

最終到達度検証試験のコメント付起案例

2021年1月20日

松岡 久和

I 【設問1】

1 問(1)

(1) 請求の趣旨

主位的請求 Yは、Xに対して、甲につき、移転登記手続をし、引渡しをせよ。

予備的請求1 Yは、Xに対して、4000万円を支払え。

予備的請求2 Yは、Xに対して、2000万円を支払え。

(2) 請求原因

1. 主位的請求について

2020年4月4日、XとYは、甲につき売買契約を締結した（事実5）。よって、甲の移転登記手続と引渡しを求める。

2. 予備的請求1について

上記の売買契約については、決済日、支払方法および契約書の作成等は、Aによる調整に委ね、その調整をふまえて、4月20日までにXが契約書面を用意することを合意した（事実6）。この合意に基づいて、XはYに2000万円の小切手を手付として交付した（事実7）。なお手付としての性質は予備的請求2や後述の問(2)の主張と選択的主張である。4月20日にXがAによる調整をふまえた契約書をYに提示したところ、Yは前記合意に反する態度を示したので（事実8）、決済期日の4月30日にXは契約通りに残代金の支払を口頭で提供し、移転登記を求めたが、YはXの催告を拒絶し（事実7）、5月7日には、YはZに甲を二重譲渡して先に移転登記をおこない、XのYに対する本件契約を履行不能とした。これは、履行拒絶および履行不能であり、Yの債務不履行に当たるので、Xは、契約を解除して手付金2000万円の返還を求めると共に損害賠償を請求する（542条1項1号または2号）。Xの交付した手付は、解約手付と推定されるが（557条1項）、同時に損害賠償の予定とも解され（420条参照）、Yから解除できる場合にも倍返しが必要であることを考慮すれば、最低限手付金相当の2000万円は予定された損害額である。

よって、XはYに手付金の返還と損害賠償の合計4000万円の支払を求める。

3. 予備的請求2について

本件契約の締結と共にXがYに2000万円の小切手を交付したのは既述の通りである。仮に本件契約が不成立であるとすると、契約の成立を証し解除権を留保する旨の手付契約も効力を失うから、XはYに2000万円の返還を求める。

(3) Yの反論

1. 主位的請求について

Xの主張する本件売買契約は成立していない。4月4日の合意は、せいぜい売買契約の締結を目指して部分的にした中間的合意に過ぎない。Xは、4月20日にXが一方的に内容を定めた契約書を提示したが、Yはそれを拒み、署名・捺印をしておらず、本件取引においては契約書は存在していない（事実6前段・事実7・事実8）。売買契約の中核的要素である代

1 指摘

HP

→ 請求の趣旨・請求原因・Yの反論・請求の当否と分けて書いているが、必ずしもこのように構成しなければならないわけではない。主位的請求。予備的請求1・2のようにXの請求毎に分けて書いても良いだろう。ただいづれにせよ、主位的請求だけではなく、金銭請求になる予備的請求（とりわけ1）は書いて欲しい。

2 指摘

HP

→ なお書きは不可欠ではない。

3 指摘

HP

→ 前半はYの債務不履行なのでXからの手付放棄解除ではないという主張である。後半の損害賠償の予定はやや無理があるが、損害額を基礎づける事実がないので、一般の損害賠償請求は書きにくい。

4 指摘

HP

→ 予約と構成することも可能かもしれない。いづれにせよYとしては本件売買契約の不成立を主張することになり、この部分はそれほど重要ではない。

金額について合意がない以上、本件契約は本契約として成立していない。また、不動産売買契約では、最終的に契約書に署名捺印することにより契約が成立し、それ以前に買付証明書や売渡証明書が交付されてもそれは中間的合意にすぎない、と裁判例でも扱われており、不動産業者であるXは、そのような一般的慣習を熟知している。

また、仮に本件売買契約が成立していたとしても、5月8日にYは、甲をZに売却してZが移転登記を済ませているから（事実9）、甲の移転登記および引渡しを求めるXの請求権は履行不能となっている。

以上、いずれにしてもXの主位的請求は棄却されるべきである。

2. 予備的請求1について

上述したとおり、本件売買契約は成立していないため、手付は無意味であり、手付契約も成立しない。

Xは、本件売買契約が成立しているとし、かつ、Yの債務不履行を理由に手付金の返還を求めている。しかし、Xが4月20日にした契約書の提示は、4月4日の合意に沿わない一方的な内容のものであり、契約の不履行はむしろXにある。Xができるのは手付放棄による契約解除に過ぎず、手付金の返還を求めることはできない。

3. 予備的請求2について

Xが契約の不成立を認めるのであれば、たしかに手付は返還する必要があるかもしれない。しかし、本件紛争の発端は、不動産業者として軽率かつ不誠実な交渉の仕方であり、法人化申請につき時間的余裕をなくしたYは、希望金額を2000万円下回る金額でZに売却せざるをえなくなり、2000万円相当の損害を被った。そこで、Yは、手付金返還債務をこの損害賠償請求権と相殺する。よって、XのYに対する債権はもはや存在しない。

(4) Xの請求の当否

1. 主位的請求について

Yの主張するような不動産取引の裁判例はたしかに存在しているが、売買契約において代金額が明確に定められていなかったとしても契約の成立は妨げられないと一般的には考えられており、どういう合意が成立していたかが重要である。本件売買契約は、4月4日に、前日の交渉時には見解が一致しなかった代金額等について、仲介者Aによる調整を内容として成立する旨の合意があった。また、同日XからYに、両者の希望していた1億8000万円から2億2000万円の間のおよそ10%に相当する手付金が小切手で交付されている。手付は、解約手付と推定されるとともに、契約の成立を証する趣旨として交付されるものであるから、本件売買契約は、4月4日に成立したものと認められる。

しかしながら、5月8日にYからZに甲の移転登記がされたことにより、Xの移転登記および引渡しの請求権は履行不能となっているから、後述する損害賠償の問題としてはともかく、Xの請求は認められない。

2. 予備的請求1について

本件売買契約の不成立を前提とするYの主張は失当である。

(a) XがAの調整を反映した契約書を提示していた場合

4月20日にXが行った契約書の提示が4月4日の合意どおりにAの調整を反映したものであった場合には、Yは合意どおりに契約書を用意したものであり、Xがそれを拒んだことは債務不履行であり、Zへの転売と移転登記により、移転登記および引渡しの債務を履行

5 指摘

HP

→ これらの慣習や裁判例は補強要素だが、不可欠ではないし、受験生に書けることをそれほど期待していない。

←

6 指摘

HP

→ 後述の予備的請求2についてのYの主張ではXに責任があるのでXには損害賠償請求権もないことになる。そのため自らの行為による履行不能を主張しても差し支えないのだが、履行請求を拒むだけなので、帰責事由の主張は不要として省略した。

←

7 指摘

HP

→ この反論はやや無理な感があるので、書けなくてもかまわない。

←

8 指摘

HP

→ おそらく通説。判例もそうと思われるが（大判大8・1・29民録25輯235頁）、最高裁判例には微妙なものがあるので（最判昭32・2・28判タ70号58頁）、本件売買契約の成否については、肯定・否定いずれも成り立ちうる。いずれにしても事実を摘示して説得的に論じて欲しい。ただ、契約不成立説では手付をどう評価するかが難しいと思う。契約成立前に申込証拠金を授受することはあるが、せいぜい10万円くらいまで。

←

9 指摘

HP

→ 主位的請求につき契約不成立だとすれば、予備的請求1の債務不履行に基づく解除や損害賠償請求が成り立たないことを述べれば足りる。

←

不能としたことについて責任を負う。Yから本件契約の解除を主張することはできない（543条）。

したがって、Xは、手付放棄による解除ではなく、履行不能を理由に本件売買契約を解除し、手付金2000万円の返還を求めることができる。一方、手付は、放棄または倍返しを行って契約を解除する権利を留保し、それ以外の債務不履行を問題としない趣旨のものであるから（557条2項）、手付金を損害賠償の予定の合意と解することはできない。

よって、Xの請求は手付金2000万円の返還を求める限度で認容される。

(b) XがAの調整を反映しない契約書を提示していた場合

Xの提示した契約書は4月4日の合意に沿わないものであるから、Yがそれに拘束される理由はなく、Xに債務不履行がある。さらにXは、Yの不同意にもかかわらず4月30日にほぼ契約書通りの履行を求めており、4月4日の当初の合意にそった債務の履行をせず、Yが催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかである（542条1項5号）と思われるので、Yは本件売買契約を解除することができる。

債務不履行をしたXからする契約の法定解除は認められず（543条）、ありうるのは手付放棄による解除にすぎないので、Xの手付金返還および損害賠償の請求は認められない。

3. 予備的請求2について

本件売買契約は成立しているの、その不成立を前提にした予備的請求2は失当である。

仮に本件売買契約が不成立であれば、Xの請求は認容される。Yは、契約締結上の過失に基づきXの損害賠償債務の成立を主張し、両債務の相殺による消滅を主張しているが、契約が不成立と評価される場合には、契約内容を十分に詰め切ることができなかった両者が自らに生じた不利益を負担するのが原則であり、Yの主張するようにXにのみ軽率かつ不誠実な交渉態度があったとするに足る事実は認められない。よって、契約が不成立であればXの予備的請求2は認容されるべきである。

2 問(2)

Xが主張している消費貸借契約の成立は認められず、その予備的主張は失当である。

Xは4月4日に2000万円の小切手を交付しており、手付金としての領収書を受け取っている。Xが領収書の子細を見ていなかったという主張は、Xが不動産業者であり、相当高額の小切手を渡していることからわかに信用できない。むしろ、4月20日に「4日に交付した2000万円を返済期限を定めない無利息の貸金とすれば、代金1億8000万円は月末に全額払うので合計2億円の資金にはなるだろう」と説明したこと（事実6）や、4月30日に本件契約の代金額を1億8000万円として2000万円を手付金として控除して口頭の提供を行っていること（事実7）からみると、Xは、2000万円が手付金であると認識したうえで、手付金契約から無利息消費貸借契約（587条）への更改（513条1号）を申し込んだと評価される。そしてYはその申込みを拒絶しているから、返還約束の合意がなく、消費貸借契約は成立しない。

3 問(3)

X・Y間の本件売買契約が契約している場合には、Xの所有権取得とZの所有権取得は典

10 指摘 HP

→ この部分は少し無理があるかもしれないが、Xの債務不履行解除のみを否定すれば良いので、書かない方が安全だろう。

←

11 指摘 HP

→ 手付金相当額の返還についてYが争わないのであれば、ここは書かなくてもよくなる。

←

12 指摘 HP

→ 要点はこれに尽きるので、事実関係についてそれほど詳しく摘示しなくてもかまわないだろう。

←

13 指摘 HP

→ 問(1)で契約不成立だと判断するなら、対抗問題および背信的悪意者の検討は、仮定的な判断なので軽くてよいことになるが、問(1)の判断が微妙であるだけに、念のため論じる慎重さは欲しい。

←

型的な対抗問題である。177条により、登記を備えていないXは、備えているZに対して所有権に基づく請求（移転登記手続や引渡し請求）ができない。ZがXの登記の欠缺を主張することが信義則に反するいわゆる背信的悪意者に該当すれば、Xは登記を備えなくても所有権に基づく請求は例外的に可能である。本件では、たしかにZはXY間の交渉を知っているが、Yが契約の成立を争っていることもあり、ZはXの所有権取得につき悪意であるとは言にくい。仮に悪意であるとされても背信的悪意者であるという評価を基礎づける特段の事実は見当たらないので、例外は成り立たない。

また、ZによるXの債権あるいは契約の侵害を理由とする不法行為の成否も議論になりうるが、このような場合に、背信的悪意に相当する故意＋強い違法性を必要とする判例・通説によれば、Zの不法行為責任は認められない。

さらに、XY間の本件売買契約が不成立だと判断される場合には、Xの有する利益は契約上のものですらないため、対抗問題にはならず、不法行為責任もより認められたいだろう。

Ⅱ 【設問2】

1 問(4)

(1) Yの遺言の趣旨

Yの自筆証書遺言における「相続させる」旨の趣旨が問題になる。相続権のあるD・E・Gに対しては、特定財産承継遺言と解され、相続分の指定を含む遺産分割方法の指定である（1014条2項）。遺言が適式であることから、この遺言に従えば、積極財産は、DとEに1億円の預金債権、Gに1億円の預金債権と自宅の土地建物の1/2の持分権（5000万円相当）が、遺産分割を待つまでもなく、Yから直接に承継される。

これに対して、Fは重婚的内縁関係にある事実上の配偶者であって相続権を有しないから、特定財産承継遺言としての効力はない。しかし、これは単純には無効というわけではなく、法律の素人であるYの意思は、Fに自宅の土地・建物の居住を継続させるために、2分の1の持分権を遺贈する趣旨であったと解するの自然である。Fは異議のない旨を表明することにより、この遺贈を承認した。それゆえYの死亡時にFは1/2の持分権を取得する。

この遺言に従えば、相続分は1:1:1.5:2:2:3で指定された結果となり、指定のない債務もその相続分にあわせて、相続人間の関係では、DおよびEが1億円×2/7の2857万余円ずつ、Gが1億円×3/7の4286万円弱を分割して負担することになる。（902条・902条の2）。

(2) Dの遺留分侵害額請求

遺言自由の原則から遺言者は自己の有する財産を自由に処分することができるのが原則である。しかし、一定範囲の相続人は、被相続人の財産につき相続の期待を有するものであるから、その正当な期待利益を保護し、被相続人死亡後の遺族の生活を保障するために、相続財産の一定部分を一定範囲の遺族のために留保させる遺留分を有する。

Yの相続財産は土地・建物1億円＋預貯金3億円－債務1億円＝3億円であり、Dの遺留分額は、3億円×2分の1×2分の1＝7500万円である。E・Gの遺留分額は、3億円×2分の1×4分の1＝3750万円である（1042条1項2号・2項、1043条1項）。

14 指摘

HP

→ この段落は問(2)にまわしてもよいのだが、遺留分侵害額を具体的に計算しようと思うと、遺言による積極・消極両方を含めた全相続財産と各人の承継額を明らかにせざるをえないので、ここで書いた。

ただ、計算を実際にやってみると、単純な四則計算ではあるが、相当に面倒で時間がかかる（しかも起案例を書いて正しいとの自信が得られない！）。2時間で書いてもらう試験としては負荷が大きすぎたと反省している。

再起案の評価は、具体的な額は問題にせず、適用条文と考え方に重点を置くよう見直した。以下の数字の計算についてはすべて同じである、

←

15 指摘

HP

→ 遺留分と遺留分侵害額請求権の制度趣旨はある程度書いて欲しい。

←

遺言によれば、Dは1億円の預貯金を承継し2857万円の債務を負担するから（純取分額7143万円。1047条の「目的の価額」、357万円分侵害されていることになる（1046条）。Eの遺留分額はDの1/2の3750万円であり、Eの純取分額も1億円から2857万円の債務を控除した7143万円を受けるから、遺留分を侵害されていない（1046条）。むしろ、遺留分3750万円を超える3393万円の限度で侵害責任を負う（1047条）。Fは5000万円相当の遺贈を受けており、相続債務を負わないので同額を限度に侵害責任を負う。Gの純取分額は1億5000万円から分担債務額4286万円を控除した1億714万円である。Dに対して遺留分3750万円を超えて取得した財産の価額6964万円の限度で侵害責任を負う（1047条）。E・F・Gの負担額は上記の純取分額に応じて分割されるので、3393：5000：6964の比に応じて、侵害額支払債務357万円は、受遺者および特定財産承継遺言の被指定者に分割されるので（1047条1項2号）、357万円の遺留分侵害額は、Eが約79万円、Fが約116万円、Gが約162万円を分担する。ただ、Dは、Eに対してはこの請求をしないだろう。なお、改正法では遺留分侵害額請求権は金銭請求権なので、FおよびGの不動産所有権の取得には影響しない。

2 問(5)

債務の負担については、すでに1(1)で述べたとおり、指定相続分に応じて負担する（902条・902条の2）。相続人の債権者は、これを承認することもできるが（902条の2ただし書）、遺言処分に関与していないことから、法定相続分に応じてDに5000万円、Eに2500万円、Gに2500万円を請求することができる（902条の2本文）。

16 指摘 HP
→ この表現は、校正中の松岡久和＝中田邦博編『新・コンメンタール(家族法)』（法律文化社、近刊）の川淳一教授の用語を参照した。
←

17 指摘 HP
→ 1047条もなかなか読みにくい規定であるが、ポイントは、遺留分額を超える贈与や遺贈等（贈与や相続分の指定を含む）があったかどうかで侵害額返還責任の有無を判断し、その超える額（同条の「目的の価額」）を基準に負担割合も決める、という基準のようである。
←

18 指摘 HP
→ 検算を何度もして計算は一応合っているようですが、これがとても面倒なので、1047条1項2号によることが明らかになれば良い。
←

19 指摘 HP
→ この指摘はなくても良い。
←

20 指摘 HP
→ 問題文ではDの遺留分侵害額請求が認められた場合として設問しているが、この条文の文言からすると、それは少なくとも債権者との関係には影響しないものと思われるため、ややミスリーディングであったと反省している。
また、遺留分侵害額請求は、相続分の指定による相続債務の分担の決定（上記1(1)）を前提にしているため、相続人間でも、それが遺留分侵害額請求の結果変わるのとは変だと思われる。ただし、この点を解説している文献が手元には見つからなかった。
←