

目次

『アガルトの司法試験・予備試験 合格論証集』第2版はしがき
 『アガルトの司法試験・予備試験 合格論証集』発刊に当たって
 『工藤北斗の合格論証集 [民法]』第2版補訂版はしがき
 『工藤北斗の合格論証集 [民法]』第2版はしがき
 『工藤北斗の合格論証集 [民法]』はしがきに代えて—なぜ、今「論証」なのか—
 本論証集の使い方

第1編 民法総則

第1章 一般規定

第1. 信義誠実の原則（信義則）	1
第2. 権利濫用	1
第3. 私権の実現	1

第2章 人

第1. 自然人	1
第2. 法人	1
論点 法人学説（法人の本質）	C 1
論点 「目的の範囲内」（34条）の意義	C 2
論点 「目的の範囲」（34条）の判断方法	C 2
論点 「目的の範囲」（34条）外の行為の効力	C 2
論点 法人の不法行為能力の肯否	C 3
論点 一般社団・財団法人法78条と代表者個人の責任	C 3
論点 「職務を行うについて」（一般社団・財団法人法78条）の意義	C 4
論点 一般社団・財団法人法78条又は77条5項と民法110条（類推適用）の関係	C 4

第3章 物

第1. 意義	6
第2. 種類	6
第3. 主物と従物	6
論点 従たる権利	B 6
第4. 果実と元物	6

第4章 法律行為

第1. 法律行為制度	7
第2. 契約の成立要件・効力発生要件	7
論点 動機の不法	B 7
論点 「第三者」（94条2項）の意義	A 8
論点 「善意」（94条2項）の意義（無過失の要否）	A 9
論点 「第三者」（94条2項）と登記の要否	A 9
論点 94条2項と二重譲渡	A 10

論点 94条2項の類推適用	A 10
論点 動機の錯誤	A 12
論点 「第三者」（96条3項）の意義	A 13
論点 「第三者」（96条3項）と登記の要否	A 13

第5章 効果帰属要件（代理）

第1. 代理総説（有権代理）	14
論点 代理行為の本質	C 14
論点 代理行為における他人効の根拠	C 15
論点 表示機関の錯誤	B 15
論点 代理権授与行為	B 16
論点 事務処理契約・代理権授与行為の瑕疵と第三者の関係	B 17
論点 直接本人名による顕名の有効性（署名代理の可否）	A 18
論点 代理と詐欺	B 19
第2. 無権代理	21
論点 表見代理と無権代理の関係	A 21
論点 無権代理と相続	A 22
論点 無権代理と共同相続	A 24
論点 後見人の追認拒絶	A 26
第3. 表見代理	27
論点 「第三者」（109条等）の意義	B 27
論点 基本代理権の有無（「権限」（110条）の意義）	B 28
論点 「正当な理由」（110条）の判断方法	A 29
論点 代理人が直接本人名で権限外の行為をした場合の処理	B 29
論点 日常家事債務と代理	A 30

第6章 条件・期限

第1. 意義	32
第2. 条件	32
第3. 期限	32

第7章 時効

第1. 時効総説	32
論点 時効援用権者の範囲	A 32
論点 時効援用権の代位行使	A 33
論点 時効学説	C 34
論点 時効完成後の債務の承認	B 35
論点 「所有の意思」（162条）	A 36
論点 自己物の時効取得	B 38
論点 善意占有の承継	B 39
論点 相続と占有	B 40
論点 期限の利益喪失約款付債権の消滅時効の起算点	C 40
第2. 取得時効	41
第3. 消滅時効	41

第2編 物権法	
第1章 一般規定	
第1. 総説	42
第2. 物権の原則	42
● 物権的請求権の相手方	A 42
● 物権的請求権と費用負担	A 43
第3. 物権の効力	44
第2章 物権変動	
第1. 物権変動総説	45
● 物権行為の独自性、物権変動の時期	B 45
第2. 不動産物権変動	46
● 登記が必要な物権変動の範囲	B 46
● 二重譲渡の法律構成	B 46
● 「第三者」(177条)の範囲	A 47
● 背信的悪意者からの譲受人	A 48
● 「第三者」(177条)の意義に関する応用事案～通行地役権の場合	A 49
● 「第三者」(177条)の意義に関する応用事案～取得時効の場合	A 50
● 解除と登記	A 51
● 時効と登記	A 52
● 再度の時効取得の可否	A 53
● 共同相続と登記	A 55
● 相続放棄と登記	A 56
● 遺産分割と登記	A 57
第3. 動産物権変動	59
第4. 即時取得	60
● 占有改定と即時取得	A 60
● 指図による占有移転と即時取得	A 61
● 即時取得と盗品等に関する特則	B 62
第5. 明認方法	64
● 明認方法の対抗力	C 64
第6. 物権の消滅	65
第3章 占有権	
第1. 総説	66
第2. 占有の取得	66
第3. 占有の効果	66
第4章 所有権	
第1. 意義	66
第2. 効果	66
第3. 取得原因	66
第4. 添付	66
● 「権原」(242条ただし書)の範囲	B 66

第5. 共有	68
● 多数持分権者からの明渡請求	A 68
第5章 用益物権	
第1. 意義	69
第2. 地上権	69
第3. 地役権	69
第6章 担保物権	
第1. 総論	69
第2. 留置権	69
● 物と債権の牽連性	A 69
● 295条2項の類推適用	A 71
第3. 先取特権	73
● 物上代位の対象～請負代金債権	A 73
● 物上代位と差押え	A 74
第4. 質権	75
● 責任転質の法的性質	C 75
● 質権者が目的物を質権設定者に返還した場合の質権の効力	C 75
第5. 抵当権	76
● 抵当権の付従性	A 76
● 流用登記の可否	B 77
● 付加一体物と従物の関係	A 78
● 従たる権利と抵当権の効力	A 79
● 分離物と第三者	A 80
● 物上代位の対象	A 81
● 「差押え」(372条、304条1項ただし書)をめぐる諸問題	A 82
● 抵当権に基づく損害賠償請求	B 84
● 抵当権に基づく妨害排除請求	A 85
● 法定地上権の成否	B 87
● 共有と法定地上権	C 90
第6. 非典型担保	92
● 集合物の譲渡担保化	A 92
● 譲渡担保の法律構成	A 93
● 集合物譲渡担保における設定者側の譲渡(応用判例)	A 95
● 動産売買先取特権と譲渡担保権の優劣	B 97
● 債権譲渡担保	B 98
● 所有権留保の法的構成と対抗要件具備の要否	B 100
● 留保所有権者に対する明渡請求の可否	B 101
● 留保所有権と譲渡担保権の優劣	B 103
● 所有権留保物件の転得者の保護	B 104
● 代理受領	C 106

第3編 債権総論	
第1章 債権総説	
第1. 債権の意義、性質	107
第2. 債権の目的（内容）	107
第3. 債権の有効要件	107
第4. 債権の種類	107
論点 「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了」（401条2項）することの意義	A 107
論点 契約不適合物による特定	B 108
論点 債務者の変更権	B 109
第2章 債権の効力	
第1. 総説	110
論点 債権侵害に対する不法行為の成否	B 110
第2. 強制履行の方法	111
第3. 債務不履行	111
論点 債務の履行に第三者（履行補助者）を用いた場合における債務不履行責任の成否	A 111
論点 416条の法意（相当因果関係論）	A 112
論点 債務不履行責任における損害賠償額の算定期限	B 113
論点 損害回避義務論	B 114
第4. 受領遅滞	115
論点 受領遅滞の法的性質	A 115
第5. 責任財産の保全	116
論点 債権者代位権の転用	A 116
論点 対抗要件具備行為と詐害行為取消し	A 118
論点 詐害行為取消権と財産分与	A 119
論点 特定物債権保全のための詐害行為取消権行使の可否	A 120
論点 詐害行為取消権の範囲（目的物が不可分の場合）	A 122
第3章 債権譲渡	
第1. 総説	123
第2. 債権の自由譲渡性	123
論点 譲渡制限特約に違反した債権譲渡に対する債務者の承諾の効果	B 123
第3. 将来債権譲渡	124
第4. 債権譲渡の対抗要件	124
論点 債権の二重譲渡の優劣の決定基準	A 124
論点 債権の二重譲渡と478条	B 126
第5. 債権譲渡と債務者の抗弁	127
論点 「事由」（468条1項）の意義	A 127
第4章 債権の消滅	
第1. 債権の消滅原因	128
第2. 弁済	128
論点 預金担保貸付と相殺	B 128

第3. 代物弁済	130
第4. 供託	130
第5. 相殺	130
論点 相殺適状の意味（受働債権の弁済期到来の要否）	A 130
論点 「前の原因」（469条2項1号）の意義	A 131
論点 相殺権者の優劣の判断方法	B 132
第6. 更改	133
第7. 免除	133
第8. 混同	133

第5章 多数当事者間の債権債務関係	
第1. 総説	134
第2. 分割債権、債務関係	134
第3. 連帯債務、不可分債務	134
第4. 連帯債権、不可分債権	134
第6章 保証	
第1. 総説	135
第2. 法的性質	135
第3. 保証契約の成立要件	135
第4. 保証人に対する情報提供義務	135
第5. 保証債務の内容（効力）	135
論点 保証債務の範囲	B 135
論点 物上保証人の事前求償権	B 136
第6. 保証人の求償権	136
第7. 特殊の保証	136

第4編 債権各論	
第1章 契約総論	
第1. 契約総説	137
論点 契約準備段階の過失（契約交渉の不当破棄）	B 137
論点 説明義務	B 139
論点 安全配慮義務	A 140
第2. 契約の成立	140
第3. 契約の効力	141
論点 同時履行の抗弁権の成否～原状回復、弁済証書	B 141
論点 同時履行の抗弁権の成否～賃貸借契約	B 142
論点 相手方の弁済提供による抗弁権の消滅	A 144
論点 不安の抗弁	B 145
第4. 契約の解除	146
論点 期限の定めのない債務における二重催告の要否	B 146
論点 弁済提供と催告の関係	B 146
論点 複合的契約における解除	A 147
論点 解除不可分価格の原則	B 147

● 解除の効果的性質	A	148
● 当事者の双方に過失が認められない事由による滅失・損傷	A	149
第 5. 定型約款		149
第 2 章 契約各論		
第 1. 売買		150
● 数量に関する担保責任（契約不適合責任）	A	150
● 法律的制限がある場合の処理	B	152
● 土地利用権の瑕疵と担保責任（契約不適合責任）	B	153
● 担保責任（契約不適合責任）の期間制限と消滅時効	B	154
● 担保責任（契約不適合責任）と錯誤の関係	B	155
● 違約手付（損害賠償額の予定として交付された場合）と解約手付の関係	B	156
● 「契約の履行に着手」する（557条1項ただし書）の意義	B	156
第 2. 贈与		157
第 3. 消費貸借		157
第 4. 賃貸借		157
● 賃借権に基づく妨害排除請求	B	157
● 賃借権の時効取得の可否	A	158
● 借地上の建物への譲渡担保権の設定と無断譲渡・転貸	B	159
● 地上建物の賃貸と転貸該当性	B	160
● 信頼関係破壊の法理	A	160
● 原賃貸借契約が解除された場合の転賃借関係の帰すう	A	161
● 将来賃料債権の譲渡と賃貸不動産の譲渡の競合	B	163
● 一般債権による相殺と物上代位の優劣	A	165
● 敷金の充当と物上代位の優劣	A	166
● 他人名義の建物登記の対抗力	B	168
● 対抗力なき借地権と権利濫用法理	B	170
● 賃貸借契約が債務不履行解除された場合の建物買取請求、造作買取請求の可否	B	171
● 死亡した賃借人と内縁関係にある者の居住権	B	171
第 5. 使用貸借		172
第 6. 雇用		172
第 7. 請負		172
● 請負契約における目的物の所有権の帰属	A	172
● 請負契約における目的物の所有権の帰属（下請負人の地位）	A	173
● 建築途中の建物への第三者による工事と所有権の帰属	A	174
● 請負と危険負担	A	175
● 請負契約における報酬支払請求権と損害賠償請求権の同時履行の範囲	A	176
● 請負契約における損害賠償請求権と報酬支払請求権の相殺の可否	A	177
● 建替費用請求と居住利益の控除	B	178
第 8. 委任		179
第 9. 寄託		179

第 10. 組合		179
第 11. 和解		179
● 和解と錯誤	B	179
● 後遺症と示談	B	180

第 3 章 契約に基づかない債権関係

第 1. 総説		181
第 2. 事務管理		181
● 事務管理と無権代理	B	181
● 準事務管理	C	182
第 3. 不当利得		183
● 不当利得における要件の判断方法	A	183
● 騙取金による弁済と不当利得	A	184
● 転用物訴権	A	185
● 708条の要件の解釈	B	187
● 708条により不当利得返還請求ができない場合における不法行為に基づく損害賠償請求、所有権に基づく返還請求の可否	B	188
第 4. 不法行為		189
● 契約当事者以外の第三者に対する不法行為責任	A	189
● 不法行為に基づく原状回復請求及び差止請求の可否	B	190
● 不法行為における損害賠償の範囲	A	190
● 過失相殺能力	B	191
● 被害者側の過失	A	192
● 被害者の素因	A	193
● 被害者即死の場合の損害賠償請求権の成否	A	194
● 近親者固有の慰謝料請求	A	195
● 責任能力者の監督義務者等の責任	A	196
● 失火責任法と特殊的不法行為	C	197
● 「事業の執行について」（715条1項）の意義	A	198
● 被用者に対する求償権（715条3項）の制限	A	199
● 逆求償の可否	B	199
● 「土地の工作物」（717条）の意義	B	200
● （狭義の）共同不法行為の成立要件（719条1項前段）	A	201
● 加害者不明の共同不法行為（719条1項後段）の適用範囲	B	202
● 不真正連帯債務における債務の免除	B	204
● 債務不履行責任と不法行為責任の関係	B	205

第 5 編 家族法

第 1 章 親族法

第 1. 親族法総説		206
第 2. 婚姻		206
第 3. 親子		206
● 虚偽の嫡出子出生届による養子縁組の成否	B	206
● 無効な代諾養子縁組の追認	B	207
● 利益相反行為（826条）の判断基準	A	208

第2章 相続法

第1. 相続法総説	209
第2. 相続法各説	209
● 論点 相続開始後に遺産から生じた果実の帰属	B 209
● 論点 相続と金銭債権（債務）の帰属	A 211
● 論点 債権債務の相続～連帯債務	A 211
● 論点 債権債務の相続～預金債権	A 212
● 論点 891条5号と主観的要件の要否（二重の故意の要否）	B 213
● 論点 遺産分割協議と法定解除	B 214
● 論点 共同相続人の相続回復請求権行使の可否	B 215
● 論点 「相続させる」旨の遺言	B 217
● 論点 遺留分侵害額請求に対する時効取得援用の可否	B 219
● 論点 遺留分侵害額請求権の代位行使の可否	B 220
民法判例索引	221

本論証集の使い方

1 論証のインプット

筆者が本論証集の読者として想定しているのは、予備校の基礎講座などで各科目の基本知識を身に着けている受験生です。もし、本論証集を手に入れている読者の皆さんで、まだ当該科目を学習していないという方は、まず個々の論点に関する判例・学説を理解し、知識を身に着けるところから始めてください。



個々の論証は、最高裁判例がある場合には、最高裁判例に従って、最高裁判例がない場合には、下級審判例や通説に従って記述しています。参考として、サイドコメントに、（裁）判例の年月日と百選掲載判例については百選番号（【百選Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ〇〇】と表記）、また最高裁判所判例解説（調査官解説）を参照している場合にはその該当箇所も付記しています（最判解〇〇篇〇〇年〇〇頁と表記）。

司法試験では、判例・通説の立場に従って論述をすることが求められますので、基本的には本論証集の立場に従ってインプットしてもらえれば結構です。



個々の論点の判断枠組み（規範）や理由付けの部分（ゴシック体にして強調してあります。）にマークをしておき、その部分を中心として、ザッと流し読んでください。覚えようとせず、何度も何度も流し読みを繰り返すことによって、自然と論証が残像として残っていく状態になるのが理想です。

なお、注意しておかなければならないのは、論証を丸暗記する必要はないということです。判例が用いている判断基準（規範）などは正確に再現できることが望ましいですが、細かい言い回しやニュアンスなどは当然自分なりにアレンジしていただいて結構です。

論証が残像として残っていく状態とは、理由付けや判断基準（規範）などの論証の核となる部分がパッと頭に浮かび、それを自分の言葉を用いて、論理的に並べることができるようになることです。ある程度しっかりと記憶すべきは骨組の部分で、それに肉付けをして文章化する段階は、かなり自由度が高いと思ってもらえればよいでしょう。



どのような事案で論証を用いればよいのか分かりにくいものについては、当該論点の問題となる典型事案を記載しています。

ただし、当該論証を用いるべきかという判断能力の養成は、主に問題演習によるものですので、本格的な訓練は本論証集ではなく、市販の問題集や、予備校の

論文講座を用いて行ってください。

また、頻出論点の論証については、【短文】バージョンを記載している場合があります。

当該問題で記述しなければならない論点の数や、当該問題における当該論点の比重等を考え、【短文】バージョンを用いてください。

なお、論証中カッコでくくっている部分がある論点がありますが、これは反対説であったり、判例を敷衍している学説であったりと基本的に省略が可能な部分を意味しています。

2 論証のアウトプット

はしがきにも記載したように、どの問題でも、本論証集掲載の論証をそのまま貼り付ければよいというわけではありません。まずは、①事案分析において、典型事案、典型論点と異なる問題だと確認できた場合には、論証をマイナーチェンジするなどして、個別具体的な事案に対応する形でアウトプットする必要があります。

◆ ◆ ◆

また、仮に、典型事案、典型論点だと確認できた場合でも、問題に応じてアウトプットすることが必要です。仮に、その問題で問題となる論点が他にもたくさんあり、その論点の比重が相対的に軽いといった場合に、フルスケールで論じる必要はありません。例えば、理由付けを短くする、問題提起を省くなどして分量の調整をしてください。

◆ ◆ ◆

論証とは、法解釈についての判例・学説（自説）の正確な理解を、答案に表現するためのツールですので、暗記して貼り付けて解答が導き出されるようなものではなく、あくまでも個別具体的な事案処理のパーツになるにすぎないということを肝に銘じておいてください。

3 本論証集（民法）の使い方

百選番号は、『民法判例百選Ⅰ〔第9版〕』・『同Ⅱ〔第9版〕』・『同Ⅲ〔第3版〕』に依拠しています。

◆ ◆ ◆

民法は、いわゆる請求権パターンに乗って処理することで、うまく事案処理ができる場合が多いと言えます（請求権パターンが何か分からないという方は、まずは民法の基本的な論文の書き方を習得しましょう。）。

まずは、当事者からどのような請求が考えられるのか、その請求はどのような法的根拠（条文）で基礎付けられるのか、要件は何か、効果は何かという形で論理を追って行ってください。

その過程で問題が生じた際に、本論証集掲載の論証を用いることになります。

◆ ◆ ◆

上記のような請求権パターンによるアプローチと、同時に本論証集掲載の論点の漏れがないかもチェックしてください。例えば、96条3項の「第三者」が登記を具備する必要があるか（本論証集13頁）という論点がありますが、これは96条3項をいくら読み込んでみても思いつくことができるものではありません。請求権パターンだけでは限界があります。

したがって、「論点リスト」から検索をかけ、論点の拾い漏れがないかチェックする必要があります。

なお、本論証集の目次は「論点リスト」の役割も果たしますので、有効活用してください。

◆ ◆ ◆

（新）司法試験はやや異なる傾向にありますが、民法も比較的多論点型の問題となることが多い科目です。問題によっては、全ての論点をフルスケールで論じている時間や答案スペースがない場合がありますので、「適切なバランス」（（新）司法試験平成25年度民法採点実感）を図るように心がけましょう。

◆ ◆ ◆

論証についてランクを付記してあります。

A：頻出の論証。規範と理由付け（2つ以上）をしっかりと押さえ、問題に応じて、長短自在に操れるようになるべき

B：Aランクに比べれば、出題頻度が下がる論証。規範と理由付け1つを押さえおけば十分

C：時間がなければ飛ばしても良い

本論証集掲載の論証は、重要な論点に関するものに厳選していますが、皆さんの可処分時間に応じて、ランクに基づいた柔軟な学習をしてください。

第1編 民法総則

第1章 一般規定

- 第1. 信義誠実の原則（信義則）
- 第2. 権利濫用
- 第3. 私権の実現

本節に該当する論点は掲載していませんが、体系を意識して学習することは有益であるため、節名を残しています。

第2章 人

- 第1. 自然人

本節に該当する論点は掲載していませんが、体系を意識して学習することは有益であるため、節名を残しています。

- 第2. 法人

論点 法人学説（法人の本質） 論 | 旧H7-2

C

論証

法人の本質につき争いがあるものの、法人の社会的重要性に鑑み、社会的実在と考えるべきである。

論点 「目的の範囲内」(34条)の意義 C

論証

「目的の範囲内」の意義が明らかでなく問題となる。
 この点について、**法人は社会的に有用な一定の目的のために権利義務の主体たる地位を認められたものであるし、また、文言上も「権利を有し、義務を負う」とされていることから、目的によって権利能力が制限されるものと解する。**

●最大判昭45.6.24

論点 「目的の範囲」(34条)の判断方法 C

論証

(権利能力制限説を論じて)
 目的の範囲外の行為は絶対的無効とされるから、取引の安全を害する程度が大きい。したがって、当該行為が「目的の範囲内」にあるか否かを判断するにあたっては、柔軟に解釈する必要がある。
 具体的には、「目的の範囲」には**目的を遂行するのに間接的に必要な行為まで広く含み、また、目的遂行に必要か否かは行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断すべきである。**
 (なお、非営利法人の場合には、公益目的の維持、構成員の利益保護等の観点から、営利法人の場合に比してこれを厳格に解さなければならぬ。)

●最大判昭45.6.24

●最判解民事篇平成8年度(上)225~226頁

論点 「目的の範囲」(34条)外の行為の効力 C

論証

(**論点**「目的の範囲内」の意義(2頁)について論じて)
 そうすると、目的の範囲外の行為は**絶対的に無効**であり、追認や表見代理の成立の余地はない。ただし、事情によっては、このような目的制限による無効を主張することが信義則(1条2項)に反する場合がある。

論点 法人の不法行為能力の肯否 論 旧H7-2 C

論証

一般社団・財団法人法78条によって法人が不法行為責任を負うことがある。これは、法人は社会的実在であり、活動する実体があることを反映した規定であり、法人自身の不法行為能力を肯定したものと考えられる。

論点 一般社団・財団法人法78条と代表者個人の責任 論 旧H7-2 C

論証

(法人自身の不法行為能力を肯定する立場から)
 法人自身の不法行為能力を肯定すると考えると、代表者(代表理事等)個人は責任を負わないのではないかが問題となるが、この点については、代表者の行為は一面として法人の行為である一方、一面としては代表者個人の行為であり、**二面性を有すると考えれば足りる。**
 したがって、代表者個人も709条によって責任を負い、かかる責任と法人の責任は(不真正)連帯債務の関係に立つ。

●大判昭7.5.27

論点 「職務を行うについて」（一般社団・財団法人法78条）の意義

C

論証

「職務を行うについて」（一般社団・財団法人法78条）とはどのような意味か。条文上明らかでなく、問題となる。

当該行為が職務内容に属するか否かは相手方からみて不明確であるから、相手方保護の観点から、この文言の意義は柔軟に解釈すべきである。

そこで、「職務を行うについて」とは、**行為の外形上職務行為自体と認められるもの、及び社会通念上これと関連するものも含む**と解する。ただし、相手方が当該行為が職務に属さないことについて悪意の場合にはその保護を考慮する必要はない。また、重過失は悪意と同視できる。

したがって、**相手方が当該行為が職務に属さないことについて悪意又は重過失ある場合には、かかる要件を満たさないと解する。**

●最判昭41.6.21

論点 一般社団・財団法人法78条又は77条5項と民法110条（類推適用）の関係

C

論証

事例 1

甲法人の代表理事乙が法令の規定に違反してA社と取引を行った。

事例 2

甲法人の代表理事乙が定款の規定に違反してA社と取引を行った。

1 事例 1 について

- (1) 一般社団・財団法人法77条5項は内部的な制限に違反した場合の第三者保護の規定であるから、法令による制限に違反して取引がなされた場合には適用がない。
- (2) しかし、法令による制限が解除されている（必要な手続が履践されている）と信じたA社を保護する必要がある。そこで、そのように信じたことについてA社に「正当な理由」がある場

●大判昭16.2.28
最判昭34.7.14
など

合には、**110条を類推適用**すべきである。

（あてはめ……）

一方で、甲法人の代表理事乙が必要な手続が履践されていることを証する書面を偽造して取引を行った場合等には一般社団・財団法人法78条によって甲法人に不法行為責任が成立する可能性もある。

（あてはめ……）

では、110条類推適用と一般社団・財団法人法78条はどちらが優先すべきか。

この点については、相手方の保護に資するのは端的に取引を有効にすることであるから、**110条類推適用を優先**すべきであると考える。

2 事例 2 について

まず、A社が甲法人の定款の存在に善意の場合には、一般社団・財団法人法77条5項が適用される。なお、法人の代表者には包括的代理権があるから、第三者の信頼を保護すべき要請が強く、**過失の有無は問うべきではない**。

（A社が定款の存在に善意か悪意かあてはめ→善意である場合にはここで終わり。以下悪意の場合の論証）

A社は悪意であれば、一般社団・財団法人法77条5項の適用はない。しかし、A社が内部的制限が解除されている（必要な手続が履践されている）と信じている場合には、A社を保護する必要がある。

（以下、1(2)と同様の論証を展開）

●最判昭60.11.29
【百選130】
最判昭41.6.21

第3章 物

- 第1. 意義
- 第2. 種類

本節に該当する論点は掲載していませんが、体系を意識して学習することは有益であるため、節名を残しています。

第3. 主物と従物

論点 従たる権利 B

論証

事例

BがAから賃借している土地の上に自ら建物を有していたが、これをCに売却した。

この場合、土地の賃借権も建物の所有権と共にCに移転するのか、明文なく問題となる。

従たる権利は87条2項の類推適用によって、主物の処分に従うと解すべきである。87条2項の趣旨は、従物が主物の効用を高め、主物と従物は**法律的運命を共にさせた方が社会経済上好ましい**という点にあるところ、かかる趣旨は従たる権利にも妥当するからである。

したがって、本事例でも**87条2項の類推適用**により、土地の賃借権は建物の所有権と共に、Cに移転する。

●最判昭47.3.9
など

第4. 果実と元物

本節に該当する論点は掲載していませんが、体系を意識して学習することは有益であるため、節名を残しています。

第4章 法律行為

第1. 法律行為制度

本節に該当する論点は掲載していませんが、体系を意識して学習することは有益であるため、節名を残しています。

第2. 契約の成立要件・効力発生要件

論点 動機の不法 B

論証

事例

賭博資金に充てるために借金をした場合。

本事例では金銭消費貸借契約が行われているが、これは賭博資金に充てるためのものである。このような場合、契約を、公序良俗違反(90条)として無効とすべきではないかとも思える。

しかし、動機は契約の要素ではない。そこで、契約に至る動機に不法があるとしても、**原則として契約は有効であると解すべき**である。

また、一方当事者が契約に至った動機は外部から知り得ないため、このような場合に契約を無効とすると**相手方の信頼を害するおそれがある**。

もっとも、**不法な動機が相手方に表示され、契約内容となっていた場合には、相手方を保護すべき理由はない**。

したがって、**不法な動機が相手方に表示され、動機が契約内容となった場合には、当該法律行為を無効とすべきである**。なお、表示は黙示でも足りる。

本事例では、……(あてはめ)

●大判大9.5.28
大判昭13.3.30

論点「第三者」(94条2項)の意義

A

論証

1 「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。

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、全ての第三者を指すのではなく、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**虚偽表示による法律行為の存在を前提として(=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。

2 次に転得者は「第三者」に当たり得るか。

上記「第三者」の定義に該当する限り、**条文上転得者を排除すべき根拠はないし、また実質的にみて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「第三者」に当たり得ると解する。

3 では、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。

たしかに、条文を機械的に適用すると、悪意の転得者は「善意の第三者」にはあらず、権利を取得できない。

しかし、かかる**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と考えるべきである。**

これを否定すると、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債務不履行責任(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、信義則違反(1条2項)として保護されないと解する。

●最判昭45.7.24

●最判昭45.7.24

●大判昭6.10.24

論点「善意」(94条2項)の意義(無過失の要否)

A

論証

「善意」とは無過失を要求すると考える見解もあるが、条文上「善意」としかなく、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。**

●大判昭12.8.10

論点「第三者」(94条2項)と登記の要否

A

論証

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、虚偽表示をした本人の帰責性が重く、第三者との利益衡量上、**権利保護要件としての登記も要求するべきではない。**

したがって、**登記は不要である。**

●大判昭10.5.31
最判昭44.5.27

論点 94条2項と二重譲渡

A

論証

事例

AがBに土地を仮装譲渡した後、Bは善意のCに同土地を転売した。
一方、AはBC間の売買の後Dに土地を譲渡した。なお、登記はBが保持している。

(Cに94条2項が適用されることを確認した上で)
この場合、CとDの優劣をいかに考えるべきか。

94条2項が適用され、通謀虚偽表示による無効を第三者に対抗できない場合、第三者が権利を取得すると解するのが端的である。そうすると、この場合あたかも**通謀虚偽表示をした本人から第三者に有効な譲渡が行われたのと同様の法律関係が生じることとなる。**

このように見ると、**通謀虚偽表示をした本人を起点とする二重譲渡類似の関係が生じることとなる。**

したがって、**優劣関係は177条をもって決すべきである。**

本事例の場合はAを起点とする二重譲渡類似の関係が生じることとなるから、CD間は登記をもって優劣を決すべきである。

●最判昭42.10.31

- ※ AB間の虚偽表示によってB所有のような外観を有している土地を、Bが、CとDに二重に譲渡した場合
→CD間の優劣が登記によって決することに争いなし
- ※ 以上の94条2項に関する論証は、基本的に93条2項の解釈論としても妥当する。

論点 94条2項の類推適用 論 司R4,予H29,旧H3-1,H18-2

A

論証

事例

Aが強制執行逃れのために土地の登記名義をBの許諾なくBの下に移していたところ、Bが勝手にCに譲渡した。

たしかに、AB間には「通謀」も「虚偽の意思表示」もなく94条2項を直接適用できないから、Cは、同土地の所有権を取得できないのが原則である。しかし、B名義の登記を見てB所有と信

じたCを保護すべきではないか。

94条2項は虚偽表示をした本人と虚偽の外観を信頼した第三者の利益衡量のための規定である。そうだとすれば、本人に帰責性があり、一方で第三者に保護すべき信頼がある場合には同条項を類推適用することが可能であると考えられる。(そこで、94条2項のうち、「通謀」や「虚偽表示」の要件を除く全ての要件を具備する者は94条2項類推適用によって保護されると解する。)

具体的には、①虚偽の外観の存在、②真の権利者の帰責性、③外観への信頼がある場合は、94条2項の適用場面と同様の利益状況にあるといえるから、同条項を類推適用して第三者を保護すべきである。

②については、真の権利者が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だけでなく、真の権利者にそれらと同視し得るほど重い帰責性がある場合にも認められる。

③外観への信頼については、真の権利者との利益衡量によって過失の要否を判断すべきである。

具体的には、**真の権利者が作出し、又は承認した範囲を超える虚偽の外観が作出された場合には、権限踰越の代理行為がなされた場合に類似するから、110条の法意に照らし、第三者は善意に加え、無過失であることが要求される。**また、真の権利者に、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帰責性がある場合も、真の権利者には、虚偽表示者に匹敵するほどの帰責性までは認めがたいから、善意に加え、無過失であることが要求される(110条類推適用)。

本事例では、①B名義の登記という虚偽の外観があり、②Aは自らB名義の虚偽登記を行ったものであるから、本人の帰責性も認められる。また、Aが作出したB名義の不実登記をそのままBが利用しただけであるから、③第三者Cとの利益衡量上Cは善意で保護されようとするべきである。

●最判平18.2.23
【百選121】

●最判昭45.9.22
【百選120】
●最判平18.2.23
【百選121】