

平成28年司法試験再現答案

民事系科目

第1問 民法

整理番号	ランク
1	確認中
2	A
3	A
4	A
5	確認中
6	A
7	確認中

平成 28 年司法試験「民法」

設問 1

(1) について

1 Eは、CE間の甲土地売買契約が有効であると主張する。もっとも、Cの死亡により甲土地の所有権移転登記手続きを行う義務はCの相続人に相続される(882条)。Eは、Cの相続人である父A(889条1項1号)及び配偶者D(890条)に対し所有権移転登記手続き請求をすることができるか。

2 甲土地の売買契約はAがCの代理人として締結された。Cは未成年でありAはCの親権者である(818条1項)。したがって、親権者Aは子Cの財産である甲土地についてCを代表し法律行為を行うことができるのが原則である(824条本文)。

もっとも、当該法律行為が親権者と子の利益相反行為となることは許されない(826条)。そして、利益相反行為にあたるか否かは、行為の客観的、外形的に利益が相反しているかにより判断する。

本件では、C所有の甲土地をたんにAが代理してEに売却しているだけであるので、AC間に客観的外形的な利益相反は存在しない。したがって、原則通りAがCを代理して行ったCE間の売買契約は有効であると思われる。

3 しかし、親権者の代理行為が権限濫用にあたる場合は、子の利益を保護すべきである。権限濫用とは自己又は第三者の利益をはかることを目的とする行為をいう。本件では、Aは甲土地の売却代金を、自らの遊興のための借金の返済に充てたのであるから自己の利益をはかるためであるといえる。したがって、甲土地の売却は権限濫用にあたる。

もっとも、権限濫用であったとしても取引の安全も保護すべきである。そこで、親権者の権限濫用につき相手方がその事実を知り、または知ることができた場合、93条を類推適用し、当該法律行為は無効となると解する。

本件では、Eは、Aが遊興のための借金を抱えており、不動産の売却代金を借金の返済に充てることを知っていた。したがって、Eは権限濫用の事実を知っていたといえるから、CE間の甲土地売買契約は無効である。

よって、Eは、ADに対し所有権移転登記手続き請求をすることはできない。

(2) について

1 上記(1)と同様、CE間の乙土地売買契約はAの権限濫用により無効となる。したがって、Cが死亡時において乙土地の所有権はCに帰属していた。そして、Dは乙土地をAとともに共同相続した(898条)。そこで、Dは、乙土地の保存行為(252条但書)として、Eから乙土地を買い受けたFに対して丙建物収去乙土地明渡請求をすることができるか。

2 無効は原則として誰に対しても主張することができる。したがって、DはCE間の売

買契約の無効をFに対しても主張できるように思える。しかし、それでは取引の安全が害される。そこで、96条3項を類推適用して、善意の第三者を保護すべきと考える。

本件では、FはAの権限濫用の事実を知らなかった。したがって、Fは善意の第三者である。

よって、Dは、Fに対して丙建物収去乙土地明渡請求をすることができない。

設問2

(1) について

1 Mは、Eに対し契約上の債権に基づき500万円及びその利息等を請求することができるか。

2 HE間で500万円の金銭消費貸借契約が締結された(587条)。もっとも、同契約はEが賭博で使用することを目的としており、公序良俗に反し無効である(90条)。したがって、HのEに対する貸金債権は不存在となる。しかし、Hはこの貸金債権をMに債権譲渡し(466条1項)、Eに通知した(467条1項)。そして、Eはこの債権譲渡を異議なく承諾した(468条1項)。そこで、このEの異議なし承諾によって、EはHに対して主張できた貸金債権の不存在をMに対抗できるかが問題となる。

3 468条1項は債権の存在を前提とし、債権に付着した抗弁権の不存在について債権の譲受人の信頼を保護する規定である。したがって、異議なし承諾により公序良俗に反する無効な債権を復活させるものではない。本件でも、Eの異議なし承諾により、公序良俗に反する無効な債権が復活することはない。

よって、Mは、Eに対し契約上の債権に基づき500万円及びその利息等を請求することができない。

(2) について

1 では、Mは、Eに対し法定債権に基づき500万円及びその利息等を請求することができるか。Mに不当利得(703条、704条)に基づく返還請求が認められるかが問題となる。

2 不当利得が成立するためには、①Eの受益、②Mの損失、③①②の因果関係、④法律上の原因がないことが必要となる。

本件では、EはHから500万円を交付されており利益を得ており(①充足)、反面MはHの貸金債権を買い受けたが、上記(1)のとおり契約上の債権に基づく請求が不可能となっており、買受金の400万円の損失を被った(②充足)

そして、①②の因果関係には社会観念上の連結がなければならないが、本件では、HE間の金銭消費貸借契約に基づきEは500万円の利益を得て、同債権を対象としMは400万円で買い受けたのであるから、両者に社会観念上の連結はあるといえる(③充足)。

また、第三者と利得者の間で対価関係なしに利得者が利益を受けた場合には、その利得には「法律上の原因」がないといえる。本件では、利得者Eは第三者Hとの間で対価関係

なく500万円を得ている。したがって、法律上の原因はないといえる（④充足）。

したがって、Mは、Eに対し不当利得に基づき500万円及びその利息等を請求することができる。

（3）について

1 Lは保証債務をKに弁済したことによる求償権（459条1項）に基づきEに対して584万円の支払を請求することができるか。

2 KL間の連帯保証契約が成立するためには、主たる債務の存在が必要となる（446条1項）。しかし、KE間では500万円の金銭消費貸借の合意がなされたものの金銭の交付はなされなかった。金銭消費貸借契約は金銭の交付を要する要物契約であるから本件では金銭消費貸借契約は成立せず、EのKに対する債務は存在しない。主たる債務が存在しない以上、KL間の連帯保証契約も成立しない。したがって、LがKに584万円を支払ったとしても、Eに対する求償権は生じないのが原則である。

しかし、LはKLの言動からKE間の金銭消費貸借契約の存在を信じ弁済した。そこで、478条の準占有の規定を類推適用して、LのEに対する求償権を認めるべきであると解する。すなわち、準占有者への弁済が認められるためには、①債権の準占有者の存在、②弁済者の善意無過失、③債務の本旨に従った弁済が必要となる。

本件では、Kは契約書を指し示しLに保証債務の履行を請求したのであるから、Kは債権者であるような外観を有している（①充足）。そして、Lは契約書の存在及びEのKに対する債務は「1円も支払っていない」と主たる債務の存在を前提とするような発言を信じ弁済しているから、LはKが準占有者であることにつき善意無過失であるといえる（②充足）。そして、Lは連帯保証債務の本旨に従い弁済をした（③充足）。

したがって、LのKに対する弁済は有効である。そして、当該弁済が有効であることから、Lは保証債務をKに弁済したことによる求償権（459条1項）に基づきEに対して584万円の支払を請求することができる。

以上（全5頁）

平成 28 年民事系第 1 問(民法)

再現答案

設問 1 (1)

1、請求の根拠

E は、AD に対し、平成 24 年 2 月 10 日に締結した甲土地の売買契約(民法(以下、法令名略)555 条)に基づき、甲土地の所有権移転登記手続請求をする。

(1)、平成 24 年 2 月 10 日、E は A と甲土地を 450 万円で売買する旨の契約をした。

(2)、(1)の時、A は C のためにすることを表示した(99 条 1 項)

(3)、(1)の時、A は C の父であった(824 条)。

(4)、C は、平成 24 年 3 月 5 日、旅行先で事故により死亡した。

(5)、A は、C の父である(882 条、889 条 1 項 1 号)。D は、C の配偶者(890 条)である。

これが、上記 E の請求の根拠である。

2、当否

E の請求が認められるか否かは、甲土地の売買契約が有効であるか否かにより判断される。

(1)、「利益が相反する行為」(826 条 1 項本文)

甲土地の売買契約は、父 A が自らの利益を得る目的で締結されたものであるため、「利益が相反する行為」に当たらないか検討する。

「利益が相反する行為」とは、親権者が子の不利益の下、利益を得る行為をいう。これは、当該行為の客観性質により判断される。これに該当した場合、当該契約は無権代理行為(113 条 1 項)となる。

甲土地の売買契約は、客観的に見れば、C が甲土地の所有権を失う対価として、450 万円を受けるといふものに過ぎない。したがって、この契約は、A が C の不利益の下、利益を受けるものではない。

よって、甲土地の売買契約は、「利益が相反する行為」に該当しない。

(2)、代理権濫用

もっとも、親権者の代理行為が代理権濫用となる場合には、93 条ただし書きを類推適用し、相手方が濫用の事実を知り又は知ることができた場合を除き、当該行為は有効となる。親権者は子の財産処分について広範な権限を有する(824 条)のであるから、代理権濫用というためには、専ら親権者の利益を図るために代理行為をしたという、法が親権者に代理権を与えた趣旨に反する行為をしたことが必要となる。

A が甲土地の売買契約を締結した理由は、1000 万円を超える借金の返済に充てるためである。この借金は、A が遊興という専ら自己が原因となり生じたものである。そして、甲土地の売買契約により得た 450 万円は、全額借金返済に充てられると考えられる。甲土地の売買契約により、C に利益を得させようという意思はない。そうすると、A は、専ら自己の利益を図るために、甲土地の売買契約を締結した。これは、A の代理権濫用となる。

もっとも、E は、契約締結時、A は借金返済目的で契約を締結したことを知っていた。したがって、E は、代理権濫用の事実を知っていた。

よって、甲土地の売買契約は、無効となる。

(3)、無権代理人の相続

A は、甲土地の売買契約の無権代理人である。本人たる C は、3 月 5 日に死亡し、その地位を A およ

びDが相続している。

無権代理契約の本人は追認権(113条1項)を有する。この追認権は、相続により、相続人に不可分に帰属する。したがって、本人が死亡した場合、相続人全員が追認権を行使すれば、当該契約は有効となる。そして、本人を相続した無権代理人は、信義則(1条2項)上、追認拒絶をすることができない。

Aは無権代理人であるから、追認拒絶をすることができない。一方、DもAとともに追認権を有する。Dは、5月25日まで契約の存在を知らなかった。また、6月30日にされたEの請求を拒絶している。それ故、Dが甲土地の売買契約を追認したという事情はない。

よって、甲土地の売買契約は、無効である。

以上より、Eの請求は、否定される。

設問1(2)

1、請求の根拠及び内容

(1)、請求の根拠

Dは、Fに対し、乙土地所有権に基づく妨害排除請求権として所有権移転登記抹消登記手続請求をする。また、乙土地所有権に基づく返還請求権として丙建物収去乙土地明渡請求をする。

(2)、請求の内容

(ア)、Cは、平成24年2月10日、乙土地を所有していた。

(イ)、Cは、平成24年3月4日、死亡した。

(ウ)、Dは、Cの配偶者である。

(エ)、乙土地についてF名義の所有権移転登記がある。

(オ)、Fは、乙土地上に丙建物を建築し居住している。

以上が、請求の内容である。

2、当否

Fは、平成24年2月10日に、Cが売買契約により所有権を喪失したと主張する。

しかし、乙土地売買契約も、甲土地売買契約と同様に、無効となる。Eは、乙土地について無権利者である。そして、転得者たるFも乙土地について無権利者である。

したがって、Fの反論は認められない。

乙土地の共有者は、ADである。そして、Fは、(イ)(ウ)の通り、登記名義を有し、乙土地を占有している。

なお、乙土地はADの共有物であるが、Dの請求は「保存行為」(252条ただし書き)である。それ故、Dが単独でこの請求をすることができる。

以上より、Dの請求は妥当である。

設問2(1)

1、Mの請求の根拠及び内容

Mは、平成26年4月1日に締結された500万円のEH間消費貸借契約(587条)に基づき、500万円とそれに対する利息や遅延損害金(以下、「500万円等」とする)の支払の請求をする。

MはHから債権譲渡(466条1項、555条)を受けている。そのため、Mの請求の内容は、債権発生原因及び債権譲受けの原因となる。

(1)、Hは、Eに対して、平成26年4月1日、返済期日を平成27年5月30日、利息を年15%、遅延損

害金を年 21.9%として、500 万円を貸した。

(2)、平成 27 年 3 月 31 日は到来した。

(3)、平成 26 年 8 月 1 日、H は、M に対して、(1)に基づく債権を 400 万円で売った。

2、請求の当否

(1)、消費貸借契約の有効性

EH 間消費貸借契約は、E の賭博使用目的のため締結された。

90 条は、公序良俗違反の契約を無効とする。公序良俗に反する契約とは、社会規範に著しく反する契約をいう。契約が無効となるためには、両当事者が、契約に公序良俗違反事項があることを認識している必要がある。

賭博は、刑法 185 条に規定される犯罪行為である。したがって、賭博使用目的の消費貸借契約は、犯罪を助長するものである。それ故、その契約は、社会規範に著しく反する。そして、H は、E から賭博に使うつもりであることを打ち明けられており、HE 両方が、この契約に公序良俗違反事項があることを認識している。

したがって、この契約は、無効である。

(2)、「異議をとどめない」「承諾」(468 条 1 項)

もっとも、平成 26 年 8 月 5 日、E は H に「……承諾します。」との内容証明郵便を返送している。この内容証明郵便には、消費貸借契約が公序良俗違反であるなどの文言が記載されていない。そうすると、E が M に対して送付した書面は、「異議をとどめない」「承諾」に該当する。

公序良俗違反は、無効の抗弁にあたり、「譲渡人に対抗することができた事由」である。E は M に対してこの抗弁を主張できないのか。

468 条 1 項の趣旨は、債権譲受人の信頼を保護し、取引の安全を保護する点にある。一方、公序良俗違反は、社会的に許されない行為を無効とするものである。社会的に許されない行為は、取引の安全に優先して無効とされるべきである。したがって、公序良俗違反による無効の抗弁は、異議をとどめない承諾をしても、譲受人に対抗できる。

したがって、E は、M に対して、EH 消費貸借契約の無効の抗弁を主張できる。この契約は無効である。

よって、M の請求は否定される。

設問 2 (2)

1、M の請求

M は、不当利得返還請求権(703 条)に基づき、500 万円等を請求する。

(1)、EH 間消費貸借契約は、無効である。したがって、下記 M の損失と E の利益は、「法律上の原因」がない。

(2)、E は、H から借りた 500 万円について、契約に基づく返還義務を免れている。E には、500 万円の「利益」がある。

(3)、M は、500 万円等の債権を請求できず、「損失」がある。

(4)、M の損失は、H の E に対する債権を譲り受けたことによるものであるから、利益と損失には因果関係がある。

以上が M の請求の内容である。

2、当否

MとEは直接の契約関係にはない。しかし、MはHの債権者であり、HはEに500万円を貸している。MのEに対する請求は、転用物訴権としての性質を有する。

(1)、「法律上の原因なく」

「法律上の原因なく」とは、財産の移転が法律により正当化されないことをいう。契約全体を見て利益を受けた者が何らの出捐をしていないといえる場合には、財産移転が法律により正当化されない。

HからMに500万円等の貸金返還請求権が移転した原因は、売買契約である。売買契約は対価的交換であるから、Eが何か出捐したということはない。

したがって、下記Eの「利益」は、「法律上の原因なく」得られたものである。

(2)、「利益」

Eは、本来払うべきであった500万円等を契約上の債権に基づき支払う必要がなくなった。したがって、500万円等は、Eの「利益」となる。

(3)、「損失」

Mは、Hとの売買契約により手に入れられるはずであった500万円等の貸金返還請求権を失った。したがって、Mには、500万円等の「損失」がある。

(4)、因果関係

ここにいう因果関係は、利益と損失に直接の因果関係があることをいう。転用物訴権の場合、債務者に資力がある場合、その者から債権回収を図れる。このとき、利益と損失は間接的な因果関係を有するにとどまる。しかし、債務者が無資力となれば、この二つには直接の因果関係が認められる。

Hは、平成26年10月頃、資産が尽き無資力となった。Hの資力が回復したという事由はない。したがって、Eの「利益」とMの「損失」には、因果関係がある。

以上より、MのEに対する請求は妥当である。

設問2(3)

1、請求の根拠

Lは、Eに対して、保証契約に基づく求償債権(459条1項)に基づき、584万円の支払いを請求する。

2、請求の当否

これが認められるための要件は、被保証債務の発生原因事実、保証契約の締結、保証人による債務の消滅である。

(1)、平成26年4月15日、EKは、500万円の消費貸借契約を締結した。

この契約についても、Eが賭博使用目的の下したものである。もっとも、Hと異なり、Kには賭博に使うつもりであることを打ち明けていない。それ故、Kは、この契約が公序良俗に反する事項を有するということを知らなかった。

そうすると、この契約は有効である。

(2)、(1)の時、KとLは、LがEの債務を連帯保証する旨の契約を締結した。これはEKL3人が作成した契約書に記されているため、446条2項の要件を満たす。

(3)、Lは、平成27年6月29日、Kに対して584万円を支払った。これにより、Lは、Eに「代わって弁済をし」、Eの貸金返還「債務」を消滅させた。

以上より、Lの請求は認められる。

以上

第1設問1

(1) 小問(1)

(1) Eは、所有権に基づき、A及びDに対して、甲土地の所有権移転登記請求を行いたい。当該請求を行うためには、Eが甲土地の所有権を有していることが必要である。すなわち、平成24年2月10日に締結されたCの代理AE間での売買契約が有効である必要がある。

では、AE間での甲土地に関する売買契約は有効か。
(以下「本件売買契約」という)

(2) Aは、Cの親権者であり、Cの母であるBから相続した甲土地及び乙土地を管理していた。Aはこのことを奇貨として、売買契約を締結しており、Cから、当該契約についての任意代理権は授与されていなかった。

イ もって、親権者は民法(以下、法典名省略)824条に基づき法定代理権を有している。また、もって、利益相反行為に当たれば無権代理となる。

では、本件売買契約締結行為は、利益相反行為(826条項)に該当するか。

この点、利益相反行為に該当するか否かは、取引安全を図る見地から、行為の外形を客観的に判断することにより、決すべきである。

本件では、行為の外形上はAがCの土地を他者に売却したにすぎず、利益相反行為に該当するとは言えない。そのため、本件売買契約締結行為は、利益相反行為に該当しない。

ウ もって、AはC所有の甲土地をEに売却することにより、^{その代金も}自己の借金の返済に充てようと考えていた。このように、権利を濫用する意思を有する場合に現るは有効か否かの、法定代理権濫用の場合の該有効性の判断基準が問題となる。

この点、代理行為の相手方が、代理権の濫用について知っている場合

には、保護の必要はないといえる。そこで、相手方が代理権の濫用について悪意の場合には、93条但書の類推適用により、当該法律行為は無効であると解する。

本件において、Eは本件売買契約締結当時、^{Aの}~~乙~~ 乙土地の借金を抱えており、乙土地の代金600万円を^A 自己の借金の返済に充てるつもりである。これを知らず、^{Eは} 甲土地についてもAが同様の意思を有していたことを知っていたこと、すなわち、権利の濫用について悪意であった。

よって、民法93条但書の類推適用により、本件売買契約は無効である。
よってこれに對してEは、無権代理人Aは、本人Cの死後において、本人の地位を承継しており、本件売買契約は有効となると反論する。

ところで、無権代理人が本人を第三者と共同で相続した場合には、追認権(116条)は不可分一体的に承継される。そのため、追認権は、Cの相続人Dにも承継され、DはAに對して、その遺産等について尋ねていることから、無権代理行為を追認することはできない。

よって、~~追認権~~ AがCを相続したとしても、無権代理行為は有効とならない。

(3) 以上より、本件売買契約は無効であり、Eの請求は認められない。

2問(2)

(1) Dは、Fに對して、所有権に基づきその内建物を除去し乙土地明渡請求を行いたい。Dの請求の根拠としては、DはCの妻であり、Cが死亡したことにより、相続により、乙土地の所有権を取得したところにある。

これに對して、Fは、EF間で乙土地についての売買契約が締結されたこと、Dの所有権喪失を主張する。

では、Dの請求は認められるか。

(2) まず、AE間で行われた本件売買契約は小問(1)で述べた通り無効である。そのため、Eは無権利者であり、Fは、乙土地の所有権を承継取得することはできない。

もっとも、Fは、Eが甲乙土地について所有権移転登記を具備しており、これを信じて、Eの間で、乙土地について売買契約を締結した。

そこで、94条2項の類推適用により、Fは保護されるのか。

まずこの点、94条2項の趣旨は虚偽の外観を信頼した者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虚偽の外観の存在 ②当該外観を信頼したこと ③虚偽の外観作出につき本人の過責性があることを満たせば、94条2項類推適用により、外観を信頼した者は保護されると解する。

イ 本件において、乙土地は、EF間で売買契約締結後に甲乙当期手A及びDの所有であった。にもかかわらず、乙土地の所有権登記名義はEであり、虚偽の外観が存在している(①充足)。また、Fは、Eとは面識はなかつたを見て、乙土地の存在を知ることができず、~~虚偽~~ Eが乙土地の所有者であると信じていた(②充足)。もっとも、虚偽の外観作出について本人の1人であるDは、全く関与しておらず、過責性は認められない(③不充足)。

よって94条2項を類推適用することはできない。

(3) 以上より、Fは乙土地の所有権を取得できず、反論は認められないため、Dの請求は認められる。

第2設問2.

(小問(1)).

(1) MはEに対して、HからEに対する500万円の金銭債権を譲り受け
たこと、500万円にそれに対する利息と遅延損害金の支払を請求できる。

(2) 甲、平成^{26年}~~26年~~8月1日に、HM間でEに対する債権を400万円と買収
するいわゆる債権譲渡が行われた。そして、^HHはEに対して譲渡の旨通知
し、Eはこれ承諾して(467条1項)。

も、債権者HとE間で締結した金銭消費貸借は、Gの立
寄賭博の費用を作るために締結された契約であり、不法原因
給付(708条)に当たる。そのため、本来HはEに対して金銭の返還
を請求できる。この場合に、Mはなお返還を請求できるか。

まず、468条1項~~1項~~により、債権者が譲渡人に対抗できる事由
を有していたとしても、債権異議をこめない承諾をすることで、債権者
は当該事由に対抗できない。この場合譲受人が無償者である場
合には保護の必要はない。そこで、譲受人は~~対抗することが~~債権者
が対抗できた事由について善意無重過失である必要がある。

本案中において、EはHに対して、債権異議をこめない承諾をしている。
これ、Mは、HE間での金銭消費貸借が不法原因給付であること
を知らなかった。

(3) よって、468条1項により、EはMに対して金銭債権が~~708条~~不法
原因給付であることに対抗できず、Mの請求は認められる。

2A問(2)

~~全~~法定債権の意味がわからず、ほぼ自解で出していました。

今思えば、A問(1)認められずに、B703で認められることになるかと思う。

3A問(3)

い. KがEに対する金銭債権の保証人とは、~~Kは~~保証債務の履行として500万円をKに支払ったこと、Eに対して求償を求め^{得る}ことはできるか。(463条・463条)

け まず、本件においてKはEに対して500万円を交付していない。そのため、KとE間の金銭消費貸借契約は無効であり、保証人にも本来は~~は~~保証債務を履行する必要はなかった。

しかし、しはEに照会してよとで、保 Eの過失により、保証債務を返済した。そのため、請求できる

<反省点>

17.1

・設問2が全然わからず、量の大きさを誤りに書いてしまった。

・民法は、悩みに答案に示していく必要があるのに、それを示さず、自分の中で決めることで結論を出して、書いてしまった。

・設問1、2ともに答案構成に時間をかけすぎた。35分くらい。

・典型論証をだらだら書いてしまっていると思う。もっとコンパクトにしたい。

民事系科目第1問

第1．設問1

1．小問（1）

（1）Eの請求の根拠は、所有権または売買契約に基づく甲土地の所有権移転登記手続請求権である。すなわち、EはCの親権者であるAとCのためにすることを示してC所有の甲土地について売買契約を締結した。仮にAが代理権を有しないとしても、権利者Cを無権代理人Aが相続したことにより、本件売買契約は有効となる。

（2）当否

ア まず、本件売買契約は利益相反取引（民法826条1項）に当たらないかが問題になるが、当たらない。なぜなら、本件売買契約はこの財産の売却に過ぎず、外形的客観的に見てCとAの利益がそう反する取引には当たらないからである。

イ 次に、代理権濫用として有権代理であることを対抗できないのではないか。

判例によれば、代理権の濫用の場合には、原則として本人に効果帰属するが、93条但書を類推適用して、代理権の濫用の意図を相手方が知りまたは知ることができた場合には、例外的に本人に効果帰属しない。代理権の濫用とは、代理権を付与した法の趣旨に反する特段の事情がある場合をいう。

本件において、Aは自らの遊興を原因とする借金の返済のためにCの財産を売却しており、親権を付与した法の趣旨に反するといえるため、代理権の濫用に当たる。Eは本件売買契約を締結した時点でAが多額の借金の充当のために行っていることを知っている。よって、93条但書を類推適用し、本件売買契約の効果は例外的に本人に帰属しない。

したがって、無権代理として無効であるため、所有権に基づく請求は認められない。

ウ さらに、権利者Cを無権代理人Aが相続したことによって本件売買契約は有効にならないかが問題となる。

判例によれば、無権代理の追認権は共同相続人に不可分に帰属するため、共同で行使しなければならず、無権代理人の持ち分に相当する部分についても当然に有効となるものではない。よって、相続によっても本件売買契約は有効とならない。

エ なお、無権代理人の履行請求（117条1項）として移転登記請求をすることは認められない。なぜなら、給付目的物が不可分であるため、履行請求を認めれば本人に追認拒絶権を与えた趣旨を没却するからである。

オ よって、Eの請求は認められない。

2．小問（2）

（1）DのFに対する請求は所有権に基づく丙建物収去乙土地引渡請求及び乙土地の所有権移転登記請求である。

（2）当否

ア まず、Fは乙土地の売買契約によって乙土地の所有権を取得したこと、仮に無権代理であるとしても、表見代理規定（109条以下）によって乙土地の所有権を取得すると反論す

る。

これは認められない。なぜなら、A E間の売買契約は前記の通り無効でありEは無権利者である。また、判例によれば表見代理規定は代理権の信頼を保護するためのものであるから、「第三者」には転得者は含まれない。

よって、Dの請求は認められる。

イ 次に、乙土地の所有権移転登記請求について、中間省略登記となるため認められないと思える。しかし、EはすでにFから売買代金を受け取っているため、同時履行の抗弁等の固有の利益を有しない。よって、

よって、Dの請求は認められる。

第2. 設問2

1. 小問(1)

(1) MのEに対する請求は、金銭消費貸借契約(587条)の終了に基づく貸金返還請求権である。すなわち、HはEに対して500万円を貸渡し、MはHから当該貸金債権について債権譲渡を受け、HはEに対して通知した。弁済期(平成27年3月31日)は到来した。

(2) 当否

ア まず、EH間の金銭消費貸借契約は賭博資金のためのものであり、公序良俗違反(90条)により無効ではないか。

動機に不法があるにすぎない場合には、原則として有効であるが、例外的に、相手方に表示されて意思表示の内容になった場合には、無効となる。

本件において、賭博に使う目的であることは動機に不法があるにすぎないものの、EはHに賭博で使うつもりであることを打ち明けて本件金銭消費貸借契約を締結していることから不法な動機が表示されて法律行為の内容になったといえ、本件金銭消費貸借契約は公序良俗に反して無効である。

イ 次に、HM間の債権譲渡の際に、Eが債権譲渡について異議なく承諾しているため、公序良俗違反であることをEは主張できないのではないか。

無留保承諾によって抗弁が切断されるのは譲受人の信頼を保護するためであるから、「譲渡人に対抗することができた事由」とは抗弁となりうる一切の事由をいい、公序良俗違反もこれに含まれると思える。しかし、民法90条は高度に公益的な規制であるから、債務者の承諾によって有効とすべきではない。よって、公序良俗違反はこれに当たらない。

本件において、Eが無留保承諾したとしても公序良俗違反の抗弁は切断されず、Mに承継され、これを対抗できる。

よって、Mの請求は認められない。

2. 小問(2)

(1) MはEに対して400万円につき不当利得(703条、704条)として返還請求する。すなわち、Mは本件貸金債権を譲り受ける際にHに400万円支払うという「損失」があり、Eは公序良俗違反により受け取った500万円の返還を免れるという「利益」があり、

これは「法律上の原因」のないものである。

(2)「法律上の原因」とは、公平の観点から利得の保持を正当化する実質的な理由を言う。本件では上記の通り金銭消費貸借契約は公序良俗違反により無効であり、Eが貸し付けを受けた500万円の金銭は不法原因給付(708条)であるものの、Hの不法に比較してEの不法が著しく大きいため、Eの受領した500万円は本来返還すべきものである。よって、債権を譲り受けたMに対する関係でも、上記の実質的理由があるとはいえず、「法律上の原因」が認められない。

(3) よって、Mの請求は認められる。

3. 小問(3)

(1) LのEに対する請求は保証人の求償権(459条)である。すなわち、KはEに対して500万円を貸し付け、LはKとの間で連帯保証契約を締結した。Lは前記契約に基づきKに対して584万円を支払ったため、これをEに対して求償する。

(2) 当否

ア まず、EK間の金銭消費貸借契約も賭博資金の目的で締結されたものであり、動機において公序良俗違反(90条)があるものの、Kに対して表示されていないため、無効とはならない。

イ 次に、金銭消費貸借契約は契約の締結に金銭の引き渡しが必要な要物契約である(587条)であるところ、KからEに対して500万円が交付されたことはないため、本件金銭消費貸借契約は不成立であると思える。もっとも、LがKに対して弁済する際、Eが誤った説明をしているため、Lによる弁済は463条2項、443条2項により、有効となるのではないか。

443条2項は「共同の免責」を得たことについての通知義務を課しているが、同乗の趣旨は過失なく弁済したものを保護する点にあるから、債務の不成立に関わる事由についても類推適用できる。

本件において、Kの履行請求に対して、Eは債務が存在しないにもかかわらず、Lに対して「債務は…支払っていない」などと債務が存在するかのような説明を行っており、債務不成立に関する事由についての「通知を怠った」といえる。Lはこれを受けて「善意」で「弁済」している。

ウ よって、Lの請求は認められる。

以上

平成 28 年度司法試験民事系科目第 1 問（民法）

第 1. 設問 1

1. 小問（1）

（1）E は、A 及び D に対し、所有権に基づき、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。この請求が認められるか。

（2）有効な売買契約を前提とする主張

ア．まず、A は C の法定代理人として E との間で甲土地の売買契約を締結している。この点、A は C の親権者であるから、包括的代理権を有しているが（民法 824 条 1 項本文、以下法典名省略）、当該法律行為が利益相反行為にあたれば、特別代理人を選任し、その者が A を代理しなければならない（826 条 1 項）。そこで、本件売買契約が利益相反に当たり、無権代理（113 条 1 項）となるのではないかと問題となる。

そもそも親権者は包括的代理権を有していることから、取引の安全を図る必要がある。そのため、利益相反行為に当たるか否かは、行為者の内心ではなく、行為の外形から客観的に判断すべきである。

本件では、確かに、A は自己の借金返済のために、本件売買契約を締結している。しかし、本件売買契約を外形的客観的にみれば、A と C の利益が相反する関係にはない。そのため、利益相反行為にあたらない。

したがって、本件売買契約は無権代理として無効とはならない。

イ．もっとも、未成年者保護の観点から、利益相反行為にあたらない場合であっても、親権者が権利濫用に当たる行為をし、相手方が親権者の意図を知り、または知ることができた場合には、93 条但書を類推適用し、当該法律行為は無効となると解する。

本件では、A が自己の借金返済のために C の承諾なく他人に売却する行為は権利濫用に当たる。また、E は本件売買契約締結当時、A が遊興を原因として多額の借金を抱えており、売買代金を A の借金に充当するつもりであることを知っていたのであるから、A の権利濫用の意図について悪意である。

そのため、93 条但書類推適用により、本件売買契約は無効となる。

ウ．以上より、本件売買契約が有効であることを前提とする E の請求は認められない。

（3）相続を原因とする所有権取得の主張

ア．D に対する請求

まず、甲土地を所有していた C は死亡していることから、A と D が共同相続する。そして、本人が死亡した場合、本人たる地位と無権代理人たる地位は併存する。もっとも、D は本件売買契約になんら関与していないため、本人の立場で追認（116 条）を拒絶することはいくら信義則（1 条 2 項）に反することはない。そして、本件で D は追認を拒絶しているので、D に対する請求は認められない。

イ．A に対する請求

確かに、A が本人 D を相続した場合、追認を拒絶することは禁反言の法理に照らし、信義則上認められない。しかし、他に共同相続人がいる場合、相続財産は準共有（264 条）関係になり、追認権も共同相続人間に不可分に帰属するので、A のみで追認をすることはできない（251 条参照）。

本件では、C の相続人は A 及び D であり、D が追認権を拒絶している以上、A も追認することはできない。

したがって、A に対する請求も認められない。

ウ．以上より、相続を原因とする請求も認められない。

(4) 以上より、EのA及びDに対する請求は認められない。

2. 小問 (2)

(1) Dは、Fに対し、土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求をすることが考えられる。この請求が認められるか。

(2) まず、小問(1)で述べたのと同様、CE間の乙土地売買契約は、利益相反行為に当たらないものの、93条但書の類推適用によって無効となる。そのため、Eは乙土地については無権利者であり、EF間の売買は他人物売買契約(560条)であるから、Dに対抗できないのが原則である。

もっとも、Fは専門業者である仲介業者のチラシを見て興味を持ち、本件売買契約に先立って現地見分し、Eの下に登記があることを信頼して本件売買契約を締結している。そこで、94条2項の類推適用によってFを保護することができないか。

(3) そもそも、94条2項の趣旨は、権利の外観を信じた第三者の信頼を保護し取引の安全を図るという表見法理にある。そのため、①虚偽の外観の存在、②その外観への信頼、③信頼についての善意無過失、④虚偽の外観作出についての権利者の帰責性の要件を満たす場合には、94条2項を類推する基礎があるといえるため、取引の相手方は保護されるべきと解する。

まず、乙土地の登記名義はEであり(①充足)、Aは専門業者のチラシを見て現地見分し、登記を確認していることから、登記への信頼及びそれについての善意無過失が認められる(②、③充足)。

しかし、Cは成年犠牲となったのが平成24年3月1日であり、この時点から乙土地を単独で管理することができるようになったが、わずか4日後の3月5日に死亡していることから、現実的に管理することは不可能であったといえる。そのため、CにEに登記が移転していることにつき過失はない。また、DはCの死亡から1年後にAに対し、Cの遺産について尋ねたが、AはDの質問を無視し、その後もAからの連絡を無視し続けている。そのため、Cの遺産状況を知る機会がなかったといえる。また、CE間の売買契約が行われたのは、CDが婚姻する前であるから、Cの財産に乙土地が含まれていたことをDが知ることは困難であったといえ、Eの下に登記があることについて過失があるとまではいえない。したがって、C及びDに帰責事由はない(④不充足)。

したがって、Fは94条2項類推適用によって保護されないため、DのFに対する請求は認められる。

第2. 設問2

1. 小問 (1)

(1) MはEH間の消費貸借契約は有効であり、かつ有効にEから当該債権を譲り受けていることを主張して、Eに対して500万円及びそれに対する利息等を支払うよう請求することが考えられる。この請求が認められるか。

EH間の消費貸借契約は、Eが賭博に使うために借り受けたものであり、Hもそのことを認識しているので、公序良俗に反し無効となる。

そのため、MのEH間の消費貸借契約を有効性を前提とする本権請求は認められない。

(2) 次に、Mは、仮にEH間の消費貸借契約が無効であっても、Eは債権譲渡(467条2項)の際、異議をとどめない承諾をしているので、抗弁事由をMに対して主張できない(468条1項)と主張して、500万円等を請求することが考えられる。この主張が認められるか。

確かに、468条1項の趣旨は、債権の譲受人の保護にある。しかし、公序良俗違反の契約は絶対的に無効であって、同条は絶対的無効事由の抗弁まで

切断する趣旨ではない。

よって、Mの主張は認められない。

以上より、Mの請求は認められない。

2. 小問 (2)

(1) Hは資金繰りが悪化し、多額の債務を抱えたまま夜逃げをしているため行方不明となっている。そのため、MはHに対して責任追及をすることができず、MのHに対する債権は無価値となっている。

そこで、MはEに対して不当利得(703条)を主張して、本権請求をすることが考えられる。この主張が認められるか。

(2) まず、不当利得返還請求が認められるためには、①利得、②損失、③因果関係、④法律上の原因がないことの要件を満たす必要がある。

まず、HがEに対して給付した500万円は、賭博に使用するためのものであるから、不法原因給付物(708条)にあたる。そのため、そのため、HはEに対して500万円の返還を請求することができないことの反射的效果として、500万円の利得を得ている(①充足)。次に、Mは400万円でHのEに対する500万円の債権を譲り受けているが、Hが行方不明となりHに対する債権は無価値となっているので、500万円の損失が認められる(②充足)。次に、因果関係とは、同条の趣旨が当事者間の公平にあることから、社会通念上の因果関係が認められれば足りると解する。MはHからEに対する債権を譲受けたが、Hに対する債権が無価値となっているので、Eの利得とMの損失との間には社会通念上の因果関係が認められる(③充足)。

さらに、法律上の原因なくとは、同条の趣旨が公平にあることから、①本来の債務者が無資力となり、かつ②基礎となった法律関係を全体とみて対価関係なしに第三者が利得を得たという場合には、例外的に法律上の原因なくにあたると解する。

本件では、①Hは多額の債務を負って行方不明となっていることから、Hは無資力であり、Mの債権は無価値となっている。②また、Fは何ら債務を負担することなく、500万円を得ている。したがって、④の要件も充足する。

以上より、MのEに対する不当利得返還請求は認められる。

3. 小問 (3)

(1) LはEに対して、保証債務を履行したことを根拠に求償権を行使して本権請求をすることが考えられる。この請求は認められるか。

まず、保証契約が有効に成立するためには、①主債務の存在、②書面によること、③保証契約の締結の要件を満たす必要がある。

本件のKE間の消費貸借契約は、賭博に使用することを秘して行われているので、有効に成立している(①充足)。また、本件契約は書面によりなされている(②充足)。さらに、KL間で保証契約が締結されている(③充足)。

したがって、保証契約は有効に成立している。

そのため、Lの求償権行使は認められるとも思える。

(2) しかし、KはEに500万円を実際に交付した事実はないため、求償権の行使を認めれば、Kに予期しない損害を被らせるおそれがある。そのため、Lの求償権行使は認められないのではないかと問題となる。

この点、LはKからの連帯保証債務の履行請求を受けた際、直ちにEに対して照会したところ、Eは「Kに対する債務は支払っていない」と説明しており、LがEに対して保証債務を履行すると述べたのに対し、何ら異議を述べていない。そのため、LがKを債権者であると誤認したことに無理はなく、善意無過失であるといえるため、債権の準占有者の弁済(478条)として有効となる。そのため、Lは債権者Kに代位して求償権を行使できる(500条)。

以上

再現率：90%

実際の答案と同じ行数、文字数で再現答案を作成した。

感想

- ①設問 1 が書く分量が多いと感じたが、配点が 4 割しかないからどう削ろうか悩みながら書いた。必要最低限のことしか書かなかった。
- ②設問 2 に入って、当事者の多さに嫌気がさしたが、図を書いて把握した。
- ③問題文を把握するのに、少し手間取った。
- ④設問の意図を十分に把握できたのか不安である。
- ⑤設問 1 は無権代理ではないとしながら、無権代理の相続を書いてしまったが書きながら気付きつつも、後戻りできないと思って書き続けた。
- ⑥設問 2 は特に小問 3 で残り 5 分しかなかったため、めっちゃめっちゃになった感が否めない。
- ⑦設問多すぎ、バカヤローである。

民事系 第1問

第1 設問1 (1)

1. EはA及びDに対し、Aを代理人とするCE間の甲土地売買契約の売主たる地位をA、Dが相続したことに基づく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。そこで以下この請求の可否を検討する。

2. まず、AはCの親権者としてCを代理して本件売買契約を締結しているものの、Aは売買代金を自己の借金に充当するつもりで行っている。そこで、Aの行為は利益相反取引（826条1項）として無効にならないか問題となる。

利益相反取引とは、親権者の利益になる一方、子の不利益となる行為をいう。そして、益相反取引に該当するか否かは取引の安全を考慮して外形的・客観的に判断すべきである。

本件では、親権者が子の所有する土地を売却するという行為は、子に売却代金が帰属する以上、外形的・客観的に見て親権者の利益になる一方、子の不利益となる行為には当たらない。

したがって、利益相反取引にはあたらない。

3. もっとも、本件売買契約は、Aが売却代金を自己の借金に充当するためになされたものであるから、代理人の権限濫用として無効とならないかが問題となる。

親権者は、子の代理権こうしにつき、子の利益を考慮してする広範な裁量を有している（824条）ことから、あらゆる行為を権限濫用とみることはできない。しかし、親権者が子の利益を無視して自己の利益のみをはかり、法が親権者に子の代理権を認めた趣旨に反するような例外的な場合には、子の利益保護のため、権限濫用となる。そして、権限濫用の場合、取引安全保護のため、相手方がその権限濫用につき知りまたは知り得た場合にのみ無効となると解する（93条但書類推）。

本件では、親権者Aは乙土地の代金600万円のみを実際に自己の借金に当てているものの、乙土地と甲土地は同時に一体として売買され、Aは両土地の売買代金を自己の借金返済に充てることを予定していたのであるから、甲土地の売買はCの利益を無視してなされ、Aの利益のみを図ったものであり、法が親権者に子の代理権を認めた趣旨に反する行為であるといえる。

そして、相手方EはAが遊興を理由として多額の借金を抱えており、乙土地の代金を自己の借金に充当するつもりであったことを知っていたのであるから、甲土地の売却についてもAの借金返済のためになされたことを知り得たといえ、権限濫用につき知り得たといえる。

したがって、本件売買契約の締結は権限濫用として無効である。

4. そこで、Eとしては、Cを無権代理人たるAが相続したことにより、本件売買契約の追認がなされたとして有効となると主張することが考えられる。

本人を無権代理人が相続した場合、当然に地位が融合し、無権代理行為が有効となるとすると、相手方の取消権行使の機会を不当に奪うことになり妥当でない。そこで、本人を無権代理人が相続しても、本人たる地位と無権代理人たる地位は並存し、追認拒絶することが信義則に反するという事情がない限り、本人たる地位に基づいて追認拒絶することができる。

本件では、Aは無権代理行為を行った当事者であり、Aが本人たる地位に基づいて追認拒絶することは信義則に反し許されない。

もっとも、相続人が複数ある場合、追認権は相続人の準共有に属し、共有物の変更に關する事項（251条）として、相続人全員でのみ行使が認められる。

本件では、AとDが追認権を準共有しており、Dは追認拒絶すると考えられるため、本件無権代理行為は全体として無効となる。

よって、本件甲土地売買契約は無権代理行為として無効となるため、Eの主張は認められない。

第2 設問1(2)

1. DはFに対し、Cから乙土地所有権の持分を相続したことにより、乙土地所有権に基づき丙建物収去土地明渡請求をすることが考えられる。そこで以下この請求の当否について検討する。

2. 土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求が認められるためには、①乙土地をDが所有していること、②Fが丙建物を所有して乙土地を占有していることが必要となる。

3. まず①については、乙土地はC所有のものであったところ、Cを妻であるDと父Aが相続したことにより、乙土地はDとAの共有に属する。そして、前述の通り、乙土地のEに対する売買契約は権限濫用行為として無効であるから、Eは所有権を取得することができず、その結果無権利者からの譲受人たるFも乙土地所有権は取得できない。

4. 以上より、Dの請求が認められる。

第3 設問2(1)

1. MはEに対して、HからHのEに対する貸金返還請求権を譲り受けたことを理由として、消費貸借契約に基づき貸金返還請求をなすことが考えられる。この請求が認められるためには、①HのEに対する貸金返還請求権が存在すること、②ME間の債権譲渡契約の締結が必要となる。

2. まず、①について、本件消費貸借契約は、EがHに対して借り受けた金を賭博に使うつもりであることを打ち明けた上で締結されているため、公序良俗違反（90条）として無効とならないかが問題となる。

契約締結の動機は通常外部から認識できず、それが公序良俗に反するからといってすべて契約が無効となるとすれば、取引の安全を著しく害する。もっとも、契約締結の動機が公序に反する場合、その契約を有効とすれば公序良俗違反を助長促進することになる。そこで、動機が外部に表示され、契約の相手方が不法な動機を認識していた場合には、当該契約は公序良俗違反として無効となると解する。

本件では、Eは本件消費貸借契約によって借り受けた金銭を賭博に使うつもりであることを打ち明けており、相手方Hは不法な動機を認識しているため、本件消費貸借契約は無効であり、HのEに対する貸金返還請求権も発生しない。

もっとも、本件で E は H の指示に従い債権譲渡の承諾をしている。そこで、これをもって本件消費貸借契約の無効の瑕疵が治癒するかが問題となるが、公序良俗に反する契約は、公序良俗維持のため絶対的に無効となるため、承諾によってもその瑕疵は治癒しないと解する。

よって、①を満たさず、M の E に対する契約上の債権に基づく請求は認められない。

第 4 設問 2 (2)

1. M は E に対して、不当利得返還請求（703 条）をなすことが考えられる。その要件は、①法律上の原因がないこと、②利得、③損失、④②と③の因果関係である。

2. まず、E は HE 間の消費貸借契約が無効であるにもかかわらず、500 万円の交付を受けていることから、法律上の原因なく（①）、利得（②）しているといえる。

次に、M は 400 万円で HE 間の消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を譲り受けたにもかかわらず、その貸金返還請求権は存在せず、H の所在も不明であり H に対して 400 万円の返還請求をすることもできないことから、M は 400 万円の損失を被っている（③）。

さらに、不当利得制度は、当事者間の公平を図ることを目的とするものであるから、因果関係については、社会観念上利得と損失の間の連結が認められることで足りる。

本件では、H は E に対して消費貸借契約が無効であるにもかかわらず 500 万円を交付しており、他方、H は M から本件消費貸借契約に基づく貸金返還請求権売却の対価として 400 万円を受け取っている。このことからすれば、3 者間の契約全体としてみれば、M の損失と E の利得には社会観念上の連結があるといえ、因果関係が認められる（④）。

以上より、M の E に対する請求が認められる。

第 5 設問 2 (3)

1. L は E に対して、連帯保証債務の履行をしたことにより、求償権を取得した（459 条 1 項）として、求償請求をなすことが考えられる。もっとも、本件では K は E に対して消費貸借契約の目的物たる 500 万円を交付していない。そのため、要物契約たる消費貸借契約は成立しておらず、被担保債権は存在しない。

2. そこで、L のなした弁済は、債権の準占有者への弁済として有効となり、L の請求が認められる。

以上

民法

第1 設問1

1.小問(1)

ア A に対しする請求

(ア) E としては、甲土地所有権に基づく移転登記手続請求をすることが考えられる。

これが認められるには①E の甲土地所有②A が甲土地の名義を有していることが認められる必要がある。

(イ) ①について、E としては自分が平成24年2月10日にCの代理人Aとの間で甲土地を買

う契約を締結しており、またCの親権者たるA(民法824条、以下法名略)は子の財産を代表するため当該売買契約により甲土地の所有権は自分に移転(176条)したと主張する。

(ウ) もっとも、父親Aは自己の借金返済のために当該売買契約を締結しているのでこの取引は利益相反に当たり826条1項に反し無効ではないか。

この点について、利益相反取引にあたるか否かは内心を考慮せず客観的外形的に子と親権者の利益が相反するか判断する。なぜならば取引の安全を守るためである。

本件について、Aは自己の借金返済のために売買契約を締結しているものの、それは動機にすぎず客観的外形的に顕れていない。

客観的外形的にみると、親権者が子の土地を売却する契約であり、利益相反といえる事情はない。

よって利益相反といえないので無効とならない。

(エ) それでは、Aの契約は子の利益を考えたものでないとして代表権濫用にあたり、第三者は93条但し書き類推適用より悪意又は過失ある場合には、無効とならないか。

そもそも、代表権濫用該当性については、利益相反に当たらない場合には、子の福祉を害して親権者が利益を得るがごとき親権を付与した法の趣旨に著しく反するような場合でない限り濫用にあたらないと解する。

その上で、代表権濫用の場合表面的に本人のために行っているように見えるが内心ではそうではない。これは表面的に効果意思を有するが内心ではそうではないという心裡留保に類する。そこで93条但し書きを類推適用すべきである。

本件で利益相反に当たらないことは前述のとおりである。そしてAは自分の借金返済のために、子Cの土地を売却しており、さらにその借金は遊興費であり子のためのものでない。

以上よりAは何らCのためにならない、自己のための借金の返済のために子Cの土地を売却しており、親権を、付与された趣旨に反する。したがって濫用にあたる。

そして93条但し書きを類推適用するが、第三者Eは悪意である。なぜならEは契約締結

時に、Aが土地代金を遊興費の借金返済にあてると知っていたからである。

よって無効である。

(オ)

もっとも、その後代表権を濫用されCは死亡しA、Dが相続している。そうすると、無権代理人が本人を相続した場合と同様に考えられ、自ら濫用した親権者は無効を信義則上主張できないのではないか。

この点について、たしかに自ら代表権濫用した者が後にその濫用を理由に無効主張することは信義則に反し(1条2項)認められないので追認拒絶できないかに思える。もっとも本件のように共同相続の場合追認権は不可分的に帰属しているので、Aが追認してもDが認めない限り、Aの相続分についても当然に有効とはならない。そしてDは6月30日

にEの求めに拒絶しているのでDは追認拒絶すると考えられる。

よって、やはり無効である。

イ Dに対する請求

EはDに対してもAと同様の請求をすると考えられる。もっとも前述のようにAEの契約

は無効である。また、Cを相続したDは追認拒絶しうる。わって認められない。

2.小問(2)

(1) Dとしては、Cの死による相続で(896条、900条2号)乙土地、丙建物のそれぞれ3分の

2の共有持分を相続しているので、その持分に基づいて妨害排除請求として明け渡し、抹消登記請求をすると考えられる。

ア 第一に、持分に基づく妨害排除請求が認められるか問題となる。

この点について共有者は252条但し書きより保存行為を単独で行える。そして妨害排除請求も保存行為にあたる。

よって共有者は単独で妨害排除請求をできると解する。

Dもこれを行える。

イ 第二に、Fとしては94条2項類推適用により、「第三者」にあたる自己に対して売買契約の無効を対抗できないと主張することが考えられる。これは認められるか。

そもそも94条2項は虚偽表示につあての規定であるが、これは本人に帰責される外観の表示につき信頼をよせた第三者を保護するという外観法理に基づく。そこで(a)権利者の帰責性(b)真実に反する外観の存在(c)その外観につき第三者が善意無過失であることの3要件が充足する場合には外観法理が適用される場面なので94条2項が類推適用されると解する。(c)は条文と異なり無過失まで要求しているが、これは権利者の責任を拡大する分第三者の範囲を絞るためである。

第2 設問2

1. 小問(1)

(1) まず、Mは債権を譲り受けたことを根拠に請求するので、債権の発生原因、債権譲渡が認められるか検討する。

ア 問題となる債権は金銭消費貸借による債権(587条)であるので①金銭交付②返還合意③履行期合意が主張立証される必要がある。

本件では①について平成26年4月1日にHがEに500万円交付している。②についてはEH

間でなされている。③については平成27年3月31日に定められている。

以上より①ないし③は充足している。

イ 次に債権譲渡についてはその原因となる契約につき主張立証される必要がある。売買であれば④目的物となる債権⑤代金を合意したことが必要となる。さらに、債権譲渡を債務者に対抗するため(467条1項)⑥通知か承諾を要する。

本件では④について前述のHがEに対して有する貸金債権である。⑤については400万

円と平成26年8月1日にHMで合意した。⑥については承諾するという内容証明郵便をEがH

に返送しているので認められる。

以上より④⑤⑥を充足する。

(2) そうすると、債権譲渡により、譲受人MはEに請求できるかに思える。もっともEは賭博のために借金しているので公序良俗違反で(90条)無効といえそうである。ただEは債権譲渡につき異議をとどめずに承諾をしており468条1項により無効を対抗できないとも思える。いかに解すべきか。

ア この点についてEは異議なき承諾をしているが、(468条1項)異議なき承諾をした場合に抗弁の切断がおこる趣旨は、抗弁を主張されないと信じた譲受人の信頼保護のためである。

しかし公序良俗違反は公の秩序にかかわるので、譲受人の信頼保護を上回る公益がかかわる。よって異議なき承諾があっても債務者は主張できると解する。

イ 本件でもEは公序良俗違反で無効と主張できる。

2. 小問(2)

(1)法定債権として不当利得返還請求を検討する。(703条)

その要件は①受益②損失③因果関係④法律上の原因のないことである。

(2) ①について、Eが500万円交付されたうち、400万円分が受益となる。②について、

M が 400 万円でその貸金債権を買い 400 万円払ったことが損失である。

③について、因果関係は社会通念上の因果関係で足りるところ、H は資産が尽きており無資力より因果関係がみとめられる。

④について

(708 かかず

3. 小問(3)

不当利得に基づいて請求すると考えられる。その要件は前述の①ないし④である。

①について E が K に貸金として 500 万円請求できることが受益となる。②については、L が K に弁済した 584 万円である。

③については E が弁済していれば L は支払う必要はなかったので社会通念上因果関係は認められる。

④について、K は E に交付していないので法律上の原因はない。