

平成28年

1 [民事系科目]

2

3 [第1問] (配点: 100 [[設問1] 及び [設問2] の配点は, 4:6))

4 次の文章を読んで, 後記の [設問1] 及び [設問2] に答えなさい。

5

6 I

7 【事実】

- 8 1. 不動産賃貸業を営むAは, その亡妻Bとの間に長男Cをもうけていた。Cは, 平成23年3
9 月に高校を卒業した後, 他県の自動車販売店に整備士として雇用されたことから, Aの家を出
10 て自分でアパートを借り, 恋人のDと同棲を始めた。平成24年2月の時点で, Cは満18歳,
11 Dは満20歳であった。
- 12 2. Cは, Bの所有していた甲土地及び乙土地をBからの相続により取得していた。甲土地及び
13 乙土地は, 更地で, Cの登記名義とされていたが, Cの親権者であるAが公租公課の支払を含
14 め両土地の管理を行っていた。
- 15 3. 平成24年2月1日, Aは, 自らの遊興を原因とする1000万円を超える借金の返済に窮
16 していたことから, C所有の甲土地及び乙土地を自らが管理していることを奇貨として, 甲土
17 地及び乙土地をCの承諾を得ずに売却し, その代金を自己の借金の返済に充てようと考えた。
- 18 4. 平成24年2月10日, Aは, Cの代理人として, 個人で飲食店を営む知人Eとの間で, 甲
19 土地を450万円, 乙土地を600万円で売却する契約を締結した。ところが, Eはその時点
20 で600万円しか現金を有していなかったことから, AとEは, 甲土地についてはEが450
21 万円の現金を調達できた時点でCからEへの所有権移転登記手続をすることとし, さしあたり,
22 乙土地についてのみCからEへの所有権移転登記手続をすることで合意した。
- 23 5. 平成24年2月15日, Eは, Aに対し乙土地の代金として600万円を支払い, CからE
24 への乙土地の所有権移転登記がされた。Aは, Eから受領した代金600万円を自らの借金の
25 返済に充当した。これらの事実について, AはCに何も知らせなかった。
- 26 6. Eは, 【事実】4の売買契約を締結した時点で, Aが遊興を原因として多額の借金を抱えてお
27 り, Aが乙土地の代金600万円をAの借金に充当するつもりであることを知っていた。
- 28 7. 平成24年3月1日, CはAの同意を得てDと婚姻し, 新婚旅行に出発したが, 同月5日,
29 Cは, 新婚旅行先で海水浴中の事故により死亡した。Cの相続人はA及びDの2人である。
- 30 8. 平成24年3月15日, Eは, 450万円の現金を調達できたことから, Aにその旨連絡し,
31 代金の支払と引換えに甲土地の所有権移転登記手続をするよう求めた。ところが, Aは, 甲土
32 地の地価が急騰したことから, 甲土地を売却するのが惜しくなり, Eの請求に応じなかった。
- 33 9. 平成24年3月20日, Eは, 乙土地の地価も急騰したことから, 乙土地を売却しようと考
34 え, 乙土地の売却の媒介を仲介業者に依頼した。その頃, Fは, 自宅建物を建設するための敷
35 地を探していたが, 購読している新聞の折り込みチラシに乙土地が紹介されていたことから,
36 仲介業者に問い合わせた。その後, 現地を見たFは, 乙土地を気に入り, Eと面識はなかった
37 もの, Eから乙土地を購入することを決めた。
- 38 10. 平成24年3月30日, Eは, Fとの間で, 乙土地の売買契約を締結し, FはEに乙土地の
39 代金として750万円を支払い, EからFへの乙土地の所有権移転登記がされた。
- 40 11. その後, Fは, 乙土地上に丙建物を建築し, 平成24年10月10日から丙建物での居住を
41 開始した。
- 42 12. 平成25年3月5日, Dは, Cの一周忌の法要の席上において, Aに対し, Cの遺産につい
43 て尋ねたが, AはDの質問を無視した。その後も, AはDからの電話の着信や郵便物の受領を
44 全て無視している。
- 45 13. 平成25年4月15日, Dは, Cの遺産に関する自らの疑問を解消したいと考え, 弁護士に

46 調査を依頼した。

47 14. 平成25年5月25日、Dは、【事実】13の調査を依頼した弁護士の報告により、【事実】2
48 から11までを知った。

49 15. 平成25年6月30日、Eは、弁護士を通じて、A及びDに対し、代金を支払うので甲土地
50 の所有権移転登記手続をするよう求めたが、拒絶された。そこで、Eは、甲土地の売買代金全
51 額を供託した。

52

53 【設問1】 【事実】1から15までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

54 (1) Eは、A及びDに対し、甲土地の所有権移転登記手続の請求をすることができるか。Eの請求
55 の根拠を説明し、その請求の可否を論じなさい。

56 (2) Dは、Fに対し、乙土地及び丙建物に関しどのような請求をすることができるか。Dの請求の
57 根拠及び内容を説明し、その請求の可否を論じなさい。なお、DのFに対する金銭請求について
58 は、検討を要しない。

59

60 II 【事実】1から15までに加え、以下の【事実】16から27までの経緯があった。

61 【事実】

62 16. Eは、その飲食業に関し借金を負っていたところ、平成26年に入ってから、事業の借金の
63 返済に充てる資金をGの主宰する賭博で得ようと考え、懇意にしている仕入先のHに頼み込ん
64 で、賭博に使うつもりであることを打ち明けて、500万円を借り受けることにした。

65 17. Eは、さらに、同様の目的を有しつつも、賭博に使うつもりであることを打ち明けずに、知
66 人Kから500万円を借り受けようと考えた。

67 18. 平成26年3月1日、Eは、叔父Lに、「事業の建て直しに必要な資金の融資をHとKから受
68 けるに当たって保証人が必要だが、叔父さん以外に頼れる人がいない。」と述べて、HとKに対
69 する貸金債務の連帯保証人になってもらうことの同意を得た。Lは、Eの事業がうまくいって
70 いないことを知っていたが、Eが借りた金を賭博に使うつもりであることは知らなかった。

71 19. 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%、
72 遅延損害金を年21.9%として、500万円を借り受け、LがEの債務を連帯保証する旨の
73 契約書がE、H及びLの3人の間で作成され、同日、HからEに500万円が交付された。

74 20. 平成26年4月15日、Eは、Kから、返済期日を平成27年5月30日、利息を年15%、
75 遅延損害金を年21.9%として、500万円を借り受け、LがEの債務を連帯保証する旨の
76 契約書がE、K及びLの3人の間で作成された。当該契約書では、500万円は、平成26年
77 5月31日に、KからEに交付されることになっていた。

78 21. しかし、Kは、Eによる借金の使途に疑問を抱き、平成26年5月31日の経過後も、50
79 0万円をEに交付しなかった。また、そのことは、Lには知らされなかった。

80 22. 平成26年8月1日、急に資金繰りが悪化したHは、平成26年4月1日付消費貸借契約に
81 関する債権を、既発生利息債権も含めて、400万円でMに売却した。その際、HはMに対
82 して、「この債権はEの事業のための融資金債権であり、Eの事業の経営はやや苦しいが、Lは
83 弁済に足る資産を有している。」と説明し、Mもその説明を信じた。

84 23. 平成26年8月5日、EはHから、「あなたに対する債権をMに譲渡しました。承諾書を同封
85 したのでそれに署名押印して返送してください。」と書かれた手紙を受け取ったので、EはHの
86 指示に従い、「私は、平成26年4月1日付消費貸借契約に基づくHの私に対する債権を、平成
87 26年8月1日付譲渡契約によってHがMに対して譲渡したことを承諾します。」とだけ記載
88 された書面に署名押印し、内容証明郵便でそれをHに返送した。その書面は、同月7日にHに
89 配達された後、同月10日、HからMに交付され、MからHに代金400万円が支払われた。
90 Lは、この債権譲渡について、E及びHから何も知らされていなかった。

91 24. 平成26年10月頃、Hは、更に資金繰りが悪化し資産も尽きたので、多額の債務を抱えた
92 まま夜逃げをした。それ以降、Hの所在は不明である。

93 25. 平成27年6月1日、Kは、Lに対し、Eに500万円を交付していなかったが、平成26
94 年4月15日付契約書があることを奇貨として、Lに連帯保証債務の履行を請求した。Lが直
95 ちに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
96 息を含め1円も支払っていない。」と説明した。LはEに対し、「仕方がないので連帯保証債務
97 を履行する。」と述べた。

98 26. 平成27年6月29日、Lは、Kに対し、連帯保証債務の履行として、合計584万円を支
99 払った。584万円の内訳は、元本が500万円、利息が75万円、遅延損害金が9万円であ
100 る(利息75万円=元本500万円×利率年15%×1年、遅延損害金9万円=元本500万
101 円×利率年21.9%×30日/365日)。

102 27. 平成27年7月末になったが、Eは、Hに対しても、Mに対しても、利息を含め1円も支払
103 っていない。

104

105 **〔設問2〕** 【事実】1から27までを前提として、以下の(1)から(3)までに答えなさい。

106 (1) Mは、Eに対して、契約上の債権に基づき、500万円とそれに対する利息や遅延損害金の支
107 払を請求することができるか。Mの請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。

108 (2) Mは、Eに対して、法定債権に基づき、500万円とそれに対する利息や遅延損害金の支払を
109 請求することができるか。Mの請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。

110 (3) Lは、Eに対して584万円の支払を請求することができるか。Lの請求の根拠を説明し、そ
111 の請求の当否を論じなさい。なお、不法行為に基づく請求については、検討を要しない。

[解説]

第1. 設問1 (1)

小問(1)では、Eは、A及びDに対して、甲土地の所有権移転登記手続を請求しており、その根拠は売買契約に基づく債権的請求又は所有権に基づく物権的請求であることを指摘した上で、その請求の当否について検討することが求められる(出題の趣旨)。

1. 請求の根拠

請求…の根拠は売買契約に基づく債権的請求又は所有権に基づく物権的請求である…。いずれの請求の場合にも、AがCの代理人としてEとの間で甲土地の売買契約(以下「本件売買契約」という。)を締結したこと、A及びDがCを共同で相続した結果、Cの所有権移転登記手続義務を包括承継したこと(なお、最判昭和36年12月15日民集15巻11号2865頁は、売主の共同相続人の登記義務は民法第430条の不可分債務である旨判示している。)により、Eは、A及びDに対し甲土地の所有権移転登記手続を請求することが可能となる(出題の趣旨)。

(1) 売買契約に基づく所有権移転登記請求権

Cの単独親権者Aは、Cの法定代理人として(818条1項・3項、824条本文、99条1項)、Eとの間で甲土地の売買契約(555条)を締結した。これにより、CのEに対する売買契約に基づく所有権移転登記手続義務が発生する。

そして、父A・配偶者Dは、死亡したCを共同相続(882条、890条前段、889条1項1号、896条本文)することにより、Cの上記所有権移転登記手続義務を包括承継することになる。

(2) 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

被告たる登記義務者は、通常は当該登記の名義人である。したがって、通常は、「原告所有」「被告名義の登記」が請求原因となる。

しかし、本問では、もともとの登記義務者Cが死亡しており、登記名義はCのままであるから、現時点での登記名義人と登記義務者とが一致しない。

したがって、請求原因として「C名義の登記」を主張しただけでは、被告A・Dが登記義務者であることが基礎付けられない。

よって、「原告所有」「C名義の登記」に加え、「A及びDがCを共同で相続した結果、Cの所有権移転登記手続義務を包括承継したこと」まで必要となるのである。

なお、本問は、EからCに対し登記名義が移転したという事案ではないから、C名義の登記を抹消してもE名義の登記は実現されない。したがって、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抹消登記請求権を訴訟物とするべきではない(設問1(1)でも、請求が「所有権移転登記手続」に限定されている。)

要マ I 429 頁

平成 28 年司法試験・出題趣旨

2. 親権者と子の利益相反行為

・まず、これに対するA及びDの反論として考えられるのは、本件売買契約

が民法第826条の利益相反行為に該当するという主張である。もっとも、利益相反行為に該当するか否かの判断基準に関して判例（最判昭和42年4月18日民集21巻3号671頁）の外形説を採用する場合には、本件売買契約は利益相反行為に該当しないことに…る（出題の趣旨）。

- ・外形説に立つことを明言しながらAの主観や金銭の用途を理由に利益相反行為該当性を肯定する答案が少なからず存在したが、それは学説の内容の理解が表層的で不十分であることに起因するものと言わざるを得ない（採点実感）。
- ・民法第826条の利益相反行為について外形説に依拠して検討することが必須ではなく、判例と異なる実質説を採って利益相反行為に該当するとした場合でも、適切な理由付けの下に説得力のある検討が行われていれば、それに相応した評価が与えられる（出題の趣旨）。

（1）親権者の法定代理権

未成年の子の父母は、子の親権者（818条1項）として、子の財産を管理（財産管理権）するとともに、子の財産に関する法律行為について子を代表（法定代理権）する（824条本文）。

親権者は子の財産に関する法律行為について代理権を有する（824条本文）が、「親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為」については、親権者の法定代理権が制限され、特別代理人を選任しなければならず（826条1項・2項）、親権者が代理した場合には、無権代理行為となり、子が成年に達した後に追認するの でなければ、その効果は子に帰属しない（113条1項）。

（2）利益相反の判断基準

確かに、未成年者の利益保護という826条の趣旨からすれば、「利益…相反」の有無については、行為の動機・目的・結果・その他の背景事情を実質的に考慮して判断するべきとも思える（実質説）。

しかし、これでは、未成年者を代理する親権者の動機等を当然に知り得る立場にない相手方の取引安全が害される。

また、未成年者の利益保護については、親権者の代理権濫用に107条を適用することで図り得る。

そこで、「利益…相反」の有無は、行為の外形から客観的に判断するべきであると解する（外形説）。

最判 S35.2.25・百Ⅲ48

3. 親権者の法定代理権の濫用

まず、これに対するA及びDの反論として考えられるのは、本件売買契約が民法第826条の利益相反行為に該当するという主張である。もっとも、利益相反行為に該当するか否かの判断基準に関して判例（最判昭和42年4月18日民集21巻3号671頁）の外形説を採用する場合には、本件売買契約は利益相反行為に該当しないことになり、それを踏まえた上で、親権者の代理権濫用について論ずることが求められる（出題の趣旨）。

（1）親権者の代理権濫用が認められる場合

この場合、AがC所有の甲土地を売却した行為が判例（最判平成4年1

2月10日民集46巻9号2727頁)のいう「子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、親権者に子を代理する権限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」があるとして代理権濫用に該当するか否かについて、本問に示された事実関係に即して適切な当てはめをすることが求められる(出題の趣旨)。

判例は、「親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、それをするか否かは子のために新権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているものとみるべきである。そして、親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為は、利益相反行為に当たらないものであるから、それが子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、親権者に子を代理する権限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、親権者による代理権の濫用に当たると解することはできないものというべきである。」と述べた上で、「したがって、親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為について、それが子自身に経済的利益をもたらすものでないことから直ちに第三者の利益のみを図るものとして親権者による代理権の濫用にあたりと解するのは相当ではない。」としている。

最判 H14.12.10・百Ⅲ49

(2) 代理権濫用の効果

親権者の法定代理権の濫用の効果については、改正前民法下の判例では93条類推適用により処理されていたが、改正民法下では、同法107条の直接適用により処理される。

最判 H4.12.10・百Ⅲ49

したがって、親権者の法定代理権の濫用は、「相手方がその目的を知り、又は知ることができたとき」は、無権代理とみなされる。

4. 無権代理人による本人の共同相続

CをA及びDが共同相続したことにより、上記で論じた法律関係がどのような影響を受けるのか、いわゆる「無権代理と相続」の論点における無権代理人共同相続型の判例(最判平成5年1月21日民集47巻1号265頁)との関係が問題となる(出題の趣旨)。

(1) 無権代理行為全体の追完

無権代理人が本人を他の相続人とともに共同相続した場合には、他の共同相続人の追認拒絶権の行使の機会を確保する必要がある。

そこで、無権代理行為全体が相続とともに当然に有効となるものではないと解する。

最判 H5.1.21・百I36

(2) 無権代理人の相続分に相当する部分での追完

無権代理行為全体の追完が生じないとしても、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当然有効とならないか。

ア. 追認不可分説

無権代理行為を追認する権利(113条)は、共同相続人の準共有(898条、264条)に属する。

最判 H5.1.21・百I36

この追認は、不確定無効を有効化するという処分的効果を生じさせるものであるから、共同相続人全員の同意が必要である（264条・251条）。

そうすると、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ものであり、共同相続人全員が共同してこれを行行使しない限り、無権代理行為が有効となるものではない。

そこで、他の共同相続人全員が無権代理行為を追認している場合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と解する。

そして、この理は、無権代理行為が金銭債務の連帯保証契約についてなされた場合においても同様である。

イ. 追認可分説

佐久間 I 307～308 頁

相続人の追認権については、相続分に応じて可分に帰属するという考え方もあり、判例の立場で論ずることは必須ではなく、適切な理由付けの下に厚みのある検討が行われ、整合的な結論が示されていれば、それに相応した評価が与えられる（出題の趣旨）。

追認不可分説は、共同相続人が契約の本人への効果帰属を決め得る地位を承継し、その決定のための手段が追認権・追認拒絶権であると捉えている。

これに対し、追認可分説は、共同相続人は無権代理行為の効果を引き受けるかどうかを決める地位を実質的に承継し、それを決定するのが追認権・追認拒絶権であると理解する。

そのため、各相続人が相続分に応じて効果を引き受けるかどうかを判断すればよいことになり、その判断を全員で行う必要があるかどうかは効果帰属の対象になっている債務の性質（ex.金銭債務、所有権移転義務）によって異なる。

（3）「無権代理と相続」に関する判例理論の射程

改正前民法下では、代理権濫用の効果について、無権代理説・信義則説・93条但書類推適用説が対立していたため、信義則説・93条但書類推適用説を採用する場合、「無権代理と相続」に関する判例理論が代理権濫用の場合にも妥当するかが問題となる。

しかし、改正民法下では、代理権濫用の効果について「相手方がその目的を知り、又は知ることができたとき」は無権代理とみなされると規定されている（107条）ため、代理権濫用の場合にも「相続と無権代理」に関する判例理論を直接適用することができる。

第2. 設問1 (2)

小問(2)では、DのFに対する乙土地の所有権移転登記抹消登記手続等の請求について、民法第252条ただし書の保存行為、あるいは共有持分権に基づく物権的請求権が根拠となることを指摘した上で、無権利者Eと取引をした第三者Fの保護について論ずることが求められる。第三者Fの保護の点に関しては複数の考え方があり得る(出題の趣旨)。

1. 請求の根拠及び内容

- ・小問(2)では、DのFに対する乙土地の所有権移転登記抹消登記手続等の請求について、民法第252条ただし書の保存行為、あるいは共有持分権に基づく物権的請求権が根拠となる…(出題の趣旨)。
- ・DからFに対する所有権移転登記抹消請求について検討する答案…は少数であった(採点実感)。

(1) 乙土地の登記

ア. 所有権移転登記抹消登記請求権

判例は、不動産の共有者の1人は持分権に基づいて共有不動産の不実登記の抹消請求をすることができる(=通常共同訴訟)と解している。

この判例は、保存行為については明示的に言及していないが、持分権に基づく保存行為(252条但書)にその根拠を求める説明が一般的である。

抹消登記請求が保存行為である理由については、「抹消登記は第三者の登記が抹消されるのであり一人でも共有者側は全員の利益となる。ここから、保存行為だとする発想となるのであろう。しかし、抹消登記手続請求で敗訴すれば、それは保存行為ということとはできない。ここには、保存行為概念の拡張がある。」と説明されている。

イ. 所有権移転登記請求権

F名義の登記を抹消しても登記がE名義に戻るだけであるから、DはさらにCに対する所有権移転登記抹消登記手続請求をしなければならない(その後、C名義に戻った登記を前提として、相続を理由とする持分の登記をすることになる)。これは迂遠であるから、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記請求をすることが考えられる。

もっとも、共有不動産に関する所有権移転登記手続請求は、共有権に基づくものであるから固有の必要共同訴訟に当たると解されている。これについては、例えば、第三者名義になっている遺産について被相続人名義への所有権移転登記手続請求をする場合のように、保存行為としての所有権移転登記手続請求に当たる場合には、通常共同訴訟であると解する見解もある。

(2) 乙土地の明渡し

乙土地上にF所有の丙建物が建築されていることから、乙土地の共有持分権(898条、249条以下)に基づく保存行為(252条但書)を根拠として、共有持分権に基づく返還請求権として丙建物収去乙土地明渡しを請求することになる。

最判 H15.7.11

民訴百選 [4 版] 99 解説、要マ I

340 頁

重点講義 [下] 341 頁

2016 法セミ 42 頁

最判 S46.10.7

要マ I 339 頁

2. 第三者 F の保護

- ・無権利者 E と取引をした第三者 F の保護について論ずることが求められる。第三者 F の保護の点に関しては複数の考え方があり得る（出題の趣旨）。
- ・第三者 F の保護の在り方については複数の考え方があり得るが、理由を明示した上で一定の立場を採り、それを本問に当てはめて整合的な結論を導いているものについては、その法的構成力・推論力に照らし、相応の評価が与えられる（出題の趣旨）。

(1) 不実登記の放置を理由とする 94 条 2 項類推適用

まず、乙土地は A と D の共有物であるのに E 名義の登記がされていたことを理由に、民法第 94 条第 2 項を類推適用して F を保護する考え方である（出題の趣旨）。

ア. 不動産登記の公信力の有無

公信の原則とは、真の権利状態と異なる公示が存在する場合に、公示を信頼して取引した者に対して、公示通りの権利状態があったと同様の保護を与えることをいう。

しかし、不動産物権変動には公信の原則が認められていない。

そこで、不実の登記を信頼した者を保護するための法理として、94 条 2 項類推適用があるのである。

イ. 94 条 2 項類推適用

(ア) 94 条 2 項類推適用による権利取得

確かに、通謀・虚偽表示がないため 94 条 2 項を直接適用できないし、不動産登記には公信力が無い。

しかし、同条項の趣旨は、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、①不実の登記の存在、②権利者の帰責性、③第三者の正当な信頼がある場合には、同条項の類推適用により、不実登記に対応する権利取得が認められると解する。

(イ) 権利者の帰責性

94 条 2 項の類推適用が問題となる場面では、権利者と第三者の保護必要性の利益衡量が問題となる所、外観作出に対する意思的関与は帰責性の徴表の典型にすぎない。

そこで、②帰責性には、不実登記に対する意思的承認のみならず、これと同視し得るほどに重い程度の帰責性（＝「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できるほどの重い」帰責性）も含まれると解する。

(ウ) 第三者の正当な信頼

ここでいう信頼とは、登記が真実であると信じたことを意味する。

⑦真の権利者が、第三者が信頼した不実登記そのものについて意思的承認を与えていた場合、真の権利者の帰責性が大きいから、正当な信頼としては、善意で足りると解する。

最判 H18.2.23・百 I 22

最判 S45.9.22・百 I [7 版]21

④真の権利者が、第三者が信託した不実の第2登記の基礎となった不実の第1登記について意思的承認を与えていた場合、権利者の帰責性が小さいから、第三者の正当な信頼としては、110条の法意にかんがみ、善意・無過失まで必要であると解する。

最判 S43.10.17

⑤不実登記の作出について意思的承認と同視し得るほど重い帰責性があるという場合には、意思的承認そのものに比べれば権利者の帰責性が小さいことにかんがみ、94条2項のみならず、110条も類推適用し、第三者の正当な信頼としては、善意・無過失まで必要であると解する。

最判 H18.2.23・百122

ウ. 当てはめ

(ア) Cやその地位を包括承継したA・Dの帰責性

Cやその地位を包括承継したA及びDが虚偽の外観を作出し、あるいはあえて虚偽の外観を放置したと評価される場合に、Fは乙土地の所有権を取得する可能性がある。本問に示された事実関係からすれば、CやD自身の行為に着目してその帰責性を認めることには困難が伴うが、Cの帰責性を評価する際には、AがCの親権者であるという事情も関係し得る。一般的には、Aは法定代理人であり、Cの意思に基づいてAに代理権が授与されたわけではないから、この事情はCの帰責性を否定する方向に働く。しかし、Cの親権者であるAの包括的な代理権によって私的自治が補充されCが継続的に利益を受けているとして、代理権濫用の危険はCが負担すべきであるとする考え方もあり得る（出題の趣旨）。

出題の趣旨では、②真の権利者の帰責性として、A及びDの帰責性だけでなく、EF間の売買契約締結時には既に死亡していたCの帰責性も検討することが求められている。

仮にFがC死亡前にE名義の不動産登記を信託して取引関係に入っていた場合、Cに帰責性があれば、②真の権利者の帰責性が認められ、ひいては94条2項類推適用により権利取得が認められる余地がある。これに対し、FがC死亡後にE名義の不動産登記を信託して取引関係に入ったときには、Cに帰責性があっても②真の権利者の帰責性が認められないとして、94条2項類推適用による権利取得が否定されるのであれば、均衡を失する。そこで、後者の場合であっても、Cに帰責性があれば、「C…の地位を包括承継したA及びD」がCの帰責性も承継するとして、Fが取引関係に入った時点における真の権利者であるA及びDの帰責性が認められると考えるべきである。

出題の趣旨は、このような考えに基づくものであると思われる。

(イ) Aの帰責性のみを理由として乙土地全体の所有権取得を認める答案

民法第94条第2項類推適用の構成を採りつつ、本人の帰責性を検討せずに単に登記等を信託したFを保護すべき必要性がある、あるいは、乙土地はADの共有とした上でCやDの帰責事由を検討することなくAに帰責事由があるなどとして、乙土地全体についてFの所有権取得を認める答案も見られた（採点実感）。

(2) 二重譲渡と同視して177条の適用を問題とする答案

乙土地はC→E→Fと売買されているにもかかわらず、E→Cという復歸的物権変動を觀念し、Eを起点とするE→C、E→Fという二重譲渡と同視し、民法第177条の適用を問題とする答案がかなりの数見られた。しかし、判例にあっても、復歸的物権変動が觀念されるのは取消しや解除の場合のみであるから、このような答案は民法の基礎的な理解に問題があるものと言わざるを得ない(採点実感)。

第3. 設問2 (1)

設問2は、賭博目的の消費貸借契約に基づく貸金債権が譲渡された事例…を素材として、貸金債権の関係者をめぐる諸々の法律関係を、民法第90条…等の正確な理解に基づき分析した上で、事案に即した妥当な解決を導くことができるか否かを問うものである（出題の趣旨）。

1. 請求の根拠及び内容

小問(1)に関して検討を要する事項は以上のとおりであるが、まず、Mの請求の根拠がHのEに対する貸金債権をMがHから譲り受けたことにあり、Mの請求の内容が元本500万円とそれに対する利息及び遅延損害金の支払となることは、大多数の答案が説明していた（採点実感）。

2. 公序良俗違反

まず、賭博目的の消費貸借契約による債権の成否についての的確に検討することができるかどうかを試されている。賭博目的の消費貸借契約は、それ自体が不法なものではなく、不法な動機が一方当事者であるEの心裡にあるにすぎないが、Hは賭博目的を知っているので、EH間の消費貸借契約は公序良俗に違反し無効となり（民法第90条）、その結果、HのEに対する消費貸借契約上の債権は発生しないことになる（出題の趣旨）。

(1) 主張の構造

Mからの請求に対し、Eは、「対抗要件具備時までに譲渡人に生じた事由」を理由とする抗弁（468条1項）として、譲受債権（金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権と利息請求権）の発生障害事由として、譲受債権の発生原因である金銭消費貸借契約（587条）が公序良俗違反（90条）により無効であると主張することが考えられる。

遅延損害金請求（415条1項）との関係では、金銭消費貸借契約の公序良俗違反による無効は、履行遅滞が問われている債務（貸金返還債務）の発生障害事由という意味で、抗弁に位置づけられる。

(2) 抗弁の承継原則

債務者は、債務者対抗要件具備時までに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる（468条1項）。

債権譲渡に関与しない債務者が債権譲渡前よりも不利な地位に置かれることの防止という同条項の趣旨から、抗弁の承継を広く認めるために、「対抗要件具備時までに譲渡人に対して生じた事由」といえるためには債務者対抗要件具備時までに抗弁事由発生の基礎が存在していれば足りると解される。

(3) 動機の不法を理由とする公序良俗違反による無効

動機の不法とは、契約内容は公序良俗に反しないが、契約の動機が公序良俗に反すると評価される場合をいう。

動機は外部に現れないことが少なくないから、動機の公序良俗違反を理由として常に契約を無効にすると、取引安全が害される。

そこで、動機に公序良俗違反があることを理由として契約が無効になるか

大判 S13.3.30・百I [6版] 15 参
照

否かは、動機の違法性の程度と、取引相手方の関与ないし認識の程度との相関関係により判断するべきである（相関的考量説）。

3. 異議をとどめない承諾による公序良俗違反の抗弁の切断の可否

改正民法により、異議をとどめない承諾による抗弁の切断を定める改正前民法 468 条 1 項が削除されたため、これに伴い、譲渡債権の発生原因たる契約の公序良俗違反による無効の抗弁の切断の可否といった論点も消滅する。¹⁾

そして、E は、HM 間の債権譲渡について異議をとどめないで承諾しているだけであり、公序良俗違反の抗弁を放棄していると評価することもできない。

したがって、E は、「対抗要件具備時まで譲渡人に生じた事由」を理由とする抗弁（468 条 1 項）として、譲受債権の発生原因である消費貸借契約（587 条）が公序良俗違反（90 条）により無効であることを主張することができる。

4. 不法原因給付を検討する答案

公序良俗違反による消費貸借契約の無効に触れることなく、H から E への 500 万円の交付が民法第 708 条の不法原因給付に当たるか否かを検討する答案もかなり見られた。消費貸借契約に基づく密輸資金の返還請求事件において民法第 708 条の趣旨を考慮に入れた判例（最判昭和 29 年 8 月 31 日民集 8 卷 8 号 1557 頁）は確かに存在するが、民法第 708 条は給付不当利得の特則なので、その適用は、法律上の原因の不存在、すなわち、本問では消費貸借契約の無効を前提とする。したがって、消費貸借契約の無効を言わずに民法第 708 条の適用を問題にする答案は、制度の相互関係を体系的に理解していないという評価をせざるを得ない（採点実感）。

¹⁾ 判例は、賭博行為の反社会性の高さを理由に、賭博債権（賭博の負け金に関する債権）の発生原因である賭博契約が公序良俗違反により無効であると抗弁の切断を否定した（最判 H9.11.11）。

第4. 設問2 (2)

賭博目的の消費貸借契約に基づく貸金債権が譲渡された事例…を素材として、貸金債権の関係をめぐる諸々の法律関係を、民法第90条や同法第708条…等の正確な理解に基づき分析した上で、事案に即した妥当な解決を導くことができるか否かを問うものである（出題の趣旨）。

1. 請求の根拠及び内容

- ・小問(2)では、E H間の消費貸借契約が公序良俗違反により無効であることを前提とした上で、HがEに交付した500万円について、HのEに対する「法定債権」である原状回復請求権（民法第121条の2第1項）をMが行使することが考えられる（出題の趣旨）。
- ・大半の答案は、MとEを直接の当事者として不当利得や不法行為の成否を論じていた。もっとも、MとEを直接の当事者とする不当利得や不法行為は、…その成立を肯定するのは困難であり、そのため、これらを請求の根拠とする答案に高い評価を与えることはできない（採点実感）。

(1) MとEを直接の当事者とする不当利得返還請求権²⁾

MとEを直接の当事者とする不当利得…は、…その成立を肯定するのは困難である（採点実感）。

ア. Mの損失とEの受益との間に因果関係を認めることはできない

不当利得については、因果関係を広く捉える判例の立場を前提としても、Mの損失とEの受益との間に因果関係を認めることは難しい。転用物訴権の事例において、判例（最判昭和45年7月16日民集24巻7号909頁）は請負人の損失と所有者の受益との間に直接の因果関係を認めたが、この事例では請負人は所有者のブルドーザーを修理している。また、騙取金銭による弁済の事例において、判例（最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁）は、社会通念上、被騙取者の金銭で債権者の利益を図ったと認められるだけの連結（社会通念上の因果関係）があることを要求しているが、この事例では、騙取者が、騙取金を自己の金銭と混和させたり、両替したり、銀行に預け入れたり、一部を費消後に補填したりしてから、債務の弁済に充てている。それに対し、本問の事例においては、EがHから金銭の交付を受けた後に、MはHに400万円を支払っているのだから、Mの金銭でEの利益が図られたという関係は存在しない。したがって、Mの損失とEの受益との間に因果関係を認めることはできないであろう（採点実感）。

受益・損失間の因果関係には、直接の因果関係のみならず、社会通念上の因果関係（＝社会通念上損失者の財産又は労務で受益者の利益を図ったと認められる連結）も含まれる。³⁾

²⁾ Mを給付者・Eを給付受給者とする給付の返還については121条の2ではなく、703条・704条が適用される。MとEとの間には、MとEを直接の当事者とする「無効な行為」が存在しないからである。

³⁾ 社会通念上の因果関係は、受益者・損失者間に損失者の財産又は労務から直接に利益を得た中間者（ex 騙取金弁済事案における欺罔行為者）が介在しているために直接の因果関係が認められない場合に用いられるものである。

本問では、HのEに対する金銭の交付がMのHに対する金銭の交付に先行しているため、HがMから受領した金銭をEに交付しているわけではない。このことからしても、Eの受益とMの損失の間に直接の因果関係を認めることはできない。では、社会通念上の因果関係はどうか。

判例は、AがBから騙取（又は横領）した金銭500万円を自己の銀行口座に預け入れ、その後、同口座から100万円を払い戻し、この金銭100万円を、AのCに対する債務の弁済としてCに支払ったという事案において、「社会通念上被騙取者の金銭で弁済受領者の利益をはかったと認められるだけの連結がある場合には、なお不当利得の成立に必要な因果関係が認められると解すべきである」と判示している。

最判 S49.9.26・百II 77

しかし、本問は、「EがHから金銭の交付を受けた後に、MはHに400万円を支払っている」という事例であり、「MがHに400万円を支払った後に、HがEに金銭を交付した」という事例ではない。

そのため、MのHに対する400万円の支払いと、HのEに対する金銭交付との間に、前者があったから後者がなされたという関係性が認められないのである。

したがって、Mの損失とEの受益との間に社会通念上の因果関係を認めることもできない。

よって、Mを損失者・Eを受益者とする、MのEに対する不当利得返還請求権は認められない。

イ. 結論の妥当性

Mを損失者・Eを受益者とする、MのEに対する不当利得返還請求権を認めないという結論は、以下の理由からも妥当であるといえる。

(ア) EH間のリスク配分が害される

不法原因給付を理由にEがHに返還を拒める場合にMのEに対する不当利得返還請求を認めるならば、EH間のリスク配分が害される（採点実感）。

Mは不法な原因に基づく給付をした者ではないから、仮にMとEを直接の当事者とする（Mを損失者、Eを受益者とする）不当利得返還請求権の成立を認めた場合には、Eの不法原因給付の抗弁（708条本文）が認められる余地はない。

そうすると、MのEに対する請求について、HとEを直接の当事者とする（Hを給付者、Eを給付受領者とする）原状回復請求権（新121条の2第1項）として構成した場合にはEの不法原因給付の抗弁が認められる余地があるにもかかわらず、MとEを直接の当事者とする（Mを損失者、Eを受益者とする）不当利得返還請求権（703条・704条）として構成した場合にはEの不法原因給付の抗弁が認められる余地はないということになり、不公平である。

これが、「不法原因給付を理由にEがHに返還を拒める場合にMのEに対する不当利得返還請求を認めるならば、EH間のリスク配分が害される」という採点実感の記述が意味することである。

(イ) E の二重払いの危険

また、MH間の契約が有効であればMによる400万円の給付(損失)に法律上の原因があることになり、この場合、MはHの債務不履行責任を追及すべきこととなろう。MH間の契約が錯誤取消しにより遡及的に無効となる場合には、Mによる400万円の給付(損失)には法律上の原因がないが、その清算はMH間で行うべきである。MH間の契約が無効の場合において⁴⁾、不法原因給付を理由にEがHに返還を拒めないときに、MのEに対する直接の不当利得返還請求を認めることにも、EにはHとMに対する二重払の危険が生ずるため、問題がある。不当利得における因果関係の要件は、本問ではMのEに対する請求を排除することによって、契約当事者間で行われたリスク配分の貫徹(契約関係の自律性)を確保することをその目的とする。不当利得に関しては、受験者の大半は、表層的な知識を有するものの、直感的な判断に依拠するだけで、不当利得の各要件がどのような役割を担っているかについての理解が十分でないように見受けられた(採点実感)。

(2) M と E を直接の当事者とする不法行為

EのMに対する不法行為についても、Eが金銭をHから借り受けた後の時点で、MがHからEに対する貸金債権を譲り受けているのであるから、不法行為と評価されるEの行為を見いだすことは容易ではなく、EのMに対する不法行為の成立を基礎付けることには困難が伴う(採点実感)。

2. M が H の E に対する原状回復請求権を行使するための法的根拠

複数の法律構成が考えられる(出題の趣旨)

(1) 契約の解釈

- まず、MがHのEに対する原状回復請求権(民法第121条の2第1項)を行使するための法的根拠としては、HがMに対し「平成26年4月1日付消費貸借契約に関する債権」を譲渡していることから、その契約の解釈として、貸金債権だけでなく、原状回復請求権もHからMに譲渡されたものと認めることが考えられる。このような契約の解釈に当たっては、原状回復請求権も譲渡された場合とそうでない場合とを対比して、M及びHやHの一般債権者の利害状況を分析することが求められている(出題の趣旨)。
- HのEに対する原状回復請求権を債権譲渡の対象として構成した答案については、契約の合理的な解釈に踏み込むものとして、その構成を採ったこと自体を高く評価することができる。貸金債権しか譲渡されていないと解釈すると、HはMから400万円を受け取った上に、Eから原状回復請求権に基づき500万円を取り立てることができるが、それは不

⁴⁾ 改正民法下では、原始的不能の場合であっても契約は有効であると理解されている(415条の2第2項)から、債権譲渡契約が原始的不能であるとしてHM間の契約が無効であると説明することはできない。

当だからである (採点実感)。

Mを給付者・Eを給付受領者とする給付の返還については、121条の2ではなく、703条・704条が適用される。MとEとの間には、MとLを直接の当事者とする「無効な行為」は存在しないからである。

これに対し、Hを給付者・Lを給付受領者とする給付の返還については、HとEを直接の当事者とする金銭消費貸借契約が存在しており、その無効を直接的理由とする給付の返還が問題となっているため、「無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者」による給付の返還が問題となっている場面として、121条の2第1項が適用されることになる。

そして、HE間の消費貸借契約は利息付消費貸借契約であり、有償契約に当たるから、無償行為の善意の給付受領者の返還義務の範囲を現存利益に限定している121条の2第2項は適用されない。

(2) 債権者代位

- ・また、HのEに対する原状回復請求権はMに譲渡されていないことを前提とした上で、債権者代位権によって、Mが、HのEに対する原状回復請求権を行使することも考えられる。この場合、債権者代位権の要件として、MのHに対する被保全債権の存在及びHの無資力が充足されることと、請求の範囲は被保全債権の額が上限となることを指摘することが期待されている (出題の趣旨)。
- ・債権者代位権構成による場合は、債権譲渡構成とは異なり、Hの一般債権者も原状回復請求権から満足を受けることができることに留意すべきである。…また、Eに対する原状回復請求権がHからMに譲渡されていないことを明確に示した上で債権者代位権構成を採るものは少数にとどまった (採点実感)。

HのEに対する原状回復請求権がMに譲渡されていない場合、Mとしては、Hに対する損害賠償請求権等を被保全債権として、HのEに対する原状回復請求権(121条の2第1項)を代位行使(423条)することで、金銭を直接に自己に支払うよう請求することが考えられる(423条の3)。

Hは、Mに対して、500万円の貸金返還請求権・利息請求権の債権譲渡契約(555条、466条1項本文)に基づく財産権移転債務の内容として、有効に成立した貸金返還請求権・利息請求権をMに移転する義務を負うところ、債権譲渡契約当初から、これらの債権が公序良俗違反による金銭消費貸借契約の無効を原因として有効に成立していなかったのだから、財産権移転債務の原始的不能として、「債務の履行が不能であるとき」(415条1項本文)に当たる。そして、「これによって」、貸金500万円及び利息相当額の「損害」がMに生じたといえる。さらに、HがEから金銭消費貸借契約の無効原因となる不法な動機を契約前に知らされていたことからすれば、Hには免責事由(415条1項但書)は認められない。しかも、Hの財産権移転「債務の履行が不能である」ため、「債務の履行に代わる損害賠償」の請求まで認められる(415条2項1号)。したがって、MはHに対して、Hの財産権移転債務の履行不能を理由とする貸金500万及び利息相当額の損害賠償請求権

を有する。

そうすると、Hは、上記損害賠償請求権を被保全債権として、貸金500万円及び利息相当額の合計額を上限として（423条2：被保全債権額上限ルール）、HのEに対する原状回復請求権を代位行使（423条）することで、金銭を直接に自己に支払うよう請求することができる（423条の3）。

3. 不法原因給付

- HのEに対する不当利得返還請求権の成否について、不法原因給付に関する民法第708条が適用されるか否かを吟味しつつ論ずる…ことが期待されている（採点実感）。
- 債権譲渡構成や債権者代位権構成を採る答案にあっても、不法原因給付の成否に関する検討を欠くものが目に付いた（採点実感）。

債権譲渡構成の場合、抗弁承継の原則（468条1項）により、債務者Eは「譲渡…通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由」として、譲渡人Hに対する不法原因給付の抗弁を譲受人Mに対して対抗することができる。したがって、債権譲渡構成の場合であっても、不法原因給付の成否について検討する必要がある。

債権者代位構成の場合、第三債務者Eは、債務者Hに対する不法原因給付の抗弁を代位権者Mに対して対抗することができる（423条の4）。したがって、債権者代位構成の場合であっても、不法原因給付の成否について検討する必要がある。

121条の2に基づく原状回復請求にも、不法原因給付に関する708条が適用される（詳解69頁）。

第5. 設問2 (3)

小問(3)では、委託を受けた保証人が連帯保証債務の履行として金銭を支払ったものの、主たる債務が存在しなかった場合における主債務者と保証人との間の法律関係についての分析とともに、保証人の主債務者に対する債権が成立するかどうか問われている。保証債務の付従性自体は基礎的な知識に属するが、ここで示されている問題自体については、判例や学説において必ずしも明確に議論されているわけではない。ここでは結論の妥当性も視野に入れて適切に論ずることが期待されており、応用的な能力を問う問題である（出題の趣旨）。

1. 結論の妥当性も視野に入れた検討

- ・ LはEの保証委託を受けた結果としてKに対して584万円を支払っており、その支払の際にEに事前の通知をしているのだから、Kの無資力の危険をLが負うとするのは不合理である。単に付従性のみを論ずるのではなく、そうした結論の妥当性も視野に入れた上で、Lを保護する法律構成を見いだすことが、本問では期待されている（出題の趣旨）。
- ・ 多くの答案は、民法第459条の求償権の成否を問題にしていた。その中には、主債務が存在しないので求償は認められないと簡単に済ます答案も一定数あったが、多くの答案は、LのEに対する請求は認められるべきであるとの前提に立ち、種々の解釈上の工夫を凝らしていた。また、少数ながら、民法第459条の求償権の成立を否定した上で、民法第650条第3項や同法第415条に基づく損害賠償請求権の成立を認める答案もあった。結論的にLを保護すべきであるとする答案は、民法に内在する価値基準が受験者の身に付いていることを示すものとして、積極的に評価することができる（採点実感）。
- ・ (3)について、主債務・保証債務が存在しないためLのEに対する民法第459条に基づく求償権は認められないと簡単に結論付ける答案が相当数見られた。しかし、LがKとの間で保証契約を締結したのはEの委託によるものであり、LがKに584万円を支払ったのもLの事前の通知に対しEが適切に対応しなかったからである。そうであるにもかかわらず、LがEになんらの金銭も請求できないというのでは、あまりにバランスを失った解決となろう。LはKに対して請求できるから問題ないという反論もあり得るが、Kが無資力であるとする、やはりLは584万円を回収できないこととなる。契約を締結する構成員の全てに資力があるなら、担保物権や保証などという制度は不要になるが、民法は、無資力者が存在することを前提に、その適切なリスク配分を行うための制度を用意している。この事例においては、Lは自ら選んだ契約の相手方であるEの無資力のリスクを負担しているが、Kの無資力のリスクを負担させられるべきではなく、Eは保証委託契約の相手方であるLの利益に十分配慮すべきであろう。想像力を働かせ、契約当事者それぞれの立場に身を置いたと仮定して結論の妥当性を考えることも、事案の解決に際しては必要である。

2. 459条に基づく求償権

まず、主債務者と保証人との間に保証委託契約が存在することから、委任の特則である民法第459条に基づき、LがEに対して求償権を有するという構成が考えられる。その場合、民法第459条の求償権の成立要件として、(i)主たる債務の存在、(ii)主たる債務に関する債権者と保証人との間の保証契約、(iii)保証人が債権者に対して保証債務の履行をしたこと、(iv)保証人と主たる債務者との間の保証委託契約を挙げた上で((v)保証人の無過失を要件として挙げる学説もある。)、それらに該当する事実の有無を判断することが求められる。本問では、KはEに金銭を交付していないため、KのEに対する貸金債権は成立していないので、(i)の要件は充足されない(出題の趣旨)。

(1) 保証人の事前通知に対して主債務の不存在を返答しなかったこと

- ・本問では、KはEに金銭を交付していないため、KのEに対する貸金債権は成立していないので、(i)の要件は充足されない。しかし、Lが主債務の存在を前提としてKに584万円を支払った原因は、LがEに事前の通知をしたにもかかわらず、EがLに主債務の不存在を説明しなかったからである。民法第463条第1項が準用する民法第443条第1項により、保証人が事前の通知をせずに弁済をした場合、主債務者が債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その事由をもって保証人に対抗することができる」とされていることを踏まえると、保証人が事前の通知をしたが、主債務者が債権者に対抗することができる事由(主債務の不存在)を有している旨の返答をしなかった場合には、主債務者はその事由をもって保証人に対抗できないとの考え方があり得よう。これを本問に示された事実関係に当てはめた場合、EはLからの民法第459条に基づく求償を、主債務の不成立を理由に拒むことはできないことになる(出題の趣旨)。
- ・(i)の要件につき、EK間の契約を諾成的消費貸借と評価して、EのKに対する返還債務(主債務)の成立を認める答案もあったが、KがEに金銭を交付していない以上、諾成的消費貸借を認める立場にあっても、KはEに金銭の返還を請求することはできない。それにもかかわらず、LがEに584万円の支払を請求することができる根拠を、民法第459条の内外で見いだすことが、小問(3)では求められている(採点実感)。

ア. 委託を受けた保証人の事後求償権(新459条1項)の成立には、主債務の存在が必要である。

K・E間の金銭消費貸借契約は、「書面とする消費貸借」であるから、KがEに金銭を交付していないにもかかわらず、諾成的消費貸借契約として成立する(新587条の2第1項)。

もっとも、要式契約である諾成的消費貸借契約であっても、貸主に対する借主の返還義務が発生するのは、消費貸借の合意に基づき金銭等が借主に引き渡されてからである。

そうすると、主債務であるEのKに対する貸金返還債務は成立していないことになるから、LのEに対する事後求償権は、主債務の存在という要

件を欠くものとして認められないのが原則である。

イ. しかし、Lが主債務の存在を前提としてKに584万円を支払ったのは、Eが受託保証人Lから事前の通知を受けた際に主債務の不存在について説明しなかったからである。

463項1項・443条1項の事前の通知制度は、債権者無資力の危険を事前の通知を怠った受託保証人に負担させることを通じて、主債務者の対抗事由の主張機会を保障することをその趣旨とする。

そして、受託保証人からの事前の通知に対して主債務者が主債務の不存在を説明しなかった場合には、主債務者は対抗事由の主張機会が与えられていたにもかかわらず対抗事由を主張することなく受託保証人に弁済行為を行わせているのだから、債権者無資力の危険は主債務者に負担させるべきである。

そこで、保証人からの事前の通知に対して主債務者が主債務の不存在を説明しなかった場合には、主債務者は主債務の不存在をもって保証人の求償請求に対抗することができず、その結果、保証人の事後求償権の成立が認められると解すべきである。

(3) 478条の援用

(iii)の要件については、民法第478条を援用して保証債務の履行を認める答案がかなりあった。このような答案には、(iii)の要件を欠くため民法第459条は適用されず請求は認められないという結論に安易に至る答案よりは、問題の所在を把握し妥当な結論に到達しようと努力している点で相応の評価が与えられる。しかし、民法第478条は真の債権者の負担において善意・無過失の弁済者を保護する規定であり、表見受領権者は別に真の債権者が存在することを前提とする概念であるところ、本問では真の債権者は存在しないから、同条の適用はおよそ問題とならない。なお、主債務が存在しないので保証契約は無効であるとする答案もかなりあったが、主債務が存在しなくても、付従性により保証債務が存在しないだけであって、保証契約が直ちに無効になるものでないことには留意を要する(採点実感)。

プラクティス 642 頁

3. 650条1項に基づく費用償還請求権

Lの請求の根拠としては、民法第650条第1項の費用償還請求権に基づくものも考えられる。この場合には、LのKに対する出捐が、同項の「委任事務を処理するのに必要と認められる費用」、すなわち、事務処理の際に受任者が善良な管理者の注意をもって必要と判断して支出した費用に当たるか否かを確認することが求められる(出題の趣旨)。

4. 650条3項や415条1項に基づく損害賠償請求権

主債務が存在しない場合に連帯保証債務の履行として金銭を支払うことは保証委託の範囲外であるなどの理由により、Lの出捐は費用ではなく損害であると解釈するならば、LはEに対し民法第650条第3項や同法第415

条に基づく損害賠償請求権を行使するという考え方を採る余地もある。いずれの法律構成を採る場合においても、Lによる事前の通知に対しEが適切に対応しなかったことが的確に評価されていれば、民法第459条に基づく求償権を認める答案と同等の評価が与えられる（出題の趣旨）。

第6. 請求の根拠・内容・当否

設問 1(1)では、「請求…の根拠は売買契約に基づく債権的請求又は所有権に基づく物権的請求である…」(出題の趣旨)として、請求の「根拠」が訴訟物という意味で用いられている。

設問 1(2)では、「D の F に対する乙土地の所有権移転登記抹消登記手続等の請求について、民法第 252 条ただし書の保存行為、あるいは共有持分権に基づく物権的請求権が根拠となる…」(出題の趣旨)として、請求の「根拠」が訴訟物よりも広い概念として用いられているように思われる。設問 1(2)では、設問 1(1)と異なり、「乙土地及び丙建物に関しどのような請求をすることができるか」とされており、「どのような請求」という点が特定されていない。設問 1(2)でいう請求「内容」は、乙土地の所有権移転登記抹消登記手続請求・丙建物収去乙土地明渡請求に対応するものであると考えられる。

しかし他方で、設問 2(1)では、「500 万円とそれに対する利息や遅延損害金の支払を請求」という、「どのような請求」という点が特定されているにもかかわらず、「請求の…内容」の説明まで求められている。そして、採点実感によれば、「M の請求の根拠が H の E に対する貸金債権を M が H から譲り受けたことにあり、M の請求の内容が元本 500 万円とそれに対する利息及び遅延損害金の支払となることは、大多数の答案が説明していた。」とされており、ここでは、請求の「根拠」は訴訟物を意味するものとして用いられていない。

設問 2(2)でも、請求の「根拠」は、債権譲渡契約や債権者代位権といった、M が E に対して「500 万円取れに対する利息や遅延損害金の支払いを請求」するための法律構成という意味で用いられていると考えられる。

このように、「請求の根拠」と「内容」という言葉が、設小問ごとに異なるものとして用いられている。

したがって、何が「根拠」で何が「内容」であるのかということについて、厳密に考える必要はない。

①誰が、②誰に対して、③いかなる法律構成に基づいて、④どのような請求をするのかということをも明らかにした上で、⑤請求の要件を検討し、⑥⑤の検討過程で論点に言及する、ということができるのであれば十分であり、③・④を請求の「根拠」「内容」のいずれで論じたのかは重要ではない。

司法試験委員会が当該設小問において請求の「根拠」「内容」「当否」として考えていることについて、答案のどこかで言及できていればよいと思われる。

[模範答案]

1 設問 1 (1)

2 1. 未成年者 C の単独親権者 A は、C の法定代理人として（民法 818 条
3 1 項・3 項、824 条本文、99 条 1 項）、E との間で甲土地の売買契約
4 (555 条) を締結した。その後、父 A・配偶者 D は、死亡した C を共
5 同相続（882 条、890 条前段、889 条 1 項 1 号、896 条本文）するこ
6 とにより、上記売買契約に基づく債権債務を承継した。そこで、E は、
7 A・D に対して、A・D が上記売買契約に基づく甲土地の所有権移転登
8 記手続義務を包括承継したとして、上記売買契約に基づく債権的登記
9 請求権を行使することが考えられる。

10 2. まず、取引安全を図る観点から、「利益…相反」（826 条 1 項）の有
11 無は行為の外形から客観的に判断するべきである。

12 A が C を代理して CE 間の売買契約を締結したことは、その行為の
13 外形から見れば、C が甲土地所有権を失うことの対価として売買代金
14 債権を取得するというものであるため、A・C 間の利益衝突を招来す
15 るものではないから、「利益…相反」行為に当たらない。

16 3. 次に、親権者の広範な裁量に鑑み、親権者の法定代理権の行使は、
17 親権者に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
18 段の事情が存しない限り代理権濫用（107 条）に当たらないと解する。

19 契約当時既に C が自動車整備士として働き自分で生活費を得ていた
20 ことから、A には、C の生活費を工面する目的はなく、遊興を原因
21 とする借金を返済するという子の利益を無視して自己の利益を図る
22 目的しかなかったといえるから、特段の事情により A による法定代理
23 権の濫用が認められる。

1 そして、Eは、甲土地の売買契約と同時に行われた乙土地の売買契
2 約についてAが代金を自己の遊興を原因とする借金の返済に充てるつ
3 もりであったことを知っていたのだから、甲土地の売買契約における
4 Aの上記「目的」も「知」っていたといえる。したがって、Aによる
5 代理行為は無権代理をみなされ、原則として、本人にその効果が帰属
6 しないという意味で不確定無効となる（107条、113条1項）。

7 4. そうだとしても、AがCを相続したことにより代理権濫用行為の効
8 果がA・Dに帰属することにならないか。

9 （1）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
10 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
11 される。また、処分的効果を生じさせる追認権（113条）が共同相
12 続人に不可分的に帰属する（898条、264条・251条）ことから、他
13 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
14 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される。

15 （2）したがって、無権代理とみなされる甲土地の売買契約はAの相続
16 分の限度でも有効とならず、Eの請求は認められない。

17 設問1（2）

18 1. Dは、Cの相続により取得した乙土地の共有持分権（898条、249条
19 以下）に基づく保存行為（252条但書）を根拠として、①共有持分権
20 に基づく返還請求権としての丙建物収去乙土地明渡しを請求すると
21 ともに、②共有持分権に基づく妨害排除請求権として乙土地の所有権
22 移転登記抹消登記手続を請求することが考えられる。

23 2. 乙土地の売買契約の効果も、Aの法定代理権の濫用によりCに帰属

1 しないから、CE間の乙土地の売買契約によるDの権利喪失は認めら
2 れない。また、CE間の売買契約は通謀虚偽表示によるものではない
3 から、Eと売買したFには、94条2項は直接適用されない。では、同
4 条項の類推適用によりFが所有権を取得することで、Dが共有持分権
5 を喪失することにならないか。

6 (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
7 の犠牲においてその外観を信頼した第三者を保護するという権利外
8 観法理にある。そこで、㊸不実の登記の存在、㊹真の権利者の帰責
9 性及び㊸不実登記に対する第三者の正当な信頼がある場合には、94
10 条2項の類推適用により不実登記に対応する権利取得が認められる
11 と解する。

12 (2) 乙土地の売買契約の効果も107条の適用により不確定無効である
13 ため、EはAとの売買契約により乙土地の所有権を取得できていな
14 いから、乙土地についてのE名義の所有権移転登記は不実登記であ
15 り㊸を満たす。

16 平成24年2月15日当時、CはAの財産管理(824条本文)に服
17 する未成年者であったから、Aに財産管理を任せていたことをもっ
18 て不実登記への意思的関与と同視し得るほどの落ち度があるとはい
19 えない。また、Cを相続したDについては、C死亡の約1年後にA
20 に対して遺産について尋ねているから、不実登記を黙認していたと
21 はいえない。したがって、C・Dには㊹が認められない。

22 他方で、Aには、自らEとの売買契約を代理して登記手続までし
23 た者として、㊹が認められる。

1 しかし、Fは乙土地の現地を見ただけであり、不実登記に対する
2 信頼がないから、㊦が認められない。

3 したがって、94条2項の類推適用によるFの所有権取得は認め
4 られないから、Dは共有持分権を喪失しない。

5 3. よって、請求①・②が認められる。

6 設問2(1)

7 1. MはEに対しEH間における元本500万円の金銭消費貸借契約に
8 基づく貸金返還請求権(587条)及び同契約に係る年15%の利率によ
9 る利息請求権を譲り受けた(555条、466条1項)ことを根拠として
10 として①元本500万円の支払と②元本500万円に対する利息の支払
11 いを請求するとともに、上記貸金返還債務の履行遅滞に基づく損害賠
12 償請求権(415条、419条1項但書)を根拠としてとして③年21.9%
13 の利率による遅延損害金の支払いを請求する。

14 2. Eの借入れの動機には、借入金を賭博に使うという不法な点にある。

15 (1) 不法な動機に基づく契約が公序良俗違反により無効(90条)とな
16 るかどうかは、取引安全の観点から、動機の違法性の程度と取引相
17 手方の関与ないし認識の程度との相関関係によって判断する。

18 (2) EはHに対し、契約に先立ち借入金を賭博に使うという不法な動
19 機を打ち明けていることと、犯罪である賭博(刑法185条)の反社
20 会性の強さから、かかる動機の不法をもって上記金銭消費貸借契約
21 は公序良俗違反(90条)として無効になるというべきである。

22 3. そして、Eの承諾(467条)以前から上記金銭消費貸借契約には公
23 序良俗違反という無効原因が存在していたのだから、公序良俗違反に

1 よる譲受債権（貸金返還請求権・利息請求権）の無効は「対抗要件具
2 備時まで譲渡人に生じた事由」（468条1項）に当たる。さらに、E
3 は、HM間の債権譲渡について異議をとどめないで承諾しているだけ
4 であり、公序良俗違反の抗弁を放棄しているわけではない。

5 したがって、Eは、①・②の請求に対しては、468条1項に基づき
6 公序良俗違反による譲受債権の無効を対抗することができる。

7 4. Eは、③の請求に対しても、履行遅滞が問われている貸金返還債務
8 の発生障害事由として、公序良俗違反の抗弁を対抗できる。

9 5. よって、上記のいずれの請求も認められない。

10 設問2（2）

11 1. まず、MはEに対して、Mを損失者、Eを受益者とする不当利得返
12 還請求権（703条・704条）を行使することが考えられる。

13 しかし、本問では、騙取金弁済の事案のようにMがHに対して400
14 万円を支払った後にHがEに対して500万円を交付したのではなく、
15 HがEに対して500万円を交付した後にMがHに対して400万円を
16 支払っている。それゆえ、Mの損失とEの利得の間には、MがHに
17 対して支払った400万円でEの利益が図られたという社会通念上の
18 因果関係すら認めることができない。したがって、上記請求は認めら
19 れない。

20 2. 次に、MはEに対して、HからEに対する原状回復請求権（121条
21 の2第1項）を譲り受けたとして同権利を行使することが考えられる。

22 （1）まず、金銭消費貸借契約が無効であるため、HはEに対して、「無
23 効な行為に基づく債務の履行として給付」をした者として、原状回

1 復請求権（121条の2第1項）を有する。

2 （2）次に、金銭消費貸借契約の借主には少なくとも法定利率年3%（404

3 条2項）の範囲での運用利益も認められるといえるから、契約前の

4 状態への巻き戻しという121条の2の趣旨に照らせば、利息付金銭

5 消費貸借契約の借主の原状回復義務には、貸付金の返還義務に加え、

6 利息の返還義務も含まれると解すべきである。そうすると、Hには、

7 貸付金500万円と利息の返還を内容とする原状回復請求権が認めら

8 れる。

9 （3）そして、仮に貸金債権しか譲渡されていないとなると、HはMか

10 ら債権譲渡の対価として400万円を受け取っているにもかかわらず、

11 Eに対する原状回復請求権も有することとなり、400万円の対価を

12 取得できていないMとの関係であまりにも均衡を欠く。このこと

13 に、債権譲渡契約当時すでにHのEに対する原状回復請求権が発

14 生していたことと、Hが原状回復請求権の発生原因を基礎づけるE

15 の不法な動機を認識していたことも考慮すれば、Hは貸金債権のみ

16 ならず原状回復請求権もMに譲渡していると解釈することが、HM

17 の合理的意思に合致するといえる。

18 したがって、Mは、債権譲渡契約によってHのEに対する原状

19 回復請求権を取得する。

20 （3）よって、Mの請求は認められる。

21 設問2（3）

22 1. 利息・遅延損害金約定付きの500万円の消費貸借契約及び同契約上

23 の債務をLが連帯保証する旨の契約が契約書（446条2項）によりな

1 されている。そこで、Fが委託を受けた保証人の求償権（459条1項）
2 を行使することが考えられる。

3 2. 保証人の求償権の成立には主「債務」の存在が必要であるところ、
4 KがEに金銭を交付していないため、要物契約としての金銭消費貸借
5 契約（587条）は成立していない。KE間の金銭消費貸借契約は「書面
6 である消費貸借」であるから、諾成契約としての金銭消費貸借契約
7 （587条の2第1項）は成立するが、合意に基づく金銭の交付がない
8 以上、EのKに対する貸金返還債務は成立していない。そのため、L
9 のEに対する事後求償権は主債務の存在という要件を欠くものとして
10 認められないのが原則である。

11 しかし、Lが主債務の存在を前提としてKに584万円を支払ったの
12 は、EがLから事前の通知を受けた際に主債務の不存在について説明
13 しなかったからである。

14 463条1項・443条1項の事前の通知制度の趣旨は、債権者無資力
15 の危険を事前の通知を怠った保証人に負担させることを通じて、主債
16 務者の対抗事由の主張機会を保障することにある。そして、保証人か
17 らの事前の通知に対して主債務者が主債務の不存在を説明しなかつ
18 た場合には、主債務者は対抗事由の主張機会が与えられていたにもか
19 かわらず対抗事由を主張することなく保証人に弁済行為を行わせて
20 いるのだから、債権者無資力の危険は主債務者に負担させるべきであ
21 る。そこで、保証人からの事前の通知に対して主債務者が主債務の不
22 存在を説明しなかった場合には、主債務者は主債務の不存在をもって
23 保証人の求償請求に対抗することができず、その結果、保証人の求償

- 1 権の成立が認められると解すべきである。
- 2 そうすると、EはLからの求償請求に対して主債務の不存在を対抗
- 3 することができず、その結果、Lの求償権の成立が認められることに
- 4 なる。
- 5 以上より、LのMに対する、保証人の事後求償権の行使としての
- 6 584万円の支払請求が認められる。 以上

(参考文献)

- ・「民法(全)」第2版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第2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)
→「概要○頁」と表記
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
→「概要・相続○頁」と表記
- ・「詳解 改正民法」初版(著:潮見佳男ほか-商事法務)
→「詳解○頁」と表記
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)
→「詳解・相続法○頁」と表記
- ・「Before/After 民法改正」初版(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)
- ・「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3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4版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第2版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法Ⅲ」第3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」(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)
- ・「要件事実マニュアル1」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第2版(有斐閣)
- ・「最新重要判例解説」平成18年度～令和2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」2012～2020(日本評論社)