

論文式試験問題集
[民法・民法 I]

〔民法・民法Ⅰ〕

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。

【事実】

1. Yは、1980年代の空前の巨大迷路ブームに便乗して、関東郊外の空き地を廉価で購入しては、巨大迷路を設営し、一財を築いていた。Yは、1982年2月1日、所有者Xから、空き地甲（以下、甲という。）と空き地乙（以下、乙という。）をそれぞれ10万円で購入する旨の売買契約を締結し、同日、Xから甲乙の明渡しを受けた。XY間の移転登記手続きは、土地が低廉かつ一時的利用に過ぎないため登記をわざわざしたくないとして行われなかった。
2. ブームが過ぎ去り、甲乙は、長い間空き地のままであったが、甲で駐車場経営をしたいという人物AがYのもとに現れた。そこで、Yは、2015年6月1日、Aとの間で、甲につき、10年間、月額1万円で賃貸する旨の契約を締結し、同日、甲をAに明渡した。
3. その数か月後、乙につき、同じく駐車場経営をしたいという人物BがYのもとに現れたため、Yは、2015年9月1日、Bとの間で、乙につき、10年間、月額1万円で賃貸する旨の契約を締結し、同日、乙をBに明渡した。
4. 甲と乙の賃料は、A・Bの銀行口座からYの銀行口座に毎月自動振り込みされた。
5. その後、甲乙の付近の河川で毎年夏に開催される花火大会がTVで全国放映され知名度が一気に上がり、それを機に宿泊者や観光バスの駐車が激増したため、2017年以降、甲乙の年間3日間の駐車場経営の利益はそれぞれ80万円（年間利益の8割に相当）に伸びている。
6. Yは、2019年3月1日、自己所有の実物大の恐竜のオブジェ（以下、丙という。）を第三者に月1万円以上で賃貸することをAに委任する旨の委任契約を締結し、その旨が記載された委任状をAに交付した。
7. 2019年3月10日、甲を500万円で購入したい人物CがAの自宅に現れた。Aは、Yにバレなければ良いと思い、また、将来バレても250万円で売却できたと嘘を付いて250万円を渡せば許してくれるだろうと安易に考え、Yに無断で甲をCに売却することを決意した。そこで、Aは本件委任状を勝手に書き換えた上で、Aは、Cに自己はYの代理人であることを示して、2019年3月20日、Cとの間で、甲につき、代金500万円で売買する旨の契約を締結し、同日、甲をCに明渡した。頭金として50万円をCはAに支払い、残金450万円は移転登記手続と引換えに支払うこととなった。
8. 上記7.の書き換えは、当該箇所（「丙」、「1万円」、「賃貸」）を二重線で消し、近所の文房具屋で購入した三文判を修正印として用いて二重線の上に押印して、その横に手書きで新たに「甲」、「500万円」、「売買」と記載を書き加えただけのものであった。
9. その後、Cは、2020年2月1日、観光業を営むZとの間で、甲につき、代金700万円で売買する旨の契約を締結し、同日、甲をZに明渡した。頭金として70万円をZはCに支払い、残金630万円は移転登記手続と引換えに支払うこととなった。
10. 上記9.の売買契約締結の際、甲の登記は、依然としてX名義のままであった。すなわち、「登記の目的 所有権移転。原因 昭和43年2月1日売買。権利者その他の事項 所有者 南市北町一丁目2番3号 X」が最新の記載である。
11. Cから購入するにあたり、Zは、可能な限りの調査を尽くし、Cが甲の真の所有権者であると信じて甲を購入した。
12. その後、事情を知ったYは、2020年2月23日、Zに対して、甲の明渡を請求した。

〔設問1〕

【事実】12.におけるYのZに対する甲の明渡請求は認められるか検討しなさい。

【事実の追加】

13. 玩具コレクターであるYは、強制執行を免れるため、2019年3月20日、Bと通謀して、Y所有のブリキの玩具（以下、丁という。）をBに100万円で売却する旨の売買契約を仮装し、虚偽の売買契約書をBに交付した。
14. 2019年4月1日、土地乙を600万円で購入したいという人物CがBのもとに現れた。Bは金策に困っていたので、Yに無断で乙をCに売却することを決意した。そこで、Bは、上記13.記載の売買契約書を勝手に書き換え、それをCに提示した上で、Bは、2019年5月10日、Cとの間で、乙につき、代金600万円で売買する旨の契約を締結し、同日、乙をCに明渡した。頭金として60万円をCはBに支払い、残金540万円は移転登記手続と引換えに支払うこととなった。
15. 上記14.の書き換えは、当該箇所（「丁」、「100万円」）を二重線で消し、近所の文房具屋で購入した三文判を修正印として用いて二重線の上に押印して、その横に手書きで新たに「乙」、「600万円」と記載を書き加えただけのものであった。
16. その後、Cは、2020年2月1日、観光業を営むZとの間で、乙につき、代金700万円で売買する旨の契約を締結し、同日、Zに乙を明渡した。頭金として70万円をZはCに支払い、残金630万円は移転登記手続と引換えに支払うこととなった。
17. 上記16.の売買契約締結の際、乙の登記は、依然としてX名義のままであった。すなわち、「登記の目的 所有権移転。原因 昭和45年6月7日売買。権利者その他の事項 所有者 南市北町一丁目2番3号 X」が最新の記載である。
18. Cからの購入にあたり、Zは、可能な限りの調査を尽くし、Cが甲の真の所有権者であると信じて甲を購入した。
19. その後、事情を知ったYは、2020年2月23日、Zに対して、乙の明渡を請求した。

【設問2】

【事実】19.におけるYのZに対する乙の明渡請求は認められるか検討しなさい。

2020年2月23日

担当：明治大学法学部 専任講師 神田英明

参考答案

[民法・民法I]

第1 設問1 甲について

1. 甲について、Aが所有権者Yの代理人としてCに売却する売買契約を締結しているが、Aは甲について何ら代理権を有していない。よって、Yが本件無権代理行為を追認（民法（以下省略）113条）しない限り、C・Zは甲の所有権を取得できないのが原則である。

2. (1)しかし、例外として、YはAに丙の賃貸を委任しているため、110条に基づく表見代理が適用され、C・Zは甲の所有権を取得しないか問題となる。

(2)まず、YはAに丙の賃貸を委任しているため、Aに(イ)基本代理権が認められる。

次に、AはYの代理人としてCに甲を売却しているため、(ロ)「権限外の行為をした場合」(110条)に該当する。この場合、基本代理権と行われた代理行為は同質である必要はないと解する。本人の利益は「正当理由」との相関的判断で調整が図られるべきである。

そして、「正当な理由」(110条)は相手方の善意無過失と同義であると解するところ、代理人が利益を受ける度合い、虚偽作出の容易性、本人確認の容易性と必要性、その他一切の事情を考慮して判断すべきである。本件では委任状の変更の度合いと体裁が明らかに不自然であるにもかかわらず漫然と行為したCに過失を認定できる。よって、(ハ)「正当な理由」があるとは言えない。

以上により、表見代理が成立せず、Cは甲の所有権を取得できない。
3. では、転得者Zの下で表見代理は成立しないか。110条にいう

「第三者」に転得者も含まれるか問題となる。

「第三者」に転得者は含まれないと解する。表見代理においては、代理権の外観に対する信頼が問題となるところ、外観に對面し全判断材料が過不足なく整備されるのは直接の相手方に限られるからである。

4. よって、Zは甲の所有権を取得できず、YはZに対し、所有権に基づき甲の明渡を請求できる。

第2 設問2 Zについて

1. 乙について、所有権はYにあり、かつ、YB間には有効な売買契約その他、乙所有権の承継取得原因は存在しないため、Zは丙の所有権を取得できないのが原則である。

2. そして、YB間の虚偽の売買契約は、丁売却についての通謀であるため94条2項を直接適用することもできない。

3. そこで例外法理たる同項の類推適用によって、C・Zは乙所有権を取得しないか問題となる。

思うに、94条2項の趣旨は、真の権利者の意思にかかわる虚偽表示があった場合に、帰責のある本人が作出した虚偽の外観を信頼した者を保護し、取引の安全を図ることにある。だとするならば、通謀がなくても、(イ)虚偽の外観が存在し、(ロ)その虚偽の外観作出について真の権利者の意思的関与という帰責性があり、(ハ)その虚偽の外観について真実であると第三者が信頼した場合、という三要件を満たせば、同項を類推適用する基礎があり、第三者に外観通りの権利取得の可能性を認めるべきである。

<p>4. ところで、94条2項「第三者」は無過失を要するか。要しないと解する。何故なら、①明文上要求されてなく、②虚偽外形作出への意思的関与という本人の帰責性が大きいからである。</p> <p>5. さらに、94条2項の「第三者」に権利保護資格要件としての登記具備を要求すべきか問題となる。</p> <p>登記は不要と解する。何故なら、表意者みずから虚偽の外観作出に関与しており帰責性が大きいため、明文に反してまで要求すべきでないといえるからである。</p> <p>6. ところで、本問は、丁について通謀したただけであり意思的関与の範囲を超えている。このような場合でも94条2項の類推適用が認められるか問題となる。</p> <p>一般的には、94条2項類推適用と110条の法意の重畳適用を認め、無過失の第三者を保護すべきである。基本部分がそもそも適法な場合(表見代理の場合)と94条2項によって有効とみなされる場合とで類型上の類似性があるからである。判例も、「仮登記」や「抵当権設定登記」という第一外形と「所有権移転登記」という第二外形が問題となつたケースで、94条2項類推適用と110条の法意の重畳適用を肯定する。</p> <p>しかし、通謀したのは丁の売買であり、乙の売買と関連性に乏しい場合にまで94条2項類推・110条法理の重畳適用を肯定してよいかは別問題である。</p> <p>確かに、本来の110条は、基本代理権と代理行為との関連性を問わない。しかし、94条2項類推・110条法理の重畳適用を論ずる</p>	<p>場面においては、考察されるべき利益衡量の前提が異なるため消極的に解すべきである。何故なら、110条は、転得者に適用はなく、かつ、代理権の存在を積極的に信頼することが必要とされているのに対して、94条2項は、転得者を保護し、かつ、虚偽の意思表示についての「不知」で足りる。そのバランス上からも真正権利者に強度な帰責事由を要求することが、民法が予定する第三者保護法理の類型処理上、妥当だからである。</p> <p>本件では売買契約書の変更の度合いと体裁が明らかに不自然であるにもかかわらず漫然と行為したCに過失を認定できる。仮に無過失であっても、通謀と売買の間の同質性に乏しい。よって、いづれにせよ94条2項の類推・110条法理の重畳適用は認められず、Cは乙の所有権を取得できない。</p> <p>7. では、転得者Zの下で94条2項の類推・110条法理の重畳適用は認められないか。</p> <p>94条2項の「第三者」に転得者も含まれると解するが、第三者は不知で足り、通謀虚偽表示のみならず契約自体を具体的に認識している必要はなく、抽象的にその契約の有効性を認識すれば足りると解すべきである。よって、Zは(イ)第三者の信頼要件を満たし得る。</p> <p>しかし、既に述べた通り、通謀と売買の間に関連性がないため(ロ)本人の帰責性の要件は認められない。よって、Zは乙の所有権を取得できない。</p> <p>8. 以上により、Zは乙の所有権を取得できず、YはZに対し、所有権に基づき乙の明渡を請求できる。 以上</p>
--	--

2020年2月23日

担当: 明治大学法学部 専任講師 神田英明

予備試験答案練習会(民法・民法Ⅰ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(14)		
110条表見代理の基本代理権の限定の有無		5	
110条表見代理の正当理由の内容		4	
110条「相手方」に転得者は含まれるか		5	
〔設問2〕	(26)		
94条2項類推適用論の展開		4	
94条2項「第三者」:絶対的構成と相対的構成		2	
94条2項「第三者」:無過失の要否		5	
94条2項「第三者」:登記の要否		2	
意思外形非対応型の類推適用		5	
94条2項類推・110条法理重畳適用場面における関連性の要否		4	
94条2項「第三者」に転得者は含まれるか		4	
○裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

民法・民法Ⅰ 解説レジュメ

第1. 出題趣旨

設問1は、権限外の行為の表見代理（110条）における基本代理権の内容と「第三者」の範囲を問う問題である。設問2は、94条2項類推適用や110条法理との重複適用における「第三者」の保護要件と「第三者」の範囲を問う問題である。これら第三者保護法理をめぐる具体的テーマを通じて、民法の基本概念と制度の正しい理解、さらには真の法律解釈力の有無を問うことを目的としている。

第2 設問1 甲所有権取得の可否

(1) 原則

土地甲について、Aは所有権者Yの代理人としてCに売却する売買契約を締結しているが、Aは甲に関する代理権を有していないため無権代理である。よって、Yが本件無権代理行為を追認（113条）しない限り、C・Zは甲の所有権を取得できないのが原則である。

(2) 例外としての第三者保護 110条適用の可否

一 問題の所在

しかし、例外として、土地甲について、YはAに恐竜のオブジェ丙の賃貸を委任しているため、110条に基づく表見代理が適用され、C・Zは所有権を取得しないか問題となる。

二 110条の基本代理権の同質性の要否：関連性を要するか

(1) 110条は「権限外の行為の表見代理」について定め、「代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて」本人が責任を負うと規定する。

110条の表見代理が成立するためには、基本代理権は法律行為に関するものであることを必要とする一方で、代理制度の信頼を高める趣旨から、基本代理権と行われた代理行為は同質である必要はないとするのが判例・通説である（大判昭5年2月12日民集9巻143頁、最判昭40年11月30日裁判集民81頁221号）。なお、本人側の保護を考慮する必要があるが、その配慮は基本代理権と代理行為との関連性が薄く第三者が相当の注意をすれば疑念を生じ得るときは、正当理由を欠くことになるとした判例法理（大判昭16年2月28日民集20巻264頁）を活用することにより、本人と相手方の利益の調整が図られると考える。

三 110条「正当な理由」：本人の帰責事由の要否

110条にいう「正当な理由」について、相手方の善意無過失要件と同義であるか否か問題となる。通説は、両者を同視する。これに対し、本人側の事情も含めて総合的に判断すべきとする見解も有力である。後者の立場は、権利外観法理は本人の帰責性を要求すること、基本代理権の付与だけでは本人に責任を課すだけの本人の帰責性としては不十分であることを理由とする。

四 相手方の善意無過失と判断事由

無過失か否かを判断するに当たっては、本人側が受ける影響の大きさ、無権限作出の容易性、代理人が利益を受ける度合い、偽造書類等の作出容易性と判断容易性、本人確認の容易性と必要性、過去の取引や信頼性、その他無権代理行為がなされたときの一切の事情を考慮して判断すべきである（平野・第2版 415 頁）、本問では、委任状の変更事項と体裁が杜撰であるため、特段の事情が存在しない限り、Cの過失を認定しうる。

(3) 例外としての転得者保護の可否 110条「第三者」に転得者も含むか

表見代理では、「無権代理人が正当な代理人であること」が信頼の対象に置かれる。「本人—代理人—相手方」という三者関係から離れる者であれば離れる者ほど、①代理人に代理権があると信頼する正当性を左右する判断材料が乏しくなる。のみならず、②そもそも代理を用いた契約か否かといった事情自体に疎くなっていくため、保護される関係者の登場が激減していくという特色がある。

しかし、代理権の判断材料への接近が極端に困難になるとしても、例外的に判断材料に恵まれる場合もあることから、そのときでも転得者は保護される余地はないのか、すなわち、110条にいう「第三者」に転得者も含まれるか否か、問題となる。

これについては否定説が判例・通説である（最判昭36年12月12日民集15巻11号2756頁、最判昭45年3月26日判時587号75頁）。すなわち、一旦相手方に過失が認定された以上、その段階をもって本人側は保護される。表見代理においては、代理権の外観に対する信頼が問題となるところ、外観に対面し全判断材料が十分、かつ、歪みなしに判断できる程度に整備されるのは直接の相手方に限られるからである。第三者保護法理の類型的観察上、民法はこのような枠組みにて表見代理領域における真正権利者と第三者との利益調整を図っていると整理されよう。

第3. 設問2 乙所有権取得の可否

(1) 原則

土地乙について、所有権はYにあり、かつ、YB間に売買契約その他、有効な所有権承継取得原因は存在しないため、C・Zは乙の所有権を取得できないのが原則である。

(2) 例外としての第三者保護 94条2項類推適用の可否

一 問題の所在

しかし、例外として、土地乙について、ブリキの玩具丁の売買契約につきYB間に通謀虚偽表示が存在するため、94条2項の類推適用によって、C・Zは所有権を取得しないか問題となる。

なお、第三者が一旦要件を具備して保護された以上、その後の転得者はたとえ悪意であっても、前主の地位を承継し権利を取得とするのが判例・通説である（いわゆる絶対的構成）。よって、本問で、Cが94条2項類推適用の「第三者」の保護要件を満たせば、Zは悪意でも保護されることになる。もしCが保護要件を満たさないときは、94条2項の「第三者」に転得者も含まれるか否か、転得者Zの下で保護要件を具備するか否かを新たに検討することになる。

二 94条2項類推適用論の展開

94条2項類推適用とは、通謀虚偽表示がなくても、真の権利者と異なる者に不動産の登記名義が存在し、その登記の存在が何らかの意味において、真の権利者の意思にかかわるものであることを前提に、あるいは、虚偽表示をした場合と実質的に同視しうる程度の帰責事由を真の権利者に認めうることを前提に、その場合にその登記を信頼した第三者を保護できるとする解釈である。登記に公信力を認めない我が民法の下で、不動産取引の安全を図る機能と役割を期待されているものである。

最判昭和29年8月20日民集8巻8号1505頁を皮切りに、昭和40年代に94条2項類推適用を肯定する多数の判決が続き、これにより一つの判例法理が形成されたといわれている。すなわち、真正権利者が不実の登記に対して意思的承認をした場合に、不実登記を信頼した第三者にその権利の帰属を認めるという法理である。すなわち、いわゆる不実登記を起点とする94条2項類推適用論（以下、便宜上「不実登記型類推適用」という。）である。一般的に議論されるのは、ほぼこの類型である（なお、最判平成18年2月23日民集60巻2号546頁に注意）。

94条2項類推適用の基礎理論の性質について種々の議論が展開されているが、権利外観法理の現れであると把握する立場が有力である。すなわち、この立場によれば、(イ)虚偽の外観が存在し、(ロ)その虚偽の外観作出について真の権利者に帰責性があり、(ハ)その虚偽の外観について真実であると第三者が信頼した場合、との三要件を満たせば、同項を類推適用する基礎があり、第三者に外観通りの権利取得の可能性が付与されることになる。

ところで、所有権名義の変更がない本件事案は、不実登記に対する信頼を問題とせず、契約書などの意思表示を虚偽の外観と捉えて94条2項類推適用を論ずる場面であり（以下、便宜上「意思表示型類推適用」という。）、その点の特殊性を意識することが重要である。

三 94条2項「第三者」：無過失要件の可否

94条2項にいう「善意」につき、過失のない善意であることまで要するかについて、争いがある。

真正の権利者保護と取引の安全の調和が民法の一大使命であるところ、公信の原則は、真正の権利者の犠牲の下に取引の安全を重視する一方で、権利外観法理は、まさにその理論の内部に両者の調和を目指す秩序が内在している点にその特徴がある。すなわち、即時取得（公信の原則）は真実の権利者を犠牲にしてまでも保護する法理である故に無過失が不可避的に要求される点に特徴があるのに対し、権利外観法理では、原則は無過失を要求するが、利益衡量をその基調とする以上、本人側の帰責性の重さ次第で過失不問もありうることになる。

無過失不要説は、①わざわざ明文に反してまで要求すべき理論的理由もないこと、②通謀虚偽表示においては本人側の外形作出への関与が積極的であり帰責性の程度が大きいことを理由とする。

これに対し、無過失必要説は、①94条2項が権利外観法理の一つの現れであり不注意に信頼した者を真の権利者の犠牲において保護する必要はないこと、②無過失の認定を弾力的にすることにより権利者と第三者の双方の利益状況を比較して妥当な解決を図ることが可能となることを理由とする。無過失要件を要求する結果、同項の類推適用が認められ易くなるという副次的効果もある。なお、類推適用の場合に限り無過失要件を要求する学説もある。

四 94条2項「第三者」：権利資格保護要件としての登記の要否

即時取得は、契約を締結するだけでは足りず、自ら「占有を始めた」（192条）ことが要求される。これに関連して、94条2項の第三者に権利資格保護要件としての登記の具備を要求すべきか問題となる。

登記を不要とするのが判例・通説である。虚偽表示の場合は、表意者みずから虚偽の外観を作出しており帰責性が強いところ、明文に反してまで第三者に登記を要求すべきでないことを理由とする。

これに対し、本人保護と取引の安全の双方の調和を重視し、弾力的かつ妥当な結論を導くべきとの発想から、権利保護資格要件としての登記を要求する見解も有力である。

五 94条2項類推・110条法理の重畳適用

いわゆる意思外形非対応型の処理において、判例は、意思的関与の範囲を超えた場合であっても、無過失の第三者を保護する法理を展開している。原則として類推の基礎を欠くことになるところ、基本部分がそもそも適法な場合（表見代理の場合）と94条2項によって有効とみなされる場合とで利益衡量上の相違はないことから、その類型上の類似性に着眼し、94条2項類推適用と110条の法理の重畳適用という手法によって救済するのが、判例・通説である。例えば、「仮登記」や「抵当権設定登記」という第一外形と「所有権移転登記」という第二外形が問題となったケースで、94条2項と110条の法意の重畳適用を肯定する（最判昭和45年4月16日民集24巻4号266頁，最判昭和45年9月22日民集24巻10号1424頁，最判昭和48年6月28日民集27巻6号724頁）。

これに対し、本人側の帰責事由と相手方の信頼とを相関関係的に考察して処理する権利外観法理説に立てば、110条の法理に頼らず、相手方の信頼と相俟って類推の基礎ありとするに足りると評価されるならば、基本部分の関与だけでも類推するに充分となりうる。なお、この立場は94条2項で既に「無過失要件」を必要とするため、110条の法理を借用する実益にそもそも乏しい。

六 110条法理の重畳適用場面における同質性の要否

本来110条は、既に述べたように、基本代理権と行われた代理行為とは必ずしも同質である必要はない、すなわち、基本代理権と代理行為との関連性を問わない、とするのが判例・通説である。

94条2項類推・110条法理の重畳適用が問題となり得るケースにおいて、このような関連不問性を貫いてもよいのか問題となる。

これについて消極的に解すべきとする説がある。すなわち、110条の直接適用の場面では、本来、保護の対象が代理行為の相手方に限定され、かつ、代理権の存在を積極的に信頼することが必要とされている。これに対して、94条2項の適用場面は、保護の対象が転得者まで拡大され、かつ、第三者や転得者は虚偽の意思表示について「不知」で足りる。そのために、94条2項の場合はその分、真正権利者に強度な帰責事由を要求することで、バランスを取るべきであり、だとするならば、関連性を不問にすることは、第三者保護要件の過剰緩和を意味し、民法が予定する第三者保護法理の類型的処理上妥当でないとする説明である（このことを五の場面において指摘するものとして、中舎寛樹「民法九四条の機能」『民法の争点』（有斐閣、2007）68頁）。とりわけ意思表示型類推適用を考察する際に大いに参考になろう。

（3）例外としての転得者保護の可否、及び、信頼の対象（不知か信頼か）

94条2項の「第三者」に転得者も含まれるとするのが判例・通説である。

信頼の対象や保護される者の範囲について、(i)いわゆる「不実登記型類推適用」場面では、「登記名義人が正当な権利者であること」が信頼の対象に置かれる。この場合、直近の不実登記を問題とすることが多いため、瑕疵から遠く離れる者であっても、信頼要件を満たすことが容易

となる。この点は、「無権代理人が正当な代理人であること」を信託の対象に置くため転得者の除外が論じられている表見代理とは対照的である。

これに対し、(㊦)94条2項直接適用や、いわゆる「意思表示型類推適用」場面では、善意とは、通常の使用に従い、第三者がその法律行為が虚偽表示であることを知らないこと、すなわち「不知」で足りる。契約の存在を抽象的に認識していれば足り、契約の存在自体を具体的に認識している必要すらないならば、遠くに離れた転得者であればあるほど「不知」になり易いという結論となる。

以 上

2020年2月23日

担当：明治大学法学部 専任講師 神田英明