

## 目 次

1	第 2 1 問 .....	1
2	第 2 7 問 .....	5
3	第 4 1 問 .....	7
4	第 5 4 問 .....	10
5	第 5 9 問 .....	12
6	第 8 4 問 .....	14
7	第 8 6 問 .....	16
8	第 9 2 問 .....	18
9	第 1 1 1 問 .....	20
1 0	第 1 2 6 問 .....	22
1 1	第 1 4 5 問 .....	24
1 2	第 1 5 9 問 .....	27
1 3	第 1 7 7 問 .....	29
1 4	第 1 8 1 問 .....	32
1 5	第 2 1 0 問 .....	34



## 1 第21問

## 1 第1 小問(1)

## 2 1 設問前段について

3 (1) Aは、Cに対して、所有権に基づく返還請求として、甲の返還をすることが考えら  
4 れる。この請求が認められるためには、少なくとも、Aが甲を所有していること及び  
5 Cが甲を占有していることが必要であるところ、Cが甲を占有していることは明ら  
6 かである。そこで、Aが甲を所有しているか、以下検討する。

7 (2) Aが甲を元々所有していたことは間違いない。もっとも、AB間で、AがBに対し  
8 甲を10万円で売り渡す旨の売買契約（以下「本件売買契約1」という。）が締結さ  
9 れていることから、同契約によってAは甲の所有権を喪失している（555条、17  
10 6条）とも思える。

## 11 (3) 詐欺取消し

12 ア これに対し、まず、Aは、詐欺取消し（96条1項）を主張して、本件売買契約  
13 1による所有権移転の効果を否定する（121条）ことが考えられる。Bは、甲を  
14 著名画家の真筆と知りながらAを誤信させるため、よくできた模写であるとAに  
15 告げていたので、「詐欺」に当たる。

16 イ そこで、Cは、自らが、Bの詐欺について「善意でかつ過失がない第三者」（9  
17 6条3項）に当たり、「詐欺による意思表示の取消し」を「対抗することができな  
18 い」（同項）と主張することが考えられる。この主張が認められる場合には、原則  
19 どおり、本件売買契約1によってAは甲の所有権を喪失していることになる。

20 ウ 以上から、Cが詐欺について「善意でかつ過失がない第三者」である場合には、  
21 Aは甲の所有権を喪失している。この場合、Aは甲の返還請求をすることはできな  
22 い。

23 一方、Cが詐欺について「善意でかつ過失がない第三者」でない場合には、詐欺  
24 取消しによって本件売買契約1による所有権移転の効果が否定される結果、Aは  
25 未だ甲の所有権を喪失していないことになるため、Aは甲の返還請求をすること  
26 ができる。

## 27 (4) 錯誤取消し

28 ア 次に、Aは、錯誤取消し（95条1項）を主張して、本件売買契約1による所有  
29 権移転の効果を否定する（121条）ことが考えられる。

30 (a) Aが、本件契約を締結したのは、甲が模写であると認識していたからである。

31 しかし、実際には真筆であったことから、「表意者が法律行為を基礎とした事情  
32 についてその認識が真実に反する錯誤」（95条1項2号）に陥っていたといえ

る。

(b) また、95条1項2号に該当することを理由に意思表示の取消しを主張するためには、「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た」(同条2項) が必要である。

この要件については、取引の安全保護の観点から、単に法律行為の基礎とした事情が表示されていたという意味ではなく、法律行為の基礎とした事情に関する表意者の認識が相手方に示され、相手方に了解されて法律行為の内容となっていたとの意味であると考えべきである。

本件では、Bが契約締結の前に、甲を著名画家の真筆と知りながらAを誤信させるため、よくできた模写があるとAに告げている。そして、Aは、本来5000万円を下らない価値がある真筆である甲を、10万円という極端な低額でBに売却している。この売買代金の決定がなされたのは、売主Aが甲を模写であると誤信したから、すなわちBの告知を信じたからと考えざるを得ない。そうである以上、甲が模写であるという事情に関する売主Aの認識が買主Bに示され、Bに了解されて本件売買契約1の内容となっていたといえる。

したがって、「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」といえる。

(c) さらに、上記の通り、Aが法律行為の基礎とした、甲が模写であるという事情は、本件売買契約1の内容となっていることから、「法律行為の目的」(同条柱書) に照らして当該錯誤は「重要」(同) といえる。

(d) なお、絵画の専門家でないAにとって、上記錯誤につき重過失(同条3項) はないといえる。

イ もっとも、Cは自らが、Aの錯誤について「善意でかつ過失がない第三者」(95条4項) に当たり、錯誤取消しを「対抗することができない」(同項) と主張することが考えられる。この主張が認められる場合には、やはり原則どおり、本件売買契約1によってAは甲の所有権を喪失していることになる。

ウ 以上から、CがAの錯誤について「善意でかつ過失がない第三者」である場合には、Aは甲の所有権を喪失している。この場合、Aは甲の返還請求をすることはできない。

一方、CがAの錯誤について「善意でかつ過失がない第三者」でない場合には、錯誤取消しによって本件売買契約1による所有権移転の効果が否定される結果、Aは未だ甲の所有権を喪失していないことになるため、Aは甲の返還請求をすることができる。

2 設問後段について

- 67 (1) 設問前段同様に、本件売買契約1による所有権移転の効果が否定されない限り、  
 68 AはCに対し甲の返還請求をすることができることになる。
- 69 (2)ア 「詐欺」(96条1項)といえるためには、詐欺者に詐欺の故意が必要であると  
 70 ころ、本問では、設問前段と異なり、Bも当初から甲を模写であることを疑わず、  
 71 契約に至っており、Bに詐欺の故意がないため、Bによる「詐欺」があったという  
 72 ことはできない。そのため、本問では、Aは詐欺取消し(96条1項)を主張する  
 73 ことはできない。
- 74 イ もっとも、Aが錯誤に陥っていたことは設問前段同様であるから、Aは錯誤取  
 75 消し(95条1項)を主張することはできる。
- 76 (3) したがって、Cが、Aの錯誤について「善意でかつ過失がない第三者」(95条4  
 77 項)に当たる場合には、AはCに対し甲の返還請求をすることができない。一方、C  
 78 が、Aの錯誤について「善意でかつ過失がない第三者」に当たらない場合には、Aは  
 79 Cに対し甲の返還請求をすることができる。

## 80 第2 小問(2)

### 81 1 設問前段について

- 82 (1) Dは、Fに対して、所有権に基づく返還請求として、乙土地の返還をすることが考  
 83 えられる。この請求が認められるためには、少なくとも、Dが乙土地を所有している  
 84 こと及びFが乙土地を占有していることが必要であるところ、Fが乙土地を占有し  
 85 ていることは明らかである。そこで、Dが乙土地を所有しているか、以下検討する。
- 86 (2) Dが乙土地を元々所有していたことは間違いない。もっとも、DE間で、DがEに  
 87 対し乙土地を1000万円で売り渡す旨の売買契約(以下「本件売買契約2」とい  
 88 う。)が締結されていることから、同契約によってDは乙土地の所有権を喪失してい  
 89 る(176条)とも思える。
- 90 (3) これに対し、Dは、強迫取消し(96条1項)を主張して、本件売買契約2による  
 91 所有権移転の効果を否定する(121条)ことが考えられる。
- 92 本件売買契約2は、EのDによる違法な脅迫という「強迫」行為により締結されて  
 93 いたものであるから、強迫取消しの要件を充たす。そして、強迫取消しについては、  
 94 詐欺取消しと異なり、善意無過失の第三者であっても保護されない(96条3項反対  
 95 解釈)。
- 96 (4) よって、Dは、Fに対し、乙土地の返還を請求することができる。

### 97 2 設問後段について

- 98 (1) 設問前段同様に、本件売買契約2による所有権移転の効果が否定されない限り、  
 99 DはFに対し乙土地の返還請求をすることができないことになる。
- 100 (2) 「強迫」(96条1項)といえるためには、強迫者の強迫行為が違法であることが

必要であるところ、本問では、EはDに対し強圧的な態度を見せたものの違法行為はしていないから、Eによる「強迫」があったとはいえない。そのため、本問では、Dは強迫取消し（96条1項）を主張することはできない。

- (3) そうであるとしても、次に、Dは、本件売買契約2は93条1項ただし書により無効であるから、同契約による所有権移転の効力は否定されると主張することが考えられる。

ア Dは、畏怖のゆえに、自ら欲しないことを知りつつ、乙土地をEに1000万円で売却する旨の意思表示をしているから、Dの意思表示は「表意者がその真意ではないことを知っていた」（同項本文）意思表示といえる。

イ 加えて、相手方Eが「その意思表示が表意者の真意でないことを知り、又は知ることができた」（同項ただし書）といえるならば、本件売買契約2は無効となる。

ウ もっとも、Fが、Dが真意に反して乙土地をEに売却するという意思表示をしたことにつき「善意の第三者」（同条2項）である場合は、Dは本件売買契約2の無効をFに「対抗することができない」（同項）。

- (4) 以上から、(a) Eが、Dが真意に反して乙土地をEに売却するという意思表示をしたことにつき「知り、又は知ることができた」といえないければ、Dは、Fに対し、乙土地の返還請求をすることができない。(b) Eが、Dが真意に反して乙土地をEに売却するという意思表示をしたことにつき「知り、又は知ることができた」場合であっても、Fが当該事情につき「善意の第三者」に当たる場合には、やはりDは、Fに対し、乙土地の返還請求をすることができない。一方、(c) Eが、Dが真意に反して乙土地をEに売却するという意思表示をしたことにつき「知り、又は知ることができた」場合で、かつFが当該事情につき「善意の第三者」でない場合には、Dは、Fに対し、乙土地の返還請求をすることができる。

以 上

## 2 第27問

## 1 第1 小問(1)

2 1 BはCに対して、所有権に基づく抵当権抹消登記請求をしているところ、Cは、B代  
3 理人Aとの間で甲土地に抵当権を設定する契約を締結しているから、登記保持権原が  
4 ありBの請求は認められないと反論することが考えられる。

5 2(1) これに対して、Bは、本件契約は「利益が相反する行為」(826条1項)に当た  
6 りBに効果帰属しないと主張することが考えられる。ではBの主張は認められるか。

7 (2)ア まず、AはBの単独親権者(818条1項、824条)である。そして、親権者  
8 が特別代理人を選任することなく、「利益が相反する行為」をした場合、当該行為  
9 は無権代理であって、その効果は子に帰属しない(113条1項)。そこで、「利益  
10 が相反する行為」に当たるかについての判断基準が問題となる。

11 イ 利益相反行為該当性を判断するに当たって、代理行為をした親権者の動機・目  
12 的等の全ての事情を考慮するとすれば、相手方の知り得ない事情まで考慮するこ  
13 とになり、取引の安全が害されるおそれがある。そこで、利益相反行為該当性は、  
14 専ら行為自体ないし行為の外形のみから判断すべきである。

15 ウ 本件抵当権設定契約の被担保債権はCのAに対する債権であり、目的物はB所  
16 有の甲土地である。これを外形的に観察すると、Bは甲土地につき抵当権を負担す  
17 るという不利益を被る一方で、Cは自己の債務の担保を得るという利益を受ける  
18 ことになる。よって、本件契約はBとAの利益が相反する行為にあたる。

19 エ したがって、本件契約は「利益が相反する行為」に当たる。

20 (3) よって、本件では特別代理人は選任されておらず、Bの追認もないため、本件契約  
21 の効果はBに帰属しない。

22 3 以上より、Bの請求は認められる。

## 23 第2 小問(2)

24 1 上述のように、本件契約の効果はBに帰属しない。しかし、本問ではBが成年する前  
25 に無権代理人Aは死亡しており、BはAを単独相続している。そのため、本人の地位と  
26 無権代理人の地位が一体となる結果、当然に追認したこととなり、無権代理の効果が本  
27 人に当然に帰属するのではないか。

28 この点、地位の融合を認めれば、相続という偶然の事情で相手方を利する結果とな  
29 ってしまい妥当でない。また、特に本人が無権代理人を相続した場合、何の帰責性もな  
30 い本人が当然に追認したこととなるのは酷にすぎる。

31 したがって、相続によって法的地位は融合せず、本人の地位と無権代理人の地位は  
32 併存すると解するのが相当である。

33 2 そうだとすると、Bは、Aの地位、すなわち、無権代理人の責任として履行責任又は  
34 損害賠償責任（117条1項）を負う地位を承継する（887条1項，896条）。そ  
35 して、Cが履行責任を選択すれば、Bは甲土地にCのための抵当権を設定することにな  
36 る。

37 したがって、Cが履行責任を選択すれば、Bの請求は認められないとも思える。

38 もっとも無権代理人の死亡という偶然の事情がなければ、本人は履行義務を負わな  
39 かった一方、相手方も履行を得られなかったはずである。また、本人が履行請求に応じ  
40 ないといけなとすれば、本人に追認拒絶権を与えた意味がなくなってしまう。

41 したがって、本人は無権代理人の責任のうち履行責任は負わないと考える。

42 3 以上より、Bは本人としての地位で追認拒絶をすることができるため、Bの請求は  
43 認められる。

#### 44 第3 小問(3)

45 1(1) DはCに対して、所有権に基づき抵当権設定登記抹消登記請求をしている。本問  
46 では無権代理人Aが死亡したことにより、本人Bと共にAを相続したDが、その後B  
47 も死亡したことで、本人たるBを相続している。このような場合、Dは本人たるBの  
48 地位に基づいて追認拒絶できるか。

49 この点、Dは無権代理人であるAを相続した後に、本人であるBを相続している。  
50 そのためDの地位は無権代理が本人を相続した場合と同様に考える。

51 (2) では、無権代理人を本人が相続した場合、無権代理人は本人の地位で追認拒絶す  
52 ることができるか。

53 この点については、小問(2)で述べた通り、両者の地位は当然に融合しないと解す  
54 る。

55 もっとも、無権代理人が後になって本人の地位に基づき、自らした無権代理行為  
56 の追認拒絶をすることは矛盾挙動に当たるため、かかる追認拒絶は信義則上（1条2  
57 項）許されないと解する。

58 以上より、無権代理人が本人を相続した場合、無権代理人は信義則上追認拒絶が  
59 できないためDも信義則上追認拒絶をすることができない。

60 2 したがって、Dの請求は認められない。

61 以上



## 3 第41問

## 1 設問(1)

(1) BはCに対し、所有権に基づく返還請求として、甲建物の明渡請求をすることが考えられる。BはAから甲建物を購入しているので(555条)、甲建物の所有権を有する。またCは甲建物を占有している。

(2) これに対しCは、自己が「第三者」(177条)に当たるため、Bが所有権移転登記を具備していない以上、所有権を対抗できず、したがって、請求は認められないとの反論をすることが考えられる。そこで、「第三者」の意義が問題となる。

ア 177条は物権変動を公示することにより、同一の不動産につき自由競争の枠内にある正当な権利・利益を有する第三者に不測の損害を与えないようにする趣旨の規定である。そうだとすれば、正当な権利・利益を有しない者は同条により保護する必要はない。

したがって、177条にいう「第三者」とは、当事者及びその包括承継人以外の者で、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者に限定して解すべきである。

イ Cは甲建物について賃借権という債権を有しているに過ぎないため、物権に関する177条が適用されないように思えるが、賃借権は物権に近い性質を有しており(605条)、CがAから甲建物を賃貸して引き渡されている本件では、CはBの所有権を否定できなければ自己の賃借権を失うことになる。よって、Cは登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たる。したがって、Cは「第三者」に当たる。そうすると、当該土地の譲受人Bは、その所有権の移転につきその登記を経由しなければ、賃借人Cに対抗し得ず、甲建物の引渡しを請求することができない。

(3) したがって、BはCに対して甲建物の引渡しを請求できない。

## 2 設問(2)

BはCに対して、所有権に基づく返還請求として甲建物明渡請求をすることが考えられる。

(1) これに対しCは、自己が「第三者」に当たるので、Bが所有権移転登記を具備していない以上、所有権を対抗できず、したがって、請求は認められないとの反論をすることが考えられる。Cが第三者に当たるか、先述の基準で検討していく。

本件でAC間の賃貸借契約は解除されているため、Cは占有権原を失っている。よって、Cは甲建物についての占有権原を有していない以上、登記の欠缺を主張する正当な利益を有するとはいえないため、「第三者」に当たらない。

(2) したがって、Bは登記なくしてCに甲建物の所有権を主張でき、その引渡しを請

33 求できる。

34 3 設問(3)

35 DはBに対し、所有権に基づく返還請求として、甲建物の引渡請求をすることが考  
36 えられる。DはAと甲建物の売買契約を締結しているので、所有権を有している（5 5  
37 5条，1 7 6条）。そして、Bは甲建物を占有している。

38 (1) これに対してBとしては、DがAとの売買契約時にBが甲建物の所有権を取得し  
39 ていることを知っていたため、「第三者」（1 7 7条）に当たらないと反論することが  
40 考えられる。では単純悪意者は「第三者」に当たるか。

41 (2) この点、先行する所有権移転を知りながら、当該不動産を買い受けることについ  
42 ては自由競争の枠内といえるため、単純悪意者は、登記の欠缺を主張する正当な利益  
43 を有する者に当たり、「第三者」といえると考ええる。

44 本件で、DはAとの売買契約時に、Bがすでに甲建物の所有権を取得しているこ  
45 とを知っていたにすぎない単純悪意者であるから、「第三者」に当たる。

46 (3) よって、DはBよりも先に甲建物についての登記を備えている以上、Bに対して  
47 甲建物の引渡しを請求することができる。

48 4 設問(4)

49 (1) DはBに対し、所有権に基づく返還請求として、甲建物の引渡請求をすることが  
50 考えられる。DはAと甲建物の売買契約を締結しているので、所有権を有している  
51 （5 5 5条，1 7 6条）。そして、Bは甲建物を占有している。

52 (2) これに対してBとしては、Dが甲建物を取得した目的が、Bに甲建物を高値で売  
53 りつけるためであり、いわゆる背信的悪意者に当たるため、「第三者」に該当しない  
54 と反論することが考えられる。

55 背信的悪意者とは、自由競争の枠内になく、登記欠缺を主張することが信義則（1  
56 条2項）に反すると認められる者である。このような者は登記の欠缺を主張する正当  
57 な利益を有しないから、「第三者」には当たらない。

58 背信的悪意者と認定するためには、①悪意性、すなわち実体法上物権変動の事実  
59 があったことを知っていることと、②背信性、すなわち登記欠缺を主張することが信  
60 義則（1条2項）に反すること、の2つの要件が必要である。

61 (3) まず、Dは、Bが甲建物を購入していることを知っているため、悪意性は認められ  
62 る（①充足）。また、DはBが移転登記を具備していないことを利用して同人に高  
63 値で売りつけるという目的で甲建物を取得しているが、このような目的での購入は  
64 もはや自由競争の枠内のものとはいえず、登記の欠缺を主張することが信義則（1条  
65 2項）に反するというべきであるから（②充足）、Dは背信的悪意者に当たる。

66 したがって、Dは1 7 7条の「第三者」には当たらないから、Bの反論が認められ

67 る。

68 (4) よって、DはBに対し、甲建物の引渡しを請求することはできない。

69 以 上

#### 4 第54問

##### 1 第1 設問(1)について

2 1 Aは、Cに対して所有権（206条）に基づく返還請求権としての動産引渡請求をす  
3 ることが考えられる。かかる請求が認められるには、動産甲をAが所有しており、か  
4 つ、Cが占有していることが必要であるが、本件でこれらの要件を充足することは明ら  
5 かである。

6 2 これに対して、Cとしては修理代金100万円の支払がされるまで、甲を留置する  
7 として、留置権（295条）の反論をすることが考えられる。

8 留置権が成立するための要件は、①他人の物の占有者であること、②その物に関し  
9 て生じた債権を有すること、③債権が弁済期にあること、④①の占有が不法行為によっ  
10 て始まったものでないことである。

11 3(1) まず、CはA所有の甲を占有しているため、①の要件は充足する。

12 また、その占有が不法行為によって始まったものでないことも明らかである（④  
13 充足）。

14 そして、Cは甲の修理という仕事を完成させているため、CのBに対する修理代  
15 金の債権は弁済期にあるといえる（③充足）。

16 (2) では、CがBに対して有する修理代金債権は、「その物に関して生じた債権」（29  
17 5条）に当たるか。

18 ア 留置権の本質は、物の返還を拒絶し債務者に心理的圧迫を加え債務の弁済を促  
19 す点にある。それゆえ、債務者に心理的圧迫を加えて債務の弁済を促し得るという  
20 関係が必要である。

21 したがって、「その物に関して生じた債権」と言い得るためには、債権者債務者  
22 間にそのような関係が認められることが必要である。具体的には、被担保債権の成  
23 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  
24 とが必要である。

25 イ 本件では、Cは、Bとの請負契約の締結かつ「仕事」の「完成」をもって、Bに  
26 対する請負契約に基づく修理代金債権を取得する（632条）。

27 また、Bは、Cの「仕事」の「完成」時、すなわち、甲の修理を終えた時点にお  
28 いて、契約上の債権としてCに対して動産甲の引渡請求をすることができるから、  
29 修理代金債権の成立時点における甲の引渡請求権者はBである。

30 したがって、修理代金たる被担保債権の債務者はBであり、甲の引渡請求権者  
31 もBであるから、上記債権は、「その物に関して生じた債権」に当たる（②充足）。

32 (3) よって、Cは、Bに対して留置権を主張できる以上、物権である留置権の反論は、

33 Aに対しても主張できる。

34 4 以上より、Cは、Aからの請求に対して、自己が有するBに対する修理代金100万  
35 円の支払がされるまで甲を留置する旨の留置権の主張を行い、債権の回収を図るとい  
36 う手段をとることが考えられる。

37 第2 設問(2)について

38 1 Dは、Cに対して所有権(206条)に基づく返還請求権としての動産引渡請求をす  
39 ることが考えられる。

40 2 これに対して、Cは、留置権の反論をすることが考えられる。

41 そして、上記のようにCは、Bに対して留置権を主張できる以上、物権である留置権  
42 の反論はDに対しても主張することができる。

43 3 以上より、CはDに対して留置権を主張して甲の引渡しを拒絶することができる。

44 第3 設問(3)について

45 1 Aは、Eに対して所有権(206条)に基づく返還請求権としての動産引渡請求をす  
46 ることが考えられる。

47 2 Eは、Bに対する売買契約の不履行による損害賠償請求権(565条、564条前  
48 段、415条1項本文)を被担保債権として、Aに対して留置権(295条)に基づい  
49 て引渡しを拒絶することが考えられる。

50 (1) では、EのBに対する損害賠償請求が「その物に関して生じた債権」に当たるか、  
51 前述の規範に照らして検討する。

52 (2) 本件について、BE間は甲を目的物とする他人物売買契約(561条)を締結して  
53 いるところ、AのEに対する上記請求をもって、Bの債務は履行不能に陥っており、  
54 「債務者」の「債務の履行が不能であるとき」に当たる。また、「債務者の責めに帰  
55 することができない事由」も存在しない。したがって、EはAの上記請求をもって、  
56 Bに対して損害賠償請求権を取得する。

57 もっとも、かかる損害賠償請求権成立時において、甲の引渡請求権者は、無権利で  
58 あるBではなく、所有権者であるAである。よって、損害賠償請求権成立時点におけ  
59 る賠償債務の債務者はBであり、甲の引渡請求権者はAであるから、上記賠償請求権  
60 は「その物に関して生じた債権」に当たらない。

61 (3) 以上より、Eの上記反論は認められず、引渡請求を拒絶することはできない。

62 以 上

## 5 第59問

### 1 第1 設問(1)

2 1 Aは、Dに対し、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使として、甲建物の明渡しを求  
3 めることができるか。

4 (1) 抵当権は非占有権であるから、そもそも抵当権に基づく妨害排除請求権を行使す  
5 ることはできないのではないか。

6 抵当権は目的物の占有を内容とするものではないから、抵当目的物の占有関係に  
7 干渉することはできない。したがって、抵当権に基づく妨害排除請求をなしえないの  
8 が原則である。

9 もっとも、占有者の存在が実質的に競売価格の下落を招く場合があり、そのよう  
10 な場合には担保価値の減少が認められ、抵当権に対する侵害が観念できる。また、非  
11 占有権という性質は、抵当権者は設定者の使用収益権を妨げえないということにす  
12 ぎず、その占有態様による担保価値の低下を受忍すべきことを意味しない。したがっ  
13 て、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済権の行使が困難  
14 となるような状態であれば、抵当権に基づく妨害排除請求も認められるものと解す  
15 べきである。

16 (2) これを本件についてみると、不法占有であるDが甲建物に居住していることは、  
17 甲建物を競落しようとする者にとっては、競落を躊躇する原因になる。そのため、D  
18 が甲建物を不法占拠することによって、交換価値の実現が妨げられて、優先弁済権の  
19 行使が困難となっているといえる。

20 2 よって、AはDに対して抵当権に基づく妨害排除請求権の行使として、甲建物の明  
21 渡しを求めることができる。

### 22 第2 設問(2)

23 1 Aは、Eに対し、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使として、乙建物の明渡しを求  
24 めることができるか。

25 (1) 先述のとおり、抵当権に基づく妨害排除請求権をすることはできる。もっとも、抵  
26 当目的物を貸し出すことは所有者の使用収益権にもとづく正当なものである。その  
27 ため、所有者の使用収益権と抵当権者の交換価値把握機能の調和を図る必要もある。

28 したがって、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済権の  
29 行使が困難となるような状態にあることに加え、所有権者に競売を妨害する目的が  
30 ある場合には抵当権に基づく妨害排除請求が認められると考える。

31 (2) 本件でEに競売を妨害する目的があるという事情は見当たらない。

32 2 よって、AはEに対し、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使として、乙建物の明け

33 渡しを求めることはできない。

34 第3 設問(3)

35 1 さらに進んで、Aは、Cではなく、自分に甲建物と乙建物を明け渡すよう求めること  
36 ができるか。

37 抵当権者は占有権原がないのだから、原則として抵当目的物の占有者に対し、自己  
38 に対して直接明け渡すよう請求することはできない。もっとも、抵当権設定者において  
39 抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は占有者に  
40 対し、直接自己への明渡しを求めることができると解すべきである。理論的にも、抵当  
41 権者には管理占有が認められるから、抵当権者への明渡しが不可能であるとはいえない。  
42 い。

43 2 したがって、かかる事情がある場合にはAは自己に明渡しを請求することができる。

44 第4 設問(4)

45 1 Aは賃料相当額の損害が生じたと主張しているが、この主張は認められるか。

46 709条にもとづく損害賠償請求が認められるためには、Aに「損害」が生じている  
47 必要がある。

48 この点、Aが抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所  
49 有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであり、抵当不動産の  
50 使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではない。

51 そのため、Aに賃料相当額の「損害」が発生することはない。

52 2 したがって、Aの損害賠償請求は認められない。

53 (設問(5)の答案は省略)

54

以 上

## 6 第84問

### 1 第1 設問1

2 AによるBのCに対する金銭債権の代位行使は、いくらで認められるか。

3 1 まず、AはBに対して300万円の金銭債権を有しているから、被保全債権が存在  
4 する。また、Bは無資力状態にあるから「自己の債権を保全するため必要がある」とい  
5 える(423条1項)。よって、被保全債権の履行期が到来している場合(同条2項)、  
6 BのCに対する金銭債権に対し債権者代位権を行使することができる。

7 2 では、いくらで認められるか。

8 債権者代位権は、「被代位権利の目的が可分であるときは、自己の債権の額の限度に  
9 おいてのみ、被代位権利を行使することができる」(423条の2)。これは、債権者代  
10 位権が債権者保護のための規定であることから、債権の額の限度で債権者を保護すれ  
11 ば足りるとする趣旨である。

12 本件では、Aの被保全債権の債権額が300万円、被代位権利の債権額が500万  
13 円であるから、Aは、自己の債権の額の限度における300万円の範囲内で代位行使す  
14 ることができる。

15 3 したがって、AによるBのCに対する金銭債権の代位行使は、300万円の範囲で  
16 認められる。

### 17 第2 設問2

18 1 まず、AはCに対して、自己に対する金銭の支払を求めることができるか。

19 (1) 被代位権利者が自己に対する金銭の支払を要求することができないとすると、債  
20 務者が引き取りを拒否した場合、被代位権利者保護の実効性に欠ける。そこで、42  
21 3条の3前段は、「被代位権利が金銭の支払又は動産の引渡しを目的とするものであ  
22 るときは、相手方に対し、その支払又は引渡しを自己に対してすることを求めること  
23 ができる」と規定する。

24 本件の被代位権利は「金銭の支払……を目的とするもの」といえる。

25 (2) よって、Aは300万円の範囲でCに対して自己に金銭を支払うよう求めること  
26 ができる。

27 2 次に、Aが債権者代位権を行使して、Cに対してAに金銭を交付するよう求めた場  
28 合に、BがCに対して自らの債権を行使できるか。

29 (1) 債権者代位権を行使することにより、債務者の処分権限を奪うとすれば過剰であ  
30 るといえる。そこで、423条の5前段は、「債権者が被代位権利を行使した場合で  
31 あっても、債務者は、被代位権利について、自ら取立てその他処分をすることを妨げ  
32 られない」と規定している。



33 (2) よって、BはCに対して金銭債権の取立てを行うことができる。

34

以 上

## 7 第86問

1 1 Dは、AからBへの甲不動産の贈与につき詐欺行為取消権（424条）を行使するこ  
2 とができるか。

3 2(1) 被保全債権が強制執行可能な債権かつ金銭債権であること

4 詐欺行為取消権は責任財産保全の制度であるため、被保全債権は金銭債権であり、  
5 かつ強制執行可能な債権である必要がある。

6 本件でDの有する被保全債権はAに対する1000万円の金銭債権であり、強制  
7 執行可能なものであるから、(1)の要件は充足する。

8 (2) 債務者の無資力

9 責任財産の保全という制度目的と、他人の財産処分権への介入という効果の重大  
10 性に鑑み「債務者」（同条1項本文）とは無資力の債務者をいうと解する。

11 無資力とは債務超過を意味するところ、本件でAは総額5000万円の債務を負  
12 っているのに対し、積極財産としては時価1500万円の甲土地しか有していない。

13 したがって、Aは無資力の債務者であるため、(2)の要件も充足する。

14 (3) 詐欺行為

15 「債権者を害する……行為」（同条項）とは、債務者の責任財産を減少させる行為  
16 であるところ、AがBに対し唯一の財産である甲土地を贈与する行為は、債務者Aの  
17 責任財産を減少させる行為である。

18 したがって、AがBに対してした贈与は「債権者を害する……行為」に当たるた  
19 め、(3)の要件も充足する。

20 (4) 詐欺意思

21 詐欺行為取消権が認められるためには、詐欺行為の時点において、債務者が「債権  
22 者を害することを知って」いたことが必要である（同条項本文）。

23 これについては、債務者が債権者を害することを積極的に意欲していたことまで  
24 は必要でなく、債権者を害することを認識していれば足りる。

25 Aは自己の財産状況を認識していると思われるため、甲不動産を贈与することに  
26 より債権者を害することは認識していたといえる。

27 したがって、(4)の要件も充足する。

28 (5) 被保全債権が詐欺行為前の原因に基づいて生じたこと

29 「被保全債権が詐欺行為前の原因に基づいて生じた」（同条3項）といえるかであ  
30 るが、本件でDの被保全債権がAによる詐欺行為（Bへの甲土地贈与）よりも前に生  
31 じていたといえるため、(5)の要件も充足する。

32 (6) 受益者の悪意

33 BはAの親族であることから、Aが巨額の債務を負っていることは知っていたと  
34 考えられる。また、Aが甲不動産以外にめばしい財産を有していないことも知ってい  
35 たと考えられる。そうである以上、受益者Bが贈与を受けた時点において「債権者  
36 害することを知らなかった」(同条1項ただし書)とはいえないため(6)の要件も充足  
37 する。

38 3 以上から、Dは、受益者Bを被告として(424条の7第1項1号)Bに対し詐害行  
39 為取消請求をすることができる。

40 4 詐害行為取消権の行使方法等

41 (1) 本件において、AからBに甲不動産が贈与された後に、BはCに対し甲不動産を  
42 転売しているから、受益者Bは甲不動産を現物で「返還をすることが困難である」。  
43 したがって、DはBに対し、甲不動産の「価額の償還を請求することができる」(4  
44 24条の6第1項後段)。

45 (2) また、本件贈与の詐害行為取消請求は、DのAに対する債権の額である1000  
46 万円の限度に限られる(424条の8第2項, 第1項)。DはBに対し自己への直接  
47 の価額償還金の支払を請求することができる(424条の9第2項, 第1項)。

48 5 よって、債権者Dは、受益者Bに対し、詐害行為取消権を行使して、AからBへの甲  
49 不動産の贈与の取消しと、Dへの1000万円の価額償還の請求をすることができる。

50 以 上

## 8 第92問

### 1 第1 設問(1)

2 AのDに対する連帯保証債務の履行請求は認められるか。

3 1 Aは、主債務者Bの履行遅滞によって、Eから得られたはずの賃料相当額について  
4 Bに対する損害賠償請求権が生じたとして、連帯保証人Dに対して上記請求をしてい  
5 る。では、主債務者の債務不履行により生じた損害賠償債務は保証債務の範囲に含まれ  
6 るか。

7 2 保証債務の範囲については、447条1項で「保証債務は、主たる債務に関する利  
8 息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのものを包含する。」と規定され  
9 ている。

10 3 本件でAがDに対して請求しているのは主たる債務である甲の引渡しの履行遅滞に  
11 基づく損害賠償請求である。

12 これは、447条1項の「主たる債務に関する……損害賠償」に当たる。

13 よって、Bの債務不履行に基づき生じた損害賠償債務は保証債務の範囲に含まれる。

14 4 以上より、AのDに対する連帯保証債務の履行請求は認められる。

15 5 なお、連帯保証人は催告・検索の抗弁権を有しないため(454条)、Aは主債務者  
16 Bへの請求を経ずに、連帯保証人Dに対して直接請求できる。

### 17 第2 設問(2)

18 1 Aは本件売買契約の解除に基づく原状回復請求権について、Dに対して既払代金の  
19 請求をしている。では、主債務を発生させる契約の解除による原状回復義務(545条  
20 1項)は保証債務の範囲に含まれるか。

21 2 保証債務の範囲に含まれるか否かは、保証契約の当事者の意思解釈を基準に決定す  
22 る。

23 保証人としては主債務者が負担する一切の債務を保証する意思があるのが通常であ  
24 る。特に、特定物の売主の保証の場合には、通常、その契約から直接に生ずる売主の債  
25 務につき保証するというよりも、むしろ、売主の債務不履行に起因して売主が買主に対  
26 し負担する可能性がある債務につき保証する趣旨でなされるものである。

27 したがって、特に反対の意思表示のない限り、原状回復義務は「その債務に従たるす  
28 べてのもの」(447条1項)に含まれると解する。

29 3 これを本件についてみると、Dは原状回復義務が保証の範囲に入ることについて、  
30 特に反対の意思表示をしていない。

31 よって、原状回復義務は「その他その債務に従たるものすべて」に含まれる。

32 4 したがって、AのDに対する連帯保証債務の履行請求は認められる。

33

以 上

## 9 第111問

1 第1 (1)について

2 1 「売主」であるAは手付の「倍額を現実に提供して」本件売買契約を解除することが  
3 考えられる(557条1項本文)。それに対して、Bとしては、すでに甲土地を測量し、  
4 個人向け国債を解約して支払資金の準備も行っていることから、「履行に着手」してい  
5 るため、Aによる解除は認められないと反論すると考えられる(557条1項ただし  
6 書)。ではBは「履行に着手した」といえるか。

7 2 557条1項ただし書の趣旨は、履行に着手した当事者を手付解除による不利益か  
8 ら保護する点にある。

9 そのため、「契約の履行に着手した」とは、客観的に外部から認識し得るような形で  
10 履行の一部をし、又は履行の提供をするために欠くことのできない前提行為をすること  
11 をいうものと解するべきである。具体的には、当該行為の態様、債務の内容、履行期  
12 が定められた趣旨・目的等の諸般の事情を総合考慮して判断するべきである。

13 3(1) これを本件についてみると、BはAの同意を得て甲土地の測量・整備を行ってい  
14 るが、Bが本来的に履行しなければならないのは、甲土地代金の交付である。

15 したがって、甲土地の測量・整備は、履行の提供をするために欠くことのできない  
16 前提行為とはいえない。

17 よって、Bが甲土地の測量・整備を行ったことは「履行に着手した」に当たらない。

18 (2) また、個人向け国債を中途解約し、4500万円を普通預金に預け、Aにその旨を  
19 連絡することは、売買代金支払の準備に当たる。ではこれが「履行に着手」に当たる  
20 か。これについては、履行期が設定された趣旨を考慮して判断する。

21 本件で本件売買契約の履行期が1年後に設定されたのは、Aが代替地を確保する  
22 ためである。ここから、Aが代替地を確保できない場合には契約から離脱することを  
23 認めるという当事者の意思が読み取れる。このような状況であれば、Bは、履行期ま  
24 での1年間は解除によって不利益が生じてその不利益は予測できたものであるた  
25 め、甘受すべきである。

26 以上より、履行期の定められた趣旨を踏まえれば、国債を解約し4500万円を  
27 普通預金に移転し履行の準備をしたことは、履行の提供をするために欠くことので  
28 きない前提行為とはいえない。

29 よって、Bが個人向け国債を中途解約し、銀行の普通預金口座に4500万円預  
30 け、Aにその旨を連絡したことは、「履行に着手した」に当たらない。

31 (3) 以上より、Bは、Aの手付解除を拒絶することはできない。

32 3 結論

33 Aは、Bに手付の「倍額」である1000万円支払うことによって、本件売買契約を  
34 解除することができる。

35 第2 (2)について

36 1 Aとしては、Bに手付の「倍額」の1000万円支払うことによって本件売買契約を  
37 解除したいと考えている。上記主張が認められるのかが問題となる。

38 2 売主側からの解除が認められるためには、①売買契約に付随して買主が売主に手付  
39 を交付したこと、②手付の倍額を現実提供したこと、③相手方に対して、売買契約解除  
40 の意思表示をしたことが必要である。

41 (1) ①について

42 BはAに対して、契約締結時に手付として500万円交付していることから、売  
43 買契約に付随して交付されたものといえる (①充足)。

44 (2) ③について

45 Aの「1000万円支払うので、契約を解除したい」という発言により、AはBに  
46 対して、解除の意思表示をしたといえる (③充足)。

47 (3) ②について

48 ア AがBに対して「1000万円支払うので、契約を解除したい」というのは、「倍  
49 額」を「現実に提供」した場合に当たるのか。1000万円は手付500万円の倍  
50 であり、「倍額」には当たる。そこで、「現実の提供」に当たるかが問題となる。

51 Bは上記Aの発言に対して、「そんなお金は受け取れない。代金について再交渉  
52 しよう」と発言している。Bは明らかに受け取りを拒絶しており、このような場合  
53 であれば「現実の提供」として、口頭の提供で足りるという考えもある。しかし、  
54 557条1項は「現実の提供」と規定しているし、弁済の提供(493条)は債務  
55 不履行責任を免れるための制度だが、本問では積極的に解除権を行使する場面  
56 あるから制度趣旨が異なる。

57 したがって、買主が手付倍返しを受領する意思がないことが明らかである場合  
58 でも、現実の提供を行う必要がある。

59 イ 本問についてみる。「1000万円支払うので、契約を解除したい」とは、口頭  
60 の提供をしたのみであって、現実には現金を提供しているわけではないので、現実  
61 の提供を行ったとはいえない。

62 よって、Aの申入れは「現実の提供」には当たらない。

63 (4) 以上より、Aの上記主張は認められない。

64 以 上

## 10 第126問

### 1 第1 設問1

2 1 AはCに対し、債務不履行を理由として、本件賃貸借契約を解除する（541条本文）と主張することが考えられる。

4 本件でCは前月分の賃料の支払を怠っているため、「当事者が……債務を履行しない場合」（541条本文）に当たる。また、賃料の支払は賃借人の本来的義務であるため  
6 「不履行が……軽微」といえない（541条ただし書）。そのため、Aは賃料  
7 支払の「催告」をし、「相当の期間」経過後も賃料の支払がなければ、原則として本件  
8 賃貸借契約を解除することができる。

9 2 これに対し、Cは、AC間の信頼関係が破壊されるには至っていないから、Aの解除  
10 は認められないとの反論をすることが考えられる。

11 賃貸借契約は継続的契約であり、当事者間の信頼関係を前提に成り立っているもの  
12 である。そのため、賃貸借契約は、賃借人の行為が賃貸人に対する背信的行為と認める  
13 に足りない特段の事情（当事者間の信頼関係を破壊するとはいえない特段の事情）があ  
14 る場合には解除は認められない。

15 本件では、Cの賃料不払は1か月分に留まっているため、背信的行為と認めるに足  
16 らない特段の事情があるといえる。

17 したがって、Cの反論は認められる。

18 3 以上から、Aは、賃貸借契約を解除することはできない。

### 19 第2 設問2

20 1 Aは、CがAに無断で甲建物を引き渡し、使用させていることを理由として、本件賃  
21 貸借契約を解除（612条2項）することを主張すると考えられる。もっとも、CはD  
22 との間で甲建物についての賃貸借契約を締結しているわけではなく、単に使用させて  
23 いるだけである。そのため、「転貸」（612条1項）したとはいえず、Aの主張は認め  
24 られないのではないかな。

25 2 612条が無断転貸を解除原因とする趣旨は、賃貸借契約が当事者間の信用のもと  
26 に締結される契約である以上、契約当事者以外の者が使用収益することは許されない  
27 という考えに基づくものである。

28 そうだとすれば、612条1項の「転貸」は、賃貸借契約を締結している場合だけで  
29 なく、単に第三者に使用収益させているような場合も含むと考える。

30 3 したがって、Bが賃貸借契約を締結せずにDに甲建物を引き渡して使用させている  
31 ことは、612条の「転貸」に当たる。また、Bは「賃貸人」であるAの「承諾」を得  
32 ずに、Dに甲建物を「使用又は収益」させている。



33 よって、Aは612条2項に基づき賃貸借契約を解除できることが原則である。  
34 4 もっとも、先のとおり、賃借人が賃貸人に無断で目的物を第三者に使用収益させた  
35 場合でも、それが賃貸人に対する背信行為と認められるに足らない特段の事情がある  
36 場合には、例外的に契約解除は許されないことになる。

37 しかし、本件では、そのような特段の事情はない。

38 5 以上から、Aは、賃貸借契約を解除することができる。

39 第3 設問3

40 Aは、C会社代表取締役Bが、EにC会社の持分をすべて譲り渡した点が、賃借権を無  
41 断で「譲り渡し」たことになるとして（612条1項）、本件賃貸借契約の解除（612  
42 条2項）を主張することが考えられる。しかし、C会社の代表取締役BがEに譲り渡した  
43 のはC会社の持分であって本件賃借権ではないし、依然として賃借人はC会社であり、  
44 賃借人の変更もない。

45 そうすると、賃借権の譲渡しがあったということとはできず、したがって、Aは賃貸借契  
46 約を解除することができない。

47 以 上

## 1 1 第 1 4 5 問

### 1 第 1 設問(1)

#### 2 1 ㉑の場合

3 AはBに対し、原状回復請求権（1 2 1 条の 2 第 1 項）に基づき 1 0 万円の返還請求  
4 をすることが考えられる。

5 Aは、本件売買契約に基づき、D銀行に開設されているBの口座にC銀行から 1 0  
6 万円を振り込んでいるが、本件売買契約は無効であった。そのためこれは「無効な行為  
7 に基づく債務の履行」に当たる。そして、Bは「給付を受けた者」に当たる。したがっ  
8 て、Bは「相手方を原状に復させる義務」として、Aに 1 0 万円を支払う義務を負う。

9 よって、Aは上記請求をすることができる。

#### 10 2 ㉒の場合

11 AはEに対し、不当利得返還請求権（7 0 3 条）に基づき 1 0 万円の返還請求をする  
12 ことが考えられる。

13 (1) C銀行がEの口座に 1 0 万円を振り込んだことにより、Eは 1 0 万円の「利益」を  
14 受けている。

15 (2) 「損失」

16 預金契約に基づき、銀行は、預金者の預金をその指図どおりに他の口座に振り込  
17 む債務を負っている。そして、この債務を銀行が履行した場合、銀行は預金者の口座  
18 から同額を引き落とすことができる。

19 本件でも、C銀行が預金者Aの指図に従って 1 0 万円を第三者Eの口座に振り込  
20 んだ行為はAに対する上記債務の履行に当たる。そのため、C銀行はAの口座から 1  
21 0 万円を引き落とすことができる。

22 その結果、Aには 1 0 万円の「損失」が生じている。

23 (3) そして、Aの振込みによりEが 1 0 万円の利益を受けているため、「利得」と「損  
24 失」との間の因果関係も認められる。

25 (4) そして、上記振込みはAの振込依頼用紙の記載間違いによるものだから、Eが利  
26 得を保持することに「法律上の原因」はないといえる。

27 (5) よって、AはEに対して不当利得返還請求権に基づき 1 0 万円の返還を請求する  
28 ことができる。

#### 29 3 ㉓の場合

30 (1) C銀行がBに対し、不当利得返還請求権に基づき、1 0 万円の返還請求をするこ  
31 とが考えられる。

32 (2)ア C銀行の従業員FがBの口座に 2 0 万円を振り込んだため、Bは 2 0 万円の「利

33 益」を受けている。

34 イ 次に「損失」についてみると、㊦の場合とは異なり、本件でAは10万円をBの  
35 口座に振り込むよう適切に指図しているにもかかわらず、C銀行の従業員Fが誤  
36 って指図を上回る20万円をBの口座に振り込んでいる。

37 Aが指示した10万円を超える部分（10万円）のB口座への振込みについて  
38 は、預金者Aの指図どおりに他の口座に振り込む債務の履行とはいえない。そのた  
39 め、C銀行はAの口座から当該超過部分の10万円を引き落とすことはできない。  
40 その結果、C銀行には10万円の「損失」が生じている。

41 ウ また、「利益」と「損失」との間に因果関係があることは明らかである。

42 エ そして、上記超過額10万円の振込みはC銀行の従業員Fの誤りによるものだ  
43 から、Bが超過額10万円の利得を保持することに「法律上の原因」はないといえ  
44 る。

45 (3) よって、C銀行はBに対し不当利得返還請求権に基づき10万円を請求すること  
46 ができる。

## 47 第2 設問(2)

48 1 IはHに対して、不当利得返還請求権に基づき、30万円の支払を請求することが  
49 考えられる。

50 2(1) HはGから30万円の弁済を受けていることから「利益」を得ている。

51 (2) また、IはGから30万円を騙取されていることから、30万円の「損失」を受け  
52 ている。

53 (3) そして、「利益」と「損失」との間の因果関係とは社会通念上の因果関係をいうと  
54 ころ、GはHに対する債務を弁済する資金が手元になかったため、GはIから騙取し  
55 た30万円がなければ、Hに弁済することはできなかった。

56 そのため、社会通念上の因果関係は認められる。

57 (4) では「法律上の原因」がないといえるか。

58 ア 不当利得の制度趣旨は正義・公平である。そこで、「法律上の原因なく」とは、  
59 正義・公平の観点からみて、当事者間において財産的価値の移転を正当化するだけ  
60 の実質的理由がないことをいう。

61 イ Gは、Hに対する債務の弁済として30万円を支払っているから、Hがこれを  
62 保持することには法律上の原因があるとも思える。しかし、Hが、上記弁済が騙取  
63 金に基づくものだということを知っていた、あるいは、知らなかったことについて  
64 重過失があった場合には、正義・公平の観点からみて、HとIの間において、30  
65 万円という財産的価値の移転を正当化するだけの実質的理由がないといえる。

66 ウ したがって、かかる事情があれば「法律上の原因」がないといえ、Iの請求は認

67

められる。

68

以 上

## 12 第159問

1 第1 715条1項に基づく請求

2 1 CはAに対し、715条1項に基づいて、Bにだまし取られた金額の損害賠償を請  
3 求することができるか。

4 2(1) まず、Bは金融業を営むA会社の被用者であるから、Aは「ある事業のために他人  
5 を使用する者」に当たる。

6 (2)ア 次に、Bは貸付金の取立てや取得した担保物件の売却処分を含む業務に従事し  
7 ていたが、最終的な決定権限を有していなかった。それにもかかわらずBは自己に  
8 代理権がないことを秘して本件契約を締結しているため、本件契約が「事業の執行  
9 について」なされたといえるか問題となる。

10 イ 相手方の信頼保護の観点から、「事業の執行について」なされたか否かは、行為  
11 の外形から判断して、職務の範囲内の行為に属するものと認められる場合をも包  
12 含すると解すべきである。もっとも、相手方が当該行為が被用者の職務権限内にお  
13 いて適法に行われたものでないことについて悪意・重過失である場合は、保護すべ  
14 き信頼がないため、同要件を満たさないと考える。

15 ウ(ア) Bは、貸付金の取立てや取得した担保物件の売却処分を含む業務という金  
16 融業の会社の被用者として通常の業務に従事しており、本件契約の内容である  
17 Aが所有する甲不動産の売買も、取得した担保物件の売却というBの通常  
18 業務と相当の関連性を有する。

19 以上から、行為の外形から判断して、職務の範囲内の行為に属するものと  
20 認められる。

21 (イ) 先のとおり、Bの行為は外形的に職務の範囲内の行為に属するものと認め  
22 られる。また本件契約の契約書にはBが偽造したAの印があり、代金受領書  
23 には「A会社B」と記載されていた。このような事実を鑑みれば、CがDの  
24 言葉を信じBの代理権について特に調査をしなかったとしても、CがBの代  
25 理権につき誤信することに過失があるとしても、著しい不注意とまではいえ  
26 ないため、Cに重過失は認められない。

27 (ウ) したがって、本件契約は「事業の執行について」なされたといえる。

28 (3) また、使用者責任は代位責任であるから、被用者の加害行為が一般不法行為(70  
29 9条)の要件を充たしていることも使用者責任の要件となると解すべきである。

30 本件の被用者Bは、権限なくA所有の甲不動産をCに売りつけて代金を利得(詐  
31 取)しようとの意図で「故意……に」(709条)、権限なく本件契約を締結し代金を  
32 受け取ったから、Cの金銭所有権という「権利……を侵害」(同条)し、「よって」(同

33 条) 代金相当額の「損害」(同条)を生じさせている。

34 以上から、被用者Bの加害行為は、一般的不法行為の要件を充たす。

35 3 よって、Cは、Aに対し、上記請求をすることができる。

36 第2 715条1項以外の根拠に基づく請求

37 1 Cは権限外の表見代理の成立により、本件契約の効果がAに帰属するとして、Aに  
38 対し110条に基づき本件契約の履行を請求することが考えられる。

39 2 110条の表見代理が成立するための要件は、①代理人に基本代理権があること、  
40 ②代理人が「その権限外の行為」をしたこと、③「第三者」が代理権の存在について信  
41 じ(善意)、そう信じるにつき「正当な理由」があること(無過失)が必要である。

42 3 本件で詳細な事情は明らかではないが、①②③の要件を充足すれば、CはAに対し  
43 て本件契約の履行を請求することができる。

44 以 上

## 13 第177問

1 第1 (1)の場合について

2 1 Bは、Dに対し、所有権に基づく妨害排除請求として、D名義の甲土地の所有権移転  
3 登記の抹消登記手続請求をすると考えられる。かかる請求が認められるためには、Bが  
4 甲土地の所有権を有していること、Dが権原なく甲土地の所有権移転登記を経由して  
5 いることが必要である。

6 2(1) では、Bが甲土地の所有権を有しているといえるか。本件でAは甲土地をDに売  
7 却する旨の売買契約（以下「本件売買契約」という。）をしているため、Bは甲土地  
8 の所有権を失っているのではないか。

9 本件でAは甲土地売却にかかる代理権を有しているため、有権代理（99条1項）  
10 の要件を充足するかを検討する。

11 (2) 有権代理が成立するためには、①有効な法律行為の存在（前提）、②顕名（99条  
12 1項）、③代理権の存在（かつ代理権の範囲内の行為）（99条1項）の要件を充足す  
13 る必要がある。

14 (3)ア Aは、Dとの間で有効に本件売買契約を締結しているため、①の要件を充足す  
15 る。

16 イ 次に②顕名についてであるが、AはBの代理人であることを明示せず、書類に  
17 Bの住所及び氏名を記入し、Bの実印を押捺している。このように代理人が本人名  
18 義の署名・押印をする場合（いわゆる署名代理がなされた場合）には、相手方は本  
19 人と代理人が別人であることに気付かない可能性があるが、このような場合でも  
20 顕名があったといえるのか。

21 顕名は、効果の帰属先を明らかにするものであるため、相手方が代理行為の効  
22 果帰属先を了知できれば足りる。そして、署名代理がなされた場合でも、本人名義  
23 の署名・押印がある以上は、相手方は代理行為が本人に帰属すること自体は了知す  
24 ることができる。したがって、署名代理がなされた場合にも、顕名があったという  
25 べきである。

26 本件でも、AがBの住所及び氏名を記入し、Bの実印を押捺したことで、Bの顕  
27 名が認められる（②充足）。

28 ウ 最後にBは本件売買契約の締結以前にAに代理権を授与していることから、③  
29 の要件も充足する。

30 エ したがって、本件売買契約はBに効果帰属するため、Bは甲土地の所有権を喪  
31 失している。

32 3 よって、Bは上記抹消登記手続請求をすることができない。

33 第2 (2)の場合について

34 1 上記と異なり、BからAへの代理権授与がない場合には、Bの抹消登記手続請求は  
35 認められるか。前述のとおり、当該請求が認められるためには、Bが甲土地の所有権を  
36 有していること、Dが権原なく甲土地の所有権移転登記を経由していることが必要で  
37 ある。

38 2 甲土地の所有権

39 (1) Dは(1)の場合と同様に本件売買契約によりBが甲土地の所有権を喪失するという  
40 反論をすると考えられる。前述のとおり、Dの反論が認められるためには、本件売買  
41 契約がAに効果帰属することが必要である。

42 (2)ア 有権代理

43 まず、有権代理(99条1項)により本件売買契約がAに効果帰属しないか検  
44 討する。

45 (a) BからAへの代理権授与はないから、Aには本件売買契約締結の任意代理権  
46 はない。

47 (b) もっとも、761条は、夫婦相互の責任について定め、その前提として日常家  
48 事については、相互に代理権を認めるものであるところ、同条に基づく日常家事  
49 代理権がAに認められないか。

50 同条の趣旨は夫婦の一方と取引関係に立つ第三者の保護をすることにある。  
51 したがって、「日常の家事」とは、個々の夫婦がそれぞれの共同生活を営むうえ  
52 において通常必要な法律行為を指す。この判断については、単にその法律行為を  
53 した夫婦の共同生活の内部的な事情やその行為の個別的な目的のみを重視して  
54 判断すべきではなく、さらに客観的に、その法律行為の種類、性質等をも充分に  
55 考慮して判断すべきである。

56 本問では、たしかに、甲土地の売却というAの代理行為は子Cの将来の生活  
57 の基盤とする目的で行われている。しかし、土地という不動産は高価で重要性を  
58 持つ財産であるという客観面も考慮すれば、土地の売却が、AB夫婦がそれぞ  
59 れの共同生活を営むうえにおいて通常必要な法律行為であるとはいえない。し  
60 したがって、Aによる本件売買契約の締結は、「日常の家事」の範囲を超えているた  
61 め、これが日常家事代理権という「権限」(99条1項)内の行為とはいえない。

62 (c) 以上から、有権代理によつては、本件売買契約はBに効果帰属しない。

63 イ 表見代理の成立可能性

64 それでは、日常家事代理権を基本代理権とする表見代理(110条)は成立しな  
65 いか。

66 (a) まず、法定代理権が基本代理権たり得るかが問題となるも、肯定的に解すべ



- 67 きである。条文上限定がないし、相手方の保護の必要性もあるからである。
- 68 (b) とはいえ、直接的に110条を適用してしまうと、日常家事を超える重大な  
69 行為にも表見代理が成立し、夫婦別産制（762条）を害する。
- 70 そこで、110条の趣旨を類推し、当該法律行為が当該夫婦の日常家事の範  
71 囲内にあることにつき、善意・無過失（そのように信じたこと及びそのように信  
72 じたことにつき「正当な理由」があること）を要求すべきである。
- 73 (c) 本件では、Dは、土地売却行為が、AB夫婦の日常家事の範囲内にあると信じ  
74 ていた可能性があり、善意だったかもしれない。
- 75 しかし、前述のとおり、土地は高額な財産であるうえ、AB夫婦は日常的に土  
76 地の売却を行っているわけでもない。そうである以上、Dの知り得た事情を基礎  
77 としても、AB夫婦にとって共同生活を営むうえにおいて通常必要な法律行為  
78 といえないことは明白である。したがって、Dが土地の売却を日常の家事の範囲  
79 内と信じたことにつき過失があることは明らかである。
- 80 (d) 以上から、表見代理によっても、本件売買契約はBに効果帰属しない。
- 81 (3) したがって、本件売買契約がBに効果帰属しない以上、従来どおり、甲土地の所有  
82 権はBが有している。
- 83 3 また、そうである以上、Dは権原なく甲土地の所有権移転登記を経由していること  
84 になる。
- 85 4 よって、Bは上記抹消登記手続請求をすることができる。
- 86 以 上

#### 14 第181問

##### 1 第1 設問1

2 1 Dは、AがBにした甲マンションの財産分与について詐害行為取消権（424条1  
3 項）を行使して、甲マンションの所有権移転登記の抹消登記手続を求めることができる  
4 か。

5 2 詐害行為取消権が認められるためには、①被保全債権が金銭債権かつ強制執行可能  
6 なものであること、②債務者の無資力、③詐害行為、④詐害意思、⑤被保全債権が詐害  
7 行為の前の原因に基づいて生じたこと、⑥受益者の悪意の要件を充足する必要がある。

8 3(1) 本件で債権者Dの有する被保全債権は、貸付金であるため、金銭債権かつ強制執  
9 行により実現することができるものである（①充足）。また、Dの有する貸金債権が  
10 詐害行為前の原因に基づいて生じたことも明らかである（⑤充足）。

11 また、Aは債務超過の状態であるため②の要件も充足する。そしてAは自己の財  
12 産状況を把握していると思われるため、甲マンションをBに財産分与することによ  
13 り、債権者を害することは認識していたと考えられる（④充足）。BとAは夫婦であ  
14 ることから、BもAの財産状況を把握していると思われるため、Aが甲マンションを  
15 Bに財産分与することにより債権者を害することは認識していたと考えられる（⑥  
16 充足）。

17 (2)ア 最後に本件で、③詐害行為の要件を充足するか。詐害行為は、財産権を目的とす  
18 る法律行為であることが必要であるところ、財産分与がそれに該当するかが問題  
19 となる。

20 イ 財産分与は夫婦が婚姻中に取得した実質上共同の財産を清算分配し、かつ、離  
21 婚後における一方当事者の生計を維持することを目的とする行為であり、本来分  
22 与者の自由意思に委ねられるべき身分行為である。したがって、取消しの対象とな  
23 らないのが原則である。もっとも、768条3項の趣旨に照らして分与が不相当に  
24 過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような  
25 特段の事情があれば、その部分については詐害行為として取消しの対象となり、  
26 「財産権を目的としない行為」（424条2項）には当たらない。

27 ウ まず、財産分与は特段の事情がない限り、2分の1とすることが多い。甲マンシ  
28 ョンがAの唯一ともいえる財産であることからすれば、甲マンションの価値の2  
29 分の1に相当する部分は、不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処  
30 分というべきである。

31 エ よって、本件財産分与のうち、甲マンションの価格の2分の1を超える部分に  
32 ついては、詐害行為取消権の対象となる。

33 (2) 本件財産分与が詐欺行為取消しの対象となるとしても、Dは、甲マンションの財  
34 産分与について、詐欺行為取消権を行使した上で、登記の抹消登記手続を求めること  
35 ができるか。

36 財産分与の対象が不動産のような不可分なものである場合、被保全債権の債権額  
37 を超える場合であっても、全部の取消しが認められ、現物返還が肯定されるのが原則  
38 である（424条の8参照）。しかし、本件で取消しの対象となるのは、不相当に過  
39 大な範囲のみであるから、現物返還は認められず、価格賠償にとどめるべきである  
40 （424条の6第1項後段）。

41 そして、この場合、Dの下へ直接支払請求をすることができる（424条の9第2  
42 項）。

43 (3) したがって、Dは甲マンションの財産分与について詐欺行為取消権を行使するこ  
44 とができるが、不相当に過大な分につき価格賠償を受け得るにとどまる。

## 45 第2 設問2

46 1 まず、財産分与には慰謝料的な要素も含めることができるため、AがBに対して慰  
47 謝料500万円の支払を約束すること自体は問題がない。

48 では、甲マンションと慰謝料としての500万円の支払を内容とする財産分与は詐  
49 害行為取消権の対象となるか。

50 2 これについては、設問1と同様、原則として詐欺行為取消権の対象とならないが、7  
51 68条3項の趣旨に照らして分与が不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた  
52 財産処分であると認めるに足りるような特段の事情があれば、その部分については詐  
53 害行為として取消しの対象となると考える。

54 3 本件についても、財産分与の清算的要素、慰謝料的要素を勘案して、なお不相当に過  
55 大といえる部分があれば、その範囲では詐欺行為取消権の対象となる。

56 以 上

## 15 第210問

### 1 第1 小問(1)

2 1 Cは、Bに対して、共有持分権に基づく妨害排除請求として、甲不動産のB名義の所  
3 有権移転登記を、Cの持分を2分の1とする所有権移転登記に更正登記手続をするよ  
4 う請求している。

5 2 これに対して、Bは、Cの請求は「相続回復の請求」であり、かかる請求は、「相続  
6 人」Cが「相続権を侵害された事実を知った時から5年間」が経過しており、Cの請求  
7 権は「時効によって消滅」している（884条前段）と主張していると考えられる。そ  
8 こで、共同相続人間における相続回復請求にも同条が適用されるかが問題となる。

9 (1)ア ある共同相続人による他の共同相続人の相続権の侵害も、自己の相続持分を超  
10 える部分については、非相続人による侵害の場合と異なるものではない。それ故、  
11 884条の趣旨である法律関係の早期解決の要請は、共同相続人相互の争いにつ  
12 いても同じく妥当する。そこで、原則として、共同相続人間においても884条が  
13 適用され、他の共同相続人の相続分を侵害した共同相続人（以下、このような共同  
14 相続人も含めて「表見相続人」という語を用いる。）は同条の消滅時効を援用し得  
15 ると解する。

16 イ もっとも、相続権侵害の開始時点において自らに相続権がないことにつき悪意  
17 の者、又は自らに相続権があると信じるにつき合理的な事由のない者（悪意又は有  
18 過失の表見相続人）は、例外的に884条の消滅時効を援用することができないと  
19 解すべきである。この場合の表見相続人は、一般の物権侵害者ないし不法行為者に  
20 すぎないため、884条による保護に値しないからである。

21 (2) これを本件についてみると、表見相続人Bは、Cに無断で自己の単独名義の所有  
22 権移転登記を行った時点において、自分の他に共同相続人Cがいることを知ってい  
23 たと考えられるため、Cの相続分につき自己に相続分がないことに悪意であったと  
24 考えられる。したがって、悪意の表見相続人Bは、例外的に884条の消滅時効を援  
25 用することができない。

26 (3) 以上から、Bの消滅時効の主張は認められない。

### 27 第2 小問(2)

28 1 Cは、Dに対して、共有持分権に基づく妨害排除請求として、甲不動産の所有権移転  
29 登記手続請求をしていると考えられる。

30 2 これに対して、Dは、884条前段の消滅時効によりCの主張する請求権は時効消  
31 滅した、と反論すると考えられる。

32 (1) 上述のとおり、相続権侵害の時点において、表見相続人が他の共同相続人の存在

33 について悪意又は有過失である場合には、例外的に同条の消滅時効を援用できない。  
34 　そして、相続財産に属する個別財産を表見相続人が第三者に譲り渡した場合であ  
35 　っても、悪意又は有過失の有無は、第三者ではなく表見相続人について判断すべきで  
36 　ある。そして、表見相続人が悪意又は有過失である場合には、表見相続人自身だけで  
37 　なく譲受人も884条の消滅時効を援用できないと解すべきである。

38 (2) 本件では、上述のとおり、Bが悪意の表見相続人である。したがって、Bからの甲  
39 　不動産の譲受人Dも、例外的に884条の消滅時効を援用できない。

40 (3) 以上から、Dの消滅時効の反論は認められない。

41 3　よって、CはDに対し、上記の所有権移転登記手続請求をすることができる。

42 以　上