

2月18日実施（Bゼミ）
論文式試験問題
〔民法〕

[民法]

次の文章を読んで、後記の設問に答えなさい。

【事実】

1. 不動産賃貸業を営むAは、その亡妻Bとの間に長男Cをもうけていた。Cは、平成30年3月に中学校を卒業した後、他県の建設会社に作業員として雇用されたことから、Aの家を出て自分でアパートを借り、その後恋人のDと同棲を始めた。令和2年8月の時点で、Cは満17歳、Dは満20歳であった。
2. Cは、Bの所有していた甲土地及び乙土地をBからの相続により取得していた。甲土地及び乙土地は、更地で、Cの登記名義とされていたが、Cの親権者であるAが公租公課の支払を含め両土地の管理を行っていた。
3. 令和2年8月1日、Aは、自らの遊興を原因とする1000万円を超える借金の返済に窮していたことから、C所有の甲土地及び乙土地を自らが管理していることを奇貨として、甲土地及び乙土地をCの承諾を得ずに売却し、その代金を自己の借金の返済に充てようと考えた。
4. 令和2年8月10日、Aは、Cの代理人として、個人で飲食店を営む知人Eとの間で、甲土地を450万円、乙土地を600万円で売却する契約を締結した。ところが、Eはその時点で600万円しか現金を有していなかったことから、AとEは、甲土地についてはEが450万円の現金を調達できた時点でCからEへの所有権移転登記手続をすることとし、さしあたり、乙土地についてのみCからEへの所有権移転登記手続をすることで合意した。
5. 令和2年8月15日、Eは、Aに対し乙土地の代金として600万円を支払い、CからEへの乙土地の所有権移転登記がされた。Aは、Eから受領した代金600万円を自らの借金の返済に充当した。これらの事実について、AはCに何も知らせなかった。
6. Eは、【事実】4の売買契約を締結した時点で、Aが遊興を原因として多額の借金を抱えており、Aが乙土地の代金600万円をAの借金に充当するつもりであることを知っていた。
7. 令和2年9月1日、Cは18歳になりAの同意を得てDと婚姻し、新婚旅行に出発したが、同月5日、Cは、新婚旅行先で海水浴中の事故により死亡した。Cの相続人はA及びDの2人である。
8. 令和2年9月15日、Eは、450万円の現金を調達できたことから、Aにその旨連絡し、代金の支払と引換えに甲土地の所有権移転登記手続をするよう求めた。ところが、Aは、甲土地の地価が急騰したことから、甲土地を売却するのが惜しくなり、Eの請求に応じなかった。
9. 令和2年9月20日、Eは、乙土地の地価も急騰したことから、乙土地を売却しようと考え、乙土地の売却の媒介を仲介業者に依頼した。その頃、Fは、自宅建物を建設するための敷地を探していたが、購読している新聞の折り込みチラシに乙土地が紹介されていたことから、仲介業者に問い合わせた。その後、現地を見たFは、乙土地を気に入り、Eと面識はなかったものの、Eから乙土地を購入することを決めた。
10. 令和2年9月30日、Eは、Fとの間で、乙土地の売買契約を締結し、FはEに乙土地の代金として750万円を支払い、EからFへの乙土地の所有権移転登記がされた。
11. その後、Fは、乙土地上に丙建物を建築し、令和2年12月1日から丙建物での居住を開始した。
12. 令和2年12月5日、Dは、Aに対し、Cの遺産について尋ねたが、AはDの質問を無視した。その後も、AはDからの電話の着信や郵便物の受領を全て無視している。
13. 令和2年12月15日、Dは、Cの遺産に関する自らの疑問を解消したいと考え、弁護士に

調査を依頼した。

14. 令和3年1月25日、Dは、【事実】13の調査を依頼した弁護士の報告により、【事実】2 から11までを知った。
15. 令和3年2月1日、Eは、弁護士を通じて、A及びDに対し、代金を支払うので甲土地の所有権移転登記手続をするよう求めたが、拒絶された。そこで、Eは、甲土地の売買代金全額を供託した。

[設問] 【事実】1から15までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Eは、A及びDに対し、甲土地の所有権移転登記手続の請求をすることができるか。Eの請求の根拠を説明し、その請求の当否を論じなさい。
- (2) Dは、Fに対し、乙土地及び丙建物に関しどのような請求をすることができるか。Dの請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。なお、DのFに対する金銭請求については、検討を要しない。

参考答案
[民法総則]

第1 小問1

1 EはA及びDに対し、甲土地の売買契約に基づく所有権移転登記請求権又は甲土地の所有権に基づく所有権移転登記請求権を根拠として、所有権移転登記手続を請求することが考えられる。

2 利益相反行為（民法（以下略）826条）該当性

(1) まず、AがEに対してCの所有する甲土地を代金450万円で売った行為（以下「本件売買」という。）は利益相反行為にあたり、特別代理人を選任せずに行った以上無権代理行為になるとして、Cに対する本件売買の効果帰属を否定できるか。

(2) そもそも、特別代理人の選任を経ない利益相反行為は子の利益保護のために無権代理行為とされ、その効果は原則として子に帰属しないところ、利益相反行為該当性が親権者の主観により左右されるとすると、相手方は自己の認識し得ない事情により子への効果帰属を否定されることになり、取引の安全を害する。そうすると、ある行為の利益相反行為該当性は、親権者が子を代理してした行為自体を外形的・客観的に考慮して、親権者と子の利益が相反するか否かで判定すべきであって、親権者の動機・意図をもって判定すべきではない。

(3) 本件では、本件売買自体は親権者の利益になる行為ではないため、外形的・客観的にみて子の利益と相反するとはいえない。したがって、本件売買は利益相反行為にあたらない。

3 親権者の代理権濫用（93条1項ただし書類推適用）

(1) 次に、本件売買が利益相反行為にあたらないとしても、親権者たるAの動機・意図を実質的に捉えて、Cに対する本件売買の効果帰属を否定する余地はないか。

(2) この点、利益相反行為にあたらない場合でも未成年者の財産保護の要請はあり得る。しかし、親権者が子を代理してする法律行為は、利益相反行為にあたらない限り、表示のとおり子に法律効果を帰属させる意思に欠ける点はなく、93条1項ただし書を直接適用することはできない。もっとも、当該法律行為について子に経済的效果を帰属させる意思が親権者に欠けるときは、その点に同条の類推の基礎を見出せる。

ただし、親権者は利益相反行為にあたらない限り、子を代理してする法律行為について広範な裁量を有するため、①子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情がある場合に限り、②代理権濫用の事実に対して悪意又は有過失の相手方との関係では、93条1項ただし書を類推適用し、親権者の行為の効果は本人たる子に及ばないものと解すべきである。

(3) 本件では、①本件売買はその売却代金をCに全く帰属させない点で子の利益を無視している。また、売却代金の充当先は遊興を原因とする1000万円を超えるA自身の借金であって、自己の遊興により生じた債務を減少させ、自己の利益を図るこ

とのみが目的としてなされているといえる。②またEは本件売買時点で上記①の事実を知っており、悪意である。したがって、本件売買はAが代理権を濫用してなされたものといえ、93条1項ただし書の類推適用により、その効果はCに及ばない。

4 追認

(1) もっとも、Cは令和2年9月5日に死亡し、その父であるA及び妻であるDがCを相続した(882条、889条1項1号、890条)。そこで、無権代理人が本人を相続した場合と同様に、本件売買も有効とならないか。本件では共同相続人であるDも存在するため、本件売買の効力がどうなるか問題となる。

(2) そもそも、追認権はその性質上相続人全員に不可分に帰属するため(430条)、共同相続人のうち1人が追認を拒絶したときは、代理権濫用行為は濫用者との関係でも有効にはならず、相続人全員に効果が帰属しなくなると解すべきである。

なお、代理権濫用行為はあくまで有権代理行為であるものの、本人が当該法律効果の自身への帰属を欲するときは、その帰属を認めても不都合はないため、この場合にも本人の追認権(116条)を認めるべきである。

(3) 本件では、Dは本件売買の追認を拒絶している。したがって、本件売買の効果はA及びDのいずれにも及ばず、Eは甲土地の所有権を取得できない。よって、EのA及びDに対する所有権移転登記手続請求は認められない。

第2 小問2

1 DはFに対し、乙土地の共有持分権に基づく所有権移転登記抹消登記請求権を根拠として、所有権移転登記の抹消登記手続を請求することが考えられる。

2 まず、AE間における乙土地の売買の効果も、前記第1の3及び同4と同様にCには及ばず、乙土地はA及びDの共有であった。しかし、Fは仲介業者に問い合わせ、Eと面識のないままに乙土地の登記を具備したEから乙土地を購入したのであって、Fは当該登記が真の権利関係と異なることにつき善意であったといえるところ、Fは保護されないか。

3 そもそも登記に公信力はないため、真の権利関係と異なる登記を信頼したとの一事をもって、当該登記にかかる権利を取得できるものではない。もっとも、93条2項は、真意でないことを知りながら真意と異なる意思表示を行った表意者に帰責性があることを捉えて、心裡留保につき善意の第三者を保護するところ、代理権濫用により虚偽の登記が作出・放置された場合でも、これにつき真の権利者に帰責性があれば、同条を類推適用して善意の第三者を保護すべきである。

4 本件では、Eが乙土地の登記を具備した経緯はAの代理権濫用行為たる本件売買によるのであって、その作出・放置についてC及びDに帰責性はない。よって、DはFに対し、所有権移転登記抹消登記手続を請求できる。

以上

Bゼミ第5回（民法）解説レジュメ

2021. 2. 18

弁護士 大和田準

題材：平成28年司法試験民事系第1問（民法）設問1

第1 小問1について

1 事案の概要

R 2.8 AはCの父、Cは満17歳、Cは甲土地を所有

R 2.8.10 A→E Cの代理人として甲土地の売買契約締結、EはAの
動機（自身の遊興を原因とする借金返済への充当）につき悪
意

R 2.9.1 Cが18歳になりAの同意を得てDと婚姻

R 2.9.5 C死亡

R 3.1.25 Dが上記事実を確知

R 3.1.30 E→A・D 甲土地の所有権移転登記手続請求、代金供託

2 Eの請求の根拠（問題文は「請求の根拠を説明し、その請求の当否を論じな
さい」とする）

（1）訴訟物

1 売買契約に基づく所有権移転登記請求権（債権的請求）

2 所有権に基づく所有権移転登記請求権（物権的請求）

(2) 請求原因

ア A に対する請求

- 1 甲土地は、C がもと所有していた。
- 2 A は C の父である（法定代理権の存在）。
- 3 A は、令和 2 年 8 月 1 0 日、E に対し、C の代理人として甲土地を代金 4 5 0 万円で売った（代理行為）。
- 4 C は、令和 2 年 9 月 5 日、死亡した。
- 5 C には、子はいない（A の相続人該当性）。

イ D に対する請求

上記①～④に加えて（⑤は不要）

- 6 D は、C の妻である。

3 利益相反行為（民法 8 2 6 条）

(1) 親権者の財産管理権・代表権（8 2 4 条本文・大前提）

C の親権者である A は、C の財産を管理する権限・C の財産に関する法律行為について C を代表する権限を有する = A は C が所有する甲土地の売買契約締結権限を有する（法定代理権）。

→A が C の所有する甲土地を売却した行為は、当該行為が利益相反行為に当たらない限り、有権代理行為となる←ただし代理権濫用が認められれば無権代理になる

×無権代理、表見代理（表見代理は無権代理を前提に本人の帰責性を捉えて本人を犠牲にして相手方保護を図る法理）

(2) 「親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為」（1項）の意義

親権者が子を代理してした行為自体を外形的・客観的に考慮して判定すべきであって、親権者の動機・意図をもって判定すべきでない（外形理論・最判昭和42年4月18日）。

→本件では、親権者が子を代理してした行為とは、AがEに対してCの所有する甲土地を代金450万円で売った行為を指す。

=親権者が子の所有する土地を売る行為は、それ自体が親権者の利益になる行為ではないため、外形的・客観的に考慮する限り、子との利益が相反する行為とはいえない。

∴Aの行為は「親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為」にあてられない。

(3) 利益相反行為の効果

利益相反行為は、無権代理行為となる（大判昭和11年8月7日、108条2項）

→子が成年に達した後に追認しなければ、

4 親権者の代理権濫用（107条）

(1) 趣旨

- ・利益相反行為にあたらぬ場合の未成年者の財産保護の要請
 - ・他方で、親権者は利益相反行為にあたらぬ限り子を代理してする法律行為について広範な裁量を有することとの調整
- (・未成年者に法律効果を帰属させる意思に欠ける点はなく93条1項ただし書を直接適用することはできないが、未成年者に経済的效果を帰属させる意思に欠ける点に類推の基礎がある) ←そのままは使えないが、93条2項類推適用の根拠にはなる

(2) 要件

- 1 子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情(最判平成4年12月10日) ←「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合」(107条)
- 2 代理権濫用の事実に対する相手方の悪意又は有過失

(3) 代理権濫用の効果

代理権濫用にあたる法律行為の効果は、無権代理(107条)

(4) あてはめ

- 1 Aは、甲土地の売却代金を自らの遊興を原因とする1000万円を超える借金の返済に充てようと考えた
- 2 Eは売買契約締結時点で上記事実を知っていた

5 相続と追認権の帰属

(1) 無権代理人による本人の単独相続（前提）

無権代理行為は有効になる（最判昭和40年6月18日・資格融合説）

※相続という偶然の事情により無権代理行為が有効になることを不当と解して追認拒絶権の存在は認めた上で、無権代理人による追認拒絶は信義則上許されない、とする見解（資格併存説）を採用することも可

(2) 無権代理人による本人の共同相続

共同相続人全員が共同して追認権を行使しない限り、無権代理行為は有効にならない（最判平成5年1月21日）

∴無権代理行為を追認する権利（116条）は、その性質上相続人全員に不可分的に帰属する（430条）

→追認権は共同相続人に準共有され（264条）、追認は未確定的無効を有効化するという処分的効果を生じさせるものであるから、共同相続人全員の同意が必要となる（251条）＝一部追認（無権代理人の部分のみの追認）は認められない（調査官解説）。

※学説には、信義則を援用し相続分の限度で追認拒絶を許さず当然有効とする説などもあるが、一部追認や一部履行を可能とする根拠を論じる必要がある。

(3) あてはめ

A と D が C を共同相続、A と D に追認権が不可分的に帰属、D は追認拒絶

→E は甲土地の所有権を取得できない

6 「無権代理と相続」の論点と代理権濫用の関係（応用）←明文化により解決

第2 小問2について

1 事案の概要

R 2.8 A は C の父、C は満 17 歳、C は甲土地を所有

R 2.8.10 A→E C の代理人として乙土地の売買契約締結、E は A の動機（自身の遊興を原因とする借金返済への充当）につき悪意

R 2.8.15 E→A 代金 600 万円支払、

C→A 所有権移転登記

R 2.9.1 C が 18 歳になり A の同意を得て D と婚姻

R 2.9.5 C 死亡

R 2.9.30 E→F 乙土地の売買契約締結、所有権移転登記

F→E 代金 750 万円支払

R 2.12.1 F が乙土地上に丙建物建築、居住開始

R 3.1.25 D が上記事実を確知

2 D の請求の根拠（問題文は「請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい」とする）

（1） 訴訟物

- 1 共有持分権に基づく所有権移転登記抹消登記請求権
- 2 保存行為に基づく所有権移転登記抹消登記請求権（252条ただし書）

（2） 請求原因

- 1 甲土地は、C がもと所有していた。
- 2 C は、令和2年9月5日、死亡した。
- 3 D は、C の妻である。
- 4 F は、乙土地の所有権移転登記を具備している。

3 利益相反行為・親権者の代理権濫用の論点

小問1と同旨

4 無権利者と取引した第三者保護法理の検討（D の請求に対する F の抗弁）

（1） 事案の整理

- ①E は乙土地について無権利者である ∵小問1の解説4～5参照
- ②しかし E は乙土地について登記を具備していた
- ③F は乙土地について登記を具備している E から乙土地を購入した

※登記に公信力はないため F が E の登記を信頼したことをもって直ちに F が乙土地の所有権を取得できるわけではないことに注意⇨引渡しの公信力（178、192条）

(2) 93条2項類推適用

・93条2項の趣旨

真意ではないことを知りながら真意と異なる意思表示を行った表意者に帰責性があることを捉えて、善意の第三者を保護する。

※改正前民法では94条2項類推適用とされていたが、民法改正により心裡留保の場合を念頭に置いた93条2項が新設されたため、同条によることが適当と思われる。

→類推適用にあたっては、虚偽の外観作出・放置について真の権利者の帰責性が求められるべき。単に真の権利者が善意であるというだけでは保護されない（それだけで真の権利者を保護すれば登記に公信力を認めることと同じになってしまう）

・あてはめ

虚偽の外観=Eが乙土地について無権利者であるにもかかわらず登記を具備していたこと

真の権利者=Cを相続したD

←Eの登記具備（虚偽の外観）の作出・放置について帰責性を問えるか？

というと、難しいと思われる。ただし、Cが親権者であるAの包括的代

理権によって私的自治の拡張による利益を受けていたことに着目して、C は包括的代理権の濫用による危険も負担すべき（使用者責任における報償責任・危険責任的な考え方か）との理由付けをして帰責性を認めることもあり得るとされる（出題趣旨）。

∴Fは善意ではあるものの保護されず、DのFに対する抹消登記請求が認められる

信義則説←代理権濫用の効果が無権代理と明文化された以上採用できないか。代理権濫用について、93条1項ただし書類推適用説ではなく信義則説（悪意又は(重)過失である相手方が代理の効果を主張することが信義則違反・権利濫用にあたるとする説）を採用することを前提に、Fは悪意・有過失でない以上、代理の効果を主張することは信義則に反しない、と考える。

=AがCを代理して締結したEとの間の売買契約の効力について、Fは有効であると主張できると解する

∴Fは保護され、DのFに対する抹消登記請求は認められない

以 上