

## オリジナル模試民事系第1問解説

2022/10/23

松岡 久和

### 【出題趣旨】

- ・ 今回の出題：基本から考える応用問題
- ・ [設問1]  
契約の履行をめぐるトラブルで解除の可否が中心。  
二重譲渡のように見えるが所有権帰属問題ではないところがヒント兼特色。  
Bの請求の趣旨を考え、ヒントを手がかりに、423条の7に辿り着いて欲しい。
- ・ [設問2]  
即時取得の成否および抵当権設定後の従物が主題。  
購入委任にそった間接代理による権利取得、無権利者の所有権留保あたりが特色。  
抵当権設定後の従物に抵当権が及ぶかというのも見えにくい問題。
- ・ [設問1]と[設問2]は、時間と場所がほぼ共通（当事者としてはBのみ共通）という以外の接点はなく、相互に内容的には無関係。
- ・ いずれも直接の元ネタにした判例はない自作問題で、いろいろ捻っている間にできた。  
両方とも問題分析には少し時間がかかりそうなので、[設問3]として親族・相続の条文問題に近いものを加えるのはやめにした。

### 【解説】

#### I [設問1]

##### 1 小問(1)：契約の履行請求+抹消登記請求の代位行使

- ・ キーワード：履行請求（移転登記請求）、通謀虚偽表示、抹消登記請求権の代位行使、手付解除、債務不履行解除、履行期前の履行拒絶、同時履行の抗弁権

##### (1) Bの請求の趣旨と請求原因

###### (a) Aに対して

- ・ 請求の趣旨：甲の移転登記手続をせよ、および、甲を引き渡せ。
- ・ 請求原因：2019年10月15日のA B間の売買契約の締結（555条・560条。事実2）

###### (b) Cに対して

- ・ 請求の趣旨：AからCに対する甲の移転登記の抹消手続をせよ。
- ・ 請求原因（423条の7）
  - ①上記甲の売買契約（被保全債権の発生）
  - ②A C間の甲の売買契約によるAからCへの移転登記（事実7）
  - ③A C間の上記売買契約の通謀虚偽表示による無効（事実7+αの証拠）

##### (2) AおよびCの反論とその当否

###### (a) A B間契約のBによる手付放棄解除（557条1項本文前段）？

- ・ 履行着手後の手付放棄解除は原則として不可。Aは測量を実施（事実3）。
- ・ Bの解除の意思表示（540条1項）はなく、むしろ履行を求めている（事実6）。付言も、解除ではなく、履行強制や損害賠償請求を示唆。

## 2022年度オリジナル模試民事系第1問

- ・ AによるBの解除権行使や行使擬制（事実7）には根拠なし。
- (b) AB間契約の債務不履行解除（542条1項2号）
  - ・ AのBに対する発言（事実6）は、債務不履行解除の意思表示と解する余地あり。
  - ・ 双務契約の解除は、相手の同時履行の抗弁権を封じたうえで履行請求をしなければならぬのが原則。Bの二度にわたる代金減額要求は根拠がなく、約定通りの全部の履行を拒絶する意思が明確に表示されたものと理解しうる。履行期前の履行拒絶を理由とした解除は可能（542条1項2号）。
  - ・ なお、Bの機会主義的矛盾行為は信義則違反・権利濫用かも。
- (c) 履行不能（412条の2第1項）
  - ・ AからCへの移転登記が有効な契約に基づくのであれば、AからBへの移転登記は履行不能。Bは履行請求ができない（412条の2第1項）。
- (d) 同時履行の抗弁（533条）
  - ・ AB間契約では、代金5000万円のうち代金に充当される手付金500万円が支払われたにすぎないから（事実2）、残代金4500万円の履行が提供されるまでは、Aは移転登記債務の履行を拒める（533条→引換給付判決。弁済の提供の証明が執行開始要件。民執31条1項）。

### 2 小問(2)

- (1) Bの請求が認められる場面とその権利
  - ・ Aの解除の主張が認められない場合において、AC間の売買契約の虚偽表示無効の主張も認められず、Bの履行請求権が不能であるとき、Aの債務不履行による填補賠償が請求可能（415条2項1号）。
- (2) 填補賠償の額
  - ・ 履行不能時基準なら4500万円だが、10%程度の地価の上下は通常生ずべき変動であり（415条1項）、5000万円の填補賠償請求が賠償額。
- (3) Bによる契約解除の有無と損害賠償
  - ・ Bが契約の解除をしないときには、4500万円の残代金債務との相殺で、賠償請求できるのはゼロかせいぜい500万円。
  - ・ Bが契約を解除すると、少なくとも500万円の手付金の返還請求はできるが、それ以上の損害賠償が請求できるかどうかはその他の損害の立証次第。
- (4) 手付と損害賠償
  - ・ 手付は解約手付と推定されるが（557条1項本文）、違約手付の性質を兼ねうる。そのような合意があったと認められる場合、Bは、契約を解除して手付を取り戻したうえで、損害の具体的な主張立証を要せず、500万円の支払を請求できるので（420条）、合計1000万円の支払請求が可能か。

## II 【設問2】

### 1 乙の帰属

- (1) Gの所有権
  - ・ 乙はGの所有物。Gは乙をBに無償で貸し出していたにすぎず（事実16）、Bの処分によっても乙の所有権を失わないのが原則。

(2) 即時取得(192条)の可能性

- ・例外としての即時取得の要件、①有効な取引行為(所有権移転を内容とする契約)、②取引行為に基づく占有の取得、③占有開始時の平穩・公然・善意・無過失。186条1項と188条の推定により③の反対事実、Gが主張・立証すべき。

(a) Eの即時取得の可否

- ・EはBとの間で売買契約を締結したが(事実14)、所有権留保特約により契約上所有権を取得できる地位には立っておらず、即時取得は不成立。

(b) Dの即時取得の可否

- ・Dは、EにBからの甲の購入を委任した(事実13)。Eは、自らの名前で結んだBとの売買契約によって取得した乙をDに引き渡し、その所有権をDに移転する義務を負う(646条)。依頼と現実の契約内容の不一致は委任者の所有権取得には影響せず、この委任契約は①要件を充足。
- ・乙の引渡しは、B→Dとされているが(事実15)、B→E→Dの順次引渡しの短縮として②要件も充足。
- ・即時取得の可否は、Gが、占有取得時のDの悪意または過失を主張・立証できるか次第。本件では、Dの悪意や過失をうかがわせる事実はない。

2 抵当権の効力が及ぶのか及ばないのか

(1) 抵当権の効力の及ぶ範囲

- ・抵当権は付加一体物に及ぶ(370条本文)。付加一体物には、付合物(242条)と従物(87条1項)を含む。
- ・乙は、設置時に抵当不動産所有者Dの所有になっていれば、本件不動産の従物。

(2) 抵当権設定後の従物

- ・抵当権設定時に存在した従物には抵当権の効力が及ぶ(87条2項)。抵当権設定後の従物に抵当権の効力が及ぶか否かには議論があり判例は不明だが、通説は、抵当権設定当事者が「設定行為に別段の定め」(370条ただし書)を置いた場合を除いて、抵当権設定後の従物も付加一体物に含まれ、抵当権の効力が及ぶとする。本問では、むしろ抵当権の効力が及ぶとする方が当事者の意思に合致。

(3) 具体的帰結

- ・乙の所有権がGにあれば、乙は従物ではないから、抵当権の効力は及ばない。
- ・乙の所有権がDに即時取得されていれば、乙は従物であり、抵当権の効力が及ぶ。