

中間到達度検証の解説

【出題意図】

第7回講義までに取り上げたテーマのうち、利益相反と代理権の濫用を中心に、94条2項の類推適用の限界及び時効取得にもふれる完全自作の新作問題である。

中心的な問題は、Aの行為が利益相反（826条）に当たり無効（効果不帰属＝無権代理）となるか否か（判例の形式的判断説によれば利益相反にはならない）、代理権濫用としてやはりXに効果不帰属となるか否か、相手方保護のための法律構成として93条ただし書の類推適用（判例）・権利濫用・表見代理があるが少なくとも判例によれば本件ではどうなるか（相手方Bの過失の有無）、転得者がいる場合にはその処遇はどうなるか、である。このあたりは、学修の中心ポイントだったので、設例の事実をふまえてしっかり書いて欲しい。

次に、転得者Yは、登記に公信力がないことから甲を取得できないのが原則であることをふまえて、94条2項類推適用の可否及びYの取得時効の成否を論じて欲しい。94条2項の類推適用の判例は帰責性を緩める傾向にあるものの、基本的に虚偽の外観作出につき故意的な態様かそれに類する重過失を必要としており、本件では帰責性の要件を充たさないことをしっかり書いて欲しい。問題の時間設定にも着目して、10年の短期取得時効の成否（162条2項）につき、論及して欲しい。「平穩」「無過失」の要件が充たされるかどうか設例からは明確でない設定にしてある。さらに、Xは、事情を知ってから9年も権利主張をせず、甲上の乙の取壊しを請求することが権利濫用に当たらないかは検討の余地がある。

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の請求の趣旨及び根拠

Xは、Yに対して、甲の所有権に基づいて、乙の取去と甲の明渡しを求めることになろう。Xは、祖父からの贈与による所有権の取得及び乙を所有することによる甲の占有を主張・立証して、甲の所有権に基づく妨害排除としての乙の取去と、甲の明渡しを請求する。

2 Yの反論とXの再反論

Yが、未成年者Xの法定代理人である父A（818条1項・3項）がXを代理して結んだX B間の利息付金銭消費貸借契約及び譲渡担保契約（問題文1）により、Xは所有権を失っているとして所有権喪失の抗弁を出すであろう。そこで、Xは、Aの代理行為が①利益相反又は②代理権濫用に該当し、両契約はXに効果帰属しない（無効と表現されることもあるが）無権代理であることを主張する。

Xの主張が認められて無権代理であるとすれば、Xが追認していることをうかがわせる事実がない以上、Aが代理して結んだ上記両契約はXには効果帰属せず、Bは甲の所有権を取得できないから、1998年4月1日の譲渡担保権の実行通知や4月15日のYへの売却（問題文3）もXとの関係では無効である。不動産について公信力が認められていない以上、B X間の契約自体は債権的に有効であるが、Yは無権利者Bから甲の所有権を承継取得することはできない。さらにYの反論として考えられるとすれば、94条2項の類推適用又は短期取得時効の主張である。以下、これらにつき順に検討する。

1 指摘 (未設定)

→ 事前に申しあげていたように、「請求の趣旨」は最初に明示するのが望ましい。
←

20 指摘 松岡 久和

→ 質疑で指摘があったとおり、真正な名義の回復を理由とする移転登記請求も加えておくべきでした。
←

2 指摘 (未設定)

→ 必ずしもこういふふうには起案にまとめて書く必要はないが、いわば起案の見取り図は、起案を書き出す前にメモを作成しておくといよい。
←

3 指摘 (未設定)

→ 譲渡担保の担保権的構成を採れば、陶器保持権原の抗弁だが、本問の焦点ではないので、判例に沿って記述すれば足り、学説に言及しなくても良からう。
←

4 指摘 (未設定)

→ 「効果不帰属」でも「無効」でもとりあえずは可。
←

5 指摘 (未設定)

→ Yが無権利者からの取得者となることを、どこかに明示して欲しい。
←

3 利益相反による効果不帰属の主張

Aの行為が利益相反に当たれば、Xの利益を守るためにXの特別代理人となる者の選任を家庭裁判所に請求しなければならず(826条1項)、その手続を採っていない本件では、AがXを代理して結んだ契約は、Bが善意・無過失であっても、Xに効果帰属しない。利益相反に該当するか否かの基準として、学説では、代理人の意図や動機を考慮すべきだとする考え方も有力であるが、判例は、取引安全を考慮して、客観的外形的に判断する考え方を採用している。それによれば、X・B間の契約によって代理人Aには特段の利益が生じないから、本件のAの行為は利益相反には該当しない。それゆえ、この点のXの主張は認められない。

4 代理権濫用による効果不帰属の主張

代理人Aが自己または第三者の利益を図るために代理権を濫用した場合には、無権代理となる余地がある。その方法として、表見代理規定の(類推)適用、権利濫用、93条ただし書の類推適用などが主張されている。このうち、表見代理規定の(類推)適用は、そもそもAの行為が子に対する親権者の包括的な代理権の範囲内の行為であるとする理解とは整合しないし、相手方に善意・無過失の主張・立証責任を課す点で取引の安全の保護として十分でないとして批判されている。権利濫用は代理行為の相手方(本件ではB)が代理権濫用を知っているか、知らないことに重大な過失があることを本人Xが主張・立証できたときには、代理の効果が本人に帰属すると相手方の主張は権利濫用(1条3項)に当たり否定されるとするもので、学説には支持も多い。ただ、相手方に過失がある場合にその信頼が保護に値するのかが疑問であるとの指摘や一般条項に依拠することの不安定さや結果の予測困難だとの批判がある。判例とそれを指示する学説は、相手方が代理権濫用を知り又は知ることができたことを本人が主張・立証できたときは、93条ただし書を類推適用し、本人への効果不帰属を主張できるとする。

本件について考えると、Bは、「Xが非行を繰り返し地域の不良少年たちのボスのような存在であったこと、及び、Aの離婚以来A・Xが口をきかないほど仲が悪いこと」を知っており、Yが進学しそうでなく、AがYの進学資金のために借金をすると信じていたと思えない。むしろ、Aの経営状態が悪いことから、Aが自らのために借金をすることを知りえたにもかかわらず、それ以上の事情をAやXから聞くことなく、Aの説明のままに契約を結び、さらに経営状態の悪いはずのAのおごりで遊び歩いていたのであるから、仮に善意であるとしても重大な過失があると思われる。このようにXが設問の2の事実を主張・立証できれば、Bは、Aの進学資金のためでなく、個人で営む商店の資金繰りや遊興費のために代理権を濫用したことを知っていたか、知らなくても知らないことに重大な過失があったと考えられ、判例によっても権利濫用説によっても、Xは効果帰属を否定できそうである。

5 94条2項類推適用論

Xが代理権濫用による効果不帰属を主張できるとすれば、Bは甲を取得できず、Yも無権利者からの譲受人として権利を取得できないのが原則である。Yは、XにBに権利が帰属するかのような外観を作出した帰責性があり、自身がそのような外観を信じてBから買い受けたのであるから、94条2項の類推適用により、XはYに無効(効果不帰属)を対抗できない、と主張するだろう。

- (未設定)
6 指摘
 → 利益相反の場合の効果を示しておいて欲しい。
 ←
- (未設定)
7 指摘
 → 判例の見解を示す。学説の論及して異なる見解を採用してもよいが、そのように論述するのであれば、判例による場合の結論を明示して、それへの批判を加えなければならない。時間と書くスペースの点では、少し厳しいだろう。
 ←
- (未設定)
10 指摘
 → ここでは考え方の対立を論じているが、上記3と同様、判例の見解を中心にまとめれば足りる。この記述は、教育的配慮から説明を詳しくしている。
 ←
- (未設定)
9 挿入
 子に対する親権者の包括的な
 → このフレーズを入れておいた方がよかったと反省。
 ←
- (未設定)
8 削除
 上述3の
 → すみません。解説の途中で3からその記述を削除してしまっていました。
 ←
- (未設定)
11 指摘
 → この条文摘示は不可欠。
 ←
- (未設定)
12 指摘
 → ここまで丁寧に書く必要は必ずしもないが、問題文をある程度引用して、規範への当てはめを丁寧に検討しているという姿勢をアピールしたい。
 ←
- (未設定)
13 挿入
 設問の
 →
 ←
- (未設定)
14 指摘
 → こう書くと、判例と学説の違いを理解したうえで、本件で結論に差がないことが明示できて、理解の深さをアピールできる。
 ←

しかし、本件のAの代理権濫用もBからYへの転売も、Xが18歳の未成年である間に行われており、Xがそのような事実を知ったのは、成人後の28歳になった2008年であるから、それ以前に権利を主張することはできなかった。Xは、虚偽の外観を故意に作出したのではないし、それに類する重過失もない。それゆえ、Yが善意・無過失であっても、Yの権利取得は認められない。

15 指摘 (未設定)
→ この記述も、94条2項の類推適用論の全体像及び傾向をふまえても妥当しない(当てはめの結果、類推適用が否定される)ことを、本件の具体的事実をふまえて論述している。
←

6 時効取得の成否

Yは、遅くとも1998年5月末には甲の占有を取得しており、その占有はBとの売買契約により所有権を取得したものとして行われているから、客観的には所有権を取得していなかったとしても、所有の意思をもって占有を始めたものと思われ、以後、19年にわたって占有を継続している。20年の長期取得時効には占有期間が足りないが、占有のはじめに平穩・公然・善意・無過失であれば、2008年5月末には短期取得時効により甲の所有権を取得したと主張することが可能である(162条2項)。自主占有と平穩・公然・善意は186条1項により、占有の継続は同条2項により、それぞれ推定されるから、Yは前後両時点(1998年と現在)の占有と占有時の自己の無過失を基礎づける事実を主張・立証すれば足りる。

16 指摘 (未設定)
→ 本件では、事実関係が不明確な部分もあるから、結論を断定的には述べられない。ただ、短期取得時効のみが成立可能であり、その要件のうち、過失の有無が最も焦点になることが示せれば、十分だと思われる。
←

もっとも、駐車場を借りていた賃借人らを追い出した態様次第ではYの占有取得が平穩にされたものでない可能性があるし、Yの無過失を基礎づける事実が十分であるか否かは明らかでない。

7 権利濫用

最後に、Yは、Xの所有権に基づく乙の取去と甲の明渡請求を権利濫用に当たると主張することが考えられる。たしかに、Xは、2008年にAから事情を打ち明けられているにもかかわらず、BやYらに接触することもなく、問題を棚上げした。その時からすでに9年、Yの占有取得からは19年が経過しており、今さら権利主張をしてYが建築した乙の取去を請求し、事務所としての使用を奪うことには、まったく問題がないわけではないかもしれない。しかし、所有権には消滅時効はなく(167条2項参照)、Yの取得時効が完成して所有権を失わない限り、Xが権利の行使を否定される理由はない。乙は新築直後でもXの請求があれば甲の使用権限がなく取去を余儀なくされていたはずであり、むしろYはこれまで得られないはずの利益を得てきたものである。乙の建築と長期の占有使用の事実のみで、Xの所有権の主張を権利濫用と評価することはできない。

17 指摘 (未設定)
→ 以下はやや「蛇足」。一般条項の適用には、「特段の事情」が要求されるので、問題文にそれを示唆する事実が多くなりばめられている場合を除いて、権利濫用までは必ずしも論及する必要はない。
←

8 結論

Yに短期取得時効の成立が認められない限り、乙の取去と甲の明渡しを求めるXの主張が認められる。友人としては、Yの占有取得の態様やB・Yの関係や取引の経緯など、時効取得を否定する事実を得るため、当時の事情をわかる限りで調べてみることをXに助言してあげると良いだろう。

18 指摘 (未設定)
→ 最後に結論を明示すると(それが間違っていないことが必要ではあるが)、起案の全体が引き締まる。
←

19 指摘 (未設定)
→ 問いには無駄はないので、答えないといいない。この部分は、問題文の問いかけにきちんと答えている。
←