

山本浩司の

automatic

オートマチックシステム

1

民法 I

サンプル版

system

司法書士
WASEDA セミナー 専任講師

山本浩司

第1部

基 本 編

第 1 章

民法の本質

1 利益衡量

民法を理解する上で、大切なことを1つ挙げろといわれれば、それは文句なしに「利益衡量」です。

この感覚を理解できた方は、民法の習得について最初の山場を楽々と越えることができます。

「利益衡量」というのは、「2つの利益をはかりにかけろ」という意味です。「衡」とは、はかりを意味します。

いわゆる法律学を理解する上で大切なのは、真理は2つあるということを理解することです。

このところを僕の学生時代の友人は「善人が2人いて悪人が1人いる。これが法律問題だ」と表現しました。

【用語解説】 → 利益衡量

「衡」とは、はかりを意味する。したがって、衡量とは「量をはかりにかけろ」という。

法的判断において当事者間の相対立する利益を比較し、より大きな利益をもたらす結論を導き出す作業のことである。

事例 1

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。友人のAから「結婚式に参列するのにどうしても宝石を一日だけ貸してほしい」と頼まれたXはAに宝石を貸した。

しかし、Aは友人のYにその宝石を売って引き渡した。Yは婚約者にプレゼントをするための宝石を探していたところだったのだ。

実はAはサラ金の激しい取立てにあっていた。Aは宝石の代金をサラ金への返済にあて、今は無一文だ。

Xは好意からAに宝石を貸してあげただけです。

Yは宝石を買っただけです。

ですから、悪いのはAであってX Y 2人の善人は被害者です。

法律は学問ではありますが、血の通わない機械的なものではありません。

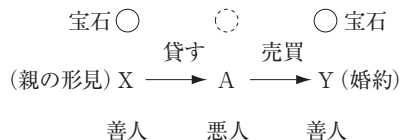
ですからその理解には、X Yのそれぞれの立場になってみるという想像力が必要です。

XはAに宝石を貸しただけです。しかもその宝石は大事な親の形見です。もし、宝石を失うはめにでもなれば、その心痛は察するにあまりあります。

Aが悪いのだと責め立てても、Aの手元にはもう宝石はないし、損害賠償させようにもAには金がありません。

宝石を取られてそれでおしまいになりかねません。

Yは大枚をはたいて宝石を買いました。婚約者にプレゼントするくらいですからきつと給料の何か月分かであるに違いありません。もし、宝石をXに返さなければならぬとすると、サラ金にお金を払ってしまったAから売買代金を取り戻すあてがありません。



さて、この問題が訴訟に持ち込まれるとどうなるでしょう。

この問題は、法律上は、宝石の所有権がXにあるのかYにあるのかという争いになります。

Aが悪いのはわかっていますが、金のない人に訴訟を起こしても費用倒れになるだけなので、現実にはX Y間で宝石の所有権を争うしかありません。

ここで裁判所が困ります。それは、X Y両方が善人だからです。

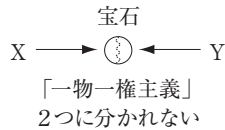
このように裁判所が困る事件のことを「法律問題」といいます。

この場合、裁判所は「宝石を仲良く2人で使え」とか「しょうがないから宝石を売って代金を2人で分ける」とはいえません。

それは「**一物一権主義**」という近代法の大原則に反するのです。

今のところ、「一物一権主義」というのは「1つの物には1つの所有権しか成立しない」という意味だと思ってください。

と、すると宝石はXかYのどちらかのものです。



裁判所はどちらかに決めなければなりません。裁判所は退路を絶たれたわけですから。解決法はXかYのうち、どちらかに泣いてもらうしかありません。

民法の勉強をする場合、上記のような当事者X Y、裁判所の困った状態をよくよく**体で理解**することが大事です。

悪人1人の存在で皆が困っているのです。

字面だけスラッと勉強しても民法の本当のことはいつまでたってもわかりません。

さて、現実にはX Y間で宝石の所有権をめぐる争いが起こったと仮定します。

まず、Yの立場に立ってみましょう。

宝石を買ったYとすれば、何とかしてXにいちゃもんをつけなければなりません。

Yは何といったらいいのでしょうか。

しばし、考えてみてください。

何か思いつきましたか？

こういえばいいのです。

「XがAに宝石を**貸したから**こういう事件が起こったのではないか」と。

もともと、信頼してはいけないAという人の人格をXが見抜けずに宝石を引き渡したから事件が起こったのです。だから、人を見る目を誤ったXが責任を取るべきなのです。

この責任を取るべきだという理屈のことを法律用語で「**帰責事由**」といいます。大事な言葉なので覚えておきましょう。

また、Yからはこういう主張も可能です。

「買ったのだから僕のものだ。僕はAが宝石を持っていたから所有者なのだろうと信じただけだ。買ったものが自分の物にならないのでは安心して売買ができない。資本主義の世の中の仕組みを守って売買の信頼性を高めることが大事だ」

実は、この主張も結構ポイントが高いのです。

「安心して売買ができる」ということを「**取引の安全**」と法律の世界では呼びます。Yのいうとおり、資本主義社会にとってとても大事な前提です。

【用語解説】 → 取引の安全

取引を行った者の利益を図ることをいう。虚偽の外観を信頼して取引に入った者の信頼を保護する法理。

以上のようにYからは

1. Xの帰責事由の追求
2. 取引の安全の法理

の2点の主張ができるのです。

さて、このままではXが負けてしまいそうです。

Xはどうしたらいいのでしょうか。

実はこのケース、Xは負けの可能性が高いのです。

Yの主張する「取引の安全」のポイントが高いからです。

しかし、この事例ではX Y Aに友人関係があるという点がXに有利に働く可能性があります。

もし、以下のような事実があったらどうでしょう。

1. YはXが宝石を大事にしていたのを知っていた。
2. 宝石にはXのイニシャルが刻印されている。
3. Aは過去にも同じように他人の物を勝手に売った前科がある。そのことはYが知っていた。
4. Aがサラ金に追われていたことは有名な話だった。

こうなるとXはYに対してつぎのような主張が可能です。

「なぜ宝石を買う前にAの話が本当かどうか僕に一本電話をくれなかったんだ」
これは強力な主張です。

たしかに、YがAが宝石を売ろうとする点に疑問をもち、Xに問合せの電話をかければ、事件は起こらなかったのです。XからすればYがうかつだったと主張できます。

「うかつだった」ということを法律の用語では「過失がある」と表現します。

XはYの過失を主張立証すれば、勝てるのです。

【用語解説】 → 過失

一定の事実を認識可能だったにもかかわらず、不注意から認識しないこと。

裁判所とすれば、法廷でのX Yの主張をそれぞれ聞いて、各々の得点を数えていく。

そして、ポイントの高いほうを「勝ち」とする。
裁判所の行うこの作業のことを「利益衡量」という。

2 法律的に考えるとどうなるのか

さて、上記の問題を法律的にスジ道をたて、順を追って考えてみましょう。
いろいろと重大な問題点が浮き彫りになります。

1. 民法の大原則 空のバスケットからリングは生じない。

リングというのは権利のことです。事例では所有権です。
まず、AはXから宝石の所有権を受け継いでいません。
AがXから預かったのはリング（所有権）の入っていない空のバスケットです。

したがって、YがAからもらったバスケットにリングがあるはずがありません。
YはAの「空のバスケット」を引き継いでいるからです。
したがってYが所有者になる余地はありません。
これが民法の当たり前の考え方です。

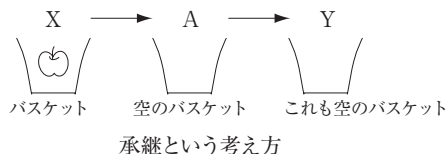
前の人の権利を引き継ぐことを法律用語で「**承継**」といいます。

前主に権利があれば承継人にも権利があります。

前主に権利がなければ、承継人にも権利はありません。

「**無からは無しが生じない**」という民法の大事な考え方です。

この場合、Yは無権利者のAの地位を承継しているので「Yに宝石の所有権はない」というのが民法のスジです。



【用語解説】 → **承継**

ある者が他の者の法律上の権利義務を引き継ぐこと。後主は前主とその権利義務に関して同じ地位に立つことになる。

2. 民法の例外 空のバスケットからリングが生じる。

しかし、民法では、空のバスケットからリングが生じるという手品みたいなことが例外的に起こります。数えるほどしかない例外です。

そして、先ほどの宝石の事例はそのうちの1つなのです。

民法192条がそれです。

民法192条（即時取得）

取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

【用語解説】→ 占有

自己のためにする意思で物を所持すること。所持とは物を事実上支配する状態をいう。

条文の意味を事例に即して解釈してみましょう。

「動産の占有を始めた者」というのはYのことです。

YはAから宝石の引渡しを受けています。

手元に宝石があるから占有ありです。

「動産」はこの場合宝石を指します。

「善意」という言葉はこの後、民法の中でしょっちゅう出てきます。

これは「よい行い」の意味ではありません。

「ある事情を知らないこと」が「善意」です。

逆に「ある事情を知っていること」を「悪意」といいます。

「動産について行使する権利」は上記の例では「所有権」のことです。

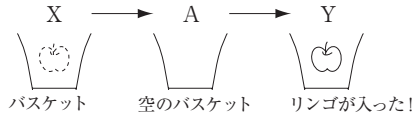
つまり民法192条は「YがAの無権利を知らず、かつ知らないコトに過失がなければ、Yは**所有権を取得する**」とっています。

このように民法192条は「取引の安全」のためにXに泣きなさいと命ずる条文なのです。

この「無から有が生じる」手品のことを、民法の世界では「公信力」といいます。

なにを公に信じるのかといえば、それは「虚偽の外観」です。

具体的には「宝石を占有しているAの所有者らしい姿」です。



公信力の原理

法律上、「虚偽の外観」を信じた結果、出てくるマコトのことを「公信力」というのです。

民法192条では動産取引の安全のために「公信力」が認められています。

【用語解説】 → 即時取得

動産を占有している無権利者を真の権利者と過失なく誤信して取引をした者に、完全な権利を取得させる制度。民法192条が規定する。

◆一問一答◆

問 民法において、「取引の安全」を理由として相手方が保護されるための要件は何か？

答 一般論として、相手方の「善意無過失」が要件とされる。

参考問題

1. 甲が、立木法による登記がされた丙所有の樹木を無権利者乙から譲り受けて、これを伐採した場合、甲は材木の所有権を即時取得しうる。(S63-10-4改)
2. 他人の山林を自分の山林であると誤信して立木を伐採した場合、即時取得が成立する。(H13-7-ア改)
3. A所有の土地をBが自己所有の土地と誤信して立木を植栽していたところ、Cが当該立木を伐採して伐木を持ち出した場合には、Aは、Cに対し、当該伐木の所有権を主張することができる。(H21-9-エ)

- 答え**
1. × 立木は不動産である。不動産の場合、無からは無しか生じない。つまり、不動産取引においては、公信力はナイ。その理由は、民法192条に該当する特殊な条文が不動産取引については存在しないからである。であれば、民法の原則どおり無からは無しか生じないのである。
 2. × 立木の伐採は事実行為である。「取引」ではない。したがって、この場合も、無からは無しか生じない。
 3. ○ B C 間に取引が存在しないから、即時取得の問題にならない。Cは無権

利者であり、Aは土地所有権に付合した伐木の所有権を主張することができる。

さて、すでに述べたように、「動産取引」の世界においては、本来なら空のバスケットの承継人であるYは、即時取得の制度によって真の所有者になる可能性が生じます。

しかし、その要件として、YはAが権利者であると「過失なく誤信」していなければなりません。

ですから、争いの帰趨はYの過失の有無にかかっています。

Yに過失があればXの勝ち、なければYの勝ちです。

では、Yの過失について民法は何といているのでしょうか。

民法188条（占有物について行使する権利の適法の推定）

占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。

「占有者」とはAのこと、「占有物」は宝石のことです。

このように、宝石を占有しているAは「適法な占有者」と推定されます。

すると、Aが宝石を占有している状態を見て、YがAのことを所有者だと誤信するのはもっともだということになります。

したがって**Yの無過失は推定される**というのが裁判所の結論です。（最判昭41.6.9）

《注》 最判は最高裁判所の裁判例という意味。

【用語解説】 → 推定

ある事項につき、当事者の意思や事実の存在が明らかでない場合、これらを**一応明確なものとして定めその法的効果を発生させること**。

では、宝石の、元来の持ち主であるXとしてはどうすればよいのでしょうか。

Xが勝つためにはYに過失がないという「推定」をひっくり返さないとはいけません。

もし、ひっくり返せれば勝てます。

具体的にはYに対して「Aから買う前に何で一本電話をしなかったのか。Yよ、君はうかつだった」と主張して裁判官を納得させればよいということになります。

民法192条は「YがAの無権利を知らず、かつ知らないコトに過失がなければ、Yは所有者になれる」といっているのですから、逆にXがYの過失を証明すればXが勝てます。

この場合、過失の有無は、Yが宝石を「買い受けた」その**時点**で判断します。
即時取得は「取引の安全」のための制度ですから、Yが**取引に入ってきた瞬間**
(より正確には、**占有を開始した時**)の過失が問題なのです。

仮にYが宝石を取得した後にXの存在について悪意になってもYの即時取得は妨げられません。

XとすればYが宝石の取引に入ってきた瞬間の「悪意有過失」を立証すべきであり、後になって「本当の所有者は僕だ」といっても遅いのです。

◆一問一答◆

問 即時取得者の無過失は推定されるか？

答 推定される。(最判昭41.6.9)

コラム 立証責任の問題

XがYの過失を証明するという意味がわかりにくいかもしれない。

この問題は民事訴訟法の問題だが、民法を本当に理解するためには避けて通れない。

問題の出発点は、裁判官は神様ではないということだ。

Yの過失の有無が問題になった場合、Yの顔に「過失がありました」とは書いてない。

裁判官は事件の全部を見ていたのでも聞いていたのでもない。

そうすると、過失があったのかなかったのか第三者の裁判官にはわからないという事態があり得る。

しかし、「Yに過失があったかどうかは不明だ。当裁判所では判断ができない」というお手上げ判決はやってはいけないルールになっている。

なぜなら、民事訴訟の第一の目的は「紛争の解決」だからだ。お手上げ判決では何も解決しない。

さらに、お手上げ判決は憲法違反でさえある。

憲法32条は「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」と規定するが、裁判所が「お手上げ」になれば、それは国民の裁判を受ける権利を奪ったことになるだろう。

では、過失の有無が不明の場合にはどうしたらよいのか。

この問題は、立証責任のある方の負けというルールで解決することになっている。

つまり、Yの無過失は推定されている以上、XはYの過失を**証明**しない限り勝てないというルールだ。

訴訟がルールのあるケンカといわれるのはそういう意味である。

結局裁判官に「Yに過失があったかどうかはわからない」という場合は、Xの負けというのが結論である。その理由はXが**立証責任を果たさなかった**からだ。

立証責任を負わされるということは、このように実際の裁判の現場ではとても不利なことなのだ。

訴訟の場では、争いの当事者のどちらに立証責任があるかは、事件の類型ごとに**あらかじめ**決まっている。

こういう事情を「立証責任のあるところ敗訴あり」という言葉で表現する。

参考問題

1. 即時取得が認められるためには占有の取得者が善意無過失であることを要するが、判例によればその立証責任は取得者が負うとされている。
2. CはAが所有する時計を預かっていたBとの間で、Bが所有者であると誤信してその時計の購入をし引渡しを受けた。この場合Cが善意であれば過失があったとしてもその時計の所有権を取得することができる。
3. 動産の買主が引渡しを受けたとき、その動産が売主の所有に属しないことにつき善意であっても、その後に悪意となれば即時取得の効果は失われる。(S58-12-5)
4. 即時取得の制度は、取引の安全を保護するため、動産の占有に公信力を与えたものである。
5. 占有者が、占有物の上に行使する権利は、これを適法に有するものと推定されるので、即時取得を主張する者は、無過失を立証する責任を負わない。(H5-9-オ)
6. 占有者は、占有物の上に行使する権利を適法に有するものと推定される。(S58-10-1)
7. Aの所有する甲動産を保管しているBが、甲動産を自己の所有物であると偽って甲動産をCに売却した場合において、代金支払時にCが甲動産の所有者がBであると信じ、かつ、そう信じるについて過失がないときは、代金支払後、引渡しを受けるまでの間に所有者がBでないことをCが知ったとしても、Cは甲動産を即時取得することができる。(H17-9-イ)
8. 教授 AがBから預かっていたビデオカメラをBに無断でCに譲渡した場合、Cは無権利者からの譲受人であるから、原則として所有権を取得することができませんが、どのような場合に所有権を取得することができますか。
 学生 即時取得が成立する場合に所有権を取得することができます。即時取得が成立するためには、Cは前主が処分権限を有しないことについて善意無過失である必要があります。
 善意については推定されますが、無過失については、判例上、推定されないこととされています。(H20-11-ア)

答え 1. × 2. × 3. × 4. ○ 5. ○ 6. ○

7. × 善意無過失の要件は「占有開始時」に要求される。 8. ×

3 帰責事由

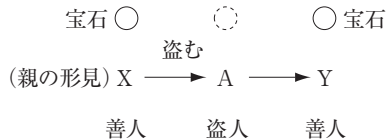
事例 2

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。AはX宅に侵入して宝石を盗み出した。Aはその宝石を自分の物だと偽り、そのことを過失なく信じたYに売り渡した。Aはその後行方が知れない。

さて、今度の事例はどうでしょう。

問題文にYがAの宝石だということを「過失なく」信じたと書いてありますので、XからYの過失を立証することはできません。

そうすると民法192条から、無から有が生じるので、無権利者である泥棒Aから宝石の引渡しを受けたYは宝石の所有権を取得できそうな気もします。



さて、どうでしょう。

事例1との違いを考えてみましょう。

事例1のケースでYが主張したのは、つぎの2つでした。

1. Xの帰責事由（信頼できない人格のAを信じて宝石を貸したこと）
2. 取引の安全

事例2の場合、Xは宝石を盗まれています。

だから、Yは上記2の主張はできますが、1の主張はできません。

つまり、本事例では**Xに帰責事由がありません**。

そうすると、裁判官から見て相対的にYの得点が下がるはずです。

また、Xは窃盗という犯罪の被害者ですから気の毒です。

Xの力になってあげたいという気持ちが裁判官にあるでしょう。そこで、Xの得点が上がります。

Yが主張する「取引の安全」という点で事例1と2に大差はありません。しかし、その他の部分で、Xの得点が上がり、Yの得点が下がります。こうした得点の割り振りの作業が、裁判所が行う「利益衡量」です。そして、この微妙なバランス感覚こそが民法を学ぶ上で一番大事な心得です。

結論として、事例2では、たとえYが無過失であってもXに勝ちの可能性があります。

条文の根拠は民法193条です。

民法193条（盗難又は遺失物の回復）

前条の場合において、占有物が盗品又は遺失物であるときは、被害者又は遺失者は、盗難又は遺失の時から2年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる。

占有物というのは宝石のことです。

この条文を事例2にあてはめれば、被害者はX、占有者がYとなります。したがってXは盗難の時から2年間は宝石を取り戻せるのです。

しかも、タダです。XはYから無償で取り戻せます。

つまり、193条は、2年間はYが泣けとっています。

ポイント 期間について

司法書士試験は細かい知識を問われることがよくある。そこで、期間を記憶する場合にはその「起点」を明確にする必要がある。

本事例では「盗難または遺失の時から」という部分が起点である。

この場合、盗難または遺失を知った時からではないという点が重要である。

いうまでもなく、「盗難または遺失の時から」としたほうが、2年の期間満了時は早期にやってくるのであり、場合によっては盗難等の事実を知らないままに、期間が経過して即時取得が成立することもあり得る。

つまり、この起点のおきかたについて、民法の起草者は、被害者Xの利益よりも「早期の法律関係の安定」という利益を尊重したことになる。

さて、2年間はYが泣けというこの点の法律上の理由付けについて、判例は、2年間は宝石の「所有権」がXにあるのだとっています。

となれば、Xは「自分が所有者だから返せ」とYにいえます。

民法192条（即時取得） 再掲

取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

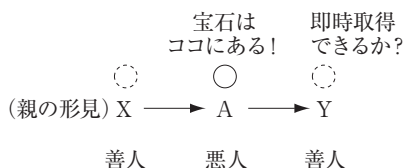
事例3のポイントは、現実には、宝石がAの手元にあることです。
この場合に、Yは「宝石の占有を始めた」といえるのでしょうか。

もし、Yが宝石の占有を始めていないと考えればYの負けです。
Yが占有をしていると考えればYの勝ちです。

順を追って考えましょう。

Yの前主であるAが宝石を占有していたことは明らかです。

ですから、つぎに、Aの占有をYが「承継」したかどうかが問題となります。
そこで、占有移転について、民法の規定を整理してみましょう。

**占有移転の方法**

1. 現実の引渡し（民法182条1項）
宝石を現実に手渡すケース
2. 簡易の引渡し（民法182条2項）
もともとYに預けてあった宝石をそのままYに売るケース
3. 指図による占有移転（民法184条）
倉庫業者に預けてある宝石をYの承諾の上で、Aが倉庫業者に対して、以後Yのために宝石を占有しなさいと命じるケース
4. 占有改定（民法183条）
Aが、今後はYのために宝石を所持するという意思を表示したケース

本事例で、もしA Yが、宝石の売買契約をしただけならYに占有は移転しません。

《注》 売買契約は目的物の引渡しがなくとも効力が生じる。（諾成契約）

しかし、「Yは引越しで取り込み中なので、買った宝石はそのままAに預けておくといい、Aもこれを了承した」ので、上記4の占有改定があったことになります。

したがって占有は移転したのであり、Yは「占有を始めた」からYの勝ちです。これが事例3について民法の条文から考えた結論です。

コラム 占有権と本権

「盗人の占有も占有である」という格言がある。

占有は目的物を所持する**事実状態**のことだから、盗人にも占有権があるのだ。

これに対し、所有権や賃借権など占有を正当ならしめる法律上の権利を本権という。占有権と本権は法律上、別物なのである。

参考問題

1. 占有権の譲渡は占有の目的物に対する外形的な支配の移転によってのみ効力を生ずる。(S63-15-5)
2. AがBに対して甲動産を貸し渡している。Aが、Fに甲動産を譲渡し、Bに対し、以後Fのために甲動産を占有すべき旨を命じたところ、BはFと不仲であるとして、これを拒絶した。この場合には、Fは、甲動産に対する占有権を取得しない。(H16-13-エ改)
3. Cが自己の所有する宝石をDに預けていたが、これをEに売却し、Dに対し、以後Eのためにその宝石を占有すべき旨を命じた場合、DがEのために宝石を占有することを承諾したときは、Eは、その宝石の占有権を取得するが、Dが承諾していない場合には、Eの占有権は認められない。(H22-8-イ改)
4. Aがその所有する甲をBに賃貸している場合において、Aが甲をCに譲渡した。この場合において、Cが指図による占有移転により甲の引渡しを受けるためには、AがBに対して以後Cのためにその物を占有することを命じ、Cがこれを承諾することが必要である。(H23-8-ウ改)

答え

1. × 簡易の引渡し、占有改定、指図による占有移転はいずれも外形的な支配の移転を伴わない占有移転の方法である。

2. × 3. × 4. ○

《参考条文》

民法184条（指図による占有移転）

代理人（B）によって占有をする場合において、本人（A）がその代理人に対して以後第三者（F）のためにその物を占有することを命じ、その第三者（F）がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する。

5 条文どおりにいかないこともある

しかし、実際に裁判をやると、事例3はYの負けです。

裁判所が上記のスジ論を曲げるからです。

「本条による権利取得のためには、一般外観上従来の占有状態を変更する占有を取得することを要する」（最判昭35.2.11）

いい換えると、この判例は民法192条でYが所有権を取得するためには、宝石がAの手元にあるのでは駄目で、現実には宝石を引き渡してもらいなさいということの意味します。

ですから、Aの手元に宝石を置いたままの状態、Yが宝石の所有権を即時取得することはできません。

「占有改定による占有取得に本条（192条）の適用はない」

先の判例はこう結論づけています。

このように、条文どおりの解釈でいけば、Yが勝てるはずなのに、裁判所の横槍でXが勝つことになります。宝石の所有権はXのものというのが結論です。

では、なぜ裁判所は横やりを入れたのでしょうか？

いろんな理屈を裁判所はしています。

1. 占有改定によってはXのAへの信頼はまだ裏切られていない。
2. 外観上の占有状態に変化がないのに即時取得を認めると取引の安全を害する。

しかし、理屈はコトの本質ではありません。

本当の理由は、裁判官の立場に立ってみないと理解できません。