

論文式試験問題集  
[民法]

## [民法]

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。なお、民法以外の法令の適用について検討する必要はない。

### 【事実】

1. Aは、書画骨董品の収集を趣味とする東京在住の個人である。Bは、京都に店舗を有し、掛け軸、屏風及び衝立等の表装・修理や書画骨董品の売買等を行う専門の事業者である。
2. Aは、令和5年1月頃、自己が所有する掛け軸甲の経年劣化が激しいことに気づき、たまたま自宅を訪れていたBに甲を見せ、その修復をBに持ち掛けた。Bは、「甲は保存状態が悪く、その修復には高額の見込まれるから、考え直した方がよい。」と述べたが、Aが「甲は大事な家宝だから、いくら費用が掛かっても修復したい。」と強く主張したため、これに同意するに至った。
3. Aは、令和5年7月1日、Bとの間で、Bの店舗において、以下の内容を含む契約（以下「本件請負契約」という。）を締結した。
  - (1) Aは、Bに対して、甲を、その修復のため、令和5年7月15日までに預託する。
  - (2) Bは、甲の汚損を鑑賞可能な程度にまで修復し、令和6年7月15日までにAに返還する。
  - (3) Aは、Bに対して、報酬として250万円を甲の返還と引換えに支払う。
4. 本件請負契約を締結するに当たり、Bは、Aに、「甲の状態を最後に確認してから半年ほど経つが、その後どのように保管しているのか。現在も修復可能なのか。」と尋ね、「きちんと保管しているから大丈夫だ。」との回答を得た。Bは、個人宅での保管であることから甲の現在の状態に疑念を抱き、「蓋を開けてみたら修復不能なほどに傷んでいた、などと言われても知りませんよ。」と念を押した上で本件請負契約を締結した。
5. Aは、個人宅における掛け軸の標準的な保管方法に反し、甲を紙箱に入れたのみで湿度の高い屋外の物置に放置したため、本件請負契約の締結に先立つ令和5年6月15日頃までに、甲は原型をとどめないまでに腐敗し、修復することができなくなってしまった（以下「本件損傷」という。）。
6. Aは、本件請負契約の交渉過程において、甲の状態を確認しておらず、Bから数回にわたって「甲の状態や保管方法に問題はないか。」と問い合わせられても「問題ない。」と答えるのみで放置していたため、本件請負契約を締結した時点では、本件損傷の事実を知らなかった。Aは、令和5年7月13日、甲を梱包するために物置から取り出したところ、本件損傷に気づき、直ちにBに連絡し、Bは自ら本件損傷を確認した。
7. Bは、令和5年7月2日から同月10日にかけて、甲の修復に要する材料費等の費用一切として40万円を支払っていた。
8. Bは、「本件請負契約は有効に成立しており、甲の修復ができないのはAの問題である。」として、Aに対して250万円の支払を請求している。これに対して、Aは、「本件請負契約は無効である。仮に有効だとしても、甲が現に修復されていない以上、金銭を支払う理由はない。」と反論している。

### 〔設問1〕

【事実】1から8までを前提として、BのAに対する請求が認められるかどうか、認められるとした場合にはどのような範囲で認められるかについて、法的根拠を明示しつつ論じなさい。なお、

利息及び遅延損害金について検討する必要はない。

【事実】

9. Bは、令和5年4月27日、コレクターCとの間で、Cが所有する古美術の壺乙に関して、次の内容を含む契約（以下「本件委託契約」という。）を締結した上で、同日、Cから乙の引渡しを受け、これをBの店舗内に展示することになった。
- (1) Bは、Cから引き渡された乙につき、これを無償でCのために善良なる管理者の注意義務をもって管理し保管するものとする。他方で、CはBに対し、乙をBの店舗内において顧客に展示し、Bの名において販売する権限を与えるものとする。
  - (2) Bが乙を顧客に対して販売したときは、CがBに対し乙を代金180万円で販売する旨の契約が当然に成立するものとし、乙の所有権は、CからBに直ちに移転するものとする。なお、BのCに対する代金の支払期限は、当該売買契約成立日の翌月末日とする。
  - (3) Bは、乙につき顧客に対して販売する前にCから返還請求があったときは、乙の顧客への販売権限を当然に失い、直ちに、乙をCに対し返還しなければならないものとする。
10. 令和5年5月初めから、Bの店舗には、顧客Dが頻繁に訪れて、展示物を鑑賞していた。なかでも、Dは乙に強い関心を示し、Bにいろいろと質問をしたため、BはDの質問に答えたが、その際、〔ア〕。同月25日頃、BはDに対して、200万円で乙を販売してもよいという意向を示した。それに対してDは、しばらく考えたいと返事を留保した。
11. 令和5年6月1日、Cは、Bの資金繰りが悪化したとの情報を入手したため、Bに対し、本件委託契約の契約条項(3)に基づき乙の返還を請求する旨の通知を発し、当該通知は同日中にBに到達した。しかし、Bは乙の展示を継続した。
12. 令和5年6月2日、Bは、前記11の通知を受けたにもかかわらず、Bの店舗を訪れて乙購入の意向を示したDとの間で、Bを売主、Dを買主とし、代金を200万円とする乙の売買契約を締結した。Bは、乙を無償でDの自宅に後日配送するものとし、Dは、その場で代金200万円の全額を支払った。売買契約時、Dは乙について、〔イ〕と信じていた。Bは、Dとの売買契約が成立した直後に、Dに対し、「乙は、以後DのためにBが保管する。」と告げ、売却済みの表示を施した。その後、Bは、乙を梱包してBの店舗のバックヤードに移動した。
13. Cが、令和5年6月3日、Bの店舗に赴いたところ、バックヤードで梱包済みの乙を発見し、渋るBを説き伏せて乙の引渡しを受け、自宅に持ち帰った。後日、Dは、Cに対し、乙の引渡しを請求した。

【設問2】

【事実】9から13までを前提として、次の問いに答えなさい。

- (1) 本文中空欄〔ア〕〔イ〕に、次の語句が入る場合に、DはCに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求することができるかについて論じなさい。  
〔ア〕＝乙の所有者がCであることは説明しなかった  
〔イ〕＝Bが所有者である
- (2) 本文中空欄〔ア〕〔イ〕に、次の語句が入る場合に、DはCに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求することができるかについて論じなさい。  
〔ア〕＝本件委託契約の契約書を示して、Cから委託を受けて、Bは乙の売却権限を有している旨を説明した  
〔イ〕＝Bは本件委託契約に基づく処分権限を現在も有している

(出題の趣旨)

設問1は、請負契約に基づく請負人の債務の履行が原始的に不能であった場合に、請負人が請負代金相当額を請求することができるかを問う問題である。請負人が請負代金を請求するためには仕事の完成が必要であることを踏まえた上で、危険負担における債権者主義を定めた民法第536条第2項に基づいて請負代金を請求することができるかを論ずることが必要である。その際には、請負契約締結前の注文者の行為が「債権者の責めに帰すべき事由」に当たるかについて、自分なりの考え方を論理的に展開することが求められる。

設問2は、いわゆる処分授權によって他人の物を売却する権限を与えられた者が、権限を失った後にその物を売却した場合に、相手方が所有権を取得することができるかを問う問題である。設問2(1)においては、相手方は、売却した者がその物の所有者であると信じているため、即時取得が問題になる。そこで、即時取得の要件、特に占有改定によって民法第192条の「動産の占有を始めた」という要件を満たすかどうかを論ずる必要がある。設問2(2)においては、相手方は売却した者に処分権限があると信じているが、この処分権限は代理権ではないため、表見代理に関する規定が直接適用されるわけではない。そこで、処分授權と代理との違いを意識しつつ、その類似性に着目して表見代理に関する規定を類推適用することができるかを論じ、本問の事案がその要件を満たすかどうかを論ずる必要がある。

## 参考答案

### [民法]

- ※1 本参考答案は、予備試験・司法試験受験から9・10年程度経過している講師が基本書を見ずに、作成したものであり、参考になるとは限らない点を理解した上で、参考にしていただきたい（知識の誤りがある可能性も高い）。

第1 設問1

1 結論：BのAに対する報酬請求は認められない。

2 問題提起（BのAに対する本件請負契約に基づく250万円の報酬請求は認められるか）。

請負契約に基づく報酬請求をするためには仕事を完成させる必要があるところ本件において、Bは甲の修復という仕事を完成できていないため、報酬請求できるか問題となる。

2 危険負担の適用

（1）危険負担の適用の可否（民法536条2項）

ア まず、請負に基づく仕事完成義務に関する債権者であるAの責めに帰すべき事由によって、本件損傷が発生していることから、債務を履行することができなくなったため、民法536条2項により、反対債権である報酬請求権の履行を拒むことができないとの主張が考えられる。

イ「債権者の責めに帰すべき事由」について、債権者の故意又は過失を指すと考えるべきところ、本件で、Aは、甲を個人宅における掛け軸の標準的な保管方法に反し、紙箱に入れるなどしている。

そのため、Aの行為は、標準的な保管方法に反していることから、債権者としての注意義務に違反しており、過失があると考えられる。

ウ そのため、債権者の責めに帰すべき事由があることから民法536条2項の適用も考えられる。

エ しかし、危険負担は、原始的不能ではなく、後発的不能によっ

て生じる危険の負担を調整する制度である。

従って、本件請負契約時である令和5年7月15日以降に本件損傷が生じていれば、危険負担（民法536条2項）の適用となるが、本件損傷は、既に契約時には生じていたことから、原始的不能であり、民法536条2項は適用されない。

従って、危険負担の主張によってBの請求は認められない。

第2 設問2

1 小問（1）

（1）問題提起・即時取得の成否

ア Dは、所有権に基づく返還請求としてCに対し、乙の引き渡しを請求できるか。

イ原則：無権利者からの取得であり、Dは所有権を有しない。

DはBから乙を購入しているところ、CはBに対して、売却権限を授与していたものの、令和5年6月1日にはCの通知により売却権限を失っている。

DがBから同年6月2日に乙を購入する契約をした時点では、Bは売却権限を有していないため、Dは無権利者であるBから承継取得することはできず、Dは乙の所有権を有しないことが原則である。

ウ但し、Dは、Bが所有者であることを信じているため、即時取得（民法192条）により所有権を取得するとの主張が考えられる。

（2）即時取得の要件（占有改定による引き渡しの有無）

アしかし、即時取得が成立するためには、「動産の占有」が必要であ

るところ、Dによる「乙は、以後DのためにBが保管する」という占有方法（民法183条の占有改定）を「動産の占有」といえるか問題となる。

イ即時取得は、動産について登記のような公信方法がないことから、無権利者である前占有者からの取得であっても、占有という実態を信頼し、取引に入り、占有を始めた者を保護する制度である。

そのため、同条の占有とは、真の権利者の権利者より優先するに足りる程度の外形上の支配の移転を生じさせる占有に限るべきである。占有改定の場合、占有者(D)は自身の手許ではなく、前占有者(B)において、保管することになるため、外形的には事実上の支配が移転しておらず、強度な事実上の支配を有さず、占有改定は192条の「占有」にあたらぬ。

### (3) 結論

よって、要件を充足せず、即時取得は成立しないことから、Dは所有権を取得せずDの請求は認められない。

## 2 小問(2)

### (1) 問題提起・表見代理

DはBが処分権限を有していることを示していることから、代理権の顕名と類似し、売却権限が消滅した点が代理権の消滅と類似していることから、民法112条を類推適用できないか問題となる。

### (2) 類推適用の可否

表見代理の趣旨は、代理権の外観がある場合に、代理権の外観を自

己の意思により作出した点に真の権利者に帰責性があり、外観を信頼した第三者の信頼を保護する点にある。

すると、代理権の場合と売却権限で自己の意思による外観の作出に違いはなく、類推適用すべきである。

### (3) 112条の要件とあてはめ

①「他人に代理権を与えた」とは他人に売却権限を与えたと解すべきである。

この点、CはBに売却権限を授与している。

②顕名は、他人のために売却する旨を表示したと解する。

Bは委託契約の契約書を示して、乙の売却権限を有していることを説明しており、他人のために売却する旨を表示したと言える。

### ③第三者の善意無過失

善意とは、処分権限を現在も有していないと知らなかったことであり、過失とは現在も有していないと知らなかったことに関する注意義務違反を指す。

この点、Dは、Bが処分権限を現在も有していないことを知らなかったことから善意といえる。また、過失については、Bの売却権限を疑わせる事情もないことから、注意義務違反もない。よって、無過失である。

民法112条の要件を充足し、民法112条を類推適用でき、DはCから乙を有効に取得することができる。

よって、DはCに対し乙の返還を請求できる。

以上

令和5年予備試験民法前提知識レジュメ

令和6年5月7日

弁護士 山本賢太郎

第1 原始的不能に対する民法第536条第2項の適用

「そこで原始的不能であっても危険負担の規律を及ぼしうることがあるであろう（ただし、契約締結前の目的物の滅失等自体について引渡債務の発生前に債務者となるべき当事者の帰責事由を考えることはできないので、契約締結後、債務者の帰責事由によらずに履行できない状態が生じているということになる）」（中田「契約法」162頁（有斐閣、2017年））

第2 即時取得（占有改定と「引渡し」）

最一小判裁昭和35年2月11日民集14巻2号168頁

しかし、無権利者から動産の譲渡を受けた場合において、譲受人が民法一九二条によりその所有権を取得しうするためには、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得することを要し、かかる状態に一般外観上変更を来たさないいわゆる占有改定の方法による取得をもつては足りないものといわなければならない。

第3 処分権限の授与と表見代理の類推適用

最判一小平成18年2月23日の第1審判決である大分地判平成14年4月19日

しかしながら、表見代理の制度は、権限の存在の外観を信頼して取引関係に立った第三者を保護することを目的とするものであって、民法110条の表見代理の要件として、基本代理権の存在を要求する趣旨は、権限の存在の外観を信頼して取引関係に立った第三者を保護することと本人の利益の保護（静的安全）との調和を図ることにあると解される。そして、本人が他人を信頼してある行為をすることをまかせた以上は、その他人のした行為について本人に責任が帰せられるのはやむを得ず、他方、その他人と取引をする相手方を保護する必要は、その他人と本人との関係が私法上の行為についての代理関係かそれ以外かによって何ら異ならないというべきである。ただし、本人の利益の保護（静的安全）との調和を図るためには、基本代理権の種類を全く問わないとするのは広汎にすぎ、合目的見地から、本人が何らかの私法上の取引行為を予定してその権限を他人に与えた場合に、その他人の権限踰越行為について本人が責任を負うべきものであると解すべきである（最高裁判所判決昭和39年4月2日）。



A+B+C

のうち (A)



# 優秀答案

# 表

試験科目	試験地
民法	明治大学

回答者：I.S.

第1 設問1

1. Bは、BA間の請負契約(民法(以下略)632条)に基づき、<sup>5</sup>報酬州  
支払請求権を行使し、250万円の支払を請求する。

2. 小れに対し、Aは、① ~~本件請負契約の先立合和締結日、令和5年10~~  
1日に先立合和5年6月5日頃までに本件損傷が<sup>6</sup>あり、修復不可能であった  
ため、本件請負契約は<sup>7</sup>原合同的に履行不能であり、<sup>8</sup>報酬州支払請求権は発生  
しない。② ~~本件~~ 仮に本件請負契約が<sup>9</sup>成立したとしても、Bは仕事の完成  
を<sup>10</sup>おらず、報酬州支払請求権は発生しない、と反論する。

3(1)①に7117

たしかに、~~本~~契約締結時に、本件損傷により、<sup>11</sup>甲の修復  
債務は「履行が<sup>12</sup>不能」(41条、2第項)となつた。しかし、41条の2  
第2項より、契約締結時に履行不能であっても、請求はなされる規定  
であり、①に7117の反論は不当である。

(2) ②に7117

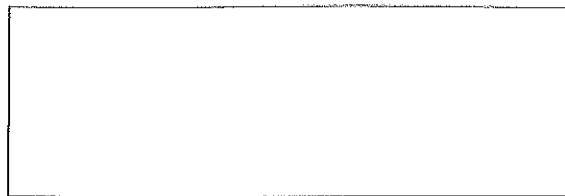
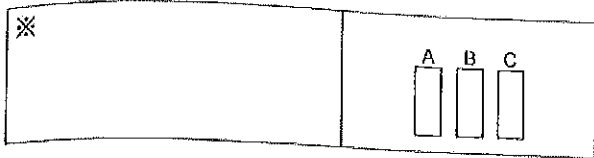
633条より、報酬州は、<sup>13</sup>仕事、目的物、引渡しと同時に支払うことと定め  
てあり、仕事の完成が<sup>14</sup>先履行とされる。にもかかわらず、<sup>15</sup>甲の修復  
できずおらず、<sup>16</sup>具体的報酬州支払請求権は<sup>17</sup>発生しておらず、  
Aの反論は<sup>18</sup>認められるように思える。

ここで、Bは、「債権者たるAは<sup>19</sup>契約締結に当たり、何れも  
修復可能か<sup>20</sup>尋ねた<sup>21</sup>ため、Aは<sup>22</sup>守り人と保管してある  
から大丈夫だ。」と回答していることから、Bの債務不履行は、  
Aの債権に帰す事由、によるといえる。そのため、BはAに

民法  
1  
頁

時期の問題は?





23 本物件請負契約に基づき、報酬対価請求権を行使する。

24 4 では、<sup>この範囲で</sup> ~~250万円~~を請求できるか。

25 Bは甲の修復に要する材料費等、費用一切として40万円を支払った。  
 26 (いる。このうち、費用負担により、Bは材料等を得ており、  
 27 「自己の弁償を免れたことにより利益を得た」(42条53条2項)  
 28 といえる。そのため、250万円から40万円を引いた210万円、  
 29 限度で請求する。 → 利益ある?

30 5 以上より、Bは、BA間の物件請負契約に基づき報酬対価請求  
 31 権を行使し、210万円の対価を請求することからできる。

32 第2 設問 2 (1)

33 ~~1 DはCに対して、所有権に基づき乙の引渡を請求する。~~  
 34 ~~所有権に基づき乙の返還請求権(42条)は請求者所有、相手方~~  
 35 ~~占有であるところ、11の事案より、~~

36 1 CはDに対して、所有権に基づき乙の返還請求権を行使し、乙の  
 37 引渡を請求する。

38 上記請求権の要件は、請求者<sup>者</sup>所有、相手方占有であるところ、  
 39 11の事案より、BC間の物件委託契約は解除済み、請求者Cに  
 40 乙の所有権が来り、12の事案から、Dは占有改定(183条)により、  
 41 乙を占有しており、認められるように思える。

42 2(1)ここで、Dは即時取得(142条)の主張をすべきところか  
 43 若くは占有改定(183条)の主張をすべきところか、  
 44 若くは占有改定による方法も含められるか問題となる。



# 裏

(注意事項)  
 1 答案用紙の種類  
 本答案用紙は、民法の答案用紙です。  
 民法、民事訴訟法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、筆点となるので、注意してください。  
 なお、試験時間中に答案用紙の取換えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取換えの申出は一切応じません)。  
 2 答案用紙の取扱い  
 答案用紙の取換え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意  
 (1) 答案は慎重とし、解答欄の枠内に頁数に従って記入する。  
 (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、万年筆は不可)で記入する。  
 (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が執行にわたる可能性がある場合は、訂正部分に「訂正」と記入し、訂正部分の前後に「訂正」と記入する。  
 (4) 答案用紙の裏面に書き込んで答案を作成した場合は、裏面に「訂正」と記入することはありません。  
 (5) 答案用紙の裏面に何れも記入しないでください。  
 4 その他  
 解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判

民法  
3  
頁

45 (2) 即時取得制度は、真意の取引において、占有を信頼して  
 46 取引した者を保護する趣旨である。したがって、即時取得  
 47 (により) 所有権を取得するためには、一般外観上従来の占有  
 48 状態に異変を生ずるような占有を取得することを要する。  
 49 そのため、占有改定は、一般外観上従来の占有状態に  
 50 異変を生じさせるとはいえず、「占有を始めた」とはいえない。  
 51 (3) よって、Dの占有は占有改定であると、192条にいう  
 52 「占有を始めた」にあたる。  
 53 よって、Dは保護される。DはCに対して、所有権に基づいて  
 54 占有回復を請求することができる。 类推適用①の②  
 55 第3段(2)  
 56 1 Cの主張は、上記第2の1と同様である。  
 57 2 これに対して、Dは、112条1項の类推適用により、2の  
 58 所有権を取得すると主張する。  
 59 3 (1) まず、本件委託契約に基づく処分権限は「代理権」下の  
 60 直接適用はできない。  
 61 (2) ア には、类推適用できないか。  
 62 イ 112条1項の趣旨は、代理権の消滅を信頼した第三者  
 63 保護にあるところ、これは処分権限の場合にも該当するため、  
 64 类推の基礎がある。  
 65 よって、① 処分権の消滅後に3の処分権の範囲内において  
 66 なされた行為 ② 第三者が処分権の消滅に気づいて善意。





してください。なお、解答欄の除外（藍色部分及びその外側の空白部分）に記載した場合には、当該部分は採点されません。  
 フックプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として採点  
 行で、1行の場合には横線を書いて、その次に書き直してください。  
 裏が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください（試験時  
 記載のある答案は無効答案として採点となります。

67 無過失といふのは、新推適用される。  
 68 ① B D間の契約がされた令和5年6月2日時点で、Cは  
 69 C B間の本件委託契約を解除している。② B D間契約の  
 70 内容は、本件委託契約の(2)に合致しており範囲内である(①)。  
 71 Dは D B間の契約の時、Bが処分権を有しているといふことが、  
 72 過失があった事情も与えない(②)。  
 73 よって、本件において、112条1項が新推適用され、Dは2の  
 74 所有権をえる。  
 75 ④ 以上より、DはCに対して、所有権に基づいて2の引渡しを  
 76 請求することからできる。

以上

民法 4 頁

## 優秀答案

回答者 I.S. 評価：A

### 第1 設問1

- 1 Bは、B A間の請負契約（民法（以下、法令名略）632条）に基づく、報酬支払請求権を行使し、250万円の支払を請求する。
- 2 これに対し、Aは、①本件請負契約締結日の令和5年7月1日に先立つ令和5年6月15日頃までに本件損傷があり、修復不可能であったため、本件請負契約は原始的に履行不能であり、報酬支払請求権は発生しない、②仮に本件請負契約が有効だとしても、Bは仕事の完成をしておらず、報酬支払請求権は発生していない、と反論する。
- 3（1）①について

たしかに、契約締結時に、本件損傷により、Bの甲の修復債務は「履行が…不能」（412条の2第1項）となっていた。しかし、412条の2第2項より、契約締結時に履行不能であっても、請求はなしうる旨規定されており、①についての反論は失当である。

#### （2）②について

633条より、報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に支払うこととされており、仕事の完成が先履行とされる。にもかかわらず、Bは修復をできておらず、具体的報酬支払請求権はいまだ発生しておらず、Aの反論は認められるように思える。

ここで、Bは、536条2項により、請求できる旨、主張する。「債権者」たるAに契約締結に当たり、何度も修復可能か尋ねた際、実際は、標準的な管理方法に反して保管していたのに、Aは「きちんと保管しているから大丈夫だ。」と回答していることから、Bの債務不履行は、Aの「責めに帰すべき事由」によるといえる。そのため、BはAに本件請負契約に基づく、報酬支払請求権を行使しうる。

- 4 では、どの範囲で請求できるか。

Bは甲の修復に要する材料費等の費用一切として40万円を支払っている。これらの費用負担により、Bは材料等を得ており、「自己の債務を免れたこと

によって利益を得た」(536条2項)といえる。そのため、250万円から40万円を引いた210万円の限度で請求しうる。

- 5 以上より、Bは、BA間の本件請負契約に基づく報酬支払請求権を行使し、210万円の支払を請求することができる。

## 第2 設問2(1)

- 1 CはDに対して、所有権に基づく返還請求権を行使し、乙の引渡しを請求する。

上記請求権の要件は、請求者所有、相手方占有であるところ、11の事実より、BC間の本件委託契約は解除され、請求者Cに乙の所有権があり、12の事実から、Dは占有改定(183条)により、乙を占有しており、認められるように思える。

- 2 (1) ここで、Dは即時取得(192条)の主張をすることが考えられるところ、「動産の占有を始めた」に占有改定による方法も含まれるか問題となる。

(2) 即時取得制度は、動産の取引において、占有を信頼して取引した者を保護する趣旨である。したがって、即時取得により所有権を取得するためには、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるような占有を取得することを要する。そのため、占有改定は、一般外観上従来の占有状態に変更を生じさせるとはいえず、「占有を始めた」とはいえない。

- (3) よって、Dの占有は占有改定であるところ、192条にいう「占有を始めた」にあたらぬ。

- 3 よって、Dは保護されず、DはCに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求することができない。

## 第3 設問2(2)

- 1 Cの主張は、上記第2の1と同様である。

- 2 これに対して、Dは、112条1項の類推適用により、乙の所有権を取得すると主張する。

- 3 (1) まず、本件委託契約に基づく処分権限は「代理権」でなく、直接適用はできない。

(2) ア では、類推適用できないか。

イ 112条1項の趣旨は、代理権の消滅を信頼した第三者保護にあるところ、これは処分権限の場合にも妥当するため、類推の基礎がある。

そこで、①処分権の消滅後にその処分権の範囲内においてなされた行為②第三者が処分権の消滅について善意・無過失といえれば、類推適用される。

ウ B D間の契約がされた令和5年6月2日時点で、CはC B間の本件委託契約を解除している。B D間契約の内容は、本件委託契約の(2)に合致しており、範囲内である(①)。

DはD B間の契約時、Bが処分権を有していると信じており、過失があった事情も見当たらない(②)。

よって、本件において、112条1項が類推適用され、Dは乙の所有権をえる。

4 以上より、DはCに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求することができる。

以 上