

## 第1部 書き方・考え方のコツ

### 第1章 請求権の選択

A 基礎応用 1 頁

#### 1. 訴訟物から考える

「AはB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

A 基礎応用 2 頁

### 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5章 意思表示の瑕疵

### 第1節 心裡留保（93条）

B 基礎応用 30～31 頁

心裡留保は、①表意者の真意でない意思表示であって、②表意者が表示と真意の不一致について認識している場合である。

心裡留保無効の抗弁としては、①・②に加えて、③相手方の悪意又は過失（93条1項但書）も主張立証する必要がある。③の悪意・過失は、「表意者の真意」ではなく「その意思表示が表意者の真意でないこと」について認められればよい。

第三者保護については、93条2項が心裡留保を理由とする意思表示の無効は「善意の第三者に対抗することができない」と定めている。

## 第2節 通謀虚偽表示

A 基礎・応用 32～42 頁

司 H28 司 R4 予 H23 予 H29

### 1. 意義

「相手方と通じてした虚偽の意思表示」は無効である（94条1項）。

「相手方と通じてした虚偽の意思表示」とは、法律効果不発生の合意に基づく意思表示のことであり、①意思表示が表意者の真意に基づかない「虚偽」のものであることと、②相手方との「通」謀（＝意思の連絡）を要件とする。

通謀虚偽表示が無効であるとされる理由は、意思表示が法律効果を形成するための手段であるため法律効果不発生について合意してなされた通謀虚偽表示に法律効果を認める理由がないことと、表意者のみならず通謀した相手方も保護する必要がないことにある。

予 H23

### 2. 「善意の第三者」の保護

#### （1）概要

通謀虚偽表示の表意者やその相手方は、「善意の第三者」に対して通謀虚偽表示の無効を主張できない（94条2項）。

94条2項の趣旨は、権利外觀法理、すなわち、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、真正権利者と第三者の利益調整（静的安全と動的安全の調整）を図るという考えにある。

#### （2）「第三者」の意義

##### [論点1] 「第三者」の意義

94条2項の「第三者」とは、虚偽表示の当事者及び一般承継人以外の者であって、虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったため、通謀虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者を意味する（判例）。

A

大判 T5.11.17

#### （3）「善意」の意味

ここでいう「善意」とは、通謀虚偽表示であること（＝法律効果不発生の合意）について知らなかったことを意味する。<sup>1)</sup>

##### [論点2] 「善意」（無過失の要否）

94条2項では、「善意」と定められているにとどまる（96条3項対照）。また、94条2項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで両者間の利益調整を図ることあるところ、通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから第三者に無過失まで要求するべきではない。

そこで、94条2項の「善意」では無過失までは不要と解する（判例）。

A

最判 S62.1.20

#### （4）登記の要否

##### [論点3] 対抗要件としての登記

94条2項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動

A

最判 S44.5.27

<sup>1)</sup> 「善意」は、94条2項の適用対象となる法律関係ごとに、当該法律関係について第三者が利害関係を有するに至った時期を基準として判断される（最判 S55.9.11）。

について対抗要件を備える必要があるか。

例えば、AがBに対して通謀虚偽表示による売買契約に基づき甲建物を引渡し、BがCに対して甲建物を売却して引き渡したとする。

Cは、通謀虚偽表示によりAB間の売買契約は無効であるから甲建物はAの所有に属する旨のAの主張に対して、自分は「善意の第三者」として保護されるから甲建物の所有権を取得したと主張するためには、BC間の売買契約による所有権移転について対抗要件としての登記（177条）を備えておく必要があるか。

「善意の第三者」との関係で虚偽表示が有効と扱われる結果、権利が順次移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たない。

そこで、「善意の第三者」として保護されるためには、対抗要件としての登記（177条）は不要と解する（判例）。

#### 〔論点4〕権利保護資格要件としての登記

94条2項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動について対抗要件を備える必要がないとしても、権利保護資格要件を備える必要があるのではないか。

通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから、「善意の第三者」に権利保護資格要件としての登記まで要求することは、両者間の利益調整として妥当ではない。

そこで、「善意の第三者」として保護されるためには、権利保護資格要件としての登記も不要であると解する（判例）。

A

最判 S44.5.27

### (5) 真正権利者からの譲受人との関係

#### 〔論点5〕真正権利者からの譲受人との関係

「善意の第三者」が真正権利者からの譲受人に対して94条2項による権利取得を対抗するためには、対抗要件を備えることを要するか。

例えば、〔論点3〕の事例において、AがDとの間で、甲建物に関する売買契約を締結していたとする。

Dは、甲建物を占有するCに対して、AD間の売買契約により甲建物の所有権を取得したと主張する。これに対し、Cは、AB間の売買契約は通謀虚偽表示によるものであるが、Cは「善意の第三者」として保護されるから甲建物の所有権を取得したと反論する。Cが上記の反論をする際、甲建物について対抗要件としての所有権移転登記を備えている必要があるか。

「善意の第三者」との関係で虚偽表示が有効と扱われる結果、権利が順次移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立つ。

その結果、真正権利者を起点とした二重譲渡があったのと同様に考えることにより、対抗関係を観念できる。

そこで、真正権利者からの譲受人は177条の「第三者」に当たり、「善意の第三者」が当該譲受人に対して94条2項による権利取得を対抗するためには、対抗要件としての登記を備える必要があると解する。

A

## (6) 直接の第三者からの転得者の保護

例えば、[論点 3] の事例において、C が D に対して甲建物を売却して引渡しも終えていたとする。

A は、D に対して、甲建物の所有権を主張する。

D は、A は AB 間の売買契約により甲建物の所有権を喪失していると反論する。

A は、AB 間の売買契約は通謀虚偽表示により無効であるから (94 条 1 項)、A は甲建物の所有権を喪失していないと再反論する。

D の再々反論として、いかなる法律構成が考えられるかが問題となる。

### [論点 6] 善意の第三者からの悪意の転得者

D は、C が「善意の第三者」である場合には、再々反論として、自己の善意・悪意にかかわらず、CD 間の売買契約により C が 94 条 2 項により取得した甲建物の所有権を承継取得できるから、その結果として A は甲建物の所有権を喪失することになると主張することが考えられる。

そこで、直接の第三者が善意・転得者が悪意である場合において、悪意の転得者は「善意の第三者」が 94 条 2 項により取得した権利をそのまま承継取得できるのかが問題となる。

虚偽表示の無効主張の可否を第三者と転得者ごとに相対的に判断すると、善意の第三者が悪意の転得者から権利供与義務違反 (555 条・561 条) を理由とする債務不履行責任 (415 条、541 条・542 条等) を追及されることとなり、善意の第三者保護という 94 条 2 項の趣旨に反する。

そこで、「善意の第三者」が 94 条 2 項によって確定的に権利を取得し、転得者は善意・悪意にかかわらず「善意の第三者」の権利を承継取得すると解する (絶対的構成 - 判例)。

### [論点 7] 悪意の第三者からの善意の転得者

D は、C が悪意である場合には、[論点 6] の法律構成を用いることができないため、再々反論として、自分は AB 間の売買契約が通謀虚偽表示によることについて知らなかったため「善意の第三者」(94 条 2 項) に当たるから、AB 間の売買契約の無効を対抗されず、その結果、A は D との関係では甲建物の所有権を失っていることになると主張することが考えられる。

そこで、直接の第三者が悪意・転得者が善意である場合において、悪意の第三者からの善意の転得者も 94 条 2 項の「第三者」に含まれるかが問題となる。

権利外観法理という 94 条 2 項の趣旨からすれば、直接の第三者が悪意である場合、真正権利者は、直接の第三者から目的物を取り戻すことで虚偽の外形を取り除くことができた以上、これを怠った真正権利者の犠牲において虚偽の外形を信頼した転得者を保護するべきである。

そこで、転得者も 94 条 2 項の「第三者」に含まれると解する (判例)。

## (7) 94 条 2 項による権利取得の法的構成

「善意の第三者」が出現することにより、真正権利者と相手方の間における通謀虚偽表示に係る契約が有効であったものとして扱われ、「善意の第三者」

B

最判 S42.10.31

B

最判 S45.7.24

法定承継取得説もある。

はこれを前提として権利を承継取得する（順次取得説）。

この見解によると、真正権利者の所有権主張→売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁→通謀虚偽表示の再抗弁→「善意の第三者」の主張という主張展開がなされる場合において、「善意の第三者」の主張は、再抗弁によりいったん覆滅した所有権喪失の抗弁による真正権利者の所有権喪失の効果を復活させるものとして、再々抗弁に位置づけられる。

### 3. 虚偽表示の撤回

通謀虚偽表示の当事者は、当事者間の合意により、虚偽表示を撤回することができる。

もっとも、虚偽表示を撤回しても、虚偽表示に基づく外形（登記名義、占有）が取り除かれない限り、第三者の信頼の対象となる虚偽の外形が存在している点において撤回前と変わらない。

そこで、虚偽表示の撤回を第三者に対抗するためには、虚偽表示を撤回することに加え、虚偽表示に基づく虚偽の外形（登記名義、占有）を除去することまで必要であり、虚偽表示の撤回後、虚偽表示に基づく外形の撤回前にその外形を信頼して登場した第三者は、94条2項の「善意の第三者」として保護されると解する。

### 4. 94条2項の類推適用

司 H28 司 R4 予 H29

#### (1) 不動産物権変動における公信の原則の有無

公信の原則とは、真の権利状態と異なる公示が存在する場合に、公示を信頼して取引した者に対して、公示通りの権利状態があったのと同様の保護を与えることをいう。

判例・通説は、不動産物権変動について公信の原則を認めない（＝不動産登記には公信力が認められない）。

#### (2) 94条2項類推適用

例えば、BがAに無断でAが所有する甲土地について登記名義をBに移転した上で、Cに対して甲土地の登記簿を見せて甲土地がBの所有に属すると信じさせ、甲土地をCに売却したとする。

不動産登記には公信力がない以上、Cは、甲土地に関するB名義の登記を信じて甲土地に関する売買契約を締結していても、甲土地の所有権を取得できないのが原則である。

もっとも、これではCの取引安全が害される。そこで、Cによる甲土地の所有権の取得を認めることができないか、不実の不動産登記を信頼した第三者を保護するための法律構成が問題となる。

#### [論点8] 94条2項類推適用による権利取得

A 司 H28 司 R4 予 H29

94条2項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある真正権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外観法理にある。

そこで、①不実登記の存在、②真正権利者の帰責性及び③第三者の正当な

信頼がある場合には、94条2項の類推適用により、第三者には不実登記に対応する権利取得が認められると解する（判例）。

**[論点 9] 真正権利者の帰責性**

②真正権利者の帰責性の典型例として、⑦真正権利者が自ら不実登記を作出した場合（積極的関与）、④真正権利者が他人が作出した不実登記を存続させた場合（意思的承認＝真正権利者が不実登記の存在を知りながら、それを存続させることについて明示又は黙示に承認した場合）が挙げられる。問題は、⑦不実登記に対する積極的関与も意思的承認もない場合であっても、②真正権利者の帰責性が認められるか否かである。

前述した94条2項の趣旨からすると、真正権利者と第三者の保護必要性の利益衡量の基礎をなすものが権利者の帰責性であり、外形作出に対する積極的関与や意思的承認は帰責性の徴表の典型にすぎない。

そこで、不実登記に対する積極的関与や意思的承認がない場合であっても、これらと同視し得るほど重い落ち度があれば、②真正権利者の帰責性が認められると解する（判例）。

**[論点 10] 第三者の正当な信頼**

ここでいう信頼とは、登記が真実であると信じたことを意味する。

94条2項類推適用が問題となる画面では、真正権利者の静的安全と第三者の取引安全の調整が問題となっていることから、真正権利者の外形作出に対する帰責性の程度に応じて第三者の無過失の要否が変わると解される。

1. 意思外形対応型（94条2項単独類推適用）

真正権利者が認めた外形と第三者の信頼した外形とが一致する場合には、真正権利者の帰責性が大きいから、第三者の正当な信頼としては善意で足り、無過失までは不要と解する（判例）。

2. 意思外形非対応型（94条2項類推適用＋110条の法意）

真正権利者が認めた外形が第三者の信頼した外形の生じた原因になっているにすぎないために、真正権利者が認めた外形と第三者の信頼した外形とが一致しない場合には、真正権利者の帰責性は小さいから、110条の法意も考慮し、第三者の正当な信頼としては善意・無過失まで必要であると解する（判例）。

3. 真正権利者の意思によらないで外形が作出された場合

外形作出について、真正権利者の積極的関与や意思的承認そのものはないが、これと同視し得るほど重い落ち度が認められるという場合には、真正権利者の帰責性は小さいから、110条も類推適用し、第三者の正当な信頼としては善意・無過失まで必要であると解する（判例）。

A 司 H28 司 R4 予 H29

最判 H18.2.23・百 I 21

A 司 H28 司 R4 予 H29

最判 S45.9.22

最判 S43.10.17、最判 S47.11.28

最判 H18.2.23・百 I 21



### 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 基礎応用 227～237 頁

司 H28 予 R2

##### 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

この類型には被保全債権額上限ルール（423条の2）は適用されない。

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。<sup>1)</sup>

### (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。

予R2

## 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。

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

#### 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)。

<sup>1)</sup> 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。<sup>2)</sup>

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、⑦履行期の到来、④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

<sup>2)</sup> 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(423条の3の反対解釈)。

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 基礎応用 238~257 頁

司 H23 司 R4 予 H30 予 R2

### 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。

##### 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

履行期到来は不要(cf.423条2項)

1 項) が可能となる。

したがって、②・③に代えて、②'一時使用目的の合意、③' 当該建物賃貸借契約に借地借家法（又は借地法）の関係規定の適用を必要としない客観的合理的事情を主張立証することができる。

#### イ. 抗弁以下

①契約更新の合意の抗弁（民法 604 条 2 項）、②法定更新の抗弁（借地借家法 26 条 2 項・1 項）がある。

### 第 3 節. 賃貸不動産の所有権の移転

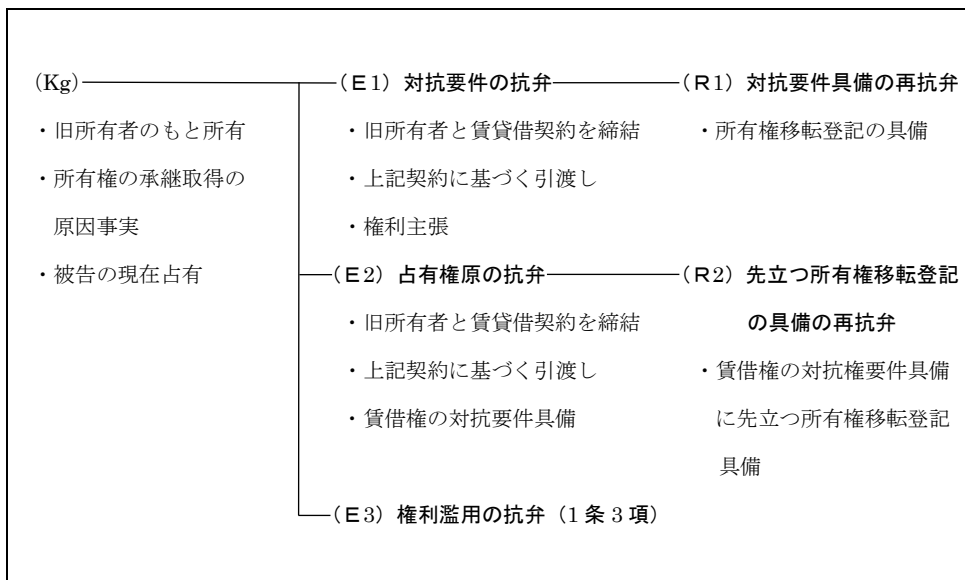
A 基礎応用 408～412 頁

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

司 H29

##### (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)

A

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。

最判 S38.5.24 等

したがって、賃借人は、対抗要件の抗弁を提出できる（判例）。

###### [論点 2] 賃借権に基づく占有権原の抗弁 (E2)

A 司 H29

###### (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。

[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原の抗弁 (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（判例）。

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。

A 司 H29

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。

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觀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。

司 H20 司 R1 司 R4

A 司 H20

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「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、三者間合意や借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、借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」という意味での借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、借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借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借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 52

⑤借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、改正民法下でも借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借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借借人に対抗できることになる。譲受人は、賃貸人として、借借人に対して賃料の支払いを請求することもできるし、解除権等を行使することもできる。

(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 4 節. 賃借権の無断譲渡・無断転貸

A 基礎応用 413~418 頁

司 H20 司 H29

1. 解除権の発生要件

(1) 「賃借権を譲り渡し」又は「賃借物を転貸」したこと

借地上の建物が譲渡された場合には、借地権も建物所有権の従たる権利として建物譲受人に移転する（87 条 2 項類推適用）ため、借地権の「譲渡」が認められる。

[論点 1] 土地賃借人による借地上の自己所有建物の賃貸

土地賃借人が借地上の自己所有建物を第三者に賃貸した場合に、「転貸」に当たらないとされる建物敷地とは、いかなる範囲の敷地を意味するか。

B 司 H29

平成 29 年司法試験設問 2

土地賃借人による借地上の自己所有建物の賃貸は、賃借物である土地の一部たる建物敷地の第三者利用を伴うが、建物敷地の「転貸」には当たらないと解されている（判例）。

大判 T8.12.11

それは、建物所有目的で土地を賃貸した賃貸人は建物利用に伴う敷地利用を当然甘受するべきであるうえ、建物の利用主体の変更は原則として敷地の利用形態の変化を伴わないことから、上記場合は当事者間の信頼関係の破壊に至らないと考えられるからである。

そこで、上記場合に「転貸」されたことにならない建物敷地とは、建物利用のために必然的に使用することになる範囲の土地のみを意味し、それ以外の土地の利用は賃借物たる土地の「転貸」に当たると解すべきである。

[論点 2] 法人の構成員・機関の変動

賃借人である法人の構成員・機関の変動により賃借権の譲渡があったということができるか。

C

最判 H8.10.14・百 II 53

民法 612 条 1 項の「賃借権を譲り渡し」が賃借人から第三者への賃借権の譲渡を意味することは、その文理からも明らかである。

そして、賃借人である法人の構成員・機関に変動が生じて、法人格の同一性が失われるものではないから、賃借権の譲渡があったとは認められないと解すべきである（判例）。

[論点 3] 借地上建物への譲渡担保権の設定

借地上建物に譲渡担保権が設定された場合、譲渡担保権の実行前であっても、敷地賃借権について 612 条にいう賃借権の譲渡があったということができるか。

B

最判 H9.7.17



確かに、譲渡担保設定時に、債権担保目的の達成に必要な範囲内で建物所有権が譲渡担保権者に移転するから、87条2項類推適用により敷地賃借権も譲渡担保権者に移転する。

しかし、612条は無断譲渡が原則として当事者間の信頼関係を破壊するとの考えに基づく規定であるから、賃借権の「譲り渡し」は、それが無断で行われれば原則として信頼関係を破壊するといえるものであることを要する。

そして、譲渡担保権の実行完了までは、弁済による受戻しが可能であるため、信頼関係を破壊するような賃借人の実質的変更はないから、原則として賃借権の「譲り渡し」は認められない（判例）。

もっとも、譲渡担保権者が建物の引渡しを受けて使用又は収益をしているときは、敷地の使用主体の変更により信頼関係が破壊されるから、賃借権の「譲り渡し」が認められると解する（判例）。

## (2) 「使用又は収益」

解除権の発生には、賃借権の無断譲渡・無断転貸に加え、無断譲渡・無断転貸の相手方たる「第三者に賃借物の使用又は収益をさせた」ことまで必要である（612条2項）。

## (3) 「賃貸人の承諾」がない

「賃貸人の承諾」があったことが、解除権の発生障害事由に位置づけられる。

## (4) 信頼関係の破壊

背信行為と認めるに足りない特段の事情の存在が、解除権の発生障害事由に位置づけられる。

### [論点 4] 信頼関係破壊の法理

A 司 H20 司 H29

612条の趣旨は、無断譲渡・無断転貸が原則として当事者間の信頼関係を破壊するという点にある。

そこで、背信行為と認めるに足りない特段の事情があるときは、解除権は発生しないと解する（判例）。

特段の事情では、物的信頼のみならず人的信頼も考慮して判断される（総合判断説）。

（補足）

- ・物的信頼としては、賃貸借と転貸借における利用態様の同一性が考慮される。
- ・人的信頼としては、㊶賃貸人・賃借人間の人的関係、㊷転借人の個性（賃借人の家族・親族か無関係の者か）、㊸転貸の営利性（賃貸借と転貸借の賃料・敷金などを比較）、㊹転貸の動機（やむを得ない動機か）、㊺その他の事情が考慮される。

## 2. 適法な転貸の効果

予 H29

### (1) 転借人の直接履行義務

- ・転貸料が直接請求される場合、ここで行使されているのは転貸料請求権であるから、賃貸料が転貸料よりも高額であったとしても、直接請求は「転

貸借に基づく債務」の限度である転貸料の限度でしか認められない(613条1項)。不足分(差額分)については、賃貸借契約に基づく賃料請求権を行使することで、原賃借人に対して請求することになる(613条2項参照)。

➡反対に、転貸料が賃貸料よりも高額であっても、原賃貸人は原「賃貸借に基づく賃借人の債務の範囲を限度」として転貸料請求権を行使することができるにとどまる(613条1項)から、賃貸料の限度でしか転貸料の直接請求は認められない。

- ・613条1項の趣旨は、転借人が原賃借人に対して義務を履行している一方で、原賃借人が原賃貸人に対して義務を履行していないという場合において、原賃借人だけが利益を得て原賃貸人が損害を被るのでは不公平であるから、目的物の使用収益をしている転借人に原賃貸人に対する履行の責任を負わせるのが公平に適うという考えにある

## (2) 原賃貸借の合意解除

予 H29

613条3項は、(i) 原賃貸借契約の合意解除を転借人に対抗できないという原則ルール(本文)と、(ii) 合意解除の当時、賃貸人が賃借人の債務不履行による解除権を有していたときは、合意解除を対抗できるという例外ルール(但書)を定めている。

〔論点5〕原賃貸借契約の合意解除以外の場合への613条3項の類推適用の可否

A

BはAから甲建物を賃借していたところ、Aの承諾を得た上で甲建物をCに転貸したという事例において、Bによる賃借権の放棄や更新拒絶(借26条以下)によってAB間の原賃貸借契約が終了した場合、転借人Cは原賃貸借契約の終了の対抗を受けるか。

また、BはAから建物所有目的で甲土地を賃借して甲土地上に乙建物を建築してそこに居住していたところ、Aに無断で乙建物をCに賃貸したという事例において<sup>3)</sup>、Bによる土地賃貸借の放棄、合意解除、更新拒絶(借5条以下)によってAB間の土地賃貸借契約が終了した場合、建物賃借人Cは土地賃貸借契約の終了の対抗を受けるか。

613条3項本文の根拠は、(i) 契約の相対的効力の原則と、(ii) ある者の権利が第三者の権利の存在基礎となっている場合において権利者による当該権利の消滅・変更により第三者が不利益を被ることを認めるべきではないという398条・538条の趣旨にある。

上記(i)(ii)は、①原賃貸借契約が合意解除された場合のみならず、②原賃借人による賃借権の放棄・原賃借人による更新拒絶を転借人に対抗することの可否が問題となる場合や、③土地賃借権の放棄・土地賃貸借契約の合意解除・土地賃借人の更新拒絶を地上建物賃借人に対抗することの可否が問題なる場合にも妥当する。

そこで、②・③については、613条3項が類推適用されると解する。

<sup>3)</sup> 前提として、土地賃借人による借地上の自己所有建物の賃貸は、賃借物である土地の一部たる建物敷地の第三者利用を伴うが、建物敷地の「転貸」には当たらないと解されている(論証集201頁〔論点1〕)。したがって、この事例では、Aの承諾がなくても、CはBの土地賃借権を援用することによりAからの土地明渡請求を拒むことができる。

### (3) 原貸貸人の債務不履行を理由とする原貸貸借契約の解除

例えば、原貸貸人 A は、原貸借人 B の賃料未払いを理由に、AB 間の土地貸借借契約を債務不履行解除したとして、転借人 C を被告として、所有権に基づく返還請求権として土地明渡請求訴訟を提起し（請求原因：A 所有+C 占有）、C による転借権に基づく占有正権原の抗弁に対する再抗弁として、AB 間の原貸借借契約の債務不履行解除を主張したとする。

この場合、A の再抗弁が認められ、C が敗訴する（なお、賃借人の債務不履行を理由とする原貸借借の債務不履行解除は再抗弁になるが、合意解除による原貸借借の終了は再抗弁にならない。）。

問題は、転貸借契約自体の帰趨である。これは、B の C に対する転貸料請求権の帰趨として問題となる（後記 1）。関連論点として、C が A に対して土地所有権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償義務又は不当利得返還義務を負う時点についても取り上げる（後記 2）。

#### 〔論点 6〕 原貸貸人の債務不履行を理由とする原貸借借契約の解除

##### 1. 転貸借の帰趨

承諾転貸では、転借人が目的物の使用収益につき原貸貸人に対抗し得る転借権を有することが重要である。

そして、貸借借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了し、原貸貸人が転借人に直接目的物の返還を請求するに至ったときは、転借人が原貸貸人に転借権を対抗し得る状態を回復することはもはや期待し得ないから、原則として、返還請求時に、社会通念上の履行不能として、転貸借が終了すると解する（判例）。

##### 2. 転借人の原貸貸人に対する不法行為責任等

遅くとも返還請求を受けた時点から返還義務を履行するまでの間の目的物の使用収益について、不法行為による損害賠償義務又は不当利得返還義務を負う（判例）。

不法行為責任との関係では、返還請求を受けた時点から、無権原での土地の使用収益による土地所有権侵害について故意又は過失が認められることになるからであると考えられる。

B

最判 H9.2.25・百 II 56

B

最判 H9.2.25・百 II 56

貸貸人の転借人に対する明渡請求を認めるためには、転借権を貸貸人に対抗することができないとするだけで足り、転貸借契約自体の消長について論じる必要はない。

## 第 5 節. 敷金

敷金は、「いかなる名目によるかを問わず、賃料債務その他の貸借借に基づいて生ずる賃借人の貸貸人に対する金銭の給付を目的とする債務を担保する目的で、賃借人が貸貸人に交付する金銭」をいう（622 条の 2 第 1 項柱書括弧書）。

A 基礎応用 419～420 頁

### 1. 敷金返還請求権の発生要件

#### (1) 敷金契約の成立

敷金契約請求権の発生には、敷金契約（敷金を交付する合意）が必要である。そして、敷金契約は、貸借借契約に付随する（従たる）契約であるから、

①賃貸借契約に付随して締結される必要がある。

敷金契約は要物契約であるから、敷金契約が成立するには、①に加え、②①の合意に基づき敷金が交付されたことも必要である。

## (2) 賃貸借終了・賃借物返還又は適法な賃借権譲渡

敷金返還請求権の発生には、③ (i) 「賃貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けたとき」又は (ii) 「賃借人が適法に賃借権を譲り渡したとき」のいずれかに該当することが必要である (622条の2第1項1号・2号)。

## (3) 被担保債務を控除してなお残額があること

敷金返還請求権は、④「受け取った敷金の額から賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務の額を控除した残額」が存在する場合に、「残額」の限度で発生する (622条の2第1項柱書)。

なお、敷金の額から控除される債務は、賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務は、「賃貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けた」時又は「賃借人が適法に賃借権を譲り渡した」時まで「賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務」である。

## 2. 敷金による充当

敷金による充当をすることができるのは賃貸人の側だけであり、賃借人の側には充当請求権は認められない (622条の2第2項)。

## 3. 論点

### [論点1] 賃貸借契約の終了に基づく目的物返還義務と敷金返還義務の関係

敷金返還請求権は、「賃貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けた」時点で発生する (622条の2第1項1号)。

そうすると、理論上、目的物返還義務の履行が敷金返還義務の発生に先行することになる。

また、両債務の間には著しい価値の差が存しうるから、両債務間に同時履行の関係を認めることは、かえって、当事者間の公平という533条の趣旨に反する。

そこで、両者は同時履行関係に立たず、目的物返還義務が先履行であると解する (判例)。

B

最判 S48.2.2

### [論点2] 賃貸借契約終了後の賃貸目的物の所有権移転に伴う敷金関係の承継

賃貸借契約終了後に賃貸目的物の所有権が第三者に譲渡された場合、敷金関係も新所有者に承継されるか。

敷金は、賃貸借契約に基づいて賃借人が賃貸人に対して負担する債務を担保するものである。

ところが、賃貸借契約終了後の賃借物の譲受人は、賃貸人の地位を承継しないから、賃貸人に当たらない。

そこで、譲渡人・譲受人間で敷金関係の承継合意をしても、賃借人の承諾がない限り、敷金関係は譲受人に承継されないと解すべきである (判例)。

B

最判 S48.2.2

## 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）。

A 基礎応用 511～525 頁

司 H20 司 H22 司 H24 司 H26

司 H30 司 R2 司 R4 予 H23

予 H27 予 R1

### 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2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。

#### （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原告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。

### 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

A（配偶者は先死）の子である B 及び C が 1000 万円の金銭債権を有する A を共同相続した場合、B 及び C は 1000 万円の債権を準共有（898条）することになるのか、それとも相続分に従って 500 万円ずつ分割債権を承継することになるのか。

また、A が 1000 万円の金銭債務を負担していた場合、B 及び C は 1000 万円の連帯債務を取得することになるのか、それとも相続分に従って 500 万円ずつ分割債務を承継することになるのか。

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（判例）。

#### 〔論点 2〕 連帯債務

A（配偶者は先死）及び B が 2 分の 1 ずつの内部的負担割合により C に対して 1000 万円の連帯債務を負担しており、A の子である D 及び E が A を共同相続した場合、D 及び E は 1000 万円分の連帯債務を承継することになり、D : 1/4、E : 1/4、B : 1/2 を内部的負担割合として、C に対して 1000 万円の連帯債務を負担することになるのか。それとも、D 及び E は、相続分に応じて 500 万円ずつ債務を承継し、500 万円の範囲で E とともに C に対して連帯債務を負担することになるのか。

連帯債務も可分な金銭債務であるから、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に連帯債務者となると解する（判例）。

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（判例）。<sup>1)</sup>

#### 〔論点 3〕 金銭

A（配偶者は先死）の子である B 及び C が 1000 万円の金銭を有する A を共同相続した場合、B 及び C は 2 分の 1 ずつの割合で 1000 万円の金銭を共有（898条）することになるのか、それとも相続分に従って 500 万円ずつ金銭を承継することになるのか。

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）（判例）。

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（判例）。

司 H20 司 H24 司 H30 司 R5

B 司 H30

最判 S29.4.8・百Ⅲ69 等

B

最判 S34.6.19・百Ⅲ72

B

最判 H4.4.10・百Ⅲ67

<sup>1)</sup> 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。

**[論点 4] 遺産中の賃貸不動産の賃料債権**

A (配偶者は先死) は D に対して月額賃料 20 万円を自己所有の甲建物を賃貸しており、A の子である B 及び C が A を共同相続した後、遺産分割協議が成立するまでの 5 か月間、C が D から月額 20 万円の賃料の支払いを受けていた。その後、遺産分割協議により甲建物を B が単独で取得することになった。この場合、遺産分割の遡及効 (909 条本文) により、甲建物は共同相続開始時から B の単独所有に属していたことになることに伴い、C が D から受領した 5 か月分の賃料 100 万円は全額、法律上の原因を欠く利得として不当利得になるのか。それとも、遺産分割の遡及効は甲建物の賃料債権にまでは及ばないとして、C が D から受領した 5 か月分の賃料 100 万円は C の相続分 (1/2) を超える限度 (=50 万円) でのみ不当利得になるにとどまるのか。

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 (判例)。<sup>2)</sup>

**[論点 5] 預金債権**

A (配偶者は先死) の子である B 及び C が 900 万円の預金債権を有する A を共同相続した場合、B 及び C は 900 万円の預金債権を準共有 (898 条) することになるのか、それとも相続分に従って 450 万円ずつに分割された預金債権を分割承継することになるのか。

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 (判例)。<sup>3)</sup>

B 司 H20

最判 H17.9.8・百Ⅲ68

A

最大決 H28.12.19・百Ⅲ70

<sup>2)</sup> 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。

<sup>3)</sup> 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。ただし、同一金融機関に対する権利行使は、共同相続人 1 人につき 150 万円を限度とする (909 条の 2 括弧書) から、B・C による同一金融機関に対する単独での預金払戻請求は 1 人につき 150 万円の限度で認められるにとどまる。

## 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) <sup>4)</sup>
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)。

最大判 H25.9.4・百III59

##### (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

902条の2は、「被相続人が相続開始の時に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

司 H22 司 H30

<sup>4)</sup> [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)。



「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。<sup>5)</sup>

最判 H21.3.24・百Ⅲ93

## 5. 遺産分割

### (1) 遺産分割の遡及効<sup>6)</sup>

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。

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。

そこで、遺産分割協議の債務不履行解除は認められないと解すべきである(判例)。<sup>7)</sup>

#### [論点 2] 合意解除

民法は遺産分割の効力について宣言主義を採用している(909条本文参照)ため、遺産分割協議自体の不履行は生じないが、合意解除であるから協議自体の不履行は解除要件とならない。

A

最判 H 元.2.9・百Ⅲ75

A

最判 H2.9.27

<sup>5)</sup> 判例(最判 H21.3.24・百Ⅲ93)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。司 H30

<sup>6)</sup> 遺産分割後の第三者との関係では、899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。

<sup>7)</sup> 否定説の理由としては、「宣言主義(909条参照)ゆえ、遺産分割は協議成立とともに終了し、その後は特定の相続人間の債権債務関係が残るだけだから、遺産分割協議自体の履行・不履行という問題は生じない。」ということも挙げられる。

また、対外的な法的安定については 545 条 1 項但書・192 条・909 条但書により確保されるし、共同相続人全員の同意があるため対内的な法的安定の問題も生じない。

そこで、合意解除は認められると解する（判例）。

#### 6. 共同相続による権利の承継の対抗要件

論証集 60 頁以下

899 条の 2 第 1 項は、①遺言による相続分の指定（902 条）・②特定財産承継遺言（1014 条 2 項参照）・③遺産分割（906 条以下）に基づく権利の包括承継について、法定「相続分を超える部分」については、対抗要件を備えなければ第三者に対抗することができない旨を定めている。

(参考文献)

- ・「民法(全)」第3版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第4版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「基本講義 債権各論Ⅱ」第3版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「ブラクティス民法 債権総論」第5版補訂(著:潮見佳男-信山社)
- ・「民法(債権関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
- ・「詳解 改正民法」初版(著:潮見佳男ほか-商事法務)
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)
- ・「Before/After 民法改正」第2版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 民法・不動産登記法改正」初版(編著:潮見佳男・木村貴裕-弘文堂)
- ・「<民法>所有権・相続のルール大改正」初版(著:児玉隆晴-信山社)
- ・「民法Ⅰ 総則・物権総論」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅱ 債権各論」第3版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅳ 親族・相続」補訂版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「LEGAL QUEST 民法Ⅵ 親族・相続」第6版(著:前田陽一ほか-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅰ 総則」第3版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅳ-1 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第5版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第3版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法」第4版(著:道垣内弘人-有斐閣)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」4訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹界)
- ・「完全講義・法律実務基礎科目 民事」(著:大島真一-民事法研究会)
- ・「完全講義・民事裁判実務 基礎編」(著:大島真一-民事法研究会)
- ・「要件事実マニュアル1」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第3版(有斐閣)
- ・「最新重要判例解説」平成18年度～令和4年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023(日本評論社)