

〔民法〕 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. Aは、早くに夫と死別し、A所有の土地上に建物を建築して一人で暮らしていた（以下では、この土地及び建物を「本件不動産」という。）。Aは、身の回りのことは何でも一人で行っていたが、高齢であったことから、近所に住むAの娘Bが、時折、Aの自宅を訪問してAの様子を見るようにしていた。

2. 令和2年4月10日、Aの友人であるCがAの自宅を訪れると、Aは廊下で倒れており、呼び掛けても返事がなかった。Aは、Cが呼んだ救急車で病院に運ばれ、一命を取り留めたものの、意識不明の状態のまま入院することになった。

3. 令和2年4月20日、BはCの自宅を訪れ、Aの命を助けてくれたことの礼を述べた。Cは、Bから、Aの意識がまだ戻らないこと、Aの治療のために多額の入院費用が掛かりそうだが、突然のことで資金の調達にあてがなく困っていることなどを聞き、無利息で100万円ほど融通してもよいと申し出た。そこで、BとCは、同日、返還の時期を定めずに、CがAに100万円を貸すことに合意し、CはBに100万円を交付した（以下では、この消費貸借契約を「本件消費貸借契約」という。）。本件消費貸借契約締結の際、BはAの代理人であることを示した。Bは、受領した100万円をAの入院費用の支払に充てた。

4. 令和2年4月21日、Bは、家庭裁判所に対し、Aについて後見開始の審判の申立てをした。令和2年7月10日、家庭裁判所は、Aについて後見開始の審判をし、Bが後見人に就任した。そこで、CがBに対して【事実】3の貸金を返還するよう求めたところ、BはAから本件消費貸借契約締結の代理権を授与されていなかったことを理由として、こ

れを拒絶した。

〔設問1〕 Cは、本件消費貸借契約に基づき、Aに対して、貸金の返還を請求することができるか。

5. その後、Aの事理弁識能力は著しい改善を見せ、令和3年7月20日、【事実】4の後見開始の審判は取り消された。しかし、長期の入院生活によって運動能力が低下したAは、介護付有料老人ホーム甲に入居することにし、甲を運営する事業者と入居に関する契約を締結し、これに基づき、入居一時金を支払った。また、甲の入居費用は月額25万円であり、毎月末に翌月分を支払うとの合意がされた。同日、Aは、甲に入居した。

6. Aは、本件不動産以外にめぼしい財産がなく、甲の入居費用を支払えなくなったことから、令和4年5月1日、知人のDから、弁済期を令和5年4月末日とし、無利息で500万円を借り入れた。

7. 令和5年6月10日、Aは、親族であるEから、本件不動産の売却を持ち掛けられた。Eは、実際には本件不動産が3000万円相当の価値を有していることを知っていたが、Aをだまして本件不動産を不当に安く買い受けようと考え、様々な虚偽の事実を並べ立てて、本件不動産の価値は300万円を超えないと言葉巧みに申し向けた。Aは、既に生活の本拠を甲に移しており、将来にわたって本件不動産を使用する見込みもなかったことから、売買代金を債務の弁済等に充てようと考え、その価値は300万円を超えないものであると信じて、代金300万円で本件不動産を売却することにした。そこで、同月20日、Aは、Eとの間で、本件不動産を代金300万円で売り渡す旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結し、同日、本件自宅についてAからEへの売買を原因とする所有権移転登記（以下「本件登記」という。）がされた。

8. 令和5年7月10日、本件売買契約の事実を知ったDは、Aに対し

て、本件不動産の価値は 3000万円相当であり、Eにだまされているとして、本件売買契約を取り消すように申し向けたが、Aは、「だまされているのだとしても、親族間で紛争を起こしたくない」として取り合おうとしない。なお、本件売買契約に基づく代金支払債務の履行期は未だ到来しておらず、Eは、本件売買契約の代金300万円を支払っていない。

〔設問2〕 Dは、本件不動産について強制執行をするための前提として、Eに対し、本件登記の抹消登記 手続を請求することを考えている。考えられる複数の法律構成を示した上で、Dの請求が認められるかどうかを検討しなさい。

【論点】

- ① 無権代理行為に關与した後見人の追認拒絶の可否
- ② 詐欺取消権の一身専属権該当性
- ③ 売買契約の詐害行為該当性

【解説】

●設問1について

- 1 本問は、無権代理人が後見人に就任した場合に、自己が關与した無権代理行為の追認を拒絶することの可否を問う問題である。無権代理人が本人の地位を単独相続した場合における無権代理行為の追認拒絶の可否という、典型論点との対比をさせる問題である。

無権代理人が本人を単独相続した場合、「本人が自ら法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じたものと解するのが相当」であるから、無権代理行為は相続とともに当然有効になるとするのが判例の立場である（最判昭和40年6月18日民集19巻4号986頁）。当然に有効となる以上、追認拒絶が認められる余地はない。

これに対して、本問のように、無権代理人が本人の後見人に就任した場合はどうか。相続事例の場合、本人が死亡している以上、本人保護の必要性がない一方で、後見事例の場合は、本人が存命であり、後見人はその職責として本人を保護する必要性がある、この違いを理解していることが前提である。

- 2 本問類似の事例として、参考判例①（最判昭和47年2月18日民集26巻1号46頁）や参考判例②（最判平成6年9月13日民集第48巻6号1263頁）が挙げられる。

- 3 参考判例②は判例百選にも掲載されている判例であり、目を通してることが要求される。同判例によれば、「後見人は、禁治産者を代理してある法律行為をするか否かを決するに際しては、その時点における禁治産者の置かれた諸般の状況を考慮した上、禁治産者の利益に合致するよう適切な裁量を行使してすることが要請される。ただし、相手方のある法律行為をするに際しては、後見人において取引の安全等相手方の利益にも相応の配慮を払うべきことは当然であって、当該法律行為を代理してすることが取引関係に立つ当事者間の信頼を裏切り、正義の観念に反するような例外的場合には、そのような代理権の行使は許されないこととなる。」と判示した上で、後見人による追認拒絶が信義則違反として否定される「例外的場合」に該当するかを判断する際の考慮要素として、(1)右契約の締結に至るまでの無権代理人と相手方との交渉経緯及び無権代理人が右契約の締結前に相手方との間でした法律行為の内容と性質、(2)右契約を追認することによって禁治産者が被る経済的不利益と追認を拒絶することによって相手方が被る経済的不利益、(3)右契約の締結から後見人が就職するまでの間に右契約の履行等をめぐってされた交渉経緯、(4)無権代理人と後見人との人的関係及び後見人がその就職前に右契約の締結に関与した行為の程度、(5)本人の意思能力について相手方が認識し又は認識し得た事実、などを挙げている。

この参考判例②を参照して、原則・例外の規範定立と問題文の事情を用いた当てはめを行うことで、十分に合格答案を作成することが可能である。

- 4 ただし、参考判例②は、無権代理人自身が本人の後見人に就任した事案ではなく、後見人に就任した人物が無権代理行為の存在を認識していたに過ぎない事案である。他方で、参考判例①はまさに無権代理人が後見人に就任した事案であり、追認拒絶が信義則上許されないとの結論が

示されている。参考判例②と併せて参考判例①も押さえている受験生は、両者の事案の違いを踏まえて、参考判例①の判断枠組みを採用するなど、アドバンテージをとることが可能である。

すなわち、参考判例①は、(1)後見人に就任する以前から事実上の後見人として財産管理に当たっており、(2)これに対し誰からも異議がなく、(3)本人と後見人に利益相反の関係がないことに着目し、後見人就任前にした無権代理行為の追認拒絶は信義則に反し許されないとしている。本問でも、これらの考慮要素にしたがい、Bが後見人に就任する以前からAの事実上の後見人として財産管理に当たっていたわけではないから、追認拒絶は制限されないという結論を導くことが可能である。

他方で、参考判例①が事例判決に過ぎないと捉えれば、これらの要素は信義則違反を基礎付ける具体的事実の例示であると考えられ、回答にあたっては、本問の問題文に即した考慮要素の抽出が必要となろう。

- 5 基本的な問題であるから、規範定立に至る論述や事実の評価が説得的であるか否かによって、点差が大きく開くと考えられる。

## ●設問2

- 1 設問2は、債権者代位権と詐害行為取消権についての基本的な理解を試す問題である。論点らしい論点はなく、各要件を丁寧に検討できているか否かにより、大きく点差が付くことになる。
- 2 考えられる複数の法律構成という設問のヒントから、①詐欺取消権の代位行使と②詐害行為取消請求の2点を想起することになる。
- 3 ①詐欺取消権の代位行使については、詐欺による意思表示であることの認定をした上で、要件充足性を一つ一つ丁寧に検討することになる。

大展開するような論点はないが、詐欺取消権が、権利行使を権利主体の意思にのみかからせる行使上の一身専属権に該当しないか、という点

については、軽く触れておく为好評価である。

また、詐欺による取消しの効果として、原状回復義務としての抹消登記手続請求権が発生すること、当該請求も代位行使の対象となることの指摘が求められる。

- 4 ②詐害行為取消請求については、本件売買契約の詐害行為性の認定を中心に、各要件を一つ一つ丁寧に認定することが必要である。詐害行為性については、肯定の立場も否定の立場も両方あり得る。

否定の立場からは、Aの認識では相当の対価を得てした財産処分行為であることから、債権者を害する意図を見出せないという立論になる。参考答案是、否定の立場から論じている。

これに対し、肯定の立場は、裁判実務において相関関係説が採用されていることを前提に、実勢価格とかけ離れた低廉な価格での売却処分は客観的な詐害性が強いため、主観面は、およそ債権者を害することの認識さえあれば足りるとの指摘をすることになる。しかし、相当な対価を得てした財産処分行為は原則として取消しの対象とならないことを定めた改正民法424条の2の存在との均衡を考えると、否定の立場の方が、説明がしやすいように思われる。

どちらの立場でも構わないが、大切なのは、自身の立場を論理的に説明できているか否かである。

以上

令和2年予備試験民法 採点基準

設問1 (25点)

- 1 消費貸借契約が有効に成立していることの指摘・・・2点
- 2 Bの契約締結行為が無権代理行為であることの指摘・・・2点
- 3 後見人の代表権には無権代理行為の追認拒絶権も含まれることの指摘・・・2点
- 4 Bによる追認拒絶権の行使が信義則上制限される可能性についての指摘・・・2点
- 5 無権代理人が本人の地位を単独相続した場合との異同についての説明・・・2点
- 6 信義則上制限されるか否かの具体的判断基準の定立・・・6点
- 7 問題文の事情を用いた当てはめ・・・6点
- 8 裁量点・・・3点

設問2 (25点)

- 1 詐欺取消権の代位行使 (12点)
  - (1) 詐欺取消権の代位行使とそれに伴う原状回復請求権としての所有権移転登記の抹消登記手続請求権の代位行使という手段について言及があること・・・3点
  - (2) Aが詐欺による取消権を行使可能なことの指摘・・・2点
  - (2) 詐欺取消権が一身専属権に該当するか否かの検討・・・3点
  - (3) 債権者代位権のその他の要件の検討・・・4点
- 2 詐害行為取消請求 (10点)
  - (1) 詐害行為取消請求訴訟を提起し(民法424条1項), 所有権移転登記の抹消登記手続請求を行うという手段について言及があるこ



と・・・3点

(2) 詐害行為取消権の要件充足に関する検討・・・7点

3 裁量点（3点）

以上

受講者 〇〇〇〇〇〇

答案練習会 第13回 初級ゼミ

得点：28点

(民法 吉田 路易 先生 2021年3月17日開催)

第1 設問1 (13点)

1 Cの訴訟物は、BC間の本件消費貸借契約に基づく貸金返還請求権によって、Aに100万円の返還を請求することと解する。以下、検討する。

文章が変です

(1) まず問題となるのは、本件消費貸借契約の効果がAに帰属するか否かということである。本件は、娘BがAの代理人である旨を示し、BC間で本件消費貸借契約を締結した。締結時、Aは意識不明であり、Bは代理権を授権してなく、無権代理であるので、契約の効力はAに帰属していないので (99条1項)、原則としては契約は無効である。

OK

OK

113条

△本人に帰属しない。契約自体は有効に成立しています

(2) 無権代理の場合、本人の追認がなければ、契約の効果は本人に帰属しない。よってAの追認がなければ、本件消費貸借契約の効果はAに帰属しない(113条1項)。Bが追認拒絶すれば、原則としてCの上記請求は認められない。

2 無権代理人が契約締結後に法定代理人に就任した場合の追認の可否

(1) 無権代理人BがCと本件消費貸借契約を締結した後、Aの後見人に就任した。後見人になることによって、BはAの「財産を管理」し、「その財産に関する法律行為について」Aを代表できる(859条1項)。よって、包括的に被後見人を代理するので、原則として、BはAの法定代理人として、契約の追認も拒絶もできると解す。

ok.

(2) しかし、いかなる場合も後見人が本人の法律行為の追認・拒絶が自由にできるというわけではない。後見人は後見事務の遂行にあたり、善管注意義務を負う(644条、869条)。そして後見人が被後見人のために法律行為を行う際は、様々な状況を踏まえて、被後見人の利益にとって最善の行動を裁量することを要する。(また、取引上の第三者がいる場合も第三者の利益を害しないように考慮すべきである。

よって被後見人との日頃の関係、状況等を鑑みて、契約追認を拒絶できるのか否かは、被後見人の利益が図られ、第三者へ不利益が生じないという信義則によって判断すべきである。

例外的場合は信義則上制限される。日本語として疑問です。という事ですね。

(3) 本件で問題となるのは、Aが締結した契約をBが後見人として追認するのではなく、Aが意識不明の時に、Bが為した無権代理行為を、同じくBが追認することになることの可否である。つまり、無権代理人と法定代理人が同一のBである。

後見人に就任前から、日常的に高齢のAを近所に住む娘Bは自宅を訪問してAの生活上の安否の見守りを行っており、このことは近隣住民もCも周知のものと考える。Aは身の回りのことは何でも一人で行うことができたが、倒れて意識不明の事態において、Bが治療費の工面をすることは、当時は無権代理としても、当然の行動である。

(4) Aの友人Cが治療費を融通するという申し出に対して、本件消費貸借契約を結んだことは、AとBとの間に利益相反の事実は見当たらない。本人Aにとって治療費を工面して回復するための入院費を病院に支払うことは健康、生命にとって重要である。

そして無利子で治療費を融通する申し出をしたCも、常日頃からBがAを見守りをしていたことを知っており、Bから100万円の返却があること認識していたことは、社会通念上、理解できる。また、100万円は根拠のない高額な金額ではなく、すべて入院費の支払いの金額である。

④ 実際はAのために使用されている、というところね。

(5) これらのことを鑑みると、Bが追認拒絶をした場合、本人Aにとっては友人が融通してくれた重要な入院費を踏み倒すという事態となり、また、Cには金銭が返還されないという重大な不利益が生じる。

よって、本件ではBが後見人に就任して法定代理人の資格を取得した以上、本件消費貸借契約を信義則上、自己がした無権代理行為として追認を拒絶する

ことは、許されない(と解す)。 *法解釈では別の言い方でも良いです*

(6) 上記のことから、Bが追認したうえで契約の効果がAに帰属し、Cは本件消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を主張できる。 *ok*

## 第2 設問2 (15点)

Dの訴訟物は、本件不動産にA E間の本件売買契約を取り消しの強制執行をかけるために、前提として、まずは、500万円の債権に基づく詐害行為取消権(424) *日本語が変です* を行使による本件登記の抹消登記手続の請求と解する。

*訴訟物は、詐害行為取消権としての ~~贈与的~~ 売買契約取消権及び所有権移転登記抹消登記請求権です。*

### 1. 500万円の債権に基づく詐害行為取消権(424条1項)の行使

(1) 詐害行為取消権とは、財産権不可侵の民法の原則の例外であり、債権者の利益を保護する目的で、一定の要件の下、債権者が債務者の法律行為を取り消して、債務者の財産状態を詐害行為以前の状態に戻して、弁済を可能にするための特別の権利と解す。 *不要です*

(2) 本債権は詐害行為前に生じていて(424条3項)、債務者は無資力であるという要件を満たしている。さらに詐害行為取消権を行使するには、債務者が債権者を害する行為(財産権を目的)を債権者の権利を害することを知って為したことが原則として必要である。

において、Aは本件売買契約によってDの権利を害することを知っていたと言

*ok*

えるか否かが問題となる。なぜなら、Aは時価3000万円の不動産を300万円で売却してしまったことは、Dの権利を害することを知っていたことに該当することが考えられるからである。

(3)しかし、債権者代位権は上述のように、債権者の利益を保護する目的ではあるが、財産権不可侵の原則の例外であるので、債務者の財産への介入は必要最小限にすべきである。そして、債権者代位権は、債権者の利益を保護するという趣旨からは、債務者が無謀な法律行為によって経済破綻に陥らず、再建の道を作る趣旨も含まれると解す。このことから、債務者が行った売買契約の価格が相場とは異なっても、債務者自身が適正価格であると信じた場合は、債権者の権利を害することを知っていたとは見做すことはできない。

説得力ありませう。

(4) Aは本件不動産の適正価格を300万円と信じて、債務の弁済のために本件売買契約を締結した。Aが高齢であること、そしてすでに生活の本拠地を介護付有料老人ホームに移している、本件不動産とは別の場所から本件売買契約の交渉をしていたという事情も鑑みて、AはEの権利を害すると知って本件売買契約を締結したとは見做されない。 } ok.

(5)よって本件では詐害行為取消権は認められない。 } ok.

2 債権者代位権(423条1項)による詐欺による取り消しについて

(1) 訴訟物はEが債権者代位権を根拠に、本来はAが持つ本件売買契約の取消権をAに代わって行使する請求である。以下、検討する。

訴訟物は、原状回復請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権  
取消しによる

(2) 債権者代位権が認められるのは、本来は被代位権利は本人である債務者だけが行使できるものであるが、例外として、一定要件の下、債権者が債権の回収が害されないように、債権者が債務者の代わりに行使することが認められた権利と解す。

また趣旨から鑑みると、取消権も債務者が行使しなければ債権者の利害が害されるおそれのある場合は債権者代位によって行使することが認められると解す。

- 身寄権と結びつけて説明できると良い。

OK.

(3) Aは親戚であるEから言葉巧みに欺罔され、本件不動産を時価3000万円相当であるのに、たった300万円で売却した。よって、Aは詐欺による意思表示を取り消すことができる(96条1項)

↓ OK.

(4) 加えて、Aは本件不動産は300万円もしない価値であると思い込んでいた。よって、95条1項2号における「表意者が法律行為の基礎とした事情についてその認識が真実に反する錯誤」に該当する。そして、本件不動産を売却した理由は、Aの唯一の財産であり、少しでも借金返済に当てる現金が入ればと藁にもすがる思いであり、これは95条柱書の「その錯誤が法律行為の目的

及び取引上の社会通念に照らして重要なもの」に該当する。よって、Aは本件売買契約を錯誤を根拠に取り消すことができる。」ok.

(5) 本件において、本件不動産はAの唯一の財産であり、不当な価格の本件売買契約で売却された場合、300万円しか手にいれることができなく、Aに無利息で500万円を貸したEの債権が回収できなくなるので、被保全債権に該当する(423条1項)。そして、Aは「親族間で紛争を起こしたくない」と取消権を行使しようとしないので、このままでは債権が回収できなくなる。弁済期は令和5年4月末日にすでに到来している(423条2項)。

??  
保存の必要性あり

ok

(6) よって上述のことから、Eは債権者代位権を根拠に、詐欺による意思表示(96条1項)および錯誤(95条)による意思表示の取消権を代位行使する請求ができる。

以上

- 文量がかなり多いので、時間内に書けるか、4枚にまとめられるか、検討が必要と思われます。
- 論点の理解は概ね示せてあり、一定の合格答案になり得ると思います。
- 文章表現が変な所が何点もあり、改善の余地があります。  
頑張ってください!

吉田



設問1

- 1 CのAに対する請求が認められるためには、代理人BとCとの間の本件消費貸借契約が有効に成立し、その効果がAに帰属していることが必要である。
- 2 まず、BはAのためにすることを示して（顕名）、Cとの間で、返還の時期を定めずにCがAに100万円を貸し渡す旨を約束し、Bに100万円を交付している（民法587条）ため、金銭消費貸借契約が有効に成立している。
- 3 次に効果帰属の有無であるが、BはAから代理権を先立って授与されておらず、Bの契約締結行為は無権代理行為である。その上で、無権代理人のBが本人Aの後見人に就任したことで、契約の追認又はその拒絶をする権限を取得しているところ（859条1項、民法113条1項）、無権代理行為に関与したBが後見人の立場で追認の拒絶をすることが可能なのか、という点が問題となる。

成年後見人はその職責として、成年被後見人の利益に合致するような職務遂行を求められるのだから、原則としては、無権代理行為の追認拒絶権を本人に代わり行使することが可能である。他方で、相手方の存在する法律行為を行うに際しては、取引の安全にも配慮しなければならない。そこで、①後見人が後見人就任前に無権代理行為に関与した度合い、②無権代理行為を追認することで被後見人が被る経済的不利益の度合い等を具体的に考慮し、追認拒絶権の行使が取引相手の信頼を裏切り、正義の観念に反するような場合は、例外的に同権利行使が信義則上制限されるというべきである。

本件では、①Aの後見人に就任したB自身が後見人就任前に消費貸

借契約の締結という無権代理行為を行なっているため、Bが後見人の立場で事後的に追認拒絶を行うことは、Bを信頼して金銭を貸し付けたCの取引上の信頼関係を大きく損なうことになる。しかも、子が親の世話の一環としてお金の工面をすることはよくあることであり、Cにしてみれば、Bが事後的に後見人の立場で追認を拒絶するなど想像し得ない出来事である。これに加えて、②Cから借りた100万円は、実際にAの入院費用に充てられたのだから、契約の追認を行うことでAに経済的損失が生じることもない。

以上より、Bの追認拒絶権の代理行使は正義の観念に反するといえ、信義則上制限される。よって、Cが相当期間を定めて催告をし、催告期間が経過することで、Cの請求は認められる。

## 設問2

### 1 詐欺取消権の代位行使

(1) Dは、Aに対する500万円の貸金返還請求権を被保全権利として、AのEに対する詐欺を理由とする売買の意思表示の取消権（民法96条1項）とそれに伴う原状回復請求権としての所有権移転登記の抹消登記手続請求権（民法121条、121条の2第1項）を代位行使することが考えられる（民法423条1項）。

(2) まず、EはAに対し虚偽の事実を並べ立てて、本件不動産の価値が300万円を超えないとAを誤信させ、その結果、Aは同金額での売買の意思表示を行なったのだから、Aの意思表示は詐欺によるものとして取消しの対象となる（民法96条1項）。

なお、詐欺取消権が一身専属権として代位行使の対象となり得ないのではないかが問題となり得るものの、詐欺取消権は遺留分減殺請求権のような身分上の権利ではなく、行使するかどうかの債務者の意思を債権者の利益より優先させるべき理由はないから、一身専

属権とはいえない（民法423条1項但し書き）。また、差押えを禁じられた権利でもないから、被代位権利たり得る（民法423条1項）。

(3) その上で、Aには本件不動産以外にめぼしい財産がないにもかかわらず、本件不動産を実勢価格よりも著しく低廉な金額でEに売却処分し、無視力に陥っているのだから、保全の必要性が認められる。

(4) その他、本件貸金の弁済期である令和5年4月末日は既に到来しており（民法423条2項）、貸金返還請求権は強制執行により実現可能である（同条3項）し、Aによる取消権の不行使も明らかである。

よって、取消権の代位行使が認められ、その帰結として、原状回復請求権としての本件登記の抹消登記手続請求も代位行使可能である。

## 2 詐害行為取消請求

(1) Dは、Eを被告とする詐害行為取消請求訴訟を提起し（民法424条1項）、所有権移転登記の抹消登記手続請求を行う（民法424条の6第1項本文）ことが考えられる。

(2) 本件売買契約が、「債務者が債権者を害することを知ってした行為」といえるかであるが、Aは本件不動産の価値について300万円を超えないと誤信しているため、Aの内心では、本件売買契約は、相当の対価を得てした財産の処分行為である（民法424条の2）。その上で、Aは契約当時、対価として取得した金銭について隠匿等の処分をする意思を有していたわけではない。そのため、本件売買契約が「債権者を害することを知ってした行為」とはいえない。

(3) よって、Dの請求は認められない。

以上