

2015年度  
関西学院大学ロースクール

B日程

一般入試（法学既修者）

民法問題

《10:00～12:00》

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません。

## 【民法問題】

以下の設問に答えなさい。

### [設問1]

Aは、2008年4月に甲地を購入し、そこに乙建物を建て旅館を営んでいたが、旅館開業1年後の2009年8月に、Aの内縁の夫Bが書類を偽造し、Aに無断で、甲地と乙建物についてAB間の売買契約を原因とするB名義の所有権移転登記をした。Aはしばらくしてその事実を知り、Bに抗議し、Bも謝罪して登記名義をAに回復することを約束した。しかし、登記費用の捻出が困難であったこと、また、その後AとBが正式に婚姻し同居するにいたったこともあって、名義の回復はなされないままであった。また、この間、2011年10月には、AがD銀行から借入をする際にも、B名義のままに抵当権設定登記がなされていた。

その後、2014年5月に至り、AはBと離婚することになったが、その直前の2014年4月に、BはCに甲地と乙建物を売却した。Cは、B名義になっている甲地と乙建物が本当はAの所有物であることは知らなかったが、Aとは親しい間柄であり、Aに確認するなどすれば、甲地がAの所有であることは容易に分かる状況であった。しばらくして、AはCから退去請求を受けたが、このようなCの請求は認められるか。なお、甲地と乙建物の登記名義は、まだBのままである。

なお、[設問1]の解答にあたっては[設問2]の内容を無視して考えること。

### [設問2]

その後、Cは登記名義を自分に移し、甲地と乙建物の本当の所有者がAであることを知っているDに甲地と乙建物を売却し、登記名義もDに移転された。[設問1]でCの請求が認められると仮定した場合に、AはDに対し、登記の抹消を請求しうるか。



## 2015年度B日程入試 民法

### [設問1]

(1) Cの請求の根拠—94条2項の類推(外形他人作出型) (40点)

1) Cは無権利者であるBから甲地と乙建物(以下、本件不動産とする)を譲り受けた者にすぎず、また、登記には公信力がないので、Cは、本件不動産の所有権を取得することはできない。もっとも、AB間の登記の移転がAとBが通謀してなした虚偽の売買契約によるものである場合には、この登記を信頼して取引したCは第三者として保護され(94条2項)、ABは売買契約の無効をCに対抗することができず、Cは本件不動産の所有権を取得することができる。だが、本件では、AとBの間に通謀はなく、94条2項は適用できない。

しかし、登記を信頼して取引をした善意のCを犠牲にして、虚偽の外観の作出に帰責性のある表意者を保護するのは不当である。そこで、判例は、表意者に虚偽の外観の作出に帰責性のある場合に94条2項を類推適用し、第三者の保護を図っているが、その1つの類型として、「他人が不実の登記をしたが、真実の権利者が、他人名義の登記の存在を知っても、これを明示・黙示に承認していた場合」(外形他人作出型)がある。

なお、この場合にも、94条2項を類推適用する理由として、判例は、「不実の登記が信実の所有者の承認のもとに存続せしめられている以上、右承認が登記経由の事前に与えられたか以後に与えられたかによって、登記による所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護に差等を認める理由はないからである」と述べている(最判昭和45年9月22日)。

2) あてはめ

それでは、本件は、上記の「外形他人作出型」に該当するか。

本件では、Aの行為が「明示・黙示の承認」にあたるかが問題となるが、AがBによる本件不動産の登記名義移転を知ってからCに売却されるまで4年以上放置し、かつ、D銀行から借入れをなす際にもB名義のままに抵当権設定登記を行っていることなどから、「明示・黙示の承認」にあたるかと判断して良いと思われる(類似の事案である上記昭和45年最判でも「明示・黙示の承認」にあたるかと判断されている)。もっとも、婚姻関係にある者が配偶者に登記名義の回復を求めることがどの程度期待できるかは疑問であり(磯村保・昭和45年9月22日判例解説・判例百選I [21] 45頁)、「明示・黙示の承認」なしとの判断もありうるであろう(上記磯村解説では、同判例は「ボーダーラインケース」とされている)。

### <採点基準>

- ①本問が94条2項の類推適用の問題であることの指摘—25点
- ②あてはめ—15点

(2) Cの無過失(15点)

1) もっとも、本問では、Cは善意ではあるが、有過失である。それでは、Cに過失ある場合にも94条2項は類推適用されるか。この問題は、94条2項の本来的適用の場合にも問題となるが、判例・通説は、虚偽の外観を創出したという表意者の帰責性の大きさを

重視し、第三者は単に善意であれば良く無過失までは不要であると解してゐる。

これに対し、学説では、以下のような理由から、無過失必要説も有力である。

① 94条2項は権利外観法理の一態様であり、権利外観法理の適用であると解される他の規定では、第三者保護要件として無過失も要求されることが多いので、94条2項においても無過失を要求すべきである。

② 無過失を要求することにより、よりきめ細かな利益衡量ができる。

2) 94条2項類推の場合にも、判例・通説は、無過失不要としている(判例は、意思外形非対応型等の場合には、無過失を要求しており、94条2項と110条の法意あるいは類推適用という形をとっている(最判昭和45年6月2日判例プラクティスI[86](意思外形非対応型)、最判平成18年2月23日判例百選I[22]))。もっとも、学説では、真の権利者の帰責性の小ささから、本件のような「外形他人作出型」についても第三者の無過失を要求する見解もある。

3) あてはめ

判例・通説の無過失要件不要説に立てば、有過失のCも保護され、その退去請求は認められるが、無過失必要説に立てば有過失のCは保護されず、退去請求は認められない。

<採点基準>

① 無過失の必要性についての検討――10点

② あてはめ――5点

(3) Cに登記が必要か(15点)

本問では、本件不動産の登記名義はまだBのままであり、Cは登記を取得していないが、Cは94条2項の類推適用により保護されるためには、登記が必要か。判例・通説は、登記不要と解している(最判昭和年月日44年5月27日判例プラクティスI[80](まず94条2項の本来的適用の場合に登記不要とし、さらに94条2項の類推適用の場合でも同様に登記不要と判示している))。その理由は、次の2点にある。① 94条2項によってAB間の売買はCとの関係では有効になり、Cからみれば、AとCは前主・後主の関係になるので、「対抗要件としての登記」は不要である。② 自ら虚偽の外観を作出した原権利者の帰責性が大きいので、「権利保護要件としての登記」も不要である。従って、判例・通説の立場に立てば、Cは登記なくして保護されることになるので、Aに対して退去請求しうることになる。

<採点基準>

① 登記の必要性についての検討――10点

② あてはめ――5点

[設問2](30点)

1) 本問は、いわゆる絶対的構成・相対的構成の問題である。絶対的構成・相対的構成の問題とは、第三者保護規定があり、第三者が善意であるとして保護される場合に、その保護された第三者から譲り受けた悪意の転得者は保護されるのかという問題である。第三者

保護規定がある各場合に問題となるが、94条2項についても問題となる。

2) 絶対的構成は、善意の権利取得者(本問ではC)からの転得者(本問ではD)が悪意の場合にも保護される(有効に権利取得しうる)とする考え方であり、相対的構成は、保護の有無は、財産を取り戻そうとする当の相手方が誰であるかに応じて個別的・相対的に判断されるべきであるとする考え方である(本問では、Dについて個別的に判断することになる)。

3) 絶対的構成を取る理由として示されているのは、主として以下の点である。

①相対的構成をとると、悪意の転得者(本問ではD)は、真の権利者(本問ではA)から追奪され、その結果として前主である善意者(本問ではC)が担保責任(561条)を追われることになるが、このことは善意者を保護しようとした94条2項の趣旨に反する。

②法律関係を早く確定・安定させることができる。

4) これに対して、相対的構成が主張される理由は、以下の点にある。

①具体的公平に合致する。

②悪意者が、「わら人形(善意者)」を介在させて不当に保護を受けようとするのを防止しうる。

5) 判例・通説は、94条2項については、絶対的構成を採用している(大判昭和6年10月24日新聞3334号4頁)。

6) 従って、判例・通説の立場に立つと、Dは本件不動産の所有権を有効に取得し、その結果、AのDに対する登記抹消請求は認められないことになる。逆に相対的構成を採用すると、Dは有効に本件不動産の所有権を取得しえず、AのDに対する登記抹消請求が認められることになる。

#### <採点基準>

①問題点の明示—5点

②絶対的構成・相対的構成の説明—15点

③判例・通説の立場—5点

④あてはめ—5点

#### <採点講評>

#### <B日程>

本問におけるCの保護は、判例・通説では、「民法94条2項の類推」理論で処理されているが、「94条2項の類推」は、民法における最も基本的な論点の1つであるので、[設問1]の出題意図は、Cの保護は「94条2項の類推」によるのは当然として、本問のような類型(「意思外形対応型—外形他人作出型」として分類されている類型)においてCが保護されるためには、善意以外の要件(Cの無過失および登記の具備)が必要かどうかを検討してもらうという点にあった。問題文にある、CはAと親しく、Aに確認すれば甲地と乙建物がBではなくA所有の物であるということが容易に分かる状況にあった、また、甲地と乙建物の登記名義はまだBのままである等の記述は、これらの要件を具体的

に検討してもらいたいという意図によるものであった。

しかし、解答のなかには、Cの保護を「94条2項の類推」ではなく、Bの日常家事代理権に基づく表見代理の問題として処理しているものが少なからず見られたのは残念である。本問では、BはAの代理人として甲地等を売却しているのではなく、自己の物として売却しているのであるから、代理の問題とならないことは明らかで、このような解答は、民法の基本的な点の理解が不十分であることを示していると思われる。また、「94条2項の類推」とする解答でも、Cの無過失要件についての記述は一部の解答を除いて十分でなく、また、Cの登記の具備の問題については、そもそも言及している解答が少なかった。

[設問2]は、いわゆる絶対的構成・相対的構成の問題で、判例のとり絶対構成の立場で説明する解答が多かったが、何故、絶対的構成にたつのかの説明が十分でないものが目立った。また、絶対的構成・相対的構成の問題を論じないで、Dが背信的悪意者であれば保護されないとする解答が一定数あったが、Dの背信的悪意者性は、絶対的構成に立った場合にのみ問題となりうると考えられるので（相対的構成では、その背信性を問題にするまでもなく、そもそも悪意であるだけでDは保護されない）、絶対的構成・相対的構成の問題を論じないで、Dの背信性を問題とするのは疑問である。