

平成 28 年 民法

第 1 設問 1 (1) について

- 1, E は A・D に対して、所有権（民法（以下略）206 条）に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記手続請求をしていると考えられる。甲土地の所有権移転登記手続請求が認められるためには、甲土地を E が所有していること、現在甲土地の登記が C 名義であること、A・D が C を相続したことが必要である。

まず、(甲土地については、B からの相続により C が取得し、C 名義の登記がなされている。次に、)平成 24 年 3 月 15 日に C が死亡した（882 条）ことから、C の父 A（889 条 1 項 1 号）と妻 D（890 条）が相続人として C 名義の甲土地を共同相続している。そして、平成 24 年 2 月 10 日、C の代理人である A との間で甲土地についての売買契約（本件契約とする）を締結したことから、甲土地を E が所有していると主張すると考えられる。

もっとも、A・D はまず、C は甲土地の売買についての代理権を A に授与していないため、本件契約は無権代理（113 条）となると反論することが考えられるが、E は、C は未成年であるため、A は C に対して親権（824 条）としての代理権を有していたため、無権代理にはならないと主張することが考えられる。

- 2, そこで、A・D は、本件契約は「利益が相反する行為」（826 条 1 項）に当たり、無権代理となると主張することが考えられる。

利益相反行為に当たるか否かの判断は、取引安全保護の観点から、当該行為の外形で決すべきと解する。

A による E との本件契約の締結は、**外形的**には第三者への売却にすぎないので、利益相反行為に当たらない。

(したがって、無権代理にはあたらないと思われる。)

- 3 そうであるとしても、)次に、利益相反にあたらないとしても A・D は、本件契約を締結した行為は代理権濫用（107 条）に当たり、無権代理となると主張することもが考えられる。

そもそも、親権者の代理行為は、利益相反行為に当たらない限り、親権者の広範な裁量（824 条）にゆだねられている。

そこで、(それが本人の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に法定代理権を授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存しない限り、)親権者の代理行為が「代理人が自己又は第三者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）に当たるのは**本人の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に法定代理権を授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存在する場合と解する。**(~~ない~~と解する。)

本件契約の締結は、子である C の利益を無視して、親である A が遊興を原因とする自らの借金の返済に充てる目的でなされている。これは、子の利益と無関係であるの

コメントの追加 [奨士1]: ナンバーの振り方について、わかりやすく直しておきます。論点ごとにナンバリングするのがいいと思います。

コメントの追加 [奨士2]: 物権の請求も可能ですが、債券の請求も検討できると思います。その際に、要件事実上どこが異なるかを意識してみてください。

コメントの追加 [奨士3]: 頭書きで要件を欠く場合には法律要件を欠くことになるかと思いますが、そうすると、自己が現在所有していること、他人名義の登記があることが要件になるかと思いますが。相続については、個別具体的な事情の一つになるかと思いますが。

コメントの追加 [奨士4]: 厳密にいうと現在(口頭弁論終結時)所有していることになります。もっとも、再チャレでも抗議を行ったとおり、所有については法的概念ですので、過去のある時点で所有していたという事実を主張立証し、過去の実事からの権利継続性の原則から現在の所有を基礎付けることとなります。

コメントの追加 [奨士5]: 時系列に沿った記載が良いかと思いますが。本件契約があり、その後 C が死亡し相続が発生した。

コメントの追加 [奨士6]: 記載の必要はないですが、反論については、その意味を考えてみてください。抗弁なのか単なる否認に過ぎないのか。

コメントの追加 [奨士7]: 全体的に見て、主張立証責任が混在していて、わかりずらくなっています。そもそも、E 側が代理権などの主張をする必要がありそれで足りるかと思いますが。そうすると、もう少しコンパクトに利益相反の論点に行けるとと思います。修習生でも無権代理の抗弁という間違うことがあるので再度整理してみてください。

コメントの追加 [奨士8]: 講義で言いましたが、外形的というのは、どういうことなのかイメージできるようにしておいてください。

で、上記特段の事情が認められ、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合」に当たる。

さらに、E は A が多額の借金をしており、土地の代金を借金に充当するつもり目的であることを知っていた。

したがって、本件契約を締結した行為は代理権濫用（107 条）に当たり、無権代理となることから、A の行った本件契約の効果は E に効果帰属しないと思われる。

4. もっとも、E は、無権代理人である A が本人 C を相続しているので、本件契約を追認しなければならないと主張することが考えられる。

原則本人の追認がなければ無権代理行為の法律効果は本人に帰属せず、追認の有無は遠人の自由意思にゆだねられる。しかし、無権代理人が本人を相続した場合の追認拒絶は、先行する無権代理行為と相容れず、禁反言の原則に反するといえ、信義則（1 条 2 項）に反し、許されないと解する。

ただしもっとも、共同相続の場合、本人の追認権は性質上相続人全員に不可分の帰属し、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、当然に本人に効果帰属することにはならないと解する。

本件は、A・D は共同相続なので、D による追認がない限り、A の相続分について E に効果帰属することにはならない。

よって、本件契約は E に効果帰属しないことから、甲土地は E 所有とはいえず、E の請求は認められない。

コメントの追加 [奨士9]: この目的については

コメントの追加 [奨士10]: この論点の理解を正確にしてください。

1. 無権代理人の単独相続の場合には、信義則上追認不可。
2. 共同相続の場合、当然に有効にはならないが、他の相続人全員が追認する場合には、追認拒絶することは許されない

コメントの追加 [奨士11]: あてはめをしてください。

第2 設問 1 (2)

1. D は F に対して、乙土地の共有持分権に基づき、妨害排除請求としての建物取去土地明渡請求をしていると考えられる。これが認められるためには、D に乙土地の共有持分権があること、F が乙土地を占有していることが必要である。

2. C の死亡（882 条）により、C の父 A（889 条 1 項 1 号）と妻 D（890 条）が相続人として乙土地を共同相続しており、D は乙土地の 3 分の 2（900 条 2 号）の共有持分権を取得している。

そして、F は乙土地上の丙建物に居住することにより、乙土地を占有している。

なお、妨害排除請求は保存行為であるので、D 単独で行うことが可能である（252 条 5 項）。

したがって、D の請求は認められそうである。

3. もっとも、F は、E 名義の登記を信頼して乙を買受けたことから、94 条 2 項類推適用により保護されて乙土地の所有権を取得すると主張することが考えられる。

94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外観作出につき、真の権利者に帰責性のある場合に、かかる外観を信頼した第三者を保護するという、権利外観法理に求められる。

そうだとすれば、①(虚偽の意思表示はなくとも)虚偽の外観が存在し、②(通謀はなくとも)虚偽の外観作出について本人に帰責性が認められ、③虚偽の外観に対する第三者

コメントの追加 [奨士12]: この前の授業の復習ですが、所有権喪失の抗弁についてはどうでしょうか

の正当な信頼が認められる場合には、同項を類推適用し、かかる第三者は保護されると解する。

本件において、E 名義の登記という虚偽の外観が存在し（①充足）、それに対する F の正当な信頼が認められる（③充足）。もっとも、D は、A に対して C の遺産について尋ねたものの、無視され、その後も電話や郵便物についても無視されており、E 名義の登記について知る由はなく、虚偽の外観作出について D に帰責性は認められない（②不充足）。

したがって、F は 94 条 2 項類推適用により保護されない。
よって、D の請求は認められる。

第 3 設問 2 (1)

1. M は、EH 間の消費貸借契約に基づく貸金返還請求権として E に対して 500 万円とその利息・遅延損害金を請求していると考えられる。

平成 26 年 4 月 1 日、E は、H から、返済期日を平成 27 年 3 月 31 日、利息を年 15%、遅延損害金を年 21.9% として、500 万円を借り受けている。そして、平成 26 年 8 月 1 日、H は、上記消費貸借契約に関する債権を、既発生の利息債権も含めて、400 万円 で M に売却し、同月 5 日に E に対して譲渡の通知を行っており、債務者 E に対する対抗要件を備えている（467 条 1 項）。

したがって、M の請求は認められるとも思われる。

2. もっとも、E は本件消費貸借契約は、賭博を目的とするものであるため、公序良俗（90 条）に違反し、無効であると主張することが考えられる。

公序良俗の保護の要請が働く一方で、取引安全の要請を無視することもできない、動機の公序良俗違反により法律行為が無効になるかどうかは、相手方がその目的につき悪意であるときに限り無効であると解する。

本問では、E は H に 500 万円を賭博に使うつもりであることを打ち明けて借受けているため、E は賭博目的であることに悪意であったため、本件消費貸借契約は 90 条に違反し、無効である。

3. そして、本件消費貸借契約が無効であることは、「対抗要件具備時までに譲渡人に対して生じた事由」であるので、譲受人 M に対しても対抗できる（468 条 1 項）。

よって、E の反論は認められ、M の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）として、500 万円とその利息・遅延損害金を請求していると考えられる。

上記の通り、E は H から借りた 500 万円とその利息・遅延損害金を支払わずに済んでいるので、500 万円とその利息・遅延損害金の「利得」がある。M は消費貸借契約に関する債権を買い受けたにもかかわらず、この債権が無効であり、500 万円とその利息・

コメントの追加 [奨士13]: この辺の記述は、(1)の記載が長くなった文少ないのかと思いますが、もう少し事実を拾って評価してください。
要件の濃淡ですが、権利外観法理という以上外観作出に対する帰責性が一番重要ですので量の比率としてはいいと思います。

コメントの追加 [奨士14]: 背景として、公序良俗の保護の要請と取引安全の利益衡量がなされているということを示した方がよいと思います。

コメントの追加 [奨士15]: それとであくまで M が E に対して、行使できる法律構成を複数考えてください。
直接の不当利得構成で行くなら、さらに、不法原因給付の所を再確認してみてください。

遅延損害金を E から返還されなくなっているのに、500 万円とその利息・遅延損害金の「損失」がある。E は M が H からこの債権を買い受けたことにより、H からの請求を免れたといえ、上記利得と損失には因果関係が認められる。本件消費貸借契約は無効であることから、上記 E の利得には「法律上の原因」がない。

よって、M の上記請求は認められる。

コメントの追加 [奨士16]: ここについては、問(1)との関係を意識して書くといいでしょう。

第 5 設問 2 (3)

1. L は E に対して、保証債務の履行により発生した求償権（459 条 1 項）の行使として 584 万円の支払請求をしていると考えられる。

上記請求が認められるためには、①主たる債務の存在、②書面による保証契約の締結（446 条）、③保証債務の履行が必要である。

平成 26 年 4 月 15 日、LK 間で連帯保証契約が締結され（②充足）、平成 27 年 6 月 29 日に 584 万円を連帯保証債務の履行として支払っている（③充足）。もっとも、K は E に対し、500 万円を交付していないことから、主たる債務が存在するとはいえない（①不充足）。

したがって、求償権の行使は認められないと思われる。

2. もっとも、L は K から請求されて保証債務を履行しており、主債務について E に確認したにもかかわらず、E は誤って支払っていない旨を述べていることから、L に求償権が認められないのは不合理である。そこで、主債務が存在しないとしても、L の求償権が認められないか。

459 条 1 項の趣旨は、保証人と主債務者の公平な分担にある。そこで、主債務が存在しないにもかかわらず、保証人が保証債務を履行した場合において、主債務者に過失が認められるならば、求償権が認められると解する。

本件では、L が主債務について E に照会したところ、E は、間違えて、「事業はうまくいっておらず、K に対する債務は利息を含め 1 円も支払っていない。」と説明したことから、E に過失が認められる。したがって、L に求償権が認められる。

3. よって、L の請求は認められる。

コメントの追加 [奨士17]: 問(3)については、受験生の中では、よくできていると思います。寮も問題ないと思いますので

講評

今の司法試験において主張反論形式がどの程度求められているかには寄りますが、全体的に丁寧に検討されている点や、論証、その形式がしっかりしている点、問 2(3)など受験生が書ききらないところにかけている点は好印象です。一方、答案の配分や表現の迂遠さやあいまいさについては、今後の改善点かと思います。アウトプットを繰り返す一方で民法は実体法の理解が重要な科目ですので、論点の背景にある問題意識をしっかりとつかみながら勉強されると、現場思考の問題にも対応できるようになると思います。この調子でがんばってください