

中間到達度検証の総評と補足と課題

2017年 6月 2日

松岡 久和

1 総評

中間到達度検証の結果は、全体としてもう一息であったが、前半については、丁寧な叙述で評価できる起案がほとんどであり、後半についても問題文の事実から論じるべき点(まさに出題趣旨)を読み取ってこの調子で書ければ、全員合格に達するレベルではある。

10人の答案は次の段階に分かれた。

30点台 1人。残念レベル。前半にもまだ基本的理解が足りない点が多い。楽天的に考えれば伸び代が非常にあるということになる。

40点台 2人。まだまだレベル。前半には高く評価できるところがあるが、後半が書けていないか大きな誤解がある。そこが直れば合格点。

50点台 5人。もう一息レベル。後半が書けていないが、前半がかなり良くできている。55点以上であれば司法試験の民法は合格可能。

70点台 2人。合格レベル。全体として合格と評価できる良好な起案。細かいミスがなくし、判例の見解に対する批判をふまえて論じることができれば優秀答案で、民法を得意科目とできる。

2 内容に関する補足

(1) 請求の趣旨と請求原因は、起案の最初の方で明確に示すことが望ましい。請求の趣旨で甲にのみ目を奪われて、乙に言及する起案が少なかった。甲を返してもらうということから、その上のYの所有物をどうするかは必ず考えなければならない。

(2) Xの所有権とYの占有及び登記名義が不可欠の請求原因となることも明記する方がよい。ただし、問題によっては、評価にそれほど影響しない場合もあるので、常に詳しく機械的に書く必要はない。それでは時間もスペースも足りなくなる。

(3) Yに対する移転登記の抹消請求を請求の趣旨に入れている起案があった。理論的には正しいが、それだとB⇒Yの移転登記を抹消できるだけであり、登記名義が戻ったBを相手に抹消登記請求の別訴を起こさなければならない(両者を一度に訴える併合訴訟は可能)。実務的には、裁判所も認めている「真正な登記名義の回復を理由とする移転登記請求」(略称「真名回復登記請求」)を請求の趣旨に入れるのが普通である。

(4) Yの抗弁は、有効な権利の承継取得を前提にすれば、占有正権原の抗弁又は登記保持権限の抗弁となるが、検討してみるとわかるようにYは権利を承継取得できない。Yの抗弁は、XがすでにBとの間の契約で所収権を失っているという所有権喪失の抗弁である。

(5) 利益相反と代理権濫用について、それぞれに、きちんと定義、要件、効果を示さなければならない。それができれば、両者の違いの整理が明確になるし、検討の順番も、利益相反⇒代理権濫用と自然な流れになる。

①利益相反(826条)の規定は特別代理人を立てるべきことしか定めていないので、本件のように違反した場合の効果がどうなるのかを明記したうえで論述すべきである。また、相手方の主観的態様にかかわらず、無権代理として無効(=効果不帰属)となることも明示して、代理権濫用との違いを明確にして欲しい。判例の形式(的判断)説によれば本件がなぜ利益相反にならないのかも、きちんと説明してください。

②利益相反が認められにくい判例の見解では、包括的な代理権の場合のとくに有権代理となりやすく、本人の保護が足りないので、例外的に効果帰属を否定する必要がある。代理権濫用では、濫用の程度が法定代理権を与えた趣旨に著しく反するものであるという客観的な要素のほか、代理人の主観的な意図・動機、相手方の主観的態様を総合考慮して効果不帰属の例外が判定される。93条ただし書類推適用論は、その1つの方式であり、権利濫用又は信義則によって悪意又は重過失の相手方の効果帰属を否定する権利濫用説も有力である。

この課題では利益相反と代理権濫用が中心なので、ここに重点を置いて論じるべきである。判例を知っていれば、できるだけ正確に判例の表現を使い、判例であることを明記す

る方がよい。判例を正確に理解しているとのアピールになる。余裕があれば、利益相反における実質説や代理権濫用における権利濫用説などの反対説からの批判と対照しつつ論じると一層よい。この叙述があると、起案に厚みが増し、理解の深さをアピールすることができる。

(6) 具体的な当てはめにおいては、問題文の事実につき、結論に影響するものを漏らさずに拾い上げて摘示するとともに、事実に対する法的評価を理由を付けて示すべきである。規範への当てはめとはそういう作業である。今回の問題では、Bの過失の有無がその典型です。必要な事実の一部しか摘示できていない起案や、事実は摘示できているがそれが過失の有無にどうつながるのか理由が示せていない起案は、不十分である。

(7) 主張・立証責任がどちらにあるかも意識する方がよい。本問では、善意・悪意・過失の有無などの主張・立証責任が、代理権濫用と短期取得時効では重要な意味をもつ。後者については、占有による186条の2つの推定も合わせて復習することをお勧めする。

(8) 代理権濫用につき少なくとも過失があるBが甲の所有権を取得できず、無権利者Bからの譲受人Yは権利を承継取得できない。このことを明確に示したうえで、94条2項の類推適用の可否及び短期取得時効の可否を論じる必要がある。

(9) 起案の中に、背信的悪意者排除を論じるものがあつたが、大間違いである。背信的悪意者排除論は、有効な物権変動同士の間での優劣決定をする対抗問題（177条の中心的な適用場面）でのみ議論される。無権利者からの権利取得の可否は、動産では即時取得、不動産では94条2項類推適用、動産・不動産に共通に取得時効が問題となるのみである。判例・通説による理解では、前者の対抗問題と後者の無権利の法理は、まったく異質なものとされている（松岡久和『物権法』188-198頁、動産についても219-222頁では、善意・無過失が原則的に必要だとして両者を統合可能とみるが、いまだごく少数説）。

(10) 本問では結果に影響しないが、設例でYが占有を取得したのは、1998年の4月15日の売買契約時ではなく、5月末という想定である。賃貸している不動産の譲渡の場合、一般的には、旧所有者＝譲渡人から賃借人に対する譲渡通知（467条1項）を兼ねて指図による占有移転（184条）がされ、その時に譲受人は間接占有を取得する。しかし、本問のYは、甲を建築する目的で更地として購入し、対抗要件（605条の登記）を欠くのが通常である駐車場の賃借人の権利を否認して追い出しているのもので、その時点で初めて直接占有を取得したものと考えられる。

(11) 助言を求める問いには、きちんと応えることが必要である。私の示した起案例のほか、20年の長期取得時効が完成しそうな時期にあるから、完成前にYに対する裁判外の請求（催告）をし、Xの権利についてYの承認を得られれば時効が中断するし（147条1号・3号・156条・157条）、承認が得られなくても請求後6か月は時間が稼げる（153条）、旨を助言として伝えることが考えられる。