

司法試験

合格答案作成講座(答案作成編)

赤木クラス

民法・第1回レジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 214320

LU21432

合格答案作成講座（民法第1回 Q1～Q16） 民法については、以下法令名略。

Q1

小問1（1）

Aからの代金返還請求、Bからの絵画返還請求の検討。

Aから→契約の意思無能力（3の2）無効を理由とした原状回復請求（121の2I）が可能

Bから→無効なのでBからも主張しうるとも But 意思無能力の無効の趣旨は表意者本人の保護→表意者本人以外は主張不可→BからはNG

小問1（2）

Aからの代金返還請求は（1）のとおり可能とも

→Bとしては、原状回復請求としてAの物の返還請求、又は価額賠償請求（121の2I）との同時履行抗弁（533 準用可 ∴Not「双務契約」に基づく債務 But 交換的履行が公平）ないし相殺（価額賠償について、505）をしたいと考えられる

→意思無能力者について現存利益のみ（121の2III）→焼失しており現存利益無し、価額賠償義務なしとすべき

→代金返還請求のみ OK

小問2

A B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

取消の可否 →成年後見人は、「成年被後見人」の法律行為を取り消せる（9条、120条）。後見開始の審判の前は、「成年被後見人」ではなく、取消の対象外。法律関係の明確性、画一性、安定性からもそうすべき

無効の主張 →意思無能力であれば契約は無効（3の2）、後見人には被後見人の財産の管理権、代表権がある（859条）から、これに基づき、被後見人の代理人として無効主張 OK

追認の可否 →122条に基づく追認は不可（「取り消すことができる行為」（122条）に当たらない）。119条に基づく追認をしても、無効なものは無効だが、新たな契約と評価しうる→後見人には代理権あり、119条但書の追認は可能と解する。

※条文ベッタリで考えると突破口あり。

Q2

Aの請求権は、未成年取消（5Ⅱ）により遡及的無効（121）→121の2Ⅰ

↓

B、詐術（21）で取消権制限との反論

未成年であることを秘しているだけでなく、他の言動と相まって成年者と誤信させ、誤信を強めたとき、「詐術」にあたる→本件では成年者のようなそぶりを行っているが、相手方を誤信させておらず、「詐術」は完成していない→取消権制限はなし

↓

取消権や返還請求権の消滅時効の抗弁がありうる

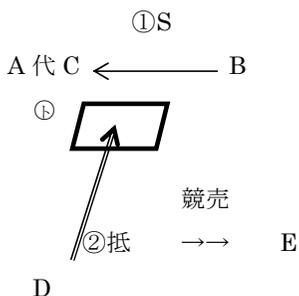
→Aは成年（20歳、4条）になってからようやく追認でき取消可能（124Ⅰ、126Ⅰ）→取り消したのは23歳時ゆえ、「追認・・・できる時から5年」も、「行為の時から20年」も未経過ゆえ取消権は制限されない

→返還請求権も126の5年？126は取消権のみ、返還請求は別途の時効 ∵権利としては別個→取り消した時点で原状回復請求権発生、その後4年しか経過しておらず、権利行使可能であることを知って5年（166Ⅰ①）も権利行使可能時から10年（166Ⅰ②）も未経過、消滅時効は未完成

↓

Bとしては、バイクの現状回復義務（121の2Ⅰ）が不可能である以上、価額賠償義務との同時履行を主張したいBut制限行為能力者の返還義務は121の2Ⅲより現存利益限度で返還義務はない？121の2Ⅲは、制限行為能力者の返還義務を軽減して保護する趣旨であるが、誤信はさせなかったとはいえ、詐術者自身であり、返還義務を軽減して保護する前提を欠く？（決断するっきゃない）

Q3 A



Eの所有権はDの抵当権の競売の実行による

→Dの抵当権が有効に設定されていればEは所有権取得

But 抵当権設定当時、Cは所有者ではなく登記名義のみを保有する者、処分権限なく、抵当権設定契約は無効 ※抵当権設定契約は、設定者に処分権がなければ相手方に処分権（交換価値）を与えられず、無効となる

→But DがC名義の登記を信じて抵当権を設定した場合、以下のとおり94条2項類推によって抵当権を有効に取得すると考えるべき

∴ True 通謀も意思表示もなし

But 94条2項の趣旨＝権利外観法理

→①虚偽の外観、②外観作出の帰責性、③相手方の信頼があれば類推適用すべき

なお、相手方の信頼した外観が原権利者の作出した外観と一致するのであれば、原権利者の帰責性は大きく、相手方の信頼は善意であればたる。

↓あてはめ

① 実際にはA所有であるのにC所有であるかのような虚偽の外観あり

② A自ら自己名義にするのを嫌ってC名義の移転登記をして、かつ数年も経過しており、虚偽の外観そのものを自らの意思で作出しており帰責性も強い

→Dが善意であれば、まず抵当権設定契約は有効で、E（転得者）は所有権を取得（仮にEが悪意でも、法律関係の早期安定のためにEは権利を承継するとすべき）

↓

D悪意であれば？抵当権設定契約は無効、But EがDの抵当権を有効と信じた場合、Dについて上記94条2項の趣旨妥当→94条2項類推適用により所有権取得すると考えるべき

※94条2項の文言を使った書き方もないわけではないであろうが、類推適用なので、文言を引用してもちぐはぐに思われる

※Eについて94条2項の類推をする場合、Eの信じた外観とAの作出した外観は異なる点で、110条併用説＋無過失まで求める、というのもOK

Q4

①L、敷金

B-----→A

↑

↑ 抵当権代理権授与も C に無断で移転登記

C (所有者)

設問 1 C の請求は、自己が所有している土地について A が占有していることを理由とする、所有権に基づく返還請求である

A は、B との賃貸借による占有権限の主張は不可

∵ C 所有者、AB 間賃貸借は他人物賃貸借ゆえ真の所有者に対抗不可

A が B 所有と過失なく信じて契約した場合、以下のとおり 94 条 2 項・110 条類推で、賃借権取得との反論はあり得る

∵ 94 条 2 項の直接適用はなし

But 94 条 2 項の趣旨は外観法理

+ 第三者の信頼は本人作出外観を超えており 110 条の法意も加味すべき

→ 虚偽の外観作出に本人の間接的な意思的関与があり、第三者がかかる外観を無過失で信じた場合は信頼どおりの権利取得を認める

留置権は不可 ∵ 「物に関して生じた債権」となるには被担保債権発生時に返還請求者と債務者が同一である必要 → 被担保債権は A は B への損害賠償請求権 (415Ⅱ①) に過ぎない

また敷金返還請求権による留置権も不可 ∵ 明渡時に発生 (622 の 2 I ①)

設問 2

A → C 認めてほしいと申し入れも C 拒絶 → その後 C 死亡、B 単独相続、B による明渡請求

(1) 単独相続を理由に拒否? 無権代理と相続の応用

単独相続により、権利を取得して有効な賃借権とする他人物賃貸人の義務 (561) が実現可能になったとも思える

→ But 地位併存 (∵ 偶然の事情で相手方の権利奪うべきでない)

生前 C 追認拒絶していた (113 条類推) 時点で他人物賃貸人の 560 条の義務は履行不能

→ これを B は相続するので、追認拒絶することは何ら信義則にも反しない

→ 相続したことを理由とする明渡拒絶は不可

(2) A の B に対する主張

他人物賃貸人の義務 (561) は履行不能となっているので、他人物賃貸人への損害賠償請求

(415 I II)が可能であり、A との関係では契約に基づき占有しており不法行為によって始まったとはいえず (295 II)、これを被担保債権とする留置権(295)の主張が可

敷金での拒絶＝留置権・同時履行は不可 ；敷金返還請求権は「返還を受けたとき」即ち明渡時に発生 (622 の 2 I ①)、明け渡しが先履行

Q5

A(権利能力なき社団)



売却、①

B → C

(代表者の1人)

代表者としてした場合

A 構成員全員から C に対して総有権に基づく抹消登記請求が考えられる

←C としては、代表者 B が顕名してなした有権代表行為（民法 99 条参照）として効果帰属するとの主張が認められうる

↓

But 私利を図る目的→A からは代表権濫用（107 条類推）として効果帰属しないと主張が考えられ、C が悪意有過失であれば A の請求は認められる

∴ 代理と代表は形式上異なるも実質的には他人に効果帰属させる点で類似→C が取引時点で B の私利を図る目的について悪意有過失であれば効果帰属しない

自己の名でした場合

A 構成員全員から C に対して総有権に基づく抹消登記請求が考えられる

←C としては、B から買ったと主張しても、B は無権利者であり他人物売買として物権変動は生じない

↓

B 名義を信用→94 条 2 項類推により権利取得したとの反論→権利外観理論、3 要件

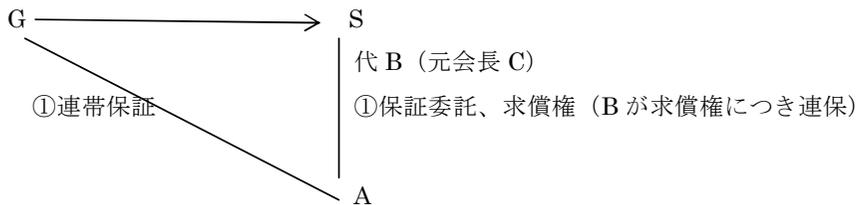
→A 帰責性要件満たさず不可 ∴ A としては権利能力なき社団名義では形式的審査権しか有しない我が国の登記実務上登記できないため、代表者名義で登記せざるを得ないから

→A による請求が認められる

※ A は権利能力なき社団であるため、A に「所有」と書かないように。

また、A から請求、でも民訴法的には誤りではないが（民訴 29）、総有の原則からすれば、構成員全員から（固有必要的共同訴訟）、とするのが安全。

Q6 ①10億貸付



C が賭博に費消、S 社内で逆らえない雰囲気、B は C に言われるまま手続
A は報道で知る (つまり契約時は善意)、B10 億はなし

(1)A の G に対する請求 → 弁済した保証債務について、保証の無効を理由とする原状回復請求 (121 の 2 I) を考える

・貸付債務自体

代表者 B は元会長 C の利益を図る目的 (※背任で言えば第三者図利目的) → 代表権濫用であるとして主債務が無効ゆえ、附従性により保証債務も消滅した、との主張があり得るが、認められない ∵ 代表権濫用の場合、代理権濫用と類似 → 107 条類推 → But G が濫用意図を知っていたとは考えがたいため

また、借入自体、動機が不法 → 公序良俗違反で無効との主張 (90)
→ 公序良俗違反は無効とすべき必要性の反面、相手方の取引安全もはかる必要 → 不法の程度、動機の表示の有無、動機と法律行為の関連性等諸般の事情を総合考慮 (※明示黙示の表示、の見解も OK) → 賭博目的自体は違法の程度は弱くはないが、ギャンブルの域をやや超えた程度、表示がそもそもなされていない → 無効はしない

・保証債務自体

連帯保証契約についての錯誤取消を理由に、保証契約の遡及的無効を主張したい
→ A としては事業資金目的と思っていた (= 法律行為の基礎とした事情) が真実は S の借入目的が C への賭博費消の目的であり「認識が真実と異なる」= 「法律行為の基礎とした事情」に錯誤あり (95 条 1 項 2 号)

→ 動機が明示黙示に表示され意思表示の内容となっていた場合のみ「基礎とされていることが表示された」にあたるどころ、事業資金目的の保証であることは、金額の大きさや法人の借入等の事情から表示されている (95 条 2 項)

↓

事業資金目的かどうかは保証する上で当事者にとっても一般的にも重要なもの → 「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」(95 I 柱書) → 錯誤取消認められうる

(2)A の B に対する請求

S に対する求償債権 (459 I) の連帯保証契約 (446、454) に基づく請求が考えられる

B は 10 億の資産を有しておらず債務額に照らして無資力といえる→C に対して有する不法行為に基づく損害賠償請求 (709) や S に対する事前求償権 (460) を債権者代位 (423 条) することも考えられる

なお、代表権濫用として貸付契約等が無効になったものではないから、117 条の責任追及は不可

Q7

177条論、295条論、95条論の典型だが、物権的請求に対する抗弁（特に留置権）に注意

(1) C→B 物権的請求（承継取得）

→Bの先に承継取得の反論をしたいが、Cが、先に対抗要件を具備して確定的な所有者となっており、Bの主張は認められない

→But Cが背信的悪意者であればCによる177条での優先は認められない

留置権（295）不可 ∵被担保債権成立時点で返還請求者と債務者が同一である必要があるところ、Aへの損害賠償請求権は「物に関して生じた債権」ではない（295条論の典型、内実省略）

(2) Cは錯誤（95）を理由に売買契約を取消して原状回復請求(121の2I)として代金の返還を請求したい

①効果意思との不一致はないが（95I①非該当）、「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」との「法律行為の基礎とされた事情」の認識が真実に反している（95I②）といえる

95I②錯誤の場合、「基礎とされていることが表示された」ことが必要＝動機が明示黙示に表示され、意思表示の内容となっていたことが必要→代金が近隣の倍近い価格となっている点で、将来の価格上昇に関する上記動機が黙示に表示され契約内容となっているといえ「基礎とされていることが表示された」（95II）にあたる

②表意者だけでなく、一般人も宅地造成の事実がなければ二倍近くの金額で購入しないので、「法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要」といえる（95I柱）

↓

Cではなく、担当者Dの錯誤→DがCの代理人であれば、101条1項より、Dの錯誤でCは取消可能 But DがCの代理人でなければ代表者に錯誤があるときのみ取消可能

∴ ③重過失なければ代金返還請求OK

※101条1項は代理人行為説前提→担当者に代理権あれば担当者の錯誤を法人の錯誤とできるが、そうでなければ代表者はあくまで代取等であり、その者に錯誤なければ錯誤の主張は不可

Q8

C 絵画 S 保管依頼

B-----→A-----→D

贋作判明、A 返還交渉中に隣家からの出火延焼で滅失

AB 間、AD 間の関係

A 対 B

(1) 代金の返還と (2) D へ支払った 50 万円の寄託料について損害賠償請求したい

(1) について

代金返還には、契約効力の否定が必要。効力否定の方法は錯誤取消 (95 条) と契約不適合解除 (564、541) があり得る→選択可能

(ア) 錯誤の主張

効果意思に錯誤はないが、絵画が真作であるという「法律行為の基礎とした事情」の認識が真実に反して贋作であり「錯誤」あり (95 I ②)

かかる錯誤がなければ一般人も表意者も契約しなかったといえ「重要」(95 I 柱書) といえる

95 I ②錯誤の場合、「基礎とされていることが表示された」ことが必要＝動機が明示黙示に表示され、意思表示の内容となっていたことが必要→代金額の高さからして真作であるとの動機は黙示に表示されて契約内容となっているので「基礎となっていることが表示された」(95 II) もいえる

これに対し、B からは重過失ありとの反論 (95 III) があり得るが、画商ですら見破れなかった真贋について、非画商に看破できないのが通常であり、特段の事情のない限り、A に重過失を認めるのは困難

また、共通錯誤なので、契約を有効にして相手方 B に特段保護すべき理由は乏しく、重過失主張を認めるべきでないとの A の再反論も成り立つ (95 III ②)

∴ 錯誤の主張は、特段の事情のない限り、可能

(イ) 解除の主張

金額からして B は真作の絵画を引き渡すという債務を負っていたのであって、これが贋作であったという点は、契約上予定された性質を欠くので、「契約の内容に適合しない」ため、B の債務不履行となる

→真作の絵画が入手できる可能性はあるから、A としては、相当期間を定めて催告のうえ、相当期間経過後に解除できる (541) と考える

以上の請求に対し、Bからは、原状回復請求（121の2I、545I）として、本件絵画の返還義務が履行不能になった点で、価額賠償義務を成立させるべきとの主張があり得る

→額は？（現場思考）

→Bは、本件絵画の本来の価値である100万円の価額賠償義務との相殺（505条）は主張できると考える→差し引き、Aは、代金返還請求としては、1900万円の限度で

（2）について

損害賠償としては本件ではBの債務不履行は考えにくい→不法行為（709）検討、故意過失による行為、損害、因果関係

（ア）故意過失（現場思考）

過失とは注意義務違反

→Aが非画商であれば、情報の非対称性と、金額の高額性から、Bには信義則上、真作か否かについての調査確認義務があったというべき

→かかる調査確認義務違反があるなら過失あり

（イ）損害及び因果関係

AはDに寄託料50万円を支払っているが、後述のとおり30万円の返還請求が可能＝損害は20万円

もっとも、家屋の改装のために画商に寄託するという特殊事情から生じた損害→Bに予見可能性がなければ、416条類推適用より、因果関係を欠く。

→Bの予見可能性がなければ、損害賠償請求は不可。

対D

寄託契約について、物が20日目で滅失したとして、以後の保管義務が全部履行不能（412の2）となったとして、542条1項1号に基づく解除が可能（債務者の帰責性は不要）

→545条1項の原状回復請求として、金30万円の返還請求が可能

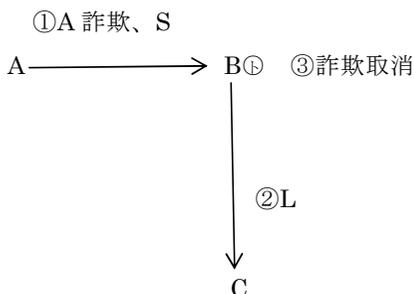
→解除しない場合は？

賃貸借契約同様に、寄託契約も継続的契約であり、Dの帰責性にかかわらず、当然に契約は終了すると考えるべき（616の2類推適用）

∴30万円について、返還請求可能

この場合は、契約終了に伴う既履行部分の返還義務は、無効・取消・解除ともに原状回復（545I、121の2）とされていることから、545Iを類推適用し、不当利得の特則としての原状回復請求と解するべき

Q9



AB間

B→A 代金返還請求 (96 I・121 の 2)

移転登記の返還とは同時履行(533)が原則だが、自ら詐欺という不法行為をした A からの主張は、公平という点で同時履行と同趣旨の留置権に関する 295 条 2 項を類推し、認めない

A→B 遡及的に AB 間の売買はなかったので、過去の賃料分という使用利益について原状回復請求(121 の 2)が考え得る

→B は善意占有者であったから 189 条 1 項が適用され果実收取権あり、返還義務なし(解除の場合は使用利益の返還は明文化されているが (545Ⅲ)、取消にはこれではなく、善意占有者の保護を図るべき)

詐欺取消後は返還を要する

AC間

A は、B との売買契約が B の詐欺取消で遡及的に無効となり所有権が回復したとして、現に占有する C に対し、所有権に基づく明渡請求をすると考えられる

←C としては、96 条 3 項の「第三者」にあたるとして明渡しを拒否できる

∴「第三者」は取消前の第三者をいう ∴遡及効から第三者を保護

C は善意無過失であり「善意で過失がない」にはあたる

対抗要件や権利保護要件は不要 ∴第三者保護を徹底

→賃貸人の地位は、B の取消によって、「譲渡」ではないが、復帰的物権変動が生じたと同視できるから、当然に A に移転すると解すべき (605 の 2 I 類推)。C の承諾なく移転され (605 の 3 類推) るが、A による賃貸人としての権利行使には登記が必要 (605 の 2IV 類推)

BC間 賃貸借契約の前提となる B の所有権が遡及的になくなる→But C は 96 条 3 項の「善意で過失がない第三者」→賃貸借契約は温存され、賃貸人の地位が A に移転

Q10

A→→C→→D

①S ②L

Q 取消後、解除後のAD間の法律関係・・・基本知識からのひねりはあまりないが、動産である点に注意（権利保護要件や対抗要件としての登記の要否の議論を、動産バージョンで）

取消後

まずは取り消しにより回復した所有権に基づく返還請求したい

→Bによる詐欺であるがC悪意→96条2項より取り消したうえで返還請求OKとも

↓

Dは善意無過失であれば96条3項の「第三者」の反論可 ∴「第三者」は取消前に限り、Dこれに該当

↓

その場合、取消≠譲渡、不動産と動産の違いはあるも、賃借人保護する要件を充足しており、取消の復帰的物権変動は新たな譲渡と同視可能 ∴賃貸人の地位移転関係の規定が類推される→Aは引渡を受ければ賃料請求可能、Dの承諾は不要（605の2I、III、605の3）

解除後

解除（541条、545条1項）により回復した所有権に基づく返還請求

→Dとしては545条1項但書の「第三者」の反論 ∴解除前の第三者

↓

Dとしては悪意でもOK But 権利保護要件として引渡必要だがあり、OK

（※ 対抗要件を必要とする説では、悩みが倍増する。動産賃貸借には対抗要件制度がない→どうする？動産賃借人の保護は545条では一切図れない、とするのか、引き渡しがあれば、対抗要件充足と同視するのか、理屈をひねり出す必要）

賃貸人の地位移転？（解除の場合と同じ悩み）→605の2、3の類推→Aが指図による占有移転の要件を充足して動産対抗要件充足すれば賃料請求OK（∴二重弁済の危険回避）

Q11

問 BとC・Dとの法律関係

B C間

移転登記済みであれば、BからCに対し、所有権に基づく抹消登記請求が考え得る。

→要件は(1)B所有、(2)C名義登記、(2)はOK

(1)について、BとしてはA B間委任取消→授権行為も遡及的に無効（目的手段の関係ゆえ有因とすべき）→遡及的に無権代理なので、B所有のまま主張したいはず

Cとしては、遡及効制限の主張したいが、解除と異なり将来効にとどめる明文規定なし、無権代理はやむなし

→表見代理？109I？→授権行為も取消で遡及的消滅、109I満たさないが、Bが委任状を放置したなら新たな授権行為とみて、Cの善意無過失を要件に表見代理成立

112I？→代理権がかって有効に存在したことが前提→本件は遡及的消滅ゆえ不可

∴Cが強迫について悪意有過失なら請求認められる

未登記でも、妨害排除請求として、舗装済みの駐車場の原状回復請求したい

→要件は上記と同じ、(1)の検討も同じ→(2)Cによる妨害事実の支配？（※現場思考ポイント）につき、舗装が完了して土地と舗装部分は一体化、付合（242）→土地所有権と一体化しており、Cによる妨害があるとはいえない、請求不可

また、賃料相当額についての債権的請求→無権代理での巻き戻しについて、効果帰属しない点では無効と同視しうる→無効等と同様に、原状回復請求とすべき（121の2I類推）→Dから賃料相当額の利益＝果実を得たとして同請求可能→Cが善意占有者であれば、189Iより返還義務は免れる

逆にCからBには償金請求が考え得る(248、703)→賃料相当分の「損失」があるが、アスファルトの取得による「利得」があるといえれば対当額で相殺（505）

B D間

所有権に基づく明渡請求→Cが悪意有過失なら、B所有、D占有いずれもあり

→Dは、Cへの損害賠償請求権を被担保債権として留置権（295）の抗弁主張したいがこれは不可 ∴「物について生じた債権」は、留置によって被担保債権の弁済を間接的に促す留置権の機能から被担保債権成立時に返還請求者と債務者が同一である必要

→But 土地の舗装による有益費償還請求権（196）を被担保債権とするのであれば、債

務者はB、返還請求者はBで「物について生じた債権」となりうる→But 舗装工事については、土地一般に関し、客観的に有益な費用とは言い難い→留置権不可（※ここは現場思考ポイント）

※ 償金請求はDには認められないか。確かに附属させたのはDであるが、Cの賃料の代わりであるから、実質的に費用負担しているのはCといえ、Dによる「損失」が考えられない

Q12

A D間の法律関係＝Dが所有する甲土地につきA占有しているとしてDのAに対する所有権に基づく明渡請求、A占有は満たすとして以下D所有の検討

↓

D承継取得の主張＝A C間有権代理（99条1項）＋C D売買

→Bには土地売却の代理権なく、追認（113）なければ有権代理主張は×

→表見代理（110）の検討

公法上の代理権 B u t 取引と密接関連→基本権限OK

CがBの権限有りと思えるべき正当理由があるならOK（なお、Dは110の適用なし：代理権信じる立場になし）

↓

Aとしては、Bによる（公法上の）代理権の濫用でもあるとして無権代理と主張しうる（107）

→この場合、CがBの濫用意図について悪意有過失であれば、CはAから権利取得不可

→Dは法定承継取得である94条2項類推による権利取得の主張、要件3つ

→Aは抵当権登記を委託したにとどまり、それを超える所有権登記

→Dの信用した外観（C所有権）に対するAの意思的関与は間接的なものであり、110条も類推して、Dの善意無過失が必要

↓

Dは、CがBの代理権を信じたことにつき正当理由があり、濫用意図を知らなかったことにつき無過失である場合、又は、D自身がC名義の登記が虚偽であることにつき善意無過失であれば明渡し請求OK

Q13

C (母、AB と同居)

| 夫婦

A====B D の、BC に対する明渡請求をする場合の BCD の法律関係

(1) B が無断で A の実印等を用いて A 代理人として D に売却、A 死亡

D は所有権に基づく明渡請求をしたい

→B 無権代理人ゆえ、BD 売買が有権代理として A に効果帰属はしない

But 表見代理? 夫婦は相互に法定代理権(761)→110 条?

→110 条趣旨類推論、日常家事の範囲と信ずるにつき正当事由あれば D は権利取得しうるが不動産売買は一般に日常家事の範囲を超えるから、日常家事範囲と信ずる正当理由は不可

↓

D としては、A が死亡し、BC が相続した点をもって売買の効果を有効化させたいがこれも不可

∴ 地位併存説 →BC が A の地位承継→追認権・追認拒絶権は不可分の権利として BC 共同相続→C が追認するのに無権代理人 B が追認拒絶するのは信義則に反するが、C が拒絶している場合に B が追認拒絶しても信義則には反しない

→明渡請求は不可、B に 117 条 1 項の無権代理人の責任として損害賠償請求が可能にとどまる

(2) B が売買仮装して A から B への移転登記をして自分のものとして D に売却

D は所有権に基づく明渡請求をしたい

→B 無権利者ゆえ、BD 売買は他人物売買であり、単に売買しただけでは D に所有権は移転しない

→D としては、B 名義の登記を信じた点をもって 94 条 2 項類推によって権利を取得したと主張したい

→類推論→3 要件→A が知りつつ放置した等の帰責性があれば C 善意ゆえ 94 条 2 項類推により D は権利取得しうる、この場合は明渡請求可能

↓

A に帰責性なければ A 死亡以前に権利移転することはない

→他人物売買の本人の地位が、(1)同様 BC に共同相続→A の追認権・追認拒絶権が BC に共同相続されると考えるべき→B は持分 1/2 を取得しその限度で「取得して移転する」(560) ことができるとも思えるが、他の共同相続人が共有を強いられるのは酷であるのと、追認権・

追認拒絶権が不可分であることとの均衡をとるべき→Cが追認するのにBが拒絶することはできないが、C拒絶ならB拒絶はOK

→その場合、DはBに対して解除（542 I ①）・損害賠償請求（415 I II ①）が可能

Q14

CのAに対する貸金返還請求

→Cとしてはまず有権代表（99条1項）を主張したい

←Aは、定款上多額の借財には理事会の承認が必要であるのに、5000万円という多額の借財をBがするにつきその承認なく行ったもので、無権代表といたい

＝一般法人法（以下「法」）77条5項でCが定款制限につき悪意であり無権代理になると反論可

↓

Cとしては予備的主張として、表見代理を主張するはず

→法人の代表であるという点で基本権限あり、理事会の承認なき多額の借財は権限外の行為であるが、権限ありと信じた点につき正当理由あり、と主張するはず（110条直接適用ないし類推適用）

代表理事Bから理事会議事録見せられており、議事録に不自然な点があるなど特段の事情のない限り、権限ありと信じてもらえない

→110条の表見代理の成立余地はある

なお、一般法人法78条の余地はあるが取引行為である以上、代理構成優先、法78条の検討は不要 **※代理での粘りが重要。これはせいぜい加点事由**

CのBに対する請求

代理と代表は形式は異なれど、他人に効果帰属の点で類似→代理の規定類推

Bに対し、無権代表である場合に備えて、117条1項類推の請求したいはず

→無権代表と認定される場合で、A社の追認なく、Cが無権代表である点につき善意であれば（117Ⅱ①参照）、117条請求可能。Bは無権代表であることについて悪意であるというべきであり（117Ⅱ②）、Cに過失があっても責任は否定されない。

Bは表見代理成立を持っての責任回避は不可 ∵117は相手方保護規定

また、117が認められない場合に備え、709条も請求したいはず→要件満たせばOK

※709条も加点事由

Q15

①B 土地を売却

A----->C

B 代 A

↓ (A 無資力)

↓②弁済

D (B 土地売却代金と知っていた)

1 C が、債務弁済のための売却であることを知っていた

(1)B の C に対する返還請求

B 所有、C 占有→A のなした契約が効果不発生ないし効果帰属しなければ認められる

→B としては、親権者=財産代表権 (824 条)、利益相反行為については無権代理 (826) と主張したい

利益相反かどうかは取引安全の観点から客観的に判断→B の土地売却が客観的に A に利益になるとはいえない→利益相反ではなく 826 条適用なし

→次に代理権濫用として無効主張したい→107 But 親は広範な裁量→法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情必要→相手方悪意であるだけでは足りず、こうした特段の事情があれば OK (債務弁済のため=家族の資金繰りの改善のためであり、特段の事情があるとまではいえない、との評価も OK)

(2)C の B に対する 500 万円に支払請求→無権代理も効果不帰属であるが効力生じない点では無効と同様→給付の返還も 121 の 2 を準用するのが原則と解すべき→But 本人には何らの意味でも「給付を受けた」に該当しない→返還義務なしとすべき (現場思考)

2 B の D に対する 500 万円の支払請求

→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→詐害行為で弁済を取り消し (424)、交付した金銭の支払請求 (424 の 6 I、424 の 9 I)

特定の債権者に対する既存の債務の消滅行為→424 の 3 I より、①A 支払不能後の弁済、②A とは D との通謀による他の債権者を害する意図がなければ取り消せない

※ 横領金による弁済→不当利得返還請求 (703) →C が悪意重過失なら可能

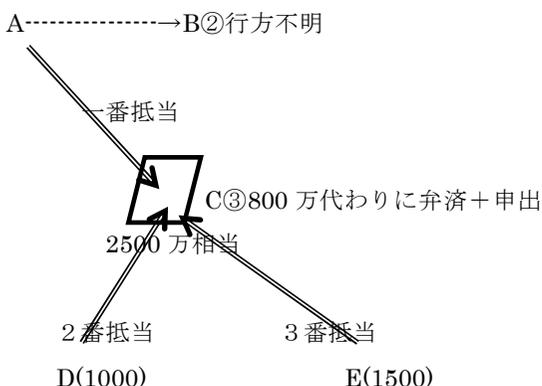
∴「法律上の原因」=利得を正当化する実質的根拠を欠くこと

→横領について悪意の受益者は刑法上盗品罪 (刑 256) になる点で違法性強く、その利得を民事上正当化しえないし、重過失ある場合は民事上悪意と同視

Q16

第1順位の抹消登記請求のためのEの主張とAの反論考察（C無資力含め）

①2000万貸付



Eの主張（Cが無資力でない場合）

後順位抵当権に基づく妨害排除請求として、Aの抵当権抹消請求

→被担保債権たるAのBに対する債権が、支払期限から5年経過して166I①の消滅消滅期間を経過しており、これを援用して、附従性消滅により抵当権も消滅と主張したいが、これは認められない

∵「当事者」（145条）は直接利益を得る者、順位上昇の利益は事実上の期待に過ぎず、直接利益を得る者に当たらない

Cが無資力の場合

①Cの時効援用権の代位行使（423条）のうえ、後順位抵当権に基づく妨害排除請求として、あるいは、②Cの有する物権的抹消登記請求の代位行使

↓

①代位の要件検討

ア 「債権」（423I）は金銭債権で、「保全する必要」（同）は無資力であることを要する

∵責任財産保全

→E1500万円の被保全債権あり／C無資力ゆえ満たす

イ 被代位権利の存在（423I）と期限到来（423II）、一身専属でなく差押禁止でないこと（423I但）も必要→Cは145条の「当事者」として時効援用権あり／時効援用権も責任保全に役立つ権利であるし無資力状態での時効を援用しない債務者の意思より債権者の保全の利益優先すべき＝一身専属でない

以上より代位可能とも

←A としては、更新(152 I、承認)を主張したいが、「承認」は、債務の存在を認識している
必要があり (=債務があることが前提)、物上保証人であって債務を負担しない C の発言は
「承認」にあらず、時効利益放棄も完成前は不可ゆえ効力生じない(146) (**現場思考。152
条類推も OK**)

But Cによる債務引受ありと評価しうる(併存的債務引受、470 II) →この場合は「債務
者」の承認といえる →この場合は抹消請求不可

②物権的請求

→消滅時効完成なら所有権に基づく妨害排除として登記抹消請求を C なし得る →内容は①と
同様、充足する

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。

LU21432