

## 第4回講義 中間到達度検証問題の解説

2017年4月28日

松岡 久和

### 【出題意図】

第3回講義までに取り上げた保証と詐害行為取消権をテーマに司法試験の過去問を探してみたが、適切な問題が見当たらなかったため、後述の第20回インターカレッジ民法討論会の坂口甲（大阪市立大学法学部准教授）の出題をベースに保証の問題を組み合わせた。

XのYに対する請求がどのようなものであれ、Aに対する保証債権が成立していなければならない。保証委託契約については、詐欺・強迫をうかがわせる状況はないが、優越的地位や状況の濫用によって公序良俗違反とされる可能性がある場面としている。しかし、特段の事情がなければ、連帯保証契約が直ちに無効となるわけではないことが重要であり、その点を尋ねている。

Yに対する請求としては、①離婚の無効による財産分与全体の無効、②離婚は有効であるが財産隠しの財産分与の全部または一部の無効、③離婚も財産分与も有効であることを前提にした詐害行為取消しが問題になる。中間到達度検証の趣旨から、①～③の処理を分ける離婚の有効・無効（AYに離婚意思はあるのか仮装離婚か）、及び、①②に共通する財産分与の無効に伴うAのYに対する本件不動産の返還請求権の代位行使（423条）については、深く論じなくてもよいものとした。また、遅延損害金を被保全債権にできるかというのは詐害行為取消権について学修したポイントにかかわるが、やや細かい問題であり、算定をしていただく必要を感じないので、問題からは外した。これらは、検討しなくてよいと明示されていない試験問題であれば、本問の中心論点ではないとしても、論及を要するか適切に論及すれば加点されるものであるため、この機会にあわせて勉強していただきたい。

詐害行為取消権の問題としては、詐害行為取消しの要件を充たすか否かを事実関係を指摘して確認できるか（とりわけ財産分与は424条2項に該当するのではないか）、何が詐害行為として取消対象となるのか（B銀行の抵当権は財産分与の影響を受けるか）、財産分与の基本的な性質をふまえてどの範囲で詐害行為となるか（下記の重要な参考判例を参照。Yにも当然認められる権利があるのではないか）、取消しの範囲又は取り消した効果などが問題となる。とりわけ取消しの範囲又は効果については、確たる「正解」はないと思われるので、身につけたセンスと自分で考えたことを説得的に表現する技量が必要となる。その意味で意外と難しい問題であるため、できなくてもそれほどがっかりする必要はない。むしろ、基本的な書き方ができているかきちんと点検して欲しい。

問題の意図をしっかりと読み取り、時間配分を考え重要度に応じて論述すべきことを絞り、均整のとれた論述を行うよう心がけていただきたい。

## 【論述の例】

1 XからYに対して考えられる請求

### (1) XのAに対する権利

Aは、2015年9月9日に、Dと共に、CがXから借り入れる事業資金2000万円の返還債務について、Xとの間で書面による（連帯）保証契約を締結している。Xは、この事実に加えて、XのCに対する2000万円の金銭消費貸借契約に基づく返還債権が成立していること（587条）を立証すれば、446条の要件をみたし、Aに対して保証契約に基づく同額の保証履行請求権を有することを主張できる。すでに弁済期が2016年9月9日に経過していることから、Xは、Aに対して2000万円の保証債務の履行を請求することができる。

### (2) Yの責任追及の方法

Aの連帯保証債務は、Aが勤務先Cの代表取締役Dに依頼されて負担した債務であり、AY夫婦の日常の家事に関して行った法律行為（761条）ではないから、Yが連帯責任を負うことはない。それゆえ、Xは、債務者でないYに対して直接の権利を有しない。

XがYの責任を追及するためには、次の①～③のいずれかの主張をする必要がある。①AY間の離婚が無効で財産分与によるYへの本件不動産の譲渡も無効である。②AY間の離婚は有効であるが財産隠しの財産分与は通謀虚偽表示であり、Yへの本件不動産の譲渡は無効である。①②の場合には、Xは、Aに対する強制執行を可能にするため、AのYに対する移転登記の抹消請求をAに代位して、Yに請求することになる（423条）。③AY間の離婚も財産分与も有効であるが、財産分与は詐害行為に当たるので詐害行為取消権を行使する。Xの請求の趣旨は、①～③のいずれの構成の場合も、AからYへの本件不動産の移転登記の抹消を求める、というものである。

以下、YがXの主張を争うとして、請求原因が認められるか否かを順次検討する。

### (3) 離婚の無効

判例・通説によれば、婚姻の場合には、婚姻共同生活を行う意思（臨終婚でもこの意思はあるとされている）を欠いて婚姻届だけを合意で提出しても婚姻意思が欠けて無効とされる、これに対して、離婚の場合には、離婚届をする意思又は法律的に離婚の効果を生じさせる意思を有していれば足り、その後共同生活の実体が継続していても、離婚は有効に成立するとされる。婚姻観の多様化に沿い婚姻関係を解消して内縁関係に移行することも選択として否定されないため、実質的意思説により共同生活関係が残ることのみを理由として離婚を無効とするのは、原則として適切ではなく、もっぱら第三者を害する目的で離婚が行われたと断じうる場合のみを例外とするべきである。本件では、Yは当初離婚には強く反対していたが、説得に応じて2016年8月29日に合意のうえ離婚届を提出している。そのためAYに離婚意思があることは明確であり、財産分与によりXを害することがあるとの認識がなかったとは言えないが、Yの有している権利・利益を守るためと解する余地が十分にあるので、例外として無効な仮装離婚とまで断じることとはできない。

### (4) 財産分与の無効

上述(3)のとおり、離婚が原則として有効に成立するとすれば、AYとも、AからYに離婚に伴う財産分与を行うとの意思を有していたものと認められ、財産分与全体が本件不動産をYに譲渡する意思がなかった通謀虚偽表示として無効とは言えない。財産分与が過大となる部分については、一部無効とする余地があり、その場合には、二重効を肯定する判例・通説の見解からは、詐害行為取消しの主張とは選択的な主張が可能と思われる。

### (5) 詐害行為取消権の要件

#### (a) 総論

Xが財産分与について詐害行為取消権を主張するためには、Aに対して原則として詐害行為前に発生した被保全債権を有し、AYの財産分与が財産権を目的とする法律行為であ

**コメントの追加 [松岡久和1]:** 問題文の問いかけに正面から答えていることを示す。以下の小見出しは、不可欠ではないが、書くべきことを整理・構成するときには有用であるし、読みやすくなるので、付けることをお勧めする。

**コメントの追加 [松岡久和2]:** 問題文からそのまま引用する形で要件事実の充足を確認し、XのAに対する権利が基礎づけられることを明確に述べたい。

消費貸借契約の成立は争点になっていないので、要物性や貸借型理論等々の問題には触れる必要がない。むしろ、焦点を絞り時間と紙数を有効に使うためには、本問では深く立ち入ってはいけない。

保証債務の連帯性は請求原因には含まれず、補充性や分別の利益の抗弁に対する再抗弁となるの

**コメントの追加 [松岡久和3]:** なぜ財産分与の無効や詐害行為取消しを主張する必要があるのかを示すものであるから、簡潔でよいので書いていただきたい。

**コメントの追加 [松岡久和4]:** この問題をどう捉えているのかを示し、答案全体の見通しをよくするために、この種の分析の大枠の提示は有用。

このほかに、Yの不法行為責任を問うこと考

**コメントの追加 [松岡久和5]:** XがYに何を請求するのかを明らかにする点で重要。

**コメントの追加 [松岡久和6]:** 婚姻の場合との対比は省略可能。実質的意思説、法律的意思説、形式的意説（届出意説）の対立の詳細に立ち入る余裕はないだろう。

**コメントの追加 [松岡久和7]:** 判例・通説の扱い（規範の理解）を明示し、できれば考えられる理由を述べたうえで、本件事案に当てはめた結論を明示するというように心がけて欲しい。

**コメントの追加 [松岡久和8]:** この部分は、やや高度な内容で書けなくてもしかたがない。書ければ加点事由となるだろうが、不十分な理解で間違ったことを書くとかやぶ蛇になるから注意。

**コメントの追加 [松岡久和9]:** 小見出しをあまり細かく付けるのはよくないだろうが、こは、要件充足を事案に即してきちんと検討していることを示し、見通しがよく読みやすい答案にするため

り、債権者Xを害するものであり、債務者がそのことを知っていることを主張・立証しなければならない(424条1項本文及び2項)。

(b) 被保全債権

問題の行為前の被保全債権の成立は、上述(1)のとおり、2015年9月9日の連帯保証契約の締結により基礎づけられる。

(c) 財産権を目的とする法律行為

本件でとりわけ問題となるのは、財産分与が財産権を目的としない法律行為(同条2項)ではないかである。この点、判例・通説は、財産分与(768条)は、原則として取消しの対象となる行為ではないとしつつ、その分与が768条の趣旨に反して過大な場合には、その限りで財産分与に仮託した行為として、詐害行為の対象となりうるとしている。Xは、請求原因において、本件財産分与がそのような行為であるとの評価を基礎づける特段の事情を主張・立証しなければならない。

財産分与には、婚姻費用の分担を含めた夫婦財産の清算、離婚後に自活ができない当事者の扶養、離婚に伴う精神的苦痛の慰謝の3要素が含まれている。本件では、離婚後もAYが共同生活を営んでおり扶養の要素は考慮する必要がない。また、AがYに相談もせずに本件連帯保証債務を負ったことに起因して離婚を余儀なくされた点でYの精神的苦痛はあるかもしれないが、YがAの説得に応じて離婚の合意をし、以後もAと離婚前と変わらず破綻のない共同生活を続けていることから、慰謝の要素も認められない。本件財産分与の中心となる要素は、Yが、自らの貯金からも乙の建築請負契約の頭金を拠出し、専業主婦としてAYの共同婚姻生活を支えたことであり、Yの寄与は小さくない。乙の所有権保存登記をAの単独名義としたことも、住宅ローン債務を担保する抵当権設定の便宜を考慮したものと考えられ、乙をYの特有財産(762条1項)とする趣旨ではなかったと思われる。そうすると乙はAYの平等な持分の共有であり、財産分与におけるAからYへの乙の譲渡は、少なくともその2分の1の持分について、清算によりYの持分権を取戻すものにすぎず、768条の趣旨に反するものとはいえない。他方、2分の1を超える乙の持分の移転及び相続取得したAの固有財産である甲については、財産分与としてYに譲渡することを正当化する清算・扶養・慰謝のいずれの要素も欠き、768条の趣旨に反して過大で財産分与に仮託されたものとして、詐害行為取消しの対象となりうる。

(d) 詐害性

本件財産分与がされなければAの債権者が期待できたAの一般財産は、1000万円の甲、500万円の乙、100万円の預金の合計1600万円から、Bの抵当権で優先権が確保されている500万円を差し引いた1100万円であり(Bの抵当権は、追及効があるので、所有権者がYに変わっても影響を受けず、依然として優先権を行使できる)、これ以外にめばしい資産はない。この状態でもAの保証債務を弁済するに足りない状態であり、本件不動産が財産分与によってAからYに譲渡されると、預金100万円が残るのみであり、責任財産を大幅に減少させるから、本件財産分与は、上述(c)のとおり、過大な仮託された財産減少行為と評価される範囲で詐害性を帯びうる。

判例は、客観的な詐害性のみならず、債務者の主観的意図や行為を正当化する事由などを総合的に判断して詐害性の有無を判断している。ただ、本件においては、Aは自らの財産状態について、「Cが倒産すればXから2000万円の連帯保証債務の履行を求められるおそれが高く」、「本件不動産を失うことになる」と認識していて、客観的詐害性につき悪意である。また、AからYへの乙の譲渡は、Yの乙についての持分を確保する目的で行動している範囲内では財産分与として正当化されるものの、過大な部分についての客観的詐害性までは正当化しない。

(6) 詐害行為取消しの効果

コメントの追加 [松岡久和10]: すでに検討済みの問題は、詳細な記述を繰り返さず、時間と紙数を節約し、見やすくする方がよい。

コメントの追加 [松岡久和11]: これが要件論では最大のポイント

コメントの追加 [松岡久和12]: この判例・通説の提示は不可欠。これを前提に本件でどうなるかを聞いている。

コメントの追加 [松岡久和13]: この理解が、財産分与が過大で仮託されたものかどうかを判定する際の重要な鍵となる。財産分与についてのごく基本的な知識である。

コメントの追加 [松岡久和14]: 甲と乙を本件不動産と一括して呼びながら、分けて検討する必要があるところが本問の意地悪なところ。

コメントの追加 [松岡久和15]: どの段階で触れるかはいろいろ考えられるが、Bの抵当権については、取消しの範囲や影響の点で、ぜひとも言及していただきたい。

コメントの追加 [松岡久和16]: 効果と対応して、慎重な表現になっていることに注意。

コメントの追加 [松岡久和17]: 総合評価する判例の考え方も、Aの悪意が認められ、詐害性を阻却するのは過大でない財産分与部分のみである、ということを示したい。表現はいろいろありうる。

今回は言及しなかったが、過大な代物弁済は、過大な部分のみ取り消せるのが原則だとする改正案424条の4の考え方を援用することも考えられる。

詐害行為取消権は、被告となっている受益者又は転得者との相対的な関係で、債務者の法律行為を取り消して無効とし、債務者に責任財産の回復を請求する効果を有する。Xは、本件不動産全体が不可分のものであることを理由に、財産分与を全部取り消して、YからAへの登記名義の回復（移転登記の抹消）を求めるものと思われる。Bの抵当権は、すでに触れたように移転登記によっても影響されないのと同様、抹消登記によっても影響を受けないから、詐害行為取消しの効果につきBの権利を考慮する必要はない。

## 2 Yからの反論とその当否

### (1) Aの保証債務の無効

A X間の保証契約が無効であれば、XのAに対する被保全債権が欠けるので、Yに対する請求は棄却される。しかし、Aは、「Dも連帯保証人となるのでAには決して迷惑をかけない」とDに説得・懇願されて保証契約を自らの意思に基づきXと締結しており、意思欠缺や詐欺・取消しを根拠付ける事実は見当たらない。保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする債務を負い（446条1項）、主たる債務者の無資力のリスクを負担する制度であるから、迷惑をかけられない（履行しなくてすむ）というのは願望にすぎず、顧慮される余地のない錯誤錯誤でしかない。たしかに、「このままでは半年後のAの定年退職時に退職金が支払えず、定年後の5年間の嘱託としての再雇用も困難になると告げられた」という心理的に追い詰められた状況でのDとの保証委託契約は、個人オーナーである絶対的な上司Dの優越的地位や状況の濫用として、公序良俗に反し無効となる（90条）余地がある。しかし、無委託でも保証契約は成立するので、保証委託契約が無効であっても、直にはA X間の保証契約には影響しない。XがDによる優越的地位や状況の濫用を知りつつAを保証人としたなど、最初から実質的にはAのみにリスクを負担させるものであったという特段の事情をYが立証できない限り、Aの保証債務の無効は認められない。

### (2) その他の保証人の抗弁

通常保証であれば、催告・検索の抗弁（452条・453条）や共同保証人の分別の利益の抗弁（456条）が保証人にはあるが、本件は連帯保証なので、連帯の再抗弁によって、抗弁は退けられる（454条及び連帯債務についての432条の全部履行義務）。

### (3) 受益者の善意の抗弁

受益者は自らが行為の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったことを主張・立証して詐害行為取消しを阻止することができる（424条1項ただし書）。しかし、Aからの説明と説得によって離婚とそれに伴う本件財産分与を合意したYは、本件財産分与の詐害性（前述1(5)(d)）につき善意とはいえない。

### (4) 全部取消しの否定

詐害行為取消権の成立が否定できない場合には、Yは、取消しの範囲を争うことになる。とりわけ、財産分与が詐害行為となるのは、過大で仮託された部分に限られるとして、全部取消しを争うことが考えられる。とりわけ乙の2分の1の持分の取得はYの正当な財産分与の権利の行使であって、過大ではなく詐害性を欠くと主張するだろう。

この主張が認められたとすれば、①甲の移転登記の抹消とYの権利取得を乙の2分の1の持分に改める更正登記、又は②750万円の価額償還（1000万円の逸出から乙の価額の半分を控除）とする解決が考えられる。①は、Yに所有権を残すが、後のXによる強制執行が難しいという難点があり（持分の競売では買受人が現れない、競売価額が下がる、法定地上権や共有物分割による争いが残る）、②の解決が比較的にはよかろう。②の場合にも、Aが勝手に作った借金でYの居住の安定が損なわれるという難点があるが、それはそもそも個人保証を広く認めていること、夫婦財産関係、（元）配偶者の権利保護の弱さにみられ

**コメントの追加 [松岡久和18]:** 不可欠ではないが、詐害行為取消し制度の基本的な理解を確認するのは意味があり、評価を高める記述であろう。

**コメントの追加 [松岡久和19]:** Xの請求の趣旨からするとこの効果を主張していると解される。

**コメントの追加 [松岡久和20]:** すでに触れていれば蛇足ともいえる。どこかで触れれば足りよう。

**コメントの追加 [松岡久和21]:** Xの請求を全面的に否定する一番広い反論で、今回の到達度検証の重点の1つ。

**コメントの追加 [松岡久和22]:** この事実を指摘して適切に評価することが非常に重要。詐欺・強迫を根拠付ける事実はないのに軽い言及でよい。錯誤も、顧慮される余地のない動機の錯誤とだけ指摘すればよいが、

**コメントの追加 [松岡久和23]:** 原則と例外を明示し、例外を基礎づける事実が本問では明らかでないので、この程度の慎重な言い方がよいだろう。

**コメントの追加 [松岡久和24]:** 書いても悪くはないが、言及しなければならぬ争点にはならないので、省略してもよい。

**コメントの追加 [松岡久和25]:** 条文、立証責任、本問での結論を簡潔で良いから示して欲しい。この記述は不可欠。

**コメントの追加 [松岡久和26]:** 明確な判例がなく、参考判例②の射程として議論されている難問。参考資料の坂口解説のように全部取消しもありうるが、Yの正当な財産分与の権利がまったく考慮されず、過大な部分のみの取消しとする判例の趣旨とは整合しない。

**コメントの追加 [松岡久和27]:** 後述の参考裁判例③。非常に工夫のあるよい判決だとは思いますが、次に触れるような問題がある。

## 民法総合演習 (HA)

る民法の仕組みの根本的な問題点に由来するものであり、立法論的な課題である。

### 【参考問題と解説】

栗田昌裕ほか「〔特別企画〕 第20回インターカレッジ民法討論会」法セミ715号(2014年)51-64頁(とりわけ、坂口甲「出題の意図と解説」52-55頁、「白熱!教員討論」58-64頁)

民法の答案の書き方一般に通じる指摘として、アマゾンのKindleで「司法試験平成27年度採点実感等に関する意見の読み方(民法)」が無料でダウンロードして、携帯・iPad・パソコンなどで広く読める。司法試験考査委員としての経験や私自身の考え方によると指摘の全てが必ずしも肯けるものではないが、問題文をきちんと分析し、それをふまえて論述すべきだというのは非常に重要な指摘である。

### 【参考判例と参考評釈】

①最判昭58年12月19日民集37巻10号1532頁 <LEX/DB 27000028>、野村豊弘「判批」家族法判例百選第6版36頁

②最判平12年3月9日民集54巻3号1013頁 <LEX/DB 28050534>、片山直也「判批」判例百選Ⅱ第6版38頁

③福井地判敦賀支判平14・1・11裁判所ウェブサイト <LEX/DB 28071166>

**コメントの追加 [松岡久和28]:** この部分は、答案では不要と思うが、民法の規定や判例を不動の前提と考えず、問題意識を持っていただきたいという、私のメッセージ。

問題文からそのまま引用する形で要件事実の充足を確認し、XのAに対する権利が基礎づけられることを明確に述べて欲しい。

消費貸借契約の成立は争点になっていないので、要物性や貸借型理論等々の問題には触れる必要がない。むしろ、焦点を絞り時間と紙数を有効に使うためには、本問では深く立ち入ってはいけない。

保証債務の連帯性は請求原因には含まれず、補充性や分別の利益の抗弁に対する再抗弁となるので、請求原因を意識した書き方では、「連帯」の文字は入れなくてよい。

なぜ財産分与の無効や詐害行為取消しを主張する必要があるのかを示すものであるから、簡潔でよいので書いていただきたい。

なお、適宜根拠条文や参照条文を入れていくのは、習慣とするように。

追記：「財産分与によるAからYへの本件不動産の譲渡が完全に問題なく有効であれば、」は、不適切（財産分与の有効・無効と関係なくYは連帯債務を負わない）なので削除しました。

この問題をどう捉えているのかを示し、答案全体の見通しをよくするために、この種の分析の大枠の提示は有用。

このほかに、Yの不法行為責任を問うことも考えられるが、理論的にけっこう難しい。一部取消しによる価額償還とほぼ同じ結論となるだろう。これくらいのことは、余裕があれば、最後に付言してもよい。普通は余裕がないと思われ、論述範囲を上げると時間と紙数の不足で中途半端な答案に終わるおそれが高いので、焦点を絞る方がよい。

判例・通説の扱い（規範の理解）を明示し、できれば考えられる理由を述べたうえで、本件事案に当てはめた結論を明示するというように心がけて欲しい。「届出意思だけで離婚は成立するから本件では離婚が成立する」では、規範の理解の提示も本件の事実の指摘も不十分で、評価は低い。

小見出しをあまり細かく付けるのはよくないだろうが、ここは、要件充足を事案に即してきちんと検討していることを示し、見通しがよく読みやすい答案にするためには、必要だろう。

