

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

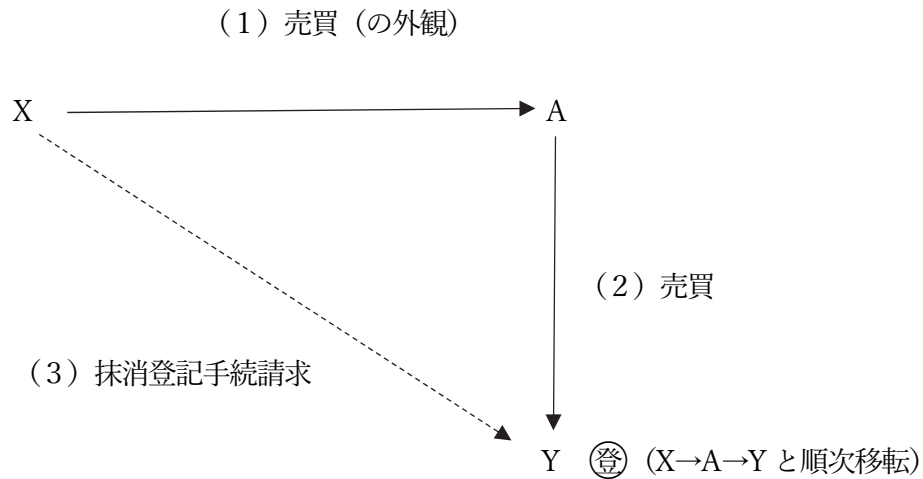
受講者番号

| 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)。

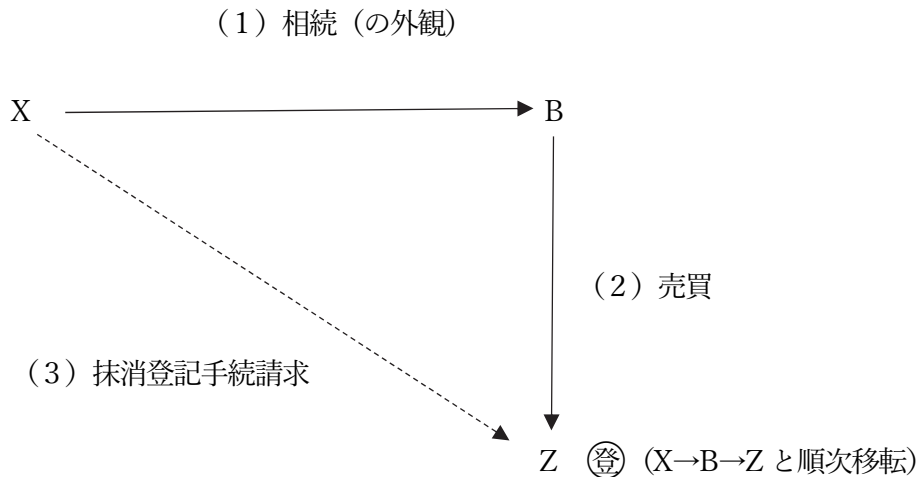
(5) 上記判例と異なる権利外観法理に関する見解

→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

最優秀答案

表

| | |
|------|------|
| 試験科目 | 試験地 |
| 民法 | 明治大学 |

回答者：I.Y. 点数：34点

民法
1
頁

第1 設問1

1. XはYに対し、甲不動産の所有権に基つて差止請求権
 として、所有権移転登記の抹消登記を請求しては。上記請
 求の趣旨からいへば、① Xが甲不動産の所有権を有するに
 ② Xが所有権をYに對抗するに足りる。

2. XはAとの甲不動産の売買契約(民法以下、三名省略)55条
 は、実際には存在しない。このため、Xは甲不動産の所有権を有する(1)
 では、Xは甲不動産の所有権をYに對抗できず。

3. Yとしては、Aの本件登記を具備しており、これを信頼しAとの間
 で売買契約を締結したことから、自身は94条2項の「第三者」に
 当り、XはYに對しXA間の売買契約の不存在を主張でき
 ないと主張するべきである。

しかし、XA間には再課税はないため、94条2項を直接適用する
 ことはできない。

4. もっとも、94条2項の趣旨は、本人の帰属性に鑑み、外觀を信頼して
 第三者を保護するにある。このため、自ら虚偽の外觀を作出
 したのと同程度の帰属性が本人に認められる場合には、94条の
 趣旨を類推し、第三者を保護すべきである。この場合、本人が自ら
 虚偽の外觀を作出したにすぎないため、110条の類推により、
 第三者が外觀を信頼したことは「正当な理由」(110条)と認
 られるものとする。これは、実際と異なる表示を信頼した点で、類推
 の差障りがあるためである。

注釈の一覧：【採点済み】

ページ:1

番号:1 作成者:owada タイトル:楢円 日付:2023/02/01 16:44:08

番号:2 作成者:owada タイトル:ノート注釈 日付:2023/02/01 16:46:11

②は妨害の存在すなわち被告の登記具備です。所有権を対抗できることは要件事実ではなく、強いて言えば、所有権を対抗できないこと（Xが登記を具備していないことなど）が①に対するYからの抗弁になります（いわゆる対抗要件の抗弁）。

番号:3 作成者:owada タイトル:楢円 日付:2023/02/01 16:47:08

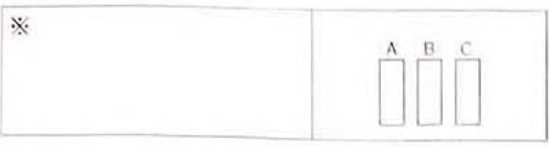
番号:4 作成者:owada タイトル:楢円 日付:2023/02/01 16:47:26

番号:5 作成者:owada タイトル:楢円 日付:2023/02/01 16:47:41

番号:6 作成者:owada タイトル:楢円 日付:2023/02/01 16:47:57

番号:7 作成者:owada タイトル:ノート注釈 日付:2023/02/01 16:50:14

110条の文言から解釈論を展開していて好印象です。



とて、①虚偽の外観^②が存在し、③外観の作出について本人に帰責性があり、④第三者が外観を信頼し、⑤③について「正当な理由」が存在すれば、XはYに対して自己の所有権を対抗できない、
 5. Xは実際にはAに對し甲不動産を売却する意思はない。このため、本件登記は①虚偽の外観といえる。

XはAに甲不動産の貸付に関する事務を委託していた。甲不動産の登記簿証をAに預けていたため、甲不動産をAに對し売却する旨の契約書を作成し、署名押印した。さらにXのAに對する甲不動産の所有権移転登記申請書にAがどの場面で押印するのを見逃した。このように、虚偽の外観は、XがAのみにAを信頼し、漫然と必要書類を交付、署名押印等をした結果として作出されたものである。本件虚偽の外観の作出について、Xの帰責性は入らず、③本人に帰責性があるといえる。

YはAが本件登記を具備していることを確認しているから、③第三者が外観を信頼したといえる。

6. 「正当な理由」とは、社会生活上相当と認められること、信頼した外観が虚偽であると知りながらおこなったことを指す。その例として、正当な理由とは、誤謬無過失という。

上記の通り、Yは本件登記を確認し、Aと売買契約を締結している。通常、登記を有する者が正当な所有者である。よってこの調査を求めると、登記を備える義務が失われる。YはAに對し、Yは社会生活上、誤謬無過失と認められること、無過失とい

☰ 番号:1 作成者:owada タイトル:テキストボックス 日付:2023/02/01 16:56:33

34

○ 番号:2 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:48:27

○ 番号:3 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:50:26

○ 番号:4 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:50:42

○ 番号:5 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:50:49

○ 番号:6 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:48:53

○ 番号:7 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:51:00

👉 番号:8 作成者:owada タイトル:ノート注釈 日付:2023/02/01 16:51:20
評価が丁寧に記載されていて好印象です。

○番号:1 作成者:owada タイトル:楢円 日付:2023/02/01 16:52:38

○番号:2 作成者:owada タイトル:楢円 日付:2023/02/01 16:53:19

○番号:3 作成者:owada タイトル:楢円 日付:2023/02/01 16:53:29



※ご確認ください。なお、解答欄の外（黄色部分及びその前の空白部分）に記載した場合には、当該部分は採点されません。
 インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限り、）で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として算出

合は別紙で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
 は、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外の場合は「裏から記載」とだけ、試験時間中に裏の解答欄に記載してください（試験時

※される記載のある答案は無効答案として算出となります。

67 乙建物の売買契約の¹効力に²影響を及ぼす³（32条1項後段）と
 68 主張の⁴こと⁵が⁶生⁷ら⁸れ⁹る


69 4. ¹しかし、²32条1項後段は、³無⁴償⁵性⁶の⁷な⁸い⁹本¹⁰人¹¹の¹²利¹³益¹⁴と¹⁵犠¹⁶牲
 70 ¹⁷に¹⁸契¹⁹約²⁰の²¹効²²を²³保²⁴持²⁵す²⁶た²⁷の²⁸た²⁹り³⁰と、³¹善³²意³³者
 71 ³⁴（³⁵32条1項後段）³⁶は、³⁷当³⁸事³⁹者⁴⁰の⁴¹両⁴²方⁴³が⁴⁴善⁴⁵意⁴⁶で⁴⁷あ⁴⁸る⁴⁹場⁵⁰合⁵¹に⁵²い
 72 ⁵³う⁵⁴た⁵⁵と⁵⁶解⁵⁷す⁵⁸。⁵⁹ど⁶⁰う⁶¹か⁶²の⁶³側⁶⁴が⁶⁵悪⁶⁶意⁶⁷で⁶⁸あ⁶⁹る⁷⁰場⁷¹合⁷²に⁷³は、⁷⁴悪⁷⁵意⁷⁶の⁷⁷者⁷⁸が⁷⁹不
 73 ⁸⁰利⁸¹益⁸²を⁸³負⁸⁴う⁸⁵べ⁸⁶き⁸⁷と⁸⁸な⁸⁹ら⁹⁰る⁹¹。

74 本問では、Bが¹の²側³に⁴つ⁵い⁶て⁷悪⁸意⁹で¹⁰あ¹¹る¹²。法律行為の¹³善
 75 ¹⁴事¹⁵者¹⁶の¹⁷両¹⁸方¹⁹が²⁰悪²¹意²²で²³あ²⁴る²⁵場²⁶合²⁷に²⁸は²⁹当³⁰た³¹ら³²な³³い³⁴。

76 Cは¹から²、³善⁴意⁵者⁶は⁷32条1項後段の⁸適⁹用¹⁰に¹¹よ¹²り、¹³B¹⁴と¹⁵間¹⁶の¹⁷売¹⁸買
 77 ¹⁹契²⁰約²¹の²²効²³を²⁴主²⁵張²⁶す²⁷こ²⁸と²⁹が³⁰可³¹能³²な³³ら³⁴い³⁵。

78 Zは¹欠²陥³宣⁴告⁵の⁶取⁷消⁸し⁹に¹⁰よ¹¹り、¹²乙¹³建¹⁴物¹⁵の¹⁶権¹⁷利¹⁸を¹⁹失²⁰う²¹こ
 79 ²²と²³な²⁴る²⁵（²⁶32条2項）。

80 5. ¹よ²り、³X⁴は⁵②⁶Z⁷に⁸対⁹し¹⁰て¹¹乙¹²建¹³物¹⁴の¹⁵所¹⁶有¹⁷権¹⁸と¹⁹対²⁰抗²¹性²²に²³つ
 81 ²⁴き、²⁵X²⁶が²⁷Z²⁸に²⁹対³⁰し³¹て³²請³³求³⁴す³⁵こ³⁶と³⁷が³⁸可³⁹能⁴⁰な⁴¹ら⁴²い⁴³。

82  ¹X²Z³

ページ:4

-
- 番号:1 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:53:43

 - 番号:2 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:54:54

 - 番号:3 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:55:00

 - 番号:4 作成者:owada タイトル:楕円 日付:2023/02/01 16:55:15

 - 🟡 番号:5 作成者:owada タイトル:ノート注釈 日付:2023/02/01 16:57:29
全体的によく書けています。

最優秀答案

回答者 I.Y. 34点

第1 設問1

1. XはYに対し、甲不動産の所有権に基づく妨害排除請求権として、所有権移転登記の抹消登記手続を請求している。上記請求が認められるには、①Xが甲不動産の所有権を有すること、②Xが甲不動産の所有権をYに対抗できることが求められる。
2. XからAへの甲不動産の売買契約（民法（以下、法名省略）555条）は、実際には存在しない。そのため、Xは甲不動産の所有権を有する（①）。では、Xは甲不動産の所有権をYに対抗できるか。
3. Yとしては、Aが本件登記を具備しており、それを信頼してAとの間で売買契約を締結したのだから、自身が94条2項の「第三者」に当たり、XはYに対してXA間の売買契約の不存在を主張できないと主張することが考えられる。
しかし、XA間には通謀がないため、94条2項を直接適用することはできない。
4. もっとも、94条2項の趣旨は、虚偽の外観を作出した本人の帰責性に鑑み、外観を信頼した第三者を保護することにある。そうすると、自ら虚偽の外観を作出したのと同程度の帰責性が本人に認められる場合には、94条の趣旨を類推し、第三者を保護すべきである。この場合、本人が自ら虚偽の外観を作出したわけではないから、110条の類推により、第三者が外観を信頼したことについて「正当な理由」（110条）を要するものとする。真実と異なる表示を信頼した点で、類推の基礎があるためである。
そこで、①虚偽の外観が存在し、②外観の作出について本人に帰責性があり、③第三者が外観を信頼し、④③について「正当な理由」が存在すれば、XはYに対して自己の所有権を対抗できない。
5. Xは実際にはAに対して甲不動産を売却する意思はない。そのため、本件登記は①虚偽の外観といえる。

XはAに甲不動産の賃貸に関する事務を委ねていた。Xは甲不動産の登記済証をAに預けていただけでなく、甲不動産をAに対して売り渡す旨の契約書によく確認することなく署名押印した。さらに、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。上記のように、虚偽の外観は、XがむやみにAを信頼し、漫然と必要書類を交付、署名押印等をした結果として作出されたものである。虚偽の外観の作出について、本人Xの帰責性は大きく、②本人に帰責性があるといえる。

Yは、Aが本件登記を具備していることを確認していることから、③第三者が外観を信頼したといえる。

6. 「正当な理由」とは、社会生活上相当とされる注意を尽くしても、信頼した外観が虚偽であると知ることができなかつたことを指す。そのため「正当な理由」とは、善意無過失をいう。

上記の通り、Yは本件登記を確認し、Aと甲不動産の売買契約を締結している。通常、登記を有する者が正当な所有者である。それ以上の調査を求めるとすると、登記を備える意義が失われる。したがって、Yは社会生活上、必要とされる注意を尽くしており、無過失であるといえる。また、所有者がXでないと知っていれば、YはAから土地を買うことはないと考えられるから、Yは本件登記が虚偽であることについて、善意であると考えられる。

したがって、Yは③虚偽の外観を信頼したことについて「正当な理由」があるといえる。

7. したがって、94条2項の類推適用により、Xは本件登記が虚偽であることをYに対抗できない。

よって、Xは甲土地の所有権をYに対抗できず、XのYに対する請求は認められない。

第2 設問2

1. XはZに対して、乙建物の所有権に基づく妨害排除請求権としての乙建物の所有権移転登記の抹消登記手続を請求している。

上記請求が認められるには、①Xが乙建物の所有権を有し、②それをZに対抗できることが求められる。

2. 「本人」Xの請求により、「失踪者が生存すること」が証明され、Xの失踪宣告は取り消されている（32条1項前段）。そのため、Bは乙建物を相続（896条）しない。ZがBから乙建物を買い受け、乙建物の所有権を取得することもできない。

したがって、未だ①Xが乙建物の所有権を有するといえる。

3. Zは、B Z間の売買契約は「失踪宣告後その取消し前」になされたものであ

り、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。そのため、失踪宣告の取消しは、B Z間の乙建物の売買契約の効力に影響を及ぼさない。(32条1項後段)を主張することが考えられる。

4. しかし、32条1項後段は、何ら帰責性のない本人の利益を犠牲に法律行為の効力を保持するものである。そうすると、「善意」(32条1項後段)とは、当事者の両方が善意である場合をいうものと解する。どちらかが悪意である場合には、悪意の者が不利益を負うべきだからである。

本間では、BがXの生存について悪意である。法律行為の当事者の両方が悪意である場合には当たらない。

したがって、Zは32条1項後段の適用により、B Z間の売買契約の効力を主張することはできない。

Zは失踪宣告の取消しによって、乙建物の権利を失うこととなる。(32条2項)

5. よって、Xは②Zに対して乙建物の所有権を対抗でき、XのZに対する請求は認められる。

以 上

最優秀答案

回答者 M.Y. 34点

第1 設問1

1. (1)本件訴訟物は、XのYに対する甲不動産の所有権に基づく妨害排除請求として甲不動産の所有権移転登記の抹消登記請求である。本請求が認められるためには、甲不動産につき①Xの所有権及び②Yの所有権移転登記が必要であるところ②は認められる。
- (2)次に、AはXA間で甲不動産の売買契約を書面上締結し、その後、本件登記をしているので上記売買が有効であって、売買の効果がAに帰属するか検討する。
売買（555条）を有効になしうるためには、売り手、買い手の意思の合致を要するところ、本件では、Xは売却する意思がないから、意思の合致がないといえるので、本件売買は無効である。ゆえに、無権利者Aは、本件登記を有効に取得できない。そのため、Aから甲不動産を買ったYも甲不動産を承継取得できないのが原則である。
- (3)他方、Yは、Aが本件登記を具備していることを確認して、AY間の本件売買という取引に入ったから、94条2項の「第三者」として保護され登記保持権原を有するとの抗弁を主張する。
ア まず、AY間に通謀はない（甲不動産売買）から、94条2項は、本件に直接適用できない。しかし、本件のような権利の外観を信じて取引に入ったこと、Xが内容をよく確認せずに、XA間の本件売買契約書に署名押印しているため、94条2項の権利外観法理の趣旨が妥当し、同条項を類推適用しうると解する。
同条項の要件をみたすか検討するに、Aが本件登記を具備しているから、
㊦権利の外観はある。また、上述のとおり、Xは確認もせずに上記契約書に署名押印しているため、余りにも不注意な行為といえ、
㊧真の権利者たるAの帰責性はある。そして、Yは本件登記を信頼して取引に入っているから、
㊨外観への信頼もあるといえる。よって、Yは「第三者」（94条2項類推適用）にあたる。
- (4)他方Xは、自ら作出した権利の外観ではないから、Xの帰責性は小さく、上記

要件に加えて、110条の無過失をも要求すべきであると主張する。

ア 他人が権利外観を作出した意思外形非対応型の場合、外観作出者の背信的度合いは大きいため、「第三者」保護要件として94条2項の善意に加えて「正当な理由」(110条)を要求し、利益衡量を図る必要があると考える。

「正当な理由」とは代理権の存在を相手方が信じたことにつき無過失であることと解するが、本件では代理権がないから直接適用はできないのが原則である。もっとも、表見法理という110条の趣旨が本件にも妥当し、同条を類推適用できると解する。

イ 本件では、AY間で甲不動産の売買契約を締結する際、YはAが本件登記を具備していることを確認していたから、Yは、本件登記の存在を信じるについて無過失である。よって、110条類推適用の要件もみたす。

2. よって、94条2項、110条類推適用により、Yに本件登記保持権限があることが認められる。

以上より、Xの本件請求は認められない。

第2 設問2

1. Xは、失踪宣告を取り消した以上、自己に権利があると主張するから本件訴訟物は、Zに対する乙建物所有権に基づく乙建物の所有権移転登記抹消登記請求である。

(1)Xは家庭裁判所に失踪宣告の取消しを請求(32条1項前段)しているところ、遡及的に相続の効果、すなわち本件相続登記の効力も失われ、Bは無権利で乙建物を処分(Zへの売買)したことになる。

そのため、XはBから乙建物を買ったZに対し、本件請求をなすうとも思える。

2. 他方、Zは、BからZへの乙建物売買(555条)は、「取消し前に善意でした行為」であるから、遡及的無効にならない(32条1項後段)と反論する。

(1)では、「善意」は当事者双方に要求されるか。

(2)ア 同条項後段は、失踪者の犠牲のもと取引を有効とする規定であるところ、失踪者の静的安全を取引の動的安全の調和の見地から、「善意」は取引の当事者双方に要求すべきである。

イ 本件では、たしかに、BZ間での乙建物売買契約締結の際、ZはBの本件相続登記の具備を確認し、Xの生存も知らなかったから、「善意」にあたる。

しかし、Bは多額の借金をかかえ、Xとの別居を奇貨として、乙建物を売却して借金返済にあてることを企図し、Xの失踪宣告を請求し、それが認め

られると本件相続登記をしているから、Xの生存につき悪意である。

したがって、B Z間の本件乙建物売買は無効である。

3. (1)次に、Zは虚偽の外観たる本件登記を信頼してBとの取引に入った以上、94条2項の類推の基礎があり、「善意の第三者」として保護されると主張する。
- (2)94条2項類推適用の要件は、ア. 真の権利者の帰責性、イ. 虚偽の外観、ウ. 第三者の信頼であるところ、XはBと別居して何も知らないうちに失踪宣告が出されており、ア. を欠く。よって、Zのかかる主張は認められない。
4. 上記より、本件乙建物の所有はXにあることが認められる。また、Zは乙建物の所有権移転登記を具備していた。
5. したがって、Xの本件請求は認められる。

以 上

採点講評

(2023年1月22日 民法総則)

第1 全体について

- ・昨年からの繰り返しになりますが、法的三段論法に従った答案の書き方がまだ身につけていないと思われる答案が一定数見られました。民法の答案は、①問題提起→②規範定立（条文から要件を抽出する。条文からでは要件が不明確なときには、条文や制度の趣旨に遡って条文の文言を「解釈」し要件を導き出す）→③あてはめ（問題文の事実を引用して②で定立した要件を充足するか否かを記載する。要件が規範的であるとき（善意や無過失など）は事実を経験則に従って評価したうえであてはめる）→④結論、という流れを基本的にとりますので、まずはこの型を身につけてください。
- ・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1～3点の加点をしたものがあります。

第2 個別の注意点

設問1

1 X→A間の売買の意思表示の有無

- ・多くの答案は、X→A間の売買の意思表示が不存在であることを前提に、本件登記という虚偽の外観作出についてのXの帰責性の程度を論じていくことができていました。
- ・他方で、X→A間の売買の意思表示が一応存在することを前提として、心裡留保や虚偽表示による無効（93条2項、94条1項）や錯誤取消し（95条1項）を論じる答案も一定数見られました。しかし、（内心の）効果意思が不存在である以上、たとえ表示らしきもの（本件でいえば売買契約書への署名押印）があるとしても、意思表示が存在するとは評価し難いと思われます。令和4年司法試験民事系科目第1問の採点実感も、以下に引用するとおり、権利移転行為が不存在であるときは「譲渡が無効である」という表現は誤りであるとしており、本問で心裡留保や虚偽表示、錯誤を論じることは適切ではないように思われます。

①については、多くの答案が、AからBに対する権利移転がないこと、したがってBからの譲受人であるCは原則として所有権を取得することができないことを指摘していた。もっとも、本問においてはそもそもAのBに対する権利移転行為が不存在であるため、AのBに対する譲渡が無効であるという表現は誤りであるが、このような答案が散見された。少数ではあるが、単に無効であるとするだけでなく、AのBに対する譲渡が民法第94条第1項に基づいて無効であると記載するものや、AのBに対する譲渡は無権代理であると記載するものも見られた。民法第94

条第1項に基づいて無効であるとする答案の中には、これに続く記載の中で、通謀がないから同条第2項は直接適用されないとしてその類推適用を問題とするなど、答案の中で矛盾した記載となっているものもあった。また、AのBに対する譲渡が詐欺によるものであるとしたものがあった。しかし、AはBに対する譲渡の意思表示をしていないのであり、詐欺を問題にする余地はない。(以上引用)

2 権利外観法理における無過失の要否

- ・判例は、虚偽の外形の作出に関与した権利者の帰責性の程度に応じて、いわゆる外形意思非対応型、外形与因型（本人が虚偽の外観作出に直接関与していないが、その原因を与えていた類型）については110条の法意又は趣旨の類推適用による保護を図っていますが（前記採点実感参照）、110条に言及せず、94条2項を挙げるにすぎない答案が一定数見られました。このような答案には、①110条などの条文その他の根拠を挙げることなく無過失が必要であると述べるものが多かったほか、②そもそも無過失の要否を検討していないものも少数ながら見られました。
- ・無過失の要否を検討するものの、Xの帰責性が著しく重いと評価したうえで、無過失は不要であると論じた答案も少数ながら見られました。しかし、本問は前記採点実感の分類に従えば外形与因型に属する事案であり、Xの帰責性自体は認められるとしても、判例に照らせば他の類型と比較して帰責性の程度は小さいと評価されると思われます。問題文を一読しただけでは帰責性が重く感じられるかもしれませんが、無過失を要求していない判例の事案をよく復習してみてください。

設問2

1 失踪宣告の取消し

- ・失踪宣告についてあまり学習していなかったからか、設問2の回答を諦めてしまったと思われる答案が少数ながら見られました。司法試験・予備試験ともに、未知の問題が出題されることは多いため、知らない論点の問題が出題されたときでも、条文を読みながら条文の趣旨を考えて一応の答案を作成する能力を身に付けてほしいところです。
- ・また、失踪宣告の取消しに関する条文（32条2項）や取消しの遡及効の制限に関する条文（32条1項後段）に着目せず、明文のない権利外観法理をいきなり論じる答案も少数ながら見られました。典型論点ではない未知の問題が出題されたときは、出題者は現場での思考力を問うていることが多いと考えられることから、覚えている論証を闇雲に吐き出しても点数はあまり付かないと思われます。この場合、まずは関連しそうな条文を探したうえで、その趣旨や対立する利益を考慮して、自身で考えたことを記載する意識を身に付けてください。

2 「善意でした行為」（32条1項後段）の解釈

- ・多くの答案は、Zが善意、Bが悪意であることを前提に、「善意でした行為」が取引当事者双方の善意を要求するか否かについて論じていくことができていました。また、多くの答案が判例と同様に双方の善意を要求するとの解釈を採用していました。し

かしながら、「善意でした行為」の解釈の論点にたどり着けなかった答案も一定数見られました。

- 双方の善意を要求するとの解釈を採用した答案の多くは、その理由について、失踪宣告の取消しの趣旨が失踪宣告を受けた真の権利者を保護することにある、と述べるにとどまり、32条1項後段が取消しの遡及効を制限して取引の安全確保を図っていることと、失踪宣告を受けたことについて基本的に帰責性がないと考えられる真の権利者の静的安全の確保をいかに調和させるか、という実質的な理由を十分に述べている答案は少数でした。
- なお、判例の立場を否定して、「善意でした行為」は取引当事者の一方が善意であれば足りる、という学説に依拠することも可能であり、そのような答案も少数ながら見られました。もっとも、この場合には、例えば、真の権利者（失踪宣告を受けた者）の保護は悪意の当事者（本問ではB）に対する現存利益の返還請求によることで図るべきと解するなど、失踪宣告を受けたことについて基本的に帰責性のない真の権利者の保護をどう考えるのかを論じてほしいところでしたが、この点を十分に論じているものは極めて少数でした。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2023年1月22日分 得点分布表

民法総則

出席者 31名 平均点 20点

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

