

過去問トリセツ講座 -合格のために必要な基礎力の正体-

2019年10月13日

弁護士 松田 昌明

Mail:rokkoh-mtd@triton.ocn.ne.jp

第1 はじめに

1 自己紹介

H20 合格→六甲法律事務所(神戸元町)/寒梅会会長/「法律実務演習(民事法)」添削担当

HP: <https://www.kobengoshi.com/>

HP: 

Insta/Twitter: koben_mazda

2 合格するために必要なことは何か?

- ◆ 試験結果を受けて
- ◆ 不合格の2つの原因 ①勉強不足 ②方向性の誤り(現在地とゴールの把握)
 - ① 絶対的に必要な勉強量 + 質
 - ② 合格への地図: Aゴール + B現在地 → C進み方
 - A. ゴール: 司法試験 → 法曹界の叡智の結晶 cf. 模試は・・・?
実務家登用試験
→ 端的に言えば、「与えられた事案に当該法律が適用できるか + その過程をいかに論理的に筋道立てて説明・表現できるか」が問われている!
 - B. 現在地: 客観的な第三者の評価が不可欠!
苦手な科目をつくるのは絶対禁物! 保証のない得意科目と伸ばすより苦手を潰す!
 - C. 正しい勉強: 最終的に学ぶべきもの(対象)は何か?
≠論点 ≠予備校本 ≡基本書 → 法律・条文 (法解釈(判例)含む)

3 日々の勉強を支えるもの

- ◆ なぜ、なりたいか? モチベーションと「絶対合格」の覚悟
- ◆ 不安・焦りを打ち消すものは? 努力による裏付け

第2 法律の勉強と改正民法のポイント

1 法律の勉強

- ◆ 法学 ≠国語/≠作文/≠小論文 法学 ≡ 数学 → 高度な論理性
- ◆ 条文の読み方: 法律要件・法律効果 + 適用場面(限界事例含む)

ex. 民法3条の2? →要件	効果	適用場面
刑法199? →要件	効果	適用場面
- ◆ 法律用語としての定義・制度趣旨の理解
ex. 所有権とは?
担保物権とは?
- ◆ 基本書や判例の勉強: ◎ 回転数重視 ×完璧主義 インプット×アウトプット
※予備校本利用の場合に意識すること

①そこに書いているから正しいとはならない ②分かりやすさ重視ゆえの不正確さ

2 民法の勉強と改正のポイント

- ◆ 主張・反論の整理 : 訴訟物(請求の根拠)→請求原因→理由付き否認+抗弁…
- ◆ 条文の素読(法律要件・法律効果 + 適用場面の意識)
- ◆ 改正法の勉強: 条文に明記されたものと解釈に委ねられたものの区別
「民法(全)第2版」著者: 潮見佳男(有斐閣) 「一問一答 民法(債権関係)改正」(商事法務)
- ◆ 改正の注意点: 「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」
→400 : 412の2 :
415 : 541 :

第3 司法試験過去問

1 形式面

- ◆ まず配点の確認
- ◆ 答案構成の時間配分とその重要性
- ◆ 必要な答案分量

2 内容面

- ◆ 設問に答える姿勢 → 設問と結論の一致
- ◆ 常に、出題者の意図を意識すること
- ◆ 法的三段論法
①問題提起→②法解釈→③事案へのあてはめ(HP参照)
 - ① 問題提起 適用条文・関連条文 ・ 解釈が問題となる条文の文言「」で引用して指摘
 - ② 法解釈 規範の定立・理論的根拠の明示 + 理由付けは「救済の必要性<法的な許容性」
※ 救済の必要性だけでは立法論、その解釈が許される法的許容性が大事(例えば文言)
 - ③ 事案へのあてはめ 事実を引用 + 一言評価を加える
※ 自ら定立した規範とずれがないように注意!
- ◆ 判例の射程の検討
 - ① 判例の事案の概要(規範や理由に関わるポイント)+法解釈・規範部分+その理由(+結論)
 - ② 本件事案と①事案との相違点と一致点の整理
 - ③ A ②の相違点により、①の理由が当てはまらないから、本件に射程は及ばない
B ②の相違点はあるが、②の一致点から、①の理由が当てはまるから、本件に射程は及ぶ

第4 H30 民法の検討—改正民法による—

1 問題文の確認

2 模範的答案例（※ 民法（全）（潮見佳男）、一問一答をベースに作成）

（※ 時間制限なしでPCの作成が前提であり、現場で目指すものではない！）

第1 設問1について

1 問題の所在

本件では、Bが本件売買契約通りに乙倉庫に納品し、Aが受け取るはずであった松茸5キログラムについて、盗難され、引き渡しができなくなっている。これによって、目的物引渡請求権が履行不能になったと言えるため、売買契約（555条）の反対債権たる売買代金支払請求ができなくなるか、いわゆる危険負担（536条、567条など）の処理が問題となる。

2 567条による危険の移転について

567条1項2項によると、①売主が契約の内容に適合する目的物（売買の目的として特定したもの）をもって、③その引渡しの債務の履行を提供したにもかかわらず、④買主が受領を拒絶、または受領できず、⑤当事者双方の責めに帰することができない事由によって目的物が滅失した場合、買主は代金の支払いを拒絶することができない。

本件の場合、まず前提として、本件売買契約の目的物は松茸5キログラムであり、「種類のみで指定した」（401条1項）種類債権である。そして、種類債権の目的物が「特定」されたと言えるためには、401条2項に基づき、「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し」たことが必要であり、債務者が（給付の完了のために債権者がする必要のあることを除き）自らすることができることを全てした状態を意味する。特定の有無については、客観的・物理的に「分離」されているかどうかのみで判断すべきではなく、契約の本旨にしたがって特定の効果が得られるほどの選別がされたか否かで判断する必要がある。本件売買契約に基づくBの債務は取立債務であり、契約上、乙倉庫での引渡しが予定されていた。そこで、Bは、契約の目的物であり、かつ、約定に合う松茸5キログラムを箱詰めして、引渡準備を完了し、その旨をAに通知して受け取る旨の返答を得ている。すなわち、契約内容に照らしても、松茸5キログラムを目的物として選別して箱詰めし、Bが乙倉庫での引渡しのために目的物を選別し、することができることを全てしており、Aもこれを了承し、引き取るだけの状態となっている。そのため、「特定」に当たる。そして、約定に合う松茸5キログラムを箱詰めし、引渡そうとしていることから、①を満たす。

同様に、契約の内容に適合する目的物を持って「債務の本旨に従って」履行の提供（口頭の提供）（493条）をしたと言え、②をみたす。

また、午後8時にAが乙倉庫にて引き取る旨了解していたが、結局Aはこれを引き取ることができなくなった。そのため、買主が受領できなかった場合にあたり、③をみたす。

それでは、④は満たすか、まず帰責事由の判断の前提として受領遅滞（413条1項）が認められるかが問題となる。そもそも本件引渡債権は種類債権（401条）であるが、上述のとおり、Bは松茸5キログラムを箱詰めして引渡場所である乙倉庫に準備し、Aに通知しているため、「物の給付をするのに必要な行為を完了」しており「特定」（401条2項）されている。上述の通り、AはBの履行の提供を受領していないため、「債権者が履行を…受けることができない場合」（413条1項）に当たる。そのため、受領遅滞の効果として、Aは「自己の財産に対するのと同じの注意をもって」（413条1項）保管すれば足りる。そして、本件では、Bは（狭義の）履行補助者に当たる被雇用者Cを手足として使用しているため、Cの主観的態様が信義則上Bの主観的態様と同視される。確かに、近隣において盗難事件が頻発し警察が注意

喚起しているとの状況下で、CがBの指示に従わずに簡易な錠による施錠しかせず乙倉庫を離れているものの、あくまで「普段どおり」の施錠はしている。そのため、「自己の財産に対するのと同じの注意をもって」保管していたと評価すべきである。したがって、松茸の滅失についてBに帰責事由は認められず、盗難自体にはAにも帰責事由はないため、④をみताす。

以上より、567条2項により、Bの売買代金請求をAは拒絶することはできず、請求は認められる。

第2 設問2について

1 小問(1)について

EのDに対する請求は所有権に基づく妨害排除請求権である。当該請求権が認められるための要件は、Eの所有(もと所有)とDが現に妨害をしていることである。そして、通常、物の所有者は、その物が他人の土地にある場合には、権原がなければ、現に妨害していることになり、その物の撤去の義務を負う。ところが、Dは、Aとの間で所有権留保特約付き売買契約を締結し、債権担保の目的として所有権を有するにすぎない。そこで、このような立場にあるDが所有者一般と同様に扱われるのか否かが問題となる。

本件においてAD間で締結された所有権留保特約付き売買契約の内容(問題文②～④)を見ると、被担保債権の不履行があるまでは、甲トラックの占有・処分権能を有するのはAであり、Dはこれを有しないとされている。すなわち、その契約の内容に照らしても、Dは、甲トラックの交換価値しか把握していないとみることができる。Dは、形式的には甲トラックの所有者であるが、実質的には抵当目的物による妨害排除請求の相手方にはならない抵当権者と変わりがない。

したがって、Dは妨害排除請求の相手方とはならず、DのA発言は正当である。

2 小問2について

(1) 妨害排除請求の相手方と「第三者」該当性

Eの所有権に基づく妨害排除請求に対して、Dはイ発言の通り、甲トラックの所有権を有していたが、Aとの所有権留保特約付き売買契約により、登録名義こそ残っているが、甲トラックの所有権を実質的に喪失したと反論することが想定される。

これについては、自動車の登録に関し、登録自動車の所有権の喪失はその登録をしなければ「第三者」に対抗することができない(道路運送車両法第5条第1項)。そのため、本件において、Eが、その「第三者」(「第三者に準ずる者」)に当たるかどうか問題となる。

この道路運送車両法第5条第1項は、自動車の対抗要件を定めたものであり、民法第177条と同趣旨の規定であることから、「第三者」とは、登録の不存在を主張する正当な利益を有する者をいうと解すべきである。そして、隠れた物権変動により第三者が害されることを防ぐという同条の趣旨から、当該自動車の登録名義人との間で法律上の利害関係を有するに至ったことが、第三者性を基礎付ける「正当な利益」に当たると解される。

本件の場合、Eが甲トラックにつき有する利害関係は、甲トラックの所有者が判明しなければ丙土地の所有権に対する妨害を排除することができないという不利益を被ることである。そのため、Eは、甲トラックにつき、権利を取得すべき地位にあるなど何らかの法律上の利害関係を有するわけではない。

したがって、Eは基本的に「第三者」に当たらない。

(2) 判例の射程と「第三者」に準じる者該当性

ただし、判例（前掲平成6年2月8日最高裁判決）上、土地所有権の行使が建物によって妨害されている場合、建物の実質的所有者を被告といなければならないとすれば、その探求の困難を強いられるなどの不合理を生ずるおそれがあることから、その建物の所有権を譲渡により喪失したが登記名義をなお保持する者は対抗関係にも似た関係にあるとした上で、建物を収去し土地を明け渡す義務があると判断した。そこで、登録自動車についても不動産と同様の法的扱いがされるべきか、その射程が及ぶかが問題である。

あくまでも建物による妨害の場合、建物は敷地の全面的・固定的占有を当然に伴うため、土地所有者は土地の占有という土地所有権の本質的内容に属する権能を奪われた状態が継続する。他方で、登録自動車による妨害は、全面的でも固定的でもなく、その妨害により土地所有権の本質的内容に属する権能を奪われたとまで評価することはできない。また、建物を譲渡した元所有者は、その建物を所有する旨の登記を自らしたのであればその名義の移転をすることも当然にできたはずであり、登記懈怠の責めを問われても仕方がない。他方で、所有権留保売買は、被担保債権の弁済まで登記又は登録を売主名義のままにしておくことが当然の前提であり、売主に登記懈怠の責めを負わせることは適当ではない。

したがって、判例の法理は登録自動車の場合には妥当せず、その射程は本件には及ばない。よって、Eを「第三者」に準ずる者とは評価できず、Eの請求は認められない。

第3 設問3について

1 総論

FがGに対して事務管理（702条1項）として、いくらの請求ができるかは、Cの自筆証書遺言（968条）による財産の処分によって、共同相続人への債務の承継がどのような影響を受けるかによって決まる。そこで、まずは①被相続人Cを共同相続したCの子FGに対する法定相続分（900条1号4号）とは異なる割合で特定の財産を「相続させる」旨の遺言やCから廃除（892）された子Hに対して特定の財産を「与える」旨の遺言についての遺言の解釈が必要である。その上で、②Cが残したBに対する借入金債務がFGにどのように承継されるか、さらに、この債務を全額支払ったFがGに対しいくらの金額の支払を請求することができるかを検討する必要がある。

2 遺言書の内容と効力

（1）FGへの遺言

そもそも遺言については、遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきである。FGに対する「相続させる」遺言に関しては、判例と同様、相続人に特定の財産を単独で相続させようとする趣旨と解し、正に908条にいう「遺産の分割の方法を定めた遺言」と解すべきである。

したがって、共同相続人FGに対し、1200万円・600万円の定期預金をそれぞれ「相続させる」遺言は、「遺産分割方法の指定」と解釈するのが合理的である。ただし、法定相続分とは異なる割合で「遺産分割方法の指定」がされた場合には「相続分の指定」（902）を伴うものと解するのが合理的である。そのため、その分割された割合で「相続分の指定」がなされ、債務もその割合で承継させる趣旨と解するのが合理的である。

したがって、法定相続分1/3（900条1号4号）と異なる割合で承継させる本件遺言は、「相続分の指定」を伴うものと解釈する。

（2）Hに対する遺言

そもそもHは、Cの生前、廃除（892条）により相続資格を失っていた。

そのため、200万円の定期預金を「与える」遺言は、相続人以外の者に対する遺言による特定の財産の処分と考えるのが合理的であり、特定遺贈（964）と解釈される。本件遺言において廃除の意思に変わりがないとCがしていることに照らせば、廃除の取消し（894条2項）の趣旨を含むと解するのは不合理であり、あくまでCは相続資格を失ったままである。

3 債務の承継について

上記遺言の内容を踏まえ、Cの残した金銭債務が共同相続人FGにどのように承継されるかを検討する。

まず、共同相続人は、法定相続分に応じて相続人の権利義務を承継するのが原則であるが（899条）、指定相続分（902）がある場合は指定相続分に応じて承継する。上述の通り、FGへの「相続させる」遺言は「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」であるため、指定相続分（1200：600＝2：1）により、債務を承継することになる。

次に、承継の態様としては、CはBに対し300万円の金銭債務（可分債務）を負っていたことから、判例と同様、427条により、共同相続人FG間では上記の割合に応じた分割債務として承継すると解すべきである。

そして、弁済の「正当な利益を有する者でない」Fは、Gが単独で負う分割債務100万円までBに対して弁済しているが、当該弁済は債務者の意思に反するもの（474条2項）とはいえない。

したがって、当該弁済により債務は消滅している（473条）。

FはGに対し、他人の債務という事務を、他の相続人らのために義務なく支払っており、相続人らの意思や利益にも反さないため（697条、700条）、事務管理を理由として、100万円の支払を請求することができる。

以上

3 「出題の趣旨」引用（下線は加筆、.....は改正点）

【民事系科目】

〔第1問〕

本問は、民法の幅広い分野から、民法の基礎的な理解とともにその応用力を問うものであり、当事者の主張を踏まえつつ法律問題の相互関係や当該事案の特殊性を論理的に分析して自説を展開する能力が試されている。

設問1は、種類債務の特定と危険負担（民法第534条第2項）、（狭義の）履行補助者の過失、弁済の提供又は受領遅滞若しくは受領義務違反の効果（債務者の目的物保管義務の軽減及びその軽減後の義務の内容、対価危険の債権者への移転等）等といった債権法の複数の制度・規定について、基本的な理解ができているか、その理解を具体的な事実関係に基づいて各制度・規定の相互の関連性を含めて適切に展開することができるかを問うものである。典型論点ともいえるものばかりではあるものの、複数の論点の検討を要する問題を通して、事案に即して論理を着実に展開する能力が試されている。

設問1の事実関係の下では、危険負担の適用があるか否かが問題となるが、その前提として、種類債権の特定とその後の目的物の滅失が必要となる。そこで、民法第401条が定める「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し」たこととは、例えば、債務者が、給付の完了のために債権者がする必要のあることを除き、自らすることができることを全てした状態をいうところ、Bの債務は取立債務であることから、Bが目的物を分離して引渡準備を完了し、その旨をAに通知することにより目的物の特定が認められることなどを述べた上で、設問1の事実関係からこの特定が認められ、その特定した目的物が盗難により滅失したと認められることを述べる必要がある。目的物が特定後に滅失した場合の売主Bの売買代金請求権の帰趨については、①双務契約上の相対立する二つの債務は互いに対価関係に立つため牽連関係が認められるとして、一方の債務の消滅により当然に他方の債務も消滅することを前提としつつ、本件においては目的物が特定していたとして民法第534条第2項の適用によりBの代金請求が認められ得るとする立場、②同じ前提に立ちつつも、民法第534条第2項の適用を否定又は制限する立場などが考えられる。これらのいずれの立場によっても構わないが、自己の採用した立場から一貫性のある法律構成をすることが求められる。なお、①②と異なり、双務契約上の相対立する二つの債務は互いに独立のものであり、一方の消滅により他方が当然に消滅することはないとする立場もあり得るが、その場合には、特殊といつてよい立場であるため、そのように解する理由を明確に示すことが必要である。

上記の①の立場からは、以下の事柄について論ずることになる。

①の立場は、民法の規定の文理に素直なものであるといえるが、①の立場に対しては公平ではないという批判が極めて有力であり、また、この立場をとることを明言する判例があるわけでもない。そこで、民法第534条第2項の文言に素直な解釈であるという指摘をするだけでなく、公平に反するという批判説にも応じた理由付けをすることが望ましい。

その上で、民法第534条が適用されるのは目的物の滅失が「債務者の責めに帰することができない事由」による場合であるため、設問1の事実関係の下で盗難による松茸の滅失がこれに当たるかを論ずべきことになる。その際には、「債務者の責めに帰することができない事由」の意味をまず明らかにする必要がある。これについては、例えば、特定物の売主は目的物の善良な管理者の注意をもって目的物を保管する義務を負うところ、その義務を尽くしたことが上記事由に当たるとする考え方が考えられる。さらに、設問1では、Bは保管のために（狭義の）履行補助者に当たる（【事実】3）Cを使用しているためCの主観的態様が信義則上Bの主観的態様と同視されるとした上で、Cが近隣において盗難事件が頻発し警察が注意喚起しているとの状況下でBの指示に従わずに簡易な錠による施錠しかせず乙倉庫を離れたこと（【事実】5及び8）は善管注意義務違反に当たると解されるため、目的物として特定した松茸の滅失はBの責めに帰することができない事由によるものということとは基本的にできないことになる。

もっとも、松茸の盗難は、Bによる弁済の提供があった後、又はAによる受領遅滞中に若しくはAの受領義務違反後に起きたことである。そこで、弁済の提供又は受領遅滞若しくは受領義務違反の効果としてBの保管義務の軽減が問題になる。これらのいずれの構成によっても構わないが、その構成により保管義務が軽減される理由を明らかにし、設問1の事実関係の下で保管義務の軽減が認められるかを論ずる必要がある。

そして、債務者は自己の財産に対するのと同一の注意をもって目的物を保管する義務を負う、あるいは、債務者は故意又は重大な過失による目的物の滅失又は損傷の場合にのみ責任を負うなどと軽減された義務の内容を明らかにした上で、設問1の事実関係に即して、Cの行った簡易な錠での施錠が「普段どおり」の施錠方法であったことを踏まえてその軽減された注意義務に違反しないかどうかを論ずべきことになる。

次に、上記の②の立場をとる場合には、以下の事柄について論ずることになる。まず、自説の立場から、民法第534条の適用を否定又は制限する理由を述べる必要があり、その理由と整合的にどのような場合には適用が認められるのかを明らかにし、設問1の事実関係の下では民法第534条が適用される場合に当たらないことを述べることが求められる。もっとも、Bによる弁済の提供又はAの受領遅滞若しくは受領義務違反が認められることから、その効果として対価危険の移転が認められ得る。そこで、その旨の指摘と設問1の事実関係の下でこれが認められることを述べた上で、目的物の滅失がBの帰責事由によるものであるときはそもそも危険負担の適用がないことを述べて、松茸の滅失がBの帰責事由によるものか否かを検討すべきことになる。そして、ここでは、上記の①の立場と同様に、債務者に課された善管注意義務と債務者の責めに帰することができない事由との関係、弁済の提供等による善管注意義務の軽減の有無などを検討すべきことになる。

設問2は、所有権に基づく妨害排除請求の相手方は現に妨害をしている者であることを前提として、所有権留保売買契約の売主として留保所有権を有する者はこれに当たるか(小問1)、仮にこれに当たらないと判断すべきことを前提としたとしても、その者が妨害物となっている自動車を以前所有しており、自己の意思に基づいて登録名義人となった者であって、その自動車を譲渡した後も登録名義人にとどまっている場合は別に考えることができるのか(小問2)を、それぞれ問うものである。

小問1では判例によっても承認されている所有権留保売買を題材に非典型担保物権の意義と留保所有権の内容を、小問2では不動産と同様の法的規制に服する自動車についての権利の得喪に係る対抗要件制度の意義という、基本的な問題に対する理解力を測ることを狙いとする。

また、小問1には最判平成21年3月10日民集第63巻3号385頁、小問2には最判平成6年2月8日民集第48巻2号373頁という重要な関連判例があり、設問2は、日頃の学習において重要判例について表層的でない理解を心掛けているかを見ようとするものでもある。

小問1では、Eの請求が所有権に基づく請求であること、この請求の相手方は所有権の行使を現に妨げている者であることを前提として、甲トラックの所有権留保売買における留保売主Dは、甲トラックが丙土地に放置されていることによりEの丙土地所有権の行使を妨げていることになり、したがって、甲トラックの撤去義務を負うかどうかが問われている。

まず、物の所有者は、その物が他人の土地にある場合には、権原がなければ、通常、その物の撤去の義務を負う。ところが、Dは、Aとの間で所有権留保売買契約をしたことにより、通常的所有権を有する者ではなく、債権担保の目的で所有権を有するにすぎない。そこで、このような立場にあるDが所有者一般と同様に扱われるのか否かを論ずべきことになる。Dが甲トラックの撤去義務を負うか否かについての結論はいずれでも構わないが、その結論を導く理由についての法的な構成力が問われている。その理由に関しては、例えば、次のような事情を考慮することが考えられる。すなわち、①AD間の契約において、被担保債権の不履行があるまでは、甲トラックの占有・処分権能を有するのはAであり、Dはこれを有しないとされており、Dは、甲トラックの交換価値しか把握していないとみることができることである。これによると、Dは、形式的には甲トラックの所有者であるが、実質的には抵当権者と変わりがないとみることができ、抵当権者であれば抵当目的物による妨害排除請求の相手方にはならないと考えられる。

他方で、②上記①のようなDの地位は、AD間の契約によって創設されたものであることである。したがって、Dの甲トラックの占有・処分権能は、Aとの契約によりAとの関係で制約されているにすぎないとみる余地がある。実際にも、例えば甲トラックを不法占有する者がある場合、その者との関係では、Dは所有権に基づく返還請求をすることができる可能性がある。

このほか、③Dは、甲トラックに抵当権(自動車抵当権)を設定することもできたのにあえて所有権留保という担保手段を選んだものであって、所有者と同様に扱われることはDの選択の結果であるにすぎないといえることなどを指摘することが考えられる。

なお、前掲平成21年3月10日最高裁判決は所有権留保という社会的に重要な非典型担保の基本的内容の一部を明らかにするものであることから、法律実務家となることを志す者が知っているべき判決であるといえることができるが、単に同判決があることや、その内容を指摘しても十分な解答にはならず、理由付けの内容が問われるものである。

小問2では、下線部⑦のDの発言が正当と認められるという前提で解答することが求められている。これは、甲トラックの通常的所有権を有していたDが、Aとの所有権留保売買契約により甲トラックの所有権を実質的に喪失したことを前提として、設問2を考えるべきことを意味するから、まずこの点を押さえる必要がある。

そして、登録自動車の所有権の喪失はその登録をしなければ「第三者」に対抗することができない(道路運送車両法第5条第1項)ことが問題文に示されていることを踏まえつつ、設問2の事実関係の下で、Eは、その「第三者」に該当し、又は「第三者に準ずる者」として扱われるのかを、論ずべきことになる。

道路運送車両法第5条第1項は、民法第177条と同趣旨の規定であることから、「第三者」とは、登録の不存在を主張する正当な利益を有する者をいい、隠れた物権変動により第三者が害されることを防ぐという同条の趣旨から、当該物件につき登録名義人との間で法律上の利害関係を有するに至ったことが、第三者性を基礎付ける「正当な利益」に当たると解される。

これによると、Eは、第三者には基本的に該当しないこととなる。Eが甲トラックにつき有する利害関係は、甲トラックの所有者が判明しなければ丙土地の所有権に対する妨害を排除することができないという不利益を被ることであり、Eは、甲トラックにつき、権利を取得すべき地位にあるなど何らかの法律上の利害関係を有するわけではないからである。

もっとも、判例(前掲平成6年2月8日最高裁判決)上、土地所有権の行使が建物の存在によって妨害されている場合において、登記に関わりなく建物の実質的所有者をもって妨害排除の義務者を決するとすれば、土地所有者はその探求の困難を強いられるなどの不合理を生ずるおそれがあることから、その建物の所有権を譲渡により喪失したが自ら得た登記名義をなお保持する者は、土地所有者との関係については建物についての物権変動における対抗関係にも似た関係にあるとした上で、土地所有者の請求により建物を収去し土地を明け渡す義務があるとされている。登録自動車については不動産と同様の法的扱いがされることが多いことから、Dについても同様の立論が可能であるかどうか問題になる。この問題についても、結論はいずれでも構わないが、その結論を導く理由についての法的な構成力が問われている。検討の筋道としては、前掲平成6年2月8日最高裁判決が地上建物による土地所有権の妨害の場合に土地所有者を例外的に保護していることから、その例外的保護の理由を明らかにして、それとの比較をすることが考えられるが、これに限られるものではなく、次に述べるような必要な考慮要素に触れられていることが必要である。

地上建物による土地所有権の妨害の場合に土地所有者の例外的保護が認められる理由としては、①建物の存立は、敷地の全面的・固定的占有を当然に伴うため、土地所有者は土地の占有という土地所有権の本質的内容に属する権能を奪われた状態が継続することが挙げられる。他方で、登録自動車による土地所有権の妨害は、全面的なものでも、固定的なものでもなく、土地所有者は、その妨害により土地所有権の本質的内容に属する権能を奪われた状態になるとまで評価することはできないともいえる。

また、②一般に、民法第177条の第三者とは登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいうなどとされ、第三者とされるためには、当該物権変動の主張が認められると当該不動産に関する権利を失い、又は負担を免れることができなくなることが必要であるところ、本件では、土地所有者は、登記を移転していない前建物所有者による建物の所有権喪失の主張が認められると、建物所有権の隠れた移転によりその建物所有権の負担（土地所有権を妨害された状態が継続するという負担）を実質的に免れることができない地位にあるとみることができるともいえる。他方で、土地所有者は土地所有権の本質的内容に属する権能を奪われた状態になるとまで評価することはできないと反論をすればこの指摘は当たらないし、そもそも違法な状態に対する責任の追及の問題を対抗問題と類似すると扱うことは適切ではないということもできる。

さらに、③建物を譲渡した元所有者は、その建物を所有する旨の登記を自らしたのであれば、その名義の移転をすることも当然にできたはずであり、登記懈怠の責めを問われても仕方がないことを指摘することができる。他方で、所有権留保売買は、被担保債権の弁済まで登記又は登録を売主名義のままにしておくことが当然の前提であり、そのことも含めて判例上承認されていることから、売主に登記懈怠の責めを負わせることは適当ではないともいえると考えられる。

このほか、建物の撤去とは、通常、建物の取壊しであることから、その費用を負担しさえすれば誰でもすることができるため、建物所有権を有しない登記名義人に負わせることも可能であるが、自動車については、前登録名義人は真の所有者の所在が判明するまで自動車を保管し続けなければならないという負担を負い続けることになりかねず、その金銭負担も重いものとなる可能性があるという事情も指摘することができる。

以上を踏まえれば、Eを「第三者」に準ずる者と認めて例外的に保護することは適当ではないと理解することに相当の理由があると考えられるが、上記のとおりいずれの結論でも許容される。

解答に当たっては、以上に例示した事情の全部を挙げることが求められるものではなく、根幹的と思われる理由を挙げて結論を正当化することで十分である。もっとも、結論を正当化する際には、その結論を根拠づける方向に働く事情を挙げるだけでなく、反対の結論を根拠付ける方向に働く事情も考慮し、それに応接することが望ましい。

設問3は、遺言による財産の処分によって、共同相続人への債務の承継が影響を受けるか否かを問うことを通じて、相続法に関する基本的な知識に基づく事案の分析力や解釈論の展開力を試すものである。

設問3については、①被相続人Cを共同相続したCの子FGに対し法定相続分とは異なる割合で特定の財産をそれぞれ「相続させる」遺言、及び、Cから廃除（民法第892条）された子Hに対し特定の財産を「与える」遺言について、遺言の解釈によってその法的性質（とりわけ、「相続させる」遺言が相続分の指定を伴うものであるか）を明らかにした上で、②Cが残したBに対する借入金債務がFGにどのように承継されるか、さらに、この債務を全額支払ったFがGに対し幾らの金額の支払を請求することができるかについて、検討することが求められる。

まず、Cの遺言（以下「本件遺言」という。）の解釈に当たっては、どのような指針に基づいて解釈すべきか、例えば、「被相続人の遺産の承継関係に関する遺言については、……遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきものである」（最判平成3年4月19日民集第45巻4号477頁参照）などと必要に応じて簡潔に言及することが求められる。その上で、FGに対する「相続させる」遺言に関しては、判例が、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」遺言は、①相続人に対し、特定の財産を単独で相続させようとする趣旨に解するのが合理的な意思表示解釈であって、特段の事情がない限り、遺贈と解すべきではないとし、②かかる「相続させる」趣旨の遺言は、特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させることを遺言で定める点で、正に民法第908条にいう「遺産の分割の方法を定めた遺言」であるとしている。したがって、この判例の立場を前提とすれば、共同相続人FGに対し、1200万円・600万円の定期預金をそれぞれ「相続させる」遺言は、「遺産分割方法の指定」と意思表示解釈するのが合理的であることになる。なお、共同相続された定期預金について、遺産分割の対象となる旨の判例が最近出されている（最判平成29年4月6日民集第255号129頁。最大判平成28年12月19日民集第70巻8号2121頁参照）が、本問においてはその旨の言及を特に求めるものではない。

そして、「遺産分割方法の指定」については、法定相続分よりも多い割合で分割の指定がされたり、各共同相続人に対し法定相続分とは異なる割合で分割の指定がされた場合には、特段の事情がない限り、「相続分の指定」（民法第902条）を伴うものと解釈するのが一般的である。このような形で法定相続分とは異なる割合による遺産分割の指定がされたことは、債務の承継割合を法定相続分から変更する意思がないことが明らかであるなどの特段の事情がない限り（最判平成21年3月24日民集第63巻3号427頁参照）、その分割された割合で「相続分の指定」がされて、債務もその割合で承継させる趣旨に意思表示解釈するのが合理的であると考えられる立場であり、このような立場を取るならば、共同相続人FGに対し法定相続分とは異なる割合で1200万円・600万の定期預金をそれぞれ「相続させる」とする本件遺言は、「相続分の指定」を伴うものと解釈することになる。上記の立場に対し、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」遺言を「特定遺贈」と解釈する学説も少なくない。このような説に立って論ずるに当たっては、上記の「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」と解する立場に対する批判を踏まえた議論を展開し、例えば、「遺産分割方法の指定」は、本来は、現物分割・換価分割などの遺産全体の分割方法の指針を定めるものであって、特定の財産の処分は特定遺贈によることが民法の

予定するところであることを指摘することが考えられる。

このほか、上記の各立場も踏まえつつ、本件遺言は、飽くまでも個別の積極財産を処分したに過ぎない点などを考慮して、遺言者には債務の承継割合までを変更する意思はなく、法定相続分の割合で承継すると解釈することも、解答として許容されるものと考えられる。

次に、Hに対する遺言については、Hは廃除（民法第892条）により相続資格を失っていたこと、したがって、200万円の定期預金を「与える」遺言は、相続人以外の者に対する遺言による特定の財産の処分であるから、特定遺贈と解釈されることを述べることが求められる。本件遺言において廃除の意思に変わりがないとCがしていることに照らして、廃除の取消し（民法第894条第2項）の趣旨を含むものではなく、相続資格を失ったままであることに言及することが望ましい。

以上を前提に、Cの残した金銭債務が共同相続人FGにどのように承継されるかについては、次のように考えられる。

まず、共同相続人は、法定相続分に応じて相続人の権利義務を承継するのが原則であるが（民法第899条）、指定相続分（民法第902条）がある場合は指定相続分に応じて承継する。FGへの「相続させる」遺言において複数の立場があり得るが「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」であると解する場合には、指定相続分（2：1）により、それ以外の立場による場合には法定相続分（1：1）により債務を承継することになる。

次に承継の態様が問題となるが、CはBに対し300万円の金銭債務（可分債務）を負っていたことから、判例（大決昭和5年12月4日民集第9巻1118頁）の立場を前提とすれば、民法第427条により、共同相続人FG間では上記の割合に応じた分割債務として承継することになる。

そして、Fは、Gが単独で負う債務までBに弁済している。これは、債務者の意思に反するもの（民法第474条第2項）とはいえないので、FはGに対し、事務管理等を理由として、指定相続分で承継したとする場合には100万円の支払を、法定相続分で承継したとする場合には150万円の支払を、それぞれ請求することができるものと考えられる。

他方で、金銭債務（可分債務）の共同相続について、不可分債務又は合有債務と解する学説も有力であり、分割債務説を批判しつつ、これらの学説に立った検討を加えることも考えられる。この場合には、内部的負担部分は、法定相続分又は指定相続分に応じて定められ（民法第899条参照）、その負担部分を超える額についてFはGに求償することができるものと考えられる。

3 採点実感を引用（下線を加筆）

平成30年司法試験の採点実感（民事系科目第1問）

※ 3ページ目に誤記の訂正についての記載が追記されています。

1 出題の趣旨等

出題の趣旨及び狙いは、既に公表した出題の趣旨（平成30年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【民事系科目〔第〕1問】をいう。以下同じ。）のとおりである。

2 採点方針

採点は、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目標とした。

具体的には、民法上の問題についての基礎的な理解を確認し、その応用を的確に行うことができるかどうかを問うこととし、当事者間の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などを試そうとするものである。

その際、単に知識を確認するにとどまらず、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び具体的事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。これらを実現するために、一つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに、必要な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点を与えることとしたこと、従来と異なる。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が一部不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならないようにした。また、反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価することとした。また、全体として適切な得点分布が実現されるよう努めた。以上の点も、従来と同様である。

3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(4)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験審査委員会議事申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、ここで示された答案は上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。また、答案の全体的傾向から感じられたことについては、(4)で紹介することとする。

なお、各設問において論ずべき事項がどのようなものであったかについては、既に公表した出題の趣旨に詳しく記載したところであるので、これと重複を避けつつ採点実感を述べることとする。

(1) 設問1について

ア 設問1の全体的な採点実感

設問1において論ずべき事項は、これを大きく分ければ、①種類債務の特定の有無、②危険負担（民法第534条第2項）の適用の有無、③危険負担における「債務者の責めに帰することができない事由」の有無の判断であり、③についてはさらに履行補助者の過失及び弁済の提供又は受領遅滞若しくは受領義務違反の効果（債務者の目的物保管義務の軽減及びその軽減後の義務の内容、対価危険の債権者への移転等）を内容とする。

全体としては、①の種類債務の特定と②の危険負担の適用の有無については比較的多くの答案が一定水準の論述をしていたが、③に関してはここに含まれる問題点に気が付かなかつた答案も多く見られ、ここが評価に大きく差が付く要因となっていたといえる。

他方で、評価が低くなった答案を中心として、買主は受領遅滞に陥っていたから売主による代金の支払請求は認められるとするなど、そもそも、代金支払請求権の帰すうに関して、危険負担、受領遅滞といった諸制度の相互関係が理解されていないことがうかがわれるものも見られた。

個別に見ると、上記の①に関しては、目的物の分離・準備や債権者への通知を要することなどに詳しく言及することができている答案が多くあったが、そのような答案であっても、この指摘は取立債務に関するものであり、本件も取立債務であることを事実関係を踏まえて簡潔に論ずることができている答案はそれほど多くはなかった。

上記の②に関しては、まずもって、種類債務が特定をし、その後特定した目的物が滅失したというケースについては、適用法条は、民法第534条第1項ではなく、同条第2項となるが、このことを正確に指摘することができていない答案が少なからず見られた。このほか、危険負担の債権者主義を定めた規定である民法第534条については、かねてより立法論的な批判が極めて強く、その適用範囲を狭めるため、これを制限的に解する見解が有力であるが、この見解に従った答案は少なかった。しかし、上記のような問題状況を踏まえれば、この見解に従わず、同条の文言に忠実な立場を採用するとしても、その適用範囲を制限する必要がないかどうかについて検討を加えるのが適切であると考えられるが、そのような答案はほとんど見られなかった。なお、上記の③に関わることであるが、民法第534条を文言どおりそのまま適用するという立場を採用しながら、弁済の提供や受領遅滞の効果として対価危険の移転を論ずる答案も見られた。しかし、この立場を採用した場合には同条の効果として対価危険は買主が負うことから、重ねて対価危険の移転を論ずる意味はない。

上記の③に関しては、このうち、履行補助者の故意・過失に関しては比較的良く論述することができていたものの、責

めにすることができない事由（過失）の有無の判断の基準となる売主の負う注意義務について、民法第400条の善管注意義務に言及することができていない答案が相当数見られ、受領遅滞等の効果としての注意義務の程度の低減にも言及することができていない答案も多かった。また、そもそも、本件においては受領遅滞が生じているという事実関係に気が付くことすらできていない答案も相当数見られた。当初の予定どおり目的物である松茸が引き渡されていたならば盗難は発生していなかったともいえることが本件の結論を左右する要素となり得ることは、事案を精査すればそれほど困難なく思い至ることができると思われる。このことから、結論を導く上で考慮すべき要素を事案の中から適切に抽出し、評価をする能力の一層の涵養が必要であることがうかがわれた。なお、B（C）の注意義務違反の有無については、善管注意義務を負う前提で検討した上で、弁済の提供や受領遅滞を認定し、自己の財産と同一の注意義務を負う前提で改めて検討するのが丁寧であるが、後者の検討のみをした答案も、注意義務違反の有無を適切に検討することができているものは同等に評価した。

以上のほか、本件の主要な問題は上記のとおりであるにもかかわらず、引渡債務との同時履行の抗弁の検討に必要以上に多くの記述を費やした答案が少なからず見られた。しかし、本件においては、引渡債務の目的物は特定しており、かつ、履行不能となっているから、これとの同時履行を論ずる意義は乏しく、この点について大きな評価を与えることはできなかった。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、本設問では、上記の①から③までの各点に関してバランスよく論理的な論述がされており、かつ、B（C）の注意義務違反の有無の検討に当たっても設問1における事実関係に基づいてポイントを的確に指摘し、判断を示すことができていたものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、債務者の負う注意義務の内容と帰責事由との関係に意識が払われていない答案や、注意義務違反の有無などについての事実関係の当てはめがややおざなりと思われる答案などである。

一応の水準に属する答案の例は、上記の①や②については相応の論述がされているものの、そもそも、受領遅滞が生じていたという事実関係に気が付くことができず、③について全く触れることができていない答案などである。

不良に属する答案の例は、設問1においては危険負担が問題となることを指摘することができていないものや、債務者（売主）の責めに帰すべき事由が存するかどうかの検討を行うことができていないものなどである。

(2) 設問2について

ア 設問2の全体的な採点実感

設問2においては、題意によれば、甲トラックの所有権を有していたDが、Aに対して所有権留保売買をしたことにより甲トラックの所有権を実質的に喪失したといえるかという問題を小問(1)において検討した上で、喪失していたという立場を選択した者はもちろん、喪失していないという立場を選択した者も喪失していたという立場を採用したものとして、甲トラックの登録名義人であることを理由として撤去義務を負わせることができないかを小問(2)において検討することを求めるものである。このような出題者の意図については、ほとんどの答案がその趣旨をよく理解し、順を追って論述することができていたが、小問(2)で論ずべき点を小問(1)で論じている答案などもあった。

小問(1)に関しては、所有権に基づく妨害排除請求権が問題となること、その点の指摘がないものや、妨害排除請求権の相手方となるべき者が抽象的に言えばどのようなものであるのかについて分析がされていない答案が多く見られ、論述の前提となるべき事項を的確に押さえていない傾向が見られた。また、Dの地位は所有権留保売買の売主の地位にあることをどのように評価し、妨害排除請求の可否と結び付けていくのかが小問(1)における主要な課題であるが、この点を意識することができていない答案が見られた。このほか、Dの地位が債権の担保のために所有権を有するにすぎないものであることは理解することができていても、なぜ、妨害排除請求権の相手方となって撤去義務を負うことになるのか、あるいはならないのかについて、例えば、いまだAの債務不履行が生じていないといった具体的な事実関係を踏まえつつ説得力をもって論ずることができている答案は少なかった（なお、具体的にどのような立論が考えられるのかについては、既に公表した出題の趣旨を参照していただきたい）。さらに、そもそも、所有権留保が担保のためにされるものであることを理解できていないことがうかがわれる答案や、所有権留保売買の法的性質は譲渡担保そのものであると誤解をした答案なども見られたことは、所有権留保売買が債権担保の手法として社会で広く活用されている現状に照らすと、非典型担保であって実定法に基づくものでないことを差し引いても、残念な結果であった。

次に、小問(2)においては、Dは自動車登録名義を有するものの実質的には所有者ではなくなっているという前提で答えることが必要であるが、このような地位にあるDに対する妨害排除請求に関して、これを当然に対抗関係にあるとして処理することはできないのであり、この点は判例・学説が一致しているところである。それにもかかわらず、「Eは、甲トラックの所有権の帰属について利害関係を有するから、『第三者』に当たる」などと、何の留保もなくEとDとが対抗関係に立つことを前提としてしまった答案がかなり多く見られた。これは一面において、民法第177条（道路運送車両法第5条）の「第三者」の意義についての理解が十分でないことを表しているものであり、他面で、不動産と動産とで違いがあるとはいえ、最判平成6年2月8日民集第48巻2号373頁という重要な関連判例を意識することができていないものであって、基本的な判例の知識の定着の観点から難があるといわざるを得ない（なお、このような立論をした答案は、事案の妥当な解決を図ろうとするあまり短絡的に対抗関係にあるとしたことがうかがわれるものが少なくなかったが、中には登録には公信力があるとまでする答案も見られ、非常に残念であった。）。上記の判例を意識することができていることがうかがわれた答案についても、地上建物による土地所有権の妨害の場合において登記名義人が撤去義務を負うのは例外的なものとして位置付けていることなど、判例の論理構成や問題意識を正確に表現することができているものは少数にとどまり、例えば、Dが甲トラックの自動車登録を自ら備えていたといった事情を指摘することができた答案もそれほど多くはなかった。そのため、小問(2)において特に論じてもらいたかった上記判例の射程、すなわち、不動産と動産とでの差異の

有無について（結論はともあれ）具体的に検討することができていた答案はほとんどなかった（ここで、どのような観点からの理由付けがあり得るかについては、既に公表した出題の趣旨を参照していただきたい。）。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、小問(1)においては所有権留保売買が担保目的であることを踏まえつつ、このことが所有権に基づく妨害排除請求権の消長に与える影響について論理的に考察することができており、他方、小問(2)においてはEとDとが直ちに対抗関係に立つものではないことを踏まえた上で、判例の問題意識も踏まえつつ対象財産が不動産ではなく動産である本件において対抗問題と類似の処理をするべきかについて一応の理由付けを施しながら結論を導くことができた答案などである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案との比較においては、小問(1)においては所有権留保売買が担保目的であることは理解しているものの、それがなぜ妨害排除請求権の成否に影響を与えるのかの理由付けが曖昧であるものや、小問(2)においては本件では対象財産が不動産ではなく動産であり、これが結論に何らかの影響を及ぼすのかに意識を向けることができなかった答案などである。

一応の水準に属する答案の例は、小問(1)において所有権留保売買の法的性質が担保目的であることに理解が及ばなかったとか、小問(2)においてEとDとが対抗関係に立つとするなど小問(1)又は小問(2)において大きく筋を外してしまった答案などである。

不良に属する答案の例は、そもそも本設問の題意を理解した上で考え方を整理して論述することができなかった答案や、各小問において大きく筋を外してしまった答案などである。

(3) 設問3について

ア 設問3の全体的な採点実感

設問3は、親族法・相続法の分野からの出題であったが、択一式試験においても多く出題がされている分野に関する知識を問うものであったから、受験生には一定の知識が備わっているものと思われるところである。ところが、「遺産分割」、「遺産分割方法の指定」、「相続分の指定」、「廃除」といった基本的な概念についての理解が極めて不正確な答案が少なからず見られた。確かに、「遺産分割方法の指定」や「相続分の指定」の意義を正確に理解することは簡単ではないかもしれないが、遺言において遺産中の財産の帰属先を指定することを「遺産分割」と誤解するものや、「廃除」がされたと認定しながらもHについて債務の相続承継を論ずるものなども少なからずあり、予想以上に基本的な概念を理解することができていないことがうかがわれた。

設問3においては、まず、①FGHのうち、Hは廃除されて相続人ではなく、受遺者の地位にあることが前提となるが、この点は比較的多くの答案がその理由を含めて指摘することができていた。また、②Cの債務はFGが承継するものであり、Cの債務を全額支払ったFはGに対して所定の割合（Gの法定相続分2分の1か、指定相続分3分の1となる。）に基づく金銭請求をすることができるという点も、多くの答案が指摘することができていた。

もっとも、設問3においては、③遺言の解釈指針がどのようなものであるのかを踏まえつつ、④FGに対するCの遺言が判例に従えば遺産分割方法の指定であると解されることに触れながら、より重要な問題である相続分の指定を伴うのか否かについての判断を示し、その上で、⑤債務の承継割合が変更されるのかに関して自己の考え方を筋道立てて論ずることが必要である（なお、そもそもCの遺言を特定遺贈であると解釈することも可能であるが、このような立場を採用していた答案はほとんど見られなかった。）。しかし、上記の③については、「遺言の解釈をした上で」と問題文に指示があるにもかかわらず、何らこれに触れない答案も少なくなかった。また、上記の④のうち遺産分割方法の指定であることに触れているものであっても、債務の承継割合との関係では相続分の指定を伴うか否かという重要なポイントについて指摘することができていた答案は少数にとどまっていた。なお、比較的多くの答案が「遺産分割方法の指定」と同じ割合で債務を承継させるのが遺言者の意思や公平に合致するなどとしていたが、これは、「相続分の指定」に関連付けて論じてはいないものの、遺言によって債務の承継割合が変更されるかどうかについて立ち入った検討をする点では一定の評価に値するものと考えられる。

さらに、FのGに対する請求について問われているのであるから、その請求の根拠に関しても、判例のように分割債務として承継すると考えるか、不可分債務として承継すると考えるかはともかく、⑥Cの債務がFGにどのように帰属するのかを前提としながら、分割債務と解するのであれば事務管理等によるものとなり、不可分債務と解するのであれば求償権に基づくものとなることを、ごく簡潔に指摘することが必要である。しかし、請求の根拠について全く記載のない答案や曖昧な論述・混乱した論述に止まる答案が多く見られた。また、FGは連帯債務関係にあると解する答案が少なくなかったのは意外であったが、分割して承継されるとしながら連帯債務であるとするなど債権総論の分野である多数債務関係に関しても十分に理解することができていないことがうかがわれた答案も見られた。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、上記の①から⑥までの各点について、それぞれ、簡潔に自己の立場から論述することができていた答案などである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案との比較においては、上記④及び⑤に関して相続分の指定を伴うか否かについて検討を加えることができていなかったものでも、債務の承継割合を遺言で変更するものであったかどうかについて具体的な考察を示した答案などである。

一応の水準に属する答案の例は、上記の③及び④については問題を把握して解答することができていないものの、他の各点については相応の論述をすることができていた答案などである。

不良に属する答案の例は、上記の①、②、⑤及び⑥の各点についても、その検討が不十分な点が複数見られた答案などである。

(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

本年の問題は、各設問とも、どのような法規範（判例により形成される規範を含む。）の適用を問題とすべきかという大きな検討課題の把握は、比較的容易であり、実際にも、これを大きくは外さない答案が少なくなかった。それでも、大きく差が付くことになっているのは、分析の深度や精度、更には論理的な展開力などによるところが大きい。すなわち、本年の各設問にも現れているように、ある一つの事案を解決するに当たっては、複数の制度や判例等にまたがった分析が必要となるが、当然ながら、そのためには、個々の制度等についての理解が必要であり、更には制度相互間の体系的な理解が必要になる。その上で、これを一つのまとまった分析結果としてまとめ上げるためには、その理解している内容を、示された事実関係を踏まえて論理的に展開していくことが重要である。

このような法律の体系的な理解とこれに基づく実践的な論理展開能力の重要性は昨年度も指摘しているところであり、引き続き留意をしていただきたい。その上で、本年の答案を見て特に感じられたことについて、幾つか指摘しておきたい。

一つは、問題文に記載された事実からは引き出すことのできない強引な事実関係の解釈・認定をする答案が散見されたことである。例えば、設問1において、自動車を盗まれて期日中に引き取ることができなくなったAは、「同日午後8時頃、今日は引取りには行けないが、具体的なことは翌朝に改めて連絡する旨を電話でBに伝えた」（事実4）が、これに対するBの対応は問題文中に何ら記されていないから、問題文からは履行期の延期がされたとは到底認定することができないのに、その旨の合意があったと認定する答案や、設問3において、Cの遺言には「④Hは、まだ反省が足りないので、廃除の意思を変えるものではない」と明言されているのに廃除の意思を取り消したと認定する答案などである。このような答案を評価することができないのは言うまでもないことであり、問題文に示された事実関係を丹念に拾い上げて論述するようにしてもらいたい。

また、設問1について、問題文では「Bの本件売買契約に基づく代金支払請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。」と問われているのだから、それに向けて直截に自己の分析の結果を論述していくのが望ましいものである。ところが、AとBのそれぞれの主張を前提としながら、当事者双方の主張・反論について、「Aは～と主張する。これについては、・・・と考える。これに対し、Bは～と反論する。これについては・・・と考える。」といった形式で論述を進める答案が散見された。このような答案はそれぞれの主張・反論といった形式で記載しようとするあまり、論旨の明確性を欠く嫌いがあり、中には論理的な一貫性を欠くものも見られた。「代金支払請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。」という問いに素直に答える方が望ましいものと考えられる。

最後に、毎年のように指摘をしていることであるが、本年も、文字が乱雑であったり、小さすぎたり、あるいは線が細すぎたりして、判読が困難な答案が一定数存在した。この点については、次年度以降、改善を望みたい。

4 法科大学院における今後の学習において望まれる事項

本年においては、設問3で親族法・相続法を主たる問題とする設例が出題されているが、上記のとおり、基礎的な知識が全く身に付いていないことがうかがわれる答案も多かった。近年、この分野は法改正が続くなどして脚光を浴びているところであり、それはおくとしても、法律実務家にとっては極めて重要な分野といえることから、この分野についても基礎的な知識の修得を怠らないように励んでいただきたい。また、親族法・相続法の分野に限らず、財産法の分野においても、一定程度の基礎的な知識を有していることはうかがわれるとしても、複数の制度にまたがって論理的に論旨を展開することはもとより、自己の有する知識を適切に文章化するほどには当該分野の知識が定着しておらず、各種概念を使いこなして論述することができていない答案が多く見られた。法律実務家にとって自己の見解の説明・説得能力は必須のものであるから、引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。

また、本年も、判例を参考にすることで深い検討を行うことができる問題が出題されているが、今一度、法律実務における判例の理解・検討の重要性を再認識していただきたい（なお、判例の取った論理や結論を墨守することを推奨してはいない）。例年指摘されているところであるが、判例を検討する際には、その前提となっている事実関係を基に、その価値判断や論理構造に注意を払いながらより具体的に検討することが重要であり、かつ、様々なケースを想定して判例の射程を考えることで、判例の内容をよりの確に捉えることができるものである。このような作業を行うことで、個々の制度についての理解が高まるだけでなく、制度相互間の体系的な理解が定着することにも留意いただきたい。

第4 必要な基本知識の確認

「民法（全）」第2版（潮見佳男著）有斐閣より引用

一問一答 民法（債権関係）改正」（筒井健夫）より引用

設問1

P243～

3 種類債権

(2) 種類債権の特定とその効果

…

④（特定後の引渡しによる危険の移転など）売買契約において、特定された個物が買主に引き渡された後に当事者双方の帰責事由なしに滅失・損傷したときには、売主は目的物の滅失・損傷を理由とする責任を負わないし、買主は売主に対して、代金を支払わなければならない（567条1項）。裏返せば、「特定がされた」という事実だけでは、危険は買主に移転しない（「特定」は危険移転のための必要条件であるが、十分条件ではない）。…（買主による受領拒絶・受領不能の場合については同条2項）。

(3) 特定の方法

…

(ウ) 取立債務の場合

…弁済の準備ができたことを通知して受領するように催告をした（＝口頭の提供をした）からといって特定が生じるものではない（最判…）

▶危険の債権者への移転は「特定」の効果ではなく、引渡しの効果であるから（567条1項）、「特定」の有無については、債権法改正前の通説（危険の債権者への移転は「特定」の効果であるとし、この効果が生じるためには個物の「分離」が必要であると説いていた）とは異なり、個物が客観的・物理的に「分離」されているかどうか判断するのではなく、個々の契約の内容に即してみたときに、特定に結びつけられた効果を両当事者に与えるためには当該債権の履行対象の選別としてどこまでのことをすることが求められているのかという観点から判断すべきである。

P379～

V 危険負担

2 原則-履行拒絶権の肯定

(1) 反対債務の履行拒絶権…

(2) 例外-履行拒絶権の否定

民法は、債権者が反対債務の履行を拒絶することができない場合として、次の2つを認めている。

①債権者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じた場合（536条2項本文）…

②受領遅滞が生じた後に、債務者の責めに帰することのできない事由によって債務の履行が不能となった場合（413条の2第2項）受領遅滞中の履行不能は、債権者の責めに帰すべき事由によるものとみなされている。

P287～

III 受領遅滞

2 受領遅滞の要件

受領遅滞の要件は、①債権者が債務の本旨に従った履行の提供をしたことと②債権者が受領を拒絶したこと、または、受領できなかったことである。

3 受領遅滞の効果

…

① 債務者の目的物保存義務の程度がそれまでの善良な管理者の注意（400条）から、自己の財産におけるのと同一の注意へと軽減される（413条の1項）。

② …増加費用の償還請求権が発生する（413条2項）。

③ 双務契約において、債権者が受領遅滞に陥った後に債務者の責めに帰することができない事由により履行が不能となったとき（…）この履行不能は政権者の責に帰すべき事由によるものであるとみなされる（413条の2第2項）。その結果、債権者は、履行不能を理由として契約を解除することができず（543条）、また反対給付の履行を拒絶することができない（536条2項）。なお、売買における目的物の滅失・損傷に関する567条2項の規定も参照せよ（413条の2第2項があることから、567条2項の規定は、事実上、確認規定にすぎないものとなっている）。

Cf. 一問一答 P73～

（注1）受領遅滞について債権者に帰責事由がない場合にも本文の①～③の効果が発生するかどうかについては、新法の下でも引き続き解釈に委ねられているが、判例（…）は、受領遅滞と債務不履行とは別のものであるとしており、債権者に帰責事由がない場合にもこれらの効果が発生するとの立場であると解されている。…

（3）新法では、帰責事由の存否に関しては、各当事者につき個別に帰責事由の有無が検討されるのではなく、当事者双方に關係する諸事情を考慮した上で、①債務者の責めに帰すべき事由によるもの、②債権者の責めに帰すべき事由によるもの、③当事者双方の責めに帰することができない事由によるもののいずれかに該当するかが検討されることを想定している。

P258～

第2節 債務不履行を理由とする損害賠償

2 損害賠償責任からの免責

(1) 「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由」

…(415条1項ただし書)。「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という修飾部がつけられているのは、ここでの免責事由が債務の発生原因に即して判断されるべきものであること、したがって、契約の場合には免責の可否が契約の趣旨に照らして判断されるべきものであって、「帰責事由＝過失」を意味するものではないことを明らかにするためである。

(2) 債務の履行に補助者(履行補助者)を用いた場合

…

▶□債権法改正前の学説では、履行補助者の故意・過失が債務者の帰責事由となり、債務者がこれを理由に損害賠償責任を負うということが解かれていたが、債権法改正後の民法は過失責任の原則を基礎に据えていないので、このような説明は成り立たなくなった。…

Cf. 一問一答 P74～

…裁判実務においては、帰責事由の有無は、問題となった債務にかかる給付の内容や不履行の態様から一律に定まるものではなく、個々の取引関係に即して、契約の性質、契約の目的、契約の締結に至る経緯等の債務の発生原因となった契約に関する諸事情を考慮し、併せて取引に関して形成された社会通念をも勘案して判断されていたと考えられる。…

(注2) …この改正の趣旨は、従来の実務運用を踏まえ、帰責事由についての判断枠組みを明確化したにとどまるものであり、実務のあり方が変わることは想定されていない。

P400～

第2節 売買の効力

Ⅶ 目的物の滅失・損傷に関する危険の移転

1 引渡し後の滅失・損傷—特定された物の引渡しによる危険の移転

…

① 特定物の売買および種類物売買で目的物の特定がされている場合においては、目的物の滅失・損傷に関する危険は、目的物の引渡しによって、売主から買主に移転する(危険移転時＝引渡し時)。…

② ただし、引渡し後の滅失・損傷が売主の責めに帰すべき事由による場合は、買主は、目的物の滅失・損傷を理由として、上記の権利(追完請求・代金減額・損害賠償・契約解除)を行使することができる。…

③ 引渡し時に提供された物に既に契約不適合があった場合や、引渡しが遅延した場合には、…債務不履行を理由とする権利主張をすることは差し支えない。③は567条の規律対象とするところではない。

④ 種類物の売買では、売主が契約の内容に適合しない目的物を選定して引渡しても「特定」の効果が生じない、この場合は①・②のルールの適用外である(567条1項括弧書きを参照せよ)。④の場合は、買主は、引渡し時における契約不適合を理由とする権利主張をすることができる。

2 売主の提供した物が受領されなかった場合—受領遅滞による危険の移転

上記①②④のルールは、売主が契約の内容に適合した物を引き渡そうと買主に提供したにもかかわらず、買主が受領を拒絶し、または受領しなかった(そのために、売主がそのものを持ち帰ったような場合を想定せよ)ところ、その履行の提供があった時以降にその物が滅失・損傷した場合にも、同様に適用される(567条2項)。受領遅滞(413条)の効果の1つである。

設問2

P1811～

第1章 担保物権総論

Ⅱ 物権担保の種類

1 担保物権と非典型担保

物的担保には、物の交換価値を担保に取る場合と、債務不履行の場合に債務者または第三者が有している権利を取得できるものとする方法で債務履行の担保とする場合がある。前者は担保物権といわれ、民法典に規定が置かれている。そこで、留置権、先取特権、質権、抵当権が定められている。後者には、債務履行を担保するために権利を移転しておく形態のもの(①)、債務不履行の場合には権利を移転する旨を予定しておく形態のもの(②)、または債務が履行されるまで権利移転を留保する形態のもの(③)などがあり、民法典には規定されていない。このことを捉えて、非典型担保と言われる。非典型担保の例としては、譲渡担保(①)、仮登記担保(②)、所有権留保(③)がある。

P229～

第6章 譲渡担保

I はじめに-各種の非典型担保

③所有権留保 たとえば、AがBに自動車を36回分割払で販売する際に、Aが代金回収を確実にするため、代金債権全額の支払があるまで自動車の所有権を自己に留保する旨をBとの間で合意したような場合をいう。実際にBがAに代金債務を完全に弁済しなかった

場合には、AはBに対し、所有権に基づき自動車の返還を求めることができる。

▶上記の例では、売主Aは、代金が完済されるまでは、売買目的物である自動車の所有権を留保する。しかし、担保目的での所有権の留保という制約を受けている（Aは所有者であるが、担保的権利のみを有している）。他方、買主Bは所有者ではないが、無償で自動車を占有し、使用することができる（売買契約に基づく債権的な地位ではなく、物件的な地位である）。所有権留保をめぐる法律関係に関しては、譲渡担保に関する説明を踏まえて考えればよい。

P121～

第3章 不動産物権変動の対抗要件 公示の原則

III 登記がなければ対抗できない「第三者」の範囲-制限説

1 制限説

「登記の欠缺を主張するのに正当な利益を有しない者」は177条にいう「第三者」に当たらない。…

2 「第三者」の客観的範囲

(1) 「第三者」にあたる者

両立し得ない物権変動については、その両立し得ない物権変動による物権取得者は、177条の「第三者」である。

設問3

P621～

第2節 遺産共有

I 遺産共有の意義

相続人は、相続開始の時点から、被相続人の財産（遺産）に属した一切の権利義務を承継する（896条本文）。…民法は、共同相続人は各自の相続分に応じて相続財産を共有するものとした（898条）。…

II 共有されない相続財産

2 金銭債務

(2) 金銭債務の分割に関する相続分指定と相続債権者に対する効力

可分の金銭債務について当然分割構成を所与とした場合には、被相続人が遺言で相続分を指定した時、①相続分の指定が共同相続人間で相続債務の承継に対して何らかの影響をもたらすかという問題（対内的効力）と、②相続分の指定が相続債務の債権者に対してどのような効力を有するかという問題（対外的効力）が生じる。この点に関する民法の考え方は、次のようなものである（902条の2）。

- ① 相続債権者は、各共同相続人に対し、その法定相続分の割合でその権利を行使することができる。…各共同相続人は、法定相続分を下回る相続分指定が自己に対してなされたこと（したがって、指定相続分に応じて相続債務を承継したこと）を抗弁として出すことができない。
- ② 債権者が共同相続人の1人に対して、指定相続分の割合によってその債務を承継することを承諾した時は、各共同相続人は、指定相続分の割合によってその債務を承継する。…
- ③ 債権者が相続人の1人に対して法定相続分による債務の承継を承認した時であっても、なお、他の相続人に対して指定相続分による債務の承継を承諾して、指定相続分による履行を求めることは妨げられない。
- ④ 法定相続分を下回る相続分の指定を受けた者が相続債権者からの法定相続分に基づく相続債務の履行請求に応じて履行した場合は、共同相続人間の求償問題として処理される。

…

P638～

II 各種の遺産分割

1 指定分割（遺言による遺産分割方法の指定）

(2) 特定財産承継遺言—「特定の遺産を特定の相続人に相続させる」旨の遺言

「甲土地を長男Xに相続させる」というように、特定の遺産を特定の相続人に相続させる旨の遺言がされることがある。そのような遺言の法的意味をどのように捉えるのが適切か（遺産分割方法の指定なのか、それとも特定遺贈なのか）、判例法理は、次のようなものである（最判平3.4.19民45-4-477）

- ① 特定の遺産を特定の相続人に相続させる旨の遺言は、遺言書の記載からその趣旨が遺贈であることが明らかでない限り、遺産分割方法を指定した遺言である（遺贈ではない）。なお、この意味の遺言には、平成30年の民法改正により「特定財産承継宣言」の名が与えられている。
- ② このような遺言（特定財産承継宣言）は、遺産の一部である当該遺産を当該相続人に帰属させる遺産の一部分割がされたのと同様の遺産の承継関係を生じさせるものであるから、他の共同相続人もそれに拘束され、これと異なる遺産分割の協議や審判をすることはできない（指定された遺産分割方法への拘束）。
- ③ 遺言中で「相続による承継を当該相続人の受諾の意思表示にかからせた」など特段の事情が記載されていない限り、なんらの行為を要せずに、被相続人の死亡時（遺言の効力の生じた時）に直ちにその遺産が当該「特定の相続人」に承継される。

▶上記の考え方は、すべての遺産を特定の相続人に相続させる遺言についても妥当する（…）

▶特定財産承継宣言がされた場合において、その特定の財産（特定承継財産）の価額が当該相続人の法定相続分を越えるときは、相続分の指定を含む遺産分割方法の指定もされているものとみるべきである（最判平3.4.19）。

P643～

第3章 遺言

第1節 遺言制度

I 遺言の意義

遺言とは、死後の法律関係を定める遺言書の最終意思の表示である。法律行為の一種であって、相手方の受領を必要としない単独行為である。遺言は、表意者が死亡してはじめて効力が生じる（985条1項）。

遺言による意思表示には、一定の方式が要求される（960条）。遺言の効力が生じる時点では表意者は存在しないのであるから、表意者本人がもはや存在していない段階で表意者の意思表示が真意にでたものであることを確証できるために、遺言の成立要件は厳格でなければならないと考えられたからである。

▶遺言の内容が不明確である場合に、遺言者の最終意思をできるだけ尊重し実現する方向にもっていく傾向が強い（最判平5.1.19民集47-1-1）。その際、遺言者をとりまく諸般の事情から遺言者の真意を採求するために遺言の補充的解釈が活用されるとともに、方式不備による遺言無効の範囲をできるだけ狭くする方向が示されている。

第5 まとめ

1 H30をとくために必要だったもの

【設問1】

- ・ 危険負担・受領遅滞（特定）・履行補助者という基本的知識
- ・ 難しいのは適用場面の理解 → 事前の問題演習による適用場面の理解と整理が必要！
→ 事前の理解だけで十分解ける問題！

【設問2】

- ・ 所有権・担保物権の基本的理解
- ・ 判例の理解・射程の検討
- ・ 建物という不動産と自動車という動産の性質の分析
→ 小問2は基本的理解に基づく現場思考が必要！

【設問3】

- ・ 相続に関する条文の的確な適用
- ・ 遺言の具体的な合理的解釈
- ・ 相続させる文言の法的意味や分割承継の理解
→ 理解が十分でない中での条文の的確な適用（現場思考含む）が問われる！

2 今後にかさすべきポイント

- ✓ 条文の理解（法律要件→効果+適用場面）
 - 条文を見て、法律要件が何か分かるか？
 - 条文を見て、法律効果が何か分かるか？
 - 法律要件のうち、文言等の法解釈が必要な要件について、解釈論が理解できているか？
 - 理由付け（とくに許容性）がおさえられているか？
 - 規範・判断基準が定立できるか？
 - 請求の根拠となりうる規定がわかるか（≒法律効果の理解）？ その法律要件は何か？
 - それに対して、反論（抗弁）しうる規定はどれか（≒法律効果の理解）？ 法律要件は何か？
 - 条文の典型的な適用場面を基本書等で確認できているか？
 - 実際の演習を通じて、条文の典型的な適用場面・限界事例を確認できているか？
- ✓ 判例の理解・射程の検討
 - 重要判例の事案の概要、特に結論を左右したポイント（理由付けに関わる部分）をおさえられているか？
 - 定立された規範・判断基準をおさえられているか？
 - その理由付け（許容性を意識）をおさえられているか？
- ✓ 親族・相続のうち債権に関わる部分
 - どんな条文が、どのあたりにあるのか、理解できているか？
 - 債権にかかわる（特に財産関係）部分について、解釈論もおさえられているか？
- ✓ 実務的に重要な部分が出題される傾向に注意

以上