ、悪意者には譲渡できないことになる。それでは、善意の第三者の財産処分の自由が事実上大きく制約され、取引安全のために善意の第三者を保護した94条2項の趣旨が没却される。また、悪意の転得者を保護する必要がないとしても、外観作出につき帰責性のある本人を保護する必要も同じく存在しない。

- (3) そうであれば、一度善意の第三者が現れた以上、転得者はたとえ悪意であっても、権利を取得すると解すべきである（絶対的構成）。

- 5 よって、Eは、自らが本件土地がAの所有に属することについて善意である場合はもちろん、たとえ悪意であってもDが善意であれば土地の所有権を取得することができる。

- 善意者からの悪意転得者も保護されるか。

以上

第4問

Aは、B所有名義で登記されている建物（以下「本件建物」という。）をBから賃借して引渡しを受け、本件建物で店舗を営んでいる。Aは、賃借に当たってBに敷金を支払い、賃料もBに遅滞なく支払ってきた。ところが、本件建物は、真実はBの配偶者であるCの所有であり、CがBに対し、Bの物上保証人として本件建物に抵当権を設定する代理権を付与し登記に必要な書類を交付したところ、Bが、Cに無断でB名義に所有権移転登記を経由した上、Aに賃貸したものであった。

以上の事案について、次の問いに答えよ（なお、各問いは、独立した問いである。）。

- 1 Aが本件建物を賃借してから1年後に、Aは、その事実を知ったCから本件建物の明渡しを請求された。Aは、Cに対し、どのような主張をすることが考えられるか。
- 2 Aは、本件建物がBの所有でないことを知った後、Cに対してBとの賃貸借契約が当初から有効であることを認めてほしいと申し入れたものの、Cは、これを拒絶した。その後、Cが死亡し、BがCを単独相続したところ、Bは、Aが本件建物を賃借してから1年後に、Aに対し本件建物の明渡しを請求した。
 - (1) Aは、Bに対し、BがCを単独相続したことを理由に本件建物の明渡しを拒絶することができるか。
 - (2) 仮に(1)の理由で明渡しを拒絶することができないとすれば、Aは、Bに対し、どのような主張をすることができるか。特に敷金の返還を受けるまで本件建物の明渡しを拒絶すると主張することができるか。

(平成18年度旧司 第2問)

答案構成用シート

解答例

第1 小問1について

1 本件で、Bは権限がないのにAに対して本件建物を賃貸しており、他人物賃貸借（559条・561条）にあたる。他人物賃貸借は債権的には有効でも、物権的には無効であるから、Cの追認がない本件では、AはCの建物の明渡請求を拒めないのが原則である。

もっとも、Aは、B名義の登記という外観を信頼して建物を賃借している。にもかかわらず、常に上記原則を貫くことは取引の安全を害する。そこで、Aは、94条2項または同条項の類推適用により保護されると主張することが考えられる。

2 この点、本件では、BC間に通謀はないので94条2項を直接適用することはできない。しかし、同条項が権利外観法理の現れであることから、①虚偽の外観の存在、②真の権利者の帰責性、③外観への正当な信頼がある場合は、94条2項の適用場面と同様の利益状況にあるといえるから、同条項を類推適用して第三者を保護すべきである。

もっとも、外形が真の権利者の意思を逸脱している場合は、通謀虚偽表示と同等の帰責性は認められないから、110条を類推適用し、第三者の善意・無過失を要すると解すべきである。

3 本件では、Bの登記が存在し①虚偽の外観の存在は認め

られる。また、Bに登記があることをCは知らなかったため、Cに通謀虚偽表示と同程度の帰責性まで認めることはできないものの、書類等を濫用するようなBに代理権を与えてしまっている点で、Cに②一定の帰責性を認めることができる。そして、Aが本件建物がBの所有でないことを知らず、そのことにつき無過失といえれば、③外観への正当な信頼も認められる。

よって、Aが善意・無過失であれば、94条2項、110条の類推適用により、Aは、Cからの明渡請求を拒むことができる。

第2 小問2(1)について

1 AはBに対して、建物の明渡請求の拒絶をすることができるか。

2(1) まず、本件では、Cが死亡しており、BがCを相続することにより、Bの地位にいかなる影響を与えるか。

(2) この点、本人と他人物賃貸人の地位が相続により一体となった以上、追認があったのと同様の効果が生じるとも考えられる。しかし、相続という偶然の事情により相手方の解除権（559条、561条、541条）を一方的に奪うことになってしまう。

そのため、相続によっても他人物賃貸借が当然に物権的に有効となるわけではないと解する。

● 原則論

● 意思外形非対応型については、94条2項、110条の類推適用により無過失を要求するのが判例（最判平18.2.23/百選I [第8版] [22]）・通説である。

● 無権代理人が本人を相続した場合についての考え方が参考になろう。

(3) もっとも、他人の物を勝手に賃貸した者が、追認拒絶権を行使するのは許されるべきではない。したがって、他人物賃貸人が追認拒絶権を行使することは、信義則(1条2項)に反して許されないと解する。

3(1) しかし、本件では、Cが死亡する前に、他人物賃貸借の追認を拒絶しているが、この事情がいかなる影響を及ぼすか。

(2) 本人が追認を拒絶すれば他人物賃貸借の効力が本人に及ばないことが確定し、追認拒絶後は本人であっても追認によって当該他人物賃貸借を有効とすることはできない以上、追認拒絶後に他人物賃貸人が本人を相続したとしても、追認拒絶の効果はそのままであると解すべきである。

(3) したがって、本件では、Bは他人物賃貸借の追認を拒絶することができ、Aに対して建物の明渡請求をすることができる。

4 よって、本件では、Aは、BがCを単独相続したことを理由に建物の明渡しを拒絶することはできない。

第3 小問2(2)について

1(1) まず、AはBに対して敷金返還請求権に基づく留置権を主張して、建物の明渡しを拒むことができるか。

(2) 敷金の担保的機能を全うするためには、敷金は明渡し

までに生じた一切の賃貸人の債権を担保すべきであるから(622条の2第1項)、敷金返還請求権は建物の明渡しによって、初めて発生するものといえ、明渡しが先履行となる(同項第1号)。

(3) 本件では、Aはいまだ建物を明け渡してはおらず、敷金返還請求権は発生していない。よって、この時点での敷金返還請求権に基づく留置権の主張は認められない。

2(1) もっとも、Cの追認拒絶により、Aは本件建物を使用収益することができなくなっているから、AはBに対し、債務不履行(601条、559条・561条)に基づく損害賠償請求(415条)をすることができる。

(2) そこで、Aはこの損害賠償請求権を被担保債権として、留置権(295条)を主張することができるか。

同条の「物に関して生じた債権」には、債権が物の返還義務と同一の法律関係から生じた場合も含まれる。建物の明渡義務と損害賠償請求権は共に賃貸借契約の終了に伴い生じたものであり、同一の法律関係から生じたといえる。

よって、Aは留置権を主張し、Bに対して建物の明渡請求を拒むことができる。

以上

● Cが死亡する前に追認拒絶している点が本問の特殊事情である。

● 本人が死亡前に無権代理人の追認を拒絶した場合には、これにより無権代理行為の効力が本人に及ばないことが確定するため、その後に無権代理人が本人を相続しても、無権代理行為は有効としないとする判例(最判平10.7.17)が参考になる。

第5問

権利能力のない社団Aがその財産である不動産をAの代表者の1人であるBの所有名義で登記していたところ、Bは、私利をはかる意図のもとにその不動産を第三者Cに売り渡し、移転登記をした。

この場合におけるA・C間の法律関係について、BがAの代表者として売り渡した場合と自己の名で売り渡した場合とに分けて論ぜよ。なお、Aの代表者について共同代表の定めはないものとする。

(昭和59年度旧司 第1問)

答案構成用シート

解答例

第1 不動産の帰属

権利能力のない社団には法人格が認められないため、その財産は、社団自体に帰属するものと認めることはできず、総構成員の共同所有と解さざるを得ない。

しかし、権利能力のない社団は社団の実体を有しているため、できる限り、社団法人に準じた扱いをするべきである。また、権利能力のない社団においては、実質的・経済的にみれば、財産は団体自体に帰属している。

そこで、権利能力のない社団の財産は、社団の構成員に総有的に帰属していると解する。

第2 BがAの代表者として売り渡した場合

1 法人の代表者は、法人の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律77条4項）ところ、権利能力のない社団も社団としての実体を有しているから、その代表者も同様に包括的な代表権限を有する。

したがって、Bが行った行為の効果は原則としてAに帰属する。

2(1) もっとも、Bは私利を図る意図、すなわち、代表権の濫用意図のもとに不動産をCに売却している。そこで、107条が直接適用ないし類推適用されないか。

(2) 代表権と「代理権」は形式的には異なるから107条

を直接適用することはできない。

もっとも、当該行為者以外の本人に効果が帰属する点で両者は実質的に類似する。そこで、代表権の濫用があった場合、相手方が濫用の目的を知り、又は知ることができたときには、107条類推適用により、無権代理となると解する。

(3) したがって、CがBの意図につき悪意または有過失の場合には、Bの行為の効果はAに帰属しないため、Aは効果不帰属を主張して、Cに対して、総有権に基づき所有権移転登記の抹消を求めることができる。

第3 Bが自己の名で売り渡した場合

1 前述のとおり、不動産の所有権はAの構成員に総有的に帰属する。そのため、Bが自己の名で不動産を売り渡すことは他人物売買（561条）であり、登記に公信力がない以上、原則として、Cは、不動産の所有権を取得しない。

もっとも、Cに売却された不動産はBの所有名義で登記されていたため、CがBを不動産の所有者であると信じることもやむを得ない。そこで、Cを保護するための法的構成が問題となる。

2(1) 94条2項は通謀を要件としているため、ABの通謀がない本件に同条項を直接適用することはできない。しかし、同条項の趣旨は、不実の外観の作出について帰責

● 権利能力なき社団の財産の帰属

● 最判昭39.10.15/百選I [第8版] [8]

● 原則

● 代表権の濫用

● 最判昭42.4.20/百選I [第8版] [26]

● 原則

● 94条2項類推適用

● 最判昭45.9.22/百選I [第8版] [21]

性のある者の犠牲の下に、外観を信頼して取引関係に入った相手方を保護することにより、取引の安全を図ることにある。

そこで、①不実の外観、②外観作出について権利主体の帰責性、③第三者の外観に対する信頼があれば、94条2項を類推適用することができ、権利者であるAが第三者であるCにBが無権利者であることを主張できない結果、Cは不動産の所有権を取得する。

(2) 本件では、①Aの構成員に総有的に帰属する不動産につきB名義の登記があるため、不実の外観が存在する。

しかし、②本件でAは権利能力のない社団であるところ、前述のとおり法人格が認められないため、代表者個人名義で登記せざるを得ず、Aの不動産についてB名義の登記をしていたことについて、Aの帰責性は認められない。

そこで、③Cが不実の登記であることについて善意かつ無過失であったとしても、94条2項を類推適用することはできない。

よって、原則どおり、権利者であるAは、第三者であるCに対して、無権利者Bからの譲受人であることを主張し、総有権に基づく所有権移転登記の抹消を求めることができる。

以上

第6問

次の事例を読んで、下の問に答えなさい。

S社がG銀行から10億円の事業資金（以下「本件資金」）の融資を受けるにあたり、SはA信用保証協会に保証を委託し、AはSの債務を連帯保証した。同時に、AのSへの求償債権について、Sの代表取締役Bが連帯保証した。Sの経営が悪化し、債務を弁済できなかったことから、Aは連帯保証人としてSの債務を全額、Gに返済した。

その後、Sの元会長Cが背任容疑で逮捕され、本件資金はCの賭博に費消されていたことが判明した。本件資金の融資は、創業者一族のCの意向に逆らえない雰囲気がS社内であったため、BもCにいわれるままに所定の手続を履践しておこなわれていた。Aはこれらの事情を新聞報道で知った。なお、Bは10億円の個人資産を有していない。

- (1) Aは、Gに対して、いかなる請求をすることができるか。
- (2) Aは、Bに対して、いかなる請求をすることができるか。

（本問において会社法上の論点を論ずる必要はない）

（平成24年度 一橋大学法科大学院 第1問）

答案構成用シート

解答例

第1 AのGに対する請求

1 Aは、Gに対して連帯保証契約に基づきSの債務を全額弁済しているところ、本件では、本件資金が賭博に費消されたという事実が存在する。まず、Aとしては、SG間の金銭消費貸借契約が無権代理行為、あるいは公序良俗違反で無効であり、付従性により連帯保証契約も消滅するとして、弁済した額についてGに対する不当利得返還請求（703条、704条）をすることが考えられる。

2 SG間の金銭消費貸借契約の有効性について

(1) 代理権濫用による無権代理の主張

本件でS社代表取締役Bは、創業者一族である会長Cの利益を図る目的で、その賭博資金に充てる融資を受けている。

Aとしては、これはBがS社代表権を濫用したものであり、107条を類推適用し、SG間の金銭消費貸借契約が無権代理行為であると主張することが考えられる。

しかし、本件では相手方たるG銀行は融資金の用途につき善意であるから、かかる主張は認められない。

(2) 公序良俗違反による無効の主張

次に、Aとしては、賭博に費消するという不法な動機により締結されたSG間の消費貸借契約は公序良俗（90条）に反し無効であると主張することが考えられる。

社会秩序維持の観点からは、動機の不法も公序良俗違反の

● 動機の不法

対象とすべきである。もっとも、動機の不法を常に無効とする相手方の取引安全を著しく害することになる。

そこで、不法な動機が表示される等して相手方が動機を認識していた場合に限り、当該法律行為を無効とすべきである。

本件では、不法な動機が表示や、Gが融資金の用途について認識していた事実はない。したがって、SG間の消費貸借契約は有効である。

よって、SG間の契約が公序良俗違反により無効であるとの主張は認められない。

(3) 以上より、主債務が無効であり、付従性により連帯保証債務が消滅するとのAの主張は認められない。

3 保証契約の錯誤取消しについて

(1) では、主債務が無効との主張が認められないとしても、なお連帯保証契約自体が錯誤により取り消されるとして、Gに対して原状回復請求（121条の2第1項）をすることが認められないか。

AはSの債務を保証する意思のもとGと連帯保証契約を締結しているため、「意思表示に対応する意思を欠く」（95条1項1号）とはいえない。しかし、融資された資金の用途については、保証契約締結において動機となる。

AはSの融資の用途を事業資金と認識しており、本件では、動機の錯誤があったといえ、Aはその錯誤に基づいてGと連

● 動機の錯誤

帯保証契約を締結している。

- (2) 動機の錯誤は、①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り、②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、その錯誤に基づく意思表示を取消することができる（同項柱書、同条2項）。

①について、その錯誤が「重要」といえるには、表意者のみならず、通常人も、その錯誤がなかったならばその意思表示をしなかったと認められることが必要である。本件において、賭博目的の融資であれば、Aならずとも通常人も保証人となることは社会通念上考えにくいから、重要な錯誤であるといえる。

- (3) ②について、動機の表示が求められるのは、相手方の取引安全を考慮しつつ表意者を保護しようとする点にあるところ、黙示的な表示でも相手方の取引安全を図りうる。そのため、「法律行為の基礎とした事情」が明示又は黙示的に相手方に「表示」されていなければならない。

これを本件についてみると、本件融資の額は10億円と巨額であり、関係者の私的流用の弊を遥かに越える金額である。そして、信用保証協会は信用力の欠しい中小企業と金融機関の架け橋となることで、企業の資金調達を円滑にする機関であるから、ここに持ち込まれる融資の用途は正当な企業活動

を目的としたものに限られると解すべきである。

したがって、本件では、賭博目的の融資を保証するつもりはない等の動機が、少なくとも黙示には表示されていたといえる。

- (4) よって、95条2項の「表示」が認められ、AはGに対して錯誤取消しを主張できる。

以上より、Aは錯誤取消しの効果として、Gに対して原状回復請求をすることができる。

第2 AのBに対する請求

- 1 まず、本件においては第1で述べたとおり、SG間の金銭消費貸借契約は有効である以上、AがGに弁済した場合にはSに対する求償権が発生し（459条）、Sに対する求償権を連帯保証しているBに対しても求償債務の履行を求めることができる（446条1項）。

- 2 また、本件においては、各要件の充足によりBに対して不法行為に基づく損害賠償請求（709条）することも考えられる。

なお、本問でBは10億円の資産を有しておらず、Bに対する請求ではAの保護は達成されない。Aとしては、Cに対する不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することや、BのSに対する事前求償権を代位行使することが考えられる。

以上

- Bに対する請求という題意からは離れるが、B無資力との事実からすると、蛇足にはならないものと思われる。

第7問

A所有の甲地についてAB間で売買契約が締結され、Bは代金を完済して引渡しを受けたが、移転登記はなされなかった。その後Bは甲地上に建物を建てて居住している。引渡しから5年余り経過した後、Aは甲地をCに売却しCへの移転登記がなされた。

- (1) CはBに対して建物収去土地明渡しの請求をしている。この請求は認められるか。
- (2) Cはスーパーマーケットを営む会社であり、甲地の売買契約はその用地買収担当のDが、付近一帯の丘陵が宅地造成されて甲地は格好の店舗用地となるものと判断して近隣の倍近い価格で締結したのであるが、実際にはそのような開発の計画はなかったものとする。この場合のAC間の法律関係について論ぜよ。

(平成16年度 西南学院大学法科大学院)

答案構成用シート

解答例

第1 小問(1)について

1 CのBに対する請求は、土地所有権に基づく返還請求権としての建物取去土地明渡請求である。

かかる請求が認められるには、Cの甲地所有権、Bによる甲地の占有が必要となるところ、本件では、Cは売買によりAから甲地所有権を取得しており、Bは建物を建築し居住することで甲地を占有している。

2 ここで甲地については、AB間でも売買が行われており、Bは先に所有権を取得したと主張するものと解される。

本問において、BCはAを中心とした二重譲渡の対抗関係に立つ。そのため、BCが互いに自己の所有権を対抗するためには、登記を具備する必要があるところ、本問では、Bは登記を取得しておらず、甲地所有権をCに対抗できないのが原則である(177条)。

しかし、この場合であっても、Cが「第三者」(177条)にあたらない場合、Bは登記なくして土地所有権をCに対抗できることとなる、そこで、「第三者」の意義が条文上明らかでなく問題となる。

3(1) 177条の趣旨は、登記による公示を促し、第三者の不動産取引の安全を図る点にある。そのため、「第三者」とは、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者と解すべきである。そして、同条は自由競争原理を前提とした規定であ

るから、単純悪意者は「第三者」にあたるが、登記の欠缺を主張することが信義則(1条2項)に反する背信的悪意者は自由競争原理を逸脱するため、正当な利益を有するといえず、「第三者」にはあたらないと解する。

(2) 本問では、Cが背信的悪意者に該当する事実はなく、「第三者」にあたる。したがって、登記を経していないBは甲地所有権をCに対抗することができない。

よって、登記を備えたCが甲地所有権をBに対抗できる。

4(1) 甲地の対抗関係を上記のように解したとしても、BはAに対して債務不履行に基づく損害賠償請求権(415条1項本文)を有している。Bとしては、この損害賠償請求権を被担保債権として留置権(295条)を主張し、Cからの明渡請求を拒むことが考えられる。

(2) 留置権は物の返還を拒絶し、債務者に心理的圧迫を加えて債務の弁済を促すことを目的とする担保物権である。そうすると、「その物に関して生じた債権」とは、債務者に心理的圧迫を加えて債務の弁済を促し得る債権であることを要し、具体的には、留置権の成立時点において、被担保債権の債務者と目的物の引渡請求権者が同一人であることを要すると解する。

本問では、被担保債権たる損害賠償請求権の債務者Aと

● 背信的悪意者排除論

● 留置権の主張

● 最判昭43.11.21

目的物の引渡請求権者Cは同一人でなく、物の留置によって債務の履行を促す関係にはない。

(3) よって、Aに対する損害賠償請求権は「その物に関して生じた債権」にはあらず、これに基づく留置権の主張は認められない。

5 以上より、Cの建物取去土地明渡請求は認められる。

第2 小問(2)について

1 Cによる甲地の購入は、用地買収担当Dが甲地周辺に開発計画があると誤信したことによるものである。実際にはかかる計画はなかったため、Cとしては、動機が「真実に反する」として、錯誤取消し(95条1項)を主張して、代金返還等の原状回復(121条の2第1項)を求めることとなる。

2 前提として、本問で甲地購入の意思表示を行っているのは、Cの使用人Dである。かかるDの錯誤をもって、Cの錯誤といえるか問題となる。

本問では、Dには用地買収担当との肩書きしかないが、ならん権限を有しない一使用人が、事業用地たる不動産を通常価格の倍額で購入することを独断で決定できるとは考えがたい。したがって、本件では明らかでないものの、Dには用地買収につき代理権を付与されていたと解すべきである。

よって、代理人であるDの錯誤をCの錯誤とみることになる(101条1項)。

● 本問においては、Dへの代理権付与の事実は明らかでないが、参考答案では代理権の存在を認定した上で論じている。

3 本問において、Cは、宅地の造成計画により格好の店舗用地になることを動機として、甲地を購入している。

動機の錯誤は、①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り、②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、その錯誤に基づく法律行為を取り消すことができる(95条1項柱書、2項)。ただし、錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には取り消すことはできない(同条3項)。

①につき、「重要」といえるには、表意者のみならず、通常人も、その錯誤がなかったならばその意思表示をしなかったと認められることが必要である。Cは宅地の造成計画により格好の店舗用地になると判断したからこそ近隣の倍近い価格で甲地を購入したのであり、上記錯誤がなければ、そのような価格では購入しなかったであろうし、通常人も購入しなかったといえるから、「重要」といえる。②につき、代金が近隣の倍近い価格であることから、動機が黙示に「表示」され「法律行為の基礎」とされていたと認められる。

4 以上から、Cに錯誤について「重大な過失」がなければ、本問契約を取消すことができる。

その場合、Aが代金を受け取っていれば、その返還義務が発生し、Cには甲地の登記移転義務が発生する(121条の2第1項)。

以上

第8問

Aは、画商Bから著名な画家Cの署名入り絵画（以下「本件絵画」という。）を代金2000万円で購入し、代金全額を支払って、その引渡しを受けた。当時、ABは、本件絵画をCの真作と思っており、代金額も、本件絵画がCの真作であれば、通常取引価格相当額であった。Aは、自宅の改造工事のために、画廊を経営するDに対し、報酬1日当たり1万円、期間50日間との約定で、本件絵画の保管を依頼し、報酬50万円を前払して、本件絵画を引き渡した。その後、本件絵画がCの真作を模倣した偽物であって100万円程度の価値しかないことが判明したので、AがBに対し、本件絵画の引取りと代金の返還を求めて交渉していたところ、本件絵画は、Dへの引渡し後20日目に、隣家からの出火による延焼によって画廊とともに焼失した。

以上の事案におけるAB間及びAD間の法律関係について論ぜよ。

（平成12年度旧司 第1問）

答案構成用シート

解答例

第1 AB間の法律関係

1 Aは、AB間の売買契約の錯誤取消し（95条）を主張して、Bに対し、原状回復義務（121条の2第1項）に基づく代金返還請求をすることが考えられる。そこで、以下錯誤取消しの要件を検討する。

(1) まず、Aは、本件絵画がCの真作であるという事情を基礎にしてBと売買契約を締結しているところ、本件絵画は偽物であったため、「法律行為の基礎とした事情」についてのAの認識が「真実に反する」といえる。したがって、動機の錯誤（95条1項2号）にあたる。

(2) 動機の錯誤により意思表示を取り消すには、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ることを要する（同条2項）。そして、ここでの「表示」は默示的なもので足りると考える。

Aが本件絵画の購入にあたり、Cの真作であることをその基礎としていることについては、AB共に本件絵画を真作と認識し、真作の取引価格相当額が代金額とされたことから、默示的にその「表示」があったといえる。

(3) さらに、取消しの要件として、意思表示が錯誤に「基づく」もので、かつ、法律行為の目的及び社会通念に照らして「重要」といえる必要がある（同条1項柱書）。

ここで「重要」といえるには、表意者のみならず、通

常人も、その錯誤がなかったならばその意思表示をしなかったと認められることが必要である。

本件絵画は偽物でありAが支払った金額の20分の1にすぎない100万円程度の価値しか無かったのであるから、Aはもちろん、一般人においても本件絵画が真作であるとの錯誤に陥らなければ、2000万円で購入するという意思表示はしなかったといえる。

したがって、Aの意思表示は、上記錯誤に「基づく」もので、その錯誤も「重要なもの」といえる。

(4) また、本件絵画は画商Bが真作であると間違えるほどに精巧に模倣されていたのであるから、Aに重過失は認められない。

(5) したがって、Aは錯誤取消しを主張してBに対して2000万円の返還を請求し得る。

2 また、Aは、契約不適合を理由にBとの売買契約を解除し（564条・541条）、原状回復請求として2000万円の返還を請求し得る。ABは本件絵画を真作と思って2000万円という高額の代金を設定していることから、本件絵画が真作であることが契約内容となっており、それが偽物であったことは目的物の品質に関する契約不適合といえるからである。

3(1) AB間の売買契約が取消し、又は解除された場合、A

● 動機の錯誤（95条1項2号）の主張

● 契約不適合を理由とする解除の主張

はBに対して本件絵画の返還をしなければならない（121条の2第1項，545条1項）。しかし，本件絵画はすでに焼失しており，Aの返還義務は履行不能（412条の2）となっている。これに伴い，BはAからの2000万円の返還請求を拒絶することができるか。

- (2) AB間の売買契約は双務契約であるから，その裏返しである清算関係においても給付の返還と反対給付の返還との間に同様の牽連関係を認め536条1項を類推適用すべきとの考え方もある。しかし，本条は，契約内容を実現する場面における等価交換関係を基礎としているため，本条を契約関係の清算の場面での給付の返還に妥当させるべきではない。また，本件で536条1項を類推適用すると，Aは本件絵画の価値を大きく超えた2000万円の代金を支払ったにもかかわらずその返還を全く受けられないのに対し，Bは実価100万円の絵画の返還は受けられないものの，2000万円を保持することができ，望外の利を得ることになり，当事者の公平を害する。そこで，清算関係において，返還不能となった給付目的物の返還義務は価格返還義務に転換し，相手方も反対給付の返還義務につき履行を拒めないと解する。
- (3) したがって，AはBに対して2000万円の返還請求をすることができ，BはAに対して本件絵画の価値相当

● 原状回復請求と危険負担

額100万円の返還請求をすることができる。

第2 AD間の法律関係

- 1 AがDに本件絵画の保管を依頼した行為は寄託契約（657条）に当たると解されるところ，本件絵画の焼失によりDの目的物保管義務が履行不能（412条の2第1項）となっている。そこで，AはDとの寄託契約を解除して（542条1項1号），原状回復請求に基づく代金返還請求をすることができる（545条1項）。
- また，寄託契約も継続的契約である点で賃貸借と同様であるから，Aは，目的物の滅失に基づく寄託契約の終了を主張して（616条の2類推適用），Dに対し，不当利得（703条）に基づく代金返還請求をすることができる。
- 2 他方，Dは，引渡し後20日間，本件絵画を保管しているから，その履行の割合に応じて，Aに対し20万円の報酬支払を請求することができる。隣家からの出火で本件絵画が焼失しているため，AD間の寄託契約は契約期間50日を経過する前に寄託者の「責に帰することができない事由によって……履行をすることができなくなった」といえるからである（665条・648条3項1号）。
- 3 以上より，Aは，Dに対して，50万円の前払代金のうち，DのAに対する20万円の報酬支払請求権との差額である30万円の返還を請求することができる。以上

第9問

Aは、Bに対して、「Aの所有する甲土地の隣には地下鉄の駅ができる予定があるので甲土地も値上がりするであろう」と虚偽の事実を述べ、甲土地を代金1000万円で売却してBへの移転登記を済ませた。その後、Bは、甲土地をCに賃貸して毎月10万円の賃料を受領している。

ただし、Cは、その賃借権につき対抗要件を備えておらず、また、AB間の売買における詐欺について善意かつ無過失であった。その後、Bは、Aの詐欺に気がついて、売買契約を取り消す意思表示をした。A、BおよびCの間の法律関係について論じなさい。

(平成21年度 一橋大学法科大学院 第1問)

答案構成用シート

解答例

第1 AC間の法律関係

1 BがAB間の売買契約をAの詐欺（96条1項）を理由に取り消したことから、AB間の契約は契約の当初へ遡って無効ということになる（121条）。そこで、Aは甲土地の所有権に基づき、甲土地を賃借しているCに対して土地明渡請求をすることが考えられるが、Cはこの請求に対抗することができるか。Cが96条3項の「第三者」に該当するかを検討する。

2(1) 96条3項の趣旨は、取消の遡及効（121条）を制限することによって、第三者を保護するものである。とすれば、同条項の「第三者」とは、取消による遡及的無効のゆえに害される第三者、すなわち、詐欺による意思表示の取消前に新たに独立した法律上の利害関係を有するに至った者をいうと解する。

(2) 本件をみると、CはBが契約を取り消す前に、甲土地の賃借人という新たに独立した法律上の利害関係を有するに至っている。したがって、Cは96条3項の「第三者」にあたる。そして、Cは詐欺について善意・無過失であったのだから、同条項の「善意でかつ過失がない」という要件も満たす。

(3) しかし、Cは賃借権について対抗要件を備えていない。96条3項の「第三者」は新たな法律上の利害関係につ

いて対抗要件を備える必要があるのか。

この点、対抗要件は不要と考える。なぜなら、第一に、同項が条文上、対抗要件を求めていること、第二に、善意無過失の第三者は、被詐欺者及び詐欺者に比べて、現状の法律関係を生み出したことについて帰責性は軽く、対抗要件の具備という強固な地位までも求める必要はないと考えられるからである。

(4) したがって、対抗要件を備えていなくとも、CはAの明渡請求を拒むことができる。

3 Aは、Cに明渡請求をできないとしても、Bから甲土地の所有権を復歸的に取得したことにより、甲土地の賃貸人たる地位も当然にAに移転し、Cに対して賃料を請求することはできないか。

(1) 取消しによる所有権復歸は、「譲渡」とはいえないから、605条の2第1項を直接適用することはできない。

もっとも、同項は、賃貸債務は所有者であればだれでも履行可能な没個性的なものであり、賃借人に不利益がないことから、法律関係を簡明にすべく賃貸人の地位の当然移転を認める趣旨と解される。かかる趣旨は、詐欺取消しにより復歸的に所有権が取得された場合にも妥当する。したがって、詐欺取消しによる所有権移転の場合も同項の類推適用により、賃貸人たる地位は所有権の復

● 96条3項の「第三者」の意義

● 登記の要否

● 最判昭49.9.26/百選I [第8版] [23]

● 605条の2第1項の類推適用

帰に伴い当然に移転すると解する。

ただし、賃借人に賃料を請求するには、登記が必要となる（同条3項）。

- (2) 本件においては、Aは詐欺取消しによって甲土地所有権を復歸的に取得し、Cは取消し前の「第三者」として賃借権をAに対抗できるから、賃貸人たる地位はBからAに当然に移転する（605条の2第1項類推適用）。
- (3) よって、Aは登記を具備することにより、Cへ賃料請求をすることができる。

第2 AB間の法律関係

- 1 売買契約が溯及的に無効になったことにより、Aに甲土地の所有権が復歸していることから、AはBに対して甲土地の所有権移転登記請求権を有する。そして、BはAに対して支払った1000万円を返還請求することができる。（121条の2第1項）

この両請求の関係であるが、取消し前の法律関係が双務契約である以上、その清算関係である返還義務相互間も双務契約の法理に準じて規律することが当事者間の公平に資する。したがって、両請求間に履行上の牽連関係を認め、ABはそれぞれ同時履行の抗弁権を有する（533条類推適用）。

- 2 また、BがCから受領していた賃料であるが、法律行為

● 返還義務相互の関係

の無効・取消しによる原状回復義務は、法律行為の白紙還元であるから、給付物を使用することによって得た使用利益は、すべて返還しなければならないと考える。よってBはCから受領していた賃料についてもAに返還する義務を負い、Aも土地代金については受取り時からの利息を付してBに返還する必要がある。

以上

第10問

Aが自己所有の掘削機械を売却しようとしていたところ、Bから、「Cが掘削機械を探しており、Cには十分資力があるから支払の点でも問題がない」との説明を受けたので、AはCに掘削機械を1000万円で売却して引渡しも済ませ、代金は3ヵ月後に支払われることとなっていた。しかし、実はCには資力はなく、Bもそのことを知っていたが、Aに上記のような説明をしたのはCに頼まれたためであった。掘削機械の引渡しを受けたCは、Dに対して同機械を期間2年間、賃料月額15万円で賃貸し、既に引き渡している。この事案について、以下の問いに答えよ。

【問】 代金支払の時期が過ぎても、Cが代金を支払ってくれないので、Aは、①詐欺を理由に意思表示を取り消すか、②債務不履行の理由にCとの契約を解除することを考えている。①②のそれぞれの場合について、取消し後ないし解除後のAD間の法律関係を論ぜよ。

(平成21年度 北海道大学法科大学院 改題)

答案構成用シート

解答例

第1 ①詐欺を理由に売買の意思表示を取り消す場合

1 Bは、Cが無資力であるにもかかわらず、資力があるとAに偽って、本件機械をCへ売却させている。Cは、自ら虚偽の事実を伝えるようBに依頼していることから、詐欺の「事実を知」っている。よって、Aは売買の意思表示を取り消すことができる（96条2項）。

2 では、Aは、詐欺取消しをDに対抗できるか。「善意でかつ過失がない第三者」（96条3項）の意義が問題となる。

96条3項は、取消しの遡及効によって第三者が害されるのを防止する趣旨であるところ、「第三者」とは、詐欺による法律関係に基づいて取得された権利につき、取消前に、新たに独立した法律上の利害関係を取得した者をいうと解する。また、96条3項の上記趣旨に照らせば、第三者の範囲は合理的に画定されるべきであって、対抗要件を備えた者に限定する必要性は見い出せない。

本件で、Dは、取消前に、AC間の売買を前提としてCから本件掘削機械を借り受けて、利害関係を有するに至っている。

よって、Dが善意無過失であれば、Aは詐欺取消しをDに対抗できない。この場合、AがCから賃貸人たる地位を承継し、AD間で、CD間の賃貸借関係が存続すると解する。

● 「第三者の詐欺」なので、96条2項が適用される。

● 96条3項にいう「第三者」

● 最判昭49.9.26/百選I〔第8版〕〔23〕参照

一方、Dが悪意有過失ならば、詐欺取消しをDに対抗できる。この場合、AはDに対して、本件機械の返還を求めることができる。

第2 ②債務不履行を理由にCとの契約を解除する場合

1 AはCの債務不履行を理由として契約を解除することができる（541条）。では、解除の意思表示をもって、Dに対抗することができるか。545条1項ただし書にいう「第三者」の意義が問題となる。

2 まず解除の法的性質については、解除によって契約は遡及的に消滅すると解する（直接効果説）。なぜなら、解除制度の本質は、解除権者を双務契約の法的拘束から解放して契約締結前の状態を回復させるところにあるからである。

そして、545条1項ただし書の趣旨は、解除に遡及効が認められることを前提に、当該遡及効によって不測の損害を受ける第三者を保護する点にある。そこで、「第三者」とは、遡及効によって不測の損害を受ける第三者、すなわち、解除された法律関係に基づいて、解除前に、新たに独立した法律上の利害関係を取得するに至った者をいうと解する。

3 さらに、「第三者」は解除原因の存在につき、善意であることを要するか問題となる。

この点については、解除原因があっても解除されるとは

● 545条1項ただし書の「第三者」

● 解除の法的性質に関する直接効果説

限らないから、第三者が解除原因の存在を知っていてもその帰責性は大きくないこと、意思表示に問題のない有効な契約を前提とする後続の取引の安全を一般に保護する要請があることから、善意であることを要しないと考える。

- 4 もっとも、何ら帰責性のない解除権者の犠牲において保護される第三者は、それだけ強度の利害関係を有していなければならないというべきである。そこで、動産の賃借権者は、目的物の引渡しを受けている必要があると解する。
- 5 本件で、Dは、解除前に、AC間の売買を前提としてCから本件掘削機械を借り受けて、利害関係を有するに至っているから、「第三者」にあたる。よって、解除の意思表示をもって、Dに対抗することはできない。

この場合、AがCから賃貸人たる地位を取得し、CD間の法律関係がそのままAD間に承継されると解する。

以上

第11問

Aは、甲土地の所有者Bを強迫して土地売却に関する委任契約を締結させ、Bの代理人として甲土地をCに売り渡した。Cは、駐車場として利用させるためDに甲土地を引き渡し、賃料に代えてDに甲土地の舗装工事をさせたが、その後に、Bが強迫を理由として右委任契約を取り消した。この場合におけるBとC・Dとの法律関係について説明せよ。

(平成3年度旧司 第1問)

答案構成用シート

解答例

第1 甲土地に関するBとC・Dとの法律関係

- 1 Bは、Aから強迫を受けてAと自己所有の土地売却に関する委任契約を締結した後、委任契約を強迫を理由に取り消したことから(96条1項)、C及びDに対して所有権に基づき土地明渡しを請求することが考えられる。
- 2(1) まず、Aは、Bと土地売却に関する委任契約を締結した後、委任契約を取り消した(96条1項)が、Aは、Bの代理人として甲土地をCに売り渡していたことから、この取消しによって、Aの代理権はいかなる影響を受けるか。ここでは、そもそも委任契約によって代理権授与は認められるか。代理権授与行為の法的性格が、委任契約(内部契約)との関係で問題となる。
- (2) 代理権授与行為は、代理権を直接発生させる一種の無名契約であると解する。代理が対外的な行為であるのに対し、委任は対内的な事務処理契約であり、両者は別個のものといえるからである。
- (3) このように、代理権授与行為を委任契約とは別個のものにとらえると、委任契約の取消しは代理権授与には影響しないとも思えるが、両者は通常目的・手段の関係にあるといえるため有因であり、委任契約を取り消すと、代理権の授与も遡及的に失われると解する。
- (4) これを本問についてみると、強迫取消の場合、その瑕

- 委任契約の取消しにより代理権も消滅するか。
- 代理権授与行為の法的性質
- 無名契約説
- 有因説

疵の大きさから、第三者保護規定がない(96条3項参照)ため、Bが強迫を理由に委任契約を取り消した場合(96条1項)、Aの代理権は遡及的に消滅し(121条)、AC間の法律行為は無権代理(113条1項)となり、効力を生じない。

- 3 もっとも、Aは委任契約を締結し土地の売渡しまで行っているため、AB間において通常は委任状の交付がなされ则认为される。そこで、委任状交付を授權「表示」として、代理権授与表示による表見代理(109条1項)が成立しないか。

授權表示という観念の通知は、意思表示たる代理権授与と密接な関連を有するから、授權表示にも意思表示の規定が類推適用されると考え、委任契約の取消しにより、委任状交付という授權表示についても遡及的に消滅すると考える。

したがって、授權「表示」が認められず、109条1項の表見代理は成立しない。

- 4 また、取消により代理権が消滅したとして112条1項の適用が認められないか問題となるも、本件は、112条が適用される場面とは異なる。すなわち、112条は、一旦存在した代理権が消滅した場合の規定である一方、本件は、取消によって初めから代理権が存在しなかった場合で

- 109条1項
- 112条1項

ある。

したがって、112条1項の適用は認められない。

5 そして、109条及び112条の趣旨が権利外観法理にあり、強迫された本人たるBに帰責性が認められない以上、109条又は112条の類推適用も認められない。

6 それでは、Dは、Bの明渡請求に対し、Cの賃貸債務の債務不履行に基づく損害賠償請求権を被担保債権として、甲土地について留置権（295条1項）を主張できるか。「その物に関して生じた債権」の意義が問題となる。

思うに、留置権の趣旨は、物の返還を拒絶し債務者を心理的に強制して、債務の弁済を促すことにより、当事者間の公平を図ることにある。

したがって、「その物に関して生じた債権」とは、占有者が物の返還を拒絶することにより、債務の履行を間接的に強制する関係（＝牽連性）をいうと考える。

本件では、DがB所有の甲土地の返還を拒絶しても、Cに対して債務の履行を間接的に強制する関係にないことから、牽連性が認められず、Dは留置権を主張できない。

7 以上より、BはC及びDに対して所有権を主張し、土地の返還を求めることができる。

第2 舗装を巡るBとC・Dとの法律関係

1 まず、Bとしては、舗装の撤去をCDに対して請求する

ことが考えられる。しかし、舗装された部分を土地から切り離して撤去することは不可能である。そのため、舗装部分は土地に付合しており（242条本文）、Bに帰属しているといえる。

したがって、BはCDに舗装部分の撤去を求めることはできない。

2 逆に、C及びDとしては、舗装工事の結果がBに帰属するにもかかわらず、自己が出捐するのは不当であるとして、Bに対して償金請求（248条）をすることが考えられる。

この点、舗装工事により、価値の高まった土地の返還を受けるBには「利得」がある。そして、舗装費用を支出したのはDであるものの、Dは代わりに土地の賃料を免れているのであるから、「損失」はDではなく、Cにある。

3 したがって、CのBに対する償金請求を認めることはできる。そして、償金請求権は土地「に関して生じた債権」であるから、Cは、Bに対して、留置権を主張して、償金の支払いを受けるまで、土地の明渡しを拒むことができる。

以上

● 109条または112条の類推適用

● 留置権の抗弁

● 最判昭43.11.21参照

● 付合

● 「損失」は誰にあるか。

第12問

Aは、Bから金銭を借り受けるに際し、自己所有の甲土地にBのために抵当権を設定することとし、登記手を委託する趣旨で、実印、印鑑証明書、及び権利証をBに交付した。ところが、ギャンブル好きのBは、甲土地を売却してその代金を自己のギャンブルの資金にしようと考え、Aの実印、印鑑証明書及び権利証をCに示して、Aの代理人としてCに甲土地を売却した。そして、Bは、Cの代金支払と引換えに移転登記を了し、受け取った代金をギャンブルで費消してしまった。その後、甲土地はCからDに転売されたが、移転登記はなされていない。また、甲土地は未だAが占有している。

以上の事案におけるAD間の法律関係について論ぜよ。

答案構成用シート

解答例

第1 110条による表見代理の主張

Dは、Aに対して所有権に基づき甲土地の明渡しを請求することが考えられるが、これは認められるか。

1 まず、Dの請求が認められるためには、Dが甲土地の所有権を取得していることが必要であるが、Dの前主CがBとの売買契約（555条）により甲土地の所有権を有効に取得していれば、Dはこれを承継取得できる。そこで、Cが甲土地の所有権を有効に取得したといえるかについて検討する。

2 BはAから甲土地を売却する代理権を与えられていないので、Bの行為は無権代理行為である。そのため、甲土地の売買契約の効果はAに帰属せず（113条1項）、Aの追認（116条本文）がない本件では、Cは甲土地の所有権を取得できないのが原則である。

3 しかし、本件でAはBに抵当権設定登記手続の代理権を付与しており、Bに対しAの実印、印鑑証明書、及び権利証を交付している。そこで、基本権限を踰越した場合として表見代理（110条）が成立し、Aに効果帰属することが考えられる。

(1) AがBに与えた代理権は抵当権設定登記という公法上の行為に関する代理権であるが、かかる権限も110条の基本代理権となるかが問題となる。

(2) ここで、取引の安全を図るといふ表見代理の趣旨からは、公法上の行為に関する代理権は原則として基本権限とはならないと解すべきである。しかし、その行為が私法上の行為と密接に関連する場合には、取引の安全を図るべき外観が生じるため、基本権限となると解する。

本問では、Bの代理権は抵当権設定契約という私法上の行為と密接に関連するものである。

したがって、Bの代理権は110条の基本代理権となる。

(3) よって、「正当な理由」、すなわちCが権限踰越について善意無過失であれば、表見代理が成立し、Cは甲土地の所有権を取得し得る。

4 以上より、Cが権限踰越につき善意無過失であれば、Bの代理行為の効果はAに確定的に帰属するから、Cは甲土地所有権を取得し、Dは、Cから売買により承継取得したとして甲土地の所有権を主張し得る。なお、「第三者」とは、無権代理行為の直接の相手方をいい、転得者はこれに含まれないから、転得者たるDは、「第三者」には当たらず、D自身に110条の適用はない。

第2 94条2項類推適用の主張

1 仮に、Cが権限踰越につき悪意又は有過失である場合には、Bの代理行為の効果はAに帰属せず、Cからの譲受人

● 請求と法的根拠

● 110条の適用

● 公法上の行為と110条

● 最判昭46.6.3

● 大判昭7.12.24

● 「第三者」（110条）の意義

たるDは甲土地の所有権を取得し得ない。

2(1) しかし、かかる原則を貫いた場合、Cの登記を信頼して取引に入ったDの取引の安全を著しく害する。そこで、94条2項の直接適用又は類推適用によってDを保護し得ないか。

(2) まず、AB間に通謀はないから、94条2項を直接適用することはできない。もっとも、同条項の趣旨は、虚偽の外観作出に帰責性ある真の権利者の犠牲の下、外観を信頼して取引に入った者を保護し、もって取引の安全を図る点にある。そこで、①虚偽の外観が存在し、②外観作出につき本人の帰責性があり、③かかる外観につき第三者の信頼がある場合には、同項の類推適用を認めてよいと解する。また、②本人の帰責性が弱い場合には、110条も類推適用して、③として、無過失も要求されると解する。

本件では、C名義の所有権移転登記という虚偽の外観が存在する(①)。そうすると、AがCの下に移転登記がなされたことを認識していたのにこれを放置し(②)、DがCに甲土地の所有権があると誤信した(③)というような事情があれば、同条項の類推適用が認められる。

また、外観作出につき帰責性のある原権利者よりも第三者を保護すべきであり、権利保護要件としての登記を

- Dは94条2項類推適用によって保護される可能性がある。

備える必要はないと解する。

3 よって、上記のような場合には、DのAに対する甲土地の明渡請求は認められる。

以 上

第13問

ABは夫婦で、その間に子はおらず、Aが所有する甲建物でABとAの母Cの3人が居住しているとする。以下の(1)(2)の事例において、甲建物の譲受人であると主張するDがB及びCに対して甲建物の明渡しを求める場合のBCD間の法律関係を論じなさい。(1)と(2)は、それぞれ独立の問題として扱い、必要があれば、場合分けをして検討すること。

(1) 甲建物につき、Bが、無断でAの実印と登記識別情報を用いて、Aの代理人として事情を知らないDに売却し、AからDへの所有権移転登記をしたのち、Aが死亡し、同人をBとCとが共同相続した。

(2) 甲建物につき、Bが、無断でAの実印と登記識別情報を用いて、売買を偽装してAからBへの所有権移転登記をしたうえで、甲建物を自己のものとして事情を知らないDに売却し、BからDへの所有権移転登記をしたのち、Aが死亡し、同人をBとCとが共同相続した。

(平成28年度 一橋大学法科大学院 第1問)

答案構成用シート

解答例

第1 小問(1)について

1 Dの明渡請求は、Aから甲建物所有権を取得したことを根拠とするものである。しかし、甲建物は、代理権付与の事実がないにもかかわらず、Aの代理人としてBが無断で売却したものである。そこで、761条を根拠に、Bに甲建物を売却する法定代理権が認められ、Dが有効に甲土地の所有権を取得したと認めることができないか。甲建物の売買が「日常の家事」に含まれるか問題となる。

2(1) 761条の趣旨は、夫婦の共同生活の便宜を図る点にあり、同条の連帯責任は、夫婦が相互に日常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前提としている。したがって、「日常の家事に関して」とは、夫婦の共同生活に通常必要な範囲の法律行為をいい、その判断においては、単に夫婦の内部的事情や個別的な目的のみではなく、客観的にその法律行為の種類・性質も考慮される。

通常、建物の売買は高額であり慎重さが要求される法律行為であって、「日常の家事」には当たらず、本間においても、AB夫婦間にそれを肯定する特段の事情はない。

したがって、Bに761条を根拠に甲建物を売却する代理権があったと認めることはできない。

(2) 以上より、BD間の売買契約は無権代理行為(113条1項)であり、その効果は本人であるAに帰属しないため、

- 「日常の家事に関して」の意義
- 最判昭44.12.18/百選Ⅲ[第2版][9]

Dは761条を根拠に甲建物の所有権を取得することはできず、Dの明渡請求は認められない。

3 では、Dは761条を基本代理権として、110条により保護されないか。

110条の基本代理権には法定代理権である761条も含まれると考える。ただ、常に日常家事代理権に110条が適用されると解すると、夫婦であるだけで110条の表見代理が成立することになりかねず、夫婦の財産的独立(762条)を損なうおそれがある。

そこで、110条の趣旨を類推適用し、当該法律行為が日常家事の範囲内であると信じるにつき正当な理由がある場合に限り、相手方は保護されると解する。

本間では、売買契約当時、甲はABCの居住用建物であり、居住する建物を売却するという行為が、AB夫婦の「日常の家事」の範囲内であると信じるにつき、Dに正当な理由があるとはいえない。よって、Dは110条では保護されない。

4(1) では、BがAを相続したことから、無権代理行為が当然に治癒され、BD間の売買契約が有効とならないか。

(2) 無権代理の追認は、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。そして、無権代理人と共に本人の地位を相続した共同相続人がいる場合、追認権はその性

- 日常家事代理権と110条
- 無権代理人が本人の地位を共同相続した場合の法律関係
- 最判平5.1.21/百選Ⅰ[第8版][36]

質上相続人全員に不可分的に帰属する。そうすると、共同相続人が存在する場合、全員が共同してこれを行使しない限り、無権代理行為は有効とはならないと解すべきである。

したがって、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と考える。

- (3) 本問において、共同相続人CがBの無権代理行為を追認した場合、Bは追認拒絶できず、Bによる甲建物の売買契約が有効になる。よって、Dの主張は認められる。

他方、Cが追認拒絶した場合、Bの無権代理行為は効力を生じないため、Dの主張は認められない。この場合、Dは無権代理人の責任（117条1項）をBに追及し、損害賠償請求することとなる。

第2 小問（2）について

- 1 AB間の甲建物の売買契約は、Bが仮装したものであり、BD間の売買は、他人物売買（561条）であるから、Dは原則として甲の所有権をAから承継取得できない。
- 2 もっとも、Bは甲の所有権登記を有しており、これを信頼したDは「第三者」（94条2項）として保護されないか。
この点、AB間に「通謀」はなく、94条2項を直接適用

● 94条2項類推適用の可否

はできないが、同項の趣旨は、本人の帰責性に基づいて虚偽の外観が作出された場合に、かかる外観を信頼した第三者を保護する点にある。かかる趣旨に鑑みれば、①本人の帰責性、②虚偽の外観、③外観への第三者の信頼があれば、同項を類推適用し、第三者は保護されると解する。なお、③については、本人の帰責性との衡量の見地から善意無過失を要する。

本問では、②B名義の甲建物の所有権登記という虚偽の外観が存在し、③DはBが売買を仮装したという事情につき善意であり、過失を示す事実もない。

よって、①Aが、生前にBへ甲の所有権登記が移転された事実を認識しながら放置していた等、Aの帰責性が認められれば、94条2項類推適用によりDは保護される。

- 3 仮に94条2項が類推適用されない場合、Aが死亡し、BはAを相続しているので、他人物売買が当然に治癒しないか問題となる。

この点については、前述のように、共同相続人CがBの行為を追認した場合は、Bはもはや信義則上追認拒絶することができず、その時点で甲建物の所有権はDに移転するので、Dの主張は認められる。

他方、Cが追認拒絶した場合、Dの主張は認められないため、DはBに対し債務不履行責任（561条違反）を追及することとなる。

以上

第14問

社団法人Aの定款には、多額の借財をするためには総会決議の他に、理事会の承認を必要とすると定められていた。Aの代表理事Bは、理事会の承認がないにもかかわらず、Aの代表者として、Cに対し5000万円の借金を申し込んだ。Cは、上述の定款の定めがあることを知っていたが、5000万円の借り受けについて承認した理事会の議事録を見せられたため、Bに金銭を貸し付けた。しかし、当該議事録はBが偽造したものだった。

CはA及びBに対していかなる請求をすることができるか。

答案構成用シート

解答例

第1 Aに対する請求

- 1 Cは、代表理事BがA名義で締結した消費貸借契約（587条）（以下「本件契約」という。）がAに効果帰属することを主張して、Aに5000万円を返還するよう請求することが考えられる。

- 2 代表理事は包括的な代表権限（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（以下「法」という。）77条4項）を有するため、代表理事が社団法人名義で締結した契約の効果は原則として社団法人に帰属する。

そして、Aにおいては、多額の借財については、理事会の承認を要するとする定款規定が存在するが、このような代表理事の代表権限に加えた制限は善意の第三者に対抗することができない（同条5項）。

しかし、本件でのCはこれを知っている悪意の第三者であるため、Aは当該定款の制限をCに対抗することができる。

したがって、本件契約の効果はAに帰属せず（113条1項類推適用）、Cは5000万円の返還を求めることができない。

- 3 もっとも、Cは、5000万円の借り受けについて承認した理事会の議事録を見せられたため、理事会の承認があったと信頼して金銭を貸し付けている。そこで、制限さ

● 原則

● 110条類推適用

れた代表権を基本代表権（110条類推適用）として、本件契約の効果がAに帰属しないか検討する。

- (1) そもそも、110条は代理権の規定であるから、法人の理事の代表権について直接適用することはできない。

しかし、同条の趣旨は、無権代理人の行為を権限の範囲内の行為であると信頼した相手方を保護することにある。そこで、取引の相手方が、代表権の存在を信ずべき正当な理由がある場合には、110条を類推適用することができる。ここで、「正当な理由」とは、無権代理行為がされた当時存した諸般の事情を客観的に観察して、通常人において同行為が代理権に基づいてされたと信ずるのがもっともだと思われる場合をいう。

- (2) 理事会の承認があった場合、その旨の議事録が作成されるところ、CはBから偽造された議事録を見せられている。理事会が実際に行われたか否かは法人の内部的事情であって、Cには知り得ない事柄である。そのため、CがBの偽造した議事録を見て、理事会の承認を得たと信じ、Bに代表権があると信ずるのがもっともであるといえる。

- (3) したがって、Cは110条の類推適用により、本件契約がAに効果帰属するとして、Aに対して5000万円の返還を請求することができる。

● 最判昭60.11.29／百選I〔第8版〕〔31〕

● 一般法人法77条5項と110条の類推適用

● 最判昭44.6.24

第2 Bに対する請求

1 Cは、Bの越権行為に対して無権代理人の責任を追及することが考えられる（117条1項類推適用）。

117条1項は無権代理人の責任を定めたものであるから、代表者の越権行為についての責任において直接適用することはできない。しかし、同条の趣旨は、相手方の保護にあるところ、かかる趣旨は代表者の越権行為にも妥当するため、117条1項を類推適用することができる。

2(1) しかし、本件契約については、前述のとおり表見代理が類推適用される。そこで、無権代理人の責任は表見代理が成立しない場合における補充的な責任であるとして、CのBに対する無権代理人の責任追及は認められないのではないかが問題となる。

(2) たしかに、表見代理が成立すれば、相手方の保護としては十分である。しかし、「表見代理が成立しないこと」は無権代理人の責任を追及するための要件ではない（117条参照）。また、表見代理を優先して適用すべきとすると、無権代理人が責任逃れのために表見代理の成立を主張することが考えられるが、表見代理は相手方保護のための制度であって、無権代理人を保護するための制度ではない。さらに、選択して主張できるとした方が相手方保護に資する。

(3) したがって、両制度は選択して主張できると解すべきであり、表見代理が成立する場合でも、相手方は無権代理人の責任を選択して主張することが可能である。

3 よって、表見代理が成立する場合であってもCはBに対して無権代理人の責任を追及することが認められる。

以上

● 117条類推適用

● 無権代理人の責任と表見代理の関係

第15問

Aは、妻とともに、子B（当時18歳）の法定代理人として、Cに対し、Bが祖父からの贈与により取得した甲土地を、時価の500万円で売却して引き渡し、所有権移転の登記をした。Aは、妻の了解の下に、その売却代金を、AのDに対する500万円の債務の弁済に充てた。Aは、Dに弁済する際、甲土地の売却代金により弁済することを秘していたが、Dは、そのことを知っていた。AがDに弁済した時、A夫婦は、無資力であった。その後、Bは、成人した。

1 A夫婦が売却代金をAのDに対する債務の弁済に充てるために甲土地を売却したものであり、Cは、甲土地を買い受ける際、そのことを知っていた場合において、次の各問について論ぜよ。

(1) Bは、Cに対し、甲土地の返還を請求することができるか。

(2) CがBに対して甲土地を返還したとき、Cは、Bに対し、500万円の支払いを請求することができるか。

2 A夫婦が売却代金をBの教育資金に用いるつもりで甲土地を売却したが、売却後に考えが変わり、売却代金をAのDに対する債務の弁済に充てた場合において、Bは、Dに対し、500万円の支払を請求することができるかについて論ぜよ。

（平成14年度旧司 第1問）

答案構成用シート

解答例

第1 小問1(1)について

1 BはCに対して、所有権に基づき甲土地の返還を請求することが考えられるが、そのためには、本件売買の効果がBに帰属していないことが前提となる。では、本件売買はBに効果帰属するか。

2(1) まず、Bから個別の代理権授与はないから、任意代理は成立しない(99条1項)。他方、A夫婦はBの法定代理人であり、Bの財産について包括的代理権を有する(824条)。もっとも、Bと利益が相反する行為はすることができない(826条1項)。

(2) 利益相反行為にあたるかは相手方の取引安全の保護の観点から、親権者の意図等によらず、専らその外形から判断すべきである。そうすると、A夫婦の甲土地の売却は、外形から判断してBの損失でAの利益を図るものでなく利益相反行為にあたらぬ。

(3) よって、本件売買はBに効果帰属し、Bの請求は認められないとも思える。

3(1) しかし、A夫婦は代金をAのDに対する債務の弁済に充てるために甲土地を売却しているところ、かかる行為が代理権の濫用にあたり、無権代理行為とみなされないか(107条)。

(2) 本件のような法定代理の場合では、親権者には子のた

めに財産管理権を行使するよう広範な裁量が与えられている(824条)から、相手方の取引安全を特に考慮する必要がある。そこで、親権者の代理行為は、親権者に子を代理する権限を付与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情がある場合に限り、代理権の濫用になるというべきである。

(3) 本件では、甲土地はBが祖父からの贈与で取得したBの固有財産であるにもかかわらず、A個人の債務を弁済するために売却している。また、A夫婦は無資力であってかかる代金についてあとからBに填補することもできない。そのため、A夫婦の行った行為はBに対する横領行為に他ならず、親権者に子を代理する権限を付与した法の趣旨に著しく反する特段の事情があるといえる。

(4) よって、A夫婦の行為は代理権の濫用になる。そして、CはA夫婦の上記目的を知っていたから、Aの代理行為は無権代理として(107条)、Bの追認(116条本文)もない本件では、Bに効果帰属しない(113条1項)。

4 以上より、BはCに対し、甲土地の返還を請求できる。

第2 小問1(2)について

1 CはBに対して原状回復請求権(121条の2第1項)を根拠に500万円の支払いを請求できないか。

2 無権代理の場合も効力が生じない点で無効と同様である

- 利益相反
- 外形基準説(最判昭42.4.18, 最判昭48.4.24など)

- 法定代理権の濫用

- 最判平4.12.10/百選Ⅲ[第2版][49]

から、同項を準用すべきである。

しかし、甲土地の売却代金はAの債務の弁済に使われたにすぎないから、Bは「給付を受けた」といえない。

3 よって、CはBに500万円の支払いを請求できない。

第3 小問2について

1 本件売買では、小問1と異なり、A夫婦は売却代金を「Bの教育資金に用いるつもりで」あり、権限濫用の意図が認められない。よって、本件売買の効果はBC間に帰属する。

2 そうすると、A夫婦はBに属する売却代金を横領してAの債務の弁済に充てたことになる。ここで、BはAに対し被保全債権として不当利得返還請求権を有するところ、上記弁済を取り消し(424条)、500万円の支払請求(424条の6第1項、424条の9第1項)をすることが考えられる。もっとも、上記弁済は特定の債権者に対する債務の消滅行為であるから、Aが支払不能となった後の弁済であり、かつ、ADが通謀して他の債権者を害する意図でしたものでない限り取り消せない(424条の3第1項)。

3 そこで、Bは、かかる事情につき悪意であるDに対して不当利得返還請求権(703条、704条)を根拠に、500万円の支払いを請求できないか。横領した金銭による弁済につき不当利得の返還を請求できるかが問題となる。

(1) 不当利得返還請求が認められるためには、①「利益」、

②「損失」、③「利益」と「損失」の間の因果関係、④「利益」につき「法律上の原因」がないこと、が要件となる。

(2) Dは債務の弁済を受けているから①「利益」はあり、Bは代金を横領されているから②「損失」もある。そして、③因果関係は社会観念上の財産的価値の移動があれば認められるから、Bに帰属する金銭でDの債務を弁済した本件ではこれは認められる。

(3) それでは、④「法律上の原因」がないといえるか。

不当利得制度は、取引による財産的価値の移動が当事者間において公平に反する場合に、財貨の返還を認めるものである。そうすると、「法律上の原因」がない場合とは、公平の理念から財産的価値の移動を当該当事者間で正当化するだけの実質的理由がないことをいう。そして、受領者が受領時に横領金による弁済であることにつき悪意・重過失であった場合、債権者の金銭取得は被横領者との関係では正当化する実質的理由がないといえるため、「法律上の原因」は認められない。

本件では、Dは弁済に充てられた金銭がBの固有財産を売却した代金であることにつき悪意である。よってBとの関係では「法律上の原因」はない。

(4) 以上より、Bは、Dに対し、不当利得返還請求権を根拠に、500万円の支払いを請求できる。以上

● 詐害行為取消請求の可否

● 不当利得返還請求の可否

● 最判昭49.9.26/百選Ⅱ[第8版][80]

れっく**LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21384