

司法試験 予備試験

新・論文の森

民法〔上〕 補訂版

補訂版では内容の理解がより深められるよう
「参考答案」・「論点解説」をさらに充実!

上・下巻全100問で民法のあらゆる
出題パターンに対応できる能力を養成

合格答案作成のすじ道（「思考のプロセス」・
「学習のポイント」等）の明示により答案の自己分析が可能



LEC 東京リーガルマインド 著

補訂版 はしがき

本書初版が発行されてから早いもので1年以上が経過いたしました。その間に実施された司法試験及び予備試験の状況は以下の通りです。

予備試験の最終合格者数は第1回（平成23年実施）の116名から第2回（平成24年実施）の219名へと大きく増加しています。また、平成24年司法試験では、予備試験合格者58名が最終合格を果たしています（合格率7割以上）。このような状況から考察するに、今後は更に予備試験の需要が増し、受験生が増加することが予想され、予備試験合格のためにはより一層の努力が必要になると考えられます。

予備試験は短答式試験、論文式試験、口述試験で構成されますが、特に論文式試験対策が重要です。第2回予備試験において、1643名の受験者のうち、論文式試験の合格点である230点以上の成績を修めたのは233名と、その割合は約15%です。論文式試験の突破が予備試験の最難関といえるでしょう。

このような状況を踏まえ、弊社では皆様の学習の一助となるよう、本書の補訂版を急遽刊行することにいたしました。

本書はあくまで既刊初版の補訂版であり、掲載問題の加除、修正は行っておりません。しかし、各問題における参考答案や解説部分を見直し、より分かりやすい表現、適切な内容へと改善いたしました。

本書をご活用いただくことにより、読者の皆様が予備試験の合格を勝ち取られることを祈念いたします。

2013年3月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC総合研究所 司法試験部

はしがき

平成23年7月17日（日）及び18日（月）の両日にわたり、第1回予備試験の論文式試験が実施されました。

予備試験は、法科大学院課程の修了者と同等の学識・応用能力等を有することを判定することを目的としています。論文式試験の出題は、多くの法科大学院で講義がされているであろう条文解釈上の基本的論点及び重要判例の理解を問うものであったといえましょう。

そこで、本書は、予備試験の論文式試験へ万全の対策をしていただくため、今後の予備試験論文式試験での出題が予想される、条文解釈上の基本的論点を多く含む論文式問題を厳選し、掲載いたしました。そして、それぞれの問題について、論点を指摘するとともに、参考答案をご提示し、より具体的に合格レベルの答案をイメージすることができるよう編集いたしました。

本書をご活用いただくことにより、論点に対する着実な理解と合格答案作成のノウハウを身に付けていただけるものと確信いたしております。

2011年10月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

1 私権総説・行為能力

マスター問題

以下の各小問に答えよ。

- 1 A(18歳)は親Bの同意を得ずに、画商Cから高価な絵画甲を購入しようとした。その際、Aは自己が未成年者であることを疑われないために、偽造した身分証明書でCに示したが、Cは、Aの容貌等からAが未成年者ではないかと思った。そこで、Cは保証人を立てることを要求し、Aは成年者Dを連帯保証人に立てた。
A及びDはCの代金請求を拒めるか。
- 2 Aは18歳当時、親Bの同意を得ずに、絵画乙をEに売却した。乙は非常に高価な真作の絵画であったが、Aは複製だと思い込んでおり複製として安価で売却した。Bは直後に売却の事実を知ったが、Bも乙は複製だと思っていたので放っておいた。その3年後、EはA E間の事情につき善意無過失のFに乙を売却した。
24歳の時、乙が真作であることに気付いたAは、乙を取り戻すことができるか。

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

本問の個々の問題点はそれほど難しくはありませんが、論ずべきことが多く、時間内に的確に事案の分析を行い、答案をまとめるのは決して容易ではないといえます。そこで、事案分析の練習をしていただきたく、本問を出題しました。

出題の意図を、
論点及び
答案作成の両面
から指摘

★ 論点一覧 ★

- 1 制限行為能力者の詐術
- 2 保証人の取消権の有無
- 3 制限行為能力者の取消権と法定代理人の取消権の関係
- 4 動機の錯誤

本問の論点を
見やすく表示

思考のプロセス

一 全体の注意点

本問は比較的詳細な事情が挙げられている事例問題であり、その意味では典型的な問題であるといえるでしょう。また、論ずべき点もさほど高度ではなく、比較的よく知られたものばかりです。したがって、事案を緻密に分析し、結論を導くために論点はもちろん、それ以外の点についても網羅的に検討していただく必要があります。

また、本問は論ずべきことが非常に多いので、個々の論点はコンパクトに記述して紙面不足、時間不足に陥らないよう注意しましょう。そのためには答案作成段階で答案の見直しをしっかりと立ておくことが重要です。

二 基本的な論述の流れ

- 1 小問1について

答案作成に必要な
思考過程を紹介
論点間の軽重・関
連性もチェック可
能

参考 答案

第1 小問1について

1 Aについて

Aは未成年取消（5条2項）により、Cの代金請求を拒むことが考えられる。もっとも、Aは成年者であるかのように装うため、「偽造した身分証をCに示し」ているから、21条により未成年取消はできないのではないか。

たしかにAの行為は積極的術策にあたり、これが「詐術」にあたることは問題ない。

もっとも、同条の適用には、「詐術」により相手方が誤信したことが必要である。なぜなら、同条の趣旨は相手方の能力に対する信頼を保護することにあるからである。

本問では、Cは契約の際Aの容貌等からAが未成年者ではないかと思っており、誤信したとはいえない。よって、同条の適用はなく、Aは5条2項によりCの請求を拒める。

2 Dについて

(1) まず、Aが既にCとの契約を取り消している場合には、保証債務の附従性（448条）により、Dの保証債務は消滅するので、DはCの請求を拒めるのが原則である。

もっとも、Dが、保証契約の当時、Aが未成年であり、かつBの同意を得ていないことを知っていたならば、DはCに対して独立の債務を負担したものと推定される（449条）。よって、この場合にはDはCの代金請求を

拒めない。

(2) 次に、Aが未だCとの契約を取り消していない場合には、Dは拒めるか。主債務者が取消権を行使していない場合、保証人は債権者の請求を拒めるのかが問題となる。思うに、120条1項は個人の財産管理の自由に対する不当干渉を防止すべく取消権者を限定列挙したものと解すべきであり、保証人は同条に列挙されていない以上、取消権を自ら行使することはできない。

しかし、保証人は、主債務者が取り消さない限り支払を拒めないとする、著しく不安定な立場に置かれることになる。

そこで、保証人に主債務者の取消権が消滅するまでは、保証債務の履行を拒みうる一種の抗弁権を認めるべきであると解する。

よって、この場合にはDはCの請求を拒める。

第2 小問2について

1 まず、A自身の取消権の消滅時効期間は未だ経過していない（126条参照）。そこで、AはEとの契約を取り消し（5条2項）、Fに乙の返還を請求することが考えられる。

もっとも、Aの親Bは、Aによる乙売却の事実をその直後に知っているので、Bの取消権は既に時効消滅している（126条）。これに伴い、Aの取消権も消滅するのではな

論点間のバランス
に配慮した
参考 答案を掲載

←制限能力者の詐術

←保証人の取消権の有無

←法定代理人の取消権の時効消滅と本人の取消権との関係

サイドコメントで
論点名を明記

▶ 合格ライン

- 1 小問1について
 - ・制限行為能力者の詐術について、相手方の誤信が必要であることを示していること
 - ・Dは拒めるという原則（448）と例外（449）を示していること
 - ・保証人の取消権を論じていること
- 2 小問2について
 - ・制限行為能力者の取消権と保護者の取消権の関係を論じていること
 - ・動機の錯誤について論じていること
 - ・Fの主観に着目して第三者保護の検討を行っていること

合格レベルが
すぐわかる

★ 論点解説 ★

① 制限行為能力者の詐術

一 問題の所在

小問1でAはCとの売買契約締結に際して、成年者であることを装うために偽造した身分証を提示している。そこで、21条の適用によりAはCと契約を取り消す（5Ⅱ）ことはできないのではないか。Aの行為が「詐術にあたるのか、あたるとしてもCはAが成年者であると信じていないので、同条の適用には相手方の誤信が必要かが問題となる。

二 「詐術」について

1 詐術の意義

抽象的には、相手方を制限行為能力者の能力について錯誤に陥れるため、あるいはその錯誤を強めるために欺瞞的な手段を用いることをいう。ただ、具体的にいかなる行為が詐術にあたるかは、行為者がどのタイプの制限行為能力者であるか、法律行為の内容が何か、積極的な術策が用いられたか、相手方を誤信させ、あるいはその誤信を強めるような事情が他に存在しかなど、個別的な事情に依存するところが少なくない。

問題の所在で、なぜ本論点の問題となるのかを明示

論点ごとに、学説・判例を解説
各論点の深い理解につながる

本問でAは、乙を「複製として安価で売却し」ているので、少なくとも黙示的には動機の表示があるといえます。したがって、動機表示説からは「錯誤」にあたることになります。

また、一元的構成説からも「錯誤」にあたることになります。そして、Aは乙を「複製として安価で売却し」ている以上、相手方EはAの錯誤につき悪意・有過失といえ、Aの無効主張は認められることになります。

■ 参考文献

内田 I・65 頁以下 S・1130 頁以下

基本書への
スピードアク
セスが可能

オプション問題

現在90歳のAは、80歳を超えた辺りから病が急激に進行して、判断能力が衰え始め、2年前からしばしば事理弁識能力を欠く状態になった。絵画の好きなAは、事理弁識能力を欠いている時に、画商Bの言うままに、Bの所有する甲絵画を500万円で買収する契約をBと締結し、直ちに履行がされた。この事案について、以下の問いに答えよ。なお、小問1と小問2は、独立した問いである。

- 1 (1) Aは、甲絵画をBに戻して500万円の返還を請求することができるか。また、日に甲絵画を800万円で購入したいという顧客が現れた場合に、Bの方からAに対して甲絵画の返還を請求することはできるか
- (2) Aが日に500万円の返還を請求する前に、Aの責めに帰することができる事由によって甲絵画が滅失していた場合に、AのBに対するこの返還請求は認められるか。Bから予想される反論を考慮しつつ論ぜよ。
- 2 AB間の売買契約が履行された後、Aを被後見人とし、Cを後見人とする後見開始の審判がされた。AB間の甲絵画の売買契約に関するCによる取消し、無効の主張、追認の可否について論ぜよ。

(平成22年度旧司 第1問)

オプション問題を解くことで、当該分野を完全に習得

学習のポイント

- 1 小問1(1)では、民法の基本である意思能力について問われています。Aはまだ後見開始の審判等はなされていないので、取消の主張(9)はできません。ですが、当事者間の契約は意思能力ある者の自由な意思決定を前提としているので、意思能力を欠く者の契約は無効となると考えます。しかし、相手方の意思無能力を奇貨として無効を主張することは、表意者保護という趣旨に反します。そのため、意思無能力者以外の者が無効を主張することは認めべきではないと考えることになるでしょう。
- 2 小問1(2)では、Aの責めに帰することのできない事由による絵画の消失が問題となっているので、危険負担(541 I, 536 I)の類推適用(契約が無効とされた後なので、直接適用ではない)には、すぐにとりつけると思われます。本件甲絵画の滅失について、危険負担の債権者主義・債務者主義のいずれが適用されるかという観点から、Bの反論を考えて下さい。
- 3 小問2については、後見人の取消主張、無効主張、追認の可否が問題となります。まず取消の可否は、Cが後見人に就任する前の契約に関することなので、9条の文言と関連して問題意識を持つことが大切です。次に無効については、小問1(1)でA以外の者に無効主張を認めないとした論述との整合性を踏まえたうえで、説得的な論述を心がける必要があります。最後に追認については、122

オプション問題から学ぶべきポイント・出題の意図等をコンパクトに紹介

LEC東京リーガルマインド

参考 答 案

第1 小問1(1)について

- 1 Aは、絵画の売買契約(555条)を締結時に、事理弁識能力を欠く状態であったことから、意思能力による契約の無効を主張し、500万円を不当利得(703条、704条)として返還請求をすることができないか。
 - ① 民法上、私的自治の原則が妥当なところ、私的自治の原則は意思能力ある者の自由な意思決定に基づく行為を前提としている。よって、意思能力を欠く者の法律行為は無効となる。
 - ② 本件で、Aは、事理弁識能力を欠いている時に、Bと甲絵画の売買契約を締結している。意思能力とは、自己の行為の結果を弁識するに足るだけの精神能力をいうから、事理弁識能力を欠いていたということは意思能力を欠いた状態であったといえる。
 - よって、Aは契約時に意思無能力であったを理由として、売買契約の無効を主張し、代金500万円を不当利得としてBに対して返還請求することができる。
- 2 では、Bの方からAの意思無能力による契約の無効を主張し、甲絵画を不当利得として返還請求することはできるか。意思無能力者の相手方からの無効主張の可否が問題となる。
 - ① この点、無効な法律行為は、本来誰からでもその無効を主張できるのが原則である。しかし、意思無能力者の行

←意思無能力者がした法律行為の効果

←無効の性質

参考答案の検討により、合格レベルの答案を具体的にイメージ

為を無効とする趣旨は、意思能力を欠いた表意者本人を保護しようとする点にある。また、本件のように、相手

新・論文の森 民法〔上〕補訂版

目次

はしがき

本書の効果的活用法

1	私権総説・行為能力	2
2	意思表示①	20
3	意思表示②	34
4	意思表示③	52
5	意思表示④	68
6	表見代理①	88
7	表見代理②	108
8	代理全般①	122
9	代理全般②	136
10	時効①	152
11	時効②	170
12	所有権①	188
13	所有権②	206
14	共有	224
15	占有・即時取得	240
16	担保物権①（留置権）	256
17	担保物権②（質権）	270
18	担保物権③（抵当権①）	286
19	担保物権④（抵当権②）	302
20	非典型担保①（譲渡担保他）	320
21	非典型担保②（譲渡担保他）	340
22	担保物権総合	362
23	債権の目的・効力①（債務不履行・受領遅滞）	380
24	債権の目的・効力②（債務不履行・受領遅滞）	396
25	多数当事者の債権関係①（債権者代位・取消）	416

参 考 文 献

内田貴「民法Ⅰ 総則・物権総論」[第4版] 東京大学出版会……………	内田Ⅰ
内田貴「民法Ⅱ 債権各論」[第3版] 東京大学出版会……………	内田Ⅱ
内田貴「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」[第3版] 東京大学出版会……………	内田Ⅲ
内田貴「民法Ⅳ 親族・相続」[補訂版] 東京大学出版会……………	内田Ⅳ
山田卓生・川内宏・安永正昭・松久三四彦「民法Ⅰ 総則」[第3版補訂] 有斐閣Sシリーズ……………	SシⅠ
淡路剛久・鎌田薫・原田純考・生熊長幸「民法Ⅱ 物権」[第3版補訂] 有斐閣Sシリーズ……………	SシⅡ
野村豊弘・粟田哲男・池田真朗・永田眞三郎「民法Ⅲ 債権総論」[第3版補訂] 有斐閣Sシリーズ……………	SシⅢ
藤岡康宏・磯村保・浦川道太郎・松本恒雄「民法Ⅳ 債権各論」[第3版補訂] 有斐閣Sシリーズ……………	SシⅣ
佐藤義彦・伊藤昌司・右近健男「民法Ⅴ 親族相続」[第4版] 有斐閣Sシリーズ……………	SシⅤ
中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編「民法判例百選Ⅰ・Ⅱ」[第6版] 有斐閣別冊ジュリスト……………	百選Ⅰ・Ⅱ
水野紀子・大村敦志・窪田充見編「家族法判例百選」[第7版] 有斐閣別冊ジュリスト……………	家族法百選
「平成〇〇年度 重要判例解説」有斐閣ジュリスト臨時増刊……………	H〇〇重判

[民法〔下〕目次]

26 多数当事者の債権関係① (連帯債務・保証債務)	38 売買・贈与
27 多数当事者の債権関係② (連帯債務・保証債務)	39 賃貸借①
28 債権譲渡・債務引受①	40 賃貸借②
29 債権譲渡・債務引受②	41 賃貸借③
30 債権の消滅①(弁済・相殺)	42 請負・委任①
31 債権の消滅②(弁済・相殺)	43 請負・委任②
32 契約総論①(同時履行・危険負担)	44 事務管理・不当利得
33 契約総論②(契約の解除)	45 不法行為①
34 契約総合	46 不法行為②
35 売買①	47 親子・親権
36 売買②	48 婚姻・離婚
37 売買③	49 相続①
	50 相続②

司法試験 予備試験

新・論文の森

民法〔上〕 補訂版

マスター問題

以下の各小問に答えよ。

- 1 A（18歳）は親Bの同意を得ずに、画商Cから高価な絵画甲を購入しようとした。その際、Aは自己が未成年者であることを疑われないために、偽造した身分証明書をCに示したが、Cは、Aの容貌等からAが未成年者ではないかと思った。そこで、Cは保証人を立てることを要求し、Aは成年者Dを連帯保証人に立てた。
A及びDはCの代金請求を拒めるか。
- 2 Aは18歳当時、親Bの同意を得ずに、絵画乙をEに売却した。乙は非常に高価な真作の絵画であったが、Aは複製だと思い込んでおり複製として安価で売却した。Bは直後に売却の事実を知ったが、Bも乙は複製だと思っていたので放っておいた。その3年後、EはA E間の事情につき善意無過失のFに乙を売却した。
24歳の時、乙が真作であることに気付いたAは、乙を取り戻すことができるか。

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

本問の個々の問題点はそれほど難しくはありませんが、論ずべきことが多く、時間内に的確に事案の分析を行い、答案をまとめるのは決して容易ではないといえます。そこで、事案分析の練習をしていただきたく、本問を出題しました。

★ 論点一覧 ★

- 1 制限行為能力者の詐術
- 2 保証人の取消権の有無
- 3 制限行為能力者の取消権と法定代理人の取消権の関係
- 4 動機の錯誤

思考のプロセス

一 全体の注意点

本問は比較的詳細な事情が挙げられている事例問題であり、その意味では典型的な問題であるといえるでしょう。また、論ずべき点もさほど高度ではなく、比較的よく知られたものばかりです。したがって、事案を緻密に分析し、結論を導くために論点はもちろん、それ以外の点についても網羅的に検討していただく必要があります。

また、本問は論ずべきことが非常に多いので、個々の論点はコンパクトに論じて紙面不足、時間不足に陥らないよう注意しましょう。そのためには答案構成段階で答案の見通しをしっかりと立てておくことが重要です。

二 基本的な論述の流れ

1 小問1について

- (1) まず、Aとしては自己は未成年なのだから、Cとの契約を取り消して（5Ⅱ）Cの代金請求を拒むことが考えられます。もっとも、Aは成年者であることを装うために身分証を偽造しているので、21条により取り消すことはできないのではないのでしょうか。

この点、Aの行為は積極的術策として「詐術」にあたることは問題ないでしょう。しかし、同条の適用には相手方が能力の存在を誤信することが必要です（通説）。本問では、Cは契約の際Aの容貌等からAが未成年者ではないかと思っていた以上、誤信したとはいえないので同条は適用されません。したがって、結論としてはAは取消しによりCの代金請求を拒めることとなります。

- (2) 次に、DはCの代金請求を拒めるのでしょうか。Aが取消権を行使した場合とそうでない場合とで処理が異なるので、分けて論じるとよいでしょう。
- (a) Aが取消権を行使した場合には、保証債務の附従性（448）から、Dは原則としてCの代金請求を拒めることとなります。ただ、注意していただきたいのは449条にも触れるということです。本問ではDの主観は明らかではありませんから、「～場合には」という形で触れることになるでしょう。449条は気付きにくい条文ですが、その適用によって事例の結論が異なるわけですから、ぜひ指摘して下さい。
- (b) 他方、Aがまだ取消権を行使していない場合には、DはCの請求を拒めるのでしょうか。保証人の取消権が問題となります。この点に関しては、通説である抗弁権説に従っておくのがよいでしょう。

なお、Aが取消権を行使した場合と平行に考えて、この場合にもDの主観によって分けて論じた方もおられるかと思います。すなわち、

Aが未成年で親Bの同意を得ていないことにつきDが悪意なら、Aが取り消しても結局DはCの代金請求を拒めないのだから(449)、Aの取消前であってもDに履行拒絶権を認める必要はないのではないかと思います。

これについては、449条の法的性質をどう捉えるかと関わって問題となります。この点、多数派の見解によると、この規定の適用により、保証人は取消までは通常の保証債務を、取消後は損害担保契約の性質を有する義務であってその内容が取消前の主たる債務と同一の独立の債務を遡及的に負担すると理解されており、取消の前後で債務内容が異なりうるので、とりあえず取消前においてはその善意・悪意を問題とすることなく履行を拒絶できるとされています。これに従えば、本問でもDはAが取消権を行使する前には、たとえ悪意であっても履行を拒絶できることになるでしょう。ただ、細かいところであり、議論もそれほど煮詰まっている部分ではないので、最初に書いたようにDが悪意の場合には履行拒絶できないと結論付けても問題ないと思われます。

2 小問2について

- (1) AがFから乙を取り戻すためには、①A E間の契約を取り消す(5Ⅱ)、②A E間の契約の錯誤無効(95)を主張するという方法が考えられます。A E間の契約が(遡及的)無効であれば、乙の所有権はAの下に留まり、無権利者Eからの譲受人Fもまた無権利となるのが原則だからです。
- (2) まず①の方法についてですが、結論的にはAは取り消すことはできないということになります。

確かに、A自身の取消権の消滅時効(126)の起算点は、Aが20歳になった時点であり、本問ではそこから5年間は経過していません。しかし、Aの親Bの取消権の消滅時効の起算点はA E間の契約の直後ですから、そこからは既に5年間経過しており、Bの取消権は時効消滅しています。そして、制限行為能力者と保護者の取消権の一方が消滅した場合には、他方の取消権も消滅すると一般的に考えられているからです。

- (3) 次に②の方法はどうか。ここでは動機の錯誤が問題となります。Aの、「乙を売却しよう」という内心的効果意思と「乙を売却する」という表示行為との間の不一致はなく、「乙は複製である」という乙を安価で売却することについての動機に錯誤があるにすぎないからです。この点に関しては、動機表示説、一元的表示説のどちらに立っても構いませんが、あてはめまできちんとしていただきたいところです。

そして、Aの誤信が「錯誤」にあたるとしたならば、それが「要素」の錯誤にあたるかについても一言触れるべきでしょう。論ずべきことが多い

本問では、「要素」の意義までしっかりと示してあてはめる必要まではないと思われますが、明文上の要件である以上、全く無視するのは印象がよくありません。結論としては、Aの誤信は「要素」の「錯誤」にあたり、A E間の契約は無効であるということになるでしょう。

では、Aはこの無効をA E間の事情につき善意無過失であるFに対して主張できるのでしょうか。錯誤無効と第三者保護が問題となります。これについては、錯誤無効主張前の第三者との関係では、詐欺との均衡を考えて96条3項を類推適用する見解が有力ですが、本問は動産取引が問題となっていますので、即時取得(192)でFを保護することになります。

参考 答 案

第1 小問1について

1 Aについて

Aは未成年取消（5条2項）により、Cの代金請求を拒むことが考えられる。もっとも、Aは成年人であるかのように装うため、「偽造した身分証をCに示し」ているから、21条により未成年取消はできないのではないか。

たしかにAの行為は積極的術策にあたり、これが「詐術」にあたることは問題ない。

もっとも、同条の適用には、「詐術」により相手方が誤信したことが必要である。なぜなら、同条の趣旨は相手方の能力に対する信頼を保護することにあるからである。

本問では、Cは契約の際Aの容貌等からAが未成年ではないかと思っており、誤信したとはいえない。よって、同条の適用はなく、Aは5条2項によりCの請求を拒める。

2 Dについて

(1) まず、Aが既にCとの契約を取り消している場合には、保証債務の附従性（448条）により、Dの保証債務は消滅するので、DはCの請求を拒めるのが原則である。

もっとも、Dが、保証契約の当時、Aが未成年であり、かつBの同意を得ていないことを知っていたならば、DはCに対して独立の債務を負担したものと推定される（449条）。よって、この場合にはDはCの代金請求を

←制限能力者の詐術

拒めない。

(2) 次に、Aが未だCとの契約を取り消していない場合には、Dは拒めるか。主債務者が取消権を行使していない場合、保証人は債権者の請求を拒めるのかが問題となる。

思うに、120条1項は個人の財産管理の自由に対する不当な干渉を防止すべく取消権者を限定列挙したものと解すべきであり、保証人は同条に列挙されていない以上、取消権を自ら行使することはできない。

しかし、保証人は、主債務者が取り消さない限り支払を拒めないとすると、著しく不安定な立場に置かれることになる。

そこで、保証人に主債務者の取消権が消滅するまでは、保証債務の履行を拒みうる一種の抗弁権を認めるべきであると解する。

よって、この場合にはDはCの請求を拒める。

←保証人の取消権の有無

第2 小問2について

1 まず、A自身の取消権の消滅時効期間は未だ経過していない（126条参照）。そこで、AはEとの契約を取り消し（5条2項）、Fに乙の返還を請求することが考えられる。

もっとも、Aの親Bは、Aによる乙売却の事実をその直後に知っているので、Bの取消権は既に時効消滅している（126条）。これに伴い、Aの取消権も消滅するのではな

←法定代理人の取消権の時効消滅と本人の取消権との関係

いか、本人の取消権と保護者の取消権の関係が問題となる。

この点については、法律関係の早期安定を図るという126条の趣旨を重視すべきである。また、両者の取消権は、同一人を当事者とする同一の法律行為についてのものであるから、両者は密接な関係に立つ。

そこで、両者のうち一方が追認したり、一方の取消権が時効消滅した場合には、他方の取消権も消滅すると解する。

本問では、Bの取消権が時効消滅している以上、Aの取消権も消滅し、AはEとの契約を取り消すことはできない。

2(1) では、AはEとの契約の錯誤無効(95条)を主張して、Fに乙の返還を請求することができないか。

(2) まず、そもそもAに錯誤があるといえるか。Aには乙を複製だと思っていたという動機に錯誤があるにすぎない。錯誤とは内心的効果意思と表示行為との不一致を表意者が知らないことをいうとされるため、動機の錯誤が「錯誤」といえるか問題となる。

思うに、一般に錯誤が問題となるのは動機の錯誤の場合であることが多いから、動機の錯誤は一切「錯誤」にあたらないとすると、表意者保護という95条の趣旨を全うしえない。

そこで、表意者保護と相手方の取引安全の調和を図るべく、動機が明示又は黙示に表示され意思表示の内容と

←錯誤無効

←最判昭32.12.19 / 百選I〔17〕

なっている場合は、動機の錯誤も「錯誤」にあたりと解する。

本問では、Aは乙を「複製として安価で売却し」ており、少なくとも黙示には動機が表示されている。よって、Aには「錯誤」があるといえる。

(3) また、乙が複製であるとの錯誤がなければ、Aはもちろん一般人も乙を安価で売却しなかったといえる。よって、Aには「要素」の錯誤が認められる。

(4) したがって、Aに重過失がない限り(95条ただし書)、AはEとの契約の錯誤無効を主張できる。

よって、E及びその譲受人Fは無権利者であるのが原則であるから、AはFに乙の返還を請求することもできると思える。

(5) もっとも、FはA E間の事情につき善意無過失、すなわちFの無権利につき善意無過失なのであるから、即時取得(192条)により、乙の所有権を取得する。

よって、AはFから乙を取り戻すことはできない。

以上

▶ 合格ライン

- 1 小問1について
 - ・制限行為能力者の詐術について、相手方の誤信が必要であることを示していること
 - ・Dは拒めるという原則（448）と例外（449）を示していること
 - ・保証人の取消権を論じていること
- 2 小問2について
 - ・制限行為能力者の取消権と保護者の取消権の関係を論じていること
 - ・動機の錯誤について論じていること
 - ・Fの主観に着目して第三者保護の検討を行っていること

★ 論点解説 ★

① 制限行為能力者の詐術

一 問題の所在

小問1でAは、Cとの売買契約締結に際して、成年者であることを装うために偽造した身分証を提示している。そこで、21条の適用によりAはCとの契約を取り消す（5Ⅱ）ことはできないのではないか。Aの行為が「詐術」にあたるのか、あたるとしてもCはAが成年者であると信じていないので、同条の適用には相手方の誤信が必要かが問題となる。

二 「詐術」について

1 詐術の意義

抽象的には、相手方を制限行為能力者の能力について錯誤に陥れるため、あるいはその錯誤を強めるために欺罔的な手段を用いることをいう。ただ、具体的にいかなる行為が詐術にあたるかは、行為者がどのタイプの制限行為能力者であるか、法律行為の内容が何か、積極的な術策が用いられたか、相手方を誤信させ、あるいはその誤信を強めるような事情が他に存在したか等、個別的な事情に依存するところが少なくない。

2 学説

学説は、大きくみれば、詐術の認定を厳格に行い、制限行為能力者の保護をより強く認めようとする立場と、より緩やかに詐術を認定し、取引の安全を重視する立場に区別しうる。

- (1) 詐術が認められるためには積極的術策を用いたことを要するとする見解（鳩山）
- (2) 積極的な術策を必要とせず、普通に人を欺くに足りる方法が用いられれば詐術が認められるとする見解（我妻等通説）

- (3) 単純な沈黙もその他の事情如何では詐術となりうるとする見解（於保）
 (2)説と(3)説との区別は必ずしも明らかでない。少なくとも、能力に関する沈黙それ自体が直ちに詐術にあたるとはいえないとする点で広く意見の一致がみられる。

3 判例（最判昭 44.2.13 / 百選 I [6]）

「民法 20 条（LEC 注：平成 11 年改正前）にいう『詐術ヲ用キタルトキ』とは、無能力者が能力者であることを誤信させるために、相手方に対し積極的術策を用いた場合にかぎるものではなく、無能力者が、ふつうに人を欺くに足りる言動を用いて相手方の誤信を誘起し、または誤信を強めた場合をも包含すると解すべきである。したがって、無能力者であることを黙秘していた場合でも、それが、無能力者の他の言動などと相俟って、相手方を誤信させ、または誤信を強めたものと認められるときは、なお詐術にあたるというべきであるが、単に無能力者であることを黙秘していたことの一事をもって、右にいう詐術に当たるとするのは相当ではない」と判示した。上記の(2)説、(3)説を統合するものとみることができる。

なお、本判例は、準禁治産者（現行法の被保佐人に相当する）が保佐人の同意なしに行った土地売買契約に係る事案である点に注意が必要である。

三 相手方の誤信について

1 学説

制限行為能力者が詐術を行ったとしても、相手方が能力に関し誤った観念を抱かなかつた場合には、同条は適用されず、取消権は排除されないとするのが通説である。

（理由）

同条の趣旨は、詐術を行った制限行為能力者に対する制裁ではなく、相手方の能力に関する信頼を保護するところにあると考えられるから。

2 判例（茨城簡判昭 60.12.20）

化粧品のカッチセールスに際し、18 歳の未成年者が、セールスマンの指示により生年月日を偽って記入した事案について売買契約及び立替払契約につき、詐術を否定した。相手方が詐術の結果誤信したとはいえないという点でも、詐術の程度という点でも、本判例の結論は支持されている。

四 検討

本問では、A は積極的術策を用いていることから、「詐術」の認定に格別問題は無いでしょう。

しかし、契約の際、Aは未成年者でないかと思っていたCには、Aの能力に関する誤信はないので、結局21条の適用はなく、AはCとの契約を取り消せることになります。

■参考文献

内田 I・121 頁以下、Sシ I・49 頁以下

② 保証人の取消権の有無

一 問題の所在

小問1でAが未だ取消権を行使していない場合、Aの保証人DはCの代金請求を拒めるか。保証人が主債務を取り消すことができないか、または取り消すことはできないにしても履行を拒絶することはできないかが問題となる。

二 学説

1 取消権否定説

保証人が自ら取消権を行使することはできない。

(理由)

- ・ 保証人は取消権者ではない(120参照)。
- ・ 保証人に債権者と主債務者の関係に干渉する権限を与えるべきでない。

(批判)

保証人は、主債務者が取り消さない限り支払を拒めないとする、著しく不安定な立場に置かれることになる。

2 取消権肯定説(星野, 末広)

主債務者が追認をするまでは保証人は取消権を行使ことができ、いったん取り消せば主債務者がその後追認しても保証人は責任を負わない。

(批判)

- ・ 主債務者の追認の前後で区別する理由が明らかでない。
- ・ 保証の担保的機能を弱めることになる。
- ・ 120条は私的自治の原則から個人の財産管理の自由に対する不当な干渉を可及的に防止するために、取消権者を一定の者に限ったものなのだから、取消権者の範囲は、その文言を超えてむやみに拡張すべきではない。

3 抗弁権説(通説)

主債務者が取消権を有している間は保証人は履行を拒絶できる。

(理由)

取消状態の不確定の間において保証人を保護すればよいだけであるから、取り消しうる状態にある間の履行の拒絶だけを認めれば足りる。

三 判例 (大判昭 20.5.21)

被保佐人が保佐人の同意を得ないでした消費貸借について、保証人の取消権を否定しており、取消権否定説を採る。

四 検討

抗弁権説が通説ですし、私的自治の原則と保証人の利益保護に対する配慮をみせることができるので、抗弁権説に立つのがよいでしょう。

取消権否定説からは、Dは取り消すことも履行を拒絶することもできないので、Cの代金請求を拒めないことになります。他方、取消権肯定説からは、Dは取消権を行使してCの代金請求を拒めることになります。また、抗弁権説からは、Dは自ら取消権を行使することはできないものの、主債務者Aは取消権を有しているので、DはCの代金請求を拒めることになります。

■参考文献

内田Ⅲ・343頁以下、SシⅢ・133頁以下

③ 制限行為能力者の取消権と法定代理人の取消権の関係

一 問題の所在

小問2でAはEとの売買契約を取り消す(5Ⅱ)ことができるか。Aの追認可能時(Aが20歳になった時)から5年は経過していないので、取消権の時効消滅はなく、Aは契約を取り消せるとも思われる。もっとも、Aの親Bもまた取消権者であり(120Ⅰ)、Bの追認可能時(AE間売買の直後)から既に5年が経過しているので、Bの取消権はもはや時効により消滅している(126)。そこで、これによってA自身の取消権も消滅するのではないかが問題となる。

二 学説

同一の法律行為について、制限行為能力者と保護者の双方が取消権を有する場合には、一般に次のように考えられている。

- ① 制限行為能力者本人と保護者のいずれかが有効な追認をしたときは、当該法律行為は有効と確定し、他方はもはや取り消しえない。
- ② 制限行為能力者本人と保護者のいずれかが取り消せば、当該法律行為は

遡及的に無効となり、他方はもはや追認しえない。

- ③ 制限行為能力者本人の取消権と保護者の取消権のいずれかの消滅時効期間が経過すれば、いずれの取消権もともに消滅する。

三 判例

この点に関する判例は見当たらない。

四 検討

学説の一般的な見解に従っておけばよいでしょう。

Bの取消権が時効消滅する本問では、Aの取消権もまた消滅するので、AはEとの売買契約を取り消せないことになります。

■参考文献

内田 I・294 頁以下、Sシ I・148 頁以下

4 動機の錯誤

一 問題の所在

小問2で、Aは絵画乙をEに売却しているが、Aは乙を複製だと思っており、動機に錯誤があるといえる。そこで、AはEとの売買契約は錯誤により無効(95条)であることを主張できないか。動機の錯誤も「錯誤」にあたるのかが問題となる。

二 学説

1 動機表示説 (我妻ほか)

動機が表示され、法律行為の内容となったときに限り、「錯誤」といえる。

(理由)

- ・ 動機の錯誤と他の錯誤との区別は主観的、心理的なものであり、必ずしも明瞭ではなく、客観的基準を立てる必要がある。そして意思表示の内容に関する錯誤か否かは表示行為の解釈によって決定される。
- ・ 動機を表示を要求することによって、表意者本人の保護と取引の安全を調和させることができる。

(批判)

表示上の錯誤の場合と区別して、取引の安全のために動機の錯誤についてだけ表示を問題にするのは妥当でない。

2 一元的構成説 (川島, 野村, 四宮ほか)

動機の錯誤も「錯誤」といえる。

(理由)

- ・ 従来錯誤が問題となる事案のほとんどがいわゆる動機の錯誤に関するものであり、動機の錯誤が錯誤の代表的な場合であり、この場合を救済しなければ95条は無意味となる。
- ・ 意思と動機の区別は困難であるし、意思の欠缺の典型とされる同一性の錯誤も実は動機の錯誤である。

この立場は、相手方の取引安全との調整のために、無効主張の要件として相手方の悪意または有過失が必要であるとする。

そこで、何に対する悪意・有過失が必要となるのかが問題となるが、

- ①相手方が表意者の錯誤について悪意・有過失のある場合のみならず、
- ②錯誤に陥っている事項が錯誤者にとって重要であることにつき相手方が悪意・有過失であった場合の、双方を含むものと解すべきであるとする。なぜなら、双方の場合とも表意者を保護すべきであるからである（四宮）。

三 判例

1 大判大 3.12.15

「意思表示ニ於ケル錯誤トハ内心的効果意思ト意思表示ノ内容タル表示的効果意思トノ間ニ於ケル不慮ノ不一致ナレハ通常意思表示ノ縁由ニ属スヘキ事実ト雖表意者カ之ヲ以テ意思表示ノ内容ニ加フル意思ヲ明示又ハ黙示シタルトキハ意思表示ノ内容ヲ組成スルモノト謂ハサルヘカラス」と判示しており、動機表示説に立っているものと解される。

2 最判昭 32.12.19

事案： Yは、債務者AからBも連帯保証人となったと言われて連帯保証人となったが、Bは保証人ではなかった。その後、Aの債権者XがYに対し保証債務の履行を求めたので、Yが、XY間の連帯保証契約は、錯誤により無効であると主張した。

判旨： 「保証契約は、保証人と債権者との間に成立する契約であって、他に連帯保証人があるかどうかは、通常は保証契約をなす単なる縁由にすぎず、当然にはその保証契約の内容となるものではない。さらば、原判決説示のごとくYにおいてBも連帯保証人となることを特に本件保証契約の内容とした旨の主張、立証のない本件においては」錯誤により無効であるとはいえないとした。

3 最判平元 .9.14 /百選 I [24]

事案： XY夫婦は、Xの浮気を理由として離婚した。その際、Xは財

産分与にも課税されることを知らずに、高価な不動産をYへ分与する財産分与契約を締結した。その後、Xに譲渡所得税が課されたため、錯誤無効を主張した。

判旨：「意思表示の動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤として無効をきたすためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められることを要するところ、」「右動機が黙示的に表示されているときであっても、これが法律行為の内容となることを妨げるものではない。」としたうえで、本件において、Xは自らには課税されないと誤解しており、むしろYに課税されないかと心配しているなど、黙示にかかる動機を表示しており、また、Xはこの誤解がなければ本件契約を締結しなかったと認める余地がある、として、Xの錯誤無効の主張の余地を認めた。

四 検討

動機の錯誤については、学説上はいずれも有力ですので、説得的な論証がなされている限りどちらに従ってもよいでしょう。もっとも、一元的構成説に立つ場合は、判例を意識した論証をする必要があると思われます。

本問でAは、乙を「複製として安価で売却し」ているので、少なくとも黙示的には動機の表示があるといえます。したがって、動機表示説からは「錯誤」にあたることとなります。

また、一元的構成説からも「錯誤」にあたることとなります。そして、Aは乙を「複製として安価で売却し」ている以上、相手方EはAの錯誤につき悪意・有過失といえ、Aの無効主張は認められることとなります。

■参考文献

内田 I・65 頁以下、Sシ I・130 頁以下

オプション問題

現在90歳のAは、80歳を超えた辺りから病が急に進行して、判断能力が衰え始め、2年前からしばしば事理弁識能力を欠く状態になった。絵画の好きなAは、事理弁識能力を欠いている時に、画商Bの言うままに、Bの所有する甲絵画を500万円で売買する契約をBと締結し、直ちに履行がされた。この事案について、以下の問いに答えよ。なお、小問1と小問2は、独立した問いである。

- 1(1) Aは、甲絵画をBに戻して500万円の返還を請求することができるか。また、Bに甲絵画を800万円で購入したいという顧客が現れた場合に、Bの方からAに対して甲絵画の返還を請求することはできるか。
- (2) AがBに500万円の返還を請求する前に、Aの責めに帰することができない事由によって甲絵画が滅失していた場合に、AのBに対するこの返還請求は認められるか。Bから予想される反論を考慮しつつ論ぜよ。
- 2 AB間の売買契約が履行された後、Aを被後見人とし、Cを後見人とする後見開始の審判がされた。AB間の甲絵画の売買契約に関するCによる取消し、無効の主張、追認の可否について論ぜよ。

(平成22年度旧司 第1問)

学習のポイント

- 1 小問1(1)では、民法の基本である意思能力について問われています。Aはまだ後見開始の審判等はなされていないので、取消の主張(9)はできません。ですが、当事者間の契約は意思能力ある者の自由な意思決定を前提としているので、意思能力を欠く者の契約は無効となると考えます。
しかし、相手方の意思無能力を奇貨として無効を主張することは、表意者保護という趣旨に反します。そのため、意思無能力者以外の者が無効を主張することは認めるべきではないと考えることになるでしょう。
- 2 小問1(2)では、Aの責めに帰することのできない事由による絵画の消失が問題となっているので、危険負担(534 I, 536 I)の類推適用(契約が無効とされた後なので、直接適用ではない)には、すぐにたどりつくと考えられます。本件甲絵画の滅失について、危険負担の債権者主義・債務者主義のいずれが適用されるかという観点から、Bの反論を考えて下さい。
- 3 小問2については、後見人の取消主張、無効主張、追認の可否が問題となります。まず取消の可否は、Cが後見人に就任する前の契約に関することなので、9条の文言と関連して問題意識を持つことが大切です。次に無効については、小問1(1)でA以外の者に無効主張を認めないとした論述との整合性を踏まえたうえで、説得的な論述を心がける必要があります。最後に追認については、122

条との関係に気付くことができたかがポイントです。追認は取消すことができる行為について行われる制度ですが、本問のA B間の契約は無効であることから、122条を本問の場合にも類推適用できるかが問題となります。

(法務省発表の出題趣旨)

小問1は、意思能力を欠く者がした法律行為の効果と無効の性質についての理解を問うものである。さらに、意思無能力者の保護の観点から、無効の際の事後処理について検討させ、不当利得及びそれに関連する問題についての基礎的な理解を問っている。小問2は、後見開始の審判の前後における後見人の権限の相違に留意しつつ、後見人による取消し、無効の主張、追認の可否の分析を求めるものである。

★ 論点一覧 ★

- 1 意思無能力者がした法律行為の効果
- 2 無効の性質
- 3 後見人による取消し
- 4 無効の主張
- 5 追認の可否

参 考 答 案

第1 小問1(1)について

1 Aは、絵画の売買契約(555条)を締結時に、事理弁識能力を欠く状態であったことから、意思無能力による契約の無効を主張し、500万円を不当利得(703条、704条)として返還請求をすることができないか。

(1) 民法上、私的自治の原則が妥当するところ、私的自治の原則は意思能力ある者の自由な意思決定に基づく行為を前提としている。

よって、意思能力を欠く者の法律行為は無効となる。

(2) 本件で、Aは、事理弁識能力を欠いている時に、Bと甲絵画の売買契約を締結している。意思能力とは、自己の行為の結果を弁識するに足るだけの精神能力をいうから、事理弁識能力を欠いていたということは意思能力を欠いた状態であったといえる。

よって、Aは契約時に意思無能力であったことを理由として、売買契約の無効を主張し、代金500万円を不当利得としてBに対して返還請求することができる。

2 では、Bの側からAの意思無能力による契約の無効を主張し、甲絵画を不当利得として返還請求することはできるか。意思無能力者の相手方からの無効主張の可否が問題となる。

(1) この点、無効な法律行為は、本来誰からでもその無効を主張できるのが原則である。しかし、意思無能力者の行

←意思無能力者がした法律行為の効果

←無効の性質

為を無効とする趣旨は、意思能力を欠いた表意者本人を保護しようとする点にある。また、本件のように、相手方が自己の都合で、意思無能力を理由とする無効を主張しうるとするのは表意者本人の利益を害するおそれがある。

とすれば、意思無能力による無効は、表意者本人のみが主張しうる取消的無効であると解すべきである。

(2) 本件でも、Aが無効の主張をしていない場合、Bの側からAの意思無能力を理由に無効の主張をすることはできない。

第2 小問1(2)について

1 Aとしては、上記意思無能力無効の主張をして、500万円を不当利得としてBに返還請求することが考えられる。

(1) これに対して、Bとしては、危険負担の債務者主義を根拠に、Aは「反対給付を受ける権利を有しない」(536条1項)と反論することが考えられる。

(2) まず、契約が無効となったことにより、契約関係の巻き戻しが生じるため、ABは原状回復義務を負う。そしてこの場合、双務契約に関する規定である危険負担の規定を原状回復の場面にも類推適用すべきである。本問では、甲絵画はAの帰責事由なく滅失しているため、その危険をいずれが負担すべきかが問題となる。

たしかに、本件甲絵画は特定物であるから、債権者主

義（534条1項）が適用されるとも思える。

しかし、Bのみが一方的に返還債務を負担するのでは原状回復の目的を達することができない。そこで、自らの支配領域で生じたリスクは自ら負担すべき、という考え方に基づくものとして、危険負担を捉える。したがって、Aは滅失当時の絵画の価額を返還する義務を負う。

- (3) なお、売買契約の無効による原状回復義務についても、当事者間は同時履行関係に立つ（533条類推）といえる。従って、Aは滅失当時の絵画の価額を返還する義務を負い、それと引換えに代金500万円の返還を請求できる。

よって、Bは絵画の価額の返還と引換えに、500万円を支払う旨反論でき、この場合、Aの500万円の返還請求は同時履行の抗弁権の対抗を受ける。

第3 小問2について

1 取消しの可否

AB間の売買契約は、CがAの成年後見人に就任する前に締結されている。そうすると、契約締結時においては、Aは「成年被後見人」（9条）ではなかったのであるから、AB間の売買契約について同条の適用はない。

したがって、CはAB間の売買契約を取消すことはできない。

2 無効主張の可否

←後見人による取消し

←無効の主張

Aが、意思無能力であったことを理由とする売買契約の無効の主張は、前述の通り、表意者であるAのみが主張しうるのが原則である。

もっとも、後見人は被後見人の財産に関する法律行為について被後見人を代表する（859条1項）者であるから、後見人に、就任前の被後見人の意思無能力による法律行為の無効の主張を認めたとしても表意者保護という前述の趣旨に反することにはならない。

よって、CはAB間の売買契約がAの意思無能力により無効であることを主張することができる。

3 追認の可否

まず、AB間の売買契約は前述の通り、取消しうるものではないので、122条を直接適用して取消すことはできない。

もっとも、前述の通り、意思無能力による無効は、表意者保護のための取消的無効と解すべきであるから、122条を類推する基礎がある。また、後見人が、追認したほうが表意者にとって有利と考えるならば追認を認めても差し支えないといえる。

よって、本件でも122条類推適用によりCはAB間の売買契約を追認することができる。

←追認の可否

以上

司法試験 予備試験 新・論文の森 民法〔上〕 補訂版

2011年10月25日 第1版 第1刷発行

2013年4月5日 第1版補訂版 第1刷発行

著者 ● 株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

発行所 ● 株式会社 東京リーガルマインド

〒164-0001 東京都中野区中野4-11-10

アーバンネット中野ビル

☎ 03(5913)5011 (代表)

☎ 03(5913)6336 (出版部)

☎ 048(999)7581 (書店様用受注センター)

振替 00160-8-86652

www.lec-jp.com/

印刷・製本 ● 倉敷印刷株式会社

© 2013 TOKYO LEGAL MIND K. K., Printed in Japan

ISBN978-4-8449-2204-9

複製・頒布を禁じます。

本書の全部または一部を無断で複製・転載等することは、法律で認められた場合を除き、著作者及び出版者の権利侵害になりますので、その場合はあらかじめ弊社あてに許諾をお求めください。

なお、本書は個人の方々の学習目的で使用していただくために販売するものです。弊社と競合する営利目的での使用等は固くお断りいたしております。

落丁・乱丁本は、送料弊社負担にてお取替えいたします。出版部までご連絡ください。

ISBN978-4-8449-2204-9

C3332 ¥3800E



9784844922049



1923332038000

定価**3,990円** 本体**3,800円** +税5%
LD02204

司法試験 予備試験
新・論文の森

民法〔上〕 補訂版