

# 第 5 問 答案用紙<1>

( 民 法 )

	受験番号シール貼付欄
1 - 2	

**問題 1** ( 問 1 及び 問 2 の両解答とも本紙に記入しなさい )

一. 問1について
1. 代理行為の瑕疵は原則として代理人につき判断するから、Aは、250万円の価値を有する甲動産の価値を見誤ったBの錯誤を理由にBの代理行為の無効を主張することが考えられる(101条1項, 95条, 99条)。
2. この点、Bの錯誤は動機の錯誤であるが、動機も表示されれば意思表示の内容となり、表示を求めることで表意者保護と取引の安全との調和を図れるから、動機の錯誤は原則として95条の「錯誤」に当たらないが、動機が明示または黙示に表示された場合は動機の錯誤も95条の「錯誤」に当たると解する。 そして、甲動産の価値を見誤るという錯誤がなければ、Bはもちろん通常人も250万円の価値を有する甲動産を100万円で売却するとの意思表示はしなかったであろうと認められるから、Bの錯誤は意思表示の重要部分の錯誤であり、「要素」の錯誤に当たる。
3. よって、Bの動機が表示され、Bに重過失がない場合には、AはBの代理行為の無効を主張できるとも思える。ただ、AはBに甲動産の売却という特定の法律行為を委託している。そこで、Aが甲動産に250万円の価値があることを知っていた場合、Aの主観的態様を考慮し、Aの無効主張を否定すべきである。なぜなら、本人・相手方間の公平を図るという101条2項の趣旨からは、特定の法律行為が委託された場合は、本人の指図がなくても、101条2項を拡張適用すべきだからである。
4. 以上より、Bの動機が表示され、Bに重過失がなく、Aも甲動産に250万円の価値があることを知らなかった場合には、AはBの代理行為の無効を主張することができるから、その場合に限り、AのCに対する甲動産の引渡請求は認められる。
二. 問2について
1. Bには甲動産を100万円で売却する代理権はないから、Bの行為は無権代理行為であり、Aに効果帰属しないのが原則である(113条1項)。しかし、Bは、甲動産を200万円以上で売却する代理権を有しており、その権限外の行為をしているから、CがBに甲動産を100万円で売却する代理権があると信じ、そう信じたことに正当な理由がある場合、すなわち、Cが代理権の不存在について善意・無過失の場合には、Cは110条の表見代理によって保護され、甲動産の所有権を取得できる。
2. 本問では、画廊を営むBと契約をしているCは、Bの代理権の不存在について善意・無過失と考えられるから、AのCに対する甲動産の引渡請求は認められない。

# 第 5 問 答案用紙<2>

( 民 法 )

	受験番号シール貼付欄
2 - 2	

**問題 2** ( 問 1 及び 問 2 の両解答とも本紙に記入しなさい )

## 一. 問 1 について

1. Bは、Aから甲動産を預かっただけであり、甲動産の処分権限はなく、Dは甲動産の所有権を取得できないのが原則である。しかし、Bが甲動産の所有者でなかったことにつきDが善意・無過失であれば、甲動産の所有権を即時取得(192条)することが考えられる。ただ、Dは売買契約締結時には占有改定(183条)による引渡しを受けているにすぎない。そこで、占有改定によっても即時取得は成立するのかが問題となる。  
この点、占有改定によっては即時取得は成立しないと解する。なぜなら、占有改定は占有の移転が不明確であり、そのような不明確な行為によって真の権利者の権利を奪い去ることは、たとえ取引の安全のためとはいえ、妥当ではないからである。
2. そうすると、所有者Aから譲渡担保権の設定を受けたEは、甲動産の譲渡担保権を有効に取得する。そして、弁済期までにその被担保債権の弁済がなかったのであるから、Eは譲渡担保権を実行し、甲動産の所有権を取得できるはずである。しかし、その後、Dは甲動産の現実の引渡しを受けているから、その時点でもDが善意・無過失であれば、Dは、譲渡担保権の負担のない甲動産の所有権を即時取得することができる。
3. 以上より、Dは、原則として、Eの甲動産の引渡請求を拒むことはできないが、甲動産の現実の引渡しを受けた時点でも、Dが善意・無過失の場合には、Dは、Eの甲動産の引渡請求を拒むことができる。

## 二. 問 2 について

1. 問1で論じたように、Dは、甲動産の所有権を承継取得できず、Bが甲動産の所有者でなかったことにつき悪意だから、即時取得も成立しない。よって、Dは、所有権に基づきFに対して甲動産の返還を請求することはできない。
2. 次に、Eに甲動産の占有を奪われたDは、占有回収の訴え(200条)を提起して甲動産の返還を請求することが考えられる。この点、本問では、占有の交互侵奪があるが、占有訴権は、「占有」という事実上の支配に対する他人の侵害を排除するために認められる権利である以上、占有の交互侵奪の場合もなお占有回収の訴えは認められると解する。しかし、占有回収の訴えは、善意の特定承継人に対して提起することはできない(200条2項)。  
よって、Dは、Eから甲動産を購入したFが悪意の場合に限り、Fに対して占有回収の訴えを提起して甲動産の返還を請求することができる。

第 6 問 答案用紙<1>  
( 民 法 )

	受験番号シール貼付欄
1 -	
2	

問題 1

1. Aは、建物所有を目的とする甲土地の賃借権の譲渡につき貸貸人Bの承諾を得た上で、甲土地上の乙建物をCに売却しているから、AC間の本件売買契約は敷地賃借権付の建物の売買契約と考えられる。そして、甲土地の賃借権の譲渡につき貸貸人Bの承諾があるから、本件売買契約により、Cは乙建物の所有権とともに甲土地の賃借権も取得し、BA間の甲土地の賃貸借契約はBC間の賃貸借契約に移行する。
2. しかし、Cは、甲土地上の乙建物の引渡しを受けておらず、甲土地の占有を開始していないので、Dに対して占有保持の訴え(198条)を提起して、丙車両の撤去を求めることはできない。
3. では、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権の行使により丙車両の撤去を求めることはできないか。不動産賃借権に基づく妨害排除請求権が認められるかが問題となる。
- この点、対抗要件(605条、借地借家法10条1項、同法31条1項)を備えた不動産賃借権には妨害排除請求権を認めるべきであると解する。なぜなら、不動産賃借権は、一般の債権とは異なり、不動産を占有してこれを使用・収益できる権利であり、また、対抗要件を備えると排他性が認められ、物権と類似の効力が認められるからである。
- 本問では、乙建物の所有権移転登記は未了であり、Cは、甲土地の賃借権の対抗要件を備えていないから、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を行使して、Dに対して丙車両の撤去を求めることはできない。
4. そこで、Cは、Bに対する賃借権を被保全債権として、貸貸人Bの不法占拠者Dに対する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使(423条)して、Dに対して丙車両の撤去を求めることはできないか。特定債権を被保全債権とする債権者代位権の転用が認められるかが問題となる。
- 確かに、債権者代位権の転用は、債務者の責任財産の保全という債権者代位権の制度趣旨からはずれる面がある。しかし、423条は単に「債権」とのみ規定し、また、債権者代位権には425条のような制限もない。従って、合理的な結果が得られる場合は、債権者代位権の転用も認められると解する。また、特定債権の保全は債務者の資力とは無関係だから、この場合は、債務者が無資力であることは不要であると解する。
- 本問の場合、これを認めることで、対抗要件を備えていない賃借人Cによる不法占拠者Dの排除という合理的な結果が得られる。よって、Cは、BのDに対する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使して、Dに対して丙車両の撤去を求めることができる。

第 6 問 答案用紙<2>  
( 民 法 )

	受験番号シール貼付欄
2 - 2	

問題 2

1. 賃貸人Bに対する請求

問題1で論じたように、甲土地賃借権の譲渡についてBの承諾があるから、本件売買契約により、BA間の甲土地の賃貸借契約はBC間の賃貸借契約に移行する。

そうすると、賃借人Cは、賃貸人Bに対して、甲土地の使用収益に必要な修繕をすることを請求できるから(606条1項)、猛毒の有害物質によって汚染された甲土地の有害物質の除去を請求することができる。

また、Cが甲土地の有害物質を除去するための費用を支出したときは、その費用は賃貸人Bが負担すべき必要費に当たるから、CはBに対して、直ちにその全額の償還を請求することができる(608条1項)。

そして、甲土地が猛毒の有害物質によって汚染されているという欠陥は、建物所有目的の土地賃貸借において土地が通常備えるべき性質を欠くものといえ、また、このまま甲土地上の乙建物に居住し続けると健康被害を受ける可能性が高いのだから、甲土地には契約目的を達することができない「瑕疵」があるといえる。そして、その瑕疵は、本件売買契約の締結に先立って行われた調査の際には検知されなかったのであるから、Cは当該瑕疵の存在について善意・無過失といえ、甲土地には「隠れた瑕疵」があるといえる。よって、Cは、Bに対して、瑕疵担保責任を追及して(559条・570条)、甲土地の賃貸借契約の解除ないし甲土地の有害物質の除去費用相当額の損害賠償を請求することができる。

2. 売主Aに対する請求

それでは、Cは、敷地賃借権付の建物売買における買主として、売主Aに対して、瑕疵担保責任(570条)を追及できないか。

思うに、この場合の売買の目的は敷地賃借権という債権であるから、敷地そのものの物理的欠陥は目的物の「瑕疵」ではない。また、債権の売主は特約がない限り債務者の資力を担保しないから(569条参照)、敷地賃借権の売主は賃貸人の修繕義務の履行を当然には担保しない。従って、敷地に物理的瑕疵があっても、買主は売主に対して瑕疵担保責任を追及できないと解する。

よって、Cは、Aに対して、瑕疵担保責任を追及して、甲土地の賃借権付き乙建物の売買契約の解除はできないし、甲土地の有害物質の除去費用相当額の損害賠償を請求することもできない。

## 【解答への道】

### I 合格ライン

昨年と同様、過去問で出題されている論点も出題されており、また、基本論点が典型事例に近い形で出題されている問題もあり、それらの部分では手応えを感じた受験生もおられたのではないかと推測される。

ただ、そうはいつても、昨年と同様、全体としての量的ボリュームはかなりあり、事実認定やあてはめが困難な問題もあったことから、昨年と比べて合格点の水準が大幅に上がることは考えにくい。結局、合格ラインに達するか否かを分けるポイントは、やはり、基本的な条文知識が問われている問題や基本論点を確実に論述できたかという点であろう。その点からすると、第5問の問題1の問1の101条1項の原則や「動機の錯誤」、「要素の錯誤」、問2の無権代理、表見代理の条文知識、第5問の問題2の問1の「占有改定と即時取得」、第6問の問題1の「不動産賃借人が賃借不動産の使用収益を侵害された場合の救済手段」などの部分の得点を積み上げることができていれば、合格ラインに達するであろう。

#### <第5問>

##### 1. 問題1・問1について

Aは、250万円の価値を有する甲動産の価値を見誤ったBの錯誤を理由にBの代理行為の無効を主張することが考えらる(101条1項、95条、99条)。この代理行為の瑕疵の判断基準の原則論(101条1項)は、基本的な条文知識であり、基礎答練第1回の第1問でも出題しているので、確実に指摘してほしい。

ただ、Bは甲動産の価値を見誤ったにすぎず、甲動産を100万円で売却する効果意思は有しているため、Bの錯誤は動機の錯誤である。そこで、動機の錯誤が95条の「錯誤」に当たるかを論ずる必要がある。また、錯誤に関しては「要素」の錯誤に当たるかも問題となる。これらも基本論点なので、しっかり論じてほしいところである。

本問では、甲動産の価値を見誤るという錯誤がなければ、Bはもちろん通常人も250万円の価値を有する甲動産を100万円で売却するとの意思表示はしなかったであろうと認められるから、Bの錯誤は意思表示の重要部分の錯誤であり、「要素」の錯誤に当たる。従って、判例の立場からは、Bの動機が表示され、Bに重過失がなければ、錯誤無効(95条)の要件を充たす。

しかし、本問では、AはBに甲動産の売却という特定の法律行為を委託しているため、Aが甲動産に250万円の価値があることを知っていた場合には、Aの指図がなくても101条2項を拡張適用して、Aの主観的態様を考慮すべきではないかも問題となる。判例の立場からは、特定の法律行為の委託があれば、本人の指図がなくても、101条2項を拡張適用して、本人の主観的態様を考慮できるから、Aが甲動産に250万円の価値があることを知っていた場合には、AはBの代理行為の無効を主張することができないことになる。結

局、本問を判例の立場からまとめると、Bの動機が表示され、Bに重過失がなく、Aも甲動産に250万円の価値があることを知らなかった場合に限り、AはBの代理行為の無効を主張することができ、その場合に限り、AのCに対する甲動産の引渡請求は認められるということになる。もっとも、画廊を営むBが甲動産の価値を見誤ったことが重過失にあたと認定した場合、「101条2項の拡張適用」の論点は出てこないし、本問では、Bに重過失があったといえるか否かは微妙である。したがって、「101条2項の拡張適用」の論点については、この点に言及できなくても、それだけで合否に影響することはないであろう。

## 2. 問題1・問2について

Bには甲動産を100万円で売却する代理権はないから、Bの行為は無権代理行為であり、Aに効果帰属しないのが原則である(113条1項)。しかし、Bは、甲動産を200万円以上で売却する代理権を有しており、その権限外の行為をしているから、CがBに甲動産を100万円で売却する代理権があると信じ、そう信じたことに正当な理由がある場合、すなわち、Cが代理権の不存在について善意・無過失の場合には、Cは110条の表見代理によって保護され、甲動産の所有権を取得できる。解答例では、画廊を営むBと契約をしているCは、Bの代理権の不存在について善意・無過失と考えられると認定しているが、Cが善意・無過失かどうかは不明として、場合分けをして論じたとしても、特に問題はないであろう。ただ、本問は、無権代理行為の原則論である113条1項の内容や110条の表見代理の内容という基本的な条文知識が問われており、その論述は落としてはいけないところである。

## 3. 問題2・問1について

Aから甲動産を預かっていたにすぎないBには甲動産の処分権限はないから、Dはその所有権を取得できないのが原則である。この原則論は抜けてはいけない。BD間の売買契約により、Dが甲動産の所有権を承継取得できるのであれば、そもそも、次に論ずべき即時取得は問題とならないからである。Dが甲動産の所有権を取得できないのが原則であることを前提に、Bが甲動産の所有者でなかったことにつき善意であったDに過失がなければ、甲動産の所有権を即時取得(192条)できるのではないかが問題となるのである。

この点、Dは売買契約締結時には占有改定(183条)による引渡しを受けているにすぎない。そこで、「占有改定でも即時取得は成立するか」が問題となる。この論点は、過去の本試験でも出題されており、基礎答練第1回の第2問でも出題している重要論点なので、今年の問題の中では絶対に落としたいところである。この論点では、判例の立場である否定説のほかにも肯定説や折衷説があるが、それぞれの立場からの論述とあてはめが正確にできていれば、いずれの立場で論じても問題はない。ただ、本問では、Eが譲渡担保権の設定を受けた後に、Dは現実の引渡しも受けていることから、否定説に立っても、現実の引渡しを受けた時点でも、Bが甲動産の所有者でなかったことにつきDが善意・無過失であれば、Dは、譲渡担保権の負担のない甲動産の所有権を即時取得することができることになる。そのため、本問の問いに対する結論も現実の引渡しを受けた時点で、Bが甲動産の所有者でなかったことにつきDが善意・無過失であったか否かで異なってくる。

#### 4. 問題2・問2について

Dは、甲動産の所有権を承継取得できず、Bが甲動産の所有者でなかったことにつき悪意だから、即時取得も成立しない。そこで、まず、Dは、所有権に基づきFに対して甲動産の返還を請求することはできないことを指摘してほしい。次に、DはEに甲動産の占有を奪われていることから、占有回収の訴え(200条)を提起して甲動産の返還を請求することの可否が問題となる。ただ、占有回収の訴えは、善意の特定承継人に対して提起することはできず(200条2項)、Fはこの特定承継人に当たるため、占有回収の訴えが認められるとしても、Dが、Fに対して占有回収の訴えを提起して甲動産の返還を請求することが認められるのは、Fが悪意の場合に限られる。

本問では、Eは譲渡担保権を有効に取得しており、指図による占有移転(184条)で甲動産の引渡しを受けており、その占有を取得していたのだから、占有の交互侵奪の場合も占有回収の訴えが認められるかも問題となりうる。ただ、占有の交互侵奪の論点は細かい論点であり、そもそも占有訴権自体が細かい知識であるため、本問では、占有回収の訴えに気付いただけで十分であり、200条2項や占有の交互侵奪の論点に言及できなくても、その点で差がつくことはないであろう。

#### 5. 合格点について

第5問では、問題1の問1の101条1項の原則や「動機の錯誤」、「要素の錯誤」、問2の無権代理、表見代理の条文知識、第5問の問題2の問1の「占有改定と即時取得」で確実に得点を確保したいところではある。しかし、これらの部分でも、意外な見落としをしてしまった受験生も少なからずいると思われることから、第5問では、素点レベルで4割程度の得点を確保できれば勝負になると考えていいであろう。

### <第6問>

#### 1. 問題1について

本問では、まず、Aが有していた建物所有を目的とする甲土地の賃借権をCが承継していることを論ずる必要がある。この点、Aは、甲土地の賃借権の譲渡につき賃貸人Bの承諾を得たうえで、乙建物を売却していることから、解答例では、AC間の本件売買契約は敷地賃借権付の建物の売買契約と考えられるとしているが、ここで、応用答練第2回の第2問で出題した「借地上の建物の譲渡は土地賃借権の譲渡を伴うか」という論点を取り上げることも可能である。この論述があれば、その点も評価されるであろうが、この論点を取り上げなかったからといって、大きなマイナスはないと思われる。

いずれにしても、本問では、Cは甲土地の賃借権を取得する。そうすると、後は「不動産賃借人が賃借不動産の使用収益を侵害された場合の救済手段」という典型事例の問題となる。そこで、不動産賃借人の救済手段として考えられる3つの手段、すなわち、①占有訴権による方法、②不動産賃借権に基づく妨害排除請求による方法、③債権者代位権の転用による方法について、それぞれ検討する必要がある。本問では、甲土地の占有を開始していないCに占有訴権の行使は認められず、甲土地の賃借権の対抗要件を備えていないC

この解答速報の著作権はTAC(株)のものであり、無断転載・転用を禁じます。

には、不動産賃借権に基づく妨害排除請求も認められないが、Cは、BのDに対する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使して、Dに対して丙車両の撤去を求めることができるという流れになる。これは、典型論点の典型事例に近い事例での出題であるから、しっかり論じてほしいところである。特に、③債権者代位権の転用については、事例は異なるが、応用答練第2回の第1問でも出題しているので、債権者代位権の転用の規範定立部分はしっかり論じられたことを期待したい。また、占有訴権の行使が認められない点については、本問では、丙車両により甲土地の占有が妨害されているという事例であるため、解答例では、「占有保持の訴え(198条)を提起して、丙車両の撤去を求めることはできない。」としているが、ここでは、占有訴権の行使は認められないことにポイントがあるので、「占有回収の訴え(200条)を提起して、丙車両の撤去を求めることはできない。」としても、特に問題はないであろう。

## 2. 問題2について

甲土地賃借権の譲渡についてBの承諾があるため、本件売買契約により、BA間の甲土地の賃貸借契約はBC間の賃貸借契約に移行する。そこで、賃貸人Bに対する賃貸借契約上の請求として、修繕請求(606条1項)、必要費償還請求(608条1項)、瑕疵担保責任の追及による解除ないしは損害賠償請求(559条、570条)が問題となる。すべてを指摘できなくても、少なくとも、修繕請求(606条1項)には言及してほしい。

次に、売主Aに対する売買契約上の請求として、敷地賃借権付の建物売買において、敷地の物理的欠陥が売買の目的である敷地賃借権の瑕疵といえるかが問題となる。これを否定する最高裁判例のある論点であるが、細かい論点でもあり、この点が抜けてしまっても、それだけでは致命傷とはならないであろう。

## 3. 合格点について

第6問については、問題1の「不動産賃借人が賃借不動産の使用収益を侵害された場合の救済手段」の部分でベースの得点を確保し、残りの部分で得点を少し上積みすることで、何とか素点レベルで4割程度は確保したい。

## II 答練との対応関係

### <第5問>

基礎答練 第1回 第1問

基礎答練 第1回 第2問

### <第6問>

応用答練 第2回 第1問

応用答練 第2回 第2問