

2020年度司法試験 本試験問題分析・講評会：民法

2020年9月8日

松岡 久和

I 短答式問題分析

・正確な条文知識を重視する傾向が強まる。とりわけ、今年度試験から債権関係および相続法の改正が対象となったため、新設条文をそのまま選択肢とする問題が少なくなく、例年より「判例の趣旨に照らし」という文言が減っている。もっとも、確立した判例の多くが条文化されているので、この文言はあってもなくても同じ。この傾向は、新判例が登場するまでは、今後数年、続くと思われる。

・条文問題は、意外と（必要以上かも）細かい点が出題されている。

・全37問のうち3点の問題は不動産物権変動の第7問のみ。これは、判例準則についての理解を問うものであるが基本的な問題であり、落とさないように注意。

・選択肢組合せ問題ばかりであり、5つの選択肢のうち3つが確実に正誤判定できれば、ほぼ正解に辿り着ける。練習を重ねて条文文言とその趣旨の確認を習慣化するだけで相当に正解率は上昇し、少なくとも足切りにあうおそれは低くなる。

II 論文式問題解説

1 総論：全体の印象と概観

- ・問題はコンパクトで事実につきノイズが少なく、基本的で正確な理解を問うものとなっている。設問は、3つの問題の単純な結合であり、相互関連を問うような大きな問題にはなっていない。近年の傾向がそのまま維持されている。
- ・第1問で、債権関係の改正にかかる契約不適合責任における救済および債権譲渡と抗弁の対抗が取り上げられた。改正施行後の試験なので当然のことであるが、改正にかかる問題は第1問のみであった。
- ・第2問：通行地役権という比較的珍しいテーマであり、条文に手がかりが乏しい問題につき、思考力を問う問題となっているが、配点は25%と少なめである。
- ・第3問：無権代理行為に加功した者が本人の地位を相続した場合に履行拒絶ができるかを問題にしている。無権代理と相続の基本問題の変形であるが基本的な問題といえる。
- ・第1問・第3問の配点が高いことから、基本的な問題に丁寧な記述を要求しており、基礎力を重視している。近年はこの傾向が続いている。

2 設問1

2-1 テーマ

- ・契約不適合責任における買主の救済（解除・追完請求を除く）
- ・債権譲渡と抗弁の対抗

2-2 契約不適合責任と買主の救済

- ・契約不適合 契約で合意した防音性能が備わっていないことから契約不適合がある。この契約不適合は、事実4により、契約以前から乙建物に生じていたことが推認

されるので、売主Aには、乙建物について契約不適合責任が生じる。これをまず確認する必要がある。

- ・ **2種の救済** Bは住み続けることを前提にしているので解除は対象外である旨が示されている。また、Bの希望は支払額を少なくしたいということなので、追完（修補）請求自体も考えなくてよい。こういうあたりをしっかりと確認して、論じなくてよい問題には言及しない方が題意に即してよい。そうすると検討すべきは代金減額請求権による代金の減額と損害賠償請求権を自働債権とする相殺による代金債務の縮減である。
- ・ **代金減額請求権の要件** 代金減額請求が成立するか否かは、催告を要する場合であること（563条2項は不適用）、および、契約不適合が買主の責に帰すべき事由によるものでないこと（同条3項も不適用）を確認したうえで、追完の催告に相当な期間（同条1項）を付していなかったけれども要件がみたされるのかに尽きよう。判例は、解除の催告につき相当期間を付していなくても、客観的に相当期間を経過していれば解除は有効であるとしている（最判昭31・12・6民集10巻12号1527頁〈LEX/DB 27002861〉）。これと同じ理由で、Bが催告して相当期間が経過したのにAから反応がない場合には、代金減額請求権の要件がみたされる。
- ・ **損害賠償請求権の要件** 損害賠償請求は、契約不適合により修理工事に相当な費用が必要となれば、Aの免責立証がされない限り（本件では免責事由はなさそうである）、通常損害に当たり認められることになる（415条・416条1項）。もっとも、修理工事の見積を取っただけの段階では、損害が発生していないとも思われるので、いったん修理代金を業者に払って損害の発生を確定させる必要がある（過大な額だとしてCがその相当性を争うことは可能だがいくつかの業者に相見積もりをとって業者を決めていけば工事費用全額が損害となるだろう）。損害発生前には、そもそも損害賠償請求はできない。

2-3 債権譲渡と抗弁の対抗

- ・ **債権譲渡と抗弁の接続** 債権譲渡と抗弁の対抗についての一般的な理解を最初に示しておく方がよい。すなわち、債権譲渡は債務者が関与しないで行えるので、債務者は債権譲渡によって不利益な立場に置かれるべきではないし、譲渡された債権には、そもそも抗弁が付着していることから、それを切断する特別な事由がなければ、債務者は、譲渡人に対して主張できた抗弁を譲受人にも対抗できる。
- ・ **対抗できる抗弁の基準時** ただし、債権譲渡の対抗要件が備わった時以後に生じた抗弁まで対抗されたのでは、すでに完全に自分に帰属するに至ったとの譲受人の期待を害するので、対抗できる抗弁は債権譲渡の債務者対抗要件が備わった時点までに生じている必要がある（468条1項）。
- ・ **本件への適用** 本件では、契約不適合が明らかになる前に債権譲渡の第三者対抗要件が備わり、当然に債務者対抗要件もその時に備わっている。Bが468条1項の適用により代金減額請求の抗弁をCに対抗できるためには、契約不適合が「対抗要件具備時までに譲渡人に対して生じた事由」であることを示さなければならない。契約不適合は売買契約時にすでに存在していたのであり、代金減額請求は遡及効のある一部解除という性格を有し、代金債権は契約の当初に遡って減額されることになる（代金減額請求時点ではない）ので、この要件はみたされる。

- ・ **相殺の抗弁** 相殺の抗弁についても債権譲渡の対抗要件が備わった時点より前に取得した反対債権による相殺のみが許容されるのが原則である（469条1項）。しかし、将来債権譲渡が広く認められたこととの均衡上、将来相殺適状になる反対債権を取得することが見込まれる場合には、債務者の相殺の期待を保護する相殺の拡張が行われている（同条2項）。
- ・ **本件への適用** 本件で反対債権となる損害賠償債権は、損害が対抗要件具備後に発生したとしても、代金減額請求権に基づく抗弁につき述べたと同様に、契約不適合という対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権（同項1号）であるといえるので、BはCに相殺による代金額の縮減を主張できる。ただし、すでに述べたように、損害の発生がないと損害賠償債権自体が成立しないので、Bは修理代金を業者に払っておく必要がある。

3 設問2

3-1 テーマ

- ・ 法定通行権（213条1項）と通行地役権の関係
- ・ 通行地役権設定契約の性質と解除の可否

3-2 法定通行権と通行地役権の関係（問(1)）

- ・ **法定通行権の成立** 事実8により甲土地が丙土地から分割されて袋地となったことから、甲土地と公道の間のa部分の通行は、213条1項により丙土地の物的な負担として生じる法定通行権による。所有者の意思による分割を原因として周辺土地に通行権の負担を転嫁することは許されないからであり、通行権の負担は分割をしたDが当然に負担すべきであるし、その負担は、土地の位置関係から見て明らかなので取引の安全を害することもない。
- ・ **通行地役権の設定** B Dは契約②により、通行幅をb部分を追加し、全体としてc部分に拡張した。上述のとおり、a部分には甲土地の所有者のための法定通行権が生じており、通行地役権が仮に存在しなくても当然に通行できる。一方、b部分については、自動車通行のために拡張されたものであり、通行地役権が契約の解除によって消滅するとすれば、通行権は存在しないことになる。したがって、Bの発言は、a部分に関する限度で正当である。

3-3 通行地役権設定契約の性質の分析（問(2)の前半）

- ・ **Bの④の見解** この見解は、地役権設定契約を、設定行為を内容とする一種の物権契約と解し、効果が発生するともはや土地所有者には何らの債務をも残さないものとなる、としていると思われる。一方、年間2万円の支払約束は、地役権の内容には含まれないから（280条～294条に対価の定めはない）、地役権設定に伴う付随的な債権的支払合意として位置づけられる。そうすると土地所有者Dには契約後に何らの債務も残らず、契約②は、Bが負う2万円の支払債務と対価的牽連性を有する双務契約ではないから、双務契約を念頭に置いた債権契約の解除の規定は物権契約である契約②には適用されない。こういう理解である。
- ・ **Dの⑤の見解** この見解は2段構えになっている。まずその前段は、④のような物権契約説を取ったとしても、Bの債務不履行はあり、それによりDが契約を締結した

目的を達成できないから、契約を解除して地役権を消滅させることができる、と解するものであり、541条以下の債務不履行解除の規定が必ずしも双務契約にのみ適用されるものではない、という理解を前提としている。

次にその後段は、そもそも、地役権設定契約を、債権契約、すなわち、地役権の設定約束とその対価としての年間2万円の支払約束を内容とする賃貸借契約類似の双務有償の土地丙のc部分の通行のための利用契約と捉えており、地役権はその効果として設定されるとみている。そうだとすると、債務不履行解除の規定が双務契約にのみ適用されると解しても、本件契約には当然に適用されることとなり、催告解除の要件をみたせば契約②は解除できることになる。

3-4 解除の可否 (問(2)の後半)

解除を認めるDの見解が妥当である。Bの見解は、物権契約の独自存在を前提にしているところ、日本民法では一般に物権行為の独自性を認めておらず、契約②もDの後段の見解が主張するように、債権契約として物権的效果も生じるものと構成する方が一貫する。また、Bの見解によれば、地役権の存続期間について定めないままに契約を締結すれば、地役権者が約束の対価を支払わなくても地役権が存続してしまうことになり、契約当事者の予測・期待に反し、不衡平な結論となる。さらに、債務不履行解除の規定は、双務契約のみを念頭に置くものではなく、負担付贈与の負担の不履行や付随義務違反を理由とする解除も可能であるから、契約②が物権契約と付随的な対価支払契約だとしても、やはり解除を否定するだけの十分な理由にはならない。

4 設問3

4-1 テーマ

・代理権濫用的な無権代理に加功した者が本人を相続した場合に履行拒絶が許されるか

4-2 本件行為の性格と効果

・**事務管理・代理権不発生** 入院中のEの所有する丁土地の管理は事実上妻Fと姉Gが行っていたが、Eから依頼があったわけではなく(事実15)、せいぜい事務管理(697条)が成立するととどまる。しかも事務管理の効果としては代理権は発生しない。

・**日常家事非該当・無権代理** Fが、Eの医療費に充てる目的で丁土地を売却するとしても、そのような処分権は与えられておらず、委任状や関係書類をFが勝手に作った典型的な無権代理である(事実17)。また夫婦間には日常家事について相互に代理権が発生するとされているが(761条)、土地の売却は日常家事に含まれる余地がなく、この相互代理権を基礎とした表見代理(誤信の対象が当該行為が日常家事に含まれることに修正される。最判昭和44・12・18民集23巻12号2476頁<LEX/DB 27000753>)も成り立たない。

・**追認・追認拒絶未確定** それゆえEは本件契約③に拘束される理由はなく、追認するのも追認を拒絶するのも自由であり、その判断をする能力は最後まであったが、そもそも本件契約③について知らされていなかったから、追認・追認拒絶のいずれもされていない状態で死亡し、その地位が相続されることになる。

4-3 Gの地位と追認拒絶の可否

・**Gの単独相続** EF夫妻には子がなく、Eの親族はFとGのみであるので(事実16)、

推定相続人はF Gの両名である(889条1項2号・890条)。Fが相続を放棄した一方、Gは熟慮期間内にE名義の預金口座を解約して全額の払戻しを受けて、Eの医療費を弁済した(事実19)ことから、921条1号の法定単純承認があったものと考えられ、Eの権利・義務および地位はGが単独で相続承継する。

- ・無権代理の本人相続の原則と例外 無権代理の本人を承継した者は、追認するか追認を拒絶するか未定の地位(追認権・追認拒絶権は一身専属権ではない)をも承継し、それを自由に判断できるというのが原則となる(896条)。本件では、無権代理行為を行ったのは妻Fであり、Gではないから、無権代理人が本人を相続した場合に、本人が自ら法律行為を行ったのと同様の法律上の地位を消滅とする資格融合説の判例(最判昭和40・6・18民集19巻4号986頁<LEX/DB 27001295>)は、直接には当てはまらない。それゆえ、Gが追認を拒絶することが信義則に反する特段の事情が認められるか否かが問題となる。
- ・Gの信義則違反 本件では、Gは、Fに相談されてFの無権代理行為を知りつつ、Fの求めに応じて契約締結の場に同席している。のみならず、売却代金の一部をG自身の事業の資金に充てる目的で丁土地の売却が行われており、仮に代理権のある者の行為だとすれば代理権濫用に相当するものであり、Gは、Fの無権代理行為に加担してその利益を享受している。このように無権代理行為に加担してその利益を受けている者が追認を拒絶して契約責任を免れるのは、善意の相手方B(事実17)との関係で著しく均衡を失し不当であるから、信義則に反して許されないというべきである。
- ・余談(追認拒絶の場合のGの責任) 追認拒絶が認められるとした場合の無権代理人の責任追及がGに対しても妥当するかどうか興味深い問題である。117条の類推適用によってGを無権代理人Fに準じるものと扱うことも考えられるが、条文解釈上無理がある。無権代理への加功を違法な共同不法行為(719条2項)として扱い、Gに不法行為責任を負担させるのが妥当であろう。ただ、この点は、論述を求められているわけではないので、答案には書かないほうがよい(加点は期待できないうえ、間違うとやぶ蛇)。