

第1部 書き方・考え方のコツ

第1章 請求権の選択

A

1. 訴訟物から考える

「XはYに対し、…という請求をすることができるか。」という問題では、まず初めに、訴訟物を明らかにすべきである。訴訟物が何であるかによって、請求が認められるための要件が変わってくるからである。

そして、訴訟物を選択する際には、債権的請求権と物権的請求権を区別する必要がある。契約当事者間における請求が問題となっている場合には、契約に基づく債権的請求権を選択するのが通常である。債権的請求権の請求原因が物権的請求権の請求原因に包含されているのが通常だからである（ex.売買契約に基づく目的物引渡請求権と所有権に基づく返還請求権）。

2. 契約当事者間における債権的請求

債権の発生原因には、契約、事務管理（697条）、不当利得（703条）、不法行為（709条以下）がある。これらのうち、事務管理・不当利得・不法行為に基づいて発生する債権を法定債権という。

契約当事者間における請求が問題になっている場合には、まずは、契約に基づく債権的請求権から考えることになる。

3. 請求の根拠・内容・当否

平成28年司法試験では、「請求の根拠を説明し、その請求の当否を論じなさい。」「請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。」という2種類の設問がある。

出題の趣旨・採点実感を読む限り、設問によって“根拠”と“内容”が意味していることに若干のずれがある。

そのため、答案を書く際に、根拠・内容・当否を厳密に区別する必要はない。出題者側が根拠・内容・当否に該当するものとして想定している記述が答案のどこかに出てくれば良い。

したがって、①誰が、②誰に対して、③いかなる法律構成（権利、条文など）に基づいて、④どのような請求（目的物、金額など）をするのかということを明らかにした上で、⑤請求の要件を検討し、⑥⑤の検討過程で論点に言及する、といういうことができているならば十分であり、①～⑥を根拠・内容・当否のどこで論じたのかは重要ではない。

第2章 請求の当否

A

1. 三者間形式

例えば、「Aは、Bに対して、～という請求をしようと考えている。この請求の当否について、Bからの予想される反論も踏まえて検討しなさい。」という設問では、まずはAにおいて実体法上の要件（少なくとも、請求原因）について一通りの主張をさせる。その上で、争点になる要件についてのみ、Bからの反論及びその当否を書くことになる。

2. 原告による先回り主張

主張反論型の問題では、原告に、請求原因事実のみならず、争いがない抗弁以降の要件事実等についてまで先回り主張をさせることがある。

3. 問題なく認められる要件の一括認定

ある請求や抗弁（再抗弁以下を含む）が認められるという結論を導くためには、実体法上の要件を網羅的に認定する必要がある。その一方で、事案における重要度に応じて、メリハリのある要件認定をする必要がある。

メリハリのある要件認定の方法の一つとして、問題なく認められる要件を冒頭で一括認定するというテクニックもある。

4. 要件の頭出し

原則として要件の頭出しは不要であるが、例外的に、以下の場合には要件の頭出しをする必要がある。

（1）設問で指示がある場合

“Cは、Bが甲1部分を所有することを認めた上でBの請求の棄却を求める場合、どのような反論をすることが考えられるか、その根拠及びその反論が認められるために必要な要件を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。…”（平成29年司法試験設問1）

（2）条文の文言だけでは要件が一義的に明らかにならない場合

共同不法行為者の責任（719条1項）のように、請求要件の整理について争いがあるなどの理由から、条文の文言だけでは要件が一義的に明らかにならないものについては、要件の頭出しをすることが望ましい。

5. 全ての要件を検討することの要否

ある請求や抗弁（再抗弁以下を含む）が認められるという結論を導く場合、その請求や抗弁に対応する要件を全て認定する必要がある。

これに対し、ある請求や抗弁が認められないという結論を導く場合、充足しない要件のところまで検討すればよく、それ以降の要件についてまで検討する必要はない。もっとも、この場合であっても、例えば不当利得返還請求では「利得・損失⇒因果関係⇒法律上の原因の不存在」という流れで検討するというように、要件検討の論理的順序を守る必要がある。

平成27年司法試験・出題趣旨

第6部 債権総論

第1章 債権関係とその内容

第1節 債権関係

B

1. 債権と債務

(1) 債権関係

社会生活において何らかの原因に基づいて発生したある特定人間の特別な結合関係（相対的特別結合関係）のなかで、一方が他方に対して一定の給付行為を請求することができ、また、他方からの給付行為を介して提供される給付利益を一方が保持することのできる関係をいう。

(2) 債権

相対的特別結合関係における当事者の一方が相手方に対して給付行為を請求したり、相手方から提供された給付利益を保持したりすることのできる地位（当事者の一方が相手方から一定の利益を獲得できる地位）をいう。そして、債権を有する人のことを、債権者という。

(3) 債務

債権者に対して債権者利益を獲得させるための拘束（債権者の給付利益を実現するための拘束）を受けた当事者の地位をいう。このような拘束を受けた人のことを、債務者という。

2. 債務の強度

(1) 結果債務

債務者が債務を負担しているという地位に基づいて、債権者利益が実現するために必要とされる様々な具体的行為（作為・不作為）を義務づけられていることのほかに、当事者間の合意又は法律の規定により、債権者利益が実現すること自体を保証（結果実現保証）していることにより、債務者が債権者利益を実現すること自体を義務づけられている場合をいう。

(2) 手段債務

債権者利益が実現すること自体の保証がなく、債務者が、債権者利益の実現のために合理的な注意を尽くすことが義務づけられているにすぎない場合をいう。

手段債務とされる場合の合理的注意の程度は、債権関係の発生原因（契約など）に即して様々であって、一律ではない。また、1つの債権関係のなかに結果債務と手段債務の両者が含まれている場合もある。

3. 債務を構成するもの

(1) 給付義務

債権関係において、債権者に対して債権者利益を獲得させるための拘束を受けた債務者の地位が債務であるときは、その債務の内容には、債権者利益

を実現する（債権者に対して債権者利益を獲得させる）義務が含まれる。

結果債務の場合には、債権者利益を実現すること自体が給付義務の内容をなし、手段債務の場合には、債権者利益を実現するために合理的注意を尽して行動することが給付義務の内容をなす。

（２）付随義務（履行過程における債務者の誠実行動義務）

債務者は、債権者に対して給付義務を負うだけにとどまらず、給付義務を尽くすにあたり、信義に従い誠実に行動しなければならない。例えば、債権関係の目的に即して債権者が給付を利用できるような措置をとることが、信義則に基づき債務者に義務づけられる場合がある。

（３）保護義務

債権者に対して債権者利益を獲得させるための拘束としての債務の内容は、給付義務にとどまらず、債権者利益を債権者に対して実現（給付を）するにあたり、債務者として、債権者が保有している完全性利益（生命・身体・健康・所有権その他の利益）を侵害しないように配慮（注意）して行動することが、信義則（１条２項）に基づき義務づけられる場合がある。

第２節．債権の目的

A

１．特定物債権

民法（全）242～243 頁

（１）意義

特定物の引渡し（占有の移転）を目的とする債権をいう。

特定物とは、債権関係の当事者がこの物という意味で給付の対象を個別化した物のことをいう。このように、特定物であるかどうかは当事者の主観的な意図によって定まるのであり、その物が代替可能性を有しているかどうかで定まるのではない。

（２）効果

ア．債務者の保存義務

〔新〕400 条

債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。

（ア）特定物債権における債務者の保存義務の程度

概要 54～55 頁

特定物債権における債務者の保存義務の程度である「善良な管理者の注意」は、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる」ものであって、債権発生原因とは関係のない過失を意味するものではない

契約を発生原因とする特定物債権における債務者の保管義務の程度である「善良な管理者の注意」は、契約内容（契約規範の内容）により形成され、その契約内容（契約規範の内容）を導く際には、契約当事者の主観的事情（意思）のみならず客観的事情も考慮され得る。なお、400 条

は、「契約その他の債権の発生原因」から契約内容（契約規範の内容）を導くことができる場合に、それを「取引上の社会通念」で上書き・修正することを容認する趣旨ではない。

（イ）保存義務と引渡義務の関係

- ・改正民法下では、特定物ドグマが否定され、売主には、特定物売買の場合であっても契約内容に適合する品質の目的物を引き渡す義務が課されている（562条1項参照）から、引渡前に目的物が滅失・毀損したことにより売主が契約に適合した品質を有する目的物を引き渡すことができなかった場合（目的物を引き渡すことすらできなかった場合を含む）には、そのこと自体が引渡義務の債務不履行と評価される。したがって、買主は、売主に対して、①引渡義務違反を理由とする債務不履行責任として損害賠償請求（415条）・契約解除（541条以下）をすることができ（564条）、さらに、②追完請求（562条1項）や③代金減額請求（563条）をすることもできる。
- ・目的物の滅失・毀損の原因が売主の保存義務違反にあるときには、買主は、④売主の保存義務違反を理由とする債務不履行責任（損害賠償請求・契約解除）を追及することも可能である。
 - ➡保存義務は手段債務であるから、結果債務である引渡義務に比べて、債務不履行の主張立証のハードルが高い。したがって、損害賠償請求・契約解除をする際には、①引渡義務違反を理由とするのが通常である。
 - ➡売主が保存義務を負うのは「契約締結時点から引渡時点まで」であるが、引渡後、④引渡前の保存の態様に着目して保存義務違反を理由とする債務不履行責任（損害賠償請求・契約解除）を追及することは可能である。
- ・売主が引き渡しまでの間に目的物の保存のために必要な措置を講じていない場合には、買主は、⑤引き渡しまでの間、保存のために必要な措置を講じるように請求することができるし（保存義務の履行請求）、売主が保存義務の履行請求に応じないのであれば、⑥保存義務の履行の強制、⑦保存義務違反を理由とする損害賠償請求（415条）、⑧保存義務違反を理由とする契約解除（541条以下）をすることもできる。

イ. 現状引渡義務

〔新〕483条

債権の目的が特定物の引渡しである場合において、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。

483条は、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは」という修飾語を付けることにより、（i）同条が任意規定であることと、（ii）特定物引渡義務の発生原因が契約である場合には第一次的に契約の解釈を通じて契約の内容に適合した目的物を引き渡す義務が生じ得ることを明らかに

プラクティス 19~21 頁

詳解 99 頁

民法（全）242 頁、概要 181~182

頁

した。

483 条に基づく現状引渡義務で足りるのは、主として、法定債権としての特定物引渡債務である。売買契約に基づく特定物引渡債務については、種類・品質・数量が契約の内容に適合していることが売主の債務内容とする契約責任説が採用されていることから（562 条 1 項参照）、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができない」ことを要件とする 483 条が適用される余地はない。これは、売買の規定が準用される請負契約その他の有償契約（559 条）についても同様である。

ウ. 特定物の滅失と債務者の責任

（ア）履行請求の場合

ブラクティス 22 頁

債権者からの履行請求に対して、債務者は目的物が滅失したことを主張立証することにより、履行請求を免れることができる（412 条の 2 第 1 項）。

履行請求がされる局面で、履行過程における保存義務（400 条）が問題となる余地はない。

（イ）損害賠償請求の場合

ブラクティス 22～23 頁、概要 67～

〔新〕 415 条

- ① 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

② （略）

68 頁

債務者は、抗弁として、目的物の滅失が「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものである」という、無過失とは異なる免責事由を主張立証することにより、損害賠償責任を免れることができる。

エ. 目的物の滅失等についての危険の移転

概要 247 頁、268～270 頁

〔新〕 567 条 1 項

- ① 売主が買主に目的物（売買の目的として特定したものに限る。以下この条において同じ。）を引き渡した場合において、その引渡しがあった時以後にその目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は、代金の支払を拒むことができない。

② （略）

改正前民法では、当事者双方の責めに帰することができない事由による特定物の滅失・損傷について、利益帰属者危険負担の原則・所有者危険負担の原則を実質的根拠として、債権者主義を定める規定（旧 534 条 1 項）が設けられていた。しかし、この規定に合理性がないことは、ほぼすべての学説によって認められていた。

そこで、改正民法は、改正前民法 534 条（及び 535 条）を削除した上で、

567条1項により、新しいルールを設けている。

同条1項は、売買の目的物のうち特定物（及び特定した種類物）を対象として、それが買主に引き渡された時以後に目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失・損傷した場合には、買主には目的物の滅失・損傷を理由とする履行の追完請求・代金減額請求・損害賠償請求・契約解除が認められないとともに、代金支払いを拒むことができないことを定めている。

同条項は、売買の目的物のうち、特定物（及び特定した種類物）の滅失・損傷に関する危険が目的物の引渡しにより売主から買主に移転することを定めているのである。これは、目的物の引渡しにより目的物の支配が売主から買主への移転することに着目したものである。

オ．所有権移転時期

売主の所有に属する特定物を目的とする売買においては、特にその所有権の移転が将来なされるべき約旨に出たものでない限り、売買契約成立時に買主に対し直ちに所有権移転の効力が生じる。

最判 S33.6.20・百152

2. 種類債権（不特定物債権）

民法（全）243～254頁

（1）意義

一定の種類に属する物（種類物）の一定量の引渡しを目的とする債権をいう。

種類とは、共通の性質によって他のものと区別されるための概念であって、その意味は社会通念によって定まるが、最低限輪郭が示されていなければならない。また、種類に属する物のなかでは、1個1個の個性を問題としない（この点が、選択債権と異なるところである）。

その種類に属する物がすべてなくならない限り、履行不能は生じない。

同一種類に属する物について品質の上下が存在する場合、当事者の意思又は取引慣行によってその品質を定めることができないときは、債務者は中等の品質を有する物を給付しなければならない（401条1項）。

（2）特定の効果

詳解 100～101頁

①目的物の所有権が買主に移転する（176条）。

②目的物引渡債務の債務者は引渡しまで善良な管理者の注意をもって目的物を保存すべき義務を負う（400条）。

※1. 改正民法下では、「特定」の効果として対価危険が買主に移転する旨の債権者主義（534条2項・1項）が削除され、売買契約における給付危険と対価危険はともに目的物の「引渡し」によって買主に移転するとされている（567条1項）。

※2. 改正民法下では、契約責任説が採用されているため、特定後に目的物が滅失・毀損した場合であっても、売主は修補義務・再調達義務を負う（562条1項本文）。

最判 S35.6.24、最判 S44.11.6

（3）種類債権の特定の方法

種類債権では、債権内容を実現するためには、種類に属する物のなかから

具体的に給付されるべき個物を選定しなければならない。この作業及びその結果を、種類債権の特定という。

ア. 当事者の合意

特定の方法について当事者の合意があれば、それによる。

イ. 必要行為完了

種類債務では、「債務者が物を給付するのに必要な行為を完了…したとき」に、種類債権の特定が生じる（401条2項前段）。

（ア）持参債務

債務者が債権者の住所に目的物を持参して履行すべき債務をいう。

債務者が種類物のなかから特定の物を選定した上で債権者の住所に持参し、現実の提供をしたときに、特定が生じる。

（イ）取立債務

債権者が債務者の住所で目的物を取り立てて給付を受ける債務をいう。

〔論点1〕取立債務における必要行為完了

改正前民法下では、取立債務の場合には、債務者が目的物を分離し、引渡し準備を整え、これを債権者に通知したことが必要であり、準備・通知だけでは足りないと解されていた。

種類物債権の特定には対価危険の債権者への移転という強力な効果が伴う（旧534条2項・1項）ため、取立債務における特定を厳格に考える必要があったからである。

しかし、改正民法では、給付危険と対価危険の双方を種類物の特定から切り離し、特定された目的物の「引き渡し」（引渡受領）に結びつけている（567条1項）。

そうすると、種類物の特定には危険の移転という強力な効果が伴わないから、取立債務の特定の要件について準備・通知に加えて分離まで要求するというように厳格に考える必要はない。

改正民法下では、特定の効果は主に所有権移転と結び付けられており、所有権移転については意思主義が採用されている（176条）。

また、「物の給付をするのに必要な行為」は、当事者の特定に向けられた合意や債権者の同意を得た指定と連続性をもって位置づけられている。

そこで、「物の給付をするのに必要な行為」とは、所有権移転を基礎づけるに足りる行為とはいかなるものかという観点から、種類債権の発生原因である個々の契約の趣旨に照らして定める債務者の給付に向けられた行為を意味すると解すべきである。¹⁾

詳解 101～102 頁

B

プラクティス 27～29 頁、詳解 101

～102 頁、最判 S30.10.18・百Ⅱ1

¹⁾ 取立債務における分離や品質に関する契約内容不適合（改正前民法下における「瑕疵」）の不存在も特定の必須の要件となるわけではない。確かに、所有権移転という観点から分離の有無は今後も重要な考慮要素に位置づけられるだろうし、個別の救済手段が予定する範囲内において危険の集中と結びつけられていることから品質に関する契約内容不適合が存在するときに特定は原則として認められないが、その程度が軽微であるときに限り例外的に特定が認められるという準則も検討に値する。しかし、それらは契約解釈の手がかりとなることを超えるものではなく、特定が認められるか否かは、あくまでも個別の契約の趣旨次第である（詳解 102 頁）。

第3章 責任財産の保全

債務者の責任財産（一般財産）とは、債務者の総財産から担保物権により優先的に支配されている財産を除いたものを意味する。債務の履行請求を受けた債務者がそれでも債務を履行しない場合には、債権者としては、最終的に債務者の生認財産に強制執行をして、そこから債権の満足を受けるしかない。

もともと、債務者が自分の財産の管理を十分に行わないことがある。そこで民法は、債権者に対して責任財産を保全するための権利を2つ与え、債務者の責任財産の管理への介入を認めた。それが、債権者代位権（423条）と詐害行為取消権（424条）である。

民法（全）266～267頁

第1節 債権者代位権

債権者代位権とは、債務者が自己の権利を行使しないときに、債権者が債務者に代わって権利を行使することにより、責任財産の維持を図るための権利である（423条1項本文）。

A

1. 実体法上の要件

〔新〕423条

- ① 債権者は、自己の債権を保全するため必要があるときは、債務者に属する権利（以下「被代位権利」という。）を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利及び差押えを禁じられた権利は、この限りでない。
- ② 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、被代位権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。
- ③ 債権者は、その債権が強制執行により実現することのできないものであるときは、被代位権利を行使することができない。

（1）被保全債権の存在（「自己の債権」）

プラクティス 183～184頁

ア. 種類

債権者代位権によって保全されるべき「自己の債権」は、金銭債権である必要はない。債権者代位権は責任財産の保全制度であるところ、金銭債権以外の債権でも債務不履行により損害賠償請求権として具体化し、債務者の責任財産から満足を受け得る対象になる可能性があるからである。

イ. 成立時期

被保全債権やその発生原因は、被代位権利よりも前に成立している必要はない。

ウ. 期待権

単なる期待権は、権利の範囲・内容が不確定・不明確であるがゆえに保全されるべき権利としての価値を決定することができないため、保全されるべき責任財産の範囲・内容を確定することもできないから、「自己の債権」に当たらない。

反対に、権利の価値を決定できるほどに権利の範囲・内容が確定しているのであれば、期待権も「自己の債権」に当たる。

最判 S30.12.16 [推定相続人が実際に相続人となったであろうときに取得する権利×]

エ. 具体的内容が形成される前の権利

具体的内容が形成される前の権利は、権利の範囲・内容が不確定・不明確であるがゆえに保全されるべき権利としての価値を決定することができないため、保全されるべき責任財産の範囲・内容を確定することもできないから、「自己の債権」に当たらない。

最判 S55.7.11[財産分与請求権は協議・審判等により具体的内容が形成されるまでは被保全債権とならない]

オ. 「強制執行により実現することのできない」債権

「強制執行により実現することのできない」債権とは、強制力を欠く債権を意味する。

不起訴の合意をした債権、不執行の合意をした債権等

これについては、強制執行に進む余地がない以上、強制執行に備えて債権の最終的な引き当てとなる責任財産を保全するという制度趣旨が妥当しないから、これを被保全債権とする債権者代位権は認められない（423 条 3 項）。

概要 78 頁

（2）債権保全の必要性（「保全するため必要があるとき」）

ア. 原則

債権者代位権は責任財産保全のために債務者の財産管理の自由に対する介入が例外的に許容される権利であるから、その要件として、債務者の無資力（債権者が債務者に属する権利を行使しなければ自己の債権が完全な満足を受けられなくなる危険性があること（＝債務者の無資力））が必要である。

プラクティス 185～186 頁

無資力要件は事実審口頭弁論終結時に充足していれば足り、債権者代位権行使時に充足していなくてもよい。¹⁾

イ. 例外

（ア）保存行為

保存行為（債務者の債権の時効完成を阻止する措置、保存登記・移転登記手続、破産債権の届け出など）は、財産の現状を維持し保全することを目的とするものであり、債務者にとっては不利益がないものをいう。

プラクティス 187 頁

そこで、債務者の資力の有無を問わず、保存行為として必要な範囲で債権者代位権の行使が認められるべきである。

これに対し通説は、無資力要件の趣旨からすれば、債務者に十分な資力がある場合には、債務者の財産管理の自由に対する介入を例外的に許容できる事情を欠くとして、保存行為としての債権者代位権行使であっても許されないと解している。

（イ）個別権利実現準備型の債権者代位権

プラクティス 211～212 頁

（i）意義

特定の債権（個別の権利）を実現する準備のために債権者代位権が用いられる場面では、責任財産の保全を目的としているわけではないから、債務者の資力状態は意味を持たない。そこで、債権者代位権の成立要件として債務者の無資力は不要と解すべきであり、さらに、被

¹⁾ 債権者代位訴訟では、資力回復の抗弁は問題とならない。詐害行為取消訴訟の場合には、詐害行為時の無資力も主張立証する必要があるため、その時点から事実審口頭弁論終結時までの間における資力回復が問題となるが、債権者代位訴訟の場合に主張立証すべきは事実審の口頭弁論終結時における無資力だけだからである。

代位権利の目的が可分である場合の被保全債権額上限ルールも適用されない（423条の7は、423条の2を準用していない）。

もっとも、この場面でも、財産権絶対の原則に由来する債務者の財産管理に対する介入の抑制という考えが妥当するから、特定の債権を保全する必要性（個別の権利を実現するために被代位権利が行使されることが必要であるという関係）が要求されると解すべきである。

（ii）登記・登録請求権を保全するための債権者代位権

〔新〕423条の7

登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産を譲り受けた者は、その譲渡人が第三者に対して有する登記手続又は登録手続をすべきことを請求する権利を行使しないときは、その権利を行使することができる。この場合においては、前3条の規定を準用する。

改正前民法下では、個別権利実現準備型の債権者代位権の行使は、債権者代位権の「転用」と呼ばれ、判例・学説により認められていた。

423条の7は、個別権利実現準備型の債権者代位権のうち、登記・登録請求権を実現する準備のための債権者代位権を明文化した。

条文で債務者の無資力について定められていないことに加え、責任財産の保全を目的としているわけではないため債務者の資力状態は意味を持たないことからしても、債務者の無資力は不要である。

また、条文上、被保全債権額上限ルール（423条の2）・代位債権者の直接請求権（423条の3）の準用が除外されている。

（iii）個別権利実現準備型の債権者代位権の肯否

個別権利実現準備型の債権者代位権は、423条の7で明文化されているもの以外でも認められるか。

〔論点1〕個別権利実現準備型の債権者代位権の肯否・要件

確かに、債権者代位権は責任財産保全を本来的目的とする制度であるから、個別権利実現準備型の債権者代位権は、423条の7で定めるもの以外では認められないとも思える。

しかし、改正民法が特定の債権の実現を目的とする個別権利実現準備型の債権者代位権に関する一般規定を設けなかったのは、適用範囲が不明確とならないような形で要件を定めることが困難であることに配慮し、可否・要件について解釈に委ねるためである。

そこで、個別権利実現準備型の債権者代位権は、423条の7で定められているもの以外でも認められると解する。

この場合、責任財産の保全を目的としているわけではないため、債務者の資力状態は意味を持たないから、「債権を保全するために必要があるとき」として債務者の無資力は不要である。

もっとも、財産権絶対の原則に由来する債務者の財産管理への介入の抑制という考えが妥当するから、「債権を保全するために必要があるとき」として、特定の債権を保全する必要性が要求されると解すべきである。

A

概要 83 頁

(具体例)

・登記請求権を保全するための転用

➡ A⇒B⇒Cと順次、土地が売買され、Aに登記名義が残っている場合には、CのAに対する中間省略登記請求が認められないことから、Cは、Bに対する所有権移転登記請求権を被保全債権として、BのAに対する所有権移転登記請求権を代位行使する。もっとも、Cが直接自己への移転登記を求めることはできない。

・不動産賃借権を保全するための転用

➡ Bから土地を賃借しているCは、借地上にゴミを不法投棄しているAに対して、賃借権を被保全債権として、BのAに対する土地所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使することができる。

・抵当不動産の担保価値を維持するための転用

➡ B所有地につき抵当権を有するCは、同土地の不法占有者Aに対し、担保価値維持請求権を被保全債権として、BのAに対する土地所有権に基づく返還請求権を代位行使することができる。

・売主の共同相続人の一方の代金債権を保全するための転用

➡ 売主の共同相続人の一方(C)は、買主(B)の同時履行の抗弁権を失わせて自己の代金債権を確保するために、代金債権を被保全債権として、登記に応じない共同相続人(A)に対する買主(B)の所有権移転登記請求権を代位行使することができる。

・建物買取請求権を保全するための転用

➡ 判例は、借地上建物の賃借人による建物賃借権保全目的での建物賃貸人の土地所有者に対する建物買取請求権の代位行使が問題となった事案において、債権者代位権を行使するには、「その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全されるという関係が存在することを要するものと解される。」と述べた上で、建物買取請求権の代位行使により建物賃貸人が受けるべき利益は建物の代金債権に過ぎないのであり(建物買取請求権行使の結果、建物所有権を失うことは、建物賃貸人にとり不利益であって、利益ではない)、建物代金債権により借地上建物の賃借人の建物賃借権が保全されるものでないことは明らかであるとして、転用を否定している。

・不動産賃借権保全のための転用

➡ 賃貸不動産の使用収益が第三者により妨害されている場合、賃借人において賃借権を保全するための手段としては、①占有保持の訴え(198条:妨害前に占有を開始していることが必要)、②對抗要件(605条、借10条1項、借31条1項)を備えた不動産賃借権に基づく妨害排除請求権(605条の4)、③賃貸人(兼所有者)の第三者に対する所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使(423条の1項本文)が考えられる。②は、第三者が二重賃借人であっても認められる。これに対し、③は、第三者が二重賃借人である場合、賃借権の抗弁を対抗されることになる(423条の4)から、認められない。

最大判 H11.11.24

最判 S50.3.6

最判 S38.4.23

プラクティス 216～217 頁

(3) 被保全債権の履行期の到来

債務者の財産管理権への介入は抑制的であるべきだから、履行期未到来であれば原則として債権者代位権が与えられない(423条2項本文)。

プラクティス 184～185 頁

(4) 債務者の被代位権利の不行使

債務者が既に権利を行使している場合、代位行使を許すと債務者の財産管理権への不当な介入となるため、代位行使は認められない。

プラクティス 187～188 頁

最判 S28.12.14

したがって、第三債務者は、債権者代位権の発生を障害する抗弁として、債務者が権利を行使したことを主張立証することができる。

(5) 被代位権利の存在

債務者に属する権利たる「被代位権利」が存在していることが必要である。

(6) 被代位権利が「債務者の一身に専属する権利」と「差押えを禁じられた権利」のいずれにも当たらないこと（423条1項但書）

プラクティス 189～198 頁

ア. 代位の対象となる権利

債権の引き当てになる責任財産の保全（これによる強制執行の準備）という制度趣旨から、共同担保の保全に適する権利はすべて代位の対象となる。

例えば、形成権（第三者のためにする契約の受益の意思表示、解除権、買戻権、相殺権、時効援用権等）、公法上の権利（登記申請権等）、訴訟上の権利のうち直接に実体法上の権利を主張する形式のもの（訴訟の提起、強制執行の申立て、請求異議訴訟・第三者異議訴訟の提起、仮処分命令の取消しの申立て等）、債権者代位権、詐害行為取消権などが挙げられる。

これに対し、共同担保に適さない権利は、代位の対象とならない。

イ. 代位の対象とならない権利

423条1項但書は、代位の対象とならない権利として、「債務者の一身に専属する権利」と「差押えを禁じられた権利」を挙げている。

(ア)「債務者の一身に専属する権利」

(i) 行使上の一身専属性の判断方法

同条1項但書前段の趣旨は、債務者の権利行使意思を尊重することにある。そこで、「債務者の一身に専属する権利」とは、行使上の一身専属性を意味すると解する。

債務者の権利行使意思を尊重すべき要請がある一方で、責任財産保全の要請もあるのだから、債務者の権利行使意思を尊重すべき行使上の一身専属性に当たるか否かは、両者の要請を比較衡量して判断すべきである。

(ii) 財産権的な性質を有する身分上の権利

- ・財産権的な性質を有する身分上の権利については、財産権的な権利であることからくる責任財産保全の要請と、身分上の権利であることからくる身分行為意思尊重の要請があるから、両者の比較衡量により行使上の一身専属性を判断すべきである。
- ・離婚に伴う財産分与請求権（768条）は、協議・審判等によって具体的内容が形成された時点で財産権としての性質と具体的内容を獲得することになるから、それよりも前に代位行使することはできない。
- ・相続回復請求権（884条参照）は、相続人に帰属する個別の物権的請求権と对人的請求権の集合体である（個別的請求権説）。この立場からは、個別の財産的請求権と別個独立に相続回復請求権があるわけではないから、相続回復請求権について物権的請求権その他の

行使上の一身専属性以前の問題として、「被代位権利」に当たらない。

財産的請求権と区別して取り扱う必要はない。したがって、相続回復請求権であることを理由として行使上の一身専属性が認められるとは解されない。

- ・遺産分割請求権については、相続分が既に相続により確定した遺産持分権であり、譲渡性が認められているとの理由から、行使上の一身専属性が否定されている（通説）。
- ・相続の承認・放棄については、代位債権者が相続債権者の場合と相続人債権者の場合とで、代位債権者がもつ債務者の一般財産から満足を得る期待・利益の要保護性が異なり得るとの理由から、区別して検討する見解もある（相続債権者との関係では行使上の一身専属性を肯定、相続人債権者との関係では行使上の一身専属性を否定）。
- ・遺留分侵害額請求権については、それを行使するかが専ら遺留分権利者の自律的決定に委ねられているから（1046条、1049条参照）、遺留分権利者がこれを第三者に譲渡するなど、権利行使の確定的意思を有することを外部に表明したと認められる特段の事情がある場合を除き、行使上の一身専属性が認められると解されている。
- ・慰謝料請求権には、行使上の一身専属性がある。もっとも、いったん被害者が権利を行使し、具体的な金額が確定すれば、確定的な権利行使意思が認められるから、「債務者の一身に専属する権利」に当たらなくなると解する。

最判 H13.11.22・百Ⅲ93〔改正前民

法下の判例〕

最判 S58.10.6

（iii）消滅時効の援用

確かに、民法は、時効を援用するかどうかを援用権者の意思にかかせている（145条参照）から、時効援用権には行使上の一身専属性が認められそうである。

しかし、債務者が無資力である場合、将来の弁済を期待する債権者の意思よりも現時点で債権の保全を図ろうとする債権者の利益を優先するべきである。

そこで、債権の消滅時効の援用権には行使上の一身専属性が認められないと解する。

最判 S43.9.26

（iv）無効・取消しの主張

- ・意思無能力による「無効」（3条の2）は、意思無能力者（側）のみが主張できる相対的無効であると解されるから、行使上の一身専属性が認められそうである。もっとも、代位債権者にとっての債権保全の必要性和相対的無効と理解することによる表意者の自己決定権保護の必要性和を衡量するならば、表意者の資力が債務の弁済に十分でない場合にまで自らのした意思表示に関する表意者の自己決定権を尊重する必要はないから、行使上の一身専属性が否定されるべきである。
- ・債務者が錯誤に基づき自己所有物を処分（売買等）した事案では、無資力に陥り自己の債務を弁済できていないにもかかわらず、錯誤の事実を認識しながら錯誤取消しの主張しない表意者の意思を尊重

する必要性は乏しいから、目的物返還請求権の代位行使の前提となる、錯誤取消しの意思表示の代位行使も認めるために、錯誤取消しの意思表示について行使上の一身専属性を否定すべきである。

(イ)「差押えを禁じられた権利」

「差押えを禁じられた権利」は代位の対象とならない(423条1項但書)。「差押えを禁じられた権利」は責任財産を構成しないため、これを代位行使することは強制執行の準備として無意味だからである。

2. 要件事実

(1) 請求原因

①被保全債権の発生原因

➡被保全債権やその発生原因は被代位権利よりも前に成立している必要はない。

②被保全債権の保全の必要性

➡責任財産保全型では、債務者の無資力

個別権利実現準備型では、特定の債権を保全する必要性

③被代位権利の発生原因

➡債権者代位訴訟の訴訟物である権利の発生原因事実という位置づけ

プラクティス 182～183 頁

①・②は当事者適格という訴訟要件
を基礎づける事実

(2) 抗弁

ア. 被代位権利に付着している抗弁

被代位権利代は債務者の第三債務者に対する権利であるため、第三債務者が債務者自身による権利行使の場合に比べて不利な地位に置かれるべきではないから、原則として、債権者代位権の「相手方」である第三債務者は、「債務者に対して主張することができる抗弁をもって、債権者に対抗できる」(423条の4)。¹⁾

これに対し、代位債権者(原告)が第三債務者(被告)に主張(対抗)できる事由は、債務者自身が第三債務者に主張(対抗)できる事由に限られる。代位行使されている被代位権利は債務者の権利だからである。

イ. 債務者による権利行使

債務者による権利行使は、債権者代位権の(発生)障害事由として抗弁に位置づけられる。

¹⁾ C(第三債務者)とB(債務者)が通謀してCがBに不動産を贈与することを内容とする贈与契約(549条)を仮装(94条1項)したところ、A(Bの債権者)がBに対する貸金債権を被保全債権として、BのCに対する贈与契約に基づく所有権移転登記請求権を代位行使(423条1項本文)したという事案では、Cから、被代位権利の発生障害事由として通謀虚偽表示を理由とする贈与契約の無効の抗弁(423条の4、94条1項)が主張されることが想定される。では、代位債権者Aは、94条2項の「善意の第三者」の再抗弁を主張することができるか。

確かに、代位債権者が第三債務者に主張できる事由は、債務者自身が第三債務者に主張できる事由に限られるところ、Bは通謀虚偽表示の当事者であり「第三者」に当たらないため「善意の第三者」の再抗弁を主張し得る地位にないから、代位債権者Aも「善意の第三者」の再抗弁を主張できないはずである。しかも、判例・通説では、代位債権者自身も94条2項の「第三者」に当たらないと解されている。しかし、債権者代位権の強制執行準備機能に照らせば、差押債権者(この者は、94条2項の「第三者」に当たる)に対抗することができない抗弁は、代位債権者にも対抗することができないと解すべきである(代位債権者は、代位権行使後、増大した責任財産への差押債権者として登場することが制度上予定されているからである)。そこで、債権者代位権の強制執行準備機能に照らし、Cの通謀虚偽表示を理由とする無効の抗弁が制限されると解すべきである(プラクティス 201～202 頁)。

ウ. 履行期の合意

履行期が到来していることを請求原因とする見解と、履行期があることを債権者代位権の障害事実として抗弁に位置づける見解がある。

後者の見解では、履行期の抗弁に対する再抗弁として、⑦履行期の到来、⑧当該行為が保存行為であること（同条2項但書）の2点が考えられる。

エ. その他

被保全債権・被代位権利の成立原因の無効・取消しなども考えられる。

プラクティス 183 頁は後者の見解
を支持

3. 債権者代位権の行使

(1) 方法

債権者代位権は、債務者の財産を管理することを内容とする債権者固有の権利（債権に由来する権利）である。

債権者は、自己の名で、他人（債務者）の権利（被代位権利）を行使する。詐欺行為取消権と異なり、裁判上で行使する必要はない。

プラクティス 198～199 頁

(2) 代位権行使の範囲

〔新〕423条の2

債権者は、被代位権利を行使する場合において、被代位権利の目的が可分であるときは、自己の債権の額の限度においてのみ、被代位権利を行使することができる。

423条の2は、財産権絶対の原則に由来する債務者の財産管理への介入の抑制という考えから、「代位債権の目的が可分であるとき」における被保全債権額上限ルールを定めている。

すなわち、債権者代位権は責任財産保全のために債務者の財産管理の自由に介入する権利であるところ、財産権絶対の原則のもと、債権者代位権による債務者の財産管理への介入はできるだけ抑制的であるべきである。そこで、被代位権利の目的が可分であるときは、被代位権利の行使可能範囲を被保全債権額に限定することが要請されるのである。

概要 78 頁

(3) 相手方に対する直接請求権

ア. 金銭・動産

〔新〕423条の3

債権者は、被代位権利を行使する場合において、被代位権利が金銭の支払又は動産の引渡しを目的とするものであるときは、相手方に対し、その支払又は引渡しを自己に対してすることを求めることができる。この場合において、相手方が債権者に対してその支払又は引渡しをしたときは、被代位権利は、これによって消滅する。

(ア) 直接請求権の明文化

423条の3は、債務者による隠匿・受領拒否のおそれに対処して債権者代位権の実効性を確保するために必要であると理由から、動産・金銭に関する直接請求権を明文化した（同条前段）。

(イ) 金銭を受領した代位債権者の相殺を通じた事実上の優先弁済

代位債権者は、被保全債権を自働債権、受領した金銭についての不当利得返還請求権（703条）を受働債権とする相殺（505条1項）により、被保全債権について事実上優先弁済を受けることができる。

概要 78～79 頁

その結果、金銭債権についての債権者代位権の行使は、債権の取立訴訟（民執157条）と同様の機能を果たすことになるが、債務名義が不要であるため、通常の強制執行手続よりも簡便な債権回収手段として機能することになる。

もともと、債権者代位権が行使されても、債務者が被代位権利たる金銭債権について自ら取り立てることができるうえ（423条の5前段）、第三債務者が自主的に債務者に対して履行をすることもできる（423条の5後段）のだから、債務者が第三債務者からの履行を受領することで被代位権利を消滅させることで、代位債権者が相殺を通じて被保全債権について事実上優先弁済を受けることになる結果を阻止することが可能である。

（ウ）第三債務者が直接請求に応じた場合

被代位権利は消滅する（423条の3後段）。

イ. 不動産登記

改正前民法下では、不動産の移転登記請求権を代位行使する代位債権者は直接自己に移転登記するように請求することについて、（i）総債権者の共同担保の保全という制度趣旨に反する、（ii）不動産については登記を債務者名義にすることは債務者の意思に反してでも可能であるから直接請求権を認めなくても債権者代位権の実効性を確保できるとの理由から、否定すべきであると解されていた。

改正民法も、動産・金銭の直接請求権を明文化する一方で、不動産の移転登記に関する直接請求権については敢えて明文化していないから、後者を否定する趣旨であると解される。

そこで、改正民法下でも、否定説に立つべきである。

（4）債務者に対する訴訟告知

概要 81～82 頁

〔新〕 423 条の 6

債権者は、被代位権利の行使に係る訴えを提起したときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。

債権者代位訴訟は代位債権者を担当者・債務者を被担当者をとする法定訴訟担当だから、判決力が債務者にも拡張される（民訴115条1項2号）。

そこで423条の6は、債権者代位訴訟の判決の効力が拡張される債務者について訴訟手続に関与する機会を保障するために、債権者代位訴訟を提起した場合に遅滞なく債務者に対して訴訟告知をすることを義務付けた。

4. 債務者の取立てその他の処分の権限等

〔新〕 423 条の 5

債権者が被代位権利を行使した場合であっても、債務者は、被代位権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられない。この場合においては、相手方も、被代位権利について、債務者に対して履行をすることを妨げられない。

（1）債務者の処分権限は制限されない

概要 80～81 頁

改正民法 423 条の 5 前段は、「債権者が被代位権利を行使した場合であつ

でも、債務者は、被代位権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられない。」と定めることで、債権者代位権の行使により債務者の処分権限が制限されんとする改正前民法下の判例法理を変更した。

したがって、債務者は、第三債務者に対して権利行使をすることができるし、第三債務者も債務者に対して履行をすることができ、債務者が第三債務者からの履行を受領すれば、被代位権利は消滅する（423条の5）。債権者代位訴訟で代位債権者が自己に直接弁済すべき旨の勝訴判決を得て、これが確定した場合であっても、同様である。

（i）債権者が第三債務者による弁済を禁止したいのであれば、被代位権利に対する仮の差押え（民保50条1項）をすることになり、（ii）第三債務者による弁済のみならず債務者による取立てその他の処分を禁止したいのであれば、被代位権利について債務名義を得た上で、被代位権利に対する差押え（民執145条1項）をすることになる。

このように、債務者の処分権限・弁済受領権を制限することで責任財産の保全・強制執行の実効性確保をしたいのであれば、民事保全・執行手続を使うべきことになる。

（2）他の債権者による差押え・代位行使

概要 82 頁

債務者の処分権限が制限されないため、他の債権者は、被代位権利を差し押さえたり、代位行使することができる。

もっとも、既に債権者代位訴訟が提起されている場合に他の債権者が同一権利を被代位権利とする債権者代位訴訟を提起することは、重複起訴（民訴142条）として禁止される。（i）同一権利を被代位権利とする点で訴訟物の同一性があり、（ii）債権者代位訴訟の判決の効力が債務者に拡張される（民訴115条1項2号）ことを経由して他の債権者にも反射的に及ぶと解される点で当事者の同一性もあるため、同一「事件」についてその「係属中」に「更に訴えを提起」する場合に当たるからである。

5. 債権者代位権の効果

民法（全）269～270 頁

（1）強制執行準備機能

代位債権者は、債務者の権利を行使したのだから、その行使の結果は、直接に債務者に帰属し、獲得した財産は債務者の財産となり、総債権者の共同担保（責任財産）となる。

したがって、代位債権者も、代位によって優先弁済権を取得するわけではなく、他の債権者とともに、強制執行を経て債権額に応じた平等弁済をうけることができるにとどまる。

（2）事実上の優先弁済効

金銭債権を代位行使する債権者は、金銭の直接請求権（423条の3前段）により受領した金銭についての不当利得返還請求権（703条）を受働債権、被保全債権を自働債権とする相殺（505条1項）により、被保全債権について事実上優先弁済を受けることができる。

詳細につき、総まくり 194 頁・(3)

ア(イ)

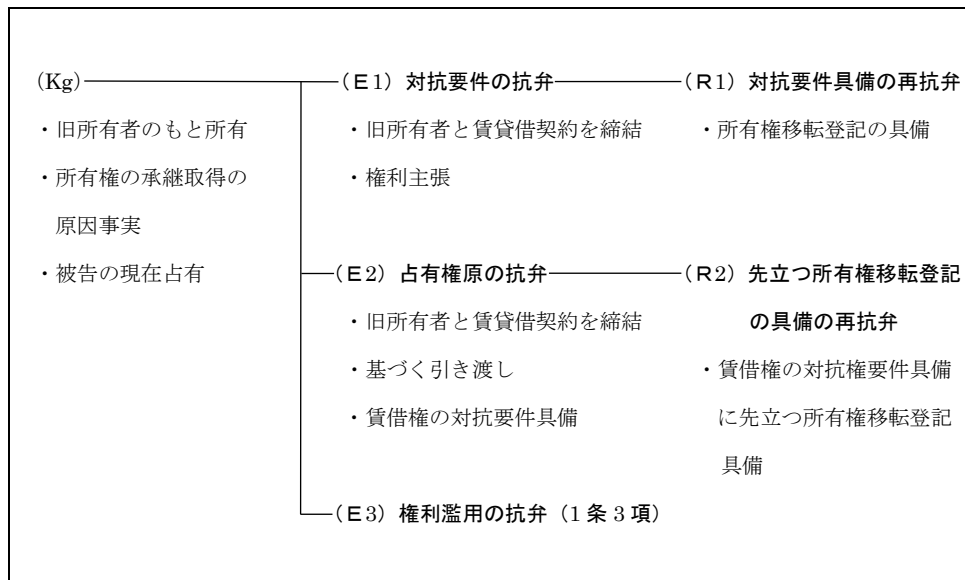
第3節 賃貸不動産の所有権の移転

賃貸不動産の所有権が移転した場合に、①新所有者が賃借人に対して所有権に基づく返還を請求することと、②新所有者が賃借人に対して賃貸人の地位を主張して賃料請求等を行うことが考えられる。

A

1. 新所有者の賃借人に対する所有権に基づく返還請求

(1) 要件事実



新所有者の賃借人に対する所有権に基づく返還請求訴訟では、新所有者は、賃貸人たる地位を主張しているのではないから、「新賃貸人としての地位の主張と所有権移転登記の要否」という問題は生じない。

(2) 論点

[論点 1] 対抗要件の抗弁 (E1)

不動産賃借人は、不動産賃借権の物権化 (605 条、借 10 条 1 項、借 31 条 1 項) に伴い物権取得者 (特に、地上権者) に類似する地位にあるから、新所有者との間で両立し得ない物権相互間の優先的効力を争う関係に立つ者に準ずる者として、「第三者」 (177 条) に当たるといえる。

したがって、賃借人は、対抗要件の抗弁を提出できる。

A

最判 S38.5.24 等
佐久間 I 64 頁

[論点 2] 賃借権に基づく占有権限の抗弁 (E2)

(論証 1) 売買は賃貸借を破る

所有権は絶対権たる物権だから、万人に対して主張できる。

これに対して、賃借権は相対権たる債権だから、契約当事者である賃貸人に対してのみ主張でき、新所有者には主張できないのが原則である。

したがって、原則として、賃借人は、新所有者との関係では、当該物件を権原なしに不法に占有していることとなり、新所有者からの所有権に基づく返還請求に応じなければならない。

(論証 2) 抗弁事実

賃借権は相対権たる債権であり、対抗要件の具備によりはじめて新たな物権取得者に対抗できる占有権原となるのである。

そこで、抗弁事実としては、①賃貸借契約の締結、②①に基づく引渡しに加えて、③賃借権の対抗要件具備 (民法 605 条、借地借家法 10 条 1 項、31 条 1 項) も主張・立証する必要がある。

A

新所有者は、再抗弁として、賃借権の対抗要件具備に先立ち、所有権移転登記が具備されたことを主張・立証することができる。

〔論点 3〕 権利濫用の抗弁（E3）

対抗要件の抗弁（E1）も賃借権に基づく占有権限の抗弁（E2）も認められない場合には、さらに、権利濫用の抗弁が問題となり得る。

権利濫用により権利行使が制限されるかは、①権利行使の制限による権利者の不利益と権利行使による他者・社会の不利益とを比較考量した上で、②さらに権利者の主観的態様（権利行使の際の加害目的や加害の意図など）も考慮して判断するべきである。

A

民法（全）5頁

最判 S38.5.24

大判 S10.10.5・百11（宇奈月温泉事件）

2. 新所有者の賃借人に対する賃貸人の地位の主張

（1）賃貸不動産の所有権の譲渡による賃貸人の地位の移転

〔新〕 605 条の 2

- ① 前条、借地借家法（平成 3 年法律第 90 号）第 10 条又は第 31 条その他の法令の規定による賃貸借の対抗要件を備えた場合において、その不動産が譲渡されたときは、その不動産の賃貸人たる地位は、その譲受人に移転する。
- ② 前項の規定にかかわらず、不動産の譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨及びその不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しない。この場合において、譲渡人と譲受人又はその承継人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保されていた賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転する。
- ③ 第 1 項又は前項後段の規定による賃貸人たる地位の移転は、賃貸物である不動産について所有権の移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができない。
- ④ 第 1 項又は第 2 項後段の規定により賃貸人たる地位が譲受人又はその承継人に移転したときは、第 608 条の規定による費用の償還に係る債務及び第 622 条の 2 第 1 項の規定による同項に規定する敷金の返還に係る債務は、譲受人又はその承継人が承継する。

ア. 要件

①賃貸「不動産が譲渡されたとき」（605 条の 2 第 1 項）

➡賃貸不動産の所有権が譲渡されことを意味する。

不動産の買主（B）が当該不動産を第三者（C）に賃貸した後に、売主（A）が当該不動産の売買契約を債務不履行解除したことにより当該不動産の所有権が売主（A）に復帰した場合（AB 売買⇒BC 賃貸借⇒AB 売買解除⇒所有権が A に復帰）は、「不動産が譲渡されたとき」に当たらないが、この場合にも同条の基礎にある状態債務論が妥当するから、同条の類推適用が認められると解すべきである。

地上権者が賃貸人である場合における当該地上権の譲受人についても、同条が類推適用される。

②不動産賃借権が「前条、借地借家法…第 10 条又は第 31 条その他の法令の規定による…対抗要件を備えた」（605 条の 2 第 1 項）

➡不動産賃借権が対抗要件を備えている場合には、賃貸借関係が当該不動産の所有権と結合するという状態債務関係が認められるから、不動産所有権の移転に伴いそれに付着した賃貸借関係も移転するという状態債務

総まくり 314 頁・2（1）ア

概要 296 頁

民法講義IV496～497 頁、基本講義
I 157 頁、詳解 459 頁

論を基礎とするものである。

〔論点 4〕 契約解除により所有権が復帰する場合

不動産の買主 B が当該不動産を第三者 C に賃貸した後に、売主 A が当該不動産の売買契約を債務不履行解除したことにより当該不動産の所有権が売主 A に復帰した場合 (AB 売買⇒BC 賃貸借⇒AB 売買解除⇒所有権が A に復帰)、売買契約の解除による所有権の復帰は「不動産の譲渡」に当たらないから、同条 1 項を直接適用することはできない。そこで、類推適用の可否が問題となる。

改正前民法下では、不動産賃借権が対抗要件を備えている場合、賃貸借関係が当該不動産の所有権と結合するという状態債務関係が認められることを根拠として、特段の事情のない限り、不動産所有権の譲渡に伴い賃貸人の地位も当然に移転すると解されていた (状態債務論)。

605 条の 2 第 1 項は、上記の状態債務論を反映した規定であると考えられる。

そして、解除の遡及効も法的擬制にすぎないと解すれば、契約解除による債務者から債権者への復帰的物権変動を観念することができるから、契約解除の場面でも状態債務論が妥当する。

そこで、売買契約の解除により賃貸不動産の所有権が買主から売主に移転する場合には、605 条の 2 第 1 項を類推適用できると解すべきである。

③ 「不動産の譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨及びその不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたとき」に当たらないこと (605 条の 2 第 2 項)

⇒605 条の 2 第 2 項前段は、賃貸不動産の所有権を譲受人に移転する一方で賃貸人たる地位を譲渡人に留保しておく必要性に配慮して、三者間合意や賃借人の承諾を要することなく、譲渡人・譲受人間の合意だけで賃貸人たる地位を譲渡人に留保することができることにしている。

他方で、賃借人が自己の関与なくして「所有権を有しない転貸人との間の転貸借契約における転借人と同様の地位に立たされる」という意味での賃借人の地位の不安定化 (その結果、例えば、譲受人が譲渡人の債務不履行を理由に原賃貸借契約を解除した場合、転貸借も終了し、賃借人は譲受人からの不動産の返還請求に応じなければならなくなる) を防止 (ないし緩和) するために、同条 2 項後段により、譲渡人・譲受人間の賃貸借が終了しても賃借人がその地位を保持し続けることができると定めている。

④ 「賃貸物である不動産について所有権の移転の登記」を備える (605 条の 2 第 3 項)

⇒改正前民法下の判例法理を明文化したものである。学説上、その理由としては、(i) 賃貸人の地位の移転は、所有権取得に伴う効果であるから、賃貸人の地位の移転を対抗するためには、その前提である所有権移転について登記を備える必要がある、(ii) 登記による賃料債務の履行相手を

A

詳解 462～465 頁

最判 H11.3.25・百 II [6 版] 33 参照

譲渡人と譲受人の承継人との間の賃貸借が終了したときも同様である。

最判 S49.3.19・百 II 59

民法講義 IV 498 頁

佐久間 II 68～69 頁

知ることに関する賃借人の利益を保護する必要性が挙げられていた。¹⁾

⑤賃借人の承諾は不要である

➡605条の2第3項・605条の3前段の反対解釈により、改正民法下でも賃借人の承諾は不要であると理解されている。改正前民法下の判例も、賃貸人としての債務は所有者であれば誰でも履行できる没個性的なものであるため、賃貸人の地位の移転は賃借人にとって不利益ではないとの理由から、不要説に立っていた。

詳解 459 頁、民法講義IV 495 頁

最判 S46.4.23

イ. 効果

(ア) 賃貸人の地位の主張（対抗）

前記①～④を満たすことにより、賃貸人の地位が譲受人に移転するとともに、譲受人が承継した賃貸人の地位を賃借人に対抗できることになる。譲受人は、賃貸人として、賃借人に対して賃料の支払いを請求することもできるし、解除権等を行することもできる。

民法（全）425 頁

(イ) 敷金返還債務の承継

敷金返還債務は未払債務の控除後の残額の限度で譲受人に承継される（605条の2第4項）。理由は、敷金（設定）契約は賃貸借契約により賃借人が賃貸人に対して負担する一切の債務を担保することを目的とした賃貸借契約に付随する（従たる）契約であるため、賃貸人の地位に付随してこれとともに譲受人に移転するという考えにある。

改正前民法下の判例法理（最判 S44.7.17）の明文化。

(ウ) 費用償還債務の承継

賃貸人の賃借人に対する費用償還債務（608条）も譲受人に承継される（605条の2第4項）。²⁾

改正前民法下の判例法理（最判 S46.2.19）の明文化。

(2) 譲渡人・譲受人間の合意による賃貸人の地位の移転

[新] 605条の3

不動産の譲渡人が賃貸人であるときは、その賃貸人たる地位は、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人と譲受人との合意により、譲受人に移転させることができる。この場合においては、前条第3項及び第4項の規定を準用する。

605条の3は、①譲渡人・譲受人間における賃貸人の地位を移転する旨の合意、②賃貸不動産について所有権移転登記の具備を要件として、賃貸人の地位の移転（及びその対抗）を認めるものである。

¹⁾ 上記(ii)に対しては、供託の制度(474条)や表見受領権者に対する弁済の制度(478条)によって保護すれば足りるとの批判もある(佐久間II 68~69頁)。

²⁾ 有益費用償還債務は契約終了時の賃貸人が負担するから、承継を認める実益は乏しい(詳解 462頁)。

第11章 相続

相続は被相続人の死亡（882条）により開始し、相続開始の場所は被相続人の住所地である（883条）。

民法は、相続人（＝被相続人の相続財産を包括承継することのできる一般的資格）の種類・範囲を画一的に定めており、被相続人の意思により相続人を創設することはできない。

相続人の順位は、第一順位：子（887条1項）、第二順位：直系尊属（889条1項1号）、第三順位：兄弟姉妹（889条1項2号）である。配偶者は常に相続人となる（890条前段）。

1. 同時存在の原則

相続人は、被相続人の死亡時に権利主体として存在していなければならないのが原則である。

胎児の出生擬制（886条）・代襲相続（887条2項・3項、889条3項）はその例外である。

2. 相続欠格・推定相続人の排除

相続欠格とは、相続人となる一般的資格を有する者について、相続制度の基盤を破壊する行為を行った場合に、家族関係においてあるべき適正な秩序の維持という公益的理由から、被相続人の意思・意向を問うことなく法律上当然に相続資格を喪失させる制度である（891条）。

推定相続人の排除とは、被相続人の意思により家庭裁判所が推定相続人の相続資格を奪う制度である（892条、893条）。排除は、遺留分を有する推定相続人（配偶者・子・直系尊属 - 1028条参照）についてのみ認められる。遺留分を有しない推定相続人（兄弟姉妹）については遺言により対応できるからである。

3. 相続の放棄と承認

推定相続人には、①単純承認（920条）、②限定承認（922条）、③相続放棄（939条）という3つの選択可能性が与えられている。熟慮期間（相続人が「自己のために相続の開始があったことを知った時」¹⁾から3ヶ月 - 915条1項本文）の間に限定承認又は放棄をしなかったときは、単純承認をしたものとみなされる（921条2号）。なお、限定承認・相続放棄は家庭裁判所に対する申述を要する（924条、938条）。

相続放棄・承認の意思表示は、熟慮期間内であっても撤回できない（919条1項）。他方で、㉠制限行為能力者であること・錯誤・詐欺・脅迫を理由とする取消し（2項）、㉡方式違反の相続放棄、熟慮期間経過後の意思表示、無権代理を理由とする無効は認められる。なお、身分関係の早期安定のため、㉢の取消権の行使期間は短期6箇月・長期10年に短縮されている（3項）。

¹⁾ 熟慮期間の起算点である「自己のために相続の開始があったことを知った時」とは、「相続開始の原因たる事実」のみならず「自己が法律上相続人となった事実」を知った時を意味する（最判 S59.4.27・百Ⅲ76）。

4. 相続人の不存在

相続人のあることが明らかでない場合、相続財産の管理・清算という目的の限りで被相続人の権利義務を承継する相続財産法人が作り出され、家庭裁判所によって選任された相続財産管理人（952条1項）が相続財産法人の代理人として相続財産の管理・清算を行う。

5. 特別縁故者への相続財産の分与

相続人がいないことが確定した場合に、家庭裁判所の裁量により、残余財産を特別縁故者に分与するという制度である（958条の3）。

特別縁故者への相続財産の分与は家庭裁判所の裁量判断に属するものであり、特別縁故者に分与請求権が認められるわけではない。

6. 相続の要件事実

相続の要件事実としては、まず、①相続の開始要件としての被相続人の死亡（882条）と、②原告が相続人（889条、890条）であること、を主張する必要がある、この点について争いはない。

争いがあるのは、①・②に加えて、原告以外の相続人がいないことについてまで主張する必要があるかという点である（のみ説 vs 非のみ説）。

通説・実務は、非のみ説である。つまり、原告は①・②のみを主張すれば足り、原告以外に相続人がいることは抗弁になると考えるのである。

さらに、③被相続人が生前において当該財産を保有していたこと（争いがあれば、前主所有＋取得原因事実まで主張立証する）が必要である。

30講 486頁

（1）相続人が子

他の相続人がいる場合であっても、子及び配偶者は相続人となることができ、法定相続分が減少するだけであるから、原告以外の他の相続人の存在は、全部抗弁ではなく一部抗弁として機能するにとどまる。

請求：①被相続人の死亡

②原告は被相続人の子である

抗弁：配偶者、原告以外の子の存在

30講 486～487頁

（2）相続人が父母

請求：父母は、「第887条の規定により相続人となるべき者（子又はその代襲者）がいない場合」にはじめて相続人となることができる（889条1項）のだから、①被相続人の死亡、②原告が被相続人の父であることに加えて、③被相続人には子（及びその代襲者）がいないことも必要である。

抗弁：被相続人に配偶者や母がいることが一部抗弁となる。

30講 487頁

（3）相続人が兄弟姉妹

請求：兄弟姉妹は、子（及びその代襲者）並びに直系尊属がいない場合にはじめて相続人となることができる（889条1項、2項）のだから、①被相続人の死亡、②相続人が被相続人の兄であることに加えて、③被相続人には子（及びその代襲者）並びに直系尊属がいないことも必要である。

抗弁：被相続人の配偶者や原告以外の兄弟姉妹がいることが一部抗弁となる。

7. 遺産共有

複数の相続人（＝共同相続人）は、各自の相続分に応じて相続財産を共有する（898条）。

遺産共有状態は、暫定的な相続財産の帰属状態であり、相続財産を構成する個々の権利義務が終局的かつ個別的に個々の共同相続人に帰属するためには、さらに遺産分割の手続を経なければならない。

〔論点 1〕 金銭債権・金銭債務

金銭債権・金銭債務は、法律上当然に相続分に従い分割され、各共同相続人に帰属する。

〔論点 2〕 連帯債務

連帯債務は、債権の満足・確保という共同の目的を達成する手段として相互に関連結合しているが、可分であることは通常金銭債務と同様である。

そこで、連帯債務者の1人が死亡した場合、共同相続人は各自の相続分に従い連帯債務を分割承継し、各自その承継した範囲において本来の債務者とともに連帯債務者となると解する。

なお、分割承継とする考えに対しては、担保力が弱くなり、連帯債務としての意味がなくなるという批判もある。しかし、全額承継を認めると、相続という偶然の事情により債権者に過大な保護を与えることになる。このことに、債権者には財産分離の利用（941条以下）のほか、物的担保をとるなどの債権回収のための他の手段もあることも併せ考えると、分割承継により相続人の利益を優先する解釈にも合理性があるといえる。

〔論点 3〕 金銭

金銭は、不動産や他の動産と同様に有体物として捉えられ、遺産共有に取り込まれ、遺産分割の対象となる。

したがって、相続人は、遺産分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して自己の相続分に相当する金銭の支払いを求めることができない。

〔論点 4〕 遺産中の賃貸不動産の賃料債権

遺産を構成する賃貸不動産から生じた賃料債権は、相続開始後に発生したものであるから、当事者の合意によることなく当然に遺産分割の対象となるものではない。

そうすると、遺産分割の遡及効（909条本文）が遺産にしか及ばないことから、遺産分割の対象とされていない不動産の賃料債権の帰属については遺産分割の遡及効により覆されることにはならない。

そこで、遺産を構成する賃貸不動産について相続開始時から遺産分割までに生じた賃料債権について、「各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得する」と解すべきである。²⁾

B

最判 S29.4.8・百Ⅲ65、最判
S34.6.19・百Ⅲ62

B

最判 S34.6.19・百Ⅲ62

一部額についての不等額での連帯
関係が複数出現することになる。

内田IV408頁

B

最判 H4.4.10・百Ⅲ63

B

最判 H17.9.8・百Ⅲ64

その結果、「遺産分割の遡及効によ
り賃料債権取得が遡及的に否定さ
れ、受領した賃料が不当利得にな
る」という帰結にはならない。

²⁾ 最高裁平成17年判決の見解によると、遺産から生じた賃料債権が遺産分割（調停や審判）の対象にならず、賃料債権も含めた柔軟な遺産分割を不可能にするのではないかと懸念もあるが、平成17年最判は、遺産から生じた賃料債権について共同相続人の合意により遺産分割の対象に含めることまで否定する趣旨ではないと思われる（例えば、2008法セミ59頁）。

〔論点 5〕 預金債権

確かに、金銭債権が法律上当然に分割承継されると解されていることから、預金債権についても分割承継されるところも思える。

しかし、普通預金債権は、継続的取引契約である普通預金契約に基づき、1 個の債権として同一性を保持しながら常にその残高が変動し得るものとして、その額を観念的なものとして存続するものである。

そうすると、普通預金債権は、普通預金契約上の地位を準共有する共同相続人が全員で同契約を解約しない限り、同一性を保持しながら常にその残高が変動し得るものとして存在し、各共同相続人に確定額の債権として分割されることはないとは解される。

そこで、共同相続された普通預金債権は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象になると解する。

A

最大決 H28.12.19・百Ⅲ66

通常貯金債権・定期貯金債権についても同様。

8. 相続分

〔計算〕 具体的相続分の算出

相続人各自の具体的相続分は、④⇒③⇒②⇒①の順序で計算して導く。

- ①〔具体的相続分〕＝「一応の相続分」＋「各自の寄与分」－「各自の特別受益たる遺贈・贈与」
(904 条の 2 第 1 項) (903 条 1 項)
- ②〔一応の相続分〕＝「みなし相続財産」×各自の相続分（指定相続分又は法定相続分）
- ③〔みなし相続財産〕＝「被相続人が相続開始時において有した財産」＋「全員の特別受益たる贈与」－「全員の寄与分」
(903 条 1 項) ³⁾
- ④〔相続開始の時ににおいて有した財産〕＝債務（消極財産）を控除しない積極財産の価額

民法（全）625～632 頁

リークエ VI287～299 頁

（1）指定相続分と法定相続分

相続分については、被相続人の遺言による指定（相続分の指定）があればそれにより（902 条）、指定がない場合には民法所定の法定相続分が一応の準則となる（900 条）。

ア. 法定相続分

（ア）子が相続人となる場合（900 条 1 号）

配偶者：2 分の 1

子：2 分の 1

➡非嫡出子の法定相続分を嫡出子の 2 分の 1 とする民法旧規定 900 条 4 号但書前段は、違憲判決を受けて、削除された（平成 25 年 12 月 11 日施行）。

最大判 H25.9.4・百Ⅲ57

³⁾〔みなし相続財産〕を算出する際に「相続開始の時ににおいて有した財産」に加算する「特別受益」は、「贈与」に限られ、「遺贈」は加算されない。遺贈は「相続開始の時ににおいて有した財産」から支弁されるものだからである（民法（全）628 頁）。

(イ) 直系尊属が相続人となる場合 (2号)

配偶者：3分の2

直系尊属：3分の1

(ウ) 兄弟姉妹が相続人となる場合：(3号)

配偶者：4分の3

兄弟姉妹：4分の1

➡半血兄弟姉妹（死亡した被相続人と親族の一方を共通にするだけの者）と全血兄弟姉妹とがいる場合、半血兄弟姉妹の法定相続分は全血兄弟姉妹の半分である（4号但書）。

イ. 指定相続分

(ア) 遺言による相続分の指定

[新] 902条

- ① 被相続人は、前2条の規定にかかわらず、遺言で、共同相続人の相続分を定め、又はこれを定めることを第三者に委託することができる。
- ② 被相続人が、共同相続人中の一人若しくは数人の相続分のみを定め、又はこれを第三者に定めさせたときは、他の共同相続人の相続分は、前2条の規定により定める。

遺留分減殺請求権の効果が物権的效果・現物返還から金銭債権発生のみに変更された（1046条）ことに伴い、遺留分を侵害する特定遺贈や贈与の効力が維持されることになったため（1047条1項）、相続分の指定についても効力を維持することになった。

(イ) 相続分の指定がなされた場合における相続債権者の権利行使

[新] 902条の2

被相続人が相続開始の時ににおいて有した債務の債権者は、前条の規定による相続分の指定がされた場合であっても、各共同相続人に対し、第900条及び第900条の規定により算定した相続分に応じてその権利を行使することができる。ただし、その債権者が共同相続人の一人に対してその指定された相続分に応じた債務の承継を承認したときは、この限りでない。

902条の2は、改正前民法下の判例法理を明文化したものである。⁴⁾

同条は、遺言による相続分の指定についてのみ適用されるから、遺産分割協議において法定相続分と異なる割合で相続債務が承継されることとなった場合については、詐害行為取消権（424条）などにより対処することになる。

(2) 具体的相続分の確定

ア. みなし相続財産

民法は、相続財産に対する各共同相続人の相続分を具体的に確定するにあたって、相続開始時に現存する財産の価額を計算の基礎としたのでは相続人間の公平に反する結果となる場合があることを踏まえて、(i)「特別受益たる生前贈与の価額」を「相続開始の時ににおいて有していた財産の価

概要・相続 9 頁

概要・相続 10～13 頁

最判 H21.3.24・百Ⅲ88

民法（全）626～632 頁

⁴⁾ なお、本判決は「相続人のうちの1人に対して全部財産を相続させる旨の遺言により相続分の全部が当該相続人に指定された場合、遺言の趣旨等から相続債務については当該相続人にすべてを相続させる意思がないことが明らかであるなどの特段の事情のない限り、当該相続人に相続債務もすべて相続させる旨の意思表示されたものと解すべきである」と述べているから、特段の事情のない限り、積極財産に関する指定の割合は消極財産（相続債務）に関する指定の割合と一致することになる。