

# 2018年度司法試験問題解説・コメント付起案例

2018年7月3日

松岡 久和

## Ⅲ 起案例

### 第1問

#### 1 本件売買の性質と問題の所在

本件売買契約は、目的物を松茸5キロと種類のみで指定しているから種類債務を生じる種類物売買である(401条)。売主B所有の乙倉庫で代金支払と引換えに松茸を引き渡す約定(事実2)があることから、松茸の引渡しは取立債務である。Bが契約に沿って松茸を箱詰めし電話連絡をしたところ、Aが引取りに行く時刻を告げたことにより、引渡しの日時は平成29年9月21日午後8時頃と定められた(事実3)。しかし、Aは、所有するトラックが見つからず、同時刻に引取りに行けなかった(事実4)ため、問題になるのは受領遅滞によるAへの危険移転があるのかである。

#### 2 種類債務の特定とその効果

この時点で、Bはすでに給付対象の松茸を取り分け、債権者が取りに来れば何時でも履行ができる旨を告げているので、「給付するのに必要な行為を完了し」、目的物は特定していた(401条2項)。本件のような目的物の盗難による引渡しの不能の場合において、債務者に責めに帰すべき事由がないときは、特定の効果として、危険は買主に移転し、買主は代金を支払わなければならない(534条2項)。

#### 3 弁済の提供と受領遅滞

また、松茸の引渡しは、Aが乙倉庫に来て引き取ることを要する取立債務であるから、「債務の履行について債権者の行為を要するとき」に該当し、Bは、上記の連絡によって「弁済の準備をしたことを通知してその受領の催告をし」たことになり、有効な弁済の提供を行った(493条)。これによりBは履行遅滞の責任を免れる(492条)。合意した時に債務の履行を受けることができないAは、その時から受領遅滞の責任を負う(413条)。この責任は、債権者の帰責事由を要しない法定責任と解されている。受領遅滞の効果として、現実の引渡し時まで、特定した物の売主の目的物保管義務は、善管注意義務(400条)から、自己の財産に対するのと同一の注意義務に軽減される。

#### 4 問題の焦点と結論

以上の2・3より、本問における問題の焦点は、Bが、自己の財産に対するのと同一の注意義務に違反した帰責事由があり盗難の危険を負担するのか、それとも帰責事由がなくAに危険が移転しているのかである。

Bは、近隣で農作物の盗難が相次いでおり警察からの注意喚起もあったことから、従業員Cに対して、普段よりもしっかりと施錠するよう指示しており(事実5)、盗難の具体的な危険を予見しそれに対する対策を一応行っていた。しかるに、22日の朝の作

**コメントの追加 [HM1]:** 見出しは、論旨を明確にするため、使う方がよい。キーワードと共に起案構成の段階で考えると、頭の整理になる。

**コメントの追加 [HM2]:** 黄色のマーカーは不可欠のキーワードやキーセンテンス。

**コメントの追加 [HM3]:** 事実の要点の摘示は、法規定の適用の際に書けばよいので、必ずしも冒頭に必要ではない。

**コメントの追加 [HM4]:** 第1問の問題の所在を明らかにしているが、これも不可欠ではない。綺麗に決まると、よくわかっているね感がアピールできるが、間違っていると悲惨というリスクがある。

**コメントの追加 [HM5]:** 条文の適用の際に要件の引用も不可欠ではないが、条文の要件をきちんと見ているというアピールと、何より起案の際の確認になる。条文は必要な限り摘示すること。民法の試験なので、「民法(以下では法律名を略したものは民法を指す)」などは、民法以外と区別がつけば書かなくてもよいと思う。「第」も略してかまわない。

**コメントの追加 [HM6]:** 弁済の提供と受領遅滞の関係を問題にしていないので、この文章はなくてもよい。

**コメントの追加 [HM7]:** これも解説のために入れているので、不可欠ではないが、

**コメントの追加 [HM8]:** こういう判断の鍵となる重要な事実は抜き書きすることがお勧め。

業の際に、CがBの前夜の指示をすっかり忘れて普段通りの簡易な錠のみで乙倉庫を離れたことから、本件盗難に遭った（事実8）。盗難頻発のおりから、自己の物についても、盗難の危険を避けるために厳重な施錠をするべき状況にあったとみられるから、Aに対するBの債務の履行補助者であるCの行為は、自己の財産に対するのと同一の注意義務に違反しており、雇主であるBは、信義則上、盗難による履行不能につき、帰責事由がなかったとはいえない。

よって、Bには帰責事由があり、あらためて契約の趣旨に沿う松茸5キロを用意して引き渡すか（いったん特定した物の変更権を行使することになる）、履行に代わる填補賠償をしない限り、Aの同時履行の抗弁（533条）の対抗を受けて、代金50万円の支払請求は認められない。填補賠償になれば結局相殺されて（505条）、支払請求はできない。

## 5 弁済期変更の合意があったと評価される場合

上記のとおり、Bは受領遅滞に陥っていたが、22日午前7時頃の電話連絡により、同日午前10時頃に乙倉庫に松茸を引取りに行く旨を告げた（事実6）。Aがこれに応じたことから、この時点で、BがAの受領遅滞を不問に付し、あらためて弁済期を同日10時頃の乙倉庫での引渡しに変更した合意が成立したと評価される。

この場合、Bによる特定の効果が残っていると考えたとしても、受領遅滞の効果は解消して、Bは元通り善管注意義務を負う。履行補助者Cのすっかり施錠ミスは、上述4のとおり、自己の財産におけると同一の注意にも違反すると評価されるものであったことから、もとより善管注意義務（400条）に反する。Cに過失がある以上、Bには帰責事由がある。よって、上記4と同じくBの支払請求は認められない。

なお、特定の効果は持続せずBがあらためて現実の提供（493条本文）を行うべきだと考えることもありえよう。この考え方によっても、Bがあらためて契約の趣旨に沿う松茸5キロを用意して引き渡さない限り、Aの同時履行の抗弁（533条）の対抗を受けて、Bの代金50万円の支払請求は認められない。

## 第2問

### (1)について

#### 1 問題の性格

Eは丙土地の所有権に基づく妨害排除請求として、丙に放置されている甲トラックの撤去を請求しており、撤去の責任は妨害物である甲の所有者が負うところ、「Aとの間で所有権留保売買契約をしたので、私は甲トラックを撤去すべき立場にない。」というDの発言は、Aとの売買契約によって甲の所有権を失っているという趣旨を述べるものと思われる。この主張の当否は、所有権留保売買において買主が債務不履行状態に陥る前の法律関係をどうとらえるかによって変わる。

**コメントの追加 [HM9]:** マーカーでわかりにくくなっているが、**履行補助者**はキーワード。

かなり苦しいが反対の立論も不可能ではない。いずれにせよ帰責事由の有無の評価がそれなりに難しい問題であると認識して検討していること自体に意味がある。

**例** 普段より厳重に二重に錠をすることは、他人に給付する財産だからこそ負う重い義務であって、自己の物については、必ずしもそこまで求められるとは言えない。それゆえ、Cがいつも通りに1つしか錠をかけなかったことは、義務違反とは言えず、Bにも過失はない。

そうすると、危険は買主Aに移転しており、BはAに代金の支払請求ができる。

なお、**同時履行の抗弁権**はキーワード。

**コメントの追加 [HM10]:** 上記4でBの帰責事由を否定する結論を採るとしても、弁済期変更の合意が認められると、やはり支払請求はできないことになる。結論の均衡を考えると、上記4でBの支払請求を認める結論は採りにくいと感じる。

なお、**弁済期変更の合意**はキーワード。

**コメントの追加 [HM11]:** 問われている見解の分岐を明示している。必ずしも前置する必要はない。

**コメントの追加 [HM12]:** 問題文のこの部分を引用したのは、問題文を読まずに解説が読めるためである。起案では省略可能（そのための⑦の記号と下線）。

## 2 所有権的構成

所有権に関するADの合意を文字通り、代金完済時にDからAに所有権を移転する旨の所有権移転時期の合意と理解すれば（譲渡担保におけるいわゆる**所有権的構成**に相当する）、Aが代金を完済するまで所有権はDからAには移転しないと考えられるので、妨害物の所有権をすでに喪失して撤去の責任を負わないというDの主張は失当である、とする結論に至りやすい。

## 3 担保権的構成

これに対して、ADの所有権留保の合意は、実質的には、売買契約によって買主に移転する所有権上に代金債権の担保を設定する非典型担保設定の趣旨であると理解すれば（譲渡担保におけるいわゆる**担保権的構成**に相当する）、契約締結時あるいは遅くとも買主Aに引渡しが行われた時点で甲の所有権はAに移転し、Dはそのうえに所有権留保権という担保権を有しているにすぎないことになる。

たしかに、買主が債務不履行に陥った場合において、売買代金を立替払した信販会社が期限の利益を失わせて目的物を引き揚げて売却し、残債務の弁済に充てることができると約定されていたときは、妨害物の留保所有権者は、撤去義務を負うとする判例がある。しかしながら、本件では、Aは、毎月4万円の振込みを滞りなく行っており（事実14）、担保権者Dが私的実行により甲の所有権を回復できる状態にあったとは言えない。むしろ所有権は、盗難後もAに残っているから、Dの主張するとおり、撤去義務を負うのはAである、という結論に至りやすい。

## 4 検討と結論

以上、所有権的構成も担保権的構成もいずれも成り立ちうるが、近時は、両者は歩み寄っており、論理必然的に結論が決まるのではなく、当該問題の場面における利益較量を踏まえて検討する方向が強まっている。盗難に遭った所有権留保物の所有権の所在については、当該物を使用・収益しその現実的支配を有していたのは買主であり、売主には担保権者として処分権限が残っているにすぎない。問題になっているのは、その物から生じる責任や危険であるから、現実的支配を有していた買主が責任や危険を負担する所有者である（そのうえで(2)でみるように元所有者である売主の責任の残存を論じる)とするのが妥当であろう。よって、本件において、所有者として責任を負担するのは、Aであり、その限りでDの主張は正当である。

### (2)について

#### 1 妨害物の所有者の探索の手がかりとしての自動車登録

自動車が妨害物として土地に放置されている場合、その所有者探索の手がかりとなるのは登録名義である。

そして、土地を不法占拠している建物の所有者探索の手がかりとして登記を考え、妨害建物の所有権を第三者に譲渡した者は、移転登記によって登記名義を失わない限り、

**コメントの追加 [HM13]:** 起案では言い切っても減点はされないだろう。

**コメントの追加 [HM14]:** 本問ではやはり最高裁判例をきちんと理解しているかが問われているので、判例の事案とは異なることを指摘してほしい。

**コメントの追加 [HM15]:** 必ずしもここまで突っ込んで書かなくてもよいが、所有権的構成と担保権的構成があるというだけでは、判断を求められる法律家としては無責任なように思う。

建物所有権の喪失を土地の所有者に対抗できず、建物収去・土地明渡し義務を免れないとした判例がこの場合の参考になる。

## 2 裏返しの対抗問題？

道路運送車両法5条1項は、所有権の喪失も登録をしないと第三者に対抗できない旨を定め、民法177条に類する規定を置いており、上記判例同様、Dは、Aに所有権を移転して所有者でなくなっていることをEに対して主張できない、と考えられる。

このようにこの問題を裏返しの対抗問題と捉える判例に対して、学説には、両立しない物権変動間の優劣が問題になる狭義の対抗問題とは異質であるとする批判があるが、結論自体にはあまり異論はない。むしろ、可動物である動産の場合には他人の所有権等を侵害する可能性が高く、その所有者のほかに登録名義人に補充的に責任を負わせるのが被害者の救済の点で妥当である。また、履行済で売却した建物に利益を有していない売主が引き続き責任を負うのであれば、目的物に担保的利益を有し債務不履行の場合には処分権限をも有する所有権留保売主には同等以上の責任を負わせて然るべきだと思われる。

よって、EはDに対しても甲の撤去を請求できる。

## 第3問

### 1 Cの遺産と相続人

Cの遺産は、積極財産が合計2000万円の3口の定期預金債権、消極財産がBに対する300万円の借入金債務のみである。(事実16・17)。

推定相続人であるCの子F・G・Hのうち、Hについては、平成27年に家庭裁判所による廃除(892条)の審判がされており(事実16)、Cが遺言で廃除の意思は変えないとしているので(事実20)、Hは相続人でなくなっている。問題文の記載から、Hに子供はいないと思われるので、Hの子の代襲相続(887条2項)を考慮する必要はなく、相続人はFとGの2人のみである。

### 2 Cの遺言の趣旨

Fに1200万円、Gに600万円の定期預金債権を相続させる旨のCの遺言は、適式なものとして検認を経ており(事実19)、有効な自筆証書遺言である。その趣旨は、残る200万円の定期預金債権を相続人ではなくなっているHへ特定遺贈することと併せて、具体的な積極財産のすべてを明記して処分しており、FとGの相続割合を2対1とする相続分の指定(902条)を伴う遺産分割方法の指定(908条)と解される。Hは相続人ではなく、Hの遺留分侵害を検討する必要はない。また、これらの指定は、600万円の定期預金を相続するGの遺留分(425万円)を侵害しないため(1028条2号・1029条・1031条)、各定期預金債権は、Cの遺言通りにF～Hに確定的に帰属する。

**コメントの追加 [HM16]:** この小見出しは幾代先生のネーミング。起案で書く小見出しとしては少しあざとく行き過ぎかもしれない。

**コメントの追加 [HM17]:** ヒントとして出ているので、上記判例を参考に、それを生かす記述が必要。

**コメントの追加 [HM18]:** 以下は、松岡の考察であり、「正解」があるわけではない。この種の考察や検討は、下手なことを書くと減点されるとして消極的な人も多いかもしれないが、本問では、上記判例との異同を検討することは必須だと思われる。

**コメントの追加 [HM19]:** 相続対象の遺産の確認。積極財産・消極財産はキーワード。

**コメントの追加 [HM20]:** 代襲相続の部分は、ここまですべて検討していますよというアピールで、必ずしもなくてもよい。

**コメントの追加 [HM21]:** この部分もなくても減点はされないだろう。

**コメントの追加 [HM22]:** この文章はなくても良いです。解説の補足も参照。

**コメントの追加 [HM23]:** 全遺産(積極財産2000万円、債務300万円)×1/2×1/2=425万円。額や計算の基礎まで書かなくてもよいと思う。

### 3 消極財産の相続

消極財産であるBに対する300万円の借入金債務の相続については遺言に指定はなく、対内関係においては、FおよびGが上記の積極財産の指定相続分に従って2対1で相続することになる(899条)。そして300万円の借入金債務は可分の内容を有することから、共同相続財産としての共有(898条)にはならず、相続時に相続分に従って当然に分割される(427条)。したがって、相続により、Bに対する借入金債務につき、Fが200万円、Gが100万円を対内的に分担する。

### 4 Fの第三者弁済の効力とGに対する請求権

Fは、Gから依頼されることがないのに(事実18)、自己の債務のみならずGの債務をも(そのことを十分認識しないまま)弁済したことになる。事後の処理は次のようなくつつかの場合に分かれる。

- 1) Fが自らの単独の債務だと錯誤して弁済した場合、債権者Bが善意で証書を滅失・損傷し、または担保を放棄したのでない限り(707条1項。本件ではそのような事情はないようである)、FはBから150万円の返還を求めることができる(703条。705条の悪意の非債弁済ではない)。弁済は無効でGの債務は消滅しないから、Fは、後述3)または4)を理由としてGに100万円の支払を請求することができない。
- 2) FがGの債務であると認識して弁済した場合において、その弁済がGの意思に反したものであったとのGの主張が認められるときは、第三者弁済は無効であり、やはりFはGに100万円の支払を請求することができない(474条2項)。FとGは兄弟で共同相続人ではあるが、それだけでは弁済について利害関係を有しているとは言えず、債務者の意思に反する弁済はできないからである。
- 3) FがGの債務であると認識して弁済した場合において、その弁済がGの意思に反したものであったとGが主張しないときは、第三者弁済は有効である。FがGのためにも弁済をしたのであれば、事務管理が成立し、Fは、Gのために弁済をした旨をGに通知して(699条)、Gから有益費の償還を求めることができる(702条1項)。
- 4) 上記3)において事務管理の要件がみたされないときは、Fは、不当利得を請求原因として、Gに利得の返還を求めることができる(703条)。  
なお、上記3)および4)の場合において、弁済者代位(499条)の適用もありうるが、BのCに対する債権に担保はなさそうな本件では、代位には実質的な意味はない。

**コメントの追加 [HM24]:** 判例では、相続債権者を保護するため、相続債権者との関係では、B・Cは150万円ずつ負担することになるが、対外的にも指定相続分に応じた負担となるとの見解もある。

**コメントの追加 [HM25]:** 配点からみてここまで詳細に分析することは求められていないかもしれない。Gの意思に反するものではなく第三者弁済が有効であるとして3)4)を論じれば、十分合格点だろう。

**コメントの追加 [HM26]:** 対内関係に対応した100万円の返還とする考え方も成り立ちうるだろう。

**コメントの追加 [HM27]:** 細かいが、利他的意思が利己的意思と併存するという議論を踏まえた「も」である。

**コメントの追加 [HM28]:** これは書いていなくても減点はされないだろう。

**コメントの追加 [HM29]:** 請求原因が異なると請求の表現も異なる。条文をしっかりと確認すれば、表現を適切に使い分けることができる。

**コメントの追加 [HM30]:** これは蛇足に近いので、書かなくてもまったく問題がない。