

2016スタ論第2クール開講ガイダンス  
H28本試験出題 **大** 予想と答案戦略

# 民事系

## ● 民法改正議論から予想する論文民法 ●

— 解答時間不足（途中答案）解決策も含めて —

辰巳専任講師・弁護士 **福田俊彦** 先生

---

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## 【本講義の趣旨】

### 民法改正議論から予測する平成28年論文本試験民法

#### －解答時間不足（途中答案）解決策も含めて－

法制審議会民法（債権関係）部会における議論を踏まえて、平成27年3月31日、民法の一部を改正する法律案が国会に提出されました。この債権法改正には実務家・学者双方から高い関心が寄せられており、司法試験の論文式試験民法においても、契約の解釈、損害賠償論（平成24年）、瑕疵担保責任、錯誤論（平成26年）など債権法改正に関連するテーマが、多く出題されております。また、現在、相続法制の見直しに関する法制審議会民法（相続関係）部会が開かれており、こちらも、実務家・学者双方の関心を集めております。

このため、辰巳のスタンダード論文答練等でも、この状況を先取りして、改正案自体の知識は問わないものの、上記法制審議会等で議論検討されているテーマを強く意識した出題を心掛け、多くの的中を出してまいりました。

また、司法試験委員会会議第106回会議（平成26年11月5日）議事要旨及び資料1：幹事による報告資料によりますと、司法試験考査委員に対してアンケートが実施され、約55%に当たる154人の考査委員が、時間不足になっている受験者が多いと回答しております。したがって、司法試験受験生にとっては、解答時間不足（途中答案）の問題を解決することが、喫緊の課題となっているといえます。

そこで、辰巳において「絶対にすべらない答案の書き方講座」、「スタ論スタート」、「スタンダード論文答練福田クラス」及び「最後のすべらない講義」等を担当され、充実した講義内容に救われた司法試験合格者も多い福田俊彦先生に、債権法改正及び相続法改正が関連する良問である2014スタンダード論文答練（第2クール）民事系1第1問（民法）を素材として、民法改正に関する議論及び解答時間不足解消策も含めて、絶対にすべらない答案の書き方の基本を語っていただきます。

#### 【参 考】

- ・法制審議会民法（債権関係）部会（法務省HP）  
[http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai\\_saiken.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html)
- ・民法の一部を改正する法律案（法務省HP）  
[http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07\\_00175.html](http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00175.html)
- ・法制審議会民法（相続関係）部会（法務省HP）  
[http://www.moj.go.jp/shingi1/housei02\\_00294.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/housei02_00294.html)
- ・司法試験委員会会議第106回会議（平成26年11月5日）（法務省HP）  
<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi01700058.html>

2014. 1. 19 LIVE 実施

2014 スタンダード論文答練（第2クール）民事系1第1問より

※問題文は，原則として出題当時のまま掲載し，  
解答例・解説等に関しましては，本ガイダンス  
に先立ち担当講師が若干の補充・修正を行いました。

## ◆ 問 題 ◆

(配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、3.5：2：2.5)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

## I

## 【事実】

1. A(60歳)は、甲土地及び乙土地を所有し、甲土地上に所在する丙建物を所有してそこに居住しつつ、酒屋も経営していた。また、乙土地を有料駐車場として運用していた。Aは、数年前に妻に先立たれ、亡妻との間に子B、C及びDがいるが、3人とも独立し、Aとは別々に暮らしている。

2. Aの経営する酒屋は近年業績不振が続いていたため、Aは、転業を検討していた。その折、Aは、コンビニエンスストアチェーンを運営するE社がフランチャイズ店舗のオーナーを募集する広告を出しているのを見て、これならば酒屋よりは収益が上がると思い、応募した。なお、一般的なフランチャイズ契約については、【別紙1】の説明のとおりである。E社が他の事業者と締結するフランチャイズ契約もこれと大差なく、フランチャイザーであるE社が、フランチャイジーに対し、E社が保有する運営に関する経営技術・商号・商標等を使用することを認め、他方、フランチャイジーは、E社に対し、その対価として、一定の加盟金及びロイヤリティを支払うことを主な内容としている。

3. E社は、チェーン店を開店する場合、開店予定の店舗の売上高に関する立地評価をE社作成のマニュアル(以下「本件マニュアル」という。)に基づいて調査し、採算がとれると評定される場合に限り、フランチャイズ契約を締結して新店舗開店を進めている。

本件マニュアルによる立地評価は、特に資格等は要求されないものの、営業担当者でない社員が、住居や世帯数の調査及び集客施設や競合施設の調査をしたり、人及び車の通行量を計測したりして、出店に適切な立地か否かを検討するものである。そのデータを取るに当たっては、偶然や主観の偏りが生じないように、マニュアルの基準に準拠することになっている。また、その評価に当たっては、悲観的、最低、最悪といったマイナス発想で臨むべきであるとされていた。このような立地評価手法を定めた本件マニュアルは、コンビニエンスストア業界の立地評価マニュアルとして一般的な内容を備えるものであった。

他方で、E社においては、営業担当者には、1店舗出店するごとにそれに対する成功報酬が支払われるシステムになっていた。そのため、営業担当者が、この成功報酬を狙って、立地調査を担当する社員に対し、出店が容易になるよう立地評価を甘くさせる圧力をかけることがあった。実際に、立地調査を担当する社員がこの圧力に負けて、立地評価を甘くする例もあった。

4. E社の営業担当者Fは、平成22年12月1日、Aと出店に向けての話し合いを行った。その際、Fは、G所有の丁土地に触れ、そこは車を4台以上駐車することができる駐車場を備えることができること、他のコンビニエンスストアは、やや離れた場所にしかなく、駐車場を持たない上、酒・たばこを扱っていないこと、丁土地が面している道路は、主要な幹線道路であるため交通量が大変多いが、この道路沿いの既存のコンビニエンスストアで駐車場を完備しているものはないから、丁土地に出店すれば集客が見込めることなどを説明した。さらに、周囲は大型マンションもある住宅地であり、パチンコ屋も2軒あるこ

とから、丁土地に店舗を建てれば多数の固定客を得ることを大いに期待することができる述べた。

もっとも、住宅地やパチンコ屋から丁土地に向かうためには、交通量が多いため、歩行者が横断しにくい主要幹線道路を横切る必要があったが、Fは、これを考慮していなかったため、説明においてこの点に一言も触れていなかった。

5. E社は、平成23年2月17日と18日の両日、丁土地の立地調査を行い、立地評価書を作成した。同評価書の内容は、概ねFがAに説明した内容のとおりであったが、その表紙には、立地評価担当者のコメントとして、「周辺居住者数が多いが、その割には人通りが少なく、車客中心になるであろうが、深夜でも流れが速く、また運転する車内からやや見えにくいので、店舗建築時に、この点に注意すべきであろう。また、専用駐車場が5台分と少ない点も気になる点である。」と記載されていた。E社は、表紙付きの同評価書1冊をAに交付したが、その表紙には、上記立地評価担当者のコメントが印刷されていなかった。

6. Fは、平成23年2月頃以降、Aに対し、立地評価書に基づき、最も悲観的に予測した売上額が損益分岐点（収益と費用が等しくなって、損益がゼロになる売上高のこと。売上高がこの点以下ならば損失が生じ、超えれば利益が生じる。）を10万円近く上回ることで、E社には丁土地が所在する地域を基盤としてコンビニエンスストアの店舗開店実績があること、開店準備資金の借入れについても丁土地での売上げをもってすれば、数年程度で返済が可能であることなどを何度か説明した。

7. Aは、平成23年2月28日、Fから、調査資料も示されて、フランチャイズ契約締結に当たっての重要事項の説明を受けた。なお、調査資料には上記の予測売上額、損益分岐点が記載されていたが、これらは計画に基づく数値であって、同額の売上げを保証するものではないとの説明がされ、調査資料には同様の記載があった。

この説明を受けて、Aは、平成23年9月20日、E社とフランチャイズ契約を締結し、E社に対し、フランチャイズ加盟金として100万円を支払った。そして、Aは、平成23年中に丁土地でコンビニエンスストアの営業を開始した。Aは、その開店に当たって、消耗品の購入や宣伝に50万円を支出した。

8. しかし、丁土地の店舗での開店後の売上高は、Aの営業努力にもかかわらず、Fによって示された予測売上額を一度も上回ることはなかった。売上げが最高の月で予測売上げの約75パーセント、最低の月で予測売上げの約65パーセントでしかなく、決算は赤字が続き、平成25年3月分までで合計1600万円の赤字となった。また、調査資料に示された予測売上額が続いた場合の収支と実際の収支との差額は、平成25年3月分までで合計2000万円となった。

やむなく、Aは、平成25年3月31日、E社とのフランチャイズ契約を合意解約し、丁土地上の店舗を閉店した。

9. Aは、平成25年5月1日、E社が契約締結に先立って適切かつ正確な情報を開示しなかったことを理由に、主位的に予測収支と実際の収支の差額相当額2000万円を、予備的に累積赤字相当額1600万円を損害としてその賠償を求め、これと併せて開店に向けて支出した額に相当する150万円の損害賠償を求めて訴えを提起した。

【設問1】 Aの請求が認められるか、想定されるE社の反論を踏まえつつ、検討しなさい。  
なお、過失相殺の成否について検討する必要はない。

II 【事実】 1から9までに加え、以下の【事実】10及び11の経緯があった。

【事実】

10. 平成25年10月1日、AとE社は、E社が和解金を支払うことでフランチャイズ契約に関するすべての紛争につき和解した。和解金は、初期費用の支払や赤字の填補のために借り入れた金融機関への返済に使われたが、AにはいまだH銀行に対する60万円の債務が残っていた。

そこで、Aは、駐車場である乙土地の賃料債権によって、H銀行への返済を行うことにした。Aは、駐車場を、近隣に店舗を構えて営業する数人に対し、1か月当たり5万円（前月末払）で賃貸していたが、そのうち、飲食店を営み、業績も安定していたIに対する賃料債権であれば、H銀行にも代物弁済の提案が受け入れられると考えた。Iとの契約は、平成11年4月からの2年契約であったが、期間が満了するたびに更新を重ね、現在締結されている契約は、平成27年3月に満了するものであった。

Aは、この代物弁済の計画をH銀行に話し、H銀行の承諾を得た。そして、平成25年11月1日、AとH銀行は、H銀行のAに対する60万円の貸金債権の弁済に代えて、AのIに対する、平成25年12月分から平成26年11月分までの1年分の賃料債権を譲渡する旨の代物弁済契約を締結した。そして、①Aは、平成25年11月2日、Iに対し、内容証明郵便によって、上記賃料債権譲渡の通知を行い、その通知は、翌3日、Iに到達した。

11. ところが、その通知を受けたIからのH銀行に対する指摘により、AI間の駐車場の賃貸借契約には、賃料債権について譲渡禁止特約が付されていることが判明した。H銀行がAに事情を確認すると、Aは、複数人と賃貸借契約を結ぶ中で、旧知の友人であり酒屋を営んでいた頃から取引関係があったIとだけ、決済を簡易にするため譲渡禁止特約を契約内容に入れたということであった。これは契約書にも記載されており、Aは、そのことをH銀行への上記債権譲渡の前に思い出したが、借金返済のため、契約書の譲渡禁止特約の部分を隠して契約書のコピーを取り、上記代物弁済契約時には、そのコピーをH銀行に交付することで特約の存在を隠していた。

もっとも、この譲渡禁止特約は、契約条項が10条ある中の第7条に規定されていて、②契約書のコピーを見れば、不自然な余白があることや契約条項の番号が連続していないことは、明白であった。それにもかかわらず、H銀行の担当者は、これを不審に思わず、AやIに何ら確認することもなかった。

【設問2】 平成26年12月時点で、H銀行が、Iに対し、Aより譲り受けた賃料債権に基づき賃料の支払を請求するに当たり、下線部①、②の各事実に法律上何らかの意義があるか検討し、結論とその理由を述べなさい。

III 【事実】 1から11までに加え、以下の【事実】12の経緯があった。

【事実】

12. 金銭的な負担の重さや立て続けに発生した紛争の心労がたたり、Aは、平成25年12月20日に死亡した。Aは、【別紙2】の自筆証書遺言を封筒に入れて残していた。

ところが、その遺言の内容に基づく登記がされない間に、Cに対して200万円を貸していたJが、Cに代位して、Cが法定相続分に従って甲土地及び丙建物を相続した旨の登記をした上で、Cの持分を差し押さえ、その旨の登記をした。これに対して、Bは、「判例によれば、自分が甲土地及び丙建物を所有していることを登記せずに対抗することができるので、Jの差押えも認められないはずである。」と反論している。Bがいう判例とは、以下の【判例1】を指している。

【判例1】

最高裁判所第二小法廷平成14年6月10日判決・家庭裁判月報55巻1号77頁

〔判旨〕

「特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』趣旨の遺言は、特段の事情のない限り、何らの行為を要せずに、被相続人の死亡の時に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継される（最高裁平成元年（オ）第174号同3年4月19日第二小法廷判決・民集45巻4号477頁参照）。このように、『相続させる』趣旨の遺言による権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なるところはない。そして、法定相続分又は指定相続分の相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその権利を第三者に対抗することができる（最高裁昭和35年（オ）第1197号同38年2月22日第二小法廷判決・民集17巻1号235頁，最高裁平成元年（オ）第714号同5年7月19日第二小法廷判決・裁判集民事169号243頁参照）。したがって、本件において、被上告人は、本件遺言によって取得した不動産又は共有持分権を、登記なくして上告人らに対抗することができる。」

以下は、Jから差押え後に依頼を受けた弁護士と司法修習生との間でされた会話である。

弁護士：今日は、Jからの依頼を検討してみましょ。まず、Bの主張がどのような根拠からされているかを検討する必要がありますね。

修習生：Bが挙げている【判例1】は、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言がされた場合には、相続人は、遺言によって取得した不動産を、登記がなくても第三者に対抗することができるという趣旨のものですね。

弁護士：そうですね。しかし、具体的な論理展開が分からなければ効果的な反論は組み立てられません。そこで、まず、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言の効力を検討した上で、【判例1】がどのような論理で以上の結論を導いているか、Bはその規範を今回の事件にどのように用いているかを検討してください。

修習生：分かりました。

弁護士：その上で、我々としては、Jの差押えは有効であるとの反論を考えなければなりません。

修習生：その点で気になるのですが、Aの遺言書には押印がされていないから、形式的な要件を満たさず無効であるとの主張をすることができるのではないのでしょうか。

弁護士：たしかに、遺言を無効にすることができれば、法定相続によってCは甲土地と丙建物に持分権を有することになりますから、有効な反論といえるでしょう。しかし、別の場所に押印がある本件では、その主張は私には筋が悪いように思えます。遺言に押印を要求する意義に遡って、検討してみてください。

修習生：分かりました。しかし、遺言を有効とされてしまうと、【判例1】がある以上、我々は、太刀打ちすることができないのではないのでしょうか。

弁護士：たしかに、判例を無視することはできません。しかし、【判例1】には学説から強い批判がなされていますから、批判的な学説に沿った判断がされる可能性もあります。あなたの今後の学習のためにも、今回は、有力な批判の1つである遺産分割と登記について判断した【判例2】との整合性という観点から、【判例1】の規範を批判して新たな規範を立てることで、我々の反論を組み立ててみてください。

いろいろと課題を出してしまったので、整理しましょう。まず、①Bの主張の法的根拠について、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言の効力を検討した上で、【判例1】がどのような論理で以上の結論を導いているか、Bはその規範を今回の事件にどのように用いているかを検討してください。次に、②Aの遺言書に押印がされていないことが、本件で遺言の有効性にどのような影響を及ぼすか検討してください。最後に、③【判例2】との整合性という観点から【判例1】の規範を批判し、新たな規範を定立した上でJの側からの反論を組み立ててください。

修習生：分かりました。なんとか頑張ってみます。

#### 【判例2】

最高裁判所第三小法廷昭和46年1月26日判決・最高裁判所民事判例集25巻1号90頁

#### 〔判旨〕

「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいつたん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずるのと同質上異なるものであるから、不動産に対する相続人の共有持分の遺産分割による得喪変更については、民法177条の適用があり、分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗することができないものと解するのが相当である。」

【設問3】 あなたが修習生であるとして、弁護士からの課題①②③に答えなさい。

#### 【別紙1】

フランチャイズ契約の説明（京都地方裁判所平成3年10月1日判決・判例時報1413号102頁）

「フランチャイズ契約は、フランチャイズチェーンの本部機能を有する事業者（フランチャイ

ザー)が、他の事業者(フランチャイジー)に、一定の地域内で、自己の商標、サービス・マーク、トレード・ネームその他の営業の象徴となる標識、及び経営のノウハウを用いて事業を行う権利を付与することを内容とする契約であるが、フランチャイザーにとっては、フランチャイジーの資金や人材を利用して事業を拡大することができ、フランチャイザーがフランチャイジーを指導、援助することが、フランチャイズ契約の重要な要素の1つとなっている。(中略)

店舗経営の知識や経験に乏しく、資金力も十分でない個人が、本部による指導や援助を期待してフランチャイズ契約を締結することが予定されている」

【別紙2】

Aの自筆証書遺言と遺言書が入っていた封筒の両面

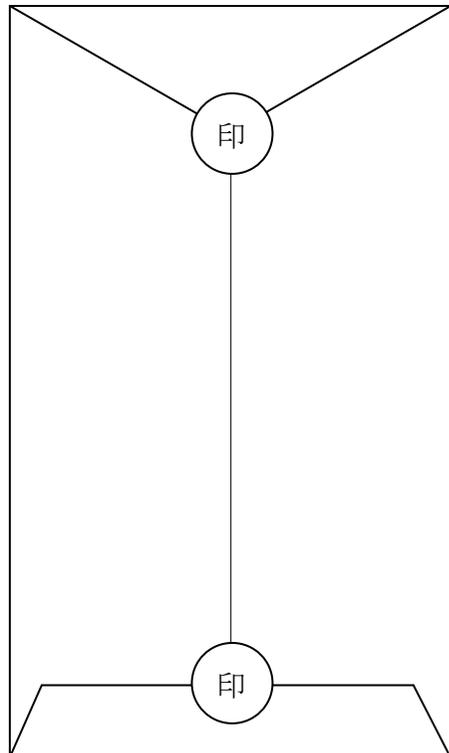
**遺言書**

1. 下記の財産を、長男であるBに相続させる。  
    甲土地（住所等略）  
    丙建物（住所等略）

2. （中略）

以上

平成25年11月1日  
遺言者 A



(注) ゴシック体の部分はAの手書きである。また、印はAの印章によってAが押印したものである。

## 【配点表】

			配点
第1	設問1		
	1	説明義務違反に基づく請求が問題となる点を指摘している	2
	2	責任の有無	
	(1)	E社の説明義務の有無	
		ア E社の反論	1
		イ 検討 (ア) 本件のフランチャイズ契約におけるA側の事情の指摘・評価…目安2点 (イ) 一般的なフランチャイズ契約でフランチャイザーに期待される役割の指摘・評価…目安1点 (ウ) 一般的なフランチャイズ契約における情報格差の存在の指摘・評価…目安2点 (エ) 一般的なフランチャイズ契約では出店予定者が得られる情報はフランチャイザーが有しているものに事実上限られることの指摘・評価…目安2点 (オ) 本件のフランチャイズ契約でもイ～エの事情が当てはまるかの検討…目安2点	9
		<b>★上記以外の事実を指摘・評価していても説得的であれば、同様に配点する</b>	
	(2)	E社が説明義務に違反しているか	
		ア E社の反論	1
		イ 検討 (ア) 理由を付して規範を定立していること ・ E社の調査資料に記載された予測売上額、損益分岐点の性質の指摘・評価…目安1点 ・ いかなる場合に説明義務違反となるかを示していること…目安2点 (イ) 説明義務違反を否定する方向に働く事実 ・ Aの契約締結に当たっての経緯の指摘・評価…目安2点 ・ 丁土地の特徴の指摘・評価…目安2点 ・ 本件マニュアルの内容についての指摘・評価…目安2点 (ウ) 説明義務違反を肯定する方向に働く事実 ・ Aに提示された予測売上額と実際の売上額が乖離していることの指摘・評価…目安2点 ・ 立地評価の内容の指摘・評価…目安2点 ・ 立地評価書の内容とFのAに対する説明の関係についての指摘・評価…目安1点 ・ Aに交付された立地評価書についての指摘・評価…目安2点 ・ Fの説明内容の指摘・評価…目安1点 (エ) 以上を踏まえた上で結論を述べている	3 6 8 2
		<b>★上記以外の事実を指摘・評価していても説得的であれば、同様に配点する</b>	
		【加点事項】 ※ 各事実について適切な評価がされている場合は加点する	加点評価 A・B・C
3	損害額		
	(1)	E社の反論	1
	(2)	検討	2
		【加点事項】 ※ 説明義務違反の法的性質について論じていれば加点する	加点評価 A・B・C
		<b>★設問1について、不法行為責任を問う構成をした場合であっても、上記の事実を挙げて要件を検討している場合には債務不履行責任の構成と同様の配点をする</b>	

第2	設問2	
1	①について	
(1)	訴訟物、請求原因として主張すべき事実の概要を述べている	3
(2)	代物弁済による債権取得	
ア	下線部①につき、代物弁済による債権取得を主張する上で対抗要件の具備を主張する必要があるか、との問題提起をしている	1
イ	代物弁済を債務消滅原因として主張する場合に主張すべき事実について、自らの立場を理由を付して論じている	2
ウ	債権譲渡の第三者対抗要件の本案における必要性について論じている	1
(3)	以上を踏まえた上で結論を述べている	2
	【加点事項】 ※ 将来債権譲渡について適切に検討している場合には加点する ※ 債務者対抗要件具備の抗弁の成否、要件事実に配慮して論じていれば加点する	加点評価 A・B・C A・B・C
2	②について	
(1)	譲渡禁止特約と重過失	
ア	下線部②を法的に評価している	3
イ	譲渡禁止特約について重過失である場合の実体法上の効果について論じている	3
(2)	重過失の主張立証責任	
ア	譲受人の重過失の主張立証責任が問題となることを指摘している	1
イ	譲受人の重過失の主張立証責任について、理由を付して論じている	2
(3)	以上を踏まえた上で結論を述べている	2
	【加点事項】 ※ 重過失が要件となる場合、何を主張立証すべきかについて、適切に論じていれば、加点する	加点評価 A・B・C
第3	設問3	
1	課題①	
(1)	特定の遺産を「相続させる」旨の遺言の効力についての判例1の見解を、その法的性質を指摘した上で理由を付して論じている	2
(2)	判例1の論理展開	
ア	登記がない場合の対抗の可否についての判例1の見解を、理由を付して論じている	1
イ	判例1の見解を本案に当てはめた場合の結論を示している	2
2	課題②	
(1)	民法968条1項の要件を満たすか否かが問題となることを指摘している	2
(2)	押印の意義	
ア	968条1項が押印を要求している趣旨を論じている	3
イ	押印の場所についての規範を定立している	2
(3)	上記規範をもとに当てはめている	3
3	課題③	
(1)	判例2の遺産分割と登記についての規範を指摘している	2
(2)	判例1との整合性	
ア	判例1・2の共通性を論じている	2
イ	判例1・2で規範が異なるのは不合理との主張を論じている	1
(3)	規範と本案への適用	
ア	法定相続と異なる相続と登記に関する規範を、登記必要、不要のいずれに統一するかが問題となることを指摘している	1
イ	理由を付して、登記を必要とする規範を定立している	2

ウ	本件における当てはめを示し、Jの差押えが有効であると結論づけている	2
<b>★上記以外の事実を指摘・評価していても説得的であれば、同様に配点する</b>		
第4	【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、加点する	加点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力, ②論理的思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理的構成力, ⑤文章表現力, 各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

【論 点】

- 1 契約締結段階の説明義務
- 2 譲受債権請求訴訟の要件事実
- 3 特定の遺産を「相続させる」旨の遺言の性質
- 4 特定の遺産を「相続させる」旨の遺言と登記
- 5 遺言の押印の意義
- 6 遺産分割・遺贈と登記

【素材・出題パターン】

論文本試験は、各教科において多様な要素を含んでいるものの、一定の素材・出題パターンに分析することが可能かと思われます。そして、民法の本試験過去問においては、まず、素材事例について、概ね以下の2つに分類できます。

① 判例参考型

判例を参考にしたと思われる出題（平成18年，同20年，同23年，同25年）

② 創造型

考査委員による創作性が高いと思われる出題（平成19年，同21年，同22年，同24年）

また、出題パターンとしては、概ね以下の3つのように分類できます。

ア 要件事実論正面出題型

要件事実論について正面から問う出題形式（平成18年，同21年，同24年）

イ 要件事実論的思考型

要件事実論について正面から問わないまでも解答に際して要件事実論的思考が要求される出題形式（平成19年，同20年，同22年，同25年）

ウ 実体法上の論理的問題型

要件事実論については問わずに、専ら実体法上の論理的問題について問う出題形式（平成23年）

以上の分類に従えば、本問は① 判例参考型、イ 要件事実論的思考型ということになります。

素 材 出題パターン	①判例参考型	②創造型
ア 要件事実論正面出題型	平成18年	平成21年・平成24年
イ 要件事実論的思考型	平成20年・平成25年・ 本問	平成19年・平成22年
ウ 実体法上の論理的問題型	平成23年	—

## 【出題のねらい】

## 1 設問1

設問1は、信義則上の説明義務違反（保護義務違反）について、福岡高判平18. 1. 31判タ1235-217を素材に問うものである。契約締結に当たっての説明義務は、債権法改正の論点の1つとなっており、また、信義則という一般条項を基礎とするため、「具体的な事実を法的な観点から分析して評価する能力」（平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨（民事系科目第1問））を試すのに最適な論点と考えられることから、出題可能性が高いと考え、問題となりやすい契約類型とされるフランチャイズ契約を扱った上記裁判例を素材に出題した。

## 2 設問2

設問2は、譲受債権請求訴訟の要件事実を問うものである。要件事実、本試験において毎年のように問われており、本問のように正面から問われることもある。譲受債権請求訴訟の要件事実、『新問題研究 要件事実』から削除されたが、実務上の重要性から多くの法科大学院の要件事実の授業において扱われている。そこで、出題可能性が高いと判断し、出題した。内容はやや発展的であるが、要件事実の基本的な考えを答案において示すことは、より基礎的な要件事実の問題に対する解答においても重要であるので、本問を通じて書き方の訓練をしてほしい。

## 3 設問3

設問3は、遺言による相続についての判例法理について総合的に問うものである。本試験では親族・相続分野から定期的に出題がなされていること、その中でも遺言による相続はいわゆる「相続させる」旨の遺言と登記など、登記との関連で判例法理が形成されており、実務上の重要性も高いこと、平成24年本試験のように契約書を資料として添付して、その内容の解釈を行わせる形式の問題が遺言について出題される可能性は十分にあること、受験生の学習が手薄になりがちな遺言の形式的な有効性についても問われる可能性があることから、出題した。

## 【本問作成の経緯等】

## 1 設問1

信義則という一般条項を扱うことで、問題文から必要な事実を抽出し評価していく能力を試そうと作問した。一般条項としては公序良俗、権利濫用等が、近時においても重要判例が出されているため、出題可能性が十分にあると考えられる。今回出題した信義則とともに復習してほしい。

## 2 設問2

要件事実論を正面から出題した。今回扱った内容はやや高度であるが、必ずしも現段階で知っていることを求める問題ではない。条文及び実体法上の法理に立ち返って要件事実を考えるという基本的な姿勢を試そうと考えて作問した。

## 3 設問3

相続法から出題した。当初は【別紙2】のみを示し、遺言の形式的有効性と遺産がどのように相続されるかを論じさせるような設問を検討していたが、受験生の家族法の学習状況から考えると、基本的な判例法理の確認と判例の理論面に着目した設問を設けることも有用と考えられ、また詳細な誘導を付することで難易度を調整する必要があると考え、設問のような形となった。

## 【参考文献】

### 〔設問1〕

(素材裁判例)

- ・福岡高判平18. 1. 31判タ1235-217

(参考文献)

- ・最判平23. 4. 22民集65-3-1405 (民法判例百選Ⅱ[第7版]4事件)
- ・京都地判平3. 10. 1判時1413-102
- ・内田 貴『民法Ⅱ 債権各論』(東京大学出版会, 第3版, 2011) P.26~9
- ・潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得』(新世社, 第2版, 2009) P.6
- ・金井高志「フランチャイズ契約裁判例の理論分析 フランチャイズ契約締結過程における紛争の判例分析(1)~(3), (5)」判例タイムズ1059号 P.4~12, 1061号 P.20~32, 1064号 P.15~27, 1071号 P.81~98
- ・後藤卷則「情報提供義務」『民法の争点』(有斐閣, 2007) P.217~8
- ・野澤正充「情報提供義務(説明義務)違反」法学教室273号 P.34~40

### 〔設問2〕

- ・大判明38. 2. 28民録11-278
- ・最判昭39. 11. 26民集18-9-1984
- ・最判昭40. 3. 11集民78-259
- ・最判昭48. 7. 19民集27-7-823
- ・最判平11. 1. 29民集53-1-151 (民法判例百選Ⅱ[第7版]28事件)
- ・内田 貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』(東京大学出版会, 第3版, 2005) P.210~215
- ・近江幸治『民法講義Ⅳ 債権総論』(成文堂, 第3版補訂, 2009) P.256
- ・岡口基一『要件事実マニュアル第1巻』(ぎょうせい, 第3版, 2010) P.266~272, 503~4, 532~6, 『要件事実マニュアル第2巻』(ぎょうせい, 第3版, 2010) P.289~290
- ・潮見佳男『プラクティス民法 債権総論』(信山社, 第2版, 2005) P.196~7
- ・司法研修所編『改訂 紛争類型別の要件事実』(法曹会, 2006) P.92, 113~4, 124~5, 128
- ・司法研修所編『新問題研究 要件事実』(法曹会, 2011) P.3, 46, 124~5
- ・村田涉ほか編『要件事実論30講』(弘文堂, 第3版, 2012) P.547~551

### 〔設問3〕

(素材判例)

- ・最判平14. 6. 10家月55-1-77 (民法判例百選Ⅲ74事件)
- ・最判平6. 6. 24家月47-3-60 (民法判例百選Ⅲ78事件)
- ・東京高判平5. 8. 30判タ845-302
- ・最判昭46. 1. 26民集25-1-90 (民法判例百選Ⅲ71事件)

(参考文献)

- ・最判昭38. 2. 22民集17-1-235 (民法判例百選Ⅰ[第7版]56事件)
- ・最判昭39. 3. 6民集18-3-437 (民法判例百選Ⅲ73事件)

- ・最判昭49. 12. 24民集28-10-2152
- ・最判平元. 2. 16民集43-2-45
- ・最判平3. 4. 19民集45-4-477 (民法判例百選Ⅲ86事件)
- ・最判平5. 7. 19集民169-243
- ・内田 貴『民法Ⅳ 親族・相続』(東京大学出版会, 補訂版, 2004) P.484~6
- ・中川善之助=加藤永一編『新版 注釈民法(28) 相続(3)』(有斐閣, 補訂版, 2002) P.103 (久貴忠彦執筆)
- ・二宮周平『家族法』(新世社, 第3版, 2009) P.409~413
- ・前田陽一ほか『民法Ⅵ 親族・相続』(有斐閣, 第2版, 2012) P.350~352, 379
- ・池田恒男「判批」判例タイムズ1114号P.80~86
- ・犬伏由子「判批」私法判例リマークス27号P.72~5
- ・加毛 明「判批」民法判例百選ⅢP.150~151
- ・松尾知子「判批」判例タイムズ1114号P.87~92
- ・松原正明「判批」民法判例百選ⅢP.158~9

## 【分析と展開】

## 第1 設問1

信義則上の説明義務の存否、説明義務違反の存否及び説明義務違反に基づく損害賠償請求の範囲について問われている。

対等な当事者間の契約においては、各当事者が自らに必要な情報を収集することが原則である。しかし、当事者間に顕著な情報格差がある場合にも情報収集を各自の責任とすれば、劣位にある当事者の契約の自由が実質的に侵害される。そこで、情報格差のある当事者間においては、情報を有する当事者が他方当事者に契約締結上重要な情報を説明する義務が生じるものと考えられる。本件では、フランチャイズ契約の一般的性質を前提に、AとE社に売上げ、収益予測といった重要な情報についての情報格差があることを指摘していくことで、説明義務の存否を論じることになる。

説明義務があると認定した場合には、間違っただけの情報を提供して契約させたとなれば説明義務違反を問われる。もっとも、本件で問題となるのは、丁土地の店舗の売上げ、収益予測と現実の売上げ、収益が違っている点である。E社が提供した情報はあくまで予測であるので、現実と完全に一致することまでは求められない。そのため、本件で説明義務違反を論じるに当たっては、予測と現実の誤差の大きさ、マニュアルの内容の適切さ、データの収集・評価が適切に行われているか、データの正確性に影響を与える外部的な事情があるか等の個別・具体的な事情から、E社が相当性・合理性を有する情報を提供していたかという視点から検討することになる。

説明義務が前提とする、いわゆる契約締結上の過失においては、損害賠償の範囲は信頼利益の範囲に限られるとされる。この見解を採らない場合でも、損害賠償の範囲は説明義務違反と相当因果関係にあるものに限られることになる。E社の示す売上げ、収益予測はあくまで予測であって、その額の売上げ、収益を保証したものではないから、どちらの見解でも予測と現実の差額を含めることは困難であろう。一方で、予備的請求である赤字相当額と、開店準備費用は含めることが可能である。

信義則という一般条項を基礎とする請求であるため、抽象的な一般論を大々的に展開するのではなく、事実を丁寧に指摘・評価していく姿勢が重要である。

## 第2 設問2

## 1 下線部①について

代物弁済による債権取得を主張する際に、債権譲渡の第三者対抗要件を具備することがいかなる法律上の意義があるかが問われている。

まずは、訴訟物と譲受債権訴訟における請求原因、及び本件で債権取得原因として代物弁済が主張されていることを指摘することになる。

その上で、債権譲渡の第三者対抗要件具備の法律上の意義を検討することになる。代物弁済を要物契約と解する学説は、債権取得原因として代物弁済を主張する際にも第三者対抗要件を必要とする。他方で、代物弁済を諾成契約と解する学説は、これを不要とする。判例は、代物弁済の法的性質という観点ではなく、代物弁済が主張される場面によって要件を変えており、物権取得原因として主張する場合には意思主義の観点から対抗要件具備を不要としている。このことから考えれば、本件でも第三者対抗要件の具備は不要となると考えられる。

要物契約説以外の見解を採った場合には、債務者であるIが債務者対抗要件の抗弁を主張する

可能性がある。これとの関係で債務者対抗要件の具備の要件事実上の位置づけが問題になる。これは民法177条等における対抗要件の抗弁の要件事実になぞらえて把握され、権利抗弁説、事実抗弁説、第三者抗弁説の対立が反映される。通説である権利抗弁説に従えば、債務者対抗要件の抗弁に対する債務者対抗要件具備の再抗弁として位置づけられることになる。一方、債権の帰属を争う第三者が存在しない本件では、第三者対抗要件の具備は過剰な主張であり、法律上の意義を有さない。

## 2 下線部②について

譲受債権訴訟において、譲受人に譲渡禁止特約がないと思ったことについての重過失があることの実体法上の意義と主張立証責任の分配について問われている。

契約自由の観点から、特約によって原則として自由な債権譲渡を禁止することは可能であるが、取引の安全の観点から、譲渡禁止特約について善意の第三者に対して譲渡禁止特約の存在を対抗することができない（民法466条2項ただし書）。これを前提に、通説・判例は、債権譲渡が原則自由であることに照らして、譲渡禁止特約がないと思ったことに過失があるにすぎない第三者に対しても譲渡禁止特約の存在を対抗できないとし、他方で、重過失は悪意と同視できるから、重過失がある第三者には対抗できるとしている。この見解を採れば、譲受人に譲渡禁止特約がないと思ったことについての重過失があることが、譲渡禁止特約を対抗する要件となる。

重過失は評価概念であるから、その主張に当たっては評価根拠事実を主張することになるところ、下線部②は、H銀行が賃料債権に譲渡禁止特約がないと思ったことについて重過失があることの評価根拠事実となる。そこで、譲受人の重過失の評価根拠事実とは、当初から抗弁において主張すべきか、善意の再抗弁が主張された場合の再々抗弁において主張すべきかが問題となる。一方で、民法466条2項の条文構造を重視すれば再々抗弁において主張することになる。他方で、債権は譲渡自由が原則であることを重視すれば、例外である譲渡禁止特約を主張する側で重過失を主張すべきこととなり、抗弁において主張すべきであるといえるだろう。

どちらにおいても、各自の採る見解を適切に根拠付け、それと矛盾しない結論を導くことが求められている。

## 第3 設問3

### 1 課題①

特定の遺産を「相続させる」旨の遺言の性質及び「相続させる」旨の遺言と登記についての判例規範について問われている。

最判平3. 4. 19（民集45-4-477, 民法判例百選Ⅲ86事件）は、遺言者の意思解釈を根拠に、「相続させる」旨の遺言は、「遺産の分割の方法を定めた遺言であり、…当該遺言において相続による承継を当該相続人の受諾の意思表示にかからせたなどの特段の事情のない限り、何らの行為を要せずして、被相続人の死亡の時（遺言の効力の生じた時）に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継されるものと解すべきである」としている。これを前提に、【判例1】として問題文に引用した最判平14. 6. 10（家月55-1-77, 民法判例百選Ⅲ74事件）は、「相続させる」旨の遺言によって相続した不動産である遺産の所有権を対抗するのに登記は不要としている。その理由について主要な学説は、次のような説明を与えている。特定の不動産を「相続させる」旨の遺言がある場合には、その不動産は遺産共有を経ず、相続開始と同時に特定の相続人に帰属することになる。したがって、他の相続人は相続が開始しているか否かに関係なく、当該不動産について権利を取得しない。登記には公信力はないから、当該不動産に

ついてされた登記は無権利の登記として無効であり「相続させる」旨の遺言で相続を受けた相続人は、当該不動産について登記がなくても第三者に対抗することができる。

以上の規範に立てば、本件において甲土地と丙建物はAの相続開始と共にBに帰属しており、Cは甲土地、丙建物について無権利である。したがって、Cの登記は無効であり、これを承継したJに対してBは登記なくして甲土地、丙建物の所有を対抗できることになる。

## 2 課題②

遺言書に押印を要求する趣旨と遺言書には押印がないもののそれを入れた封筒に押印がある場合の遺言の有効性について問われている。

判例は、968条1項が押印を要求している趣旨は、遺言の自署とあいまって遺言者の同一性及び真意を確保するとともに、重要な文書については作成者が署名した上で、その名下に押印することによって文書の作成を完結させるというわが国の慣行ないし法意識に照らして文書の完成を担保する点にあるとしている。その上で、押印の位置については、明文に規定がないことから、この趣旨が損なわれない限りで押印の位置は必ずしも署名の名下であることを要しないという見解と署名・押印が要件であることから、押印は署名の名下に必要とする見解とがある。

本件では、上記のとおり、封筒の綴じ目に押印がされている。押印の位置は必ずしも署名の名下であることを要しないとする見解からは、遺言書を入れて封がされた封筒は、実質的に中の遺言書と一体をなしているといえ、また封筒の綴じ目の押印は、これ以上中の遺言書を変更しないという意味で、遺言書の完結を示すものと解釈できるから、本件でも968条1項の要求する押印はあるとして、Aの自筆証書遺言は有効であるとの結論を導ける。それに対して、押印の位置は署名の名下に必要であるとの見解からは、Aの自筆証書遺言は無効である。

## 3 課題③

遺産分割と登記に関する判例法理を確認し、これを用いて課題①で確認した「相続させる」遺言と登記の判例法理を批判し、新たな規範を立てることが求められる。

遺産分割と登記について、【判例2】として問題文に引用した最判昭46. 1. 26（民集25-1-90，民法判例百選Ⅲ71事件）は、遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生じるもの（909条本文）ではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいったん取得した権利につき分割時に新たな変更を生じると実質上異なることを理由に、不動産に対する相続人の共有持分の遺産分割による得喪変更については、民法177条の適用があり、分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗することができないと判示しており、【判例1】とは正反対の結論になっている。

問題文において弁護士が示唆している【判例1】と【判例2】の整合性という観点から【判例1】を批判するということは、両者が同種の問題を扱っているのに、その規範が異なっている点を批判することである。そこで、両者の問題状況を検討すると、特定の遺産を「相続させる」旨の遺言は、遺産の一部を確定的に特定の相続人に帰属させる点で、一部分割がされたのと同じ効果を生じることから、両者に共通性があるといえる。さらに、【判例1】と【判例2】の問題状況はどちらも、遺産分割や遺言等、法定相続とは異なる事情がなければ権利者であった者からの承継人とこれらの事情によって権利者になった者との対立である点も同じである。まず、以上のような点を指摘し、【判例1】と【判例2】の規範が異なっていることを批判することが必要である。

その上で、課題③に答えるには、規範を登記を必要とした【判例2】の側に統一すべきである

という結論を導く必要がある。その際には、登記を不要とする【判例1】の規範によった場合の不都合性（必要性）及び登記を必要としても不都合がないこと（許容性）を指摘すればよい。遺言の公示制度がないために遺言の内容を知らないことが多い第三者は、不測の損害を受け、取引の安全を害すること、相続による権利移転の登記は単独申請が可能であるから、相続人は容易に登記を備えることができ、登記を必要としても酷ではないことを指摘することになる。

そして、登記を必要とする規範を立てた上で、Jの側から主張すべき本件における適用も示す必要がある。JはBよりも先に登記を備えているから、この規範の下においてはJの差押えは有効となると主張すべきである。

## 【解 説】

## ◆ 論点① 契約締結段階の説明義務 ◆

## 1 問題の所在

設問1で、Aは、E社の担当者Fの説明を受けて本件フランチャイズ契約を締結し、その結果、損害を被っている。FがAに行った説明の中には不正確、不公正な情報が多く含まれており、これに基づいてAが契約締結を決めたという事情からすれば、Fが正確な説明を行わなかったことについて、E社に対し、何らかの責任を問えないかが問題となる。

## 2 説明義務の発生根拠、内容

(1) 対等な当事者間での契約では、各当事者が契約に関する情報を収集すべきといえるから、一方当事者が特定の情報を知らずに契約を締結し、そのために損害を被ったとしてもそのリスクは情報収集を怠った側で負うべきであるといえる。

しかし、この原則を貫くことが不都合な場合がある。すなわち、契約に当たって専門的な情報・知識が必要になるが、当事者間に情報・知識の格差があり、重要な情報について一方当事者が入手できないような場合には、知識・情報を有している側がそれを提供することに特に困難はないのに対して、有していない側が知識・情報を得ることは相当の困難を伴う。このような場合には、情報の格差が解消されなければ、情報を有していない側にとっては実質的に契約の自由が確保されていないことになり、そのまま契約を締結し、損害が生ずれば、情報を有していない側の期待は大きく裏切られることになる。

そこで、判例・学説は、一定の場合に、情報・知識を有する一方当事者に対し、信義則（民法1条2項）を根拠に、契約締結に当たって他方当事者に説明をする義務（説明義務、情報提供義務、保護義務）を認め、これを怠って契約を締結し、そのために損害が発生した場合に損害賠償責任を認めている。

(2) 根拠を信義則という一般条項に置く以上、いかなる場合に説明義務が認められるかについては事例ごとに個別具体的な事情を拾っていき、どの程度の情報格差が生じているか、その状態がいかに不当なものであるかを説明していく必要がある。

説明義務違反が問題となりやすい領域として、①不動産売買、②金融取引、③医療契約、④フランチャイズ契約が挙げられている（法学教室273号P.35）。

フランチャイズ契約とは、一般に、フランチャイズチェーンの本部機能を有する事業者であるフランチャイザーが、他の事業者であるフランチャイジーに対し、一定の地域内で、自己の商標、サービス・マーク、トレード・ネームその他の営業の象徴となる標識及び経営のノウハウを用いて事業を行う権利を付与し、フランチャイジーは、その対価としてロイヤリティー等を支払うことを内容とする契約と説明される。フランチャイジーとしては新規店舗を比較的容易に展開できること、フランチャイジーとしてはフランチャイザーのブランドを使って営業できることにメリットがあり、コンビニエンスストア、弁当販売店等で広く用いられる契約である。もっとも、フランチャイジーは、参入する業種について素人であることが多く、出店やその後の営業手法について専門家といえるフランチャイザーの提供する情報に大きく頼らざるを得ない状況が多い一方

で、フランチャイザーは、基本的に出店すればするほどロイヤリティーを多く得ることができるので、収益について厳しい予測があっても出店させるインセンティブがある。これらの事情から、フランチャイザーにはフランチャイザーに対して契約締結に当たって客観的で正確な情報を提供する義務が認められる場合が多い。

もっとも、売上げ・収益予測については、その内容が将来の不確実な事情に関するため、実際の額が予測額を下回ったというだけで正確性を欠くとして義務違反を認めることはできない。そこで、予測と現実との乖離の度合い、予測手法の適切さ、その手法の具体的な適用における客観性・適切さなどから相当性・合理性を欠くような場合には、正確な情報を提供していないとして義務違反を認めるべきであろう。

- (3) 本件のような形で説明義務違反が認められる場合には、「説明義務違反があったために、本来なら締結しなかった契約を締結してしまったこと」と相当因果関係がある損害が賠償の対象となる（説明義務違反を契約締結上の過失の一部として考える学説からは、損害賠償の範囲を信頼利益の範囲に限るという形で表現される。）。したがって、フランチャイズ契約締結に際して支払った加盟金及び赤字額は損害賠償の対象となるが、事前に提示された収支予測との差額（逸失利益）は、フランチャイザーが予測額どおりの収支を保証したような事情がない限り、損害賠償の対象とはならないと考えられる。

なお、（本問の検討対象からは外したが、）フランチャイズ契約における説明義務違反に基づく損害賠償請求を認めた裁判例の多くは、大幅な過失相殺を認めており、本件の素材裁判例でも3割の過失相殺を認めている（他の裁判例には、7割近い過失相殺を認めた事例もある。）。フランチャイジーも独立した事業者であることが考慮されているものと考えられる。また、過失があまりに重大であれば、義務違反を否定することも、不合理とまではいえないであろう。

### 3 説明義務違反の法的性質

説明義務違反は契約責任の一種として債務不履行となるのか、不法行為となるのかについては争いがある。この争いが特に差異をもたらすのは、説明義務違反から3年を経過したが10年は経過していないという状況で、債権の消滅時効10年（民法167条1項）が経過していないため請求できるとするのか、不法行為責任の短期消滅時効3年（民法724条）が経過したため請求できないとするのかという事案においてである。

学説には、これを契約責任とする見解も多い。それに対して、本件の素材裁判例を含め、この点について明確に判示しない判例・裁判例が多かったが、近時の判例は、これを不法行為責任とした。

#### □ 最判平23. 4. 22民集65-3-1405（民法判例百選Ⅱ[第7版]4事件）

##### 【事案の概要】

Xらは、信用協同組合であるYの勧誘に応じてYに各500万円を出資したが、Yの経営が破綻して持分の払戻しを受けられなくなった。そこで、Xらは、Yが、上記の勧誘に当たって、Yが実質的な債務超過の状態にあり経営が破綻するおそれがあることをXらに説明すべき義務に違反したなどと主張して、Yに対し、出資契約上の債務不履行による損害賠償請求権に基づき、各500万円及び遅延損害金の支払を求めた。Xらの提訴が損害の確定時であるYの破綻から3年以上経過していたため、法的性質が争いとなった。原審は、契約責任と解して請求を認容したが、最高裁判所は、不法行為責任と解して原審を破棄し、請求を棄却した。

〔判 旨〕（下線は、福田講師が付けた。以下全て同じである。）

「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはないというべきである。

なぜなら、上記のように、一方当事者が信義則上の説明義務に違反したために、相手方が本来であれば締結しなかったはずの契約を締結するに至り、損害を被った場合には、後に締結された契約は、上記説明義務の違反によって生じた結果と位置付けられるのであって、上記説明義務をもって上記契約に基づいて生じた義務であるということは、それを契約上の本来的な債務というか付随義務というかにかかわらず、一種の背理であるといわざるを得ないからである。契約締結の準備段階においても、信義則が当事者間の法律関係を規律し、信義則上の義務が発生するからといって、その義務が当然にその後に締結された契約に基づくものであるということにならないことはいまでもない。

このように解すると、上記のような場合の損害賠償請求権は不法行為により発生したものであるから、これには民法724条前段所定の3年の消滅時効が適用されることになるが、上記の消滅時効の制度趣旨や同条前段の起算点の定めを鑑みると、このことにより被害者の権利救済が不当に妨げられることにはならないものというべきである。

「裁判官千葉勝美の補足意見は、次のとおりである。

私は、法廷意見が、本件説明義務違反が債務不履行責任を構成せず、その結果、これにより発生した損害賠償請求権について民法724条前段が適用されるとした点について、次のとおり補足しておきたい。

本件において、上告人が被上告人に対し出資契約の締結を勧誘する際に負っているとされた説明義務に違反した点については、契約成立に先立つ交渉段階・準備段階のものであって、講学上、契約締結上の過失の一類型とされるものである。民法には、契約準備段階における当事者の義務を規定したものはないが、契約交渉に入った者同士の間では、誠実に交渉を行い、一定の場合には重要な情報を相手に提供すべき信義則上の義務を負い、これに違反した場合には、それにより相手方が被った損害を賠償すべき義務があると考え、この義務は、あくまでも契約交渉に入ったこと自体を発生の原因として捉えるものであり、その後に締結された契約そのものから生ずるものではなく、契約上の債務不履行と捉えることはそもそも理論的に無理があるといわなければならない。講学上、契約締結上の過失を債務不履行責任として捉える考え方は、ドイツにおいて、過失ある錯誤者が契約の無効を主張することによって損害を受けた相手方を救済する法理として始まったとされているが、これは、不法行為の成立要件が厳格であるドイツにおいて、被害者の救済のため、契約責任の拡張を模索して生み出されたという経緯等に由来する面がある。

有力な学説には、事実上契約によって結合された当事者間の関係は、何ら特別な関係のない者の間の責任（不法行為上の責任）以上の責任を生ずるとすることが信義則の要求するところであるとし、本件のように、契約は効力が生じたが、契約締結以前の準備段階における事由によって他方が損失を被った場合にも、『契約締結のための準備段階における過失』を契約上の責任として扱う場合の一つに挙げ、その具体例として、①素人が銀行に対して相談や問い合わせ

せをした上で一定の契約を締結した場合に、その相談や問い合わせに対する銀行の指示に誤りがある、顧客が損害を被ったときや、②電気器具販売業者が顧客に使用方法の指示を誤って、後でその品物を買った買主が損害を被ったときについて、契約における信義則を理由として損害賠償を認めるべきであるとするものがある（我妻榮『債権各論上巻』38頁参照）。このような適切な指示をすべき義務の具体例は、契約締結の準備段階に入った者として当然負うべきものであるとして挙げられているものであるが、私としては、これらは、締結された契約自体に付随する義務とみることもできるものであると考える。そのような前提に立てば、上記の学説も、契約締結の準備段階を経て契約関係に入った以上、契約締結の前後を問うことなく、これらを契約上の付随義務として取り込み、その違反として扱うべきであるという趣旨と理解することができる、この考え方は十分首肯できるところである。

そもそも、このように例示された上記の指示義務は、その違反がたまたま契約締結前に生じたものではあるが、本来、契約関係における当事者の義務（付随義務）といえるものである。また、その義務の内容も、類型的なものであり、契約の内容・趣旨から明らかなものといえよう。したがって、これを、その後契約関係に入った以上、契約上の義務として取り込むことは十分可能である。

しかしながら、本件のような説明義務は、そもそも契約関係に入るか否かの判断をする際に問題になるものであり、契約締結前に限ってその存否、違反の有無が問題になるものである。加えて、そのような説明義務の存否、内容、程度等は、当事者の立場や状況、交渉の経緯等の具体的な事情を前提にした上で、信義則により決められるものであって、個別的、非類型的なものであり、契約の付随義務として内容が一義的に明らかになっているようなものではなく、通常の契約上の義務とは異なる面もある。

以上によれば、本件のような説明義務違反については、契約上の義務（付随義務）の違反として扱い、債務不履行責任についての消滅時効の規定の適用を認めることはできないというべきである。

もっとも、このような契約締結の準備段階の当事者の信義則上の義務を一つの法領域として扱い、その発生要件、内容等を明確にした上で、契約法理に準ずるような法規制を創設することはあり得るところであり、むしろその方が当事者の予見可能性が高まる等の観点から好ましいという考えもあろうが、それはあくまでも立法政策の問題であって、現行法制を前提にした解釈論の域を超えるものである。」

この最高裁判例は、説明義務違反によって本来締結しなかったといえる契約を締結したために損害を被ったという説明義務違反の類型についての判例であるから、説明義務の基礎となる契約締結上の過失全体には射程が及ばないと解されている。

## 5 本問における具体的検討

(1) まず、E社がAに説明義務を負っているかを検討すべきである。E社からは、E社とAは対等な事業者同士としてフランチャイズ契約を締結しているから、E社は説明義務を負わない、との反論があり得る。しかし、上記のとおり、フランチャイズ契約は店舗経営の知識や経験に乏しく、資金力も十分でない個人が、本部による指導や援助を期待して締結することが予定されている上、当事者間には売上げ、収益予測といった重要な情報について大きな格差があり、しかも、

出店予定者が得られる情報はフランチャイザーが有しているものに事実上限られる。よって、フランチャイザーであるE社には、出店予定者であるAに対し、フランチャイズ契約を締結するか否かを定めるに当たって判断材料となる重要な情報を適時・適切に、できる限り正確に提供する義務がある。本件で、Aは、酒屋を経営する商人であって商売については純粋な素人とはいえないが、コンビニエンスストアの経営についてはやはり素人であるから、結論に影響しない、と考えることができる。

- (2) 次に、E社に説明義務違反があったかを検討する。E社からは、E社は、マニュアルに沿って収集したデータをAに開示しているから、説明義務違反はなかった、との反論があり得る。しかし、結果的に予測売上額と実際の売上額は大きく乖離しているから、その正確性には大きな疑問がある。確かに、本件マニュアルの内容は適切といえるが、立地評価において住宅地やパチンコ屋から丁土地の店舗に向かうには、交通量が多いため歩行者が横断しにくい幹線道路を横断してくる必要があったことの影響が過小に評価されている。このことから、本件マニュアルの方針と矛盾しており、立地評価が本件マニュアルに従っていないといえる。

また、このような問題のある立地評価書の内容は、Fの説明と概ね一致しているものであり、Fは、出店すればするほど報酬を得られる地位にあるため、立地評価に営業担当であるFの影響が及んでいる可能性があり、評価の公正性に疑いがある。

さらに、Aに交付された立地評価書には、元々記載されていた、収益にマイナスの影響を及ぼす可能性を示唆したコメントが削除されており、以上のような問題にAが気付く可能性をE社が排除している。

Fは、上記のようなマイナス要素を全く説明しておらず、明るい見通しのみを説明している以上、不完全な情報を提供していると言わざるを得ない。

よって、E社がこのような正確性が十分でない情報に基づいてAにフランチャイズ契約を締結させたことは、説明義務違反というべきである。

- (3) 損害賠償は、「正確な情報を提供されていれば締結しなかったといえる本件フランチャイズ契約を締結したこと」と相当因果関係が認められる損害について認められる。E社が予測収支額どおりの収支を保証しているような事情がない本件では、予測収支と実際の収支の差額2000万円は賠償の対象とはならず、開店に向けて支出した150万円と赤字額1600万円の合計1750万円の範囲で損害賠償が認められることになるだろう。

## ◆ 論点② 譲受債権請求訴訟の要件事実 ◆

## 1 問題の所在

設問2では、譲受債権請求訴訟の要件事実の理解が問われている。以下、検討する。

## 2 訴訟物

訴訟物とは、訴訟上の請求の内容をなす、一定の権利・法律関係をいう。訴訟物の理解について実務は、訴訟物を実体法上の個別的・具体的な請求権の主張と捉える旧訴訟物理論によっている。訴訟物は、民事訴訟法の基本原則である処分権主義により、原告の申立てによって定まり、裁判所はこれに拘束される（民事訴訟法246条）。

本件では、H銀行は、Aから譲り受けた、AのIに対する賃料債権に基づいて60万円を請求している。債権譲渡は、債権の同一性を保ったまま帰属主体を変更することを内容としているから、譲り受けた債権を請求する場合には、譲渡人・債務者間の債権が譲受人に帰属しているという形をとる。したがって、本件の訴訟物は、AI間の賃貸借契約に基づく賃料支払請求権1個となる。

## 3 請求原因事実

契約当事者である債権者が債務者に対して債権の目的である給付を請求する場合には、債権者は、請求原因として、債権の発生原因事実を主張する必要がある。債権譲渡は、発生した債権の同一性を保ったまま帰属主体を変更することを内容とすることから、譲受債権訴訟でも発生原因の主張は必要である。また、その債権が譲受人に帰属することを示すため、債権の取得原因事実も主張する必要がある。

以上より、譲受債権訴訟における請求原因事実は、①譲受債権の発生原因事実及び②譲受債権の取得原因事実である。そして、下線部①と関係するのは、②譲受債権の取得原因事実である。以下では、①譲受債権の発生原因事実についても簡単に解説を加える。

## (1) ①譲受債権の発生原因事実

本件で請求するのは賃料であるから、まず、賃貸借契約が成立したことを主張する必要がある。

そして、賃貸借など貸借型の契約については、貸借型理論を採るか否かの対立がある。賃貸借契約が民法601条より「当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うことを約することによって」成立することを重視して貸借型理論を採らない場合には、賃貸借契約の内容として主張すべき事実は、目的物を一定期間使用収益させること及び賃料の合意である。それに対して、貸借型の契約において目的物を受け取ってすぐに返還すべき貸借はおおよそ無意味であるから、返還時期の合意は貸借型の契約に不可欠の要素であるとして貸借型理論を採る場合には、加えて返還時期の合意の主張も必要になる。また、本件で請求する賃料は最初に締結した賃貸借契約が更新されて成立した賃貸借契約によって発生するものであるから、賃貸借契約更新がされた旨の主張も必要となる。

そして、賃料が目的物の使用収益の対価である以上、賃貸借契約に基づく目的物の引渡しは、賃料支払に対し先履行になるので、賃貸借契約に基づく目的物の引渡しも主張する必要がある。

次に、賃料債権の発生のためには賃料支払期限の到来を主張する必要がある。乙土地は駐車場であって宅地ではないので、民法614条より特約がないと賃料は年末払になってしまう。そのため、本件の駐車場の賃料については、前月の月末払とする特約についても主張をする必要があ

る。逆に、賃貸目的物の種類、賃料を請求する時期、いつの分の賃料を請求するかによって、前月払の特約の主張が過剰主張となることがある。もっとも、現実に合致するように特約を主張することも許されるという見解もあるため、この点が問題となった場合には、答案作成上、説明が必要である。

## (2) ②譲受債権の取得原因事実

本件で譲渡する債権は、譲渡時点でいまだ発生していない債権であるから、このような将来債権は譲渡できるかが問題となる。最判平11・1・29民集53-1-151（民法判例百選Ⅱ28事件）は、期間の始期と終期を明確にするなどの方法で、譲渡の目的となる債権が特定されていれば、特段の事情がない限り将来債権の譲渡も有効としている。なお、民法の一部を改正する法律案（債権関係）（以下「民法改正案」という。）によると、改正後466条の6により、将来債権の譲渡性に関する条文が新設される。

その上で、本件では、取得事実として代物弁済を主張することになる。下線部①に関する問題は、代物弁済を債権の取得原因として主張する場合には、債権譲渡の対抗要件を具備したことで主張する必要があるかである。

## 4 債権取得原因として代物弁済を主張する場合の要件事実

### (1) 学説

学説は、この問題を、代物弁済がいかなる契約類型に属するかの対立とほぼ直結させている。これに関する学説は、以下の2説がある。

なお、民法改正案によると、改正後482条により、代物弁済を諾成契約であることを明らかにしている。

#### A 要物契約説（昔の通説）

代物の給付が完了することによって代物弁済が成立し、その効力が生じるとする見解である。この見解に立つ場合には、代物弁済の成立に代物の対抗要件具備を必要とするので、代物が債権であれば第三者対抗要件まで備えることが必要である。

（理由）

- ① 民法482条が代物弁済の効力は「負担した給付に代えて他の給付をしたとき」に生じるとしている。
- ② 更改との区別は、代物の給付を要するか否かで判断すべきである。

#### B 諾成契約説（現在の多数説）

代物弁済自体は当事者の合意のみによって成立し、債権消滅の効力が代物の給付によって生じるとする見解である。この見解に立つ場合には、代物弁済の合意があれば代物である債権の帰属は移転するので、請求原因としては債務者対抗要件すら主張する必要はない。

（理由）

- ① 代物弁済の合意が成立したならば、当事者はそれに拘束されるべきである。
- ② 要物性がなくとも、更改との区別は可能である。

### (2) 判例

判例は、債務消滅原因として代物弁済を主張する場合には、不動産なら登記を備えて対抗要件を具備させることで債権者に完全な所有権を得させることを求める（最判昭39.11.26民集18-9-1984）一方で、代物の所有権取得原因として主張する場合には、意思主義（民法176条）の観点から代物弁済の合意が成立すると、債権者に代物の所有権が移転するとしており（最判昭40.3.11集民78-259）、主張する場面ごとに要件を変えているものと評価される。本件のように債権の取得原因として主張する場合には、債権の帰属に関して意思主義を定める条文がないが、後者に従って合意のみで足りると考えられる。

上記の学説は、判例の結論を法的性質の観点からできるだけ統一的に説明しようとしている。代物取得原因として主張する場面での判例法理は、B諾成契約説と親和的である。

### (3) 債務者対抗要件の抗弁等

要物契約説を採らなかった場合には、債務者対抗要件の抗弁を主張することが考えられる。債務者対抗要件の抗弁の要件事実については、民法177条等における対抗要件の抗弁の要件事実になぞらえて把握され、①権利抗弁説、②事実抗弁説、③第三者抗弁説の対立が反映される。

①権利抗弁説を採った場合には、債務者対抗要件を備えたとの主張は、これに対する再抗弁である債務者対抗要件具備の再抗弁の主張となる。

②第三者抗弁説を採った場合には、請求原因で請求する債権が債権譲渡によって取得したものであることが基礎づけられるために、債務者対抗要件具備が請求原因にせり上がることになる。

③事実抗弁説を採った場合には、債務者対抗要件の抗弁において、債務者が譲受人の対抗要件具備がないことを主張する必要があるため、債務者対抗要件を備えたとの主張は債務者対抗要件の抗弁の積極否認になる（岡口基一『要件事実マニュアル第1巻』（第3版）P.266～270参照）。

内容証明郵便で通知を送ったとの主張は、確定日付のある証書によって通知をしたことすなわち第三者対抗要件を具備したことを主張するものである。しかし、債権の帰属を争う第三者が現れていない事案においては、要物契約説を採らない限り、第三者対抗要件具備の主張は過剰主張である。

## 5 債権譲渡禁止特約の抗弁

H銀行の請求に対し、Iは、A I間の賃料債権に譲渡禁止特約が付されているとの主張をしている。譲渡禁止特約の存在は、AH銀行間の債権譲渡の事実と両立しつつ、物権的効力を有するとされることから債権譲渡の効力を覆滅するため、譲受債権の履行を求める請求原因に対して抗弁となる。

下線部②の事情は、債権譲渡を受けたH銀行が債権譲渡特約がないと誤信したことについて重過失を基礎付ける事実である。なぜなら、駐車場の賃貸借契約書の不自然さからすれば、H銀行はわずかの注意でその不自然さに気付き、A又はIに確認をとることで容易に譲渡禁止特約の存在を知ることができたといえるからである。そこで、譲渡禁止特約の不存在を誤信したことの重過失がいかなる効果を生じさせるか、また要件事実上いかなる位置付けがされるかが、下線部②に係る問題となる。

### (1) 重過失があることの実体法上の効果

譲渡禁止特約は善意の第三者には対抗できない（民法466条2項ただし書）。ここで無過失

まで要求されるかが問題となる。最判昭48. 7. 19民集27-7-823は、債権譲渡が自由であるとの原則（民法466条1項本文）から、できる限り債権譲渡を広く認めるべきであるとして、無過失であることは要求しないが、重過失は悪意と同視できるため、無重過失を要求する。よって、債権の譲受人が譲渡禁止特約の存在について重過失があれば、たとえ譲受人が善意であっても債務者は譲渡禁止特約の効力を対抗することができることになる。

なお、民法改正案によると、改正後民法466条3項により、債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示（以下「譲渡制限の意思表示」という。）をしたときには、譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができるという規定が設けられる。

## (2) 要件事実上の位置づけ

次に、譲受人の重過失の有無が争われる場合には、債権譲渡を争う側（本件では、I）で当初から譲受人の重過失を主張すべきか、それとも債権譲渡を主張する側（本件では、H銀行）が譲受人の善意を主張した場合に初めて重過失の存在を主張する必要が生じるかが問題となる（悪意を争う場合も、同様である。）。これについては、以下の2説がある。

### A 抗弁説（大判明38. 2. 28民録11-278）

重過失は譲渡禁止特約の抗弁の要件事実であり、債権譲渡を争う側で譲渡禁止特約の存在と共に譲受人の重過失を主張すべきであるとする見解。

（理由）

債権譲渡が自由であるとの原則を重視すれば、例外事情である譲渡禁止特約の効力を主張する側が当初から重過失まで主張すべきである。

### B 再抗弁説

譲渡禁止特約の抗弁では譲渡禁止特約の存在を主張すれば足り、善意が再抗弁に、重過失が再々抗弁に回るという見解。

（理由）

善意者に譲渡禁止特約を対抗できないとする規定が、民法466条2項のただし書に置かれているという条文構造を重視すべきである。

なお、重過失は、評価概念であり、事実ではないため、要件事実上は重過失の評価を基礎づける事実である評価根拠事実を主要事実として、主張・立証することが必要となる。

## 6 本問における具体的検討

### (1) 下線部①について

A 要物契約説に立てば、債権の取得原因として代物弁済を主張する場合には、あ) 本来の債務の発生原因事実、い) 本来の債務の弁済に代えて債権を譲渡することの合意、う) 債務者が代物弁済契約の際に代物である債権の債権者であったこと及びえ) 譲渡された債権について第三者対抗要件を具備したことを主張する必要がある。下線部①の事実は、え) に当たる事実として法

律上の意義を有することになる。なお、無名契約としての諾成的代物弁済契約の存在を認めるのであれば、結論は後述するB諾成契約説と同様である。

B諾成契約説に立てば、請求原因として、あ)、い)及びう)を主張する必要がある。え)債権譲渡の対抗要件具備の主張の要否については、所有権についての紛争における対抗要件の主張立証責任についての見解の対立になぞらえて考えることになる。権利抗弁説からは、請求原因としては主張不要であり、債務者が対抗要件の抗弁を主張した場合の再抗弁となるという意味で法律上の意義を有する。判例の見解に立つ場合も、同様の結論となることが考えられる。第三者抗弁説からは、債権譲渡による債権取得によって原告が譲受人であることが基礎づけられるため、債務者対抗要件具備の主張が請求原因にせり上がる結果、請求原因として法律上の意義を有することになる。事実抗弁説では、請求原因としては主張不要となり、債務者が対抗要件の抗弁の中で原告が債務者対抗要件を具備していないことを主張した場合に、この事実の積極否認として法律上の意義を有することになる。

さらに、第三者対抗要件については、本件では賃料債権の帰属を争う第三者は存在していないので、内容証明郵便によって確定日付のある通知をしたことで第三者対抗要件を備えたことは再抗弁としても主張の必要はなく、法律上の意義を有さない。

以上から、下線部①の事実は、対抗要件の抗弁について権利抗弁説を取れば、AがIに対して債権譲渡の通知を行い、それが平成25年11月3日にIに到達したという限度で、Iが対抗要件の抗弁を主張した場合のH銀行の再抗弁として法律上の意義を有し、内容証明郵便で通知を行った点は法律上の意義を有さない。

## (2) 下線部②について

A抗弁説に立つ場合には、下線部②の事実はH銀行の譲渡禁止特約についての重過失を基礎づける評価根拠事実となるので、H銀行の請求に対する抗弁として法律上の意義を有する。

B再抗弁説に立つ場合には、下線部②の事実が重過失の評価根拠事実となることは同様であるが、要件事実上の位置づけはH銀行の善意の再抗弁に対する再々抗弁になる。

## ◆ 論点③ 特定の遺産を「相続させる」旨の遺言の性質 ◆

## 1 問題の所在

設問3においてBが主張する判例1は、特定の遺産を「相続させる」旨の遺言がされた場合には、相続人は、遺言によって取得した不動産を登記なく、第三者に対抗できるという趣旨のものであるが、課題①に答えるためには判例1の論理展開についての分析が必要である。そこで、判例1が引用する最判平成3年4月19日民集45-4-477は、いかなる理由で特定の遺産を「相続させる」旨の遺言の性質を判例1に引用されたようなものと解釈したのかが問題となる。

## 2 特定の遺産を「相続させる」旨の遺言

(1) 従来、特定の遺産を「相続させる」旨の遺言について問題とされていたのは、これが遺贈なのか、遺産分割の方法の指定なのかという法的性質決定の問題と、これによる遺産の承継には遺産分割協議を必要とするか否かという効果の問題である。

遺贈と解するか遺産分割の方法の指定と解するかで、次のような違いがある（内田貴『民法IV』（補訂版）P.484、二宮周平『家族法』（第3版）P.409～410）。

- ・遺贈であれば、遺産分割を経ずに特定の遺産を特定の相続人に承継させられる。それに対して、（典型的な）遺産分割の方法の指定であれば、遺産分割が必要である。
- ・不動産を遺贈した場合には、登記手続は他の相続人との共同申請になる。それに対して、遺産分割の方法の指定であれば、単独申請が可能である。
- ・遺贈は誰を対象にしてもいいが、遺産分割の方法の指定の相手方は相続人に限られる。
- ・遺贈であれば、遺贈された遺産を承継したくない場合には、遺贈を放棄すれば足りる（民法986条1項）。それに対して、遺産分割の方法の指定の場合は、相続自体を放棄する必要がある。
- ・遺贈であれば、遺贈された遺産以外は承継しないから、被相続人の債務は承継せず、相続人として相続放棄しても遺贈された遺産は承継できる。それに対して、遺産分割の方法の指定の場合に債務を相続したくなければ相続自体を放棄することになるので、被相続人が承継させようとした遺産は承継できない。
- ・かつては、両方で登録免許税の額に差があり、遺贈のほうが高かった（かつては、この意義が強調された。しかし、現在では、税法上、相続人であれば遺贈でも相続でも税額は変わらないため、関係がなくなった）。

(2) 登記実務は「相続させる」旨の遺言の法的性質を遺産分割方法の指定として節税目的を達成しつつ、遺産分割協議書の添付がない、単独申請の移転登記を認めていたため、遺産分割は不要となっていた。これに対して、東京高判昭45.3.30判時595-58（いわゆる「多田判決」）は、法的性質を遺産分割の方法の指定と解し、遺産分割までは法定相続分に応じた遺産共有の状態が続くものと判示し、登記実務と真っ向から対立することになった。

## 3 判例

以上の混乱状態を収束させた判例が、最判平3.4.19民集45-4-477（いわゆる「香川判決」）であり、登記先例を追認する方向で判断を統一した。

□ 最判平3. 4. 19民集45-4-477 (民法判例百選Ⅲ86事件)

「被相続人の遺産の承継関係に関する遺言については、遺言書において表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきものであるところ、遺言者は、各相続人との関係にあっては、その者と各相続人との身分関係及び生活関係、各相続人の現在及び将来の生活状況及び資力その他の経済関係、特定の不動産その他の遺産についての特定の相続人のかかわり合いの関係等各般の事情を配慮して遺言をするのであるから、遺言書において特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』趣旨の遺言者の意思が表明されている場合、当該相続人も当該遺産を他の共同相続人と共にではあるが当然相続する地位にあることにかんがみれば、遺言者の意思は、右の各般の事情を配慮して、当該遺産を当該相続人をして、他の共同相続人と共にではなくして、単独で相続させようとする趣旨のもと解するのが当然の合理的な意思解釈というべきであり、遺言書の記載から、その趣旨が遺贈であることが明らかであるか又は遺贈と解すべき特段の事情がない限り、遺贈と解すべきではない。そして、右の『相続させる』趣旨の遺言、すなわち、特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させようとする遺言は、前記の各般の事情を配慮しての被相続人の意思として当然あり得る合理的な遺産の分割の方法を定めるものであって、民法908条において被相続人が遺言で遺産の分割の方法を定めることができるとしているのも、遺産の分割の方法として、このような特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させることをも遺言で定めることを可能にするために外ならない。したがって、右の『相続させる』趣旨の遺言は、正に同条にいう遺産の分割の方法を定めた遺言であり、他の共同相続人も右の遺言に拘束され、これと異なる遺産分割の協議、さらには審判もなし得ないのであるから、このような遺言にあっては、遺言者の意思に合致するものとして、遺産の一部である当該遺産を当該相続人に帰属させる遺産の一部の分割がなされたのと同様の遺産の承継関係を生ぜしめるものであり、当該遺言において相続による承継を当該相続人の受諾の意思表示にかからせたなどの特段の事情のない限り、何らの行為を要せずして、被相続人の死亡の時（遺言の効力の生じた時）に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継されるものと解すべきである。そしてその場合、遺産分割の協議又は審判においては、当該遺産の承継を参酌して残余の遺産の分割がされることはいうまでもないとしても、当該遺産については、右の協議又は審判を経る余地はないものというべきである。もっとも、そのような場合においても、当該特定の相続人はなお相続の放棄の自由を有するのであるから、その者が所定の相続の放棄をしたときは、さかのぼって当該遺産がその者に相続されなかったことになるのはもちろんであり、また、場合によっては、他の相続人の遺留分減殺請求権の行使を妨げるものではない。」

#### 4 本問における具体的検討

Aは、Bに対し、甲土地と丙建物を「相続させる」との遺言を残しており、これは特定の遺産を「相続させる」旨の遺言と評価することができる。そして、判例の規範に従えば、この遺言によって甲土地と丙建物は遺産分割協議を経ることなくBに帰属することになる。

#### 5 判例の規範に対する批判

以上の判例の規範に対しては、有力な反対説がある。主な根拠として、被相続人に強大な権限が与えられてしまうこと、既に遺贈という制度があるのに節税目的という税法上の便宜を理由に新しい方法を生み出したこと、現在ではその節税目的という意義は消滅していること（内田・前掲 P. 485～6等）、主要な財産が遺産ではなくなり、その財産の帰属を他の相続人が争うには訴訟による必要があるが、費用と負担を考えた場合に訴訟をためらうことも多く、結果として「相続させ

る」相手方となった相続人が過度に優遇されかねないこと（二宮・前掲 P. 413）が挙げられている。

## ◆ 論点④ 特定の遺産を「相続させる」旨の遺言と登記 ◆

## 1 問題の所在

設問3課題①に答えるためには、更に判例1が、論点③で検討したような特定の遺産を「相続させる」旨の遺言の性質から、なぜ対抗に登記を不要とする結論を導いたのかを検討する必要がある。

## 2 判例

## (1) 最判平14.6.10家月55-1-77 (民法判例百選Ⅲ74事件)

## 〔事案の概要〕

Xは、夫である被相続人Aがした、Aが所有する不動産の権利一切をXに相続させる旨の遺言によって、上記不動産ないしその共有持分権を取得した。法定相続人の一人であるBの債権者であるYらは、Bに代位してBが法定相続分により上記不動産及び共有持分権を相続した旨の登記を経由した上、Bの持分に対する仮差押え及び強制競売を申し立て、これに対する仮差押え及び差押えがされたところ、Xは、この仮差押えの執行及び強制執行の排除を求めて第三者異議訴訟を提起した。最高裁判所は、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」趣旨の遺言によって、当該相続人が取得した不動産又は共有持分権は、登記がなくても第三者に対抗することができるかと判示した。

## 〔判旨〕

「特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』趣旨の遺言は、特段の事情のない限り、何らの行為を要せずに、被相続人の死亡の時に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継される(最高裁平成元年(オ)第174号同3年4月19日第二小法廷判決・民集45巻4号477頁参照)。このように、『相続させる』趣旨の遺言による権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なるところはない。そして、法定相続分又は指定相続分の相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその権利を第三者に対抗することができる(最高裁昭和35年(オ)第1197号同38年2月22日第二小法廷判決・民集17巻1号235頁、最高裁平成元年(オ)第714号同5年7月19日第二小法廷判決・裁判集民事169号243頁参照)。したがって、本件において、被上告人は、本件遺言によって取得した不動産又は共有持分権を、登記なくして上告人らに対抗することができる。」

## (2) 前掲最判平14.6.10に引用された判例

## ア 前掲最判平3.4.19

論点③で解説したとおり、特定の遺産を「相続させる」旨の遺言があると、特段の事情がない限り、当該遺産は被相続人の死亡時に直ちに当該相続人に相続により承継されるとした。

## イ 最判昭38.2.22民集17-1-235 (民法判例百選I[第7版]56事件)

## 〔事案の概要〕

被相続人Aの遺産(不動産3筆)をX1～3及びY1が法定相続分に応じて相続したにもかかわらず、Y1の夫BがX1～3の相続放棄の申述書を偽造してY1単独名義の相続登記をした上、Y2、Y3に負っていた債務の担保として、2筆につきY2、1筆につきY3の売買予約の仮登記を経由したため、X1～3がY1～3に抹消登記手続を請求した。

## 〔判旨〕

「相続財産に属する不動産につき単独所有権移転の登記をした共同相続人中の乙ならびに乙から単独所有権移転の登記をうけた第三取得者丙に対し、他の共同相続人甲は自己の持分を登記なくして対抗しうるものと解すべきである。」けだし、乙の登記は甲の持分に関する限り無権利の登記であり、登記に公信力なき結果、丙も甲の持分に関する限りその権利を取得するに由ないからである（大正8年1月3日大審院判決、民録25輯1944頁参照）。」  
として、法定相続分に応じた共有持分は、登記がなくても共同相続人及び相続開始後に現れた第三者に対抗できることを示した。

ウ 最判平5. 7. 19（集民169-243）

〔事案の概要〕

Aの死亡によりB及びYを含む4名の子が土地を共同相続したが、Aが遺言で各相続人の相続分を指定していたため、Bの相続分は80分の13であった。ところが、Bは、同土地につき各相続人の持分を法定相続分である4分の1とする相続登記が経由されていることを利用し、B名義の4分の1の持分をXに譲渡し、Xは同持分の移転登記を経由した。Yが相続税を滞納したため同土地が公売処分に付され、Xが上記持分を失ったことから、Xは、Yに対し、求償債務の履行を求めた。

〔判旨〕

「Bの登記は持分80分の13を超える部分については無権利の登記であり、登記に公信力がない結果、Xが取得した持分は80分の13にとどまるというべきである（最高裁昭和35年（オ）第1197号同38年2月22日第二小法廷判決・民集17巻1号235頁参照）。」として、前掲最判昭38. 2. 22の法理が指定相続分に応じた相続にも射程が及ぶことを示した。

3 分析

前掲最判平14. 6. 10は、「相続させる」旨の遺言によって相続した不動産を登記なく第三者に対抗することができるとした理由を明確には示していないが、引用された判例から、一般には次のように理解されている。

特定の不動産を「相続させる」旨の遺言がある場合には、その不動産は遺産共有を経ず、相続開始と同時に特定の相続人に帰属することになる。したがって、他の相続人は相続が開始しているか否かに関係なく、当該不動産について権利を取得しない。登記には公信力はないから、当該不動産についてされた登記は無権利の登記として無効であり「相続させる」旨の遺言で相続を受けた相続人は、当該不動産について登記がなくても第三者に対抗できる。

4 本問における具体的検討

上記の判例法理に従えば、甲土地と丙建物はAの相続開始と共にBに帰属しており、Cは甲土地、丙建物について無権利である。したがって、Cの登記は無効であり、これを承継したJに対してBは登記なくして甲土地、丙建物の所有を対抗できることになる。

課題③で問題となる、この判例法理に対する批判に関しては、論点⑥で検討する。

## ◆ 論点⑤ 遺言の押印の意義 ◆

## 1 問題の所在

設問3の課題②においては、遺言書には押印がされていないが、それを入れた封筒の綴じ目に押印がされている本件Aの遺言の有効性が問われている。会話中の弁護士の発言のとおり、遺言の押印の意義から規範を導くことが求められる。

## 2 自筆証書遺言の形式的有効性

自筆証書遺言は、民法968条1項より、「遺言者が、その全文、日付及び氏名を自書し、これに印を押さなければならない。」

本件で問題となる押印以外の要件の趣旨については以下のように説明される。まず、日付の記載は、遺言書完成時の遺言能力の存否、及び複数の遺言が存在した場合にその先後を決定するために要求されている。遺言の内容が矛盾すれば後に書かれた遺言が優先する（民法1023条1項）。氏名は、遺言者の特定のために必要である。自書は、筆跡から遺言者本人が作成したか否かを判定し、これにより、遺言が遺言者の真意に基づくことを担保することを目的としている。

## 3 押印の意義・内容

(1) 自筆証書遺言に押印を要求する趣旨について、最判平元・2・16民集43-2-45は、「遺言の全文等の自書とあいまって遺言者の同一性及び真意を確保するとともに、重要な文書については作成者が署名した上その名下に押印することによって文書の作成を完結させるという我が国の慣行ないし法意識に照らして文書の完成を担保することにある」としており、学説もこれに賛成している。

(2) 本件では、押印が遺言書中にはなく、遺言書を入れた封筒にだけある場合に、自筆証書遺言が形式的要件を満たすかが問題となる。この問題は、a) 押印が署名の下に署名と一体としてされる必要があるかという問題とb) 押印は遺言書そのものにされている必要があるかという2つの問題からなる。

## 4 学説

(1) 押印が署名の下に署名と一体としてされる必要があるかという問題については、以下の学説がある。

## A 肯定説

押印は署名と同一箇所に、整った形でされることが必要と解する見解である。署名・押印が要件であることを根拠とし、例えば、冒頭に署名があり、末尾に押印があるような場合は不合法とすべきであるとする。

## B 否定説

押印の場所に特に制限はないとする見解である。明文で押印の場所の限定がされていないことを根拠としている。

- (2) 押印は遺言書そのものにされている必要があるかという問題について、学説は、押印を要求する趣旨から、押印は遺言書にされることが必要ではあるものの、封筒が遺言書の一部であると見ることができる限り、押印が封筒のみにあっても有効であるとする見解が有力である。なお、同様の見解に立ちながら、封筒の変造・偽造の可能性という観点から、封筒に封がされていた場合には一体性を肯定し、封筒に封がされていない場合には一体性を否定する見解もある。

## 5 判例

最判平6. 6. 24家月47-3-60（民法判例百選Ⅲ78事件）は、4(1)の問題について否定説を、4(2)の問題については一体性を比較的広く捉える判断方法をとって、遺言書自体に押印はないが封筒の封じ目に押印がある自筆証書遺言の有効性を肯定した原審の判断を是認して、上告を棄却している。

### □ 東京高判平5. 8. 30（判タ845-302）

「自筆証書によって遺言をするには、遺言者が、その全文、日附及び氏名を自署し、これに押印することを要するが（民法968条1項）、同条項が自筆証書遺言の方式として自署のほか押印を要するとした趣旨は、遺言の全文等の自署とあいまって遺言者の同一性及び真意を確保するとともに、重要な文書については作成者が署名した上その名下に押印することによって文書の作成を完結させるという我が国の慣行ないし法意識に照らして文書の完成を担保するところにあると解されるから、押印を要する右趣旨が損なわれない限り、押印の位置は必ずしも署名の名下であることを要しないものと解するのが相当である。」

「一般に書簡の場合、それが通常の手紙であれば封筒の封じ目に押印まではしないのが普通であると考えられ、その在中物が重要文書等であるときには封筒の封じ目に押印することのあることは珍しいことではないと考えられる。この場合の押印の趣旨も、在中の重要文書等について差出人の同一性、真意性を明らかにするほか、文書等の在中物の確定を目的とし、かつ、このことを明示することにあると考えられ、本件遺言書も書簡形式をとったため、本文には自署名下に押印はないが（書簡の本文には押印のないのが一般である。）、それが遺言書という重要文書であったため封筒の封じ目の左右に押印したものであると考えられる。…右押印は、…本件遺言書の完結を十分に示しているものといえることができる。」

「以上の判示に照らせば、本件遺言書が自筆証書遺言の性質を有するものであるということができ、かつ、その封筒の封じ目の押印は、これによって、直接的には本件遺言書を封筒中に確定させる意義を有するが、それは同時に本件遺言書が完結したことをも明らかにする意義を有しているものと解せられ、これによれば、右押印は、自筆証書遺言方式として遺言書に要求される押印の前記趣旨を損なうものではないと解するのが相当である」。

※ なお、押印要件は自筆要件と要求する趣旨がほぼ同じであり、また今日においては署名による本人証明も一般化していることから、立法論的に廃止論があり、解釈論においてもできるだけ緩和して解釈すべきであるという流れがある。たとえば、印章は、実印だけでなく、三文判、指印でもよい（前掲最判平元. 2. 16）。また、押印という慣行がない欧米で育った帰化外国人の遺言書に押印がなかったという特殊状況の下ではあるが、押印のない遺言書を有効とした判例もある（最判昭49. 12. 24民集28-10-2152）。前掲最判平6. 6. 24も、その流れの中に位置付けられる。

## 6 本問における具体的検討

本件Aの遺言書にはAの署名のみがあり押印がないが、封筒の綴じ目に押印がある。判例と同様の見解を取る場合、遺言書が入れられ封がされた封筒は、実質的に中の遺言書と一体をなしているといえ、また、封筒の綴じ目の押印は遺言書の完結を示すものと解釈することができる。よって、本件でも押印はあるといえ、Aの遺言は有効である。

一方、署名と押印を一体としてすることを要求する学説に従えば、Aの署名と押印が遺言書と封筒にバラバラに存在する本件の遺言は要件を満たさず無効であると考えられることになる。

## ◆ 論点⑥ 遺産分割・遺贈と登記 ◆

## 1 問題の所在

設問3の課題③に当たって弁護士から提示された判例2は、遺産分割と登記について、権利取得の対抗には登記が必要であると判示したものである。判例2との整合性という観点から判例1を批判するに当たっては、まず、判例2の論理展開を明らかにし、次に、判例1との共通性を示して規範が異なることの不合理性を指摘し、最終的に、判例2の規範に統合すべきであると論述を展開していく必要がある。以下、検討する。

## 2 判例2—最判昭46. 1. 26民集25-1-90（民法判例百選Ⅲ71事件）

## 〔事案の概要〕

Aの死亡により、妻Xら11名が相続人となった。Aの遺産中、甲・乙・丙不動産については、遺産分割調停により、相続人のうちXを含む7人が各7分の1の持分を取得する合意が成立したが、その登記がされないうちにXの債権者がXに代位して各不動産につき法定相続分に応じた持分の所有権保存登記をし、この持分に対する仮差押決定を得てその旨を登記したことから、遺産分割による物権変動を第三者に対抗するために登記を経ることが必要か争われた。

最高裁は、以下のように判示して、遺産分割による物権変動を第三者に対抗するためには、登記を経ることが必要であるとした。

## 〔判旨〕

「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいったん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずると実質上異なるものであるから、不動産に対する相続人の共有持分の遺産分割による得喪変更については、民法177条の適用があり、分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗することができないものと解するのが相当である。

論旨は、遺産分割の効力も相続放棄の効力と同様に解すべきであるという。しかし、民法909条但書の規定によれば、遺産分割は第三者の権利を害することができないものとされ、その限度で分割の遡及効は制限されているのであって、その点において、絶対的に遡及効を生ずる相続放棄とは、同一に論じえないものというべきである。遺産分割についての右規定の趣旨は、相続開始後遺産分割前に相続財産に対し第三者が利害関係を有するにいたることが少なくなく、分割により右第三者の地位を覆えずことは法律関係の安定を害するため、これを保護するよう要請されるというところにあるものと解され、他方、相続放棄については、これが相続開始後短期間のみ可能であり、かつ、相続財産に対する処分行為があれば放棄は許されなくなるため、右のような第三者の出現を顧慮する余地は比較的乏しいものと考えられるのであって、両者の効力に差別を設けることにも合理的理由が認められるのである。そして、さらに、遺産分割後においても、分割前の状態における共同相続の外観を信頼して、相続人の持分につき第三者が権利を取得することは、相続放棄の場合に比して、多く予想されるところであって、このような第三者をも保護すべき要請は、分割前に利害関係を有するにいたった第三者を保護すべき前示の要請と同様に認められるのであり、したがって、分割後の第三者に対する関係においては、分割により新たな物権変動を生じたものと同視して、分割につき対抗要件を必要とするものと解する理由があるといわなくてはならない。

なお、民法909条但書にいう第三者は、相続開始後遺産分割前に生じた第三者を指し、遺産分割後に生じた第三者については同法177条が適用されるべきことは、右に説示したとおりであり、また、被上告人らが本件遺産分割の事実を知らずながら本件各不動産に対する仮差押をしたものとは認められないとした原判決の事実認定は、挙示の証拠に照らして肯認することができるから、論旨のうち被上告人らの悪意を主張して同法909条但書の不適用という部分は、すでに前提において失当というべきである。」

### 3 判例1への批判

#### (1) 判例1と判例2との共通性

以上のように、判例1は「相続させる」旨の遺言による物権変動を第三者に対抗するために登記を不要とし、一方で、判例2は遺産分割による物権変動を第三者に対抗するためには登記を必要としており、両者で規範は正反対になっている。しかし、判例1と判例2が前提とする状況にはいくつもの共通点があり、規範を違わせる合理的な理由がないとの有力な批判が、判例1には寄せられている。この批判が挙げる両者の共通点は、以下のような点である。

- ・特定の遺産を「相続させる」旨の遺言は、遺産の一部を確定的に特定の相続人に帰属させる点で、一部分割がされたのと同じ効果を生じる。この点で、判例2が扱う遺産分割の場合と共通性がある。特に、「相続させる」旨の遺言の性質について判示した前掲最判3. 4. 19は、性質を述べる中で「遺産の一部である当該遺産を当該相続人に帰属させる遺産の一部の分割がなされたのと同様の遺産の承継関係を生ぜしめるもの」として、遺産（の一部）分割との共通点を指摘している（池田恒男「判批」判タ1114号P. 81、犬伏由子「判批」私法判例リマークス27号P. 73）。
- ・「相続させる」旨の遺言、遺産分割のどちらの場合でも、遺言・遺産分割という法定相続とは異なる事由によって特定の遺産について権利者となった者と遺言・遺産分割がなければ権利者であった者との間で利害の対立が生じている（松尾知子「判批」判タ1114号P. 89）。

#### (2) 規範の統一

有力説は、以上のような共通点を指摘して、「相続させる」旨の遺言の場合と遺産分割の場合とで規範が異なることを批判する。そこで、登記を必要とする方向で統一するか、不要とする方向で統一するかが問題となる。

登記を必要とする方向での統一を主張する見解が挙げる理由としては、①登記を不要とすると、遺言の公示制度がないために遺言の内容を知らないことが多い第三者は不測の損害を受け、取引の安全を害すること、②相続による権利移転の登記は単独申請が可能であるから、相続人は容易に登記を備えられ、登記を必要としても酷ではなく、むしろ登記を不要とすることは「過保護」であることがある。

### 4 その他の有力説

本件のように他の判例との整合性から判例1の規範に批判を加える見解は、判例2のほか、遺贈と登記について判断した最判昭39. 3. 6民集18-3-437（民法判例百選Ⅲ73事件）との整合性もとれていないという批判をすることもある。遺贈も「相続させる」旨の遺言も、遺言によって遺産分割なしに特定の遺産を特定人に帰属させる点で同様の機能を果たすことに着目した批

判である。

また、原則として登記を不要として判例1の規範を肯定しつつ、例外的に表見法理（民法94条2項又は32条1項後段の類推適用）及び権利濫用法理によって第三者保護を図ろうとする見解もある。たとえば、本件の事情が、BがAの死亡後、長期にわたって遺言の検認（民法1004条1項）をせず、Cが自ら法定相続分に応じた登記をした後でJが事情を知らずにCに金銭を貸し付け、甲土地、丙建物の持分を差し押さえ、その間Bは登記を放置していたというようなものであった場合には、表見法理又は権利濫用法理によって救済される可能性がある（加毛明「判批」民法判例百選ⅢP.151，犬伏・前掲P.75）。

#### 5 本問における具体的検討

本件でも、以上のような批判を展開して判例1の規範を批判し、登記を必要とする規範を立てることになる。これを本件に適用すれば、Jは、Aの甲土地及び丙建物を「相続させる」遺言によって両不動産について権利者となったBより先に、Cが法定相続分に応じた登記を備えており、これをJが差し押さえて登記を備えているから、登記のないBはJに両不動産の単独所有を対抗することはできず、差押えは有効であるという主張をすることになる。