

重要判例&採点実感準拠

# 理解が 伝わる

論 証 講 義

民法編

■担当講師■

令和3年予備試験合格  
令和4年司法試験合格

清武宗一郎

辰巳法律研究所



# 民法論証集

## 目次

はじめに .....	12
☆論じ方.....	12
・ 検討順 .....	12
・ 原則論(特殊性の前提)の提示 .....	13
・ 主張反論パターン .....	14
・ 要件事実論.....	14
☆要件充足性の検討 .....	15
☆本論証集の表記の説明.....	15
・ 出題実績 .....	15
・ 採点実感等の引用 .....	15
総則 .....	16
☆私的自治の原則 .....	16
・ 権利外観法理の適用要件 .....	16
— 直接適用(予 H23、旧 H6、H19) .....	16
— 類推適用；意思外形対応型(旧 H19、新 H28) .....	18
— 法意併用；意思外形非対応型.....	19
— 類推適用；無意思型(予 H29、旧 H18、新 R4).....	19
・ 権利外観法理の効果.....	20
— 善意の第三者からの転得者.....	20
・ 意思表示の瑕疵 .....	21
— 基礎事情の錯誤の適用要件(旧 H21、新 R1).....	21

—詐欺強迫の適用要件(予 R2) .....	22
—第三者保護の要件 .....	22
• 表見代理 .....	24
—代理権授与表示 .....	24
—権限外の行為 .....	25
—基本代理権の範囲 .....	26
—正当な理由 .....	27
—無権代理人による表見代理成立の主張の可否(旧 H2-1) .....	28
• 無権代理人の本人相続 .....	28
—本人拒絶前の単独相続(旧 H2) .....	28
—本人拒絶後の単独相続(旧 H8) .....	29
—本人拒絶前の共同相続(旧 H2、新 H28) .....	30
• 本人の無権代理人相続 .....	31
• 無権代理人の法定代理人就職(予 R2) .....	32
• 時効取得 .....	33
—成立要件 .....	33
—賃借権(新 H29) .....	36
—通行地役権 .....	37
• 時効の更新 .....	38
—物上保証人による権利の承認(旧 H16) .....	38
• 時効援用権の喪失 .....	38
—債務者本人 .....	38
—物上保証人(旧 H16) .....	39
物権 .....	41
☆不動産の帰属 .....	41
• 論述の仕方 .....	41
• 意思主義と例外 .....	41
• 取得原因が相続(民法 896 条本文)の場合 .....	41

・物権的請求権 .....	42
一建物収去土地明渡請求の相手方(新 H30) .....	42
・物権相互の優劣の決定.....	43
・物権変動の第三者の要件 .....	43
一背信的悪意者排除論 .....	43
一背信的悪意者からの転得者の地位(旧 S60、H17、H19、新 R4) ....	45
一時効取得者に対する背信的悪意 .....	45
一无登記の通行地役権と承役地の取得者 .....	46
・登記原因が不実の登記の効力(予 H29) .....	47
・時効と登記(予 R1、旧 H4) .....	47
・遺贈と登記 .....	48
・即時取得 .....	48
一成立要件(新 R3) .....	48
一盗品回復請求と占有取得者の使用収益権 .....	50
・分割により生じた隣地通行権の特定承継(新 R2).....	51
・不動産の付合 .....	52
一要件(旧 H3、新 H27).....	52
一付合の程度.....	53
一建物の増改築 .....	53
・請負建築物の帰属(新 R1) .....	54
担保物権 .....	56
☆担保物権と物上代位権.....	56
・留置権の成立要件(旧 H13、H20、新 H27) .....	56
・抵当権の効力 .....	58
一目的物の範囲(旧 S63、H17) .....	58
一対抗力 .....	60
・抵当権に基づく物権的請求権 .....	61
一付加物の分離、搬出(旧 H17) .....	61

一 賃借人に対する明渡請求 .....	62
• 物上代位の対象 .....	63
一 請負代金債権(旧 H22) .....	63
一 転貸料債権 .....	64
• 物上代位の可否 .....	65
一 抵当権と債権譲渡 .....	65
一 動産先取特権と債権譲渡(旧 H22) .....	66
• 譲渡担保権 .....	66
一 認定 .....	66
一 物上代位権の有無(旧 H22) .....	67
一 受戻期間(旧 H4) .....	67
• 流動集合動産譲渡担保 .....	69
一 有効性(予 R3) .....	69
一 対抗力(予 R3) .....	70
一 構成動産の処分 .....	70
• 所有権留保 .....	72
一 法律構成(新 H30) .....	72
一 対抗要件の要否 .....	72
一 管理処分権の有無(新 H30) .....	74
• 法定地上権の成立要件(予 R1) .....	75
一 地上建物存在要件 .....	75
一 同一所有者要件 .....	76
債権総論 .....	78
☆ 複数の論点の検討を要する問題(新 H30) .....	78
• 種類債権 .....	78
一 特定の有無(旧 S55) .....	78
一 債務者の変更権(旧 S61) .....	79
• 履行不能 .....	79

—一般論(予 H26) .....	79
—制限種類債権(予 R3) .....	80
• 債務不履行責任 .....	81
—成立要件(予 H28、旧 S60、H5-2、H11-1、新 H19、H24) .....	81
—履行補助者(新 H19、H25、H30) .....	83
—賠償額の予定と免責事由の抗弁(旧 H8) .....	84
—特殊な債務 .....	84
• 契約準備段階における責任 .....	86
—交渉破棄 .....	86
—説明義務違反責任の法的性質 .....	87
—説明義務の判断基準 .....	87
• 債権者代位の要件(予 R2) .....	88
• 代位行使の可否 .....	89
—時効援用権(旧 H16) .....	89
—取消権(予 R2) .....	90
• 債権者代位権の転用 .....	90
—売主の共同相続人による登記請求権の代位 .....	90
• 詐害行為取消しの要件(予 R2、新 H23、R4) .....	91
—被保全債権の適格性 .....	93
• 詐害行為取消の対象適格 .....	94
—財産分与(予 H30、旧 H12) .....	94
—遺産分割協議 .....	95
—対抗要件具備行為 .....	95
• 不可分債務の認定(予 H27) .....	96
• 事前通知を怠った連帯債務者の弁済 .....	96
• 保証契約 .....	97
—成立要件 .....	97
—保証債務の範囲 .....	98

— 抗弁 .....	99
• 物上保証と保証人の権利 .....	99
— 事前求償権(予 H24).....	99
• 債権譲渡 .....	100
— 第三者対抗要件(旧 S60-2) .....	100
— 債務者の抗弁(旧 H20、新 R2) .....	101
— 劣後譲受人に対する弁済 .....	102
• 将来債権の譲渡 .....	103
— 有効性(予 H25、新 R1、旧 H20).....	103
— 効果 .....	105
— 債務不履行(新 H23).....	106
• 相殺.....	106
— 要件 .....	106
— 自働債権の時効消滅後(新 R3) .....	107
— 抵当権者による受働債権の差押え .....	108
— 敷金返還請求権の差押え後の敷金充当 .....	109
債権各論—契約.....	111
☆契約類型の判定(新 R3) .....	111
☆契約解釈の視点 .....	111
• 契約の解釈基準(予 H26、R4、新 H21).....	111
• 同時履行の抗弁 .....	112
— 追完請求権.....	112
— 追完に代わる損害賠償請求権(旧 H16-1、H17) .....	113
— 相殺禁止の例外(旧 H16-1、H17) .....	114
• 危険負担—反対給付の存続 .....	115
• 債務不履行解除 .....	116
— 複合契約(予 R3).....	116
— 解除と第三者(旧 H20、新 H20) .....	117



・ 贈与契約 .....	119
一 書面性 .....	119
・ 解約手付 .....	119
一 手付解除の要件 .....	119
・ 他人物売買 .....	121
一 売主の使用利益返還請求権(予 H28) .....	121
一 本人の追認 .....	121
・ 契約不適合 .....	122
一 敷地の欠陥と敷地賃借権 .....	122
一 数量の不足(旧 H15) .....	123
・ 危険の移転 .....	125
一 給付危険の移転時期 .....	125
一 受領遅滞中の滅失損傷(新 H30) .....	127
・ 賃貸借契約 .....	128
一 通常損耗補修特約の成否 .....	128
一 信頼関係破壊の法理(旧 S63、H10、新 H20、H29) .....	129
一 合意解除の対抗不能 .....	130
・ 他人物賃貸借 .....	131
一 対抗力(新 H29、旧 H13) .....	131
一 他人名義の地上建物と対抗要件 .....	131
一 権利濫用(新 H29) .....	132
・ 転賃貸借契約 .....	133
一 原賃貸借の対抗不能と法律関係(予 H29、旧 H19) .....	133
・ 請負契約一特約と下請負 .....	134
・ 委任契約一受任者の利益と解除の可否 .....	135
・ 和解契約一錯誤取消しの可否(新 H26) .....	136
債権各論一法定債権 .....	138
☆ 不当利得の基本事項 .....	138

・ 処理準則 .....	138
① 侵害利得類型 .....	138
①-1 原物の返還可能(新 R3).....	138
①-2 原物の返還不能 .....	138
② 給付利得類型 .....	139
②-1 原物の返還可能 .....	139
②-2 原物の返還不能 .....	139
・ 事務管理の成立要件(旧 H7) .....	139
・ 原状回復請求 .....	140
— 目的物の滅失(旧 H20、H22) .....	140
— 第三者への給付 .....	141
・ 不当利得返還請求 .....	142
— 成立要件(旧 H14、17) .....	142
— 利得消滅の抗弁(新 H27) .....	144
— 転用物訴権(旧 H17、新 H23).....	145
— 騙取金等による弁済(旧 H14) .....	146
・ 不法原因給付 .....	148
— 成立要件(新 H28).....	148
— 所有権の反射的帰属 .....	149
— 過責の衡量 .....	150
・ 不法行為責任 .....	150
— 成立要件 .....	150
— 責任能力の意義(新 H27) .....	151
— 短期消滅時効の起算点(予 H30) .....	152
— 長期消滅時効の起算点 .....	153
・ 監督義務者責任 .....	153
— 準監督義務者 .....	153
— 無過失の抗弁 .....	155

— 具体的監督義務違反(新 H27) .....	156
• 使用者責任 .....	156
— 成立要件(予 H30、旧 H7) .....	156
— 被用者の責任無能力(旧 S51) .....	158
— 求償権の制限 .....	158
— 逆求償の可否 .....	159
• 工作物責任(新 H23、R1) .....	159
• 共同不法行為 .....	160
— 前段の要件(旧 S62) .....	160
— 後段の要件 .....	161
— 後段の類推適用 .....	162
— 他の共同不法行為者の使用者への求償 .....	163
— 過失相殺の方法 .....	163
• 過失相殺 .....	164
— 責任無能力者の過失 .....	164
— 被害者側の過失(旧 S62、新 H27) .....	165
— 素因減額(新 H23) .....	165
• 損益相殺ないし損益相殺的調整 .....	166
家族法 .....	168
• 婚姻意思 .....	168
• 日常家事代理権 .....	169
— 「日常の家事」の範囲(旧 H2-1、新 R2) .....	169
— 基本代理権該当性(旧 H2-1、新 R2) .....	169
• 親権者の利益相反行為(旧 H14、H21、新 H28) .....	170
相続法 .....	172
☆基本事項 .....	172
• 相続分とは .....	172
• 遺産分割とは .....	172

・ 法定相続分を超える部分の権利承継の対抗 .....	173
・ 遺産分割 .....	174
— 不動産賃料債権の帰属(新 H20) .....	174
— 法定解除の可否 .....	174
— 特定財産承継遺言(新 H30) .....	175
・ 遺言の撤回 .....	176
— 撤回の擬制 .....	176
— 負担付死因贈与への準用の可否(新 R4) .....	176

※漁業用タール事件＝最三判 S30.10.18＝百選Ⅱ[第8版]1＝[第9版]1。

※※同判決が問題となる局面

履行不能と制限種類債権との関係については、民法 567 条 1 項 2 項の適用がない範囲で問題となる。

同判例は以上の他、制限種類債権では「目的物の良否は普通問題にならない」とするところ、学説上も種類債権と制限種類債権との差異は程度問題にすぎないとされている。よって、本判決は契約不適合の契約解釈の場面の原則的解釈基準として作用するだろう。

## ・ 債務不履行責任

### — 成立要件 (予 H28、旧 S60、H5-2、H11-1、新 H19、H24)

1 G は本件損害につき、S に対し、債務不履行に基づく損害賠償請求(民法 415 条 1 項)を行うことが考えられる。

その要件事実と同項本文より、①債務、②債務不履行、③損害、④因果関係であり、同項ただし書きの⑤免責事由は抗弁となる。

(3) ③について。損害とは債務不履行がなかったならばあるべき利益状態と現実の利益状態との価格差をいう。

(4) ④について。因果関係は民法 416 条により判断する。同条 1 項の「通常生ずべき損害」とは、その種の債務不履行があれば社会通念上一般に発生する範囲の損害をいう。同条 2 項の特別の事情の予見可能性の有無は、公平の見地から、債務不履行時の債務者を基準に判断する。

※大一判 T7.8.27＝百選Ⅱ[第8版]7＝百選Ⅱ[第9版]7。

※※通常損害と特別損害との区別

「その種の債務不履行」とは契約類型に基づく判断である。例えば、買主(G)が商人なら転売利益は通常損害だが、消費者なら特別損害といい得る。いずれかの判断は微妙である。

## → 価格騰貴事例

基準時後は損害賠償の範囲の問題として処理される(最一判 S47.4.20 = 百選 II [第 8 版]9 = 百選 II [第 9 版]8 参照)。以下、基準時について検討する。

### ・ 履行不能

最判 S37.11.16 によれば、履行不能ならば履行不能時の時価が通常損害となり、価格騰貴分は特別損害となる。予見可能性の対象として、騰貴時の転売可能性までは不要である(同判決、前掲最一判 S47.4.20 = 百選 II [第 8 版]9 = 百選 II [第 9 版]8、同[第 9 版]解説 2(1))。

### ・ 特定物売買の債務不履行解除

最二判 S28.12.18 = 百選 II [第 8 版]8 によれば、解除時の価格が通常損害となる。改正法化では解除権と填補賠償請求権とが並立するため、解除によってはじめて損害賠償できるようになるわけではないが(同解説 1(3))、解除によって履行請求権が失われるのは改正前と同様であるため、同判決の結論を維持することができる(百選 II [第 9 版]8 解説 2(2))。

### ・ 代替物売買の債務不履行解除

最二判 S36.4.28 によれば、履行期の時価が通常損害である。2 つの説明があり、原告(G)の選択にゆだねられるとの見解(S28 判決は解除時、S36 判決は履行期で請求)、損害軽減義務(∵ 代替物なので他からすぐ入手可能)から説明する見解がある(同解説 1(4))。

## ※※※(契約締結後に生じた)想定外の事情の処理(予 R4)

債務不履行責任が問題となる事例は、契約上明示的に規律されていない事情が生じている場合が多い。そのような想定外の事情は、契約の実質的解釈により黙示の合意として①債務や⑤特約による免責事由の中で処理するか、④通常損害の因果関係や⑤取引上の社会通念による免責事由の中で考慮できる。特に、④⑤は社会通念を基準とするため、契約締結後の事情を直接考慮しうる点で重要である。例えば、(S)の債務不履行後、損害回避減少措置が容易なのに(G がこれを)行わなかった場合の拡大損害が通常損害に含まれないとした最二判 H21.1.19 = 百選 II [第 8 版]6 = [第 9 版]6 は、当該措置を行わなかったことを「条理」に反する想定外の事情として④を否定した。

※※※※追完に代わる損害賠償請求の規律(予 R4)

追完に代わる損害賠償請求に民法 415 条 2 項が適用されるか否かには争いがある。これは、同項が適用されると追完請求を前置しなければならないからである。この点については、履行に代わる損害賠償請求との同質性を前提に 2 項を適用する見解、(G による S に対する)催告(追完請求)の負担を強調して 1 項を適用する見解などがあるが、1 項を適用する見解が一般的である。

### —履行補助者(新 H19、H25、H30)

1 G は本件損害につき、S に対し、債務不履行に基づく損害賠償請求(民法 415 条 1 項)を行うことが考えられる。

S は G に対する本件債務の履行に際し、第三者の行為を用いているから、いわゆる履行補助者の行為の位置づけが問題となる。

(1) 履行補助者とは、債務の履行のために利用される他人をいうところ、債務不履行責任は契約責任であって履行補助者の過失が債務者の過失と同視できるか否かは問題とならないから、契約上、第三者の利用につき特に定めのない限り、履行補助者の行為は、債権者との関係では債務者の行為と同視して検討する。

※大三判 S4.3.30 = 百選 II [第 8 版]5 = [第 9 版]5、同[第 9 版]解説 1(1)、3。

※※問題となる局面

当事者でない第三者の行為に直接起因して問題が起こった時に問題となる。債務不履行責任の検討では、結果債務は⑤、手段債務では①②の有無の中で検討する。その他の場合、例えば危険負担の場面など(新 H30)でも、同様の論証で言及すればよい。一方、監督指揮責任は自己の行為に基づく責任であり、本論点は問題とならない。

※※※履行補助者該当性

そもそも債務者(S)が第三者を履行のため用いたと評価できなければ、履行補助者に当たらない。この場合は、第三者による債権侵害 = 不法行為責任の問題である。