

第1部 書き方・考え方のコツ

第1章 請求権の選択

A 総まくり1頁

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も明らかにした上で、⑤請求の要件を検討し、⑥⑤の検討過程で論点に言及する、ということができるのであれば十分であり、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

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。

第6部 債権総論

第1章 債権関係とその内容

B 総まくり 161～169 頁

第1節 債権関係

債務は、その強度として、結果債務・手段債務に分類される。

債務の内容は、給付義務・付随義務・付随的義務（保護義務）に分類される。

B 総まくり 161～162 頁

付随的義務は、契約利益の実現に向けられていない点で、付随義務と区別される。

第2節 債権の目的

A 総まくり 162～169 頁

1. 特定物債権

(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。

(2) 効果

ア. 債務者の保存義務

(ア) 保存義務の程度

- ・特定物債権の債務者は、「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」をもって目的物を保存する義務を負う（400条）。

(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

滅失の場合、②③は認められない。

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. 引渡義務

- ・物の所有権を目的とする売買契約における売主は、売買契約に基づく財産権移転債務の内容として、所有権供与義務と目的物引渡義務を負う
 - ➡改正民法下では、特定物売買の売主も、契約に適合する品質を有する特定物を引き渡す義務を負う（562条1項参照）。
- ・現状引渡義務を定めている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」に限り適用される。
 - ➡売主が「引渡しをすべき時の品質」は契約に適合する品質である（562条1項参照）から、売主の引渡義務については、特定物売買の場合も含め、483条は適用されない。

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。

ウ. 特定物の滅失と債務者の責任

（ア）履行請求の場合

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）。

履行請求の可否との関係では、保存義務違反の有無は問題とならない。

（イ）損害賠償請求の場合

特定物が滅失したために、債務者が特定物を引き渡すことができなくなった場合、引渡義務違反を理由とする債務不履行責任を追及（損害賠償請求・契約解除）する余地がある。

目的物滅失事案では、542条1項1号に該当するため、無催告での契約全部の解除が認められ得る。

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・損傷についての危険の移転

567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）

（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。

（2）特定の効果

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）特定の仕方

種類債権の特定の仕方には、当事者の合意・必要行為完了（401条2項前段）・指定権者による指定（401条2項後段）がある。

必要行為完了の内容は、持参債務・取立債務・送付債務により異なる。解釈上争いがあるのは、取立債務における必要行為完了の内容である。

〔論点1〕取立債務における必要行為完了

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。

B

改正前民法下の判例（最判 S30.10.18・百II1）は、左のように、準備・通知・分離が必要であると解していた。

第3章 責任財産の保全

債権者代位権（423条）と詐害行為取消権（424条）は、債権者に対して、債務者が自分の財産の管理を十分に行わない場合に強制執行の準備のために責任財産を保全する権利として、債務者の責任財産の管理への介入を認めたものである。

第1節 債権者代位権

A 総まくり 187～196 頁

1. 実体法上の要件

（1）被保全債権の存在（「自己の債権」）

- ・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。
- ・単なる期待権は、権利の範囲・内容が不確定・不明確であるために被保全債権としての価値を決定できず、それゆえに保全されるべき責任財産の範囲・内容も確定できないから、「自己の債権」に当たらない。具体的内容が形成される前の権利も、同様の理由から「自己の債権」に当たらない。
- ・「強制執行により実現することのできない」債権、すなわち、強制力を欠く債権については、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）。

（2）債権保全の必要性（「保全するため」）

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、債務者の無資力が必要とされる。

もっとも、保存行為の場合、個別権利実現準備型の場合には、債務者の無資力は不要である。

[論点1] 保存行為における無資力要件の要否

保存行為としての代位権行使は、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、債務者にとって不利益がないものだから、債務者の財産管理権との衝突は小さい。

そこで、債務者の無資力は不要であると解する。

C

通説は必要であるとする。

[論点2] 個別権利実現準備型の債権者代位権の肯否・要件

個別権利実現準備型の債権者代位権とは、特定の債権（個別の権利）を実現するために債権者代位権を用いる場合をいう。

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。

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、その可否・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。

A

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。¹⁾

(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)。
- ・保存行為については、履行期の到来を要しない(423条2項但書)。

(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。

(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)

- ・「債務者の一身に専属する権利」とは、債務者の権利行使意思の尊重という趣旨に照らし、行使上の一身専属権を意味すると解される。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権に当たるか否かは、両者の要請を比較衡量して判断すべきである。
- ・「差押えを禁じられた権利」が代位の対象とならないのは、「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の成立が被代位権利に先立つ必要なし。

②被保全債権の保全の必要性

➡責任財産保全型では、債務者の無資力を意味する。

個別権利実現準備型では、特定の債権を保全する必要性を意味する。

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。

(2) 抗弁

①被代位権利に付着している抗弁

➡原則として、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・②は当事者適格という訴訟要件を基礎づける事実

¹⁾ 特定の債権を保全する必要性は、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により認められる。

これに対し、代位債権者が第三債務者に主張（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。²⁾

②債務者による権利行使

③履行期の合意

➡履行期の抗弁に対する再抗弁として、㊸履行期の到来、㊹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。

④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。

請求原因の主張立証により被保全債権の履行期の合意が明らかになる場合には、③は抗弁にならない。

3. 債権者代位権の行使

(1) 代位権行使の範囲

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、「被代位権利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明文化している。

(2) 相手方に対する直接請求権

ア. 金銭・動産

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）。

第三債務者は直接請求に応じた場合、被代位権利は消滅する（後段）。

【論点3】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

金銭を受領した代位債権者は、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。

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。

もっとも、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

A

²⁾ 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。

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。

イ. 不動産

[論点 4] 不動産の移転登記に関する直接請求権

不動産の移転登記に関する直接請求権を認めることは総債権者の共同担保の保全という制度趣旨に反するし、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。

また、改正民法は、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、不動産の移転登記に関する直接請求権は認められないと解すべきである。

A

4. 債務者の取立てその他の処分の権限等

改正民法 423 条の 5 前段は、債権者代位権が行使されても、債務者の被代位権利についての管理処分権は制限されないと定めることで、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 後段)。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。

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。

第 2 節. 詐害行為取消権

A 総まくり 197~214 頁

1. 実体法上の要件 (一般的要件)

(1) 詐害行為取消請求者が「債権」を有していること (424 条 1 項本文)

ア. 債権の種類・性質

- ・被保全「債権」は、責任財産の保全を通じて担保されるべき金銭債権に限られる。
- ・単なる期待権や具体的内容が定まる前の債権は、被保全「債権」に当たらない。

履行期到来は不要 (cf.423 条 2 項)

イ. 特別担保で担保された債権

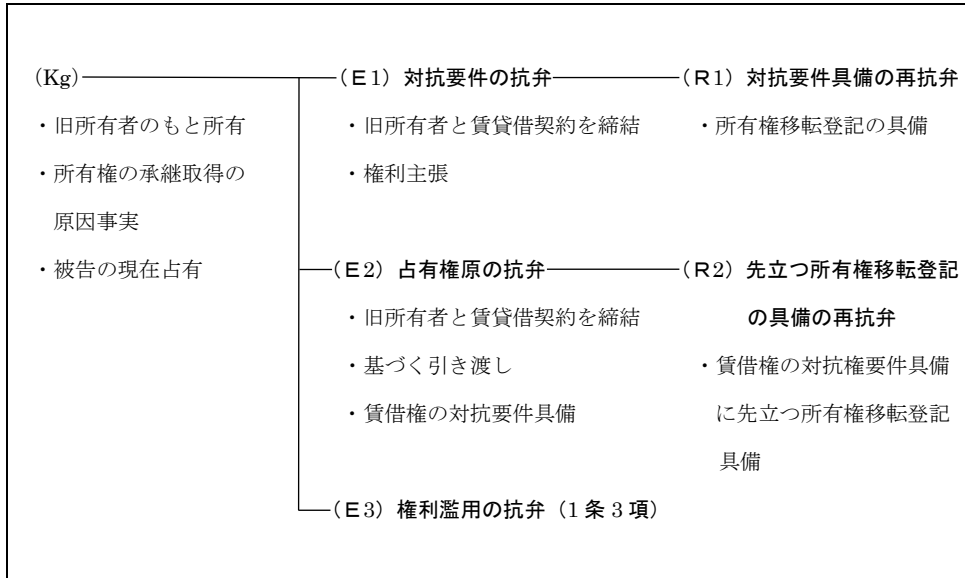
- ・債務者提供の物的担保の場合、物的担保によって満足を受けることができないときにのみ、詐害行為取消権を行使できる (394 条参照)。
- ・物上保証人提供した物的担保の場合及び人的保証の場合には、債権全額

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。

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



A 総まくり 356~364 頁

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

[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借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

最判 S38.5.24

大判 S10.10.5・百 I 1 (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 (605 条の 2)

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。

[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。

A

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。

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。

②不動産賃借権が「対抗要件を備えた」(605 条の 2 第 1 項)

➡民法 605 条、借地借家法 10 条、同法 31 条 1 項、その他の法令の規定による対抗要件を意味する。

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。

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。

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。

最判 S49.3.19・百II 59

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。

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。

(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）。

改正前民法下の判例法理（最判 S44.7.17）が明文化された。

(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）。

改正前民法下の判例法理（最判 S46.2.19）が明文化された。

(2) 譲渡人・譲受人間の合意による賃貸人の地位の移転

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）を認めている。

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）。

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り、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。

（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

（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。

（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。

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。

3. 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。

B

最判 S29.4.8・百Ⅲ65 等

〔論点 2〕 連帯債務

連帯債務も可分な金銭債務である。

そこで、連帯債務者の共同相続人は、各自に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連帯債務者となると解する。

これにより、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。¹⁾

B

最判 S34.6.19・百Ⅲ62

〔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（＝分割承継されない）。

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。

B

最判 H4.4.10・百Ⅲ63

〔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 H17.9.8・百Ⅲ64

〔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

A

最大決 H28.12.19・百Ⅲ66

¹⁾ 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。

²⁾ 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、共同相続人の一方が遺産分割までに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。

て、その額を観念的なものとして存続するものである。

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承継されることはなく、遺産分割の対象になると解すべきである。³⁾

4. 相続分

(1) 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)⁴⁾

④〔相続開始の時に有した財産〕

= 債務(消極財産)を控除しない積極財産の価額

(2) 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)。

(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

最大判 H25.9.4・百III57

³⁾ 909条の2は、遺産分割未了の間は共同相続人全員の同意がない限り預貯金を払い戻すことができない不都合に対処するため、各共同相続人は「預貯金債権額×1/3×自己の法定相続分」の限度で預貯金債権を単独行使できると定めている。

⁴⁾ 「みなし相続財産」を算出する際に「相続開始の時に有した財産」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)。

(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

902条の2は、「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、…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」、法定「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。」と定めることで、改正前民法下の判例法理を明文化した。⁵⁾

最判 H21.3.24・百Ⅲ88

5. 遺産分割

(1) 遺産分割の遡及効⁶⁾

遺産分割は、相続開始時に遡ってその効力を生じる（909条本文）。遺産を構成する個別財産は、相続開始時に被相続人から当該個別財産を取得した相続人に直接移転したという処理がされているのである。

もともと、遺産分割の遡及効は、遺産分割前の「第三者」の権利を害することができない（909条但書）。同条但書の「第三者」は、相続開始後、遺産分割前に、遺産分割の目的物について利害関係を有するに至った者を意味する。同条但書の「第三者」として保護されるためには、善意・悪意は問われないが、対抗要件を備えていることが必要であると解されている。

(2) 遺産分割の解除

[論点1] 債務不履行解除

共同相続人の1人が遺産分割協議において負担した債務を履行しない場合、他の共同相続人が541条又は542条に基づき遺産分割協議を債務不履行解除することができるか。

A

最判 H 元.2.9・百Ⅲ70

確かに、545条1項但書・192条・909条但書という第三者保護規定があるから、解除を認めても対外的な法的安定は害されない。

しかし、解除を認めた場合、共同相続人が再度遺産の全体について分割をやり直さなければならないことになるため、対内的な法的安定が害される。

⁵⁾ 判例（最判 H21.3.24・百Ⅲ88）は、「相続人のうちの1人に対して財産全部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のないことが明らかであるなどの特段の事情がない限り、当該相続人に相続債務もすべて相続させる旨の意思が表示されたものと解すべきである」と判示している。

これは、遺産分割方法の指定は法定相続分と異なる割合によるものである場合には相続分の指定（902条）を伴うものであると解され、債務承継割合を法定相続分から変更する意思がないことが明らかであるなどの特段の事情がない限り、債務も指定された割合で承継させる趣旨と解釈される（つまり、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）という考えを示したものである。

⁶⁾ 遺産分割後の第三者との関係では、889条の2第1項が適用されるため、法定相続分を超える権利承継については、対抗要件を具備しなければ対抗できない。