

法学既修者認定試験（民法）の出題趣旨と採点のポイント

設問1について

本問において、Yは、Xから授与された代理権に基づき、客観的には代理権の範囲内の行為を行っている。しかし、Yは自己の利得を得ることを目的に右代理行為を行っており、かつ現にZから受領した売買代金を着服している。このような場合、Yが行った代理行為の効果をXに帰属させ、ZのXに対する履行請求を認めるべきか。いわゆる「代理権の濫用」と呼ばれる問題であり、民法総則分野における重要論点の一つである。

この問題を論じるにあたっては、まずYが行った行為が有権代理か無権代理かを論じる必要がある。判例および通説は、代理権のある代理人が本人のためにすることを表示して代理権限内の行為を行った場合、たとえ代理人自身の経済的利益を図る意図があったとしても、これを有権代理と構成し、その行為の効果は本人に帰属するとしている。

これに対し、無権代理を「本人の利益のために行動する義務に違反すること」と広く解し、Yの行為を無権代理と構成する立場も有力である。もちろん、何れの立場にたってもよいが、代理意思の意味や取引の安全という観点を踏まえ、説得的に自説を展開する答案を高く評価した。

次に、有権代理構成に立った場合（無権代理構成に立つ場合には、表見代理の成立を検討することになる）、本問のようにZがYの主観的意図を認識している場合にまで、Xに対する履行請求を認めることが妥当かどうかを論じることになる。判例および学説では、このような場合にまでXに対する履行請求を認めるべきではないとする価値判断が共有されている。しかし、その法律構成については争いがある。判例（最高裁昭和38年9月5日民集17巻8号90頁、最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁など）は、Yの主観的意図（自己の利益を図る意図）と外観との間に不一致があることから、これを心裡留保的に捉え、民法93条を類推適用し、Zが代理人の右意図を知りまたは知ることができた場合には、Yの意思表示を無効とする（Xへの効果帰属を否定する。民法93条類推適用説）。これに対し、Zが、Yの権限濫用を知らずながらXに履行請求することは、権利濫用に当たるとし、民法1条によりZの権利行使を遮断する立場もみられる（権利濫用説）。もちろん、説得的な論証ができていれば何れの立場に立ってもよいが、権利濫用説に立つ場合には、少なくとも最高裁の見解を紹介し、これを批判し自説を展開することが必要である。なお、答案には、民法94条1項の適用を指摘するものが複数みられた。このような法律構成もあり得るのかもしれないが、基本的に、相手方の契約締結の意図（契約締結の動機といっても良い）を認識していることをもって、直ちに虚偽表示の成立を肯定することは困難であるように思う。

次に、本件では、Zからの転得者Aが現れていることから、転得者Aと本人Xの法律関係（物権的法律関係）を検討する必要がある。民法93条類推適用説に立つ場合、YZ間の

契約は無効となるから、Aは甲不動産の所有権を取得できず（Aは無権利者）、Xの返還請求は認められることとなる。ただし、Aを保護する法律構成としては、民法94条2項の類推適用が考えられる。これに対し、権利濫用説は、YZ間の契約の効果は一応Xに帰属し、Zは所有権を取得すると構成するので、Aも甲不動産の所有権を承継することが可能である。したがって、XのAに対する返還請求は否定されることになる（ただし、AがYの権限濫用について悪意または重過失の場合には信義則上、Xへの権利主張が否定されるとされている）。特に、代理権濫用の法律構成と転得者Aの法的地位が整合的に論証されている答案を高く評価した。

設問2について

本問は、動産質権の効力に関する基本的な理解を確認する問題である。

(1) について

本件動産の所有権はZに帰属し、設定者Xには本件動産に関する処分権がないから、仮にXY間で質権設定契約が締結されたとしても、本件動産について質権は成立しない。しかし、Yが本件動産についてXが無権利者であることにつき善意無過失の場合には、Yは、民法192条により当該動産に対する質権を取得することが可能である（質権の実行が可能。なお、即時取得は引渡を伴う物権の移転に認められるので、即時取得される権利は、原則として所有権と質権に限られる）。

(2) について

質権が有効に設定された後、質権者が設定者にその目的物を代理占有させた場合に、質権の効力はどのように扱われるかを問う問題である。質権設定契約の要物性（民法344条、345条）の意義に遡及して検討する必要がある。要物性の意義について、公示方法の強化を強調する立場は、質権者が質物を設定者に返還した場合には、質権は公示方法を喪失し、その結果、第三者対抗力を失うとする。対抗力喪失説と呼ばれる立場であり、現在の判例および通説を構成する立場である。この立場に立つと、YがXに質物を返還したとしても、質権は有効に存続し、単に質権の対抗力が失われるに過ぎない。したがって、Xは、質権を実行し被担保債権の弁済を受けることが可能である（ただし、他に債権者がいる場合には優先弁済を主張できない）。

これに対し、要物性の意義について、質権の留置的作用（質物の占有により被担保債権の履行を間接的に促す作用）を強調する立場に立てば、質物の占有を欠く質権は質権の本質的作用を喪失することになり、質権の存続自体が否定されるとする。質権消滅説と呼ばれる立場である。この立場に立てば、質物の占有喪失により質権は消滅することになるので、もはや質権を実行することはできない。

何れの立場にたっても構わないが、要物性の意義を踏まえ、説得的に自説を展開することが求められる。

設問3について

本設問は、無権代理と相続をめぐる基本的な問題である。無権代理人の法的地位に関する民法上の基本知識があるか、そのような無権代理人の法的地位が相続によりどのように承継されるかを理解できているかを見る。相続により、無権代理人Aを本人B（Aの夫・Yの父）とともに承継したYが、さらにAが死亡してAを相続した場合の法律関係をどう捉えるかについては、最判昭和63・3・1がYの追認拒絶を否定する判断を示している。しかし、この判例を知らない場合でも（知っているも）、本設問は、無権代理、相続及び信義則の基本的知識と法的思考能力があれば、上記判例にこだわることなく、自由に結論を引き出すことも可能である。むしろ、本設問は判例の論理や結論の暗記では得られない「思考能力」、ないし、そのような「思考能力」形成力の有無を見ようとするものである。

採点上も、細かい民法知識や判例法理の知識より、上記の柔軟な思考能力ないし「思考能力」の自己形成力が見えるか否かを重視した。