

# 民法 第1回 [1]

## 問題文

---

Aは、複数の債権者に対して多額の債務を負っていたが、その所有する甲土地を差し押さえられることを避けるため、知人Bと相談の上、実際には売買の事実はないにもかかわらず、甲土地をBに対して売却したように装い、甲土地の登記名義をBに移転した。ところが、資金繰りに窮したBがこの状況を奇貨として、甲土地をCに対して売却し、引き渡したところ、さらに、CがこれをDに対して転売し、引き渡した。なお、現在、甲土地の登記名義はBのままになっている。

以上の事実関係を前提に、(a)CはA B間の事情について知っていたが、Dは知らなかった場合、及び(b)CはA B間の事情について知らなかったが、Dは知っていた場合のそれぞれについて、A D間の法律関係について、論じなさい。

### 1 (a)について

(a)の場合について、Aは、Dに対して、甲土地の返還を求めることが考えられる。その根拠は、所有権に基づく返還請求権としての甲土地明渡請求権である。これに対して、Dは、A B間の売買契約によってAは甲土地所有権を失ったと反論するだろうが、A B間の売買契約は通謀虚偽表示によるものであって無効であるから(94 I)、かかる請求は認められるのが原則である。

これに対して、Dとしては、94条2項による保護を主張することが考えられる。もっとも、Dは、直接の「第三者」たるCからの転得者である。そこで、転得者も「第三者」に含まれるかが問題となるが、これを肯定するのが判例(最判昭45.7.24)である。また、判例は、「善意」の意義については、無過失を含まないとし(大判昭12.8.10)、登記の要否については、これを不要とする(最判昭44.5.27)。

よって、A B間の事情について善意のDは「善意の第三者」として保護され、Aは通謀虚偽表示による無効をDに対抗できないから、Aの請求は認められないことになる。

⇨総合講義・33, 34頁

### 2 (b)について

(b)の場合について、直接の「第三者」CはA B間の事情について善意であるが、転得者Dが悪意であるため、Dが保護されるかが問題となる。いわゆる絶対的構成と相対的構成の問題である。

この点について、判例(大判昭6.10.24)は、絶対的構成の立場をとる。この立場に従えば、「善意の第三者」Cの出現によってCが確定的に権利を取得し、Dはその地位を承継するから、その善意悪意を問わず、Dの権利取得が認められるのが原則である。もっとも、この立場をとる論者も、悪意者が善意者をわら人形として介在させて脱法的な権利取得を図るような場合には、信義則(1 II)等を用いて、Dの権利取得を否定するのが一般的である。

よって、Dにかかる意図がない限り、Dの権利取得が肯定され、Aの請求は認められないことになる(これに対し、相対的構成の立場に立てば、当然悪意のDは保護されず、Aの請求は認められることになる)。

⇨総合講義・34頁

## 答案構成（長文）

### 第1 (a)について

- 1 Aは、Bに対し、甲土地を売却する旨の意思表示をしているが、通謀虚偽表示（94 I）に当たり、無効  
→Aに甲土地の所有権が帰属するため、Aの請求は認められるのが原則
- 2(1) Dとしては、94条2項を主張  
→「第三者」とは、当事者及びその包括承継人以外の者で、行為の外形を信頼して、新たに、独立の法的利害関係を有するに至った者  
問題提起：転得者は「第三者」に当たるか  
規 範：当たる  
∴ 条文上転得者を排除すべき根拠はなく、また、実質的にも転得者も行為の外形を信頼することはあり得る  
あてはめ：転得者も「第三者」に当たるため、Dは「第三者」に該当する
- (2) 問題提起：「善意」とは無過失も含むか  
規 範：含まない  
∴ 条文上「善意」としかないし、本人と第三者との利益衡量を踏まえても、過失の有無を問うべきではない  
あてはめ：DはA B間の事情について知らないので、「善意」の要件を満たす
- (3) 問題提起：94条2項により保護されるには登記を備える必要があるか  
規 範：登記は不要  
∴ 虚偽表示をした本人と第三者は前主後主の關係に立ち、対抗關係とならない  
あてはめ：Dは94条2項により保護される

### 第2 (b)について

- 1 (b)の場合、Dは94条2項により保護されないが、Cは同項により保護される
- 2 問題提起：善意者が介在した後の悪意の転得者は権利を取得できるか  
規 範：悪意の転得者は、善意者が94条2項によって有効に取得した権利を承継取得するが、信義則（1 II）上、保護されない場合あり  
∴ これを否定すると、悪意の転得者が善意者に対し他人物売主の責任追及ができてしまう（561, 415）、延々と法律關係が定まらず、法律關係の早期確定の要請にもとる
- 3 あてはめ：Dは保護され、Aの請求は認められない

## 答案構成（短文）

---

### 第1 (a)について

- 1 AのBに対する意思表示は、通謀虚偽表示（94Ⅰ）に当たり、無効  
→Aに甲土地の所有権が帰属するため、Aの請求は認められるのが原則
- 2 Dとしては、94条2項の「第三者」に当たる旨を主張  
「第三者」（94Ⅱ）の意義

↓

当事者及びその包括承継人以外の者で、行為の外形を信頼して、新たに、独立の法的利害関係を有するに至った者を指す

↓

転得者は「第三者」（94Ⅱ）に含まれるか

↓

肯定説

↓

「善意」（94Ⅱ）の意義（無過失の要否）

↓

不要説

↓

「第三者」（94Ⅱ）と登記の要否

↓

不要説

- 3 Dは94条2項の「第三者」に当たるため、Aの請求は認められない

### 第2 (b)について

- 1 (b)の場合、Dは94条2項により保護されないが、Cは同項により保護される  
DはCの地位を承継しないか？

↓

- 2 原則肯定説

↓

- 3 あてはめ

## 解答例

### 1 第1 (a)について

1 AはDに対し、所有権に基づき甲土地の明渡しを請求するものと考えられる。この請求が認められるためには、Aに甲土地の所有権が帰属している必要がある。

本問において、Aは、Bに対し、甲土地を売却する意思表示をしているものの、売却したように装ったもので、これは通謀虚偽表示（94条1項）に当たり、無効である。したがって、いまだAに甲土地の所有権が帰属するため、Aの請求は認められるのが原則である。

2 これに対して、Dとしては、94条2項により自身が保護されると主張することが考えられる。もっとも、Dは直接の「第三者」たるCからの転得者である。

そこで、Dが「第三者」に当たるかが問題となる。

(1)ア 94条2項の趣旨は虚偽の外観を信頼した第三者を保護する点にある。そうすると、「第三者」とは、その信頼が保護に値する者を意味すると考えるべきである。

具体的には、当事者及びその包括承継人以外の者で、行為の外形を信頼して、新たに、独立の法的利害関係を有するに至った者を指すと解する。

イ そして、条文中転得者を排除すべき根拠はなく、また、実質的にも転得者も行為の外形を信頼することはあり得る。

したがって、転得者も上記要件を満たす限り、「第三者」に当たると解する。

2 Dは転得者であるものの、当事者及びその包括承継人以外の者で、行為の外形を信頼して、新たに、独立の法的利害関係を有するに至った者に当たるので、「第三者」に該当する。

(2) では、「善意」とは無過失まで要するのか。

この点について、条文中「善意」とはしないし、また、虚偽表示をした本人と虚偽の外観を信頼した第三者との利益衡量を踏まえても、過失の有無を問うべきではないと解する。

本件でも、DはA B間の事情について知らないので、「善意」の要件を満たす。

(3) 本件で、Dは登記を経由していないが、94条2項により保護されるには登記を備える必要があるか。

虚偽表示をした本人と第三者は前主後主の関係に立ち、対抗関係とならない。また、虚偽の外観作出に関与した真の権利者と「第三者」の利益衡量の観点から、権利保護要件としての登記を要求すべきでもない。

したがって、登記は不要である。

3 よって、Dは94条2項により保護されるため、Aの請求は認められない。

### 第2 (b)について

1 (b)の場合、Dは悪意であるから、「善意の第三者」に当たらず、94条2項により保護されない。

2 もっとも、Cが善意であるから、CはAとの関係で保護される。そこ

3 で、DはこのCの地位を承継取得すると主張するだろう。

そして、このDの主張は認められるべきである。

善意者が介在した後の悪意の転得者は権利を取得できないとすると、悪意の転得者が善意者に対し権利移転義務違反を理由とする損害賠償（561条、415条）を追及し得ることになり、善意者の保護に欠ける。加えて、延々と法律関係が定まらず、法律関係の早期確定の要請にももとのからである。

ただし、悪意の転得者が意図的に善意者を介在させた場合には、信義則（1条2項）上、保護されないと解する。

3 本件では、このような事情はないので、Dは保護され、Aの請求は認められない。

以 上

4

# 民法 第1回 [2]

## 問題文

---

Aは、友人から近いうちに甲土地の地価が大幅に上がるとの情報を聞いたため、そのことを甲土地の所有者Bにも伝えた上で、時価より相当高額を支払って甲土地をBから購入し、登記も自己に移転した。しかし、後にこの情報は虚偽であったことが判明した。

当該情報が虚偽であることは甲土地の付近ではある程度知られており、Bもそれを知っていた場合、AはBに対して代金の返還を請求することができるか。

1 Aの代金返還請求の根拠は、錯誤取消しに基づく原状回復請求（121の2I）である。

Aとしては、甲土地の売買契約は動機の錯誤（95I②）によるものであるから、取り消すと主張するだろう。

2 そこで、95条の要件事実を検討することになる。

(1) 本件では、いわゆる動機の錯誤が問題となる。そこで、95条1項2号、2項を検討することになる。

ア 「表意者が法律行為の基礎とした事情」とは、「近いうちに甲土地の地価が大幅に上がる」との事情であるところ、この情報は虚偽であったことが判明しているのだから、「その認識が真実に反する錯誤」（以上、95I②）に当たる。

イ 次に、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」（95II）といえるか否かであるが、これは、単に法律行為の基礎とした事情（事実）が表示されていたという意味ではなく、法律行為の基礎とした事情（事実）に関する表意者の「認識」が相手方に示され、相手方に了解されて「法律行為の内容」となっていたとの意味であると理解する立場が有力である。

この立場によれば、本件では、「近いうちに甲土地の地価が大幅に上がる」とのAの認識がBに示され、Bにもこのことが了解されて甲土地の売買契約が締結されているから、「法律行為の内容」となっていたといえる。

したがって、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」（95II）といえる。

ウ 以上から、同条1項2号、2項は、満たされる。

(2) 「重要」（95I柱書）性についても問題なく肯定できるだろう。

(3) ただし、Aは地価の値上がりの情報を友人から得ているだけであるから、重過失（95III柱書）がある。

(4) しかし、Bはこの事実について悪意であるから、重過失があっても、Aは錯誤取消しの主張をすることができる（95III①前段）。

3 一方で、Bとしては、甲土地の返還及び登記の抹消手続との同時履行関係を主張することが考えられる。

この点について、互いの返還請求は、双務契約から生じたものではないが、同時履行関係に立つと解するのが判例（最判昭47.9.7）である。

⇨総合講義・38, 39頁

## 答案構成（長文）

- 1 Aは、A B間の売買契約の錯誤取消し（95 I）を主張して、Bに対し、原状回復請求権（121 の 2 I）に基づく代金返還請求をすることが考えられる
- 2(1) Aは動機の錯誤に基づく取消し（95 I ②, II）をできるか
- ア Aには「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」が認められる
- イ また、甲土地の地価が大幅に上がるとの情報をBにも伝えているから、かかる事情が「表示されていた」といえる
- ウ そして、「その事情が法律行為の基礎とされていること」とは、表示された事情が法律行為の内容となっていたことをいう。本件では、地価の値上がりを契約の前提としてしていると考えられるため、法律行為の内容となっているといえる。よって、地価の値上がりという事情は、「その事情が法律行為の基礎とされている」といえる
- (2) Aは、甲土地の地価が大幅に上がるとの情報を聞いたため、時価より相当高額を支払って甲土地を購入するとの意思表示をしている
- 「意思表示は、……錯誤に基づくもの」である
- Aは、甲土地の地価が大幅に上がるとの情報を聞いたため、時価より相当高額を支払っている
- 錯誤がなければ、Aのみならず一般人も、このような内容の意思表示をしなかったであろうと認められるため、甲土地の値上がりを期待した上での相場より高額での購入という「法律行為の目的及び取引の社会通念に照らして重要」な錯誤といえる（95 I 柱書）
- ↓そうだとしても
- (3) Aは「重大な過失」（95 III 柱書）あり
- ↓もっとも
- (4) BはAが錯誤に陥っていることについて悪意である
- 相手方が悪意の場合には、95 条 3 項 1 号前段によりなお取消し主張できる
- ∴ 相手方の保護を図るという 95 条 3 項 1 号前段の趣旨
- 3 Aは本問売買契約の錯誤取消しをBに主張でき、Bに対して代金返還を請求することができる
- ↓ただし
- 533 条の類推適用により甲土地の返還、登記の抹消手続と同時履行

## ■ 答案構成（短文）

---

- 1 Aの代金返還請求の法的根拠（錯誤取消しに基づく原状回復請求権）  
↓
- 2 95条の要件の検討
  - (1)ア「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」  
イ「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」
  - (2) 「意思表示は、……錯誤に基づくもの」「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」
  - (3) 「重大な過失」
  - (4) 相手方が悪意の場合の処理  
↓
- 3 同時履行の主張  
↓  
533条類推適用説  
↓  
甲土地の返還，登記の抹消手続と引換えに代金返還請求可

## 解答例

- 1 1 Aは、A B間の売買契約（以下「本件売買契約」という。）の錯誤取消し（95条1項2号、2項）を主張して、Bに対し、原状回復請求権（121条の2第1項）に基づく代金返還請求をすることが考えられる。
- 2 そこで、以下、錯誤取消しの要件を検討する。
- (1)ア まず、Aは甲土地が値上がりすると思ったからこそ、甲土地を相場以上の値段で購入するとの意思表示をしている。そして、この事情は後に虚偽であることが判明している。そうすると、「法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」（95条1項2号）があるといえる。
- イ また、「法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき」（同条2項）とは、取引の安全保護の観点から、単に法律行為の基礎とした事情（事実）が表示されていたという意味ではなく、法律行為の基礎とした事情（事実）に関する表意者の「認識」が相手方に示され、相手方に了解されて「法律行為の内容」となっていたとの意味であると解すべきである。
- 本問では、「近いうちに甲土地の地価が大幅に上がる」とのAの認識がBに示され、Bにもこのことが了解されて本件売買契約が締結されているから、「法律行為の内容」となっていたといえる。
- よって、「法律行為の基礎とされていることが表示されていた」といえる。
- (2) 次に、上記のように、Aは、甲土地の地価が大幅に上がるとの情報
- 2 を聞いたため、時価より相当高額を支払って甲土地を購入するとの意思表示をしているのであるから、「意思表示は、……錯誤に基づくもの」であるといえる。また、錯誤がなければ、Aのみならず一般人も、このような内容の意思表示をしなかったであろうと認められるから、「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」錯誤（以上、95条1項柱書）であるといえる。
- (3) そうだとしても、当該情報が虚偽であることは甲土地の付近ではある程度知られていたのであるから、調査を行えば容易に真実を知り得たはずである。にもかかわらず、Aは、友人からの情報を安易に信じ、行うべき調査を行っていないから、「重大な過失」（95条3項柱書）がある場合に当たり、取消し主張できないのが原則である。
- (4) しかしながら、BはAが錯誤に陥っていることについて悪意であるから、Aは、重過失があつたとしても、取消し主張をすることができる（95条3項1号前段）。
- 以上より、Aは本件売買契約の錯誤取消しをBに主張できる。
- 3 これに対して、Bは、Aに対して甲土地の返還及び登記の抹消手続の同時履行を主張するだろう（533条）。
- 確かに、これらの返還義務は双務契約から生じたものではないから、533条を直接適用することはできない。
- しかし、互いの原状回復債務は、一個の法律関係から生じており、対価的牽連性を有する。また、同時履行の抗弁権の趣旨である当事者間の公平は、この場合にも妥当する。

3

したがって、533条を類推適用し、明文がない場合でも同時履行関係が認められるものと解する。

よって、Bの上記主張が認められ、Aは甲土地の返還及び登記の抹消  
手続と引換えに、代金の返還を請求できるにすぎない。

以 上

4

# 民法 第1回 [3]

## 問題文

---

Aは、夫であるBの事業が不振で家計にも窮するようになったため、Bに無断でBから預かっていたBの実印等を利用し、Bの代理人としてB所有の土地をCに売り渡した。

- 1 (一) Cは、Bに対し、その土地の所有権移転登記手続をするよう請求することができるか。
- (二) Cは、Aに対し、どのような請求をすることができるか。Cの請求に対するAの反論についても含めて説明せよ。
- 2 Cが請求しないている間にBが死亡した。A、B間には子Dがいたが、Dは、相続を放棄した。この場合に、Cは、Aに対し、どのような請求をすることができるか。Dが相続を放棄しなかった場合には、どうか。

(旧司法試験 平成2年度 第1問)

### 第1 小問1 (一) について

- 1 AB間は夫婦であるから、「日常の家事」(761 本文)に関する理解を問う問題である。

まず、夫婦双方に761条本文が法定代理権を与えたものであることを確認した上で、不動産の売却が「日常の家事」に当たるかを検討することになる。もっとも、不動産売却の場合、これを肯定するのはよほどの事情が必要であると解されており、本問では無理であろう。

- 2 次に、Aの法定代理権を基本代理権(110)とする表見代理を検討することになる。判例は、夫婦別産制を尊重する観点から、その適用を限定する(最判昭44.12.18【百選Ⅲ9】)。

問題文に事情が存しないため、具体的な検討はしなくてもよいだろう。

⇨総合講義・67頁

### 第2 小問1 (二) について

- 1 無権代理人に対する責任追及は、履行請求又は損害賠償請求(117Ⅰ)になる。
- 2 これに対する反論としては、①110条類推適用による効果帰属及び②相手方の悪意又は有過失(117Ⅱ①、②本文)がある。ただし、②の反論のうち、有過失の反論に対しては、無権代理の事実についてのAの悪意をもって再反論とすることできる(117Ⅱ②ただし書)。

①について、117条を表見代理の補充的責任であると解する学説があり、これに従えば、表見代理が成立する場合には、117条の責任が否定される。しかし、判例は、117条と表見代理を独立の制度であると解し、この立場を否定する(最判昭62.7.7【百選Ⅰ34】)。ただし、小問1(一)で表見代理が成立しないと考えられるから、どのような立場に立ったとしても、①の反論は認められない。

なお、本問ではあまり関係がないが、②について、重過失と解さなければ、表見代理が成立しない場合に、117条を追及することができなくなり、同条が機能する場面が少なくなるとして、重過失と解する立場もあるが、平成29年改正前の事案であるが、判例はこれを否定する(前掲最判昭62.7.7【百選Ⅰ34】)。

- 3 不法行為(709)も成立するであろうから、これを請求することも可能である。

⇨総合講義・56頁

### 第3 小問2 について

いわゆる無権代理と相続の問題を問うものである。

- 1 Dが相続を放棄した場合

この場合、Aの単独相続となる(939)。無権代理人の単独相続の場合には、いわゆる資格融合説からはもちろん、資格併存説に立ったとしても信義則(1Ⅱ)の適用により、移転登記手続請求を認めることができる。なお、判例では、無権代理人の単独相続の場合に、資格融合説的な立場から、請求を認容したものがある(最判昭40.6.18)。

2 Dが相続を放棄しなかった場合

この場合には、AとDの共同相続となる。

資格併存説の立場からは、Aの相続分については、信義則上、追認拒絶ができず、Dの相続分については、Dの意向次第ということになりそうだが、最判平5.1.21【百選 I 36】は、追認権は不可分であるとして、このような処理を否定する。

したがって、Dが追認をしない限り、移転登記請求はできない。

以上から、Cは、Aに対して、無権代理人の責任追及をすることができるにとどまる。

⇨総合講義・57, 58頁

## 答案構成（長文）

### 第1 小問1（一）について

- 1 Cが本件請求をするためには、AC間取引がBに効果帰属する必要がある  
→Bの追認又はAに代理権があることが必要（99I, 113I）
- 2 問題提起：代理権の有無（Aに任意代理権はないので法定代理権の有無が問題）  
規 範：761条本文は「日常の家事」に関する法定代理権を与えたもの  
→「日常の家事」とは、夫婦の共同生活に必要な一切の事務をいい、その具体的範囲は、当該夫婦の内部的事情と当該法律行為の客観的側面を考慮して判断すべき  
あてはめ：目的物は高価な土地であるから、日常の家事の範囲内とはいええない  
→Bの追認（113I）がない限り、Bに効果帰属しない
- 3 日常家事に関する代理権を基本代理権とした、表見代理（110）の成立可能性
  - (1) 「権限」：条文上制限はなく、法定代理権が基本代理権たり得る
  - (2) 「権限外の行為」：不動産売却
  - (3) 「正当な理由」：事情がなく、不明
- 4 正当な理由があれば、Bに効果帰属し、CのBに対する請求が認められる

### 第2 小問1（二）について

- 1 無権代理人Aに対する責任追及は、履行請求又は損害賠償請求（117I）になる  
→Aの反論：①110条類推による効果帰属，②相手方の悪意有過失（117II①，②）
- 2 ①について  
問題提起：表見代理が成立する場合、相手方が無権代理人の責任を追及できるか  
規 範：表見代理は無権代理人の免責制度ではなく、表見代理の成否の判断は困難なので、表見代理の成否にかかわらず無権代理人の責任追及は可能  
あてはめ：①の反論は認められない
- 3 ②について  
「過失」（117②本文）には条文どおり軽過失も含む  
Cは、Aの悪意をもって有過失の反論に対する再反論とすることができる
- 4 CはAに対し不法行為責任（709）も問い得る

### 第3 小問2について

- 1 Dが相続を放棄した場合  
Dの相続放棄（939）によりAの単独相続となる  
問題提起：本人と無権代理人の地位融合を理由に、所有権移転登記手続請求の可否  
規 範：相続という偶然の事情で相手方を利することは不当だから、両地位を相続人が併有  
→追認拒絶権も承継するが、その行使は信義則（1II）上許されない  
→CはAに対して所有権移転登記手続を請求することができる
- 2 Dが相続を放棄しなかった場合  
AとDの共同相続となる  
問題提起：少なくともAの相続分については追認強制させられるのではないか  
規 範：追認権（拒絶権）は、共同相続人に性質上不可分の帰属し、法律関係の複雑化防止のため分割行使は許されないから、追認強制はさせられない  
あてはめ：Dが追認をしない限り、Aに対する無権代理人の責任追及ができるのみ

## 答案構成（短文）

### 第1 小問1（一）

- 1 AC間の取引の効果がBに帰属するか
- 2 法定代理権の有無

↓

「日常の家事」とは、取引の相手方の保護と夫婦共同生活の円滑な運営という同条の趣旨から、夫婦の共同生活に必要な一切の事務を意味し、その具体的範囲は、当該夫婦の社会的地位・収入等の内部的事情のみならず、当該法律行為の性質など客観的側面をも十分考慮して判断すべき

↓

あてはめ

- 3 表見代理の成立可能性

↓

相手方が当該夫婦の日常家事の範囲内にあると信じたことにつき正当な理由が認められる場合には、本人に効果が帰属する（110の趣旨類推）

↓

あてはめ

### 第2 小問1（二）

- 1 CはAに対して無権代理人の履行又は損害賠償責任（117 I）を追及することが考えられる  
→110条の趣旨が類推されるとし、請求を拒む

↓

表見代理と無権代理の関係

↓

選択説

↓

- 2 悪意又は有過失との反論（117 II ①②）
- 3 不法行為に基づく損害賠償請求も可

### 第3 小問2

- 1 Dが相続を放棄した場合

↓

資格並存説・地位併存説

↓

信義則上の追認強制

- 2 Dが相続を放棄しなかった場合

↓

追認権が不可分に帰属

↓

問えるのは無権代理人の責任（117 I）のみ

## 解答例

### 1 第1 小問1 (一)について

1 CがBに対して土地所有権移転登記を請求し得るかは、Cが土地所有権を取得し得るかによる。これは本問ではAC間の取引(以下「本件取引」という。)の効果がBに帰属するかの問題である。

そのためには、Aに代理権があるか、Bの追認(116条1項)があることが原則として必要となる(99条1項、113条1項)。

2 まず代理権の有無であるが、AはBに無断で土地売買を行っており、任意代理権は有しない。

では、法定代理権はどうか。

ABは夫婦であるが、761条本文は前提として夫婦各自に対し日常の家事に関する法定代理権を与えたものと解されるから、本件取引が同条の「日常の家事」に関するものといえれば、Aに法定代理権があったことになる。

ここで、「日常の家事」とは、取引の相手方の保護と夫婦共同生活の円滑な運営という同条の趣旨から、夫婦の共同生活に必要な一切の事務を意味し、その具体的範囲は、当該夫婦の社会的地位・収入等の内部的事情のみならず、当該法律行為の性質など客観的側面をも十分考慮して判断すべきものと考えられる。

本問では、たとえ家計填補の目的があるとはいえ、取引の目的物は高価な土地であるから、これを日常家事の範囲内とはいえない。

よって、Aに代理権はなく、原則としてBの追認がない限りBに本件取引の効果が帰属せず、したがってCは土地の所有権移転登記請求権を

### 2 有しない。

3 もっとも、上記日常家事に関する代理権を基本代理権とした、表見代理(110条)の成立可能性がある。

まず、法定代理権が基本代理権たり得るか問題となるも、肯定すべきである。条文中「権限」につき限定がないし、また、第三者保護の必要は、基本代理権が任意代理権である場合と変わらないからである。

次に、Aの行為が上記基本代理権を超えるものであることは明らかである。

もっとも、無制限に表見代理の成立を認めると、夫婦の別産制(762条)を害するおそれがある。

そこで、相手方が当該夫婦の日常家事の範囲内であると信じたことにつき「正当な理由」が認められる場合には、110条の趣旨を類推して本人に効果が帰属すると解する。

本問においては事情が明らかではないが、「正当な理由」があれば110条の趣旨が類推され、Bに効果が帰属する。

よって、その場合には、CのBに対する請求が認められる。

### 第2 小問1 (二)について

1 CはAに対して無権代理人の責任として、履行又は損害賠償(117条1項)を請求することが考えられる。それに対して、Aは、まず、110条の趣旨が類推されるとし、請求を拒むことが予想される。

しかし、表見代理は無権代理人の責任を免れさせるための制度ではなく、また、相手方たるCにとって表見代理が成立するかの判断は困難で

3 あることから、Cは、表見代理の成否にかかわらず（110条の趣旨が類推されるかどうかにかかわらず）、Aに対して117条1項の責任を追究し得る。

2 次に、Aは、Cに代理権の不存在について、悪意又は有過失があるものと反論することができる（117条1項1号、同項2号本文）。この反論が認められれば、Cの請求は認められない。ただし、この反論のうち、有過失の反論については、無権代理の事実についてのAの悪意が再反論となり、この再反論が認められれば、Cの請求は認められる（117条2項2号ただし書）。

なお、上記のように表見代理と無権代理人の責任は優先関係があるものではないから、「過失」（117条2項2号本文）は条文どおり軽過失も含む。

3 また、CはAに対し不法行為責任（709条）も問い得る。無権代理人の責任は、不法行為の特則ではなく、法定責任の一種だからである。

第3 小問2について

1 Dが相続を放棄した場合

Dが相続を放棄した場合はAの単独相続となる（939条）から、CはAに対して、本人たる地位と無権代理人たる地位が融合したことを理由として、所有権移転登記手続を求めることが考えられる。

しかし、相続という偶然的な事情で相手方を利することは不当であるし、また、当該事案の利益状況を具体的に考察する必要があることを考えれば、本人としての地位と無権代理人としての地位を相続人が併有す

4 ると考える。

そうすると、Aは本人Bの有していた追認拒絶権も承継し、これを行使用することができるようにも思われる。

しかし、無権代理行為を行ったA自身がこの権利を行使することは信義則（1条2項）に反し許されないというべきである。

よって、CはAに対して所有権移転登記手続を請求することができる。

2 Dが相続を放棄しなかった場合

この場合は、AとDの共同相続となる。

ここで、少なくともAの相続分については、1で論じたように、追認を拒絶することができず、CはAに対して所有権移転登記手続を請求することができるようにも思われる。

しかし、追認権（追認拒絶権）は、共同相続人に性質上不可分的に帰属すると解すべきであるから、Dが追認しない限り、そのような結論をとることはできない。また、仮にそのような結論をとれば、法律関係を複雑にすることになる。

したがって、Dが追認をしない限り、CはAに対して無権代理人の責任を追究することができるにとどまる。

以上

# 民法 第1回 [4]

## 問題文

---

2021年3月、Aは甲建物を相続税対策のために、Bに贈与したことにして管理を委ねた。その後、2022年4月にBが死亡し、BがAから贈与を受けたと信じた息子のCが、相続により自分の建物になったもの信じ、B死亡直後に甲建物に居住し始め、以後は自己名義で固定資産税等を支払っていた。その後、2032年2月にAはDに甲建物を売却し、Dは登記を具備した。

以上の事案を前提に、同年5月時点において、DがCに対してなした甲建物の明渡請求は認められるか。

また、AのDへの売却が2032年9月であり、DがCに対してなした甲建物の明渡請求が同年10月である場合はどうか。

## 解説

### 第1 設問前段について

- 1 DのCに対する甲建物明渡請求に対して、Cは、①94条2項の「第三者」に当たる旨、②甲建物を時効取得している旨反論すると考えられるが、「第三者」は包括承継人を含まないから①の反論は認められない。
- 2 そこで、②の反論の当否を検討することになる。

(1) まず、Bの占有を併せて主張することが考えられるが、Bの占有は甲建物の管理を目的とするものであり、他主占有であることが明らかだから、この構成は無意味である。

(2) 次に、自己独自の占有を主張することが考えられるが、(a)187条1項の適用の有無、(b)相続が「新たな権原」(185)に当たるかが問題となる。

(3)ア (a)については肯定するのが判例である(最判昭37.5.18)。

イ また、(b)については、相続が「新たな権原」に当たるか否かは不明であるものの、事実的支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される場合には自主占有に転換すると解するのが判例である(最判平8.11.12【百選I67】)。

Cは自己の名で固定資産税等を支払っており、これに当たると思われるが、本問事情だけでは確定できない部分もある。ひとまず、自主占有に転換したもものとして検討を進めるべきだろう。

- 3 次に問題となるのは、Cは登記を備えていないから、所有権の取得をDに対抗できないのではないかという点である。

この点について、いわゆる時効完成前の第三者については、登記不要説をとるのが判例である(最判昭41.11.22)。

したがって、DのCに対する甲建物明渡請求は認められない。

⇨総合講義・33, 78, 100頁

### 第2 設問後段について

後段では、いわゆる時効完成後の第三者の取扱いが問題となる。

この点については、登記必要説をとるのが判例である(最判昭33.8.28)から、設問前段と結論が逆になる。

⇨総合講義・100頁

## 答案構成（長文）

### 第1 設問前段について

- 1 DのCに対する甲建物明渡請求が認められるためには、Dが甲建物の所有権を有し、これをCに対抗できる必要がある  
→Dが甲建物の所有権を取得したことは疑いない  
↓
  - 2 Cは、甲建物の所有権を取得しており、これをDに対抗し得ると反論
    - (1) Cの被相続人たるBとAの間の贈与は仮装譲渡
    - (2) Cは「第三者」（94Ⅱ）に当たらない  
↓では
    - (3) Cが所有権を時効取得（162Ⅱ）は？
      - ア Bの占有は甲建物の管理を目的とするものであり、他主占有  
→甲建物を時効取得することはできない
      - イ Cは「承継人」（187Ⅰ）として自己固有の占有を主張できないか  
→「承継人」に相続人も含まれ、Cは自己固有の占有のみを主張し得る  
↓もっとも
      - ウ Bの占有が他主占有であるから、Cの占有も他主占有  
↓ここで  
事実的支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される場合には、「新たな権原」により所有の意思をもって占有を開始したといえる  
↓本問では  
Cは相続により現実に甲建物に居住し、自己の名で固定資産税等を払うなど所有者として当然とるべき行動に出ている
    - エ Cは、善意無過失である限り、甲建物の所有権を時効取得し得る  
↓もっとも
  - (4) 問題提起：Cは登記を備えていないが、Dに対して時効取得した所有権を対抗し得るか
    - 規 範：177条で登記を要する物権変動は、意思表示によるものに限られない  
→時効完成前の譲受人は原権利者と同視できるので、「第三者」に当たらないが、時効完成後の譲受人との関係では二重譲渡の場合に類するものとして対抗関係に立ち（177）、「第三者」に当たる  
あてはめ：Dは取得時効完成前の譲受人→登記なくしてDに甲建物の時効取得を主張できる
- 3 Cが善意無過失であることを前提に、取得時効を援用（145）した場合、Dは所有権をCに対抗できない  
DのCに対する甲建物の明渡請求は認められない

### 第2 設問後段について

- 1 設問後段のDは取得時効完成後の譲受人  
→DとCは対抗関係（177）となる  
↓よって  
Dは所有権をCに対抗できる
- 2 DのCに対する甲建物の明渡請求は認められる

## 答案構成（短文）

### 第1 設問前段について

1 Dの請求の法的根拠

2 Cの反論

(1) 承継取得→×

(2) 94条2項の「第三者」→×

(3) 時効取得の成否（162Ⅱ）

187条1項の適用の有無

↓

肯定説

↓

所有の意思

↓

事實的支配が外形的客觀的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される場合には、「新たな権原」により所有の意思をもって占有を開始したといえる

↓

あてはめ

(4) CとDの関係

↓

時効と登記

↓

時効完成前の第三者との関係では登記不要，時効完成後の第三者との関係では登記必要

↓

Dは時効完成前の第三者

3 Cが時効の要件を満たすことを前提として，時効を援用すればDの請求は認められない

### 第2 設問後段について

Dは時効完成後の第三者

↓

登記必要

↓

Dの請求は認められる

## 解答例

### 1 第1 設問前段について

1 DのCに対する甲建物明渡請求が認められるためには、Dが甲建物の所有権を取得している必要がある。

まず、DはAから甲建物を買って受けていることから、甲建物の所有権を取得したことは疑いない。

2 これに対してCは、自身も、甲建物の所有権を取得していると反論することが考えられる。

そこで、まずCが甲建物の所有権を取得しているといえるか検討する。

(1) まず、Cの被相続人たるBとAの間の贈与は仮装譲渡なので、Cは甲建物を承継取得することはできない。

また、CはBを相続し、包括承継人といえるので「第三者」(94条2項)に当たらず、94条2項によって所有権を取得することはできない。

(2) そこで、Cは、短期取得時効(162条2項)を主張することが考えられる。

ア まず、Bの占有を承継したとして、2021年3月を起算点とする、短期取得時効を主張することが考えられるが、Bの占有は甲建物の管理を目的とするものであり、他主占有である。占有取得原因たる事実によって客観的に決まり、占有者の主観によるものではないからである。

したがって、「所有の意思」が認められず、甲建物を時効取得す

2 ることはできない。

イ そこで、Cは「承継人」(187条1項)として、2022年4月を起算点とする自己固有の占有を主張し、時効取得を主張することが考えられる。

まず、承継人に主張の選択権を認めることによって永続した事実状態を広く保障しようとした同条項の趣旨は相続についても妥当する。

そこで、「承継人」に相続人も含まれると解する。

したがって、Cは自己固有の占有のみを主張し得る。

ウ もっとも、上記のようにCは他主占有者Bの包括承継人であるから、Cの占有も、他主占有である。そうするとやはり時効取得は認められないかにも思える。

しかし、相続人が相続によって所有権を取得したものと考え、長期間占有を継続した場合、被相続人の占有が他主占有であったという理由だけで、時効取得の可能性が否定されるというのでは不都合である。

一方で、相続が当然に「新たな権原」(185条)に当たるとするのでは真の権利者を害するため、かかる者に時効障害の機会を与える必要もある。

そこで、事実に支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される事情がある場合には、「新たな権原」により所有の意思をもって占有を開始したといえると解する。

- 3 本問で、Cは相続により現実に甲建物に居住し、自己の名で固定資産税等を払うなど所有者として当然とるべき行動に出ており、上記事情が認められる場合がある。
- エ その場合、Cは、その他の要件を満たす限り、2032年4月に甲建物の所有権を時効取得し得る。
- (3) もっとも、その場合でもCは登記を備えていない。そこで、原権利者から権利を譲り受けたDは、登記なくして、自己に対して時効による所有権の取得を対抗し得ない(177条)と反論するだろう。では、この反論は認められるか。
- ア まず、公示を徹底する観点から、177条で登記を要する物権変動は、意思表示によるものに限られないと解すべきである。とはいえ、自由競争の枠内にない者の権利主張を認める必要はないから、「第三者」とは登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に限られると解すべきである。
- では、Dが登記の欠缺を主張する正当な利益を有する「第三者」に当たるか。
- この点について、時効完成前の譲受人は原権利者と同視できるので、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する「第三者」に当たらない。実質的にも、時効取得を主張する者が、登記を備えることは事実上不可能である。
- 他方、時効完成後の譲受人との関係では二重譲渡の場合に類するものとして対抗関係となり(177条)、譲受人は登記の欠缺を主

- 4 張する正当な利益を有する「第三者」に当たる。実質的にみても、時効完成後は速やかに登記を備えるべきである。
- なお、上記整理をした意味を没却しないよう、援用権者は時効の起算点を任意に選択することは許されないと解する。
- イ Cの取得時効が完成するのは2032年4月であるが、Dが甲建物を取得したのは2032年2月であり、Dは取得時効完成前の譲受人といえる。
- ウ したがって、Dは「第三者」には当たらないから、Cは、登記なくして、Dに対して時効による所有権の取得を主張できる。Dの反論は失当である。
- 3 以上から、Cが時効取得の要件を満たすことを前提に、これを援用(145条)した場合、DのCに対する甲建物の明渡請求は認められない。
- 第2 設問後段について
- 1 設問後段のDが、Aから甲建物を承継取得したのは、Cの時効完成後の2032年9月であるから、取得時効完成後の譲受人といえる。
- したがって、Dは、「第三者」に当たり、Cは、登記なくして、Dに対して時効による所有権の取得を主張できない。Dの反論は正当である。
- 2 以上より、DのCに対する甲建物の明渡請求は認められる。

以上

# 民法 第1回 [5]

## 問題文

---

Xは、その所有する甲土地を、代金 1000 万円でAに売り渡すとともに、Aに対する所有権移転登記を経たが、Aが一向に売買代金を支払わないため、売買契約を解除した。その後、Xは、Aに対して、甲土地の引渡しを求めたが、Aは、甲土地をYに対して転売し、引き渡していた（登記名義はAのままである）。そこで、Xは、Yに対して、甲土地の明渡しを求めた。

Xの請求は認められるか。AがYに甲土地を転売したのが、Xの解除前であった場合と解除後であった場合のそれぞれについて、論じなさい。なお、Yは、Aから転売を受けた当時、Aが甲土地の売買代金を支払っていないことを知っていたものとする。

## 解説

### 第1 解除前の第三者について

最判昭 35.11.29【百選 I 56】を素材とする。

解除の効果について、判例（最判昭 34.9.22）は、直接効果説に立つ。直接効果説からすれば、「第三者」（545 I ただし書）とは、解除前の第三者を意味すると考えることになる。したがって、AがYに甲土地を転売したのが、Xの解除前であった場合、Yは「第三者」に当たる。

次に、「第三者」の主観的要件については、善意・悪意を問題としない。したがって、Yが甲土地の売買代金が未払であることを知っていたとしても、結論に影響しない。

最後に、登記の要否について、判例（最判昭 33.6.14）は、必要説に立つ（この登記を、対抗要件と考えるか、権利保護要件と考えるかについては対立がある。また、権利保護要件説の内部でも具体的な処理方法をめぐって対立がある。）。したがって、いまだ登記を備えないYは、保護されない。

よって、Xの請求は認められる。

⇨総合講義・99頁

### 第2 解除後の第三者について

前述のとおり、「第三者」とは、解除前の第三者を意味するから、AがYに甲土地を転売したのが、Xの解除後であった場合、Yは「第三者」に当たらない。

また、判例（前掲最判昭 35.11.29【百選 I 56】）は、解除後の第三者との関係は、対抗関係に立つとする。したがって、Xは、登記を備えない限り、解除により復帰した所有権をYに対抗することはできない（177）。

よって、Xが登記を備えない限り、Xの請求は認められない。

⇨総合講義・99頁

## 答案構成（長文）

---

### 第1 設問前段について

1 Xの請求は所有権に基づく甲土地の明渡請求

2 X A売買は既に解除されている（541）

→Yが「第三者」（545 I ただし書）に該当するか

↓

(1) 問題提起：「第三者」（545 I ただし書）の意義

規 範：解除の趣旨は，解除権者の双務契約の法的拘束からの解放

→解除により契約が遡及的無効になると解するのが簡明

→第三者とは解除前の第三者のみ

あてはめ：Yは「第三者」に当たる

↓

(2) 問題提起：「第三者」が善意であることが必要か

規 範：条文上善意であることは要求されていない，解除原因が存在しても，必ずしも解除されるとは限らない以上，解除原因について悪意の者も保護に値する

→主観的保護要件は問わない

↓

(3) 問題提起：第三者は登記を具備する必要があるか

規 範：解除権者と「第三者」は対抗関係に立つものではないが，権利保護要件として登記を備えるべき

あてはめ：Yは登記を備えていないため，Xの請求は認められる

### 第2 設問後段について

1 YがXの解除後に譲り受けた場合

↓

2 Yは「第三者」（545 I ただし書）には当たらない

問題提起：Yは一切保護されないのか

規 範：解除の遡及効は法的な擬制にすぎず，実質的には，二重譲渡類似の関係にある

→解除後の第三者と解除権者は対抗関係に立つ（177）

3 あてはめ：Xが登記を具備した場合，請求は認められる

## 答案構成（短文）

### 第1 設問前段について

- 1 Xの請求は所有権に基づく甲土地の明渡請求
- 2 X A売買は既に解除されている（541）

↓

解除と登記（解除前の第三者）

↓

- (1) 「第三者」は解除前の第三者に限る
- (2) 主観的要件は問わない
- (3) 権利保護要件としての登記は必要

↓

- 3 あてはめ

### 第2 設問後段について

- 1 YがXの解除後に譲り受けた場合

↓

- 2 Yは「第三者」（545 I ただし書）には当たらない

↓

解除と登記（解除後の第三者）

↓

対抗関係説

↓

- 3 あてはめ

## 解答例

### 1 第1 設問前段

- 1 XはYに対し、所有権に基づき甲土地の明渡しを請求すると考えられる。
- 2 XはAに対して甲土地を売却（555条）しているが、かかる契約は解除されている（541条）。  
これに対し、Yとしては自身が「第三者」（545条1項ただし書）に該当し、保護されると主張することが考えられる。  
もっとも、条文上「第三者」の意義が明らかでないから、この点について検討する必要がある。  
(1) 解除の趣旨は、解除権者を双務契約の法的拘束から解放して契約締結前の状態を回復させる点にある。そうだとすれば、解除により契約が溯及的無効になると解するのが簡明である。そうすると、545条1項ただし書は解除の溯及効を制限し、第三者の保護を図ることを目的とした規定である。  
したがって、第三者とは解除された契約から生じた法律効果を基礎として解除までに新たな利害関係を取得した者、すなわち、解除前の第三者のみであると解する。  
本件は、YはXの解除前に譲り受けているから、「第三者」に当たる。  
(2) もっとも、YはAの代金未払の事実について悪意であるから、保護に値しないとも思える。では、「第三者」の主観的保護要件についてはいかに解すべきか。

- 2 この点について、条文上善意であることは要求されていないし、また、実質的に考えても、解除原因が存在しても、必ずしも解除されるとは限らない以上、解除原因について悪意の者も十分保護に値する。  
したがって、「第三者」の主観的保護要件を問わないのが妥当である。  
(3) 次に、第三者は登記を具備する必要があるか。  
確かに、解除権者と「第三者」は対抗関係に立つものではない。しかし、545条1項ただし書は何ら帰責性のない解除権者の犠牲の下に第三者を保護するものである。  
そこで、「第三者」は権利保護要件として登記を備えるべきであると解する。
- 3 本件では、Yは登記を備えていないため、「第三者」として保護されない。

したがって、Xの請求は認められる。

### 第2 設問後段

- 1 では、YがXの解除後に譲り受けた場合はどうか。
- 2 この場合、Yは「第三者」（545条1項ただし書）には当たらない。  
もっとも、解除の溯及効は法的な擬制にすぎない。実質的には、解除によって復帰的物権変動が観念でき、契約の一方当事者を中心とした二重譲渡類似の関係にあると考えることができる。また、解除した者は、解除後可及的速やかに登記を戻すべきである。

3

したがって、解除後の第三者と解除権者は対抗関係に立ち、登記を備えない限り、互いに所有権の取得（復帰）を対抗することができない（177条）。

3 本件では、Xは登記を備えていないため、Xの請求は認められない。  
以 上

4

# 民法 第1回 答練問題

## 問題文

---

2021年3月、Aは甲建物を相続税対策のために、Bに贈与したことにして管理を委ねた。その後、2022年4月にBが死亡し、BがAから贈与を受けたと信じた息子のCが、相続により自分の建物になったもの信じ、B死亡直後に甲建物に居住し始め、以後は自己名義で固定資産税等を支払っていた。その後、2032年2月にAはDに甲建物を売却し、Dは登記を具備した。

以上の事案を前提に、同年5月時点において、DがCに対してなした甲建物の明渡請求は認められるか。

また、AのDへの売却が2032年9月であり、DがCに対してなした甲建物の明渡請求が同年10月である場合はどうか。

## 解答例

### 1 第1 設問前段について

1 DのCに対する甲建物明渡請求が認められるためには、Dが甲建物の所有権を取得している必要がある。

まず、DはAから甲建物を買受けていることから、甲建物の所有権を取得したことは疑いない。

2 これに対してCは、自身も、甲建物の所有権を取得していると反論することが考えられる。

そこで、まずCが甲建物の所有権を取得しているといえるか検討する。

(1) まず、Cの被相続人たるBとAの間の贈与は仮装譲渡なので、Cは甲建物を承継取得することはできない。

また、CはBを相続し、包括承継人といえるので「第三者」(94条2項)に当たらず、94条2項によって所有権を取得することはできない。

(2) そこで、Cは、短期取得時効(162条2項)を主張することが考えられる。

ア まず、Bの占有を承継したとして、2021年3月を起算点とする、短期取得時効を主張することが考えられるが、Bの占有は甲建物の管理を目的とするものであり、他主占有である。占有取得原因たる事実によって客観的に決まり、占有者の主観によるものではないからである。

したがって、「所有の意思」が認められず、甲建物を時効取得す

2 ることはできない。

イ そこで、Cは「承継人」(187条1項)として、2022年4月を起算点とする自己固有の占有を主張し、時効取得を主張することが考えられる。

まず、承継人に主張の選択権を認めることによって永続した事実状態を広く保障しようとした同条項の趣旨は相続についても妥当する。

そこで、「承継人」に相続人も含まれると解する。

したがって、Cは自己固有の占有のみを主張し得る。

ウ もっとも、上記のようにCは他主占有者Bの包括承継人であるから、Cの占有も、他主占有である。そうするとやはり時効取得は認められないかにも思える。

しかし、相続人が相続によって所有権を取得したものと考え、長期間占有を継続した場合、被相続人の占有が他主占有であったという理由だけで、時効取得の可能性が否定されるというのでは不都合である。

一方で、相続が当然に「新たな権原」(185条)に当たるとするのでは真の権利者を害するため、かかる者に時効障害の機会を与える必要もある。

そこで、事実に支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される事情がある場合には、「新たな権原」により所有の意思をもって占有を開始したといえると解する。

- 3 本問で、Cは相続により現実に甲建物に居住し、自己の名で固定資産税等を払うなど所有者として当然とるべき行動に出ており、上記事情が認められる場合がある。
- エ その場合、Cは、その他の要件を満たす限り、2032年4月に甲建物の所有権を時効取得し得る。
- (3) もっとも、その場合でもCは登記を備えていない。そこで、原権利者から権利を譲り受けたDは、登記なくして、自己に対して時効による所有権の取得を対抗し得ない(177条)と反論するだろう。では、この反論は認められるか。
- ア まず、公示を徹底する観点から、177条で登記を要する物権変動は、意思表示によるものに限られないと解すべきである。とはいえ、自由競争の枠内にない者の権利主張を認める必要はないから、「第三者」とは登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に限られると解すべきである。
- では、Dが登記の欠缺を主張する正当な利益を有する「第三者」に当たるか。
- この点について、時効完成前の譲受人は原権利者と同視できるので、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する「第三者」に当たらない。実質的にも、時効取得を主張する者が、登記を備えることは事実上不可能である。
- 他方、時効完成後の譲受人との関係では二重譲渡の場合に類するものとして対抗関係となり(177条)、譲受人は登記の欠缺を主

- 4 張する正当な利益を有する「第三者」に当たる。実質的にみても、時効完成後は速やかに登記を備えるべきである。
- なお、上記整理をした意味を没却しないよう、援用権者は時効の起算点を任意に選択することは許されないと解する。
- イ Cの取得時効が完成するのは2032年4月であるが、Dが甲建物を取得したのは2032年2月であり、Dは取得時効完成前の譲受人といえる。
- ウ したがって、Dは「第三者」には当たらないから、Cは、登記なくして、Dに対して時効による所有権の取得を主張できる。Dの反論は失当である。
- 3 以上から、Cが時効取得の要件を満たすことを前提に、これを援用(145条)した場合、DのCに対する甲建物の明渡請求は認められない。
- 第2 設問後段について
- 1 設問後段のDが、Aから甲建物を承継取得したのは、Cの時効完成後の2032年9月であるから、取得時効完成後の譲受人といえる。
- したがって、Dは、「第三者」に当たり、Cは、登記なくして、Dに対して時効による所有権の取得を主張できない。Dの反論は正当である。
- 2 以上より、DのCに対する甲建物の明渡請求は認められる。

以上

## 採点基準

	配点	得点
<b>第1 設問前段について</b>	<b>[24]</b>	<b>[ ]</b>
1 Dの請求の法的根拠の指摘	2	
2 Cの反論として、承継取得、94条2項の適用は認められない旨の指摘	2	
3 時効取得の可否		
(1) 包括承継にも187条1項が適用される旨の指摘	3	
(2) 相続と新権原		
自主占有への転換について、判例を踏まえた自説の展開がなされていること	6	
CがB死亡直後に甲建物に居住し始め、以後は自己名義で固定資産税等を支払っていたことを踏まえたあてはめ	3	
4 時効と登記		
(1) 時効取得にも177条が適用される旨の指摘	2	
(2) 時効完成前の第三者と時効取得者の関係について、判例を踏まえた自説の展開がなされていること	6	
<b>第2 設問後段について</b>	<b>[6]</b>	<b>[ ]</b>
時効完成後の第三者と時効取得者の関係について、判例を踏まえた自説の展開がなされていること	6	
<b>合計点</b>	<b>30</b>	