

1 【民事系科目】

2

3 【第1問】(配点：100〔設問1〕、〔設問2〕及び〔設問3〕の配点は、30：40：30))

4 次の各文章を読んで、後記の〔設問1〕、〔設問2〕及び〔設問3〕に答えなさい。

5 なお、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  
6 ている法令に基づいて答えなさい。

7

8 【事実I】

9 1. Aは、自らの所有する2階建ての居住用建物(以下「甲建物」という。)に、亡妻との間の子  
10 であるB及びCと居住していた。B及びCは、いずれも、成人後に他県で居住するようになった。  
11 その後、Aは、Dと再婚し、Dと甲建物に同居していた。Dは、甲建物に無償で居住し、  
12 また、Aに子B及びCがいることを知っていた。

13 2. 令和5年4月1日、Aが遺言を残さずに死亡し、B、C及びDがAの財産を相続した。B、  
14 C及びDの間での遺産分割は未了である。

15 同年5月1日、Dは、甲建物を改築してその1階部分を店舗として利用することを計画し、  
16 B及びCの同意を得ないで、甲建物の改築工事を行った。同年8月1日、Dは、甲建物の2階  
17 部分に居住を続けながら、1階部分で惣菜店を始めた。

18 3. 甲建物の改築及び1階部分での開店の事実を知ったBは、令和5年8月10日、Dに対し、  
19 「あなたには甲建物に住む権利はない。直ちに出て行くように。」と述べた。

20 4. 令和5年8月31日、Bは、Dに対し、共有持分権に基づいて甲建物の明渡しを請求し(以  
21 下「請求1」という。)、併せて、同年4月2日以降明渡しまで1か月当たり5万円(甲建物の  
22 賃料相当額である月額20万円の4分の1)の支払を請求した(以下「請求2」という。)

23 Dは、Bの請求に対し、「⑦私は、Aの妻として甲建物に居住していたのだから、Aの死亡後  
24 も無償で甲建物に住み続ける権利があり、仮にそのような権利が認められないとしても、⑧甲  
25 建物を共同で相続したのだから、いずれにせよ請求1及び請求2を拒むことができる。」と反論  
26 した。

27

28 【設問1】

29 【事実I】を前提として、次の(1)及び(2)の問いに答えなさい。なお、【事実I】4の「月額20  
30 万円」は賃料相当額として適正な額であるものとする。

31 (1) Dは、下線部⑦の反論に基づいて、請求1及び請求2を拒むことができるかどうかを論じな  
32 さい。

33 (2) Dは、下線部⑧の反論に基づいて、請求1及び請求2を拒むことができるかどうかを論じな  
34 さい。

35

36 【事実II】

37 1. 個人で養鯉業を営むEは、乙池で1等級の錦鯉を養殖している。

38 2. 令和4年8月1日、錦鯉の輸出事業を新規に計画しているFが、Eの養殖池を見て回り、E  
39 との間で、乙池で育成中の100匹の錦鯉全部(以下「本件コイ」という。)を買う契約(以下  
40 「契約①」という。)を結んだ。契約①において、本件コイの引渡しは、同年10月1日にEの  
41 事務所で行うこととされ、また、代金は、100万円(1匹当たり1万円)とし、引渡しから  
42 2か月以内に支払うこととされた。

43 3. 令和4年9月1日、Eは、同年11月1日から同月7日まで開催される地域の秋祭りに際し、  
44 空になるはずの乙池に5等級の錦鯉を放って釣堀を営業する計画を立てた。

45 4. 令和4年10月1日の早朝、Eは、本件コイを出荷用容器に入れて事務所に運び込んだ。E

46 は、終日、事務所でFを待っていたが、Fが来訪することはなかった。  
47 同月2日の朝、Eは、Fに対し、引渡日が過ぎたので早急に本件コイを受け取りに来てもら  
48 いたいこと、その際は前日までに連絡が欲しいことを伝えた。  
49 5. その後、Fからは特に連絡がないまま、2週間が過ぎた。Eは、この間も毎日、乙池に戻し  
50 た本件コイの世話を続けていた。  
51 6. 令和4年10月16日、Eは、Fに対し、同月30日までに本件コイを受け取りに来なければ  
52 ば同月31日付けで契約①を解除する旨を告げた。その際、Eは、乙池は同年11月上旬に釣  
53 堀営業のために使用する予定があり、同年10月末までにいったん空にしなければならないこ  
54 とも説明した。  
55 7. Fは、令和4年9月以降に錦鯉の相場が下落したため錦鯉の輸出事業計画を中止し、同年1  
56 0月30日を過ぎても、本件コイを受け取りに行かなかった。そのため、Eは、釣堀の営業を  
57 断念せざるを得なかった。  
58 8. 1等級の錦鯉の相場は、令和4年8月初めには1匹当たり1万円であったが、同年10月初  
59 めには8000円、同年10月末には7000円、同年11月末には6000円となった。  
60 9. 令和4年11月30日、Eは、㉞契約①が同年10月31日に解除されたと主張し、これを  
61 前提に、Fに対し、㉟本件コイの代金相当額100万円及び釣堀の営業利益10万円について  
62 の損害賠償を請求した。同年11月30日まで、Eが本件コイを他に売却する等の処分をした  
63 事実はない。

#### 64 65 【設問2】

66 【事実Ⅱ】を前提として、次の(1)及び(2)の問いに答えなさい。

- 67 (1) 下線部㉞におけるEの主張の根拠とその当否を検討しなさい。  
68 (2) 仮に下線部㉞におけるEの主張が正当であるとした場合、Eは、Fに対し、下線部㉟の損害  
69 の全部について賠償を請求することができるかどうかを検討しなさい。なお、Eが釣堀を営業  
70 すれば、10万円の利益を得ることができたものとする。

#### 71 72 【事実Ⅲ】

- 73 1. 令和4年2月1日、賃貸用建物（以下「丙建物」という。）を所有するGは、Hから2000  
74 万円を借り入れた。この借入金に係る債権（以下「α債権」という。）については、令和5年5  
75 月31日までに弁済することとされた。令和4年2月1日、Gは、α債権を担保するため、H  
76 に対し、丙建物について抵当権を設定し、その旨の登記がされた。  
77 2. 令和4年5月9日、GとKとの間で、GがKに対して丙建物を賃貸する契約（以下「契約②」  
78 という。）がされ、これに基づき、丙建物はKに引き渡された。契約②で定められた賃料は月額  
79 25万円であり、当月末日払とされた。  
80 3. 令和5年1月、Gの経営する事業の資金繰りが悪化した。同月16日、Gは、弟のLから2  
81 00万円を借り入れた。この借入金に係る債権（以下「β債権」という。）については、同年5  
82 月1日までに弁済することとされた。  
83 4. β債権は、令和5年5月1日を過ぎても、弁済されなかった。そこで、LがG及びKに働き  
84 掛けた結果、次のことが行われた。  
85 まず、同月2日、GとKとの間で、契約②が合意により解除された。その上で、同日、Gと  
86 Lとの間で、GがLに対して丙建物を賃貸する契約（以下「契約③」という。）がされ、また、  
87 LとKとの間で、LがKに対して丙建物を転貸する契約（以下「契約④」という。）がされた。  
88 実際には、Kが丙建物の使用を継続していた。  
89 契約③で定められた賃料は月額3万円であり、契約④で定められた賃料は月額25万円であ  
90 り、それぞれ当月末日払とされた。また、Lは、Kから、契約④で定められた賃料の支払を受

91 けるものの、Gに対し、契約③で定められた賃料は実際には支払わないこととされた。KとL  
92 との間では、同年5月分の賃料は、同年6月分の賃料と合わせて同年6月30日に支払うこと  
93 とされた。

94 5. α債権は、令和5年5月31日を過ぎても、弁済されなかった。

95

96 【設問3】

97 【事実Ⅲ】を前提として、次の問いに答えなさい。なお、利息や遅延損害金、敷金については  
98 考慮しないものとする。

99 令和5年6月20日、Hは、契約④に基づいてLがKに対して有する同年5月分以降の賃料債  
100 権について、抵当権に基づく物上代位権の行使としての差押えを申し立てた。この物上代位権の  
101 行使が認められるかどうか、同年5月分の賃料債権と同年6月分以降の賃料債権とで結論が異な  
102 るかを含めて論じなさい。



## 設問 1

設問 1 は、建物の所有者の死亡により生じた遺産共有状態の下で、被相続人の子であった共有者の 1 人が、被相続人の配偶者であった共有者が建物を無権限で使用しているとして建物の明渡請求及び金銭の支払請求をした事案を基に、物権及び相続の両分野にまたがる諸制度の基本的知識と相互関係の理解を問うものである。(出題の趣旨)

### 1. 設問 1 (1)

設問 1 (1) では、配偶者 D が被相続人 A の生前から建物に無償で居住していたことによる無償での占有権原の成立を主張した場合の法律関係が問われている。(出題の趣旨)

設問 1 (1) において論ずべき事項は、大別して、① B の請求の根拠、② D の無償での占有権原の成立、③ その占有権原の消滅である。(採点実感)

#### (1) 訴訟物

その前提として、本問で問題となっている請求は、建物を共同相続することによって取得した共有持分権に基づく返還請求権としての建物明渡請求(請求 1)と、請求者 B の共有持分権に対応する使用利益を D が不当に利得していることを理由とする不当利得返還請求、又は共有持分権に対応する使用収益権を D の故意又は過失により侵害されたことを理由とする不法行為に基づく損害賠償請求(請求 2)であることを確認する必要がある。(出題の趣旨)

#### (2) 請求の根拠となる共有持分権

その際、B は、A の財産を共同相続しており、遺産分割は未了であるから、B は甲建物について共有持分権を有し(民法第 898 条第 1 項)、その持分の割合は B の法定相続分である 4 分の 1 であること(民法第 898 条第 2 項、第 887 条第 1 項、第 890 条、第 900 条第 1 号、第 4 号)、も指摘する必要がある。(出題の趣旨)

#### (3) 無償の占有権原

その上で、D が主張する無償の占有権原の成否につき、その法的構成を明らかにし、本問での当てはめを展開する必要がある。(出題の趣旨)

#### ア. 配偶者短期居住権

##### (ア) 成否

D は、被相続人の配偶者として、被相続人の生前から被相続人所有の建物に無償で居住していたことに基づき、配偶者短期居住権(民法第 1037 条第 1 項第 1 号)の成立を主張しているものと考えられる。そのため、D がその法律要件を満たすことを丁寧に論ずることが求められる。(出題の趣旨)

D は、「被相続人の配偶者」であり、「被相続人の財産に属した建物に相続開始の時に居住していた」のだから、配偶者の居住の権利の成否が問題となる。

平成 29 年改正により新設された配偶者の居住の権利には、①配偶

者居住権（1028条1項）、②1号配偶者短期居住権（1037条1項1号）及び③2号配偶者短期居住権（1037条1項2号）

①配偶者居住権は、㊦「被相続人の配偶者」が「被相続人の財産に属した建物に相続開始の時に居住していた場合」において、㊧「遺産の分割によって配偶者居住権を取得するものとされたとき」と「配偶者居住権が遺贈の目的とされたとき」のいずれかに該当するときに成立するものであるところ、本問では㊧を満たさないから、①配偶者居住権の成立は認められない。

②1号配偶者短期居住権と③2号配偶者短期居住権は、「居住建物について配偶者を含む共同相続人間で遺産の分割をすべき場合」であるか否か（つまり、配偶者が居住建物について共同相続人間での遺産分割の当事者となるか否か）により区別され、「居住建物について配偶者を含む共同相続人間で遺産の分割をすべき場合」には②1号配偶者短期居住権の成立が問題となり、そうでない場合には③2号配偶者短期居住権の成立が問題となる。

Dは、「被相続人の配偶者」であり、「被相続人の財産に属した建物に相続開始の時に無償で居住していた」者である。そして、Dは、Aの配偶者として、Aの子であるB及びCと共に、甲建物を共同相続しているから（890条、896条本文、898条、900条1号）、「居住建物について配偶者を含む共同相続人間で遺産の分割をすべき場合」に当たる。したがって、Dは、②1号配偶者短期居住権として、「居住建物…の所有権を相続…により取得した」B及びDに対し、「遺産の分割により居住建物の帰属が確定した日又は相続開始の時から6箇月を経過する日のいずれか遅い日」までの間、「居住建物について無償で使用する権利（居住建物の一部のみを無償で使用していた場合にあっては、その部分について無償で使用する権利）」を取得する。

#### （イ）消滅

次に、Dが無断で居住用建物の改築及び店舗開業をしていることから、配偶者短期居住権の消滅が問題となる。これらの行為は、建物の従前の用法を変動させるものであって、用法遵守の善管注意義務（民法第1038条第1項）に違反し、配偶者短期居住権の消滅請求事由となり得る（同条第3項）ところ、Bの申入れ（事実3）により消滅請求の意思表示がされたものと解することができるかについて、事案を分析して法律要件に適切に当てはめることが求められる。（出題の趣旨）

1038条は、配偶者短期居住権の消滅事由として、㊦「配偶者…は、従前の用法に従い、善良な管理者の注意をもって、居住建物の使用をしなければならない。」（1項）、㊧「配偶者が前2項の規定に違反したときは、居住建物取得者は、当該配偶者に対する意思表示によって配偶者短期居住権を消滅させることができる。」（3項）と定めている。

甲建物は居住用建物である（問題文9行目）から、「同年5月1日、

Dは、甲建物を改築してその1階部分を店舗として利用することを計画し、B及びCの同意を得ないで、甲建物の改築工事を行った。同年8月1日、Dは、甲建物の2階部分に居住を続けながら、1階部分で惣菜店を始めた。」(問題文15～17行目)との事実は、配偶者Dによる用法遵守の善管注意義務の違反として「配偶者が前2項の規定に違反したとき」に当たる。

また、「甲建物の改築及び1階部分での開店の事実を知ったBは、令和5年8月10日、Dに対し、「あなたには甲建物に住む権利はない。直ちに出て行くように。」と述べた。」(問題文18～19行目)との事実は、「居住建物取得者」であるBによるDに対する配偶者短期居住権の消滅請求の「意思表示」に当たる。

したがって、現時点では、Dの②1号配偶者短期居住権は消滅している。

#### (ウ) 各共有者の単独による消滅請求

なお、目的不動産が共有される場合において、配偶者短期居住権の消滅請求を各共有者が単独でできるかどうかも問題となり、この点について適切に論ずる答案は、高く評価される。(出題の趣旨)

目的不動産が共有に属する場合において、⑦配偶者短期居住権の消滅請求について、「共有物の管理に関する事項」のうち「保存行為」に当たらないものと捉えるのであれば、消滅請求は「各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決する」ことで行う必要があるが(252条1項前段)、④消滅請求を「保存行為」に当たるものと捉えるのであれば、消滅請求は各共有者が単独で行うことができる(252条5項)。<sup>1)</sup>

#### イ. 使用貸借契約の成否

なお、Dの主張は、遺産に属する建物の相続開始後の使用について被相続人と相続人との間に使用貸借契約が推認される場合に関する判例法理(最判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁)によるものと解することもできなくはない。もっとも、この判例は平成30年法律第72号により配偶者短期居住権制度が創設される前のものであり、現行法制の下では、従前の判例法理と配偶者短期居住権との関係について適切に論ずることが求められる。(出題の趣旨)

平成8年判決は、「共同相続人の一人が相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居してきたときは、特段の事情のない限り、被相続人と右同居の相続人との間において、被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により右建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き右同居の相続人にこれを無償で使用させる旨の合意があったものと推認されるのであって、被相続人が死

最判 H8.12.17

<sup>1)</sup> 法セミ2023解説138頁では、「配偶者短期居住権の消滅請求権の行使は、保存行為(252条5項)に該当すると考えられており、各共有者がそれぞれ行使することができると考えられている」とある。

また、詳解相続法327頁では、「配偶者短期居住権の相手方となる相続人が複数いる場合に、その相続人のうち1人が配偶者短期居住権の消滅請求をしたときは、配偶者短期居住権はこの者との関係においてのみならず、他の相続人であって配偶者短期居住権の消滅請求をした者との関係においても消滅する」として、各共有者が単独で消滅請求ができることを前提とした説明がなされている。

亡した場合は、この時から少なくとも遺産分割終了までの間は、被相続人の地位を承継した他の相続人等が貸主となり、右同居の相続人を借主とする右建物の使用貸借契約関係が存続することになるものというべきである。」として、被相続人の同居人を保護するための使用貸借の推認構成をとっている。

もともと、平成 8 年判決は、被相続人とその配偶者の合理的意思解釈として使用貸借契約の成立を推認するものであるが、配偶者短期居住権が認められる場合には、使用貸借契約が締結された場合とほぼ同様の状態が確保されることになるため、平成 29 年改正による配偶者短期居住権の制度の導入後は、被相続人とその配偶者の通常の意味としては、配偶者短期居住権とは別に使用貸借契約を締結する意思まではないと考えるのが自然であり、その限りにおいて、使用貸借契約の成立を推認する従来の判例理論は変更されることになる应考虑すべきである。<sup>2)</sup>

したがって、被相続人 A の配偶者である D について、平成 8 年判決に従って、「被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により右建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き右同居の相続人にこれを無償で使用させる旨」の使用貸借契約の成立を認めることはできない。

## 2. 設問 1 (2)

設問 1(2)では、D が、建物の共有持分権を有していることを根拠に、無償での占有権原があると主張した場合の法律関係が問われている。(出題の趣旨)

設問 1(2)において論ずべき事項は、大別して、①D の共有持分権に基づく使用権限、②B が D に明渡しを求める理由の有無、③D が使用利益相当額の支払を拒むことができないことである。(採点実感)

### (1) 請求 1

#### ア. 相続による共有持分権の取得

請求 1 については、まず、D が、A の配偶者として法定相続分 2 分の 1 の割合で共同相続し、甲建物について 2 分の 1 の共有持分権を有していることを確認する必要がある。(出題の趣旨)

#### イ. 共有者間における明渡し請求

そして、相続財産の共有(遺産共有)も民法第 249 条以下に規定する共有とその性質を異にするものではなく(最判昭和 30 年 5 月 31 日民集 9 卷 6 号 793 頁)、共有の規定が適用されるが、各共有者は共有物の全部についてその持分に応じた使用をする権限を有するため(同条第 1 項)、D は甲建物につき正当な占有権原を有する。

そのため、B の明渡し請求は直ちには認められず、明渡しを求める理由があることを主張立証する必要があること(最判昭和 41 年 5 月 19 日

<sup>2)</sup> 配偶者以外の相続人については、基本的には、配偶者短期居住権の制度の導入による影響を受けることなく、従来の判例理論のもとでその居住権が保護される(詳解相続法 322 頁)。



民集20巻5号947頁)について、判例法理を踏まえて適切に論ずることが求められる。共有者間で誰が共有物を使用するかを決めるのは共有物の管理に関する事項に当たること(民法第252条第1項後段)を踏まえ、Bの請求に理由があるかどうかにつき、BがCの同意を得たとしてもなお持分の過半数による決定を得ることができないことを指摘しつつ、事案を分析して自説を展開する必要がある。(出題の趣旨)

昭和41年判決は、多数持分権者の少数持分権者に対する共有物の明渡請求について、「共同相続に基づく共有者の一人であつて、その持分の価格が共有物の価格の過半数に満たない者(以下単に少数持分権者という)は、他の共有者の協議を経ないで当然に共有物(本件建物)を単独で占有する権限を有するものでないことは、原判決の説示するとおりであるが、他方、他のすべての相続人らがその共有持分を合計すると、その価格が共有物の価格の過半数をこえるからといつて(以下このような共有持分権者を多数持分権者という)、共有物を現に占有する前記少数持分権者に対し、当然にその明渡を請求することができるものではない。けだし、このような場合、右の少数持分権者は自己の持分によつて、共有物を使用収益する権限を有し、これに基づいて共有物を占有するものと認められるからである。従つて、この場合、多数持分権者が少数持分権者に対して共有物の明渡を求めることができるためには、その明渡を求める理由を主張し立証しなければならないのである。」と述べ、「その明渡しを求める理由」を必要としている。

判例がいう「明渡しを求める理由」の1つとして、「共有物の管理に関する事項」として、現占有共有者は共有物を占有することができないものとする(例えば、他の共有者が共有物を専ら使用することとするなど)について「各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決」した場合(252条1項前段)が挙げられる。

もつとも、DがAの配偶者として法定相続分である2分の1の割合で共同相続し、甲建物について2分の1の共有持分権を有している以上、BはCの同意を得たとしても持分価格の過半数による上記決定をすることができないから、「明渡しを求める理由」は認められない。

### (3) 請求2

他方で、請求2については、Dが共有者として正当な占有権原を有しているとしても、その持分は2分の1にすぎないことに着目する必要がある。共有者は、その持分割合を超えた使用利益を享受することまでは正当化されないため(民法第249条第2項)、Dが、請求2(Bの持分割合に応じた使用利益相当額の支払請求)を拒むことができないとの結論を導くことが求められる。(出題の趣旨)

基礎応用147頁[論点1]、論証集  
72頁[論点1]、最判S41.5.19・百  
170

佐久間II224頁

## 設問 2

設問 2 は、物品（動物）の売買契約において売主が提供した目的物を買主が受領しない事案を基に、受領義務の成否、その不履行による契約解除の成否及び契約解除の場合の損害賠償の具体的内容について問うものである。債権の分野に関する基本的な知識・理解を踏まえつつ、受領義務の不履行及び売主側の解除という事案の特殊性に即して論理を展開する能力が問われている。（出題の趣旨）

### 1. 設問 2（1）

設問 2(1)では、下線部㉞での E の主張が、F に本件コイを受け取る債務（受領義務）があることを前提に、その不履行による催告解除（民法第 5 4 1 条）を主張するものであることから、まず受領義務の成否を検討する必要がある。（出題の趣旨）

設問 2(1)において論ずべき事項は、大別して、①解除の根拠と受領義務の成否、②本問の事情の下での解除の要件の当てはめである。（採点実感）

#### （1）受領義務の成否

…まず受領義務の成否を検討する必要がある。

債権者が履行を受領しない場合における債務者の不利益については、受領遅滞制度や供託制度による手当てがあり、通常、債務不履行の効果までは必要とされない。そこで、判例・通説は、債権者の一般的な受領義務は否定しつつ、一定の場合に限って受領義務を認める立場をとる（最判昭和 4 0 年 1 2 月 3 日民集 1 9 卷 9 号 2 0 9 0 頁、最判昭和 4 6 年 1 2 月 1 6 日民集 2 5 卷 9 号 1 4 7 2 頁）。受領義務の成否は特に物の売買契約について問題となるが、受領義務を認めるべき範囲をめぐっては、この立場の中でも見解が分かれる。大別すれば、個別の売買契約の事情に着目して、信義則や契約解釈を通じて個別に受領義務を認める見解（判例もこの見解とみられる。）と、売買契約一般につき、契約の趣旨から類型的に買主の受領義務を導く見解とがある。

いずれの見解をとるにせよ、本問では、受領義務が、何を根拠に、どのような範囲で認められるかについての考え方を示した上で、それを設例に当てはめる必要がある。F が本件コイを受領しなければ、E は、その管理のため毎日の世話が必要となり、また、その保管場所とするため乙池を塞がれて他の用途に利用できなくなることからすれば、個別の契約の事情に着眼する前者の見解からも、F の受領義務が認められよう。

なお、債権者が一般的に受領義務を負うとする答案も、判例・通説の見解を踏まえて自説を論じていけば、同等に評価される。また、結論として F の受領義務を否定する答案も、契約①の個別事情についての検討が説得的であれば、同等に評価される。（出題の趣旨）

受領遅滞の法的成立については、債権者の受領義務を否定する法定責任説と、債権者の受領義務を肯定する債務不履行説とが対立している。

もっとも、法定責任説も、債権者の協力義務を一切否定する趣旨ではな

基礎応用 265 頁 [論点 1]、論証集

132 頁 [論点 1]

内田 III 108～109 頁

プラクティス 300～301 頁

く、債権者において、債権内容の実現に向けて協力する信義則上の義務として、債務者からの履行提供行為に対して誠実に対処することを内容とする受領義務その他の協力義務を負う場合がある。

例えば、昭和40年判決は、「債務者の債務不履行と債権者の受領遅滞とは、その性質が異なるのであるから、一般に後者に前者と全く同一の効果を認めることは民法の予想していないところというべきである。民法414条、415条、541条等は、いずれも債務者の債務不履行のみを想定した規定であること明文上明らかであり、受領遅滞に対し債務者のとりうる措置としては、供託・自動売却等の規定を設けているのである。されば、特段の事由の認められない本件において被上告人の受領遅滞を理由として上告人は契約を解除することができない旨の原判決の判断は正当であ…る…」と判示しており、「特段の事由」が認められる場合には受領遅滞を理由とする契約解除が認められる余地があることを認めている。

最判 S40.12.3

昭和46年判決は、鉱石売買の事案において、「右事実関係によれば、前記鉱石売買契約においては、被上告会社が右契約期間を通じて採掘する鉱石の全量が売買されるべきものと定められており、被上告会社は上告人に対し右鉱石を継続的に供給すべきものなのであるから、信義則に照らして考察するときは、被上告会社は、右約旨に基づいて、その採掘した鉱石全部を順次上告人に出荷すべく、上告人はこれを引き取り、かつ、その代金を支払うべき法律関係が存在していたものと解するのが相当である。したがって、上告人には、被上告会社が採掘し、提供した鉱石を引き取るべき義務があつたものというべきであり、上告人の前示引取の拒絶は、債務不履行の効果を生ずるものといわなければならない。」として、事案の特殊性に着目して、信義則上の引取義務を認めている。

最判 S46.12.16・百II 49

## (2) 受領義務の不履行

Fに受領義務があるとしても、民法第541条に基づく解除をするためには、受領義務の不履行がなければならない。受領義務の不履行は、履行の提供がされたにもかかわらず、債権者が目的物を受領しない場合に成立する。引渡日におけるEの行為が本件コイの引渡債務の現実の提供（民法第493条本文）に当たること、及び、Fがそれを受領しないことが受領義務の不履行（履行遅滞）となることの指摘が求められる。（出題の趣旨）

## (3) 催告と解除の意思表示

さらに、催告と解除の意思表示も要件となる。Eが、相当の期間を定めた催告と同時に、停止条件付きの解除の意思表示をしていることについて指摘する必要がある。（出題の趣旨）

Eのした解除の意思表示は、催告と同時に、催告期間内に履行がないことを停止条件としてされたものであるが、この点を指摘する答えは、少なかった。（採点実感）

## 2. 設問2 (2)

設問(2)において論ずべき事項は、大別して、①Eの損害賠償請求の根拠、

②本件コイの代金相当額についての損害賠償請求の当否、③釣堀の営業利益についての損害賠償請求の当否、④損益相殺である。(採点実感)

## (1) 本件コイの代金相当額 100 万円の損害賠償請求

### ア. 請求の根拠

設問 2(2)では、下線部①の損害について具体的に検討するに先立ち、Eの損害賠償請求の根拠を確認しておく必要がある。Eは、受領義務の債務不履行に基づく損害賠償請求(民法第415条第1項)をしているところ、Fには民法第415条第1項ただし書の事由がないため、この請求は認められる。Eは契約①を解除しているが、このことは債務不履行に基づく損害賠償請求を妨げず(民法第545条第4項)、また、Eの債務不履行は履行遅滞であるが、契約解除に伴い、債務の履行に代わる損害賠償が認められる(民法第415条第2項第3号)ことの指摘が求められる。(出題の趣旨)

本件コイの代金相当額 100 万円の損害賠償請求は、Fの受領義務の債務不履行に基づく損害賠償請求(415条1項)を根拠とするものである。

契約解除に遡及効を認める直接効果説からは、債務の発生原因である契約が解除されている場合、契約の遡及的消滅に伴い、債務も発生しなかったことになるため、債務不履行責任も発生しなかったとして、債務不履行に基づく損害賠償請求が認められなくなるはずである。そこで、545条4項は、解除権者を保護するために、「解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない。」と定め、損害賠償請求との関係において解除の遡及効を制限することで、債務不履行責任が残存するものとして扱うことにより、債務不履行に基づく損害賠償請求を可能にしているのである。したがって、契約①が解除されていることは、契約①における受領義務の債務不履行に基づく損害賠償請求を妨げない。

また、本件コイの代金相当額 100 万円の損害賠償請求は「債務の履行に代わる損害賠償の請求」(415条2項)に当たるところ、契約①が解除されているために「債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され…たとき」(同条項3号)に当たるから、「債務の履行に代わる損害賠償の請求」は妨げられない。

### イ. 請求の当否

これを前提に、本件コイの代金相当額 100 万円の損害賠償請求の当否を論ずることになるが、Fが受領義務を履行しなかったために、契約①の解除によりFの受領義務とともにEの代金債権が消滅し、Eは代金相当額の損害を受けている。そのため、消滅した受領義務又は代金債権に代わる填補賠償として、代金相当額 100 万円の損害賠償請求が認められるとの結論を導くことが求められる。(出題の趣旨)

### ウ. 損益相殺

最後に、損害賠償の額に関して、損益相殺の検討が求められる。(出題の趣旨)

**(ア) 損益相殺の意義**

Eは、契約①の解除により本件コイの引渡債務を免れるから、損益相殺として、賠償額から本件コイの価値が控除されることを指摘しなければならない。(出題の趣旨)

債権者が、損害を被ったと同時に、債務不履行と同一の原因によって利益を受けた場合に、損害と利益との間に同質性がある限り、損害額から利益額を控除してその残額をもって賠償すべき損害額とするべきである。これは「損益相殺」と呼ばれるものであり、過失相殺と異なり明文上の根拠はないものの、判例・学説において認められている賠償額減額事由である。

プラクティス 151 頁

判例は、不法行為責任に基づく損害賠償請求についてはあるが、「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要がある」と判示している。

最大判 H5.3.24

例えば、債務者の債務不履行により、債権者自身に自己の反対債務や履行費用を免れた場合に、その額が損害額から控除される。

**(イ) 本件コイの価値をどの時点の市場価格によって算定すべきか**

その上で、本件コイの価値をどの時点の市場価格によって算定すべきかが問題となる。これについては、市場価格が下落傾向にある中で売主が契約を解除するという事案の特殊性に即した考察が求められる。Eは、解除までは契約に拘束されるため、解除時点の下落価格によってしか本件コイを他に売却処分することができない。他方で、解除後は、本件コイの保管に伴う負担を免れるべく、早期の処分を行うことが期待される。このように考えれば、解除時点の下落価格70万円を損益相殺の額とすべきことになる。解除時以降の他の時点を基準とする考え方も、その論拠の説得力に応じて同等に評価される。(出題の趣旨)

**(ウ) 採点実感**

解除によってEの受領義務又は代金債権が消滅し、それに代わって代金相当額の損害賠償請求が認められるという構造を理解して論ずる答案はほとんどなく、本件コイの市場価値の喪失によって損害が生じたとして、損害額を60万円から80万円までの間で認定するものが相当数あった。

しかし、Eは、解除により本件コイの引渡債務を免れているのであるから、Fの債務不履行によってEが本件コイの市場価値を喪失したという事実はなく、②における損害額を60万円から80万円までの間で認定することが不合理であることは明らかである。

これに対し、代金相当額100万円と本件コイの市場価格の差額を損害として検討する答案は、②につき代金相当額の賠償を認めた

上で④で本件コイの市場価格を控除するという手順を踏んでいないものの、相対的に高く評価された。(採点実感)

## (2) 釣堀の営業利益 10 万円の損害賠償請求

### ア. 請求の根拠

次に、釣堀の営業利益 10 万円の損害賠償請求の当否が問われる。(出題の趣旨)

### イ. 相当因果関係

次に、釣堀の営業利益 10 万円の損害賠償請求の当否が問われる。F が受領義務を履行しなかったために、E は釣堀の営業利益を失った。この損害については、民法第 416 条が定める損害賠償の範囲に含まれるかが問題となり、特別損害として同条第 2 項の規定が適用されることを、乙池での釣堀営業の計画が特別事情に当たることを明示しつつ指摘することが求められる。

同項が要件とする特別事情の予見可能性について、判例は、債務不履行時までには債務者がその事情を予見すべきであったことと解する(大判大正 7 年 8 月 27 日民録 24 輯 1658 頁、大判昭和 15 年 2 月 28 日新聞 4543 号 7 頁)。この解釈を、その合理性とともに、明確に提示することが必要となる。F は、E から釣堀営業の計画を知らされた後も、受領義務の履行遅滞を継続して(F が前記の計画を知った時以降の不履行を指摘することが必要である。)、E の営業利益を失わせたのであるから、営業利益 10 万円は損害賠償の範囲に含まれることになる。

なお、民法第 416 条第 2 項は「予見すべき」という規範的基準をとっているため、E が催告時に F に計画を告げただけでは F が計画を「予見すべき」とまではいえないという評価もあり得る。また、同項について、前記の判例の解釈を説明した上で、契約締結時の予見を基準とする解釈をとって、本問での予見を否定する答案も、同等の評価を受ける。(出題の趣旨)

通常損害とは、対象となる債務不履行があれば通常発生すると考えられるような損害、当該債務不履行から定型的に発生することは予想される損害などといわれるところ、釣堀の営業利益 10 万円はこれにあたらなから、通常損害ではなく特別損害である。そこで、相当因果関係が認められるかが問題となる。

416 条 1 項は、相当因果関係を定めた規定であって、同条 2 項は、「特別の事情によって生じた損害」についての相当因果関係の判断基底を定めたものである。

そして、「特別の事情」のうち、債務者が債務不履行時に予見可能であった事情が判断基底に取り込まれると解する。特別事情の予見可能性の判断基準時が債務不履行時であるのは、契約締結後から債務不履行時までには生じた事情によるリスクであっても、債務者が債務を履行することによりその現実化を回避できた以上、そのリスクの現実化としての損害については債務者が引き受けるべきだからである。

基礎応用 220 頁 [論点 5]、論証集

109 頁 [論点 5]

法セミ 2023 解説 142 頁

### 設問 3

設問 3 は、抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位の可否及び範囲につき、担保物権の諸規定と判例に関する基本的な知識・理解を踏まえ、事案に即しつつ一貫した論理を展開する能力を問うものである。(出題の趣旨)

設問 3 において論ずべき事項は、大別して、①抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の可否、②抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位の可否、③抵当権の被担保債権についての不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位の可否である。(採点実感)

#### 1. 抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位権の行使

転貸賃料債権に対する物上代位について論ずる前提として、H は、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位権の行使をすることができるかどうかの問題となる。(出題の趣旨)

##### (1) 抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の可否

抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位は可能と解されているが、その根拠については、主に、⑦実体的根拠を民法第 371 条の規定に求めた上で、物上代位による差押えは、民法第 372 条において準用する同法第 304 条第 1 項ただし書の規定によりこれを行うことができるとする見解(以下「⑦説」という。)と、④実体的根拠を民法第 372 条において準用する同法第 304 条第 1 項の規定に求め、同法第 371 条の規定は、担保不動産収益執行の実体的根拠となるとする見解(以下「④説」という。)とがある。

そして、抵当権の効力が賃料に及ぶ理由について、⑦説からは、抵当権は、被担保債権について不履行があったときは、天然果実・法定果実を問わず、果実についてその効力が及ぶことを民法第 371 条の規定に基づいて説明することが考えられる。これに対し、④説からは、賃料については、付加的物上代位として抵当権の効力が及ぶと説明することが考えられる。いずれにせよ、抵当権の効力が賃料に対して及ぶ理由の検討において、利害関係人の利益を考量したり、抵当権の本質に遡ったりするものには、高い評価が与えられる。(出題の趣旨)

抵当権が非占有担保(369 条 1 項)であり、当然には抵当不動産の使用収益権限を伴うものではないことから、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の可否については、解釈上争いがある。

抵当権に基づく物上代位には、抵当権の効力が及んでいた物の代わりとして得られたものに対する代替的物上代位と、抵当権の効力の及んでいるものに対する抵当権実行手続としての付加的物上代位とがある。

そして、抵当権設定登記以降に対抗要件を備えた賃借権・地上権等は抵当権に対抗できないから、抵当不動産について抵当権の実行としての競売が行われると、賃借人・地上権者は明渡しに応じなければならない。このように、本来の目的物である抵当不動産に対する抵当権の実行に支障はないのだから、賃料債権については、代替的物上代位は認められない。

基礎応用 158 頁 [論点 2]、論証集

78 頁 [論点 2]

道垣内 148 頁

道垣内 150 頁

他方で、平成 15 年改正において、371 条は、被担保債権の債務不履行後に生じた果実について抵当権の効力が及ぶことを明示するに至るとともに、民事執行法は、抵当不動産の収益から債権を回収する担保不動産収益執行手続を導入した（同法 180 条 2 号）。本改正においては、賃料債権に対する物上代位を明示的に廃止して担保不動産収益執行に一元化する余地もあったにもかかわらず、そのような規定は設けられず、かえって民事執行法では担保不動産収益執行と物上代位との調整規定が設けられている（同法 93 条の 4、188 条）ことから、改正後の民法及び民事執行法は賃料債権に対する物上代位を容認していると解されている。この意味において、賃料債権については、付加的物上代位が認められると解される。

なお、判例は、平成 15 年改正前に関するものではあるが、「抵当権の目的不動産が賃貸された場合においては、抵当権者は、民法 372 条、304 条の規定の趣旨に従い、目的不動産の賃借人が供託した賃料の還付請求権についても抵当権を行使することができるものと解するのが相当である。ただし、民法 372 条によって先取特権に関する同法 304 条の規定が抵当権にも準用されているところ、抵当権は、目的物に対する占有を抵当権設定者の下にとどめ、設定者が目的物を自ら使用し又は第三者に使用させることを許す性質の担保権であるが、抵当権のこのような性質は先取特権と異なるものではないし、抵当権設定者が目的物を第三者に使用させることによって対価を取得した場合に、右対価について抵当権を行使することができるものと解したとしても、抵当権設定者の目的物に対する使用を妨げることにはならないから、前記規定に反してまで目的物の賃料について抵当権を行使することができないと解すべき理由はなく、また賃料が供託された場合には、賃料債権に準ずるものとして供託金還付請求権について抵当権を行使することができるものというべきだからである。」として、賃料債権に対する物上代位を認めている。

最判 H 元.10.27・百 183

## (2) 被担保債権の不履行

その上で、抵当権に基づく物上代位権の行使としての差押えは、抵当権の実行方法の一つであり、抵当権の被担保債権について不履行が生じていることを要件とするため、H が有する抵当権の被担保債権である  $\alpha$  債権について不履行が生じていることを指摘する必要がある。（出題の趣旨）

## 2. 転貸賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位権の行使の可否

基礎応用 158 頁 [論点 3]、論証集

79 頁 [論点 3]

以上を前提に、H の転貸賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位権の行使の可否を論ずることが求められる。その解答に当たっては、最決平成 12 年 4 月 14 日民集 54 卷 4 号 1552 頁（以下「平成 12 年決定」という。）を正確に理解した上で、解釈論として一貫した論述をする必要がある。（出題の趣旨）

### (1) 平成 12 年決定

平成 12 年決定は、抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位は、原則として認められないとした。その理由は、(i) 抵当権に基づく物上代位は、物的責任を負担する者、つまり抵当不動産の所有者が有する債権に



ついでのみ可能であること、(ii)正常な転貸借をした賃借人＝転貸人の利益も考慮しなければならないこと、(iii)（平成15年法律第134号による改正前の民法第371条の規定の下では、抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位は専ら民法第372条において準用する同法第304条の規定が根拠となっていたことを前提として）同条第1項の文言に照らして、抵当不動産の賃借人＝転貸人を「債務者」に含めることができないことである。

これを踏まえて、本問でも、抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位が原則として認められないという定式を示した上で、その理由を論ずる必要があるが、平成15年法律第134号による改正後の現行民法の下では、④説に立つ場合には、平成12年決定の(iii)を理由として援用することができる一方で、⑦説に立つ場合には、(iii)を援用すると論理が一貫しないこととなることに留意しなければならない。（出題の趣旨）

平成12年決定は、抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位の可否について、①「民法372条によって抵当権に準用される同法304条1項に規定する「債務者」には、原則として、抵当不動産の賃借人（転貸人）は含まれないものと解すべきである。けだし、所有者は被担保債権の履行について抵当不動産をもって物的責任を負担するものであるのに対し、抵当不動産の賃借人は、このような責任を負担するものではなく、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にはないからである。同項の文言に照らしても、これを「債務者」に含めることはできない。また、転貸賃料債権を物上代位の目的とすることができるのとすると、正常な取引により成立した抵当不動産の転貸借関係における賃借人（転貸人）の利益を不当に害することにもなる。」と述べて原則として否定する一方で、②「もっとも、所有者の取得すべき賃料を減少させ、又は抵当権の行使を妨げるために、法人格を濫用し、又は賃貸借を仮装した上で、転貸借関係を作出したものであるなど、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合には、その賃借人が取得すべき転貸賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権を行使することを許すべきものである。」として、例外的に認められる場合があると述べている。

最判 H12.4.14

## (2) 「抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合」

その上で、平成12年決定が示した、「抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合」には抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位が例外的に認められるという定式を示して、事案に即した論述を行うことが求められる。

Lは、Gの弟であり、形式的にも実質的にも同一人であるとはいえないが、抵当権の行使を妨害する目的や不当な債権回収目的があるといった事情から、Lを所有者と同視することを相当とする場合に当たるといえるかどうか問題となる。

抵当権の行使を妨害する目的に焦点を合わせる場合には、①LがGの弟であること、②賃貸借関係への割込みにより転貸借関係が作出されたこ

と、③転貸借契約がされた時期が資金繰りの悪化した後、 $\alpha$ 債権の弁済期の直前であったこと、④賃貸料の額と転貸賃料の額との間の差が大きいこと、⑤原賃貸料は、実際には支払われないこととされていたことを考慮すれば、転貸借関係の作出は、Hの賃料債権に対する物上代位権の行使を妨害する目的でされたものといえよう。

債権を回収する目的に焦点を合わせる場合には、債権回収そのものは何ら不当なものではないとしても、抵当権設定登記がされた後、一般債権者であるLが賃料債権から自己の $\beta$ 債権を回収するために上記のような形で賃貸借関係に割り込むことは、不当な債権行使目的でされたものと評価されよう（最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁、最判平成10年3月26日民集52巻2号483頁等を参照）。

いずれにせよ、本問では、抵当不動産の借借人Lを所有者と同視することを相当とする場合に当たり、Hは、転貸賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権の行使をすることができるとの結論を導くことが求められる。（出題の趣旨）

### 3. 5月分の転貸賃料債権

5月分の転貸賃料債権は、Hが有する抵当権の被担保債権である $\alpha$ 債権についての債務不履行の前に生じたものである。そこで、5月分の転貸賃料債権に対しても、抵当権に基づく物上代位権の行使をすることができるかが問題となる。

抵当権者が抵当権の被担保債権についての不履行前に生じた賃料から物上代位に基づいて優先弁済を受けることができるかどうかについては、肯定説と否定説とが対立している。（出題の趣旨）

#### (1) 肯定説

肯定説からは、①抵当権は、抵当目的物件の換価代金の意味での交換価値のみではなく、使用・収益価値も抵当権設定時から潜在的に把握しているとされるが、否定説からは、①<sup>レ</sup> 抵当権は、非占有担保であることが強調される。

また、⑦説をとった上で肯定説をとるときは、②民事執行法第188条において準用する同法第93条第2項の規定は、賃料債権の発生時期を問題としていないとされるのに対し、⑦説をとった上で否定説をとるときは、②<sup>レ</sup> 強制執行としての強制管理の対象の範囲と担保執行としての担保不動産収益執行の対象の範囲とは異なってしかるべきであるため、前記の準用は、根拠とならないとされるとともに、③<sup>レ</sup> 民法第371条の「生じた」という文言からは、否定説が素直な解釈であるとされる。（出題の趣旨）

#### (2) 否定説

他方で、①説をとった場合において、担保不動産収益執行の対象の範囲と物上代位の対象の範囲とは同じであるべきであるとの評価を提示するときは、前記の⑦説をとった上での肯定説の論拠と否定説の論拠とを肯定

説・否定説の各立場から援用することができる。さらに、①説をとった上で肯定説をとるときは、③抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位は、民法第372条において準用する同法第304条第1項の規定によって認められるため、民法第371条の文言は、妨げとならないとされる。(出題の趣旨)

**(3) どの結論をとるにせよ、論理を一貫させることが求められる**

どの結論をとるにせよ、論理を一貫させることが求められる。例えば、②説をとるにもかかわらず、③の論拠を挙げて肯定説をとったり、①説をとるにもかかわらず、単純に③の論拠を挙げて否定説をとったりするのは、論理が一貫していないと評価される。(出題の趣旨)

## 【採点実感】

### 1. 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も、従来と異ならない。

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。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。

### 2. 法科大学院における今後の学習において望まれる事項

本年の問題も、例年と同様に、民法の幅広い分野についての基本的知識・理解を横断的に問うものであった。どのような法規範（判例により形成される法規範を含む。）の適用を問題とすべきかという課題の把握は比較的容易であり、条文や判例に関する基本的な知識を踏まえ、問題文を注意深く読んだ上で、【事実】に顕れた事情を分析して設問の趣旨を適切に捉え、筋道を立てて論述を展開すれば、相当程度の水準の解答ができるものと考えられる。しかし、実際には、分析の精度や深度、展開の論理性などにより、評価に大きく差が付いた。

限られた時間内で答案を作成するためには、個々の制度についての基本的知識を基礎とした制度相互間の体系的理解と、短時間で自己の見解を適切に文章化する実践的な論理展開能力を身に付けることが重要であり、引き続き、こうした理解や能力の涵養に努めていただきたい。

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。

第1に、特定の法律効果の発生の有無を検討することが求められているのに、その法律要件が全て満たされているかどうかを検討せず、自己が主要な論点と考える部分のみを論ずるものが散見されたことである。例えば、設問1(1)の配偶者短期居住権の成立要件の該当性や、設問2(1)の受領義務の不履行による解除の要件の該当性を確認することなく、法律効果の発生を認めるものが相当数あった。法律効果を発生させるためには法律要件が満たされていないなければならないという当然の基本的原則を踏まえ、丁寧に論述することを心掛ける必要がある。

第2に、個別の設問に関しても指摘したが、結論の妥当性に留意しないものが散見されたことである。例えば、前記のとおり、設問2(2)の本件コイの代金相当額の損害に関し、本件コイの市場価値の喪失によって損害が生じたとして、損害額を60万円から80万円までの間で認定するものが相当数あった。しかし、Eは、解除により本件コイの引渡債務を免れているのであり、このような額が損害額となるとはおよそ考えられない。実務においては、損害がどのように認定されるかが極めて重要である事案も多いところであり、結論の妥当性を意識して法的分析を行う必要がある。

第3に、法解釈の基本である、特定の規定の特定の文言についての解釈が問題であることを意識しないで論述を行うものが散見されたことである。条文を適切に摘示引用し、その文言の解釈を行おうとする答案は、自ずから説得的な論述となり、法律要件の検討の漏れもなくなる傾向にある。

あまりにも当然のことであるが、条文解釈という法解釈論の原点に常に立ち返りながら、議論を展開する必要がある。

最後に、本年も、昨年同様、転貸賃料債権に対する物上代位に関する設問3など、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、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（判例の採った論理や結論を墨守することを推奨してはいないが、判例と異なる見解を採るのであれば、判例を正確に指摘して批判することが必須である。）。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、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。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深まるだけでなく、制度相互間の体系的理解が定着することに改めて留意していただきたい。



[模範答案]

1 設問1 (1)

2 1. Bは、C及びDと共に、死亡したAから甲建物を共同相続しており（民法887条1項、896条  
3 本文、898条）、遺産分割が未了であることから、甲建物について4分の1の共有持分権を有する  
4 （898条2項、900条1号・4号）。

5 したがって、請求1は、甲建物の共有持分権に基づく返還請求権としての建物明渡請求であり、  
6 請求2は、Bの共有持分権に対応する使用利益をDが不当に利得していることを理由とする不当  
7 利得返還請求（703条、704条）であると考えられる。

8 2. ㊦の反論は、配偶者短期居住権（1037条1項1号）を根拠とするものである。

9 (1) Dは、「被相続人の配偶者」であり、「被相続人の財産に属した建物に相続開始の時に無償で居  
10 住していた」者である。そして、Dは、Aの配偶者として、B及びCと共に甲建物を共同相続  
11 している（896条本文、898条、900条1号）から、「居住建物について配偶者を含む共同相続  
12 人間で遺産の分割をすべき場合」（同条項1号）に当たる。したがって、Dは、配偶者短期居住  
13 権として、「居住建物…の所有権を相続…により取得した」B及びDに対し、「遺産の分割によ  
14 り居住建物の帰属が確定した日又は相続開始の時から6箇月を経過する日のいずれか遅い日」  
15 までの間、「居住建物について無償で使用する権利」を取得する。

16 (2) もっとも、Dの配偶者短期居住権は、Bの消滅請求により消滅している。

17 ア. 配偶者短期居住権を取得した「配偶者」は、居住建物について用法遵守の善管注意義務を負う  
18 （1038条1項）。令和5年5月1日、Dは、居住用建物である甲建物を改築してその1階部分  
19 を店舗として利用することを計画し、B及びCの同意を得ないで、甲建物の改築工事を行い、  
20 同年8月1日、甲建物の1階部分で惣菜店を始めた。これは、Dによる用法遵守の善管注意義  
21 務の違反として、「配偶者が前2項の規定に違反したとき」という消滅請求事由（1038条3項）  
22 に当たる。

23 甲建物の改築及び1階部分での開店の事実を知ったBは、令和5年8月10日、Dに対し、

1 「あなたには甲建物に住む権利はない。直ちに出て行くように。」と述べることで、配偶者短期  
2 居住権の消滅請求の「意思表示」をしている。

3 イ. 配偶者短期居住権の消滅請求は「保存行為」に当たるから、各共有者が単独で行うことができ  
4 ると解すべきである（252条5項）。

5 したがって、Bは単独で消滅請求をすることができる。

6 ウ. よって、Bの消滅請求により、Dの配偶者短期居住権は消滅している。

7 3. なお、㉞の反論は、使用貸借契約（593条）を根拠とするものとしても認められない。

8 判例は、被相続人の同居人を保護するために、被相続人と共同相続人の一人である同居人との  
9 間において、特段の事情のない限り、相続開始後も、遺産分割により居住建物の所有関係が確定す  
10 るまでの間は、引き続き同居の相続人にこれを無償で使用させる旨の合意があったものと推認さ  
11 れるとして、使用貸借契約の成立を推認する構成を採用している。もっとも、平成29年改正によ  
12 る配偶者短期居住権の制度の導入後は、被相続人とその配偶者の通常の意味としては、配偶者短  
13 期居住権とは別に使用貸借契約を締結する意思まではないと考えるのが自然であり、その限りに  
14 おいて、使用貸借契約の成立を推認する従来の判例理論は変更されることになると考えるべきで  
15 ある。

16 4. 以上より、Dには無償の占有権原が認められないから、Dは、㉞の反論に基づいて、請求1及  
17 び2を拒むことができない。

18 設問1（2）

19 1. 請求1

20 請求1は、Bの共有持分権に基づく返還請求権を根拠とするものである。

21 Dは、Aの配偶者としてB・Cと共に甲建物を共同相続することにより、甲建物について2分  
22 の1の共有持分権を有しているから、「共有物」である甲建物の「全部について、その持分に応じ  
23 た使用をすることができる」（249条1項）という意味において、甲建物について正当な占有権原



1 を有する。そこで、請求1は、Dの共有持分権に基づく占有権原により否定されるのではないか。  
2 (1) 確かに、持分価格が共有物の過半数に満たない少数持分権者は、他の共有者の協議を経ないで  
3 当然に共有物を単独で占有する権限を有するものではない。

4 しかし、少数持分権者は、自己の持分によって共有物を使用収益する権限を有し(249条1  
5 項)、これに基づいて共有物を占有するものと認められる。

6 そこで、他の共有者が共有物を占有する少数持分権者に対し、当然に共有物の明け渡しを求  
7 めることができるのではなく、そのためには明け渡しを求める理由が必要であると解する。

8 (2) 明け渡しを求める理由としては、「共有物の管理に関する事項」として、Dは甲建物を占有す  
9 ることができない旨を決定(252条1項前段)したことが考えられる。

10 しかし、Dが甲建物について2分の1の共有持分権を有している以上、BはCの同意を得た  
11 としても持分価格の過半数による上記決定をすることができないから、明け渡しを求める理由は  
12 認められない。

13 したがって、Dは、㊦の反論に基づいて、請求1を拒むことができる。

## 14 2. 請求2

15 請求2は、249条2項に基づき、「共有者」であるBが「他の共有者」であるDに対し、「自己  
16 の持分を超える使用の対価」の償還を請求するものであり、共有者間における「別段の合意」もな  
17 いから、この請求は認められる。

18 したがって、Dは、㊦の反論に基づいて、請求2を拒むことができない。

## 19 設問2 (1)

20 1. ㊦の主張は、契約①におけるFの受領遅滞(413条1項)による受領義務違反を理由として契  
21 約①(555条)を催告解除(541条)したとするものである。

22 2. では、債務不履行の対象である「債務」たる受領義務は認められるか。

23 (1) 債権を行使するか否かは債権者の自由であり、債権者に受領義務はない。そこで、受領遅滞と

1 は、債務不履行責任ではなく、債権者・債務者間の利害を公平に調整するという観点から、履行  
2 遅延に伴って生じる不利益を債権者に負わせるために法が特別に定めた法定責任であると解す  
3 る。もっとも、取引の特殊性その他の事情に照らし、信義則上の受領義務が認められることはあ  
4 る。

5 (2) 令和4年9月1日、Eは、同年11月1日から同月7日まで開催される地域の秋祭りに際し、  
6 空になるはずの乙池に5等級の錦鯉を放って釣堀を営業する計画を立てており、同年10月末ま  
7 でに本件コイをFに引き渡して乙池を空にしなければ、釣堀の営業を断念せざるを得ない状況  
8 にあった。しかし、当該計画は契約①の締結後に立てられたものであるし、引渡期日までに当該  
9 計画がEからFに伝えられたという事情もないから、当該計画を根拠としてFに信義則上の受  
10 領義務を認めることはできない。

11 他方で、Eは、引渡期日に本件コイを引き渡すことができないと、それ以降も、本件コイの世  
12 話を続けざるを得なくなり、こうした事態に至ることは、Fにおいても容易に予測し得る。そこ  
13 で、Fには引渡期日に本件コイを引き取るべき信義則上の受領義務があったと解すべきである。

14 3. Eは、引渡期日である令和4年10月1日、本件コイを出荷用容器に入れて、引渡場所であるE  
15 の事務所に運び込むことにより、現実の提供(493条本文)の方法により引渡債務の「履行の提  
16 供」をし、終日、事務所でFを待っていた。にもかかわらず、Fが来訪することはなく、引渡日  
17 が過ぎただけから、「債権者」であるFが「債務の履行を受けることを拒み、又は受けることがで  
18 きない場合」に当たる。したがって、Fには受領遅滞(413条1項)が成立し、受領義務違反とし  
19 て「債務を履行しない場合」に当たる。

20 4. 令和4年10月16日、Eは、Fに対し、同月30日までに本件コイを受け取りに来なければ同月  
21 31日付けで契約①を解除する旨を告げたことにより、「相当の期間を定めてその履行の催告をし」  
22 たうえで、停止条件付きの解除の意思表示(540条)をした。

23 Fは、同月30日を過ぎても本件コイを受け取り行かなかったのだから、「相当の期間」内に受

1 領義務を履行したとはいえず、かつ、同月 30 日を経過した時点で解除の効果が発生する。

2 5. したがって、㉞の E の主張は認められる。

3 設問 2 (2)

4 1. 本件コイの代金相当額 100 万円の損害賠償請求

5 (1) E の請求の根拠は、契約①における F の受領義務の債務不履行に基づく損害賠償請求権 (415  
6 条) である。

7 (2) E は、契約①を解除しているが、このことは債務不履行に基づく損害賠償請求を妨げるもので  
8 はない (545 条 4 項)。また、本件コイの代金相当額 100 万円についての損害賠償請求は「債務  
9 の履行に代わる損害賠償の請求」(415 条 2 項) であるところ、契約①が解除されているため、  
10 その要件である同条 2 項 3 号を満たす。

11 (3) F は、契約①における受領義務を遅滞したことにより、「債務の本旨に従った履行をしな」か  
12 った。これにより、E は契約①を解除することとなり、代金債権が消滅したことに伴い本件コイ  
13 の代金相当額 100 万円の「損害」を被った。

14 (4) F が本件コイを受け取りに行かなかったのは、令和 4 年 9 月以降に錦鯉の相場が下落したた  
15 め錦鯉の輸出事業計画を中止したからであるところ、これは免責事由 (415 条 1 項但書) に当  
16 たる事情ではない。

17 (5) 最後に、E は、契約①の解除により本件コイの引渡債務を免れているから、損益相殺により、  
18 賠償額から本件コイの価値が控除されるのではないか。

19 ア. 債権者が、損害を被ったと同時に、債務不履行と同一の原因によって利益を受けた場合に、損  
20 害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、損害額から利益額を控除してその残額  
21 をもって賠償額とするべきである。

22 イ. E は、F の受領義務違反を理由として契約①を解除したことを原因として、代金債権の消滅に  
23 より代金相当額の損害を被るとともに、本件コイの引渡債務を免れるという利益を得ており、

1 両者間には同質性もあるから、損益相殺により、賠償額から本件コイの価値が控除される。

2 本件コイの市場価格が下落傾向にあったところ、E は、契約①を解除するまでは契約に拘束  
3 されるため、解除時点の下落価格によってしか本件コイを他に売却処分することができない一  
4 方で、解除後は、本件コイの保管に伴う負担を免れるために早期に売却処分をすることが期待  
5 される。このように考えると、解除時点の下落価格である1匹当たり7000円を基準として、代  
6 金相当額100万円の損害から70万円を損益相殺により控除するべきである。

7 したがって、前記1の請求は30万円の限度で認められる。

## 8 2. 釣堀の営業利益10万円の損害賠償請求

9 (1) 請求の根拠、契約解除が損害賠償請求を妨げない点、受領義務違反による債務不履行の成立、  
10 及び免責事由の不存在は、前記1の通りである。

11 (2) 釣堀の営業利益10万円の損害は、契約①における受領義務違反により通常発生すると考えら  
12 れるものではないから、「特別の事情によって生じた損害」(416条2項)に当たる。そこで、相  
13 当因果関係が問題となる。

14 ア. 416条1項は相当因果関係を定めた規定であって、同条2項は「特別の事情によって生じた  
15 損害」についての相当因果関係の判断基底を定めたものである。そして、「特別の事情」のうち、  
16 債務者が債務不履行時に予見可能であった事情が判断基底に取り込まれると解する。特別事情  
17 の予見可能性の判断基準時が債務不履行時であるのは、契約締結後から債務不履行時まで  
18 に生じた事情によるリスクであっても、債務者が債務を履行することによりその現実化を回避でき  
19 た以上、そのリスクの現実化としての損害については債務者が引き受けるべきだからである。

20 イ. 令和4年10月16日、Eは、Fに対し、乙池は同年11月上旬に釣堀営業のために使用する予  
21 定があり、同年10月末までにいったん空にしなければならないことを説明している。そして、  
22 Fは、同年10月1日から同月末までの間、受領義務の履行遅滞を継続していたのだから、受領  
23 義務の履行遅滞の継続中に釣堀営業の計画について予見可能であったといえる。そうすると、

1 釣堀営業の計画の存在を前提として因果関係の相当性を判断することができ、その結果、F の  
2 受領義務の履行遅滞と釣堀の営業利益 10 万円の損害との間に相当因果関係が認められる。

3 (3) したがって、前記 2 の請求が認められる。

#### 4 設問 3

5 1. 抵当権が非占有担保 (369 条 1 項) であり、当然には抵当不動産の使用収益権限を伴うものでは  
6 ないことから、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位 (372 条、304 条 1 項) の可否について  
7 は、解釈上争いがある。

8 平成 15 年改正において、371 条は、被担保債権の債務不履行後に生じた果実について抵当権の  
9 効力が及ぶことを明示するに至るとともに、民事執行法は、抵当不動産の収益から債権を回収す  
10 る担保不動産収益執行手続を導入した (同法 180 条 2 号)。改正後の民法及び民事執行法は賃料債  
11 権に対する物上代位を容認していると解されているから、この意味において、賃料債権について  
12 は付加的物上代位が認められる。なお、あくまでも物上代位の実体的根拠は 372 条において準用  
13 する 304 条 1 項にあり、371 条は担保不動産収益執行の実体的根拠にとどまると解する。

14 2. 抵当権に基づく物上代位権の行使としての「差押え」(372 条、304 条 1 項但書) は、抵当権の  
15 実行方法の一つであり、抵当権の被担保債権について不履行が生じていることを要件とするこ  
16 ろ、令和 6 年 6 月 20 日における「差押え」の申立てに先立ち、同年 5 月 31 日に a 債権について  
17 弁済期が徒過することで不履行が生じている。

18 3. では、転貸賃料債権に対しても抵当権に基づく物上代位権を行使することができるか。

19 (1) 抵当不動産の賃借人は、所有者と異なり、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供するべき  
20 立場にないから、転貸賃料債権への物上代位を認めると、転貸借関係における賃借人の地位が  
21 不当に害される。

22 そこで、原則として、「債務者」(372 条・304 条 1 項本文) には抵当不動産の賃借人は含まれ  
23 ず、転貸賃料債権に対する物上代位は認められないと解する。

1           ただし、所有者の取得すべき賃料を減少させ、又は抵当権の行使を妨げるために、法人格を濫  
2           用し、又は賃貸借を仮装したうえで、転貸借関係を作成したものであるなど抵当不動産の賃借  
3           人を所有者と同視することを相当とする場合には、例外的に、転貸賃料債権に対する物上代位  
4           も認められると解する。

5           (2) G は、K との間の契約②を合意解除したうえで、L との間で契約③を締結し、L が K との間  
6           で契約④を締結している。

7           ⑦これらがα債権の弁済期である令和5年5月31日の29日前に行われたものであること、  
8           ⑧G と L は兄弟であり近い人的関係にあること、⑨転貸借契約である契約④における転借人と  
9           契約②における賃借人はいずれも K であること、⑩契約③における賃料が月額3万円であり不  
10          自然なほどに低廉であること、⑪契約③における賃料は実際に支払わないこととされていたこ  
11          と、⑫契約④における賃料は月額25万円であり契約②における賃料額と同じであることから、  
12          G は、契約②に基づく賃料債権に対する物上代位を回避するために、契約③による賃貸借を仮  
13          装したうえで、契約④により転貸借関係を作成したものであるといえる。したがって、G と L  
14          を同視することを相当とする場合であるといえ、例外的に、契約④における転貸賃料債権に対  
15          する物上代位が認められる。

16          4. 前記1の通り、賃料債権に対する物上代位の実体的根拠は372条において準用する304条1項  
17          にあり、371条は担保不動産収益執行の実体的根拠にとどまると解するから、抵当権に基づく物  
18          上代位の対象範囲と担保不動産収益執行の対象範囲とは必ずしも一致させる必要はないと考える。  
19          したがって、抵当不動産に基づく賃料債権に対する物上代位は、「不履行…の後に生じた抵当不動  
20          産の果実」(371条)という文言による制限を受けないから、被担保債権の不履行前に生じた賃料  
21          債権にも及ぶ。

22          よって、同年6月分以降の賃料債権のみならず、同年5月分の賃料債権についても、物上代位  
23          権の行使が認められる。 以上

[中上位答案]

1 設問1 (1)

2 1. Bは、C及びDと共に、死亡したAから甲建物を共同相続しており（民法887条1項、896条  
3 本文、898条）、遺産分割が未了であることから、甲建物について4分の1の共有持分権を有す  
4 る（898条2項、900条1号・4号）。

5 したがって、請求1は、甲建物の共有持分権に基づく返還請求権としての建物明渡請求であり、  
6 請求2は、Bの共有持分権に対応する使用利益をDが不当に利得していることを理由とする不当  
7 利得返還請求（703条、704条）であると考えられる。

8 2. ㊦の反論は、配偶者短期居住権（1037条1項1号）を根拠とするものである。

9 (1) Dは、「被相続人の配偶者」であり、「被相続人の財産に属した建物の相続開始の時に無償で  
10 居住していた」者である。また、Dは、Aの配偶者として、B及びCと共に甲建物を共同相続  
11 しているから、「居住建物について配偶者を含む共同相続人間で遺産の分割をすべき場合」（同  
12 条項1号）に当たる。したがって、Dは、B及びDに対して、配偶者短期居住権を取得する。

13 (2) もっとも、Dの配偶者短期居住権は、Bの消滅請求により消滅している。

14 ア. 令和5年5月1日、Dは、居住用建物である甲建物を改築してその1階部分を店舗として利  
15 用することを計画し、B及びCの同意を得ないで、甲建物の改築工事を行い、同年8月1日、  
16 甲建物の1階部分で惣菜店を始めた。これは、Dによる用法遵守の善管注意義務（1038条1  
17 項）の違反として、消滅請求事由（1038条3項）に当たる。

18 上記事実を知ったBは、令和5年8月10日、Dに対し、「あなたには甲建物に住む権利は  
19 ない。直ちに出て行くように。」と述べることで、消滅請求の「意思表示」をしている。

20 イ. 消滅請求は「保存行為」に当たるから、Bは単独で消滅請求をすることができる（252条5  
21 項）。したがって、Bの消滅請求によりDの配偶者短期居住権は消滅している。

22 3. 以上より、Dには無償の占有権原が認められないから、Dは、㊦の反論に基づいて、請求1及  
23 び2を拒むことができない。

1 設問1 (2)

2 1. 請求1

3 請求1は、Bの共有持分権に基づく返還請求権を根拠とするものである。

4 Dは、Aの配偶者として、B・Cと共に甲建物を共同相続することにより、甲建物について2

5 分の1の共有持分権を有しているから、「共有物」である甲建物について正当な占有権原を有す

6 る(249条1項)。そこで、請求1は、Dの共有持分権に基づく占有権原により否定されないか。

7 (1) 少数持分権者には自己の持分によって共有物を使用収益する権限を有し(249条1項)があ

8 るから、他の共有者が共有物を占有する少数持分権者に対し、当然に共有物の明け渡しを求め

9 ることができるのではなく、そのためには明け渡しを求める理由が必要であると解する。

10 (2) Dが甲建物について2分の1の共有持分権を有している以上、BはCの同意を得たとして

11 も、持分価格の過半数により「共有物の管理に関する事項」としてDは甲建物を占有すること

12 ができる旨を決定(252条1項前段)することができないから、明け渡しを求める理由は認め

13 られない。

14 したがって、Dは、④の反論に基づいて、請求1を拒むことができる。

15 2. 請求2

16 請求2は、249条2項に基づき、「共有者」であるBが「他の共有者」であるDに対し、「自己

17 の持分を超える使用の対価」の償還を請求するものであり、共有者間における「別段の合意」も

18 ないから、この請求は認められる。

19 したがって、Dは、④の反論に基づいて、請求2を拒むことができない。

20 設問2 (1)

21 1. ⑦の主張は、契約①におけるFの受領遅滞(413条1項)による受領義務違反を理由として契

22 約①(555条)を催告解除(541条)したとするものである。

23 2. では、債務不履行の対象である「債務」たる受領義務は認められるか。



1 (1) 債権を行使するか否かは債権者の自由であり、債権者に受領義務はない。そこで、受領遅滞  
2 とは、債務不履行責任ではなく、債権者・債務者間の利害を公平に調整するという観点から、  
3 履行遅延に伴って生じる不利益を債権者に負わせるために法が特別に定めた法定責任であると  
4 解する。もっとも、取引の特殊性その他の事情に照らし、信義則上の受領義務が認められるこ  
5 とはある。

6 (2) Eは、引渡期日に本件コイを引き渡すことができないと、それ以降も、本件コイの世話を続  
7 けざるを得なくなり、こうした事態に至ることは、Fにおいても容易に予測し得る。そこで、  
8 Fには引渡期日に本件コイを引き取るべき信義則上の受領義務があったと解すべきである。

9 3. Eは、引渡期日である令和4年10月1日、本件コイを出荷用容器に入れて、引渡場所である  
10 Eの事務所に運び込むことにより、引渡債務の「履行の提供」をし、終日、事務所でFを待って  
11 いた。にもかかわらず、Fが来訪することはなく、引渡日が過ぎたのだから、「債権者」であるF  
12 が「債務の履行を受けることを拒み」に当たる。したがって、Fには受領遅滞(413条1項)が  
13 成立し、受領義務違反として「債務を履行しない場合」に当たる。

14 4. 令和4年10月16日、Eは、Fに対し、同月30日までに本件コイを受け取りに来なければ同  
15 月31日付けで契約①を解除する旨を告げたことにより、「相当の期間を定めてその履行の催告を  
16 し」たうえで、停止条件付きの解除の意思表示(540条)をした。

17 Fは、同月30日を過ぎても本件コイを受け取りに行かなかったのだから、「相当の期間」内に  
18 受領義務を履行したとはいえず、かつ、同月30日を経過した時点で解除の効果が発生する。

19 5. したがって、㉞のEの主張は認められる。

20 設問2(2)

21 1. 本件コイの代金相当額100万円の損害賠償請求

22 (1) Eの請求の根拠は、契約①におけるFの受領義務の債務不履行に基づく損害賠償請求権(415  
23 条)である。

1 (2) Eは、契約①を解除しているが、このことは債務不履行に基づく損害賠償請求を妨げるもの  
2 ではない(545条4項)。また、本件コイの代金相当額100万円についての損害賠償請求は「債  
3 務の履行に代わる損害賠償の請求」(415条2項)であるところ、契約①が解除されているた  
4 め、その要件である同条2項3号を満たす。

5 (3) Fは、契約①における受領義務を遅滞したことにより、「債務の本旨に従った履行をしな」か  
6 った。これにより、Eは契約①を解除することとなり、代金債権が消滅したことに伴い本件コ  
7 イの代金相当額100万円の「損害」を被った。

8 (4) Fが本件コイを受け取りに行かなかったのは、令和4年9月以降に錦鯉の相場が下落したた  
9 め錦鯉の輸出事業計画を中止したからであるところ、これは免責事由(415条1項但書)に当  
10 たる事情ではない。

11 (5) 最後に、Eは、契約①の解除により本件コイの引渡債務を免れているから、損益相殺により、  
12 賠償額から本件コイの価値が控除されるのではないか。

13 ア. 公平の見地から、損益相殺が認められることがある。

14 イ. Eは、Fの受領義務違反を理由として契約①を解除したことを原因として、代金債権の消滅  
15 により代金相当額の損害を被るとともに、本件コイの引渡債務を免れるという利益を得ている  
16 から、公平の見地から、損益相殺により、賠償額から本件コイの価値が控除される。

17 本件コイの市場価格が下落傾向にあったところ、Eは、契約①を解除すれば、契約の拘束力  
18 から解放され、本件コイを他に売却処分することで、価格変動に伴う損害を軽減することがで  
19 きる。そこで、解除時点の下落価格である1匹当たり7000円を基準として、代金相当額100  
20 万円の損害から70万円を損益相殺により控除するべきである。

21 したがって、前記1の請求は30万円の限度で認められる。

## 22 2. 釣堀の営業利益10万円の損害賠償請求

23 (1) 請求の根拠、契約解除が損害賠償請求を妨げない点、受領義務違反による債務不履行の成立、

1 及び免責事由の不存在は、前記1の通りである。

2 (2) 釣堀の営業利益 10 万円の損害は、契約①における受領義務違反により通常発生すると考え  
3 られるものではないから、「特別の事情によって生じた損害」(416条2項)に当たる。そこで、  
4 相当因果関係が問題となる。

5 ア. 416条1項は、相当因果関係を定めた規定であって、同条2項は、「特別の事情によって生じ  
6 た損害」についての相当因果関係の判断基底を定めたものである。そして、「特別の事情」のう  
7 ち、債務者が債務不履行時に予見可能であった事情が判断基底に取り込まれると解する。

8 イ. 令和4年10月16日、Eは、Fに対し、乙池は同年11月上旬に釣堀営業のために使用する  
9 予定があり、同年10月末までにいったん空にしなければならないことを説明している。そし  
10 て、Fは、同年10月1日から同月末までの間、受領義務の履行遅滞を継続していたのだから、  
11 受領義務の履行遅滞の継続中に釣堀営業の計画について予見可能であったといえる。そうする  
12 と、釣堀営業の計画の存在を前提として因果関係の相当性を判断することができ、その結果、  
13 Fの受領義務の履行遅滞と釣堀の営業利益10万円の損害との間に相当因果関係が認められる。

14 (3) したがって、前記2の請求が認められる。

### 15 設問3

16 1. 平成15年改正による民法371条の修正と担保不動産収益執行の導入(民事執行法180条2号)  
17 は、賃料債権に対する物上代位を容認していると解されているから、賃料債権に対する抵当権に  
18 基づく物上代位(372条、304条1項)も認められると解する。

19 2. 令和6年6月20日における「差押え」の申立てに先立ち、同年5月31日に $\alpha$ 債権について弁  
20 済期が徒過することで不履行が生じているから、「差押え」の要件を満たす。

21 3. では、転賃賃料債権に対しても抵当権に基づく物上代位権を行使することができるか。

22 (1) 抵当不動産の賃借人は所有者と異なり、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供するべき  
23 立場にないから、原則として、「債務者」(372条・304条1項本文)には抵当不動産の賃借人

1 は含まれず、転貸賃料債権に対する物上代位は認められないと解する。

2 ただし、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合には、例外的に、転  
3 貸賃料債権に対する物上代位も認められると解する。

4 (2) G は、K との間の契約②を合意解除したうえで、L との間で契約③を締結し、L が K との間  
5 で契約④を締結している。

6 ⑦G と L は兄弟であり近い人的関係にあること、①転貸借契約である契約④における転借人  
7 と契約②における賃借人はいずれも K であること、⑧契約③における賃料は月額 3 万円であり  
8 不自然なほどに低廉であるうえに実際に支払わないこととされていたこと、⑨契約④における  
9 賃料は月額 25 万円であり契約②における賃料額と同じであることから、G は、契約②に基づ  
10 く賃料債権に対する物上代位を回避するために、契約③による賃貸借を仮装したうえで契約④  
11 により転貸借関係を作出したといえる。したがって、G と L を同視することを相当とする場合  
12 であるといえ、例外的に、契約④における転貸賃料債権に対する物上代位が認められる。

13 4. 賃料債権に対する物上代位は、371 条をも根拠とするものだから、「不履行…の後に生じた抵当  
14 不動産の果実」にのみ及ぶと解すべきである。

15 したがって、H による物上代位権の行使は、同年 5 月分の賃料債権については認められるが、  
16 同年 6 月分以降の賃料債権については認められない。 以上