

論文式試験問題集
[民法・物権法、担保物権法]

〔民法・物権法、担保物権法〕

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事実】

1 Aは、海外の輸出業者から特定の商品を買い付けて、日本国内で販売する輸入業者である。Aが輸入した商品は、船舶により海外から日本へ輸送され、Aの委託を受けた海運業者（荷送人・荷受人に代わり、輸出入の際の商品の搬入等を専門的に引き受ける業者をいう。）Bが受領・保管することになっている。また、Aが輸入した商品を転売する際には、その商品は、BもしくはBの委託を受けた運送業者によって、直接買主の指定先まで運ばれることになっている。この間、Aは、輸入した商品を直接占有することはなく、Bを介して間接的に占有していた。

なお、輸入取引においては、輸入業者から委託を受けた海運業者によって輸入商品等の受領等が行われ、輸入業者が目的物を直接占有することなく転売を行うことが一般的であった。

2 Aは、銀行Cとの間で、令和5年9月、信用状取引に係る基本約定等（以下「本件約定」という。）を締結した。これにより、①Aが海外の輸出業者に支払うべき売買代金をCが代わりに支払うこと、②①のとおり支払いが行われた場合には、CはAに対して償還債務履行請求権を取得すること、③②の請求権を被担保債権としてAが輸入した商品に譲渡担保を設定すること、④輸入した商品の引渡しは、AとBとの間の間接占有関係は維持したままで、占有改定の方法により行うこと、⑤Cが譲渡担保権を保持したまま、Aに対して輸入した商品の処分権限を付与する（これを「貸渡し」という。信用状取引の実務においては一般的に行われるものである。）ことになった。

なお、海運業者は、一般的に、上記③や④と同様に、金融機関が譲渡担保権者として当該商品の引渡しを占有改定の方法により受けることとされていることを当然の前提として、輸入業者から当該商品の受領等の委託を受け、当該商品を受領するなどしている。Bも、AとCが本件約定を締結していることを当然の前提としていた。

3 令和6年8月24日、Aは、海外の輸出業者Dから高級家具（以下「甲」という。）を代金300万円で買い付けた。船舶により輸送されてきた甲は、同年9月24日、Bによって受領され、現在まで保管されている。Cは、本件約定に従い、同日Dに300万円を支払った。これにより、Cは、Aに対する300万円の償還債務履行請求権（以下「本件債権」という。）とともに、これを被担保債権として甲を目的物とする譲渡担保権（以下「本件譲渡担保権」という。）を取得した。そして、Cは、Aから、同日、AがBを介して間接的に占有している甲について、占有改定の方法により引渡しを受けた。

4 Bの従業員であるEは、令和6年10月3日、何ら権限がないにもかかわらず勝手に保管場所から甲を持ち出して、以前から甲を欲しがっていた友人のFに対して代金400万円で売却した。Fは、Eに対して、同日、代金400万円を支払った。もともと、Fは、直ちに甲を受け取ることができなかったため、同日、Eから、占有改定の方法により甲の引渡しを受けた。このとき、Fは、真実Eが甲の所有者であると信じており、特にEが甲の所有者ではないと疑うに足りる事情はなかった。

同月23日、Fは、Eから現実に甲の引渡しを受けることになった。EがトラックでFのもとに甲を運んできたとき、甲は、ダンボールによって嚴重に梱包されていて、そのダンボールにはAが所有していることを示すラベルが貼付されていた。Fは、これらの事実気付いたものの、甲は自分のものだという友人Eの言葉に間違いはないと考えて、そのままEから現実に甲の引渡しを受けた。

〔設問1〕

Cは、Fに対して、甲の返還を求めることができるか。Cの請求の根拠を明らかにした上で、Fから主張が想定される反論に触れつつ、論じなさい。なお、Fの反論について触れる際には、まずその要件を明らかにした上で、主張立証責任の所在についても論じなさい。

【設問2】

事実4とは異なり、甲をFに売却したのは、Aであったとする。

Aは、Fに対して、令和6年10月3日、甲を代金400万円で売却した。これにより、本件約定の⑤に従い、甲の所有権は適法にFに移転した。しかし、Aによるその売買代金400万円の回収は、未だ未了となっていた。

そうしたところ、経営状態が悪化していたAは、同年12月20日に破産手続開始の申立てをするに至った。その結果、Aは、AのCに対する償還債務について期限の利益を喪失した。そこで、Cは、管轄裁判所であるG地方裁判所に対し、本件債権を被担保債権とし、本件譲渡担保権に基づく物上代位の行使として、未だ回収されていなかったAのFに対する400万円の売買代金支払請求権の差押えの申立て（以下「本件申立て」という。）をした。

G地方裁判所が本件申立てを認めて本件譲渡担保権に基づく物上代位として債権差押命令を発したところ、Aの破産管財人であるHは、これを不服として、同命令の取消しを求めて執行抗告をした。

以上を前提として、以下の問いに答えなさい。

Hは、執行抗告の理由として、以下の2つを主張している。Hの各主張が認められるか否かについて、あなた自身の見解を論じなさい。

なお、Hの(2)の主張が認められるか否かについて論じる際には、「破産手続開始前に対抗要件を具備していない動産譲渡担保権は、破産手続開始後にその権利を行使することができなくなる。」という理解を前提としなさい。

- (1) 譲渡担保権の法律構成を考慮すると、そもそも動産譲渡担保権に基づく物上代位権の行使自体が認められない。
- (2) 仮に動産譲渡担保権に基づく物上代位権の行使自体は認められるとしても、Aは、甲を直接占有していたわけではなく、Bを介して間接的に占有していたにすぎないから、AとCの間で占有改定の方法により甲を引き渡す旨の合意がなされたとしても、それは有効な占有改定の方法による引渡しとはいえない。

したがって、Cは、破産手続開始前に、本件譲渡担保権につき「引渡し」（民法178条）という対抗要件を具備していないから、本件譲渡担保権に基づく物上代位権の行使は許されない。

参考答案

[民法・物権法、担保物権法]

第1 設問1

1 Cの請求

Cは、甲を占有するFに対して、所有権に基づき甲の返還を請求することが考えられる。もっとも、Cは、Dから甲を買ったわけではなく、本件約定に基づきAから甲について譲渡担保の設定を受けただけにすぎない。Cの請求は可能か。

譲渡担保は、債権担保という目的達成のために必要な限度において対象物の所有権を移転するものとする。譲渡担保権者が自らの意思で所有権を譲り受ける形式を選択して外部に公示する以上、所有権が移転すると考えるべきであるが、債権担保という目的以上に譲渡担保権者を利する必要はないからである。

したがって、本件約定に基づきAから甲について譲渡担保の設定を受けたCは、債権担保という目的達成のために必要な限度において、甲の所有権を取得したことになる。よって、Cは、所有権に基づいて甲の返還を請求することができる。

2 Fの反論

(1) Fは、無権利者Eから甲を買ったことにより甲を即時取得（民法（以下法名省略）192条）したので、Cは甲の所有権を喪失し、Cの請求は認められないと反論することが考えられる。

即時取得の要件は、①取引行為によって、②平穩かつ公然と、③動産の占有を始めたこと（③に基づく引渡し）、④善意、⑤無過失の5つである。もっとも、186条1項により④及び⑤が、

188条により④が推定されるため、即時取得を主張する者は、⑦と⑧のみを主張立証すればよい。

したがって、Fは、Eから甲を400万円で買い受け、それに基づき甲の引渡しを受けたことを主張立証すべきである。

(2) Fは、甲について、Eから、i平成30年10月3日には占有改定による引渡しを、ii同月23日には現実の引渡しを受けている。Fは、iの時点では真実Eが甲の所有者であると信じており特に疑うような事情もなかったが、iiの時点では甲を梱包していたダンボールにA所有を示すラベルが貼付されていた事実が気付いている。そこで、各時点において即時取得が成立するか検討する。

ア iの時点

占有改定による引渡しでは即時取得は成立しないと考える。即時取得の成立のためには一般外観上従来の占有状態に変更を生じるような占有を取得することが必要であるところ、占有改定による引渡しでは現実に動産を所持する者は変わらないため、一般外観上従来の占有状態に変更が生じないからである。

したがって、iの時点では、占有改定による甲の引渡しは⑦の要件に該当しないため、即時取得は成立しない。

イ iiの時点

即時取得における過失とは、取引の相手方がその動産の権利者であると信じたことについて過失があることをいう。

本件では、Fは、iiの時点では甲を梱包していたダンボールにAが所有していることを示すラベルが貼付されていた事実が気が付いている。そうすると、Fは、真実Eが甲の所有者であるかにつき疑問を持ち、EやAに確認すべきであったといえる。しかし、その確認を怠った以上、Fは、Eが甲の所有者であると信じたことにつき過失があるといえる。

したがって、iiの時点では、Fに過失が認められるので、即時取得は成立しない。

(3) よって、Fの反論は認められない。

3 結論

以上により、CはFに対して甲の返還を求めることができる。

第2 設問2

1 主張(1)について

譲渡担保は対象物の所有権を移転するものであり、対抗要件を具備することができる。そうすると、譲渡担保設定者が第三者に対象物を譲渡しても、譲渡担保権者が対抗要件を具備しておけば、第三者に対して返還を求めることができるから、譲渡担保権に基づく物上代位を認める必要はないとも考えられる。

しかし、動産譲渡担保の場合、①即時取得が成立する場合や②譲渡担保権者が譲渡担保設定者に対象物である動産の処分権限を与えている場合、譲渡担保設定者が対象物を第三者に譲渡することにより第三者が有効に対象物の所有権を取得するため、

譲渡担保権者は第三者に対して対象物の返還を求めることができない。これらの場合に譲渡担保権に基づく物上代位を否定すると譲渡担保権者に著しい不利益が生じるため、少なくとも動産譲渡担保において①、②の事情がある場合には、譲渡担保権に基づく物上代位を認めるべきである。

本件では、CはAに対して本件約定に基づいて甲の処分権限を与えているので、前述②の事情がある。したがって、動産譲渡担保権に基づく物上代位が認められる。

以上により、Hの(1)の主張は認められない。

2 主張(2)について

Aは、甲を直接占有せずBを介して間接的に占有していただけにすぎない。このような間接占有者AからのCに対する占有改定による甲の引渡しは、有効な占有改定による引渡しといえるか。

「自己の占有物」(183条)の意義が問題となる。

「自己の占有物」とは、直接占有している物に限られず、第三者を介して間接的に占有している物も含まれると考える。183条の文言上直接占有に限られるとの制約はなく、占有権は代理(間接)占有によっても取得できる(181条)ため、「自己の占有物」が直接占有している物に限られるとはいえないからである。

したがって、間接占有者AからのCに対する占有改定による甲の引渡しは、有効な占有改定による引渡しといえる。

以上により、Hの(2)の主張は認められない。 以上

予備試験答案練習会（民法・物権法、担保物権法）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(20)		
CのFに対する甲の返還請求の根拠について論じていること		2	
譲渡担保の法律構成について論じていること		4	
あてはめ		2	
Fの反論として即時取得(民法192条)を指摘していること		2	
即時取得の要件を正確に挙げていること		2	
即時取得の主張立証責任の所在(民法186条1項, 188条)について論じていること		2	
占有改定の方法により即時取得の要件(占有を開始したこと)を充たすかについて論じていること		3	
即時取得の無過失の要件について論じていること		3	
〔設問2〕 小問(1)	(10)		
動産譲渡担保権に基づく物上代位の可否について論じていること		5	
動産譲渡担保権に基づく物上代位の可否を論じる際に譲渡担保の法律構成から検討していること		5	
〔設問2〕 小問(2)	(10)		
Aが甲を直接占有せずにBを介して間接的に占有していることを指摘していること		2	
間接占有者AからのCに対する占有改定による甲の引渡しの有効性について論じていること		2	
「自己の占有物」(民法183条)の解釈を論じて結論を導いていること または 本問の事実関係の分析から結論を導いていること		6	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

民法・物権法、担保物権法 解説レジュメ

第1. 総論

本問は、最決平成29.5.10民集71巻5号789頁の事案を題材として、譲渡担保の法律構成並びに即時取得の要件及びその主張立証責任の所在（設問1）、動産譲渡担保権に基づく物上代位の可否及び間接占有者による占有改定の可否（設問2）を問う問題である。また、本問は、全体にわたって、占有改定という特殊な動産の引渡し方法について検討させる問題となっている。

譲渡担保は、判例法理によってその具体的な内容が形成されている非典型担保であるが、その法律構成は必ずしも明らかではなく、学説上も争いがあるところである。それゆえ、受験生の論理的思考力を試すにはうってつけの論点であり、自分が拠って立つ構成に従って、整合的に論述することが要求される。予備試験の論文式試験においても出題されたことがある論点であるから、十分に理解しておく必要がある。

本問は、民法の勉強が進んでいない受講生にはかなり難しかったかもしれない。しかし、条文の文言やその趣旨、譲渡担保の法律構成といった基本に立ち返り、一つずつ論理を積み上げていけば、必ず解答にたどり着けるはずである。予備試験を含め、司法試験は、パターン化された論証を吐き出すのではなく、その場で思考することを受験生に要求している。受講生の皆さんに論理的思考力を身に付けていただきたく、本問を出題した次第である。

第2. 民法答案の書き方

民法の答案を書くに当たっては、一定の思考の「型」がある。それを順番通りにまとめると、以下のとおりとなる。

◆民法の思考の「型」

1 当事者の実現したいこと

当事者の立場に立って、その当事者が何を実現したいのか考える。

2 法律効果

当事者が実現したいことを叶えるには、どのような法律効果（訴訟物、抗弁、再抗弁…）が発生すればよいか考える。

選択し得る法律効果が複数ある場合には、①効果の程度及び②主張立証の難易度の観点から、より法律効果が強く、主張立証しやすいものを選ぶ。

3 法律要件

その法律効果を発生させるためには、どのような法律要件が備わればよいか考える。必要に応じて、法律要件の意義を解釈によって示す。

4 要件事実（主要事実）

その要件に該当する事実（要件事実）が問題文中に存在するか考える。該当する（しそうな）事実があれば、なぜ当該事実が法律要件に該当する事実なのか、該当する理由（＝評価）を示して当てはめる。

第3. 設問1

1 出題の趣旨

設問1は、まず、甲につきAから譲渡担保の設定を受けたCが、何ら契約関係にないFに対して、どのような根拠に基づいて甲の返還を請求することができるのかを問うている。その際には、譲渡担保の法律構成に立ち返って考える必要がある。後述のとおり、譲渡担保の法律構成には、所有権的構成と担保権的構成という、大きく分けて2つの構成がある。自分がどちらの構成に立つかを明示した上で、CのFに対する請求の根拠を論じることが要求される。

次に、CがFに対して甲の返還を請求することができる場合のFの反論として、即時取得（民法192条）を指摘し、その要件及び主張立証責任の所在にも触れつつ、本問において即時取得が成立するかどうかを問うている。解答にあたっては、EからFに対して2つの時点において異なる方法による甲の引渡し（占有改定による引渡しと現実の引渡し）があったことを指摘し、占有改定による引渡しによって即時取得が成立するか、即時取得における善意無過失の判断基準時に留意しつつFが無過失といえるかについて論じることが要求される。

2 解説

(1) 譲渡担保の法律構成

ア 学説

譲渡担保の法律構成については、以下のとおり、学説上大きく分けて2つの構成がある。

⑦ 所有権的構成

これは、目的物の所有権を移転するという形式を重視して、譲渡担保の設定により目的物の所有権が譲渡担保権者に完全に移転するという構成である。

もっとも、この構成も、所有権移転が債権担保の目的でされていることを無視するわけではない。譲渡担保権者は、移転を受けた所有権を債権担保の目的を超えて行使しないという債権的な拘束を受けると考える。

⑧ 担保権的構成

これは、譲渡担保が債権担保を目的としているにすぎないことを重視して、譲渡担保の設定により譲渡担保権者には担保権が帰属し、設定者には所有権が残るという考え方である。

担保権的構成に分類される考え方の中には、設定者留保権説という考え方もある。これは、譲渡担保の設定により目的物の所有権が譲渡担保権者に移転するが、それは債権担保の目的に応じた部分に限られ、残りは譲渡担保設定者に留保されているという考え方である。

イ 判例

判例は、譲渡担保の法律構成について、「譲渡担保は、債権担保のために目的物件の所有権を移転するものであるが、右所有権移転の効力は債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められる。」という考え方を採用している（最判昭和57年9月28日判時1062号81頁）。このような考え方は、その後の最高裁判決でも維持されるおり、判例法理として確立したものと評価されている。

判例は、譲渡担保の設定により、目的物件の所有権は譲渡担保権者に移転するが、それは債権担保の目的を達成するのに必要な範囲にとどまり、なお譲渡担保設定者に一定の物権が残存しているという考え方を採用しているものと考えられる。この考え方は、

前述の設定者留保権説と類似するものといえる。

ウ 本問への当てはめ

譲渡担保の法律構成として、所有権的構成や担保権的構成のうち設定者留保権説を採用する場合には、CのFに対する甲の返還請求の根拠は所有権に基づくものと説明することになる。

一方、担保権的構成を採用する場合には、CのFに対する甲の返還請求の根拠を説明するには工夫が必要になる。まず、譲渡担保権者Cの譲渡担保設定者Aに対する目的物件の適切な維持保存の請求権という債権を保全するために、AのFに対する甲の所有権に基づく返還請求権を代位行使する（民法423条）という説明が考えられる。また、抵当権に基づく妨害排除請求を認めた判例（最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁）の考え方を参考に、抵当権と譲渡担保権の類似性を指摘して、譲渡担保権に基づく妨害排除請求権を根拠とするという説明が考えられる。

(2) 即時取得の要件及び主張立証責任の所在

即時取得の要件は、㉞取引行為によって、㉠平穩かつ公然と、㉡動産の占有を始めたこと（㉡に基づく引渡し）、㉢善意、㉣無過失の5つである。もっとも、民法186条1項により㉠及び㉢が、民法188条により㉣が推定されるため、即時取得を主張する者は、㉡と㉡のみを主張立証すればよい。

(3) 占有改定による即時取得の成否

ア 判例

判例は、占有改定による占有取得では、即時取得の成立要件である㉢は充たされないと考える。その理由として、判例は、即時取得の成立には無権利者からの譲受人が「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずる」ような占有を取得することが必要であるが、占有改定の方法による占有取得では、一般外観上従来の占有状態に変更が生じない、ということを挙げている（最判昭和35年2月11日民集14巻2号168頁）。

イ 学説

学説には、前述の判例法理に異論を唱える見解として、占有改定による即時取得を一般的に認める見解と、占有改定による即時取得を限定的に認める見解がある。

後者は、占有改定によっても即時取得の成立要件である㉢は充たされるが、その取得は現実の引渡しを受けるまで確定しない、それまでは原権利者が物を取り戻すことができるとする見解である。

判例法理とこれら2つ見解との違いは、無権利者からの譲受人が占有改定の時点では善意無過失であったが、後に現実の引渡しを受けた時点では悪意または有過失であった場合に生じる。後述のとおり、即時取得の善意無過失の判断基準時は、取引行為の時点ではなく、占有取得時（すなわち引渡し時）と考えられている。判例法理によれば、現実の引渡しに善意無過失かどうかは問題となるが、これら2つの見解によれば、占有改定時に善意無過失かどうかは問題となる。

ウ 本問への当てはめ

本問では、Fは、占有改定時には真実Eが甲の所有者であると信じており特に疑うような事情もなかったが、現実の引渡し時には甲を梱包していたダンボールにA所有を示すラベルが貼付されていた事実が気が付いており、後述のとおりEが甲の所有者であると信じたことにつき過失が認められる。

この場合、判例法理によれば即時取得は成立しないということになる。一方、占有改定による即時取得を一般的に認める見解によれば、占有改定時にFは善意無過失なのであるから、即時取得が成立するということになる。また、占有改定による即時取得を限

定的に認める見解によれば、占有改定時にFは善意無過失であり、後に甲について現実の引渡しを受けているから、即時取得が確定するということになる。

(4) 即時取得の善意無過失の判断基準時

即時取得における善意とは、前主の権利を信じたことをいう。また、即時取得における無過失とは、前主の権利を信じたことについて過失がなかったことをいう。この点、過失とは注意義務違反を意味する。譲受人が無過失かどうか判断する際には、注意義務が認められるか、認められるとして注意義務の懈怠が認められるかという、2つに分けて検討することが一般的である。以下では、占有改定による即時取得の成否につき、判例法理に従って説明する。

本問では、Fは、占有改定時には真実Eが甲の所有者であると信じており特に疑うような事情もなかったが、現実の引渡し時には甲を梱包していたダンボールにA所有を示すラベルが貼付されていた事実が気が付いている。そうすると、Fは、真実Eが甲の所有者であるかにつき疑問を持ち、EやAを確認すべきであったといえる。しかし、その確認を怠った以上、Fは、Eが甲の所有者であると信じたことにつき過失があるといえる。

第4. 設問2

1 小問(1)

(1) 出題の趣旨

本問は、動産譲渡担保権に基づく物上代位自体が認められないとの破産管財人Hの主張の当否について論じることを求めている。判例は、動産譲渡担保権に基づく物上代位の行使を認めている（最決平成11年5月17日民集53巻5号863頁）が、その根拠については必ずしも明らかではない。譲渡担保の法律構成に立ち返って、動産譲渡担保権に基づく物上代位が認められるかどうか検討することが求められる。担保権的構成を採用するならば、動産譲渡担保権に基づく物上代位が認められることは説明しやすいであろう。一方、所有権的構成を採用するならば、動産譲渡担保権に基づく物上代位の行使を認める必要があるのか、詳細に検討することが求められる。

なお、本問の解答にあたっては、設問1との整合性に注意しなければならない。譲渡担保の法律構成について、解答のしやすさを考慮して設問1で所有権的構成を採りつつ設問2(1)では担保権的構成を採るといった、場当たりの論述は控えるべきである。

(2) 解説（動産譲渡担保権に基づく物上代位の可否）

譲渡担保の目的物件が譲渡担保設定者により第三者に売却された場合、譲渡担保権者は、その売買代金債権について、譲渡担保権に基づく物上代位によって差し押さえることができるか。

ア 学説

① 所有権的構成

所有権的構成によれば、目的物件が譲渡担保設定者によって売却されても、譲渡担保の追及力がある場合（不動産の譲渡担保について所有権移転の登記が具備されている場合や動産の譲渡担保について第三者の即時取得が否定される場合など。）には、譲渡担保権者は、所有権に基づき、当該第三者に対して目的物件の返還を請求することができる。したがって、譲渡担保の追及力がある場合には、物上代位を認める必要性がないと考えられている。

一方、譲渡担保の追及力がない場合（不動産の譲渡担保について所有権移転の登記が具備されていない場合や動産の譲渡担保について第三者の即時取得が肯定される

場合に加えて、本問の事案のように、譲渡担保権者が譲渡担保設定者に対して目的物件の処分権限を与えている場合も含まれる。)には、所有権に基づき、第三者に対して目的物件の返還を請求することができないから、物上代位を認める必要性があるということになる。

① 担保権的構成

担保権的構成によれば、譲渡担保は債権担保を目的としているのだから、譲渡担保に民法304条を類推適用し、物上代位が認められると考えられる。

もっとも、担保権的構成のうちの設定者留保権説は、次のような場合を想定して、動産譲渡担保権に基づく物上代位を否定する。

すなわち、AがBからある動産を購入し、占有改定による引渡しを受けていたところ、Bが当該動産をCに二重譲渡してCが即時取得によりその所有権を取得したという場合、AはBに対して売買契約の債務不履行ないし自己の所有権を失わせた不法行為として損害賠償を請求しうることとどまるのであり、BのCに対する売買代金債権につきAに優先権が認められるわけではない。それなのに、仮に譲渡担保権者Aに物上代位が認められるとすると、Aは、譲渡担保設定者Bの第三者Cに対する売買代金債権から優先的に被担保債権を回収することができ、譲渡担保権者に所有権者以上の権利を認めることになる。しかし、譲渡担保権者はあくまで所有権を取得する旨の合意をしているのだから、実質的には担保であったとしても、当事者が選んだ法形式以上の権利を認める必要はない。

イ 判例

判例は、本問と同様の事案において、動産譲渡担保権に基づく物上代位を認めている(最判平成11年5月17日民集53巻5号863頁、最判平成29年5月10日民集71巻5号789頁)。もっとも、これらの判例の判断は、事例判断であり、動産譲渡担保権に基づく物上代位を認める一般論については触れられていない。

ウ 本問への当てはめ

所有権的構成を採るならば、Cの甲に対する追及力が否定されることを指摘して、動産譲渡担保権に基づく物上代位を認める必要性があると論じることになる。

担保権的構成を採るならば、債権担保の目的を重視して民法304条が類推適用されると論じればよい。

担保権的構成のうちの設定者留保権説を採る場合には、前述のような事例を挙げて、動産譲渡担保権に基づく物上代位を認める必要性がない理由を論じることになる。

2 小問(2)

(1) 出題の趣旨

本問は、Aは、甲を直接占有していたわけではなく、Bを介して間接的に占有していたにすぎないから、AとCの間で占有改定の方法により甲を引き渡す旨の合意がなされたとしても、それは有効な占有改定の方法による引渡しとはいえないという破産管財人Hの主張の当否について論じることが求められる。

この点について、判例(最決平成29年5月10日民集71巻5号789頁)は、本問と同様の事実関係において、「輸入業者が当該商品を直接占有したことがなくても、銀行は、輸入業者から、占有改定の方法により当該商品の引渡しを受けたものといえる」旨判示し、間接占有者による占有改定の方法による引渡しは認められると判断した。

もっとも、同判例は、「以上の事実関係の下においては」という限定を付けた事例判断であり、どのような場合に間接占有者による占有改定の方法による引渡し認められるかにつ

いて一般論を明らかにしたものではない。それゆえ、解答のアプローチとしては、以下の2つが考えられる。

1つ目は、間接占有者による占有改定の方法による引渡しが認められるかという点について、「自己の占有物」という民法183条の文言解釈として論じるというものである。

2つ目は、本問の事実関係を詳細に分析して、AのCに対する引渡しは直接占有者による占有改定の方法による引渡しと同視できるといったものである。

どちらのアプローチを採るにせよ、問題点を正確に分析しつつ説得的に論じることが要求される。

(2) 解説

ア 間接占有者による占有改定の方法による引渡しの可否

学説には、間接占有者による占有改定の方法による引渡しの可否について、肯定説と否定説がある。もっとも、否定説は、「占有改定は直接占有者が占有を本人に移転する方法である」という以外には、特に理由を示していない。

肯定説を採るならば、次のように理由を説明することになる。すなわち、183条の文言上直接占有に限られるとの制約はなく、占有権は代理占有によっても取得できる(民法181条)ことからすれば、占有改定についての条文である民法183条の「自己の占有物」が、直接占有する物に限定されるとは当然には解されない。

イ 判例の決定要旨

銀行と輸入業者との間においては、輸入業者から委託を受けた海運貨物取扱業者によって輸入商品の受領等が行われ、輸入業者が目的物を直接占有することなく転売を行うことが一般的であったという輸入取引の実情の下、銀行と輸入業者との間で輸入商品に譲渡担保を設定するに当たり、銀行が輸入業者に対し当該商品の貸渡しを行ってその受領等の権限を与える旨の合意がされていた。

海運貨物取扱業者は、銀行が譲渡担保権者として当該商品の引渡しを占有改定の方法により受けることとされていることを当然の前提として、輸入業者から当該商品の受領等の委託を受け、当該商品を受領するなどした。

以上の事情の下では、輸入業者が当該商品を直接占有したことがなくても、銀行は、輸入業者から占有改定の方法により当該商品の引渡しを受けたものといえる。

ウ 本問への当てはめ

前述のとおり、解答のアプローチとしては、以下の2つが考えられる。

1つ目は、間接占有者による占有改定の方法による引渡しが認められるかという点について、「自己の占有物」という民法183条の文言解釈として論じるというものである。受験生としては、このアプローチを採る方が無難であろう。

2つ目は、本問の事実関係を詳細に分析して、AのCに対する引渡しは直接占有者による占有改定の方法による引渡しと同視できるといったものである。

【参考文献等】

1. 松井宏興著「担保物権法(補訂第2版)」成文堂 2019/4/1
2. 道垣内弘人著「担保物権法(第4版)」有斐閣 2017/6/1
3. 佐久間毅著「民法の基礎2 物権(第3犯)」有斐閣 2023/3/30
4. 最決平成11年5月17日民集53巻5号863頁
5. 最決平成29年5月10日民集71巻5号789頁

以上

最優秀答案

回答者: Y.K. 40点

表

試験科目	試験地
民法	明治大学

民法
1
頁

第1 設問) (1) ついて

1 CはFに対し、所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求を主張せよと主張するが、認められるか。

2 (1) 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
3 甲の
4 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
5 甲の
6 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
7 甲の
8 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
9 甲の
10 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
11 甲の
12 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
13 甲の
14 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
15 甲の
16 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
17 甲の
18 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
19 甲の
20 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する
21 甲の
22 甲所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張する

↑ CはAとの間でAから輸入した商品に譲渡担保を設定するとして本件約定において定められている。譲渡担保は債権者に属する

4 所有権を債権者に譲渡し、債権が弁済されたらその権利は返還者に戻ると、債権不履行の場合には債権者に権利が帰属するというものである。このとき、所有権移転の形式を重視し、譲渡担保の法的構成を所有権の構成と解する。

5 本件では、Cは甲に関して本件譲渡担保を取得しており、上記の如く譲渡担保の法的構成を所有権の構成と解するとして、Cは甲を所有しているとみる(①充足)。また、Fは甲から現実には甲の引渡しを受けており、Fは甲を占有しているとみる(②充足)。

6 上記のとおり、CはFに対し、上記請求を主張するとして主張する。

7 (2) 甲に対してFは即時取得(民法(以下略)192条)を主張するとして主張する。即時取得は

8 ①動産 ②取引行為による取得
9 ③無権利者又は無権限者からの取得 ④善意・公然・無過失
10 ⑤占有の取得等と要件を要する。

11 甲は高級家具であり、動産である(①充足)。

1 FはBから甲を代金400万円で購入しており、甲は売却先Bに代金
200万円を支払った上で甲を返却した（2）である。

3 FはBから甲を返却した上でBは甲を権限なくBの所有に引き渡し、甲を
4 保管場所から甲を取り出してFに売却してFは、無権限者Pの取
5 得である（3）である。

6 公平・公理・善悪・無過失は推定される（186条1項、188条）^①。また
7 善意は不要である。この点、甲は善意に占有しており、甲は
8 乙がAから所有していることを知らず、善意と認められる
9 の場合の問題である。

10 (P) 即時取得における善意とは、前主が無権限者でありこれを知らず
11 善意に占有し、権利者であることと知らず善意に占有する場合も
12 含む。また、買値
13 取引の安全を図るという即時取得の制度趣意から、取得時の善意
14 要件を問題とすべきではなく、取得時に善意であったことが
15 足りる。

16 (1) 本件についてみると、Fは令和6年10月3日に所有改定の際により甲の引渡し
17 を受けており、前主Cは即時取得の趣意から占有状態に変更を
18 図る占有改定は一般取引の安全を図るため、占有を返却し
19 ないとする。この
20 ことから、令和6年10月23日にFはBから甲の引渡しを受けた
21 こと、この時点で取得時となり善意を判断する。この時点でFはA所有を
22 知らず、甲は善意に占有している。甲は善意に占有している
23 ことと認められる。甲は善意に占有している。甲は善意に占有している。
24 甲は善意に占有している。甲は善意に占有している。甲は善意に占有している。
25 甲は善意に占有している。甲は善意に占有している。甲は善意に占有している。
26 甲は善意に占有している。甲は善意に占有している。甲は善意に占有している。

45 権利者であることと疑っていることも不合理ではない。

46 (ウ)以上から、善平穩・公然善意・無過失に認められる(④充足)。

47 才令和6年10月23日に「子良から甲の現金の返却を求めたが、右金を受け付けた
48 こと(⑤充足)。

49 (3) したがってFの即時取付が認められる。

50 2人から、CはFに対して上記権利を有すると認められる。

51 第2 疑問 2 つについて

52 / (1) について

53 ~~物上代位は担保物権に認められるものである(304条、350条、372条)。~~

54 このことから、後渡担保を所有権的構成と解すると、~~付保と強迫的~~
55 12重直後渡担保権に基づく物上代位は認められるという考えも思える。

56 しかし、第1の / (1) について前記したように後渡担保は所有権の移転
57 の形式がある担保としての後渡担保について述べたところ、所有権移
58 転の形式(権利担保としての側面)も有している。このように担保としての
59 側面も有することから、後渡担保権に基づく物上代位は認められる。
60

61 2 (2) について

62 (1) 占有改定とは、代理人が自己の占有物を以後本人のために占有する
63 意思を改定することによりなされた返却をいう(183条)。また、96条に
64 対して主たる規定が定められている。

65 (2) 本件 ~~から~~ みてみると、輸入業者Aにおいては、輸入業者から委託
66 を受けた海運業者Bに対して輸入商品の受取手続を行う中、輸入業者が
目的物を直接占有するべく転売を行うことについて一般的であった。また、Bが

民法
3
頁



7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38

Aが輸入した商品と直接占有するとのBを介して間接的に占有してゐると
 (子輸入取引)の下、一般的であつた。海運業者は一般に(企業破産)関
 連の債権の保権者として当該商品の引渡を占有改定の方法によつて受
 けてゐるとして当然の前提としており、BもAとCとの本件約定を承認
 してゐるとして当然の前提としてゐる。この事情からAは甲と直接占有してゐ
~~ることも代理人であるAが~~と183条、176条の規定からあつて、Aは甲と
 直接占有してゐることも代理人であるBがCのために占有^{する}を~~する~~を反
 示してゐる。占有改定が認めらる。

(3) として、178条の引渡しには占有改定も含まれ~~る~~、令和
 6年12月20日にAは破産手続開始申立てをしてゐるが、これより前
 の令和~~6~~6年9月24日に~~甲~~^{Cは}甲と占有改定の~~に~~によつて引渡しを受
 けてゐるとして、破産手続開始前(対抗要件)を具備してゐると
 いう。

3以上から1の主張は認めらる。

以上

最優秀答案

回答者 Y.K. 40点

第1 設問1について

1. CはFに対し、所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求をすることが考えられるが、認められるか。

(1) ア 所有権に基づく返還請求権としての甲の動産引渡請求権を主張するには、①Cが甲を所有していること、②Fが甲を占有しているが必要となる。

イ CはAとの間でAが輸入した商品に譲渡担保を設定することが本件約定において定められている。譲渡担保は債務者に属する所有権を債権者に譲渡し、債務が弁済されたらその権利は設定者に戻るが、債務不履行の場合には債権者に権利が帰属するというものである。このことから、所有権移転の形式を重視し、譲渡担保の法的構成を所有権的構成と解する。

ウ 本件では、Cは甲に関して本件譲渡担保を取得しており、上記のように譲渡担保の法的構成を所有権的構成と解することから、Cが甲を所有しているといえる(①充足)。また、FはEから確実に甲の引渡しを受けており、Fが甲を占有している(②充足)。

エ したがって、CはFに対し、上記請求を主張することができる。

(2) これに対してFは即時取得(民法(以下略)192条)を主張することが考えられる。即時取得は、①動産、②取引行為による取得、③無権利者又は無権限者からの取得、④平穩・公然・善意・無過失であること、⑤占有を取得することが要件となる。

ア 甲は高級家具であり、動産である(①充足)。

イ FはEから甲を代金400万円で購入しており、これは売買によるものであることから取引行為による取得であるといえる(②充足)。

ウ FはEから甲を取得しているがEは何ら権限がないにもかかわらず、勝手に保管場所から甲を持ち出してFに売却しており、無権限者からの取得であるといえる(③充足)。

エ 平穩・公然・善意・無過失は推定されるため(186条1項、188条)、Fの主張立証は不要である。この点、甲はダンボールに包まれておりそのダンボ

ールにはAが所有していることを示すラベルが貼付されており、悪意といえるのかが問題となる。

(ア) 即時取得における悪意とは、前主が無権利者であることを知っていた場合だけでなく、権利者であることを疑っていた場合も含む。また動産取引の安全を図るといふ即時取得の制度趣旨からは、取得時の主観的要件を問題とするべきであることから、取得時に悪意でなければならない。

(イ) 本件についてみると、Fは令和6年10月3日に占有改定の方法により甲の引渡しを受けているが、前述した即時取得の趣旨からは占有状態に変更を生じない占有改定は一般取引の安全を害するため、占有を取得したとはいえない。このことから、令和6年10月23日にFはEから甲の現実の引渡しを受けており、この時点が取得時となり悪意を判断するが、この時点でFはA所有を示す旨のラベルに気付いてはいるが、甲は自分のものだという友人のEの言葉に間違いはないと考えており、Eが権利者であることを疑っていない。EがAから甲を取得しているがラベルが貼られたままであることも教えられ、Eが権利者であることを疑っていないことも不合理ではない。

(ウ) 以上から、平穩・公然・善意・無過失が認められる（④充足）。

オ 令和6年10月23日にFはEから甲の現実の引渡しを受けており、占有を取得したといえる（⑤充足）。

(3) したがってFの即時取得が認められる。

2. 以上から、CはFに対して上記請求をすることができない。

第2 設問2について

1. (1) について

物上代位は担保物件に認められるものである（304条、350条、372条）。このことから、譲渡担保を所有権的構成と解すると、Hが主張するように動産譲渡担保権に基づく物上代位は認められないようにも思える。

しかし、第1の1(1)イで譲渡担保について述べているが、所有権移転の形式はあるが担保としての側面も有している。このように担保としての側面も有することから、譲渡担保権に基づく物上代位は認められる。

2. (2) について

(1) 占有改定とは、代理人が自己の占有物を以後本人のために占有すべき意思を表示することによりなされる引渡しをいう（183条）。また、176条によ

り意思主義が定められている。

(2) 本件についてみると、輸入取引においては、輸入業者から委託を受けた海運業者によって輸入商品等の受領等が行われ、輸入業者が目的物を直接占有することなく転売を行うことが一般的であり、Aが輸入した商品を直接占有することなくBを介して間接的に占有していることは輸入取引の下、一般的であった。また海運業者は一般的に金融機関が譲渡担保権者として当該商品の引渡しを占有改定の方法により受けることとされていることを当然の前提としており、BもAとCが本件約定を締結していることを当然の前提としている。これらの事情と183条、176条の規定があいまって、Aは甲を直接占有していなくても代理人であるBがCのために占有するという意思を表示したといえ、占有改定が認められる。

(3) そして、178条の「引渡し」には占有改定も含まれる、令和6年12月20日にAは破産手続開始の申立てをしているが、それよりも前の令和6年9月24日にCは甲を占有改定の方法により引渡しを受けていることから、破産手続開始前に対抗要件を具備しているといえる。

3. 以上からHの主張は認められない。

以 上

採点講評

(2024年1月28日 物権法・担保物権法)

担当：弁護士 伊奈達也

1 全体的な採点実感等

設問1については、多くの受講生が出題趣旨を正確に読み解き、書くべき論点に触れることができていたと思われる。一方で、設問2については、あまり考えたことがない問題であったためか、書くべき論点に触れることができた受講生は少なかった。基本的な知識が身についているか、基本的な知識から論理的に考えて結論を導くことができるかといった点により、点数に差が生じたものと考えられる。

毎年、採点講評で指摘しているが、予備試験、ひいては司法試験に合格するためには、何よりも基本的な事項を正確に理解し、きちんと使いこなせるようになることが大切である。法学部1年生、2年生の受講生もいると聞いているが、初学者の方々は、まずは腰を据えてじっくりと民法の勉強をしてもらいたい。また、ある程度民法を勉強が進んでいる方々は、自分の理解が正確かどうか、もう一度よく復習をしてもらいたい。

民法の答案では、①まず当事者が何を実現したいのか(お金を返してもらいたい、土地や建物を明け渡してもらいたい、受けた損害を賠償してもらいたい等)という「生の希望」を把握することが大切である。次に、②その希望を実現するためには、どのような**権利(=法律効果)**が発生すればよいかを考える。その後、③その権利が発生させるためにはどのような**要件(=法律要件)**が必要かを整理する。④整理後、ある要件について解釈が必要な場合には、その**解釈を示す(=判断枠組みまたは規範の定立)**。その上で、⑤問題文中の事実関係からその要件を満たすかどうかを論じることになる。⑤の際には、なぜその事実がある要件や判断枠組みないし規範に該当するのか、適切に**事実を評価**して説明する必要がある。

普段の民法の勉強においても、以上の答案の書き方を踏まえた上で基本書や判例等を読むと、格段に理解が深まると思われる。

2 各設問について

(1) 設問1

設問1は、まず、甲につきAから譲渡担保の設定を受けたCが、何ら契約関係にないFに対して、どのような根拠に基づいて甲の返還を請求するこ

とができるのかを問うている。譲渡担保の法律構成を検討した上で回答することが求められるが、その検討ができていない答案や、そもそも譲渡担保について言及していない答案もあった。

また、出題者は、譲渡担保の法律構成について所有権的構成を採った上で、Cの請求は所有権に基づく返還請求であると論じることを想定していたが、そうでない答案も多数あった。担保的構成を採ることに何ら問題はない。しかし、判例は所有権的構成を採用していると言われており、担保的構成を採るなら、少なくとも判例に言及した上で、なぜ担保的構成を採用するのか、その理由を端的かつ明確に論じるべきである。

さらに、担保的構成を採った上で、Cの請求は占有訴権に基づくものと論じることにも問題はない。しかし、担保的構成を採るとなぜ占有訴権が根拠となるのか、論理的に説明する答案はなかった。

次に、Fの反論については、多くの受講生が即時取得を根拠に論じることができていた。要件や主張立証責任の所在、占有改定では即時取得は成立しないことなど、基本的な事項についての説明は概ねよくできていた。

一方で、要件が不正確な答案や、要件の意義が不正確な答案も散見された。特に、即時取得の要件である善意無過失について、意義を示さない、示していても消極的不知(知らなかったこと、知らなかったことに過失がないこと)であると論じているものなどがあった。その意義は積極的信頼(信じたこと、信じたことに過失がなかったこと)であるので、よく復習してもらいたい。

(2) 設問 2

ア 小問(1)

本問は、動産譲渡担保権に基づく物上代位自体が認められないとの破産管財人Hの主張の当否について論じることを求めている。譲渡担保の法律構成に立ち返って検討することが求められる。担保権的構成を採用するならば、動産譲渡担保権に基づく物上代位が認められることは説明しやすい。一方、所有権的構成を採用するならば、動産譲渡担保権に基づく物上代位の行使を認める必要があるのか、詳細に検討しなければならない。

出題趣旨は以上であるが、このような出題趣旨を正確に読み解き、譲渡担保の法律構成から論じている答案はほとんどなかった。そもそも物上代位について理解していないと思われる答案も散見された。基本的知識から論理的に考えれば答えが出せるのに、とりあえず自分の知っている知識を羅列する答案もあった。

予備試験や司法試験では、当然のごとく考えたことがない問題が出題

されるのであり、その場合には、基本的知識から論理的に考えて答えを出さなければならない。覚えたことを吐き出すだけでは、高評価を得ることは難しいであろう。受講生の方々には、既存の論点の論証パターンを暗記するような勉強方法ではなく、自分の頭で考える勉強方法を強く勧めたい。

イ 小問(2)

本問は、本問は、Aは、甲を直接占有していたわけではなく、Bを介して間接的に占有していたにすぎないから、AとCの間で占有改定の方法により甲を引き渡す旨の合意がなされたとしても、それは有効な占有改定の方法による引渡しとはいえないという破産管財人Hの主張の当否について論じることが求められる。

小問(2)は、小問(1)以上に、多くの受講生にとって考えたことがない問題だと思われる。正確な回答は難しいと想定していたが、数は少ないが問題点を正確に把握して条文解釈を展開している答案もあり、そういった答案があったことは喜ばしいことであった。

こういった初見の問題に対応するには、まずは問題点をしっかりと把握することに努めてほしい。問題文を何度も読み、冷静に論点の把握に努めるべきである。普段から問題点を正確に把握する訓練をすることが求められる。

3 今後の勉強について

毎年述べていることであるが、改めて、以下の点について注意しておきたい。

民法は、私法の基本法であり、その考え方は様々な法律を理解する上で重要となる。財産権に関する民法の規律を理解していなければ刑法の財産犯は理解できないし、民法で定められた権利を実現する過程を規律する民事訴訟法も理解できない。正直、民法が不得意な人は、予備試験にも司法試験にも合格することは難しいのではないかと思われる。

確かに、民法は範囲が膨大であり、一朝一夕に理解できるものではない。そのため、いくら勉強してもいつまでたっても論文が書けるようにならない、どのように勉強したらいいかわからないと途方に暮れることもある。出題者も、受験生時代には同じ思いを抱いていた。しかし、だからといって、勉強をおろそかにすれば、いつまでたっても民法はできるようにならない。そう考えて、出題者は、民法は毎日勉強していた。先が見えないようであるが、毎日コツコツと勉強を続けるしかない。その積み重ねを厭わない姿勢こそ、法曹になるために最も重要な資質の一つではないだろうか。

もちろん、自分で勉強を続けていけば、壁にぶつかることもある。そのよう

なときには、大学の民法の先生や、私たち弁護士、直近の合格者に質問してもらいたい。

最後に、受講生の皆さんにお伝えしたいことがある。それは、予備試験も司法試験も、「限られた時間の中で解答を作成しなければならない」ということである。問題も難しく、およそ100点満点をとれるような問題になっていない。完璧な答案を書くことなど不可能である。そのような試験の特性を把握した上で、どこまで書けば評価されるのか、その相場感をしっかりと研究してもらいたい。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2024年1月28日分 得点分布表

物権法・担保物権法

出席者 14名 平均点 23.6点

分布	人数
0	0
1~5	1
6~10	0
11~15	1
16~20	3
21~25	4
26~30	2
31~35	1
36~40	2
41~45	0
46~50	0

