

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. Xは、自らが所有する土地（以下「甲土地」という。）及び甲土地上に存立するアパート（以下「甲土地」と併せて「甲不動産」という。）を第三者に賃貸していたところ、賃借人との交渉、契約書の作成及び敷金の授受等を全てAに委ねていた。また、Xは、甲不動産の管理を業者に委託するために必要であるとAから言われ、Aから言われるままに、甲不動産の登記済証をAに預けていた。
2. Aは、令和4年10月1日、XがAに甲不動産を代金4300万円で売り渡す旨の売買契約書を作成してXに閲覧させたところ、Xは、売却する意思がないのに、その内容をよく確認することなく、Aから言われるままに当該売買契約書に署名押印した。
3. さらに、Xは、同月15日、甲不動産の管理に必要であるとAから言われて自らの実印及び印鑑証明書をAに渡し、XのAに対する甲不動産の所有権移転登記申請書にAがその場で押印するのを漫然と見ていた。Aは、同日、XからAへの甲不動産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。）を具備した。
4. Aは、令和5年1月15日、Yとの間で甲不動産の売買契約を締結し、同日、AからYへの甲不動産の売買を原因とする所有権移転登記をした。その際、Yは、Aが本件登記を具備していることを確認していた。

【設問1】

Xは、令和5年2月1日、Yに対して、甲不動産の所有権に基づき、甲不動産の所有権移転登記の抹消登記手続を請求した。Xの請求は認められるか。

【事実（続き）】

5. Xは、配偶者及び子のいずれもおらず、父母も既に死亡しており、歳の離れた弟Bが唯一の親族であった。XはかねてよりBと同居していたものの、自らが高齢になったことから、幼少期を過ごした田舎の老人ホームに入居することを決めてBと別居した。
6. Bは、多額の借金を抱えていることをXに秘匿していたところ、XがBと別居したことを奇貨として、Xが所有するマンション（以下「乙建物」という。）を売却して、借金の返済に充てることを計画した。
7. Bは、令和15年4月1日、Xの生死が令和7年2月1日から明らかでないとして、管轄の家庭裁判所にXの失踪宣告を請求し、家庭裁判所は、令和15年10月1日、Xの失踪を宣告した。そして、Bは、同年11月15日、相続を原因とする乙建物の所有権移転登記（以下「本件相続登記」という。）を具備した。
8. Bは、令和15年12月20日、Zとの間で乙建物の売買契約を締結し、同日、BからZへの乙建物の売買を原因とする所有権移転登記をした。その際、Zは、Bが本件相続登記を具備していることを確認しており、Xが実際には生存していることを知らなかった。
9. Xは、令和16年3月1日、自らが失踪の宣告を受けていることを知り、同月10日、管轄の家庭裁判所に対し、失踪宣告の取消しを請求した。これを受けて、家庭裁判所は、同年3月25日、失踪宣告を取り消した。

〔設問2〕

Xは、令和16年4月10日、Zに対して、乙建物の所有権に基づき、乙建物の所有権移転登記の抹消登記手続を請求した。Xの請求は認められるか。

以 上

2023年1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

1 所有権に基づく妨害排除請求としての所有権移転登記抹消登記請求の要件は、①原告による目的物の所有、②被告による不動産の所有権移転登記の具備（民法（以下略）206条）である。

ここで、XはAに本件登記を具備させているものの、実際には甲不動産を売却する意思を有していなかったため、本件登記は虚偽であり、その原因たるXA間の甲不動産売買は無効であるとして、甲不動産の所有権をYに主張できるか問題となる。

2 まず、Xは内容をよく確認することなく、Aから言われるままに甲不動産の売買契約書に署名押印してはいるものの、甲不動産を売却する意思はなく、Aと「通じて」甲不動産の売買という「虚偽の意思表示」をしたわけではない。そのため、94条2項を本件に直接適用して、XがXA間の売買の無効をYに対抗できないと解することはできない。

3 また、Aは甲不動産の登記を具備して自らを所有者としてYに甲不動産を売却しているのであって、Xを代理してYと甲不動産の売買契約を締結したわけではない。そのため、110条を本件に直接適用して、甲不動産の売買の効力をXに帰属させる（109条1項本文）こともできない。

4 もっとも、94条2項及び110条の趣旨は、虚偽の外観の作出につき真の権利者に帰責性がある場合に、第三者がその外観を信頼して取引に入ったときは、真の権利者を犠牲にしても外観どおりの法

律関係を形成して当該第三者を保護し、取引の安全を図ることにある。そうすると、①真の権利者が虚偽の外観の作出に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合ではなくても、これと同視し得る程度に重い帰責性がある場合、②相手方が当該虚偽の外観を信じたことについて無過失であるときは、前記94条2項及び110条の趣旨が妥当する。したがって、この場合、同各条を類推適用し、真の権利者は当該外観の虚偽を当該第三者に対して主張できないと解すべきである。

5 本件では、Xは、甲不動産の管理を業者に委託するために必要であるとAから言われ、Aから言われるままに、甲不動産の登記済証をAに預けており、Aによる本件登記を容易にしていた。また、Xは、売却する意思がないのに、その内容をよく確認することなく、Aから言われるままに甲不動産の売買契約書に署名押印したうえ、自らの実印及び印鑑証明書をAに渡し、XのAに対する甲不動産の所有権移転登記申請書にAがその場で押印するのを漫然と見ていた。そうすると、Xには、Aが甲不動産の所有者であるとの外観を作出することに関与した場合と同視し得る程度に、重い帰責性があるといえる。

そして、②Yは、Aとの間で甲不動産の売買契約を締結する際、Aが本件登記を具備していることを確認しているため、Aが甲不動産の所有者であると信じたことについて無過失であるといえる。

6 したがって、94条2項及び110条が類推適用され、Xは本件登記の虚偽をYに対して主張できない。よって、XA間の甲不動産売買

はYとの関係では有効となり、Xの請求は認められない。

第2 設問2

- 1 Xは、乙建物の所有権をZに主張できるか。「失踪の宣告によって財産を得た者は、その取消しによって権利を失う。」(32条2項)ところ、BはXの失踪宣告によって乙建物の所有権を相続により取得したため、失踪宣告の取消しによって乙建物の所有権を失う。したがって、Bから乙建物の所有権を売買により取得したZもまた、乙建物の所有権を失うのではないか。
- 2 他方で、失踪宣告の「取消しは、失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない」(32条1項後段)ところ、Zは、Xが実際には生存していることを知らなかったため「善意」である。そうすると、失踪宣告の取消しは、BZ間の乙建物の売買の効力に影響を及ぼさず、Zは乙建物の所有権を失わないとも思える。
- 3 もっとも、Bは、XがBと別居したことを奇貨として失踪宣告を請求しており、Xが生存することについて悪意である。そこで、「善意でした行為」とは、行為の当事者の双方が善意であることを指すものか否か問題となる。
- 4 そもそも、32条1項後段が失踪宣告の取消しの遡及効を制限する趣旨は、失踪者の死亡を信頼して取引に入った者を保護し、取引の安全を確保することにある。他方で、失踪宣告を受けた者は、一般に失踪宣告を受けることについて帰責性があるとはいえないため、静的安全を確保して真の権利者を保護すべき要請もある。そして、32

条2項後段は、文言上、「行為」の当事者の無過失を要求しておらず、行為の当事者が善意でありさえすれば失踪宣告の取消しの遡及効を制限することとしている。

そうすると、「善意でした行為」とは、行為の当事者の双方が善意である行為を指し、当該行為に限って取消しの遡及効が認められると解することで、遡及効が認められる場合を限定し、静的安全を確保して真の権利者を保護する要請と調和させるべきである。

5 本件では、Bは前述のとおりXが生存することについて悪意である。そうすると、BZ間における乙建物の売買は「善意でした行為」にはあたらない。

6 したがって、Zは、失踪宣告の取消しによって乙建物の所有権を失い、Xが乙建物の所有権を有することとなる。よって、Xの請求は認められる。

以上

2023年1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

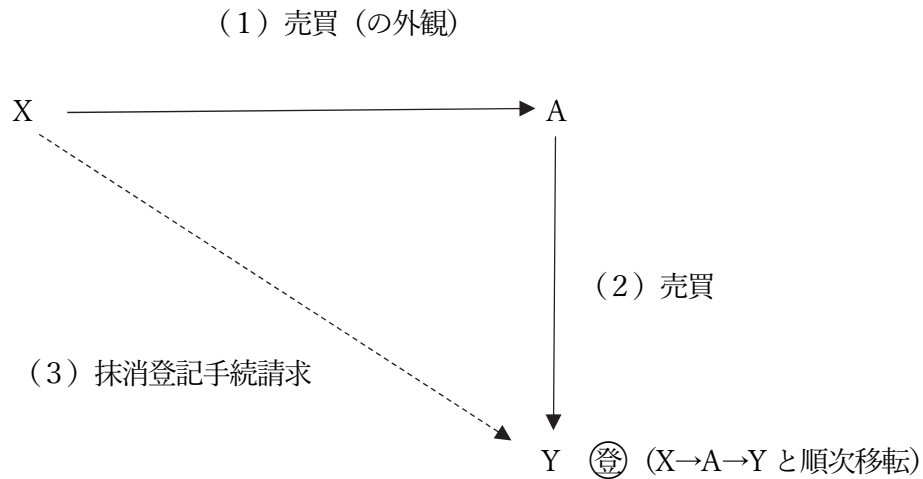
受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
〔設問1〕	(26)		
所有権に基づく妨害排除請求の要件事実		2	
妨害排除請求の要件事実を踏まえた本件の争点(XA間売買の無効を理由とするXのYに対する甲不動産所有権の主張の可否)の指摘		2	
94条2項が直接適用できないことの指摘と理由		4	
110条が直接適用できないことの指摘と理由		4	
94条2項及び110条の趣旨(権利外観法理)の説明		4	
判例又は学説を踏まえた規範(①虚偽の外観、②真の権利者の帰責性、③相手方による虚偽の外観の信頼(+無過失)など)の定立		4	
あてはめ		6	
〔設問2〕	(14)		
失踪宣告の取消しの効力と根拠条文(32条2項)の指摘		2	
失踪宣告の取消しの効力の制限と根拠条文(32条1項後段)の指摘		2	
あてはめ(BZ間における乙建物の売買が失踪宣告後その取消前になされたこと)		2	
Xが生存することについてZが善意であることの指摘		1	
Xが生存することについてBが悪意であることの指摘		1	
「善意でした行為」(32条1項後段)の解釈論 ①32条1項後段の趣旨の指摘 ②真の権利者である失踪宣告を受けた者に帰責性がないことの指摘 ③32条1項が「行為」の当事者の無過失を要求していないことの指摘 その他説得的な理由づけ ※行為の一方当事者が善意であれば足りるとの見解を採用しても、理由づけが説得的であれば同等の点数を与える		6	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	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



2 訴訟物の検討

(1) 所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権の要件事実

(206条)

- ① 原告による不動産の所有
- ② 被告による不動産の所有権移転登記の具備

(2) あてはめ

- ① Xは甲不動産を所有している
- ② Yは甲不動産の所有権移転登記を具備している

(3) Yの反論(所有権喪失の抗弁)

- ・①のうち「Xが甲不動産をもと所有していたこと」は認める。
- ・しかし、「XはAに対し、R4.10.1、甲不動産を4300万円で売った」
→甲不動産の所有権はR4.10.1時点でAに移転済み
=XはR5.1.15のA→Y売買時点で、もはや甲不動産の所有権を有していない

(4) Xの再反論(XA間売買の否認)

- ・XはAに対し甲不動産を売っていない
←このXの再反論をどう考えるか?(問題意識)

3 いわゆる権利外観法理の検討

(1) 94条2項の要件

①「相手方と通じてした虚偽の意思表示」(94条1項) = 「無効」

②「善意の第三者」→虚偽の意思表示の無効を「対抗することができない」

→Xは「内容をよく確認することなく、Aから言われるままに当該売買契約書に署名押印した」

=Aと「通じて」甲不動産の売買という「虚偽の意思表示」をしたわけではない

∴要件①を満たさず、94条2項を本件に直接適用して、「XはXA間売買の無効をYに
対抗することができない」、と結論づけることはできない。

(2) 110条の要件

①「代理人がその権限外の行為をした場合」

= (i) 基本代理権の存在、(ii) 基本代理権の範囲を超えた代理行為、に分解可能

②「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」

→Xは「内容をよく確認することなく、Aから言われるままに当該売買契約書に署名押印した」

=仮に、賃借人との交渉、契約書の作成及び敷金の授受等を全てAに委ねていたり、Aから言われるままに甲不動産の登記済証をAに預けていたりしたことを捉えて (i) 基本代理権の存在があると解したとしても、(ii) AはXを代理してYと甲不動産の売買契約を締結したわけではない (Aは甲不動産の登記を具備して自らを所有者としてYに甲不動産を売却している)

∴要件①(ii)を満たさず、110条を本件に直接適用して、「その他人(A)が第三者(Y)との間でした行為(甲不動産の売買)について、その責任を負う」(109条1項本文)、と結論づけることはできない。

(3) 94条2項、110条の類推適用(判例)

①「本件登記手続をすることができたのは、上記のようなXの余りにも不注意な行為によるものであり、Aによって虚偽の外観(不実の登記)が作出されたことについてのXの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。」

②「Yは、Aが所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信ずることについて過

失がなかったというのであるから、」

→「民法94条2項、110条の類推適用により、Xは、Aが本件不動産の所有権を取

得していないことをYに対して主張することができない」

(最判平成18年2月23日民集60巻2号546頁・百選I22)

(4) あてはめ

①Xは、甲不動産の管理を業者に委託するために必要であるとAから言われ、Aから言われるままに、甲不動産の登記済証をAに預けていた。

Xは、売却する意思がないのに、その内容をよく確認することなく、Aから言われるままに売買契約書に署名押印した。

Xは、甲不動産の管理に必要であるとAから言われて自らの実印及び印鑑証明書をAに渡し、XのAに対する甲不動産の所有権移転登記申請書にAがその場で押印するのを漫然と見ていた。

②Yは、Aとの間で甲不動産の売買契約を締結する際、Aが甲不動産の所有権移転登記(本件登記)を具備していることを確認していた。

※登記上権利者として表示された者を真の権利者と信じた場合は特段の事情がない限り無過失といえる(大判大正15年12月25日)。

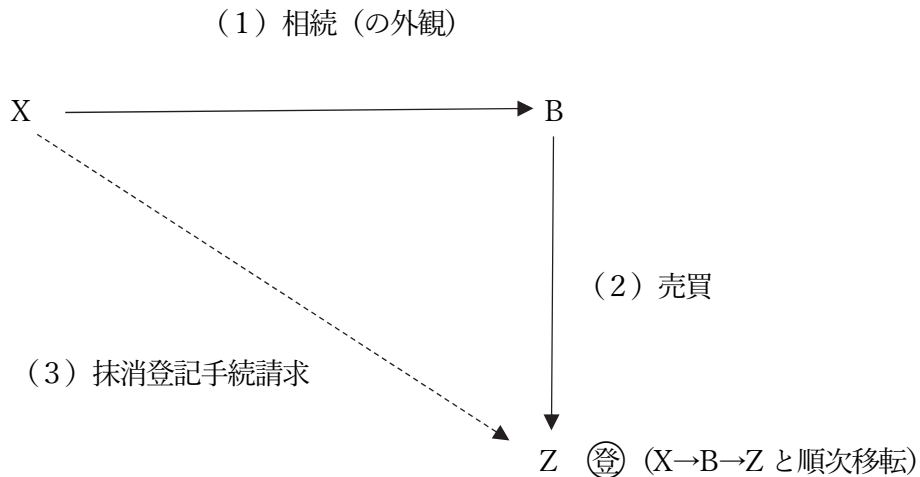
(5) 上記判例と異なる権利外観法理に関する見解

→判例と異なる見解の学説を採ってももちろん可。ただし条文から論じる姿勢を!

第2 設問2について

設問2のテーマ：よくわからない問題が出たときは、とりあえず条文から論じる！

1 事案の概要



2 訴訟物の検討

要件事実とあてはめは、第1の2及び第1の3（所有権に基づく妨害排除請求）に同じ

(1) Zの反論（所有権喪失の抗弁）

- ・①のうち「Xが乙建物をもと所有していたこと」は認める。
- ・しかし、「Xは、R15.10.1、失踪の宣告を受けた」「BはXの弟である」「Xに配偶者及び子はいない」「Xの父母は既に死亡している」
 - Xは失踪の宣告により、R14.2.1に死亡したとみなされた（31条、30条1項）
 - 乙建物の所有権は、R14.2.1時点で、相続によりBに移転済み
 - ⇒XはR15.12.20のB→Z売買時点で、もはや乙建物の所有権を有していない

(2) Xの再反論(失踪宣告の取消し)

・Zの反論に係る事実は認める。

・しかし、R16.3.25、Xの失踪宣告は取り消された

→「失踪の宣告によって財産を得た者は、その取消しによって権利を失う。」(32条2項)

=Zは、失踪の宣告によって乙建物の所有権を相続したBから乙建物の所有権を取得している。したがって、Zもまた失踪の宣告によって財産を得た者にあたり、失踪宣告の取消しによって乙建物の所有権を失う。

(3) Zの再々反論(取消しの遡及効の制限)

・Xの再反論に係る事実は認める。

・しかし、BはZに対し、乙建物を、R15.12.20に売った。

・Zは、Xが生存すること(32条1項前段)について善意

→「その取消しは、失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない」(32条1項後段)

=BZ間における乙建物の売買の効力は無効にはならず、Zは乙建物の所有権を失わない(?)

3 「善意でした行為」(32条1項後段)の解釈(論点)

(1) 問題意識

・ 32条1項後段の「行為」は、本件では BZ 間における乙建物の売買がこれにあたる。

・ 32条1項後段の「善意」の対象は、「失踪者が生存すること」（32条1項前段）

→少なくとも「行為」の一方当事者である Z は、X が生存することについて善意である。

⇔しかし、「行為」の他方当事者である B は、X が生存することについて悪意である。

どうする？

(2) 現場での考え方の例

条文の趣旨から考える

→ 32条1項後段の趣旨が、失踪者の死亡を信頼して取引に入った者を保護し、取引の安全を確保することにあることを強調すれば、「行為」の一方当事者さえ善意であれば、取消しの遡及効を制限すべき（本件でいえば Z を保護して BZ 間の売買を有効と解する）といえそう。失踪宣告を受けた者の保護は現存利益の返還（同条2項）で図るか。

⇔設問1を思い返す。権利外観法理の要件の1つは「真の権利者の帰責性」

→失踪宣告を受けた者に帰責性があるといえるのか？

→帰責性がない（or 弱い）のに、失踪宣告を受けた者を犠牲にしてよいのか。

（静的安全確保の要請をどう調和させるか）

→まして、32条1項後段は、文言上、「行為」の当事者の無過失を要求していない。

∴「善意でした行為」とは、行為の当事者の双方が善意であることを指し、このときに

限り、取消しの遡及効を認めると解する（大判昭和13年2月7日民集17巻59頁）

以 上

2023年1月22日

担当：弁護士 大和田 準