

No.1 権利能力

次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問4】に答えなさい。(配点：100点〔[設問1]、[設問2]、[設問3]及び[設問4]の配点は、30：40：15：15〕)

【事実I】

1. Aは妻Bと婚姻をしており、BはAとの間の第1子を懐胎している。2022年2月10日、AはC社に雇用され建設現場の作業員として働いていて、建設作業用のクレーンが十分に固定されていなかったため倒れ、Aは倒れたクレーンの下敷きになり即死した(以下「本件事故」という)。Aの両親は既に他界しており、Aには遠方に居住する弟Dがいる。
2. Aの葬儀も終わった本件事故から1週間後に、C社が賠償交渉を持ちかけてきた。Bは、C社から「Aには逃げるのが遅れた過失があると思われるが、誠意を持って賠償をする。」と説明され、賠償金額について交渉をもった。Bは親や友人などの意見も聞いた上で交渉に挑み、C社からはAの損害について死亡慰謝料込みで5,000万円を支払うという案が出された。
3. Bもこの提案を飲み、Aの損害として5,000万円の他に、B及び生まれてくるAの子につきそれぞれ500万円の慰謝料を支払うことが、BとC社との間で合意された(以下「本件合意」という)。合計6,000万円は、その後直ちにC社から指定されたBの銀行口座に振り込まれた。
4. 本件事故から6か月後の同年8月10日に、BはAの子Eを出産した。Bは、出産後数か月してEを保育園に預けて働きに出て、職場で知り合った同僚Fと本件事故から2年後の2024年2月に再婚をした。
5. Fから、賠償金合計6,000万円は安いのではないかと話され、Bは事故後早急に本件合意をしてしまったことを悔やむようになった。そのため、BはC社に対して、B及びEを原告として、支払われた6,000万円と実際に被った損害との差額を賠償請求できないか考えている。

【設問1】 【事実I】1から5までを前提として、B及びEのC社に対する損害賠償請求について、C社からの反論を踏まえて論じなさい。

【事実II】

前記【事実I】の1から3までに続いて、以下の事実があった（【事実I】の4と5は存在しなかったものとする。）。

6. 2022年4月、B（妊娠6か月）が買い物の帰りに街道脇の2.5mほどの幅の歩道を歩いていたところ、後ろから自転車に乗る α （13歳・男子中学1年生）が、塾に遅れそうになり急いでおり、Bの右側（道路側）を速度を落さず通り過ぎようとした。
7. α の接近に気がつかずに、Bは歩道上に落ちていたゴミを避けようと急に道路側に進路変更をした。 α はまさかBが急に右側に寄ってくるとは思っていなかったため、避けきれず、自転車をBに激突させてしまった。
8. Bは買い物袋を両手に持っていたため、 α の自転車に激突された衝撃で転倒してしまい（以下「本件転倒事故」という。）、本件事故の結果、Bは胎児を流産してしまった。 α の両親は離婚しており、 α は母親 β に引き取られ β と暮らしている。 β は α に自転車に乗る際には周りに気をつけるよう日頃から注意を与えていた。

【設問2】 【事実I】の1から3まで及び【事実II】（1から3まで及び6から8まで）を前提として、以下の問いに答えなさい。

- (1) D（【事実I】1参照）のC社に対する損害賠償請求、また、C社のBに対する不当利得返還請求について論じなさい。
- (2) Bは α 及び β に対して、どのような法的根拠に基づいて損害賠償を請求できるのか、論じなさい。

【事実III】

前記【事実I】の1から4までに続いて、以下の事実があった（前記【事実I】の5は存在しなかったものとする。）。

9. 2025年4月、Fは浮気が妻Bに発覚し、Bと口論になり家を飛び出して

しまい、そのまま戻ってこなかった。会社にも出勤せず解雇になり、その後、音信不通となりどこで何をしているのか分からない状態になった。

10. Bは、F所有の土地建物（以下「本件土地建物」という。）に居住しているが、Fの失踪から8年後の2033年に、BはたまたまネットでFのSNSを発見しFが愛人と暮らしていることを知った。
11. Bは、Fへの愛情を失っており、本件土地建物などFの財産を売却して金銭を得ようと考えて、家庭裁判所にFの失踪宣告を申し立て、Fの失踪から10年後の2035年10月にFの失踪宣告がなされた。
12. Fの親兄弟は既に他界しており、FにはBとの間も含めて子もいない。そのため、Bは唯一の相続人として本件土地建物につき相続を原因として所有権移転登記を受け、また、F所有の甲画を1,000万円で売却した。
13. 2035年12月に、FがBの元に戻ってきて、事情を知って憤慨し、直ちに家庭裁判所に失踪宣告の取消しを申し立て、2036年1月に失踪宣告の取消しの審判がなされ確定した。Bは、甲画の代金のうち100万円をパチンコに使用し、100万円を生活費に使い、残り800万円はB名義の預金口座に残っている。

【設問3】 【事実Ⅰ】の1から4まで及び【事実Ⅲ】（1から4まで及び9から13まで）を前提として、FがBに対してなすことが考えられる法的主張について、論じなさい。また、【事実Ⅲ】の10の下線部を、「BはFの生存を知らなかった」と変更した場合についても言及しなさい。

【事実Ⅳ】

前記【事実Ⅰ】の1から4まで及び【事実Ⅲ】（1から4まで及び9から13まで）に続いて、以下の事実があった（前記【事実Ⅰ】の5は存在しなかったものとする。）。

14. 失踪宣告が取り消されてから2か月後の2036年3月に、本件土地建物の所有権移転登記を抹消する前に、Bが本件土地建物をGに5,000万円で売却する契約を締結した。Bは直ちにGへの所有権移転登記を経由したが、代金は2036年3月末に支払う約束になっておりいまだ支払われていない。

【設問 4】 【事実Ⅰ】の1から4まで、【事実Ⅲ】及び【事実Ⅳ】（1から4まで及び9から14まで）を前提として、FはBのなした本件土地建物のGへの売買契約を追認して、Gから代金の支払を受けたいと考えている。その請求の可否、また、Fが追認以外にGから本件土地建物の代金を取得する法的構成について論じなさい。Bは無資力状態にあるものとする。

○ 言及すべき点及び論点 ○

1 [設問 1] について

- ①胎児の法的地位 (重要度 A)
- ②胎児の部分のみの一部無効 (重要度 C)
- ③ E の損害賠償請求権 (重要度 D)
 - Ⓐ固有の慰謝料請求権 (重要度 C)
 - Ⓑ相続肯定説の是非 (重要度 B)

- Ⓐ身体侵害 (重要度 D)
- Ⓑ胎児の死亡についての慰謝料 (重要度 B)
- ③過失相殺 (重要度 C)
- ④ α の責任能力 (重要度 D)
- ⑤ α の過失 (重要度 C)
- ⑥責任能力ある未成年者の監督者責任
 - Ⓐ709条による責任 (重要度 B)
 - Ⓑ責任の要件 (重要度 A)

2 [設問 2] について

(1) 小問(1)について

- ①胎児に相続なし (重要度 D)
- ② D が相続人になる (重要度 D)
- ③ D には和解の効力は及ばない
 - Ⓐ相続肯定説による権利取得 (重要度 D)
 - Ⓑ固有の慰謝料請求 (重要度 D)
- ④ B の和解の効力への影響 (重要度 B)

3 [設問 3] について

- ①不法行為を理由とする損害賠償請求 (重要度 C)
- ② 32条2項と悪意者 (重要度 C)
- ③善意の場合の現存利益 (重要度 B)

(2) 小問(2)について

- ①胎児の流産
 - Ⓐ相当因果関係 (重要度 B)
 - Ⓑ素因減額 (重要度 D)
- ② B の損害賠償請求権

4 [設問 4] について

- ①他人物売買の所有者による追認の効果 (重要度 A)
- ②債権者代位権 (重要度 B)
- ③その他の法的構成 (重要度 C)

解説及び答案作成の指針

1 [設問 1] について (配点は 30 点)

【出題趣旨】 [設問 1] は、和解(本件合意)の効力を確認した上で、胎児を代理してなされた和解の効力について検討してもらう問題である。そして、和解が無効とされる場合に、出生した子が取得する損害賠償請求権については、相続肯定説について軽く言及すればよい。相続を肯定する判例が確立しているので深入りは不要である。

(1) 本件合意(和解)の効力

(a) 和解の紛争の遮断効 B が C 社となした本件合意は民法上「和解」(695条)であり、しかも、BC 間の和解と B の代理による胎児と C との間の和解の 2 つの和解がなされている。実際の損害賠償請求権の額が 6000 万円以上又は以下であったとしても、和解の権利消滅効また創設効(696条)により、超過する金

額部分の債権は和解により消滅、また不足している分は発生したことになる。和解はその合意で争いを回避しようとする紛争解決の合意であり、異なる主張が遮断されることになる（紛争の遮断効）。したがって、B側は実損害を賠償請求するためには、和解の効力を否定する法的主張をする必要がある。

【答案作成についてのコメント】 まず、現実の損害額よりも和解金額が少なくても、その差額は和解の効力により消滅しており（696条）、和解の無効・取消しを主張しなければ、その差額の請求はできないことを問題提起する。

(b) 和解の効力を争う主張の根拠——和解と錯誤 本問では、C社による詐欺も強迫もない。実際の相場ではもっと賠償金がとれることを知らなかったという、法的評価の錯誤に過ぎない。この程度の金銭評価の誤りは、95条1項2号の基礎事情の錯誤には該当しない（改正前95条の要素の錯誤にもあたらない）と考えられる。また、そもそも和解という合意は、実際の権利関係がどうであろうとそれで解決し「紛争を終了させ、蒸し返さない」合意であり、合意を争うことはその合意の効力により禁止されているのである。ただ、改正前民法の95条について——改正後も先例としての価値あり——、「争の目的と為らざりし事項」についての錯誤は例外として主張が認められている（大判大6・9・18民録23輯1342頁など）。しかし、本件合意はこれに該当する事実はない。

【答案作成についてのコメント】 本件合意における、Bの争いの対象となった金額の相当性の錯誤は動機の錯誤に過ぎないこと、争いの目的となっておらず前提とされた事情の錯誤ではなく、和解の効力を争えないこと、この結果、詐欺や暴利行為にも該当しないためBは保護されないことを要領よく言及すればよい。

(2) 胎児についての代理行為の効力

(a) 何が問題か ①上記のように、B自身の本件合意部分については効力を否定できず、Bは和解に拘束される。②問題は、本件合意の当時に胎児であったEについての、Bが代理して行った本件合意の効力である。この問題は、出生を権利能力の始期とする3条との関係で、その例外規定（本件では、E固有の損害賠償については721条、Aの損害賠償請求権については886条1項）における胎児の出生前の法的地位についての理解により、異なる解決がされることになる。

【答案作成についてのコメント】 この問題は〔設問1〕の中心論点なので、問題提起から丁寧に議論すべきである。

(b) 出生前の胎児の法的地位 胎児の法的地位をめぐっては、2つの考えが

対立しており、いずれの立場で答案を書くかで結論が大きく異なってくる。

① 停止条件説ないし人格遡及説（判例） 胎児の間には権利能力がないことを宣言する3条を重視し、3つの例外の事例における権利義務の取得を認める限度で、出生したら遡及的に胎児の段階でも既に人であったと擬制するものとする学説がある（停止条件説ないし人格遡及説）。①3条の原則に適合すること、②民法は胎児の間の権利関係について何ら規定を手当てしておらず、これは胎児の間に権利能力を認めない趣旨であることが理由である。これが判例の立場である（大判昭7・10・6民集11巻2023頁[阪神電鉄事件判決]）。

この考えでは、胎児の間には権利能力はないので、胎児を代理してなされた行為は存在しない権利主体を代理する行為となり無効となる。したがって、Eは本件合意に拘束されずに、全額の損害賠償を請求できる。Bに支払ったEの分の3000万円については、C社はBに不当利得返還請求をするしかない。

② 解除条件説ないし制限人格説 他方で、学説には、胎児の間に権利能力を認め、ただ死産を解除条件とする（886条2項）という考えも有力である（解除条件説ないし制限人格説）。しかし、相続等のみを認めるだけのはずが、胎児に相続を認め権利取得を認めると、母親が法定代理人としてそれらの処分・管理行為ができてしまい、それは相続等に限定して胎児に権利取得を認めるという民法の立場と抵触してしまう。3条の原則（胎児に権利能力なし）に反すること甚だしい。この立場では本件合意は有効になり、EもBとともに本件合意に拘束されることになる。

【答案作成についてのコメント】本件では、①説ではBがEを代理してなした本件合意の部分は無効になるが、②説では有効となる。したがって、以下の論点に進むのは①説だけになる。①説の方が多く論じることができることと判例であることから、①説で答案を書くことが推奨される。

(3) 相続の可能性——停止条件説の立場での考察

以下は、本件合意を無効とする停止条件説によった場合にのみ論じることが必要な問題点である。なお、C社はAの過失相殺を改めて争うことができる。

(a) 固有の損害賠償請求権 ①まず、Eは721条、711条により固有の慰謝料を請求できる。Eは、事故時に胎児であったとしても、慰謝料の請求は妨げられない。物心がつけば自分の父親が死亡しているという悲しみを感じる可能性だけで、慰謝料の請求が可能である（幼児につき、大判昭11・5・13民集15巻861頁）。②また、相続否定説では、Aによる扶養を受けられなくなったことを損害

として、財産的損害の賠償請求をすることができる。

【答案作成についてのコメント】まず、711条により固有の慰謝料請求ができること、また、幼児でも慰謝料請求が可能なことを確認すべきである。

(b) 相続を認めるか 判例は相続肯定説を採用し、死亡により将来の逸失利益についての損害賠償請求権が発生し、同時に相続人に相続されるものとする（大判大15・2・16民集5巻150頁）。精神的損害についても、死者に死亡による慰謝料請求権が成立し、同時に相続人に相続されることを認めている（最大判昭42・11・1民集21巻9号2249頁）。

【答案作成についてのコメント】相続を認めるか否定するか、周知の議論を行う。学説上は議論があり相続否定説も有力であるが、判例が確立されているので、不必要に多くの議論をする必要はない。相続肯定説で書くことが無難である。

(c) 相続される損害賠償請求権 相続肯定説では、AのC社に対する損害賠償請求権をEが相続することになるが、これには、①不法行為に基づく損害賠償請求権だけでなく（709条、710条）、②安全配慮義務違反による債務不履行（415条）に基づく損害賠償請求権も考えられ（最判昭50・2・25民集29巻2号143頁）、判例に従えば2つの請求権は競合し選択が可能である。

【答案作成についてのコメント】本件事故はC社の安全配慮義務違反による事故であり、相続肯定説では、Aに債務不履行を理由とした損害賠償請求権と不法行為を理由とした損害賠償請求権とが成立し、請求権競合の関係になり、これがEに相続されることになる。安全配慮義務違反の証明責任まで言及する時間的余裕はないし必要もない。

2 [設問2] について (配点は40点)

【出題趣旨】 [設問2] では、死産した胎児についての相続はなく、Aの相続人はBと弟のDになる。この結果、Bと胎児を相続人としてなされた本件合意の効力が問題になる。弟Dには本件合意の効力が及ばないこと、他方で、妻Bには本件合意の効力が及ぶが相続分に応じた計算のやり直しが必要なことを論じることになる。αへの損害賠償請求については、αについて責任能力と過失、βについて責任能力ある未成年者の監督者責任を論じる必要がある。

(1) 小問(1)について——C社への損害賠償請求

(a) DによるC社に対する損害賠償請求について

(ア) 相続人が胎児ではなくDになる 胎児が死産した場合には、胎児についての相続は認められず（相続については886条2項、固有の損害賠償請求については721条への886条2項類推適用）、Aの相続人は、BとAの弟Dになる

(889条1項2号)。

(イ) Dへの本件合意の効力

① 相続肯定説による1/4の相続 BはDを代理してDの権利を処分する権利はないし、また、Dの代理人としてDを当事者とする示談をしたわけではなく、Dには示談(本件合意)の効力が及ばない。その結果、DがAの損害賠償請求権を4分の1の相続の割合ですることができる(900条3号)。

② 固有の慰謝料請求 固有の慰謝料請求には711条の制限がある。判例は、711条に列挙された者ではなくても、「被害者との間に同条所定の者と実質的に同視しうべき身分関係が存し、被害者の死亡により甚大な精神的苦痛を受けた者は、同条の類推適用により、加害者に対し直接に固有の慰藉料を請求しうる」としているが(最判昭49・12・17民集28巻10号2040頁)、本問では特別事情が認められない。したがって、Dには固有の慰謝料請求権は認められない。

【答案作成についてのコメント】以上の点は、答案で結論の確認をするだけで十分である。

(b) C社のBに対する不当利得返還請求

(ア) Bの合意部分は有効なまま 妻Bについては、[設問1]に述べたように本件合意の拘束力を受ける。Bは、Bと胎児の分それぞれ3000万円、合計6000万円を受け取っているが、死産の結果、胎児ではなく相続人はDになっている。この場合に、Bの分は有効で胎児の分は無効であったが、相続人がDに変更されることにより、有効な金額を修正しなければならなくなる。

(イ) 金額の修正方法 ①まず、胎児が生まれることを前提としていたのでBの分も含めて全部無効という処理は、折角なされた解決を一切反故にしてしまい適切ではない。②そこで、Bの有効分を2分の1から4分の3に変更する形で有効性を維持することが考えられる。一部無効又は一種の無効行為の転換ということができる。したがって、3000万円分有効であったのが、5000万円の $\frac{3}{4}$ = 3750万円 + 固有の慰謝料500万円、合計4250万円が有効となる。残額1750万円が無効な支払になり、BはこれをC社に返還することを要する。

【答案作成についてのコメント】この点は教科書に書いてある問題点ではなく、その場で考えてもらう問題である。問題点に気がついただけで採点上点数を与えられ、どう解決したかのセンスで加点される。

(2) 小問(2)について—— α 及び β への損害賠償請求

(a) Bの被侵害権利は？

(ア) B自身の身体侵害 Bは自分が被害を受け流産しており、その治療費や苦痛についての慰謝料を損害賠償請求できることは疑いない。問題は、胎児の死産につき711条に準じて損害賠償請求ができないかということである。もし、これを認めれば、父親がいれば（本問ではAが死亡しているので問題にならない）、父親も自己の胎児が死産になったことを理由に、711条の類推適用により慰謝料請求ができることになる。

(イ) 胎児の死産による慰謝料 下級審判決には、事故時に「妊娠36週であり既に正期産の時期に入っており、当時胎児に何らの異常はなかったこと、現在の医療水準を考えれば胎児が正常に出産される蓋然性が高いことが認められ」「新生児と紙一重の状態」にあった事例で、「出産を間近に控えた胎児の死亡についての損害賠償額は、それなりに評価されるべきと考える」とした判決がある（東京地判平11・6・1交民32巻3号856頁）。「新生児と紙一重の状態」の事例であったが、それが必須の要件になるのかは微妙である。本問では妊娠6か月なので、このような要件を設定すると、711条の類推適用ができるのかは微妙になる。胎児一般に711条を類推適用することも解釈としては考えられる。

【答案作成についてのコメント】 Bが胎児死亡につき711条の類推適用により損害賠償請求ができること、その要件として「新生児と紙一重の状態」であることを必要とするのかということ議論すれば加点になる。

(b) 損害賠償の範囲——流産による損害まで賠償範囲に入るか

(ア) α の過失及び相当因果関係 α には歩行者の脇を停止可能な速度まで減速せず、そのまま通れると慢心して通過しようとした点で過失があるといつてよい。 α からは、接触したBが妊婦であったという「特別事情」については分からなかったと主張がされるであろう。しかし、判例は416条を不法行為に類推適用しつつもほぼ擬制的に予見可能性を認めているので、ここでもおよそ妊婦が歩いていることはありえないことではないと、抽象論にすり替えて予見可能性を肯定することになる。その後の転倒、流産も同様である。

(イ) 素因減額また過失相殺 また、 α は、妊婦であることを減額すべき素因と主張することが考えられる。単なる身体的特徴とも異なるが病気ではない。判例はないが、公平の観点から考慮すべき素因とは思われない。ただし、妊婦と

いうことで普通の者より周りに注意を払って歩くべきであると考えて、過失相殺をすることは可能である。Bとしても、後ろから自転車が来る可能性があるのです。たとえ妊婦でありまた両手が荷物でふさがっていたとしても、後ろを確認せずに急に歩道の位置を変えたのは、過失を認める余地がある（判断は微妙である）。

【答案作成についてのコメント】 学理的には大いに議論がある論点ではあるが、判例は確立している点でもあり、簡単に問題提起をして判例の相当因果関係説で解決してよい。妊婦であることを素因減額として考慮はしないのが妥当なように思われ、単に過失相殺で考慮する可能性があることを言及すれば足りる。

(c) 損害賠償義務者

(ア) α について まず、 α については13歳の中学1年生であり、責任能力を肯定してよい（712条参照）。したがって、 α が709条により上記の損害につき賠償責任を負うことは疑いない。古い判例には12歳7か月の少年の責任能力を否定した判決があるが（大判大10・2・3民録27輯193頁）、それは714条を適用して親に対する損害賠償請求を認めるためであった。現在では、親の責任を認めるためにあえて未成年者を責任無能力者と認定する必要はない（**㊦**(イ)①）。

(イ) β について

① **責任の可能性** 問題は親権者たる母親の β である。民法では、責任無能力者の監督者として未成年者の親についての責任が規定されている（714条）。そのため、未成年者であり親の監督者としての義務は何ら変わりなく存続しながら、未成年者に責任能力が認められると親の714条の責任はなくなることになる。立法論として批判されていたところであり、解釈論として、親は未成年の子が責任能力を有していても709条による責任を認めることが提案され、判例によっても採用されている（最判昭49・3・22民集28巻2号347頁）。しかし、そこで問題とされている過失ないし義務違反は、709条の子の具体的不法行為についての過失ではなく、日頃の親としてのしつけにかかわる過失ないし義務違反である（そのため、実質的には714条の類推適用）。

② **参考となる714条についての判例** ①のような運用から、親の709条の責任についても、714条と平行に考えられ、714条についての最判平27・4・9民集69巻3号488頁（サッカーボール事件）が参考になる。同判決は、①「その直接的な監視下でない子の行動について、人身に危険が及ばないように注意して行動するよう日頃から指導監督する義務がある」、②「通常は人身に危険

が及ぶものとはみられない行為によってたまたま人身に損害を生じさせた場合は、当該行為について具体的に予見可能であるなど特別の事情が認められない限り、子に対する監督義務を尽くしていなかったとすべきではない」と判示した。

③ 本件へのあてはめ 要するに、親は、①の人身に危険が及ぶ行為により未成年者が第三者に損害を与えた場合に、日頃からの監督義務を尽くしていなかったならば責任を負うことになる。そうではない②の事例では、日常生活においてたまたま過失により他人に損害を与えた場合が問題となり、その行為が具体的に予見できたのに阻止しなかったといった特段の事情がある場合に限り責任が認められることになる。

本件では、①の事例である。βも日頃から自転車の運転に注意するよう指導していたのであり、βの709条の責任を導くのは難しい。

【答案作成についてのコメント】αについては13歳の中学生であるため責任能力を認め、βについては、714条が適用にならないが、709条の責任を認める余地があることを指摘して、サッカーボール事件の規範をあてはめて結論を考えるべきである。

3 [設問3] について (配点は15点)

【出題趣旨】 [設問3] は、生存している者につき悪意で失踪宣告を申し立て、その宣告がされ、更に相続人として失踪者の財産を処分した者に対する、失踪者のなしうる法的主張を検討してもらう問題である。32条2項の現存利益への制限が悪意者にも適用されるのかが、主たる論点になる。後段は、Bが善意の場合について問う問題であり、原状回復ではなく、現存利益に限定されていることを確認し、現存利益の判断をしてもらう問題である。

(1) 不法行為を根拠とした損害賠償請求

Bは、Fが生存していることを知りながら、Fの失踪宣告を申し立てており、不法行為に該当することは疑いない。そして、甲画を売却しており、売却当時は相続が有効でありB所有になっているが、それは失踪宣告の効力によるものであり、BがFの甲画を侵害したものといえる。したがって、FはBに対して甲画の価格を賠償請求できる。後述のように不当利得返還請求ができることは、請求権競合になるだけで損害から差し引く必要はない。

その他、失踪宣告取消しのための費用（弁護士に取消手続を依頼した費用や、手続に要した費用）も賠償請求できる。また、失踪宣告を受けて死亡した者と扱われていたという精神的苦痛につき、慰謝料を認める余地もある（710条）。不法

行為による損害賠償には、不法行為時からの遅延損害金の支払を義務づけられることになる。

【答案作成についてのコメント】 不法行為が成立することを確認し、その損害の内容、また、不当利得返還請求権との関係などについて言及しておくべきである。

(2) 不当利得返還請求権

(a) Bが悪意の場合——悪意でも現存利益の返還だけか 【事実Ⅲ】の10の下線部によると、BはFの生存について悪意である。ところが、32条2項はその適用を特に善意者に限定していないため、悪意のBも現存利益だけを返還すればよいのか疑問になる。

この点についての判例はない。①学説には悪意でもよいという少数説もあるが、②通説は、32条2項について703条を確認しただけの規定であり、悪意であれば704条により全額の返還義務を負うのは当然であり、失踪宣告の事例だけ例外を認める必要はないと考えている——不法行為による損害賠償請求とのバランス論もある——。そうすると、Bは代金1000万円全額を返還しなければならないことになる。また、受けた利益には、利益を受けた時からの利息を付けなければならない(704条本文)。

(b) Bが善意の場合 【事実Ⅲ】の10の下線部を変更して、BがFの生存を知らなかった場合には、32条2項が適用され、Bは現存利益のみを返還すれば足りる。「利益」が残っていると認められればよいのであり、受けた財産や金銭がそのまま残っている必要はない。

①代金が預金されて残っているのは800万円に過ぎない。②パチンコに使用した100万円は浪費であり現存利益はない(換金したかどうか不明)。③これに対して、生活費はいずれにせよ自己の資金から支出が必要であったものであり、100万円分自己の資産が支出を免れているので、現存利益を認めてよい。したがって、①と③の合計900万円が現存利益としてBがFに返還すべき金額である。現存利益については、Bが浪費等による利益の喪失につき証明責任を負う。

【答案作成についてのコメント】 32条2項が悪意の場合にも適用されるのかを論じ、また、下線部を善意にした事例については、何が現存利益なのかを論じればよい。

4 [設問4] について (配点は15点)

【出題趣旨】 [設問4] は、他人の財産が処分された場合に、所有者はそれを追認して買主に对する代金債権を取得できるのか、できないとしたら、その他に所有者が買主から代金を優先的に取得する方法が考えられないかを検討してもらう問題である。

(a) 問題の確認と追認の効果

(ア) 問題の確認 もしBが破産手続開始の決定を受けていれば、代償的取戻権(破産法64条)によりGに対する代金債権をBの責任財産から取り戻すことができるが、Bについて破産手続は開始していない。しかし、Bは無資力状態であり、破産手続が開始した事例とのバランス上、Fが優先的に代金を受け取れることが好ましいが、問題はその民法上の実現方法である。

(イ) 追認により代金債権を取得できるか まず、FがBG間の他人物の売買契約を追認しても、それはFからGへの所有権の移転という物権的効力を生じさせるに過ぎない。他人物売買でも債権契約としてはBG間に有効に成立する。Fが追認しようと、代金債権はBに帰属したままである(最判平23・10・18民集65巻7号2899頁[ぶなしめじ事件判決])。この結果、追認しても、FはBのGに対する代金債権を取得しえない。

【答案作成についてのコメント】 [設問4] は、ぶなしめじ事件判決を議論させる問題である。他人物売買について、追認により有効になるのは売買契約ではなく、所有権移転という物権的効力に限られること、代金債権の帰属には影響を及ぼさないことを確認すべきである。判例があるので、これを落とすのは痛い。

(b) 債権者代位権の行使 Bは無資力状態であるため、FのBに対する不当利得返還請求権ないし損害賠償請求権を被保全債権として、Fは、BのGに対する代金債権を代位行使することができる(423条1項)。Fは、代位権に基づいて、Gに対して自己に代金を支払うよう求めることができる(423条の3)。しかし、たとえ代位訴訟を提起しても、Bが代金を受領することを阻止し得ない(423条の5)。また、Bの他の債権者による差押えを阻止できない。このようにして、代位権の行使では、Fの代金債権からの回収は確実なものではない。

(c) 代金債権の排他的取得 ①Bの破産を申し立てて代償的取戻権(破産法64条)を行使することも考えられるが、②民法レベルでも、不当利得返還請求権(703条、704条)によることが考えられる。即ち、BがFの所有物を買って「代

金債権を取得した」こと自体が不当利得であり、代金受領前から不当利得の成立が認められる。そのため、代金債権の取得を不当利得としてその返還（債権の移転）を請求できると考えられる（646条2項のような権利になる）。これならば、破産手続外でも、Bの責任財産から本件代金債権を取り戻すことが可能になる。

【答案作成についてのコメント】 Bに代金債権を帰属させたまま、所有者Fが代金を買主Gから優先的に取り戻すことができる方法について検討すべきである。この点は問題意識だけでも示せば加減点事由と認められる。

■ No.1 模範答案例 ■

1 [設問 1] について

(1) B の C 社に対する損害賠償請求

(a) 本件合意 (和解) の効力 B は、BE の実損害は本件合意による賠償金よりも大きいと主張して、既に受領した賠償金との差額を C 社に対して賠償請求することを考えている。これは可能であろうか。

これに対して、C 社からは、和解により解決済みである旨の主張がされるものと思われる。和解の効力により、真の権利関係と和解により合意された権利関係とが一致しなくても、その差額は消滅したものと扱われるのである (696 条)。過去の争いの蒸返しをしないことが、紛争を解決する合意としての和解には要求されるのである。

(b) 無効・取消事由はない このため、本件合意の金額が現実の損害よりも少ないとしても、その部分は和解により消滅していることになり、B はこの金額を請求することはできない。ただし、本件合意に無効・取消事由があれば別である。この点、B から主張されることが考えられる無効、取消事由について考察すると、まず、適切な賠償額の誤認は法的評価の錯誤であり、95 条 1 項の錯誤として保護されることはない。また、C 社が強迫や詐欺を働いた事情はない。さらには、暴行行為として、公序良俗違反 (90 条違反) として無効とされるような、B の窮乏に乗じて不当に低額な賠償金を押しつけたわけではない。以上より、B は本件合意に拘束される。

(2) E の C 社に対する損害賠償請求

(a) 胎児を代理した和解は有効か

(ア) 胎児に権利能力なし 問題は、本件合意の、合意当時に胎児であった E を、母親 B が代理してなした部分の効力である。というのは、胎児には権利能力はなく (3 条 1 項)、これを主体とする合意は無効ではないかという疑問があるからである。

(イ) 例外事例の法律構成 この点、胎児は損害賠償 (721 条) と相続 (886 条 1 項) については出生を擬制される。では、その限度で胎児にも権利能力が認められ、本間での代理行為は有効になるのであろうか。しかし、胎児の期間の権利関係について規律する条文はなく、民法はそのような解決を予定していない。また、例えば胎児に相続を認め、母親に代理権を認めてしまうと、胎児を代理して財産処分をするなどいかなる行為も可能になってしまう。これは相続それ自体だけを出生擬制により認めようとした趣旨と抵触する。

(ウ) 本間の結論 したがって、胎児が生まれたら相続などを認めるというだけの効力しか認められず、胎児の間にはあくまで、3 条 1 項により権利能力はないと解すべきである (停止条件説)。この結果、B のなした本件合意は、E の部分に関する限り無効であるといわざるをえない。

(b) E が改めて主張できる権利 E は既に支払われている賠償金との差額を賠償請求できる。胎児の間に B による賠償金の受領は無効であるが、E の出生と同時に

有効になったと考えてよい。Bの代理権が補完されるからである。では、Eの損害賠償請求権としてどのようなものが考えられるであろうか。

(ア) 固有の慰謝料請求権 まず、Eが自己固有の慰謝料請求権(711条)を取得する。確かに、今は生まれたばかりで父のいない悲しみを感じてはいないが、将来悲しみを受けることが考えられるため、胎児の段階から慰謝料請求権を取得していたことを認めてよい(721条)。

(イ) Aの損害賠償請求権の相続 また、Aの死亡により、Aに死亡逸失利益と死亡慰謝料についての賠償請求権が成立すると同時に相続により相続人に移転している。安全配慮義務違反による不法行為(709条又は715条1項)と債務不履行(415条1項)の2つの損害賠償請求権が成立し、請求権競合になる。そのため、Eは、Aのこの2つの損害賠償請求権を法定相続分である2分の1(900条1号)につき相続を原因として、相続時に取得していたことになる(886条1項)。

以上の損害賠償請求権から、既受領の金額を差し引いた差額を、EはC社に対して賠償請求することができる。C社も改めてAの過失相殺を争うことができる。

2 [設問2] について

(1) 胎児の損害賠償請求権

胎児の出生擬制は、死産で生まれた場合には認められない(886条2項)。その結果、胎児を被相続人とする相続は生じないことになる。胎児はAの相続人になっていなかったことになり、Aの相続人は、妻Bと弟Dであったことになる。

(2) C社に対する損害賠償請求権

(a) Dの損害賠償請求権 DはBのなした和解に拘束されない。胎児の部分の合意をDにつき有効とする無効行為の転換は、私的自治の原則からして認められるべきではない。したがって、Aの死亡逸失利益の損害賠償請求権及び死亡慰謝料請求権を共同相続により法定相続分の4分の1を相続することになる(900条3号)。Dには、この他に固有の慰謝料を認めるべき特別の事情はない。

(b) Bの損害賠償請求権

(ア) 当初の合意の効力のままでは不適切 他方で、Bは和解に拘束される。しかし、その法定相続分は、和解で前提とした2分の1ではなく、4分の3になっている。そのため、Bにつき有効な部分の範囲が、2分の1のままというのは適切ではない。

(イ) 全面的に無効とすべきではない しかし、和解契約を全面的に無効とするのも、せっかくなされた合意を全て無にしてしまい適切ではない。そこで、固有の慰謝料を500万円とする合意、また、Aの損害を5,000万円とする合意は有効のままと考えるべきである。そのため、5,000万円につきBの相続分である4分の3に匹敵する3,750万円の損害賠償請求権と500万円の固有の慰謝料請求権、合計4,250万円について有効と解すべきである。この結果、支払われた6,000万円のうち4,250万円の支払を有効とし、残額1,750万円が不当利得になり、BはC社への返還を義務づけら

れる。

(3) Bの α 及び β に対する損害賠償請求

(a) なしうる請求

(ア) Bの賠償請求しうる損害 Bは、本件転倒事故により転倒し流産したという身体侵害につき、治療費や傷害慰謝料の賠償請求が認められる(709条、710条)。それにとどまらず、子が死亡した場合に準じて、711条を類推適用し、胎児の死亡による別個の慰謝料が認められるべきである。胎児の出生が見込まれない特段の事情がない限り、出生が確実であったか、出生間近であったといったことは要件にはならず、慰謝料の算定において考慮すれば足りる。

(イ) α からの反論 α からは、Bが妊婦であったという特別事情について予見できなかったため、妊婦であったことによって特に生じた損害について賠償責任はないとの主張が考えられる(416条2項類推適用)。しかし、妊婦が歩道を歩いていることは社会通念上予見できないのではなく、この抗弁は認められない。

また、 α からは、妊婦という点につき素因減額(722条2項類推適用)が主張されるものと思われる。この点、過失相殺同様に、公平の観念に基づく調整であり、妊婦ということは非難される事情ではなく、疾病でも既往症でもなく、これを考慮することは適切ではない。ただ、歩行者として要求される注意は妊婦であっても免れないのであり、後ろから自転車が来るかもしれないのに、後ろを確認しないで急に向きを変えた点について過失相殺(722条2項)は可能である。

(b) 賠償義務者 次に、賠償義務者について検討していく。

(ア) α について まず、 α については、13歳であり責任能力が認められる(712条参照)。また、前に歩行者がいるのに徐行をしなかった過失が認められる(709条)。したがって、 α には損害賠償責任が認められる。

(イ) β について β は、責任能力ある α の親権者であり、 α に責任能力が認められるので、714条1項の責任は成立しない。しかし、責任能力を備えたとしても α は13歳であり、 β は親権者として必要なしつけを行う義務を依然として免れない。これを怠ったものと認められ、それにより事故が生じたのであれば、709条の責任を免れない。本件は、 β の監視下での α の不法行為ではないので、日頃の行動に対するしつけが問題になる事例である。この点、 β は、日頃から α に対して、自転車に乗る際には事故に遭わないよう、また、事故を起こさないよう注意を促していたというのであり、義務違反は認められない。

以上より、 β の損害賠償責任は認められない。

3 [設問3] について

(1) 不法行為に基づく損害賠償請求権

(a) 下線部そのままの悪意事例 BがFの生存を知りつつその失踪宣告を申し立てた行為は、Fに対する不法行為になる(709条)。一種の人格権侵害として、財産権の侵害がなくても慰謝料請求を認めるべきである(709条、710条)。他方、甲画を売

却したことは、Fが生存していたとしても失踪宣告は有効であり、Bは所有者として売却をしたことになるが、失踪宣告の取消しにより取り戻す財産的利益を侵害したことになる。したがって、Fは、Bに対して甲画の価格の賠償を請求できる。さらには、失踪宣告取消しのためにかかった費用の賠償も請求できる。

Bは不法行為による損害発生と同時に遅延損害金を支払うことを義務づけられる。また、相当額につき、弁護士費用の賠償も義務づけられる。

(b) 下線部を変更した善意事例 BにはFの生存について過失を認めるべきではない。7年間の生死不明で、まだ生きている可能性があっても死亡している確実な根拠を不要として失踪宣告の申請ができる制度の仕組みからして、確認せずに申請したら不法行為になると考えるのは適切ではない。Bに世界中のSNS等を網羅的に調べる義務はない。したがって、特段の事情がない限り、無過失であり、不法行為責任を負うことはない。

(2) 不当利得返還請求権

(a) 下線部そのままの悪意事例 32条2項は現存利益の返還に制限し、善意を要件としていない。では、Bが悪意であっても、不当利得返還請求は現存利益に限定されるのであろうか。

しかし、32条2項は703条の確認規定にすぎず、失踪宣告の事例でも、悪意ならば704条が適用され、1,000万円全額の返還請求が可能と考えるべきである。また、利得の時から利息を付けて返還すべきである(704条前段)。Fはさらに損害があれば、Bに対して賠償請求ができる(704条後段)。悪意であり、不法行為を根拠に賠償請求もでき、請求権競合の関係になる。

(b) 下線部を変更した善意事例 他方で、Bが善意ならば、現存利益だけ返還すればよい(32条2項)。現存利益については、受けた利益が形を変えて残っていても利益が現存するものと認められる。これを本件に以下当てはめてみたい。

①代金は預金しており、預金は800万円のみ残っている。この800万円の預金は現存利益といってよい。Bの他の金銭は混入していないので、払い戻された金銭がどの金銭かを考える必要はない。②パチンコに費やすのは浪費であり、このための100万円は現存利益から差し引かれる。③生活費に費やした100万円の部分は、その分が節約できているので利益が残存していることになる。

以上より、結論として、Bには900万円の返還義務が認められる。Bは、Fから返還請求されなくても(412条3項参照)、悪意になった時点から、900万円につき利息を付けて支払うことを義務づけられる。

4 [設問4] について

(1) 追認ができるか

失踪宣告が取り消されたため、所有権移転登記がされたままであっても、本件土地建物はFの所有に復帰しており、Bは他人物売買をしたことになる。債権契約として他人物売買も有効であるが、登記に公信力はないので、物権的効力は認められず、G

は本件土地建物の所有権を取得できない。Fには、94条2項の類推適用が認められるべき特段の事情もない。

しかし、無権代理についての113条1項を類推適用すべきであり、Fは追認して、物権的に無効なところの効力を補完することができる。所有者Fの追認により、FからGへの所有権移転という物権的効力が生じることになる。

(2) Fによる代金債権の取得ないし行使

(a) 追認による取得 上記のように、FはBのなした本件土地建物の売買契約の追認ができる。しかし、その効力は、物権的効力の補完にとどまり、追認がなくても債権契約としてBG間の売買は有効であり、代金債権の債権者はBである。この点は、追認があっても変わらない。

(b) 追認以外について

(ア) 代位行使 上記のように、他人物売買も債権契約としては有効であり、売買契約上の代金債権は、Fが追認しようとBに帰属したままである。Fは、確かに登記に公信力がないので損害がないとも言えるが、本件土地建物の返還を諦めて、損害賠償請求又は不当利得返還請求を選ぶことができ、それを被保全債権として、BのGに対する代金債権につき、債権者代位権(423条1項)を行使できてよい。そのためにはBの無資力は必要である。この場合、Fは、Gに対して代金を自分に支払うよう請求することができる(423条の3)。しかし、Bに他に債権者がいれば、全員が代位行使でき、優先的な代金の取得はできない。

本問では、Fの財産の代金(代償)であり、Fが全部代金を取得できることが好ましい。本件土地建物はBの責任財産ではなかったものであり、債権契約は有効でBに代金債権が帰属するとしても、Bの債権者にその代償たる代金債権につき、自己の債権の責任財産とできるといった棚ぼた的利益を与える必要はない。

(イ) 不当利得返還請求 Fが排他的な取得ができる方法として、Bの破産手続を申し立てて、代償的取戻権(破産64条1項)を行使することも考えられる。しかし、このような方法によるのは迂遠であり、Fは、自分の財産を売却して「代金債権を取得した」ことを不当利得返還請求権として(704条)、代金債権の返還を求めることができる。646条2項は、このような趣旨に依拠する規定であり、不当利得の確認規定と解すべきである。よって、FはBに代金の「移転」を請求することができる。譲渡を求める訴訟を提起し、譲渡に代わる判決を取得して、代金債権を取得することになる。

以上