第1部 民法総則

第1章 人・物

第1問

被保佐人Aは,保佐人Bの同意を得ないで, 自己の所有するダイヤモンドをCに 売却した。その後Aは当該 契約の取消の意思表示をなしたがCは<u>Dに当該ダイヤモン</u> ドを転売し、引き渡した。 AD間の法律関係を論ぜよ。

Aの 取消前にCがDに目的物を転売した場合はどうか。

基礎点 20点

同意を得ない行為 取消の対象

重要な財産にあたる

制限能力者の取消 第三者保護規定はない

AD間の法律関係の処理(2点)

【論点】取消前の転得者と即時取得(3点)

被保佐人AC D 保佐人 B 売 売

解答例

ー1 AはCにダイヤモンドを売り渡している。 し│ かし、Aは被保佐人であり、ダイヤモンドは重要な 財産にあたるから、本件売買契約をAは取り消すこ とができる(12条1項3号)。

取消の効果は遡及的無効(121条)だから, Cは となる。このようなCからDは権利を取得できず、 DはAに所有権を主張され,返還請求をされること になるのが原則である。

ただし,本件売買の目的物は動産であるから,要 即時取得の制度 件を満たせば即時取得(192条)によってDはAに 所有権を主張できる。

2 一方, Cの譲渡が, Aの取消前である場合も, Dは取消の遡及効により、目的物をAの請求に応じ て返還しなければならないのが原則である。

この場合, D が取引をした時点では C は権利者⊱【論点】取消前の転得者と即時取得 であったのだから、即時取得(192条)の適用は **タないかにみえる。**

しかし、前段で見たように、Aの取消後にDが

原則の指摘

後段の前振り

⟨Cと取引をしたのであれば,即時取得は可能であ。 る。このようにDの譲受の時点によって結論が相く ⟨違するのは妥当でない。動産取引の安全を図るた⟨ め,本問の場合も即時取得の規定が適用されると 解すべきである。

ただし,Cは権利者であるから,Dの善意・無 {過失の内容はCの無権利ということはできない。 善意・無過失の対象は , A が制限能力者であるこ とを理由に取消ができることであると解する。

上記の点について,善意・無過失であれば D は A に自己の所有権を主張し,返還請求権を拒みうると 解する。

以上

第 2 問

未成年者Aは自己所有のパソコンを担保にBから借金をする契約を結んだが,その際 に,Aは 借り受けた<u>金銭を費消後,契約を取り消すつもり</u>で,自らが <u>未成年者であ</u> <u>ることを黙秘</u>していた。 あえてAは<u>火のついたタバコを吸っていた</u>ことから,Bは特 に疑念を抱くことなく, Aが成年者と信じて取引に応じた。AB間の法律関係について 論ぜよ。さらに,AはBとの取引後,Cに パソコンに附属するマウス・キーボード・ 添付ソフトなどの付属品のみを,法定代理人の<u>同意を得た上</u>で売却する契約を結び,目 的物を引き渡した。BC間の法律関係について論ぜよ。

また,仮に担保の目的が <u>借地上の建物とした場合</u>, B が担保権を実行して D に建物 を売却した場合, Dは 借地権を手に入れることはできるか。

基礎点 20点

【論点】制限能力者の詐術における詐術の意味(2点)

【論点】従物の範囲(3点)

解答例

AはBと消費貸借契約及びパソコンへの担保 権設定契約を結んでいる。Aは未成年者であるから、 かかる契約についてAは取消ができそうである(4) 条 2 項)。

しかし, A は契約時に自らが未成年者であるこ{ | 【論点】「詐術」の意味

るの点,単に制限能力者であることを黙秘して いるのみでは「詐術」にあたるとすることはできるい。能力者であるかどうかをあえて契約の相手 に告げるのはまれだからである。

くしかし,「詐術」を積極的に詐欺の手段を用い た場合に限定するならば,相手方を十分に保護す ることはできない。

そこで,黙秘も特段の事情が認められる場合には「詐術」にあたるとすべきである。すなわち, 黙秘が行動と相まって,相手方が能力者であると 誤信させ,もしくは能力者であるとの誤信を強めるという事情が認められる時には黙秘も「詐術」 にあたると解する。

2 本問においては,Aの黙秘に加えて,<u>タバコ</u>を吸う様子をみてBはAが未成年者ではないという誤信を強めている。またAにもかかる誤信をさせようという意図がある。このような事情から,「詐術」はあったというべきである。

したがって,Aはもはや法律行為を取消すことは できない。

二 その上で,Aはパソコンの各種付属品をCに売 却する契約を結んでいる。この時,Bは<u>担保の実行 の際に,本件付属品にもかかっていくことができる</u> か。付属品に担保権の効力が及ぶかを検討する。

思うに,本件付属品はパソコンに従として附属しており,パソコンの効用を高めている。したがって,付属品はパソコンの「従物」(87条1項)にあたると思われる。

いわゆる主物・従物の関係にある物は,法律的運の利益にもなる点にその趣旨があ 命を共にすることになる(87条2項)。 る。

したがって,本件付属品にも担保権の効力は当然 及ぶ。付属品が譲渡されても,担保権には追及効が あるので,その効力を目的物の所有権がある者に主 張できる。

以上より,BはCが譲り受けた付属品にも担保権を主張できる。

あてはめ

テーマの設定

法律的説明 * 主物·従物

これは当事者意思に合致する。 また,物の効用を高め,社会経済上 の利益にもなる点にその趣旨があ る。 もっとも,Cが即時取得(192条)の要件を備えた場合,担保権は消滅し,Bは担保権をCに主張することはできない。

三 後段について,Dは建物の借地権を手に入れる ことができるかを検討する。

借地権はいわゆる従たる権利にあたる。かかる 権利は主物が処分されたとき、どのような取扱が されるか。条文上明らかでなく、問題となる。 従たる権利は、物ではない。

 会致する。 したがって,物の効用を高める従たる権利は, 会 当該物の処分に伴って処分されると解するべきで↓

以上より,Dは建物とともに,借地権を取得できる。

ただし、この場合、Aは借地権を無断譲渡されることになる(612条)。Aがこれに承諾を与えない場合、Dは裁判所に、借地権設定者の承諾に代わるい。許可を求めることができる(借地借家法19条)。

以上

前振り

【論点】従物の範囲

担保の実行に伴う借地権の移転 貸主の承諾は必ずしも必要ではない。

第2章 法人

₹ある (87条 2項類推)。

第 3 問

- 1 44条 1項の法的性質について, 法人には不法行為能力を認めることができるかを明らかにしながら論ぜよ。
- 2 A公益法人の 理事 B は取引先の相手 C に , 自分に権限がなく , その気もない のに安価に甲不動産の売却をすると偽って契約を締結した。 C は A B に いかなる請求ができるか。その際に問題となる点を指摘しながら論ぜよ。

基礎点 19点

【論点】法人の法的性質(加点事由)

【論点】43条にいう目的の範囲内の意味(加点事由)

【論点】法人の不法行為能力(1点)

【論点】代理行為と詐欺

代理人が相手方を詐欺した場合(2点)

【論点】職務を行うにつきの意義(2点)

【論点】44条と110条との関係(1点)

法人A 相手方C 理事 B 取引

解答例

小問1について

44 条は法人に不法行為責任を認めたものであ る。本条を見る限り,法人には不法行為能力がある かに見える。

しかし、法人は目的の範囲内において権利を有し 義務を負うとされている(43条)。法人が不法行為 をすることが目的にあるとは考えにくい。

そこで,「目的ノ範囲」(43条)の意義をいか{ | * 争いあるも,「目的ノ範囲」とは タに解すべきであろうか。

思うに,法人格は法が目的達成のために認めた { | タものであるが,目的の範囲外の事項についてまでダ| ឱ法が権利能力を認めたとは考えにくい。したがっ፟፟፟፟፟፟ 〉て 、「目的ノ範囲」とは権利能力を制約する概念〉 であると解する。

ただし、目的の範囲内の行為とは、目的に直接く ₹役立つ行為のみならず,それに付随する行為も含ξ む。さらに目的の範囲内といえるか否かは、行為 ჽの客観的性質から抽象的に判断されると解する。

このように解さなければ、逆に法人の目的達成 を阻害する虞があるし,取引の安全も不当に害すタ るからである。

(このように「目的ノ範囲」の意義を解した場合 , ⟨ │ * () 内の記述は不要。 ﴿代表者がなした目的の範囲外の行為の効果は,絶﴿ 。 対無効と解されることになる。

したがって、目的の範囲外の行為について追認な \$は不可能であるし,表見代理の成立の余地もな\$ (۱۱)

権利能力の範囲を定めたものに過ぎ ない、と軽く論証を済ませる方が望 ましい。上の論証は参考までに長め に書いてあります。

知識を覚えるため勉強してくださ い。

となれば、不法行為をすることは本来、上記目 的の範囲内の行為とはいえない。

しかし,法人は社会的実在であり,理事による { | 『行為としてその行為は実現される。そして,現実》 ⟨には職務に関連して,理事が不法行為をなす場合⟨│ ∛がある。となると,この不法行為が法人の不法行⊱ 為として評価できることがあるはずだし,この場{ 合,相手方を保護する必要性もある。

したがって、その限りで不法行為能力が認めらく タれると解するべきである。

44 条はかような法人の不法行為能力を確認し ⟨た規定であると解する。

- ニ 小問 2 について
- 1 Bへの責任追及

Bは許された権限を超えた行為を行っているの で、無権代理人の責任を負う。具体的には履行また は損害賠償の責任を負う(117条1項)。

また, B は甲不動産を売る気はないことから, 詐 欺を行っている。かように契約を締結して,不法行 為責任(709条)を追及できる。

- 2 Aへの責任追及
- (1)まず,契約を取り消さないで,これを法人に追 × C は取消によって代金債務を免れ 及する方法がある。法人の内部的制限については、 善意の第三者には対抗できない(54条)。これを根 拠に,Cは善意である限り,法人に契約責任を追及 できる。
- (2)次に、Cは詐欺をされているので、詐欺取消の 主張を行うことが考えられる(96条1項)。

しかし,B は A C から見れば第三者に見えるか{ ら、Cは第三者の詐欺として、取消は制限される のではないか。

思うに、本人は代理人によって利益を受けるも のであるから,代理人によるリスクは本人が負う べきである。法的構成としては,代理行為の瑕疵? ჽを誰の意思表示において判断すべきかを定めたჽ ₹101条1項を類推適用すればよいと解する。

【論点】法人の不法行為能力

法人実在説 不法行為能力ありに なりやすい

法人擬制説 不法行為能力なしに なりやすい

43 条は権利能力を制限したもの 不法行為能力なしになりやす しし

条文を用いた事件解決

【論点】代理と詐欺

(3)さらに,CはBにすることができる損害賠償 請求について ,法人Aにもできる可能性がある(44 条 1項)。そのためには,Bが「職務ヲ行フニ付 キ」(44 条 1項)当該契約をしたことが要求され る。そこで,「職務ヲ行フニ付キ」の意義が問題 となる。

思うに,被害者を十分保護するためには,外形 上職務行為に属する行為の他,これと適当な牽連 関係にたつと見られる行為も含むというべきである。

また,不法行為としてなされた行為の外形に対する被害者の信頼を保護する必要がある。したがって、「職務ヲ行フニ付キ」といえるか否かは、 客観的に行為の外形から判断されるべきである。

ただし,当該行為の内実が職務行為でないこと について悪意もしくは重過失ある相手方は保護さ れないと解する。

本問では,Cは詐欺をされたわけであるから,悪意ではないと思われる。そこで,重過失ない限り,CはAにも不法行為責任を追及できることになる。

なお,ABの賠償責任は,不真正連帯債務の関係 を構成するというべきである。

以上

*参考

【論点】44条と110条の関係

取引的不法行為においては,表見代理(110条)が成立する可能性もある。そこで,44条,110条のいずれが優先して適用されるか。その適用関係が問題となる。

思うに,取引の相手方の保護をはかるというのは取引の安全を図ることである。とすると,取引を有効にするのがもっとも直接的である。

したがって、110条の適用を優先的に考えるべきである。

*法人関係ではより要件が緩やかな 54 条が適用され,110 条が適用されることは少ない。 110 条の適用があるのは,法令上目的の範囲が制限されている場合。54 条は会社の定款 など内部規定による制約が対象になるから。ただ,この場合善意・無過失の要件を満たす のが難しくなる。適用範囲は公法人の理事による権限逸脱ぐらい。

第 4 問

【論点】「職務ヲ行フニ付キ」の意

権利能力なき社団について, 財産の管理の方法に関し, 社団の財産と構成員の財産との関係に触れながら論ぜよ。

基礎点 20点

財産の帰属形態(2点)

登記ができるか(2点)

構成員の財産と権利能力なき社団の財産との関係(1点)

【論点】権利能力なき社団の取扱い

解答例

- 権利能力なき社団の取扱いについて

4 権利能力なき社団は,ある特定の目的のため に結成された団体である。かような団体に関する 法律関係を規律するため,民法には組合に関する 規定がおかれている。

しかし,権利能力なき社団は,組合と異なり, 恒久的結合体であり,構成員の個性が喪失され, メンバーの交代は社団の同一性に影響を与えな

そこで,権利能力なき社団については,組合と 区別し,民法上の組合の規定とは異なった取扱い をすべきではないのか。

- {2 思うに,組合は個人目的のために一時的に結 {びついた,契約で成立する集団である。しかし, {個人の意思を超越した目的がある団体について {は,団体としての実体が認められる。
- 二1 それでは,権利能力なき社団についての具体 的取扱をいかにすべきかを検討する。

思うに,構成員の便宜の観点からすると,公益 を害しない限り法人の成立を制限すべきではな い。もっとも,権利能力なき社団は主務官庁の監 督,許可などの法の規制を経ていないから,まっ たく法人と同じ扱いをすることはできない。

したがって,できる限り法人に準じた取扱いを{

【論点】権利能力なき社団と組合の 取扱いの違い

【論点】権利能力なき社団の取扱い

}すべきであるということになる。

2(1)以上を踏まえて,具体的取扱い方法を検討す る。

まず,財産の所有形態について,団体に権利能 () े∤力はないが,構成員と団体所属の財産とを分離し{│ ないないを可能にすべきである。

したがって、財産の所有形態は全構成員の総有 と解すべきである。総有とは実質的に団体に財産〉 ₹が帰属しており,組合員の持分は認められないと₹ いうものである。

この帰結として、構成員の債権者が団体財産を 差し押さえることはできない。逆に,社団の債権タ 者が構成員の財産を差し押えることも不可能であ

{(2)次に,団体財産について団体名で登記を備え{│【論点】団体名による登記は可能か ることができるか。

かかる団体について団体名義の登記を認める規と }定は,登記法に存在しない。しかも,代表権の公 証の方法がなく、登記官にも審査権限がないので、 〉法人の実態を知りえない。このような事情の下で , ⟨団体名義の登記を認めるならば,団体名を利用し⟨ た虚無人名義の登記発生のおそれがある。

したがって,団体名による登記は許されない。

以上

【論点】権利能力なき社団の財産状

第3章 法律行為

第5問

麻薬購入代金にあてる目的をもって金銭消費貸借契約を結んだ場合の かかる契約 の効力,及び債務者が 使用目的を偽り, この内実を知らないことに債権者に重過失 あって締結された金銭消費貸借契約(たとえば,遊ぶ金を得る目的なのに勉学に使用す ると言って子供が親から金を借りる場合)の 効力を論ぜよ。

基礎点 20点

【論点】動機の不法(2点)

【論点】動機の錯誤(2点)

【論点】錯誤と詐欺の関係(加点事由) 【論点】無効と取消の二重効(1点)

解答例

一 前段について

{1 本問消費貸借契約自体は何ら違法ではない。 {しかし,目的物を麻薬購入代金にあてる動機があ る。不法な法律行為は無効となる(90条)から, { } } } かかる動機は契約の効力に影響を与えないのか。

2 思うに,動機は法律行為の要素ではないから,動機の不法は法律行為の効力を左右しないのが原則である。取引の安全を図る点からもこう解するべきである。

しかし,不法動機に基づく契約に,法が無条件 に助力するべきではない。また,動機が不法な法 律行為によって違法な結果が生じることから,行 為全体が反社会性を帯びているとみうる場合もある る。

そこで,動機が表示された場合,動機が法律行 為の内容になるので,この場合に限り当該不法行 為は無効になると解する。このように解すれば取 引の安全を不当に害することもない。

- 3 以上から,本件契約も不法な動機の表示があったといえる場合には,公序良俗違反として,無効となる。
- 二 後段について
- 1 本問では、債務者の金銭の使用目的について、 債権者には錯誤がある。しかし、この場合金銭授受・返還の合意についてはなんら錯誤はなく、動機に 錯誤があるに過ぎない。

 【論点】動機の不法

【論点】動機の錯誤

⟨かかる結論は動機が内心に止まる限り,それを知⟨ り得ない相手方の取引の安全を図るという点で妥く {当である。

しかし、表意者を保護すべき場合は動機に錯誤〉 ある場合が多い。しかも内容の錯誤と動機の錯誤 との違いは紙一重であるから,一定の場合には保 |護する必要がある。したがって,動機の錯誤がある るとき、いかなる場合も表意者の無効主張は許さ れないという結論は取りえない。

思うに、動機が表示されたときには、法律行為 の内容となる。また,表示を要求すれば,取引の{ 安全を不当に害することもない。そこで,このよ〉 うな場合は表意者に無効主張させてよいと解す る。なお,表示については明示はもとより黙示で もよいと解する。

本件事案も動機が表示されたといえるならば「錯 誤」(95条)の要件を満たすことになる。後は,か かる錯誤が要素の錯誤にあたれば,錯誤無効の主張 ができることになる。ここに要素の錯誤とは,一般 人も表意者も、当該錯誤がなかったならば当該意思 表示をしなかったであろうと思われる程度のものを いう。

2 もっとも,錯誤による意思表示したことにつき 重過失ある者は、錯誤無効の主張が制限される(95 条但書)。ただ,本問錯誤は相手方の詐欺によって 引き起こされたものである。このような表意者でも 一切錯誤無効の主張はできないのか。

思うに,無効主張が制限されるのは相手方の取{ ∛引の安全を図るためである。しかし,錯誤の存在〉∏条但書の適用はあるか について悪意ある者は保護する必要はない。

したがって、相手方が錯誤について悪意である ⟨場合,表意者は重過失あっても錯誤無効の主張が⟨ できると解する。

本問のように錯誤が詐欺によって引き起こされ た場合、詐欺者は表意者が錯誤に陥っていること ჽについて当然悪意であるといえる。したがって , 〈本問表意者は錯誤無効の主張をすることができ 【論点】相手方が悪意の場合,95

3 このように解すると,表意者は錯誤無効の主張と詐欺取消の二つの主張を為すことができそうである。

といし、無効・取消は自然的存在ではなく,法 律行為の効力を否定するための法的な理論構成の 手段に過ぎないから,論理的には無効行為の取消 も可能である。とすれば,表意者に取消を認めた がその保護に資する。

したがって表意者には無効と取消の選択的主張 を認めるべきである。

以 上

【論点】詐欺と錯誤の二重効

第4章 意思表示

第6問

Aが税金対策のため、 勝手に自己所有の甲不動産を <u>B名義で登記</u>をしていた。 B は自己名義の登記があることを奇貨として、 Cに甲不動産を譲渡し、さらに C は D に転売した。 当該事情の下、 C が悪意・ D が善意の場合と、 C が善意・ D が悪意の場合に分けて、 A D 間の法律関係について論ぜよ。

基礎点 19点

【論点】94条2項類推(2点)

帰責性

虚偽の外観

相手方の存在

【論点】94条2項の適用要件

転得者の発生(2点)

絶対的構成か相対的構成か(2点)

A B C D 虚偽表示 譲渡 譲渡

* C 悪意 , D 善意

解答例

- 1 ADは所有権の帰属について争うことにな る。

原則として, C は無権利者 B と取引をしたに過ぎ| ないから、Cは無権利者である。とするとDもまた 無権利者と取引をしたに過ぎない。また,AB間に 通謀はないので、94条2項の適用もできない。

結果、土地の所有権はAに属することになり、C Dとも一切保護されないかに見える。

{2 しかし,B名義の登記を信頼した者の保護の⟨┤ タ必要性は「第三者」(94条2項)と変わりはない。タ そこで ,善意者を保護する法律構成が問題となる。 思うに,94条2項の趣旨は虚偽の外観を信頼? した者を保護するため,その信頼通りの効果を認く める点にある。

とすれば、同様に虚偽の外観を信頼した者は、94く 〈条 2 項を類推適用することによって,保護すべき〉 ेである。

本問 C または D は 94 条 2 項の類推適用によって 保護される可能性がある。

3 その要件としては, 外観の存在, 相手方の│*ただし,本問と異なり,本人によ 外観への信頼が挙げられる。この場合の信頼は原則│る虚偽の外観作出に無権利者が関わ として条文通り「善意」で足り,無過失は要求され│っていた場合は,本人の帰責性が小 ない。

さらに,本人保護の要請も無視できないから, 本人の外観作出の帰責性も要件とすべきである。

ニ1 それでは,CDが上の要件を満たしているか│無過失を要求すべきである。 検討する。

まず,「第三者」(94条2項)の意義が明らか〉 でなく,問題となる。

条文上からは当事者とその包括承継人以外の第 ჽ三者をさすかに見える。

しかし、虚偽表示について利害関係がない者に {無 効 主 張 へ の 対 抗 を 認 め て も 法 的 に 無 意 味 で あ{ 原則の指摘

条文を使った形式的結論

【論点】外観法理~ 94条 2項類推 適用の場合

さいので,単に相手方の善意をもっ て保護するのは妥当ではない。110 条の法意からしても,善意に加え,

【論点】94条2項の「第三者」

{る。

すなわち,「第三者」とは 94 条 2 項による保護に値する者だけをさす。具体的には, 当事者及び包括承継人以外の者で, 虚偽表示の有効・無効について新たに独立の利害関係を有するに至った者をさすと解する。

2 なお,94条 2項の保護要件として,登記の 要否が問題となる。

思うに,94 条 2 項は,第三者との関係で虚偽表示を有効に為されたものとして扱うものである。となると,第三者は承継取得によって目的物を取得した者ということができ,対抗関係にならない。

したがって,保護要件として登記は不要と解する。

三 1 その上で前段について検討する。 C が悪意だから,本問 C は保護されない。そこで, D は「第三者」(94条 2 項)として保護されないか。

「第三者」に転得者も含むかが問題となる。

思うに,転得者も無権利者(本問ではB)が権利者であると信頼することはありうる。となると,転得者を直接無権利者と取り引きした者と区別する理由はない。

したがって,第三者には目的物の転得者も含まれると解する。本問ではDが善意(94条 2項)ならば保護されることになる。

2 次に後段について検討する。善意者からの権利 の譲受人Dはいかに取り扱われるか

{ しかし,Cを追奪担保責任から逃れさせる必要 {性があるし,法律関係を早期に安定させることも { 要請される。論理的には,転得者は善意者たる地 { 位を承継した者とみればよい。 【論点】第三者保護要件~登記の要 本

【論点】第三者に転得者は含むか

【論点】いったん善意の者が出た後 の処理

よって、一人でも善意者がでたら、以降悪意者 の存在に関わらず,虚偽表示に基づく行為は有効く ∛になると解する。

ただし ,悪意者が ,善意者を介在させることで ,{ | * 94 条の「第三者」「善意」の要件 脱法的な権利取得をねらうおそれがある。このよ うな事情が認められる場合は、例外的に善意者の {後の悪意者といっても保護されないと解する。

についてはこんなに詳しく書く必要 はありません。参考まで。

以上

第7問

Aは自己所有の 甲不動産についてBと売買契約を結び,引渡したが,Aは,契約時 に B が 「 甲不動産は法改正後は建築制限の対象地になって値下がりする」と嘘をつい たことを理由に売買契約を 取り消した。にもかかわらず,BがCに目的物を譲渡した 場合, 取消前の譲渡と 取消後に譲渡された場合に分けて,AC間の法律関係につい て説明せよ。

取消しではなく,AがBの 代金不払いを理由に解除した場合のAC間の法律関係に ついてもあわせて論ぜよ。

基礎点 19点

【論点】96条3項の保護要件(2点)

【論点】取消後売買契約を締結した第三者(2点)

【論点】解除と登記(2点)

C 取消(解除)

解答例

一 取消前にBC間の目的物譲渡が行われた場合 1 Aは契約をBの詐欺を根拠に取り消している (96条1項)。取消の効果は遡及的無効だから(121 条)、AはCに所有権を主張して不動産の返還請求 をなすことが考えられる。

Cは 96 条 3 項によって,かかるAの請求に{ │【 論点 】「第三者 」(96 条 3 項) の ≷対抗することが考えられる。そこで ,「第三者」{│意義

፟{(96条3項)の意義が問題となる。

思うに,96 条 3 項の趣旨は,詐欺取消の遡及 効を制限し,権利を有効に取得できると信頼した 第三者を保護する点にある。となると,「第三者」 とは,当事者と包括承継人以外の者で,詐欺によって作出された法律関係を前提として利害関係を 有するに至った者をいう。つまり,取消前の第三 者を意味すると解する。

本件 C は B と取引をした者だから,そのような第 三者にあたる。

{3 次に,「善意」(96条3項)とは無過失まで{ } } | | | | |

この点,条文上は善意しか要求されていない。 しかも,詐欺をされた者の要保護性は第三者に比 べて低い。

したがって,「善意」は無過失まで要求するも のではないと解する。

なお,詐欺取消を為す者と第三者は前主後主の 【論点】 関係にたつから,第三者の保護要件として登記は が必要かれてである。

したがって,CがAB間の事情について善意であれば,Aの取消の主張に対抗し,所有権を主張できるということになる。

- 二 取消後にBC間の目的物の譲渡が行われた場合 1 Cは詐欺取消後に目的物を譲り受けている。
- かような取消後の第三者には 96 条 3 項は適用 されない。取消後の第三者は,単なる無権利者と 取引をしているに過ぎないといえるからである。 となると ,第三者は一切保護されないかにみえる。 2 しかし ,このような結論は取引の安全を害し , 妥当でない。

【論点】「善意」(96条3項)の意 義

【論点】第三者保護要件として登記 が必要か

【論点】詐欺取消後の第三者

{起点として二重譲渡類似の関係が見られることに{ {なる。 {

} したがって,本人と第三者との優劣は登記の具} } {備の先後で決するのが妥当である。

- 3 この場合におけるACの優劣は登記の具備によって決せられることになる。
- 三 解除前にBC間の目的物譲渡が行われた場合
- { 1 債権者Aと第三者Cとの優劣を確定する基準{ } }が,条文上明らかでなく問題となる。
- 2 (1)解除とは,債務不履行をされた債権者が自 5 の債務から逃れるために,契約関係の離脱を認 めた制度である。このような趣旨からすれば,解 除の効果は,契約関係の遡及的無効と解するのが 直截である。

となると,545 条 1 項但書は解除の遡及効を制限し,第三者を保護する趣旨の規定とみることになる。したがって,ここにいう「第三者」とは, 取消しの場合と同様に考えて,解除前の第三者を さすということになる。

となると,原則として,解除によって所有権は 権利者Aに復帰するが,例外的にCが解除前の「第 三者」であれば保護されることになる。

(2) ここで「第三者」の保護要件について,解除 原因の善意・悪意は関係ないと解する。解除原因 があっても,第三者は取引の相手方の債務の履行 を期待しうるからである。

ただし,「第三者」は何の帰責性もない本人の 犠牲の下に保護されるものだから,ある程度強力 な地位を得る必要がある。そこで,「第三者」は 権利保護要件として登記の具備が必要であると解 する。

- 3 本問 C も登記を具備すれば所有権を A に主張で きることになる。
- 四 解除後にBC間の目的物の譲渡が行われた場合

⟨ CがAの解除後に権利を取得した場合も取消の
 ⟨ 場合と同様に考えればよい。

【論点】解除前の第三者

【論点】解除後の第三者

くれてはBを起点とした二重譲渡類似の関係にたる。 以引による物権変動とが観念できる。となると、 ACはBを起点とした二重譲渡類似の関係にある。 り,対抗関係にたつ。

したがって,ACは登記の有無でその優劣を決 することになる。

以上

第8問

次の設問における 代理行為の効力を答えよ

- 1 相手方が代理人を 詐欺した場合
- 2 相手方が本人を 詐欺した場合
- 3 代理人が相手方を 詐欺した場合
- 4 本人が相手方を 詐欺した場合

基礎点 17点

【論点】代理行為と詐欺 各小問ごとに 2 点

解答例

- ー 相手方が代理人を詐欺した場合
- {1 相手方が代理人を詐欺して意思表示をさせた{|【論 |場合,瑕疵ある意思表示がなされたので,詐欺取{|場合 |消権(96条1項)が発生する。

| 代理人の意思表示の効果が本人に帰属すること |は、瑕疵ある意思表示であっても変わらないから、 | |本人がかかる取消権を行使できることになる。

く 当該意思表示を代理人自ら取り消せるか否か は,代理人に取消権行使の権限が与えられている か否かによる。

2 ただし、本人が詐欺の事実について悪意であった場合、本人を保護する必要はない。代理人は、取消権を行使できなくても不利益はない。そこで、この場合、相手方保護のため、無条件に取消権の行使

【論点】相手方が代理人を詐欺した 場合 を認めるための法律構成が問題となる。

この点「本人ノ指図」(101条2項)ある場合, ₹本人は詐欺取消しができなくなる。ここにいう「本₹ 人ノ指図」は具体的な指示をさすとも思えるが, 代理人をコントロールしうる可能性があったので あれば,本人を保護する必要はない。

したがって、「指図」とは上にいうコントロー タルしうる可能性を指すというべきである。

本人が事情に悪意ならば、代理人に適切な指示を 出すことはできる。したがって,本人が悪意の場合, 本人は「指図」あるものとして、取消権を行使でき なくなる。

ニ 相手方が本人を詐欺して代理権を与えさせた場

相手方の詐欺に基づいてした代理権授与行為を〉 |本人は取り消すことが考えられる。しかし,この{-| ჽ場合,相手方は代理権授与行為との関係で,第三ჽ 者にあたる。とすれば,第三者の詐欺として,取 ჽ消は 96 条 2 項によって制限されるのではないか。

思うに、代理人にとっては代理権を取り消される ても何ら不都合はない。となると,本人保護を重 タ視すべきである。

したがって,この場合 96条2項の適用は排除 され,本人は代理権を無制限に取り消せるという }べきである。

三 代理人が相手方を詐欺した場合

代理人が詐欺した結果なした法律行為を,相手(े∕方は取り消すことができると考えられる。しかし 。⟨ 相手方は本人との間で取引をしている。となると、 |代理人による詐欺は第三者による詐欺にあたり{ |(96条2項),取消権が制限されるのではないか。{ 思うに,本人は代理人によって利益を受ける者? であるから、代理人によるリスクは本人が負うべく {きである。法的構成としては,代理人は本人のた{│り,本件において同条を用いるのは めに行為をする者であるから,実質的には 96条2 3 妥当でない。)

【論点】「本人ノ指図」の意義

【論点】相手方が本人を詐欺した場

【論点】代理人が相手方を詐欺した 場合

*学説にたった場合の判例批判 (この点,判例は101条1項を根拠 に,相手方は当該行為を無制限に取 り消しうるとする。しかし,101条 は代理人が詐欺された時の規定であ {項の第三者とはいえないとすればよい。

く したがって,相手は無条件に当該行為を取り消 なことができると解する。

四 本人が相手方を詐欺した場合

 相手方と代理人からすると,本人は第三者にみ える。とすれば本事案は第三者の詐欺の問題になる るかに見える。

しかし,本人は代理行為によって利益を受ける ものである。にもかかわらず,相手方を自ら詐欺 した者は保護に値しない。一方,代理人は取消が されても何ら不利益はない。

したがって,この場合の本人は 96 条 2 項の第 三者にはあたらない。結果,相手方は,代理人の 代理行為について無制限に詐欺取消しできる。

以 上

【論点】本人が相手方を詐欺した場合

第9問

一方が相手方を 詐欺した結果, 委任契約の締結,および代理権の授与が行われた場合,その後代理人が行った代理行為の効果はどうなるか。

基礎点 21点

【論点】代理権授与行為の法的性質(加点事由)

一方が相手方を詐欺 代理人・本人いずれが詐欺をしたか不明 それぞれの場合ごとに 2 点ずつ

【論点】授権行為取消の効果

【論点】代理行為と詐欺

解答例

- 一 本問委任契約および代理権授与は委任者と受任者, いずれの詐欺によるものか明らかではない。 そこで, 代理人が詐欺をした場合と本人が詐欺をした場合に分けて論じる。
- 二 代理人が本人を詐欺した場合

1 本人が代理人に詐欺されて代理権を与えた場合,本人は代理権授与行為を,基礎となる事務処理 契約とともに無制限に取り消せる。この場合,既に 取り消される前に代理人がなした行為は,取消の遡 及効によって無効になる。

2 ここで,取引をした相手方を保護する必要が ある。法的構成として,112 条は代理権が遡及的 に消滅した場合の規定ではないが,相手方保護の 必要性は同じである。したがって,112 条の類推 適用が考えられる。

また,相手方は 96 条 3 項によっても保護されると考える。詐欺取消前に詐欺によって作出された法律関係を前提として利害関係を持ったという意味で,相手は本条第三者にあたるというべきである。

三 本人が代理人を詐欺した場合

1 本人が詐欺をして代理人に委任契約の締結および代理権の付与を承諾させた場合の法律関係を検討する。

この場合,代理人は基礎となる事務処理契約と 一緒に代理授与行為も取り消しうる。その効果は 遡及的無効(121条本文)となるはずである。

{ しかし,遡及的無効とせずとも,代理人に不利 {益はない。むしろそう解すれば相手方の保護をは { { かりうる。

というで、代理人が取消しをしても、その効果は遡及しないと考えるべきである。結果として、 代理人が取消までに既に行った法律行為の効果は 本人に帰属することになる。

ただし,かような結論を導く法的構成に争いが ある。

(2 この点,上記結論を導くために,代理権は 代理人に何の不利益も与えるものではないとし て,単独行為であると解する見解がある。

} しかし,私的自治の観点からすれば,知らぬ間} {に代理人にされる場合があり得ることは認められ {ない。双方の合意があって初めて代理権が授与さ 原則の指摘

【論点】本人が代理権を取り消した 場合の相手方保護の法的構成

【論点】代理権授与行為取消と代理 行為の効果

*事務処理契約説

思うに,代理権は事務処理契約から直接発生すると解するのが簡明である。そのように解して不都合ある場合は妥当な結論を既になしたように,解釈によって導けばよい。

* 代理権授与行為を,基礎となる契約と別に考える必要がないとする考え方。

{れると解するべきである。

ただし,代理権は委任契約等他の契約の目的を 達成するための手段として与えられる。したがっ て,他の契約と代理権授与契約とは有因であると 考えるべきである。

その上で,代理行為の効果は相手方,本人,代 理人の合理的意思解釈の結果,遡及的無効になら ないと解する。)

以上

第5章 代理

第 10 問

XはYからY所有の 甲土地の登記をなす代理権が与えられ, 実印・土地の権利証を預かった。ところが, Xは登記後も預かった権利証その他の物を返還せずに悪用し, Yの土地を 直接Yの名前でZに 売り渡した。

本件事案における YZ,XZ間の法律関係を論ぜよ。

XがYの担保権設定の使者とされたのにも拘わらず,文面を書き替えてZに土地を売却した場合のYZ間の法律関係も論ぜよ。

基礎点 20点

【論点】基本代理権の範囲(1点)

外観作出の帰責性の認定

【論点】代理の根拠

【論点】直接本人名で代理行為をした場合(1点)

【論点】無権代理人の責任と表見代理の関係(1点)

【論点】代理権消滅後,元の代理権からしても越権された行為が行われた場合(1 点)

要件の検討 【論点】正当事由の意味(加点事由)

【論点】表示機関の錯誤(2点)

Υ

代理権授与

^ 法律行為

解答例

- Y Z 間の法律関係について
- 1 本問前段について,Xは土地を売却する代理権は与えられていない。したがって,Zは土地の所有権を取得できないのが原則である。

しかし、Xの行為の有効性を信頼したZを一定の限度で保護する必要がある。

まず,本問ではXが直接Y名義で取引を行って いる。そこで,いかなる法律関係となるかを確定 するため,代理人が直接本人名を示した場合,顕 名として有効かを検討する。

というに,代理の他人効の本質は代理権授与にある。 り,顕名は相手方保護のため,効果の帰属先を明る。 なにするものに過ぎない。

2 かように、代理に関する法律関係であることが確定したので、まず Z を保護する構成として、 Y に対する追認の有無に関する催告権がある(114条)。しかし、 Y が追認するかどうかはその裁量にまかされており、 Z の保護としては十分ではない。

そこで,表見代理の制度により Z を保護することが考えられる。

3 (1) しかし,本問 X は,代理権が消滅した上で, 消滅した代理権の内容からさらに越権した行為を行 っている。

かかる場合は 112 条,110 条のいずれにもあた らない。しかし,本問のような場合も,取引の安全を守る必要性は 112・110 条が本来適用される 場合と同じである。条文に規定された場合だけ相 手方を保護するのが民法の趣旨であるとは考えられない。

したがって,本問のような場合にも相手方は保〉

【論点】直接本人名による代理行為 *特段の事情 = 本人の人柄が重 要になる場合など

【論点】112,110条の重畳適用

(2)一方,本件では X は登記をなす代理権が与え られている。かかる代理権を基本代理権として, 表見代理が成立するか。

⟨ 公法上の行為をなす代理権は,原則として基本⟩
⟨ 代理権にならない。公法上の行為は私法関係とは⟩
⟨ 性質が異なるからである。

しかし,私法取引の一環としてなされる公法上 の行為の代理権を与えられた場合,その行為の私 法上の作用を無視することはできない。相手方は これを信頼して取引をなす可能性が高いからである。

したがって,このような場合は公法上の行為に ついての代理権も基本代理権になると解する。

- (3)登記は私法取引の一環としてなされるもので あるから,登記を具備するための代理権は 110 条 の基本代理権となる。
- 4 以上を踏まえて ,Zの保護要件を明らかにする。

} まず ,「正当ノ事由」(110 条)の意味が明らか } でなく , 問題となる。

思うに,正当事由とは,本人と相手方の利益調整のための概念であり,信頼するのが当然だといる。 えるだけの事情があることを指す。具体的には代理人の越権について,相手方の善意・無過失をさるとと解する。

本問の場合, <u>Y は X から遅滞なく印鑑・権利証などを回収すべきであった</u>から, Y に帰責性はあるというべきである。

以上から,ZはXが無権限であることに善意・無過失であれば,上記条文の重畳適用によって保護されると解する。

- 5 なお , Z は , Y の追認なき限り , 無権代理行為 の取消 (115条) もできる。
- 二 X Z 間の法律関係について

【論点】公法上の行為をなす代理権は,110条の基本代理権になりうる

【論点】「正当ノ事由」の意義

1 ZはXに無権代理人の責任(117条)を追及できる。しかし、本人の追認があると、無権代理人の責任は追及できない。同様に、表見代理が成立する場合、無権代理人の責任は発生するか。

無権代理人の責任と表見代理との両制度についる て,その適用関係をいかに解すべきかが問題となる。

2 この点,無権代理人の責任は表見代理が成立をしないときの補充的規定であるかにみえる。

しかし,表見代理が成立しない場合の多くは,相手方が善意・無過失の要件を満たさない場合である。となると,上記のように解した場合,表見代理が成立しないとき,無権代理人の責任も成立しないから,後者が機能する場面がほとんどなくなる。

思うに,かかる二つの制度は要件・効果が異なる。特に表見代理は証明が難しいから,かかる制度の成立を相手方に証明するよう必ず試みさせることは妥当ではない。証明しやすい方を選択主張させることが相手方保護にかなう。

くしたがって,相手方はいずれの制度も選択的に 主張できると解する。

るお,無権代理人が,表見代理の成立を証明しるととしても,無権代理人の責任を免れるわけではない。表見代理制度は無権代理人の責任を免れさるとしている。

- 3 以上から, Z は,117条の要件を満たす限り, X に対して責任追及をすることができる。
- 三 後段について
- 1 本問 X は使者であり,表示機関に過ぎない。

とすると,本人の意思表示について,表示と効果 意思が一致していないので,YはZに錯誤無効の主 張ができる(95 条本文)。

{2 しかし,錯誤無効については重過失ない限り, } } }誰にでも無制限に主張できる。

{ これは X が代理人である場合,表見代理が成立{ { することとの均衡を失し,取引の安全をあまりに{ 【論点】表見代理と無権代理の関係

原則の処理

【論点】使者による越権行為

{害する。相手側から見れば,表示の効果が本人に{ と 及ぶと信頼する点は変わらないからである。

そこで、本問のような場合は、110条を類推し、 相手方保護をはかるべきである。すなわち、使者 がそのような表示をなすことについて本人に帰責 性ある場合,外観を無過失で信頼した第三者は保 護されると解する。

3 本問でも Z は上の要件の立証によって保護される。

以上

第 11 問

代理人が 相手方と通謀して代理行為を行った場合,及び 代理人が自己の利益を図る意図をもって代理行為を行った場合,さらに 代理人が心裡留保による意思表示をされた場合について,本人と相手方の法律関係を説明せよ。

基礎点 19点

【論点】代理と通謀虚偽表示

【論点】代理人の権限濫用

【論点】代理行為の瑕疵

各 2 点

解答例

ー1 まず,代理人が相手方と通謀して虚偽の意思 表示をした場合について検討する。

2 (1) かかる意思表示の効力であるが,原則としてその効力は無効となる。本件意思表示の当事者は相手方と本人であるから,本人は意思表示の有効を主張できないということになる。

{ しかし,かかる意思表示の効力を有効と信じた{ な人を保護することはできないか。 {本人を保護することはできないか。

(2)思うに,代理人には通謀して本人をだます権 限はない。となると,この場合代理人は相手方の 意思を伝える使者として行動しているに過ぎない と見るべきである。 【論点】代理と通謀虚偽表示

とすると、ここでは相手方がそうと知りながら、 効果意思にない表示をしていることになる。したがって、93 条によって本問題は決すべきである。 3 具体的には、かかる代理人の表示は有効なのが原則であるが(93 条本文)、本人が相手方の効果意思について悪意・有過失の場合は、無効となると解する(同条但書)

ニ 次に,中段について検討する。

代理行為をする際,代理人は本人の為にすること とを示すことが必要であるが,本人の利益をはかる る必要はない。

となると、内心において自己の利益を図るなど、権利濫用の意図があっても、代理行為の要件に欠けることはなく、法律行為の効果は有効なのが原則である。この結論は内心について知る由もない相手方保護の観点からも妥当である。

しかし,権限濫用された代理行為がいかなる場合も有効であるとすれば,本人にとって酷である。確かに,表示と効果意思との間に不一致はないから,本件事例における代理行為は原則として有効である。しかし,本人に効果帰属させる意思と同じは心裡留保額似の関係が認められる。

そこで,本問事例は 93 条但書を類推し,相手{ 方が代理人の効果意思について知り,または知り{ うべき時には代理行為は無効になることになる。 {

三 後段について,代理行為の瑕疵は代理人につきこれを決するとされる(101条1項)。したがって,相手方が心裡留保による意思表示をした場合,本人は相手方に有効を主張できることになる。

 【論点】代理と権限濫用

* 93 条但書を類推すれば,代理人のリスクを負担すべき本人が立証責任を負うことになり,妥当である。

原則

【論点】「本人ノ指図」の意味

⟨る。「本人ノ指図」は具体的な指示をさすとも思く えるが,代理人をコントロールしうる可能性があჽ ∛ったのであれば,本人を保護する必要はない。

したがって、「指図」とは上にいうコントロー }ルしうる可能性を指すというべきである。

ここに,本人が事情に悪意ならば,代理人に適切 な指示を出すことはできる。したがって,本人が悪 意の場合,本人は心裡留保による意思表示の有効を 主張できないと解するべきである(93条但書)。

以上

第 12 問

A女は 夫Bが入院中で, <u>生活費に困った</u>ので,Cには 生活費にするとの事情 だけをうち明けた上で, <u>Bに無断</u>で夫の所有する土地の権利証を持ち出し, <u>夫名義</u> <u>ながら代理人となって土地をCに売却をし,登記も移転</u>した。

BC間の法律関係を論ぜよ。

基礎点 22点

夫婦 取引は無効にしない方がよい 【論点】日常家事債務(761条)と110条(3点) 要件の認定につかう

夫 B

妻 A C(登)

土地を代理人として売却

解答例

本件A女は夫B名義の土地を無権限で代理人 としてCに処分した。この場合、A女には代理権が なく,代理行為は無効であるから,Cは原則として 土地を取得することはできない。

ここで,民法は日常家事債務について夫婦の連∛│【論点】日常家事債務に関する 761 {帯責任を定めている。しかし,761 条にあたる旧₹│条の法的性質

前振り

{民法の規定は夫婦相互間に日常家事債務に関する{│ 日常家事債務の条文で直接に代理 |代理権が発生する旨を定めていた。また,通常日{ | 行為を有効にできないか {常家事債務については明示・黙示の代理権の授与{│* 761 条の解釈はもっと短めに書く ネがあるし,かかる代理権の存在が認められなけれネ│のがおすすめ ば日常家事の処理が不便で仕方がない。

したがって、夫婦相互においては日常家事債務 〉についての代理権が法律上当然に認められると解〉 する (761 条)。

とはいえ、日常家事債務の範囲に、不動産の処 分が含まれることは事実上あり得ないので、これを もって,代理行為を有効とすることはできない。

しかし,Cは権利を取得できると信頼して取引に 応じているから、その信頼を保護する法律構成を検 討する。

ニ1 まず,BがAに黙示のうちに何らかの代理権I を与えている場合、少なくともこれを基本代理権と して 110 条の適用によって相手方を保護することが できる。

しかし、かかる代理権の授与がなくても日常家事 の範囲で認められる代理権を基本代理権として、110 条の適用を認めることができないかを検討する。

761条によって認められる代理権は法定代理》 タ権の一種である。そこで法定代理権も 110 条におダ|代理権となるか ける基本代理権に該当することがあるか。

~~~~~

法定代理権は法律上当然に与えられるものである ないかに見える。

しかし、法定代理権についても代理権の外観へ の信頼を保護し,取引の安全をはかる必要がある のは任意代理権と変わらない。

したがって、法定代理権も基本代理権になりう るか解するべきである。

三 となると,日常家事債務における法定代理権〉 を 110 条にいう基本代理権と全面的にすることがタ タできるかに見える。

しかし、夫婦別産制(762条)を維持するため

あてはめ

論点を述べずに事例解決

【論点】法定代理権は 110 条の基本

【論点】761条と110条の関係

{には,761 条の代理権をそのまま基本代理権とす { ることはできない。もっとも,日常家事の範囲は { 不明確であるから,相手方保護の必要性も無視で { } } }

そこで、110条の趣旨を類推適用すべきである。 具体的には、当該法律行為について日常家事債務 の範囲であると信ずるに正当な事由が存する場 合、取引の相手方は保護されると解する。

本問では,生活費捻出のために土地を処分していることからすると,日常家事の範囲にあると信じることに正当な事由があると認められる可能性がある。そのような場合,表見代理の制度によって,Cは保護されると解する。

以上

あてはめ

#### 第 13 問

次の各場合におけるAC間の法律関係を論ぜよ(各小問は独立した問いである)。

- 1 子 A が親 B の土地を権限なくして, B の<u>代理人として</u> C に売却した。ところが, その後 B が亡くなり,子 A が相続した。
- 2 親 B が子 A の土地を,権限ないのに A の<u>代理人として</u> C に売却した。その後 B が 亡くなり,子 A が相続した。
- 3 子 A が親 B の土地を権限なくして<u>自己名義</u>で C に売却した。ところが,その後 B が亡くなり, A が相続した。
- 4 親 B が子 A の土地を権限なくして<u>自己名義</u>で C に売却した。その後 B が亡くなり 子 <u>A が相続した</u>。

#### 基礎点 21点

- 【論点】無権代理と相続 無権代理人が本人を相続 本人が無権代理人を相続
- 【論点】他人物売買と相続 他人物売主が所有者たる地位を相続 所有者が他人物売主たる地位を相続 各小問ごとに四点

#### 解答例

#### 一 小問1・2について

1 本件 C は代理権限がない者と取引をしているに過ぎないので,原則として土地の権利を取得できない。しかし,本人の追認があれば,取引が有効になり保護される(113条)。

ところが,本問では相続によって本人たる地位と 無権代理人たる地位が同一人に帰属している。そこ で相手方は,当然の追認の効果発生を主張すること はできないのか。

その点を肯定すると,相手方は取消権や無権代 理人としての責任追及などの手段が当然に奪われ ることになる。無権代理人たる地位を相続した本 人も,相続という偶然の事情で追認強制をさせら れるという結果は妥当でない。

{ 思うに,両地位が同一人に帰属した場合,その { 地位は一人に併存すると解するべきである。した { がって,本人はいずれの地位に基づく主張も選択 { してできるのが原則である。

2 以上を前提として各小問を検討する。

小問 1 は相続人が自ら無権代理行為をなした場合である。とすれば,本人の地位をもっての追認会<br/>
 拒絶は信義則に反し,許されないと解する。

3 一方,小問2の場合は,もともと本人であった相続人が偶然の事情で追認強制されるのは酷であるというのは前述の通りである。したがって, 本人の地位をもって追認拒絶できると解する。

追認拒絶できる場合,相続人は無権代理人としての責任を負うことになる(117条1項)。ただし,この時履行の責任は負わない。これを負えば, 追認拒絶を許した意味がなくなるからである。し たがって,損害賠償責任が発生するのみである。

#### ニ 小問3・4について

1 小問3・4では,無権代理ではなく他人物売買が行われている場合である。しかし,相続をした子

原則の指摘

【論点】無権代理と相続~相続人の 地位

# 【論点】無権代理人の本人相続 \* 参考

ただし,他の共同相続人がいる場合,その者まで追認を強制される理由はない。しかも,無権代理人であった者の持分だけ追認の効果が発生すると解するのは法律関係が複雑になる。したがって,この場合は相続人全員が追認を拒絶できると解する。

【論点】本人が無権代理人を相続した場合

には、父親の地位がその地位と共に併存すると見るのは小問1・2と同じである。

2 その上で,小問3では,自ら他人物売買を行会った者が,土地の所有権を得るのであるから,当会 然履行義務を負うことになる。

る 一方,土地所有者が他人物売主の地位を相続
した場合,前段と同様本人は契約の履行を拒絶で
はおいうべきである。

ただしては債務不履行に基づく損害賠償請求・ 解除請求をAにできる。また,Aは他人物売主と して担保責任を負う。具体的には売買契約を解除 されるし,相手方が善意の場合はさらに損害賠償 責任を負うことになる(561条)。

以上

## 【論点】他人物売買と相続

相続人の地位については,無権 代理と相続参照

【論点】他人物売主が本人の地位を 相続した場合

【論点】本人が他人物売主の地位を 相続した場合

#### 第6章 時効

#### 第 14 問

A は B C に 土地を二重譲渡し, $\underline{B}$  には登記を具備させ,  $\underline{C}$  には土地を引き渡した。 C は二重譲渡の事実について<u>善意のまま 10 年経過</u>した。

時効制度の趣旨を説明した上で、 <u>Cが</u>Bに<u>所有権を主張できるか</u>を論ぜよ。また、 CがBに所有権を主張できるとすれば、<u>時効の効果を主張するための手続、およびそ</u> の意味について理由と共に説明せよ。

#### 基礎点 19点

【論点】時効の制度趣旨

【論点】自己物を時効取得しうるか

【論点】時効の効果(162条・145条)

各論点2点

## 解答例

一 時効制度の趣旨について

1 時効制度は単に時間が経過するのみで責任が 消滅したり,他人の財産を取得したりできる制度 である。これは考えようによっては不道徳である とも思われる。このような制度を法はなぜ認めた のか。その趣旨が問題となる。

2 まず,永続した事実状態についてはそれに基づいて法律関係が積み重なるから,積み重なった法律関係を覆滅させるのが適当でない場合がある。時効制度とは,そのような場合,事実状態を尊重し,現在の事実関係を権利関係にまで高めることを認めたものである。

また,権利は不断の努力によって獲得されるものであるから,権利を行使しない者は法による助力を与えるに値しない。

さらに,年月が積み重なると,正当な権利関係を確認するに必要な証拠が十分に保全されないことが考えられる。そのような場合に,訴訟における権利証明の困難さを救済する役割も果たす。

3 以上のような理由が複合的に作用して時効制 度を正当化しているというべきである。

## 二 前段について

1 ここで C は B に取得時効の完成を主張すること が考えられる (162条 2項)。

といし、Cは自己物として本件土地を占有して きたから、「他人ノ物」(162条)ではなく,時効 取得はできないのではないか。

2 思うに,自己物であってもその上に積み重なった権利関係を保護する必要性や,訴訟上における証明の困難を救済する必要がある点は変わらない。

} したがって,「他人ノ物」は例示であり,自己 {物についても時効取得の対象になると解する。

3 以上より,CはBに取得時効の完成を主張し, 所有権を主張することができることになる。

#### 三 後段について

1 Cが時効完成を主張するには,援用が必要であ

【論点】時効制度の趣旨

【論点】自己物の時効取得

る (145 条)。この趣旨は、時効の利益を受けることを潔しとしない者の意思を尊重する点にある。

2 (1) しかし,かかる援用にはいかなる意味がある のかについては条文上明らかでない。

すなわち,時効の効果について,162条・167条では,時効期間の満了によって時効の効果が発生するかのように規定されている。一方,145条で時効の利益を受ける場合に援用を要求している。そこで,時効の効果をいかに説明するかが問題となる。

(2)この点,時効の効果は期間満了により確定的に発生しており,援用を要求しているのは,訴訟における弁論主義の現れであるとする説がある。 しかし,なぜに時効のみそのような理を実体法で 断ったのかが不明である。

(3)思うに,期間の経過によって権利の得喪は生くじると解する。しかし,その効果は不確定的である。
って,援用・放棄によってその効果を確定させる

く このように解すれば,援用・放棄が良心に基づく 制度であるという説明とも整合性があり妥当でく あると考える。

3 以上から,援用は時効の効果発生を確定させる 意味があると解する。

以上

【論点】時効の効果

#### 第 15 問

Cは(BのAに対する債務について)<u>Aと保証契約を結んだ</u>。ところが,Bは夜逃げし,仕方がなくCも夜逃げをした。

ところが, C は 10 年後に A に見つかってしまったので, <u>時効完成を知らずに</u>保証債務を承認した。 C は何らかの方法によって債務の履行を免れることができるか。

## 基礎点 21点

【論点】 時効完成後の 債務の自認行為(3点)

【論点】 援用権者の範囲(1点)

- 34-

# 債権者 A 債務者 B 保証人 C

## 解答例

-1 Cは時効完成後に完成を知らずに,債務の存在を前提とする行為をしている。

このような自認行為にはいかなる効果を付与す{ べきか。

2 (1) 思うに,自認行為が為されると相手方は債務の弁済についての信頼を抱くから,かかる信頼を保護する必要性がある。また,自認ある場合債務の存在は明確になる。したがって,かかる行為をした者の援用は許されない。

(2) その法律構成として,かつての判例では,自 認行為ある場合,時効の利益放棄の意思があるも のとみなすとしていた。しかし,放棄というには 時効完成を知ってなさねばならないが,自認行為 する者が時効完成を知っているのは例外的である から,かかる構成には無理がある。

- 3 いずれにせよ,Cは自己の保証債務について時 効の援用はできないことになる。
- 二1 では,主債務について消滅時効を援用できるか。そのためには, C が B の債務の援用権者といえなければならない。

そこで,時効の援用権者の範囲をどう解するべくきか。「当事者」(145条)の意義が問題となる。

思うに,145 条は時効利益を享受するか否かの 自由を「当事者」に認めているものである。ここ で,間接的に時効の利益を受けるに過ぎない者が 時効を援用できるとすることは,時効の利益を直 接に受ける者の意思を無視するものであり,妥当 でない。

したがって,時効の援用権者とは時効の利益を 直接に受ける者に限ると解する。 【論点】債務の自認行為と時効

保証債務の附従性

【論点】時効の援用権者の範囲

本件 C は主債務の消滅時効の援用によって<u>自らの</u> \* 債権者 取 消権 における 受 益 者 も 債務も免れる関係にある。したがって,Cは時効の│「当事者」にあたる 利益を直接に受ける者であり、「当事者」にあたる。 2 しかし、既にCは自己の債務について時効を援 用できない。それでも、主債務の消滅時効を援用で きるか。

保証人の自認行為によって援用ができなくなっく たのは保証債務である。主債務は別個の債務であ { るし、保証人に生じた事由は主債務に影響を及ぼ( さない。

したがって、主債務が独立に消滅時効の要件をく タ備えたならば , ( 主債務者が消滅時効の援用権をタ ₹放棄するなどの事情がない限り)保証人は改めて₹ 保証債務の消滅時効を援用できると解する。

ただし、主債務者が時効を援用して主債務が消 滅した場合は,保証債務は自認行為の有無に関わ{ | 効の援用も認められないと解する。 らず、附従性から消滅する。

【論点】保証債務を自認した保証人 が主債務の時効を援用できるか。 判例で論じた。

#### 【学説】

思うに,主債務者が時効の援用を しない状態で保証人が主債務の消滅 時効の援用をなしうるのは,相手方 保護の観点から妥当でない。

したがって,信義則上主債務の時

以上

## 第 16 問

A の所有物を B が占有し,その占有を C が承継したとする。次の各場合について, Cが時効取得できるかについて説明せよ。

- Bが善意で 5 年間占有し、その後占有を承継した Cが悪意で 5 年間占有した場合。
- BがAから目的物を賃借しており, 子 C が目的物の占有を相続で取得した。 C は目的物について 所有の意思をもち,公租公課の支払もなしつつ 10年間占有した場 合。

#### 基礎点 20点

【論点】善意占有の承継(2点)

【論点】相続と新権原(3点)

他主占有

相続による取得 単に親の占有を取得するだけか

所有の意思 新権原がないと占有の質は変わらない 土地 A 所有 , B 占有 C 占有承継

## 解答例

## 一 小問 1

1 Cのような占有の承継者は,Bの占有を併せて 主張できる(187条1項)。これを主張すれば,10 年間の占有を主張できる。

しかし,CはBから善意まで承継したと主張でၲ┤【論点】「瑕疵モ亦之ヲ承継ス」の े}きるか。占有の承継取得者は ,「瑕疵モ亦之ヲ承〉│ |継ス」(187条2項)とされているが,この意義? {をいかに解すべきかが問題となる。

2 思うに、187条1項が自己の占有を前主の占く ₹有と併せて主張できるとしているのは,前主・後₹ く主の占有が一個であるとみなしているからに他な
く らない。

そして,単独で占有をしていた場合,途中で悪く タ゚意となってもかかる占有は善意占有とされるかタ ら、このような場合との均衡をはかる必要がある。 ∛また ,「瑕疵モ亦之ヲ承継ス 」( 187 条 2 項 ) は瑕♡ ჽ疵のないことも,瑕疵も承継するということを意ჽ ፟休すると読める。

したがって、後主が自己の占有と前主の占有を ჽ併せ主張する場合は,承継した前主の占有の性質ჽ <sup>§</sup>をもって占有を主張できると解する。

3 以上からCはBから承継した善意占有をあわせ 主張できる。したがって, Cは 10年間の短期取得 時効(162条2項)の完成を主張し, C は本件目的 物の所有権をAに主張できることになる。

# 二 小問2について

1 CはBから相続によって占有を取得している。 この場合,CはいわばBの身代わりの地位にあるか┃するかについての論点も書ける ら、Bの占有がその質を変えることはないのが原則 である。

原則

処 理

│\*厳密には相続によって占有を承継

しかし,Bの占有は,賃貸借に基づくものであり, その客観的性質から判断すると,他主占有ということになる。となれば,所有権を時効取得する要件に欠けることになる(162条)。

となれば、CはBから受け継いだ占有を主張するならば、少なくともCは時効取得することはできない。

2 (1) では,自己の占有のみを主張することはどうか。

相続も一つの権利取得原因であるから, 187 条 1 項は相続の場合にも適用される。したがって,子は 自己の占有についてのみ主張することができる。

(2)次に,目的物を時効取得するには,占有の態様が自主占有でなければならない。

父親の占有態様は他主占有であるから,時効取得するには 185 条所定の要件を満たし,占有態様が自主占有に転化しなければならない。

{ 思うに,相続は包括承継だから,単に相続があ { ったのみでは占有がその質を変じることはない。

しかし,相続に加え,相続人の所有の意思を示すべき外形的事実が存在した場合は,占有態様が 新権原として自主占有に変じたと見うる。

く このような場合は,相続も 185 条にいう新権限と にあたると解する。

くしたがって,相続をし,かような外形的事実が 生じたときから一定期間の経過によって時効取得 くができるということになる。

3 本問では C が<u>公租公課の支払</u>をなしているから ,上のような<u>外形的事実</u>はあるというべきである。

したがって,Cは本件目的物を時効取得し,Aに 所有権を主張することができる。

以上

第2部 物権

第1章 物権法総論

【論点】相続は新権原にあたるか

動産の集合物に 譲渡担保権を設定する契約の合法性について説明せよ。

集合物 複数の物

担保権 物権

一物一権主義に反するか?

新たな担保権の創設 物権法定主義に反しないか

基礎点 21 点 各論点 1 点

【論点】物権法定主義の根拠

【論点】新たな担保権を創設することは物権法定主義に反しないのか

【論点】一物一権主義の根拠

【論点】集合物の担保化は許されるのか

## 解答例

一1 まず担保権は物権である。

しかし,集合物に物権が成立することは,一般 先取特権が成立する場合を除き,法律に根拠がな

2 物権法定主義の趣旨は,封建社会における重 層的な権利関係を整理し,法定された制限物権以 外の制約を受けない近代的な物権を確立する点に ある。

また,かかる主義を採用すれば,物権の公示が 可能になるので,取引の安全・迅速に資すること になる。

このように物権法定主義の重要な機能は公示を 完備する点にあるから,公示方法があるならばそ の例外を認めてよい。また,典型担保では満たせ ない要請を実現するため,非典型担保の効力を認 める社会的必要性がある。

したがって,公示方法があれば,非典型担保は 有効であると解すべきである。

3 本問集合物は動産であるから,占有による公示

【論点】物権法定主義の根拠

【論点】新たな担保権を創設することは物権法定主義に反しないのか

が可能である。したがって、公示方法があるので、 物権法定主義には反しない。

次に,本問担保目的物は集合物である。かく【論点】一物一権主義の根拠 かる契約は一物一権主義に反しないのか。

ここに,一物一権主義とは,一個の物の上に一 つの所有権が,一個の所有権は一個の物の上に成る 立するという原則をいう。

| 2 (1)本原則に反する物権を認める必要が乏しい わりに,例外を認めると物権の客観的範囲が不明〉 「確となる。一物一権主義の趣旨はかような事態をჽ ჽ回避して公示を可能とし,取引の安全を守る点にჽ ある。

しかし,かかる担保権の効力を認める社会的必{ 要性がある。また,目的物の存在する場所,範囲〉 を指定することで権利の公示は可能である。

したがって、一物一権主義には反せず、かかる ≦担保設定も認められると解する。

「(2)問題は集合物への譲渡担保権設定についてい かなる法的構成をもって認めるべきかである。

この点は,集合物全体の上に一個の譲渡担保権 ჽが設定されると見るのが,当事者意思に合致し妥ჽ 当であると解する。すなわち、集合物に物が入る ことで担保の効力が及び,対抗要件も備わるが. 集合物から物が出れば,その物について担保の拘タ 束力を免れることになる。

3 以上より,本件契約は合法である。

以上

【論点】集合物の担保化は許される のか

# 第 18 問

Aのたてた塀が通りがかりの人間の不法行為によって壊され,隣のBの家に倒れ込 んだ。この場合,AB間の法律関係について 法的根拠を明らかにしながら論ぜよ。

Aの所有物がBの権利を侵害している。

塀による権利侵害における利益調整の方法

## 基礎点 21 点

【論点】物権的請求権の根拠(2点)

【論点】物権的請求権と費用負担(2点)

## 解答例

- -1 BはAの塀によって自己の土地の円満な支配を害されている。このような場合, BがAに対してなしうる請求の内容を検討する。
- 2 まず,所有権に基づいて妨害排除請求をすることが考えられる。

(物権的請求権には民法上明文の根拠がない。

るのし、物権の円満な支配を実現するためには、 かかる請求権をその手段として認める必要性がある。しかも,占有権では占有訴権が認められるか いまり効力の強い物権では同様の請求権を認め になるである。

よって,物権の効力として物権的請求権は認め られると解する。

- 3 したがって,) B は A に対して,塀の撤去を求めることができる。
- 二1 しかし,Aは塀の所有権者であるから,同様に塀の回収請求をBに対してできる。

2 思うに,物権的請求権は,本来相手に積極的な行為を促す権利というべきであるから,費用は 請求された者が支払うのが原則である。

しかし,物権的な返還請求をなす場合,請求し た者勝ちといった事態に陥る可能性もある。そこ で,相手方の行為によらないで侵害が発生した場 合は,返還請求権の場合に限って,行為者が費用 を負担すべきであると解する。

3 本問で A が物権的な返還請求をした場合, B は その意思によって塀の占有を得たわけではない。と なると, A が費用を負担することになる。

【論点】物権的請求権の根拠 \*実際には物権的請求権の根拠を書 くような問題はないでしょう(笑)。 当然に認められる,でOK

【論点】物権的請求権と費用負担

あてはめ

一方,Bが妨害排除請求をした場合,その性質は 行為請求権である。したがって,原則通り,費用負 担者はAであることになる。

以上

## 第 19 問

物権変動と 登記・引渡など対抗要件との 関係について説明せよ。

物権変動の要件

対抗要件 取引の安全を守るための制度

対抗要件は物権変動にどう役立つか

基礎点 20 点 各論点 1 点

【論点】物権変動の時期

【論点】公示の原則

【論点】二重譲渡の法的構成

【論点】登記と公信力

【論点】即時取得制度の趣旨

### 解答例

物権変動は当事者の意思表示のみによってその 効力を生ずる(176条)。

この物権変動の意思表示としては,争いあるも{|【論点】物権変動の時期 債権契約の意思表示で足りると解する。

したがって、契約締結時に物権変動が生じること になる。

二 1 一方,第三者に権利変動の結果を主張するに は,対抗要件の具備が必要である(177条,178条)。 すなわち,契約締結をし,権利を取得しても対抗要 件を備えない限り、他人に権利を主張できないこと になる。

その趣旨は,登記・占有に対抗要件としての機ჽ 【論点】公示の原則 ेใ能を認め,消極的に公示の具備を促進することにे⟨ ჽある。公示の原則とは外界から認識しうる表示がჽ ₹なければ物権変動の効力を認めない原則をいう。 ₹

2 (1) さらに進んで,契約の時期が後でも,対抗要 件の具備が先ならば、この者は物権の効力を先に契 約をした者に主張できることになる。対抗要件を具 備すれば完全な権利を主張できるし、かつ物権は債 権に優先するからである。

しかし、物権変動は既に契約成立時に生じている と考えられる。第二譲受人が目的物の所有権を取得 することはあり得ないのではないか。そこで,二重|【論点】二重譲渡の法的構成 譲渡の法的構成が問題となる。

(2)この点動産ならば、占有には公信力が付与され ている。即時取得(192条)の規定がそれである。

これは、占有による公示力は弱く、このままでは 十分に取引の安全を図ることはできないからであ る。

同様に、登記を信頼して取引をした者を保護す〉 るため、登記に公信力を認めるとする説がある。

しかし,177条は登記の具備に加えて,善意で あることは要求していない。

また,同趣旨の 178 条については,公信力を認 める規定(192条)が別にあることとの整合性を 図る必要がある。

そもそも,不動産取引の安全は,相争う者の間 の優劣を明確な基準をもって定めることで初めて 実現される。

となれば、善意・悪意という要件を要求するこ とは妥当ではない。たとえ悪意でも、対抗要件を 取得した者を保護する必要がある。

(3)したがって,登記に公信力はない。不実の登 記を信頼して不動産を取得した者は、保護されな いことになる。

ただし,94条2項の類推によってこのような 者も保護される可能性はある。この場合,本人の 外観作出への帰責性が要求される。

3 改めて、二重譲渡の法的構成をどのように考 {えるべきか。

思うに、所有権は意思表示のみで移転するが、

【論点】登記と公信力

したがって,二重譲渡においては,譲受人はいずれも不完全な物権を取得するのみである。その上で,登記を具備した者が完全な物権を取得し,その後排他的に権利を主張できることになる。

以上

#### 第 20 問

SがABの両者に土地を二重譲渡した。次の場合にAが所有権を取得できるか否かについて論ぜよ。

- 1 善意のBが 先に譲渡を受けた場合。
- 2 背信的悪意者 B が登記を具備し,かつ C に当該土地を引き渡し,登記を具備させた場合。
- 3 Aが登記を得た後, Sの地位を相続した場合。

なお,登記を得た後,AがSにあらためて 土地を売却した場合,BがSに土地所有権の移転を請求できるかについてもあわせて論ぜよ。

## 基礎点 21点

典型的な二重譲渡

【論点】第三者の意義

【論点】背信的悪意者からの譲受人(2点)

【論点】二重譲渡で売主と買主の地位が同一に帰した場合

相続の場合(1点)

売却の場合(1点)

S A

#### 解答例

ー 小問1について

不動産が二重譲渡された場合,第二譲渡の譲受人

も登記を備えれば,もう一方の譲受人に対抗できる (177条)。

以上から,Aは登記を具備すれば,土地の所有権 を完全に第三者に取得できる。

なお,上記結論はABの主観的要件に関係がな く導かれる。177 条はかような要件を何も要求し 理由 ていないし,物権を巡る優劣は,公的制度によっ て明確に定めることが迅速な取引の実現に資する からである。

ニ 小問2について

1 (1) A が B に土地の所有権の取得を主張できるかについて,既に B は登記を備えているから,前小問の通り,土地の所有権について優先するかにみえる。

く しかし,Bは背信的悪意者であるから,これも 「第三者」(177条)に含まれるか。その意義が 明らかでなく問題となる。

(2) これは条文上は何の限定もないが,権利者に とって全くの無権利者に自己の権利を主張するに あたって登記が必要とされるいわれはない。

思うに 177 条が権利主張に公示を要求する趣旨 は,自由競争関係にある者の優劣関係を決する点 にある。となると,自由競争の枠外にある者に対 して権利主張をするのに登記は必要ないとしてよ い。

したがって,「第三者」とは,登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者のみであると解する。

(3) 具体的に、(悪意者は正当な取引の範囲を逸脱する者ではないから、第三者にあたると解する。一方、) 背信的悪意者について、その行為は正当な自由競争の枠を超えている。したがって、背信的悪意者は「第三者」にはあたらない。(なお、ここにいう背信的悪意者とは、高額に目的物を第一譲受人に譲り渡す目的がある者等である。)

となると,AはBに登記なくして権利主張できる ことになる。 登記による保護に善悪関係がない 理由

【論点】第三者の意義

2 しかし,Bは既に当該土地をCに譲渡し,登記 も具備させている。AはかかるCにも所有権を主張 できるか。

思うに,背信的悪意者は,信義則上権利を主張を できないだけであって,全くの無権利者ではない。 かくのごとき譲受人も目的物の権利を承継取得し ているというべきである。

本問では既にCが登記を得ているから,AはCに対抗できない。したがって,Aは土地の所有権を主張ことはできない。

- 三 小問3について
- 1 まず前段について、Aは登記をBに移転する義 務あるか。

Aが登記を得た時点でAの権利が優先することは確定し、Sの債務は履行不能となり消滅する。とすると、Aが相続によりSの地位を受け継いだとしても、登記を移転する義務を改めて負ういわればない。そもそも、相続は偶然事情であるから、かかる事情によりAが所有権を失うのはAに酷である。

したがって,Aは登記移転義務を負うことはないと解する。

2 次に後段について,Sは登記をBに移転する売 主としての義務を未だ負うか。

原則として, A が登記を得た時点で A B の優劣 は決定し, S の義務は履行不能となり消滅する。 ( その後 A は誰に権利を処分するも自由であるか ら, A の権利移転は完全に有効であり, S が完全 に権利者になる。)

 【論点】背信的悪意者からの譲受人 \* 最近の最高裁判例の結論

【論点】二重譲渡で売主と買主の地 位が同一に帰したとき

相続の場合

\* A が死亡して S を相続した場合も 同じ結論にしてよいでしょう。

売却の場合

#### 第 21 問

次の各場合において A が甲土地の所有権を主張できるか論ぜよ(各小問は独立した問いである)。

- 1 X所有の甲土地をYが無権原で占有をしていたところ, Xが死亡し, Xの子供 A及びBが相続をした。ところが BはAの持分も含め全て自己名義の登記を具備した上で, Zに土地を売却した。 その後 Y について時効が完成した。
- 2 Xの甲土地をYが無権原占有していたが、 Yについて時効が完成した。その後、Xが死亡し、Xの子供BCが相続をした。 遺産分割の協議がまとまり、当該土地についてはすべてCのものとされたが、 登記前にBが当該土地をAに移転し、登記を具備させた。
- 3 Xが死亡し,その子供 B C が甲土地を含めた財産を相続したが, B は相続を放棄した。にもかかわらず B は当該土地をすべて A に譲渡した。

# 基礎点 20点

小問 1

相続 X AB Z Y占有 譲渡

## 小問2・3

相続 X CB A Y占有 譲渡

# 【論点】取得時効と登記

時効取得前の第三者(1点)

時効取得後の第三者(1点)

# 【論点】相続と登記

相続をした者と第三者との法律関係(1点)

遺産分割と登記(1点) 放棄と登記(1点)

## 解答例

- 一 小問1について
- 1 甲土地について,Bは自己の持分については有効に処分しうる。したがって,この部分はZが無条件にAに優先する。

一方,Bが無権限で処分したAの持分についてA Zの優劣関係をいかに考えるべきか。

思うに,B名義の登記のうち,他の共同相続人の持分に関する部分は単なる無効登記でしかないし,登記に公信力はない。実質的にも,近い将来に遺産分割で変更されるべきものだから,相続分についての登記を相続人に要求するのは酷である。

{ したがって,Aは登記なくしてZに権利主張で{ } {きると解する。

ただし, Z は無権利者と取引した者として,94 条 2 項の類推適用によって保護されることがあろう。

2 しかし,その後Yについて取得時効が完成し ている(162条)。このように物の取得後に,当 該物について時効取得をした者がいた場合,その 者との優劣をいかにして決するか。

確かに取得時効の効果は占有開始時に遡る(144 条)が,これは法的な擬制に過ぎない。現実には, 目的物の所有権は元の所有者,譲受人,占有者と 移転しているとみうるので,占有者は譲受人から 承継取得を受けた者と同視できる。

{ また,時効完成前に登記を具備することはでき { ない。ここで登記を要求すれば,時効取得者が権 { } { 利を主張できることはあり得ないことになる。 }

{ したがって,本問の場合,時効による権利主張{ をするために登記を具備することは不要と解す{ } } } 【論点】相続と登記

【論点】取得時効と登記 時効取得前の第三者

- 以上から,AはYに自己の権利を一切主張でき ない。
- ニ 小問 2 について

1 まず、本来Cの持分については、登記なくして Cは第三者Aに対抗できる。もともとCの物である から、その部分についてはBの登記は単なる無効登 記であるからである。

それに対して,Bの持分であった部分について{ | {は別の考慮を要する。

思うに、遺産分割後は財産を取得した者は遅滞く なく登記をすべきである。また、元の相続人から 〈遺産分割を受けた者と取引の相手へと,それぞれ〉 への二つの物権変動を観念できる。

したがって、本事例では二重譲渡類似の関係に {あるものとして,登記の有無によって優劣を決す♪ ると解すべきである。

以上より、登記を得たAがBの持分であった部分 の権利について優先する。

しかし、Yが甲土地について時効取得していく るが、時効完成後、目的物を取得したAはYに対く ネ抗できるか。

この場合、時効取得者Yと買主Aとは売主を起る 点として,二重譲渡類似の関係にある。また,時〈 ፟፟効取得したならばその者は遅滞なく登記すべきでシ ある。したがって,かかる場合時効取得の主張の ∛ためには登記が必要であると解する。

なお,取得時効の起算点をずらして主張するこ とはできない。時効期間の起算点は占有開始時で ჽあるし,かような区別をしたことが無意味となる からである。

- 3 本問の場合Aは登記を得ているから、Yに自己 の権利を主張できる。
- 三 小問3について

本問Bは相続放棄をしている。このように相〉【論点】放棄と登記

原則的処理

【論点】遺産分割と登記

【論点】取得時効と登記 時効取得後の第三者

{続放棄者から相続財産を譲り受けた者が権利を取{ { 得することはあるか。

2 相続放棄の効果は遡及的無効であるし,939 条には第三者保護規定はない。したがって,Aは 一切保護されないと解する。これはAがBの放棄 前に権利を譲り受けても,放棄後に譲り受けても 結論は変わらない。

るのように解すると,取引の安全を害するかに 見える。しかし,放棄の熟慮時間は三ヶ月と短い ので利害関係人はほとんど発生せず,放棄前に取る 引をする者は事実上現れない。

また,放棄後,放棄者と取引をする者は家庭裁判所に問い合わせることで放棄の有無を知りうる。 したがって,取引の安全を不当に害することとはなく,問題はない。

3 以上から,Aは無<u>権利者Bから目的物の譲渡を</u> 受けているに過ぎないので,甲土地の権利を取得す ることは原則できない。

ただし、Cなど相続人の責めに帰すべき虚偽の外観をAが信頼して甲土地の権利をAが取得した場合、94条2項類推によって保護される可能性がある。

以上

# 第 22 問

AはBに山林を売却し、 BはCに当該山林を転売した。一方,AはDに当該 山林を売却した。 Dはさらに当該山林に立木を植栽し,一括して 明認方法を施した。登記は未だAの下にある。

- 1 Cは中間省略によって,登記の移転を直接Aに請求できるか。
- 2 Cが,Bに無断で,Aから直接に登記を移転した場合のBCの法律関係を論ぜよ。
- 3 CD間の法律関係を論ぜよ。

## 基礎点 19点

Cが権利を取得するには登記を得るしかない。

## 【論点】中間省略登記

【論点】明認方法と登記

【論点】所有権が権原にあたるか

各論点2点ずつ

山林

A (登) B

C

D 木を植裁

(明)

#### 解答例

- 小問1について
- 1 Cは所有権に基づき、Aに対して、登記の移転 請求をすることが考えられる。

そこで,現在の不動産の権利者は中間省略登記 🕻 を登記の名義人に対して,請求できるか。

§ 2 (1)確かに登記は権利変動の過程も公示するも
§ のであるから,実際の権利移転の過程と異なるよ <sup>{</sup>うな登記の移転請求は進んで認めるべきではな{ ٤١١.

しかし、現在の正しい権利関係を示していれば、 一応登記の目的を達しうる。また,登録免許税は 不動産価格によっては馬鹿にならない額になり、 これを節約させる利益が当事者に認められる。し <sup>{</sup>たがって,中間省略登記をなすことが許される場<sup>{</sup> 合があると解する。

- (2)もっとも,無条件に中間省略登記を認めた場ჽ 合,中間者の登記請求権を害するおそれがある。 したがって,中間省略登記の有効要件として,中<sup>{</sup> 間者の同意が必要と解する。
- 3 本問の場合,Bの同意があれば,Cは中間省略│\*そのほかに,BのAに持つ登記請 の形で登記の移転をAに請求できる。

- ニ 小問 2 について
- 1 Bの同意なく中間省略登記がなされた場合,前 段で設定した要件が欠けている。そこで、中間者で あるBは当該登記を無効登記として,抹消請求をな

【論点】中間省略登記

求権を代位行使して,Cは登記名義 を得られる。詳しくは35問参照

しうるか。

2 思うに,現在の権利関係が正しければ一応は 登記の目的を果たしうるのは前述の通りである。 ここで無条件に登記を復帰させることは,抹消し 改めて登記をする過程で多額の費用・手間がかか る可能性があり,Cに酷である。

くしたがって,中間者は抹消をすることについて の正当な利益がない限り,抹消請求をなすことは できない。

3 本問BはCからまだ代金を得ていないなどの事情がない限り,Cに登記の抹消請求をすることはできない。

三 小問3について

1 Dは未だ登記を具備していないから,土地所有権についてCに対抗することはできない。一方で,立木についてはどうか。

この点, D は先に明認方法を備えているから, D が優先すると解することもできるかに見える。 しかし,明認方法は,立木が土地と独立の所有権の客体になることを示すものであるから,立木を独立の取引の対象とする場合のみに用いるものである。土地と立木をまとめて転売する場合は, 法定の制度である登記によって権利を公示すべきである。

以上より,Dは立木所有権もCに対抗することはできない。

2(1)しかし,新たに D が土地に植栽した部分については別途の考慮を要する。

立木は土地の付合物といえるから,立木所有権もCが取得することになりそうである(242条本文)。

くしかし,Dが立木を「権原」(242条但書)によく って植裁していれば,立木の所有権を留保できる。 そこで,未登記不動産の所有権が「権原」にあた

【論点】中間省略登記

中間者に無断で登記が移転された場合

【論点】明認方法と登記

【論点】所有権が権原にあたるか

₹るかが問題となる。

(2)本来「権原」とは永小作権,賃借権など他人の物を使用・収益する権利をさし,所有権は予定されていない。しかし,他人の所有権によって自会の権利を失うおそれがあるという点では,未登記不動産の所有権者を保護する必要性は変わらない。

したがって,本論点は積極的に解するべきである。ただし,所有権者に権利を主張するには,明認方法が必要というべきである。原則立木は土地に付合するから,公示がなければ取引の安全を害なからである。

(3) 本問では, D は明認方法を施している。したがって, C が登記を得ても,新たに植栽した部分については C に立木所有権をもって対抗できることになる。

残りの不動産についてはDCに優劣はなく,登記 の具備で決することになる。

以上

## 第 23 問

- 1 AはBにワープロを一台貸していた。ところが、 Bが事情について善意・無過失のCに当該ワープロを売却し、 占有改定の方法で引き渡した場合、AC間の法律関係について論ぜよ。
- 2 さらに上記事情の下, Bは事情に善意ながら,有過失のDに目的物を寄託した。 この時, CD間の法律関係について論ぜよ。

# 基礎点 21点

Bに売却権限はない

【論点】占有改定と即時取得(2点)

Cは目的物について無権限 ただし占有だけ得ている()

占有回収の訴え

【論点】200条2項但書の悪意は無過失を含むか(2点)

# 小問 1

A В С

# 貸 売 (占)

\* … 所有権の所在

... 現実の所持

(占)... 対抗要件の具備

# 解答例

- 小問1について

1 Bはワープロについて<u>売却権限がない</u>から,Cはワープロの所有権を取得できないことが原則である。しかし,CはBの無権利について善意であり,引渡も占有改定の方法によって得ている(183条)。

そこで,占有改定の方法で対抗要件を備えた者 でも即時取得(192条)できるか。

2 占有改定は完全な引渡方法である。しかし, 占有移転の有無が他の引渡の方法に比べ,外形上 不明確なものである。ここで,占有改定により占 有を取得すれば,真の所有者が現実に目的物の占 有を取得した後もこれに返還請求をなし得るとす るのは妥当でない。

るまた,この場合即時取得を認めるならば,最初 の占有者の二重三重譲渡によって,いつまでも権 る。 利関係が確定されないことになりかねない。

くしたがって占有改定によっては,即時取得できくれいと解すべきである。

- 3 結果,Cは即時取得できず,Aの所有権に対抗 できない。
- 二 小問2について

1 (1) 小問 1 で述べたように, C は目的物について <u>占有しか得ていない</u>から,占有権に基づく請求をな しうるのみである。

しかし、目的物の素性について「善意」の者には 占有回収の訴えを提起できない(200条2項但書)。

【論点】占有改定と即時取得

【論点】200条 2項但書の悪意は無過失を含むか

{ しかし,善意者の下に占有が移転した場合,占{ {有状態が平穏に落ち着いたといえる。本条の趣旨{ } {は,そのような平穏な占有を保護する点にある。 {

ここで,有過失であっても善意者が占有を承継 したならば,上記の理に変わりはない。したがっ て,有過失ある占有者にも占有回収の訴えは提起 できないと解する。

2(1)次に,BはDに寄託物の返還請求権を有するので,これをCが代位行使(423条)することが考えられる。ただ,この場合被保全債権は特定債権である。かかる場合に,債権者代位権の行使が可能か。(2)債権者代位権は本来は強制執行の準備としての責任財産保全の制度にすぎず,特定債権を保全するために用いられるものではない。

しかし,条文上は債権者代位権行使の要件として,被保全債権を金銭債権に限定しているわけではない。しかも,転用を認める社会的必要性がある。

したがって,債権者代位権の転用は認められると 解する。この際,特定債権の保全と,債務者の無資 力は無関係であるので,無資力要件は不要である。

(3) 以上から,Cは債権者代位権を行使することで、目的物の引き渡しをDに請求できることになる。

以上

# 第2章 担保物権

第 24 問

次の各小問に答えよ(各小問は独立した問いである)。

- 1 Sからの建物の二重譲渡によって<u>Aが引渡</u>を受け,Bが登記を得た。AはSへの 損害賠償請求権を被担保債権として, 建物を留置できるか。
- 2 S 所有の建物の借主 D が,使用貸借契約の期間が満了したにもかかわらす, 明渡請求がないことをよいことに, <u>そのまま建物に住み続け,</u>目的物に対して有益費を支出した場合, D は留置権を行使できるか。

#### 基礎点 19点

建物の留置が損害賠償金の支払を促す関係にあるか。

【論点】物と債権との牽連性の有無(2点)

【論点】不法行為状態に中途からなった場合(2点)

【論点】悪意・有過失者と留置権(2点)

悪意の占有者に留置権は認められるか

小問1

S A家

B (登)

## 解答例

一 小問1について

1 Aが建物を留置するにはAに留置権 (295条) が成立している必要がある。

まず,本件Aの有する損害賠償請求権が「物二 関シテ」(295条本文)生じた債権といえるか。 この判断基準が明らかでなく,問題となる。

2 留置権は,物の留置によって間接的に弁済を 促す効力がその核心をなす物権である。したがっ て,債権と物との牽連関係の有無は物の留置によ って債務の履行を促す関係にあるかを検討すれば よい。

すなわち,上記のような関係がある場合とは, 債権が物自体から発生した場合(例 物の費用 (賞還請求権)と, 債権と物の返還義務が同一の (法律関係から生じた場合の二つである。

3 これを当該損害賠償請求権についてみると, A が建物を留置したところで,<u>損害賠償債務を負</u> う S に対して履行を促すことにならない。また, 留置権はあくまで当事者間の公平を根拠としてお り,<u>第三者 B を犠牲にする</u>ことまで予定していな

したがって ,「物ニ関シテ」の要件は満たされず A は建物を留置できない。

二 小問2について

1 (1) 不法行為者は留置権を行使できない (295 条 2 項 )。 しかし,本問 D は詐欺・強迫などをして占有を取得した不法行為者ではないが,そのような悪意の占有者に留置権は認められるか。

【論点】物と債権との牽連性の有無

(2)思うに,留置権は物の返還請求を制限すると いう強力な効果を法律上当然に発生させるもので ある。したがってその適用範囲は限定すべきであ

ここに,不法占有者であるならば,その者の債 権は保護に値せず,債権者・債務者間の公平を図るという留置権の前提は維持されない。したがって,悪意占有者が費用を支出したときも留置権は 成立しない(295条2項類推)。

2 しかし ,本問Dの占有は不法占有によって「始くマリタル」(295 条 2 項)わけではないから , Dくは留置権を取得するのではないか。

思うに,留置権の成立に本要件が要求される趣旨は,不法行為者の債権は保護に値しないので, ここで留置権を認めることは公平とはいえない点 にある。かかる理は,債権者が中途から不法占有 者になった場合もかわりはない。

したがって,およそ不法占有下において債権を 取得した者は,留置権を主張することはできない と解する。

以上より,本問Dは有益費をもって目的物を留置 できない。

以上

# 【論点】悪意・有過失者と留置権

- \*左記は判例
- \*学説は次の通り

思うに,法は悪意者にも正面から 費用償還請求権を認めている(196 条1項,同条2項本文)

また、留置権を認める場合が、不都合な期限の許与(196条2項但書)によって留置権を奪うことはできる。

したがって,原則認められるとい うべきである。

\*学説を採ると後の論点が出てこなくなる。

【論点】不法行為状態に中途からなった場合

## 第 25 問

AはBの為に自己所有のダイヤモンドに質権を設定し,Bにダイヤモンドを引き渡した。この条件の下,次の各小問に答えよ(各小問は独立した問いである)。

- 1 Bは, Aに無断で,当該ダイヤモンドをCに質入れした。かかる質入れの効果に ついて,その 法的構成と共に説明せよ。
- 2 BがAに 騙されて,Aに ダイヤモンドを返却した場合,AB間の法律関係はどうなるか。Bが引き渡した相手が第三者Cの場合はどうか。

#### 基本点 21 点

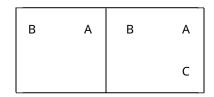
【論点】責任転質の法的性質(2点)

# 【論点】質権者が任意に占有を失った場合の効果(2点)

小問 1

小問 2

B A 質 C



ダイヤの現実の占有の位置

#### 解答例

- 小問1について
- 1 質権者は本問 B のように質物を自己の責任で転 質することができる(348 条本文)。

しかし,責任転質は 被担保債権の額,存続期間, 実行時期などが原質権に拘束される。一方で, 原 質権設定者が債務を弁済し,一方的に原質権を消滅 させることも禁じなければならない。

2 (この点について,債権と質権を共同質入するとする見解がある。しかし,この見解では責任 転質をなす場合,質権付債権を質入れするのと同じ結論を導くことになる。そうなると,責任転質 を別に認める必要はなくなる。

そこで,) 原質権の負担が課された質物を質入れすると解するのが妥当である。自らの把握する 担保価値を質入れするということである。

く このように解すれば , における責任転質の効く 力も無理なく説明できるからである。 について は債権質に関する 364 条 , 367 条の規定を類推適 用して効果を実現すべきである。

- 3 Bは上記のような構成によって,質物を適法に 転質できる。
- 二 小問2について
- 1 まず, B はダイヤモンドの占有を任意に失っている。占有回収の訴えは占有が奪われた場合に限定

【論点】責任転質の法的性質

して認められる(353条)。

本問の場合Bは任意に占有を失っているから、占 有回収の訴えを提起することは不可能である。

2 また、質権者が占有を失った場合、対抗要件を 失うので、少なくとも第三者に対し質権を主張し返 還請求をすることはできなくなる。第三者であるC に対しては質権による対抗ができず,質権に基づく 返還請求ができないことになる。

3 それでは,本問のように任意に占有を失った⊱ 【論点】質権者が任意に占有を失っ タ質権者は,質権設定者に対して質物の返還請求はタ│た場合の効果 できるか。

この点,留置的効力を質権の中心的効力である {とすれば,占有を放棄した質権者に質権の効力を{ 『主張させる必要はないかに見える。しかし,質権♪ 'の本来の目的は,優先弁済的効力にあり,留置権〉 **}**ሀነ。

したがって、質権の占有を喪失しても、質権は 〈消滅せず、対抗力が消滅するに過ぎないと解する。〉

以上より、債務者であるAに対しては質物の返還 請求ができる。

以上

## 第 26 問

Aは自己のBへの債務を担保するため,自己所有の 山林に抵当権を設定した。しか し,Cが時々不法に山林に立ち入り, 立木を 伐採し始め, 立木を搬出すること数 度に渡った。 それを見た A は山林内に転がっている伐木を大量に D に売り渡した。 かかる事案において、BC間、BD間の法律関係について論ぜよ。

## 基礎点 18点

山林と立木

【論点】附加一体物の意義

物が目的物から分離されて動産となった場合(2点)

物理的に価値が下がる

【論点】抵当権の侵害に対する救済(3点)

物権的請求権

不法行為への損害賠償請求 権利者 A が伐木を売り渡している。

【論点】分離物と第三者(2点)

B A 山・伐木 D 抵 譲 不法侵入 立木の伐採 C

#### 解答例

BC間の法律関係について

1 (1)まず,BはCに以降の伐採の禁止と,既に搬出された伐木の返還を請求することが考えられる。 抵当権も物権であるから,物権的請求権は当然認め られるので,Bの請求の根拠はこれに求められる。

ただし、Bの請求を認めるために、立木・及び伐木に抵当権の効力が及んでいる必要がある。ところが、立木・伐木は土地そのものではない。特に伐木は土地から分離されている。

ここに,抵当権の効力は,抵当目的物のみなら ず,これの附加一体物にも及ぶ(370条)。そこ で,「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」とはいか なる物を指すかが問題となる。

(2)思うに,抵当権は目的物の全交換価値を把握 するものであるから,分離前に抵当目的物の全体 に抵当権の効力は及んでいる。また,分離によっ ていったん及んだ抵当権の効力が失われるとする 理由はない。

{ しかも,抵当権者保護のため,抵当目的物の価{ } {値を維持する必要性がある。

↓ したがって,抵当権の効力は,分離された目的
↓ かに対しても及ぶと解する。

(3)以上から,抵当権の効力は,立木および伐木のすべてに及ぶ。

2 以上より,B は C に伐採の禁止を請求できる。 くさらに,目的物が外部に搬出された場合,伐木 【論点】附加一体物の意義

【論点】抵当権の侵害に対する救済

{の返還請求もなしうる。抵当権の効力は目的物の{ {全交換価値を把握するものであるし,それを認め } なば抵当権者の保護に欠けるからである。

くれただし,かかる返還請求権は,当該山林へ返還とすることを要求できるものであり,自己の占有下とに置くことを請求できるわけではない。

これは,抵当権が占有を要素としない権利であるからである。

3(1)さらに,BはCに対して,不法行為に基づ く損害賠償請求をなすことが考えられる。

もっとも,具体的に損害が発生していない限りなかかる請求はできない(709条参照)。すなわち, ての抵当権侵害によって,目的物の価値が減じる だけでは損害があるとは言えない。目的物の価値 が減じ,そのことによって債権の満足が得られな くなることが必要である。

(2)さらに,かかる請求をなすには,損害の額の 算定が不可欠である。そこで,損害額の算定時期 をいつとすべきか問題となる。

この点,抵当権実行時にならねば正確な損害額の算定はできず,この時期まで損害賠償請求はできないともみうる。しかし,抵当権者保護のためにはより早期の請求を認めるべきである。また,損害額はある程度の額を確定できればよい。となると,弁済期になればある程度の損害額は算定できる。

したがって,弁済期後であれば本件請求は可能 であると解する。

以上,Bは債権の弁済期後,損害の発生を証明した上で,Cに損害賠償を請求できることになる。

二 BD間の法律関係について

前段に述べたように,Bは伐木の返還請求をなし うる可能性がある。しかし,Dが引渡を受けた伐木 の返還請求ができるか否かは別問題である。

Aは<u>所有権者であるから,立木の処分権限</u>がある。 したがって,これが通常の処分の範囲であるならば BはDに一切の請求ができない。Aの使用収益を妨

【論点】損害額の算定時期

原則の検討

害する権限はBにはないからである。

しかし,本問ではAは大量にDに立木を譲渡して│\*この場合BはAに債務不履行に基 おり,目的物の担保価値を過大に減少させる行為に│づく損害賠償請求,期限の利益の喪 あたると思われる。この場合, A の処分は B の抵当 失 による 即 時 弁 済 な ど が 請 求 で き 権によって制約される。

ここに , B D の優劣を判断する基準が問題とな{ }る。

抵当権の効力は伐木に及ぶから , B は未だ伐木{ | に自らの権利を有し、かかる伐木を一括競売の便 {宜のため,元の山林へ返還するよう請求すること{ ができることになりそうである。

しかし、木材の取得者を保護する必要があるかく ら、上の結論をそのまま維持することはできない。 } 思うに,所有権者はかかる形による処分をする〉 ことについては無権利である。そこで,無権利者{ | ⟨と取引をした第三者Dは、即時取得(192条)の⟩ 要件を具備した場合に保護されると解する。

以上

る。

【論点】分離物と第三者 \*左記は有力説

(我妻説)

思うに,抵当権の公示手段は登記 であるから,抵当権という公示手段 によって公示できる限度で対抗でき ると解すべきである。したがって、 木材が抵当目的物である土地から搬 出された後は,抵当権者は第三者に 抵当権をもって対抗できないと解す

以上から、BはDに立木の返還請 求はできない。

## 第 27 問

Aは自己のBへの債務を担保するため,自己所有の建物に抵当権を設定し,Bは抵 当権設定登記を具備した。当該建物には, 抵当権設定前から大型クーラーが付属して いた。

- Aは当該建物をCに賃貸した。Bは 賃料に物上代位できるか。
- 当該建物がDの放火よって消失した。建物には 保険金が掛けられていたが,当該 保険金債権は, Eが質権を設定し,差し押さえた。

ABE間の法律関係について論ぜよ。

【論点】371条の果実は法定果実を含むか

【論点】附加一体物の意義

【論点】物上代位の目的~賃料・保険金

【論点】物上代位の本質

【論点】物上代位と差押

小問 1 小問 2 B A 建ク 貸 C B A 建ク E保険金の差押 放火 D

### 解答例

# ー 小問1について

1 賃料に抵当権の効力は及び,物上代位の目的とできるか。「果実」に抵当権の効力は及ばないとされているので(371条),賃料を含む法定果実にも371条の適用はあるかが問題となる。

2 (1)371 条は物に関する規定である 370 条を前提 とするから,天然果実に関する条文である。した がって,法定果実たる賃料に抵当権の効力が及ば ないとする理由にならない。

さらに,抵当権は設定者に目的物の使用収益を させ,債権の弁済を容易にさせる点にその主眼が あるから,賃料に抵当権の効力を及ぼすことはそ の趣旨に反するかに見える。しかし,賃料の債務 充当によって債務が減少することは債務者も望む と考えるべきである。

(2)また,賃料は明文で物上代位に目的になると されている(304 条)。そして,先取特権も抵当 権も抵当権設定者に物の占有をさせ,権利者は交 換価値を把握するのみであるという性質に変わり はないから,両者で結論を異にする必要はない。 (3)以上から,賃料は物上代位の目的となると解 する。

- 3 本問 B も賃料に物上代位ができることになる。
- 二 小問2について
- 1 まず,抵当目的物がDの放火によって消滅している。所有者AはDに対して,不法行為に基づく損害賠償請求ができる(709条)。Bはかかる損害賠償請求権に物上代位できる(372条・304条)。

しかし,建物への付属物であるクーラーその他の

【論点】371条の果実は法定果実を 含むか

【論点】物上代位の目的~賃料

物についての損害賠償金にまで物上代位できるかが 不明である。

そこで、主物に設定された抵当権の効力は、従く 物にも及ぶか。「附加シテ之トー体ヲ成シタル物」 (370条)に従物が含まれるか問題となる。

思うに、抵当権の効力が付加一体物に及ぶとし ている趣旨は,目的物の交換価値を高めて,抵当 権者を保護する点にある。となると,一体物とは 物理的一体物のみならず,経済的一体物もさすと いうべきである。

したがって、主物の効用を高める従物も付加一 体物にあたると解すべきである。従物にも抵当権 Ŷの効力が及ぶ(370 条 )。( この結論は,従物が主シ ჽ物に附加された時期が抵当権設定前と後と関わりჽ ない。)

クーラーは従物にあたるこのように抵当権の効力 がクーラーにも及ぶから、クーラーその他の付属物 に対する損害賠償請求権にも物上代位ができる。

次に、建物にかけられていた保険契約によっ〉 タて保険金債権が発生する。そこで,保険金は「目タ 的物 丿 ... 滅 失 ... 二 因 リ テ ... 受 ク ヘ キ 金 銭 」( 304 発本文)に当たるかが問題となる。

保険金は保険料の対価であるから,目的物の価値 ჽ値代表物とはいえないとも見える。しかし,物上☆ 〈代位制度は抵当権の実効性を確保するための制度〉 であるから,価値代表物か否かにこだわる必要は <sup>{</sup>なく,抵当権者保護を考慮した解釈をするのが妥<sup>{</sup> 当である。

ここに、保険料と保険金とではその価額の差が あまりにも大きく,保険金を保険料の対価と見る ことは無理である。

したがって、本論点は肯定的に解するべきである {る。

衸3(1)さらに,かかる保険金債権はEが質権に基∛│【論点】物上代位の本質 {づいて差押えをなしているが,BEのいずれが優⊱│\*制度説(判例)

【論点】附加一体物の意義

【論点】物上代位の目的~保険金

これによって所有権者のみ保護されるという結 論は公平に反する。ここで抵当権者を保護するために法律によって特に認められた制度が物上代位 制度である。

(2)とすれば,差押えの意義は抵当権者と他の利 害関係人との利益調整の観点からもっとも妥当な 結論が導けるように解するべきである。

まず,物上代位をするには,そのような意思を 表示しなければ利害関係人の利益を害する。たと えば,第三債務者は誰に弁済すべきか分からなく なる。そこで,差押えは抵当権者が自らなさねば ならないと解する。

(3)ただし,抵当権者の優先権は未だ保護に値するし,上記意思さえ見せれば,抵当権者の優先権とは登記によって公示されている以上,他の権利者を害することはない。

したがって,物上代位をするために,他の債権者に先んじて差し押さえる必要はないと解する。そのような要件は条文上も要求されていないことからも結論を根拠づけられる。

以 上

## 【論点】物上代位と差押

## \* 当然説からの論証

3 (1)物上代位は,具体化した交換価値に対して,交換価値を把握する権利である抵当権の効力を及ぼす制度である。

(2) このように物上代位が抵当権の性質から導かれる当然の制度とすれば,物上代位を第三者に対抗する要件は,元の抵当権の登記と見るべきである。

(3) そして,物上代位の要件である 差押(304条但書)は価値代表物を 特定するための要件に過ぎないと見 るべきである。

とすれば,抵当権者が自ら差押を 為す必要もない。以上から,BはE に優先すると解する。

# 第 28 問

次の各場合に法定地上権が成立するか論ぜよ。

1 抵当権設定時, 更地であったが,後に建物が建築された場合。 建物が存在したが,新しい建物に立て替えられた場合についても論ぜよ。

- 2 抵当権設定当時, 建物と敷地が別人所有であった場合。
- 建物が単独の敷地所有者と第三者によって共有されている場合に,土地の抵当権 が実行された場合。 建物の単独所有者と第三者によって敷地が共有されている場合に 建物の抵当権が実行された場合についてもあわせて論ぜよ。

#### 基礎点 20点

条文上は、この点については明らかでない。

【論点】抵当権設定後に建物が建築された場合(2点)

この点も条文上は明らかでない。

【論点】別人所有の土地・建物が同一人所有に帰した場合(1点)

【論点】共有と法定地上権

建物共有と 土地共有の各場合(2点)

\*結局法定地上権については条文が一条しかないから,不明確な部分を解釈で明らか にする必要がある

## 解答例

#### 小問1について

₹1 抵当権設定後に建物が建築された場合,当該₹1 タ建物に法定地上権(388条)は成立するか。条文シ│ ჽ上明らかでなく問題となる。

この点、条文は抵当権設定当時に建物が建築さ ჽれていることは要求していない。しかし,更地と 〈建物の建っている土地では前者の方が資産価値が 高い。これを前提として資産評価し,抵当権を設ჽ ∛定した抵当権者を保護する必要性がある。

したがって,抵当権設定時に土地上に建物がなく い場合,法定地上権は成立しない。

2 (1) それに対して,立て替えの場合は,別異に 解することができる。

ここでは抵当権者は建物が存在することを前提〉 として土地の資産価値を評価したと考えられる。 となると、抵当権者が不当に害されることはない。 したがって、この場合は法定地上権が成立する と解する。

እ(2)ただし,土地と建物に共同抵当を設定した場ჽ【論点】土地建物共同抵当の場合で, े合,建物再築後の法定地上権の成立はどうか。

【論点】抵当権設定後に建物が建築 された場合

{│建物が再築された場合

この場合に法定地上権を成立させると,抵当権 〈設定者は建物の再築によって容易に建物の抵当権〈 を消滅させ,法定地上権がついた建物を取得する ことができる。

抵当権者にとって建物の取り壊しによって資産 価値を減少させられた上で,土地に法定地上権の 負担がついた価値しか認められないという結論は 酷に過ぎるし,執行妨害を助長することにもなり ₹かねない。

したがって,本件のような場合,法定地上権の が成立は否定すべきである。

#### 小問2について

抵当権設定当時別人所有であった建物・土地〉 が同一人の所有に帰した場合,法定地上権は成立⊱│一人所有に帰した場合 <sup>§</sup>するか。条文上明らかでなく,問題となる。

2 思うに,抵当権設定当時,何らかの約定利用 ჽ権が建物所有者に認められていたはずであるが . ₹後に同一人の所有に帰しても,抵当権の目的とな る限り、かかる利用権の混同による消滅はない。

しかも、利用権としては強力な地上権をあえて 〈成立させるならば、抵当権者を害するおそれがあ〉 る。

したがって,この場合,法定地上権は成立し ないと解するべきである。

#### 小問3について

建物共有の場合,抵当権の実行の結果,法定﴿ ₹地上権は成立するのか。

この場合,強力な法定地上権の成立は他の共有 者の利益になる。また,土地所有者は,そのよう な不利益を予測できる。

したがって,法定地上権は成立すると解する。

፟§2 それに対して,土地共有の場合はどうか。

このような場合,土地には建物所有者のための 於定利用権が設定されているはずであるから、法

【論点】別人所有の土地・建物が同

【論点】共有と法定地上権 建物共有の場合

【論点】共有と法定地上権 土地共有の各場合

\*なお,建物共有であっても土地共

Ŷ定地上権を成立させる必要がない。あえて法定地⊱│有がされている限り,左記結論に違 上権を成立するとなれば,他の土地共有者に不利ない。 タ益になる。

したがって,特段の事情がない限り法定地上権く は成立しないと見るべきである。特段の事情とはタ <sup>{</sup>他の土地共有者が抵当権を設定した者に共有土地<sup>{</sup> の処分を委ねていたとみられる事情などである。

以上

## 第 29 問

AはBに対する自己の債務を担保するため,自己所有の建物に抵当権を設定した。そ の際に,Bは抵当目的物について 賃借権設定の仮登記を具備した。その後 AはCに 当該建物を賃貸した。その後Aは債務を弁済できなかったので,Bは抵当権を実行した。

- 賃貸期間5年の場合、CはBに対抗できるか。
- Cの賃借権が 詐害的な短期賃借権であると認められる場合,BC間の法律関係に ついて論ぜよ。

### 基礎点 21点

【論点】短期の意義(1点)

【論点】短期賃貸借に対抗するための賃貸借の効力(1点)

【論点】抵当権による明渡請求(2点)

## 解答例

#### - 小問1について

395 条は,602 条に定める期間を超えざる賃借権 を有する者は、登記を具備した抵当権者に対抗でき るとしている。しかし,本問では5年と,602条3 号の期間を超える期間の定めがある。

そこで,本問のように 602 条の期間を超える賃 ჽ貸借がなされた場合,短期賃借権による保護はなჽ タいのか。

このような場合も 602 条に定める期間は保護す ると解することができそうである。抵当権者は, ₹そのような期間において不利益を被る可能性があ₹ ることを覚悟できるからである。

【論点】短期の意義

しかし、「超エサル」(395条)との文理からす れば、約定期間が602条の範囲にあることは絶対 である。しかも、短期賃貸借制度は濫用されること とが多いので、395条による保護の幅は限定すべ きである。

以上から,602条の期間を超える賃貸借がなされた場合,短期賃借権による保護はないと解する。

本件事例でも,短期賃借権としての保護はない。 すなわち,CはBに賃借権をもって対抗はできない。 ニ 小問 2 について

1 (1)本件 B の具備した仮登記は短期賃借権者を 排除し,抵当権の担保価値の確保を図るためのも のである。かような賃借権の効力をいかに解する べきか。

(2)形式的にはかかる賃借権に問題はないかに見 える。しかし,本件賃借権は抵当権担保のための 実体のない賃借権に過ぎない。

このような賃借権に対抗力を認めるならば,真に用益をなすために目的物の賃借を受けた者を害する結果になる。これは,短期賃借権を保護し,抵当権設定者に十全に目的物を用益させようという法の趣旨に反する。

したがって,かかる賃借権をもって,後にあら われた短期賃借人に対抗することはできない。

(3) B は仮登記を本登記に改めても, C に賃借権を もって対抗できないことになる。

2(1)次に, Cの賃借権は詐害的であると認められるから, Bは裁判所にAC間の賃借権の解除請求をなしうる(395条但書)。

というに,抵当権は占有を要素としないから,抵 当目的物の占有関係に干渉することはできないと もみえる。また,通常の使用収益の範囲内ならば, 不法占拠者の存在は物理的に担保目的物の価値を

【論点】短期賃貸借に対抗するため の賃貸借の効力

【論点】抵当権による明渡請求

₹下げるものではない。

- (3) したがって,本件のような場合に限り,抵当 権に基づく明渡請求は認められるというべきであ る。
- 3(1)さらに債権保全のため,債権者代位権を行 使できないか。
- (2)既に述べたように,抵当目的物の担保価値を 減少させるから,債権保全の必要性はある。

問題は短期賃貸借の解除の効果によって賃貸人 に賃貸建物の返還請求権が帰属するかである。これが帰属しなければ代位の目的となる権利はな

思うに,短期賃貸借の解除請求訴訟は,貸主借 主の双方を対象とする必要的共同訴訟の形態をと る。これは両者間の賃貸借契約を解消する形成訴 訟であることを意味するというべきである。

- (3) したがって,解除請求が認められた場合,賃 貸借の当事者間でも賃貸借契約は終了したことに なる。すなわち,貸主に目的物の明渡請求権が発 生するから,これを抵当権者が代位行使すること ができるということになる。
- 4 以上より,本問 B は C が解除請求後不法占拠を 続ける場合,いずれの構成によっても明渡請求がで きることになる。

以上

【論点】抵当目的物を占有する者へ の債権者代位権の行使は可能か

# 第11章 非典型担保

## 第 30 問

問屋 A が小売店 B に卸した自動車について, C は<u>代金を B に完済の上</u>で車の引渡を受けた。 A B 間には,当該自動車について所有権留保の特約がついており,登録名義は A になっている。

1 AがDに 目的物を譲渡した。 CD間の法律関係を論ぜよ。

Bが倒産したので, AはCに目的物の引き上げを主張している。Cが自動車を購 入する際の登録代行などをAが請け負ったという事情があるとして,CはかかるAの請 求を拒めるか。

## 基礎点 20点

DCで所有権に関する争いが起こる

【論点】所有権留保の法的構成(1点)

【論点】所有権留保の対外的効力(1点)

Dを保護する構成も考える

【論点】即時取得の目的(1点)

【論点】所有権留保の目的物の転得者の保護(2点)

Α В €重 D

### 解答例

## - 小問1について

1 (1) C D 間は自動車の所有権について争う関係に ある。そこで、いずれの権利が優先するか。

^^^^

債権者に所有権が留保されるという形式面を重く う視すれば、債権者による権利の譲渡は完全に有効
うれば、債権者による権利の譲渡は完全に有効
うれば、 であり,AはBに対し債務不履行責任を負うに過 ぎないかに見える。この場合 C は B に追奪担保責〉 〈任を追及することになる(561条)。

(2) しかし、場合によって B が無資力であること { | {が考えられるので,Cの保護としてこれだけでは⟨│ 十分でない。Cを保護する構成を検討する。

かかる所有権留保契約の主眼は債権担保にある~ {ので,形式面である所有権の性質のみからこれを⊱ ჽ把握することは不可能である。

したがって,実質面を重視し,現実には債権者⋛┃り,先に登録を備えた方が優先する ჽには担保権が移転するのみであると解するべきでჽ│ことになる。 ₹ある。

【論点】所有権留保の法的構成 【論点】所有権留保の対外的効力

\*判例は譲渡担保では所有権的構成 から担保的構成に近づいているとい われている。所有権留保では判例は 未だ所有権的構成をとっていること に注意(左記の立場は学説)

判例の場合は CDは対抗問題とな

{(3)結果,担保権設定者と権利者の双方に目的物 {の権利が分属し,権利者の下には担保権が残るに 過ぎない。

となると,債権者の譲渡について,物権的な効 力はないとすべきである。したがって,Dは所有 権を取得できないのが原則である。

2 しかし,Dは即時取得で保護されないか。登 録済みの自動車は即時取得(192条)の目的とな るか。

これは「動産」(192条)であるから,条文上 は即時取得の対象となるかに見える。

以上から,Dは即時取得制度では保護されない ことになる。

ただし,Dは表見法理(94 条 2 項類推)によって保護される可能性がある。もっとも A 名義の登録は担保権公示のものといえるから,虚偽の外観にあたるとはいえないのが普通であろう。

- ニ 小問 2 について
- 1 Aは担保を実行しているから,CはAの請求を 拒めないのが原則である。CはBに担保責任を追及 することができるかもしれないが,Bは倒産してい るので実効性はない。

しかし,代金を完済した C を保護する構成はあり えないのか。これを検討する必要がある。

2 まず,即時取得による保護は前段で述べたよ | つに認められない。また,Cは 94 条 2 項類推適 | 用による保護を受けられる可能性がある。しかし | 所有権留保契約は適法な契約であり,Aが虚偽の | 外観を作出しているとか,外観作出の帰責性があるといえない可能性が高い。

3 とはいえ,CよりもAの保護を優先させる解〉

【論点】即時取得の目的

原則

【論点】所有権留保の目的物の転得 者の保護 ₹釈は不当である。

A は B を用いて利益をあげているし, B の履行において A は協力もしている。にもかかわらず, B によって引き起こされた代金回収不能の危険を全て他人に転化できるとするのは C に不測の損害を被らせ,公平に反する。

} したがって,Aの所有権に基づく返還請求は権} } |利濫用(1 条3項)として許されない。

結局CはAの引渡し請求を拒める。

以上

第3部 債権総論

第1章 債権の目的

第 31 問

不特定物債権が特定する要件について論じた上で,次の事案を前提として,その後の各小問に答えよ(各小問は独立した問いである)。

Aはピザの宅配をB店に依頼したが,B店の 使用人Cは<u>ピザをA宅に届ける途中で</u>落としてしまった。

- 1 Cがそのままピザをもっていった場合の AB間の法律関係を論ぜよ。
- 2 Cはピザを落としたので、店に帰って代わりの同等の品質のピザを届けることにした。Aがピザ屋に出向いて、AC間で履行すべきピザ生地についてAがCにどのピザ生地にするかは任せる、という事情があった場合、上のような履行の方法は許されるか。

【論点】特定の生じる時期

【論点】瑕疵物の提供と特定

【論点】履行補助者の故意過失

【論点】債務者の変更権

特定あり

#### 解答例

一 特定の要件について

{ 特定の生じる時期は,債権者の同意を得て目的 {物を指定した場合の他,「物ノ給付ヲ為スニ必要 { ナル行為」を完了した時があげられる(401条2}

【論点】特定の生じる時期

特定があると種類物債権の履行の目的が定まる。結果,債務者は完全履行義務から解放されるなど,取扱いが特定物債権と同じとなる。とすると、債務者はその恩恵を受けるに見合うだけの行為をなすことが必要である。

すなわち,現実に目的物を提供して始めて「物 ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為」がなされたといえる。

一方,取立債務のように給付に債権者の行為が必要な場合,債権者の協力は欠かせない。ここでは,債務者がなすべき行為としては,準備・通知で足りると解する。さらに,特定とは履行すべき物が具体的に確定することであるから,目的物を他の種類物から分離することまで必要であると解する。

### ニ 小問1について

1 まず,本件ピザの宅配契約は,不特定物を目的とした持参債務である。持参債務は現実に目的物を提供したときに特定する。

く しかし,Aへ提供されたピザは瑕疵がある。そ くこで,債務者が瑕疵ある物を提供した場合でも, < 対定するか。

したがって,瑕疵物の提供では,特定はしない と解する。

すなわち,Aはさらに完全なピザの提供をBに要求できる。

2 そして,このようなピザの提供では債務の本旨 に従った履行がなされたとはいえないから,Bの弁 済提供もない(493条)。

したがって,AはBに債務不履行責任を追及する

【論点】瑕疵物の提供と特定

ことが考えられる。本件契約は不特定物を目的とするから,履行遅滞に基づく場合である。この場合も 債務不履行の追及には,何らかの債務者の責に帰す べき事由が必要であるというべきである。

その債務者の「責ニ帰スへキ事由」(415条) として,履行補助者の故意・過失が含まれるか。

この場合,債務者自身には帰責事由がない。し かし,債務者は履行補助者を使うことによって活動領域を広げ,利益を得ている。そうであるならば,履行補助者の行為についても債務者自身の責任を認める必要がある。

したがって,履行補助者の故意・過失は,債務 者自身の故意・過失と信義則上同視すべき事由と して,「責ニ帰スヘキ事由」にあたる,と解する。

ただし,履行補助者といえどもいくつかの類型 にわけることができ,それごとに債務者が負うべ き責任に際を認めるべきである。したがって,そ のような類型ごとに具体的に債務者の「責ニ帰ス へキ事由」の有無を判断すべきである。

3 すなわち,債務者の手足として使用される真 の意味の履行補助者の故意・過失は,常に債務者 の責めに帰すべき事由とされる。債務者はこのよ うな者をいつでも手足として使用して,利益をあ げることができる。したがって,補助者による損 失もまた,負担すべきであるからである。

4 本問 C は B の手足として使用されるものだから,その故意・過失は債務者の責に帰すべき事由とされる。 B の履行遅滞が違法でないといえる事情もない。 したがって, A は B に債務不履行責任を追及できる。

## 三 小問2について

本問では,当事者の同意があるから,当然特定は 生じている。となると,債務者は原則としてその物 を提供すべきであることになる。

{ しかし,特定した後,債務者が目的物と同種の{ ものを用意して履行することは許されるか。 {

思うに,この点を認めても特段の事情ない限り〉

【論点】履行補助者の故意過失

【論点】債務者の変更権

 《債権者に不利益はない。さらに,特定とは,種類
 《債権の履行の過程に過ぎない。すなわち特定前か
 《 《 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 日 

したがって,債務者に変更権は認められると解 <sup>-</sup>る。

結局本問BCは履行の目的物を変更することができる。

以上

### \*履行補助者の類型論

(1)債務者に代わって履行の全部を引き受けて為す,履行代行者については,さらに場合をわけて考えなければならない。

まず,履行代行者の使用が許されない場合(104条等)は,使用のみで過失を認められる。したがって,常に債務者は責任を負うことになる。一方で,履行代行者の使用が積極的に許される場合(106条)については,選任・監督に過失がない限り責任は負わないと見るべきである。条文上も,105条,658条2項などに同様の例がある。

いずれでもない場合,履行代行者の使用によって本人が利益を得る点は小問2で述べた 狭義の履行補助者と同様である。したがって,履行補助者の場合と同様債務者は責任を負 うと解する。

(2)なお,債務者が契約上の権利を享受する場合も,以上の類型論はそのままあてはまる。例えば同居家族のような利用補助者の故意・過失も原則として本人の故意・過失とすべきである。賃貸借でいうと,目的物の保管義務と家族を住まわせるという使用・収益権というように,権利と債務とが密接な関係にあるので,これも債務者に責任を負わせるべきである。

## 第 32 問

貸主A借主Bの間で金銭の消費貸借契約が締結された。次の各小問に答えよ。

- 1 <u>利息制限法に規定された制限利息を超える利息支払いの約束</u>がなされ, B が A に 約定通りの利息を支払った場合,制限超過分の利息を B は A に返還請求できるか。
- 2 <u>CがAのふりをして</u>, Bから金銭の弁済を受けた場合, AはCに何が請求できるか。 BがAに建物を売却する契約が結ばれたにもかかわらず, Cが目的物を毀滅した場合と, <u>AB間の売買契約の成立</u>にもかかわらず, CがBから建物を買い取って登記を得た場合についてもあわせて論ぜよ。

#### 基礎点 21点

【論点】制限超過利息が支払われたときいかに扱うか(1点)

【論点】債権侵害に対して不法行為責任を追及できるか

債権の帰属が侵害された場合(1点)

#### 解答例

#### 小問1について

Bの請求が可能となるには、Bの利息支払いが非 債弁済とされなければならない。

るこに,利息制限法1条1項は制限利息の超過 分は無効とするが,同条2項は任意に超過分を支 払った場合,利得の返還請求ができないとする。 かかる両規定の関係をいかに解すべきか。

思うに,利息制限法は高利から金銭の借主を守るためにあるから,同条 2 項は制限的に解すべきである。

そこで,制限超過分の金銭は元本に充当される と考えるべきである。

くという。また,元本に充当しても支払った金銭が余る場合 会,既に債権は消滅している。したがって非債弁 経済として,不当利得返還請求ができると解する。

以上から,Bは不当利得に基づく返還請求ができる。

ニ 小問2について

} 1 本件 C はいずれも A の債権を侵害する行為を } {行っている。そこで, A は C の債権侵害に対して {不法行為責任(709条)を追及できるか。

思うに,第三者が債権の円満な実現を妨害するとき,これを認めなければなんら債権者を救済できない可能性がある。債権にも不可侵性を認めることは不可能ではなく,債権侵害に違法性を認めることはできる。

しかし,債権は自由競争の原理の上に成りたつ ものであるから,その原理内でお互いに債権を侵 し合うことはやむを得ない。そのような観点から 債権侵害が成立する場合はある程度制限的に解する る必要がある。 【論点】制限超過利息が支払われた ときいかに扱うか

【論点】債権侵害に対して不法行為 責任を追及できるか~総論 2 (1) そのためには,債権侵害を類型にわけて検 討することが有用である。まず, 債権の準占有 責任を追及でき 者として弁済を受けてしまうように,債権の帰属 自体を侵害する場合がある。

(2)さらに,給付を侵害する場合があるが,後者 のうちでも 目的物を毀滅するように,目的物を 消滅させて債権を履行不能にする場合と, 二重 譲渡で登記を得るように,履行不能になっても目 的物は消滅しない場合がある。

(3)以上の類型において, については自由競争 の範囲に該当し,客観的な違法性が認められない 場合がある。また,債権は公示性に欠けることか らして債権侵害の結果を発生させることにやむを 得ない場合がある。

くしたがって, の類型では,客観的な違法性が 認められ,かつ故意ある場合に限り,不法行為が 成立するとみるべきである。

本小問では,前段・中段についてはAはCに問題なく不法行為に基づく損害賠償請求が可能である。 しかし,後段についてはCが背信的悪意者であるなどの事情がない限り,Aの請求は認められないことになる。

以 上

【論点】債権侵害に対して不法行為 責任を追及できるか~債権の帰属が 侵害された場合

【論点】債権侵害に対して不法行為 責任を追及できるか給付が侵害され た場合

## 第 33 問

AはBに名画を一枚売る契約を結んだが,その名画は Aの責めに帰すべき事由によって滅失した。この場合, <u>絵画の価格が変動することも考慮に入れて</u>BがAに請求できる損害賠償額をどのように算定するかについて説明せよ。

#### 基礎点 21点

【論点】損害賠償の範囲(2点)

【論点】損害賠償額の算定(中間最高価格の問題)(2点)

#### 解答例

ー1 Aは名画を引き渡す債務を負っていたにもか┃ かわらず,その責めに帰すべき事由によって債務の 履行が不能となっている。したがって,Bは債務不 履行を根拠として損害賠償請求ができる(415条後 段)。

しかし,損害賠償の範囲について,条文上,「通( 常生スヘキ損害」「特別ノ事情ニ因リテ生シタルタ 〈損害」について損害賠償請求ができるとされてい〉 る(416条1項2項)が、その内容をいかに解す べきであろうか。

2(1)思うに,自然界の因果関係は無限に進展す る可能性があるから、損害も意外な範囲になる可能性があるから、損害も意外な範囲になる可能を 能性がある。

そこで,損害賠償の額の算定の基礎となる事情〉 から特別の事情を除去し,類型化することで,損 害を普通に予想される因果関係の範囲に限定する 必要がある。そのための理論が相当因果関係理論 であり、これが 416 条に具体化されていると解す る。

(2) すなわち ,「通常生スヘキ損害」とは , 通常 生ずべき損害について債務者は責任を負わなけれ ばならないとする相当因果関係の原則を述べたも のである。

一方で、「特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害」 とは,予見可能性があるときに限り,損害の範囲 を判断する基礎事情として特別事情を取り込むべ〉 きであることの表明であると解する。

(3)なお,上記特別事情についての予見可能性は, 債務者にとって予見可能か否かをもって判断すべ きである。この場合,特別事情により発生した損 害は,債務者に不測の損害ではなく,請求を認め ~くても酷ではないからである。

ただし、これは例外的な請求であるから、予見〉 ेे可能性の有無は債権者が立証すべきである。

ニ 1 ・そして,本件売買の目的物は名画であるかჽ│【論点】損害賠償額の算定(中間最 Ŷら値段が変動する可能性がある。となると,損害⊱│高価格の問題) 額は履行期の到来から口頭弁論終結時までの,い》

前振り

【論点】損害賠償の範囲

{ずれで算定するかによって変更されることにな{ くる。 {

そこで、損害賠償額の算定時期をどのように解

ないまするべきかが問題となる。

2 (1) 損害賠償額は意外な額となることを防ぐた め,債務不履行時の予見可能性を基準として決定 される。よって,算定時期についても,原則は債 務不履行発生時と見るべきである。

となると,目的物の価額が騰貴した後に下落し た場合は,騰貴前の価格を元に損害賠償額を算定 することになろう。

(2)ただし,債権者が騰貴時に転売してその価額 に相当する利益を確実に得たであろうという事情 がある時,特別事情として騰貴時を算定時期とし うると解する。

さらに,価格が単純に騰貴している場合は事実 審の口頭弁論終結時が賠償額の算定時期になると 解する。この場合は債権者がその目的物を現在有 していたらその価格であったといえ,そのことは 債務者も予見可能だからである。

ただし,これらの事情は特別事情であるから, 債権者が立証しなければならない。

(3) 本問では,特別事情について A が予見可能であることについて, B が立証することになる。

以上

## 第 34 問

AはBに特注のベッドを一台注文し, 自宅まで<u>持参させ</u>,<u>代金は目的物受取後三ヶ月内に支払う</u>とする契約を締結した。 Bは<u>ベッドを完成させ,持参するばかり</u>であったが,Aは支払に充てる金銭の都合がつかなかったので, Bに対して,<u>契約を解除</u>したい旨伝えた。

この場合, BはAに何が請求できるか。

特注ベッド 転売が難しい

【論点】弁済提供制度の趣旨

【論点】弁済の提供

受領拒絶が明確な場合 準備ができた旨の記述

【論点】受領遅滞の法的性質

【論点】受領遅滞の要件・効果

#### 解答例

- 1 BはAにベッドの受領を催告できる。しかし、Aは解除の意思表示をしているから、ベッドの受領を拒否すると考えられる。

かかるAの受領遅滞に対して、Bが何らかの請く求をするには、少なくとも前提として、Bが弁済く提供をしなければならない。

そこで,Bが弁済提供をなしているか否かを明 らかにするため,その要件が問題となる。

2 (1) 弁済提供の効果として,債務者に責任を免れさせることになる。とすると,弁済提供があるというには,債務者が為すべきことをなしたといえなばならない。

{ すなわち,原則は,債務の本旨に従った現実の { 提供が必要である (493 条本文 )。

{(2)しかし,あらかじめ受領を拒んでいる場合や, {取立債務の場合,準備,通知からなる口頭の提供 をなせば足りる(493条但書)。

債権者が受領を拒んでいる場合に現実の提供をさせても無意味である。また債権者の行為を要するならば、それ以上の提供はできないからである。
(3) さらに、口頭の提供すら不要な場合があると解する。すなわち、債権、債務の不存在を主張するとど、受領拒絶の意思が明白である場合などがそれにあたる。

くれただし,債務者が準備しうるほどの経済状態に くすらない場合は,現実の提供ができない限り債務 それでであ責任を負うと解する。

本問では、Bは注文通りのベッドを完成している。 また、Aの受領拒絶の意思は明白である。したがって、Bの弁済提供はあるといえる。

⟨二1 上の事情から,Aは受領遅滞の責任を負う⟨ √可能性がある。しかし,債権者に受領遅滞がある⟨

【論点】弁済の提供の要件

【論点】受領遅滞の要件・効果

⟨とき,債権者が負う「遅滞ノ責」(413条)の内⟨ 容及び責任追及のための要件が明らかでなく問題〈 となる。

2(1)(この点債権者にも債務者と協力して債権( の目的を実現する義務があるから,これに反した⟨│\*( )の記述は不要 場合の債務不履行責任であるとする立場がある。 しかし、債権の中には受領義務を論ずる余地がな いものが少なくないのに,一般的に債権者に受領 義務を認めるのは妥当でない。)

思うに,債権はあくまで権利であって,義務で タはない。 しかし,給付の実現において債権者の行タ 為が必要なのに,債権者の協力が得られないこと とから債務者が何ら義務を免れないのは公平に反す る。

したがって、受領遅滞はこのような場合に、債 ﴿務者の責任を免れさせるために認められた法定の﴿ |制度であると解する。

1(2)これを前提にすると,受領遅滞責任の発生に, 債権者の帰責事由は不要である。

また、受領遅滞の直接の効果としては、注意義 {務等の債務者の責任を軽減させるのみで.損害賠ξ 償請求・解除請求までは認められない。受領遅滞 {責任は弁済提供の効果であると解することになჽ る。

ただし,事情によっては給付の実現に非協力的~ 〉な債権者に対し,信義則を根拠にかような請求を 債務者に認めることができると解する。

3 以上から,本件事情を見るに,本問ベッドは特 注であり,ベッドを他人に転売することはできない。 そのような事情を、Aは知りうるのであるから、信 義則上,Aは当該ベッドを受け取る義務を負うとい うべきである。

Aはかかる義務の履行を拒んでいるから、Aは債 務不履行状態にあるというべきである。

したがって、Bは契約を解除した上で、その制作 にかかった費用,転売利益などをAに請求できる。

以上

【論点】受領遅滞の法的性質

Aの債務の内容を確定

Aの責任を確定

## 【論点】弁済提供制度の趣旨

弁済の提供があって、債権者が給付の実現に協力した場合は債務は消滅する。

しかし,債権者が給付の実現に協力しない場合,弁済提供をなした債務者が何ら義務を 免れないとするのは公平を失する。

そこで,法は弁済を提供した債務者は不履行によって生ずる一切の債務を免れることと した(492条)。すなわち,弁済提供とは,債権者を受領遅滞に追い込む要件といいうる。

#### 第 35 問

A は B に不動産を売却し, B は <u>C に不動産を転売</u>した。登記は A 名義である。しかし, B は中間省略登記をなすことに同意しない。

この場合, 適法にCが登記を得るにはいかなる方法があるか。

#### 基礎点 20点

この論点を書かなくて済むため

Aと契約関係にあるBの下に登記がないから?

【論点】債権者代位権の制度趣旨(1点)

【論点】債権者代位権の転用と無資力要件(2点)

【論点】債権者代位権の効果(2点)

#### 解答例

一 1 中間省略登記は B の同意がなければできない。 B にも登記を具備する利益があることが考えられるからである。

そこで,<u>いったんBに登記を移転し,改めてBに</u> 登記の移転を請求することになる。

2(1) ここで,CがBの持つ登記請求権を保全するため,債権者代位権(423条)を利用することが考えられる。そこで,債権者代位権を特定債権を保全するために利用する,いわゆる債権者代位権の転用は認められるか。

{(2)債権者代位権は本来は強制執行の準備として {の責任財産保全の制度にすぎず,特定債権を保全 } } } }

しかし,条文上は債権者代位権行使の要件とし

処理の仕方を説明

【論点】債権者代位権の制度趣旨

⟨て,被保全債権を金銭債権に限定しているわけで⟨⟨としているとはない。しかも,転用を認める社会的必要性がある。⟩
⟨としているとはでする。⟩
⟨としているとはでする。⟩
⟨としているとはでする。⟩
⟨としているとはできます。
⟨としているとはできます。⟩
⟨としているはできます。⟩
⟨としているとはできます。⟩
⟨としているはできまするます。⟩
⟨としているいるとはできます。⟩
⟨としているとはできます。⟩
⟨としているとはできます。⟩
⟨としているいるはできます。⟩
⟨と

{(3) したがって,債権者代位権の転用は認められ{ } } ると解する。

{二1 転用が認められるとして,その行使の要件{|【論点 「保全スル為メ」(423条1項)の意味が問題と{|力要件 {なる。

{ この文言は債権者代位権を金銭債権保全のため} {に行使するときは,債務者の無資力をさす。 }

{ しかし,特定債権の保全において,保全の必要 {性と債務者の無資力は関係がない。したがって, { 転用において,要件として債務者の無資力は必要 { ない。

{2 (1)次に,債権者代位権行使の効果の内容を明 } らかにする。

原則として,債権者は第三債務者に対して,自己への給付を求めることができる。債務者が給付を受領しないおそれがあるからである。

(2) ただし,登記請求権を代位行使した場合,登 記を自己名義に移転することを請求することはで さない。裁判所の判決をもって債務者名義の登記 ができ,給付が受領されないということがありえ ないからである。

{ | また,本問においてこれを認めれば結局中間省{ | | 略登記を認めたのと同じである。

(3) C は代位権の転用によって A に対して登記を B 名義にすることの請求と、その後 B に対して登記を 自己に移転することの請求をすることになる。これ らの請求は併合してなされることになろう。

以上

【論点】債権者代位権の転用と無資 力要件

【論点】債権者代位権の効果

#### 第 36 問

Sが AとBにSの唯一の財産である不動産を二重譲渡し、 <u>Bが登記を備えた</u>場合、AはSB間の譲渡を詐害行為として取消ができるか。また、 取消ができる場合の、SAB間の法律関係も論ぜよ。

#### 基礎点 20点

Aは特定物の引渡債権者 金銭債権保全の制度を利用できるか

【論点】特定債権は債権者取消権の対象になるか(1点)

【論点】二重譲渡と債権者取消権(2点)

【論点】債権者取消権の法的性質

【論点】詐害行為取消権行使の効果

二重譲渡において,具体的にいかなる法律関係になるか判断すること 177 条からすれば, B が優先する

Aは目的物を取得できない

#### 解答例

一 1 (1) 本問事例では,債務者 S が自己の唯一の財産である土地を他人に処分したことによって,債務者は無資力に陥っている。

しかし,Sによる土地の処分の時期は債務不履 行による損害賠償請求権発生の前である。このよ うに被保全債権発生の前に詐害行為がなされた場 合でも,債権者取消権を行使できる場合はないの か。

{(2)債権者取消権は責任財産保全の制度であるか ら,あくまで金銭債権保全のためにしか用いること とはできない。これは債権者取消権の効果が「総 債権者ノ利益」(425条)のために生ずることか らも明らかである。

ただし,特定債権も損害賠償請求権という金銭 債権に変じうるから,かかる金銭債権保全の必要 がある。そして,現実に債権が損害賠償請求権に 変じれば,債権者取消権の行使を認めるのに何の 差し支えもない。

(3) したがって,詐害行為と被保全債権の成立時 期との関係において,特定債権成立後に詐害行為 があれば債権者取消権の行使は可能であると解す る。

【論点】特定債権は債権者取消権の 対象になるか {2 しかし,本問ではAは二重譲渡において劣後 くするものである。ここで,もう一方の譲渡行為を {取り消すことができるか。

く この点,取消を認めることは,登記の制度を無くにするものであるかに見える。

したがって,債権者取消権の要件を満たす限り で,債権者取消権の行使は認められる。

二1 それでは,現実にAが詐害行為取消権を行 使したとき,その後の法律関係はどうなるか。

2 (1) 非害行為取消の効果として,まず債権者は 現物の返還請求権を取得する。現物返還が不可能 な場合は価額賠償が請求できる。かかる請求権の 行使の際には,いずれも自らの下に目的物の返還 請求できる。いずれも債務者が給付を受領しない おそれがあるからである。

なお,現物返還が原則とされている理由は,債 権者が相殺によって事実上の優先弁済を受けること とをできるだけ避けることにある。

したがって,AはBに目的物の明け渡しを請求できる。

(2)ただし,自己への登記移転は請求できない。 登記は判決があればできるので,債務者が受領し ないことが考えられないからである。

債務者の下に登記が移転されても,自己に登記を移転することを請求できない。それを認めれば、登記制度が無意味になるし,損害賠償請求権の保全のためという債権者取消権の趣旨にも反するからである。

{3 (1) かかる取消の効果は総債権者の利益のため {に生じるので(425 条), 回復された財産は総債 {権者の共同の責任財産を構成する。 【論点】二重譲渡と債権者取消権

【論点】詐害行為取消権行使の効果 請求内容

登記の移転請求の可否

債権者取消権の効果 法律行為に与える影響 {(2)債権者取消権の法的性質が形成権であること は間違いない。法文上,詐害行為を取り消す権利 であることは,明らかだからである。

しかし,単に取り消しただけでは,責任財産保全という債権者取消権の目的を達成することはできない。

{ したがって,債権者取消権は,形成権に加え, } 結求権の性質を併せ持つと見るべきである。

(3)これをふまえて,訴訟では受益者のみを被告 にすればよく,債務者を被告にする必要がない。 {

また,債権者取消権の効果は債務者の法律行為を債権者との関係で無効とするのみであり,受益者との間で法律行為が無効となるわけではない。 私的自治への介入の度合いをできる限り少なくするという意味でも妥当である。

したがって受益者は債務者に債務不履行責任 (415条)や担保責任(561条)などの契約責任 を追及することはできない。

それだし,目的物を有償で取得した受益者は債務 者に対して不当利得返還請求権(703条)を持つ。 債権者取消権は,第三者を不当に犠牲にして,責 任財産の保全をはかることを予定していないから である。

この場合,BはSに代金の返還請求権を取得することになる。

以上

## 第 37 問

次の各場合における債務者の行為は詐害行為といえるかについて論ぜよ。

- 1 一部債権者への弁済
- 2 不動産の換金
- 3 債権者への担保供与

#### \* 第 74 問も参照

基礎点 21点

【論点】債権者取消権の法的性質

#### (1点)

\*上記論点は債権者取消権の効果を説明するために書くことが普通【論点】詐害行為といえる行為(3点)

#### 解答例

## - 小問1について

- 1 一部債権者への弁済は「債権者ヲ害スル…法 建行為」(424条1項本文)にあたるか。
- {2 弁済は債務者がその義務を履行するに過ぎな {い。また,弁済には消極財産の減少を伴うから, { 原則として詐害行為にはあたらない。

しかし,実価の下がった債権に名目通りの弁済 を与えれば ,責任財産の減少をきたす場合がある。

⟨3 したがって,弁済行為も特段の事情がある場合,非害行為にあたることがあると解する。

特段の事情とは,実質的に無資力に陥った債務 者と一部の債権者が通謀し,満額の弁済を与えよ うとする場合である。

#### ニ 小問2について

1 不動産の換金は「債権者ヲ害スル…法律行為」 (424 条 1 項本文)にあたるかについて,不動産 を不当な安価で処分するならば,明らかに詐害行 為にあたる。

{ しかし,適正価格による処分ならば,責任財産{ {に減少はきたさないのではないか。

- 2 思うに,不動産は債権者にとって確実な担保 の一つといえる。そのような不動産を費消・隠匿 しやすい金銭に換える行為は実質的に責任財産に 続少をきたす結果を生む。
- 3 したがって,不動産の換金は,適正価額による るか,不適正かに問わず,「債権者ヲ害スル…法と 律行為」と解する。

#### 三 小問3について

1 債権者への担保供与は「債権者ヲ害スル…法〉

【論点】 非害行為といえる行為 弁済が詐害行為にあたるか

不動産の換金

担保供与

⟨律行為」(424 条 1 項本文)にあたるかについて, ⟩
 ⟨事情によってその詐害性が異なるので,分けて論⟩
 ⟨ずる。
 ⟩
}

2 特定の債権者に新たに担保を差し出す行為は 弁済と同視できる。弁済が詐害行為にあたりうる 以上,この場合も詐害行為にあたることがあると 解する。

{3 それに対して,新たな借入れと共に担保供与{ } {をなすことはどうか。

器うに,借り入れの際に債権者が担保を差し出るさせるのは当然である。これを封じるならば,債務者の金融の途を閉ざし,債務者の経済的再建を 困難にする。

{ したがって,借入れ自体が詐害行為となるなら { ば格別,借入れにおいて担保を差し出すのみなら { ば、原則として詐害行為にはあたらないと解する。

以上

# 第3章 債権譲渡及び債務引受 第38問

AはBに貸金債権を有しているが、かかる債権には 譲渡禁止特約がついていた。しかし、Aはかかる特約について、 善意であるが、そのことについて重過失あるCに債権を譲渡した。CはBに当該譲渡について通知をしたところ、Bはその譲渡について確定日付ある 承諾をした。

一方で,Bの承諾後, Aの債権者Dは当該債権を<u>差押え,転付命令を得た</u>ので,当 該債権についてBに履行請求をした。 Bはこの請求に応じて,債務を履行した。

本件におけるBCD間の法律関係について論ぜよ。

## 基礎点 20点 各論点ごとに 1点

【論点】譲渡禁止特約の法的性質

【論点】第三者保護要件は善意で足りるか

【論点】悪意の第三者への債権譲渡を債務者が承諾した場合

【論点】譲渡禁止特約ある債権の差押をなし,転付命令を取得できるか

【論点】対抗できない債権者に弁済をした場合の効果

D

差押

Α

В

譲渡

C

#### 解答例

#### BC間の法律関係

1 (1) C は改めて B に履行を請求することが考えられる。しかし、A は譲渡禁止特約(466条2項本文)に反して C に債権を譲渡している。

かように特約に反した債権譲渡契約の効力につ いて,条文上明らかでなく問題となる。

この点,特約には債権的効力しかないとする見解がある。となると,譲渡禁止特約違反効果としては,債権の譲渡人が債務者に債務不履行責任を負うのみであり,債権譲渡自体は有効であるといることになる。

る しかし,これでは債務者保護が十分ではない。 思うに,契約自由の原則から,かかる特約を結ぶ ことができるのは当然であり,譲渡禁止特約の締 結を明文で認めた点を重視した解釈をすべきである。

くしたがって,譲渡禁止特約の効力は物権的効力 を生じ,かかる特約に反する債権譲渡の効力は発 としないというべきである。

(2) しかし,「善意」の第三者にはかかる特約をもって対抗することはできない(466条2項但書)。

}この「善意」には,善意・有過失者も含まれるの } {か。

 【論点】譲渡禁止特約の法的性質

条文と文言の指摘

【論点】第三者保護要件は善意で足 りるか {譲受人の信頼を害する結果となるおそれがある。

このような事情からすれば、債権の譲受人は可 及的に保護すべきである。ただし,重過失は悪意 と同視できる。

したがって、「善意」は軽過失ある場合のみを 含む。すなわち,第三者の保護要件としては,善〈 意・無重過失が要求されるということになる。

以上から、重過失あるCは本条では保護されない。

(3)しかし,BはCに対して,譲渡について承諾( |をしている。この承諾は債権譲渡にいかなる影響{| を与えるか。

思うに、譲渡禁止特約の趣旨は、当該債権の債 権者が不明確になり,二重払いの危険を負うなど の不利益を債務者に回避させる点にある。

とすれば、保護されるべき債務者が譲渡に承諾 しているのだから,本問のごとき譲渡も有効とす べきである。Cは有効に債権を譲り受けているの♡ で,Bに権利行使できる。

~2(1)しかし,既にBはDへの履行は終わってい♪ る。一方,当該債権をDが差押えた上で転付命令⊱│押をなし,転付命令を取得できるか を得ている。差押えから転付命令にいたる一連の 手続は,実質的な債権譲渡である。そこで,譲渡 禁止特約ある債権について転付命令を得ることが できるか。これが非債弁済となれば , B の弁済は 無意味であるから、これを検討する。

思うに,差押えは裁判所の厳格な手続による公2 ჽ的執行手段である。したがって,差押禁止債権を 特約で発生させることを認めるべきでない。

しかも、善意・悪意は取引行為において、紛争 が生じた場合の利益調整の概念である。しかし, 転付命令は取引行為ではないから,善意・悪意は 問題とすべきではない。

したがって、譲渡禁止特約ある債権について転く 付命令を得ることはできると解する。

(2)しかし,上の転付命令は,既に債務者が債権譲

【論点】悪意の第三者への債権譲渡 を債務者が承諾した場合

【論点】譲渡禁止特約ある債権の差

渡の承諾をなした後になされたものであるから,C に対抗することはできない。にもかかわらず、Bは Dに弁済をなしている。

このように誤って劣後債権者に債務者が弁済を〉 した場合,かかる債務者の弁済の効力が明らかで{│をした場合の効果 ₹なく問題となる。

思うに,確定日付ある通知・承諾によって優劣〉 ჽが決した場合,債務者もこれに拘束される。した がって,かかる弁済は無効であり,未だ債務者は 優先する債権者に弁済する義務を免れない。

(3)以上から、CはBに改めて履行請求ができる。 ただし,誰が優先するかについて善意・無過失 で弁済をした債務者 B は債権の準占有者への弁済{ として,免責されることになる(478条)。

- BD,CD間の法律関係について
- DがCに劣後する以上, DがBから受領した給 付は不当利得となる,したがって,BはDにこれを 返還請求をすることができる(703条等)。

ただしBの弁済が、478条によって有効になる場 合はこの限りでない。

2 CD間において、CはDに優先するはずである。 したがって, Dの得た弁済は不当利得であるから, C は D に 利 得 の 返 還 請 求 が で き る (703 条)。 特 に Bの弁済が有効になる場合、Cはかようにして債権 を満足するしかないことになる。

以上

【論点】対抗できない債権者に弁済

#### 第 39 問

AはBに売買代金債権を有している。

1 当該代金債権についてCに譲渡することをBは 事前に 異議なき承諾をしてい た。 AがCに売買代金債権を譲渡した後,BがAに対し,履行期に売買目的物の引渡 <u>を催告したが,Aは応じなかった</u>。そこで,BはAに対し, 契約解除の意思表示を行 った。

この場合のBは解除をもって, Cに対抗できるか。

2 BはAに<u>代金債権について弁済</u>したが,Aは当該債権をDに譲渡した。Bは当該譲 渡に対して異議なき承諾をなした。当該債権には <u>BとEが抵当権を設定していた</u>とし 基礎点 20点 各論点ごとに1点

【論点】事前の通知・承諾

【論点】異議なき承諾の法的性質

【論点】異議なき承諾による第三者保護要件

【論点】異議なき承諾後の解除

【論点】異議なき承諾と抵当権・保証債務

小問 1

小問 2

A B

E 物保 A B 抵当 D

#### 解答例

#### ー 小問1について

{1 まず,Bは事前に債権譲渡について,承諾を なしている。かかる承諾にも対抗要件としての効 果は認められるか(467 条)。

るというに、保護されるべき者が承諾しているならるには特にこれを否定する必要はない。ただし、債権 会議渡の対象が明らかでなければ、債務者を害するとおそれがあることは否定できない。

そこで,譲渡人,債権が特定されていれば,事{||件の効果は認められない。 | |前の承諾は有効であると解する。

{2 (1)次にBの解除権行使が認められるか否かの 判断のため,異議なき承諾によって人的抗弁が切 断されるための要件が問題となる。

(2)もともと異議なき承諾は準法律的行為であり、 承諾をなした者の意思とは関係なくそれを要件と した一定の法律効果が認められるものである。と なると,このような効果を債務者の意思に求める

【論点】事前の承諾

\*事前の通知

思うに,譲渡の事実・時期が不明確な状態で,かかる通知を認めるならば,債権者の覚知が難しくなり,債務者を害するおそれがある。

したがって,事前の通知に対抗要 件の効果は認められない。

【論点】異議なき承諾による第三者 保護要件

【論点】異議なき承諾の法的性質

{ことはできない。

ただ,異議なき承諾がなされた場合,譲渡の相手方が抗弁が存在しないとの信頼を抱く可能性があるので、かかる信頼を保護しなければならない。したがって,異議なき承諾に所定の効果が認められるのは、法が債権取引の安全をはかるために、かかる承諾に一種の公信力を与えたものと解するのが妥当である。

(3) このように解するならば,債務者の債権者に対抗すべき事由について悪意の者は,その部分に

3(1)それでは,本問のように債務不履行が異議なき承諾後に成立した場合,解除の効果を債権の 譲受人に対抗できるか。対抗できなくなる「事由」 (468 条 1 項)の内容が明らかでなく,問題となる。

(2)思うに(,この「事由」は同条2項にいう「事会」と同義であると思われる。ここに,2項の趣旨は,債権者による一方的な債権譲渡によって債務者に不利益を生じさせることを防ぐ点にある。となると,この「事由」の内容は,抗弁を生じさせる原因が既にある時まで広く含むと解するべきである。

したがって,) 同条 1項にいう「事由」は広く解し,抗弁を生じさせる原因が既にある場合についても,債務者は譲受人に対抗できなくなるとすべきである。

(3) ここに,双務契約においては反対給付が未履行である限り常に解除の可能性がある。この場合, 双務契約によって発生する債権の譲受人保護の必要性がある。したがって,「反対給付が未履行の 双務契約であること」は「事由」の一つといって よい。

よって,譲受人は債務者の解除に対抗できることになる。ただし,譲受人が,かかる事由につき 悪意の場合は,抗弁の切断はなく,債務者は解除 をもって新債権者に対抗できることになる。

【論点】異議なき承諾による第三者 保護要件

【論点】異議なき承諾後の解除

4 以上をもって本問事案に当てはめると, C が解除の原因が存したことについて善意であれば, B は C に解除をもって対抗できない。

しかし,双務契約における債権について一方が未履行状態であることについて悪意であれば,Cは保護されない。したがって,通常BはCに解除をもって対抗できるというべきである。

二 小問2について

- 41 弁済済みの抵当権付き債権に対して異議なき 承諾(468 条 1 項)がなされた場合,弁済によっ ていったん消滅した債務が復活する。ここに,い ったん弁済によって消滅した抵当権も復活する か。
- 2 思うに,抵当権による担保の有無は債権の価値を大きく左右するから,この点に関する債権の議受人の期待も保護すべきである。ただし,債務者による異議なき承諾によって,抵当権の消滅に利害関係ある第三者に不利益を及ぼすべきではない。
- } 3 したがって,債務者が抵当権設定者である限 } 9 ,抵当権は復活すると解する。

ただし,異議なき承諾の前に,抵当目的物に利 害関係を有するに至った第三者との関係では,抵 当権の復活を主張できない。 物上保証人はこの ような第三者にあたる。したがって,Bの抵当権 は復活するが,Eの抵当権は復活しないというべ きである。

以 上

【論点】異議なき承諾と抵当権・保 証債務

#### 第 40 問

債権者AはBに対して貸金債権を有するが、かかる貸金債権をCDに二重譲渡した。BはCに 確定日付ある承諾をなしたが、その日に AからDへ債権を譲渡した旨の確定日付ある通知が到達した。CがBから全部給付を受けたとして、CD間の法律関係を説明せよ。

#### 基礎点 21 点

【論点】譲受の先後はいかにして決定すべきか(2点)

【論点】優劣を決することができない場合(2点)

C A D

#### 解答例

- 1 本問のように債権が二重譲渡された場合,確 定日付ある通知又は承諾を備えた者が優先する(467 条 2 項)。

しかし,本問のようにかかる通知を備えた者が 複数現れた場合,債権譲受の優劣はいかにして決 定すべきか。条文上明らかでなく,問題となる。 2 (この点,確定日付は債権の譲渡人,譲受人, 債務者の通謀によって譲渡の日付を遡らせること を防ぐために要求されたものである。これを重視 すれば,確定日付の先後で優劣を決すべきである。

しかし,到達が後ながら,確定日付が先の通知 を債務者が受け取った場合に債務者に問い合わせ た債権の譲受人は不正確な情報を与えられること になる。このような利害関係人に不利益を及ぼす 結論は認められない。)

3 思うに,通知による対抗要件制度は,債務者 の認識を通じて,不完全ながら公示機能を果たさ せることで成りたっている。かかる公示機能を十 分に発揮させるためには,優劣は認識の先後を基 準として決するべきである。

⟨ 以上から,通知の到達の先後によって譲受の優
⟨
⟨
⟨
⟨
⟨
⟨
⟨
⟨
⟩
⟩
⟨
⟩
⟩

(\*承諾の場合は確定日付をもって優劣を決することで争いはない。その日時が債務者の認識の日時といえるからである。)

【論点】債権譲受の先後はいかにし て決定すべきか

( )内は反対説批判で,本問解答に不要。参考記述

{ニ 本問では,Cへの承諾の確定日付と,Dへの⊱│【論点】優劣を決することができな 譲渡の通知の到達が同時である。かように債権の〉い場合 二重譲渡における優劣を到達時を基準に決するとタ 〈解するならば,通知が同時到達した場合,優劣を〈 決定できない。

まず,各譲受人は債務者に債権を行使できる{ ٤'n،

思うに,債務者との関係における対抗要件は通く 知の具備で足りるから,それぞれの債権者は完全 に債務者に対抗できる。しかも、このような事情く ჽがあれば,債務者が履行を免れるという結論を認ჽ めるべきでない。

したがって、債務者に対しては無制限に権利を \$行使でき *.*債務者はかかる権利行使を拒み得ない。

このようにして一方の譲受人 C が債務者から |給付を受けた場合,もう一方の譲受人DはCに清〉 算請求をすることができるか。

思うに,清算義務を認めないとすれば,単なる 早い者勝ちということになり、公平に反する。いる }ずれも完全な権利者であるからである。

そこで、清算義務を認めるべきである。具体的? には,譲り受けた債権額に応じて按分することで〉 清算額を決定するのが妥当である。

以上から、DはCに清算義務の履行を求めること ができる。

以上

各債権者は債務者に請求はできる か

弁済を受けた者 清算義務

## 第4章 債権の消滅

#### 第 41 問

債権者 A の債務者 B に対して有する 8000 万円の債権を保証するため, C は保証人 となり, <u>Dは物上保証人</u>としてAのために自己所有の土地に抵当権を設定した。

- Cが債務のうち 4000万円を弁済した場合,Cは抵当権について代位できるか。
- DはBに対して , 事前求償権を行使できるか。
- Dの 土地の譲渡を受けたEは,Aに抵当権を実行された。かような場合, Εは Aに代位してCに保証債務の履行を求めることができるか。

基礎点22点

一部弁済

【論点】一部弁済と代位(1点)

【論点】物上保証人の事前求償権(1点)

【論点】501条2号の第三者の範囲(1点)

Α В

C保証人

D物上保

Е

#### 解答例

小問1について

保証人CはBの債務のうち 4000 万円しか弁済 をしていない。このように「正当ノ利益」(500条) を有する者により、債権の一部について代位弁済が あった場合、弁済者は弁済した価額に応じて債権者 の権利を行使できる(501条1項)。

ここに,一部弁済者は抵当権の実行も可能か。 2 この点,条文上,弁済をした者は,債権者の ჽ権利を行使できるのだから,抵当権も弁済した割ჽ

合に応じて自由に行使できるとも見える。

しかし、抵当権の実行は一度に行われるので、 代位者が実行すると債権者も配当加入せざるを得 <sup>{</sup>なくなる。となると,債権者は不利な時期に債権<sup>{</sup> े│回収を強いられることになりかねず,その抵当権ऄ 実行の自由を害する。

以上から、一部弁済者による抵当権の代位は否と {をすべきである。

- 3 したがって,本問CもAの抵当権について代位 できない。
- 小問2について
  - Dは物上保証人である。

そこで,委託のある保証人同様,委託あって自}【論点】物上保証人の事前求償権 ेेे己の不動産に抵当権を設定した物上保証人にも事፟፟፟፟ 前求償権は認められるか。

【論点】一部弁済と代位

\*参考 物上保証人は検索の抗弁を 主張することができるか 通説

それを認める根拠条文はない。しかし,他人の{ は否定 ( 担保実行の時期を逃すお ために委託を受けて責任を負担するという点で, ჽ物上保証人と保証人は類似する。この点から物上ჽ┤ ჽ保証人の事前求償権を肯定することもできるかにჽ 見える。

しかし,物上保証人は責任が限定されているか ら保証人ほど保護する必要はない。

思うに、保証人の事前求償権(460条)は、委会 ჽ託のある保証人と債務者との間に認められる委任♡ 関係から導かれるものである。しかし,物上保証 人は債務支払の事務処理を行うわけではないかタ ら,類推の基礎に欠ける。

また,物上保証人に求償権を認めた 351 条は物 ჽ権の「所有権ヲ失ヒタルトキ」としており,事後δ 求償しか認めないことを予定している。

したがって,本論点は否定的に解するべきであ る。

すなわちDは事前求償はできない。

三 小問3について

- Eは抵当目的物の譲受人である。 E は保証人〉| タに対して代位できない「第三取得者 \_ (501条 2タ| |号)にあたるか。かかる「第三取得者」の意義がჽ タ問題となる。
- 2(1)思うに,抵当権の設定者が債務者である場 「合,保証人は,かかる抵当権の実行によって求償♡ をされることは予想していない。

にもかかわらず,債務者から抵当目的物を譲り <sup>§</sup>受けた者が弁済による代位をなし得るとすれば, 保証人その他の者は予想外の負担を負うことにな る。

(2)それに対して,もともと物上保証人は保証人 に対して代位することができる。抵当目的物を物 上保証人から譲り受けた者はそのような地位を譲く <sup>§</sup>り受けると解することができる。かく解しても保<sup>§</sup> 証人に不測の損害が発生するわけでもない。

したがって、かかる「第三取得者」とは債務者 {からの抵当目的物の譲受人をさす。物上保証人か{ ら抵当目的物を譲り受けた者は保証人に代位でき}

それ)

- cf.催告の抗弁 もともと物上保証 人には催告できない
- \*時効・相殺の援用 物上保証人も 可能
- \*物上保証人にも附従性あり

【論点】460条2号の「第三取得者」 の範囲

₹ると解する。

3 本問 E は物上保証人から目的物の譲渡を受けた 者である。したがって, E は A に代位して, C に保 証債務の履行を請求できる。

以 上

#### 第 42 問

AはBに対する自己の債務を担保するために , Aの所有の不動産に抵当権を設定した。

- 1 その後 A が B に当該債務について弁済し,<u>一番抵当権が消滅</u>した。 A は B から新たに借り入れ,<u>同一目的物に抵当権を設定</u>した場合, <u>前の登記を流用</u>できないか。その場合第三者に当該登記をもって後に設定した抵当権を対抗できるか。
- 2 その後 保証人 C が B に当該債務について弁済した。 C が A への抵当権について 代位しようとしたとき,抵当目的物を抵当権設定者から譲り受けた者との関係について 説明せよ。

#### 基礎点 21 点

【論点】流用登記の可否(2点)

【論点】保証人の付記登記(2点)

#### 解答例

- 小問1について

を記は権利変動の過程をすべて正確に公示する ことを目的としている。とすれば,新たな抵当権 の設定があれば,それに対応して改めて登記を具 備することが原則である。

くしかし,現在の権利関係の内容が登記されている れば,公示機能をそれなりに果たすことができる。

【論点】流用登記の可否

したがって,流用登記によって対抗しうる第三者とは,新債務成立後の第三者に限られる。

以上,Bは新債務成立後の第三者にしか,抵当権 を主張することはできないことになる。

- 二 小問2について
- 1 保証人が抵当権を代位するには,あらかじめ付記登記を備えることが必要である。

る「不動産ノ第三取得者」(501条1号)の範囲 が明らかでなく問題となる。

2 思うに,弁済までに抵当目的物について利害 関係を有するに至った者は抵当権の負担を覚悟で きる。とすると,この者は付記登記による保護の 必要はない。付記登記前に不動産を取得したとし ても,代位の対象とされる。

くしたがって,弁済後抵当目的物を取得した者が 「不動産ノ第三取得者」にあたると解するべきで る。

それに対して,付記登記後現れた第三者は付記る 登記によって抵当権の負担を知りうるから,このる 者には代位が可能であるということになる。

3 以上から,Cは弁済後付記登記具備までに抵当目的物を取得した者をのぞいて,抵当権に対して代位することが認められる。

以 上

原則の確認

【論点】保証人の付記登記

## 第 43 問

きか。また, 保護要件について問題となる点も説明せよ。

銀行が預金名義人に預金担保貸付を行ったところ、出資者は預金名義人でなかっ たとする。預金名義人が銀行に金を返さない場合、銀行は預金債権と貸金債権とを相殺 できるか。

#### 基礎点 21点

代理人は弁済の受領権限がなかった。

【論点】詐称代理人に対する弁済(1点)

478条の要件

【論点】保護要件に無過失まで必要か(1点)

【論点】預金担保貸付における相殺(2点)

#### 解答例

- 小問1について
- 1 弁済の受領権限がない者に対して,弁済を行っ ている者を保護する構成としては,478条によるこ とが考えられる。

しかし、本問では自己を債権者の代理人と偽った 者に誤って弁済した場合である。債権者であるかの ような外観があるわけではない。

そこで、詐称代理人が債権の「準占有者」(478) 条)にあたるかが問題となる。

〈2 本来債権の準占有者とは債権者らしい外観を〉 ჽ備えた者をいうが,無権代理人は債権者本人らし い外観を備えているわけではない。

しかし,478条の趣旨は調査の暇もなく弁済強 制される債務者が誤って弁済をした場合、免責し てこれを保護する点にある。ここに,代理人から の請求であっても本人からの請求と同様,弁済強 制される点は同じである。

したがって、詐称代理人も「準占有者」に含まる れると解する。

すなわち、詐称代理人に弁済した債務者も、要件 を備えれば免責されることになる。

その要件について,「善意」(478条)には過₹↓【論点】保護要件に無過失まで必要 {失ある場合も含むか。

【論点】詐称代理人に対する弁済

{|m

思うに,478 条の適用の際には,真の債権者に 帰責性は要求されないから,弁済者が単に善意で あれば保護するというのは,真の権利者保護とし て十分ではない。ここで善意のみならず無過失を 要求すれば,弁済者と真の債権者との間における 利益衡量をなすことができる。

そもそも 478 条は表見法理の現れといえるが,他の表見法理では主観的要件として無過失が要求 されるのが通常である。

したがって,主観的要件として,無過失を要求 すべきである。

#### ニ 小問2について

1 まず,相殺の有効性を判断するため,預金者 は名義人と出資者のいずれと考えるべきか。

思うに,実際に経済的出捐をした出資者を保護 する必要性がある。一方で銀行は真の債権者が誰 かについて格別の利害関係を持たない。

したがって,預金者は出資者であるというべき。 である。

2 とすると,債権の対立がないことになる。この場合,相殺の要件に欠け,相殺の効力は発生しない。

といり、かかる結論を貫くのは銀行の保護に欠 ける。ここで,銀行を一定の場合に保護する法律 構成が問題となる。

というに,預金担保貸付は,預金の期限前の払い 戻しと同視できる。とすれば,銀行はこの時点で 債権者らしい外観を有する名義人に預金債務を弁 済したものとみてよい。

したがって,478 条の類推適用によって銀行を 保護するのが妥当である。

3 この場合 , 478 条の要件たる善意・無過失は , 払戻し時である貸付時を基準に判断することにな る。

} しかし,貸付に応じるかは銀行の自由である。 } }すなわち,本事例では,478 条本来適用の場合と} 【論点】預金担保貸付における相殺 預金者は誰か

銀行を保護する構成表見代理か,478条か

要件の判断方法

{異なり,銀行は弁済強制されているわけではない。}
したがって,注意義務は通常よりも重いものを
{要求されるというべきである。
}

銀行は上記の要件を備える限り,貸金と預金債権をもって相殺できることになる。

以上

#### 第 44 問

1 AはBに  $\underline{100}$  万円の貸金債権 を有しており,BはAおよび Cに  $\underline{100}$  万円の売掛代金 債権を有している。ところが, Aは貸金債権を Cに譲渡した。

この場合における, BC間の法律関係について論ぜよ。

2 自動車事故の当事者について,互いに物的な損害だけ発生した。この場合,双方がもつ不法行為の損害賠償債権をもって相殺できるか。

## 基礎点 22 点 各 1 点

Bは債権債務の対立のない受働債権をもって相殺できるのか。

【論点】債権譲渡と相殺

Cの相殺の利益も保護すべき

【論点】相殺権者の優劣の判断方法

交通事故で双方に発生した損害賠償請求権

【論点】債権債務が同じ原因の不法行為から生じた場合

## 小問 1

A C Bは で相殺したい 渡 Cは で相殺したい 売 貸

## 解答例

- ー 小問1について
- 1 本問では,債権の対立が発生した後,受働債権が譲渡されている。

この場合,債務者Bは対抗しうる「事由」(468§ 「条 2項)として,相殺をもって債権者に対抗でき፟δ {るか。

思うに、相互に債権を有する当事者の間では これによって債務を決済したと考えるのが通常で ある。かかる,相殺の期待権は強く保護すべきで をある。

したがって、およそ債権の対立があった後であ れば、債権譲渡されても相殺をもって対抗できる というべきである。

٤2 しかし,本問ではCも譲渡された債権をもっ⟨ て相殺する利益がある。このようにBCのいずれ〉 も相殺権を行使することができるが、この場合ど タ゚ちらの相殺を優先すべきか。

思うに,債権の回収に勤勉な者を保護すべきで {ある。また,一方が相殺すれば債権は消滅するの{ ჽで,他方は相殺できなくなる。

したがって、相殺の意思表示を先になした者が ፟፟፟፟優先すると解する。

本件BCも先に相殺の意思表示をした者が優先す ることになる。

- 小問2について

本問当事者が負う債務は、いずれも物損を原因く とする,不法行為による損害賠償債務である。各፟፟┤行為から生じた場合 当事者はかかる債務をもって相殺はできないの **タか。** 

条文上は両当事者とも相殺できない (509条)。 この趣旨は不法行為による被害者の救済のため には現実の弁済を保証すべき点に求められる。ま た,債権者による不法行為の誘発を防ぐこともそ ჽの趣旨とされている。

しかし、本事例ではいずれの趣旨も当てはまら ჽない。 物損においては被害者救済の趣旨は当てჽ タはまらないし ,既に両債権とも発生しているから 。タ  【論点】債権譲渡と相殺

【論点】相殺権者の優劣の判断方法

【論点】債権債務が同じ原因の不法

{らである。

く とすると,簡易の弁済の方法を認め,公平な結 論を導くため,相殺を認めるべきである。

以上から,本件事故の当事者は,互いに相殺ができる。

以上

# 第5章 多数当事者の債権関係

第 45 問

賃貸人複数の場合と 賃借人複数の場合のそれぞれにおいて,賃貸借契約を賃借料の未払いを理由に賃貸人が解除するにはいかなる問題が生じるか論ぜよ。

#### 基礎点 21点

【論点】多数当事者間の解除 賃貸人複数の場合(2点) 賃借人複数の場合(2点)

## 解答例

## 一 賃貸人複数の場合

当事者複数の場合,解除は全員から全員に対し てなす必要があるのが原則である(544条)。

しかし,共有物が賃貸目的物とされた場合,解 除は管理行為だから,過半数の決定によってできる る(252条本文)。したがって,解除の意思表示 を必ずしも全員がなす必要はない。

ただし,解除は法律関係を混乱させないため, 全員の名義で行うことになる。

## 二 賃借人複数の場合

······

{ 1 (1)まず,賃貸人が賃借人に対して解除するに, } その意思表示は全員に対して行う必要がある(544 {条)。

}(2)さらに,催告も全員に対して行うべきである。 } }賃借人保護のため,全ての賃借人に履行する機会 【論点】多数当事者間の解除 賃貸人複数の場合

【論点】多数当事者間の解除 賃借人複数の場合 ፟{を与えるべきであるからである。そこで,この理፟{ 論構成を検討する。

賃借人複数の場合の賃料債務は,不可分に受ける <sup>{</sup>る利益の対価である。したがって,不可分債務と<sup>{</sup> 解すべきである。すなわち,債権者は全債務者に 賃料全額の請求ができる。

かように賃料債務は不可分債務であるから請求 ჽに絶対効がない。このことから,全員に請求をし ₹なければならないことになり,上記の結論が導け る。

2(1)ただし,賃借人が夫婦・家族の場合,別の⊱│\*左記の場合,もともと賃借人は複 考慮を要する。

すなわち,催告,及び解除の意思表示は実際に ჽ賃料を払っていた者を代表者として,その者一人 に対してなせばたりるとすべきである。

(2) 法的根拠としては,家族・夫婦は共同体をな していると考えられるから、賃料債務を連帯債務 と構成すればよい。そうすれば、請求には絶対効 Ŷがあるので,一人への催告で全員を遅滞に追い込**ჽ** }むことができる。

とはいえ、解除の意思表示には絶対効がないか ら、全員に対してする必要がある。ただし、代表〉 者の下へ到達すれば全員が知りうる状況にあると して,これをもって全員に到達したとみうる場合 ჽが通常であるといえよう。

以上

数ではないとみる方法もある

# 5 , 保証債務

## 第 46 問

貸金債権が契約の無効など何らかの原因で不当利得返還請求権に変化した場合,貸金 債権を担保する 保証債務 , 抵当権の効力について論ぜよ。

## 基礎点 21 点

【論点】保証人の責任の範囲(2点)

【論点】被担保債権が無効であった場合の抵当権(2点)

#### 解答例

#### 保証債務について

{1 主債務が取消されたり,無効とされたりした {場合,不当利得返還請求権が発生する。かかる債 { 務は保証債務の対象となるか。

しかし,かく解すると債権者は無効・取消しの結果,無担保の債権しか取得できないことになる。 取消・無効の主張によって保護されるべき者がより不利な地位に追い込まれるというのは背理である。

というに,法律行為の取消,無効の結果発生する 不当利得返還債務は,実質的には元の債務が変更 とされたものであり,両者は同一性を有する。

3 したがって,発生した不当利得返還請求権を も保証債務は担保するというべきである。

### 二 抵当権について

を担保債権が取り消されたり,無効になったり 【論点】被担 すると,抵当権は付従性により成立しないのが原 制である。

{ しかし,本件貸金債権のような主債務が無効の { 場合も同様に解するべきなのか。

思うに,無効によって発生する不当利得返還請 求権は実質的に貸金債権と同一の債権である。に もかかわらず,かかる不当利得返還請求権が無担 保となれば,本来の債権を請求する場合に比べ債 権者にとって著しく不利な結果となる。

無効・取消は表意者を保護する制度であるのに、その主張によって不利な結論が導かれるのは 背理である。

したがって,原債権の抵当権は引き続き不当利 得返還請求権を担保するというべきである。

三 このようにして,保証債務の場合も,抵当権についても不当利得返還請求権を担保することにな

【論点】保証人の責任の範囲

【論点】被担保債権が無効であった 場合の抵当権

#### 第 47 問

AはBに売掛代金債権を有しており、かかる債権をCが保証している。

- 1 Bが契約の 取消ができる場合、Cはかかる取消権を援用するなど,何らかの対抗手段を取ることができるか。
- 2 Bが夜逃げをして,Aの債権が消滅時効にかかった。にもかかわらず,<u>Cが 債務</u>を支払った後, Bが時効を援用した場合,CはBに求償ができるか。

# 基礎点 21 点

【論点】保証人の取消権(2点)

【論点】主債務の時効消滅後に責任を果たした保証人の求償権(2点)

#### 解答例

#### - 小問1について

{ 1 まず,主債務者の取消権について,保証人は{ } な な な な な れ消権を行使できるか。

く この点,保証人は条文上取消権者に挙げられて いない(120条)。実質的にも,主債務者が望ま ない取消を認めるわけにはいかない。

} したがって,保証人は主債務者の取消権を直接 {行使することはできない。

2 しかし,保証人の履行後に取消がなされた場合,主債務は消滅する。結果,保証人は債権者に 不当利得に基づく返還請求をすることになるが, この場合保証人は債権者の無資力の危険を負担する ることになり,妥当でない。

思うに,保証人は附従性から,債務者本人以上 の債務は負わない。これを根拠として,保証人は, 主債務者が取消権,または追認権を行使するまで は,支払いを拒むことができると解する。

ニ 小問 2 について

【論点】保証人の取消権

本件において,保証人が求償権を行使したことに対し,主債務者が時効を援用(167条1項,145条)した場合,その効果は遡及的無効である(144条)。とすると,もともと主債務者は債務を負っていないことになるから,保証人の求償は根拠を失う。

となると,保証人の求償権行使は全く認められ ないのか。

思うに,責任を果たした保証人と夜逃げをした 債務者との利益衡量をなすならば,債務者から債 務を免れさせる理由はない。そこで,債務者の援 用権行使は権利濫用(1条3項)として許されない というべきである。

以上から,保証人の求償権行使は認められる。

以 上

【論点】主債務の時効消滅後に責任 を果たした保証人の求償権

\* 求償権行使を認める説

## \*求償権の行使を認めない考え方

思うに、消滅時効の制度は利益調整のための制度ではないから、かかる結果もやむを得ない。また、漫然と弁済をした保証人にも帰責性がないとはいえない。法律の要件事実を満たす以上、主債務者の時効援用は認めるべきである。

したがって,求償権行使は封じられる。

第4部 契約総論

第1章

第 48 問

- 1 当事者の <u>一方の過失</u>で 不能な契約が締結された場合, 過失ある当事者はいかなる責任を負うか。また, 当事者の一方の過失で <u>契約締結にいたらず,他方に損害を与えた</u>場合,過失ある当事者はいかなる責任を負うか。
- 2 被用者が 仕事中に<u>同僚の機械の操作ミス</u>によって<u>怪我,死亡</u>した場合,被用者は 使用者に<u>いかなる責任を追及</u>できるか。

# 基礎点 19点

【論点】契約締結上の過失(2点)

不法行為責任の追及もできる

【論点】契約準備段階の過失(2点)

【論点】安全配慮義務(2点)

#### 解答例

#### 小問1前段について

1 不能な契約を締結するとは、例えば、給付の目 原則の指摘 的物が契約前に滅失している場合などである。この│\*いらないからといって捨てた物に 場合,契約は実現可能性を欠き無効となる。ここで, 契約の成立を信頼した一方当事者は,損害が発生し│る契約を結んだなどの例がある ていれば,不法行為責任(709条)を相手方に追及 することができる。

しかし、不法行為責任の追及は、消滅時効の期を Ŷ間,故意・過失の立証責任等の面で債務不履行責Ŷ {任によるよりも被害者に不利である。そこで,一{ 方当事者は契約責任を追及できないのか。

{2 契約締結後ならば,目的物が債務者の責めに{│\*債務者 不能となった給付をなす 帰すべき事由によって滅失した場合,債務不履行{ | 義務を負う者 責任を追及できる。とすると,契約成立の前後に よって債権者の保護の程度が変化することになる〉 のは妥当でない。

思うに、契約を締結した者は信義則の支配する 緊密な関係に入る。したがって,契約当事者は, 無効な契約を締結して損害を相手に負わせない義 δ務を信義則上負うと解する。

3 ただし、かかる責任については明文がないか ら、その要件をたて、債務者の責任の範囲を限定 しなければならない。

具体的には, 締結された契約の内容が客観的 「に不能であること 給付をなす者が不能を過失に♡ よって知らないこと 相手方が善意であることのく 以上を要件とすべきである。なお, について一 ჽ部不能であり,担保責任が成立する場合は,そのჽ 限度で契約締結上の過失の理論は不要となる。

この場合債務者は損害賠償責任を負う。その範含 囲は、契約成立への信頼によって被る損害である ჽ信頼利益に止まることになる。

# 小問1後段について

本小問の場合,契約締結の事実すらないので, ፟契約責任は追及できないかに思える。

しかし、契約準備段階にある当事者もある程度く

つき,処分したことを忘れて売買す

【論点】契約締結上の過失

債権者 不能となった給付を請求 する権利がある者

【論点】契約準備段階の過失

{の段階に達すれば ,信頼を保護する必要性がある。} { したがって,契約準備段階において契約成立へ { 信頼を寄せた者に対しては,信義則を根拠に損害 { 能償請求ができると解する。

ただし,契約責任を追及できる場合を限定すべるである。契約自由の原則を無にするおそれがあるからである。具体的には,契約の成熟の度合い, 信頼を惹起させる事情の有無等をもって判断すべきである。

## 三 小問2について

1 本問では,被用者が仕事中に同僚の機械の操作ミスによって,怪我・死亡している。この場合,同僚は不法行為責任を負い(709条),結果として使用者も使用者責任(715条)を負う。かかる構成によって,被用者またその遺族は,使用者に不法行為責任を追及することができる。

とおり,不法行為責任の追及は,前段で述べた とおり,債務不履行責任によるよりも被害者に不 利な点がある。そこで,使用者に契約責任(415 条)を認めることはできないか。

2 思うに,ある法律関係に基づいて特別な関係に入った当事者間では,その法律関係の付随義務として,信義則上,相手方に対して安全を配慮する義務を負うと考えることができる。これは使用者・被用者間

{においても同様であり,使用者は,契約に明示が {なくとも,信義則上,被用者を安全に働かせる義 { 務を負うと解するべきである。

くしたがって,被用者の使用契約等の法律関係の 付随義務として,使用者には安全配慮義務が認め られると解する。

3 本問でもかかる義務違反があるならば,被用者 またはその遺族は使用者に損害賠償請求ができるこ とになる。

以上

【論点】安全配慮義務

# 第2章 契約の効力

### 第 49 問

次の各場合において、同時履行の抗弁権は成立するか。

- 1 無効・取消・解除の場合に両当事者が負う不当利得返還義務
- 2 弁済と受取証書の交付
- 3 賃貸借契約における建物買取請求権を行使した場合の代金支払いと土地明渡し。造 作買取請求権を行使した場合の代金の支払いと建物明渡しについても説明せよ。

#### 基礎点 21点

【論点】同時履行の抗弁権が成立する場合

小問1と2 1点

小問3 2点

#### 解答例

#### - 小問1について

解除の場合に発生する不当利得返還債務が同時 履行の関係にあることについて,明文の規定がある る(546条)。それでは,無効・取消の主張がある った場合に両当事者が負う不当利得返還義務につる いて同時履行の抗弁権が認められるか。

確かにこれらの義務は双務契約によって発生しるとれけではない。しかし,当事者間の公平を図ると必要があるのは双務契約によって発生した場合とと同様である。しかも,かかる義務は本来は一個の なの務契約から生じたものである。

↓ したがって,両当事者は同時履行の抗弁を主張
 ↓
 ↓
 ○できると解する (533 条類推)。
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓
 ↓

## ニ 小問2について

したがって、かかる二つの義務に同時履行の関

【論点】同時履行の抗弁権が成立す る場合

不当利得の返還請求権

弁済と受取証書の交付

ダ係を認めるべきである。

#### 三 小問3について

#### 1 建物買取と土地明渡について

建物買取請求権が行使されると売買契約が成立 したことになる。したがって,建物明渡しと代金 支払いは当然に同時履行の関係に立つ(533 条)。 さらに,土地を明渡しつつ,建物明渡を拒むこ とは不可能に近い。したがって,賃借人は,建物 と同時に,反射的に土地についても明渡しを拒み うると解する。

## 2 造作買取と建物明渡について

造作買取請求権が行使された場合,売買契約が 成立したと同様の効果が発生するから,造作の引 渡しと代金支払いとは同時履行の関係に立つこと になる。

{ 一方,造作を付属させた建物の明渡しと代金の{ { {支払いは,同時履行とされるか。

器うに,造作の価値に比べ建物の価値は著しく にいので,建物の留置を認めた場合の賃貸人の不 利益は甚だしい。また,造作は取外しが可能である るから,賃借人は造作を取り外して,この引渡し との同時履行を主張すればよい。

{ したがって,建物の明渡しと代金の支払いとは{ } 同時履行の関係に立たないと解する。

以 上

建物買取請求権と土地の明渡 建物の明渡が同時履行なのは当 然,この点に注意

造作買取請求権と建物の明渡 造作の引渡しは代金支払いと同時 履行が原則

#### \*参考 債務の弁済と債権証書の返還

一方、債権証書の返還と弁済との同時履行関係は認められるか。

これを認めた方が,同様に二重弁済の負担を債務者に負わせることを防止できるかに見 える。しかし,この点は,受取証書の交付をさせることで防止できる。

思うに,債権証書の返還と弁済が同時履行関係にあると,債権証書を紛失した場合,債権者が弁済を受けることが不可能になりかねず,妥当でない。

したがって、両者は同時履行の関係に立たないと解する。

# \*補足

#### 【論点】賃貸借と留置権

必要費,有益費について費用償還請求権(608条)を借主が取得した場合,かかる債権

はまさに賃貸目的物に関して発生した債権といいうる。

したがって、留置権の行使は問題なく認められると解する。

(同時履行の抗弁権も認められる)

#### 第 50 問

買主Aは売主Bと売買契約を締結した。次の各小問に答えよ。各小問は独立した問いである。

- 1 代金支払いと、目的物の引渡しは同時履行とされていた。しかし、Aは資金繰りがつかなかったので、Bの弁済提供に対し、いったん受領を拒否した。Aは後日改めて、代金の支払いと引き換えにBに目的物の引渡を請求することはできるか。
- 2 Aが商品引渡について先履行義務を負う場合で,Aの引渡債務の履行期に Bが無 資力になった。この場合AはBにいかなる請求をなしうるか。

#### 基礎点 21 点 各論点 2 点

【論点】同時履行の抗弁権を奪うには

弁済提供すれば同時履行の抗弁権は奪われるが 相手方は二度と同時履行を主張できないのか?

【論点】不安の抗弁

無資力の相手に必ず目的物を引き渡さなければならないというのは酷

#### 解答例

一 小問1について

- 1 買主Aは目的物の受取りについて,いったん 受領遅滞状態に陥っている。それでも,売主Bが Aに代金債務の履行を主張した際,Aは物の引渡 しとの同時履行を主張できるか。
- 2 ここで同時履行の抗弁権の主張を否定するならば,受領遅滞後に相手方が無資力になった場合, 債権者にとって酷な結果を招く。

{ したがって,債権者の同時履行の抗弁権を奪う {には,債務者は履行を継続する義務があると解す { る。

- 3 本問 B はあらためて目的物を提供しなければ,A に同時履行の抗弁権を主張されることになる。
- 二 小問2について

1 Aは商品引渡について先履行義務を負っている

【論点】同時履行の抗弁権を奪うに は

結論

原則の指摘

から,履行期には無条件にBに対して履行を提供し なければならないのが原則である。

しかし,BがAの履行期に無資力に陥った場合、│【論点】不安の抗弁 もAは無条件に履行を強制されるのか。

2 Bの後の弁済が期待できないのに, Aのみに 履行を強制するのは公平に反する。

そこで、このような場合は信義則を根拠に債務く 者は何らかの反対給付履行についての保証を要求タ できると解する。そして,その保証がないうちは〉 履行を拒めるというべきである。

3 本件 A も B に対して担保の請求はできるし、こ れがあるまで自己の債務を履行する必要はない。

以上

### 第 51 問

売主 A が買主 B に 中古自動車を売り渡す契約が締結された。ところが ,契約締結後 双方の債務が未履行のうちに, 当該自動車は何者かによって原形をとどめないぐらい に壊された。この場合 , BはAに代金を支払わなければならないか。

また , A は既に B に中古自動車を引き渡していたところで自動車を盗まれたが , 代金 が割賦払いとされ, 所有権留保の特約を結んでいる場合はどうか。

基礎点 21点 各論点2点

【論点】債権者主義の取扱

特定物だから?

【論点】所有権留保と危険負担

所有権の移転が終わっていないということはまだ双方未履行では?

#### 解答例

本件売買の目的物は債務者の責めに帰すべか らざる事由によって滅失したので、危険負担の問題 となる。

ここに,本件売買目的物は中古自動車であり, { | ፟<特定物である。したがって,債権者主義(534条 1፟< ∮項)にしたがって処理され,Bは代金を支払わねタ

【論点】債権者主義の取扱

}ばならないかに見える。

しかし,上記の結論を無条件に認めるのは タ当性にあまりに欠ける。

債権者主義(534条)は「利益の存するとこ ろにまた損失も帰する」とするローマ法からの沿 革,契約締結時に所有権が移転することから根拠く づけられる。しかし,得られる利益に対して,全 ての損失を負担することが均衡しているとはいえ タない。

思うに、危険負担を正当化する実質的根拠は、 物を支配している点に求めるしかない。

とすると、債権者主義が採られるのは、買主がく 目的物を支配したと認められる事情がある時に限 降にはじめて債権者が危険を負担すると解する。

なお,代金支払によっても危険が移転するとのシ┤\*代金支払によって危険が移転する |解釈もあるが,否定すべきである。支払があって{-| も,当然に債務者が支配を債権者に得させる義務〉 が生じるだけで,債権者が実際に支配を得るわけ~ ∵ではない。にもかかわらず,危険が移転すれば,} |合,どちらが損をしても仕方がない やはり債権者にとって酷な結論になるからであ る。

3 本問で,自動車の登録が既にB名義とされてい│はないとなろう る等の事情はない。したがって、Bは代金を支払う 必要はない。

- ニ1 これに対して,所有権留保の特約がついて﴿ いる場合はどうか。
- 2 この点,所有権が売主にあることからすると、 売主が危険を負担すべきであるかに見える。

しかし,前述の通り危険負担の根拠は,目的物( の支配を取得している点に求めるべきである。と すると,買主が何らかの支配を取得したといえる ならば,買主が危険を負担すべきである。具体的ჽ {には,登記移転,引渡しがあったときである。

3 本件 B は引渡を受けているので,当然に危険を 負担する。すなわち,代金を支払わなければならな い。

か この点は、肯定しても否定して もよい

当事者のいずれにも責任がない場 ただ,担保責任の考え方なら,売 主は物の品質に責任を持つべき 引 渡ができないのに代金を得るべきで

【論点】所有権留保と危険負担

\*売主がすべての義務を果たしてい る、と事実認定し、危険負担の問題 ではないとしてもよい。

#### 第3章 契約の解除

第 52 問

AはBにA所有の本を売り渡す契約を締結し、Aは早速本をBに引き渡した。代金の支払期限は特に定めていなかったが、その後AはBに代金の支払いを 催告したが、Bは債務を履行しようとしない。以上の事案において、Aが解除をなすために 問題となる点について論ぜよ。

# 【論点】二重催告の要否

この催告は期限の定めがない債務であるからなしたもの 履行遅滞に追い込まないと解除できない

# 【論点】催告の内容

催告の内容について問題となる点をあげる

#### 解答例

ー1 Bは債務の履行を遅滞しているから, A が契約を解除するためには,相当の期間を定めて, B に催告をしなければならない (541条)。

2 一方,本小問のような期限の定めのない債務 では,遅滞に陥らせるためにも催告が必要である。 この催告をした後,解除のために改めて催告をする必要はあるのか。

⟨ 思うに,改めて催告を要求するのは公平の原則
⟨ から見て債権者に酷である。

くしたがって,改めて催告をなす必要はないと解 する。履行遅滞は解除の要件に過ぎず,催告の要 と やではないということになる。

| 例えば,過大催告をなしても,給付すべき数量 | との差が僅少であれば,債権者の真意としては本 | 来履行すべき数量を請求したと解することができ | る。この場合,催告は有効であるというべきであ 原則の確認

【論点】二重催告の要否

【論点】催告の内容

{る。

一方,過小催告では,権利の行使の範囲につい て債権者の意思を尊重し,催告の効力は催告した 額だけに止まるのが原則である。

思うに,債務者は催告があった際に履行の準備をなしていなければならない。それ以上の猶予を 与えるとなると,不誠実な債務者と債権者を比較 した場合,公平に反する。

ここに,本問の場合,相当の期間をAが定めた。 か否か明らかでない。しかし ,期間を定めずとも , その趣旨からして催告としては有効と解する。

3 以上から,本件 A は,既に代金を支払うように 請求をしている。そこで,本の代金全額の請求をす る意思が表れていれば,催告としては十分である。

したがって,契約解除のために,改めて催告をする必要はない。仮に「相当の期間」を定めておらずとも,Aは相当の期間経過後契約の解除をなしうる。

以 上

第5部 契約各論

第1章 売買・交換

第 53 問

AはBに自己の所有物を<u>売却する契約</u>を締結した。契約締結の際,Bは 損害賠償額の予定として 手付金をAに支払った。その後, Bは<u>目的物を受領し,残りの金銭を支払うための用意</u>に着手したが,気が変わって,<u>手付を放棄</u>した上で, 契約を解除する意思表示をAになした。

Bの解除は有効か。

# 基礎点 21 点

【論点】「契約の履行に着手するまて」の内容(2点)

【論点】解約手付と違約手付の関係(2点)

相当の期間は必ず定める必要はあるか

まず,本件手付金は損害賠償額の予定とし て交付されている。かような手付について,さら に解約手付と推定することはできるか。

2 この点,違約手付は契約の効力を強めるもの? であり,解約手付は契約の効力を弱めるものであ るとみれば、両者を兼ねることはできないかとも 思える。

しかし、手付けの額が低廉である場合、必ずし も損害賠償額の予定として交付された手付が契約 の拘束力を強めるとはいえない。むしろ,債務不? }履行の際その額を支払ってすむのであれば﹐当然} 解除もできると解するのが自然である。

したがって、違約手付の予定で交付された手付く を解約手付と推定することはできると解する。

ニ 次に,Bは契約解除の意思表示の前に,債務の 履行に着手している。手付による解除は当事者の一 方が契約の履行に着手までしかできない(557条1 項)。

ここに「履行二着手スル」(557条 1項)の意<sup>(</sup> 義が問題となる。

1 解約手付による解約は,履行の着手によって ჽ制限されることになるから,履行の着手の有無がჽ 認識できなければ,解約を期待する者を害する。

とすると,履行の着手とは客観的に外部から認 ₹識しうる形で履行行為の一部をなした場合,又は₹ 「履行の提供をするために欠くことのできない前提ჽ {行為がなされた場合をさすというべきである。

本問では、Bが上のような行為をなしていると考 えられる。

2(1)次に,本問Bは自ら目的物を受領し,代金を 支払う用意をしている。

そこで ,「当事者」( 557 条 1 項 ) の意味が問題{|【論点】「当事者」の意義

【論点】解約手付と違約手付の関係

【論点】「契約の履行に着手するま て」の意義

- (3) 本問 B は解約をした本人であるから,この点は 問題ない。
- 3 以上からBのなした解除は有効である。

以上

#### 第 54 問

AはBから賃貸に供されている建物を購入する契約を締結した。この事例において, 契約関係の終了までに 建物から得られた賃料収入および代金の利息はABのいずれが収取すべきか。

#### 基礎点 21点

いくつかの場合分け

- \* 物の引き渡しだけがされた場合 買主は代金に加え,利息も支払う義務を負う(575条2項本文)
- \*双方未履行の場合

買主は利息を払わなくてよい,売主は使用利益を取得できる(575条1項)

\*本問は代金支払いだけがされた場合 【論点】使用利益の返還義務(2点)

# 解答例

- 一本問は、物の引渡し、代金支払いがあったかどうかによって結論が変わるので、これを場合分けして検討する。
- 二1 まず,双方未履行の場合,買主は利息を払う必要はなく,売主も使用利益を取得できる(575 条 1項,2項の反対解釈)。したがって,代金の利息はAが収取し,Bは建物の賃料収入を収取すればよい。2(1)一方,物の引渡しだけがされた場合,買主はそれ以降の利息を支払う義務を負う(575 条 2 項本文)。

前振り

双方未履行 当然の結論

物の引渡しだけされた場合 やはり条文だけで解決可能

したがって,建物の引き渡し後は,Aは利息相当 分をBに支払えばよい。

(2)この場合の賃料収入であるが,目的物の引き渡 しを受けた以上、その使用利益はAが取得すべきで ある(575条1項反対解釈)。利息を支払う義務を負 うこととの均衡上もかく解するべきである。

したがって、賃料収入はAが取得する。

三 1 一方,代金の支払いだけされた場合はどう か。

条文上は,目的物の引渡前は使用利益は売主に タ属する(575 条 1 項 )。となるとBは建物から得タ│ られた利益をAに支払う必要はないことになる。 2 しかし,その趣旨は,代金の利息と使用利益 との価値に均衡あるとみなして,簡易の決済を図ჽ る点にある。

となると、代金支払がすんだ後、売主が使用利〉 ፟፟益を取得すると,代金の利息とで二重取りするこ とになる。この結論を認めるわけにはいかないか〉 ら、売主は代金受取後の使用利益は返還すべきと 鰡する。

3 本件 B も代金受取後の賃料収入は A に支払うべ | \* 双方履行済み きである。代わりに,Bは代金から得られた利息を 収取できる。

以上

【論点】使用利益の返還義務

契約関係の消滅,本問の対象外

#### 第 55 問

AはBと売買契約を結んだ(Aが売主・Bが買主である)。

- 1 売買の目的物は 新品のスピーカーであった。Bは目的物を受領して,利用してい たが,そのスピーカーには時々音が出なくなる<u>瑕疵があることを発見</u>した。 疵がAの仕入前からスピーカーに存したものとして, BはAに何を請求できるか。
- 2 Bは住宅の建築用に土地を購入したが, 当該土地には法律的制限があって,建物 を建てることができなかった。 B は A に 担保責任を追及できるか。購入した目的物が 建物と賃借権であり、 土地に物理的な瑕疵がある場合はどうか。

## 基礎点 19点 各論点 1点

【論点】570条の法的性質

【論点】不特定物に570条の適用があるか

【論点】損害賠償の範囲

【論点】担保責任と錯誤との関係

【論点】法律的制限は瑕疵にあたるか

【論点】土地賃借権の瑕疵

#### 解答例

- 小問1について
- 1 本件売買契約の目的は新品スピーカーであるから,不特定物である。したがって,Aは完全なスピーカーを引き渡す義務がある。また,これを果たさねばさねば,債務不履行の責任を負い(415条),損害賠償責任を負い,契約を解除される。

2 (1) さらに,本件スピーカーの瑕疵は原始的瑕疵 であるから,瑕疵担保責任(570 条)を A に追及す ることができないか。

るここに新品スピーカーは不特定物であるので, かかる不特定物の売買に 570 条の適用があるかが 問題となる。

(2)特定物給付の際には,現状をもって引き渡せばたり(483条),債務不履行とならない。しかし,給付の目的物に隠れた瑕疵ある場合,瑕疵ない物であることを前提として代金が決定されているはずである。

るこれでは有償契約における等価的均衡を維持でいる。かかる均衡を図るため,法律が特別に認めた法定責任が担保責任であるというべきである。

一方で,瑕疵ある不特定物を給付しても,債務者は依然追完義務を負うから,担保責任の規定を適用する必要はない。そこで,570条は不特定物を目的とする契約には適用されない。

したがって,本件 B は瑕疵担保責任を A に追及できない。完全履行請求をすることで自らの権利を実現すべきである。

【論点】不特定物に 570 条の適用が あるか

【論点】570条の法的性質

ただし,Bが目的物を履行として認容している ならば,売買の目的物は当該スピーカーに特定し ているといえる。したがって,この場合はBはA に瑕疵担保責任を追及できるというべきである。

また,無制限に完全履行請求をなし得るとすれば,権利関係が確定せず,売主に酷な結果を招くおそれがある。したがって,特定物を目的とする場合と同様,履行請求ができる期間は1年に限定すべきである(566条準用)。

(3) それでは,瑕疵担保責任を追及できるとして具体的なその内容を説明する。

まず,解除の請求ができる(570条・566条1項)。

また,損害賠償請求ができる。その範囲について,特定物に原始的瑕疵がある場合,瑕疵のない 特定物はあり得ない。とすると,その部分につい ては契約が無効であると見ることができる。

したがって,損害賠償の範囲は,信頼利益と見る るべきである。

3 さらに,瑕疵担保責任の追及が可能な場合, 同時に買主は錯誤に陥っている場合が多い。そこ で,このような場合,双方の規定の適用関係をい かに考えるべきか。

担保責任とは異なり,錯誤無効の主張に期間制限がない。ここで,錯誤無効の主張を許せば,売買における法律関係を短期に確定させようとした法の趣旨が没却される。

{ 法的構成としては,総則は一般法,契約各論は{ } {特別法と考えることもできる。

したがって,担保責任の規定が優先して適用されると解するべきである。

本件 B は錯誤無効にこだわることなく,担保責任の主張ができる。

- 二 小問2前段について
- 1 本問土地は住宅建築用として購入されたのに,

【論点】不特定物に 570 条の適用があるかについて,判例風の評価

【論点】損害賠償の範囲

【論点】担保責任と錯誤との関係

\* 判例

\*左記は学説

そもそも無効な契約であれば,解除などの問題は生じない。また,一般に錯誤無効の主張には要素の錯誤があること,重過失がないことが要求され,担保適用の範囲の方が広い。

そこで,錯誤の規定が優先適用されると解するべきである。

法律的制限があり、建物を建てられない。

思うに,住宅建築に使用できるか否かによって┤┤【論点】法律的制限は瑕疵にあたる ₹土地の価値は左右される。とすれば ,この場合も ,₹┃か 有償契約の等価的均衡を維持することはできない {から,買主による担保責任の追及を認めるべきで<mark>}</mark> ⟨ある。

2 問題は責任追及の根拠条文である。権利の瑕〉 ჽ疵は法律上の瑕疵であるから,566条を用いるとჽ も思える。

しかし、566条には具体的に適用される場合が {明示されているのに対して,570条にいう瑕疵に{ は条文上の制限がない。ここに「瑕疵」とは物理〈 {的瑕疵がある場合に限らず,法律的制限がある場⊱ ჽ合も含むと解するべきである。

以上から570条を適用するのが妥当である。

- 3 本件 B は 570 条を根拠にAに瑕疵担保責任を追 及できることになる。
- 三 小問2後段について
- 本件売買の目的物に「瑕疵」(570条)がある かを検討する。

思うに、売買の目的物は建物と土地賃借権でく <sup>}</sup>あるが,土地の瑕疵は建物の瑕疵でないことはも<sup>}</sup> とより,賃借権の瑕疵でもない。

もともと土地の瑕疵についての責任は賃貸人に \$追及すべき筋合いのものである。かりに賃貸人が
\$ |無資力であっても,かかる賃貸人の無資力まで権ჽ 《利の売主が担保すべき義務は,当然に発生するも》 のではない。

したがって,本件売買目的物に「瑕疵」はなく, ∛瑕疵担保責任の規定は適用できない。

3 以上から, BはAに担保責任を追及することは できない。

以上

【論点】土地賃借権の瑕疵

AはBから建物を借りて住んでいたが,期間満了に伴い,契約を終了し,建物を明け 渡すことにした。その際にAは入居時にBに支払った善敷金の返還請求権を被担保債権 として建物を留置できるか。また,Aの債権者Cは 敷金返還請求権をどの時点で差し 押さえできるか。

#### 基礎点 21 点

【論点】敷金返還請求権の発生時期(2点) 後の論点を論じる前提

【論点】敷金と留置権(1点)

【論点】敷金への賃貸借契約終了時における差押・相殺(1点)

#### 解答例

建物を留置しうるには、敷金が建物明渡時に既 に発生している必要がある。そこで、敷金の返還請 求権が発生する時期をどのように考えるべきか。

思うに,敷金は賃貸借契約から債務者が負う金〉 |銭債務の一切を担保するものである。これは契約{-終了後借主が不法占有を続ける場合の賃料相当分 の損害賠償義務,もしくは不当利得返還義務も例 外ではない。

敷金返還請求権は、このようにして発生した借る 〈主の債務額を最初に差し入れられた額から当然に 差し引かれた上で決定される。となると,敷金返 〈還請求権が発生するのは,返還額が決定する建物〉 ჽ明渡時であると解するべきである。

ニ1 上記結論からすれば,建物の明渡時には, まだ敷金の返還請求権は発生しない。したがって これを被担保債権とすることはできない。

以上より、留置権は発生しないことになる。

また,敷金返還請求権が明渡時まで発生しない〉【論点】敷金への賃貸借契約終了時 ことから,借主の債権者は借主が建物を明け渡す〉 までは,敷金返還請求権を差し押さえることはでヘ きないことになる。

【論点】敷金返還請求権の発生時期 \* 左記は明渡時説

【論点】敷金と留置権

における差押・相殺

以上

#### \*終了時説

この点,敷金の担保的機能を重視すれば,目的物の明渡時に返還請求権が発生するということになろう。しかし,かく解するなら,敷金返還請求権を担保する方法がなくなり, 賃借人にとって酷である。

そこで,賃借人に目的物の明渡と敷金返還との同時履行の関係を認めるべく,敷金返還 請求権は賃貸借の終了時に発生すると解する。

なお,敷金返還請求権は賃貸目的物に関して発生した債権といえるから,留置権の成立 も認められると解すべきである。

賃貸人は,敷金返還時にさらに相殺の意思表示をなせばよいから,その保護に欠けることはない。

なお,このように契約終了時には返還請求権は具体的な金銭債権として発生する。したがって,借主の債権者は,敷金返還請求権の差押ができることになる。

#### 第 57 問

Aは<u>Bから土地を借りた</u>上,その<u>土地に建物を建て,自己名義の登記をした上で</u>住ん でいた。かかる事情の下,各小問に答えよ。

- 1 Bは当該<u>土地をCに売却</u>した。AB間の賃貸借契約は,<u>AC間に引き継がれる</u>か。
- 2 1の事情の下,賃貸借契約が終了し,土地を明け渡す際に, Aは誰に敷金の返還 を請求すべきか。
- 3 貸主はBのままで, Aが自分の息子Dに建物を譲渡した場合, Dは敷金の返還をBに請求できるか。
  - 【論点】賃貸人たる地位の移転
  - 【論点】賃貸人たる地位の移転と敷金
  - 【論点】信頼関係破壊の理論
  - 【論点】借地権の譲渡と敷金

## 解答例

- 一 小問1について
- 1 本問では、A は建物を占有しているから、賃借人としての対抗要件を具備している(借地借家法 31 条 1 項)。したがって、賃貸目的物の譲受人 C に対し、A は賃借権をもって対抗できる。

**,**\_\_\_\_\_

この場合,Aにとっての賃貸人は誰か。賃貸人{\【論点】賃貸人たる地位の移転 <sup>{</sup>たる地位は当然に目的物の譲受人に移転するかが<sup>{</sup> }問題となる。

2 思うに,目的物の所有者と賃貸人が異なる解 |釈を採用することは,無意味に法律関係を錯綜さ{ せるものである。目的物の譲受人も,賃借権の対く ∛抗を受けるならば,賃貸人となり権利を行使する**〉** ことを望むと思われる。

したがって、賃貸人たる地位の移転において、 目的物の譲受人・譲渡人間で特段の契約は必要なペ 61.

しかし,賃貸人たる地位の移転には債務引受の 側面があるから,かかる地位の移転の際に賃借人 { | の承諾が必要なのではないか。

思うに、賃貸人の債務は所有者であるならば、 誰でも履行できるものである。したがって,誰がタ ፟፟፟賃貸人であるかについて賃借人は特段の利害関係♡ を持たない。

したがって,賃借人の承諾は不要である。以上餐 から、賃貸人たる地位は当然に移転するというべ きである。

- 3 よって、AB間の賃貸借契約関係は、AC間に 引き継がれる。
- ニ 小問2について
- 賃貸人たる地位は当然にCに移転するとし{ ेेて,敷金関係も新賃貸人との間に当然に移転するेेेेे {か。
- 思うに、当然移転を認めると、借主がいった ん旧貸主との間で敷金の返還を受け、改めて新貨 主に敷金を差し入れるという手間が省ける。また 。 一般に新賃貸人の方が建物を所有している分,資 力があるといえるから賃借人保護に資する。

したがって、当然に承継するというべきである。

- 以上から,AはCに敷金の返還を請求できると 解する。
- 三 小問3について
- 1 まず,AがDに建物を譲渡した行為は,Bに無

\*参考

賃借人に賃貸人たる地位を債務者 に主張するため,登記の具備は必要

この点,賃借人と目的物の取得者 とは相争う関係にあるわけではな 11.

しかし,賃借人の賃料の二重払い を防ぐため、誰が賃貸人であるかを 確定する必要がある。

したがって,賃料請求には登記の 具備を要求するべきである。

【論点】賃貸人たる地位の移転と敷

断で行われた可能性がある。

そして ,賃貸借契約において無断転貸・譲渡は , 解除原因となる( 612 条 2 項 )。この場合も B は D との契約を解除できるのではないか。

この点,無制限に解除を認めることは,賃借人 保護に十分ではない。

尽うに,賃貸借のような継続的契約は,信頼関<br/>
 係を基礎として成立するから,契約の解除の可否<br/>
 も信頼関係に重点をおいて判断すべきである。

{ したがって,信頼関係を破壊したと認めるに足} {りない特段の事情がある場合は,信義則上解除が { {制限されると解する。

本問では、父親から息子への建物譲渡に際して借地権も移転したという事情がある。これは、貸主との信頼関係を破壊したとはいえない特段の事情にあたる。

したがって,賃借人たる地位はAからDへ適法に 移転している。

} 2 賃借人の地位が移転した場合,敷金関係も当 | | | | | | | |

思うに,当然移転を認めれば,新賃借人の新た に負担する債務について,旧賃借人に担保させる のは酷である。この場合は,敷金契約が賃貸借契 約とは別個の契約である点を重視すべきである。 したがって,当然承継は否定すべきである。

ただし、本問の場合、旧賃借人と新賃借人は親子であるから、承継を認める黙示の合意が成立していた指摘を。ることがあり得る。そのような場合は敷金関係もDに移転していることになろう。

以 上

【論点】信頼関係破壊の理論

あてはめ

【論点】借地権の譲渡と敷金

親子であるという独自性を生かし た指摘を。

#### 第 58 問

AはBに居住用に建物を賃貸した。

1 BがAに 無断でCに部屋を転貸した上,Cは部屋の中で 犬を何匹も飼い始めた。

AはBに何を請求できるか。

2 BはDに<u>建物を転貸</u>し, AはBの転貸に承諾を与えた。その後, AB間で原賃借権を合意解除した。Dはかかる解除に対抗できるか。また,<u>適法な転貸後</u>,BがAに対して 賃料を支払わないことを理由にAが債務不履行解除をなした場合はどうか。

#### 基礎点 21点

【論点】信頼関係破壊の理論(1点)

【論点】催告不要となる場合(1点)

【論点】原賃借権の解除と転借人の保護(2点)

#### 解答例

- 小問1について
- 1 本件ではBがAに無断でCに転貸している上に、用法にも反してCは建物を使用している。CはBの履行補助者であるから、かかるCの行為の責任はBに問うてもよい。

したがって、AはBとの賃貸借契約を解除できる。

といる。 製造のに賃貸借契約のような継続的契約関係は当 製造の信頼関係を基礎として成立するものである。 を表現して成立するものである。

逆に信頼関係を著しく破壊したと認められる特 段の事情がある場合,賃貸借契約の内容としての 義務に反していない場合でも解除できる場合がある。

さらに,著しく信頼関係が破壊された場合,催 告の上で履行が得られたとしても,契約関係を継続させるべきではないことがある。そのような場合には債権者は無催告解除できると解する。

3 これをもって本問をみるに、犬を部屋で何匹も 飼うというのは異常であるし、部屋の毀損、騒音な ど様々な損害が発生する可能性がある。このような Cに無断で建物の一部を貸した事情からすると、A

【論点】信頼関係破壊の理論 【論点】催告不要となる場合 \*実際は,612条から当然に無催告 解除ができるので,本論点は重要で

はない

B間の信頼関係は著しく破壊されたというべきである。

したがって,AはBに対して無催告で解除できる というべきである。

ニ 小問 2 について

1 本問のように、原賃借権が解除された場合、 転借人の地位はどのように解すべきか。

転貸は,原賃借権の存在を基礎とするから,原 賃借権がなくなれば転貸関係も消滅すると解する のが論理的である。

しかし,この結論を貫くことは,転借人保護にあまりにも欠ける。無制限の転貸関係の消滅を認めるならば,転貸人保護の諸規定の潜脱になりかるない。

そこで,解除権を制限すべき法律構成が問題となる。

2 思うに,原賃貸人の承諾ある適法な転貸借関係においては,原賃貸借の当事者は,転貸借を承認していたといえる。にもかかわらず,原賃借権を合意解除によって消滅させるのは信義則に反する。

したがって,転貸借契約は存続すると解すべきであり,原賃貸借契約も転貸関係保存に必要な限度で存続するというべきである。

以上から,ABが賃貸借契約を合意解除した場合 Dはかかる解除に対抗できる。

3 一方,原賃貸借契約が債務不履行解除の場合, 原賃貸人保護の必要性がある。したがって,解除 の効果は制限されない。

くいし,債務不履行解除を装うことで,合意解 除の場合の制約を免れることを許すべきではなく い。

そこで,原賃貸人は転借人にも義務の履行を催 告すべきである。催告した結果転借人が義務を果 たさなければ解除できると解する。

以上から、Dは賃料請求をされていない場合、こ

【論点】原賃借権の解除と転借人の 保護

合意解除の場合

債務不履行解除の場合

- \*判例ならばここでおしまい
- \* 以降学説
- \*原賃貸借関係が解除され、転借人がこれに対抗できない場合、結果として転貸人の貸す債務が履行不能となり、転貸関係が消滅することになる。

以上

#### \*参考

転貸関係が消滅する時期が明らかでないが,これをいかに解するべきか。

思うに,原賃貸人が原賃貸借関係を解消したとしても,必ずしも転借人を排除する意思 があるとはいえない。

したがって,かかる意思が表明されない限り,転貸義務は履行不能とならない。具体的 には,原賃貸人による転借人への明渡請求があって始めて履行不能となると解する。

とすると、明渡請求時までは転貸借関係は存続しているから、原転貸人が転借人に追及 できる責任の内容も、元の契約内容によって規律されることになる。

例えば,AがDにBに関する未払い賃料を請求することができる(613条 1項)。しか し,明渡の意思表示があるまでの賃料についてはあくまで原賃貸人が,原賃借人に請求で きた額に限定されるということになる。

#### 第 59 問

AはBに土地と建物(併せて甲不動産とする)を貸した。これを前提に次の各小問に 答えよ(各小問は独立した問いである)。

- 1 Cが 無権限で甲不動産のうちの土地を資材置場にしている。Bが Cに資材の撤 去を求めるには,いかなる法的構成によるべきか。
- Aが Cにも土地を貸した事実がある場合,BC間の法律関係を論ぜよ。
- 3 BがCに建物を転貸したら,Cが 失火を出して,建物を滅失させた。AがCに転 貸について 承諾をなしていた場合と そうでない場合とに分け,ABC間の法律関係 を論ぜよ。

# 基礎点 20点

【論点】不動産賃借権と妨害排除請求

【論点】不動産の二重賃貸借

【論点】転借人が目的物を滅失させた場合

# 解答例

・ 小問1について

1,本問Bは賃借権者であるが,賃借権は債権であ る。債権者は第三者に対してその効力を主張できな いと考えるのが原則である。

原則の指摘

しかし,目的土地の不法占拠者排除の方法とし{ |【論点】不動産賃借権と妨害排除請 ⟨て,貸主に使用収益をさせる義務(601条)の履⟨│求

{2,(1)まず,既に借主が占有を得ていたのである {ならば,占有訴権(200条など)による方法があ る。しかし,占有訴権には期間制限など様々な制 {約がある。

そこで,貸主の有する第三者への明渡請求権の 代位行使はできるか。債権者代位権を特定債権を 保全するために利用する,いわゆる債権者代位権 の転用は認められるかが問題となる。

(2)債権者代位権は本来は強制執行の準備として の責任財産保全の制度にすぎず,特定債権を保全 するために用いられるものではない。

しかし,条文上は債権者代位権行使の要件として,被保全債権を金銭債権に限定しているわけではない。しかも,転用を認める社会的必要性がある。

したがって,本論点は肯定的に解するべきである。 る。

(3)なお「保全スル為メ」(423条1項)について, 債権者代位権を金銭債権保全のために行使すると きは,債務者の無資力をさす。

しかし,特定債権の保全において,保全の必要 性と債務者の無資力とは関係がない。したがって 転用の要件として債務者の無資力は必要ない。

以上より,使用収益の請求権を保全するため, Bは貸主Aの権利を代位行使できると解する。

- ⟨3,(1)さらに端的に賃借権に基づく妨害排除請求
   ⟨
   ⟨

   ⟨をなせないか。

しかし,土地賃借権については,その機能は物権である地上権と変わらない。また,不動産賃借権は登記を備えれば所有権に対抗できるとされている(605条)。借地借家法による強化もあり賃借権は物権的効力を有するに至っている。

{(3)したがって,対抗力を備えた不動産の賃借権{ } } }者は ,賃借権に基づく明渡請求ができると解する。{

すなわち,本問BはCに賃借権に基づき明渡請求 ができる。

小問2について

本問のように不動産が二重に賃貸された場合、 いかに優劣関係を判断すべきか。

賃借権は債権であるから,対抗要件は問題とな らないかに見える。

しかし、不動産賃貸借は地上権と変わらない機 |能を有する。また,対抗要件を備えれば物権取得ჽ 者に優先する(605条)とされている上に,特別 法によって賃借権は物権的効力を取得するに至っ **そている。** 

したがって,優劣は対抗要件の有無で決するの{ が妥当である。

土地賃借権の対抗要件は,賃借権の登記か,土地 上に登記された建物を有することである(法 10 条 1 項)。このいずれかの要件をBが備えている場合, BはCに優先することになる。

- 三 小問3について
- 1 B C 間の法律関係
- (1)まず,目的物の滅失により,AB間の契約関係 は当然に終了する。

賃貸借契約のような継続的契約の場合、解除を待 たないと契約関係が終了しないとなると、日々賃料 債務が発生し、すべて貸主の不当利得になるという ように法律関係が複雑になるからである。

(2)次に,履行不能になったのは,Cの失火による。 したがって、BはCに対して債務不履行に基づく損 害賠償請求をすることが考えられる(415条)。

しかし、本件建物は失火によって滅失している。 { そこで賃貸借関係ある場合,失火責任法の適用は╣た場合 ゚゚あるか。

失火責任法は、あくまで不法行為の場合に適用 される条文である。また,同法は,耐火建築・保{│でスキップしてもよい論点 े∖険が普及した現在において,現在ではその妥当性⟨ 自体が疑われている。

【論点】不動産の二重賃貸借

【論点】転借人が目的物を滅失させ

失火責任法の適用

ないに決まっている、ということ

くしたがって,賃貸借関係に失火責任法の適用は く ない。

{(3)以上から,BはCに債務不履行に基づく損害{ {結 結 {結 | | |

# 2 AB間の法律関係

- (1)まず,目的物が滅失しているから,AB間の 契約関係は当然に終了する。
- (2)次に,Aは債務不履行に基づく損害賠償請求 をBにすることが考えられる。

思うに,転借人は債務の全部を債務者に代わって履行する履行代行者にあたる。

とすると,原賃借人が無断転貸している場合は、無断転貸の事実だけで債務不履行があると言える。したがって,この場合は無条件に原賃借人は 責任を負うというべきである。

(3)一方,適法な承諾転貸では,履行代行者の存 在が積極的に許される場合といえる。したがって 履行代行者の選任・監督に過失ない限り,原賃借 人は債務不履行責任を負わないというべきである。

以上の要件の下, A は B に債務不履行に基づく
 損害賠償請求をすることができる。

# 3 AC間の法律関係

- (1) A の転借人 C に対する責任追及であるが,無 断転貸の場合は原賃貸人と転借人との間に何ら契 約関係はない。したがって,不法行為責任(709 条)を追及するしかない。
- {(2)一方承諾転貸の場合,転借人は,原賃貸人に {対して直接の義務を負う(613 条 1 項本文)。し {たがって,保管義務違反が認められる限りで,賃 {貸人は転借人に損害賠償請求ができる。

本問 A も C にかかる責任を追及できることになる。

#### 転借人の過失

賃借人にいかなる責任を追及で きるか

転借人自身の責任

#### 第 60 問

AはBから甲土地に賃借権の設定を受けたが,Bは直後にCに当該土地を譲渡した。 Cの土地所有権の取得から 10年後,突如CはAに対して土地の明渡しを求めた。 特に対抗要件を備えずして,AはCの明渡請求を拒めるか。

また,Aは甲土地に隣接する乙土地を, <u>乙土地の所有者</u> D が開設した通路があるか ら通行するよう B に教えられたので,そこを通行していた。しかし, <u>10 年後, D が</u> Aに土地の通行について差止請求を行った。

AはDの請求を拒むことができるか。

#### 基礎点 21点

【論点】不動産賃借権の時効取得(2点)

【論点】地役権と時効取得(2点)

### 解答例

- 一 前段について
- 1 本問の場合、Aは対抗要件を備えていないから Cの明渡請求に対抗できない。しかし,10年間土 地を占有していることから、Aを保護する必要性は ある。

そこで,不動産賃借権を時効取得することはで{ | 【論点】不動産賃借権の時効取得 きるか。

2 思うに,賃借権は占有を伴う権利である。まく 『た,不動産の賃借権はその機能も実質的に地上権》 ~と変わらない。

したがって,時効取得しうると解する。その要 〈件としては,継続的な用益という外形的事実と賃〈 〉借権行使の外形等の客観的表現が求められると解〉 ₹する。

3 この場合, A が当該土地に建物を建てて, 継続 的に居住するなどの事実があれば、要件を満たす。 Aは 10年間善意で土地を占有しているから(163条, 162条 2項),賃借権の時効取得を主張し,Cの明 渡請求に対抗できると解する。

# 二 後段について

1 地役権を時効取得するには「継続且表現」(283条)の要件を満たさねばならない。

例えば,通行地役権ならば,「継続」とは継続的 通行のことであり,「表現」とは通路の開設などを さす。

この場合,通路の開設は自らなす必要があるか。

人が開設したかということは時効制度の趣旨から すれば関係がない。

| 当該通路を通行者が自らの費用・労力で維持・ |管理しているならば,かかる土地通行は社会的承 |認を受けるだけの公然性を有しているとみること | |ができる。

したがって,自ら通路の開設をなすことは必ず しも必要ないというべきである。

3 以上から,Aは10年間善意占有しているから, 善意であれば,通行地役権を時効取得し,Dの請求 を拒むことができる(162条2項)。

以上

条文と文言の指摘

## 【論点】地役権と時効取得

- \* 左記は学説
- \* 判例

思うに,他人の土地の通行は好意によって許される場合が多く,かまっな場合に安易に事実状態を権利関係に高めるのは妥当でない。通行者が自ら通路を開設するという例外的事情あって初めて,権利者は権利の上に眠る者という評価ができる。「表現」の要件はこの場合に初めて満たされると解する。

# 第 61 問

Aは自己所有の土地についてBに賃借権を設定した。そこで,<u>Bは当該土地上に建物を建築</u>し,相続税対策のため, 当該建物の登記を長男C名義とした。次の各小問に答えよ(各小問は独立した問いである)。

- 1 AがDに土地を譲渡した場合,Bは土地賃借権について, Dに対抗できるか。
- 2 Bの <u>賃料不払い</u>を理由に,Aが土地賃借権を解除する際, Bは建物買取請求権 を行使できるか。
- 3 Bが死亡し、 当該建物と土地賃借権をBとは<u>別居していたて</u>が相続した。ところが、 当該建物にはBの内縁の妻Eが住んでいた。AE・CE間の法律関係を論ぜよ。

【論点】近親者名義の建物登記の対抗力

#### 債務不履行

【論点】債務不履行解除における建物買取請求権

【論点】内縁の妻の居住権

A B E 貸 家(登名義C) 譲 D

#### 解答例

#### - 小問1について

- {1 相続税対策のため長男名義で登記した場合,{|【論 {かかる登記は土地賃借権の対抗要件として有効か{|抗力 (借地借家法 10 条 1 項 )。

ここに,土地の取引をする者は通常現地検分を 行うのが通常である。しかも,近親者の登記でも, 借地権の存在を外部から知ることは十分可能である。 るから,取引の安全を害する可能性は少ない。条 文上も登記「された」建物の存在を要求するのみ で,土地の借主が自己名義で登記することを要求 しているわけではない。

 3 したがって,近親者の名義の建物登記も土地 ↑ 5賃借権の対抗要件として有効というべきである。 ↑

すなわち本件 B は D に借地権をもって対抗できる。

ニ 小問2について

- 2 社会経済上の損失を避けるという観点からは これを認めた方がよいかに見える。

【論点】近親者名義の建物登記の対 抗力

\*不実の登記をすることをできるだけ認めない解釈を採るべきであることを理由に、判例の立場を採ってもよい。

【論点】債務不履行解除における建 物買取請求権 {ないのが妥当である。

{ したがって,債務不履行解除の場合,建物買取 } 結求権は認められない。

- 3 本件 B も建物買取請求権を行使することはで きない。
- 三 小問3について
- 1 A E 間の法律関係
- (1) 内縁関係の夫が死亡した場合,他に相続人がいなければ,内縁の配偶者は賃借権を相続する(法 36条)。しかし,本問このように他に相続人がある場合,内縁の妻に相続権はなく,賃借権を妻が取得することはない。したがって,Eはことの関係で不法占拠者となるかにみえる。

} この場合,賃貸人による内縁の妻に対する明渡 } 請求は認められるか。

(2) 思うに,賃借権の目的となる不動産は内縁の 妻の生活の本拠となっている場合がほとんどであるから,賃貸人の明渡請求を認めることはできない。

法律構成としては,内縁の妻は相続人の賃借権 を援用できるというべきである。

- {(3)以上より,AはEに対して明渡請求はできな れ。代わりに賃料など賃貸人としての権利を主張 √できる。
- 2 CE間の法律関係
- {(1)一方,別居の相続人CがEに賃借権に基づく{ } {明渡請求をした場合はどうか。
- (2) 内縁の妻は契約当事者になるわけではないから,対抗要件を具備した賃借権者が内縁の妻に明 渡請求をすることができる。しかし,かかる結論 を認めれば,内縁の妻の居住権を保護することは できない。

そこで,他の相続人からの明渡請求は権利濫用 (1条3項)として認められないとすべきである。

(3) したがって,本件 C の E への明渡請求は認められない。

以上

【論点】内縁の妻の居住権 Aとの関係

Cとの関係

#### 第4章 請負

第 62 問

AはBに建物の建築を依頼した。Bは材料を提供して工事を始めたが,資金繰りが付 かなくなったので, 屋根ができたが,壁ができていない段階で 工事を放棄した。仕 方なく,Aは Cに対して,工事の続行を依頼し,Cが残りの材料を供して建物を完成 させた。

建物は<u>まだAに引き渡されていない</u>として,ABCのいずれに建物所有権が帰属する か。

基礎点 21点 両論点 2点ずつ

まだ建物になっていない

【論点】請負の目的物たる工作物の所有権の帰属

【論点】建前段階における工事の中止と建物所有権の帰属

#### 解答例

- -1 まず,請負目的物の所有権は,注文者への~ ፟<引渡前は誰に帰属するかが問題となる。
  - 建物は材料を組み合わせて建築するのだかく
- ら、その材料を供した者が建物の所有権を取得す ると考えるのが自然である。

しかも,請負人が材料を供給したときには特に く請負人を保護する必要がある。この時請負人に目
を
にはいる。 的物の所有権を原始取得させれば,請負人に代金〉 債権を確保させることができる。

- ₹3 以上から,材料の提供者が誰かによって決定₹ タするのが妥当である。
- ニ1 しかし,本問の場合,BCの両者が材料を供 して建物を完成させている。

そこで,本問におけるB,Cいずれが建物の所 () 有権を取得するかが問題となる。

₹2 この点,付合に関する規定を用いることも考∛! Ŷえられる。となると, B が最初に工事した部分は⊱│にしたことについてどう考慮するの <u>未だ不動産になっていない</u>ので,これを動産と考}│か?付合の規定によると,この点の

【論点】請負の目的物たる工作物の 所有権の帰属

\*左記は判例

【論点】建前段階における工事の中 止と建物所有権の帰属

\*ただし、Cが工事によって不動産

そもそも,不動産は材料となった動産の価額を 単純に合わせた価値よりも価値が著しく高い。そ のような価値は請負人による工作によって発生する るものといえる。したがって,加工の規定をもっ て所有権の帰属を定めるのが妥当である。

3 本問の場合 C が供した材料の価格に工作によって生じた価値を加えたものが,B の組み立てた工作物の価値よりも高い場合, C が所有権を取得することになる (246条 2項)。

あてはめ

以上

## \*注文者帰属説

請負目的物の所有権は、引渡前は誰に帰属するか。

この点,特に請負人の報酬請求権担保のため,材料の提供者が誰かによって所有権の帰属を決するべきであるとの見解がある。

しかし,請負人には土地の利用権限がないから,所有権を取得したところで意味はない。 代金の担保としても,同時履行の抗弁権・留置権を主張させれば足りる。

思うに,当事者意思からして,注文者に帰属するとするのが自然である。実際に保存登記を所有者名義で行う慣行もある。

したがって,注文者が所有権を原始的に取得すると解するのが妥当である。

\*注文者帰属説に立てば、BC間で所有権の帰属について争うことはない

# 第 63 問

AはBに建物の建築を依頼した。報酬は分割払いで支払われるものとする。

- 1 建物完成後引渡し前に, 通常では考えられない強度の地震が起こり, 建物が滅失した場合,AはBに代金を支払う必要があるか。 履行が不可能な場合と 可能な場合に分けて説明せよ。
- 2 Aは完成した建物の引渡を受けたが、 配水管の工事が不十分で、水が逆流し、キッチン・風呂が全く使えなかった。 AはBに何を請求できるか。

また,<u>損害賠償請求権が行使されない</u>まま 行使可能時から 11 年経ってしまった場合,両債権をもって 相殺できるか。

#### 基礎点 20点

【論点】請負と危険負担(2点)

増額費用は誰が負担するか (この問題も危険負担と呼ぶ)

担保責任(1点)

【論点】損害賠償・報酬請求権の相殺の可否(1点)

\*厳密には損害賠償請求権の発生時期が問題 瑕疵に気がついた時でよいでしょう 【論点】除斥期間にかかった債権による相殺(1点)

#### 解答例

小問1について

1(1)本問では,債務者の責めによらない事由によ【論点】請負と危険負担 って請負目的物が完成後引渡前に滅失している。

まず、仕事完成義務が履行不能に帰した場合、 報酬債権の帰趨をどのように解するべきか。

(2)この場合,特定物の引渡しという点に着目し, |債権者主義を採ることも考えられる (534条)。 しかし、かかる建前によると具体的妥当性に欠けく る場合が多いから、その適用範囲はできるだけ制を 限的に解すべきである。

思うに、請負契約では仕事の完成が契約の主要 ჽな目的であり,特定物に関する物権の設定や移転ჽ を目的としているわけではない。

1(3)したがって,この場合は債務者主義をとり, 報酬代金は消滅すると解する。

2 一方,仕事の履行は可能である場合には,履〉 〈行に伴う増加費用を誰が負担するかという問題が〉 {生じる。

思うに,報酬は仕事の完成に対して支払われる ものである。その意味で費用が増加しても、注文 者は増加費用を負担する必要はないと解するべき である。法的根拠は,履行不能の場合の債務者主義 義(536条)を類推すればよいと解する。

፟∢(ただし,建築請負契約においては,約款が設定シ され,注文者負担とされていることが多い)。

- 3 以上から,Aは代金を支払う義務はない。
- 小問2について
- 本問では,請負目的物に瑕疵があるからAはB に担保責任を追及することが考えられる。本件契約 の目的物は建物であるから,Aは解除請求はできな 問題で訓練を。

履行不能の場合

履行可能な場合

Aの請求内容 条文操作に得意になるよう、この い (635 条但書)。したがって,瑕疵修補請求 (634 条 1 項本文),損害賠償請求ができる(同条 2 項前 段)。

配水管の工事程度ならば、修補が過分の費用を要するということはない(同条1項但書参照)。また、 損害賠償請求権は報酬請求権と同時履行の関係に立 つ(同条2項後段)。

2 次に,小問2後段について,報酬請求権,損 害賠償請求権とも,同時履行の抗弁権が付着して いる(634条)。このように自働債権に抗弁権が 付着しているから,相殺は制限されるのではない か(505条1項但書)。

思うに,両債権は同一の原因に基づく金銭債権とであるし,損害賠償は実質的には代金減額請求の意味を持つ。とすれば,現実に履行をなさしめると必要はない。逆に相殺を認めた方が,公平・便宜として資する。

したがって,この場合,当事者は両請求権をも って相殺ができると解する。

3(1)しかし,本問では請求権が行使できるとき から 10年以上の期間が過ぎているから,損害賠 償請求権が除斥期間にかかっている(638条)。 この場合,報酬と損害賠償請求権は相殺できるか。 (2)この場合,有効な債権の対立がないかにみえ る。

しかし,同様に有効な債権の対立がなくとも相殺を認める規定がある(508条)。かかる規定の 趣旨は,いったん債権が対立した後には相殺の期 待権が生じるので,その期待を保護する点にある。

このような趣旨は時効による場合と,除斥期間による場合とで変わりはない。特に,請負の担保責任における損害賠償請求権は実質的には報酬減額の意味合いが強いから,上の趣旨はより強く当てはまる。

(3) したがって,除斥期間にかかった債権をもっくて相殺をなすことは 508 条の趣旨を類推して,許されると解する。

【論点】損害賠償・報酬請求権の相 殺の可否

【論点】除斥期間にかかった債権に よる相殺

結論

4 以上から,Aは損害賠償請求権と報酬債権との 相殺を主張できることになる。

以上

### 第6章 和解

#### 第 64 問

AはBの運転する車にはねられた。 Aは損害賠償金を即金で受け取ることができる代わりに,以後一切AはBに金銭を請求しないとの 契約を結んだ。その後, Aに後遺症があることが分かった場合,AはBに後遺症に関して損害賠償請求ができるか。和解契約と錯誤との関係について,説明した上で論ぜよ。

#### 基礎点 23点

示談契約

【論点】錯誤と和解の効力(2点)

#### 解答例

- 和解契約と錯誤との関係
- 1 和解契約はたとえ真実と違っても,特定の条件を定め,争いを終結させる契約である。かかる 契約の性質から,要素の錯誤(95 条)があって もその主張を制限すべき場合がある。そこで,錯 誤無効の主張ができるか否かの区別が問題とな る。

{2 (1) これは,和解契約が真実と違っても法律関 係を確定することから,和解契約で合意した事項 { 自体の錯誤か否かによって区別すべきである。

(2) 例えば,疑いのない事実として予定されていた事項についての錯誤は主張可能である。また, 争いの対象外の,与えることを約した物の品質に 欠陥があったときも和解契約で合意した事項以外 の部分に錯誤があるといえ,錯誤無効の主張が可 能であることになる。

ニ Aの請求の可否

·····

【論点】錯誤と和解の効力

{1 本問のように,加害者が一定の金額の支払い⊱ 示談契約と後遺症 を約し,被害者がその余の請求権を放棄するとい ゚う内容の示談がまとまったとする。この場合,後፟፟፟ ჽに判明した損害について,被害者は一切損害賠償ჽ を請求できないのか。

2 (1) 予期しない再手術・後遺症により損害が増 『大した場合,原則通りの処理では被害者保護に欠》 ネけ,妥当性を欠く。

(2)問題はその法律構成である。

この点、示談契約について錯誤無効の主張を認〉 め、後発損害についても請求を認める見解がある。 しかし、前段で述べたように、争いの対象になっ た部分についての錯誤無効の主張はできない。

ここに,損害賠償責任の有無は,不法行為の事〉 {案で加害者・被害者間でまさに争いの対象になる{ |部分である。とすれば,これについて無効主張を} 認める解釈を採ることはできない。

(3)思うに,当事者の合理的意思からすれば,示 談は現在発生が判明している損害に関するものと~ |解するべきである。その後発生した損害まで放棄} した趣旨であると解することはできない。

とすると,かかる予期しない損害は,示談で合〉 ჽ意し,放棄された損害とは別損害であることになჽ る。したがって,被害者は改めて加害者に損害賠〉 ჽ償を請求できることになる。

3 以上から,本件AもBに後遺症に関して発生し た損害について賠償請求ができる。

以上

第6部 意思に基づかずに発生する債権関係,その他 第1章 事務管理

第 65 問

Aは,町で Bが車にひかれた場面に出くわした。Aはスーツ姿であったが, 意識 のない B を助けるため,そこで <u>タクシーを拾って</u>, C の経営する医院まで連れてい って <u>治療を受けさせた</u>。その際に Aは<u>自らのスーツが血で汚れた</u>。

AB・BC間の法律関係を論じよ。Aはみて見ぬ振りをして通り過ぎたが,Cが自ら 自発的にBを治療した場合はどうか。

基礎点 21点

事務管理に関する記述を行う

【論点】代理と事務管理(2点)

【論点】事務管理者の損害賠償請求権・報酬請求権(2点)

#### 解答例

- 一 AB間の法律関係について
- 1 Aは通りがかりにBのために,タクシーを拾い 治療を受けさせているから,義務なくして,他人の ために事務の管理を始めているといえる。

したがって、AにはBのために事務管理を継続する義務(700条)が発生すると同時に、タクシー代、治療費などの費用の償還請求(702条)ができる。

2 しかしAは自分のスーツが血で汚れているか ら,そのようにして生じた損害について,Bに賠 償請求ができるか。事務管理者に損害賠償請求権 は認められるかが問題となる。

この点,法は委任契約における損害賠償請求権 の条文である 650 条 3 項を特に準用してない。これは,事務管理者に損害賠償請求権を認めない趣 旨であると解される。

くしかし,一切損害賠償請求を認めないとすれば, 事務管理者にとって酷な結論が生じる場合も考え 得る。

そこで,事務処理にあたって当然予期される損
⟨害は,事務管理費用に含ませて管理者の償還請求
⟨を認めるべきである。

- 3 本問のように事故の被害者を助けた結果,スーツが血で汚れることは,事務処理にあたって当然予期される損害にあたる。したがって, A はスーツのクリーニング代を B に請求できる。
- 二 BC間の法律関係について
- 1 AはBの代わりに,Cとの間に医療契約を締結している。かかる契約締結によってCはBに直接報酬請求ができるか。

条文を使った処理をしっかり

【論点】事務管理者の損害賠償請求 権

思うに, Aのなした法律行為はBとCとの間{ に何らかの法律効果を発生させるものではない。 民法の事務管理の規定は,事務管理者と本人の間く の法律関係を規律するのみだからである。本人の 意思によらないで当然に代理関係は発生しない。

すなわち、事務管理者の行為は無権代理行為に ჽ過ぎない。そこで,表見代理か,無権代理行為のჽ ₹追認の制度を用いて処理することになる。

Bの追認か表見代理の成立があれば,CはBに│\*CはAのBへの費用償還請求権を 治療代を請求できる。そうでないかぎりCはAに治|代位行使するという方法もあります 療代を請求するしかない。

三 Cが自発的にBを治療した場合について

- この場合、CがBのために事務管理を行って {いるといえる。そこで,事務管理に基づいて報酬{ ჽ請求権を認めることはできないか。
- 2 思うに,これを認める明文はない。また,こ ⟨れを法的義務とするならば,個人生活への過度の⟩ 干渉となるおそれがある。したがって,原則とし }て否定すべきである。

ただし,社会通念上,当該状況のもとでは事務? 管理の引受けが有償でしか期待し得ないような場〉 合がある。そのような場合は,「費用」として報 ·酬の請求を認めるべきである。具体的には管理者〉 の職業ないし営業についての職務の提供がこのよ うな場合に当たる。

3 本問 C は医者の職業に従事する者だから,その 職業についての職務の提供といえる。したがって、 費用として,CはBに直接治療費を請求できる。

【論点】代理と事務管理

ただ、Aが無資力でなければなら ないので、請求は難しいでしょう。

【論点】事務管理者の報酬請求権

あてはめをしっかり

# 第 66 問

Aは 勝手にBの土地を運用し, その才覚によって通常では得られない大儲けをし た。この場合 , BはAに何が請求できるか。

# 基礎点 22点

不当利得による処理 A は悪意の占有者

【論点】190条と704条の適用関係(1点)

【論点】準事務管理の肯否(2点)

Aがあげた儲けをBに返還させるべきか。

## 解答例

ー まず,AはBの土地を勝手に占有して利用しているから,悪意の占有者として,目的物及び果実またはその代価を支払わなければならない(190条)。

{この場合 704 条の適用も問題となるが,190 条は {現物の返還が可能である場合の 704 条の特則とい {うべきである。

二1 しかし,本問ではAが土地を利用して通常得られる以上の利益をあげている。かかる利益すべてについて,BはAに返還請求できるか。

2 この点,準事務管理の概念を用い,全ての利 得を返還させるべきであるとする考え方がある (701 条,646 条類推)。権利の無断使用者が利得 を保有することは適当でないことを理由とする。

₩ しかし,事務管理制度の核心は相互扶助の精神 ※ に求めるべきである。この要素がない事例は,準 ※ 用の基礎に欠けているというべきである。また, ※ 個人の才覚にかかる部分については返還を認めな ※ いのが公平である。

{ したがって,準事務管理の法理は否定すべきで} {ある。

3 結局本問事例では、190条の原則通りの処理がなされる。すなわち、Aは、通常当該土地の運用によって得られる利益に相当する額の金銭を、Bに返還すればよい。

以上

【論点】190条と704条の適用関係

【論点】準事務管理の肯否

## 第 67 問

乙が甲を詐欺して 金銭をだまし取った。乙がその金を使って, 当該事情を知って いる丙に 弁済した。甲は丙に金銭の返還請求ができるか。

## 基礎点 22点

【論点】騙取金による弁済(二点)

\*不法行為に基づく損害賠償請求

#### 解答例

一 甲丙間には特に契約関係はないから,甲が丙に何らかの請求をなすため,不法行為,または不当利得の法理による方法が考えられる。

まず,不法行為の法理による場合,丙が弁済を受領したことについて違法性が認められなければならない。

ここに当該弁済受領は刑法でいうと盗品等有償譲 受け罪に当たる可能性がある。その意味で,違法性 を認めてよい。損害,因果関係,丙の故意もある。

したがって,甲は不法行為に基づき,詐取された 額を損害賠償請求することができる。

二1 さらに,不当利得の法理による請求の可否を 検討する。

るまず,甲は乙に金銭をだまし取られているから 損失があるし,丙は弁済を受けているから利得が るる。

2 次に,丙の利得と甲の損失の間に因果関係が あるか。

る。しかし,このような解釈はあまりに硬直的で ある。不当利得制度の理念たる公平・正義にかな う結論を導くには,社会通念上の因果関係があれ ば足りるとすべきである。

本問事例では,このような意味の因果関係は存在する。

法律構成を考える

不法行為による場合

【論点】騙取金による弁済 損失と利得

因果関係

{3(1)それでは,丙は「法律上ノ原因」(703条)ۥ┤ 「法律上の原因」があるか {なく利得を得たといえるか。判断基準が明らかで<sup>{</sup> ₹なく,問題となる。

{(2)不当利得の制度は,実質的,個別的に不当な⟨ 結論となる場合に,矛盾の調整を試みる制度であ る。とすると,実質的に考えて,利得の保有が正〉 |義・公平の観点から是認されないか否かを判断基\ ネ準とすべきである。

፟{(3)ここに,金銭は所有と占有が一致するから, 動産が即時取得制度によって保護されることとの〉 ⟨均衡を考慮に入れなければならない。

したがって、法律上の原因がないというには、 〈事情について悪意もしくは重過失あることを要す〉 }ると解する。

本問丙は事情について悪意だから、本要件も認め ることができる。

4 したがって、甲は丙に弁済金について不当利得 に基づく返還請求ができる(704条)

以上

# 第 68 問

ブルドーザーの 借主Mが修理業者Aに修理に出した。ところがMが行方不明になっ たので,ブルドーザーを 所有者 B が引き上げた。この時 , A は B に修理代金相当金 額を不当利得返還請求ができるか。

В М

# 【論点】転用物訴権

#### 解答例

- Mは行方不明になっており,Aが修理代金をM から回収することは事実上できなくなっている。そ こで、Aは代金回収のため、Bに対して、不当利得 に基づく返還請求をすることが考えられる。

前振り

Bは修理済みのブルドーザーを手に入れ、 A は修理をしているので,損失が認められ,利得{ と損失の間の因果関係も認められる。

2 (1) 最後にBの利得は法律上の原因がないもの ⟨ | \*場合分けをする。 ჽか,検討する。

この判断は、不当利得制度の趣旨から正義・公 平の観点から、利得の保有が実質的にいって是認 できるかどうかをもって判断すべきである。

(2)まず,特約ない限り,MはBに修理代金債権〉 を保有していることになる(608条)。すなわち, Bは利得に対応する債務を負っているから、この 「場合の B の利得は理由あるものといってよい。 A ŶはΒに利得の返還請求はできない。

(3) それでは , B が特約によって修理代金債権を? 負担しないとしている場合はどうか。

ブルドーザーが特に安い値段で賃貸されている 〉場合,その引替えに借主が必要費・有益費を負担 する趣旨であると解される。となると,Bの利得? 〉は法律上の原因があるものといってよい。 A は B st に利得の返還請求はできない。

(4) 一方で,ブルドーザーが普通の価格で賃貸さ れている場合、Bは十分の賃料を得ておきながら、 必要費・有益費も負担しないことになる。これは、 有利な地位にある物の所有者が有利な契約を借主 に押しつけたものであると言える場合もありう る。

したがって,この場合,Bの利得は法律上の原 因がないといえる。この場合ならばAはBに不当 |利得の返還請求ができる。

以上

【論点】転用物訴権

# 第 69 問

AはBに子Cの裏口入学の仲介を依頼し, 金銭数 100 万円を支払い, 車を引渡し たが、Cは大学不合格になった。

1 AはBに 不当利得に基づく利得の返還請求, 不法行為に基づく損害賠償請求 所有権に基づく車の返還請求をなしうるか。この場合, 誰に車の所有権があるかも 併せて論ぜよ。

- 2 1を前提とし,Bが Aの無知に乗じてしきりに裏口入学を行うように誘った特段 の事情がある場合はどうか。
- 3 Cが大学を不合格になったので,Bは受けた利益を返還するという 契約を改めて 結んだ場合はどうか。

基礎点 20点 各1点

【論点】708条の不法の意味

【論点】708条の給付の意味

ごとに別々に考えること

【論点】不法行為・所有権に基づく返還請求の可否

【論点】不法の程度の比較

【論点】返還の特約の効力(はじめから特約をつけていた場合ではない点に注意)

#### 解答例

- 小問1について

1 (1) 本件契約は裏口入学を依頼するものであるか ら,公序良俗(90条)に反し,無効というべきであ る。したがって、Bの利得は法律上の原因がないか ら,不当利得を構成するかに見える。

しかし、不法の原因のため給付をなした者の給く タ付の返還請求権は否定される(708条)。 本件はタ この場合にあたらないか。まず「不法」の意味がჽ }明らかでなく問題となる。

思うに,708条は90条と同様,不法に法は助力 しないとする規定である。すなわち,両規定は表く {裏一体の規定であるから ,「不法」とは , 90 条にδ いう公序良俗違反のことを指すと解する。

(2)次に,「給付」(708条)の意味が明らかでな⟨【論点】708条の給付の意味 く、問題となる。

思うに,返還請求権が否定される根拠は,法がく ∛不法に助力しないことに求められる。ここで,− 部でも給付がなされればすべて本条が適用される となると、給付の相手方の請求に応じて国家の強く <sup>{</sup>制執行を認めざるを得なくなる。かかる結論は本<sup>{</sup> ፟条の趣旨に反する。

したがって、「給付」とは終局的給付を意味す?

【論点】708条の不法の意味

}ると解する。

それでは,終局的給付とは具体的にどの程度ま で給付をなせばよいか。

権利の移転が確定するには,権利者が対抗要件を具備することまで必要であると解すべきである。 したがって,原則対抗要件の具備をもって,終局的給付といってよい。

(3)本問の場合,金銭については所有と占有が一致するので,終局的給付はある。一方,車について登録名義がどのようになっているか明らかでない。そこで,Bに登録名義が移転されていれば,終局的給付があるというべきである。

以上から,上の要件を満たすとき,AはBに不当 利得の返還請求はできない。

{2 (1) それでは,不当利得の返還請求が否定され るとき,それ以外の構成による返還請求は認めら れるか。

もしこのような請求を認めるならば,不当利得 による返還請求を否定した意味がなくなる。

したがって,不法行為に基づく損害賠償請求権 は,否定すべきである(708条類推)。所有権に 基づく返還請求権も認められない。

{(2)それでは,利得の返還請求が制限される結果, { 所有権の帰属はどうなるのか。

本来 708 条は返還請求権を認めないだけであり、所有権を被給付者に当然に移転するものではない。しかし、いかなる方法によっても本来の所有者は返還請求できないから、このまま矛盾した 法律関係を存続させるのは妥当ではない。

したがって,返還請求が封じられる結果,被給 付者に反射的に所有権が移転すると解するのが妥 当である。

(3)以上から,Aは金銭・車の返還請求はできない。 結果,反射的に金銭・車の所有権はBに移転する。

二 小問2について

Bがしきりに裏口入学を誘った場合といえども、

【論点】不法行為・所有権に基づく 返還請求の可否 Aが裏口入学を依頼する意思がある。したがって双 方に不法の原因がある。

しかし,本件事案では,Aは詐欺事件の被害者にあたることがありうる。このような場合,Aの返還請求を認める必要性がある。そこで,不法原因が「受益者ノミ」にある場合,と規定する 708 条但書は一方の不法性が軽微な場合でも,一切適用できないのか。

{ 思うに,公平な結果を導くためには弾力的な解} {釈をなすべきである。 {

くしたがって,一方の不法の程度が軽微で,もうとの方の不法の程度が強度な場合も 708 条但書を適います。

本件は相対的にBの不法の程度が高いから,AはBに対して,給付した利得の返還を請求できる。

三 小問3について

本問のように 不法原因給付にあたり,給付の 返還請求が阻止されても,当事者が改めて目的物 返還の契約を締結した場合,かかる特約は有効か。 思うに,708条の趣旨は,例外的に不法をなし た者を救済しないという点にある。とすると,当 事者が任意にそのような特約を結んだ場合,それ に効力を認めてもよい。

したがって、かかる契約は有効であると解する。

以上

【論点】不法の程度の比較

【論点】返還の特約の効力
\* cf. もともとの不法契約の中にお
かれた返還の特約は無効

# 第3章 不法行為

第 70 問

次の小問に答えよ。各問は独立した問いである。

- 1 16 歳の X は家の庭で花火をしていたところ,<u>火の後始末が不十分で火が燃え広がり</u>, A 家建物が全焼した。この時, A は Y にいかなる請求がなせるか。 X の<u>親 Y は</u> 花火を途中まで見ていたが,最後まで X につきあわないで,何も注意をしないで家に入ったという事情がある。
- 2 8歳のXは家の庭で花火をしていたところ, 火の後始末が不十分で,火が燃え

広がり, A家が全焼した。この火事で,寝ていた Aの息子Bが死亡した。この時, AはYにいかなる請求をなしうるか。

基礎点 21点 各論点2点

【論点】責任能力ある未成年の不法行為についての監督者の責任

【論点】失火責任法と 714条

【論点】被害者即死の場合の請求権の発生

【論点】損害賠償請求権の譲渡性・相続性

## 解答例

小問1について

1 本件火事の直接の原因は,Xの過失によるもの である。また,Xは責任能力あるから,Xが責任を 負うのは間違いない(709条)。

しかし,この場合,Xの親権者であり,監督者〉 であるYは一切不法行為責任を負わないのか。

2 この点 , 714 条が制限能力者の監督者の責任〉 「を ,制限能力者に責任能力がない場合に限定して<sup>{</sup> いるから,監督者の責任を否定することもできそ うである。

しかし、714条の趣旨は、被害者保護のため、 監督義務を怠った点についての立証責任を監督者 側へ転換した点にある。とすれば,714条は加害 者に責任能力ある場合に,監督者への損害賠償請 ₹求を封じるものではない。

したがって、被害者は保護者が監督義務を怠っ たことについての立証さえ行えば,監督義務者に 責任追及できることになる(709条)。

3 本問では、YはXに何も注意をしないで家に入 っているから、監督義務を果たしたとはいえない。

また,本問では失火によって損害が発生している │ \* 失火責任法の問題は軽く済ませた から,失火責任法の適用が問題となる。しかし,本 問Yは監督責任を果たすにあたって重過失あるといか える。

したがって、AはYに不法行為に基づく損害賠償 (709条)を請求できる。

小問2について

【論点】責任能力ある未成年の不法 行為についての監督者の責任

あてはめ

後段と違い,適用があるのは明ら

1(1)本問Xは8歳であるから,責任無能力者といく 「ってよい。 このように責任無能力者が失火を出し。 <sup>{</sup>た場合,その保護者に責任追及するにあたって, 失火責任法をいかに適用すべきか。失火責任法と ₹714 条の関係が問題となる。

(2)まず,重過失を誰において認定すべきかが問 題となる。

思うに,714条は監督義務を果たせなかった監察 督者に責任を追及するものである。したがって, 監督者について過失を認定すべきである。

§(3) さらに,714 条と失火責任法との適用関係が
§ 問題となる。

思うに、失火責任法の趣旨は、木造建築物の多 い我が国の事情に鑑み,失火者の責任があまりに も拡大することを防ぐ点にある。

しかし、保険契約・耐火建築の普及によって、 上記失火責任法の趣旨は現在ではその妥当性が失 われている。

したがって,適用範囲は限定すべきである。す なわち、失火によって生じた直接の損害について 『適用を否定し,延焼部分には適用を肯定するのが》 妥当である。

延焼によって被害が拡大した部分について責任 を免れさせるのが失火責任法の趣旨に合致すると いえるからである。

(4)本問の場合,Aに生じた損害は直接損害である といえる。したがって、失火責任法の適用はない。

以上から, A は Y に 714 条を根拠に損害賠償請求 できる。

2(1)次に請求内容が問題となる。

まず、家屋その他の物的損害、及び、子が死亡し たことによる慰謝料が請求できる(711条)。

﴿(2)次に,Bの損害賠償請求権について,Bの損⊱【論点】被害者即死の場合の請求権 害賠償請求権が発生するか。

死亡した瞬間には既にその者には権利能力な 【論点】損害賠償請求権の譲渡性・ タい。それでも死亡した被害者の損害賠償請求権はタ│相続性 発生するのか。

【論点】失火責任法と714条

重過失を誰に認定するか

失火責任法適用の方法

条文から原則をしっかり指摘

の発生

そこで,生命侵害は身体侵害の極限概念ととら え,損害賠償請求権は発生するというべきである。 (3)一方,慰謝料は一身専属権だから,行使の意 思表示なく発生するのか。

被害者の請求額が低額になりがちな実状に鑑みると,損害賠償責任の発生はできるだけ緩やかに認めるべきである。また,重傷後死亡の場合との均衡を考慮する必要もある。

くしたがって,慰謝料請求権は即死した被害者の 特段の意思表示なくても発生するというべきである。 る。

そして,発生した後の慰謝料請求権の本質は単 純な金銭債権にすぎない。したがって,慰謝料請 就権も相続されることになる。

(4) 以上から , B の損害賠償請求権を A は Y に請求できることになる。

以上

## 第 71 問

Xの 被用者 A が休日に <u>会社所有で,会社の社名が入った車</u>を運転していた所, B の運転する車にぶつかり,車に同乗していた <u>B の 3 歳の子供 C が怪我</u>をした。事故 の原因は A B 双方の脇見運転にあった。

- 1 Cは誰にどのような請求ができるか。
- 2 XがCに損害を賠償した場合,XAB間の法律関係を論ぜよ。

## 基礎点 18点 各論点1点

【論点】共同不法行為成立の要件

【論点】「事業ノ執行ニ付キ」の意味

【論点】共同不法行為の効果

【論点】過失相殺能力

【論点】被害者側の過失

【論点】不真正連帯債務の求償関係

【論点】使用者責任における求償制限

## 解答例

- ー 小問1について
- 1 CのABへの請求について
- (1) 本件 C は A B 2 人が犯した交通事故によって,怪我をしている。そこで, A B に連帯責任を 追及できないか。719 条 1 項前段の共同不法行為 の成立において,各行為者についていかなる要件 を満たすことが必要か。
- {(2) 思うに,本条前段は各人が損害の原因とな {り,別個に責任がある場合を前提としている。し たがって,各行為が独立して不法行為の要件を備 えていることを要求すべきである。

く さらに被害者保護の観点から,本条の適用範囲 は広く解するべきである。したがって,客観的な 共同関連があれば「共同ノ不法行為」(719条 1 項前段)の要件を満たすと解する。

(3) 本問の場合,ABには客観的な関連共同があ る場合といえる。したがって,両者ともCの怪我に う。 まであると考える。 ついて 709 条の要件を満たせば,不法行為責任を負 う。

両者の責任は不真正連帯債務を構成することになる。両者に主観的関連共同がないし,被害者保護の観点から,連帯債務の絶対効の規定を請求に関するもの以外は適用すべきでないからである(434条以下)。

- 2 Xへの請求について
- (1)被用者 A が発生させた事故について, X が責任を負うかについて,使用者責任(715条)の追及のためには,事業の執行について不法行為が行われる必要がある。

そこで、「事業ノ執行二付キ」(715条)の要件

{(2)まず,職務行為に属する行為の他,事業の執 { 行行為と密接な関連があるといえる行為も含むと { いうのが妥当である。 【論点】共同不法行為成立の要件 \* 左記は判例

\*学説

本条成立に各行為者に一般不法行 為の要件の具備を要求するのは,719 条の存在意義を希薄にするものである。

そこで,共同行為と損害との間に 因果関係があればよいと考えるべき である。この場合において,主観的 な関連共同がある時,因果関係が擬 制され,反証が許されないと解する。

一方,客観的な関連共同がある場合は,自己の行為と結果との間に因果関係がないことを証明すれば,免責されると考える。

【論点】共同不法行為の効果

【論点】「事業ノ執行ニ付キ」の意

また、内実として事業の執行にあたらない行為 であっても,その行為によって損害を受けた被害ჽ 者の信頼を保護する必要がある。

そこで,本要件の判断については,客観的に行く 為の外形を標準として判断されるというべきであ る。

ただし,その内実について信頼を欠く者を保護〉 する必要はない。したがって,悪意・重過失ある{ | 被害者は使用者責任を追及することはできないと⊱│件はあえて無視した方が無難 解する。

(3) A の運転する車は会社のロゴが入っているから 外形上職務行為に当たると思われるから,特段の事 情ない限り、CはXにも損害賠償請求権を行使でき る。

この場合、XAの責任は不真正連帯債務を構成す

3(1)以上から,CはXABのいずれに対しても損 害の全額について請求ができることになる。しかし CがXAに対して損害賠償を請求した際に、その過 失が斟酌され,金額が減額されないか。

まず , 過失相殺における「過失」(722条)と} は,709条における過失と同趣旨か。

(2) 思うに,過失相殺とは,損害額についていか に被害者の不注意を斟酌すべきかの問題であり ₹責任を負わせるための概念ではない。

とすると,722条の過失とは,709条における それとは別に考えるのが妥当である。

ここに、上記 722 条の趣旨からして、事理弁識 能力があれば,過失相殺における過失を斟酌でき ると解するべきである。

本問における C は 3 歳であるから,上の意 (3) う味の事理弁識能力はない。このように被害者に事る 理弁識能力もない場合,一切過失は斟酌されない のか。

思うに、誰が請求するかによって過失相殺の斟く |酌の有無が左右されるのは,不均衡である。例え{ \*事実的不法行為の場合,主観的要

【論点】過失相殺能力

【論点】被害者側の過失

፟{ば,子の治療費相当の損害賠償において,親が請፟፟፟{ 求すれば,子の過失は斟酌されないという結果は<sup>(</sup> }妥当でない。

そこで、当事者以外の者の行為を被害者の計算〉 に帰すのが公平な場合,被害者以外の者の過失も 賠償額の算定において斟酌すべきである。

具体的には,被害者と身分上生活関係上一体を┤┼参考 過失が斟酌される場合 |為すとみられるような関係ある者の過失も過失相ネ 殺の際に斟酌すべきであると解する。

BCは親子であり,上記のような関係が認められ|いる場合は斟酌されない る。したがって,Bの過失が斟酌され,CがXAに 請求する際に,過失相殺として金額が減額されるこ|する・親子は財布は同じ) とになる。

ニ 小問 2 について

1 (1) X A B はいずれも C への加害者として責任を 負担しなければならない。

共同不法行為者は,互いに連帯債務を負うと解〉 くされる(719条)。しかし,被害者保護の観点かく) ら、民法の絶対効に関する規定(424条以下)の うち、債権の効力を弱める関係にあるものについ ては,適用すべきでない。そこで,それぞれの責〉 任は不真正連帯債務の関係に立つというべきであ ≀ຣຸ

(2) この場合,主観的共同関係がないから,負担 ჽ部分は観念できない。その結果,求償関係は成立ჽ しないかに見える。

しかし、不真正連帯債務であるという理由のみ で、直ちに負担部分・絶対効の有無を論じるべき でない。各場合ごとに妥当な結果を導くべく,具ჽ 体的な効果を考えるべきである。

この場合,一方の加害者の払い損という事態を 回避する必要がある。また,過失割合に応じて負 }担部分を観念することもできる。

したがって、不法行為者の一部が責任を果たし た場合、この負担部分にしたがって、他の共同不 法行為者への求償を認めるべきである。

(3)とはいえ,BはCの父親であるので,Bの負担│\*問題の特殊性に配慮

親 … 斟酌される 教師・保母 … 斟酌されない 配偶者 … 夫婦関係が破綻して (結局財布が同じかどうかで判断

【論点】不真正連帯債務の求償関係

部分については既にCのXAへの請求の際に考慮に 入れて、損害賠償額が決定されている可能性が高い。 その意味でXAによるBへの求償請求は認められな いと思われる。

2 次に,使用者責任が成立する場合,使用者・被 用者それぞれの責任も不真正連帯債務の関係に立 つ。この場合も負担部分にしたがって求償を認める べきであると解する。

しかし,使用者責任は本来は代位責任であるか{ | 【論点】使用者責任における求償制 ら,責任を果たした使用者は被用者から賠償額全〉 額について請求できるのではないか。

思うに、被用者の不法行為によって発生した損〉 {害については,使用者に責任の一端が存する場合{ もある。

したがって,求償の範囲は信義則上相当な範囲? 〉に制限されると見るべきである。

XはAに必ずしも支払額全額について求償できる とは限らないことになる。

以上

## 第 72 問

Xは工場を営んでいるが, その工場の中の電気配線の不備によって, 火災が発 生し,A家が全焼した。この火事の際に, A家のAが死亡したほか, その娘であり (認知がある), 二歳のBが顔にひどいやけどを負った。 B,及びAの内縁の妻で ありBの母親であるCは自己固有の請求として,Xにいかなる請求がなせるか(すなわ ち , A に発生した損害賠償請求権の相続については考えなくて良い )。

## 基礎点 20点 各論点1点

【論点】工作物の範囲

【論点】失火責任法と工作物責任

【論点】711条に列挙されない者による固有の慰謝料請求権

【論点】精神的苦痛を感じる能力のない幼児は 711 条の主体足りうるか

【論点】711条の対象は生命侵害に限るのか

#### 解答例

- 1 (1)まず X の工場による出火によって損害が発生しているから,工作物責任 (717条 1 項)を根拠として B C は X に損害賠償請求することが考えられる。

といり、本件火事の原因は,電気配線の不備に あって,建物自体の瑕疵によるわけではない。それでで,土地の「工作物」(717条)の意義をいか に解すべきか。

(2)思うに,717 条は危険責任を根拠とする規定 である。とすれば,かような危険があるものを放 置した者には広く責任を問えると解する。

くしたがって,土地の工作物の範囲としては,土地に接着して人工的に作り出されたあらゆる設備を指すというべきである。

く さらに,建物と実質的に一体化した建物の設備 についても,工作物に含まれるというべきである。

(3)本件電気配線は工場に一体化した建物の設備と いえるから,工作物にあたる。

- 2 (1)次に,本件損害は火災によって発生したものである。そこで,717 条と失火責任法との適用 関係が問題となる。
- {(2)思うに,失火責任法の趣旨は,木造建築物の 多い我が国の事情に鑑み,失火者の責任があまり にも拡大することを防ぐ点にある。

しかし,保険契約・耐火建築の普及によって, 上記のような失火責任法の趣旨は現在ではその妥 当性が失われている。

くれたがって,適用範囲は限定すべきである。するなわち,失火によって生じた直接の損害について 適用を否定し,延焼部分には適用を肯定するのが 妥当である。

を免れさせるのが失火責任法の趣旨に合致すると にえるからである。

(3)本問の場合, B C に生じた損害は直接損害であるといえる。したがって,失火責任法の適用はない。

【論点】工作物の範囲

【論点】失火責任法と工作物責任

- 3 以上から, B C は X に 717 条 1 項を根拠に損害 賠償請求できる。
- 二1 次に,BはB固有の物的損害・慰謝料請求を なすことが考えられる。

しかし、Bは幼児であり父親の死亡について精く 神的苦痛を感じる能力がない。もっとも,このよ{ うな者も長じるにしたがって,苦痛を感じるもの である。損害賠償の請求可能額が低廉になること を防ぐ必要もある。

したがって、精神的損害についても慰謝料請求 の主体たりうる。以上,自己が被った被害につい ての慰謝料及び父親が死んだことについての慰謝? ჽ料請求ができる(711条)。

2(1)次に, Cもまた固有の物的損害・慰謝料請求 をなすことが考えられる。

特に慰謝料について,まず,自己の被った苦痛〉 {に加えて,内縁の夫が死亡した事による慰謝料請⊱│ 求をなすことが考えられる。

711 条は遺族の固有の慰謝料請求権を認めてい るが、列挙者以外の慰謝料請求は認められるか。

711 条を反対解釈すれば,この点は否定される。 しかし、711条の趣旨は被害者の近親は通常強 度の苦痛を感じるのが通常だから,かかる者に故 〈意・過失,損害の発生についての立証責任を軽減〉

した点にある。

とすれば,上の要件の具備を立証すれば本条所 {定の者以外も損害賠償請求ができるというべきで{ ある(709条,710条)。また,711条所定の者に 準じる地位にある者については 711 条を類推適用〉 し,立証責任を軽減させるべきである。

本問Cは内縁の妻であるから,711条を類推して, Aの死亡についての慰謝料を請求できる。

(2)また,娘が顔に傷を負った点を捉えて慰謝料⊱│【論点】711 条の対象は生命侵害に **춡請求ができないか。被害者の親族は ,被害者が「生∛ |限るのか** 命」(711条)を害された場合以外も固有の慰謝

【論点】精神的苦痛を感じる能力の ない幼児は711条の主体足りうるか

【論点】711条に列挙されない者に よる固有の慰謝料請求権

\* 711 条所定の者に準じる者 内縁 の妻、未認知の子、長年被害者から 療養看護を受けてきた同居の親族, など

፟<料請求ができないかが問題となる。

その思うに,生命侵害の場合,近親者は精神的苦痛を被るのが通常である。そこで,そのような場合と近親者の立証責任を軽減した点に 711 条の趣旨が をする。

とすれば,被害者の近親者が生命侵害に比肩しるうるほどの苦痛を感じる身体的傷害についてはる709条,710条によって損害賠償請求ができるというべきである。

Bは女児であるので,その顔に怪我を被れば母親は娘の死に比肩し得るほどの苦痛を感じると思われる。したがって,Bの怪我についてもCは固有の慰謝料請求ができる。

以上

#### 第 73 問

709 条について。

- 1 他人の <u>「権利」を侵害した</u>とされているが,法文に権利とされていない利益への 侵害については,不法行為は構成しないのか。
- 2 不法行為に基づく 損害賠償請求権の範囲はどのようにして決せられるか。
- 3 損害賠償は金銭によって賠償をなすことが原則である。 それ以外の損害の回復方 法は認められないのか。

# 基礎点 19点 各 2点

【論点】権利侵害の意義

【論点】損害賠償の範囲

【論点】原状回復請求・差止請求の可否

# 解答例

- 小問1について

{2 思うに,侵害の対象が「……権」の名をもた{ } ないものでなければ,いかに利益が害されても不{ 【論点】権利侵害の意義

タ法行為制度の対象にならないとするのはあまりにタ 不当である。

この場合も制度の射程範囲に入れるため、「権〉 {利 ... 侵害 」(709 条)は,加害行為に違法性があ{ ること、に読みかえるのが妥当である。そして、 ჽかかる違法性の有無は,加害行為と被侵害利益と の相関関係で決定されると解する。

- 3 以上から,加害行為に違法性が認められれば不 法行為制度の対象になりうると解する。
- ニ 小問 2 について
- 損害賠償請求が可能な範囲の判断方法についく て,明文はない。そこで,これをどのようにして ₹判断すべきか。
- 2 損害賠償の請求の際,違法行為と損害は,原 ፟ឱ結果の関係にある必要がある。

しかし、自然界の因果関係が無限に進展するお それがあることから,損害賠償責任が発生する範々 囲を限定する必要性がある。

3 そこで、損害賠償の範囲と額の算定には、同く 〈趣旨の条文である 416 条が類推適用されるという〉

## 三 小問3について

問題文にあるように,不法行為に基づく損害{--|【論点】原状回復請求・差止請求の |賠償請求においては,金銭による賠償が原則であ⊱||可否 る (722 条 1 項・417 条 )。 金銭は可分であるか ら、責任の範囲を確定しやすいからである。

一方で、名誉毀損が行われた場合のみ、名誉を 回復する適当な処分をなすことを請求できる(723 (条)が,これは例外である。

原状回復を請求する場合、過大な負担を加害者 ჽに課す結果になるおそれがある。

したがって、原状回復は特別法ない限り認めら れない。

2 一方,不法行為の差止請求を認めるという方 ⟨法が考えられる。公害等による継続的侵害があっ⟨ ⟨た場合,このような請求も認める必要性がある。 ⟨ 【論点】損害賠償の範囲

問題はその法律構成である。まず,物権が侵害 された場合,物権的請求権による妨害排除・予防く 請求などができるから,問題はない。

一方、被侵害利益が物権でない場合はどうか。 人格的利益は,710条などで承認された保護に値ჽ する利益と言える。

ただ、この場合は物権侵害があるわけではない ჽから,金銭による損害賠償しかできないかにみえ ፟る。

しかし,人間の身体が害された場合,身体は財 <sup>'</sup>産と同程度かそれ以上に価値が高い。にもかかわ<sup>{</sup> らず、妨害の排除・予防請求ができないのは均衡 を失する。

そこで、人格的利益への侵害と評価できる場合。 {妨害排除・予防請求を肯定すべきである。

以上

# 第4章 補足 家族法

第 74 問

Aは債務超過状態に陥ったにもかかわらず,配偶者Bと離婚した上で財産分与として 全財産を配偶者に提供した。Aの債権者Cはこの場合,いかなる手段を執りうるか。

## 基礎点 23点

【論点】財産分与は詐害行為取消の対象となるか(2点)

# 解答例

一1 本件 A は財産分与として離婚した配偶者 B に 全財産を提供し,無資力となっている。

この場合、Cは自らの債権回収のため、Aの責任 財産がなくなるので,責任財産を回復する方途を取 らなければならない。

そこで, Aのした財産分与を詐害行為として〉 {取消すことが考えられる(424 条)。しかし,財{│権の対象になるか ⟨産分与は財産的行為ではないから,これも詐害行⟨ 為取消の対象としてよいか,問題となる。

【論点】財産分与は, 詐害行為取消

本来財産分与は,分与権者の実質的財産といえるののではない。

3 ただし,財産分与の額が過大である場合,形 式的に財産分与の形を取っているが,実質的には 財産を隠匿するための詐害行為に過ぎないといえ る場合がある。

る。 と認められる場合は,財産分与も債権者取消権の 会 対象としてよい。

二 本問 A の行為を検討するに,全財産を分与することは, B が一人で家業を切り盛りし,その出資もしていたなどの事情がない限り必要ないはずである。 したがって,本件 A の行為は財産分与に仮託した財産処分といえる。これは詐害行為取消権の対象になると解する。

以上から,詐害行為取消権の他の要件がそろえば, CはAの財産分与を取り消し,責任財産の回復を図 ることができる。Cはかかる回復された財産につい て強制執行手続をとればよい。

以上