

[2023年度 問題]

次の事例を読み、設問に答えなさい。

[事例]

令和4年4月1日、Aは、建設業者Bとの間で、A所有の土地上に建物甲を建築することを5,000万円でBに請け負わせる契約（以下「本件元請契約」という。）を締結した。同月5日、Bは、Aの承諾を得ずに、建設業者Cとの間で、甲の建築工事を4,000万円でCに一括して請け負わせる契約（以下「本件下請契約」という。）を締結した。

本件元請契約には、「注文者は工事中契約を解除することができ、その場合の出来形部分は注文者の所有とする。」との特約があったが、本件下請契約には、出来形部分の所有権の帰属に関する特約はなかった。

Cは、全ての材料を自ら提供して甲の建築工事を行っていたところ、甲の約3割が出来上がったところでBが倒産した。Bが倒産した時点で、Aは、Bとの約定に基づき報酬の大半をBに支払済みであったが、Bは、Cに対し、報酬を全く支払っていなかった。Aは、同年8月1日、本件元請契約を解除した上でCに工事の中止を求め、Cは工事を中止した。その後、Aは、別の建設業者Dとの間で、出来形部分を基に甲を完成させる旨の請負契約を締結し、Dは材料を自ら提供して甲を完成させた。同年12月1日、Aは、Dから甲の引渡しを受け、A名義で甲の所有権保存登記をした。同月15日、Cは、甲の所有権は自己にあるとして、Aに対し甲の明渡しを請求した。

[設問]

この場合、Cの請求が認められるかについて、A及びCの主張を踏まえつつ、論じなさい。

[解答のポイント]

本問では、①Cが建築した出来形部分（建前）の所有権の帰属と、②Dが完成させた建物の所有権の帰属が問題となる。①では、出来形部分（建前）の土地への付合の有無、付合しないとした場合に出来形部分の所有権の帰属をどう判断するか、AB間での特約がCに対して拘束力を有するかを論じることになる。いずれも、判例や通説の立場で書ければよい。②では、完成建物の所有権の帰属について、判例の立場で考えると建前の所有者であるAがDに建物の完成を依頼しており、完成した建物の所有権は引渡しによりAに帰属している。そこで、Cの主張として、加工の規定により、材料の提供者であるCに完成建物の所有権が帰属することが考えられる。そこで、Cの主張の是非を論ずればよい。なお、本問は、「A及びCの主張を踏まえつつ、論じなさい。」とあるので、A及びCの主張を明示し、それを検討する書き方をしなければならない。

[解答例]

一 本問において、Cの請求が認められるためには、建物甲の所有権がCに帰属することが必要となる。もっとも、Cは、甲の建築工事を行い、約3割が出来上がったところで工事が中止されている。そこで、この出来形部分である建前の所有権はCに帰属しているかが問題となる。

1 まず、Aからは、建前は建物に至らない動産に過ぎず、土地に付合するとして、その所有権は土地所有者に帰属するとの主張が考えられる。

この点、建前も建物に向けられた動産の集合体であるから、土地と建物を別個の不動産とする

民法の下では、建前は土地に付合しないものと解すべきである。

したがって、Aのこの主張は認められない。

- (2)(1) そうすると、次にCからは、建前を建築したのは自分であることを理由にその所有権はCに帰属するとの主張が考えられる。

この点、建前の所有権については、当事者の公平を図る観点から通常の意思を踏まえ、誰が材料を提供したかということを基準にすべきである（判例同旨）。すなわち、注文者が材料の全部又は主要部分を供給した場合は、原始的に注文者に所有権が帰属するが、請負人が材料を供給した場合は、いったん請負人に所有権が帰属し、引渡しにより注文者に移転すると解する。

本問では、請負人Cが自ら材料を調達しているので、建前の所有権はCに帰属するとも考えられる。

- (2) これに対して、Aからは、AB間の建前所有権に関する特約は、Cも拘束するから、建前の所有権はAに帰属するとの主張が考えられる。

この点、請負契約はその性質上元請負契約の存在を前提とし、元請負人の債務の履行を目的とするものであるから、下請負人は注文者との関係では元請負人の履行補助者的な立場に立つにすぎない。とすれば、下請負人は、元請負人と異なる権利関係を主張する立場にない以上、下請負人は注文者と元請負人の特約に拘束されると解すべきである（判例同旨）。

したがって、Aのこの主張は認められる。

- 3 以上により、建前の所有権はCに帰属しない。

二 そこで、Cからは、上記特約はあくまで建前の所有権に関するものであり、完成した建物についてはCが材料を提供した以上、Cに建物甲の所有権が帰属するはずであるとの主張が考えられる。

確かに特約は出来形部分の場合と断っている以上、完成した建物の所有権に関してまで特約の効力が及ぶとは考えにくい。

それでは完成した建物の所有権の帰属はどのように考えるべきか。

この点、本件では、建前という1つの動産に材料という動産を加えて1つの不動産を製作したものであるから、所有権の帰属は2つの物を結合させた場合に関する付合の規定（242条以下）に従い処理すべきである。具体的には材料を提供して完成させた物が不動産という特段の価値を有するものであるから、その価値の増大に配慮した加工の規定（246条2項）によるべきである。

本問では、建前への加工が問題となるところ、この場合の材料の一部を提供した加工者はDであり、他方工作的対象となる材料、すなわち建前の所有者はAである。Cは建前の材料を提供したもののその所有権は前述のとおり認められない。そこで、加工の規定によりCに建物甲の所有権が帰属する余地はない。

したがって、Cのこの主張は認められず、Cに建物甲の所有権が認められない以上、Cの請求は認められない。

以上

## [2022年度 問題]

次の問い合わせに答えなさい。なお、(1)及び(2)は、それぞれ独立した問い合わせであり、相互に関連しないものとする。

- (1) AはBに500万円を貸したが、BがAに500万円を弁済しないまま、弁済期から11年が経過した後、Bは、Aから500万円を借りていたことを思い出し、「今は手元にお金がないため、500万円の弁済はもうしばらく待ってほしい」という手紙をAに送った。しばらくした後、AがBに対し500万円の弁済を求めたところ、Aの金銭債権の消滅時効が完成していることを知ったBは、Aの金銭債権は時効消滅しており、自身に500万円を弁済する義務はないと主張している。

この場合、AのBに対する請求が認められるかについて論じなさい。

- (2) Aは、Bに500万円を貸した際に、この500万円の金銭債権を担保するため、Cとの間で連帯保証契約を結んだ。その後、BがAに500万円を弁済しないまま、弁済期から7年が経過した。一向にBからの弁済がないため、AがCに対し500万円の弁済を求めたところ、Cは、AのBに対する金銭債権は時効消滅しており、自身に500万円を弁済する義務はないと主張している。なお、Aは、弁済期が到来した際、そのことを認識していたが、弁済期から7年が経過するまで、Bに対し一度も弁済の請求等をしていない。

この場合、AのCに対する請求が認められるかについて論じなさい。

## [解答のポイント]

小問(1)は、援用権の喪失に関する判例（最大判昭41.4.20）を踏まえた事例問題である。もっとも、同判例では、援用権の喪失について判断する前提として、消滅時効完成後の債務の承認が時効の利益の放棄（146条）であると推定されるか否かを論じているから（同判例は否定）、その論点にも言及することが必要である。

小問(2)は、Aの金銭債権について5年間の消滅時効（166条1項1号）が完成していることを論じたうえで、時効による債権消滅の効果を生じさせるには時効の援用をしなければならない（最判昭61.3.17）ことを踏まえ、連帯保証人Cが主たる債務者Bの消滅時効を援用することができる旨を論じることが必要である。

## [解答例]

### I 小問(1)

1 本問におけるAのBに対する500万円の金銭債権（Aの金銭債権）は、弁済期から11年間行使されておらず、「権利を行使することができる時から10年間」これが行使されていないので、消滅時効が完成している（166条1項2号）。しかし、Bは、消滅時効を援用することなく、Aに対して支払猶予を求める手紙を送付していることから、債務を承認しているといえる。

もっとも、Bは、その後にAから弁済を求められた段階で、Aの金銭債権の消滅時効が完成している事実を知ったので、支払猶予を求めた段階ではその事実を知らなかつたと認められる。

したがって、Bによる支払猶予の求めは、時効の利益の放棄（146条）には当たらない。

2 そうであっても、消滅時効完成後に債務者が債務を承認することは、時効の利益の放棄であると推定することができないか。

消滅時効完成後に債務者が債務を承認する場合には、時効完成の事実を知っているのは異例

で、知らないのが通常である。したがって、消滅時効完成後に債務を承認した事実から、その承認は時効が完成したことを知つてされたものであるとし、時効の利益の放棄であると推定することは許されないと解する（判例同旨）。

したがって、Bによる支払猶予の求めは、時効の利益の放棄とは推定されない。

3 しかし、債務者が、自己の負担する債務について消滅時効が完成した後、債権者に債務の承認をした以上、消滅時効の完成の事実を知らなくても、その後、その債務について完成した消滅時効を援用することは許されないと解する（援用権の喪失、判例同旨）。時効完成後、債務者が債務の承認をすることは、時効による債務消滅の主張と相容れない行為であり、相手方（債権者）も債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考えるから、その後は債務者に時効の援用を認めないと解するのが、信義則に照らし相当であるからである。

したがって、消滅時効完成後に支払猶予の求めをしたBは、信義則に照らし、Aの金銭債権について消滅時効を援用することができない。

4 以上より、Aの金銭債権についてBの消滅時効の援用は認められず、まだ消滅していないから、AのBに対する請求が認められる。

## II 小問(2)

1 本問におけるAのBに対する500万円の金銭債権（Aの金銭債権）について、Aは、弁済期が到来した際に、そのことを認識しながら弁済期から7年間弁済の請求等を一切していない。この事実から、Aの金銭債権が「権利行使することができた時から5年間」行使されていないと認められることから、その消滅時効が完成している（166条1項1号）。

2 もっとも、時効による債権消滅の効果は、時効の完成とともに確定的に生じるものではなく、時効が援用（145条）されたときに初めて確定的に生じるが（判例同旨）、時効の援用は、消滅時効にあっては保証人も行うことができ（145条括弧書）、保証人は主たる債務者の消滅時効を援用することができる。保証人は、主たる債務者の消滅時効を援用することによって、主たる債務が消滅する結果、自らの保証債務も付従性により消滅するという直接的な利益を受けることができるからである。

したがって、Cは、Aの金銭債権を担保するための連帯保証人であるが、連帯保証人も保証人に含まれるから、Aの金銭債権の消滅時効を援用することができる。

3 そして、Cは「Aの金銭債権は時効消滅しており、自身に弁済義務はない」旨を主張しており、Aの金銭債権の消滅時効を援用したものと認められるから、Aの金銭債権が消滅する結果、付従性によりAの連帯保証債権も消滅することになる。

4 以上より、Aの連帯保証債権は消滅しているから、AのCに対する請求は認められない。

以上

## [2021年度 問題]

次の事例を読み、以下の問い合わせに答えなさい。ただし、自動車損害賠償保障法上の責任については論じなくてよい。

### [事例]

医薬品の販売等を業とするA会社の従業員Bは、退社後、会社近くの映画館に友人と映画鑑賞に出掛けた。映画鑑賞後、友人を自宅まで送り届けるため、Bは、私用に使うことが禁止されているAの社用車を利用しようと考えた。Aでは、社用車の鍵は金庫等には保管されておらず、誰でも自由に持ち出すことができた。Bは、社用車に乗って友人を送り届けた後、そのまま社用車を運転して自らも帰宅の途についたが、その道中、Cの運転する車と衝突事故を起こし、Cは全治2か月の重傷を負った。事故の際、Bは居眠りをしており、また、Cはカーナビの操作に気を取られて前方をよく見ていなかった。

- (1) CはBに対し、どのような請求をすることができるか。Bの反論も踏まえて論じなさい。
- (2) CはAに対し、どのような請求をすることができるか。Aの反論も踏まえて論じなさい。
- (3) (2)でCの請求が認められた場合、AはBに対し、どのような請求をすることができるか。Bの反論も踏まえて論じなさい。

### [解答のポイント]

小問(1)は、一般不法行為（709条）の成立について記述すればよい。Bの反論は、損害賠償責任それ自体の否定もできる債務不履行の場合の過失相殺（418条）を想定したものである。

小問(2)は、使用者責任（715条1項）の成立要件を挙げて、それぞれの要件を満たすかどうかを記述することが求められる。Bが社用車を禁止されている私用で運転していたことから、Bの運転が「事業の執行について」に当たるかどうかが論点となる。

小問(3)は、使用者から被用者に対する求償権の行使の制限について言及した判例（最判昭51.7.8）を踏まえて記述すればよい。

### [解答例]

#### I 小問(1)

1 本問の事例では、Bの居眠りという過失行為によって社用車がCの運転する車に衝突したことが原因で、Cが重傷を負うという結果が発生している。したがって、Cは、Bに対し、一般不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる（709条）。

2 これに対し、Bとしては、Cにも前方不注意という過失があるのだから、過失相殺によって損害賠償請求ができなくなると反論することが考えられる。しかし、不法行為の場合の過失相殺は、損害賠償額の減額ができるにとどまる（722条2項）。したがって、過失相殺によって損害賠償額が減額されることはあっても、一般不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる。

#### II 小問(2)

1 Cは、Aの所有する医薬品販売等に用いられる社用車に衝突して重傷を負っていることから、Aに対し、使用者責任（715条1項）を追及し、損害賠償請求をすることが考えられる。

2 使用者責任が成立するには、①使用者と被用者との間に使用関係があること、②被用者が使用

者の事業の執行について第三者に損害を加えたこと、③被用者の被害者に対する一般不法行為責任（709条）が成立していること、④使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたときでないこと、⑤使用者が相当の注意をしても損害が生ずべきであったときでないこと、が必要である（715条1項）。

本問の事例では、BがAの従業員であるから、①A（使用者）とB（被用者）との間に使用関係がある。また、小問(1)で述べた通り、③BのC（被害者）に対する一般不法行為責任が成立している。そして、④AがBの選任及びその事業の監督について相当の注意をした事情はなく、⑤Aが相当の注意をしても損害が生ずべきであった事情もない。

3 しかし、BCの衝突事故は、Bが退社後に禁止されている私用での運転中の出来事である。そこで、Aとしては、②BがAの事業の執行についてCに損害を加えたといえないので、使用者責任を負わないと反論することが考えられる。では、②の要件を満たすのか、「事業の執行について」の判断基準が問題となる。

この点、「事業の執行について」とは、広く被用者の行為の外形をとらえて客観的に観察したときに、使用者の事業の態様、規模等から見て、被用者の職務行為の範囲内に属するものと認められる場合をいうと解する。なぜなら、715条1項は、報償責任の原理に基づき損害の公平な分担を図るための規定だからである。そして、この考え方は、取引的不法行為の場合だけでなく、事実的不法行為の場合であっても、妥当すると考える。

本問の事例では、Bの運転していた自動車はAの社用車であり、その行為の外形上、Aの事業を執行していたものと客観的に観察できるから、Bの職務行為の範囲に属するものと認められる。したがって、②BがAの事業の執行についてCに損害を加えたということができる。

4 以上より、Cは、Aに対し、使用者責任を追及し、損害賠償請求をすることができる。

### III 小問(3)

1 Aは、使用者責任の追及を受け、Cに対する損害賠償責任を負担した場合、Bに対し、求償権の行使ができる（715条3項）。求償権の行使にあたって、民法では求償権の制限について何ら規定していないので、Aは、Bに対し、自ら負担した分の全額の支払いを請求することが考えられる。

2 これに対して、Bとしては、全額の支払請求は認められず、Aによる求償権の行使には一定の限度があると反論することが考えられる。そして、このようなBの反論は正当であると解する。損害の公平な分担の見地から、使用者から被用者に対する求償権の行使は、諸般の事情に照らし、信義則上相当と認められる限度においてのみ認めるべき場合がある。そして、本問は私用での社用車の運転中の事故であるものの、鍵が金庫等で保管されておらず、Aが従業員ならば社用車に誰でも乗れる状態にしていた中での事故である。このような事情に照らせば、Aによる求償権の行使は、信義則上、一定の限度があると解するべきだからである。

以上

## [2020年度 問題]

Xは、Yに対して貸金債権を有しており、当該債権を被担保債権として、Yの所有する宅地及びその上に存在する建物について抵当権の設定を受け、その旨の登記も完了した。このことを前提に、次の問い合わせに答えなさい。なお、(1)と(2)は、それぞれ独立した問い合わせであり、相互に関連しないものとする。

- (1) Yは、抵当権設定前から取り外し可能な庭石を本件宅地に設置していた。当該抵当権設定登記後、Yは、Aとの間で当該庭石を譲渡する契約を締結し、Aは、この契約に基づき、当該庭石を搬出しようとしている。この場合、Xは、Aに対し、当該庭石の搬出をやめるよう請求することができるかについて論じなさい。
- (2) Yによる抵当権設定登記後、Bが権原なく本件建物の占有を開始した。Yが弁済期の到来後も債務を履行しないため、Xは抵当権の実行として本件宅地及び本件建物の競売を申し立てたが、Bが本件建物を占有しているため買受けを申し出る者がいなかった。この場合、Xは、Bに対し、どのような請求を行うことができるか。考えられるものを一つ挙げ、その内容と可否について論じなさい。ただし、損害賠償については論じなくてよい。

## [解答のポイント]

設問(1)は、抵当権設定時に従物が存在していた最判昭44.3.28の事案をベースとした出題であり、論点は2つある。

1つ目は、抵当不動産の従物に抵当権の効力が及ぶかである。上記判例は、本問と同じく抵当権設定時に存在していた取り外し可能な従物について、付加一体物（370条本文）に該当することを理由に、抵当権の効力が及ぶと判示しているので、これを踏まえて論じられていれば十分であろう。87条2項説についてまで言及する必要はない。

2つ目は、抵当権に基づく妨害予防請求の可否である。いかなる場合に抵当権侵害となるかについては、主として、抵当不動産の価値を減少させた場合に限り抵当権侵害となるとする見解と、抵当不動産の価値を減少させる場合に加えて、換価権の実現を侵害するときも抵当権侵害となるとする見解との争いがある。解答例は前者の見解を踏まえて論じているが、どちらかの見解を踏まえて論じられていれば十分であろう。

設問(2)は、不法占有者に対する妨害排除請求の可否が問題となった最大判平11.11.24の事案をベースにした出題である。本問は「考えられるものを一つ挙げ」と指示しているので、解答例では、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使の内容・可否について論じている。もう一つ考えられるものとしては、債権者代位権の行使（XのYに対する本件宅地・本件建物の担保価値維持請求権を被保全債権として、YのBに対する所有権に基づく妨害排除請求権を被代位権利として代位行使すること）がある。被保全債権が抵当権の被担保債権ではないことに注意すること。どちらかを選択して論じることができればよい。そして、解答例で選択した請求について論じるときは、判例の考え方方に言及し、本間に当てはめることが求められる。いわゆる債権者代位権の行使（XのYに対する本件宅地・本件建物の価値維持請求権を被保全債権として、YのBに対する所有権に基づく妨害排除請求権を被代位権利として代位行使すること）の論述は不要である。もっとも、逆に、債権者代位権を論述するのであれば、抵当権に基づく妨害排除請求を論じる必要はない。なお、最判平17.3.10を素材にした問題が、2012年の記述式に出題されている。

## [解答例]

### 1 設問(1)

- ① Xが、Aに対し、抵当権設定前から本件宅地に設置されていた取り外し可能な庭石（以下、「当該庭石」という）の搬出を止めるよう請求（以下、「本件請求」という）できるか。
- ② 本件請求をするには、まず、当該庭石に抵当権の効力が及んでいることが必要である。そこで、当該庭石が本件宅地の付加一体物（370条本文）に当たり、抵当権の効力が及んでいるかが問題となる。

この点、当該庭石は、「取り外し可能」とあるので、本件宅地の従物（87条1項）にあたる。従物とは、主物から独立して主物の効用を助ける物をいうところ、本件庭石は、主物である本件宅地から取り外しができる点で独立しており、譲渡の対象となる点で経済的に本件宅地の効用を助ける物といえるからである。

では、当該庭石のような従物も付加一体物に当たるのか。

この点、抵当権は抵当不動産の交換価値を把握する価値支配権なので、抵当不動産と物理的に一体の関係をなす物だけでなく、経済的に一体の関係をなす物にも抵当権の効力を及ぼすべきである。そうだとすると、抵当不動産の従物は、その効用を助ける点で経済的に一体の関係をなすから、付加一体物に含まれると解すべきである（判例と同旨）。

したがって、当該庭石は本件宅地の付加一体物に当たり、抵当権の効力が及ぶ（判例と同旨）。

- ③ 次に、本件請求が認められるには、Aの当該庭石の搬出が抵当権侵害と評価できなければならない。抵当権侵害と評価できれば、抵当権も物権であるから、そのような抵当権侵害を阻止するため、妨害予防請求権の行使として本件請求ができる。

抵当権は価値支配権で、抵当不動産の占有を設定者に委ねる非占有担保なので、設定者による正当な利用は認められる。しかし、正当な利用を超えて抵当不動産の価値を減少させる場合には、抵当権侵害と評価できると解する。

本問では、当該庭石の価値は定かではないが、YA間で譲渡の対象になることから、経済的な価値があると推察できる。そうだとすると、YのAに対する当該庭石の譲渡行為が本件宅地の価値を減少させる場合には、抵当権侵害と評価できる。

- ④ 以上より、Xは、Aに対し、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使として、当該庭石の搬出を止めるよう請求できる。

### 2 設問(2)

- ① Xは、Bに対し、抵当権に基づき、本件建物の不法占有（以下、「本件占有」という）を止めることを請求するとともに、本件建物の自己への明渡しを請求するという内容が考えられる。これらの請求は抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たる。そこで、これらの請求の可否について論じる。
- ② 抵当権は価値支配権かつ非占有担保であるから、抵当権者は抵当不動産の使用収益に関与できないのが原則である。しかし、抵当不動産の価値が減少すると、抵当権の価値支配権としての機能を果たせなくなる。そこで、抵当不動産の不法占有により、抵当不動産の交換価値の実現を妨げられて抵当権者の優先弁済権の行使が困難となる状態があるときは、抵当権侵害に当たるから、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使として、不法占有状態の排除を請求できると解する（判例と同旨）。

本問では、抵当権実行による競売時に、Bの本件占有が原因で買受けを申し出る者がいなかっ

たとあるので、Bの本件占有は、本件建物の交換価値の実現が妨げられて、Xの優先弁済権の行使を困難とさせている状態なので、抵当権侵害と評価できる。

したがって、Xは、Bに対し、本件占有を止めることを請求できる。

- ③ さらに、Xは、Bに対し、本件建物の自己への明渡しを請求できるか。

この点、抵当権侵害が生じないように設定者が抵当不動産を適切に維持管理することが期待できないときは、抵当権の価値支配権としての機能を果たせるようにするために、抵当権者自身への明渡しの請求が肯定されると解する（判例と同旨）。

本問では、本件占有に対してYが何ら対策を講じなかったことにより、本件宅地及び本件建物の買受けの申出者がいない状況に陥っており、Yによる適切な維持管理は期待できないと評価できる。

したがって、Xは、Bに対し、本件建物の自己への明渡しを請求できる。

- ④ 以上より、Xは、Bに対し、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使として、本件占有をやめ、本件建物の自己への明渡しを請求できる。

以上

## [2019年度 問題]

次の事例を読み、以下の問い合わせに答えなさい。

### [事例]

Xは、Yとの間で、自己が所有するマンション一戸（以下「甲」という。）をYに賃貸する旨の契約（以下「本件契約」という。）を締結し、甲を引き渡した。本件契約では、賃料は月額10万円、賃貸期間は2年間、目的は居住目的と定められた。

Xは、本件契約を締結するに当たって、Yに対し、転貸をすることを禁ずる旨を告げ、契約書にもその旨が明記されていた。他方で、Yは、Xに対し、実家で単身で暮らしている母親を介護のため呼び寄せて同居する可能性があることを告げ、Xはこれを了承した。

Yの叔母であるZは、英会話スクールの開業を考えていたところ、立地・間取りともに適切であった甲に興味を持ったため、「賃料は月額12万円を支払うので、甲を英会話スクールに利用させてほしい。あなたの母親の介護は私の娘に任せればよい。」とYに頼み込み、YはXに無断でこれを了承した。

現在、Yは甲とは別のマンションに居住しており、Zは、甲に単身で居住しながら、甲の一室を用いて英会話スクールを営業している。

- (1) Xは、Yに対し、本件契約を解除し、賃貸借契約の終了に基づく甲の返還請求をしようと考えている。Xの当該請求の可否について論じなさい。
- (2) 仮に、(1)の主張が認められない場合、Xは、Zに対して、直接賃料を請求することができるかについて論じなさい。また、かかる請求をすることができるとした場合、その金額はいくらかについても論じなさい。

### [解答のポイント]

まず、小問(1)については、無断転貸を理由とする解除（612条2項）が制限されるか否かが問題となる。判例（最判昭28.9.25）は、賃貸借の解除には信頼関係破壊の法理の適用を肯定しているので、本問における具体的な事情を下に、信頼関係破壊の有無を検討することになる。本問では特に特段の事情につき、人的要素、利用状況の変化や無断転貸による影響等を考慮することになる。

次に、小問(2)については、承諾転貸の場合の賃貸人と転借人との関係が問題となる。ここでは、両者間には契約関係がないことを指摘した上で、民法613条1項が、「転借人は、賃貸人に対して直接に義務を負う」と規定していることに言及し、直接の賃料請求が可能であるとの結論を導くことになる。そして、請求可能な金額については、本問では賃料よりも転借料が高額であることを示したうえで、賃貸人の権利の範囲内の請求のみが許されるとの結論を示すとよいだろう。

### [解答例]

#### 1 小問(1)

- (1) XはYとの間で本件契約を締結し、これに基づき甲をYに引き渡している。そして、その後、本件契約においては転貸を禁止することが契約書に明記されているにもかかわらず、YはXに無断で、Zとの間で転貸借契約を締結し、現在Zは当該契約に基づき甲を使用収益している。民法612条1項は無断転貸を禁止しているため、XはYに対し本件契約を解除し、賃貸借契約の終了

に基づく甲の返還請求をすることができるかが問題となる。

- (2) ア 賃借人が無断転貸をし、第三者に賃借物を使用または収益をさせた場合、賃貸人は賃貸借契約を解除することができるのが原則である（612条2項）。しかし、賃貸借契約は、当事者相互の信頼関係を基礎とする継続的契約であるため、無断転貸がなされた場合でも、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情があるときは、解除権は発生しないと解すべきである（判例同旨）。そして、その特段の事情については、人的要素、居住・利用態様等が考慮される。

イ そこで、YによるZへの無断転貸につき、背信的行為と認めるに足りない特段の事情の有無を検討する。

Xは本件契約において居住目的としたうえで転貸を禁止し、母親との同居の可能性は認めているものの、これ以外の第三者による甲の使用は認めない趣旨であったといえる。加えて、本件契約の目的物はマンションの一戸である甲であり、目的は居住目的とされているにもかかわらず、Zはこれに反して英会話スクールを営業しているとある。

またZは、同居の家族ではなく叔母であること、Yは甲に現在居住していないこと等を考慮すると特段の事情があるとはいえない。

- (3) したがって、Xによる本件契約の解除は認められるといえ、XはYに対して賃貸借契約の終了に基づく甲の返還請求をなしうる。

## 2 小問(2)

- (1) 仮にXの上記主張が認められない場合、Xは転貸につき承諾を与えたものとみなされるため、賃料を請求することが考えられる。もっとも、本件契約はXY間における契約であるため、YがXに対して賃料の支払い義務を負うことは格別、XがZに対して直接賃料を請求することができるかが問題となる。

民法613条1項は、承諾転貸をしたときは、転借人は賃貸人に対して直接に義務を負うとしている。したがって、転借人Zは賃貸人Xに対して直接義務を負う。そして、この義務には賃料の支払い義務も含まれる（601条）。よって、XはZに対して、直接賃料の請求をすることができる。

- (2) もっとも、本問では、賃料が月額10万円、転借料が月額12万円であり、転借料が賃料より高額であるので、XがZに対して請求できる賃料の額が問題となる。

この点、前述の通り賃貸人Xと転借人Zとの間には契約がないので、賃貸人は賃貸借契約における賃料の範囲で権利を行使することができると考えるべきである。

したがって、XはZに対して、XY間の賃貸借契約における賃料の金額である10万円を限度に請求することができる。

以上

## [2018年度 問題]

次の事例を読み、以下の問いに答えなさい。なお、(1)と(2)は、それぞれ独立した問い合わせであり、相互に関連しないものとする。

### [事例]

平成29年5月4日、Xは、Aから土地甲を無償で譲り受けた際に、贈与契約を原因とする甲の所有権移転登記手続に関する事務を友人であるYに委任した。このため、Yは、Xの実印、印鑑証明書、甲の権利証を所持・管理することとなった。その後、自己の事業が不振で生活にも窮するようになったYは、平成29年7月10日、Xの実印を無断で利用して契約書を作成し、印鑑証明書を提示した上で、自己をXの代理人として、X所有の甲を5,000万円でZに売り渡した。

Zは、甲にマンションを建築して賃貸経営を行うことを予定しており、平成29年7月20日、甲の土質調査や測量を業者に依頼して行い、総額で200万円の費用を支出していた。なお、Zは、Yが甲についての本件売買契約に係る代理権を有していないことを知らなかった。

- (1) Zは、Xに対し、どのような請求をすることができるかを論じなさい。
- (2) Zは、Yに対し、どのような請求をすることができるか。Zの請求に対するYの反論も含めて論じなさい。

### [解答のポイント]

民法記述式の問題は近時の判例をベースにした出題が多かったが、2018年は基本事例を素材にした問題となっている。出題傾向に変化がみられる。出題傾向が一定しないのが特色ともいえる。

まず、小問(1)については、権限外の行為の表見代理（110条）の成否が問題となる。同条の要件を充足するかを検討することになる。小問(1)のポイントは、登記申請行為という公法上の行為の代理権が民法110条の基本代理権たりうるかである。判例（最判昭46.6.3）をベースに論じるとよいであろう。

次に、小問(2)は、損害賠償の内容（履行利益）に言及し、表見代理の成立により無権代理人が責任追及を免れるか問題となる。判例（最判昭62.7.7）を示すとよいだろう。

なお、Zの主観的要件につき問題文に「知らなかった」（善意）としか記載されておらず、無過失については言及がないので、Zの無過失についても軽く言及するとよいだろう。

### [解答例]

#### 1 小問(1)

(1) Xは、土地甲の所有権移転登記手続に関する事務を友人Yに委任したところ、YはXの代理人として、甲をZに売却している。Yの行為は、権限外の無権代理行為であり、売買契約の効果はXに帰属しないのが原則である（113条1項）。とすると、Xが追認しない限り、Zは甲の所有権を取得しないのが原則である。しかし、Zは、Yが上記売買契約に係る代理権の不存在につき善意であり、取引の安全を図る必要がある。そこで、Zは、Xに対し、表見代理（110条）を主張し、甲の引渡しを請求をすることができるかが問題となる。

(2) この点、上記の表見代理が成立するには、①基本代理権の存在、②代理人の権限外の行為、③相手方に正当な理由があることである。

ア まず、本問の代理権は登記移転の申請行為であるので、かかる公法上の行為に関する代理権が①の基本代理権となりうるか。

この点、公法上の行為の代理権は基本代理権とならないのが原則である。しかし、私法上の契約の義務の履行のためのものである場合には、基本代理権となりうると解する（判例同旨）。

本件でも所有権移転登記手続に関する代理は、XA間の甲の贈与契約の一環として行われているから、①基本代理権となる。

イ 次に、Yの上記売買契約は、②代理人の権限外の代理行為である。

ウ 最後に、「正当な理由」とは、代理権を有していないことにつき善意かつ無過失であると解されるところ、Zは、Yが甲につき本件売買契約に係る代理権を有していないことにつき善意とある。しかし無過失については問題文には言及がない。

本件では、Yは、Xの実印、印鑑証明書、甲の権利証を所持しており、Xの実印を無断で利用して契約書を作成し、印鑑証明書を提示したとあるので、これらはYに代理権の存在が推定されうる事情と考えられる。すると、Zは、Yが代理権を有していないことにつき知ることができなかつたと評価できるので無過失も充足する。

エ 以上より、表見代理（110条）が成立し、ZはXに対し、甲の引渡しを請求することができる。

## 2 小問(2)

(1) Zは、無権代理人Yに対し、無権代理人の責任を追及しうるが（117条）、甲の引渡債務の履行は困難であるので、損害賠償請求をすることになる。代金5000万円は請求できるとして土質調査費用等の200万円をも請求できるか。

(2) 同条の損害賠償請求の内容は履行利益と解される。ここに履行利益とは契約が履行されたのであれば債権者が得たであろう利益をいう。同条の損害賠償責任は履行に代わるものだからである。

本件でも甲の土質調査費用等は契約の履行を前提に支出されているので、履行利益に含まれる。

以上により、Zは代金5000万円に加え甲の土質調査費用等の200万円をも請求することができる。

(3) Yは、表見代理の成立により、本件売買契約の効果はXに帰属するので、無権代理人への責任追及は認められない反論することが考えられる。そこでYは表見代理の成立を理由に、自己の責任追及を免れると主張できるか。

この点、主張できないと解する。なぜなら、表見代理も無権代理人の責任追及も相手方を保護する趣旨である以上、いずれを採用するかは相手方の任意の選択によるべきであり、無権代理人から自らの責任を免れる主張を認めるべきではないからである（判例同旨）。

(4) 以上より、ZはYに対し、上記の損害賠償請求をすることができる。

以上

## [2017年度 問題]

次の事例に関する【設問1】及び【設問2】に答えなさい。なお、【設問1】及び【設問2】において付加された事実は、相互に関連しないものとする。

### [事例]

平成2年5月1日、Xは、A所有の甲土地を買い受け、所有権移転登記を備えないまま甲の占有を継続していたところ、平成4年9月1日、Aは死亡し、その子Bが、相続により甲に関する所有権を取得し、移転登記を了した。Xは甲を買い受けた時点で善意無過失であった。

### [設問1]

Bは、平成11年12月1日、Yに対し甲を売り渡し、同日所有権移転登記を了した。Xは、移転登記がYに備えられていることに気付き、平成12年6月1日、Yに対し、甲の所有権に基づき、甲の登記名義をXに移すよう求める訴えを提起した。

この場合、Xの請求は認められるか。取得時効と登記に関する判例法理に触れながら、論じなさい。

### [設問2]

Bは、平成17年3月1日、Zに対する債務を担保するため、甲に抵当権を設定し、同日設定登記を了した。Xは、抵当権設定登記の時点では、抵当権設定の事実を知らず、甲の所有について善意無過失であった。その後、平成29年4月1日、Zが抵当権の実行として甲の競売手続を申し立て、甲が差し押さえられた。Xは、自己に甲の所有権があることを主張して、Zに対し第三者異議の訴えを提起した。

この場合、Xの請求は認められるか。なお、解答に際しては民法上の問題点についてのみ論じればよく、民事執行法上の問題点を論じる必要はない。

#### (参考) 民法

(抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅)

第397条 債務者又は抵当権設定者でない者が抵当不動産について取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときは、抵当権は、これによって消滅する。

#### (参考) 民事執行法

(第三者異議の訴え)

第38条 強制執行の目的物について所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者は、債権者に対し、その強制執行の不許を求めるために、第三者異議の訴えを提起することができる。

(第2項以下略)

### [解答のポイント]

昨年の2016年は債権譲渡における異議を留めない承諾の効力に関する判例（最判昭42.10.27）を素材にした事例問題であったため、2017年は出題サイクル的に総則から基本判例を素材にした事例問題

が予想されていたところ、不動産物権変動の分野から時効と登記に関する事例問題となっている。しかも専門5科目の記述式の中で最大の長文問題となっており、民法を選択した方は多くはなかったと推測される。

本問は、事例を正確に分析したうえで、Xの請求を検討し、論点を論じていくことになるが、解答は容易ではなかったと推測される。本問は問題文に指示があるので、指示に従い、時効と登記に関する判例法理に言及したうえで、設問1及び2について解答することが求められている。

まず、設問1の請求の法律上の根拠は、短期取得時効（162条2項）であり、各要件を充足するかを検討していくことになる。次に、設問1の主要テーマは、いわゆる取得時効と登記（時効完成前の第三者との関係）であるが、本問は他人物の時効取得の典型事例とは異なり、いわゆる二重譲渡型の事例（不動産の引渡しを受けたが未登記のケース）である。本問の特殊性に気づいたかもポイントになると思われる。

最後に、設問2では時効完成後の抵当権設定後の再度の時効援用が問題となった近時の判例（最判平24.3.16）の規範を示すことができたかがポイントになると思われる。

### [解答例]

#### 1 設問1

- (1) Xは、平成2年5月1日、A所有の甲土地を買い受けているので（555条）、所有権に基づき、甲の登記名義を自己に移すよう請求できるか。この点、Aの相続人Bから甲を買い受けたYは、相続人Bを起点としてXと対抗関係にあるので、民法177条の「第三者」に該当し、甲の所有権移転登記を了した以上、Xの上記請求は認められないとも考えられる。
- (2) そこで、Xは、平成2年5月1日から甲の占有を10年間継続し、甲を買い受けた時点で善意無過失とあるので、短期取得時効（162条2項）を主張し、上記請求をすることができるか。
- ア. 短期取得時効の要件のうち、所有の意思、平穏・公然・善意・無過失、10年間の占有継続の各要件は充足する。
- イ. 甲は、Xにとって「自己の物」であるので、「他人の物」の要件を充足するか。この点、「自己の物」でも「他人の物」の要件も充足すると解する。なぜなら、時効の制度趣旨は、長期にわたる事実状態の尊重にあるところ、自己の物でもその趣旨は妥当するからである。したがって、Xは甲の所有権を時効取得している。
- ウ. 次に、Xの時効完成前に所有権移転登記を了したYとXとの優劣をいかに解するか、いわゆる取得時効と登記の処理につき明文がないため問題となる。

この点、判例は時効取得者である占有者は、時効完成前の第三者には登記なくして所有権を主張できるとしている。なぜなら、時効完成前の第三者と時効取得者である占有者との関係は、権利を取得し喪失する当事者類似関係にあるからである。判例法理によると、XはYに登記なくして甲の所有権を主張でき、Xの請求は認められることになる。

しかし、本件のような不動産の引渡しを受けたが未登記のケースであるいわゆる二重譲渡型の事例ではXは登記しようと思えばできたのであり、判例法理による処理は妥当でないと思われる。自己の未登記による不利益が取得時効により救済される結果になってしまうからである。

そこで、本件のような二重譲渡型の事例では登記を考慮し民法177条が適用されると解される。本件では、Xは登記なくして甲の所有権をYに主張できず、Xの上記請求は認められない。

#### 2 設問2

- (1) Xは、A所有の甲土地を買い受け（555条）又は短期取得時効（162条2項）を根拠に、所有権に基づき、Zに対し第三者異議の訴えを提起している（397条、民事執行法38条）。この点、時効完成後の平成17年3月1日に甲に抵当権を設定したZは、民法177条の「第三者」に該当し、抵当権設定登記を具備しているので、Xの上記請求は認められないとも考えられる。
- (2) しかし、抵当権設定登記時の平成17年3月1日から甲の占有を再度10年間継続している。Xは、抵当権設定登記の時点で、抵当権設定の事実を知らず、甲の所有について善意無過失であるので、同年月日から再度の短期取得時効の各要件を充足する。

そこで、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がなされないまま、時効完成後の第三者Zが相続人Bから抵当権の設定を受け、抵当権設定登記を了した場合における再度の取得時効の完成と抵当権の消滅の是非が明文なく問題となる。

この点、不動産の占有者による取得時効の完成後、所有権移転登記がなされないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了した場合に、上記不動産の占有者が、その後引き続き時効取得に必要な期間の占有を継続し、期間経過後に取得時効を援用したときは、上記占有者が上記抵当権の存在を容認していたなど抵当権の消滅を妨げる特段の事情がない限り、上記占有者が、上記不動産を時効取得する結果、上記抵当権は消滅すると解する（近時の判例に同旨）。

なぜなら、時効の制度趣旨は長期にわたる事実状態の尊重にあり、取得時効完成後、所有権移転登記がされないうちに第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了した場合、占有者がその後にいかに長期間占有を継続しても抵当権の負担のない所有権を取得することができないと考えることは、上記趣旨を没却することになりかねないからである。

よって、本問でもXに再度の短期取得時効が成立し、Zの甲における抵当権は消滅するので、Xの上記請求は認められる。

以上

## [2016年度 問題]

次の事例を読み、設問に答えなさい。

### [事例]

平成27年1月10日、Yは、Aとの間で、工事完成期日を平成27年6月10日とし、Y所有の土地上にAが甲建物を建設する旨の請負契約（以下「本件請負契約」という。）を締結した。本件請負契約においては、Aは、請負代金の一部を受領するとともに、工事が完成した時に残代金を受領することとされていた。平成27年4月30日、Aは、請負代金債権のうち、工事完成時に支払われる分をXに譲渡し、Yはこれに対して異議をとどめない承諾をした。その後、Aは、工事が全体の約6割に達したところで、工事を中止し、そのまま放置した。そこで、平成27年6月30日、YはAの債務不履行を理由に本件請負契約を解除した。

ところが、本件請負契約の解除後、Xが、Yに対して、譲り受けた請負代金債権の支払を求めてきた。

### [設問]

Xが、Yに対して、譲り受けた請負代金債権の支払を求めるることは可能か。以下のXの主張の当否を論じつつ、Yへの支払請求の可否について論じなさい。

### 【Xの主張】

私は、請負代金債権をAから譲り受けているのだから、Yから支払を受ける権利がある。確かに、当該債権が将来完成されるべき未完成工事部分の請負報酬金債権であることは知っていた。しかし、Yは、当該債権が譲渡された際、異議をとどめない承諾をしているのだから、私が知っていたか否かは関係がない。また、Yは債務不履行を理由に本件請負契約を解除しているが、Yが異議をとどめない承諾をした後に債務不履行が生じている以上、そもそもYは、私に対して、本件請負契約の解除を主張することはできないと考える。

### [解答のポイント]

本問は債権譲渡における異議を留めない承諾の効力が問題となった判例（最判昭42.10.27、民法判例百選Ⅱ第7版29事件）を素材にしている。本判例をベースに正確に論ずることは容易ではなかったと推測されるが、問題文のXの主張がヒントになっているので、問題文の誘導をベースに論述したい。

本問は、事例を分析した上で、問題文のXの主張を検討し、必要な論点を論じていくことがポイントである。

まず、請求の法律上の根拠は、請負報酬金債権と債権譲渡である。次に、問題文のXの2つの主張を検討する必要があるが、主要論点は、抗弁切断効を生じる異議を留めない承諾の法的性質（468条1項）と、同条1項の「対抗することができた事由」の範囲である。これらを上記の判例ベースで論じられれば充分な合格答案となると思われる。

### [解答例]

1 Xの支払請求の法律上の根拠

Xは、本件請負契約から発生した請負代金債権のうち、工事完成時に支払われる分をAから譲り受けているが、報酬債権自体は請負契約の成立とともに発生しているので、本問の債権譲渡も有効である（632条、466条1項本文）。さらにYは抗弁切断効を生じる異議を留めない承諾をしているので、Xは同債権の支払を請求している（468条1項）。

## 2 Xの主張の当否

### (1)異議を留めない承諾の法的性質

Xは、問題文の主張の前段でYが異議を留めない承諾をしているので、未完工事部分の請負報酬金債権であることを知っていたか否かは関係ないと主張している。そこで、異議を留めない承諾の法的性質が問題となる。

この点、民法468条1項は、債務者の異議を留めない承諾という事実に公信力を与えて、譲受人を保護し、もって債権取引の安全を図る趣旨である。すると、異議を留めない承諾は觀念の通知であると解される。なぜなら、民法468条は、「前条の承諾」と規定しており、民法467条と同様に觀念の通知と考えるべきだからである。そして、同条項により譲受人が保護されるには、債務者の譲渡人に対抗できる事由につき、譲受人に善意かつ無過失が要求されると解される。同条の趣旨が債権取引の安全である以上、悪意者を保護する必要はないし、無過失が要求されるのは、過失ある譲受人の利益を保護する必要性が低いからである（近時の判例に同旨）。

本件でXは「当該債権が将来完成されるべき未完工事部分の請負報酬金債権であることは知っていた」とあるのでXは悪意である。以上によりYは悪意のXに対して契約解除を対抗することができるので、Xの前段の主張は妥当でない。

### (2)民法468条1項の「対抗することができた事由」の範囲

Xは、問題文の主張の後段でYが異議を留めない承諾後に債務不履行が生じ本件請負契約を解除しているので、当該解除を主張できないとしている。すなわち、Xは、請負代金債権の譲受時には債務不履行は存在せず、Yの解除は主張できないとしたい。そこで、民法468条1項の「対抗することができた事由」は、異議なき承諾の時点で主張した事由に限定されるか、承諾後に生じた事由をも含まれるかが問題となる。

この点、双務契約の場合、解除の可能性は常にあり、異議なき承諾をした時点で主張した事由に限定されず、承諾後に生じた事由も含まれると解される。双務契約である請負契約の仕事完成引渡と報酬請求権は同時履行の関係に立ち、報酬請求権は請負契約の解除により消滅すべきであるから、債権譲渡前にすでに反対給付義務が発生している以上、債権譲渡時にすでに契約解除を生じるに至るべき原因が存在したといえるからである。

本件において請負代金債権がXに譲渡されYの異議なき承諾後にAの仕事完成義務の不履行が生じ、本件請負契約が解除されているが、債権譲渡時にすでに契約解除を生ずるに至るべき原因が存在していたといえる。したがって、Yは本件請負契約の解除をXに主張することができる。以上により、Xの後段の主張は、妥当でない。

### (3)結論

Yは異議なき承諾後の債務不履行による本件契約の解除をXに主張することができるものの、Yは異議なき承諾を行っている。しかし、Xは、未完工事部分に関する請負報酬金債権であることを知って同債権を譲り受けているので、抗弁切断効は生ぜずYへの支払請求は認められない。

以上

## [2015年度 問題]

次の事例を読み、設問に答えなさい。

### [事例]

Aは高級住宅地に所在する土地（以下「本件土地」という。）を所有していたが、既に近隣に自宅を所有していたことから、その使い道に困っていた。その折、友人Bが自宅を建てるために土地を探していることを耳にしたため、Aが本件土地の買取りを持ちかけたところ、Bは是非とも購入したいとして、これに応じた。そこで、A及びBは、Aが本件土地を住宅建設用地として1億円でBに売却することを内容とする売買契約（以下「本件売買契約①」という。）を締結し、AはBに対して本件土地を引き渡すとともに、Bから売買代金として1億円を受領した。

もっとも、数日してBは、本件土地は日当たりが良くないようと思えたことから、Cに対して、本件土地を住宅建設用地として1億円で転売（以下「本件売買契約②」という。）した。この頃、Bは、ギャンブルにのめり込んでおり、売買代金としてCから受領した1億円をすぐに費消してしまい、現在に至るまで無資力状態に陥っている。

その後、しばらくして、Cが自宅建設のために本件土地の土壤調査を行ったところ、Aの所有当時から本件土地の地中には大量の有毒物質が不法投棄されており、現状のままでは住宅の建設用地とすることは不可能であって、住宅を建設できる状態にするには多額の費用がかかることが判明した。

### [設問]

CがAに対して、売買代金相当額である1億円の支払を求めるることは可能か。以下のB及びCの主張を前提として、Aへの支払請求の法律上の根拠及び当該請求の可否について論じなさい。

### 【Bの主張】

「本件売買契約①の締結当時、本件土地に有毒物質が埋まっていることを私が知っていたら、Aから本件土地を購入することはなかっただろう。住宅建設用地の売買として売買契約を結んだのだから、私もAも汚染された土地ではないことを前提としていたし、実際に契約書にもそう書いてある。また、本件売買契約②の締結当時、Cも私と同じように住宅建設用地として本件土地を買ったということは、私も分かっていたし、契約書にも住宅建設用地の売買だと書いてある。この時点においても、私は、本件土地に有毒物質が埋まっていることは知らなかった。Cも気の毒だとは思うが、私としては、今更この話を蒸し返してAとの関係を悪くしたくない。」

### 【Cの主張】

「本件土地を私に売った本人であるBが無資力である以上、何とかAに売買代金相当額である1億円を支払ってもらいたい。私は住宅を建設するために本件土地を購入したのだから、有毒物質が埋まっていることを知つていれば、本件土地は買わなかつた。そのような事情がある以上、本件売買契約②は錯誤で無効になるのではないか。Bとしても本件売買契約①の締結当時、有毒物質が埋まっていることを知つていれば、本件土地を買わなかっただろうから、本件売買契約①も同様に錯誤により無効だと思う。本件売買契約①と②の両契約の錯誤を理由に、Aに売買代金相当額である1億円の支払を求めるることはできないか。Bに対して私が支払った売買代金相当額である1億円をAが支払ってくれるのであれば、Aに対して本件土地を返還するのは構わないし、他に何か損害の賠償を求めよう

とも思っていない。」

### [解答のポイント]

国税専門官民法の問題は、出題意図は不明であるが、近時、出題傾向が目まぐるしく変化しており一定していない。2014年が不法行為に関する短い事例をベースにした基本問題であったので、2015年も同様の基本的出題が予想されていた。

ところが、本年は一転して近時の瑕疵の判断基準が問題となった最新判例（最判平22.6.1）の事案を参考にしたと思われる、長文の事例問題となっている。問題文に諸々の誘導はあるものの、誘導に気づいた上で、時間内にテーマを的確に処理するのは容易ではなかったと推測される。このため、問題文を見ただけで民法を選択しなかった者も少なくはなかったと思われる。

本問は、問題文の事例を正確に分析した上で、Bの主張及びCの主張の双方を的確に検討し、両者の主張に言及しながら問題文の指示にしたがった答案を作成することが求められているので、容易ではなかったと思われる。

まず、A C間には契約関係はないので、請求の法律上の根拠は、債権者代位権（423条）と考えられる。問題文にBが無資力状態であることが示されており、この誘導に気づいたかがポイントになると思われる。

次に、債権者代位権が認められるには、本件売買契約①及び②の有効性を検討する必要がある。特に錯誤無効（95条）の主張の可否の検討が本問のメインとなる。その際に、いわゆる動機の錯誤であることに気づいたかも本問のポイントと思われる。

その他に、問題文からは、瑕疵担保責任（570条）の瑕疵の判断時期、第三者による錯誤無効の主張の可否等を検討することになる。これらについては判例が存在するので、判例ベースで論じていけば上位合格答案となると思われる。

### [解答例]

#### 1 Aへの支払請求の法律上の根拠

Cは、Aとは何らの契約関係ないので、契約上の責任は追及できない。そこで、CのBに対する1億円の返還請求権を被保全債権として債権者代位権を根拠に、Cは、Aに対し、1億円の支払請求を検討する必要がある（423条、703条、95条）。その前提としてAB間及びBC間の土地売買契約の有効性を検討することになる。

#### 2 当該請求の可否

##### (1)本件売買契約①の有効性

ア まず、本件土地が有害物質により汚染されていたことが本件①の目的物に隠れた「瑕疵」があるとして、BはAに対し瑕疵担保責任（570条）を追及できるか。

この点、瑕疵担保責任の「瑕疵」の判断につき、契約当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたについて、売買契約締結当時の取引観念を斟酌して判断されると解される（判例同旨）。

本問では、本件①当時、契約書には「汚染された土地でないことを前提としていたし、実際に契約書にもそう書いてある」とあるので、契約締結時の取引観念を斟酌すると土地が汚染されていないことが契約時の取引観念といえる。そこで「瑕疵」に当たるので、瑕疵担保責任（570条）を追及することができる。

イ 次に、本件①につきBは錯誤無効の主張できるか（95条）

i まず、Bは有害物質が埋まっていることを知らなかつたとあるので、Bには動機に錯誤があるといえる。

そこで、動機に錯誤がある場合にも民法95条の適用があるか。

この点、動機は意思表示の要素となつてないし、相手方は動機を容易に知りえないので、適用を無制限に肯定すると取引の安全を害する。そこで、表意者により動機が相手方に明示又は黙示に表示された場合に限り、動機も意思表示の内容となり、民法95条の「錯誤」の適用があると解する（判例同旨）。

本件①の契約書には、有害物質が埋まつていないことを前提した住宅建設用地であることが明示されているので、Bに動機が明示されている。よつて、本件にも、「錯誤」（95条）の適用がある。

ii 次に、要素の錯誤とは、契約の重要な部分に錯誤があることをいうところ、住宅建設用地に有害物質が埋まつていないことは契約の重要な部分といえるので、要素に錯誤があるといえる。

iii 最後に、Bが本件①当時、有害物質が埋まっていることを知らなかつたとあるので、Bは善意無重過失といえる。以上により、本件①につき、Bの錯誤無効の主張が可能である。

ウ ところで、Bは、Aに対し、瑕疵担保責任（570条）を追及できる場合でも、錯誤無効（95条）を優先すべきと解される（判例同旨）。

### （2）本件売買契約②の有効性

本件②についてもCの錯誤無効の主張の可否が問題となる。

i まず、本件②についてもCの動機がBに表示されているといえる。

ii 次に、住宅用地に有害物質が含まれていないことは本件②についても契約の重要な内容といえるので、要素に錯誤があるといえる。

iii また、Cも本件②当時、有害物質が埋まっていることを契約時に知らなかつた以上、善意無重過失である。よつて、本件②についてもCによる錯誤無効（95条）の主張が可能である。CはBに対して売買代金相当額の1億円の支払を求めることができる。

### （3）Cによる①の錯誤無効の主張の可否

ところが、Bが無資力状態に陥つており。CのBに対する1億円の支払請求は実効性がない。そこでCは自己の債権の保全のため債権者代位権（423条）を行使できないか。

「今更この話を蒸し返してAとの関係を悪くしたくない。」とあるので、本件①につき、Bが錯誤無効を主張することは期待できない。そこで、本件①の第三者Cが錯誤無効の主張ができるか。

この点、錯誤は表意者保護の制度である以上、無効主張は原則として表意者のみが主張でき、第三者が錯誤無効を主張することは許されない。しかし、第三者に表意者に対する債権保全の必要がある場合で、表意者が錯誤を認めているときには、表意者自ら錯誤無効を主張する意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが例外的に許さると解する（判例同旨）。

Bは、無資力状態なので、CにおいてBに対する1億円の返還請求権を保全する必要がある。加えて、Bは、本件①当時、有害物質が埋まっていることを知つていれば、本件土地の購入をすることはなかつたとあるので、錯誤を認めている。よつて、第三者Cは、本件①の錯誤無効を主

張することができる。

(4)結論

Cは、Aに対し、債権者代位権を根拠に、1億円の支払請求をすることができる。

以上

## [2014年度 問題]

次の事例における、AC間及びBC間の法律関係を論じなさい。

### (事例)

Aの子であるB（8歳児）は、通りすがりのCを故意にカッターで切りつけ、切り傷を負わせた。Bは以前から、カッターを振り回して他人を危険にさらす行為を度々行っていたが、Aは、そのことを把握しながらも、Bに特段の注意をすることもなければ、カッターを取り上げることもしなかった。Cの症状は、Cが出血の止まらなくなる持病を患っていたことにより悪化し、Cは長期間の入院を余儀なくされた。

### [解答のポイント]

近時の国税民法の記述式の問題は、最新判例を素材とした長文の事例問題が多かったが、2013年は基本事例4つを解答させる問題に傾向が変化していた。その意味で今年の出題が注目されていたが、今回は基本事例を1つに絞って基本テーマを解答させる問題となっている。

ただし、近時の記述式では不法行為法をテーマにした出題はなかったところであり、予想外の出題といえる。以下、本問のポイントを指摘する。

まず、BC間では、一般不法行為の成否（709条）が問題となるが、成立要件及びBに責任能力がないこと（712条）を示し、損害賠償請求が認められないことを簡潔に論じること。BC間はあくまで本問の前提であり、大々的に展開しないようにしたい。

次に、本問のメインのAC間では、①Aの監督者責任の成否（714条）と②損害賠償の範囲等が問題となる。①では、成立要件を中心に、監督者責任の成立を問題文の事情から端的に認めること。②は、本問の最重要論点といえるが、損害賠償の範囲等については、少なくとも判例（最判平4.6.25等）である民法722条2項類推適用（過失相殺類推適用説）を論述することが問題文の事情から求められている。

論述の際には、同条項の趣旨（私的損害の公平な分担）を踏まえて、事例問題である以上問題文から事情を引用しあてはめることも求められている。そして、最後に結論を示すことがポイントである。

### [解答例]

#### 1 BC間の法律関係

Cは、Bから故意にカッターで切りつけられ、切り傷を負い、長期間の入院を余儀なくされたとする。そこで、Cは、Bに対し、不法行為に基づく損害賠償を請求することが考えられる（709条）。

不法行為に基づく損害賠償請求が認められるには、①責任能力ある者が、②故意又は過失によって、③他人の権利又は法律上保護された利益を違法に侵害し、④これによって（因果関係）⑤損害が発生したことが必要である（709条、712条）。

本件では、Bが②故意に③通りがかりのCをカッターで切りつけ、④これによって、⑤上記損害が発生している。しかし、8歳児のBは、加害行為の法律上の責任を弁識するに足るべき知能を備えておらず①責任能力を欠くので（712条）、CはBに対し損害賠償を請求できない。

#### 2 AC間の法律関係

（1）Bの親であるAは、子Bが以前からカッターを振り回して他人を危険にさらす行為を度々行ったことを把握しながらも、これを見過ごしている。そこで、Cは、Aに対し、監督者責任を追及

し、上記損害を請求することが考えられる（714条1項）。

監督者責任が成立するには、①責任無能力者の行為が責任能力以外の一般不法行為の要件を満たしていること、②監督義務者が監督義務を怠らなかったことの立証がないことが必要である（同条1項但書）。

まず、①については、責任無能力者のBの行為は、責任能力以外の一般不法行為の要件を満たしている。

次に、②については、Aは子Bが他人に危害を加えるおそれがあることを把握しながらも、子Bに特段の注意をすることもなければ、カッターを取り上げることもしなかったとあるので、本問では監督義務者Aが監督義務を怠らなかったことの立証はないと思われる。以上により、Cは、Aに対し、監督者責任を追及することができる。

(2) もっとも、Cの入院が長期間に及んだのは、Cが出血の止まらなくなる持病を患っていたことが原因とある。Aは、長期間の入院費はCの特異な持病に原因があるので、減額されるべきであると主張することが考えられる。

そこで、被害者の肉体的・精神的要因（被害者の素因）が損害の拡大に寄与した場合に、民法722条2項を類推適用し、損害額の算定にこれを考慮することができるか。

この点、被害者の素因は、不法行為の発生に対する「過失」ではないので、同項を直接適用することはできない。しかし、被害者の素因が損害の拡大に寄与した場合に、常に加害者に損害全部の賠償責任を負わせるのは妥当性を欠く。

民法722条2項は、私的損害の公平な分担により妥当な損害額を定めるという趣旨であるので、被害者に対する加害行為と加害行為前から存在した被害者の疾患とが共に原因となって損害が発生又は拡大した場合で、当該疾患の態様、程度等に照らし、被害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、同条項を類推適用して、被害者の当該疾患を考慮して損害額を算定することができると考える。

本件では、カッターによる切り傷では、長期間の入院を要しないのが通例であるところ、Cが上記の持病を患っていたことにより悪化し、長期間の入院を余儀なくされたのであり、当該Cの疾患（病的素因）が長期間の入院に寄与したところが大きい。よって、長期間の入院費については、減額されうる。

(3) 以上より、Cは、Aに対し、監督者責任を追及し、切り傷の治療費請求をすることができるが、長期間の入院費については減額されうるので全額の請求はできないと考えられる。

以上