

論文式試験問題集
[民法]

[民法]

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。

解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。なお、民法以外の法令の適用について検討する必要はない。

【事実】

1. Aは、書画骨董品の収集を趣味とする東京在住の個人である。Bは、京都に店舗を有し、掛け軸、屏風及び衝立等の表装・修理や書画骨董品の売買等を行う専門の事業者である。
2. Aは、令和5年1月頃、自己が所有する掛け軸甲の経年劣化が激しいことに気づき、たまたま自宅を訪れていたBに甲を見せ、その修復をBに持ち掛けた。Bは、「甲は保存状態が悪く、その修復には高額の見込まれるから、考え直した方がよい。」と述べたが、Aが「甲は大事な家宝だから、いくら費用が掛かっても修復したい。」と強く主張したため、これに同意するに至った。
3. Aは、令和5年7月1日、Bとの間で、Bの店舗において、以下の内容を含む契約（以下「本件請負契約」という。）を締結した。
 - (1) Aは、Bに対して、甲を、その修復のため、令和5年7月15日までに預託する。
 - (2) Bは、甲の汚損を鑑賞可能な程度にまで修復し、令和6年7月15日までにAに返還する。
 - (3) Aは、Bに対して、報酬として250万円を甲の返還と引換えに支払う。
4. 本件請負契約を締結するに当たり、Bは、Aに、「甲の状態を最後に確認してから半年ほど経つが、その後どのように保管しているのか。現在も修復可能なのか。」と尋ね、「きちんと保管しているから大丈夫だ。」との回答を得た。Bは、個人宅での保管であることから甲の現在の状態に疑念を抱き、「蓋を開けてみたら修復不能なほどに傷んでいた、などと言われても知りませんよ。」と念を押した上で本件請負契約を締結した。
5. Aは、個人宅における掛け軸の標準的な保管方法に反し、甲を紙箱に入れたのみで湿度の高い屋外の物置に放置したため、本件請負契約の締結に先立つ令和5年6月15日頃までに、甲は原型をとどめないまでに腐敗し、修復することができなくなってしまった（以下「本件損傷」という。）。
6. Aは、本件請負契約の交渉過程において、甲の状態を確認しておらず、Bから数回にわたって「甲の状態や保管方法に問題はないか。」と問い合わせられても「問題ない。」と答えるのみで放置していたため、本件請負契約を締結した時点では、本件損傷の事実を知らなかった。Aは、令和5年7月13日、甲を梱包するために物置から取り出したところ、本件損傷に気づき、直ちにBに連絡し、Bは自ら本件損傷を確認した。
7. Bは、令和5年7月2日から同月10日にかけて、甲の修復に要する材料費等の費用一切として40万円を支払っていた。
8. Bは、「本件請負契約は有効に成立しており、甲の修復ができないのはAの問題である。」として、Aに対して250万円の支払を請求している。これに対して、Aは、「本件請負契約は無効である。仮に有効だとしても、甲が現に修復されていない以上、金銭を支払う理由はない。」と反論している。

〔設問1〕

【事実】1から8までを前提として、BのAに対する請求が認められるかどうか、認められるとした場合にはどのような範囲で認められるかについて、法的根拠を明示しつつ論じなさい。なお、

利息及び遅延損害金について検討する必要はない。

【事実】

9. Bは、令和5年4月27日、コレクターCとの間で、Cが所有する古美術の壺乙に関して、次の内容を含む契約（以下「本件委託契約」という。）を締結した上で、同日、Cから乙の引渡しを受け、これをBの店舗内に展示することになった。
- (1) Bは、Cから引き渡された乙につき、これを無償でCのために善良なる管理者の注意義務をもって管理し保管するものとする。他方で、CはBに対し、乙をBの店舗内において顧客に展示し、Bの名において販売する権限を与えるものとする。
 - (2) Bが乙を顧客に対して販売したときは、CがBに対し乙を代金180万円で販売する旨の契約が当然に成立するものとし、乙の所有権は、CからBに直ちに移転するものとする。なお、BのCに対する代金の支払期限は、当該売買契約成立日の翌月末日とする。
 - (3) Bは、乙につき顧客に対して販売する前にCから返還請求があったときは、乙の顧客への販売権限を当然に失い、直ちに、乙をCに対し返還しなければならないものとする。
10. 令和5年5月初めから、Bの店舗には、顧客Dが頻繁に訪れて、展示物を鑑賞していた。なかでも、Dは乙に強い関心を示し、Bにいろいろと質問をしたため、BはDの質問に答えたが、その際、〔ア〕。同月25日頃、BはDに対して、200万円で乙を販売してもよいという意向を示した。それに対してDは、しばらく考えたいと返事を留保した。
11. 令和5年6月1日、Cは、Bの資金繰りが悪化したとの情報を入手したため、Bに対し、本件委託契約の契約条項(3)に基づき乙の返還を請求する旨の通知を発し、当該通知は同日中にBに到達した。しかし、Bは乙の展示を継続した。
12. 令和5年6月2日、Bは、前記11の通知を受けたにもかかわらず、Bの店舗を訪れて乙購入の意向を示したDとの間で、Bを売主、Dを買主とし、代金を200万円とする乙の売買契約を締結した。Bは、乙を無償でDの自宅に後日配送するものとし、Dは、その場で代金200万円の全額を支払った。売買契約時、Dは乙について、〔イ〕と信じていた。Bは、Dとの売買契約が成立した直後に、Dに対し、「乙は、以後DのためにBが保管する。」と告げ、売却済みの表示を施した。その後、Bは、乙を梱包してBの店舗のバックヤードに移動した。
13. Cが、令和5年6月3日、Bの店舗に赴いたところ、バックヤードで梱包済みの乙を発見し、渋るBを説き伏せて乙の引渡しを受け、自宅に持ち帰った。後日、Dは、Cに対し、乙の引渡しを請求した。

【設問2】

【事実】9から13までを前提として、次の問いに答えなさい。

- (1) 本文中空欄〔ア〕〔イ〕に、次の語句が入る場合に、DはCに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求することができるかについて論じなさい。
〔ア〕＝乙の所有者がCであることは説明しなかった
〔イ〕＝Bが所有者である
- (2) 本文中空欄〔ア〕〔イ〕に、次の語句が入る場合に、DはCに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求することができるかについて論じなさい。
〔ア〕＝本件委託契約の契約書を示して、Cから委託を受けて、Bは乙の売却権限を有している旨を説明した
〔イ〕＝Bは本件委託契約に基づく処分権限を現在も有している

1
第1 設問12
1 BのAに対する250万円の請求

3
Bは、Aに対し、本件請負契約に基づく請負報酬債権（632条）
4
の履行請求として、250万円の請求をすることが考えられる。

5
2 請求の可否6
(1) 本件請負契約の有効性

7
本件請負契約は、契約締結に先立つ「本件損傷」により、Bは、
8
甲の損傷を修復することが不可能になっているため、Bの甲を修復
9
する仕事債務は原始的不能である。もっとも、原始的不能であって
10
も直ちに契約は無効とはならず（412条の2第2項）、本件請負
11
契約は、有効に成立する。

12
(2) 危険負担（536条2項）

13
ア 本件請負契約が有効だとしても、Bの仕事完成債務が先履行（6
14
33条但書、624条1項、634条参照）であり、その仕事完
15
成債務が履行不能になったとき、反対債務であるAのBに対する
16
報酬債務が存続するか危険負担（536条2項）が問題となる。

17
イ 536条2項「債権者の責めに帰すべき事由により債務を履行
18
することができなくなったとき」とは、帰責事由が認められると、
19
債権者が一方的に反対給付を負担する結果となることから、その
20
負担に見合うような全面的に債権者に帰責があるといえるか否
21
かで判断すべきであると解する。

22
ウ 確かに、Aは、令和5年1月頃から、甲の経年劣化を認識した
23
上で、甲を管理占有し、支配下に置いており、そのような状況で、

1	Aは、個人宅における掛け軸の標準的な保管方法に反し、甲を紙
2	袋に入れたのみで湿度の高い屋外に放置したため、「本件損傷」
3	を生じさせた帰責性は高いといえる。また、甲は京都に店舗を有
4	するから、Bが直接にA宅に甲を確認するのは難しかったとも思
5	われる。
6	しかし、Aは、書画骨董品収集を趣味とする個人にすぎないの
7	に対し、Bは、掛け軸の修理を行う専門業者であることからすれ
8	ば、Bは、令和5年1月頃、甲を最初に見た際に既に甲が保存状
9	態が悪いことに気付いており、その後、契約締結が行われる同年
10	7月1日までに、甲の状態がさらに悪くなることを認識できたは
11	ずであるから契約締結に当たり甲の現実の状態を自ら確認すべ
12	きであったと考えられる。また、Bは、甲の状態を把握するのに、
13	昨今の方法としてBがA宅に必ずしも行く必要はなく、甲を撮影
14	した画像データをもらう等の簡易な手段も存在するにもかかわらず、
15	そのような確認を怠っている。
16	したがって、本件損傷により、Bが「債務を履行することがで
17	きなくなったこと」につき、債権者」であるAに少なくとも全面
18	的に帰責事由があるとはいえない。
19	エ よって、Aは、536条1項により、Bの報酬債務の履行請求
20	を拒むことができる。
21	3 BのAに対する40万円の請求
22	(1) Bは、Aに対して、契約締結後、甲の状態を確認する義務を怠
23	ったことにつき、債務不履行(415条1項)に基づく損害賠償

1	請求をすることが考えられる。
2	(2) Aは、本件請負契約の預託義務に基づき善管注意義務（400
3	条）として、甲の確認を令和5年7月1日から令和5年7月13
4	日まで全く行っていない。Aが令和5年7月1日時点で甲の確認
5	を怠ったことにつき、Bが契約締結前の過程から何度も状態や保
6	存方法に問題がなかったか問い合わせされ、「問題ない」と漫然
7	と答えていることからすれば、「Aの責めに帰することができない
8	事由」があったとはいえない。
9	(3) したがって、Aの確認義務違反とBの令和5年7月2日から同
10	年同月10日にかけて、甲を修復するために要した材料費などの
11	費用一切の「損害」には因果関係があるため、BはAに対して債
12	務不履行に基づき40万円の請求をすることができる。
13	第2 設問2(1)
14	1 BD間の売買契約
15	Dの請求が認められるには、Dが乙の所有権を取得する必要があ
16	り、BD間の売買契約は、Dが承諾した令和5年6月2日にその効
17	力を生じる（522条1項、97条1項）。
18	しかし、BD間の売買契約に先立つ令和5年6月1日、CがBに
19	条項(3)の返還請求をしているから、本件委託契約に基づき、Bは、
20	令和5年6月2日時点において乙の売却権限を有していなかった。
21	したがって、Dは、乙の所有権を取得できないのが原則である。
22	2 即時取得
23	Dは、Bを所有者と信じて売買契約を締結していることから、即

1	時取得（192条）が成立するか問題となる。
2	ここで、Dには、Bから占有改定による引渡し（183条）があ
3	るが、「占有を始めた」（192条）というためには、外観上の占有
4	状態に変更が生じたことを要するから、占有改定は「占有を始めた」
5	に当たらない。
6	したがって、即時取得は成立せず、Dの請求は認められない。
7	
8	第3 設問2(2)
9	1 Dの即時取得
10	前述第2より、Dは占有改定による引渡しを受けたにすぎないか
11	ら即時取得は成立しない。
12	2 112条の直接適用
13	Dは、Bの売却処分権限を喪失した事を知らずに売買契約を締結
14	していることから、112条を適用できないか問題になるも、本件
15	委託契約では、CはBに代理権を与えておらず、代理の規定である
16	112条を直接適用できない。
17	3 112条の類推適用
18	本件では、Dは本件委託契約書を示され、Bの処分権限の有無に
19	ついて誤信をし、売買契約の効果帰属先をCと誤信しているわけ
20	ではない。動産の処分権限に対する誤信を保護するのは即時所得の制
21	度であり、取引の効果帰属先の誤信を保護する制度である表見代理
22	を類推する基礎を欠く。
23	したがって、112条を類推することもできず、Dの請求は認め
	られない。 以上

【令和5年予備試験 民法 採点表】

第1 設問1	25点
1 本件請求が請負契約（632）の報酬請求権であること	8
・契約の有効性 有効であること（民法412条の2第2項の適示）	
・請負契約の仕事債務が先履行であること	
2 危険負担（536条）	10
・536条2項の趣旨・解釈	
・Aの帰責事由	
積極事情	
甲を管理占有し、支配下に置いていたこと	
個人宅における掛け軸の標準的な保存方法に反して、紙袋に入れたのみで湿度の高い屋外に放置していたこと	
A宅（東京）とB宅（京都）で遠方であること 等	
消極事情（Bの帰責性）	
Bが掛け軸修理の専門業者であること	
Bは、甲の状態を令和5年1月に見ていること	
Bが、甲の状態を確認しえたこと（データ送信等）	
※536条2項後段の言及	
「事故の債務を免れたことによって利益を得た時」の解釈	
※錯誤の言及	
3 40万円の請求についての言及	7
・415条	
・709条	
※過失割合や請負契約では割合的請求ができないことに言及していれば加点	
第2 設問2(1)	10点
1 問題点	5
・所有権取得原因事実	
・原則論	
売買契約の効力からBが処分権を有せず、Dが所得し得ないこと	
2 即時取得	5
占有改定が即時取得に適用の可否	
第3 設問2(2)	10点
1 本件委託契約の内容の解釈	3

- ・本件委託契約によりBが代理ではないこと

2 表見代理

- (1) 112条直接適用 3

代理ではないので直接適用できないこと

- (2) 112条類推適用 4

誤信の内容から類推の基礎を欠くこと

※112条類推ができるとする場合

- ・類推の基礎

間接代理の誤信が、代理と類似すること

- ・「善意」「無過失」

具体的事実から認定していること

第4 裁量点

5点

1 設問への配分

2 全体的な読みやすさ

3 その他

／50点

【解説】

第 1 設問 1 について

1 問題文の把握

(1) B の A に対する請求

Q、何が考えられるか？（生の請求を考える。）

(2) B→A の主張の内容

「本件請負契約は有効に成立しており、甲の修復ができないのは A の問題である。」

↓ ↓
請負契約の有効性？ A の帰責性？
危険負担？

Q、請求金額は？

250万？ ← 本件では、問題文から A に対して 250 万円の請求

40万？

合計の 290万？

(3) A の反論

「本件請負契約は無効である。仮に有効だとしても、甲が現に修復されていない以上、
金銭を支払う理由はない。」

↓ ↓
無効とは？ 債務の未履行？

2 B の A に対する請求の根拠

(1) 請負契約（632条）

請負契約に基づく報酬債権は、請負契約の成立と同時に発生する（判例・通説）。

しかし、請負契約に基づく報酬は、仕事の完成後でなければ請求することができないのが原則（633条・624条1項参照）。

請負契約に基づく報酬請求をするための要件は、

- | |
|--|
| ① 請負契約が有効に成立していること
② 請負人が請負契約に基づき仕事を完成させたこと |
|--|

が必要である。

(2) 本件契約の有効性

原始的不能については、412条の2第2項から契約は有効とされる。

したがって、A の契約の無効の反論は認められない。

(3) 仕事完成債務の未履行

本件では、上記②の要件が充足しないので、632条に基づく報酬請求権は認められない。

3 危険負担（536条2項）

(1) 「債権者の責めに帰すべき事由」

危険負担の制度は、双務契約において、一方の債務が履行不能である場合に、債権者は反対債務の履行を拒絶することができるか否かという問題。

※反対債務が消滅するかどうかという問題は、「解除」の制度であることに注意。

∵一方の債務が履行不能となった場合の反対債務の消滅・存続は、債権者の意思に委ねられるのが妥当。

Q、「債権者（A）の責めに帰すべき事由」をどのように考えるか。

→結局は、比較考量となるわけだが、上述のように、一方の債務が履行不能である場合であっても、なお、反対債務を履行しなければならないほどの全面的な帰責性が必要と思料する（私見）。

(2) A の帰責事由

- ・甲を管理占有し、保管していた。
→A の支配下にある物といえる？
- ・個人宅における掛け軸の標準的な保管方法に反し、甲を紙箱に入れたのみで湿度の高い屋外の物置に放置していた。
→標準的な保管もしておらず、一般的な注意義務に欠ける？
- ・B から保管の状況を尋ねられていることに対して、「きちんと保管しているから大丈夫だ。」「問題ない。」と回答した。
→B の注意に対して、確認もせず、大丈夫と過信して答えていた？
- ・B から念を押されていた。
→再三の確認にも対応しなかったことは帰責性大きい？

Cf: Q、B の帰責事由は？

- ・B は、掛け軸の修理を行う専門業者⇔A は、書画骨董品収集を趣味とする個人
→修復可能性の判断の責任・能力の違い
- ・甲を最初に見て「保存状態が悪い」ことを知っている
→修復不可能になる可能性についてのリスクはどっち？
- ・何回も確認している
→電話での確認のみで足りる？

(3) B の主張がいかなる範囲で認められるか

536条2項後段から「事故の債務を免れたことによって利益を得た」と言えるかが問題になる。

・ B の実際の支出：－40万円（甲の修復に要する材料費等の費用一切）

・ B の250万円のうち、利益を得たと言える部分は？

→残りの210万円分は、仕事を免れたと言える？

※これは厳密には謝りと思われる。

請負人の仕事完成債務が不能になった場合における自己の債務を免れたことによって得た利益とは、節約できた費用であって、報酬から費用を差し引いた利益については、償還の対象にはならない。

（東京地判平30・6・29より引用。）

民法536条2項により、債務者は、自己の債務を免れたことによって利益を得た時は、これを債権者に償還しなければならないところ、未施工部分に係る債務者の利益相当額は、債務者が債務を免れたことによって得た利益に当たらず、償還の対象にならない（他方で、未施工部分に係る経費等「免れた費用」は、債務を免れたことによって得た利益にあたり、償還の対象となる。）もの解される。

本件では、Bは本件損傷が判明した令和5年7月13日時点で、「費用一切」を支出しているので、それ以外の210万円は、利益相当額となりそう。

(4) 無駄になってしまった40万円の請求の根拠として考えられるものは？

① 415条

・ 契約締結前に甲の確認をしなかった付随義務違反？信義則？

→かなり厳しい

・ 契約締結後に甲の確認をしなかった善管注意義務（400条）違反？

→原状回復として、これが一番いけそう

② 709条

・ 契約締結前に甲の確認をしなかった過失？

→甲を確認し、Bに伝える義務がAにある？

※40万円の支出自体が、契約後の支出なので、契約締結を期待して契約締結前に支出した判例（歯科医院事件判例）とは異なる。

(5) 双方有責の場合の処理

・ 過失相殺（418条）の検討が必要となる。

本問で過失相殺まで考えるかは検討を要する。

(6) 錯誤の問題は？

- ・結論としては書く必要性はなかったと思われる（私見）。
 - ∴そもそも「無効」主張の表現
 - ∴契約法理の優先性

第2 設問2について

1 (1)について

(1) DのCに対する請求の根拠

問題文から「DはCに対して、所有権に基づいて乙の引き渡しを請求することができるか」と記載されており、所有権に基づく物権的請求権であることがわかる。

(2) 所有権に基づく物権的請求権

① 原告所有（所有権取得原因事実）

要は、所有権を取得したことを主張する必要がある。

② 被告占有

→本件では、DがCに引き渡しを要求するためには、即時取得により所有権を取得したことを主張することになる。

※BD間の売買契約は？

Bの乙の処分権限は、CからBに対する返還請求通知により消滅しているから、BD間の売買は、他人物売買となる。そのため、乙の所有権はCにある。

(3) 即時取得と占有改定

・占有改定による引き渡しで即時取得できるか（論点）

「占有を始めた」（192条）

→外観上の占有状態に変更が生じることを要するから、占有改定には当たらない（判例）。

∴即時取得は、占有取得者が前主の占有を信頼して取引により占有を取得したことを根拠として占有取得者を保護するための制度。

(4) 結論

・DからCに対する返還請求は認められない。

2 (2)について

(1) 本問は、代理？

・代理：代理人がした法律行為の効果を、本人に帰属させる制度。

代理の要件

① 代理行為

② 顕名

③ 代理権

※本件が「代理」であるならば、Bは、「Cの代理人として」又は「C代理人B」の名義で販売し、その効果がCに帰属するため、乙の所有権はC→Dと移転する。

しかし、「Bの名において」販売し、乙の所有権は、C→B→Dと移転する。

(2) 代理と類似する制度

- ① 使者：本人が決定した効果意思を表示し、または完成した意思表示を伝達する。
※使者は、意思決定の自由を有しない。
- ② 間接代理：自己の名をもって法律行為をし、その効果を自己に帰属させながら、その経済的效果だけを委託者に与える制度。商法 5 5 1 条、問屋。
※自己と相手で契約し、委託者→自己→相手、のように権利移転させる。
- ③ 授権：自己の名で法律行為をし、その効果を本人直接に帰属させる制度。
※委託販売の制度で、A と B が合意し、A が B に対し、B の名で A に帰属する権利を処分する権限を与えた場合、B が C に処分する法律行為をすると、当該権利は、A から C に直接移転する。

☆本問は、間接代理の事案。処分授権の事案ではないが、出題趣旨では、「処分授権」の扱いになっていて、不可解（私見）。

(3) 表見代理の適用？

・直接適用

本問の B に与えられた権限は、代理権ではない。

間接代理 or 処分授権の場合は、「代理権」ではないから直接適用はできない。

・類推適用？

間接代理に表見代理の規定を類推適用できるか。

→裁判例（東京公判平元・12・21）は、否定している。

Q、これはなぜか？

→表見代理と即時取得の区別。

【表見代理】

無権代理人と本人の間に代理権が存在するのではないかと考えられてももっともだと思われる事情（外観）が存在し、このような外観を信頼して相手方が法律関係に入る場合に、民法は、相手方の信頼を保護することによって、取引の安全を確保するため、本人に代理行為の効果を帰属させることにした。権利外観法理の現れの 1 つ。

【即時取得】

民法は、動産取引にあたり、相手方の占有をみてこの者が権利者だと信頼して動産を取得した者は、その信頼が合理的なものである場合には、たとえ相手方が無権利者であったとしても、取引により取得した動産上の権利を取得するとした。

→つまり、法律行為の効果帰属先の誤信を保護するのが表見代理、取引の相手方が権利者かの誤信を保護するのが即時取得。

①

A は、X 所有のカメラを預かり保管している。A は、このカメラを自分の所有物だと称して Y に売却し、Y は、A からカメラの引渡しを受けた。

Y は、善意かつ無過失だった。

この事実に気づいた X が、Y に対し、所有権に基づきカメラの返還を求めた。

Q、このときの Y の「善意」かつ「無過失」の内容は？

Q、このときのカメラの所有権はどのように移転するか？

X →

Q、保護されるべき信頼は？

②

A は、X 所有のカメラを預かり保管している。A は、このカメラを X の代理人と称して、Y に売却し、Y はカメラの引渡しを受けたが、A は、X から代理権を授与されていなかった。

Y は、善意かつ無過失だった。

この事実に気づいた X が、Y に対し、所有権に基づきカメラの返還を求めた。

Q、このときの Y の「善意」かつ「無過失」の内容は？

Q、このときのカメラの所有権はどのように移転するか？

X →

Q、保護されるべき信頼は？

(4) 本問の検討

Q、表見代理か、即時取得か？

→本問は、C が所有する乙について、D は何を信頼しているかを考えると、代金を当然に B に支払い、「B が、(本件委託契約から) 売買契約と同時に、C から所有権を取得すること」を信頼し、誤信している。

→D は、売買契約の効果が C に帰属するとは全く思っていない。

→売買契約の効果が、BD 間ではなく、CD 間に帰属するという誤信ではなく、B が、売買契約と同時に所有権を取得し、乙の所有権者となったという誤信。

→表見代理ではなく、即時取得の問題なのでは？ (私見)

表

試験科目	試験地
民法	明治大学

最優秀答案

回答者：S.H. 41点

★ 出来れば解説も入りたいと書いておくといい。
 問題文 → 帰責事由なしとどう判断できるか。
 「Bは、Bに確信がもたれた落し度にはつた」というふうな
 記載が
 ありそうぞ

6
民法
1
頁

第1. 設問1.

1. BのAに対する250万円の支払の請求は、本件請負契約に基づき代金支払請求権を根拠としてするものとして認められる。(+条文)
 (1) 本件請負契約が締結された合致年月日時点において甲が原状と同一のものを修復可能な状態にしておいたことにより、本件請負契約が有効に成立したことが問題となる。

412条の2第1項は、契約の成立の前後に問わぬ、債務の履行不能の場合、債権者は、債務の履行を請求することができず、と規定し、同条2項では、契約の成立の前後に問わぬ履行不能により生じた損害の賠償を請求することができる、と規定しているから、契約の成立の前後に問わぬ契約の債務不履行が履行不能の事由として、契約は有効に成立したと認められる。

よって、甲が合致年月日1日の本件請負契約を先立、合致年月5日までに本件損害事由が本件請負契約の履行不能の事由として、本件請負契約は有効に成立している。

(2) 本件は、BはAに対して250万円の支払の請求が認められる。
 Aは、本件請負契約を先立、個人宅に設置したテレビの標準的かつ保管方法に反し甲に損害を与えたことにより、高額の費用がかかるから、着て直した方がよい、と警告し、本件請負契約の交渉過程において、Bは数回甲に対して「甲の状態で保管方法の問題から、BはAに問合せることにより、甲の保管状態をより確認でき、問題なく済む」という旨を述べたことにより、甲の修復請求権の「債務者A」の責め、帰属の事由

よって、甲の修復債務を履行する義務が甲にあることと、Bに相当の注意を怠り、甲の修復請求権の「債務者A」に対する履行不能の事由として認められる。
 また、Bは、甲が本件損害事由により甲の修復を怠ったことにより、自己の損害を免れようとして再論を繰り出すことにより(536条2項但書)代金250万円の支払を請求することはできない。

(3) 412条の2項により、契約成立の際に履行不能の事由は、415条の規定に反し損害賠償請求を主張し得られる。
 甲は、甲の修復のために、Bに対して、甲が引渡債務を負う。しかし、本件請負契約時は、本件損害事由により甲の修復は履行不能であったから、債務者Aの履行不能の事由として認められる。よって、Bは、本件契約が有効な状態で合致年月2日から10日までの間に甲の修復を要する材料費等の費用として40万円を支払うことにより、Bは「損害」が発生している。Aは「履行不能」によりBに「損害」が発生している。因果関係が認められる。加えて「不可抗力」Aには「免責事由」を認められないから、BはAに対して250万円の損害賠償を請求できる。

よって、BはAに対して本件請負契約の履行不能による損害賠償請求は認められる。支払を請求することができる。

第2. 設問2 (1)1-2

1. 返付金に対する2の引渡の根拠は、即時取得の取得人であることが、
 (1) BはBとの間で「釣巻」による2の代金200万円による売買契約の締結をしたことにより「取引行為」を行っている。
 (2) 「釣巻」とは、192条の2第1項が「真の所有権の所有権を譲渡したと見取引の安全保護

民法
2
頁
23
25

最優秀答案

回答者 S.H. 41点

第1 設問1

1. BのAに対する250万円の支払の請求は、本件請負契約に基づく請負代金支払請求権を根拠としているものと考えられる。

(1) そこでまず、本件請負契約が、締結された令和5年7月1日時点において、本件請負契約の目的物たる甲が、原型をとどめないまでに腐敗し、修復することができなくなってしまっていたことから、本件請負契約が有効に成立したかが問題となる。

412条の2第1項は、契約の成立の前後を問わず、債務が履行不能の場合「債権者は、債務の履行を請求することができない。」と規定し、同条2項では、契約の成立を前提とした「415条の規定によりその履行の不能によって、生じた損害の賠償を請求することを妨げない。」と規定していることから、契約の成立前後を問わず、契約の債務をすることが履行不能であったとしても、契約は有効に成立するものと解する。

したがって、甲が令和5年7月1日の本件請負契約に先立つ、令和5年6月15日頃までに、本件損傷により、Bが本件請負契約の履行ができないとしても本件請負契約は有効に成立している。

(2) それでは、BはAに対して、250万円全額の支払いの請求をすることはできるか。

Aは、本件請負契約に先立ち、個人宅における掛け軸の標準的な保管方法に反し、甲を紙箱に入れたのみで、湿度の高い屋外の物置に放置したことが本件損傷の原因であった。このことに、令和5年1月頃にBはAに対して「甲は保存状態が悪く、修復には、高額な費用がかかるから、考え直した方がよい。」と警告し、本件請負契約の交渉過程においても、Bは数回にわたって、「甲の状態や保管方法に問題ないか。」とAに問い合わせたものの、Aは甲の保存状態をろくに確認もせず、「問題ない。」と答えるのみであったことからしても、甲の修復請求権の「債権者」Aの「責めに帰すべき事由によって」甲の修復「債務を履行することができなくなったとき」に該当するので、甲の修復請求権の

「債権者」Aは、「反対給付の履行」たる代金250万円の支払い「を拒むことができない。」(536条2項本文)とも思われる。

もっとも、Bは、甲が本件損傷により、甲の修復をしていないことから、「自己の債務を免れたことによって利益を得たとき」といえるので(536条2項但書)代金250万円全額の支払いを請求することはできない。

(3) 412条の2項により、契約成立の時の履行不能については、415条の規定による損害賠償請求をすることを妨げられない。

Aは、甲の修復のために、Bに対して、甲の引渡債務を負う。しかし、本件請負契約時には、本件損傷により、甲の修復は、履行不能であったから、「債務の履行が不能であるとき」にあたる。そして、Bは、本件請負契約が有効なものとして、令和5年7月2日から10日までの間にかけて、甲の修復に要する材料費等の費用一切として40万円を支払っており、Bに「損害」が発生している。Aの「履行不能」により、Bに「損害」が発生しているので、因果関係も認められる。加えて、上記のとおり、Aには、免責事由も認められないから、BはAに対して40万円の損害賠償を請求できる。

2. したがって、BはAに対して、本件請負契約の履行不能による損害賠償請求として40万円の支払いを請求することができる。

第2 設問2(1)について

1. DのCに対する乙の引渡請求の根拠は、即時取得(192条)によるものであると考える。

(1) 買主Dは、売主Bとの間で、「動産」である乙を代金200万円とする売買契約を締結したことにより、「取引行為」を行っている。

(2) 「善意」とは、192条の趣旨が真の所有者の所有権を犠牲にしてまで取引の安全を保護する趣旨から、取引の相手方が、無権利者を動産の所有者であるということを積極的に信じたことが必要であり、「過失がない」とは、そう信じたことについて過失がなかったことをいう。

本件において、売買契約時、DはBが、乙の所有者であると積極的に信じていたのであるから「善意」であるといえる。そしてBは、古美術の売買等を行う専門業者であることに加えて、乙がBの店舗に展示してあることと、Bが乙の所有者がCであることを説明しなかったことから、Dにおいて、乙の所有者が、Bであると信じることは無理からぬことであり、DにBが乙の所有者であると信じたことについて「過失」がない。

(3) 即時取得が、無権利者との取引相手に所有権の取得を認めることから、「占有」とは、真の所有者の権利にも配慮して、少なくとも、外形上の変化を伴う占有でなければならないから「占有改定」(183条)は認められない。

本件においては、BとDは売買契約を締結したものの、Bは、Dに対して、「乙は、以後Bのために保管する。」と告げ、Bの店舗のバックヤードに保管し続けていることから、「占有改定」にとどまる。

したがって、Dが乙に対して取得した占有は、192条にいう占有には、含まれない。

(4) よって、Dは乙を即時取得できない。

2. 以上は、Dは、Cに対して、所有権に基づく乙の引渡しを請求することができない。

第3 設問2(2)について

1. DのCに対する乙の引渡しの根拠は、Bに民法110条の表見代理が成立する結果乙の売買契約は、Cに効果帰属することにより、Dが乙の所有権を取得したことによるものであると考えられる。

2. それでは、Cに対して、Dの表見代理の成立の主張は、認められるか。

(1) 令和5年6月2日、BとDは、乙の売買契約を締結している。そして、売買契約に先立つ、令和5年5月初頃、BはDに本件委託契約書の契約書を示して、Cから委託を受けて、Bは乙の売買権限を有している旨を説明しているのであるから、売買契約についても「顕名」(99条1項本文)をしていると思われる。

(2) もっとも、令和5年6月1日、BはCから、本件委託契約を解除されているため、乙を代理して、販売する契約も消滅していると考えられる。

しかし、令和5年6月2日の売買契約時点で、DはBのとDは信じていたのだから、「代理権の消滅の事実を知らなかった第三者」にあたるから、「他人に代理権を与えた者」Cは、「代理権の消滅後にその代理権の範囲内においてその他人」たるBが第三者D「との間でした行為」たる売買契約「について…その責任を負う。」から、BD間の売買契約は、Cに効果帰属しているとも思える。

しかし、DがBから乙の委託販売の権限をうけているという説明を受けているのは、5月初めの頃であり、売買契約を締結したのは、6月2日であり、1か月の間がある。1か月も間隔があけば、事情が変更することもあり得る。

また、乙の売買代金は、200万円と高価であるから、DはCに対してBに乙を販売する代理権が未だ存在しているか確認する義務があったといえるが、それを怠っている。

したがって、「第三者」D「が過失によって」Bの代理権消滅の事実を知らなかったときにあたるので、B D間の売買契約について、表見代理は成立せず、Cに効果帰属しない。

3. よって、Dは乙の所有権を取得できないから、Cに対して引渡しを請求することができない。

以 上