

論文式試験問題集  
[民法Ⅱ]

## 〔民法Ⅱ〕

Bは、Aから300万円で購入した鋼材（以下「本件鋼材」という。）を自分の工場で筒状に成形し、それに自己所有のバルブを溶接して暖房設備用のパイプ（以下「本件パイプ」という。）を製造した。その後、Bは、Cから本件パイプの取付工事を依頼され、Cとの間で代金を600万円（その内訳は、本件パイプの価格が500万円、工事費用が100万円である。）とする請負契約を締結した。工事は完成し、本件パイプは壁に埋め込まれて建物と一体化したが、CからBへの代金の支払はまだされていない。この事案について、以下の問いに答えよ。なお、小問1と小問2は、独立した問いである。

〔設問〕（配点：50点，問1・20点，問2・30点）

- 1 Bは、Aに代金を支払う際、Dから300万円の融資を受けたので、本件パイプにDのために譲渡担保権を設定し、占有改定による引渡しも済ませたが、BD間の約定では、Bの請け負った工事について本件パイプの使用が認められていた。CD間の法律関係について論ぜよ。
- 2 AがBに売却した本件鋼材の真の所有者はFである。Aは、Fの工場から本件鋼材を盗み、その翌日、このことを知らないBに本件鋼材を売却していた。本件鋼材の時価は400万円であるところ、Aは、Bに300万円で慌てて売却していた。このようなAの態度からしてBには盗難の事実を疑うべき事情があったとする。他方、Cは、Bが専門の建築業者であったことから、盗難の事実を知らず、また知ることができなかった。この場合における、BF間及びCF間の法律関係について論ぜよ。

以 上

2021年2月28日

担当：弁護士 林 寛之

参考答案  
[民法Ⅱ]

## 第1 小問1

1 Dは、BがCに対して有する請負代金債権について物上代位することが考えられる。譲渡担保は、債権担保の目的で所有権を移転するものであることから、担保権の性格を有するため、物上代位を認めることができるかと解する（民法（以下、法令名は省略する。）304条1項類推適用）。しかし、被代位債権は請負代金債権である。304条は「売却・・・によって債務者が受けるべき金銭」と定めるのみだが、請負代金債権についても物上代位することができるか。

2 請負代金は性質上、その代金に請負人の労力の対価やその他の材料費も含む。そのため、担保目的物に関する売却代金とみることはできず、原則として物上代位できない。

しかし、304条1項本文は担保目的物が売却された場合に、その価値代替物に代位を認める点にある以上、請負代金全体に占める当該担保目的物の割合、請負債務の内容に照らし、請負代金債権の一部を担保目的物の売買代金債権と同視できれば、例外的にその部分が「売却・・・によって債務者が受けるべき金銭」にあたりと解する。

3 本件では、Bの負う債務は、本件パイプをC不動産に設置するというものであり、本件パイプには何ら加工していないため、債務の内容はパイプの売買とその設置工事と分析的に捉えることができる。そして、本件では、そのパイプの代金額500万円が請負代金600万円の80%を占める。そうすると、本件債務はかかるパイプの売却が中核を占めているといえ、当該500万円部分について売掛代金と同視

できる。

よって、DはCに対して、請負代金債権のうち本件パイプの価格部分である500万円分について物上代位し、被担保債権額の300万円の支払いを求めることができる。

## 第2 小問2

1 B F間の法律関係

(1) FはBに対し、不当利得に基づく利得金返還請求をすることが考えられる（703条）。

これに対し、Bは、本件鋼材を即時取得できるから、「法律上の原因」があると反論することが考えられる。

ア まず、A B間で本件鋼材について売買がなされているが、本件鋼材はFの所有物であり、他人物売買にあたる（555条、561条）。Bは無権利者Aから本件鋼材の所有権を取得することはできない。

もともと、動産の取引については即時取得が成立しうる（192条）。即時取得の要件のうち善意、平穩、公然については186条で推定され、「無過失」については、188条で推定される。取引業者であるBは、取引相場に詳しいものといえ、一般人に比べ高度の注意義務を負う。本来400万円取引されるものが、その2割以上に相当する100万円も安い300万円取引されているということから、少なくともその出処について確認する義務があったといえ、本件ではその懈怠があり、Bに過失があるといえる。

そのため、本件鋼材の売買契約時にBに過失があったといえ即時

取得できない。

イ なお、本件鋼材の時価は400万円であり、Bが本件パイプを溶接し加工を施すことにより生じた100万円の価格よりも高額であるから、Bが加工により本件鋼材の所有権を取得することもない(民法246条1項, 2項)。

(2) BはAから本来400万円相当の鋼材を300万円で取得している。Fは最終的に本件鋼材の所有権を失っているから、400万円の「損失」がある。Bは鋼材に手を加え、500万円の本件パイプに加工して、これを用いて建物の請負代金として600万円を得ている。つまり、元々の鋼材の取得費は300万円だったところ、Bは自ら本件鋼材に加えた付加価値が200万円あり、更に請負によって100万円の価値を創出している。Bの寄与による利益は合計300万円あり、これを利得として評価し返還の対象とすることはFを不当に利することになり、不当利得の趣旨である公平に反する。請負報酬からBの寄与のある利益を引くと材料の取得費に相当する300万円が残り、この300万円を「法律上の原因」のない利得というべきである。

この利得は、Fが本件鋼材400万円分の損失を受けたことと因果関係がある法律上の原因のない利得である(703条)。

よって、FはBに対して300万円の不当利得返還請求が可能である。

## 2 CF間の法律関係

(1) FはCに対して所有権に基づく返還請求権として目的物引き渡し請求をすることが考えられるが、本件パイプは建物に組み込まれ事実

上分離が不可能な状態にあるため、付合(242条本文)によりFの所有権は消滅しており、この請求は認められない。

(2) そこで、FはCに対し、償金返還請求をすることが考えられる(248条)。248条の性質は不当利得であるから「法律上の原因」がないことを要する。Cは本件パイプについて無権利者であるBから請負によって本件建物に本件パイプを付合されていることから、即時取得により、正当に所有権を取得できないか。

Cが「動産」である本件パイプがBの所有でないことにつき善意・無過失であること、取得について平穩・公然であることは推定されるため(188条, 186条)、Cは、本件パイプの所有権を即時取得できる(192条)。

そのため、「法律上の原因」があるといえ、Fは償金請求をすることができない。

(3) FはCに対して193条に基づく回復請求を行うことが考えられる。

本件パイプの所有者(246条1項)であるFは、盗難の被害者であり、本件パイプは「盗品」である。CはBから「公の市場」で取引を行っている。Cは本件パイプが盗品でないことについて「善意」であるため、Fは回復請求を行うにあたりCに取得額相当額の対価を支払うことを要する。もっとも、上述のように付合が生じているため、本件パイプの返還を求めることはできない。

以上

2021年2月28日

担当：弁護士 林 寛之

# 予備試験答案練習会(民法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
<b>〔設問1〕</b>	(15)		
譲渡担保権に物上代位が認められるか（論点に気づいているか）		2	
認められる理由に言及できているか		2	
304条1項類推適用に言及できているか		1	
あてはめ		10	
<b>〔設問2〕</b>	(20)		
FからBへの不当利得返還請求に言及できているか		1	
「法律上の原因」がないという要件の中で、即時取得が成立しないことをあてはめられているか		3	
損失のあてはめ		7	
その他の要件のあてはめ		2	
FからCへの所有権に基づく返還請求権が付合により成り立たないことに言及できているか		1	
FからCへの償金請求に言及できているか		1	
「法律上の原因」がないという要件の中で、即時取得が成立することをあてはめられているか		3	
FからCへの回復請求に言及できているか		2	
<b>裁量点</b>	(15)	15	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 民法Ⅱ 解説レジュメ

## 第1. 出題趣旨

平成22年度司法試験民法第2問を素材として、受講生の民法の基本的知識を問うことを目的としています。小問1は、譲渡担保に関する基礎的理解のもと、物上代位の成否とその対象について検討させるものです。小問2は、即時取得、回復請求、代価弁償に関する基礎的理解に基づきつつ、添付（加工及び付合）における所有権帰属ないし償金請求について論じさせ、論理的思考力と法的推理力を試すものです。

いわゆる旧司法試験は、旧民法下で作問されたものですが、基本的な民法の理解や法的思考力を問うのに最高の教材であることに変わりありません。「論点は10年で一巡する。」という言葉にならない、受講生は一度出題された問題については、本番までに徹底的に潰しておき、未知の出題のように見えて、実は刷り直しただけの問題には、きちんと気づくことができるよう万全の準備をすることが求められています。

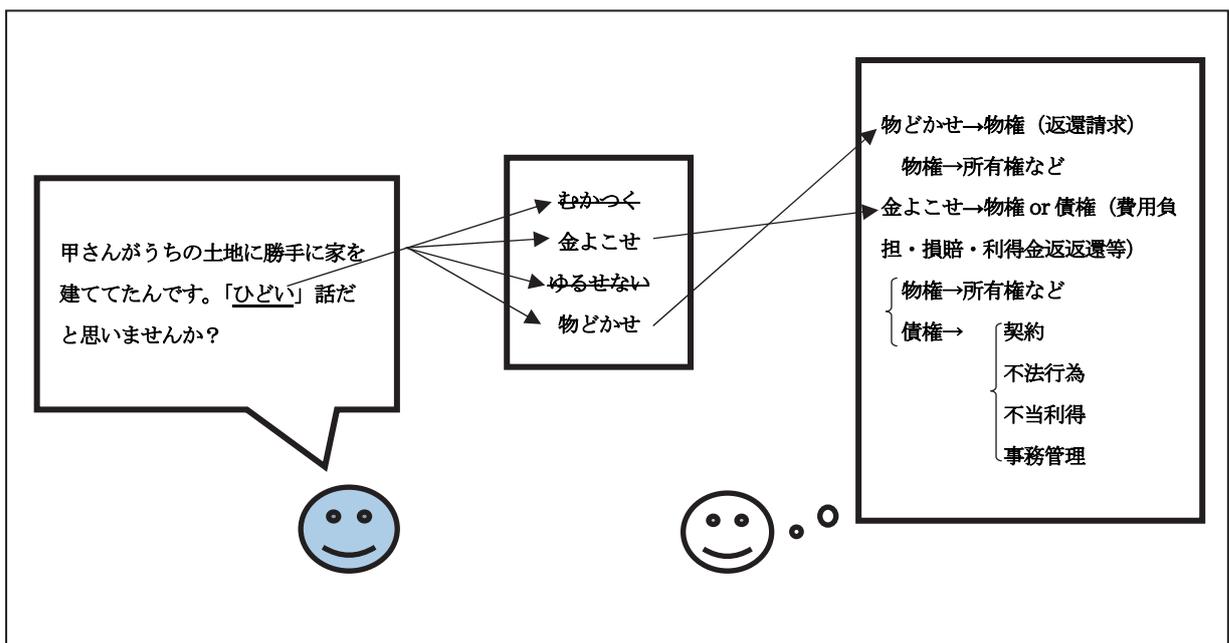
## 第2. 設問1

### 1 基本的な考え方

#### (1) 当事者の要望から考えていくこと

論文問題を解く際のお作法は、①当事者の要望（「生の声」と表現する方もいます。）を考え、②それを法的主張に整理するという2ステップで進めるのが基本となります。①の段階では、自分が法律を知らない当事者の立場だったらなんというかとシンプルに考えてください。この段階では「何々権に基づく～」というような難しい言葉は使う必要はありません。

当事者の要望を想起したら、次は、それを法的主張に整理してやります。(1) 当事者の要望を法的な請求権に変換し、(2) その請求権が発生する法律上の根拠が何なのか分析してください。下図のようなイメージです。



ところで、債権的請求が発生する法的根拠は大きく4つあります(契約・不法行為・不当利得・事務管理)。今日の契約社会においては、他人に何かを要求するという場面では、契約が重要な役割を果たしているといえます。そのため、まずは債権的請求のなかでも契約に基づく請求が立たないかを検討し、それがだめなら他の債権的請求が立たないかと検討を進めます。そして、債権的請求が立たないなら、物権的請求ならどうか。このように考えていくのが基本的な思考の流れになるでしょう。

## (2) 「法律関係を論じよ」という出題形式について

「いかなる請求ができるか。」という出題なら答案が書けるのに、「法律関係を論じろ。」と言われると途端に何をしたらよいかわからないという受験生が一定数います。難しく考える必要はありません。この出題形式のときは、問題文で指定された各当事者が互いに相手にどのような請求ができるかを聞いていると覚えておいてください。複数人の法律関係を問う問題は、民法ではよく出題される出題形式です。

平成28年度司法試験の民法の採点実感において、以下のような言及がなされており、非常に参考になります。「多数の者が登場する事例においても2人ずつの関係に分解し、そのそれぞれについて契約関係の有無を調べることが出発点となる。契約関係があれば、広い意味の契約法(契約の無効・取消しの場合の給付不当利得なども含む)の適用が問題となり、そうでなければ、物権的請求権や不法行為、侵害利得や事務管理の適用が問題となる。もっとも、判例は請求権競合説を採っているので契約当事者間でも不法行為が問題となる場合はある。」(平成28年度新司法試験民法・採点実感。下線部は引用者による)

複数人の登場人物が出てきても、基本的には2人ずつの関係に分解して考えることができるということがわかります。本問のように、「CD間の法律関係を論じろ」といわれたときは、「①CはDに何が言えるか。②DはCに何が言えるか。」という問題に読みかえて検討を行えばよいのだな、そう抑えていただければよいかと思います。

## 2 DはCに何が言えるか

### (1) 当事者の要望

Dの要望は「300万円(金)をよこせ。」です。

「本件パイプ(物)をよこせ。」もあり得なくはないかもしれませんが、後述する理由から、本筋ではありません。…と、結論を先に出してしまいましたが、折角ですので、この結論に囚われず、金と物の両請求を検討してみることにしましょう。

### (2) 法的主張への整理

#### ア 請求権は債権か物権か

本件は、「物よこせ。」「金よこせ。」のどちらの請求についても、物権を根拠にすることになります。解説の導入段階で、債権から考えるのが基本と言いながら、不親切な出題となり恐縮です。パッと、「この問題は物権だな。」とあたりをつけられた方、素晴らしいです。ただ、最初は丁寧に思考する癖をつけるため、そもそも、請求の根拠を債権と物権のどちらにすべきなのだろうか、というところから検討していきましょう。

「金よこせ。」つまり、金銭請求であれば、みなさんの頭には債権的構成がまず頭に浮かぶと思います。ただ、DとCは契約関係にありませんね。契約はつかえない。その他の債権発生原因である、不法行為、不当利得、事務管理といった債権的構成も難しいので、債権的請求はできないと結論づけます。本件では物権を使うということになります。

物権といえば、「所有権」が思い浮かぶかもしれませんが、本問は「所有権」は使いません。「譲渡担保権」を使います。問題文に書かれていますからね。

## イ 請求権（物権）の根拠の検討

### （ア）本件パイプをよこせ

さて、先程、「300万円（金）をよこせ。」と「本件パイプ（物）をよこせ。」のうち、後者のパイプの返還が本筋ではないと言いましたが、それがなぜなのか一緒に考えていきましょう。もともと、「担保」というのは、「将来生じるかもしれない不利益に対して、それを補うことを保証すること、または保証するもの」と国語辞典には書かれています。

担保は人質のようなものとイメージしてください。誘拐犯の決り文句は「金よこせ！さもなければ、人質（担保）の命はない！」ですね。人質（担保）を何のためにとるかといえば、金が欲しいからです。人質（担保）がほしいからではありません。担保をとられているのに金を払わない、この段階に至ってはじめて、じゃあ担保をもらおうぞという話になります。

ということで、「物返せ」は本筋ではないのです。実際、本件では「BD間の約定では、Bの請け負った工事について本件パイプの使用が認められていた。」とあり、かつ、使用を認めていたパイプが実際に工事に使用されている（し、付合によってパイプの所有権が消滅している）わけですから、Dとしてもパイプそのものを回収するよりは、パイプを使ったことでBが得た利益を回収できないかを考えるべきです。

他の観点からも検討してみましょう。今言及した「付合」についてももう少し掘り下げてみます。Dは譲渡担保権を持っていますね。譲渡担保の本質を、所有権と捉えるか担保権と捉えるかは論者によりますが、この譲渡担保という権利に基づいて「物返せ。」と言えないか検討します。極端な立場に立たない限り、そもそも論としては譲渡担保権に基づく返還請求権を認めることができるはずですが。しかし、本件において、返還請求権が理論的に成り立つとしても、本件パイプは付合で建物と一体化しているので、最終的にこの請求が本件で成り立たないことはすぐわかるはずですが。このような観点からもパイプの返還を求めることが本筋でないことがわかります。どれだけ頑張っても理論構成しても、具体的事案に使えなければ意味がありません。

もっとも、このように明らかに成立しない請求であっても、答案に書くべきか否か、書くとしてどこまで書くかというのも、答案政策上の悩ましい問題といえます。思考過程を反映するという意味で答案に記載するのも考え方としてはありだからです。ただ、配点があるとしても100点満点中の何点がここに配点されているのかを推測してみると、「50点はある！ここで他の受験生に圧倒的に差をつけられるだろう！」とは言えないでしょうね。あっても2、3点ではないかと思えます。

この検討を答案のどこかに反映しなければいけないのではと心配する方や、「いや、私は自分が考えた思考過程を全部絶対を書くんだ」と自分を強く持つ方もいらっしゃるかもしれませんが、ただ、今まで説明してきた通り、担保をとっている人の関心は基本的には「金」の方にあるわけですから、「物」に着目した検討が答案の最初に来るのは不自然ですし、後から説明する「金」の検討を、本筋の検討を終えた後に言及するのもやはり不自然な気がします。特に「金」の請求が通る方向で構成するのであれば、何で検討の優先順位として劣後するはずの「物」の検討をわざわざ追加するのかと疑問が残りますので、個人的には記載しないことをおすすめします。

あえて書くのであれば答案全体の調和を壊さないようにコンパクトな記載を心がけるべきです。例えば、「譲渡担保権を実行し、返還請求をすることも考えられるが、本件パイプは建物に付合しているため、これは認められない。」程度の記載があれば、十分ではないでしょうか。

なお、まかり間違っても、付合に気づくこともなく、建物からパイプ部分だけを切り取って取り戻すことができるという（「力こそパワー！」みたいな）立論をしてはいけません。「付合」は論文試験でよく登場してくる制度です。思い至らなかった人は「付合」がでてくる問題を他にも何題か解いておきましょう。

(イ) 金をよこせ

a 譲渡担保権に物上代位が認められるか

さて、ここまで長々と述べてきましたが、既に述べたように、本筋は、担保に取られていたはずの物を使って利益を得ているのだから、それで得られた「金よこせ。」との主張です。これを検討します。この論拠は、物上代位です。物上代位といえば、先取特権の304条1項本文がすぐに思い出せなければいけません。条文を引いてください。この規定は、先取特権と同じ担保権である抵当権にも372条で準用されていますね。

304条1項本文を読みます。みなさんも一緒に読んでください。先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。このように書かれています。とっつきにくい論点ほど条文が大事になります。きちんと条文を見てください。

(参考)

第304条

- 1 先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない。

この規定をざっくりと理解するなら、目的物が、条文上列挙されている事由（つまり、「目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷」）によって金銭に変わっても、その金銭にかかかっていくことができると、整理できます。

さて、譲渡担保権はそもそも明文の根拠を持たない物権であり、その性質論に争いがあるとはいえ、担保としての性格を持つことは疑いがありません。ここから譲渡担保権でも物上代位ができるか、できるとすればその根拠は何なのかという論点が出てきます。明文がないので解釈してやらなければいけません。譲渡担保権にも担保としての性格があることからすれば、物上代位を肯定して良いでしょう。条文上の根拠は、304条を類推適用するというのが、判例・通説の立場ですね。類推適用といえば、直接適用できないという原則論を確認してから、趣旨に言及し類推の基礎があるからと論証を運ぶのが答案の基本ではありますが、全体のバランスを考えるとそこまでダラダラと書く論点とも思えません。この論点は、後に続く論点（請負代金債権に対する物上代位の可否）と違い、理屈だけ書いて「あてはめ」のない論点ですので、わざわざこの論点のためにナンバリングを増やすほどの労力は割かなくてもいいでしょう。参考答案では、コンパクトにまとめておきました。

b 請負報酬に対して物上代位ができるか

では、本問の花形論点である請負報酬債権に対する物上代位の可否に移ります。改めて304条を見ます。しつこいようですが、条文を見てくださいね。

(参考)

第304条

- 1 先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない。

どのような対象に物上代位出来るか書かれています。「売却・・・によって債務者が受ける金銭」という文言が目に入りますね。売却と言えば売買です。困りました。条文のどこにも請負報酬に物上代位できるとは書かれていません。ここで、「文言上あてはめられないじゃないか。」と気づかなければいけないのです。少し実務的な話をするので、一口に請負といっても、その実態には、①商品を仕入れてほとんど手を加えずにそのまま売る売買に近いものや、②仕入れたものに手間や二手間加え、もはや原材料がなんだったかわからないような物にして報酬をもらうというような様々な請負の態様があるのです。

物上代位のポイントは、担保として価値を把握しているものが、その姿形をかえた場合に、その価値を捕まえられるというのでは担保として意味がなくなってしまうので、それを防ぐところにあります。この論点は、皆さんにその機能がどこまで認められるのかということを考えてもらうものです。物上代位の対象である報酬が本当に担保目的物（＝原材料）の価値代替物と考えられるのかという問題意識をもってもらいたいです<sup>1</sup>。価値代替物と言えないならそれに物上代位でかかっていくことはできないはずで。ちなみに、本件では、請負代金に、わざわざ内訳がつけられているところから逆算してこの論点を推測することもできます<sup>2</sup>。初学者には難しいかもしれませんが、徐々に勉強が進んでいくと、自分が問題集等で解いたことのある問題と似ているようだけど何が違うのか、今解いている問題には自分の解いたことのある問題にはなかった事実が書かれているがそれは何故なのか、そのような観点から問題にアプローチすることで、未知の論点の存在に気づくこともできるようになるでしょう。こういった思考力が現場思考と呼ばれるものです。

さて、この論点について、最高裁判所平成10年12月18日決定（民集第52巻9号2024頁）は、「動産の買主がこれを用いて請負工事を行ったことによって取得する請負代金債権は、仕事の完成のために用いられた材料や労力等に対する対価をすべて包含するものであるから、当然にはその一部が右動産の転売による代金債権に相当するものということではできない。したがって、請負工事に用いられた動産の売主は、原則として、請負人が注文者に対して有する請負代金債権に対して動産売買の先取特権に基づく物上代位権を行使することができないが、請負代金全体に占める当該動産の価額の割合や請負契約における請負人の債務の内容等に照らして請負代金債権の全部又は一部を右動産の転売による代金債権と同視するに足りる特段の事情がある場合には、右部分の請負代金債権に対して右物上代位権を行使することができると解するのが相当である。」と判示しており、

<sup>1</sup> 素朴な感覚として、担保として価値を把握しているのだから当然代位できるのでは？と感じる人も多いのではないのでしょうか。ざっくりとした理解としてはその感覚にも共感できます。しかし、一方で、特権説に近い立場からは、法が特別に認めた権利なのだから、その適用範囲は厳格に絞るべきだという逆の発想に行き着きます。この論点にはそのような問題意識があるのだということを押さえておきましょう。

<sup>2</sup> いわゆる典型事例として、自分が解いたことのある問題と何が違うのか、わざわざその事実が書かれているのは何故なのかという観点から問題にアプローチすることで、論点の存在に気づくことができるようになるでしょう。

肯定説でも否定説でもない、折衷説（原則否定説）的な立場を示しました。なお、本判例は重要判例ですから、本番は当然この判例を知っていることが大前提です。

結論的には、判例の規範を用いつつ、総額600万円のパイプ工事のうち、担保目的物であったパイプの代金500万円部分について、被担保債権相当の300万円の限度で代位できると考えるべきです（パイプ設置工事費（100万円）については担保目的物とは無関係であり価値代替物とは言にくいですし、被担保債権である300万円を超えて500万円までの回収を認めるというのも不当です）。判例の規範の構造をよく確認してください。原則だめだけれども、例外として特段の事情があればよいという論理の流れになっています。原則と例外があるものは、必ずセットで抑えましょう。そして答案には、原則、例外をきちんと示すことを意識しましょう。「今回は例外が適用されるから例外の規範だけ書いとけばいいや。」これでは答案を見た採点者は、あなたが正しい思考過程を経ているか判断することができません。

以上のように、本問は、①そもそも譲渡担保権でも代位ができるのか、②（1）できるとして、どの部分に（2）どの限度で代位ができるのかを検討し答案に示さなければなりません。なお、文言としては、「売却」でも「滅失又は損傷」にあてはめてもどちらでもよいと思います。

### 3 CはDに何が言えるか

なにもいえません。設問1は以上です。

## 第3. 設問2

### 1 基本的な考え方

問題文に数字がたくさん並ぶときは、各数字がどのような意味を持つのかしっかり考えていきましょう。さてBF間、CF間の法律関係なので、ここでは①BはFに何が言えるか②FはBに何が言えるか、③CはFに何が言えるか④FはCに何が言えるかを検討します。

### 2 BはFに何が言えるか

まずBF間の法律関係を検討します。うっかり盗品である本件鋼材を買ってしまった業者Bから、真の所有者Fに言うことは特にありませんね。答案に書くこともありません。

### 3 FはBに何が言えるか

#### （1）当事者の要望

FがBに対してクレームをつけてくるので、FからBへの請求を軸に検討を進めればよいでしょう。Fの要望は、「金よこせ。」ですね。「物よこせ。」はBが既にパイプを持っていないのでBに言っても仕方ありません。残念ながら、ないところからはとれない。これは実務でも鉄則です。

#### （2）法的主張への整理

FとBは契約関係にはありません。問題文を見ると他人物だと気づけなかったことについてBに過失があるような記載がありますが、この過失をもって不法行為だということも何か変ですね。窃盗による権利侵害をしているのはAですから、そちらにクレームをつけるならまだわかります。事務管理でもない。そうすると、不当利得が残ってきます。「困ったときの信義則。困ったときの不当利得。」とはよく言ったものです。

(参考)

第703条

法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者（以下この章において「受益者」という。）は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う。

ところで、不当利得の要件について、答案上カッコ書きで「利得」や「損害」と書いているものを見かけます。出題者の単なるこだわりなのかもしれませんが、私は、カッコ書きは条文の文言を引用している場面で使うものであり、そうである以上条文を正確に引用すべきだと考えています。条文のどこにも「利得」・「損害」と書かれていないので、よく条文を読んでないのかなと思ってしまいます。

さて、Fの請求に対して、Bは「いやいや、自分はAさんからお金を払って買ったのだからちゃんと自分のものにしました。あなたにお金を払う理由はないはずです。」と反論したいですね。不当利得の要件に寄せて説明するなら、「法律上の原因」があるという反論です。ただ、分析すると、所有者はあくまでFなのであって、Aは本件鋼材の所有権を持っていない。Bは無権利者Aと売買したわけなので、AB間の売買は、他人物売買にあたります。他人物売買は、債権的には有効ですが、これを根拠に所有権がFからBに移転することは当然ありません。他人物売買は物権的には無効といわれる所以です。そうすると、所有権を持っていない人物から買い受けたのだけれども、なんとか所有権をものにできる制度がないか、思いださなければいけません。

思い出せましたか？というわけで、今回のBの「法律上の原因」があるという反論を基礎付けるのが即時取得<sup>3</sup>です。即時取得の検討をするときは、必ずセットで186条と188条、この2つの推定規定にも言及するようにしましょう。どちらの条文でどの要件が推定されるのか、必ず答案上で言及してください。

(参考)

第192条

取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

即時取得の要件は、①目的物が動産であること<sup>4</sup>、②有効な取引行為が存在すること、③前主が占有を有し、取得者がその占有を承継取得すること、④その占有取得が平穩かつ公然に行われること、⑤取得者が前主の無権原について善意・無過失であることです。

これら④、⑤の要件のうち、無過失を「除いた」平穩・公然・善意は、民法186条によって推定されます。無過失は、民法186条によっては推定されず、現在の判例の立場によると、民法188条を根拠に推定<sup>5</sup>すると解しています。188条が無過失を推定するというのは、本来

<sup>3</sup> もともと、フランスでは即時取得は時効の仲間という位置づけから出発した制度であり、「即時時効」と呼ばれていました。

<sup>4</sup> 本問とは関係ありませんが、たまに答案で不動産の即時取得を書いている方を見かけます。二回試験で「不動産を即時取得できる。」と起案に記載し不合格になったという例が過去にあったそうです。くれぐれも気を付けてください。類推の基礎がないので、不動産について192条の類推適用の検討も筋悪です。

<sup>5</sup> なお、無過失が推定される根拠を188条に求める判例に対しては、少数説のかなり説得的な批判がありますが、答案作成にあたっては通説の立場に立っておけば大丈夫です。

は解釈して導き出さなければいけないはずですが、ここはもうそこまでの論点ではないと割り切っていていただいて結構です。

(参考)

第186条1項

占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有をするものと推定する。

第188条

占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。

【最判昭和41年6月9日民集20巻5号1011頁】

「およそ占有者が占有物の上に行使する権利はこれを適法に有するものと推定される以上 (民法188条)、譲受人たる占有取得者が右のように信ずるについては過失のないものと推定され、占有取得者自身において過失のないことを立証することを要しないものと解すべきである。……」

即時取得の基本

### ☆推定規定を指摘する☆

192条の要件

推定規定

①目的物が動産

②有効な取引行為

③前主の占有と取得者の承継取得

④平穩・公然

⑤善意

⑥無過失

← 186条1項推定

← 188条推定

186条1項

「占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有をするものと推定する。」

188条

「占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。」

検討を進めますが、問題文の記載からすると、本件鋼材が盗品であることに気づけなかったことについてBには過失があるようです。過失があるので、即時取得の要件をみたさないことがわかります。先程検討しようとした過失は、ここで使います。

以上から、Bは即時取得によって、正当に所有権を取得することはできないと結論付けられます。そうすると、Bは鋼材をCのために使い利益をあげていますが、これを保持する正当性を持たないこととなります。利得に「法律上の原因」がないといえるわけです。ただ、ここで検討をしなければいけないのは、Bの利得をいくらと考えるかです。数字が問題文の中にたくさん出ていますね。一緒に考えてみましょう。

Fの損失は、鋼材の時価相当額400万円です。これが全額Bから返ってきたら嬉しい。さて、Bにそれに対応するだけの利得があるのでしょうか。Bは300万円で安く仕入れ、600万円の

売り上げを得ています。①一つの考え方は、600万(売上) - 300万(仕入れ)で、300万円を利得とするものです。この場合は、Bは300万円の返還ですみます。Fは、400万円全額を回収することはできません。②別の考え方として、600万円(売上)を丸々Bの利益と捉えるという考え方もあるのかもしれませんが。この考え方が正しいとすれば、Fは400万円全額返ってきます。しかし、Bはそもそも仕入れで300万円支払って600万円の売上を上げているので、利益は300万円しかありません。400万円を返還したら単純計算でも100万円分の赤字がでてしまいます。これは流石に公平な解決ではないのではないかと思います。

また、本来400万円の鋼材を相場より100万円安く300万円で仕入れ、己の才覚・労力で500万円の価値のあるパイプに変えた上で、600万円の売上をあげている点はどう考えるべきでしょうか。鋼材からパイプに変えるにあたって200万円分は、自分の力で価値を付与しているわけです。Fは何も関与していません。Fの物を使わなければ、そもそも200万円の価値を付与することすら出来なかったのだから・・・と考えるのであれば、そこについても返還の対象にすると考えることもできるかもしれません。そういう公平感もありえるでしょう。一方で、そのような考え方は、何もしていないFに過度に利益を与えるものであり、行き過ぎにも思います。おそらくこの部分については様々な学説があるように思いますが、色々な考え方がありうるということだけ抑えておいて、どの部分について、どこまでを返還させるべきなのかを自分なりの公平感に基づいて検討し、結論づけられれば上位合格の答案になるでしょう。流石に細かい検討なしにざっくり、利得や損失をあてはめているのはいただけませんが、そうでなければ受験生としては十分合格水準だと思います。

#### 4 CはFに何が言えるか

次にCF間の法律関係について検討します。

CからFに言うことは特にありませんね。まずはFからCにクレームが飛んできます。

#### 5 FはCに何が言えるか

##### (1) 当事者の要望

まずは、「物を返せ」はどうでしょうか。明らかに付合が生じていますから、パイプを引きちぎっては返せない状況ですよ。この請求は立たない。では、「金返せ。」はどうでしょうか。

##### (2) 法的主張への整理

「これは不当利得だな。703条だ。」と思った方、おしい。付合が出てきたら、忘れず償金請求の可能性を頭に浮かべるようにしてください。248条に定められています。これも不当利得の一種です。今後は必ず正しい条文を引けるようにしてください。請求の根拠条文を間違えるのは印象のよくないミスです。

##### (参考)

##### 第248条

第二百四十二条から前条までの規定の適用によって損失を受けた者は、第七百三条及び第七百四条の規定に従い、その償金を請求することができる。

さて、償金請求はできるのでしょうか。不当利得の一種ということはその要件は、不当利得と同じで「法律上の原因がない」ことが必要となるはずですが。

しかし、CはBに請負をお願いして、Bの持参したパイプがまさか他人の物とは思っていないわけで、Fには「そんな事言われてもFの事情なんて知らないし、自分はBにお金を払っている。」といたいですね。

ここで、改めて即時取得がでできます。Cがパイプを即時取得していれば、法律上の原因があることになるはずですから、償金請求はできません。Fが不憫です。まだなにかできることがないか検討しましょう。パイプの元になっている鋼材は盗品です、193条の特例が使えないか気になります。回復請求です。もっとも、これは物返せです。既に検討したように、本件鋼材は建物に付合してしまっているので、やはりダメということになります。

小問2は以上です。

以 上

2021年2月28日

担当：弁護士 林 寛之

# 最優秀答案

4 第1 設問1

5 1 Dの主張

6 DはBから、本件パイプについて譲渡担保権の設定を受けている。  
7 そこで、DはCに対し、BのCに対して有する請負代金請求権（632  
8 条）に対し物上代位（304条1項）することで、300万円を自らに  
9 支払うよう請求する。

10

11 2 Cの反論

12 以下、二点の反論をする。

13 (1) まず、「先取特権」（304条1項）に、譲渡担保を含むとの明文  
14 はなく、該当しないと反論する。しかし、譲渡担保も担保である  
15 ため、304条1項の担保権者を保護する<sup>る</sup>という趣旨に合致するた  
16 め、類推適用することができる。よって、このCの反論は失当で  
17 ある。

18 (2) 次に、行使の対象は、「目的物の～によって債務者が受けるべ  
19 き金銭」（304条1項）であるが、請負はこれに含まれないと反論  
20 する。

21

22 3 判断

23 (1) 争点は、「目的物の～によって債務者が受けるべき金銭」（304  
24 条1項）に、請負が含まれるか否かである。

25 (2) この点、原則として、請負は、「目的物の～によって債務者が  
26 受けるべき金銭」（304条1項）には含まれないと解する。しか

1 し、304条1項の担保権者を保護するという趣旨から、請負契約  
2 において、「売却」(304条1項)と同視できる内容があれば、そ  
3 の範囲に限り、例外的に含むと解する。

4 (3) 本件で、BC間の請負契約の内容は、代金600万円の内、本件  
5 パイプの価格が500万円、工事費用が100万円であった。そのた  
6 め、500万円については、本件パイプの「売却」(304条1項)と  
7 同視できる契約内容であったといえる。

8 (4) よって、本件BC間の請負契約のうち、500万円の範囲に限り、  
9 「目的物の～によって債務者が受けるべき金銭」にあたる。

#### 10 11 4 結論

12 Cは、請負代金の支払は未だ完了しておらず、「払渡し」「の前」  
13 (304条1項但書)である。したがって、Dの主張は、300万円に  
14 限り、認められる。

#### 15 16 第2 設問2 FのCに対する請求

##### 17 1 Fの主張

18 Fは、以下3点の主張をする。

19 (1) まず、FはCに対し、所有権に基づく返還請求権として、本件  
20 パイプの返還を請求することが考えられる。

21 (2) 次に、FはCに対し、「付合」(242条)により、「損失」(248  
22 条、703条)を受けたとして、本件鋼材相当額400万円の費用償  
23 還請求をする。

##### 24 ア 「利益」

25 Cは、本件パイプの取付工事により、本件パイプは建物と「付合」  
26 した。そのため、本件パイプ相当額の500万円の「利益」がある。

1 イ 「損失」

2 Fは、本件鋼材 400 万円相当額を「損失」した。

3 ウ 因果関係

4 本件パイプは、本件鋼材を元に作られたもので、因果関係はある。

5 エ 「法律上の原因」がないこと

6 同じく、法律上の原因はない。

7 オ よって、上記請求の要件を満たすと主張する。

8 (3) 最後に、FはCに対し、本件パイプについて、盗品回復請求

9 (193条)をすることが考えられる。しかし、Cに「代価を弁償」

10 (194条)として、本件パイプの代金 500 万円を支払う必要があ

11 り、Fの主張として妥当ではない上、「付合」しているため不可能

12 である。

13

14 2 Cの反論

15 (1) 本件パイプは壁に埋め込まれ建物と一体化しているため、分

16 離復旧することが社会経済上不利益であるといえる。よって、本

17 件パイプは「従として付合した物」(242条)であり、Fは所有権

18 を喪失した。したがって、かかる返還請求は認められない。

19 (2) Cは、本件パイプを即時取得(192条)したため、「法律上の原

20 因」があるため、Fの請求は認められないと反論する。

21

22 3 判断

23 (1) 争点は、上記(2)において、Cの本件パイプの即時取得が成立す

24 るか否かである。

25 (2) この点、要件は、①買受の事実、②引渡を受けたことである。

26 なお、「平穩」「公然」「善意」は186条1項に、「過失がない」こ

1       とは 188 条に推定される。

2       (3)ア   本件で、BC 間の請負契約により、本件パイプを買い受けた  
3       (①)。

4       イ   また、工事の完成により、引渡しを受けた(②)。

5       ウ   なお、C は、盗難の事実を知らず、知ることもできなかった。

6       また、売主の B は専門の建築業者であるため、正当な「過失が  
7       ない」といえる。

8       (4)   よって、C は、本件パイプを即時取得したといえる。

9

#### 10   4   結論

11       したがって、C の反論が認められ、F の主張は認められない。

12

#### 13   第 3   設問 2   F の B に対する請求

##### 14   1   F の主張

15       (1)   F は B に対し、不当利得(703 条)に基づき、400 万円の返還  
16       を請求する。

17       (2)ア   B は、C から 500 万円の請負代金債権を有しており、「利益」  
18       がある。

19       イ   F は、本件鋼材を A に盗まれたため、時価 400 万円の「損失」  
20       がある。

21       ウ   本件鋼材を盗難した A から B は購入しており、利益と損失に  
22       因果関係はある。

23       エ   また、F と B の間には「法律上の原因」がない。

24       (3)   よって、請求は認められると主張する。

25

##### 26   2   B の反論

1 (1) 本件鋼材を即時取得(192条)したため、「法律上の原因」があ  
2 る。そのため、Fの請求は認められないと反論する。

3 (2) 仮に、即時取得の反論が認められなくとも、Bの「利益」は、  
4 Cの500万円の請負代金債権からAへ支払った300万円を差し  
5 引いた、200万円のみであると反論する。

6

### 7 3 判断

8 争点は、Bの、本件パイプの即時取得が成立するか否か、Bの「利  
9 益」の額はいくらかである。

#### 10 (1) 即時取得

11 ア Bの即時取得は成立するか。

12 イ 本件で、Aが本件鋼材を慌てて300万円で売却した事情、Aの  
13 態度から、Bには盗難の事実を疑うべき事情があり、本件鋼材の  
14 正当な所有権者がAではないことについて、予見可能性があった。  
15 Bは、専門の建築業者であり、窃盗の事実の存否について調査す  
16 る義務があった。その上で、Bはその調査義務に違反した。

17 ウ よって、「過失がないとき」(192条)とはいえず、Bの即時取  
18 得は認められない。

#### 19 (2) Bの「利益」

20 ア Bの「利益」をどのように考えるか。

21 イ この点、「利益」の存否については、条文通り、実際に生じた「利  
22 益」のみを、不当利得返還請求権の対象とすべきと考える。なぜ  
23 なら、仮に本件で、BがCに本件鋼材を転売せず、本件鋼材を所  
24 持していれば、Fから300万円の「代価の弁償」(194条)を受  
25 け、引き渡すことになっていたため、Bにとってプラスマイナス  
26 ゼロであった。しかし、転売したというだけで、400万円全額の

1 不当利得返還請求を認めてしまえば、請負代金債権の 500 万円か  
2 ら、A への 300 万円と当該 400 万円を差し引いた 200 万円の負担  
3 を負うことになれば、取引において不安定が生じるといえる。

4 ウ 本件で、B の「利益」は、200 万円に限られる。

5 4 よって、F の B に対する請求は、200 万円に限り、認められる。

6 以上

7

お久しぶりで、ロジックには？と思ふ部分がありますか  
でも出題者が深めようとしたら、点を深ぼってき  
いる(それが第393(2)イ)の辺り、今はそれも含めて、も、と、その  
お礼が、できるよ、自主ゼミや勉強会として下さり、  
仲介代はたくさんおつたが、頑張っていること、よ、わかりませ、  
正しい努力を今後も続けて下さり

## 最優秀答案

回答者点 TK 34点

### 第1設問1

#### 1. Dの主張

DはBから、本件パイプについて譲渡担保権の設定を受けている。そこで、DはCに対し、BのCに対して有する請負代金請求権（632条）に対し物上代位（304条1項）することで、300万円を自らに支払うよう請求する。

#### 2. Cの反論

以下、二点の反論をする。

(1)まず、「先取特権」（304条1項）に、譲渡担保を含むとの明文はなく、該当しないと反論する。しかし、譲渡担保も担保であるため、304条1項の担保権者を保護するという趣旨に合致するため、類推適用することができる。よって、このCの反論は失当である。

(2)次に、行使の対象は、「目的物の～によって債務者が受けるべき金銭」（304条1項）であるが、請負はこれに含まれないと反論する。

#### 3. 判断

(1)争点は、「目的物の～によって債務者が受けるべき金銭」（304条1項）に、請負が含まれるか否かである。

(2)この点、原則として、請負は、「目的物の～によって債務者が受けるべき金銭」（304条1項）には含まれないと解する。しかし、304条1項の担保権者を保護するという趣旨から、請負契約において、「売却」（304条1項）と同視できる内容があれば、その範囲に限り、例外的に含むと解する。

(3)本件で、BC間の請負契約の内容は、代金600万円の内、本件パイプの価格が500万円、工事費用が100万円であった。そのため、500万円については、本件パイプの「売却」（304条1項）と同視できる契約内容であったといえる。

(4)よって、本件BC間の請負契約のうち、500万円の範囲に限り、「目的物の～によって債務者が受けるべき金銭」にあたる。

#### 4. 結論

Cは、請負代金の支払は未だ完了しておらず、「払渡し」「の前」(304条1項但書)である。したがって、Dの主張は、300万円に限り、認められる。

### 第2 設問2 FのCに対する請求

#### 1. Fの主張

Fは、以下3点の主張をする。

(1)まず、FはCに対し、所有権に基づく返還請求権として、本件パイプの返還を請求することが考えられる。

(2)次に、FはCに対し、「付合」(242条)により、「損失」(248条, 703条)を受けたとして、本件鋼材相当額400万円の費用償還請求をする。

##### ア. 「利益」

Cは、本件パイプの取付工事により、本件パイプは建物と「付合」した。そのため、本件パイプ相当額の500万円の「利益」がある。

##### イ. 「損失」

Fは、本件鋼材400万円相当額を「損失」した。

##### ウ. 因果関係

本件パイプは、本件鋼材を元に作られたもので、因果関係はある。

##### エ. 「法律上の原因」がないこと

同じく、法律上の原因はない。

##### オ. よって、上記請求の要件を満たすと主張する。

(3)最後に、FはCに対し、本件パイプについて、盗品回復請求(193条)をすることが考えられる。しかし、Cに「代価を弁償」(194条)として、本件パイプの代金500万円を支払う必要があり、Fの主張として妥当ではない上、「付合」しているため不可能である。

#### 2. Cの反論

(1)本件パイプは壁に埋め込まれ建物と一体化しているため、分離復旧することが社会経済上不利益であるといえる。よって、本件パイプは「従として付合した物」(242条)であり、Fは所有権を喪失した。したがって、かかる返還請求は認められない。

(2)Cは、本件パイプを即時取得(192条)したため、「法律上の原因」が

あるため、Fの請求は認められないと反論する。

### 3. 判断

(1)争点は、上記(2)において、Cの本件パイプの即時取得が成立するか否かである。

(2)この点、要件は、①買受の事実、②引渡を受けたことである。なお、「平穩」「公然」「善意」は186条1項に、「過失がない」ことは188条に推定される。

(3)ア. 本件で、BC間の請負契約により、本件パイプを買い受けた(①)。

イ. また、工事の完成により、引渡しを受けた(②)。

ウ. なお、Cは、盗難の事実を知らず、知ることもできなかった。また、売主のBは専門の建築業者であるため、正当な「過失がない」といえる。

(4)よって、Cは、本件パイプを即時取得したといえる。

### 4. 結論

したがって、Cの反論が認められ、Fの主張は認められない。

## 第3 設問2 FのBに対する請求

### 1. Fの主張

(1)FはBに対し、不当利得(703条)に基づき、400万円の返還を請求する。

(2)ア. Bは、Cから500万円の請負代金債権を有しており、「利益」がある。

イ. Fは、本件鋼材をAに盗まれたため、時価400万円の「損失」がある。

ウ. 本件鋼材を盗難したAからBは購入しており、利益と損失に因果関係はある。

エ. また、FとBの間には「法律上の原因」がない。

(3)よって、請求は認められると主張する。

### 2. Bの反論

(1)本件鋼材を即時取得(192条)したため、「法律上の原因」がある。そのため、Fの請求は認められないと反論する。

(2)仮に、即時取得の反論が認められなくとも、Bの「利益」は、Cの500万円の請負代金債権からAへ支払った300万円を差し引いた、200万円のみであると反論する。

### 3. 判断

争点は、Bの、本件パイプの即時取得が成立するか否か、Bの「利益」の額はいくらかである。

#### (1)即時取得

ア. Bの即時取得は成立するか。

イ. 本件で、Aが本件鋼材を慌てて300万円で売却した事情、Aの態度から、Bには盗難の事実を疑うべき事情があり、本件鋼材の正当な所有権者がAではないことについて、予見可能性があった。

Bは、専門の建築業者であり、窃盗の事実の存否について調査する義務があった。その上で、Bはその調査義務に違反した。

ウ. よって、「過失がないとき」(192条)とはいえ、Bの即時取得は認められない。

#### (2)Bの「利益」

ア. Bの「利益」をどのように考えるか。

イ. この点、「利益」の存否については、条文通り、実際に生じた「利益」のみを、不当利得返還請求権の対象とすべきと考える。なぜなら、仮に本件で、BがCに本件鋼材を転売せず、本件鋼材を所持していたら、Fから300万円の「代価の弁償」(194条)を受け、引き渡すことになっていたため、Bにとってプラスマイナスゼロであった。しかし、転売したというだけで、400万円全額の不当利得返還請求を認めてしまえば、請負代金債権の500万円から、Aへの300万円と当該400万円を差し引いた200万円の負担を負うことになれば、取引において不安定が生じるといえる。

ウ. 本件で、Bの「利益」は、200万円に限られる。

4. よって、FのBに対する請求は、200万円に限り、認められる。

以 上

# 採点講評

(2021年2月28日 民法Ⅱ)

## 第1 出題の趣旨

平成22年度司法試験民法第2問を素材として、受講生の民法の基本的知識を問うことを目的としています。設問1は、譲渡担保に関する基礎的理解のもと、物上代位の成否とその対象について検討させるものです。設問2は、即時取得、回復請求、代価弁償に関する基礎的理解に基づきつつ、添付（加工及び付合）における所有権帰属ないし償金請求について論じさせ、論理的思考力と法的推理力を試すものです。

## 第2 設問1

### 1 総論

答案に書かれたこと以上のことを採点者は読み取ることはできません。自分の思考過程を取捨選択し、効率的に採点者にアピールすることがよい答案を書く秘訣です。残念ながら、出題趣旨に沿った正確な思考過程を答案に示すことができていない答案は非常に少なかったです。一方で、無駄な記載が多数あり本題にたどり着けていない答案や、法律の正確な理解に疑問を持たせる答案が多かったように思います。

### 2 譲渡担保権の物上代位

そもそも、物上代位の論点に気づくことの出来ていない答案が多数でした。きちんと論点に言及するだけで差がついてしまったと言えます。

また、報酬債権に対する物上代位の論点について、判例を知らないために正確な論述が全く出来ていないという答案も目立ちました。一方で、判例の規範を覚えていなくとも、問題の所在や趣旨から丁寧な論述を行っている答案については、高評価をあたえました。

論点に対する正確なあてはめまで行き着いていない答案が多数だったので、復習をきちんと行ってください。

## 第3 設問2

### 1 FはBに何が言えるか

不法行為を検討している答案がありましたが、採点実感で述べたように不法行為を基礎づけられるほどの過失は認められないように思われます。

即時取得の要件論（推定規定への言及）を省いている答案が多数でしたが、本来であれば言及してもらいたいと出題者としては考えています。本問においては、過失の要件で即時取得が不成立になるので、あえて検討しないという判断だと思われませんが、必ず答案上で言及する癖をつけるのが前提です。

条文にあてはめるといふ思考のない答案が多数でした。不当利得の損失に関するあてはめで思考力を見せてほしかったのですが、そこに至るまで細かく要件へのあてはめをしているか差がついてしまったように思います。

## 2 FはCに何が言えるか

償金請求に気づけていない答案が圧倒的多数でした，講義でも述べましたが，付合と償金請求はセットでおさえるべきです。

以 上

# 司法試験予備試験答案練習会 2021年2月28日分 得点分布表

## 民法Ⅱ

出席者 26名 平均点 14.5点

分布	人数
0	2
1~5	5
6~10	4
11~15	5
16~20	1
21~25	5
26~30	2
31~35	2
36~40	0
41~45	0
46~50	0

