

【民法】

〔第 1 問〕

(1)について

本問では、強制執行を免れるためにCと通じて売買を仮装し甲建物の登記名義をCに移したAの所有権保持の利益と、そのような事情を知らないでCから甲建物上に抵当権の設定を受けたDの取引の安全とを、どのように調節すればよいか問われています。

AC間の売買は、AがCと通じて(=事前の了解のうえで)行った真意とは異なる意思表示によるものですから、民法94条の虚偽表示に該当して、同条1項によって無効であり、したがって、所有権を持たないCによってなされた抵当権設定契約も無効ということになるでしょう。しかし、そのような取り扱いを貫くと、事情を知らないでCに融資をして抵当権の設定を受けたDの利益を害する結果となります。

この点について、94条2項は、「前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない」と規定しています。これは、意図的に他人と通じて虚偽の意思表示をした場合には、善意の第三者との関係では、表示に対応する真意が欠けていることを理由に当該意思表示の無効を主張することは許されず、第三者の信頼保護を優先すべきことを定めた規定です。本問のDはこの規定による保護を受けることができるのでしょうか。

94条2項の「善意」というのは、虚偽表示の存在を知らなかったことです。問題文の中に「Dは上記のような経緯についてはまったく知らなかったものとする」とあるので、善意要件は満たされているものと考えてかまいません。次に、「第三者」とは、虚偽表示の有効性を前提として新たに法律関係を結び、表意者と相容れない法的地位を得るにいたった者のことです。Dは、Cに所有権が移転していることを前提に抵当権の設定を受けており、AとCは抵当権の存否をめぐって相容れない法律関係にありますから、Dはこの要件を満たしています。善意要件と関連して無過失の要否にも言及してほしいところですが、問題文の中にはDの過失の有無を判断する材料が特に与えられていませんから、無過失必要説をとるならば、結論については場合分けをして導くことになるでしょう。なお、設例では抵当権設定登記がなされているので、登記の要否については特に触れる必要はありません。

以上より、無過失の要否について必要説を取れば異なる結論が導かれる余地がありますが、それ以外の場合には、94条2項が適用されて、AはDに対して抵当権を否定することはできないという結論になるでしょう。論述の順序にはいろいろなバリエーションがありえますが、上記のようなポイントを押さえ、論理的な筋道をきちんとたどって、かつ、説得力ある表現で解答することが求められています。

(2)について

(1)においてAがDの抵当権の存在を否定できないとされた場合には、Aは、DがC所有の賃借人付きの甲建物上に抵当権を得ていることを否定できません。したがって、そのような法律関係を前提に、Dの抵当権は設定者Cの受けるべき賃料に及ぶのか否かが問われています。

目的物の使用収益権限が設定者の下にとどめられていることとの関係で、賃料にも抵当権が及ぶのか否かは古くから議論のあったところですが、平成15年の民法典改正により一応の決着がつけられ、債務不履行後に生じた果実については抵当権が及ぶこととされました（民法371条）。したがって、CD間の金銭消費貸借契約についてCが債務不履行に陥った後に生じた賃料債権に対してはDの抵当権の効力が及ぶこととなります。なお、その場合の賃料に対する執行の方法は、同年に民法典の改正と併せて新設された担保不動産収益執行手続き（民事執行法180条以下）によって行われます。このあたりは基本的な知識として押さえておくべき内容です。

賃料に対して抵当権が及ぶか否かについてのもうひとつのポイントは、物上代位（304条，372条）が可能かどうかです。この点について判例は、物上代位が賃料に及ぶとしてもそれによって設定者の目的物の使用を妨げることにはならないとして、特に時間的限定を付さずにそれを全面的に認めています（最判平成元・10・27民集43—9—1070）。しかし、これに対して、学説の中ではむしろ、賃料に対する物上代位は限定的に認めるべきであるという見解が有力です。賃料を売買代金等と同じような目的物の価値代償物と解してよいのか、物上代位を認めると設定者の使用収益を不当に害するおそれがあるのではないか、担保不動産収益執行手続きがある以上はそちらによるべきではないか等が主な論点です。判例や学説の詳しい内容に立ち入る必要はありません。物上代位の制度趣旨や抵当権の本質といった基本的なところに立ち戻って、問題の所在を指摘し、自分なりの見解を示しながら設例について妥当な解決を導いてゆくことが求められています。

〔第2問〕

最判昭59.4.10民集38—6—557を参考にした問題で、Y会社に、従業員に対する安全配慮義務の違背があったかどうかを問う問題です。安全配慮義務の理論的根拠は、学説上、(イ)雇用契約の付随義務、(ロ)信義則上の義務であるが、労働法原理に立脚した労働契約上の義務、(ハ)労働契約による本質的義務、とする説が対立しています。

最高裁は、自衛隊員の死亡事故を扱った昭和50年2月25日(民集29—2—143)の判決で、安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方または双方が相手方に対して信義則上負う義務であると判示しています。

本問では、休日の宿直であるので、Aには、夜間の営業のほか、部外者による犯罪行為(窃盗、放火など)から企業の施設・財産を保護するための任務が予定されており、この点で、

Yは、Aが宿直中に第三者の犯罪行為によって生命・身体の危険にさらされないような安全措置を講じておく義務があるといえるところ、Yはその義務に違反したといえます。この義務の具体的な内容については、盗難事故が連続し不審な電話がたびたびかかっていたという事実から、窃盗犯人が侵入する危険があり、犯罪に巻き込まれて宿直員に危害が及ぶということも予想されたといえるから、Yとしては、このような宿直員の危険を配慮して、物的施設・安全教育面で十分な手段を尽くさなければなりません、それを尽くさなかったといえます。物的施設については、問題文にあげた設備がもうけられていれば、外部からの侵入を一定程度防ぐことができたといえます。

以上のように、本問では、安全配慮義務の内容を示した後、その義務違反の有無を具体的事実に照らして検討することが必要です。雇用契約の展開中に第三者が侵入してきたという点が、安全配慮義務の通常の事案と異なる点で、それをどのように扱うかも、本問のポイントの1つです。

〔第3問〕

(小問1)

1 (1)について

法定相続分について、基本的な理解を問う問題です。

まず、甲の相続人は、妻A(890条)、Aとの間の嫡出子B及びC(887条1項)、非嫡出子丙の子D及びE(887条2項)となります。

そして、相続人の配偶者Aの相続分は2分の1(900条1号)です。

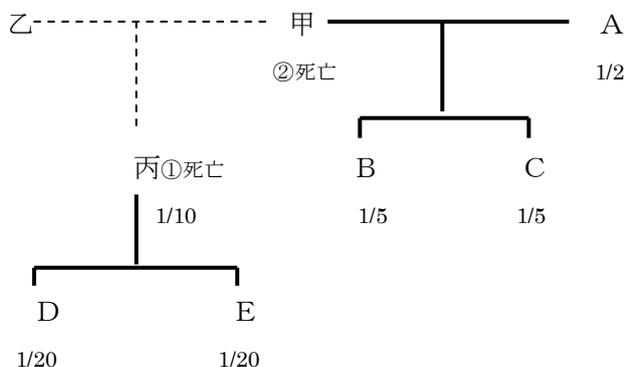
また、非嫡出子は嫡出子の2分の1です(900条4号但書)から、嫡出子であるB及びCの半分を非嫡出子丙の子D及びEが代襲相続することになります(887条2項本文)。

そうすると、B、C、D、Eの各法定相続分は、以下の計算式のとおり、B及びCが5分の1ずつ、D及びEが20分の1ずつとなります。

$$B : C : 丙 = 2 : 2 : 1$$

$$B \cdot C ; 1 / 2 \times \{ 2 \div (2 + 2 + 1) \} = 1 / 5$$

$$D \cdot E ; 1 / 2 \times \{ 1 \div (2 + 2 + 1) \} \div 2 = 1 / 20$$



2 (2)について

相続開始時の相続財産1700万円に、特別受益としてCへの贈与200万円（相続開始時の評価額）が持ち戻され(903条1項。1700万円+200万円=1900万円)、そこからAの寄与分400万円を控除した額1500万円（1900万円-400万円=1500万円）がみなし相続財産となります（904条の2第1項）。

これに、上記1の法定相続分を乗じ、寄与分を加えて考えると、以下の計算式のとおり、Aは1150万円、Bが300万円、Cが100万円、D及びEが各75万円ずつということになります。

$$A ; 1500 \text{万円} \times 1/2 + 400 \text{万円} = 1150 \text{万円}$$

$$B ; 1500 \text{万円} \times 1/5 = 300 \text{万円}$$

$$C ; 1500 \text{万円} \times 1/5 - 200 \text{万円} = 100 \text{万円}$$

$$D \cdot E ; 1500 \text{万円} \times 1/20 = 75 \text{万円}$$

(小問2)

1 最高裁平成4年12月10日第1小法廷判決・民集46-9-2727の事案を基にした問題です。

2 親権者と子との利益が相反する場合には、子のための特別代理人の選任が必要となり(826条1項)、特別代理人が当該行為について代理権・同意権を有することになり、反面、親権者が利益相反行為についてなした代理行為は無権代理となると解されています(最高裁S46/4/20第3小法廷判決・家月24-2-106。なお、単に管理義務違反として親権・管理権剥奪の事由になるにすぎないと解する説もあります。)。したがって、Bが、甲土地に、Y銀行がD会社に有する債権を被担保債権とする抵当権の設定をすることが利益相反行為に当たるとすると、抵当権設定契約の効果はXに帰属しないこととなりますから、Xは、甲土地の所有権に基づいて抵当権設定登記の抹消を求めることができることとなります。

そこで、このような抵当権の設定が利益相反行為となるかどうかは問題となりますが、利益相反行為に当たるかどうかの判断基準については、①外形説（利益相反の有無は行為の外形から判断すべきとする説）、②実質説（行為の動機、目的、結果その他の背景事情を実質的に考慮して判断すべきとする説）とがあり、判例は外形説をとっていると解されています(最高裁S37/10/2第3小法廷判決・民集16-10-2059)。

本問の場合、外形説では、抵当権の設定は子であるXにとっては不利益ですが、他方、抵当権の設定によって親権者Bは何らの利益を受けることにはなりません。したがって、抵当権の設定は利益相反行為には当たらないということになります。

また、実質説に立つとしても、親権者Bには自己の利益を図る目的はありませんし、抵当権の設定によって親権者Bに何らかの利益が生じたわけでもありません。そうする

と、実質説に立っても、利益相反行為には当たらないということになります。

- 3 なお、上記最高裁判例では、本問における抵当権者に当たる者がXのために貸金を使用されるものではないことを知っていたことから、親権者の代理権の濫用の主張がされていましたが、この主張が排斥されています。

本問では、この点について論ずる必要はありませんが、簡単に解説しておきますと、親権者は、子の財産について財産管理権を有し、代理権を有しています（824条）。

そして、親権者の財産管理権、代理権は、本来、子の監護、養育のために行使されるべきですが（820条）、それでは、一般的に、客観的には利益相反行為には当たらないが、親権者が自己又は第三者の利益を図ることのみを目的とするなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められるような場合、換言すると代理権の濫用に当たる場合には、どうなるのでしょうか。

この点については、①民法93条但書を類推適用し、相手方が濫用の事実を知り又は知り得べかりしときには、その効果は子に及ばないとする説、②親権者が代理権を濫用した場合には、その行為の効果は子に及ばないとする説、③事案によっては、親権者を効果の帰属主体とみることにより、問題となる行為を利益相反行為に当たるとする説などがあり、上記最高裁判例は、①説に立っています。

法定代理権の濫用の場合と任意代理権の濫用の場合とで区別して取り扱わなければならない合理的理由は見当たらないと考えられますので、この点については、主に任意代理について論じられている代理権の濫用のケースと同じように考えていけばよいでしょう。

次に、親権者が第三者の債務を担保するために担保権を設定した場合に代理権の濫用に当たるかどうかの判断枠組みをどのように考えるかということが問題となりますが、その前提として、上記最高裁判例は、「親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているものとみるべきである。」としています。このような立場からすると、親権者の代理権は、原則として一切の行為に及ぶのですから、物上保証に供する行為が原則として代理権の濫用に当たるものということとはできず、例外として「親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情」がある場合に初めて代理権の濫用といえることになるでしょう。上記最高裁判例は、この立場であり、代理権の濫用に当たるといえる特別な事情の例示として「子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされる」場合をあげています。

本問の場合には、上記最高裁判例の判断枠組みに従うと、このような特別な事情といえるような事実関係は見当たりませんので、代理権の濫用には当たらないと考えられます。

そうすると、親権者Bがした抵当権の設定行為の法的効果は、Xに帰属することにな

りますから、Xは、自己の持分についての抵当権設定登記の抹消を求めることはできないということになります。

以上