

論文式試験問題集  
[民法総則]

## 〔民法総則〕

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、古くからの友人であるAから、Aが所有する自宅（以下「本件建物」という。）が台風被害により半壊したため、その修繕費を貸してほしいと申し込まれたことを受け、令和2年12月1日、Aに対し、500万円を弁済期令和3年1月31日の約定で貸し付けた（以下「消費貸借①」という。）。また、YとAは、同日、消費貸借①に基づく貸金返還債務を担保するため、本件建物に抵当権（以下「第一抵当権」という。）を設定すると合意をし、第一抵当権設定契約に基づきその登記がなされた。

しかし、Aは、令和3年1月31日を経過しても、Yに対し貸金500万円を一切弁済しなかった。Yは、同年2月1日から3月1日までの間、複数回にわたりAに対して貸金500万円の返還を口頭で請求したが、Aはさしたる理由もなく断り続け、YもAが古くからの友人であることもあって、それ以上返還を請求することはなかった。

2. Aは、翌年の令和4年6月1日、職場の元同僚であったZに対し、息子の学費を工面するために借金を申し込んだ。これを受けて、Zは、同日、Aに対し、300万円を弁済期令和6年5月31日の約定で貸し付けた（以下「消費貸借②」という。）。また、ZとAは、同日、消費貸借②に基づく貸金返還債務を担保するため、本件建物に第二順位の抵当権（以下「第二抵当権」という。）を設定すると合意をし、第二抵当権設定契約に基づきその登記がなされた。

しかし、Aは、令和6年5月31日を経過しても、Zに対し貸金300万円を一切弁済しなかった。Zは、同年6月1日から7月1日までの間、複数回にわたりAに対して貸金300万円の返還を口頭で請求したが、Aはさしたる理由もなく断り続け、Zも仕事が多忙であることもあって、それ以上返還を請求することはなかった。

3. Aは、令和7年7月1日、友人Xに対し、同日、本件建物を100万円で売り渡し（以下「本件売買」という。）、本件売買に基づきその所有権移転登記を経由した。

4. Yは、Aがその後も消費貸借①に基づく貸金返還債務を全く履行しないため、いよいよ業を煮やし、令和8年8月1日、第一抵当権の実行として本件建物の競売を申し立てることを考えるに至った。なお、本件建物の同日の時価は、600万円であった。

### 〔設問1〕

#### 小問1

Xは、YのAに対する消費貸借①に基づく貸金返還債権が時効により消滅したと主張して、Yに対して、本件建物の所有権に基づき、第一抵当権設定登記の抹消登記手続を請求することができるか。

#### 小問2

Zは、Yにより本件建物の競売が申し立てられた場合、YのAに対する消費貸借①に基づく貸金返還債権が時効により消滅したと主張して、競売手続による本件建物の売却代金からYに対して配当がなされることを阻止することができるか。なお、民事執行法上の問題点を論ずる必要はない。

**【事実（続き）】**

5. Aは、その後生活に困窮し、Xに対して借金を申し込むことにした。しかし、XはAの返済能力に疑問を抱いていたため、Aに対して、成人したAの一人息子であるVが連帯保証人になるのであれば、200万円を貸しても良い、と返答した。
6. しかし、Aは、独立して妻子もあるVが連帯保証人になってくれるとは到底思えなかったため、施錠されていない勝手口からV宅に無断で侵入し、Vの実印を無断で借用して、AのXに対する貸金返還債務200万円について、連帯保証契約を締結する代理権をVがAに授与したことを内容とする委任状（以下「本件委任状」という。）にVの実印を押印して偽造した。
- Aが本件委任状をXに示したため、Xは、令和8年10月1日、Aに対し、200万円を弁済期令和9年9月30日の約定で貸し付けるとともに（以下「消費貸借③」という。）、Aとの間で「V代理人A」との署名を受けて、AのXに対する貸金返還債務200万円を主債務とする連帯保証契約を書面により締結した（以下「本件連帯保証契約」という。）。
7. Xは、令和9年10月1日、Aに対して消費貸借③に基づく貸金200万円の返還を請求するも、Aはその返済を怠った。AはXからの請求を受けた後に失踪し、令和10年3月1日に死亡した。なお、Aは配偶者に先立たれており、VがAの唯一の子である。

**【設問2】**

Xは、Vに対し、令和10年4月1日、本件連帯保証契約に基づく連帯保証債務の履行を請求する訴訟を提起した。しかし、VはXに対し、消費貸借③も本件連帯保証契約もその存在を知らず、本件委任状はAが偽造したものであると説明して、本件連帯保証契約の追認を拒絶した。

XのVに対する請求は認められるか。なお、XのVに対する損害賠償請求及び貸金返還請求の可否を論ずる必要はない。

2020年11月22日

担当：弁護士 大和田準

参考答案  
[民法総則]

第1 設問1 小問1	第2 設問1 小問2
<p>1 XはYに対し、消費貸借①に基づく貸金返還債権の消滅時効を主張して、本件建物の所有権に基づき、第一抵当権設定登記の抹消登記手続を請求することができるか。</p> <p>2 この点、債権の消滅時効の要件は①「債権者が権利を行使することができるときを知った時」から「五年間」の経過（以下略）166条1項1号）、②時効援用の意思表示（145条）である。そして、②時効の援用権者は「当事者」に限られるもの、これには「第三取得者」が含まれる（同条）。</p> <p>3 本件では、①YはAとの間で自ら弁済期を合意し、実際にも弁済期経過時に500万円の返還を請求しているため、貸金返還債権を行使できることは弁済期経過時から知られていたといえる。そうすると、消費貸借①の弁済期は令和3年1月31日であるから、令和8年1月31日の経過をもって「五年間」が経過した。②Xは第一抵当権の目的物である本件建物をAから代金100万円で買い受けてその所有権移転登記を具備したため、「第三取得者」にあたり「当事者」に含まれる。</p> <p>4 したがって、Xが時効による消滅を主張すれば消費貸借①に基づく貸金返還債権は消滅するところ、抵当権は被担保債権が消滅したときは付従性により消滅する。よって、XはYに対して、本件建物の所有権に基づく妨害排除請求として、第一抵当権設定登記の抹消登記手続を請求できる。</p>	<p>1 Zは、Yの第一抵当権が存在すると本件建物の売却代金からは100万円しか弁済を受けられないところ、第一抵当権が消滅すれば第二抵当権の順位の上昇により300万円全額の弁済を受けられる。そこで、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効について、後順位抵当権者に援用権を認めるべきではないか問題となる。</p> <p>2 そもそも、消滅時効の援用権者は「当事者（その他権利の消滅について正当な利益を有する者）」（145条）に限られるところ、その趣旨は時効による債権の消滅という不利益を被る債権者の利益との調整にある。</p> <p>これに対し、後順位抵当権者は、目的不動産の価格から先順位抵当権によって担保される債権額を控除した価格についてのみ優先して弁済を受ける地位を有することとまる。つまり、後順位抵当権者の配当額の増加に対する期待は、抵当権の順位の上昇によってもたらされる反射的な利益にすぎない。また、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができないとしても、目的不動産の価格から抵当権の従前の順位に応じて弁済を受けるという後順位抵当権者の地位が害されることはない。したがって、後順位抵当権者は、「権利の消滅について正当な利益を有する者」とはいえず、「当事者」にはあたらないと解するべきである。</p> <p>3 よって、Zは、Yにより本件建物の競売が申し立てられた場合、消費貸借①に基づく貸金返還債権が時効により消滅したと主張して、競</p>

<p>売手続による本件建物の売却代金からYに対して配当がなされることを阻止することはできない。</p> <p><b>第3 設問2</b></p> <p>1 有権代理（99条1項）</p> <p>(1) Xは、本件連帯保証契約はAがVを代理して締結したものであるためその効力はVに帰属すると主張して、Vに対し連帯保証債務の履行を請求できるか。</p> <p>(2) この点、代理行為の効果が本人に帰属するための要件として、本人から代理人に対する代理権授与が挙げられるところ（99条1項）、本件では、本件委任状はAがVの実印を無断で借用して偽造したものであって、VはAに対して本件連帯保証契約締結の代理権を授与していない。したがって、本件連帯保証契約の効力は有権代理によってはVに帰属しない。</p>	<p>の代理権を授与した旨を表示してはいない。したがって、本件連帯保証契約の効力は表見代理によってもVに帰属しない。</p> <p>3 本人が無権代理人を相続した場合の追認拒絶の可否</p> <p>(1) 本件連帯保証契約はAの無権代理によるものであって、その効力はVが追認しなければVに帰属しない（113条1項）。</p> <p>(2) もともと、Aは令和10年3月1日に死亡し、配偶者に先立たれてVがAの唯一の子であるため、VはAを単独で相続した（882条、887条1項）。そこで、本人が無権代理人を相続したときは、無権代理行為の瑕疵は追完されて有効になり、本人はもはや無権代理行為の追認を拒絶することができないと主張して、XはVに対し、連帯保証債務の履行を請求できないか。</p>
<p>2 表見代理（109条1項）</p> <p>(1) 次に、Xは、本件委任状を信頼して本件連帯保証契約を締結したことから、代理権授与の表示による表見代理が成立し、本件連帯保証契約の効力がVに帰属すると主張して、Vに対し連帯保証債務の履行を請求できるか。</p> <p>(2) この点、代理権授与の表示による表見代理の要件には、本人が「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した」ことが挙げられるところ（109条1項）、本件では、本件委任状はAが偽造し勝手にXに示したのであって、VはXに対して、Aに本件連帯保証契約締結</p>	<p>(3) この点、一般に、相続により無権代理行為が有効になるわけではない（896条）。また、117条に基づき無権代理人の債務も相続の対象となるため（896条）、本人が無権代理人を相続することにより当該債務を承継することは異ならないことにも鑑みれば、相続人たる本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても信義に反するところはなく、追認拒絶権を認めるべきである。</p> <p>(4) よって、VはAによる本件連帯保証契約締結の追認を拒絶することができ、XはVに対し、本件連帯保証契約に基づき200万円の支払を請求することはできない。</p>

以上

2020年11月22日

担当：弁護士 大和田準

# 予備試験答案練習会(民法総則)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
<b>〔設問1〕小問1</b>	(10)		
時効期間の主観的起算点(民法166条1項1号)の内容と条文の指摘		2	
消滅時効の援用(民法145条)の内容と条文の指摘		2	
消滅時効の援用権者(民法145条)に第三取得者が含まれることの指摘		2	
あてはめ		2	
被担保債権が時効により消滅する結果、抵当権も附従性により消滅することの指摘		1	
あてはめ		1	
<b>〔設問1〕小問1</b>	(12)		
先順位抵当権の被担保債権が消滅すると、後順位抵当権者の抵当権の順位が上昇し、これによって被担保債権に対する配当額が増加することがあり得るため、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効について、後順位抵当権者に援用権を認めるべきではないか、という問題意識の指摘		2	
「当事者(その他権利の消滅について正当な利益を有する者)」(民法145条)という条文文言の解釈問題であること及び時効の援用権者が「当事者」に限られる趣旨の指摘		4	
後順位抵当権者に援用権が認められない理由の指摘 ①後順位抵当権者は、目的不動産の価格から先順位抵当権によって担保される債権額を控除した価格についてのみ優先して弁済を受ける地位を有するにとどまる ②後順位抵当権者の配当額の増加に対する期待は、抵当権の順位の上昇によってもたらされる反射的な利益にすぎない ③先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができないとしても、目的不動産の価格から抵当権の従前の順位に応じて弁済を受けるという後順位抵当権者の地位が害されることはない		6	
<b>〔設問2〕</b>	(18)		
有権代理の要件のうち代理権授与(民法99条1項)の指摘		2	
あてはめ(VのAに対する代理権授与が存在しないこと)		1	
代理権授与の表示による表見代理の成立要件(民法109条1項)		2	
あてはめ(VがXに対してAに連帯保証契約締結の代理権を授与した旨を表示していないこと)		1	
無権代理の効果(本人が追認しない限り本人に効果帰属しない)の指摘(民法113条1項)		2	
Aの死亡によりVがAを単独相続したことの指摘(民法882条, 887条1項)		2	
本人が無権代理人を相続した場合の追認拒絶の可否(民法896条) ①問題意識(資格融合説)の指摘 ②相続人たる本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても信義に反するところはないこと(資格併存説)の指摘 ③相続により無権代理行為が有効になるわけではないこと、追認拒絶権が認められても民法117条に基づく無権代理人の債務が相続の対象となり本人が無権代理人を相続することにより当該債務を承継することは異なること、その他説得的な理由づけ ※資格融合説を採用しても理由づけが正しければ同等の点数を与える		8	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)		

# 民法総則 解説レジュメ

## 第1. 設問1について

### 1 事案の概要

- R 2. 12. 1 Y→A, 500万円貸付, 弁済期R 3. 1. 31 (消費貸借①)  
本件建物 (A所有) に抵当権設定 (第一抵当権), 登記済み
- R 4. 6. 1 Z→A, 300万円貸付, 弁済期R 6. 5. 31 (消費貸借②)  
本件建物に抵当権設定 (第二抵当権), 登記済み
- R 7. 7. 1 A→X, 本件建物売却, 代金100万円 (本件売買), 登記済み
- R 8. 8. 1 Yが本件建物の競売申立を検討, 本件建物の時価600万円

### 2 消滅時効の成立要件

#### (1) 時効期間の経過 (民法166条1項)

- ①「債権者が権利を行使することができることを知った時」から「五年間」(主観的起算点)
- ②「権利を行使することができる時」から「十年間」(客観的起算点)

→本件では、「債権者」にあたるY及びZは、自らAとの間で弁済期を合意し、実際に弁済期経過時に口頭で貸金の返還を請求している。

=「権利を行使することができること」は弁済期経過時から既知しており、契約時から権利を行使することを現実に期待することができた

∴弁済期から5年間の経過によって時効期間経過といえる

※本件では時効の完成猶予又は更新事由 (民法147～161条) は存在しない。

#### (2) 援用の意思表示 (民法145条)

:「時効は、当事者(消滅時効にあつては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。)が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない。」

##### ①趣旨

時効の利益を受けることをいさぎよしとしない当事者の倫理的な気持ちの尊重

##### ②「第三取得者」が「当事者」に含まれることの明文化

※改正前民法145条には括弧書き部分は存在せず、どのような者が「当事者」に該当するか条文上は明らかでなかった→括弧書きで明文化

∴第三取得者は「権利の消滅について正当な利益を有する者」の例示

⇒第三取得者は、抵当権の被担保債権が消滅すれば抵当権が消滅し(付従性)、これにより所有権を全うできる。消滅時効を援用することができないとすると、抵当権が実行されることによって不動産の所有権を失うという不利益を受けることがあり得る(抵当不動産の第三取得者が時効援用権者(「当事者」)にあたることにつき、最判昭和48年12月14日民集27巻11号1586頁参照)。

(3) あてはめ (設問1の小問1)

: Xは本件建物を代金100万円で買い受けた

→「第三取得者」にあたる

※所有権移転登記済みであるため、Xの所有権は第三者Yにも対抗可能(民法177条)

3 後順位抵当権者(Z)が、先順位抵当権の被担保債権(YのAに対する貸金債権)に係る消滅時効を援用することの可否(設問1の小問2)

(1) 問題意識(論点)

先順位抵当権の被担保債権が消滅すると、後順位抵当権者の抵当権の順位が上昇し、これによって被担保債権に対する配当額が増加することがあり得るため、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効について、後順位抵当権者に援用権を認めるべきではないか?

→本件にあてはめると……

- ・ ZはAに対し300万円を貸し付けている
- ・ YはAに対し500万円を貸し付けている
- ・ ZもYも本件建物に抵当権を設定しているが、Yが第一順位で、Zは第二順位(後順位)
- ・ 本件建物の時価は、600万円である

⇒Zは、Yの第一抵当権が存在すると、自らの第二抵当権を実行しても、本件建物の売却代金からは、600万円-500万円=100万円しか弁済を受けられない。

しかし、Yの第一抵当権が消滅すれば、Zは300万円全額の弁済を受けられる

∴Zは第一抵当権に係る被担保債権の消滅時効を援用して、第一抵当権を消滅させたい

⇔債権を時効により消滅させられ不利益を被る債権者の利益との調整

(消滅時効の援用権者が「当事者」に限定される趣旨)

(2) 「その他権利の消滅について正当な利益を有する者」(民法145条)の解釈

結論: 否定(最判平成11年10月21日・百選I[第8版]42参照)

理由

- 後順位抵当権者は、目的不動産の価格から先順位抵当権によって担保される債権額を控除した価格についてのみ優先して弁済を受ける地位を有するにとどまる
- 先順位抵当権の被担保債権が消滅すると、後順位抵当権者の抵当権の順位が上昇し、これによって被担保債権に対する配当額が増加することがあり得るが、この配当額の増加に対する期待は、抵当権の順位の上昇によってもたらされる反射的な利益にすぎない
- 先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができないとしても、目的不動産の価格から抵当権の従前の順位に応じて弁済を受けるという後順位抵当権者の地位が害されることはない(抵当権が設定された不動産の譲渡を受けた第三取得者が当該抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができることとの対比)
- 援用の相対効の観点から後順位抵当権者による援用を否定する見解(学説)

※改正前民法145条は「時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない。」とのみ規定していたため、判例では「当事者」という文言の解釈問題として上記問題点が論じられていた。

現民法は「当事者(消滅時効にあつては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。)」と判例の趣旨が条文の文言に反映されているため、「その他権利の消滅について正当な利益を有する者」という文言の解釈問題として上記問題点を論じることが適切であると思われる。

なお、改正法は、時効の援用権者に関する判例の考え方・結論を否定するものではないとされている（筒井健夫・村松秀樹編著「一問一答民法（債権関係）改正」（商事法務・2018年）43頁）。

(3) あてはめ

## 第2. 設問2について

### 1 事案の概要

- R 8.10. 1 AがV宅に侵入し、本件委任状にVの実印を無断で押印して偽造  
X→A, 200万円貸付, 弁済期R 9. 9.30 (消費貸借③)  
X→V, AがVを代理して200万円連帯保証
- R 9.10. 1 X→A, 消費貸借③に基づく200万円の貸金返還請求  
X→V, 連帯保証契約に基づく200万円の保証債務履行請求
- R10. 3. 1 A死亡, VがAを単独で相続 (民法882条, 887条1項)

### 2 有権代理の検討

(1) 有権代理の要件 (民法99条1項)

- ①代理権授与: 「代理人がその権限内において」
- ②顕名: 「本人のためにすることを示して」
- ③代理行為: 「意思表示」

(2) 有権代理の効果 (民法99条1項)

: 「本人に対して直接にその効力を生ずる」

(3) あてはめ

VのAに対する①代理権授与が存在しない  
→有権代理は不成立

※本件では、Xは、Aから「V代理人A」との署名を受けて(②顕名)、AのXに対する貸金返還債務200万円を主債務とする連帯保証契約を書面により締結した(③代理行為)ので、②③は充足するが、①代理権授与を充足しないことが明らかであるため言及不要。

### 3 表見代理の検討

(1) 代理権授与の表示による表見代理の要件 (民法109条1項)

- ①「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者」  
: ある人(本件ではA)が自分(本件ではV)の代理人であることを一般に信頼させるような行為をすることを許容する場合をことごとく含む(コンメンタール)。
- ②「その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為」
- ③その他人が代理権を与えられていないことについて、第三者の善意無過失(同ただし書)

(2) 表見代理の効果

: 代理行為の効果が直接本人に帰属する(「その責任を負う」・民法109条1項)

(3) あてはめ

本件は、Aが、施錠されていない勝手口からV宅に無断で侵入し、Vの実印を無断で借用して本件委任状に押印・偽造し、Aが勝手にXに本件委任状を示した。  
=Vは何らの行為もしていないし、Aの行為（本件委任状の作成）を許容してすらいない。  
→Vは①「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者」にあたらぬ。

4 本人が無権代理人を相続した場合の追認拒絶の可否（論点）

(1) 無権代理の効果（民法113条1項・前提）

「本人がその追認をしなければその効力を生じない」（追認拒絶権）

(2) 問題意識

本人による追認拒絶のないまま無権代理人が死亡し、本人が無権代理人を相続した場合、本人の資格と無権代理人の資格とが同一人に帰属する（民法882条、896条）

→本人は、

一方では、無権代理人の資格で民法第117条の責任を負う

他方では、本人の資格で追認を拒絶する

というように、両方の資格を分離して主張することが許されるのか。

無権代理人の相続人としての民法第117条に基づく義務も、本人としての追認拒絶権も共に消滅し、結局相続と同時に無権代理行為の瑕疵は追完されその時以降無権代理による契約は有効となるのではないか（資格融合説）。

(3) 本人の資格に基づく追認拒絶権（民法113条1項）と無権代理人の資格に基づく責任（民法117条1項）の調整

結論：本人は本人の資格に基づく追認拒絶権（民法113条1項）を行使できる（資格併存説・最判昭和37年4月20日・百選I[第8版]35参照）

理由：

- i. 一般に、相続により無権代理行為が有効になるわけではない。
- ii. 相続人たる本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても何ら信義に反するところはない（資格併存説）。⇔無権代理人が本人を相続した場合＝信義則違反
- iii. 追認拒絶権が認められても、民法117条に基づく無権代理人の債務が相続の対象となり、本人が無権代理人を相続することにより当該債務を承継することは異なる（最判昭和48年7月3日民集27巻7号751頁）。

5 無権代理に言及する場合の検討手順

「いきなり無権代理の論点に飛びつかない！」

①有権代理の成否→成立なら本人に代理行為の効果帰属

②表見代理の成否→成立なら本人に代理行為の効果帰属

③（①②がいずれも否定されることを確認したうえで）無権代理になる

→本人に代理行為の効果帰属しない、と言及する。

④そのうえで、無権代理の論点へ（本問では本人による無権代理人の地位相続と追認拒絶の可否が論点）

※ただし、①～③にどの程度の分量を割くかは問題の内容に応じて要検討

## 6 補足

- (1) 無権代理人を相続した本人に対する損害賠償請求（民法117条）  
→可能（最判昭和48年7月3日・家族百選[第7版]62参照）
- (2) 無権代理人を相続した本人に対する主債務の履行請求（民法896条）  
→可能

以 上

### 【参考文献】

- ・潮見佳男・道垣内弘人編「民法判例百選 I 総則・物権」[第8版]（有斐閣・2018年）
- ・佐久間毅「民法の基礎1 総則」[第5版]（有斐閣・2020年）
- ・我妻榮ほか「我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権」[第6版]（日本評論社・2019年）
- ・筒井健夫・村松秀樹編著「一問一答民法（債権関係）改正」（商事法務・2018年）
- ・日本弁護士連合会編「実務解説改正債権法」（弘文堂・2017年）

2020年11月22日

担当：弁護士 大和田準

## 最優秀答案

回答者 RS 35点

### 第1 設問1 小問1

まず、Xの請求は所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求権による。そして消滅時効の主張は登記保持権原の消滅したとの主張である。

消費貸借①に基づく貸金返還債権は弁済期である令和3年1月31日から「権利を行使することができ」、Yが翌日から返還の請求をしたり、弁済期の合意をしていることから「債権者」であるYは弁済期の到来を「知っていた」といえる。そして同年3月1日以降は、請求を一切しておらず、すでに「五年」が経過したので時効は完成している。(166条1項1号)もつとも145条の趣旨は時効の完成による利益を受けるかどうかについて当事者の意思を尊重することにあるので、時効の効果を発生させるには援用が必要である。Xは援用権者となるか。

1. この点、抵当不動産を取得した第三取得者は援用権者である。(145条)
2. 本件では、Xは抵当不動産である本件建物を取得している。
3. よってXは「第三取得者」にあたり、援用権者となる。(145条)
4. そしてXは本件建物の所有者であり、本件建物にはYの第1抵当権設定登記がある。また、被担保債権である本件貸金返還債権がXの消滅時効の援用により消滅すれば付従性により、抵当権が消滅し、登記保持の権原がなくなる。
5. よってXの本件建物の所有権に基づく妨害排除請求権としてのYに対する第一抵当権設定登記の抹消登記手続請求は認められる。

### 第2 設問1 小問2

ZはYのAに対する消費貸借①に基づく貸金返還債権の消滅時効を主張できるか。

1. まず本件債権は時効が完成しているが効果を発生させるには援用が必要である。(145条)第二抵当権者であるZは援用権者に含まれるか。(145条)「権利の消滅につき正当な利益を有する者」といえるかが問題となる。(145

条かっこ書き)

- (1) 145条の趣旨は時効の完成による利益を受けるかどうかについて当事者の意思を尊重することにある。そこで「権利の消滅について正当な利益を有する者とは」時効の完成により直接利益を受ける者と解する。
- (2) たしかに第一順位抵当権が被担保債権の消滅に伴い付従性により消滅すれば第二順位の抵当権が順位上昇し、優先弁済を受ける金額が上昇する。しかしこれは抵当権消滅に伴う順位上昇による間接的・反射的な事実上の利益に過ぎず、時効完成による直接的な利益とはいえない。
- (3) よって第二順位抵当権者の Z は本件債権の消滅時効の完成を援用できないので Y に対する配当阻止はできないと思える。

2. もっとも、当事者である A の援用権について、「強制執行可能」な(423条3項)金銭債権である消費貸借②に基づく貸金返還請求権を被保全債権として代位行使できないか。(423条1項)

- (1) まず被保全債権の弁済期はすでに到来している。(423条2項)
- (2) もっとも時効の援用権は一身専属の権利として代位の対象にならないかが問題となる。

ア. この点援用を求めた趣旨は意思の尊重にあるので原則として一身専属な権利だが無資力な者の意思を尊重する必要はないので債務者が無資力なら代位の対象となる。

イ. 本件では A が無資力という事情はなく借金はしているが、返済しないのは無資力であるといったさしたる理由もない。よって無資力といえない。

ウ. したがって本件援用権は代位の対象とならない。

- (3) 以上から、保全の必要性もなく援用権の代位行使はできない。

3. よって Z は本件債権の消滅時効を主張して Y に対する配当を阻止できない。

### 第3 設問2

X の V に対する請求が認められるには V に本件連帯保証契約の効果が及んでいる必要がある。

1. まず、本件契約は A が V の代理人として締結しているが V は成人している(824条)特に代理権を与えたとの事情もないので A は無権代理人であり、無権代理となる。よって V に効果が及ばないのが原則である。(113条1項)
2. また、X は A に V が連帯保証人であることを求めているので V が成人して

A の V に対する包括的代理権が消滅したことも知っているのもので（824条）、109条1項の適用もない。

3. また V は本件契約の追認を拒絶しているので V に効果は及ばなそうである。（116条）

4. もっとも V は A を単独相続（687条参照）している。そこで本人が無権代理人を相続した場合に追認したとみなされないか。

（1）この点、相続という偶然事情によって相手方の取消権（115条）が無権代理人に対する請求権を失わせるべきでないし（117条）、何ら関与していない本人に不利益を及ぼすべきでないので相続によって当然に追認がなされたともみなすことはできない（資格併存説）。

（2）そして本人は無権代理行為に何ら関与していないので追認を拒絶したからといって信義則（1条2項）にも反しない。

（3）よって、相続によって追認がされたともみなされない。

5. もっとも V は無権代理人である。A を包括承継しているのもので117条によって履行の請求ができないか。

（1）まず V は A を包括承継したので「他人の～した者」といえるし、「自己の代～得たとき」といえない。

（2）また X は A が V の代理人であると信じていた。また X は V に直接確認をとらず、本件委任状のみで A が代理人と信じたが、V と A が親子であるし、V の実印が押印してあり、実印は嚴重に保管されているので、他人が勝手に押印するとは考えられず、代理権が与えられていたと信じるのも仕方がない。よって「過失」があったともいえない。

（3）以上から X は V に対して117条に基づいて本件連帯保証債務の「履行を選択」できるので X の V に対する請求は認められる。

なお本件債務は特定物の給付でないので追認拒絶を認めた趣旨に反しない。

以上





# 採点講評

(2020年11月22日 民法総則)

## 第1 全体について

- ・昨年より減少したものの、時間切れによるものと思われる途中答案がまだ少数ながら見られました。条文の文言と問題意識を示すだけでも点数が付くことはしばしばあるため、時間配分には注意して後半の問題にも触れられるよう意識してください。
- ・規範とあてはめが対応していない答案も少数ながら見られました。規範とあてはめが対応していないと、実務家に必須の思考方法である法的三段論法を理解していないとの疑念を抱かざるを得ないので、漫然と事実を引用することは避け、規範に対応する事実を引用して当該事実を規範にあてはまる形に評価してあてはめてください。
- ・あてはめにおける事実の評価が充実している答案や、主張反論形式で争点が整理されている答案には裁量点として1～2点の加点をしたものがあります。

## 第2 個別の注意点

### 1 設問1

#### 小問1 消滅時効の援用権者（第三取得者）の論点

- ・消滅時効の要件が①時効期間の満了と②援用であることは多くの答案で理解して示されていました。
- ・他方で消滅時効の成立要件に援用（民法145条）が含まれることを理解しておらず、時効期間の経過をもって当然に消滅時効が成立すると説く答案も少数ながら見られました。初学者の方は、まず基本書や予備校本を読んで時効制度の体系を学習してください。
- ・援用権者に「第三取得者」が含まれることが明文で定められているにもかかわらず、この点を看過して「当事者」や「正当な利益」の解釈論を展開している答案が相当数見られました。法解釈は条文の文言だけからでは解決できない問題を解決するために行うのであって、条文の文言から問題を解決できるのであれば詳細な解釈論を展開する必要はありません。まずは条文の文言を出発点として問題を考える姿勢を忘れないよう留意してください。
- ・催告による消滅時効の完成猶予（150条）の内容を誤解している人が一定数見られました。催告の効力は、催告時から6か月を経過するまでの間に本来の時効が完成してしまうときに、催告時から6か月を経過するまではなお時効の完成を猶予するに過ぎません。本件では、本来の時効は令和8年1月31日の経過をもって完成するため、令和3年3月1日の催告から6か月の間に時効が

完成する余地はない以上、当該催告に時効完成猶予の効力はなく、本来の時効期間のとおり、令和8年1月31日の経過をもって時効期間が満了します。

しかし、答案の中には、①1回催告をすれば本来の時効期間が6か月延長されると理解して、同日から6か月後の令和8年7月31日が時効期間の満了日になるとするもの、②Yが令和3年2月1日から3月1日までの間Aに対して催告したことを捉えて、その1か月分の時効が延長されると理解して令和8年2月28日の経過をもって時効期間の満了日とするもの、③最後に催告がされた令和3年3月1日を時効の起算点と捉えてその5年6か月後である令和8年8月31日の経過をもって時効期間の満了日とするものなど、誤った理解をしたものが相当数見受けられました。

## 小問2 消滅時効の援用権者（後順位抵当権者）の論点

### 1 後順位抵当権者について

- ・後順位抵当権者が民法145条「当事者」にあたるかという論点を知らないと思われる答案が一定数見られました。本論点は百選掲載判例に関するものであるため、知らなかった方は必ず復習してください（最判平成11年10月21日・百選I[第8版]42参照）。
- ・他方で、判例を知らないと思われた答案の中にも、先順位抵当権の被担保債権が消滅すると後順位抵当権者の抵当権の順位が上昇し、これによって被担保債権に対する配当額が増加するのではないかと、という問題意識を問題文中の事実を丁寧に拾って示した答案も少数ながら存在しました。このような答案には、論点に関する得点はなくとも一定の現場思考能力を示したものとして配点がなされるため、未知の問題が出題されても諦めずに考えて問題意識だけでも示す姿勢を大切にしてください。
- ・多くの答案では、後順位抵当権者が反射的利益しか有さないことを理由に「当事者」にあたらないと論じることができていました。もっとも、「反射的利益」というキーワードを示すのみで判例の意味するところを正確に理解できているのか疑義を抱かせる答案も一定数存在しました。

### 2 債権者代位権について

- ・後順位抵当権者であるZは消滅時効の援用権者ではないものの、  
①Aが無資力であることを条件として、消費貸借①の債務者（145条の「当事者」）であるA第三取得者であるXの時効援用権を代位行使する見解、  
②第三取得者であるXの時効援用権を代位行使する見解、

など、Yへの配当を阻止しようとする様々な方法が検討されている答案が少数ながら存在しました。出題者としては、後順位抵当権者が消滅時効の援用権者にあたるか否かだけを直接の回答対象として本問を出題しており、また本件では債権者代位権を行使するにあたり要求される無資力要件を充足する事情もないため、必ずしもこれらの見解を示すことは求めていませんでした。もっとも、このように現場で思考して一定の見解を示そうと

する姿勢は評価されるべきものと考え、法的に論理一貫している見解に対しては、裁量点として最大2点を加点しています。

## 2 設問2 無権代理と相続の論点

### 1 有権代理への言及

- ・Aが無権代理をしたこと的前提として、Vによる代理権授与が存在しないこと（有権代理にならないこと）に言及していた答案は多くはありませんでした。

しかし、XがVに対して連帯保証債務の履行を請求するのであれば、法的思考の順序としては、まず有権代理・表見代理の成立による効果帰属を検討すべきですので、一言だけでも触れるようにしてください。

### 2 代理権授与の表示による表見代理（109条）への言及

- ・Vによる代理権授与の表示が存在しないこと（表見代理の成立によるVへの連帯保証契約の効果帰属もないこと）に言及していた答案も多くはありませんでした。
- ・本件委任状にVの実印による印影が存在することのみをもって、Vが「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者」に該当するとした答案が少数ながら見られました。

しかし、表見代理は、本人に帰責性が認められることを前提に、代理権の存在を正当に信頼した第三者を救済する趣旨の規定です。Vは本件委任状の作成に何らの寄与もしておらず帰責性を認めがたいため、VがXに対してAに連帯保証契約締結の代理権を与えた旨を表示した、とはいえないと考えます。

- ・表見代理が成立しないことを前提に、権利外観法理によりXを救済しようとする答案も少数ながら見られました。しかしながら、権利外観法理においても、虚偽の外観を信頼した第三者を救済することが正当化されるためには、虚偽の外観を作出した者に帰責性があることが求められるところ、本件では委任状を偽造されたことについてVに帰責性は認められないため、本件では権利外観法理の適用もないと考えます。

なお、昨年の民法総則の問題でも権利外観法理の適用を論じた答案が相当数存在しており、民法総則における第三者保護といえは権利外観法理を論じるものと考えている方が一定数存在するようにも思えます。しかし、権利外観法理の適用が問題とされる場面は実際には非常に限定されており、答案でも論じることが求められる場面は必ずしも多くはないと思われます。あくまでも条文を中心に論じる姿勢を忘れないでください。

### 3 無権代理と相続

- ・無権代理と相続の論点に気づいていない答案が少数ながら見られました。この論点は無権代理に関する主要な論点であるため、論点を知らなかった方は判例百選を読んで必ず学習してください（最判昭和37年4月20日・百選I[第8版]35参照）。

- ・無権代理人の履行責任（117条1項）として、本件では無権代理人であるAが連帯保証債務を負うことを前提に、Vは当該連帯保証債務を相続したため、XのVに対する連帯保証債務の履行請求が認められるとした答案や、反対に履行請求が認められては追認拒絶を認めた趣旨が没却されるため履行請求は認められないとした答案が極めて少数ながら存在しました。

出題者としては、あくまでV自身のXに対する連帯保証債務の存否を論じることを求めており、Aの履行責任としての連帯保証債務の存否は、その訴訟物が異なるため論じることを求めてはいませんでした。もっとも、問題文中にこの点が明示されていなかったため、混乱を招いてしまい反省しております。

なお、判例は本件と同様に無権代理人が本人の代理人と称して連帯保証した金銭債務について、無権代理人を相続した本人に履行責任を認めたものがある一方で（最判昭和48年7月3日）、所有者が他人物売主を相続した場合には当該所有者は履行義務（目的物の給付義務）を拒否できるとした判例もあり（最大判昭和49年9月4日）、学説上も両判例の整合性について様々な議論があります。そこで、採点にあたってはいずれの見解が記載されていても説得力に応じて最大3点を裁量点として加点しています。

以 上

# 司法試験予備試験答案練習会 2020年11月22日分 得点分布表

民法総則

出席者 41名 平均点 17.7点

(人数)



(得点)

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