

論文式試験問題集
[民法・民法Ⅱ]

〔民法・民法Ⅱ〕

A(95歳)は、加齢とともに徐々に判断能力が衰え始め、2015年頃からしばしば事理弁識能力を欠く状態になった。2020年10月10日、Aは、事理弁識能力を欠いている時に、骨董商Bの言うままに、Bの所有する有名な武将が使ったという逸話の残る茶碗・甲を600万円で購入し、直ちに引渡しをうけた。この事案について、以下の問いに答えよ。なお、各問は独立した問いであり、特別法については考慮しないものとする。

設問 (配点：50点)

〔設問1〕

- (1) AはBに対し600万円の返還を請求することができるか。
- (2) 2020年10月25日、Bのもとに甲を800万円で購入したいという顧客が現れた。BはAに甲の返還を請求できるか。

〔設問2〕

AがBに600万円の返還を請求する前に、未曾有の洪水により甲が滅失していた。滅失の時点での甲の時価は580万円とする。この場合に、AのBに対するこの返還請求は認められるか。Bは次の二点に不満を持っているようである。Bの反論を考慮しつつ論ぜよ。

- ① Bが600万円を返すのであれば、Aも甲を返すべきである。Aが甲を返すまで、600万円は返したくない。
- ② Aが甲を返せないというなら、Bも600万円から甲の時価相当額を差し引いた20万円の返還に留めたい。

〔設問3〕

2020年10月30日、Aを被後見人とし、Cを後見人とする後見開始の審判がされたとする。この場合のAB間及びAC間の法律関係を論ぜよ。

2020年3月1日

担当：弁護士 林 寛之

参考答案

[民法・民法Ⅱ]

第1 設問1

- 1 小問 (1)

(1) AはBに対して、民法（以下、法令名は省略する。）121条の2第1項に基づく原状回復請求として金600万円を請求することが考えられる。

(2) AはBとの間で甲の売買契約（555条）を締結している。しかし、Aは契約締結時に事理弁識能力を欠いていた。そのため、Aは契約時に「意思能力を有しなかった」（3条の2）といえ、A B間の甲売買契約は無効となる。

(3) よって、AはBに対して支払った代金分の600万円の返還を請求できる。
- 2 小問 (2)

(1) Bの方から、Aが意思無能力であるから契約は無効であるとして、甲の返還を請求することができるか。Bは自己の利益を図るためにAに契約を締結させている一方で、更に有利な条件で売却できるためAとの契約の無効を主張しようとしており不当に思える。

(2) 3条の2の趣旨は、意思能力なき本人を保護するためのものである。したがって、無効の主張権者は本人に限られると解する。

(3) よって、BはAの意思無能力を理由に売買契約の無効を主張し、Aに対して甲の返還を請求することはできない。

第2 設問2

- 1 小問 (1) と同様に、AはBに対して原状回復として600万円の返還を請求することが考えられる（121条の2第1項）。
- 2 Bの反論①（同時履行の抗弁権）

(1) 売買契約は無効のため、両当事者に原状回復義務が発生する。この義務は双務契約の巻き戻しであることから同時履行の抗弁権（533条）が類推適用される。そのため、Bは、甲と引き換えでなければ、600万円の返還をしない。以上のように反論することが考えられる。

(2) しかし、Bの反論は妥当でない。Aの甲返還債務は、甲は未曽有の洪水により滅失しており、返還債務を負うAの帰責事由なく履行不能となっている。そのため、同債務は損害賠償債務に転化することなく消滅している。

したがって、同時履行の抗弁権を主張するBの反論は失当である。
- 3 Bの反論②（価値相当額の返還）

(1) Aは甲の時価相当額について、価値相当額を返還せねばならず、これと自己の債務を相殺すると反論することが考えられる。

(2) しかし、Bは現存利益の返還で足りる（121条の2第3項）ため、価値相当額の返還を行う必要はない。
- 4 よって、AのBに対する600万円の返還請求は認められる。

第3 設問3

- 1 取消しの主張

(1) 後見人は、被後見人がした法律行為を取り消すことができる(9条本文)。甲の価格が600万円と高価であり、その用途も骨董品であることからすれば、その売買は日用品の購入とはいえず、同条但書の適用は受けない。Cは取り消しができるように思える。もっとも、後見人は就任前の被後見人の法律行為を取り消すことができるか問題となる。

(2) 仮に、就任前の法律行為についても取り消しができるとなると、取引関係に入る者は、相手の意思能力の有無に加えて、後見が開始する予定があるかも調査をしなければならず、これを相手方に要求するのは酷である。

したがって、同条本文により取消すことができるのは、後見人として就任した後の被後見人の法律行為に限られると解する。

(3) よって、Cは、A B間の売買契約を、取り消すことはできない。

2 無効の主張

(1) 上述のように、意思無能力を理由とする無効はいわゆる取消的無効であって、表意者のみが主張できる。しかし、意思無能力者自身が適切に無効を主張することは、期待しがたい。

(2) 後見人は、被後見人の財産について管理権を有し、被後見人の包括的な代表権を有する(859条1項)のであり、その職務について善管注意義務(869条、644条)を課されているのだから、被後見人にとつて最も利益に行動することが期待できる。

したがって、被後見人の代表権の内容として、後見人は無効主

張が可能であると解する。

(3) よって、Cは、A B間の甲売買契約の無効を主張することができる。

3 追認の主張

追認は、取り消すことができる行為について、取消権者に限りすることができる(122条、120条)。

本件では、A B間の甲売買契約は、取り消すことができる行為ではないので、追認することはできない。

もっとも、無効な行為であることを知って追認することで、新たな法律行為として契約を結び直すことはできる(119条)。

以 上

2020年3月1日

担当：弁護士 林 寛之

予備試験答案練習会(民法・民法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕小問1	(5)		
121条の2の指摘		3	
あてはめ		2	
〔設問1〕	(5)		
無効の主張権者の論点指摘		1	
3条の2の指摘		1	
意思無能力者保護の趣旨		2	
あてはめ		1	
〔設問2〕	(5)		
Bの主張が同時履行の抗弁権の類推であることの指摘・あてはめ		2	
Bの主張が価値返還の主張であることの指摘		1	
121条の2第3項の指摘・あてはめ		2	
〔設問3〕	(15)		
122条の指摘		5	
9条の指摘		2	
取消しの対象となる行為の時期		3	
Aの無効主張の援用		5	
○裁量点	(20)	20	
合 計	(50)	50	

民法・民法Ⅱ 解説レジュメ

第1. 出題趣旨

本問は、成年後見人という試験問題としてはあまり出題されない制度をテーマとした平成22年度司法試験民法第1問を素材として、民法改正の影響を踏まえつつ、受講生の民法に対する基本的な理解を問うことを目的としています。いわゆる旧司法試験は、旧民法下で作問されたものですが、基本的な民法の理解や法的思考力を問うのに最高の教材であることに変わりありません。「論点は10年で一巡する。」という言葉にならない、受講生は一度出題された問題については、本番までに徹底的に潰しておき、未知の出題のように見えて、実は刷り直したただけの問題には、きちんと気づくことができるよう万全の準備をすることが求められています。

第2. 設問1

1 小問(1)

(1) 基本的な考え方

論文問題を解く際のお作法は、①当事者の要望(「生の声」と表現する方もいます。)を考え、②それを法的主張に加工するという2ステップで進めるのが基本となります。①の段階では、自分が法律を知らない当事者の立場だったらなんというかとシンプルに考えてください。この段階では「何々権に基づく～」というような難しい言葉は使う必要はありません。

当事者の要望を想起したら、次は、それを法的主張に加工してやります。当事者の要望を基礎づける法律上の根拠が何なのか考えてください。今日の契約社会においては、他人に何かを要求するに際しては、契約が全てを中心にきます。なので、まずは債権的請求が成り立たないか、債権的請求を基礎づける4つの根拠(契約・不法行為・不当利得・事務管理)のうち、契約関係がないか、それがだめなら他の債権的請求が立たないか、更に債権的請求が立たないなら物権的請求ならどうか。このように考えていくのが基本的な発想になるでしょう。

(2) 当事者の要望

Aの要望は「600万(金)返せ。」です。

(3) 法的主張への加工

600万円はもともとAのものでした。しかし、AB間で売買契約が結ばれ、甲を購入する代金として600万円がBに交付されました。そのため、Bは正当に600万円を保持することができます。このままでは、Aには「金を返せ。」と言う根拠がないこととなります。売買契約が邪魔です。

そこで、売買契約をなかったことにする(解除・取消し等)ことを検討します。Aの気持ちを代弁するなら、「自分は何がなんだかわからなかったのだから、お金を取られたのは不当だ。」と言いたくなりますね。これは法律的にはどういうことなのか。問題文には、事理弁識能力とあるので、意思能力の話をしなければならないとあたりをつけなければいけません。意思無能力¹であれば、売買契約は無効になります。どうして意思無能力者の意思表示が無効になるかは

¹ 意思能力の判断は個別具体的な事情により異なりますが、一般的には6歳程度の知能を一応の目安としているとされます。

考え方がわかれますが、改正によって明文（3条の2）が設けられたので、これにあてはめればいいでしょう。

契約が無効になったら、Bは、600万円について無権利者でありながら、600万円を保持していることとなります。600万円はAのところになければならないのに、Bのもとにある。このズレを元に戻すための作業が必要となります（「原状回復」といいます。）。

この原状回復は不当利得（「債権」）としての性質をもっています。なお、ここにいう不当利得は、703条を根拠にするものではなく、121条の2第1項であることに注意してください。

2 小問（2）

（1）はじめに

Aのことを言いくるめておきながら、後になってそれを翻そうとするBの態度はなんだか都合のいいようにみえますね。しかし、「Bがけしからん。なんとかこらしめなければ。」という気持ちだけ先走らせて話を進めてはいけません。まずは地に足つけて、当事者はなんと聞いたか、そして法律上どうなっているかの検討をしましょう。大切なのは順番に沿った検討です。問題を見たときの印象・感想に引っ張られすぎないようにしてください。

（2）当事者の要望

問題文にある通り、「甲（物）返せ。」です。

（3）法的主張への加工

Bが、Aに立てる請求権は、小問（1）と同じく121条の2です。

無効は、契約の当初より無効なのであり、誰でも主張できるもののはずですから、返還請求ができるようになります（「絶対的無効」といいます。）。ただこの結論は、感覚的には変です。自分のいいようにAを食い物にしておいて、後になってもっと条件のいい話が来たから、Aとの取引を翻したい。なんとも都合のいい話です。

また、設問の構造からしても違和感があります。小問（1）と小問（2）で全く同じ結論になるというのは出題としても芸がありません。このような設問の構造から、出題者は、小問（1）との違いを踏まえて小問（2）を論じるよう受講生に誘導をかけていると推測できるのではないのでしょうか。

もちろん、当事者としてのAの立場からも、Bに対し、「そんな都合のいい話を認めてたまるか。」と言いたいでしょう。では何ができるのか。まずは、何か使えそうな条文を探しましょう。公序良俗や信義則²、権利濫用を思いつくかもしれませんが、ただ、少々乱暴です。確かに、Bのやっていることはフェアではないかもしれませんが、問題文中には、詐欺や強迫、犯罪行為を行っているとは評価できるほどの事実があるわけではありません。本問では一般条項に頼れるほどの悪質な事情はないので、条文の形式的適用による解決はできないと考えられます。また、あえて意思無能力に関する出題をしてきた出題者のことを考えると、意思無能力に関する制度趣旨から現場思考して立論することを求めていると考える方がスマートです。

解釈をするときは、制度趣旨に遡って考えていきます。そして、「そもそもこの条文の趣旨は・・・」とか「なんでわざわざこんな条文を作ったのか」というと・・・と頭の中で前置き

² 特に旧司法試験で顕著ですが、最終的には一般条項で解決してしまう問題がよくみられます。事実関係が少ないため気軽に使えてしまうのかもしれませんが、実務ではお目にかかることは少ないです。研修所の民弁起案（二回試験）では最後は信義則という出題もあるにはあります。試験と実務の乖離のあるところですね。

し、「そうだとすれば、このような条文にそのままあてはめられない場面ではこう考えるべきだよ」とあなたが考えた思考を答案に示してください。これが条文解釈です。

意思無能力者の意思表示が無効となる理由は、意思無能力制度の趣旨である本人保護という観点から説明できます。この趣旨から、保護の対象である本人でない相手方が無効を主張することはできないと論ずることができます。

第3. 設問2

1 Aの主張

(1) 当事者の要望

「600万（金）返せ。」です。

(2) 法的主張への加工

法律上の根拠は121条の2に基づく返還請求権です。

2 Bの主張

(1) 相手方当事者の要望

さて、ここまでは一方当事者の目線を中心に答案を組み立ててきました。本問では、相手方の反論も踏まえた答案を作らなければいけません。問題文に誘導がありますが、自分がBの立場だったらなんというか考えてみましょう。

Bは「返したくない!」と言いたいかもしれませんが、それを基礎づけられるほどの法律上の根拠はありません。「ただでは言うことを聞かないぞ!お前も茶碗（物）返せ。返すまでは金は渡さない。」と反論することが考えられます。本問では誘導をかけていますが、誘導がなくとも自分で相手の目線に立って反論を考える癖をつけてください。

(2) 法的主張への加工

ア これは同時履行を主張していると理解することができます。問題は同時履行をそのまま適用できるかです。そもそも、同時履行の抗弁権は、双務契約の牽連性によって認められるものです。確かに、今回の状況も双務契約（売買契約）を出発点に置いています。しかし、返還を求めているのは、双務契約（売買契約）によって直接発生した債権そのものではありません。元々の牽連関係にあるはずの債権（＝売買契約にもとづく代金支払請求権と売買契約に基づく目的物（甲）引渡請求権）は既にありません。同時履行の抗弁権の本来的な適用場面ではありません。そこで、類推適用を検討します。

本来、このように思考していくことになるのですが、本問では、既にBが「返せ」と要求しているその物がなくなっているため、この主張は前提を欠く主張になります。

イ そこで、次に「物が返せないなら、金で返せ」と反論することになります。「物から金へ」発想を切り替えます。お互いに金返せと睨み合っている状況です。121条の2は、物がなくなった際には、価値返還を請求できることが当然に含意されています。もっとも、意思無能力者については、121条の2第3項の規定があります。今回は同条3項の適用があります。本件で、甲は滅失しており現存利益はありませんから、Bの反論は認められません。

第4. 設問3

1 当事者の要望

CはA B間の取引を「取消」・「無効」・「追認」したいという要望があるようです。本問はそれにどう答えるかが問われています。

2 法的主張への加工

成年後見人は何ができるのか。条文を見てみると、9条で、後見人は取消しができます。無効については規定がありません。追認は、122条に規定があります。答案では、最低限これらのことに言及しなければなりません。

では、成年後見人は、取消しについて、就任前の成年被後見人の行為を取り消せるのでしょうか。考えてみると、自分が後見人として関与していない時期の取引を取消せるとするのは少し変です。もっとも、今回の相手方は不誠実だから、被後見人を保護する方向も十分あり得るのではと思っただ方もいるかもしれません。しかし、他の規定（成年被後見人本人による無効の主張や後述する後見人による本人の無効の援用）で保護がなされているのであれば、あえてここで原則論を修正しに行く必要はありません。全体のバランスも考える必要があります。

結局、成年後見人は、自己の就任以降の被後見人の行為について取消権の行使ができると理解するのが素直です。それ以前の行為についても取り消せるとなると、どこまでも遡って取り消せることとなります。就任前については、無効の援用一本に絞って、法律行為時に意思無能力であったか否かの立証の問題として解決すればよいように思われます。

次に、無効です。無効の規定がなくて焦るかもしれませんが、必要以上に条文を探すことに時間をかけ過ぎてはいけません。後見人個人から離れて、被後見人の無効主張の援用ができないかということに気付きたいですね。無効の主張権者について検討した設問1小問(2)を意識しながら論じることができていれば十分です。

最後に、追認は、無効な行為の追認になることを指摘します。無効な行為の追認はできないのが原則です。もっとも、無効な行為であることを知った上で追認した場合には、追認の時点で、「新たな法律行為」として有効にすることができるので、説明の仕方は違えども、実質的に追認した場合と結論が変わらないこととなります。ただ、説明の仕方が違うことはきちんと示さなければなりません。なお、無効な行為の追認を認めないのは、公益的な観点によるものと説明する立場からは、一定の無効類型については追認によって遡及的に効力を認めるという考え方も成り立ちえます。

以上

2020年3月1日

担当：弁護士 林 寛之

最優秀答案

回答者 KN 39点

第1 設問1

1. 小問(1)

- (1) Aは、事理弁識能力を欠いているときに、Bとの間に茶碗甲を600万円で購入する旨の売買契約(民法(以下法律名略)555条、以下本件契約とする)を締結した。Aは、本件契約を、意思能力を欠き無効であるとして、3条の2、121条の2第1項に基づき、Bに対し、600万円の返還を請求することができるか。
- (2) Aは、事理弁識能力を欠いたまま、本件契約の当事者として同契約を締結しているから、「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときにあたる。すると、本件契約は無効である。無効な行為である本件契約に基づくAの代金債務の履行として、Bは600万円の給付を受けたから、Bは121条の2第1項に基づく原状回復義務として、600万円をAに支払う義務を負う。
- (3) よって、Aは、Bに対し、3条の2、121条の2第1項に基づき600万円の返還を請求することができる。

2. 小問(2)

- (1) Bは、3条の2に基づくAの無効を主張することで、121条の2第1項により、Aは、甲の引渡義務を負うとして、Aに甲の返還を請求できるか。3条の2の無効の主張を相手方Bが主張できるかが問題になる。
- (2) 3条の2の趣旨は、表意者たる意思能力のない者の保護にある。この趣旨に照らせば、無効主張は、表意者側のみに許せば保護としては十分である。すると、表意者の相手方は無効を主張できないとすべきである。
- (3) Bは、表意者Aの本件契約における相手方である。
- (4) よって、Bは、3条の2に基づく無効を主張できないから、甲の返還を請求できない。

第2 設問2

1. AのBに対する3条の2, 121条の2第1項に基づく返還請求は認められるか。

2. Bの反論①について

(1) Bの反論①は, BのAに対する代金支払債務と, AのBに対する甲引渡し債務は, 121条の2第1項の原状回復義務として, 同時履行関係に立つとして, 533条の同時履行の抗弁権として, 代金支払を拒むというものである。

(2) まず, 121条の2第1項の原状回復義務に同時履行の抗弁権の適用があるか。

同時履行の抗弁権は双務契約に基づく, 代価関係を前提に成立する以上, 無効による原状回復は, この前提を欠くので直接適用はできない。しかし, 同時履行の抗弁権の趣旨は, 両債務の公平を図るとともに, 簡易迅速な処理を図るところにある。この趣旨は, 原状回復債務における債務にも妥当する。よって, 類推適用はなしうる。

(3) しかし, Bの反論は認められない。なぜならば, 甲は, 未曾有の洪水という引渡債務者甲の帰責性のない事由で消滅しているから, 引渡債務自体消滅している。すると, Aは, Bに対し, 引渡債務を負っていないので, 類推適用の前提となる両債務の存在を欠くのである。

(4) よって, Bの反論①は認められない。

3. Bの反論②について

(1) Bの反論②は, 引渡債務がなし得ない以上, そのかわりに甲の時価相当額580万円をBに支払う債務を負い, これと, BのAに対する代金相当額600万円の支払債務を相殺するというものである。

(2) Bのこの反論は認められない。なぜならば, 121条の2第3項より, 意思能力のないAは, 現に利益を受けている限度で返還義務を負う。本件では, 甲は滅失し, Aは現時点で利益を受けていないから, 返還義務は生じない。

4. 以上より, Aの請求は認められる。

第3 設問3

1. (1) Cは, 後見開始の審判(7条1項)により, Aの成年後見人(8条)となった, Cは, 9条本文120条1項に基づき本件契約を取消すことがで

きるか。対象となる法律行為は、後見人就任前のものでもいいのか問題になる。

(2) 9条本文の趣旨は、成年被後見人保護のため、取引の安全を劣後させるところにある。仮に成年後見人就任前のものも取消しうるとすれば、いつ取消されるかわからない相手方の地位は著しく不安定になり、取引の安全をあまりに害する。そこで、9条本文に基づく取消しの対象は、成年後見人就任後に限られるとすべきである。

(3) 本件契約は、600万円という高級な茶碗の取引であり、「日用品の購入」ではないから、9条ただし書きの適用はない。しかし、Cの成年後見人就任は本件契約締結日、2020年10月10日の20日後、同月30日であるから、取消しの対象ではない。

(4) よって、Cによる取消しは認められない。

2. もっとも、成年後見人は、被後見人の財産管理権を有し(859条1項)、本件契約の無効の主張及び原状回復義務の履行、その負債はAの財産管理に含まれる。そこでCは、Aの前述の、無効に基づく原状回復義務としての600万円の返還請求をBに対してすることができる。

以 上

採点講評

(2020年3月1日 民法Ⅱ)

問題の解説は別紙に譲り、以下では、採点の際に見受けられた気をつけてもらいたいポイントや答案全体的な出来・不出来に関する事項に言及する。

- 字の汚い・小さい答案は採点しにくいので、注意してもらいたい。
- 途中答案が多かった。途中答案は印象が悪いので、常に時間内に一定の成果物を書き上げることを意識して答案作成に挑んでももらいたい。裁量点を配点しにくい。条文を引くだけで、優秀答案に跳ね上がるだろうと思える答案も複数あったので、非常にもったいない。
- 実体法の話をしているのに、何故か立証（訴訟法・実務？）の観点を踏まえた実務家の書いた論文調の答案も見受けられた。民法においては、事実関係は問題文に所与のものとして与えられているのであり、その事実を立証できるかどうかという観点を答案に盛り込む必要性は皆無であるし、正しく実務に精通していないのに、実務的な観点を想像で盛り込もうとしても生兵法である。法解釈論の中で立証の観点を含める場合がないではないが、そのような大上段の話をしてほしいのではなく、問題文に書かれている事実はそのままだに、条文にあてはめ、民法の原則にあてはめるという当たり前のことを当たり前の様にして書いてもらいたい。
- 全体としてあまりできは良くなかった。特に意思能力は民法のスタートの段階で学習するものであるから、出題者としては、当然に、意思能力がない者の意思表示は無効であるという一般論を知っており、法改正で明文が設けられたことまでフォローできているかを確認したかった。
- 条文を引けていない答案が目立った。特に請求権の根拠が何なのか示すことなく「返還請求ができる」「できない」と結論づけるものが多数見受けられた。民法では、人に何かを要求するときは必ず根拠があり、その根拠がどの条文にあるのかを常に意識してほしい（民訴でいう訴訟物である。）。
- 新法の条文を抑えていないと思われる答案が目立った。改正民法の勉強はある程度できていることを前提に出題をしていたため、この結果は残念だった。普段から、条文をこまめに引く癖をつけてほしい。根抵当の条文を暗記しろというようなことを要求しているわけではない。あそこらへんにあの条文があった。あれは解釈論だから条文には書いていない。そういう識別ができれば十分である。

- 意思能力の問題であるのに、行為能力の問題として論じる答案が散見された。これはとても残念だった。
- 家庭裁判所の審判もないにもかかわらず、保護の要請から制限行為能力の制度を類推適用するという答案が見受けられた。そのような解釈論をしなくとも原則論として無効なのであるから、保護の要請が働くはずはない。原則論を外しているがために、どれだけ解釈論を展開されても、採点者としては受講生を保護できない。
- 遡及的に無効というのと、当初より無効というのを区別できていない答案も見受けられた。両者の意味するところは全く異なるため、どのような場面で出てくるか、教科書をよく見直してほしい。
- 意思能力がない者の救済方法として錯誤の問題として論じる答案もあった。そもそも、自己の状態についての錯誤というものがありえるのだろうか。日本語としての意味の錯誤と法律用語としての錯誤は別物なので、各制度の典型的適用場面を想起できるようにしてもらいたい。
- 採点項目にいないが、設問2で、危険負担の類推適用の問題に気づいている答案については、裁量点の中で評価した。

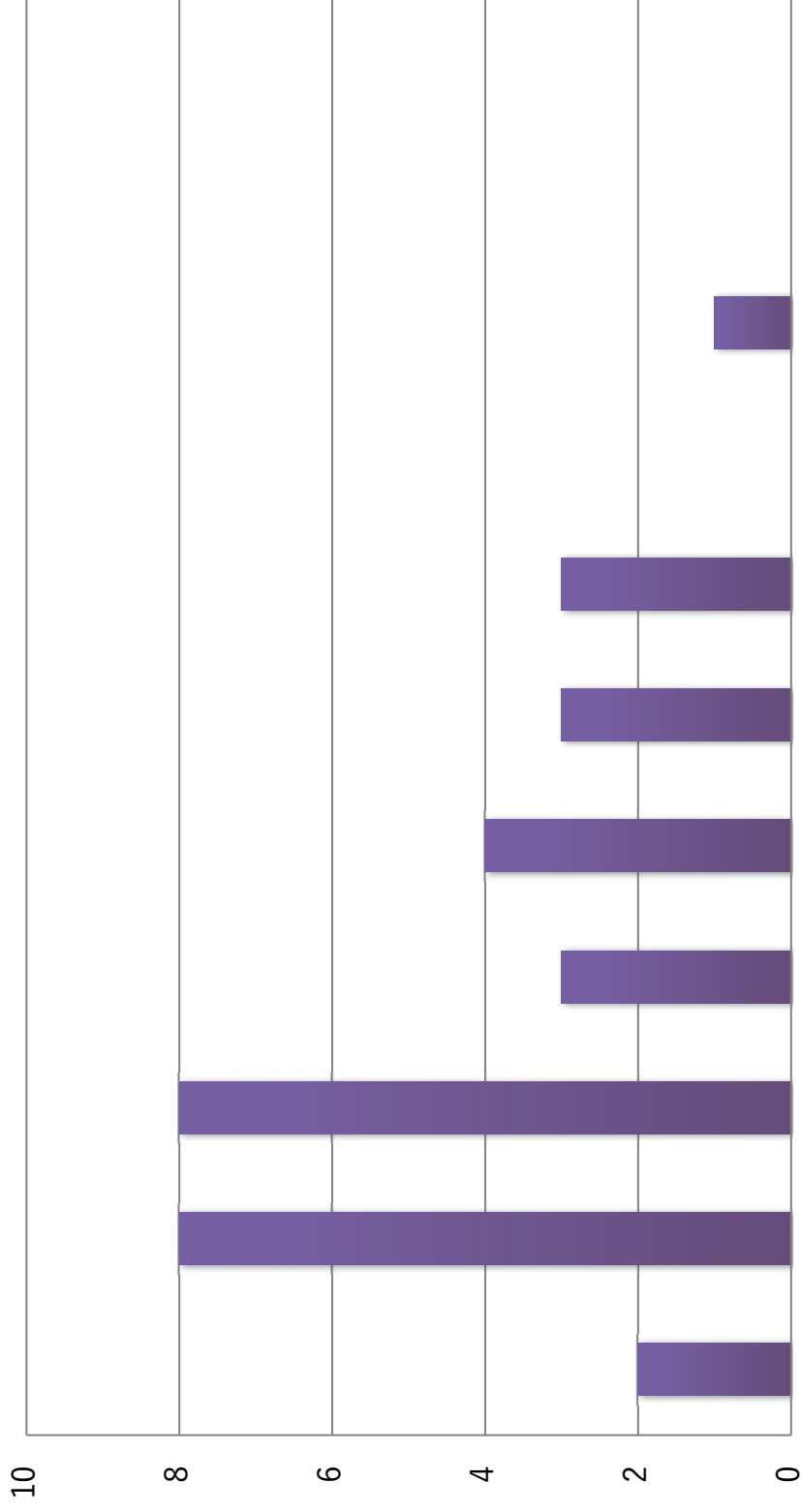
以 上

司法試験予備試験答案練習会 2020年3月1日分 得点分布表

民法Ⅱ

出席者 32名 平均点 12.3点

(人数)



分布	人数
0	2
1~5	8
6~10	8
11~15	3
16~20	4
21~25	3
26~30	3
31~35	0
36~40	1
41~45	0
46~50	0

(得点)