

2017年度同志社大学大学院司法研究科
前期日程入学試験問題解説
民法

問（１）（40点）

（ア）Aは甲の所有権を有する。Cは甲土地上に乙建物を建てて居住し、甲を占有している。また、Cは甲土地の所有権移転登記を経由している。したがって、Aは甲の所有権に基づく物権的妨害排除請求権の行使としてC名義の所有権移転登記抹消登記手続を請求し、甲の物権的返還請求権の行使として乙建物収去・甲土地明渡を請求する。

（イ）CはBから甲土地を購入したと反論。

Aは、AB間の売買予約及びBの仮登記は仮装のもので（94条1項により売買予約は無効）、Bには甲の所有権は移転していない（Bは甲に関して無権利である）、したがって、CもBとの売買によって甲土地の所有権を取得することはできないと反論。

Cは、AB通謀して売買予約とBへの仮登記という小なる外形を作出し、それをBが本登記という大なる外形に変容させたこと、BはかつてAから甲の購入に関して代理権を与えられていたことから、民法94条2項と110条の法意に照らし、Cが善意無過失であれば、AはCに対抗できないと再反論する（最判昭和43年10月17日民集22巻10号2188頁）。

Aは仮登記という小なる外形を作出した点で帰責性があり、Bがその小なる外形を拡大した点で、基本代理権を越える代理行為をした110条の表見代理と構造が似ている。

Aの実印と印鑑証明書がある＋甲の売買代金はAが2014年に購入した際の価格と大きな違いがない→Cの善意無過失が推認される。

他方、Aの姓を刻んだ有り合わせの印章→Bが実印を偽造したことを推認させる→Cの有過失を推認させる事情。

問（２）（30点）

BはA所有の物である甲をCに売却している（他人物売買）。他人物売買は債権契約としては有効であるが、売主はその権利を取得して買主に移転する義務を負う（民法560条参照）。他人物売買における売主の担保責任（いわゆる追奪担保責任）は、①他人の権利の売買であること、②買主への権利の移転が不能であること、を要件として成立し、効果（責任内容）として解除と損害賠償が認められているが、買主が契約時に売買目的物の権利が売主に属さないことを知っていたときには、損害賠償の請求はできない。

上記の要件のうち、②買主への権利の移転が不能であるか否かは、社会通念によって評価されるが、真実の権利者が権利移転を拒絶する意思を確定的に表示した場合には、権利移転不能とみてよい。本件でAはCに甲の移転登記抹消登記手続及び乙建物収去・甲土地明渡を請求しているため、Aはこれによって権利移転を拒絶する意思を確定的に表示したとみるべきであり、Cへの甲の所有権の移転は不能だと評価できる。→民法561条により、他人物売買の買主は、売主に対し、解除または損害賠償の請求をすることができる。

問（１）でAの請求が認められる場合とは、Bの所有権移転登記が虚偽の外形であることをCが知っていた場合、または、知らなかったことにつき過失があった場合である。→前者の場合には民法561条に基づく損害賠償請求はできない。Cが民法561条に基づく損害賠償請求をなすのは、Cが有過失の場合に限られる。

他方、Cに甲の所有権を移転できなかったことについてBに帰責事由がある場合には、Cは、債務不履行一般の規定（民法415条）に従って、損害賠償の請求をすることができる。この場合には、Cが561条にいう悪意でも、損害賠償の請求をすることができる（最判昭和41年9月8日民集20巻7号1325頁）。

問（３）（30点）

Dは、AがBに代理権を授与しており、Bは頭名をして代理行為として甲土地の根抵当権設定契約を締結し、根抵当権設定登記をしていることを主張し、Bの行為の効果はAに帰属するとして、当該根抵当権設定登記が有効であると反論すべきである。

これに対して、Aは、Bに甲土地根抵当権設定契約につき代理権を授与していないことを主張し、Bの行為は無権代理であるとして、Aには効果帰属しない（民法113条）と反論することが考えられる。

さらに、これに対して、Dは、表見代理の成立を主張すべきである。すなわち、AがBに事実1で甲の購入のために与えた代理権を基本代理権として、BのDとの根抵当権設定契約は基本代理権の範囲を越えるものであり、Bが実印、印鑑登録証明書等の書類を用いて代理行為をしていることからDはBに代理権があると信じ、かつそう信ずべき正当の理由があることを主張すべきである（民法110条の表見代理）。あるいは、事実1の代理権が消滅している場合には、民法112条と110条の重畳適用により、表見代理を主張すべきである。

民法110条の正当の理由は、無権代理行為当時の諸般の事情を客観的に観察して、通常人において右行為が代理権に基づいてされたと信ずるのがもっともだと思われる場合、すなわち、第三者が、代理権があると信じたことが過失とはいえない場合をいう（最判昭和44年6月24日判時570号48頁）。代理人と称する者が印鑑証明書と実印を用いていれば、当該代理人が不動産の処分についての代理権を有すると信じたことについて、原則として正当理由ありとされるが、本設例では、代理人Bは、自己の債務の担保として本人Aの所有不動産に根抵当権を設定するという行為をしており、当該代理行為によって代理人のみが利益を得、本人が不利益を被る利益相反的行為であること、銀行取引契約という継続的取引から生ずる現在および将来の債務の担保のための根抵当権設定という、本人にとって負担の重い契約をしていること、から、正当理由を否定する疑念事情があるといえるから、相手方Dが本人Aに代理権の有無について直接問い合わせることをしなかったのであれば、正当理由なしとしてDの表見代理の主張は認められないと解すべきである（最判昭和51年6月25日民集30巻6号665頁、最判昭和53年5月25日判時896号29頁）。