

# 2021年度司法試験論文式試験民法コメント付解答例

2021年6月29日

松岡 久和

## I 設問 1

### 1 当事者の主張の根拠

#### (1) 前提として想定されるAの主張

Aは、請求1につき、盗難にあった甲についての現所有（事実1）とCの現占有（事実3）を請求原因として、所有権に基づきCに対して甲の返還を求める。盗難によつては甲についてのAの所有権は失われず、Bが拾得しても無主物先占や遺失物拾得（民法239条・240条。以下「民法」は略す）の要件をみたさないため、Bが所有権を取得する余地はない。請求2については、返還までに甲を使用できなかったことによる所有者としてのAの損失、その間にCのが使用して得た受益、両者の因果関係、およびDに所有権がなくCには甲の使用権原がないため法律上の原因が欠如していることを請求原因として、使用料相当額の不当利得の返還を請求する（703条）。

#### (2) Cの反論 —— 下線部の根拠

##### 1) 概要

Cの反論は、請求1については、Aに所有権が帰属することを争い、仮にAに所有権が帰属するとしても自己の占有権原があると主張する。請求2については、やはりAに所有権が帰属することを争って損失要件の充足を否認し、仮に損失要件の充足が認められても、自己に使用借権があり、使用により利益を得ることについても法律上の原因があると争う。したがって、下線部のは、Dの所有権（次述2）及びDから得た使用借権が法律上の原因になること（次述3）を主張する。また、使用借権が認められなかった場合の予備的主張としては、189条1項により法律上の原因があることを主張する（次述4）。

##### 2) Dの所有権取得の根拠

Cは、Aの元所有については争わないだろうから、盗品であるとのAの主張が認められるとBには所有権がなく、DはBから所有権を承継取得することはできない。そこで、Dが即時取得していることをDの所有権取得の根拠として主張する。

即時取得の要件の充足を基礎づけるためには、BD間の代物弁済契約（482条）およびそれに基づくBからDへの甲の引渡し（本件では、Bが無償で貸し与えて直接占有しているCに対し以後は譲受人Dのために占有することを指図し、Dがそのような方法による引渡しを了承しているため184条の指図による占有移転の要件をみたす）を主張するだけで足りる。Cを直接占有としてDの取得した間接占有に基づいて、Dの平穩・公然・善意が推定され（186条1項）、Dの前主Bの占有の適法推定（188条）により、Dの無過失も推定されるからである。たしかにBは甲の所有権取得の経緯について虚偽の説明をしていたので、Aはその点を主張して過失の有無を争うかもしれないが、甲の所有者を示すプレート等もなく、特段の不審事由もなかったため、DがBの言を信じたことには過失はない（以上、事実4）。

##### 3) Cの占有権原の根拠

CはBから甲を6か月間、使用貸借契約で借りていて、Dはそれを引き継いでいるので（事実3・4）、Cには占有権原がある。これは返還請求に対する抗弁となるほか、Cの使用

#### 8 指摘 ポコちゃん

→ 解説とは異なって、設問形式に沿う形で、各主張の根拠と争点に対する判断に再構成しています。設問1～3すべてについてそうしています。問いに正面から答えているという姿勢をみせることは、案外重要だと思います。

#### 1 指摘 ポコちゃん

→ この(1)は、請求認容の可否を判断するには不可欠で、Cの反論の手がかりともなりますので、最初に簡潔にまとめておくことを推奨します。

#### 2 指摘 ポコちゃん

→ この文章はなくてもかまわないと思います。

#### 3 指摘 ポコちゃん

→ 不当利得の根拠条文とその要件充足はきちんと指摘して欲しいです。

#### 4 指摘 ポコちゃん

→ 下線部の主張が請求1・2の両方にかかることが読みやすいように最初に概要を付けましたが、これらは2)～4)の中に分解してしまっても良いです。

#### 5 指摘 ポコちゃん

→ この文章は請求原因の個所と重なるのでなくてもかまいません。

#### 6 指摘 ポコちゃん

→ この無過失の評価根拠事実の指摘は、無過失推定があるので、上記のような即時取得の積極要件と推定規定の存在だけで足り、なくても良いです。問題の文に書かれているので言及してみました。

の法律上の原因にもなる。

#### 4) 189条1項

仮にCの使用借権がAに対抗できないとしても、CはBから甲を借り受けて占有を取得した当時、甲が盗品であることやBがそれを拾得したことを知らなかったので（事実3）、自らの占有権原を信じていた善意占有者である。善意占有者は果実收取権を有する（189条1項）。これは占有物から得られる利益を享受できることを意味するから、使用利益についても法律上の原因があり、Cは、不当利得返還義務を負わない。

(3) Aの再反論（下線部④および⑤）の内容と根拠

##### 1) 「指図による占有移転」（184条）による即時取得の否定（下線部④）

下線部④のAの再反論は、「指図による占有移転」（184条）では即時取得の「占有を始めた」という要件が満たされないと争うものである。その根拠は、占有改定による即時取得については判例・多数説が否定するところ、その理由である「一般外観上従来の占有状態に変更を生じない占有改定では192条の要件をみたさない」との考え方が指図による占有移転にも当てはまるというものである。

##### 2) 盗品回復請求権による返還請求（193条。下線部⑥）

下線部⑥で、Aは、まず、193条による盗品回復請求が可能なことを主張する。その根拠は、本件ではAが甲を盗まれたのは令和2年4月10日であり、現時点は盗難から2年以内なので、Dに即時取得が成立しても、193条の要件をみたしており、Aは甲の返還を請求できる、というものである。

##### 3) Aへの所有権帰属による不当利得要件の充足（下線部⑦）

下線部⑦では、Aは、さらに、自己への所有権の帰属を主張して不当利得の損失要件の充足を主張するものと思われる。その根拠として、CD間の使用貸借契約はDに対するCの使用の法律上の原因になっても、相対効しかないのでAに対する法律上の原因にはならない、との理由づけが考えられる。

## 2 争点に対する判断

### (1) 請求1について

請求1は認容される。判例によれば、即時取得の要件が満たされても193条の期間内には所有権は元所有者に依然として帰属しているため、所有権に基づく返還請求が認容される。Aは、そもそも下線部④のように主張して即時取得の成否を争う必要はなかった。

また、「指図による占有移転」による即時取得を肯定したうえで、仮に有力な反対学説にしたがって、193条の期間内においても所有権はDに帰属するとしても、193条によりAは甲の所有権の返還及び引渡しを求めることができ、Cの使用借権は契約の相対性を理由にAに対抗できる占有権原とはならないため、請求1が認容されるとの結論は変わらない。

なお本件では、DはBから代物弁済で甲を譲り受けたものであり、Bが「その物と同種の物を販売する商人」（無店舗販売人）であるかどうかは不明であるが、同条が保護しようとした定型化的な売買取引の信頼とはかかわりがないので、同条は本件には適用されない。それゆえ、DがAに対して代物弁済により消滅した借入金債権を代価とみだてて、その弁償がされるまで留置し、使用利益を受受できるとする余地はない。したがって、Dの194条の代価弁償請求権による留置権の抗弁を援用して、その弁償がされるまで甲の返還を拒

7 指摘 ポコちゃん  
→ 根拠を問われているので、判例が必ずしも明らかでないこの問題については占有改定による即時取得否定説を援用してみました。実は、193条の主張の前にはあまり意味のない争い方になってしまいますので、問題の作り方として適切かはやや疑問です。  
←

9 指摘 ポコちゃん  
→ 判断は主張との重複をできるだけ避けて、設問の形式に対応する形式に再構成しています。  
←

12 指摘 松岡  
→ 指図による占有移転によって即時取得が成立するか否かは、判例では判然としませんが、論じるとすれば、「現実の占有者Cに対するBの指図があり、Aは、Cへの照会を介して間接占有者を知ることができる。その程度では外形的な変化があり、元の所有者Aの信頼が裏切られていることが表面化しない占有改定の場合とは異なるため、即時取得は認められる可能性が高い」くらいの判断になりましょう。  
←

10 指摘 松岡  
→ なお書きの段落は、全体の問題量や配点からすると省略可能だと思います。ただ、最高裁の平成12年判決（バックホー使用利益事件）を想起させるものそれが使えないという点は、出題者が聞いてみたい点かもしれません。書くとなれば、使用借人CではなくDに代価弁償請求権が成り立ってCがそれを援用できるのではないか、という問題だと言うことは意識してください。  
←

絶することもできない。

#### (2) 請求2について

請求2は、Aの訴え提起後引渡しまでの使用料相当額に限り認容される。たしかにCの使用借権は相対的なものでAには対抗できないため法律上の原因にはならない。しかし、善意の占有者には、遅くとも返還請求の訴えの提起の時まで果実收取権が認められ（189条）、この規定は所有者を犠牲にしてもその限りで善意占有者への利益帰属を正当化するものであり、使用利益享受の法律上の原因となる。ただし、Aの請求1が認容されると思われる本件では、同条2項により、訴え提起の時以降についてはCは使用料相当額の返還義務を免れない。

## II 設問2

### 1 契約①によるEの債務の内容および契約①の性質

契約①は、Aの従業員の乙検定合格に向けた講座において、Eが教育役務を提供することをEの債務としている。役務提供型の典型契約は、民法上、雇用・請負・委任（準委任を含む）・寄託のいずれかである。契約①が寄託でないことは検討するまでもなく、また、Eは、Aの指揮命令に従うものではないから、契約①は雇用契約ではない。

Eの債務内容は、Aの従業員の検定合格という結果を出すことではなく、契約①は結果債務を負う請負契約ではない。その債務は、週4回の授業を行い、合格するに足りる能力を付けさせるよう最大限努力をすることであり、Eの専門的技能と判断に委ねられた教育役務（事実行為）を提供する準委任契約である（656条）。委任・準委任契約は、債務内容を考慮した歴史的沿革から無報酬を原則型としているが、報酬特約を付すことは妨げず（648条1項）、講座での授業に対する月額60万円の報酬に加えて、合格者の数が成功報酬として追加されているものである（事実6）。

### 2 請求3（報酬請求）の可否

5か月という期間を定めた準委任契約の締結（事実6）により、Eには約定した月額60万円の報酬請求権が一応成立する。しかし、報酬は委任事務を履行した後にしか請求できないところ（648条2項本文）、8月31日にAが①契約の解除の意思表示をした。委任契約は信頼関係に基づくものであり、いずれの当事者も任意に契約を解除することができる。もつとも、解除の効果は遡らないので（652条）、既履行の8月分についてのEの請求3は認容される。

### 3 請求4（損害賠償請求）の可否

#### (1) 損害賠償請求の可否

651条2項により、任意解除権を行使した場合において、やむを得ない事由がなく、1号または2号に該当する事実があるときは、損害賠償義務が発生する。本件では、Eの厳しい指導に嫌気がさす受講生が現れたことから、Aが8月末までの期限を決めて善処を求めたが、Eは指導方法を改めず、受講生は30名から20名に減っていた（事実9）。このような事実からAの解除が、Eに対する信頼を失ったことによりやむを得ない事由によるものと

11 指摘 松岡  
→ 上記平成12年判決を類推できるとすると、使用利益の返還義務はないことになります。しかし、上述のように194条が適用されないとすると、189条2項によることとなります。どちらの見解によるとしても、平成12年判決との異同は意識する必要があります。  
←

14 指摘 松岡  
→ 9月分・10月分の報酬はそもそも請求していないのでここで書く必要はありません。  
←

15 指摘 松岡  
→ ここは出題意図を付度した少しずらい書き方かもしれませんが、ここでは損害賠償請求を否定してしまうと、損害賠償請求可能額を論じることができず、賠償額の検討を期待しているように感じられる出題趣旨を考慮すると、断定は避けたい言い方が良いと考えました。  
←

されて、損害賠償が一切認められない可能性もある。ただ、厳しい指導により従業員の技能向上の成果は最終的には一定程度あがっていたのであり、かつ、委任には受任者の専門的な判断に委ねる面があることから、やむを得ない事由があったとは言い切れない。

仮にやむを得ない事由がないとした場合、本件では、9月・10月の講座の直前に解除がされたものであり、Eにとって十分な対応の時間的余裕がなかったと思われるので、Aの解除は、1号の「相手方に不利な時期に委任を解除したとき」に該当し、Eは、損害賠償請求ができる。

#### (2) 損害賠償額

損害賠償の内容については、得べかりし報酬相当額までは含まないと解する見解が通説的であるが、報酬相当額まで認められるとの見解もあり、解釈に委ねられている。本件において、他の出張講座よりも高額であった報酬及び合格者比例の成功報酬をそのまま認めるのは過大であると思われる。他方、成功報酬についても3か月間の指導により合格者数を平均以上に押し上げた点への寄与があったと思われ（事実12）、これを一切認めないとすると、成功報酬を免れるための直前解除などの弊害も想定される。

以上を前提に考えると、まず、EがAの教室への専念のために代替講座講師を依頼して支払った40万円の報酬（事実11）は過大ではなく、同額は①契約が維持されることを前提として被った損害と認めることができる。もっとも、Eは10月に2週間の出張講座を行って15万円の報酬を得ているので、損益相殺的処理（536条2項の利益償還も参照）を行って25万円の限度で賠償を認めることができる。

次に、成功報酬については上記の損害とは別に考えることができる。上述のとおり、Eの一定の寄与は否定できないため、Eの講座を受講した合格者数に応じた約定の成功報酬に、予定した期間に対する稼動した期間の比の5分の3を乗じた額を損害と認めることが相当であろう。

#### 16 指摘 松岡

→ このため、以下は自由度が高い問題だと思います。配点が低く、多くを書くことを期待されていないように、理由を付けてある程度書ければ足りるでしょう。

←

#### 17 指摘 松岡

→ 成功報酬については、多様な書き方が可能かと思いますが、以下の記述は、私の感覚による1つの解決案にすぎません。

←

### III 設問3

#### 1 (1)の請求について

##### (1) 請求原因

HはAに対して契約②に基づき500万円を貸し付けた（事実16）。Hの求めにより、Gからの依頼に基づき、HとFは契約③の連帯保証契約を書面で締結した（事実19）。主たる債務者Aからの依頼がなかったことは連帯保証契約の有効な成立に影響しないから（462条はこれを前提としている）、FはAの債務と同一の内容の保証債務を連帯して負う（446条）。

##### (2) 抗弁

###### ① 分別の利益の抗弁

連帯保証人は主たる債務者の債務と同一の保証債務を負うから、分別の利益（456条）を持たず、分別の利益の抗弁により保証債務額がF G間で等分されると主張しても認められない。

###### ② 消滅時効の抗弁

主たる債務の弁済期は令和10年4月1日であったから、その時から債権者Hは権利を行使することができることを契約当初から当然知っている。そうすると、弁済期から5年後の

#### 18 指摘 松岡

→ 請求の当否を聞いているので、請求原因を確認しておくことが不可欠だと思います。書面の点を含めて事実を摘示し、適用条文を示すことが必要です。

←

#### 19 指摘 松岡

→ 抗弁自体簡単に失当だと退けられそうなので書かなくてかまわないかもしれませんが、共同保証人Gがいますので、簡潔に書いておいた方が良いと判断しました。

←

#### 20 指摘 松岡

→ この点为本問では中心となる論点だと思います。なかでも、主たる債務者の承認による時効期間の更新+457条1項が重要です。

←

令和15年4月1日には保証債務の消滅時効が完成しており（166条1項1号）、Fはこれを援用する（145条）、と主張することが考えられる。

しかし、弁済期到来後の令和10年6月20日にAは、Hに弁済の猶予を求める書面を送付しており（事実20）、これは債務の承認である。これにより時効の期間は更新され、時効はその時から新たに進行を始めるため（152条1項）、新たな時効完成時点は令和15年6月20日となる。FはたしかにAの承認の事実を知らず、F自身が保証債務を承認したものではない。しかし、主たる債務者について生じた時効の更新は、保証人に対しても、その知・不知を問わず、効力を生じるため（457条1項）、Fの保証債務についても主たる債務と同様にその消滅時効は完成していない。

したがって、Fが消滅時効を援用して全額の弁済を免れることはできない。

### ③相殺による履行拒絶の抗弁

AはHに対して令和4年8月15日に絵画丙の売買契約を締結し、100万円の代金債権を取得した（事実18）。この100万円の金銭債権は借入金債務500万円と同種の目的を有する債務であり、現時点ですでに双方の債務が弁済期にあるから、Aは相殺を主張して借入金債務の減額を求めることができる（505条）。保証人は、委託の有無を問わず、主たる債務者が相殺権を主張するか否か判断するまでは、履行を拒絶することができる（457条3項）。Fはこの履行拒絶権を主張することが考えられる。

これに対して、Hが、Aに対して負う代金債務につき、弁済期である令和4年8月31日（事実18）から5年が経過し、すでに消滅時効期間が満了している（166条1項1号）として時効を援用すれば、この履行拒絶権も認められない。たしかに、消滅時効にかかる債権を自働債権とする相殺も、消滅以前に相殺適状になっていた場合には例外的に認められ（508条）、時効の援用時点で債権の消滅が確定するとみれば相殺ができることになる。しかし、同条は、時効完成時点までに相殺適状にあつて相殺による清算が済んでいるとの期待を保護するものである。本件において、Aの代金債権の時効完成時点は、令和9年8月31日であるところ、その時点ではAの借入金債務の弁済期（令和10年4月1日）は到来しておらず、Aが期限の利益を放棄したとの事実がない以上、代金債権の時効完成時には相殺適状は生じていなかった。

したがって、相殺による履行拒絶の抗弁も認められない。

### (3) 結論

Hの請求原因が認められ、Fの抗弁はいずれも認められないため、Fは、500万円全額の支払を拒むことができない。

## 2 Fの求償の可否と求償可能額

### (1) Aに対する求償の可否と求償可能額

Fは、Aからの委託を受けずに保証人となったが、主たる債務者の意思に反しているとの事実がAから主張・立証されない限り、462条1項に基づき求償権を取得する。FはHに300万円を支払ってその余の免除を受けているが、保証人に対する免除は主たる債務者の債務には影響せず（連帯保証であっても特約がない限り相対効である。441条）、債務消滅行為は出捐した300万円により主たる債務者がその出捐時にそれにより利益を受けた限度で、Aに求償できる（459条の2第1項）。本件ではAにHに対する抗弁はなさそうであるから、300

21 指摘 松岡  
→ ここは受験生の多くが気付かないだろうと想像され、かつ、508条の解釈次第で結論が変わるので、論述の仕方がたいへん難しい問題です。  
←

22 指摘 松岡  
→ (3)はなくてもかまいませんが、時間的に余裕があれば、抗弁を検討する(2)が複雑で長いので、問いへの答えを明示するとすっきりした印象が強調されます。  
←

23 指摘 松岡  
→ この部分や次段落のおお書きは、あれば加点というものでしょう。適用条文の明確な摘示と当てはめが本問では中心になります。  
←

万円の請求が認められる。

なお、弁済による債務消滅につきFがAに通知しない間にAが善意で債務の消滅行為をすれば、主たる債務の弁済が有効となって求償できなくなるので（463条3項）、速やかに事後通知をしておく必要がある。

(2) Gに対する求償の可否と求償可能額

FとGは、共同保証人であり、内部の負担部分の割合に関する合意はないから（事実19）、負担部分は平等であり、それは本件では250万円となるが、債権者との関係では主たる債務者と同じ債務額につき弁済責任を負う。Fは、Hに300万円を支払ってその余の免除を受けているが、免除は他の連帯保証人の保証債務には影響せず、自己の負担部分を超える額を弁済した限りで求償権が発生する（465条1項）。

その求償額は連帯債務の442条が準用されるため、自己の負担部分を超えた50万円及び同額を元本とする免責日以後の法定利息及び避けることができなかった費用その他の損害を内容とする。なお、求償するには、Gに対する事前・事後の通知が必要である（443条）。

25 指摘 松岡  
→ 債権者との関係は書かなくてもかまいません。  
←

24 指摘 松岡  
→ (1)と同様、利息等や通知は加点要素程度の位置づけですが、(2)では求償元本が50万円になることは重要ポイントです。  
←