

司法試験

合格答案作成講座
民法
無料体験冊子②

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 183824

LU18382

司法試験

合格答案作成講座・論証集
民法

はしがき

予備試験，司法試験，法科大学院入試においては，基本的事項に関する知識，理解があることを前提として，その応用力を問う問題が毎年のように出題されています。限られた試験時間内でそのような応用問題に対応するためには，基本的事項について，あらかじめ十分な準備をしておく必要があります。本教材は，その準備に役立てていただくツールとして，各論点の論証例を提示したものです。

収録されている論証例の中には，一見して長大なものも存在します。学習意欲の維持という点からすると，すべての論証が簡略化されている方がよいのかもしれませんが。しかし，簡略化が過ぎると，結論のみの暗記と大差のないものとなってしまう，他者からの評価に結びつかない独りよがりの「論証パターン」に陥る危険性があります。

高い評価を勝ち取る論証を展開するためには，正しい理解が必要です。そして，その理解の対象は，条文・判例・通説的学説といった重厚な内容を有する文章群となります。理解の対象が重厚である場合，必要以上に簡略化をすることは，恣意的な改悪でしかありません。

以上のような観点から，論点によっては長めの論証例を提示したのもありますが，これをそのまま自分の論証とする必要はありません。我々が提供するものは，あくまでも「土台」です。ご自身で，自分が使い易いようにエッセンスを抽出し，カスタマイズする作業を行うことが大切です。ラインマーカーなどで印をつけたり，下線を引いたりして，キーワードやロジックの流れを押さえておけば，直前期の総復習にも役立つ実践的な論証集となるでしょう。

本教材の特長

1 基本的かつ重要な論点をセレクト

効率的な学習に役立てていただけるよう、本教材では、予備試験、司法試験、法科大学院入試での出題が予想される基本的かつ重要な論点を厳選して取り上げています。

2 判例・通説ベースの論証を豊富に記載

大前提となる基本論点と関連する重要論点とを区別して記載し、膨大な数にのぼる論証群をわかりやすく整理しました。各論点に対する論証は、《問題提起》と《論証》のかたちで示してあります。

《問題提起》では、なぜその論点の問題になるのかを端的に示しています。また、《論証》は、判例または通説をベースとしたものを用意しました。ラインマーカーなどで印をつけたり、下線を引いたりして、キーワードやロジックの流れを押さえるようにしてください。

3 関連知識，関連過去問，関連判例の記載

必要に応じて、各論点に関連する知識や考え方の《ポイント》を欄外に記しています。また、関連過去問として新旧の司法試験及び予備試験の出題年度を記載したほか、関連判例についても年月日と百選番号を記載しています。

4 定義集と完全リンク

各論点が体系上どこに位置づけられるのかを意識しながら学習していただくため、定義集における関連箇所につき、該当ページを「⇒定 p.〇〇」と表記しています。また、本教材内での関連箇所については、該当ページを「⇒p.〇〇」と表記しています。

合格答案作成講座・論証集

民法

目次

第1編 総則	1
第1章 法律行為の主体	1
1 制限行為能力者制度	1
論点1 取消しと無効の二重効	1
論点2 意思無能力者がした法律行為の効力	1
論点3 相手方からの無効主張の可否	2
論点4 後見開始の審判を受ける前にした行為の取消しの可否	2
論点5 後見人による追認拒絶	3
論点6 制限行為能力者による詐術	4
2 失踪宣告	4
論点1 32条1項後段における善意（双方善意説）	4
論点2 悪意転得者への32条1項後段適用の法律構成	4
論点3 悪意取得者への32条2項ただし書の適用の可否	5
3 法人	6
論点1 「目的の範囲内」（34条）の意義	6
論点2 「目的の範囲内」か否かの判断基準	6
論点3 一般法人法90条4項の決議を欠く場合の行為の効力	7
論点4 「前項の権限に加えた制限」の意義	7
論点5 理事の代表権の制限における「善意」の意義	8
論点6 一般法人法77条5項と110条の類推適用の関係	8
論点7 「その職務を行うについて」の意義	8
論点8 一般法人法78条と代表者の個人責任（709条）	9
論点9 権利能力なき社団の財産の帰属	9
論点10 構成員の責任	10
論点11 代表者の責任	10
論点12 社団名義の登記	10
第2章 法律行為	11
1 契約の成立・有効要件	11
論点1 動機の不法	11
論点2 契約の解釈（客観説）	12
2 通謀虚偽表示	12
論点1 94条2項における「善意」と無過失の要否	12
論点2 94条2項の「第三者」の意義と登記の要否	13
論点3 譲受人悪意・転得者善意の場合の「第三者」該当性	13
論点4 善意者からの悪意転得者（絶対的構成説）	14
論点5 94条2項の第三者と権利者からの譲受人との関係	14
論点6 94条2項類推適用（意思外形対応型）	15

論点 7	94 条 2 項・110 条法意併用（意思外形非対応型）	16
論点 8	94 条 2 項・110 条類推適用（意思外形非対応型）	16
3	錯誤	18
論点 1	動機の錯誤	18
論点 2	「法律行為の要素」（95 条）の意義	18
論点 3	相手方が悪意の場合の 95 条ただし書適用の可否	19
論点 4	錯誤無効の主張権者	19
論点 5	錯誤無効主張前の第三者	19
論点 6	錯誤無効と詐欺取消しの二重効	20
論点 7	錯誤と瑕疵担保責任との関係	20
論点 8	錯誤と和解の確定効との関係	21
4	詐欺・強迫	21
論点 1	沈黙による詐欺	21
論点 2	96 条 3 項における「第三者」の意義	22
論点 3	96 条 3 項における「善意」と無過失の要否	22
論点 4	96 条 3 項の「第三者」と登記の要否	22
論点 5	詐欺取消後の第三者	23
第 3 章	代理	24
1	序説	24
論点 1	委任契約と代理権授与行為の関係	24
	◆ 本人による取消しの場合と第三者保護	24
	◆ 代理人による取消しの場合と第三者保護	25
論点 2	表示機関の錯誤	25
2	代理行為	25
論点 1	「本人の指図」（101Ⅱ）の解釈	25
論点 2	直接本人名義でなした代理行為の効果	26
論点 3	代理権の濫用	26
論点 4	代理と詐欺	27
論点 5	代理人と相手方が通謀虚偽表示をした場合の処理	28
3	表見代理	29
論点 1	法定代理に 109 条が適用されるか	29
論点 2	白紙委任状の交付と表見代理①（被交付者濫用型）	29
論点 3	白紙委任状の交付と表見代理②（転得者濫用型）	30
論点 4	事実行為と 110 条	31
論点 5	公法上の行為と 110 条	31
論点 6	相手方が代理人を本人と誤信した場合の処理	32
論点 7	「第三者」（110 条）の意義	32
論点 8	「正当な理由」（110 条）の判断基準	32
論点 9	「日常の家事」（761 条）の範囲	33
論点 10	761 条は夫婦相互の家事代理権を認めているか	34
論点 11	日常家事代理権と 110 条の適用	34
論点 12	重量適用の可否	34
論点 13	無権代理人の責任と表見代理の関係	35

4	無権代理と相続	35
	論点1 無権代理人が本人を相続した場合	35
	論点2 本人が無権代理人を相続した場合	36
	論点3 無権代理と共同相続	37
	論点4 相続人が無権代理人と本人の双方を相続した場合	38
	論点5 他人物売買における本人の追認	38
第4章	無効・取消し	39
1	取消権者	39
	論点1 主債務者の取消権を保証人が行使することの可否	39
	論点2 制限行為能力者の取消権と法定代理人の取消権の関係	39
2	無効な法律行為・取消しの効果	40
	論点1 双務契約の無効・取消しと既履行の目的物の滅失	40
	論点2 取消しにより生じた不当利得返還請求権の時効期間	40
第5章	時効	41
1	時効序説	41
	論点1 「当事者」(145条)の範囲	41
	論点2 時効の法的性質(不確定効果説)	41
	論点3 援用の相対効	42
	論点4 援用の撤回の可否	42
	論点5 援用権の代位行使の可否	43
	論点6 時効完成後の債務の承認	43
	論点7 主債務の消滅時効完成後の保証債務の履行	44
	論点8 主債務者と保証人の地位併存後の保証債務弁済と中断	44
	論点9 物上保証人が債権者に対してする被担保債権の承認	45
	論点10 物上保証人と主債務の時効中断	45
2	取得時効	46
	論点1 所有の意思	46
	論点2 自己物の時効取得	46
	論点3 再度の取得時効の完成と抵当権	47
	論点4 土地賃借権の時効取得と抵当不動産の買受人への対抗	48
3	消滅時効	49
	論点1 「権利を行使することができる時」の意義	49
	論点2 期限の利益喪失約款付債権の消滅時効の起算点	49
第2編	物権	51
第1章	物権法総論	51
1	物権的請求権	51
	論点1 物権的請求権の根拠	51
	論点2 物権的請求権の費用負担	51
	論点3 物権的請求権の相手方	52

2	物権変動	53
論点	物権行為の独自性の肯否	53
◆	物権行為の有因・無因	53
◆	物権変動の時期	54
3	不動産物権変動	54
論点 1	不完全物権変動論	54
論点 2	「第三者」(177条)の範囲	55
論点 3	背信的悪意者排除論	55
論点 4	背信的悪意者からの譲受人	56
論点 5	善意者を介した場合の背信的悪意者の処理	56
論点 6	時効取得と登記	57
論点 7	解除後の第三者と登記	57
論点 8	共同相続と登記	58
論点 9	相続放棄と登記	59
論点 10	遺産分割と登記	59
論点 11	遺贈と登記	60
論点 12	相続させる旨の遺言と登記	60
論点 13	登記のない地役権と承役地の譲受人	61
論点 14	中間省略登記の可否	62
論点 15	中間省略登記の効力	62
論点 16	中間省略登記請求権	63
4	動産物権変動	63
論点 1	178条の「第三者」	63
◆	賃借人・受寄者の「第三者」(178条)該当性	63
論点 2	金銭所有権の特殊性	64
5	即時取得	64
論点 1	登録可能な動産と即時取得(192条)	64
論点 2	制限行為能力者や無権代理人の処分と即時取得	65
論点 3	取消前の第三者と即時取得の可否	65
論点 4	占有改定と即時取得	66
論点 5	指図による占有移転と即時取得①	66
論点 6	指図による占有移転と即時取得②	67
論点 7	即時取得と回復請求権との関係	67
論点 8	占有者の盗品使用収益権	68
論点 9	代価弁償請求権の法的性質	69
第2章	占有権・所有権	69
1	占有権	69
論点	相続と「新たな権原」	69
2	相隣関係	70
論点	分筆後の残余地の特定承継と袋地所有者の通行権	70
3	不動産の付合	71
論点 1	不動産の「付合」の意義	71
論点 2	賃借人のした増築部分の付合	71
論点 3	建築途中の建物への第三者の工事と所有権の帰属	72

4	共有	73
	論点1 共有者相互間の明渡請求	73
	論点2 共有者の一人による不実登記の抹消手続請求	73
第3章	担保物権	74
1	留置権	74
	論点1 留置権の牽連性	74
	◆ 建物買取請求権と留置権	74
	◆ 造作買取請求権と留置権	75
	◆ 不動産の二重譲渡と留置権主張の可否	75
	論点2 295条2項類推適用	76
	論点3 賃貸借契約終了後の留置権者の居住の可否	76
2	先取特権	77
	論点1 動産売買先取特権の物上代位①（請負代金債権）	77
	論点2 動産売買先取特権の物上代位②（一般債権者の差押え）	77
	論点3 動産売買先取特権の物上代位③（債権譲渡との優劣）	78
3	質権	79
	論点1 質権設定者への質物の返還	79
	論点2 責任転質の法的性質	79
	論点3 動産質権に基づく引渡請求の可否	79
	論点4 債権質設定者の質権者に対する担保価値維持義務	80
4	抵当権	80
	論点1 抵当権の付従性	80
	論点2 流用登記の可否	81
	論点3 将来発生する債権のための抵当権	81
	論点4 抵当権の効力の及ぶ範囲①（従物）	82
	論点5 抵当権の効力の及ぶ範囲②（従たる権利）	82
	論点6 賃料債権への物上代位	83
	◆ 賃料債権に対する物上代位と相殺	83
	◆ 賃料債権に対する物上代位と敷金の関係	84
	論点7 転貸賃料への物上代位	85
	論点8 抵当不動産の保険金請求権に対する物上代位	85
	論点9 一般債権者の差押えと物上代位の優劣	85
	論点10 債権譲渡と物上代位の優劣	86
	論点11 質権と物上代位の優劣	87
	論点12 法定地上権①（抵当権設定後の建物の築造）	87
	論点13 法定地上権②（二番抵当権者による競売申立ての場合）	87
	論点14 法定地上権③（建物の再築と法定地上権の評価基準）	88
	論点15 法定地上権④（共同抵当権設定後の建物の再築）	89
	論点16 法定地上権⑤（競売時に別個の所有となった場合）	89
	論点17 法定地上権⑥（競売時に同一の所有となった場合）	90
	論点18 法定地上権⑦（二番抵当権設定時に要件を満たす場合）	90
	論点19 法定地上権⑧（登記上の表示が別人であった場合）	91
	論点20 法定地上権⑨（土地共有の場合）	92
	論点21 法定地上権⑩（建物共有の場合）	92
	論点22 抵当権に基づく妨害排除請求	92

論点 23	抵当権に基づく動産の返還請求	94
論点 24	抵当権侵害に対する不法行為責任	94
5	譲渡担保	95
論点 1	譲渡担保の認定	95
論点 2	譲渡担保の法的性質①（所有権的構成）	96
論点 3	譲渡担保の法的性質②（担保的構成）	96
論点 4	不動産譲渡担保の実行	97
論点 5	受戻権放棄による清算金支払請求の可否	98
論点 6	譲渡担保権者の債権者による差押えと受戻しの可否	98
論点 7	集合動産の譲渡担保	99
論点 8	集合動産譲渡担保と目的物を構成する動産の処分	100
論点 9	集合動産の譲渡担保権に基づく物上代位	100
論点 10	集合動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣	101
論点 11	集合債権（将来債権）の譲渡担保	101
論点 12	集合債権の譲渡担保の移転時期	102
6	所有権留保・代理受領	103
論点 1	所有権留保の法的構成	103
論点 2	動産留保所有権者に対する土地所有者の請求	103
論点 3	代理受領における第三債務者の承認の効果	104
第3編	債権総論	105
第1章	債権の目的・効力	105
1	特定の方法・効果	105
論点 1	取立債務における特定に必要な行為	105
論点 2	瑕疵ある物による特定	105
論点 3	債務者の変更権	106
2	債権と第三者	106
論点 1	債権侵害に対する不法行為の成否	106
論点 2	債権に基づく妨害排除の可否	107
3	債務不履行	107
論点 1	履行補助者の故意・過失	107
論点 2	積極的債権侵害	108
論点 3	相当因果関係	108
論点 4	損害賠償額算定の基準時（履行不能の場合～原則）	109
論点 5	目的物の価格が騰貴しつつあった場合	109
論点 6	中間最高価格による損害賠償請求	110
論点 7	代償請求権の肯否	110
4	受領遅滞	111
論点	受領遅滞（413条）の法的性質	111
第2章	責任財産の保全	111
1	債権者代位権	111
論点 1	債権者代位権の転用	111
論点 2	代位行使の相手方の抗弁権	112
論点 3	代位権行使の方法（自己への引渡請求の可否）	112

論点 4	債権者が受領した財産についての優先的地位の有無	113
2	詐害行為取消権	113
論点 1	詐害行為取消権の法的性質	113
論点 2	特定物債権と詐害行為取消権	114
論点 3	無資力要件の要否	114
論点 4	「債権者を害する……法律行為」の意義	114
◆	相当価格による不動産売却の詐害行為性	115
◆	弁済の詐害行為性	115
◆	相当対価による代物弁済の詐害行為性	116
◆	担保設定行為の詐害性	116
◆	離婚に伴う財産分与と詐害行為取消し	116
◆	遺産分割協議と詐害行為取消し	117
論点 5	取消しの効果	118
論点 6	受益者善意で転得者悪意の場合の処理	118
論点 7	詐害行為取消権の請求内容（現物返還と価格賠償）	118
論点 8	債権者への引渡請求の可否	119
論点 9	相手方の按分比例の抗弁の可否	120
論点 10	不動産の二重譲渡と詐害行為取消権	120
第 3 章	多数当事者の債権関係	121
1	連帯債務・不真正連帯債務	121
論点 1	連帯債務の相続	121
論点 2	連帯債務者の 1 人に対する一部免除の効果	122
論点 3	不真正連帯債務者の一人に対する免除の効力	122
2	保証債務	122
論点 1	不代替的給付を内容とする債務の保証の可否	122
論点 2	保証債務の範囲	123
論点 3	保証人の相殺権（457 条 2 項）	123
論点 4	保証人の取消権	124
論点 5	物上保証人の事前求償権	124
第 4 章	債権譲渡・債務引受	125
1	債権譲渡	125
論点 1	譲渡禁止特約違反と債権譲渡の効力	125
論点 2	466 条 2 項ただし書の「善意」の意義	125
論点 3	譲渡禁止特約ある債権と転付命令	126
論点 4	譲渡禁止特約違反の債権譲渡と債務者の承諾	126
論点 5	債権者が特約の存在を理由に無効主張することの可否	127
論点 6	債権の二重譲渡の優劣の決定基準	127
論点 7	同時到達の場合の優劣	127
論点 8	譲渡予約時の承諾又は通知と第三者対抗要件	128
論点 9	「異議をとどめない」承諾の法的性質	129
◆	譲受人の主観的要件	129
◆	異議をとどめない承諾と担保権	129
論点 10	請負契約の解除と異議をとどめない承諾	130
論点 11	劣後譲受人への異議をとどめない承諾	130

2	債務引受け	131
	論点1 併存的債務引受けの法的性質	131
	論点2 賃貸人たる地位の移転	131
	論点3 債権譲渡と賃貸人たる地位の移転	132
第5章	債権の消滅	133
1	弁済	133
	論点1 「利害関係」(474条2項)の意義	133
	◆ 借地上の建物の賃借人による地代弁済	133
	論点2 詐称代理人に対する弁済	133
	論点3 債権の劣後譲受人への弁済	134
	論点4 預金担保貸付と相殺	134
2	代物弁済	135
	論点 代物弁済の法的性質	135
3	弁済による代位	136
	論点1 「あらかじめ」の意義(501条1号)	136
	論点2 保証人と物上保証人を兼任している場合の代位の割合	136
	論点3 求償特約の第三者に対する効力	137
4	相殺	138
	論点1 相殺適状にあるというための条件	138
	論点2 「その後取得した債権」(511条)の意義	138
	論点3 相殺適状と「事由」(468条2項)	139
第4編	債権各論	140
第1章	契約法序論	140
1	契約責任の拡大	140
	論点1 契約締結上の過失	140
	論点2 契約交渉の不当破棄	140
	論点3 説明義務違反に基づく損害賠償請求	141
	論点4 安全配慮義務	142
2	事情変更の原則	142
	論点 契約締結後の事情変更	142
第2章	契約の効力	143
1	同時履行の抗弁権	143
	論点1 同時履行の抗弁権の成立	143
	論点2 建物買取請求権と同時履行の抗弁権	143
	論点3 造作買取請求権と同時履行の抗弁権	144
	論点4 弁済の提供と同時履行の抗弁権	145
	論点5 不安の抗弁	145
2	危険負担	146
	論点1 特定物の危険負担	146
	論点2 不特定物の危険負担	147
	論点3 二重譲渡と534条の適用の可否	147

3 契約の解除	148
論点1 履行遅滞解除における責めに帰すべき事由の可否	148
論点2 期限の定めのない債務における二度の催告の可否	148
論点3 無催告解除	149
論点4 相当の期間を定めずにした催告の効果	149
論点5 付随義務違反に基づく契約解除の可否	150
論点6 複合的契約における解除	150
論点7 解除権不可分の原則	151
論点8 解除の効果の法的性質	151
◆ 545条3項の趣旨と損害賠償の範囲	151
論点9 「第三者」(545条1項ただし書)の意義	152
◆ 「第三者」の善意の可否	152
◆ 「第三者」の登記の可否	152
 第3章 売買	 153
1 手付	153
論点1 違約手付と解約手付の関係	153
論点2 「当事者の一方が契約の履行に着手するまで」の意義	153
2 権利の瑕疵を理由とする担保責任	154
論点1 561条による解除と買主の使用利益の返還義務	154
論点2 他人物売買と相続	155
論点3 数量指示売買における代金増額請求の可否	155
3 瑕疵担保責任	156
論点1 瑕疵担保責任の法的性質	156
◆ 不特定物売買への瑕疵担保責任の適用の可否	157
◆ 後発的瑕疵への適用の有無	157
◆ 損害賠償の範囲	158
◆ 特定物の完全履行請求(修補請求,代物請求)の可否	158
論点2 隠れた「瑕疵」の意味	158
◆ 賃借権付建物売買と敷地の欠陥	159
◆ 土地区画整理事業施行地区内の土地の買主への賦課金	160
論点3 担保責任に基づく損害賠償請求権の消滅時効・除斥期間	160
 第4章 賃貸借	 161
1 賃貸借の成立	161
論点1 時効取得(163条)の可否	161
論点2 他人物賃貸借における錯誤無効の主張の可否	161
論点3 修繕義務違反と賃料支払義務	162
2 敷金	162
論点1 敷金返還請求の発生時期と賃借物の明渡しとの関係	162
◆ 賃貸借終了後明渡し前の差押えの可否	163
論点2 賃貸人たる地位の移転と敷金返還債務の承継	163
論点3 賃借権の譲渡と敷金関係の承継	164

3	対抗力	164
	論点1 賃貸物の譲渡と賃借権の対抗	164
	論点2 他人名義の登記と借地権の対抗力	165
4	賃借権の譲渡・転貸	165
	論点1 転借人が目的物を滅失させた場合の処理	165
	論点2 解除の際の転借人への履行の催告の可否	166
	論点3 賃貸借契約の終了と承諾ある転貸借の帰趨	166
	論点4 合意解除と転借人	167
	論点5 信託関係破壊の法理	168
	◆ 借地上の建物の賃貸は土地の賃貸にあたるか	168
	◆ 借地上の建物への譲渡担保設定と解除	169
5	妨害排除請求権	169
	論点 不動産賃借権に基づく妨害排除請求の可否	169
6	賃貸借の終了	170
	論点1 正当事由と建物賃借人の事情	170
	論点2 債務不履行解除後の建物買取請求・造作買取請求の可否	170
	論点3 債務不履行解除と信託関係破壊の法理	171
	論点4 相続人の承継した借家権の援用	171
第5章 請負		172
1	要件	172
	論点 仕事の完成	172
2	効力	173
	論点1 請負契約における所有権の帰属（特約がない場合）	173
	論点2 下請人と所有権の帰属に関する特約の効力	173
	論点3 建築途中の建物への第三者による工事と所有権の帰属	173
	論点4 請負契約と危険負担	174
	論点5 請負人の担保責任の法的性質	175
	論点6 「瑕疵」の意味	175
	論点7 担保責任の発生時期	175
	論点8 請負契約における目的物売却後の瑕疵担保責任	176
	論点9 損害賠償請求における損害額算定の基準時	176
	論点10 瑕疵修補に代わる損害賠償請求権と報酬請求権の関係	177
	論点11 瑕疵修補に代わる損害賠償請求権と報酬債権との相殺	177
	論点12 担保責任期間経過後の相殺の可否	178
	論点13 立替費用相当額の損害賠償請求の可否	178
第6章 委任，寄託，和解，預金		179
1	委任	179
	論点1 受任者の利益のためにも締結された委任契約の解除	179
	論点2 本人死亡による委任契約の終了	180
2	寄託	181
	論点 混合寄託契約	181

3	和解	181
	論点1 和解と錯誤	181
	論点2 後遺症と示談	182
4	預金	182
	論点 誤振込金の返還請求と預金債権	182
第7章 事務管理		183
1	効果	183
	論点1 事務管理に基づく損害賠償請求の可否	183
	論点2 事務管理に基づく報酬請求の可否	183
	論点3 事務管理と本人・相手方の関係	184
2	準事務管理	184
	論点 準事務管理	184
第8章 不当利得		185
1	一般不当利得	185
	論点1 因果関係	185
	論点2 「法律上の原因」	186
	論点3 騙取金による弁済	186
	論点4 転用物訴権	187
	論点5 第三者に交付された貸付金の返還	188
	論点6 代替物を処分した場合の返還義務	189
	論点7 不当利得と危険負担	190
	論点8 意思無能力無効の不当利得返還義務	190
2	不法原因給付	190
	論点1 「不法な原因」	190
	論点2 「給付」の意義	191
	論点3 不法原因給付と債権者代位権との関係	192
	論点4 信義則による不法原因給付の主張の制限	192
	論点5 不法行為に基づく損害賠償請求権への類推適用の可否	193
	論点6 所有権に基づく返還請求権と708条	193
第9章 不法行為		194
1	一般不法行為	194
	論点1 「過失」の意義	194
	◆ 建物設計・施工者の責任	194
	論点2 因果関係の判断基準（相当因果関係説）	195
	◆ 生存の相当程度の可能性	195
	論点3 「損害」の意義（差額説）	196
	◆ 事故の被害者が別の事故で死亡した場合の損害額の算定	196
	◆ 事故の被害者が別の事故で死亡した場合の介護費用の損害賠償	197
	論点4 企業損害（間接損害）	197
	論点5 被害者の受傷と近親者による慰謝料請求	198
	論点6 711条に列挙されていない者の慰謝料請求の可否	198
	論点7 過失相殺の要件	199

論点 8	被害者側の過失	199
論点 9	過失相殺と身体的特徴の斟酌	200
論点 10	被害者即死の場合の損害賠償請求権の相続	200
2	責任無能力者の監督者の責任	201
論点 1	未成年による不法行為と監督義務者の責任	201
論点 2	監督義務者の監督義務の内容 (714 条 1 項ただし書)	202
3	使用者責任	202
論点 1	「他人を使用する」の意義	202
論点 2	「事業の執行について」の判断基準 (取引的不法行為)	203
論点 3	「事業の執行について」の判断基準 (事実的不法行為)	203
論点 4	「事業の執行について」の判断基準 (勤務中の暴力行為)	204
論点 5	被用者が一般不法行為の要件を備えていることの要否	205
論点 6	使用者から被用者への求償権の制限	205
論点 7	被用者の使用者に対する逆求償の可否	205
4	土地工作物責任, 動物占有者の責任	206
論点 1	「設置又は保存に瑕疵」の意義	206
論点 2	「占有者」(718 条 1 項本文) の範囲	206
5	共同不法行為	207
論点 1	「共同」の程度	207
論点 2	共同不法行為と因果関係	208
論点 3	「連帯」の意義	208
論点 4	他の共同不法行為者に対する求償の可否	209
論点 5	共同不法行為と過失相殺	209
論点 6	不真正連帯債務と和解の効力	210
6	期間制限	210
論点 1	「損害及び加害者を知った時」(724 条前段) の意義	210
論点 2	「不法行為の時」(724 条後段) の意義	211
論点 3	除斥期間 (724 条後段) の効果の制限	211
第 5 編	親族・相続	213
第 1 章	婚姻	213
1	婚姻の成立要件	213
論点 1	婚姻意思の内容	213
論点 2	本人の意識不明の間に受理された婚姻届の効力	213
論点 3	婚姻の無効と追認	213
2	内縁	214
論点 1	内縁夫婦の一方の死亡と相続人による不当利得返還請求	214
論点 2	内縁関係の解消と財産分与	215
第 2 章	離婚	216
1	離婚の要件	216
論点	有責配偶者からの離婚請求	216
2	離婚の効果	217
論点 1	財産分与請求と慰謝料請求との関係	217
論点 2	財産分与請求権の相続性	217

第3章 親子	218
1 認知	218
論点1 虚偽の嫡出子出生届と認知の効力	218
論点2 認知者による認知無効の主張の可否	218
2 養子縁組	219
論点1 虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否	219
論点2 虚偽の認知届と養子縁組の成否	219
3 利益相反行為	220
論点1 連帯保証と利益相反行為	220
論点2 物上保証行為と親権者の法定代理権濫用	221
論点3 相続放棄と後見人と利益相反行為	222
論点4 遺産分割と利益相反行為	223
第4章 相続	224
1 相続人・相続財産	224
論点1 特別縁故者への遺産分与対象としての共有持分権	224
論点2 慰謝料請求権の相続性	225
論点3 生命保険金請求権の相続性	226
論点4 金銭債権（可分債権）の共同相続	227
論点5 不可分債権・不可分債務の共同相続	227
論点6 遺産たる金銭と遺産分割前の相続人の権利	228
論点7 遺産中の不動産の賃料債権の帰属	228
2 相続の承認及び放棄	229
論点1 相続放棄と詐害行為取消し	229
論点2 熟慮期間の起算点	229
3 相続回復請求権	230
論点 共同相続人間における相続回復請求	230
4 遺産の共有と分割	231
論点1 「共有」の法的性質	231
論点2 遺産たる建物の相続開始後の使用関係	232
論点3 遺産分割後の負担不履行を理由とする解除	233
第5章 遺言	234
1 遺言の効力	234
論点1 「相続させる」旨の遺言の解釈	234
論点2 「相続させる」旨の遺言と代襲相続	235
論点3 「相続させる」旨の遺言と債務①	235
論点4 「相続させる」旨の遺言と債務②（相続債権者との関係）	236
2 遺言の執行	236
論点 遺言執行者がある場合の相続人の遺産処分	236
第6章 遺留分	237
1 遺留分の範囲	237
論点1 財産全部を相続させる旨の遺言と遺留分侵害額の算定	237

論点 2	特別受益者への贈与と遺留分減殺請求	238
論点 3	相続人に対する遺贈と 1034 条の目的の価額	238
2	遺留分減殺請求権	239
論点 1	遺留分減殺請求権の法的性質	239
論点 2	遺留分減殺請求権と債権者代位権	239
論点 3	価額弁償請求権の取得時期	240
論点 4	遺留分減殺請求の目的物の価額算定の基準時	240
論点 5	減殺請求後の遺留分権利者と転得者との関係	241
論点 6	遺留分減殺請求と目的物についての取得時効の援用	241

第1編 総則

第1章 法律行為の主体

1 制限行為能力者制度

論点1 取消しと無効の二重効

《問題提起》

制限行為能力者が法律行為をした時点で意思能力を欠いていた場合、制限行為能力者側は、意思無能力を理由とする無効と、制限行為能力制度による取消しのいずれを主張してもよいのか。

《論証》

意思無能力無効の主張を認めると、制限行為能力者側に契約を有効にするか否かの選択権を与えて保護を図ろうとした制限行為能力制度の意味が失われることを根拠に、取消ししか認めないとする見解がある（二重効否定説）。

しかし、取消しよりも保護が厚い無効主張ができないとするのは、制限行為能力者制度の手続を経た者が、そうでない者よりも不利な扱いを受けることになり、公平を失する。また、意思無能力の無効主張も制限行為能力者側からしかできないとすれば、重要な点で取消しとの差はなくなるから、上記制度趣旨に反することはない。

したがって、制限行為能力者が行為時に意思能力を欠いていた場合、制限行為能力者側は、無効と取消しのいずれを主張してもよいと解すべきである（二重効肯定説）。

⇒p. 2, 20

* 傍論ではあるが、大判明 38.5.11/百選 I [第7版] [5] も二重効を認めている。

論点2 意思無能力者がした法律行為の効力

《問題提起》

意思無能力者がした法律行為の効力をいかに解すべきか。明文規定がないため問題となる。

《論証》

私的自治の原則は、自己の意思に基づく権利義務関係の形成を尊重するものであるから、行為の意味を理解することのできない状態で行われた言動に意思表示としての価値を認めることは妥当でない。

旧司平 22-1
大判明 38.5.11/百選 I
[第7版] [5]
⇒定 p. 1, 3

そうだとすれば、法律行為の要素として当事者に意思能力が必要であることは、私的自治の原則から当然の帰結である。

また、法が制限行為能力者を特定して、その行為の取消しを許容しているのは、制限行為能力者の利益を保護するために意思無能力等の事実を証明することなく取消しが出来るようにしただけであって、制限行為能力者の審判を受けない者の行為について絶対に有効とする趣旨ではない。

したがって、意思能力を欠く場合、法律行為は無効になると解すべきである。

論点3 相手方からの無効主張の可否

《問題提起》

意思無能力者がした法律行為の効力を無効と解した場合、相手方が意思無能力者との契約の無効を主張することができるか。

《論証》

法律行為が無効となると、その法律行為は法的に存在しないものと扱われる。そうすると、不存在であるとの主張は誰にでも許されるはずであるから、相手方からの意思無能力無効の主張も可能と解することもできる（絶対的無効）。

しかし、無効はあくまでも法的評価にすぎないから、その主張を誰に許すかの法的評価も別個に考えてよい。

そして、そもそも、意思無能力者による法律行為の効力を無効と解したのは、意思無能力者の保護のためであるから、意思無能力者側からの無効主張のみを認めれば足りるというべきである。

したがって、意思無能力者がした法律行為の無効は、その相手方が主張することはできないと解すべきである（相対的無効）。

旧司平 22-1
⇒定 p. 3

論点4 後見開始の審判を受ける前にした行為の取消しの可否

《問題提起》

成年後見人は、意思無能力者が後見開始の審判を受ける前にした行為を取り消すことができるか。

《論証》

後見制度の趣旨は、後見開始の審判を受けたという画一的な基準を満たせば行為を取り消せるとすることで、相手方を警戒させ、取引の安全に留意しつつ被後見人の保護を図る点にある。

そうすると、審判という画一的基準が示されていないときの行為

旧司平 22-1

まで取り消せるとすれば、取引の安全を著しく害し、上記後見制度の趣旨に反する結果となる。

したがって、成年後見人は、意思無能力者が後見開始の審判を受ける前にした行為を取り消すことができないと解する。

論点5 後見人による追認拒絶

《問題提起》

無権代理人が後見人に選任された場合、その後見人は自らの行った無権代理行為について追認拒絶することができるか。

《論証》

無権代理行為が行われた場合、被後見人たる本人は、原則としてその行為の追認を拒絶することができる（113条2項）。

そして、後見人は、被後見人との関係では、専らその利益のために善良な管理者の注意をもって、その代理権を行使する義務を負う（869条・644条）。したがって、後見人は、被後見人を代理して法律行為をするか否かを決するに際しては、その時点における被後見人の置かれた諸般の状況を考慮した上、被後見人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。

そこで、包括的代理権を有する後見人（859条1項）も本人に代わって追認拒絶することが認められるというべきである。

もっとも、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配慮を払うべきであるから、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、そのような代理権行使として追認拒絶をすることは信義則（1条2項）に反し許されないものと解する。

最判平6.9.13/百選I [第7版] [6]

- * 追認拒絶が信義則に反するか否かは、①当該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当該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当該契約を追認することによって被後見人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当該契約の締結から後見人が選任されるまでの間に当該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当該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、など諸般の事情を勘案して判断される。
- * 無権代理人が本人の地位を相続した場合と類似するため、追認拒絶できないのではないかという問題意識がある。しかし、相続の場合は、追認拒絶を封じることによって無権代理人に不利益が生じるのに対し、後見人就任の場合は、被後見人である本人に不利益が生じる点で決定的な違いがある。

論点6 制限行為能力者による詐術

<p>《問題提起》</p>
<p>制限行為能力者であることを黙秘していた場合も「詐術」(21条)といえるか。その意義が問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>21条の趣旨は、詐術を用いるような制限行為能力者よりも、法律行為の有効性を信じた相手方を保護しようとする点にある。</p> <p>そこで、「詐術」とは、上記趣旨が妥当する行為、すなわち、積極的術策を用いた場合に限らず、人を欺くに足りる言動を用いて相手方の誤信を誘起し、又は誤信を強めた場合をも包含すると解すべきである。</p> <p>したがって、制限行為能力者であることの黙秘のみをもって「詐術」とすることはできないが、制限行為能力者の他の言動と相まって相手方を誤信させ、又は誤信を強めたと認められるときには「詐術」に当たる。</p>

最判昭44.2.13
⇒定 p.5

2 失踪宣告

論点1 32条1項後段における善意(双方善意説)

<p>《問題提起》</p>
<p>「善意」(32条1項後段)とは誰の善意を意味するか。条文上明らかでなく問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>32条1項後段が適用されると、本来の権利者が権利を失うことになる。このような重大な法効果を生じさせる規定であることに鑑みれば、「善意」でした行為は本来の権利者から権利を奪ってでも保護に値するものでなければならない。</p> <p>そこで、「善意」とは、当該法律行為の当事者双方の善意を意味すると解すべきである。</p>

論点2 悪意転得者への32条1項後段適用の法律構成

<p>《問題提起》</p>
<p>「善意でした行為」(32条1項後段)による目的物の取得者からの転得者が悪意であった場合、失踪宣告の取消しを受けた本人は、悪意転得者に当該物の返還を請求できるか。悪意転得者への32条</p>

1項後段の適用は絶対的か、相対的か問題となる。

《論証》

悪意者を保護する必要性はないため、悪意者との関係では「善意でした行為」には該当せず、無効にすべきとも思える（相対的構成）。

しかし、こう解すると、目的物を取り戻された悪意者が善意の前主に担保責任（561条）を追及することになり、双方善意による法律行為を保護しようとした32条1項後段の趣旨に反する結果となる。また、失踪者は、双方善意による法律行為で目的物が移転した時点で返還を断念すべき立場にあり、その後たまたま悪意者の手に渡ったからといって、失踪者を保護すべき必然性はない。

したがって、悪意の転得者に対しても32条1項後段が絶対的に適用されると解すべきである（絶対的構成）。

論点3 悪意取得者への32条2項ただし書の適用の可否

《問題提起》

失踪者から返還請求を受けた場合、悪意取得者も現存利益の返還で足りるのか。悪意取得者への32条2項ただし書適用の可否が問題となる。

《論証》

32条2項ただし書は、善意悪意を区別していないから、悪意取得者も現存利益の返還で足りるとも思える。

しかし、同項ただし書の趣旨は、返還義務による新たな負担ないし不利益を免れさせ、返還義務者を特別に保護しようとする点にあり、悪意取得者は、このような特別の保護に値しないと見える。

したがって、悪意取得者には32条2項ただし書は適用されないと解すべきである（通説）。

* 通説からは、32条2項ただし書は、703条、704条の原則を確認するだけの規定、ということになる。

3 法人

論点1 「目的の範囲内」(34条)の意義

<p>《問題提起》</p>
<p>「目的の範囲内」として、いかなるものが制限されるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>法人は社会的に実在し、独立の社会的作用を担うがゆえに、権利義務の主体たる地位が認められている。また、34条の文言上も「権利を有し、義務を負う。」とされている。したがって、法人は、目的によって権利能力が制限されていると解すべきである(権利能力制限説)。</p>

最大判昭 45. 6. 24
⇒定 p. 7

- * 判例の権利能力制限説の他に、代理権制限説などもある。
- * 法人の本質については争いがあるものの、社会経済的に重要な地位を占める点に鑑みれば、法人は社会的に実在すると考えられる(法人実在説)。

論点2 「目的の範囲内」か否かの判断基準

<p>《問題提起》</p>
<p>「目的の範囲内」(34条)にあたらぬ行為について、法人は権利能力を有しない。そこで、いかなる行為が「目的の範囲内」といえるのか。その判断基準が問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>目的の範囲外の行為について、法人に権利能力が認められない以上、その効果は絶対的無効と解される。それゆえ、「目的の範囲内」を厳格に解すると取引の安全を著しく害するおそれがある。</p> <p>そこで、「目的の範囲内」の行為には、目的遂行のために、直接のみならず間接的に必要な行為まで広く含まれると解すべきである。</p> <p>そして、目的遂行に必要な行為か否かは、現実に必要かどうかをみるのではなく、行為の客観的な性質に即して、抽象的に判断すべきである。なぜなら、現実の必要性判断には詳細な調査が必要であり、第三者にこれを要求することは困難だからである。</p>

最大判昭 45. 6. 24
⇒定 p. 7

- * 権利能力制限説から、目的の範囲外の行為の効果は当然に無効であり、表見代理成立や追認の余地もない。もっとも、信義則上、無効主張が制限される場合がある(最判昭 44. 7. 4/百選 I [第7版] [81])。

論点3 一般法人法90条4項の決議を欠く場合の行為の効力

<p>《問題提起》</p>
<p>一般法人法90条4項の行為について、理事会決議がない場合の効力をいかに解すべきか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>一般社団法人の一定の業務執行に関する内部的意思決定をする権限が理事会に属する場合、代表理事は、理事会の決議に従って、一般社団法人を代表してその業務執行に関する法律行為をすることを要する。</p> <p>しかし、代表理事が、一般社団法人の業務に関し一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する点に鑑みれば（法77条4項）、代表理事が、理事会の決議を経てすることを要する対外的な個々の取引行為を、その決議を経ないでした場合でも、その取引的行為は、内部的意思決定を欠くに止まるものといえる。</p> <p>そこで、理事会決議を欠く代表理事の行為の効力は、原則として有効であるが、相手方がその決議を経っていないことを知り又は知ることができた場合には無効であるというべきである。</p>

* 最判昭40.9.22/会社百選〔第3版〕〔64〕参照

論点4 「前項の権限に加えた制限」の意義

<p>《問題提起》</p>
<p>「前項の権限に加えた制限」（一般法人法77条5項）とは、いかなる方法による制限を指すか。条文上明らかでなく問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>法77条5項の趣旨は、内部的制限について、外部からの判断が困難であるため、これを善意の第三者に対抗できないとすることで取引の安全を図ろうとする点にある。したがって、「前項の権限に加えた制限」とは、定款等により加えられた内部的制限を指すと解すべきである。</p>

論点5 理事の代表権の制限における「善意」の意義

<p>《問題提起》</p>
<p>「善意」（一般法人法77条5項）は、何についての善意を指すか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>法77条5項の趣旨は、内部的制限について、外部からの判断が困難であるため、これを善意の第三者に対抗できないとすることで取引の安全を図ろうとする点にある。これに加え、「権限に加えた制限」との文言から、「善意」とは、理事の代表権に制限を加えられていることを知らないことをいうと解する。</p>

* 判例上、「善意」の主張立証責任は第三者にあると解されている。

最判昭 60.11.29／百選 I
〔第7版〕〔31〕

論点6 一般法人法77条5項と110条の類推適用の関係

<p>《問題提起》</p>
<p>法77条5項の「善意」に該当しない者に、110条の類推適用が認められるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>法77条5項は、内部的制限について、外部からの判断が困難であるため、第三者の包括代理権に対する信頼を厚く保護すべく無過失を要求していない。この点で、110条の適用が排除されている。</p> <p>しかし、内部的制限を第三者が知っていたとしても、他の事情から代表者の代理権を信頼した場合には、包括代理権ではなく、個別の代理権授与に対する信頼保護が問題となる。</p> <p>したがって、第三者が個別の代理権授与を信じ、かつ信じたことにつき正当な理由が認められる場合には、110条が類推適用されると解すべきである。</p>

* 判例の事案は、内部的制限を知っていたものの、理事会決議があったと誤信した事案である。

最判昭 60.11.29／百選 I
〔第7版〕〔31〕

論点7 「その職務を行うについて」の意義

<p>《問題提起》</p>
<p>「その職務を行うについて」（一般法人法78条）の意義が条文上明らかでなく問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>相手方からみて、代表者の当該行為が職務に属するかどうかは不</p>

明確である。そこで、相手方の信頼保護の観点から、「その職務を行うについて」とは、行為の外形上職務の範囲内に属すると認められるものを指すと解する。

- * 相手方が職務の範囲内に属さないことについて、悪意重過失であった場合には、信頼保護の必要がないから、法78条の責任は発生しない(最判昭50.7.14)。
- * 法78条と110条を同時に主張する場合、理論的にいえば、契約自体が有効に成立する110条の適用を優先的に検討すべきである。
- * 法78条の責任主体は、代表権のある理事との限定がある。これに対し、715条には、そのような限定がない。したがって、法78条の責任が発生しない場合でも、715条の責任は生じうる。

論点8 一般法人法78条と代表者の個人責任(709条)

《問題提起》

代表者の行為について、法78条で法人に責任が生じるのであれば、代表者個人には責任が生じないのではないか。

《論証》

代表者の行為は、法人の機関としての行為という側面と、代表者個人の行為としての側面を有するというべきである。したがって、法78条の法人責任の成立に関わらず、代表者個人の不法行為責任も生じうる。

旧司平7-2
大判昭7.5.27

論点9 権利能力なき社団の財産の帰属

《問題提起》

権利能力なき社団の財産の帰属形態をどのように解すべきか。

《論証》

権利能力なき社団には、財産を所有しているとみられる社会的実態があるものの、権利能力が認められない以上、法的に社団に財産帰属を認めることはできない。そこで、財産は、構成員全員に総有的に帰属すると解すべきである。

- * 組合は合有と解されている。総有は合有とは異なり、財産に対する持分権を有しない。したがって、脱退による持分権の払戻し(681条1項)等もない。
- * 権利能力なき財団については、構成員を想定することができないから、財団自体に権利義務が帰属すると解されている(最判昭44.6.26)。

最判昭39.10.15/百選I
[第7版][8]
⇒定p.7

論点 10 構成員の責任

<p>《問題提起》</p>
<p>権利能力なき社団の構成員は、社団の債権者に対して個人的に責任を負うか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>社団債務には社会的実態があるものの、権利能力がない以上、社団自体に債務が帰属すると認めることはできない。</p> <p>そこで、代表者が社団の名においてした取引上の債務は、構成員全員に一個の義務として総有的に帰属し、社団の総有財産のみが責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わないと解すべきである。</p>

最判昭 48.10.9 / 百選 I
[第7版] [9]

論点 11 代表者の責任

<p>《問題提起》</p>
<p>代表者が権利能力なき社団の名でした取引上の債務について、代表者に対する個人責任が認められるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>この点について、会社、法人及び組合では、代表者は個人責任を負わない。これとの均衡から、権利能力なき社団名義での債務についても、代表者に個人責任は認められないと解すべきである。</p> <p>相手方が代表者の個人資産をあてにしていた場合、保証人にするなどの手段を採りうるから、上記のように解しても取引の安全を害することはない。</p>

* 権利能力なき財団の代表者の個人責任を否定した判例として、最判昭 44.11.4 がある。

論点 12 社団名義の登記

<p>《問題提起》</p>
<p>実質上権利能力なき社団の財産に属する不動産について、社団名義で登記することができるか。また、できないとすれば、第三者の取引安全の保護をいかに考えるべきか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>1 登記制度は、実体上の権利関係を忠実に外部に反映し、不動産取引の安全を図ろうとするものである。そうすると、権利能力な</p>

最判昭 47.6.2

き団の資産は、その団の構成員全員に総的に帰属しているものであって、団自身が私法上の権利義務の主体となることはないから、団名義で登記することはできないと解すべきである。

2 次に、第三者の不動産の取引安全について、94条2項により保護すべきとの見解がある。

しかし、94条2項は、真の権利者の帰責性を基礎にして虚偽の外観を信じた第三者の保護を図る趣旨であるところ、団名義での登記ができないがゆえに個人名義で登記をしている以上、帰責性が観念できず、94条2項適用の前提を欠くというべきである。

それゆえ、第三者が保護されないとしてもやむを得ないと考える。

* 容易に法人格を取得しえたのに、あえて取得していない点に帰責性があるとする見解もある。

第2章 法律行為

1 契約の成立・有効要件

論点1 動機の不法

《問題提起》

法律行為をする動機に不法性がある場合、そのような法律行為が公序良俗（90条）に反して無効となるか。

《論証》

違法な動機により行われる法律行為を有効と認めると、違法な行為を法が認めるのと同様の結果になる。

もともと、動機は当事者の一方のみが認識し、他方は認識していないのが通常であるから、動機の不法を理由に常に法律行為を無効とすると、他方当事者の取引の有効性に対する信頼を害する。

そこで、両者の調和の観点から、動機が相手方に表示されるなどして、相手方が動機を認識していた場合に限り、当該法律行為を無効とすべきである。

司平 28
⇒定 p. 11

* 一般に、公序良俗に反するかどうかは、目的の正当性、行為の相当性をみて判断することになる（最判昭 61. 11. 20/百選 I [第7版] [12]）。

論点2 契約の解釈（客観説）

<p>《問題提起》</p> <p>一見すると意思表示は合致しているが、契約当事者の双方あるいは一方が、合致したかに見える意思表示の内容とは異なった意味で表示の内容を理解していた場合、契約の成立が認められるか。契約解釈についての基準が問題となる。</p>
<p>《論証》</p> <p>表意者の内心を基準とすると、取引安全の要請が危険にさらされるし、表示の客観的意味は、通常人であれば理解できるはずであるから、客観的意味の誤解による不利益は、当事者自身が甘受すべきものである。したがって、契約解釈にあたっては、原則として当事者の表示行為の客観的意味を基準とすべきである（客観説）。</p> <p>もっとも、客観的意味と異なるところで両当事者の意思が合致している場合、相手方の信頼を害するおそれはないし、客観的意味での契約拘束を認める必要性もないから、両当事者の意思を基準に契約解釈してよいと解する（客観説の修正）。</p>

司平 21
 大判昭 19.6.28 / 百選 I
 [第7版] [18]

* この見解は、表示の客観的意味を基準として契約の成立と内容を確定するから、両当事者が付与した意味が合致しない場合にも、両当事者のいずれもが考えていなかった客観的意味での契約が成立することになる。この場合、錯誤(95)により契約の有効性を判断することになる。

2 通謀虚偽表示

論点1 94条2項における「善意」と無過失の要否

<p>《問題提起》</p> <p>「善意」(94条2項)といえるためには無過失が必要か。条文上明らかでなく問題となる。</p>
<p>《論証》</p> <p>条文上、単に「善意」と規定するのみで、無過失を要求していない。そのうえ、虚偽表示をした者は、虚偽の外形を自ら意識的に作出している以上、帰責性が極めて大きいといえるから、第三者の主観的要件を厳格に解する必要はない。</p> <p>したがって、第三者に無過失は不要と解すべきである。</p>

旧司平 6-2
 ⇒定 p. 12

論点2 94条2項の「第三者」の意義と登記の要否

《問題提起》

「第三者」(94条2項)の意義が条文上明らかでなく問題となる。

《論証》

94条2項の趣旨は、虚偽の外観を作出した真の権利者の帰責性を基礎に、その外観を信頼して取引に入った第三者を保護する点にある。そうであれば、「第三者」とは、そのような保護に値する者、すなわち、虚偽表示の当事者及びその包括承継人以外の者であって、虚偽表示の目的につき新たに独立した法律上の利害関係を有するに至った者をいうと解すべきである。

そして、「第三者」は真の権利者と前主後主の関係にあり対抗関係(177条)に立たないから、対抗要件としての登記は不要である。また、虚偽表示をした真の権利者の帰責性は大きいため、権利保護資格要件としての登記も不要である。

- * 「第三者」に当たる例として、①仮装譲受人との間で目的物を譲り受ける契約を結んだ者、②目的物の上に抵当権の設定を受ける契約を結んだ者、③仮装債権の譲受人、④目的物の賃借人、⑤差押債権者が挙げられる。
- * 「第三者」に当たらない例として、①一般債権者(目的物を差し押さえれば「第三者」に当たる)、②債権の仮装譲受人から取立てのために債権譲渡を受けた者、③土地の仮装譲受人から地上建物を賃借した者、④借地人が借地上建物を仮装譲渡した場合の土地賃貸人が挙げられる。

旧司平 6-2
予平 23
最判昭 44. 5. 27
⇒定 p. 12

論点3 譲受人悪意・転得者善意の場合の「第三者」該当性

《問題提起》

虚偽表示の目的物の譲受人が悪意で、その転得者が善意であった場合、転得者は「第三者」(94条2項)にあたるか。

《論証》

94条2項の趣旨は、虚偽の外観を作出した真の権利者の帰責性を基礎に、その外観を信頼して取引に入った第三者を保護する点にある。また、真の権利者は、転得者が出現する前に、虚偽の外観を取り除くことができるし、虚偽の外観を信頼した転得者を保護する必要があることに変わりはない。したがって、虚偽表示の目的物の譲受人が悪意で、その転得者が善意である場合も上記趣旨が妥当し、善意の転得者も「第三者」にあたる。

最判昭 45. 7. 24

論点4 善意者からの悪意転得者（絶対的構成説）

<p>《問題提起》</p> <p>「善意の第三者」（94条2項）から権利を譲り受けた悪意の転得者に対し、真の権利者は虚偽表示による無効を主張することができるか。</p>
<p>《論証》</p> <p>転得者も「第三者」にあたりうること、悪意者を保護する必要はないことを根拠に、第三者になった者ごとに虚偽表示の無効をその者に対して主張できるかどうか相対的に判断すべきとする見解がある（相対的構成説）。</p> <p>しかし、相対的構成によると、善意の第三者の財産処分の自由が事実上大きく制約される。すなわち、土地の取得に関心を寄せる者は、自己の利益を守るために権利関係について調査するのが通常であるから虚偽表示につき悪意となる可能性が大きく、正当な所有者である善意の第三者の転売可能性が奪われることになる。</p> <p>また、虚偽表示をした真の権利者は善意の第三者が不動産を処分せずにもち続けている限り自らの権利を主張できないのであるから、このような虚偽表示者の権利回復への期待は保護に値しない。</p> <p>したがって、一度善意の第三者が現れた場合、その第三者が確定的に権利を取得し、転得者はその第三者の地位を承継するものと解する（絶対的構成説）。</p> <p>よって、転得者は善意悪意問わず、権利取得が認められるから、真の権利者は虚偽表示による無効を主張することはできない。</p>

大判昭6.10.24

論点5 94条2項の第三者と権利者からの譲受人との関係

<p>《問題提起》</p> <p>AとBは通謀虚偽表示により不動産をAからBへ贈与し、移転登記手続も済ませたところ、「善意の第三者」（94条2項）であるCがBから当該不動産を購入した。他方、AもDへ当該不動産を売却した。Cは、真の権利者Aからの譲受人Dに対し当該不動産の登記を具備することなくその権利を対抗できるか。</p> <p>「善意の第三者」と真の権利者からの譲受人との関係が、94条2項による保護の法的構成と関連して問題となる。</p>
<p>《論証》</p> <p>94条2項の保護を受ける結果として通謀虚偽表示により行われた法律行為が有効になるとする見解（順次取得説）から、BとDが</p>

予平23

二重譲渡関係（177条）に立ち、Bが登記を具備している以上、Dは当該不動産の所有権を取得しえず、Cは登記なくして当該不動産の所有権をDに対抗することができると思える余地がある。

しかし、無効な行為や存在しない行為はあくまで無効・不存在なのであって、権利外観法理により第三者が保護されるからといって、有効・存在するものとなるわけではない。

そうだとすれば、94条2項の適用により第三者が保護される場合、第三者が信頼した法律関係が有効・存在するものとされる結果として第三者が権利を取得するのではなく、94条2項の規定により真の権利者から所有権を直接的に取得すると解すべきである（法定承継取得説）。

したがって、善意の第三者と譲受人は、真の権利者を起点とした二重譲渡類似の関係に立つため、登記の有無により所有権の帰趨が決められる（177条）。

よって、善意の第三者であるCと真の権利者Aからの譲受人であるDは対抗関係に立つから、Cは登記を具備しない限り、Dに対抗することはできない。

論点6 94条2項類推適用（意思外形対応型）

《問題提起》

虚偽表示の要件である通謀や意思表示がない場合にも、虚偽の外観を信頼して取引関係に入った者を保護することができないか。94条2項類推適用の可否が問題となる。

《論証》

虚偽表示の要件である通謀や意思表示がない以上、94条2項を直接適用することはできない。

もっとも、同条項の趣旨は、真の権利者の帰責性のもとに作出された外観を信頼した第三者を保護する点にある（権利外観法理）。

そうだとすれば、①虚偽の外観が存在し、②その外観作出につき真の権利者の帰責性が認められ、③第三者がこの外観を信頼した場合には、94条2項が類推適用されるものと解する。

- * これは、真の権利者が認識していた虚偽の外観と実際に作出された虚偽の外観とが一致している場合に用いられる。その種類としては、①真の権利者自らが虚偽の外観を作出した場合、②他人が虚偽の外観を作出し、真の権利者がこれを明示又は黙示に承認していた場合が挙げられる。

司平 28

最判昭 45.9.22 / 百選 I

[第7版] [21]

⇒定 p. 12

論点7 94条2項・110条法意併用（意思外形非対応型）

<p>《問題提起》</p> <p>Aは仮装売買契約により不動産をBへ譲渡し、Bは仮登記を具備した。その後、BはAに無断で本登記を具備し、不動産を善意のCに譲渡した。Cは不動産の権利をAに対抗することができるか。</p>
<p>《論証》</p> <p>まず、AとBは仮装売買契約により仮登記という虚偽の外観を作出したに過ぎず、Cの信頼したB名義の本登記という虚偽の外観はAB間で「通じて」作出したものであるから、94条2項を直接適用することはできない。</p> <p>次に、同条項の趣旨から、虚偽の外観作出につき真の権利者の帰責性が認められ、第三者がこの外観を信頼した場合には94条2項が類推適用されると解されるところ、本問のB名義の本登記という虚偽の外観につきAの意思的承諾又はこれと同視すべきほどの帰責性はないから、94条2項を類推適用することもできない。</p> <p>しかし、第三者の信頼した外観が真の権利者の意思的関与の下に作出されたものでないとしても、その外観の基礎となる外観が真の権利者の帰責性に基づき作出されていた場合には、権限外の代理行為がされた場合に認められる本人の帰責性に類似するから、94条2項、110条の法意に照らし、虚偽の外観を信頼したことにつき善意・無過失の第三者は保護されるものと解する。</p> <p>したがって、本問でCが虚偽の外観について善意・無過失である場合には、Cは不動産の権利をAに対抗することができる。</p>

最判昭43.10.17
⇒定 p.12

- * 真の権利者の承認していた虚偽の外観の範囲を越えて新たな虚偽の外観が作出されている点で、新たな外観を真の権利者は認識していない。この点で、真の権利者の意思と第三者の信頼した外形が対応していないことに注意すること（意思外形非対応型）。
- * 94条2項と110条の基礎にある帰責性に関する考えを合算することで、善意無過失の第三者の保護を図ろうとした法理であると解される。

論点8 94条2項・110条類推適用（意思外形非対応型）

<p>《問題提起》</p> <p>AはBに不動産登記に関する取引や事務を広範かつ継続的に委ねていた。Aは不動産を売却する意思がないのに、Bから手続のために必要といわれたため、その内容や用途を確認することなくBから言われるままに売買契約書に署名・押印をし、Bに実印を渡し、当該不動産の登記申請書に押印するのを漫然とみていた。Bはこれらの書類を用いて当該不動産の登記をAからBに移転手続し、これを</p>
--

そのような事情につき善意無過失のCに売却した。

Cは当該不動産の権利をAに対抗することができるか。

《論証》

まず、虚偽の外観であるB名義の登記の存在は、AB間で「通じて」作出されたものではないから、94条2項を直接適用することはできない。

次に、同条項の趣旨から、虚偽の外観作出につき真の権利者の帰責性が認められ、第三者がこの外観を信頼した場合には94条2項が類推適用されると解される点で、本問では外観作出につき真の権利者Aに帰責性があるとはいえ、真の権利者は当該外観の存在すら認識していないから、同条項を類推適用することもできない。

しかし、権利者から一定の行為を委ねられていた者が権限外の虚偽の外観を作出した上で第三者と法律行為を行っている点で、権限外の代理行為があった場合と同様に考えることができる。また、権利者自身はその権限外行為を代理人が容易にすることのできる状況作出している点で、権限外の代理行為における本人の帰責性との類似性を認めることができる。

そこで、94条2項、110条を類推適用し、真の権利者に虚偽の外観作出に対する帰責性が認められる場合、その外観につき善意無過失の第三者は保護されるものと解する。

したがって、Cは本問における一切の事情につき善意無過失であるから、CはAに当該不動産の権利を対抗することができる。

- * 真の権利者が虚偽の外観の存在を認識すらしていないため、その意思と外形とが対応していないことに注意すること（意思外形非対応型）。
- * 真の権利者の帰責性について、判例は「本件登記手続をすることができたのは……Aの余りにも不注意な行為によるものであり、Bによって虚偽の外観が作出されたことについてのA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」と認定している。
- * 法意併用型との違いは、①真の権利者自身が不実の外形を全く作出していない点、②不実の外形を作出した者は、真の権利者に委ねられていた一定の事務の範囲を越えた行為を行っており、法意併用型よりも110条の想定する事案に類似するという点が挙げられる。

旧司平 18-2

予平 29

最判平 18.2.23 / 百選 I

[第7版] [22]

⇒定 p. 12

3 錯誤

論点1 動機の錯誤

<p>《問題提起》</p>
<p>動機の錯誤は「錯誤」（95条）にあたるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>「錯誤」とは、内心の効果意思と表示の不一致を表意者が知らないことをいうところ、動機は効果意思の前提にすぎないから、動機の錯誤は、原則として「錯誤」にあたらない。</p> <p>もともと、95条が表意者を保護しつつ取引安全との調和を図ることを趣旨としている点に鑑み、動機が明示又は黙示的に相手方に表示されて、意思表示の内容となっている場合には、動機の錯誤も「錯誤」にあたると解すべきである。</p>

旧司平 11-2
 司平 26
 最判平元. 9. 14/百選 I [第
 7 版] [24]
 ⇒定 p. 13

* 「動機が意思表示の内容となる」ためには、動機が両当事者の合意により契約内容に取り込まれたと認められることが必要になる。その判断は、①動機が当該法律行為を行う者であれば通常関心を持つ事項に関するものであるか、②当該動機の対象となっている事実の真否を、相手方がどの程度容易に知り得る立場にあるか、③両当事者の専門的知識や取引経験に差があるか、といった事実を考慮する。

論点2 「法律行為の要素」（95条）の意義

<p>《問題提起》</p>
<p>いかなる場合に「法律行為の要素」（95条）に錯誤があるといえるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>95条の趣旨は、表意者を保護しつつ取引安全との調和を図る点にあるから、「法律行為の要素」とは、意思表示の内容のうち、重要な部分を意味するものと解する。</p> <p>すなわち、その点についての錯誤がなかったら表意者はその意思表示をしなかつたろうし（主観的因果関係）、通常人が表意者の立場にあったとしてもしなかつたろう（客観的重要性）と考えられる場合を意味する。</p>

最判昭 29. 11. 26
 ⇒定 p. 13

論点3 相手方が悪意の場合の95条ただし書適用の可否

<p>《問題提起》</p>
<p>相手方が表意者の錯誤を知っていた場合でも、表意者に重大な過失があれば、95条ただし書が適用されるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>95条ただし書の趣旨は、表意者保護と取引安全の調和を図る点にある。そうだとすると、悪意の相手方の取引安全を保護する必要はないから、表意者保護を優先すべきである。</p> <p>したがって、相手方が表意者の錯誤を知っていた場合は、95条ただし書の適用はないと解する。</p>

論点4 錯誤無効の主張権者

<p>《問題提起》</p>
<p>表意者に「錯誤」（95条）がある場合、その相手方及び第三者が意思表示の無効を主張することができるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>そもそも、95条は、表意者を保護するための規定であるから、その保護を受けるかどうかは表意者の意思に任せるべきである。</p> <p>したがって、錯誤無効を主張し得るのは原則的に表意者に限られ、相手方及び第三者は意思表示の無効を主張することができない（相対的無効）。</p>

* 例外として、債権者代位権を行使する場合（最判昭45.3.26）が挙げられる。

旧司平 11-2
最判昭 40.9.10
⇒定 p.13

論点5 錯誤無効主張前の第三者

<p>《問題提起》</p>
<p>錯誤（95条）による意思表示の無効を無効主張前の第三者にも対抗できるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>95条には、他の意思表示規定と異なり、意思表示の無効を第三者に対抗することができない場合を認める例外規定が存在しない。それゆえ、錯誤無効は例外なく第三者に対抗できるとも思える。</p> <p>しかし、詐欺にも錯誤が伴うから、詐欺と錯誤には重なり合いがあるといえる。また、96条3項の趣旨、すなわち、取消しの遡及効（121条）により害される第三者の取引の安全を保護するとい</p>

大判大 11.3.22

う点は、錯誤無効の場合にも妥当する。さらに、他人に騙された詐欺の方が、自分で勝手に勘違いした錯誤よりも表意者の要保護性が高いはずであるから、錯誤無効を例外なく第三者に対抗できるとすると、詐欺との均衡を失することになる。

したがって、96条3項を類推適用し、錯誤無効の主張は、無効主張前の善意の第三者に対抗できないと解すべきである。

- * 錯誤（95）による意思表示の無効と無効主張後の第三者との関係も問題となる。詐欺取消後の第三者との関係と同様に、177条により解決を図るべきであるとする見解と94条2項類推適用により第三者が保護されるか否かを決すべきであるとする見解がある。

論点6 錯誤無効と詐欺取消しの二重効

《問題提起》

詐欺によって惹き起こされた錯誤が「要素の錯誤」に当たる場合、錯誤無効と詐欺取消しをともに、又はいずれかを選択して主張できるか。

《論証》

無効は法的に無を意味するため、それを取消しによって更に打ち消す余地はないとも思える。

しかし、無効も取消しも一定の事実に対する法的評価にすぎず、物理的意味での存否を意味するものではないから、存在しないものを打ち消すことはできないと考える必要はない。また、錯誤の要素性や詐欺取消しにおける詐欺者の故意について立証困難な場合があり、表意者にいずれか一方の主張を強いるべきではない。

したがって、表意者はともに、又はいずれかを選択して主張することができるものと解する。

旧司平 11-2

⇒p. 1

論点7 錯誤と瑕疵担保責任との関係

《問題提起》

錯誤（95条）と瑕疵担保（570条）が競合する場合、いずれが優先的に適用されるか。

《論証》

錯誤の効果は無効であるところ、契約の有効を前提とする瑕疵担保が問題になる余地はないといえる。したがって、錯誤の規定が優先的に適用され、瑕疵担保の規定は排除されると解すべきである。

旧司平 12-1

最判昭 33.6.14 / 百選 II

[第7版] [71]

- * 通説は、錯誤と瑕疵担保が一般法と特別法の関係にあるという形式的論拠と、

錯誤を優先すると紛争の早期解決を図ろうとした瑕疵担保の短期期間制限の趣旨が没却されるという実質的論拠から、瑕疵担保が優先するとしている。

- * もっとも、近時は、処分権主義の観点から、判例はどちらの主張をするかを当事者に委ねているとの指摘もなされている。

論点 8 錯誤と和解の確定効との関係

<p>《問題提起》</p>
<p>和解成立後（695条）に、和解内容と異なる事実が判明した場合、錯誤無効（95条）の主張をすることができるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>和解契約は、互譲により争いをやめることに意義があり、そのために「争いの目的」について確定効（696条）が生じる。そうすると、当該規定は紛争の蒸返し防止を趣旨とした、錯誤規定の特則と解される。したがって、「争いの目的」たる事項に錯誤があったとしても、錯誤無効の主張は認められない。</p> <p>もっとも、和解の前提とされた事項や争いの対象としていない事項に錯誤がある場合には、錯誤無効の主張をすることができる。この場合、紛争の蒸返しにあたるとはいえないからである。</p>

最判昭 33.6.14 / 百選Ⅱ
[第7版] [71]

4 詐欺・強迫

論点 1 沈黙による詐欺

<p>《問題提起》</p>
<p>沈黙による詐欺（96条1項）が認められるか。単なる沈黙が欺罔行為性を有するか否かが問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>沈黙のような不作為であっても人を錯誤に陥らせることは可能であるから、沈黙も欺罔行為になり得る。</p> <p>もっとも、私人は互いに対等な立場にある以上、契約締結に際して必要な情報は自分で集めるのが原則と解されるから、沈黙が欺罔行為に当たり違法性を帯びるのは、相手方に情報提供義務が認められるような例外的場合に限られるべきである。</p> <p>そして、相手方に情報提供義務が認められるかどうかは、①告げられなかった情報が、表意者が意思表示をしようとする決心するについて重要な事項に関するものであったこと、②そのような重要性を相手方も知っていたこと、③相手方が、その情報を現に有していたか、容易に入手し得たこと、④相手方が、その情報を表意者に伝える必</p>

要があると認識していたこと等の事情により判断する。

- * 一般的に詐欺が認められるためには、①詐欺者の故意、②違法な欺罔行為の存在、③その欺罔行為による錯誤、④その錯誤による意思表示が要件となる。なお、第三者詐欺の場合には、⑤相手方が詐欺の事実を知っていたことも必要となる。

論点2 96条3項における「第三者」の意義

《問題提起》

「第三者」(96条3項)の意義が条文上明らかでなく問題となる。

《論証》

96条3項の趣旨は、取消しの遡及効を制限して、当該意思表示の有効なことを信頼して新たに利害関係を有するに至った者の地位を保護しようとする点にある。

そこで、「第三者」とは、詐欺の当事者及びその包括承継人以外の者で、遡及効の影響を受ける取消し前に、詐欺による意思表示によって生じた法律関係について、新たに法律上の利害関係を有するに至った者をいうと解する。

旧司平 18-1

最判昭 49.9.26 / 百選 I
[第7版] [23]

大判昭 17.9.30 / 百選 I
[第7版] [53]

⇒定 p. 14

論点3 96条3項における「善意」と無過失の要否

《問題提起》

「善意」(96条3項)といえるためには無過失が必要か。条文上明らかでなく問題となる。

《論証》

条文上、単に「善意」と規定するのみで、無過失を要求していない。しかし、詐欺による意思表示をした者の帰責性は、通謀虚偽表示のそれと比べてかなり小さい。それゆえ、相手方が保護されるためには、その信頼が正当なものであること、すなわち、善意のみならず無過失であることも要求すべきである。

そこで、「善意」とは、詐欺による意思表示であることを知らず、かつ知らないことについて過失がないことを指すと解する。

旧司平 18-1

⇒定 p. 14

- * 判例は、条文の文言通り、無過失を要求していない。

論点4 96条3項の「第三者」と登記の要否

《問題提起》

「第三者」(96条3項)として保護されるために登記を具備する

ことが必要か。

《論証》

96条3項の趣旨は、取消しの遡及効を制限して、当該意思表示の有効なことを信頼して新たに利害関係を有するに至った者の地位を保護しようとする点にある。かかる趣旨に照らせば、第三者の範囲は、合理的に画定されるべきであって、対抗要件を備えた者に限定する必要性はないといえる。

したがって、第三者が保護を受けるために登記は必要ない。

* 判例は、96条3項を、利害関係を有するに至った時点での第三者の信頼を保護する趣旨の規定と解している。

最判昭 49.9.26 / 百選 I
[第7版] [23]
⇒定 p.14

論点5 詐欺取消後の第三者

《問題提起》

詐欺取消し後に契約関係に入った第三者が「善意の第三者」（96条3項）にあたるか。あたらない場合、取消権者との法律関係をいかに解するか。

《論証》

96条3項の趣旨は、取消しの遡及効を制限して、当該意思表示の有効なことを信頼して新たに利害関係を有するに至った者の地位を保護しようとする点にある。それゆえ、「第三者」は、遡及効の影響を受ける取消し前の第三者に限られ、詐欺取消し後に契約関係に入ってきた第三者は同条項にいう「第三者」に当たらない。

もともと、取消しの遡及効は法的擬制にすぎず、取り消されるまでは取り消すことのできる行為も有効であるから、取消しの時点で復帰的に物権変動があったと扱うことができる。

そこで、二重譲渡と同様に対抗問題として、登記の先後で優劣を決すべきものと解する（177条）。

よって、取消し後の第三者も、「第三者」（177条）として登記を備えれば所有権を対抗することができる。

旧司平 18-1
大判昭 17.9.30 / 百選 I
[第7版] [53]
⇒定 p.14

第3章 代理

1 序説

論点1 委任契約と代理権授与行為の関係

《問題提起》
委任契約が取り消された場合、代理人に授与されていた代理権も消滅するか。
《論証》
代理権授与行為は委任契約とは別個独立の無名契約であるが、委任契約を取り消した者が代理権授与行為のみ代理人に残存させる意思を有しているとは通常考えられない。 そうだとすれば、委任契約が取り消された場合には授権行為も遡及的に消滅すると解するのが当事者の合理的意思に合致する。 したがって、委任契約が取り消されれば、代理権も遡及的に消滅するものと解すべきである（有因的構成）。

旧司平3-1, 21-1

- * 学説上、代理権授与行為を単独行為とみる見解もある。しかし、単独行為であるか無名契約であるかによって実質的な差異はないから、実益のない論争との見方が有力である。

関連論点

◆ 本人による取消しの場合と第三者保護

《問題提起》
本人が代理人との委任契約を取り消した場合、委任契約と有因性がある代理権についても遡及的に消滅する（121条）。そうすると、代理人の代理行為は、無権代理行為となり、原則として本人に効果帰属しない（113条1項）。もっとも、代理権の存在を信頼した第三者保護の必要性がある。そこで、その法律構成が問題となる。
《論証》
112条は法律行為時に代理権が消滅していた場合の第三者保護規定であるから、遡及的に代理権が消滅した場合において同条を直接適用することはできない。 もっとも、112条は、代理権が存在していたことに対する信頼を保護する趣旨であるところ、当該趣旨は、取り消されるまで有効に存在していた場合にも妥当する。 したがって、112条の類推適用により第三者保護を図るべきである。

◆ 代理人による取消しの場合と第三者保護

<p>《問題提起》</p>
<p>代理人が未成年者であることを理由に委任契約を取り消した場合において、代理権の存在を信頼した第三者保護の法律構成が問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>取消しの遡及効（121条）により代理権も消滅するから、代理人の行為は無権代理となり、本人に効果帰属しないと解することもできる。</p> <p>しかし、そもそも、未成年を理由とする取消しは、未成年者の利益保護のために認められるところ、代理人がした法律行為が有効のままであっても、未成年者である代理人に不利益はなく、すでになされた代理行為の効果を否定する必要はないというべきである。</p> <p>そこで、代理人が未成年者であることを理由に委任契約を取り消した場合は、代理権は将来に向かって消滅し、すでになされた代理行為の効果は有効と解すべきである。</p>

論点2 表示機関の錯誤

<p>《問題提起》</p>
<p>本人の意思と使者の表示との間に不一致が生じた場合、本人から錯誤無効（95条）の主張が可能である。もっとも、相手方の表示に対する信頼も保護する必要がある。そこで、その法律構成が問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>使者は、あくまでも本人の意思を表示する機関にすぎないから、代理人に関する110条を直接適用することはできない。</p> <p>もっとも、同条は、他人を使用して法律行為を完成させる以上、本人には一定の帰責性が認められることを根拠に、相手方の信頼を保護し、取引安全を図ろうとする趣旨である。かかる趣旨は、使者の場合にも妥当するから、相手方は、110条類推適用の主張ができると解すべきである。</p>

2 代理行為

論点1 「本人の指図」（101Ⅱ）の解釈

<p>《問題提起》</p>
<p>意思表示の効力がある事情についての善意・悪意や過失の有無によって左右される場合において、本人の主観的事情が考慮されるのは、「本人の指図」（101条2項）がある場合に限定されるか。</p>

<p>《論証》</p> <p>101条2項が本人の悪意や過失も考慮する旨を定めているのは、一定の事実を知り又は知り得る本人は、当該事実に基づいて適切な措置を講じれば自らの利益を守ることができたのであるから、それを怠った以上は不利益を受けても仕方ないという考え方に基づく。また、本人は代理人の利用により分業の利益を享受することができるが、これは本来自らがすべきことをしなくてもよい、ということまで意味するものではない。</p> <p>そこで、「本人の指図」には本人が代理人をコントロールする可能性がある場合が含まれると解する。</p>
--

論点2 直接本人名義でなした代理行為の効果

<p>《問題提起》</p> <p>本人名義でなす代理行為（署名代理）は、「本人のためにすることを示してした」（99条1項）といえるか。</p>
<p>《論証》</p> <p>そもそも、顕名が要求される趣旨は、効果帰属先を明示することで、相手方の取引安全を図る点にある。そうであれば、署名代理であっても、効果帰属先は明示されており、相手方の取引安全を図ることができるというべきである。</p> <p>したがって、署名代理も「本人のためにすることを示してした」にあたる。</p>

* 署名代理で権限外の代理行為をした場合、110条の類推適用となる。なぜなら、代理権に対する信頼はないものの、本人の行為と信じたことが取引上保護に値するのは、代理権を信じた場合と異なるところがないからである（最判昭44.12.19）。⇒p.32

論点3 代理権の濫用

<p>《問題提起》</p> <p>代理人が自己又は第三者の利益を図るためにその権限内の行為をした場合、その代理行為の効力をいかに解すべきか。</p>
<p>《論証》</p> <p>代理権が濫用された場合、代理人は、効果を本人に帰属させる意思をもって、本人に効果帰属するという内容の意思表示をしている。そこには心裡留保に類似する事態は存在しないため、93条ただし書を類推する基礎があるとはいえない。</p>

旧司平14-1, 21-1

司平28

最判昭42.4.20 / 百選I

[第7版] [26]

⇒定 p. 20

もつとも、代理人の背信的意図について悪意又は過失ある相手方を保護すべき理由はない。

そこで、法律行為は原則的に有効であるが、悪意又は過失ある相手方は保護しないという一般理論を掲げる93条ただし書を類推適用し、相手方が、代理人の背信的意図を知り、又は知ることができた場合には、本人にその行為の法律効果は帰属しないものと解する。

- * 判例の採用する93条ただし書類推適用説は、悪意又は過失ある相手方は保護されないという一般理論を93条ただし書に仮託したに過ぎないと理解されており、学説上は疑問を呈されている。
- * 学説上は、相手方が悪意又は重過失ある場合には、信義則上、本人に対して効果の帰属を主張することができなくなると理解する信義則説が有力である。

論点4 代理と詐欺

《問題提起》

①相手方からの代理人に対する詐欺、②代理人からの相手方に対する詐欺、③相手方からの本人に対する詐欺に基づいて本人が代理権を授与した場合、④本人からの相手方に対する詐欺について、いかなる法律構成により処理されるか。

《論証》

1 ①の場合

詐欺の事実の有無は、代理人について判断されるから(101条1項)、本人は詐欺取消(96条1項)の主張をすることができる。

もつとも、101条2項が本人の悪意や過失も考慮する旨を定めているのは、一定の事実を知り又は知り得る本人は、当該事実に基づいて適切な措置を講じれば自らの利益を守ることができたのであるから、それを怠った以上は不利益を受けても仕方ないという考え方に基づく。また、本人は代理人の利用により分業の利益を享受することができるが、これは本来自らがすべきことをしなくてもよい、ということまで意味するものではない。そこで、本人が代理人が詐欺にあっていることについて、悪意又は有過失の場合には、101条2項により詐欺取消の主張をすることができない。

2 ②の場合

詐欺等の「事実の有無は、代理人について決する。」と101条1項で規定されているから、同条により相手方は詐欺取消(96条1項)の主張をすることができる。

なお、本人が96条3項の「第三者」にあたるとも考えうるが、

大判明 39. 3. 31

代理人の行為の効果は本人に帰属し、本人は契約当事者といえるから、本人が「第三者」にあたりと解することはできない。

3 ③の場合

相手方の本人に対する詐欺に基づいて本人が代理権を授与した場合、本人は、代理権授与行為を取り消すことができる（96条1項）。そして、取消しの遡及効（121条）により代理人の行為が無権代理となり、本人に効果帰属しない（113条1項）。

なお、代理人を「第三者」（96条3項）として考慮する必要はない。なぜなら、96条3項は、取消しの対象となる法律行為につき新たに法律上の利害関係を有するに至った者を保護する趣旨であるところ、代理権が消滅しても代理人に不都合はないからである。

4 ④の場合

たしかに、形式上は第三者による詐欺（96条2項）がなされているようにも見える。しかし、代理行為の効果は本人に帰属するから、取消しを制限して詐欺をした本人に利益を与えることになるのは妥当でない。

そこで、この場合、本人と代理人は一体と考えて、代理人の善意悪意にかかわらず、相手方は詐欺取消（96条1項）の主張をすることができるかと解すべきである。

* ②の場合に関して、101条1項は、意思表示の瑕疵に関する規定であるところ、詐欺を行う代理人に意思表示の瑕疵は認められないため、同条項を適用すべきではないとの批判が強い。

論点5 代理人と相手方が通謀虚偽表示をした場合の処理

《問題提起》

本人の知らないうちに代理人が相手方と通謀虚偽表示（94条1項）をした場合、相手方は善意の本人に対して無効主張することができるか。その法律構成が問題となる。

《論証》

虚偽表示の事実の有無を代理人について決するとすれば（101条1項）、相手方は本人に対して無効主張ができるとも思える。

しかし、代理人が本人の不知の間に相手方と虚偽表示をした場合に相手方を保護する必要はない。また、代理制度は本人の利益のためのものであるから、代理人には、相手方と通謀して本人を騙すような権限はないというべきである。そうすると、相手方と通謀した代理人は、本人の意思表示の伝達機関すなわち、使者にすぎないと解することができる。

したがって、相手方は、101条1項を根拠として虚偽表示の無効を主張することができない。

この場合、相手方は、使者とみうる代理人と通謀することを秘匿して本人と取引しているから、心裡留保（93条）に類似するといえる。そこで、本人が相手方の真意を知っていたか又は知ることができた場合に限り、相手方は本人に対して無効を主張することができる（93条ただし書類推適用）。

3 表見代理

論点1 法定代理に109条が適用されるか

《問題提起》

109条の規定は、法定代理にも適用されるか。

《論証》

109条の趣旨は、代理権授与表示をした本人の帰責性をもとに、代理権の存在を信頼した第三者を保護しようとする点にある。そうすると、本人が代理権授与の表示をする余地がない法定代理には、109条の趣旨は妥当しないから、法定代理に109条は適用されないと解すべきである。

論点2 白紙委任状の交付と表見代理①（被交付者濫用型）

《問題提起》

白紙委任状を交付された者（代理権は与えられていない）が、その白紙委任状を利用（委任事項欄非濫用）して代理行為を行った場合、その法律行為の効果は本人に帰属するか。白紙委任状の交付が109条の定める代理権授与の「表示」と解することができるかが問題となる。

《論証》

109条の趣旨は、代理権授与表示をした本人の帰責性をもとに、代理権の存在を信頼した第三者を保護しようとする点にある。したがって、「表示」にあたるかは、本人の帰責性及び本人保護を上回る第三者の要保護性の観点から判断すべきである。

白紙委任状交付の場合において、本人は白紙委任状という濫用のおそれのあるものを交付している以上、本人に一定の帰責性があるといえる。

さらに、委任事項欄の濫用がなければ、本人が当初予定していた

⇒定 p. 18

効果が生じるだけで、本人保護の要請が低い。他方、相手方にとってみれば、白紙部分が補充された委任状は、本人作成か他人作成かで異なるところがないから、本人保護を上回る相手方の信頼保護の要請があるといえる。

よって、被交付者が白紙委任状を濫用して無権代理行為をした場合には、白紙委任状の交付をもって「表示」があったものといえる。

- * この論証は、代理権授与を伴わずに白紙委任状が交付された場合に妥当することに注意を要する。一定の代理権授与と共に白紙委任状が交付されたが、被交付者が代理権の範囲外の行為を行った場合には110条の問題となる。
- * 上記事案と異なり、さらに白紙委任状の交付を受けた特定他人が委任事項欄の濫用も行った場合、109条、110条が重畳適用される（最判昭45.7.28/百選I〔第7版〕〔32〕）。

論点3 白紙委任状の交付と表見代理②（転得者濫用型）

〈問題提起〉

白紙委任状の転得者が、代理人欄のみならず委任事項欄も濫用して代理行為を行った場合、その法律行為の効果は本人に帰属するか。白紙委任状の交付が109条の定める代理権授与の「表示」と解することができるかが問題となる。

〈論証〉

109条の趣旨は、代理権授与表示をした本人の帰責性をもとに、代理権の存在を信頼した第三者を保護しようとする点にある。したがって、「表示」にあたるかは、本人の帰責性及び本人保護を上回る第三者の要保護性の観点から判断すべきである。

白紙委任状交付の場合において、本人は、濫用のおそれのある白紙委任状を交付している以上、本人には一定の帰責性がある。

しかし、そもそも委任状は転輾流通することを常態とするものではないから、転得者の無権代理行為については、本人の意思が及んでいないといえる。加えて、委任事項欄の濫用となれば、本人が受ける不測の被害が大きく、相手方の信頼よりも本人保護の必要性が高くなる。

したがって、何人において行使しても差し支えない趣旨で交付した場合でない限り、このような白紙委任状をもって代理権授与の「表示」と解することはできない。

- * 判例は、委任事項の部分の濫用があっても顕著ではない場合（委任事項欄非濫用型）と委任事項の部分の濫用が顕著な場合（委任事項欄濫用型）を区別し、前者については109条の適用を肯定し、後者については否定する傾向にある。本論証は後者について論じたものである。

前者について109条の成立を認めているのは、本人が覚悟していたのとほぼ

最判昭 39.5.23 / 百選 I
〔第7版〕〔27〕
⇒定 p.18

同じ結果が生じるだけで、本人保護の必要性が小さい点に求められる。

論点4 事実行為と110条

《問題提起》

事実行為を行う権限を与えられていた者が、その権限を踰越して法律行為を行った場合、その権限を基本代理権として、110条の表見代理の成立を認めることができるか。

《論証》

110条の趣旨は、他人を使用して法律行為を完成させる以上、本人には一定の帰責性が認められることを根拠に、相手方の信頼を保護し、取引安全を図ろうとする趣旨である。かかる趣旨からすれば、その帰責性は、本人が無権代理人に自己の法律関係の変動を任せるほどのものでなければならない。

そこで、110条を適用するためには、基本代理権として少なくとも何らかの法律行為をなす権限を与えられている必要があるものと解する。

したがって、事実行為を行う権限は110条の基本代理権にあらず、表見代理の成立を認めることはできない。

- * 事実行為を含む対外的な関係形成を委ねれば本人の帰責性としては十分であるとして、「権限」(110)とは、本人のために対外的行為をする権限であれば足り、法律行為か事実行為かは問わないとする見解も有力である。

最判昭 35.2.19 / 百選 I
[第7版] [29]

論点5 公法上の行為と110条

《問題提起》

登記申請行為の代理権のような公法上の行為を行う代理権を与えられていた者が、権限外の代理行為をした場合、その権限を基本代理権として、110条の表見代理の成立を認めることができるか。

《論証》

表見代理の成立には、本人の帰責性が必要であるが、表見代理が本人に法律行為の成立と同様の責任を負わせることからすれば、その帰責性は、本人が無権代理人に自己の法律関係の変動を任せるほどのものでなければならない。

そこで、110条を適用するためには、基本代理権として少なくとも何らかの法律行為をなす権限を与えられている必要があり、単なる公法上の行為についての代理権は110条の基本代理権にはあたらないと解する。

もっとも、その行為が特定の私法上の取引行為の一環としてなさ

最判昭 46.6.3

れている場合には、その権限も私法上の法律行為をなす基本代理権に含まれるものと解する。

論点6 相手方が代理人を本人と誤信した場合の処理

《問題提起》

署名代理で権限外の法律行為をした場合、110条により本人に効果帰属するか。

《論証》

署名代理の場合、相手方は代理人を本人だと誤信しているため、代理権の存在に対する信頼を保護する110条を直接適用することはできない。

もっとも、相手方が代理権限を信じ、本人に効果帰属すると信じた場合と、相手方を本人と信じ、本人に効果帰属すると信じた場合とで取引上保護の要請は異なるところがない。

そこで、110条を類推適用し、本人であると信じたことについて「正当な理由」がある場合には、契約の効果は本人に帰属するものと解する。

最判昭44.12.19

⇒p.26

論点7 「第三者」(110条)の意義

《問題提起》

無権代理行為の相手方からの転得者も「第三者」(110条)に含まれるか。「第三者」の意義をいかに解すべきかが問題となる。

《論証》

110条の趣旨は、有効な代理権の存在を信頼した者を保護する点にあるところ、有効な代理権の存在を信頼するのは代理人と直接取引をする相手方に限られ、転得者にそのような信頼を觀念することはできない。

したがって、「第三者」とは無権代理行為の直接の相手方をいい、転得者はこれに含まれないものと解する。

最判昭36.12.12

⇒定p.19

論点8 「正当な理由」(110条)の判断基準

《問題提起》

いかなる場合に「正当な理由」(110条)が認められるか。その判断基準をいかに解すべきかが問題となる。

<p>「日常の家事」(761条)の範囲</p>

<p>110条は、本人の帰責性に基づく真実と異なる外形が存在し、その外形を信頼した相手方を保護する表見法理規定であるから、相手方には保護に値する信頼が存在しなければならない。</p>

<p>そこで、「正当な理由」とは、代理権の存在を相手方が信じたことに過失がなかったことを意味すると解する。</p>

<p>具体的には、①代理権の存在を推測させる核となる事情の存在が認められると、原則として「正当な理由」があるといえる。しかし、②代理権の存在を疑わせる客観的事実がある場合には、相手方は代理権の存否について調査・確認義務が生じ、これを怠った場合に過失があったものとして「正当な理由」の存在が否定される。</p>
--

- * ①に当たる例としては、実印、印鑑証明、委任状、権利証が存在する場合は挙げられる。
- * ②に当たる例としては、資格徴憑の不自然性、利益相反的行為、本人の不利益の重大性、親族関係の存在、契約締結過程における疑わしい事情などが挙げられる。

論点9 「日常の家事」(761条)の範囲

<p>「日常の家事」(761条)の範囲をいかに解するか。</p>

<p>「日常の家事」とは、個々の夫婦がそれぞれの共同生活を営むうえにおいて通常必要な法律行為をいう。</p>
--

<p>「日常の家事」とは、個々の夫婦がそれぞれの共同生活を営むうえにおいて通常必要な法律行為をいう。</p>
--

<p>そして、個々の夫婦の実情により通常必要な法律行為かどうか異なることと、761条が夫婦の一方と取引関係に立つ第三者の保護を目的とする規定であることに鑑み、通常必要な行為か否かは、個々の夫婦の社会的地位、職業、資産、収入等の内部的事情や個人的な目的のみならず、さらに客観的にその法律行為の種類、性質等をも十分に考慮して判断すべきである。</p>

<p>そして、個々の夫婦の実情により通常必要な法律行為かどうか異なることと、761条が夫婦の一方と取引関係に立つ第三者の保護を目的とする規定であることに鑑み、通常必要な行為か否かは、個々の夫婦の社会的地位、職業、資産、収入等の内部的事情や個人的な目的のみならず、さらに客観的にその法律行為の種類、性質等をも十分に考慮して判断すべきである。</p>

最判昭 51.6.25 / 百選 I
[第7版] [30]
⇒定 p.19

旧司平 2-1
最判昭 44.12.18 / 百選 III
[8]
⇒p.214, 定 p.120

論点 10 761 条は夫婦相互の家事代理権を認めているか

<p>《問題提起》</p>
<p>761 条は夫婦相互の代理権を認めた規定か。条文上明らかでなく問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>761 条は、連帯責任を規定しているところ、権利が別個に帰属し、債務が連帯すると解するのでは、夫婦間の公平に反する。したがって、同条は、夫婦相互に日常家事の範囲で代理権を認めたものと解すべきである。</p>

旧司平 2-1
 最判昭 44.12.18 / 百選 III
 [8]
 ⇒p. 214, 定 p. 120

論点 11 日常家事代理権と 110 条の適用

<p>《問題提起》</p>
<p>夫婦の一方が日常家事の範囲外の法律行為をした場合において、110 条が適用されるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>夫婦の一方が日常家事に関する代理権の範囲外の法律行為をした場合、その代理権の存在を基礎として広く一般的に 110 条を適用することはできない。なぜなら、夫婦の財産的独立（762 条 1 項）を害するおそれがあるからである。</p> <p>もともと、当該行為が日常家事の範囲に属すると信じた相手方の取引安全を保護する必要がある。</p> <p>そこで、相手方において、その行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当な理由がある場合にかぎり、110 条の趣旨を類推適用して相手方の保護を図るべきである。</p>

旧司平 2-1
 最判昭 44.12.18 / 百選 III
 [8]

論点 12 重畳適用の可否

<p>《問題提起》</p>
<p>109 条と 110 条、110 条と 112 条を重畳適用することができるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>表見代理規定は外観の存在、外観作出に対する本人の帰責性、外観に対する信頼を要件とする外観法理の表れの一類型にすぎず、その他の類型や組み合わせを排除するものではない。また、その他の</p>

最判昭 45.7.28 / 百選 I
 [第 7 版] [32]
 大判昭 19.12.22 / 百選 I
 [第 7 版] [33]

類型や組み合わせであっても、外観を信頼した者を保護すべき要請に変わりはない。

したがって、109条と110条、110条と112条を重畳適用することは認められる。

⇒定 p.20

論点 13 無権代理人の責任と表見代理の関係

《問題提起》

無権代理人は、表見代理が成立することを抗弁として、無権代理人の責任（117条1項）を免れることができるか。

《論証》

117条1項は、無権代理人が相手方に対し代理権がある旨を表示し又は自己を代理人であると信じさせるような行為をした事実を責任の根拠として、相手方の保護と取引の安全並びに代理制度の信用保持のために、法律が特別に認めた無過失責任である。

そうだとすれば、無権代理人の責任をもって表見代理が成立しない場合における補充的な責任と解すべき根拠はなく、両者は互いに独立した制度であると解すべきである。

したがって、無権代理人の責任の要件と表見代理の要件が共に存在する場合においても、表見代理の主張をするかどうかは相手方の自由であり、相手方は、表見代理の主張をしないで、直ちに無権代理人に対し117条の責任を問うこともできる。

よって、無権代理人は、表見代理が成立することを抗弁として主張することはできない。

旧司平 2-1

最判昭 62.7.7/百選 I [第7版] [34]

- * 117条2項の「過失」について、過失により表見代理が成立しない場合に、無権代理人の責任追及ができなくなるとして、重過失に限定する見解がある。しかし、判例は、117条1項の無過失責任との均衡から、「過失」は重過失に限定されないとしている（最判昭 62.7.7/百選 I [第7版] [34]）。

4 無権代理と相続

論点 1 無権代理人が本人を相続した場合

《問題提起》

無権代理人が本人を相続した場合に、無権代理人が本人としての追認拒絶権を行使して追認を拒絶することができるか。

《論証》

無権代理人が本人を相続した場合、無権代理人に本人の資格と無

旧司平 2-1

権代理人の資格が共に帰属することになるから、両資格は融合し、本人が自ら法律行為をしたのと同様に扱うべきとも思える。

しかし、これでは悪意の相手方すら保護されることになりかねず、善意の相手方が契約取消権（115条）を失うことにもなるため妥当でない。

そこで、かかる場合には資格の融合は生じず、本人を相続した無権代理人は、本人としての資格と無権代理人としての資格を併せ持つものと解すべきである。

もっとも、本人を相続した無権代理人は、自らした無権代理行為につき本人の資格において追認を拒絶することを認めることは信義則上（1条2項）、許されないと解する。

- * 生前に本人が追認拒絶していた場合、その時点で本人への効果不帰属が確定し、追認拒絶の効果それ自体を主張しても信義に反するとはいえないから、無権代理人が本人のした追認拒絶を援用することも許される（最判平10.7.17）。
- * 無権代理人の責任（117）は別途負うことに変わりはない。

最判昭40.6.18
⇒p.224, 定p.21

論点2 本人が無権代理人を相続した場合

《問題提起》

本人が無権代理人を相続した場合に、無権代理人が本人としての追認拒絶権を行使することができるか。

《論証》

本人が無権代理人を相続した場合、無権代理人に本人の資格と無権代理人の資格が共に帰属することになるから、両資格は融合し、本人が自ら法律行為をしたのと同様に扱うべきとも思える。

しかし、これでは悪意の相手方すら保護されることになりかねず、善意の相手方が契約取消権（115条）を失うことにもなるため妥当でない。また、本人は無権代理の被害者にすぎないから、追認拒絶権を失う理由もない。

そこで、かかる場合には資格の融合は生じず、無権代理人を相続した本人は、本人としての資格と無権代理人としての資格を併せ持つものと解すべきである。

したがって、被相続人の無権代理行為は本人の相続により有効となるわけではなく、本人は追認を拒絶することができる。

- * 無権代理人の責任（117）は承継される。もっとも、本人が履行責任を負うのかについては、学説上議論がある。

最判昭37.4.20／百選I
[第7版] [35]
⇒p.224, 定p.21

論点3 無権代理と共同相続

《問題提起》

無権代理人が本人を相続したが、無権代理人が共同相続人の一人にすぎなかった場合、無権代理人が追認拒絶権を行使できない結果、他の共同相続人全員が追認をしなくても、無権代理人の相続分に相当する部分の契約が有効となるのか。

《論証》

本人が無権代理人を相続した場合、無権代理人に本人の資格と無権代理人の資格が共に帰属することになるから、両資格は融合し、本人が自ら法律行為をしたのと同様に扱うべきとも思える。

しかし、これでは悪意の相手方すら保護されることになりかねず、善意の相手方が契約取消権（115条）を失うことにもなるため妥当でない。

そこで、本人を相続した無権代理人は、本人としての資格と無権代理人としての資格を併せ持つものの、信義則上、追認拒絶権を行使することができないと解すべきである。

もっとも、追認権はその性質上相続人全員に不可分的に帰属するところ、無権代理行為の追認は、本人に対して効力を生じていなかった法律行為を本人に対する関係において有効なものにするという効果を生じさせるものである。

そうだとすれば、共同相続人全員が共同してこれを行使しない限り、無権代理行為が有効となるものではないと解すべきである。

したがって、他の共同相続人全員が無権代理行為の追認をしている場合に、無権代理人が追認を拒絶することは信義則上許されないとしても、他の共同相続人全員の追認がない限り、無権代理行為は、無権代理人の相続分に相当する部分においても当然に有効となるものではない。

- * 無権代理人以外の共同相続人のうち一人でも追認拒絶をした場合には、無権代理の効果は無権代理人にも他の共同相続人にも帰属せず、相手方は無権代理人に対して117条1項の責任を追及するほかない。

旧司平 2-1

司平 28

最判平 5.1.21/百選 I [第7版] [36]

⇒p.224, 定 p.21

論点4 相続人が無権代理人と本人の双方を相続した場合

<p>《問題提起》</p>
<p>第三者が、無権代理人と本人の双方を相続し、無権代理人の資格と本人の資格を共に取得した場合、第三者は追認を拒絶することができるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>第三者が無権代理人と本人の双方を相続した場合、第三者に無権代理人の資格と本人の資格とが共に帰属することになるから、両資格は融合し、本人が自ら法律行為をしたのと同様に扱うべきとも思える。</p> <p>しかし、これでは悪意の相手方すら保護されることになりかねず、善意の相手方が契約取消権（115条）を失うことにもなるため妥当でない。</p> <p>そこで、かかる場合には資格の融合は生じず、第三者に両資格が併存するものと解すべきである。</p> <p>そして、このような第三者は無権代理行為を自ら行ったわけではないから、無権代理行為の追認を拒絶しても、なんら信義に反することはない。</p> <p>したがって、このような第三者は追認を拒絶することも許される。</p>

最判昭 63.3.1
⇒p.224, 定 p.21

* 判例は、第三者が無権代理人と本人の双方をこの順に相続した場合、第三者が本人の資格で追認拒絶する余地はなく、資格融合により法律行為は当然に効力を生じるとする。これは無権代理人が本人を相続した場合と同視できるからである。

しかし、①第三者が自ら無権代理行為をしたわけではないから信義則によって追認拒絶を禁じられる理由はない、②この理屈を貫くと、本人が先に死亡し、次に無権代理人が死亡した場合には、本人が無権代理人を相続した場合と同視でき追認拒絶が可能となる。このような偶然の事情により結論が異なることは妥当でない、という批判がある。

論点5 他人物売買における本人の追認

<p>《問題提起》</p>
<p>ある物件につき権利を有しない者が権利を処分する行為をした場合、116条により、本来権利を有する者が追認することで、その行為の効果を有効とすることができるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>116条は、無権代理行為に関する規定であるから、他人物売買における追認に直接適用することはできない。</p>

最判昭 37.8.10 / 百選 I
[第7版] [38]

しかし、116条の趣旨は、権利主体の私的自治的決定を尊重する点にあるところ、無権代理における本人の追認も他人物売買における本人の追認も無権限者による処分権限の瑕疵を治癒するという点において異ならず、上記趣旨は妥当する。

したがって、無権利者の処分の場合にも116条類推適用により、本来権利を有する者が追認することで、その行為の効果を有効とすることができる。

第4章 無効・取消し

1 取消権者

論点1 主債務者の取消権を保証人が行使することの可否

《問題提起》

主債務者の取消権を保証人が行使することができるか。

《論証》

保証人は120条1項の取消権者に含まれないから、主債務者の取消権を行使することはできない。

もっとも、主債務者が取消権を行使すれば、付従性により保証債務も消滅するところ、その余地があるのに保証債務が強制されるのは相当でない。

そこで、主債務者が取消権を有する間は、保証人は保証債務の履行を拒絶することができる と解すべきである。

論点2 制限行為能力者の取消権と法定代理人の取消権の関係

《問題提起》

取消権の時効(126条)の起算点は、取消権者により異なりうる。そこで、法定代理人の取消権が消滅した場合の制限行為能力者の取消権の帰趨が問題となる。

《論証》

法定代理人に取消権が認められているのは、制限行為能力者の利益保護が目的であるところ、法定代理人の判断があれば、制限行為能力者の利益保護の趣旨を十分に全うできる。

したがって、法定代理人の取消権が消滅した場合には、制限行為能力者の取消権も消滅すると解すべきである。

2 無効な法律行為・取消しの効果

論点1 双務契約の無効・取消しと既履行の目的物の滅失

<p>《問題提起》</p> <p>双務契約の無効又は取消しによる目的物の返還義務が生じているが、両当事者の帰責事由なしに当該目的物が滅失した場合、両当事者の法律関係をいかに解するか。</p>
<p>《論証》</p> <p>703条をそのまま適用すれば、目的物が滅失して現存利益がないため、善意者の目的物返還義務が消滅するとも思える。</p> <p>しかし、返還義務を免れる一方で代金返還を請求できるとするのは、双務契約の当事者であったことを考慮すると不当である。</p> <p>そこで、表見的法律関係が双務契約であったことを不当利得にも反映させ、危険負担（534条以下）の法理を適用すべきである。</p> <p>具体的には、目的物を支配していた返還義務者が危険を負担し（536条1項）、目的物の賠償額と代金返還義務が同時履行の関係（533条）に立つと考える。</p>

- * 帰責事由のある滅失であれば、返還義務の履行不能として、賠償義務を負うと解することができる。
- * 本論証の危険負担の法理は、修正した債権者主義を前提としている。したがって、目的物を支配している返還義務者が危険を負担することになる。
- * 解除の場合も同様に解することができる。

論点2 取消しにより生じた不当利得返還請求権の時効期間

<p>《問題提起》</p> <p>取消しにより生じた不当利得返還請求権の時効期間をいかに解するか。</p>
<p>《論証》</p> <p>126条では、法律関係の早期安定を趣旨として時効期間を5年と定めている。かかる趣旨からすれば、取消しにより生じた不当利得返還請求権も追認をすることができるときから5年の時効に服すると解することもできる。</p> <p>しかし、取消権の行使により無効が確定するのであるから、上記趣旨は達成されているということが出来る。そして、不当利得返還請求権は取消しの結果生じる「債権」（167条1項）と認められる。</p> <p>したがって、取消しにより生じた不当利得返還請求権の時効期間は、取消権行使のときから10年となる。</p>

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18382