

【民法】

〔第 1 問〕

- (1) いわゆる無権代理と相続の問題です。前半の問いについては、おそらく受験生の多くは、資格併存説を前提として信義則を根拠に追認拒絶はできないという立場の答案を書くものと予想します。しかし、判例は人格承継的な考え方を示しており、さらに、追認拒絶を認めるべしという併存徹底説も有力です。妥当な結論の探求と論理的に筋の通った法律構成とをいかに両立することができるか、判例準則への言及・分析も含めて、説得力のある論述ができていないか否かに重点をおいて評価します。

後半で問われている論点については、まだ明確な判例がなく、学説でも必ずしも一般的に取り上げられているわけではありません。前半の論点との接点をきちんと押さえた上で説得力のある立論で妥当な結論を導く力があるか否かに注目して評価したいと思います。

- (2) 抵当権にもとづく明渡請求の可否とそれが認められる要件についての問題です。この点については、最高裁判決（平成 11 年および 17 年判決）が従来通説に歩みよる形で、一応の決着がつけられました。しかし、抵当権には占有すべき権限が含まれておらず使用収益権能は設定者のもとにとどめられているという抵当権の基本的な内容と、そこで明らかにされた明渡請求の要件とがどのような関係に立つのかについては、判決は必ずしも十分な説明を展開していません。

本問については、事案へのあてはめを通じて妥当な結論が導かれているかを中心に評価するのは当然ですが、その過程で、従来否定説の根拠とされてきたいわゆる「抵当権ドグマ」との関係で、判例の提示している要件の持つ意味を正しく理解しているか否か、また、その問題についてどこまで踏み込んだ言及がなされているか否かにも留意して評価するつもりです。

〔第 2 問〕

- (1) 賃貸借契約成立後、賃貸借契約の目的物である不動産が譲渡されたとしても、対抗力がある賃借権の場合、賃借人は、新たな所有者に対し、自らの賃借権を主張することができます。このような場合、賃貸人は、誰であるのが問題となりますが、判例・通説は、新所有者が賃貸人であると解しています。まず、この点について、なぜそのように解されるのかをきちんと論ずることができるかが採点のポイントとなります。

また、その論述と関連しますが、賃貸人という契約上の地位が移転するということからすると、契約のもう一方の相手方である賃借人の同意が必要かどうかという点も問題となります。

ところが、本問では、旧所有者 A と新所有者 Y との間では、甲建物の売買に際して、

賃貸人たる地位をYに移転させずにAのままとする旨の合意がされています。このような合意がどのような効力を有するかが次に問題となります。このような事例について、最高裁平成11年3月25日第1小法廷判決・判時1674-61は、このような合意があっても、賃貸人たる地位は所有権の移転とともに新所有者に移転するとしています。このような結論を導いた理由がどのような点にあるのかを論ずることもまた採点における重要なポイントとなります。

さらに、賃貸人として賃料を請求するに際しては、新所有者が登記を備えることを要すると解するのが判例・通説ですが、この立場に立つ場合、登記が持つ意味を答案上明確にする必要があります。

- (2) 賃貸人たる地位が所有権の移転とともにYに移転する場合、AとXの間で締結された敷金契約はどうなるのか、敷金返還義務を負うのはAなのか、Yなのかの問題となります。この点を論ずるに当たっては、敷金契約というものがどういう法的意味を有するのかという点から考えていく必要があります。

さらに、甲建物の明渡しを拒む根拠としては、敷金返還請求権と建物明渡しが同時履行関係にあると主張するということが考えられますが、果たして同時履行関係に立つかどうかの問題となり、この点について答案を作成するに当たっても、敷金契約の法的な意味という点から考えて論じていくことが採点上のポイントとなります。

〔第3問〕

一般原則が予定している典型的な場合とどこかですれている事実を一般原則で処理する場合に、その処理の結果が必ずしも妥当でないことがあります。あるいは、処理の途中で、先へ進めなくなることがあります。本問では、判例通説と認められる「分娩した者が母親である」という命題で処理していくと、どこかでその論理が通用しなくなる場面が出てきます。そのことに気づくことと、その場合にどのような処理が可能であるかを考えて議論を展開する能力の有無を問うのが出題の趣旨です。

参考にした裁判例は、最決平19年3月23日(民集61巻2号619頁)です。

以上