

2018スタ論第2クール開講ガイダンス  
H30本試験出題 **大** 予想と答案戦略

# 民事系

● 民法（債権法）改正から予測する平成30年論文本試験民法 ●

— 解答時間不足（途中答案）回避策も含めて —

辰巳専任講師・弁護士 **原 孝至** 先生

---

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## 【本講義の趣旨】

### 民法（債権法）改正から予測する平成30年論文本試験民法

#### －解答時間不足（途中答案）回避策も含めて－

平成29年5月26日、民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）が成立し、同年6月2日公布されました。具体的な施行日は、今後、政令で定められることとなりますが、法務省においては、2020年の施行を目指して準備を進めているとのこと。

この民法（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（ちなみに、先日実施された平成29年度行政書士試験記述式問題では、譲渡禁止特約（第45問）、民法724条（第46問）という、債権法改正の本丸とも言うべきテーマが問われました。）。

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、改正法自体の知識は問わないものの、今回の改正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。さらに、平成29年司法試験の採点実感（公法系科目第2問）には、「小問が4問あったことも一因と思われるが、時間が足りず、最後まで書ききれていない答案が相当数あり、時間配分にも気を配る必要がある。」と記載されております。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も、喫緊の課題となっているといえます。

そこで、「スタンダード論文答練解説講義」の他、「原孝至・基礎講座」を担当され、その充実した講義内容から評価の高い原孝至先生に、債権法改正に関連する良問である2012スタンダード論文答練（第2クール）民事系2第1問（民法）を素材として、債権法改正に関する議論及び解答時間不足（途中答案）回避策も含めて、ご講義頂きます。

#### 【参 考】

- ・民法の一部を改正する法律（債権法改正）について（法務省HP）  
[http://www.moj.go.jp/MINJI/minji06\\_001070000.html](http://www.moj.go.jp/MINJI/minji06_001070000.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>

2012. 1. 29 LIVE 実施

2012 スタンダード論文答練（第2クール）民事系2第1問より

※ 問題文・解答例・解説等は，解説に民法改正情報を追加した他は，原則として出題当時のまま掲載しております。

◆ 問 題 ◆

(配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、4.5：1.5：2)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えよ。

I

【事実】

1. 食肉卸売業者であるX1は、平成23年4月10日、業務用冷凍庫・冷蔵庫の新品及び中古品の卸小売業を営むYとの間で、品番Aの新品業務用冷蔵庫1台を200万円で買う旨の契約を締結した(以下「本件売買契約1」という。)。本件売買契約1においては、同月23日までにYがメーカーより上記業務用冷蔵庫をY店舗に納品させること、同月末日までにX1がこれを引き取りにY店舗に行くこと、同月末日までにX1はYの指定する口座に代金全額を一括で振り込むことが約定された。

そこで、Yは、同月22日に、メーカーの在庫品より品番Aの業務用冷蔵庫1台をY店舗に納入させて仕入れ、X1への引渡し可能な状態にしてY店舗に併設された倉庫に保管し、X1にその旨を電話で知らせた(以下、この状態の上記冷蔵庫を「本件冷蔵庫1」という。)

ところが、同月24日深夜、Y店舗に隣接する焼き鳥店からの出火により、本件冷蔵庫1は全焼し、滅失した。

〔設問1〕

小問(1)

Yは、平成23年5月1日、X1に対し本件冷蔵庫1の代金の支払を請求した。この請求は認められるか論じなさい。

仮に本件売買契約1に下線部の約定がなく、単純な売買契約であった場合はどうか、併せて論じなさい。

2(1) 食肉卸売業者であるX2は、平成23年10月3日、Y(Yの営業は【事実】1と同じである。)との間で、Yの店舗にある品番Bの中古の業務用冷凍・冷蔵庫1台(以下「本件冷蔵庫2」という。)を250万円で買う旨の契約を締結し(以下「本件売買契約2」という。)、即日その引渡しを受け、代金全額を支払った。品番Bの冷凍・冷蔵庫は、急速冷凍機能に優れ、中古品でも食肉等の鮮度を極めて良好な状態に保ったまま保存できることで業界の評判が高く、他社製中古品より高値で取引されており、X2もこの性能に期待して購入した。もっとも、本件売買契約2の締結に当たって、このことを特に契約の条件としたり、話題にしたりするようなことはなかった。

(2) X2は、Yから納品を受けた3日後の同月6日から本件冷蔵庫2の慣らし運転に入っていたが、その翌々日になっても急速冷凍が十分に機能せず、同月10日ごろには急速冷凍機能を果たしているとはいえない状態になった。そこで、X2は直ちにこのことをYに知らせると同時に、専門の業者に検査と修理を依頼した。

その結果、急速冷凍機能の部品が不良品であるのにYはこれに気付かずに本件冷蔵庫2を買い入れ、そのままX2に販売した可能性が非常に高いこと、また、上記不良部品

の代替品は当分入手が見込めない状況にあり、修理のめどが立たないこと、したがって、X2が営業を継続するには、品番Bその他の冷凍・冷蔵庫を新たに購入するしかないこと、が判明した。なお、上記業者の説明によれば、上記不良部品の代替品が順調に入手できたとしても、その購入費用及び修理作業費用を考慮すれば、本件売買契約2の時点での本件冷蔵庫2の価格は150万円がいいところであり、また、上記不良部品の存在箇所は品番Bの構造上最も発見しにくい場所であり、X2はもちろんYでさえ発見することは容易でない、とのことであった。

(3) そこで、X2は、同月18日、配達証明付郵便により、Yに対し、上記欠陥を理由に本件売買契約2を解除するので、代金250万円の返還を求める旨の通知をした。この郵便は翌日Yに到達した。

(4)ところが、さらにその翌日の同月20日、何者かの放火により、X2店舗内に保管されていた本件冷蔵庫2は滅失してしまった。

知らせを聞いたYは、すぐさま、上記通知に対し「本件冷蔵庫2が滅失してしまい、目的物返還債務が不能となった以上は、これと対価の関係にある代金の返還義務も消滅するものと考えるので、請求には一切応じられない。」(以下「Y反論」という。)との配達証明付郵便をX2に送付した。

(5)そこで、X2は、同年12月8日、Yを被告として、支払代金250万円の返還を求める訴訟を提起した(附帯請求については訴訟提起していない。)

#### 小問(2)

【事実】2を前提とするとき、X2の請求が認められるかどうか(X2の行った解除の有効性も含む。)を、Y反論を踏まえつつ論じなさい。なお、X2の請求が認められるとすれば、その認容額も明示すること。

## II

### 【事実】

3. 食肉卸売業者であるX3は、平成23年10月9日、Y(Yの営業は【事実】1と同じである。)から、Yの店舗にある品番Cの中古の業務用冷蔵庫1台(以下「本件冷蔵庫3」という。)を150万円で買う旨の契約を締結した(以下「本件売買契約3」という。)。なお、同契約においては、同年11月9日までに、本件冷蔵庫3をYがX3店舗に納品し、その2週間後の同月23日までにX3がY店舗まで出向き代金を一括で支払うことが約定された。

### 〔設問2〕

(1) 【事実】3に加えて以下の【事実】[A]があった場合に、X3が行った解除の効力について説明しなさい。なお、【事実】[A]は【事実】[B]とは独立した事実である。

[A] Yは、同時期に同じ品番の冷蔵庫の売買が重なっていたため、事務処理の手違いから本件冷蔵庫3のX3への納品は完了したものと思込み、平成23年11月9日を過ぎても、実際は納品をしていなかった。

他方、同月4日、隣接地域での食肉による集団食中毒の発生が全国的なニュース

となったことにより、X3は、しばらく販売先や消費者からの問い合わせの対応に追われていた。そのため、X3は、本件冷蔵庫3の納期限が過ぎていることをこれまた失念しており、同月25日になってようやくこれに気付いた。

上記食中毒のニュースによる風評被害は思いのほか大きく、激減した食肉の売上げが回復するにはかなりの期間を要するであろうというのが識者の一致した予想であったため、もともと経営状態が芳しくなかったX3は、この際食肉卸売業から撤退することとした。

そこで、X3は、本件売買契約3を解除できないものかと考え、同月26日、1週間以内に納品がなければ本件売買契約3を解除する旨、Yに配達証明付郵便で通告した。しかし、納品済みであると信じ込んでいたYは、この通告を無視し、納品をしなかった。

- (2) 【事実】3に加えて以下の【事実】[B]があった場合に、X3が行った解除の効力について説明しなさい。なお、【事実】[B]は【事実】[A]とは独立した事実である。

[B] Yは、同時期に同じ品番の冷蔵庫の売買が重なっていたため、事務処理の手違いから本件冷蔵庫3の納品は完了したものだと思い込み、平成23年11月9日を過ぎても、実際は納品をしなかった。そこで、X3は、同月10日、Yに対し、1週間以内に納品をするよう配達証明付郵便で催告した。しかし、1週間経っても納品されず、この間Yから何の挨拶もなかった。

そうこうしている間に、X3は、交通事故を起こし、8日間の入院を余儀なくされた。X3の怪我は軽くて済んだが、任意保険に加入していなかったため、多額の損害賠償金の支払に迫られることとなり、店舗や住まいの仮差押えを受け、本件冷蔵庫3の代金の支払などできる余裕はなくなった。そこで、Yから何の挨拶もないことを幸いに、同月26日、Yに対して本件売買契約3を解除する旨の通知を行った。

### Ⅲ 【事実】3に加え、以下の【事実】4の経緯があった。

#### 【事実】

4. Yは、平成23年11月9日に、本件冷蔵庫3を納品したが、X3は同月23日になっても代金を支払わなかった。そこで、Yは、同月27日、「1週間以内に代金を支払わないときは本件売買契約3を解除する」旨配達証明付郵便で通知し（以下「本件通知」という。）、同通知は翌日にX3宅に到達したが、代金の支払はなかった。

そこで、平成23年12月6日、YはX3に対して、本件冷蔵庫3の返還を請求した。しかし、X3は、同年12月5日に、知り合いの同業者Zに対して、本件冷蔵庫3を売却したとして、これに応じなかった。

Yが詳しく調査してみると、X3は平成23年12月5日午前中に本件冷蔵庫3を同業者でありX3の古くからの友人でもあるZに売却しており、同日、ZよりX3に代金120万円が支払われていること、【事実】同日午前、X3によって本件冷蔵庫3がX3店舗からZ店舗の倉庫に移されていたこと、が明らかになった。

【設問3】 【事実】3及び4を前提とし、以下の(1)及び(2)に答えなさい。なお、設問2の

【事実】[A][B]とは独立した事実である。

- (1) Yの行った解除の効力発生時期について説明しなさい。
- (2) Yは、本件冷蔵庫3を取り返すべく、平成23年12月20日、Zを被告とし、所有権に基づく本件冷蔵庫3の返還請求訴訟を提起した。当該訴訟においてZが【事実】を主張する場合の当該主張の攻撃防御方法としての役割ないし位置付けを説明しなさい。

【配点表】

			配点
第1	〔設問1〕		
	1	小問(1)	
	(1)	設問前段	
		ア 問題提起 ・ 本件冷蔵庫1の滅失に触れて代金債務の消長について問題提起していること	2
		イ 特定の有無	
		(7) 本件売買契約1が不特定物売買である旨の指摘	1
		(4) 534条2項の要件上（又は危険負担の前提となる履行不能の判断に際して）本件売買契約1の目的物が確定（特定）したかが問題となる旨の指摘	1
		(9) 401条2項の「物の給付をするのに必要な行為を完了」の意味が問題となる旨の指摘	2
		(エ) 取立債務における目的物の特定の規範定立	2
		(オ) あてはめ	2
		ウ 代金債務の消長 ・ 534条2項及び同条1項の指摘	1
		エ 結論	1
		【加点事項】 ※ 534条1項における制限説・非制限説の対立について適切に論じた上で自説を決定している場合には加点する	加点評価 A・B・C
	(2)	設問後段	
		ア 特定の有無及び引渡債務の消長	
		(7) 弁済の場所について特約がなく、484条後段により持参債務となる旨の指摘	1
		(4) 持参債務における「物の給付をするのに必要な行為を完了」とは現実の提供を意味する旨の指摘	1
		(9) 本件で現実の提供はなく、特定がない以上引渡債務は履行不能とならず存続していることの指摘	1
		イ 代金債務の消長 ・ 引渡債務が履行不能により消滅したといえない以上、危険負担の問題とならず、代金債務は存続している旨の指摘	1
		ウ 結論 ・ Yの請求は認められる旨の指摘	1
		【加点事項】 ※ 現時点で同時履行関係が残存していることについて触れている場合は加点する	加点評価 A・B・C
2	小問(2)		
	(1)	解除の有効性	
		ア 570条・566条1項の要件検討	
		(7) 「瑕疵」の規範定立及びあてはめ	2
		(4) 「隠れた」の規範定立及びあてはめ	2
		(9) 契約目的不達成	
		a 規範定立	1
		b あてはめ ① X2が急速冷凍機能に期待して本件冷蔵庫2を購入したことの指摘…目安1点 ② X2の営業継続のためには新たに冷凍・冷蔵庫を購入するしかなく、実質的に修繕不能であることの指摘…目安1点	2



イ	商法526条2項の検討		
	(7)	商法4条1項及び501条1号を摘示し、X2・Yがともに商人に当たたることを指摘していること	1
	(4)	本件欠陥が「直ちに発見することのできない瑕疵」に当たることの指摘	1
	(9)	X2が「直ちに売主に対してその旨の通知を発し」たことの指摘	1
(2)	目的物滅失による権利変動		
ア	問題提起		
	(7)	X2には、解除に基づく原状回復請求として代金の返還請求を認めうるのが原則である旨の指摘	2
	(4)	本件冷蔵庫2が不可抗力により滅失したことが代金返還請求権の消長に影響を及ぼさないか問題となる旨の指摘	2
イ	Y反論の検討		
	(7)	Y反論は原状回復義務相互に危険負担（債務者主義）を適用するものである旨の指摘	3
	(4)	代金と目的物の間に対価的不均衡がある場合に危険負担（債務者主義）を適用した場合の不都合の指摘	3
		【加点事項】 ※ Y反論の理論上の根拠についての指摘がある場合は加点する	加点評価 A・B・C
ウ	自説の展開		
	(7)	（危険負担）債権者主義を（類推）適用する場合（上限3点）	
	a	本件売買契約2が特定物売買である旨の指摘	1
	b	解除における原状回復はいわば売買の裏返しであり、危険負担法理の適用になじむ旨の指摘	1
	c	自ら瑕疵ある物を給付した者が不利益を被ることは致し方ないという旨の指摘	1
	(4)	危険負担法理非適用説による場合（上限6点）	
	a	危険負担法理は両債務の（少なくとも主観的には）対価的均衡がとれている場合に妥当し、対価的不均衡ゆえに原状回復がされようとする場面において適用することは適切でない旨の指摘	3
	b	目的物返還債務は消滅せず、価額返還義務に転化する旨の指摘	2
	c	相殺による決済によって差額の返還がされるべき旨の指摘	1
	(9)	二分説による場合（上限6点）	
	a	危険負担法理は両債務の（少なくとも主観的には）対価的均衡がとれている場合に妥当し、対価的不均衡の状態のまま単純にこれを適用することは適切でない旨の指摘	3
	b	先に瑕疵担保に基づく損害賠償請求権を独立に認め、代金返還債務額から控除することにより、目的物返還債務と代金返還債務に対価的均衡を認めることができる旨の指摘	2
	c	対価的均衡が回復した後の目的物返還債務と代金返還債務の間に危険負担法理が適用される旨の指摘	1
	★上記見解のいずれかによらなくとも、両原状回復義務の対価的不均衡を踏まえた上で、公平な結論を志向して、説得的に論じている場合は、6点を限度に採点する		
エ	本件へのあてはめ及び結論		2

いずれか一つで評価

第2	〔設問2〕		
1	小問(1)		
	(1)	前提及び問題提起	
		ア 541条を指摘し、まず履行遅滞の有無が問題となる旨の指摘	1
		イ 履行遅滞の意味の指摘（規範定立）	1
		ウ 履行期の徒過は認められる旨の指摘	1
		エ 当該徒過が「正当な理由なく」（違法に）されたといえるかが問題となる旨の指摘	1
		オ 同時履行の抗弁権の存在効果の指摘	1
		カ X3が解除手続に入った時点（26日）において両債務の履行期が到来しているため、「正当な理由なく」徒過したといえないのではないかという点の指摘	1
	(2)	検討	
		ア 533条ただし書の文言の指摘	1
		イ 契約上先履行・後履行関係があっても、同時履行の抗弁権の存否が問題となっている時点で相手方債務の弁済期が到来していれば足りる旨の指摘	1
	(3)	あてはめ及び結論 ・同時履行の抗弁権の存在効果により履行遅滞が認められず、解除権は発生していないこと、よって解除は無効であることの指摘	1
2	小問(2)		
	(1)	問題提起	
		ア X3が平成23年11月10日時点で催告をしており、Yに履行遅滞が認められる旨の指摘	1
		イ 541条の他の要件の検討及び解除権は発生していることの指摘	1
		ウ 解除権行使が代金債務の履行期後の26日である旨の指摘	1
		エ 有効に発生した解除権を後履行債務の履行期到来後に行使した場合の解除の有効性が問題となる旨の指摘	1
	(2)	検討 ・履行遅滞が認められることは解除権発生の要件であって解除権行使の要件でなく、有効に発生した解除権を後履行債務の履行期到来後に行使した場合でも解除は有効である旨の指摘	1
	(3)	あてはめ及び結論 ・解除は有効であることの指摘	1
		<b>★解除権の発生要件と行使要件の峻別をしていない場合でも、事実[A]の時系列との対比の上、説得的な理由付けをもって解除の有効性を論じている場合には、4点を限度に採点する</b>	
第3	〔設問3〕		
1	小問(1)		
	(1)	97条1項の指摘	1
	(2)	140条本文の指摘	1
	(3)	解除の効力発生時期が平成23年12月5日経過時である旨の指摘	2
2	小問(2)		
	(1)	前提となる事実整理 <b>★本項目については〔設問3〕についての解答の中で論じられていれば、論じられている場所にかかわらず採点する</b>	
		ア 訴訟物の指摘	1
		イ 請求原因事実の摘示	2
		ウ 売買による所有権喪失の抗弁（抗弁事実の摘示を含む）及び解除の再抗弁（再抗弁事実の摘示を含む）の指摘	3

	エ	即時取得による所有権喪失の抗弁（引渡しを除く抗弁事実の摘示を含む）の指摘	3
	(2)	解除者と解除前の第三者との優劣	
	ア	適切な理由付けによって自説を論証していること ★理由付けなく対抗関係説に立つ答案には点を与えない	3
	イ	本件へのあてはめ（引渡しがいかなる法的意味を持つかの指摘及び【事実】の攻撃防御方法上の役割ないし位置付けの指摘）	2
		【加点事項】 ※ 対抗関係説に立つ場合に、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁が予備的抗弁になる旨を正確に指摘している場合は加点する	加点評価 A・B・C
		★解除後の第三者として論じた答案については項目(2)については点を与えない	
	(3)	即時取得による所有権喪失の抗弁に関する【事実】の役割ないし位置付け・【事実】が上記抗弁の抗弁事実になる旨の指摘	2
第4		【その他の加点事項】 ※ 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 種類物の特定と危険負担
- 2 解除による原状回復義務と危険負担
- 3 解除権発生の要件（同時履行の抗弁権）
- 4 解除と第三者

【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）

② 創造型

考査委員による創造性が強いと思われる出題（平成19年，同21年，同22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）

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）

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、② 創造型、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	
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
イ 要件事実論的思考型	平成20年	平成19年・平成22年・ 本問
ウ 実体法上の論理的問題型	平成23年	

## 【出題のねらい】

本問は、危険負担、同時履行の抗弁、解除という契約総則の基本的かつ重要な論点について、基礎的な知識を確認するとともに、丁寧に時的因子を把握しようとする態度や未知の問題に対する理論的な応用力を試すものである。平成23年新司法試験論文式試験民事系第1問(民法)では、基礎的な知識により処理が可能であるが、複雑な事案から適切に事実を抽出することが困難な問題や、受験生にとっては理論的に未知の内容を含む問題が出題されており、上記の態度や能力は必須であると考えられる。ぜひ、日頃からこのような態度・能力を涵養するとともに、時間を計って問題に取り組むことで、本試験でこれらを発揮できるよう、訓練していただきたい。

まず、設問1小問(1)は、種類物の特定、特定後の目的物滅失による危険負担についての基礎的な知識とその適用能力を確認するものである。事案はそれほど複雑なものではないが、危険負担の分野は、複数の債権債務について適切な処理をしなければ正解に達しえず、限られた時間での処理は意外と難しいものである。図を丁寧に描くなどの工夫をし、的確な処理ができるよう注意していただきたい。設問1小問(2)は、売買契約が解除された後に目的物が滅失した場合の当事者間の原状回復という判例・学説が固まっていない論点について、より公平な結論を志向するとともにそれを支える法律構成を考察するという応用力を試すものである。判例・学説が固まっている論点ではないから、自己が最も公平であると考えられる結論に無理なく導ける法律構成を、明快かつ矛盾なく論じていただきたい。

次に、設問2は、同時履行関係にある債権債務についての解除の可否について、基礎的な知識と丁寧な時的因子の把握によって問題点を抽出し、解答することを期待しており、上述した態度を主に試すものである。本問では類似した事例が2つ並べられており、これらの比較をすることで問題点の抽出が容易になるようになっている。問題文全体を見渡すことで、少しでも出題意図を読み取り、解答のヒントを得る能力も同時に訓練していただきたい。

最後に、設問3は、解除と第三者という重要かつ基本的な分野を題材に、受験上(とりわけ論文式試験対策においては)軽視されがちであるが、実務上は極めて重要な期間計算についての基礎的な知識を、上述した態度と合わせ確認することを主に企図するものである。また、解除と第三者という著名論点明らかに問われている中で、全く観点の異なる即時取得の処理を冷静に行う俯瞰的な考察力を試す問題でもある。

## 【本問作成の経緯等】

種類物の特定や危険負担は、「出題のねらい」においても述べたとおり、問題文の正確な把握や複数の債権債務関係の的確な分析が求められ、とりわけ強度の緊張と焦りの中での解答が求められる本試験においては答案作成が困難な分野と思われる。そこで、同様の分野は昨年度のスタ論においても出題されたところではあるが、事案・論点を変えた上で出題することとした。

当初、設問1については、小問(1)について受領遅滞をからめて536条2項の適用を問う問題にするという案や、小問(2)をマイナーチェンジし、548条1項によりそもそも解除が無効であるという点を指摘させる問題を小問(3)として出題する案があったが、問題の難易度が上がりすぎることに加え、単なる知識の吐き出しを求める問題と化してしまうのではないかと意見があり、小問(1)は簡易なものそのままにし、548条1項については出題を見送った。

設問2は、東京高判平成19年9月5日判タ1292号207頁から着想を得て、同判決を簡易

化した事案について問う小問(2)に、それよりは幾分か受験生になじみがあるであろう小問(1)を加えたものである。

設問3は、当初は解除と第三者について要件事実の観点から出題することとどまるものであったが、それとリンクさせて解除の効力発生時期を問うことで、97条や140条を論文式問題でも正確に適用しうるか試すことができると考え、この点を小問(1)として出題した。

## 【主要参考文献】

### 〔設問1〕

#### (小問(1))

- ・我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法 一総則・物権・債権一』（日本評論社、第2版、2008）P.694～7, 890
- ・遠藤浩編『基本法コンメンタール 債権総論』（日本評論社、第4版、2002）P.11～5, 169～171
- ・遠藤浩編『基本法コンメンタール 債権各論Ⅰ』（日本評論社、第4版、2005）P.42～6
- ・内田 貴『民法Ⅱ』（東京大学出版会、第3版、2011）P.63～70
- ・内田 貴『民法Ⅲ』（東京大学出版会、第3版、2005）P.17～9

#### (小問(2))

- ・千葉恵美子ほか編『Law Practice 民法Ⅱ【債権編】』（商事法務、2009）P.51～6（渡辺達徳執筆）
- ・柚木馨ほか編『新版注釈民法(14) 債権(5)』（有斐閣、1993）P.375～8（柚木・高木執筆）
- ・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.49～50
- ・潮見佳男『債権総論Ⅰ』（信山社、第2版、2003）P.453～6
- ・内田 貴『民法Ⅱ』（東京大学出版会、第3版、2011）P.98～100, 602～3
- ・島田禮介「判解」法曹会『最高裁判所判例解説民事篇昭和51年度』（法曹会、1979）P.1

### 〔設問2〕

#### (素材判例)

- ・東京高判平19. 9. 5判タ1292-207

#### (参考文献)

- ・匿名「判批」判タ1292-207
- ・北居 功「判批」判タ1305-7
- ・我妻 栄『債権各論 上巻』（岩波書店、1954）P.91～2
- ・内田 貴『民法Ⅱ』（東京大学出版会、第3版、2011）P.52
- ・谷口知平ほか編『新版注釈民法(13) 債権(4)』（有斐閣、補訂版、2006）P.593～4（澤井・清水執筆）

### 〔設問3〕

- ・司法研修所編『紛争類型別の要件事実』（法曹会、改訂版、2006）P.114～122
- ・岡口基一『要件事実マニュアル第2巻 民法2』（ぎょうせい、第3版、2010）P.38～42

- ・星野英一編集代表『民法講座 第2巻 物権(1)』(有斐閣, 1984) P.172～7 (池田恒男執筆)
- ・内田 貴『民法Ⅱ』(東京大学出版会, 第3版, 2011) P.100～102
- ・内田 貴『民法Ⅰ』(東京大学出版会, 第4版, 2008) P.468～481
- ・川井 健『民法概論4』(有斐閣, 補訂版, 2010) P.92～3
- ・潮見佳男『債権総論Ⅰ』(信山社, 第2版, 2003) P.458～462

【民法改正への対応につきまして】

民法改正法が成立しましたが、同法は2020年施行との見方が現時点では有力となっています。従いまして、2018年(平成30年度)司法試験は現行法での出題が確実視されますので、出題及び解説は改正前の現行法のままとさせていただきます。

ただ、学習上の便宜をはかるために、有益と思われる民法改正情報につきましては、適宜解説の中に●民法改正情報として掲載しています。

※民法改正の概略及び辰巳法律研究所の対応の詳細につきましては、辰巳ホームページをご覧ください。

## 【分析と展開】

## 第1 設問1

## 1 小問(1)

## (1) 前段

Yは本件売買契約1に基づく代金支払請求を行っているが、他方で本件冷蔵庫1は契約後にYの帰責性なく滅失している。そこで、X1が、Yの負う引渡債務が消滅したことによりX1の負う代金債務も消滅した、との反論をすることができないか検討すべきである。

まず、本件売買契約1は不特定物売買であると認められるから、534条2項・1項の要件を満たすならば代金債務は存続することになる。そして、その際最も問題なのは「第401条第2項の規定によりその物が確定した」か否かであるが、本件引渡債務の如き取立債務の場合、同条項にいう「物の給付をするのに必要な行為」は、分離・準備・通知を意味すると解されている。これらは平成23年4月22日に行われた、仕入れ・倉庫搬入・電話で満たされているといえ、よって同日以降目的物は上記本件冷蔵庫1に「確定した」といえる。とすれば、534条1項により代金債務は存続すると考えるのが通常であろう。

ただし、1項については、周知の通り、これを制限的に解するか否かについて学説上争いがある。判例が採用していると一般的に評価されている無制限説によるならば、代金債務は消滅せず（債権者主義）、結局Yの請求は認められることとなる。

## (2) 後段

小問(1)後段については、引渡債務の弁済の場所に関して特約がない場合、弁済の場所はいかに定まるかという点に注意をする必要がある。すなわち、不特定物の引渡債務について弁済の場所の特約なき場合、484条後段によりいわゆる持参債務となるのである。とすれば、「物の給付をするのに必要な行為」は、現実の提供を意味することとなる。よって、これがなされていない平成23年4月24日の段階では、本件売買契約1の目的物は本件冷蔵庫1に特定しておらず、その滅失によっても本件引渡債務は履行不能に陥らない。したがって、本件引渡債務、本件代金債務はともに存続しており、同時履行関係（533条）は認められるものの、一応Yの請求は認められることとなる。

## 2 小問(2)

## (1) 解除の有効性

X2の本問請求は、解除に基づく原状回復請求（545条1項本文）としての代金返還請求であって、「上記欠陥を理由に…解除する…旨の通知」をしていることから、解除の根拠は瑕疵担保責任（570条、566条1項）であると考えられる。そこで、まずもって本件において瑕疵担保責任に基づく解除の要件が満たされているかについて検討する必要がある。

まず、本件冷蔵庫2は急速冷凍機能の部品が不良であり、それは構造上X2やYが発見することが困難なものであったというのであるから、「隠れた瑕疵」を認めることができる。また、X2は急速冷凍機能に期待して高値の本件冷蔵庫2を購入したのであり、かつ当分の間は修理することができないというのであるから、「契約をした目的を達することができない」といえる。

さらに、X2及びYはいずれも商人である（商法4条1項、501条1号）から、同法526条2項によって解除権が消滅しないかが問題となるが、慣らし運転に入った後の平成23年10月10日ごろに「直ちに発見することのできない瑕疵」（同項後段）といいうる



「急速冷凍機能を果たしているとはいえない状態」を発見後、「直ちにこのことをYに知らせ」ており、解除権消滅はない。

以上より、解除の要件は満たされているといえ、X2が行った解除は有効であるといえる。

(2) 目的物滅失による権利変動

Yは「本件冷蔵庫2が滅失してしまい、目的物返還債務が不能となった以上は、これと対価の関係にある代金の返還義務も消滅するものと考えるので、請求には一切応じられない。」と反論しており、解答に当たっては、このY反論の法的根拠及びその当否を論じた上で、実体法上X2の代金返還請求権が瑕疵の存在及び本件冷蔵庫2の滅失によりいかなる影響を受けるかを論じていくべきである。設問文において請求が可能な金額の明示が求められているため、この点についても留意が必要である。

まず、Y反論は、X2の負う原状回復義務としての目的物返還債務が履行不能により消滅したことにより、Yの負う代金返還義務も消滅したというものである。これは、解除による相互の原状回復義務に、危険負担の原則的法理である債務者主義（536条1項）を（類推）適用するものである（見解①）。売買契約上の債務の双方が既履行の場合、原状回復は売買の裏返しであるから危険負担の発想になじみやすいし、危険負担の場面においては、自己の支配領域における危険は自ら負担すべきという価値判断を優先して適条を決定する見解が学説上有力であるから、Y反論は一定の説得力を持つものであるといえる。

しかし、本件では、本件売買契約2当時の本件冷蔵庫2の適正価格は実際の売買価格より100万円低い150万円であるという特殊事情がある。Y反論をそのまま採用すると、Yは客観的には150万円の価値しかない本件冷蔵庫2をもって250万円の給付を保持できることとなる。このように自ら瑕疵のある物を給付したYを不当に利する結果を認めることは公平でない。

そこで、本件売買契約2が中古品売買であり、特定物売買と認められることに着目して、534条1項を（類推）適用することも考えられる（見解②）。この見解によると、X2は250万円全額の返還を求めうることになるが、他方でYは150万円の価値のある本件冷蔵庫2を失いながら代金全額の返還に応じなければならないこととなる。Yが自ら瑕疵ある物を給付している点を重く見て、このような結果を不公平でないとは認めることも考えられるが、Yにも本件欠陥を発見することは困難であるとされていることから見ても、本件はYにそれほど重い帰責性がある事案ということとはできず、このような結果を不公平であると考ええることも十分できよう。

では、どのように考えるべきか。1つは、危険負担法理の適用を否定する見解を採ることが考えられる。すなわち、危険負担は、本来、契約の履行段階という相互義務に対価的牽連関係が存在する場合において適用される法理であるから、本件の如く原状回復義務相互に対価的牽連関係が存しない場合にこれが適用されるべきでないと考えるのである。そして、買主の帰責性なく目的物返還債務が履行不能となった場合でも、目的物返還債務は滅失するのではなく、目的物の客観的な価値に応じた価額賠償義務に転化すると考え、代金返還債務と相殺して決済すべきとするのである（見解③）。

もう1つ採りうる見解は、見解①②による帰結が不公平と感じる原因は、目的物に存する瑕疵による減価を危険負担法理から除外せず、危険負担法理だけで反対給付（代金返還債務）の消長を決しようとするところにあると考え、減価（不等価）部分については、まず瑕疵担保法理により整除し、残る客観的等価債権債務関係について危険負担法理を適用すべき

であるとするものである（見解④）。

見解③ないし④を本件に適用した場合、いずれも100万の限度でX2の請求を認めることとなろう（詳しくは解説参照。）。

## 第2 設問2

### 1 小問(1)

X3の行った解除が有効であるというためには、当該解除が540条1項、541条の要件を満たしていることが必要となるが、とりわけ問題となるのは、Yに履行遅滞があるか否かである。

履行遅滞を認めるためには、①履行期を徒過したこと、②それを正当化する事由がないことが必要であり、当該債務と反対債務が同時履行（533条）の関係にある場合には、履行の提供により同時履行の抗弁の存在効果を消滅させなければ、②が認められず、よって履行遅滞は認められない。

本件売買契約3においては、特約により目的物引渡し（引渡期日平成23年11月9日）と代金支払（支払期日同月23日）との間に先履行・後履行関係が設定されており、同月10日から22日までの間においては、両債務は同時履行関係にないことになる。よって、同期間中であれば、X3は541条所定の手続を履践することで、自ら履行の提供をすることなく解除権を発生させることができる。

しかし、本件では、X3の催告は同月26日であり、後履行債務の履行期まで到来した後に催告をした場合については、先履行債務の履行がなければ後履行が不可能というような特別の場合でない限り、同時履行の抗弁権の存在効果を認め、②「徒過を正当化する事由」となるとするのが通説である。

これに従うならば、同月26日の催告は、②「徒過を正当化する事由」があるため無効であり、解除もまた無効であるとする事となろう。

### 2 小問(2)

本問では、小問(1)と時系列が異なることを認識することが重要である。すなわち、X3は平成23年11月10日（引渡債務が先履行関係にある時点）に催告を行っているので、催告期間（ないし相当期間）の経過により解除権が発生しているといえるのである。ただ、本問では解除の意思表示が同月26日に行われており、解除権の行使が後履行債務の期限到来後であるという事情が解除権行使の障害事由になるかという点が問題となりうる。

この点について、東京高判平19・9・5判タ1292-207は、「…既に発生した解除権が消滅する理由はないから、…、債権者は改めて自らの債務を提供して催告をし、あるいは自らの債務を提供しなければ解除権を行使し得ないと解すべきものではない」と判示しており、これに従うならば、上記事情は障害事由とならず、解除は有効であると解することとなろう。

## 第3 設問3

### 1 小問(1)

本問への解答には、意思表示の効力発生時期、期間計算についての正確な知識とその適用が必要である。

すなわち、まず、本件解除通知は隔地者間の意思表示といえるから、97条1項により、到達時に「その効力を生ずる」。そして、同通知において催告期間は1週間と定められており、

140条本文により初日不算入であるから、催告期間の起算日は平成23年11月29日、その満了は平成23年12月5日の経過時である。

そして、本問の解除の意思表示には、いわゆる停止期限が付いているので、意思表示としての効力が生じるのは、この停止期限が到来した時点である（135条1項）が、それは上記催告期間の満了時点と定めてあったから、結局、平成23年12月5日経過時に本件解除の効力が発生するといえよう。

## 2 小問(2)

(1) はじめに、【事実】の主張の攻撃防御方法としての役割ないし位置付けを考察するに当たり前提となる事実整理は以下のとおりである。

まず、設問文にあるように、YZは契約関係にないから、訴訟物は所有権に基づく返還請求権としての引渡請求権である。そして、Yが本件冷蔵庫3のももとの所有者であることについてZは争わないと考えられるから、請求原因事実は、①平成23年10月9日時点において本件冷蔵庫3をYが所有していたこと、②現在、Zが本件冷蔵庫3を占有していること、の2点である。

これに対して、Zとしては所有権喪失の抗弁を2つ提出することが考えられる。第1は、承継取得としての本件売買契約3の抗弁であり、第2は、原始取得である即時取得（192条）の抗弁である。

### (2) 承継取得関係

ア 第1の抗弁の要件事実は、平成23年10月9日にYがX3に対して本件冷蔵庫3を代金150万円で売却したこと、である。

そして、この抗弁に対しては、Yは、解除により上記売買の効力が覆された旨の再抗弁を出すと考えられる。その要件事実は、①Yが、平成23年11月28日到達の書面により、1週間以内に本件冷蔵庫3の代金支払を催告し、かつ、この期間が経過した時点で上記売買契約を解除する旨の意思表示をしたこと、②催告期間が経過したこと、である。

イ 上述の通り解除の効力発生時期は平成23年12月5日であり、X3からZへの売却は12月5日経過前に行われている以上、Zは解除前の第三者ということになる。

では、自己が解除前の第三者であることを前提として、【事実】を用いて反論をする場合、いかなる法律構成となるか。この点については見解が分かれており、受験生の多くが要件事実論の基本的教科書として用いるであろう『新問題研究要件事実』『紛争類型別の要件事実』（ともに司法研修所編）は、解除者と第三者は対抗関係に立つとしており、判例もこの見解に立つと評される（対抗関係説）。他方、学説には、対抗関係とは把握しないで、545条1項ただし書によって処理されるが、同項ただし書の「第三者」に当たるためには当該第三者が対抗要件を具備したことが必要であるとする有力な見解もある（権利保護資格要件説）。

【事実】は、本件冷蔵庫3がX3よりZに引き渡された事実であるから、対抗要件説に立てば、178条の「引渡し」具備による所有権喪失の要件事実の一部と構成することができる。なお、この喪失の主張は、解除の効果が生じていることを前提とした上で、新たな所有権喪失原因を主張するものであるから、本件売買契約3による所有権喪失の抗弁についての予備的抗弁となる。

他方、権利保護資格要件説に立てば、【事実】をZが545条1項ただし書にいう「第三者」の資格を具備した事実、すなわち、Yのした解除（再抗弁）の法律効果の発生障害

(再々抗弁)の要件事実の1つとして構成することができる。

(3) 原始取得関係

即時取得制度が占有に公信力を認めて動産取引の安全を図る制度であることから、解除前に当該動産を譲り受けた場合は厳密には前主は無権利ではないが、即時取得制度の適用があると解されている。よって、解除前の第三者であるZにも192条の適用がありえることになる。

そして、即時取得の要件事実、186条1項及び188条により、①取引行為、②基づく引渡しであるから、【事実】を②に位置付けることもできる。

## 【解 説】

## ◆ 論点① 種類物の特定と危険負担 ◆

## 1 問題の所在

本問において、Yは本件売買契約1に基づく代金支払請求を行っているが、本件冷蔵庫1は隣接店舗からの類焼という債務者Yの帰責性なき原因により滅失している。そこで、Yの負う引渡債務は履行不能により消滅し、それによってX1の負う代金債務も消滅したとの反論をすることができないか、危険負担（債務者主義）の適用の可否が問題となる。

本件売買契約1は新品の冷蔵庫を目的物としていることからみて、当事者が特定の物の個性に着目して取引しているということではできず、いわゆる不特定物売買に当たるといえるため、「第401条第2項の規定によりその物が確定した」（534条2項）といえて初めて危険負担の問題となしうるといえる。「その物が確定した」か否かの基準たる「物の給付をするのに必要な行為」（401条2項）とはいかなる行為を指すかが問題となる。

そして、534条2項の適用が認められる場合、「前項の規定」が適用されるのであるが、同条1項については、その適用場面を制限的に解する見解が学説上有力であるため、同項に対していかなる態度を採るかも問題となりうる。

## 2 種類物の特定

## (1) 「物の給付をするのに必要な行為」（401条2項）の意味

目的物引渡債務についての「物の給付をするのに必要な行為」の具体的内容は、持参債務、取立債務、送付債務という弁済の場所による区別に関連して解釈がされている。

- ① まず、持参債務、すなわち、目的物を債権者の住所において引き渡すべき債務にあつては、目的物を債権者の住所において提供することによって、はじめて「物の給付をするのに必要な行為」を完了したこととなる。目的物を分離したり、発送したりしたに留まるときは、原則として不十分である。
- ② 次に、取立債務、すなわち、目的物を債務者の住所において引き渡すべき債務にあつては、債務者がその住所において引き渡すべき目的物を分離し、これをいつでも債権者に引き渡すことができる状態において、その旨を債権者に通知することによって、「物の給付をするのに必要な行為」を完了したこととなる。
- ③ 最後に、送付債務、すなわち、債権者又は債務者の住所以外の土地において目的物を引き渡すべきときは、その地において引き渡すことが債務の内容となっている場合は①と同様に、その送付が単に債務者の好意によってされる場合は②と同様に解する。

## □ 最判昭30.10.18（民集9-11-1642，百選Ⅱ1事件）

「原審は、先ず本件売買契約が当初から特定物を目的としたものかどうか明らかでない」と判示したが、売買の目的物の性質、数量等から見れば、特段の事情の認められない本件では、不特定物の売買が行われたものと認めるのが相当である。そして右売買契約から生じた買主たる被告の債権が、通常の種類債権であるのか、制限種類債権であるのかも、本件においては確定を要する事柄であつて、例えば通常の種類債権であるとすれば、特別の事情のない限り、

原審の認定した如き履行不能ということは起らない筈であり、これに反して、制限種類債権であるとするならば、履行不能となりうる代りには、目的物の良否は普通問題とはならないのであつて、被上告人が『品質が悪いといつて引取りに行かなかつた』とすれば、被上告人は受領遅滞の責を免れないこととなるかもしれないのである。すなわち本件においては、当初の契約の内容のいかんを更に探究するを要するといわなければならない。つぎに原審は、本件目的物はいずれにしても特定した旨判示したが、如何なる事実を以て『債務者ガ物ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲ完了シ』たものとするのか、原判文からはこれを窺うことができない。論旨も指摘する如く、本件目的物中未引渡の部分につき、上告人が言語上の提供をしたからと云つて、物の給付を為すに必要な行為を完了したことにならないことは明らかであろう。従つて本件の目的物が叙しいずれの種類債権に属するとしても、原判示事実によつてははまだ特定したとは云えない筋合であつて、上告人が目的物につき善良なる管理者の注意義務を負うに至つたとした原審の判断もまた誤りであるといわなければならない。」

## (2) 特約なき場合の弁済の場所の決定

484条は、「弁済をすべき場所について別段の意思表示がないときは、特定物の引渡しは債権発生の際にその物が存在した場所において、その他の弁済は債権者の現在の住所において、それぞれしなければならない」と定めており、持参債務を原則としている。

よつて、不特定物売買において弁済の場所についての特約がない場合は、同条後段より、目的物引渡債務は「債権者の現在の住所」が弁済の場所となり、したがって同債務は持参債務となる。

## 3 目的物特定後の滅失と危険負担

### (1) 学説

#### A 無制限説

特定後に目的物が債務者の責めに帰すべき事由によらず滅失した場合には、当該滅失が引渡しや登記が未了の間に生じたときでも、代金債務は消滅しない。

(理由)

- ① こう解するのが534条1項の文言に最もよく合致する。
- ② 売買契約成立によって目的物の所有権が移転するのであるから、危険も移転すると解すべきである。
- ③ 買主は契約成立後に生じた目的物の価格騰貴による利益を取得しうる立場にあるのだから、物の滅失・損傷による損失も負担すべきである。

#### B 制限説

契約成立によって直ちに危険が移転するのではなく、目的物についての支配が移ったとき、すなわち、引渡しや移転登記がなされたときに危険が移転すると解し、契約成立後であっても引渡しや移転登記がされる以前に引渡債務が履行不能により滅失したときは、代金債務も消滅する。

(理由)

- ① 引渡しや移転登記がされるまでは、目的物の支配可能性は買主でなく売主にあるのだから、その間の危険については売主が負担するのが公平である。
- ② 価格の上昇に対応するのは価格の下落であるから、滅失・損傷を対応させるのは相当で

ない。

## (2) 判例

### □ 最判昭24. 5. 31 (民集3-6-226)

「原判決は、上告人等の抗弁事実についてはこれを認めることはできないと判示し、却つて本件手形は上告会社がAから、同人所有の蚊取線香40梱(当時上告会社が保管中のもの)を代金24000円で買受け、其代金支払の為これを振出したものであつて、受取人B及び上告人Cは上告会社振出の右手形債務を保証する目的でこれに裏書をした事実を認定したのであつて、原判決挙示の各証拠によれば、原審の右認定は充分之をなし得るのであつて、何等法則に違反するところはない。そして右蚊取線香の売買は特定物の売買であること判文上明らかであるから、空襲によつて右線香が滅失したとしても、売主の代金債権が消滅する理由はない。従つて右線香の滅失により、本件手形の振出が原因を欠くに至つたものとはいへないから、原判決は、理由齟齬があるとか虚偽の証拠によつて抗弁事実を排斥した違法があるとか、審理不盡であるとか主張する論旨は、理由がない。」

\* 本判決については、「目的物…の引渡しは済んでいた事案であり、債権者主義の妥当性が議論される典型的な事例とはいえない。その後新たな最高裁判決はなく、判例の立場は必ずしも明確ではないというべきではないかと思われる。」との指摘がある(内田「民法Ⅱ」P. 68)。

## 4 本問における具体的検討

### (1) 設問1小問(1)前段

まず、本件売買契約1には「同月末日までにX1がこれを引き取りにY店舗に行く」との特約が付されており、よつて、Yが同契約により負う本件冷蔵庫1の引渡債務は取立債務ということとなる。

そして、「同月22日に、メーカーの在庫品より…Y店舗に納入させて仕入れ」が分離、「X1への引渡しが可能状態にしてY店舗に併設された倉庫に保管」が準備、「X1にその旨を電話で知らせた」が通知にそれぞれ当たるといことができ、「物の給付をするのに必要な行為」が完了したものであるとして同日の時点で目的物は本件冷蔵庫1に「確定した」といことができる。

よつて、本件冷蔵庫1の滅失により534条2項・1項の適用があることになる。

そして、534条1項についてA説に立つと、X1の負う代金債務は消滅せず、よつてYの請求は認められることとなろう。

他方、B説に立つと、いまだ引渡しが行われていない以上、危険は売主Yが負担し、代金債務も消滅することとなる。よつて、同説に立つと、Yの請求は認められないこととなろう。

### (2) 設問1小問(1)後段

下線部の約定が存しないのであれば、484条後段により持参債務とされる。よつて、目的物を債権者の住所において提供することによつて、はじめて「物の給付をするのに必要な行為」を完了したといえるから、平成23年4月22日におけるYの各行為のみをもつて「その物が確定した」といふことはできない。

したがって、534条2項の適用はなく、代金債務は存続していることとなろう（目的物引渡債務が履行不能となるわけではないから、536条の適用もない）。ただし、目的物引渡債務も現存し、両債務は同時履行の関係に立つ（533条）ため、Xから同時履行の抗弁が提出されれば、引換給付の限度でYの請求が認められることとなろう。

#### ●民法改正情報

本問に関連する「危険負担」に関する改正をご紹介します。

1 特定物を目的とする債務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履行不能となった場合に債権者主義を定める現行法の不合理性は、多くの学説で指摘されています。そこで、改正法では、現行法534条及び535条が削除されました。

#### 2 債務者の危険負担等

現行法536条第1項において、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債務を履行することができなくなったときは、「債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。」と定められているところを、改正法は「債権者は、反対給付の履行を拒むことができる。」と改めました（改正法536条1項）。これは、改正法のもとでは、債務の履行が不能である場合には、債権者は、債務者の帰責事由の有無を問わずに、契約を解除することができる（改正法542条1項1号）と定められたことに基づくものです。すなわち、このような制度の下で、現行法の危険負担の制度を存置させると、債権者の意思表示による契約解除の制度と、危険負担による債権者の反対給付債務の自動消滅という2つの制度の重複が生ずることになるため、債権者が相手方の債務の履行不能を理由として債権者の反対債務を消滅させるためには、解除の意思表示をしなければならないということを前提として、債務者の帰責事由なく債務の履行が不能となったときには、債権者が債務者からの反対債務の履行請求を拒絶できるという規定に改めたということです。これに伴い、536条2項も「債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。」との規定から「債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。」との規定に改められました。



## ◆ 論点② 解除による原状回復義務と危険負担 ◆

## 1 問題の所在

## (1) 前提問題（瑕疵担保責任に基づく解除の可否）

X 2 の請求は解除に基づく原状回復請求としての支払代金返還請求であるから、まずは X 2 の瑕疵担保責任に基づく解除（570条、566条1項）の有効性を検討する必要がある。

まず、「瑕疵」とは、当該目的物が通常備えるべき品質・性能及び契約の趣旨に照らし目的物に何らかの欠陥があることをいうところ、品番Bの冷凍・冷蔵庫は優れた急速冷凍機能が付いていることによって高値で取引されるものであるのに、本件冷蔵庫2は同機能のための部品が不良であり、同機能を果たしていないのであるから、上記欠陥があるといえ、「瑕疵」があるといえる。

次に、「隠れた」とは、取引上要求される一般的な注意をもって発見できないことをいうところ、「不良部品の存在箇所は品番Bの構造上最も発見しにくい場所であり、X 2 はもちろん Y でさえ発見することは容易でない」というのであるから、食肉卸売業者にすぎない X 2 に要求される一般的な注意をもって本件欠陥を発見することはできないといえ、「隠れた」といえる（また、当然 X 2 は本件欠陥について善意であると認められる。）。

そして、「そのために契約をした目的を達することができない」とは、買主の主観において目的物の性質等から合理的に目的とされていたところに反することをいい、少なくとも修繕不能であることが要求されると解される。前述した品番Bの特長から X 2 は急速冷凍機能に期待して本件売買契約2に至ったところ、本件欠陥によりこれを達しえず、代替品の不足により適時に修繕して使用することも不可能であるというのであるから、「そのために契約をした目的を達することができない」といえる。

さらに、X 2 及び Y はいずれも商人といえる（商法4条1項、501条1号）から、同法526条2項により解除権が消滅したといえないかについても検討が必要である（なお、1項の検査義務の違反があっても解除権等は消滅しないとされている〔服部・星川編『基本法コンメンタール商法総則・商行為法』P. 116（実方執筆）参照。〕）。まず、本件欠陥は約4日の慣らし運転によってはじめて発見しえたのであるから、「直ちに発見することのできない瑕疵」といえ、2項後段の適用場面である。そして、X 2 は本件欠陥の発見後「直ちにこのことを Y に知らせ」たのであるから、「直ちに売主に対してその旨の通知を發し」たといえ、同条項による解除権消滅はないといえる。

以上より、X 2 の行った解除は有効であるといえる。

## (2) 問題点

(1)で述べた通り、X 2 は、本件売買契約2を有効に解除している。とすれば、原状回復請求として、支払った代金250万円全額の返還を Y に請求しうるのが原則である（545条1項本文）。

しかし、解除後、本件冷蔵庫2は放火という X 2 に帰責性のない事由により滅失しており、Y は本件冷蔵庫2が返還不能になっていることを理由に、代金返還を拒んでいる。そこで、本件冷蔵庫2が滅失したことが、上記 X 2 の代金返還請求権に影響を及ぼすかが問題となる。

## 2 学 説

原状回復義務としての目的物引渡債務が不可抗力により履行不能となった場合の代金返還債務の帰趨については「種々論議のある問題」(新版注釈民法(13P. 906 [山下執筆])とされ、学説上コンセンサスが得られていない。ただ、この場合に危険負担の考え方を援用することの限界を指摘する学説が有力であるとはいえよう。

### A 危険負担法理適用説

#### A<sub>1</sub> 債務者主義説

買主の負う目的物返還債務は目的物の不可抗力による滅失によって消滅したと考えた上で、危険負担の一般的法理である債務者主義(536条1項参照)を適用し、代金返還債務も消滅するとする。

(理由)

- ① 売買契約上の債務が双方既履行の場合、原状回復はちょうど売買の裏返しであるから、危険負担の発想になじみやすい。
- ② 公平の観点から534条1項の適用は制限されるべきであり、債権者が目的物の実質的支配を得るまでは債務者が危険を負担するという同項に関する制限説の趣旨はここでも妥当する。

#### A<sub>2</sub> 債権者主義説

買主の負う目的物返還債務は目的物の不可抗力による滅失によって消滅したと考えた上で、特定物売買に関する債権者主義(534条参照)を適用し、代金返還債務は存続するとする。

(理由)

- ① 上記A<sub>1</sub>説の理由①。
- ② 当該売買が特定物売買である、あるいは目的物の特定が生じている以上、その裏返しである原状回復の場面でも、534条の定める債権者主義に基づく処理をすべきである。
- ③ A<sub>1</sub>説によると、目的物にもともと瑕疵があり、支払った代金が目的物の客観的価値からして過剰である場合、瑕疵ある物を給付した売主が不当に利益を享受することになり、不公平である。

### B 危険負担法理非適用説(内田, 潮見, 渡辺)

買主の負う目的物返還債務は目的物の不可抗力による滅失によっても消滅せず、目的物の客観的価額を賠償すべき義務に転化すると考えた上で、代金返還義務との相殺による決済によって返還代金額を調整する。

(理由)

- ① 危険負担法理は、契約を実現する場面での両当事者間での主観的価値把握に基礎を置く等価交換関係を基礎としているのだから、これを契約関係の清算の場面での給付の返還に妥当させるのはおかしい(潮見佳男『基本講義 債権各論I』P. 50)。
- ② 契約の履行過程は、意思に基づいて新たな権利変動をもたらす場面であるから、債務者主義の危険負担の原則を適用するということは、履行前の状態である「現状」を動かさないことを意味する。これに対して、解除後の原状回復の局面は、元に戻すことが正義に適う場面である。そこでは、現状維持は不適切な状態の固定化であり、むしろ、可能な限り現物また

はその価値を返還することによる「原状」への復帰が、正義に適う（内田貴「民法Ⅱ」P. 98）。

- ③ 「原状回復」という民法545条1項の趣旨にもっとも適合した方法が模索されるべきである（渡辺達徳「Law Practice 民法Ⅱ」P. 54）。

### C 二分説

減価（不等価）部分については、まず瑕疵担保法理により整除し、残る客観的等価債権債務関係について危険負担法理を適用すべきであるとする。

（理由）

- ① 通説的見解によれば、545条1項による原状回復義務の法的性質は不当利得返還義務（703条）であるが、目的物が滅失した場合、買主には「利益」が存せず、原状回復義務の一内容として客観的価額の賠償義務を認めることはできない。
- ② B説が主張するように、危険負担法理は等価的債権債務関係について適用されるべきである。A説による帰結が不公平と感じる原因は、目的物に存する瑕疵による減価を危険負担法理から除外せず、危険負担法理だけで反対給付（代金返還債務）の消長を決しようとするところにある。

### 3 本問における具体的検討

まず、A<sub>1</sub>説に立てば、本件冷蔵庫2の滅失が放火による焼失という不可抗力によるものである以上、X2の負う目的物返還債務は履行不能により消滅し、536条1項類推により、Yの負う代金返還債務も消滅することになる。よって、X2の請求は認められないこととなろう。

次に、A<sub>2</sub>説に立てば、A<sub>1</sub>説に立つ場合と同様、目的物返還債務は消滅するものの、534条1項類推により、Yの負う代金返還債務は存続することになる。よって、X2の請求は認められることとなろう。

そして、B説に立つ場合、X2の負う本件冷蔵庫2の返還債務は150万円の価額賠償債務に転化し、他方でYの代金返還債務は存続し、相殺によって、結局X2の請求は100万円の限度で認められることとなろう。

最後に、C説に立つ場合、まず、Yは、解除による原状回復義務として、代金額から減価分についての損害賠償額を控除した150万円について返還義務を負うことになる。そして、本件冷蔵庫2の不可抗力による滅失によりX2の負う目的物返還義務は消滅するため、536条1項類推により、上記150万円の返還債務も消滅する。以上より、結局X2の請求は100万の限度で認められることとなろう。

## ◆ 論点③ 解除権発生の要件（同時履行の抗弁権）◆

## 1 問題の所在

541条により解除権が発生するための実体的要件は、履行遅滞、帰責事由、催告、催告（相当）期間の経過、の4つであり、履行遅滞が認められるためには、①履行期の徒過のみならず、②徒過について正当な理由がないことが必要である。そして、履行期を徒過した債務と反対債務が同時履行の関係（533条）にある以上は、当該徒過について正当な理由があるものとされ、催告を行っても解除権は生じないこととなる（同時履行の抗弁権の存在効果）。

本件売買契約3については、目的物引渡しの履行期は平成23年11月9日、代金支払の履行期は同月23日と約定されていたところ、Yは同月9日を過ぎても本件冷蔵庫3を納品していないことから、仮に、同月10日から22日までの間に催告及び催告（相当）期間の経過があったならば、X3には有効な解除権が発生し、同人はこれを行使しえたといえる。

ところが、【事実】[A]において、X3が催告を行ったのは、後履行債務たる代金支払債務の履行期到来以後の平成23年11月26日である。そこで、設問2小問(1)では、このように後履行債務の履行期到来後に催告をした場合にも、同時履行の抗弁権の存在効果を認め、履行の提供なくして有効に解除権は発生しないと考えるべきかが問題となる。

他方、【事実】[B]においては、同月10日に催告がされており、催告期間1週間の経過によって、X3には有効に解除権が発生している。問題は、解除権行使が後履行債務たる代金支払債務の履行期到来以後の同月26日になされている点が、解除権行使の有効性に影響を与えないかという点である。

## 2 後履行債務の履行期到来後に催告をした場合の解除権の発生の肯否

売買契約において、相互債務に先履行・後履行関係が設定された場合に、後履行債務の履行期到来後に先履行債務の履行遅滞を理由として催告解除をすることは、同時履行の抗弁権の存在効果により、正当な理由なき徒過として認められない結果、認められないと解するのが通説である。

たとえば、我妻栄『債権各論（上）』P.91は、「先履行の義務を負う者が履行しないている間に相手方の債務が履行期に達した場合には、相手方の請求に対して先履行義務者も同時履行の抗弁を提出することができるか。一般理論としては、肯定してよいであろう。けだし、同時履行の抗弁権の要件としては、これを行使する際に相手方の債務が履行期にあることが要求されるだけであって、はじめから履行期が同一であることを要するのではないと解すべきだからである。」としている。

## 3 有効に発生した解除権を後履行債務の履行期到来後に行使した場合の解除の有効性

従前、この点について正面から論じた学説・判例は存しなかったが、後掲東京高判平19.9.5は、以下のように判示した。

## □ 東京高判平19.9.5（判タ1292-207）

「先履行すべき債務が履行遅滞に陥っても、後に履行すべき反対当事者の債務がその後の時間の経過によって履行遅滞となったときには、両債務は同時履行の関係に立つものではあるが、先履行すべき債務が履行遅滞に陥り、債権者から債務者に対する催告がされて解除権が発生した場合には、その後になって債権者が債務者に対して負う後に履行すべき債務の期限が到来したため債権者の債務も履行遅滞に陥ることとなったからといって、既に発生した解除権が消滅する理由

はないから、両債務が同時履行の関係に立つとはいえず、債務者が自らの債務の履行の提供をするなどしない限り、債権者は改めて自らの債務を提供して催告をし、あるいは自らの債務を提供しなければ解除権を行使し得ないと解すべきものではない。」

\* 本判決については、「(本判決は、) 履行遅滞が解除権発生の要件ではあるが、解除権行使の要件ではないとしたものである。」とされる(匿名「判批」判タ1292-207)。

#### 4 本問における具体的検討

- (1) まず、【事実】[A] の場合においては、平成23年11月9日の経過により、Yの目的物引渡債務は履行遅滞に陥っているものの、X3が催告を行ったのは、X3の代金支払債務の履行期たる同月23日以後の同月26日であり、同時履行関係が生じた後に541条の催告がされているといえる。よって、当該手続時には、同時履行の抗弁権の存在効果により、Yに履行遅滞は認められず、したがって、X3に解除権は生じないこととなる。以上より、X3の解除は無効となろう。
- (2) 他方、【事実】[B] の場合においては、まず、平成23年11月9日の経過により、Yの目的物引渡債務は履行遅滞に陥り、翌10日にX3は1週間の催告期間を定めて催告している。よって、催告がYに到達してから1週間後には、X3には有効に解除権が発生することとなり、当該解除権の行使がX3の代金支払債務の履行期たる同月23日以後の同月26日となったからといって、解除の効力は否定されないこととなる。以上より、X3の解除は有効となろう。

#### ●民法改正情報

本問に関連する「契約の解除」に関する改正をご紹介します。

##### 1 催告による解除

現行法541条に、債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときには解除することができない旨のただし書が加えられました(改正法541条)。これは、不履行が軽微なものにとどまる場合には、債権者としては、損害賠償その他の救済手段で満足するべきであるという考え方に基づくものです。

##### 2 催告によらない解除

(1) 改正法では、現行法542条及び543条本文に定められている定期行為の履行遅滞、債権の全部の履行不能の場合に加え、①債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき(改正法542条1項2号)、②債務の一部の履行が不能である場合又は債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示した場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき(3号)、③その他、債務者がその債務の履行をせず、債権者が前条の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき(5号)に契約の全部について無催告で解除をすることができることが認められています。

(2) 改正法には、債務の一部が履行不能となったとき、及び、債務者が債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示したときには契約の一部について無催告で解除をすることができる旨が定められています(改正法542条2項)。

## ◆ 論点④ 解除と第三者 ◆

## 1 問題の所在

## (1) 前提問題—解除の効力発生時期

本問において、Yは、本件売買契約3の解除を理由に、Zに対して所有権に基づく返還請求として本件冷蔵庫3の返還請求をするものと考えられるが、Zは本件売買契約3の買主X3から本件冷蔵庫3を譲り受けた第三者である。そこで、設問3小問(2)で問題とするように、解除者とこのような第三者の優劣をいかに決すべきかの検討が必要である。その際、当該第三者が解除前に利害を有するに至った者か、それとも解除後に利害を有するに至った者かに区別して優劣を論じるのが一般的である。

YはX3に対して配達証明付郵便で解除を行っており、この解除の意思表示（540条1項）は隔地者に対する意思表示（97条1項）であるといえる。よって、同条項により、その意思表示としての成立は、X3に通知が到達した平成23年11月28日に認められる。そして、Yは催告期間を1週間と定めており、140条本文により、初日（28日）は期間に算入されないから、催告期間は同月29日より起算され、満了は期間の末日である平成23年12月5日経過時となる。また、解除の意思表示が効力を発生するのは、その始期（催告期間の末日の経過時）である平成23年12月5日経過時である。

とすれば、X3がZに同日中に本件冷蔵庫3を売却している以上、Zは解除前の第三者ということになる。

## (2) 論点

以上のように、Zは解除前の第三者に当たる。解除者と第三者の優劣については、545条1項ただし書が「第三者の権利を害することはできない」と定めているが、この規定の理解については争いがある。そこで、この点についての自説を論述した上で、【事実】の主張の攻撃防御方法としての役割ないし位置付けを説明する必要がある。

## 2 学説

## A 対抗関係説（判例）

解除者と第三者とは、解除と第三者の登場の前後を問わず、対抗関係に立ち、先に対抗要件を具備した方が優先する。

（理由）

- ① （直接効果説から）解除前の第三者は545条1項ただし書によって保護されるが、この保護は当該解除によって遡及的に無権利者となった者から譲り受けたという権原の瑕疵を治癒するだけであって、第三者が権利取得を解除者に対抗するためには対抗要件が必要である。
- ② B説に立つと、第三者が解除後に対抗要件を取得しても保護されないこととなるが、このように解するのであれば、解除者と解除後の第三者との関係が対抗関係になるとする支配的見解と均衡を失する。

## B 権利保護資格要件説

解除者は、545条1項ただし書により、解除前の第三者に対して、解除の効果を対抗することができない。

同項にいう「第三者」に当たるというためには、解除による権利変動について善意である必要はないが、保護要件という意味での対抗要件を具備したことが必要である。

(理由)

① (A説の理由①に対して) 支配的見解である直接効果説からは、545条1項ただし書の位置付けは以下のように解されるはずである。

売買によって生じた所有権移転は遡及的に無効となり、第三者は無権利者からの転得者として177条によっては保護されない。そこで、545条1項ただし書により遡及効を制限して第三者の保護が図られるのであるが、この場合、解除者と第三者とは前主・後主の関係に立ち、やはり対抗関係にはならない。

以上より、直接効果説に立つ以上、解除者と解除前第三者が対抗関係に立つとみることは理論上無理がある。

② (主観的要件について) 545条1項は94条2項などと異なり、「善意の」との要件を付しておらず、これは解除が問題となる契約にあっては、意思表示そのものにはなんらの瑕疵もなく、当該契約を前提に利害を形成した第三者を一般的に保護すべきとの要請によるものと解される。

③ (対抗要件具備の要否について) 解除者は何らの帰責性をも有するわけでないことから、保護に値する第三者として認めるには権利者としてなすべきことをすべて終えている必要がある。

### 3 判例

#### □ 最判昭33.6.14(民集12-9-1449)

「思うに、いわゆる遡及効を有する契約の解除が第三者の権利を害することを得ないものであることは民法545条1項但書の明定するところである。合意解約は右にいう契約の解除ではないが、それが契約の時に遡って効力を有する趣旨であるときは右契約解除の場合と別異に考うべき何らの理由もないから、右合意解約についても第三者の権利を害することを得ないものと解するを相当とする。しかしながら、右いずれの場合においてもその第三者が本件のように不動産の所有権を取得した場合はその所有権について不動産登記の経由されていることを必要とするものであつて、もし右登記を経由していないときは第三者として保護するを得ないものと解すべきである。けだし右第三者を民法177条にいわゆる第三者の範囲から除外しこれを特に別異に遇すべき何らの理由もないからである。してみれば、被上告人の主張自体本件不動産の所有権の取得について登記を経していない被上告人は原判示の合意解約について右にいわゆる権利を害されない第三者として待遇するを得ないものといわざるを得ない」。

\* 本判決については、A説に立ったものであるとの評価が一般的であるが、B説に立っていると理解する見解もある(佐久間, 山本)。

#### 4 本問における具体的検討

##### (1) 前提となる事実の整理

訴訟物：所有権に基づく返還請求権としての引渡請求権

##### 〈請求原因事実〉

- ① 平成23年10月9日、Yは本件冷蔵庫3を所有していた。
- ② 現在、Zは本件冷蔵庫3を占有している。

##### 〈所有権喪失の抗弁①—抗弁事実〉

- ① 平成23年10月9日、YはX3に対して本件冷蔵庫3を代金150万円で売却した。

##### 〈解除の再抗弁—再抗弁事実〉

- ① Yは、平成23年11月28日到達の書面により、1週間が経過した時点で契約を解除する旨の意思表示をした。
- ② ①の催告期間は経過した。
- ③ 平成23年11月9日、Yは本件冷蔵庫3をX3に引き渡した。

##### (2) 【事実】の主張の役割ないし位置付け

###### ア 承継取得関係

A説に立てば、解除者Yと第三者Zは対抗関係に立ち、Zが引渡しを受けたならば、原則としてZが優先することになる。そこで、Zは【事実】を用いてこれを主張することとなる。当該主張の要件事実は、

- ① X3は、平成23年12月5日、本件冷蔵庫3をZに120万円で売却した。
- ② 本件冷蔵庫3は、同日、X3からZに引き渡された。

である。

そして、この主張は、解除の効果がY X3間に生じていることを前提とした上で、第三者ZとYの間の物権変動の対抗力の優劣を問題とし、Zの対抗要件具備により、反射的にYの所有権喪失原因を主張するものであるから、本件売買契約3による所有権喪失の抗弁についての予備的抗弁と位置付けることになろう（本件売買契約3による所有権喪失の抗弁の効力が復活するわけでないから、再々抗弁とはならない。）。

他方、B説に立てば、YとZは対抗関係には立たないが、Zが引渡しを受けたことにより545条1項ただし書の「第三者」として保護され、Zはその所有権取得をYに主張できることとなる。そこで、Zは【事実】を用いてこれを主張することとなる。

この場合の当該主張の要件事実はA説に立つ場合の上記抗弁事実と変わらないが、当該主張は、A説に立つ場合の上記主張と異なり、解除の効果はZに対抗できないという形で解除の再抗弁の効果を覆し、売買による所有権喪失を復活させるものであると考えることができ、解除の再抗弁に対する再々抗弁と位置付けることができよう。

###### イ 原始取得関係

解除の効力が発生する前に売主から目的動産の転売を受けた第三者に即時取得が成立しうる



かについては、取引行為時に前主が無権利であるとはいえないが、即時取得制度が占有に公信力を認めて動産取引の安全を図る制度であることを強調し、これを肯定するのが一般的といえる（内田貴『民法I』P.481）。

とすれば、192条、186条1項及び188条により、①取引行為、②①に基づく引渡しを主張立証することで、Zは本件冷蔵庫3の即時取得の主張（抗弁）をすることができ、【事実】は、②を示す事実としての意味付けをすることが可能であろう。

# 2012 スタンダード論文答練 (第2クール) 民事系2第1問

## ◆ パーフェクト答案 (出題意図に即し配点項目に可能な限り触れた答案)

Memo

### P.1 第1 設問1

#### 2 1 小問1)

##### 3 (1) 設問前段

4 ア Yは本件売買契約1に基づき代金支払請求をしているのであるが、他方で、Yが本件売買契約1に沿っ  
5 て自店舗に仕入れた本件冷蔵庫1は、平成23年4月24日に類焼により滅失している。そこで、上記冷  
6 蔵庫1の滅失がX1の負う代金債務に消長を及ぼすと言えないか、危険負担法理(債務者主義)の適用  
7 の可否が問題となる。

8 イ まず、本件売買契約1はX1及びYが物の個性に着目せず、「品番Aの新品業務用冷蔵庫」を売買しよ  
9 うとするものであるから、いわゆる不特定物売買に当たる。とすれば、民法534条2項(以下、同法は  
10 条数のみで引用する。)により、本件冷蔵庫1が滅失した時点で既に「第401条第2項の規定によりそ  
11 の物が確定した」といえるならば、534条1項の適用があることとなる。では、本件冷蔵庫1が滅失し  
12 た同年4月24日の時点で、本件売買契約1の目的物は本件冷蔵庫1に「確定」していたといえるか。Y  
13 が同日までに「物の給付をするのに必要な行為を完了し」(401条2項)たといえるかが問題となる。

14 「物の給付をするのに必要な行為」の意味を解釈するに当たっては、債務者がいわゆる行為をした場合  
15 に債権者に危険を負担させるのが妥当かという観点から、上記行為の内容を導くべきである。具体的には、  
16 いわゆる持参債務の場合には、現実の提供(493条本文参照)をもってはじめて債務者としてなしうる  
17 全ての行為をしたといえるから、上記行為は現実の提供を指すと解される。他方、いわゆる取立債務の  
18 場合には、口頭の提供(493条ただし書参照)をもってしても、当該目的物が他から独立しない以上、  
19 危険移転をなさないといえることから、準備・通知のみならず目的物の分離が必要であると解する。

20 本件についてみると、まず、本件売買契約1には「同月末日までにX1がこれを引き取りにY店舗に行  
21 く」との約定があり、Yの負う引渡債務は取立債務であるといえる。よって、分離・準備・通知があれば、  
22 目的物が特定したといえるが、「同月22日に、メーカーの在庫品より…Y店舗に納入させて仕入れ」が  
23 分離、「X1への引渡しが可能状態にしてY店舗に併設された倉庫に保管」が準備、「X1にその旨を電  
P.2 話で知らせた」が通知にそれぞれ当たるといえることができ、「物の給付をするのに必要な行為」が完了し  
2 たものとして同日の時点で目的物は本件冷蔵庫1に「確定」したといえることができる。

3 ウ 以上述べたところから、「第401条第2項の規定によりその物が確定した」(534条2項)、「その物  
4 が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し」(同条1項)たといえる。よって、当該滅  
5 失は債権者X1の負担に帰することとなり、代金債務は消滅しない。

6 なお、534条1項については、引渡し等を経ない間は債務者主義を適用する見解があるが、これは同  
7 項の文言に反するし、同項は所有権者に危険を負担させるものとして(176条参照)一定の合理性を有  
8 するから、同項は文言どおりに解釈適用すべきである。

9 エ 以上より、Yの請求は認められる。

##### 10 (2) 設問後段

11 下線部の約定が存しないこととなれば、弁済の場所について特約が存しないこととなり、Yの引渡債務は  
12 484条後段により持参債務となる。よって、現実の提供、すなわち債権者が受領さえすれば弁済となる程  
13 度の行為によってはじめて「物の給付をするのに必要な行為」を完了したこととなる。しかし、平成23年  
14 4月22日におけるYの上記仕入れ・保管・電話によってもX1への納品がなされなければX1が受領さえ  
15 すれば弁済となる程度とはいえない。よって、現実の提供は認められず、同月24日時点での「確定」を認  
16 めることはできない。したがって、534条2項・1項の適用はなく、またそもそも本件冷蔵庫1が滅失し  
17 たからといって目的物引渡債務は履行不能となることはないから、危険負担の問題とする前提を欠く。

18 以上より、代金債務は存続しているといえ、Yの請求は認められる。ただし、目的物引渡債務も現存し、  
19 両債務は同時履行の関係に立つ(533条)ため、Xから同時履行の抗弁が提出されれば、引換給付の限度  
20 でYの請求が認められることとなる。

#### 21 2 小問2)

##### 22 (1) 解除の有効性について

23 X2の請求は解除に基づく原状回復請求としての支払代金返還請求であるから、まずはX2の瑕疵担保責

## P.3

任に基づく解除（570条、566条1項）の有効性を検討する必要がある。

2

ア まず、「瑕疵」とは、当該目的物が通常備えるべき品質・性能及び契約の趣旨に照らし目的物に何らかの欠陥があることをいうところ、品番Bの冷凍・冷蔵庫は、優れた急速冷凍機能が付いていることにより高値で取引されるものであるのに、本件冷蔵庫2は同機能のための部品が不良であり、同機能を果たしていないのであるから、上記欠陥があるといえ、「瑕疵」があるといえる。

5

6

次に、「隠れた」とは、取引上要求される一般的な注意をもって発見できないことをいうところ、「不良部品の存在箇所は品番Bの構造上最も発見しにくい場所であり、X2はもちろんYでさえ発見することは容易でない」というのであるから、食肉卸売業者にすぎないX2に要求される一般的な注意をもって本件欠陥を発見することはできないといえ、「隠れた」といえる（また、当然X2は本件欠陥について善意であると認められる。）。

10

11

そして、「そのために契約をした目的を達することができない」とは、買主の主観において目的物の性質等から合理的に目的とされていたところに反することをいひ、少なくとも修繕不能であることが要求されると解される。前述した品番Bの特長からX2は急速冷凍機能に期待して本件売買契約2に至ったところ、本件欠陥によりこれを達しえず、代替品の不足により適時に修繕して使用することも不可能であるというのであるから、「そのために契約をした目的を達することができない」といえる。

15

16

イ さらに、X2及びYはいずれも商人といえる（商法4条1項、501条1号）から、同法526条2項により解除権が消滅したといえないかも問題となるが、本件では同条項による解除権消滅はないといえる。

17

18

なぜなら、本件欠陥は約4日の慣らし運転によってはじめて発見しえたのであるから、「直ちに発見することのできない瑕疵」といえ、2項後段の適用場面であり、そして、X2は本件欠陥の発見後「直ちにこのことをYに知らせ」たのであるから、「直ちに売主に対してその旨の通知を發し」たといえるからである。

20

21

22

ウ 以上より、X2の行った解除は有効であるといえる。

23

## (2) 目的物滅失による権利変動

## P.4

2

ア (1)のとおり、X2は、本件売買契約2を有効に解除している。とすれば、解除に基づく原状回復請求（545条1項本文）として、支払った代金250万円全額の返還をYに請求しうるのが原則である。しかし、解除の効力が発生した平成23年10月19日（97条1項）の翌日、本件冷蔵庫2は滅失しており、Yは滅失によって本件冷蔵庫2の返還が不能になっていることを理由に代金返還を拒んでいる。そして、上記滅失は放火によるものでX2の帰責性はないといえる。そこで、本件冷蔵庫2が不可抗力により滅失したことが、上記解除に基づく原状回復請求権としての代金返還請求権の消長に影響を及ぼすのかが問題となる。

5

6

7

8

イ まず、Y反論のように、本件冷蔵庫2が不可抗力により滅失したことにより、上記解除に基づく原状回復請求権としての代金返還請求権が消滅したといえるか。これを肯定することは、言い換えれば、X2の負う原状回復義務としての目的物返還義務が履行不能により消滅したことにより、Yの負う代金返還義務も消滅することを認めるもので、解除による相互の原状回復義務に、危険負担の原則的処理である債務者主義（536条1項）を（類推）適用するものである。

10

11

12

13

たしかに、売買契約上の債務の双方が既履行の場合、原状回復は売買の裏返しと捉えることもでき、これに危険負担法理を適用することはおよそ不合理であるとはいえない。しかし、本件のように目的物に瑕疵があり、客観的に見て代金と目的物の間に対価的不均衡がある場合、このような見解を採用するならば、売主は瑕疵があり価値の劣る目的物の給付によって、代金全額を保持することが可能になり、公平といえない。ウ では、本件のごとき、原状回復義務としての目的物返還義務が不可抗力により履行不能となった場合の清算処理をいかに考えるべきか。

15

16

17

18

19

そもそも、危険負担法理は、契約実現の場面において（少なくとも）主観的には当事者間で等価であるとされる債権債務関係について適用されるのであるから、債権債務の等価が崩れたことにより契約が解除された場合における清算の場面にこれを妥当させるのは適切でない。

20

21

22

そこで、公平な原状回復を志向する545条1項の趣旨より、目的物が不可抗力により滅失し、返還不能となった場合であっても、目的物返還義務が消滅するのではなく、当該目的物の客観的価値に応じた価額賠償債務に転化して残存すると解し、結局、売主は代金返還義務と価額賠償債務を対当額で相殺すること（505条）、差額の返還をなす義務を負うと解する。

## P.5

2

本件についてみると、まず、X2の負う本件冷蔵庫2の返還義務はその客観的価額たる150万円の価額賠償債務に転化する。他方で、Yの負う250万円の代金返還義務は存続する。そして、X2とYのいずれかが相殺することによって、結局X2の請求は差額たる100万円の限度で認められることとなる。

5

## 第2 設問2

## 1 小問1)

(1) 本件においてX3が平成23年11月26日に行った催告解除が有効であるというためには、まず第1に、債務者Yが同日において履行遅滞に陥っていないなければならない(541条)。履行遅滞とは、正当な理由なく履行期を経過していることをいうが、本件売買契約3においてYの負う本件冷蔵庫3の引渡債務の履行期は同月9日とされているにもかかわらず、同日経過時点で引渡しはなされなかったのであるから、履行期の経過自体は認めることができる。

では、当該経過は「正当な理由なく」されたもの、すなわち遅滞ということができるか。一般に、売買契約上の双方債務が同時履行の関係(533条)にある場合、一方債務者は反対債務の履行と引き換えでなければ当該債務の履行を拒絶できる筋合いであるから、解除者により同時履行の抗弁権が消滅させられている場合でなければ、経過があってもそれが「正当な理由なく」されたものとはいえない(同時履行の抗弁権の存在効果)。本件売買契約3においては、目的物引渡債務が先履行(同月9日)、代金支払債務が後履行(同月23日)とされ、両者の間において同時履行関係は存しないが、X3が解除手続に入った同月26日の時点においては両債務の履行期が到来しているため、同時履行の抗弁権の存在効果により履行遅滞が認められないのではないが問題となる。

(2) たしかに、先履行義務者が後履行債務の履行期が到来するまで自己の債務の履行を懈怠しておきながら、同時履行の抗弁権を主張するのは、不誠実であるといえる。しかし、533条ただし書は、単に「相手方の債務が弁済期でない」ことを同時履行の抗弁権発生消極的要件としているのであり、「契約上履行期が同一でない」ことを消極的要件としているのではない。とすれば、同時履行の抗弁権の存否が問題となっている時点基準として、相手方の債務の弁済期が到来しているか否かを考慮すれば足り、契約上ははじめから履行期が同一であるか否かは無関係であると解さざるをえない。

(3) よって、同月26日時点において、目的物引渡債務のみならずX3の負う代金支払債務の履行期も到来している以上、目的物引渡債務と代金支払債務は同時履行関係にあるといえ、同時履行の抗弁権の存在効果により、Yに履行遅滞は認められない。したがって、X3に解除権は発生しえず、解除は無効である。

## 2 小問2)

(1) 本問においては、X3は平成23年11月10日の時点で催告をしており、同時点においては、X3の代金支払債務の履行期は到来していないから、Yの引渡債務については正当な理由なき経過が認められ、よって履行遅滞が認められる。そして、上記催告においては1週間という「相当の期間」が定められ、同月26日まででその経過が認められる。また、履行遅滞解除についても履行遅滞が債務者の帰責事由によるものが要件となると解されるが(543条ただし書参照)、上記履行遅滞は、Yの事務処理の手違いによるものであり、Yの帰責事由によるものと認められる。よって、上記催告到達から1週間が経過した時点で、X3には有効に解除権が発生したものと見える。

(2) もっとも、X3が実際に当該解除権を行使したのは、同月26日であり、X3の代金支払債務の履行期たる同月23日到来以後である。とすれば、この場合においても同月26日の時点で引渡債務と代金債務との間には同時履行関係が認められる。そうすると、やはり本問の場合でも同時履行の抗弁権の存在効果がX3の解除権行使の有効性に影響を与えるのではないが、有効に発生した解除権を後履行債務の履行期到来後に行使した場合の解除の有効性が問題となる。

同時履行の抗弁権の存在効果により、債務者に履行遅滞が認められないことは、解除権発生消極的要件ではあっても、いったん有効に発生した解除権の行使の有効性の消極的要件ではない。また、実質的に見ても、たまたまその行使が遅れたからといって、解除権の発生により本来解除を覚悟しなければならぬ債務者に保護を与える必要は乏しい。

よって、後履行債務の履行期到来後であっても、いったん有効に発生した解除権は有効に行使しようと解する。

(3) 以上より、解除権発生のための手続が同月23日以後の同月26日となった事実[A]の場合と異なり、上記解除権の行使がX3の代金支払債務の履行期たる同月23日以後の同月26日となったことによっては、解除の効力は否定されず、X3の解除は有効である。

## 第3 設問3

## 1 小問1)

まず、YはX3に対して配達留付郵便で解除を行っており、この解除の意思表示(540条1項)は寄附地者に対する意思表示(97条1項)であるといえる。よって、同条項により、その効力は、X3に通知が到達した平成23年11月28日に発生する。そして、Yは催告期間を1週間と定めており、140条本文により、

11 初日（28日）は期間に算入されない。結局、催告期間は同月29日より起算され、解除の効果が発生するの  
12 は平成23年12月5日経過時である。

13 2 小問2)

14 (1) はじめに、Zが【事実】の主張をする前提となる事実整理は以下のとおりである。まず、本問訴訟は所有  
15 権に基づく返還請求訴訟であるから、訴訟物は所有権に基づく返還請求権としての引渡請求権であり、請求  
16 原因は①平成23年10月9日、Yは本件冷蔵庫3を所有していた（もと所有）、②現在、Zは本件冷蔵庫  
17 3を占有している（現占有）、である。

18 (2) これに対し、Zとしては、まずX3への売却による所有権喪失を抗弁として主張する。その要件事実は、  
19 平成23年10月9日、YはX3に対して本件冷蔵庫3を代金150万円で売却した、である。さらにこれ  
20 に対しYは、解除によって所有権喪失は否定される旨の主張を再抗弁として提出する。その要件事実は、①  
21 Yは、平成23年11月28日到達の郵便物（明付郵便）により、1週間が経過した場合には契約を解除する旨  
22 の意思表示をした、②前記催告期間は経過した、である。

23 では、これに対してZは【事実】を用いていかなる反論をすることができるか。

24 P.8 ア まず、前述した通り、Yの解除の効力発生時期は平成23年12月5日経過時であるから、X3がZに  
2 同日中に本件冷蔵庫3を売却している以上、Zは解除前の第三者ということになる。

3 イ では、解除者と解除前の第三者の優劣をいかに決すべきか。

4 この点については、解除者と解除後第三者が対抗関係に立つとされ、よって第三者は解除後に対抗要件  
5 を備えた場合も保護されることとの均衡、解除前の第三者は545条1項ただし書による保護を受けるが、  
6 この保護は当該解除によって適法的に無権利者となった者から譲り受けたという瑕疵を治癒するのみであ  
7 ると考えることから、解除者と解除前第三者とは対抗関係に立ち、対抗要件を先に具備した者が保護さ  
8 れる（178条）と解する。

9 本件についてみると、解除者Yと第三者Zは対抗関係に立ち、Zが「引渡し」を受けたならば、原則と  
10 してZが優先することになる。そこで、Zは、「第三者」（178条）該当性を基礎づける「X3は、平成  
11 23年12月5日、本件冷蔵庫3をZに120万円で売却した。」との事実に加え、本件冷蔵庫3の「引  
12 渡し」を意味する【事実】を主張することで、解除の再抗弁に反論することができる。そして、この主張  
13 は、解除の効果が生じていることを前提とした上で、新たな所有権喪失原因を主張するものであるから、  
14 予備的抗弁となる。

15 ウ 以上より、【事実】は、解除の再抗弁を前提とする、対抗要件具備による所有権喪失の（予備的）抗弁  
16 の抗弁事実ということになる。

17 (3) ところで、本件冷蔵庫3は動産であるから、Zとしては即時取得（192条）による所有権喪失の抗弁を  
18 提出することも考えられる。

19 192条は、①「取引行為によって」②「平穩に、かつ、公然と」③「動産の」④「占有を始めた」こと、  
20 ⑤「善意であり」かつ⑥「過失がない」ことを即時取得の要件として規定しているが、186条1項及び1  
21 88条により②、⑤、⑥は推定され、また、③は請求原因で明らかになっているから、結局即時取得の抗弁  
22 事実となるのは、①及び④である。【事実】は、上記④の要件事実であるということもできる。

23

以上

## 2012 スタンダード論文答練（第2クール）民事系2第1問

### ■ 合格スタンダード答案（新司合格者が検討した、実戦的・平均的な合格答案例）

Memo

#### P.1 第1 設問1

##### 2 1 小問(1)

##### 3 (1) 設問前段

4 ア Yが本件売買契約1に沿って自店舗に仕入れた本件冷蔵庫1は、  
5 平成23年4月24日に類焼により滅失している。そこで、この滅  
6 失によりX1の負う代金債務が消滅したと言えないか、危険負担  
7 (債務者主義)の適用の可否が問題となる。

8 イ まず、本件売買契約1は「新品」冷蔵庫を売買しようとするもの  
9 であるから、不特定物売買に当たる。とすれば、民法(以下略)5  
10 34条2項により、本件冷蔵庫1が滅失した時点で既に「第401  
11 条第2項の規定によりその物が確定した」といえるならば、534  
12 条1項の適用があることとなる。では、上記時点で本件売買契約1の  
13 目的物は本件冷蔵庫1に「確定」していたといえるか、すなわちYが  
14 同日までに「物の給付をするのに必要な行為」を完了したといえるか。

15 「物の給付をするのに必要な行為」とは、危険移転にふさわしい  
16 行為を要求すべく、持参債務の場合には現実の提供(493条本文  
17 参照)、取立債務の場合には準備・通知のみならず目的物の分離が必  
18 要であると解する。

19 本件についてみると、まず、本件売買契約1には「同月末日まで  
20 にX1がこれを引き取りにY店舗に行く」との約定があり、Yの負  
21 う引渡債務は取立債務である。そして、「同月22日に、メーカーの  
22 在庫品より…Y店舗に納入させて仕入れ」が分離、「X1への引渡し  
23 が可能な状態にしてY店舗に併設された倉庫に保管」が準備、「X1  
24 にその旨を電話で知らせた」が通知に当たり、「物の給付をするのに  
25 必要な行為」が完了したものと同日の時点で目的物は本件冷蔵  
26 庫1に「確定」したといえる。

27 ウ 以上述べたところから、534条2項・1項により当該滅失は債  
28 権者X1の負担に帰することとなり、代金債務は消滅しない。よっ  
29 て、Yの請求は認められる。

##### 3 (2) 設問後段

4 下線部の約定が存しないこととなれば、弁済の場所について特約が  
5 存しないこととなり、Yの引渡債務は484条後段により持参債務と  
6 なる。よって、現実の提供があれば「物の給付をするのに必要な行  
7 為」を完了したこととなる。

8 本件についてみると、Yは上記仕入れ・保管・電話をしたにすぎず、  
9 X1に本件冷蔵庫1を持参して訪れることをしていない。よって、現  
10 実の提供は認められず、同月24日時点での「確定」を認めることは  
11 できない。したがって、534条2項・1項の適用はなく、またそも  
12 そも本件冷蔵庫1が滅失したからといって目的物引渡債務は履行不能  
13 となることはないから、危険負担の問題とする前提を欠く。

14 以上より、代金債務は存続しているといえ、Yの請求は認められる。

##### 19 2 小問(2)

##### 20 (1) 解除の有効性について

21 X2の請求は解除に基づく原状回復請求としての支払代金返還請求  
22 であるから、まずはX2の瑕疵担保責任に基づく解除(570条、5  
23 66条1項)の有効性を検討する必要がある。

P.3 ア まず、「瑕疵」とは、当該目的物が通常備えるべき品質・性能及び  
 2 契約の趣旨に照らし目的物に何らかの欠陥があることをいうところ、  
 3 本件冷蔵庫2は急速冷凍機能のための部品が不良で、同機能を果た  
 4 していないのであるから、「瑕疵」があるといえる。次に、「隠れた」  
 5 とは、取引上要求される一般的な注意をもって発見できないこと  
 6 をいうところ、「不良部品の存在箇所は品番Bの構造上最も発見し  
 7 にくい場所であり、X2はもちろんYでさえ発見することは容易で  
 8 ない」というのであるから、一般的な注意をもって発見できないとい  
 9 え、「隠れた」といえる。

10 そして、前述した品番Bの特長からX2は急速冷凍機能に期待し  
 11 て本件売買契約2に至ったところ、本件欠陥によりこれを達しえず、  
 12 代替品の不足により適時に修繕して使用することも不可能であるとい  
 13 うのであるから、「そのために契約をした目的を達することができ  
 14 ない」といえる。

15 イ さらに、X2及びYはいずれも商人といえる（商法4条1項、5  
 16 01条1号）から、同法526条2項により解除権が消滅したとい  
 17 えないかも問題となるが、本件では同条項による解除権消滅はない  
 18 といえる。

19 なぜなら、本件欠陥は慣らし運転によってはじめて発見しえたの  
 20 であるから、「直ちに発見することのできない瑕疵」といえ、X2は  
 21 本件欠陥の発見後「直ちに売主に対してその旨の通知を發し」たか  
 22 らである。

23 ウ 以上より、X2の行った解除は有効であるといえる。

#### P.4 (2) 目的物滅失による権利変動

2 ア (1)のとおり、X2は、本件売買契約2を有効に解除している。と  
 3 すれば、解除に基づく原状回復請求（545条1項本文）として、  
 4 支払った代金250万円全額の返還をYに請求しうるのが原則であ  
 5 る。しかし、解除の効力が発生した平成23年10月19日（97  
 6 条1項）の翌日、本件冷蔵庫2は放火により滅失しており、Yは滅  
 7 失によって本件冷蔵庫2の返還が不能になっていることを理由に代  
 8 金返還を拒んでいる。

9 では、本件冷蔵庫2が不可抗力により滅失したことが、上記解除  
 10 に基づく原状回復請求権としての代金返還請求権にどのような影響  
 11 を及ぼすのか。

12 イ まず、Y反論は、X2の負う原状回復義務としての目的物返還債  
 13 務が履行不能により消滅したことにより、Yの負う代金返還債務も  
 14 消滅することを認めるもので、解除による相互の原状回復義務に、  
 15 危険負担の原則的法理である債務者主義（536条1項）を類推適  
 16 用するものである。

17 しかし、このように解すると、自ら瑕疵のある物を給付した者が  
 18 代金全額を保持できることとなり、不当である。そこで、解除にお  
 19 ける原状回復が売買の裏返しであるといえること、もともとの売買  
 20 が特定物売買であることから、534条1項を類推適用し、瑕疵あ  
 21 る物を給付した売主に滅失の負担を帰せしめるべきである。

22 よって、本件においては、534条1項類推適用により、Yの負  
 23 う代金返還債務は存続することとなり、X2の250万円の請求は  
 認められる。

#### P.5 第2 設問2

##### 1 小問(1)

4 (1) X3が平成23年11月26日に行った催告解除が有効であるとい  
 5 うためには、債務者Yが同日において履行遅滞に陥っていなければな

6 らない(541条)。履行遅滞とは、正当な理由なく履行期を徒過して  
7 いることをいい、Yの引渡債務の履行期は同月9日とされているにも  
8 かかわらず、同日経過時点で引渡しはなされなかったのであるから、  
9 履行期の徒過自体は認めることができる。

10 では、当該徒過は「正当な理由なく」されたといえるか。

11 売買契約上の双方債務が同時履行の関係(533条)にある場合、  
12 解除者により同時履行の抗弁権が消滅させられている場合でなければ、  
13 徒過があってもそれが「正当な理由なく」されたものとはいえない  
14 (同時履行の抗弁権の存在効果)。本件では、X3が解除手続に入った

15 同月26日の時点においては両債務の履行期が到来しているため、同  
16 時履行の抗弁権の存在効果により履行遅滞が認められないのではない  
17 か。

18 (2) 533条ただし書は、単に「相手方の債務が弁済期にない」ことを  
19 同時履行の抗弁権発生消極的要件としているのであり、「契約上履行  
20 期が同一でない」ことを消極的要件としているのではない。とすれば、  
21 同時履行の抗弁権の存否が問題となっている時点を基準として、相手  
22 方の債務の弁済期が到来しているか否かだけを考慮すべきである。

23 (3) よって、同月26日時点において、X3の負う代金債務の履行期も  
P.6 到来している以上、引渡債務と代金債務は同時履行関係にあるといえ、  
2 Yに履行遅滞は認められない。したがって、解除は無効である。

3 2 小問2)

4 (1) 本問においては、X3は平成23年11月10日の時点で催告をし  
5 ており、同時点においてX3の代金支払債務の履行期は到来してい  
6 ないから、Yには履行遅滞が認められる。そして、上記催告においては  
7 1週間という「相当の期間」が定められ、同月26日までにその経過  
8 が認められる。よって、X3には有効に解除権が発生したものと見える。

9 (2) もっとも、X3が実際に解除権を行使したのは、同月26日で、X  
10 3の代金支払債務の履行期たる同月23日到来以後である。とすれば、  
11 この場合においても同月26日の時点で引渡債務と代金債務との間に  
12 は同時履行関係が認められる。

13 しかし、同時履行の抗弁権の存在効果により債務者に履行遅滞が認  
14 められないことは、解除権「発生」の消極的要件ではあっても、いつ  
15 たん有効に発生した解除権の「行使」の消極的要件ではない。よって、  
16 後履行債務の履行期到来後であっても、いつたん有効に発生した解除  
17 権は有効に行使しうる。

18 (3) 以上より、X3の解除は有効である。

19 第3 設問3

20 1 小問1)

21 まず、YのX3に対する配達証明付郵便での解除の意思表示は、隔地  
22 者に対する意思表示(97条1項)である。よって、同条項により、そ  
23 の効力は、X3に通知が到達した平成23年11月28日に発生する。

P.7 そして、Yは催告期間を1週間と定めており、140条本文により、  
2 初日(28日)は期間に算入されない。結局、催告期間は同月29日より  
3 起算され、解除の効果が発生するのは平成23年12月5日経過時である。

4 2 小問2)

5 (1) はじめに、Zが【事実】の主張をする前提となる事実整理は以下の  
6 とおりである。まず、訴訟物は所有権に基づく返還請求権としての引  
7 渡請求権であり、請求原因は①平成23年10月9日、Yは本件冷蔵  
8 庫3を所有していた、②現在、Zは本件冷蔵庫3を占有している、で  
9 ある。

10 (2) これに対し、Zとしては、X3への売却による所有権喪失を主張す



11 る(抗弁)。その要件事実は、平成23年10月9日、YはX3に対し  
12 て本件冷蔵庫3を代金150万円で売却した、である。さらにこれに  
13 対しYは、解除によって所有権喪失は否定される旨主張する(再抗弁)。  
14 その要件事実は、①Yは、平成23年11月28日到達の配達証明付  
15 郵便により、1週間が経過した場合には契約を解除する旨の意思表示  
16 をした、②前記催告期間は経過した、である。

17 では、これに対してZは【事実】を用いていかなる反論をすること  
18 ができるか。

19 まず、前述した通り、Yの解除の効力発生時期は平成23年12月  
20 5日経過時であるから、同日中に本件冷蔵庫3の売却を受けたZは解  
21 除前の第三者ということになる。そして、解除者と解除後第三者が対  
22 抗関係に立つとされ、よって第三者は解除後に対抗要件を備えた場合  
23 には保護されることとの均衡、解除前の第三者は545条1項ただし  
P.8 書による保護を受けるが、この保護は当該解除によって遡及的に無権  
2 利者となった者から譲り受けたという瑕疵を治癒するのみであると考  
3 え得ることから、解除者と解除前第三者とは対抗関係に立ち、対抗要  
4 件を先に具備した者が保護される(178条)と解する。

5 本件についてみると、解除者Yと第三者Zは対抗関係に立ち、Zが  
6 「引渡し」を受けたならば、原則としてZが優先することになる。そ  
7 こで、Zは、「第三者」(178条)該当性を基礎づける「X3は、平  
8 成23年12月5日、本件冷蔵庫3をZに120万円で売却した。」と  
9 の事実に加え、本件冷蔵庫3の「引渡し」を意味する【事実】を主張  
10 することで、解除の再抗弁に反論することができる。そして、この主  
11 張は、解除の効果が生じていることを前提とした上で、新たな所有権  
12 喪失原因を主張するものであるから、予備的抗弁となる。

13 以上より、【事実】は、解除の再抗弁を前提とする、対抗要件具備に  
14 による所有権喪失の(予備的)抗弁の抗弁事実ということになる。

15 (3) ところで、本件冷蔵庫3は動産であるから、Zとしては即時取得  
16 (192条)による所有権喪失の抗弁を提出することも考えられる。

17 192条は、①「取引行為によって」②「平穩に、かつ、公然と」  
18 ③「動産の」④「占有を始めた」こと、⑤「善意であり」かつ⑥「過  
19 失がない」ことを即時取得の要件として規定しているが、186条1  
20 項及び188条により②、⑤、⑥は推定され、また、③は請求原因で  
21 明らかになっているから、結局即時取得の抗弁事実となるのは、①及  
22 び④である。【事実】は、上記④の要件事実であるということもできる。

23 以上

## 2012 スタンダード論文答練（第2クール）民事系2第1問

◆ ゼミ生答案（講師との事前検討ゼミに先立ち、受験生が試験時間内に実際に書いた答案）

Memo

### P.1 第1 設問1

#### 2 1 小問(1)

##### 3 (1) 単純な売買契約であった場合

4 ア 本問において、本件売買契約1は不特定物（民法（以下、  
5 法令名を略す）401条）を目的とした売買契約である。す  
6 なわち、X1とYは品番Aといった種類に着目して売買契約  
7 を締結しているので不特定物である。不特定物であっても  
8 「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了」すれば特  
9 定物となる（401条2項）、取立債務の場合、目的  
10 物を分離・準備・通知すれば特定されると解される。本件で、  
11 Yは不特定物たる品番Aの業務用冷蔵庫1台をY店舗に納入  
12 し、これを店舗でなく倉庫に保管していることから分離して  
13 いる。また、X1への引渡しが可能状態にしているため準備  
14 も済んでいる。そして、YはX1へ電話で知らせているの  
15 で通知の要件も満たす。したがって平成23年4月22日の  
16 時点で「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了」し  
17 たといえ、特定されたといえる（401条2項）。

18 イ その特定が生じた日の後同月24日にY店舗に隣接する焼  
19 き鳥店からの出火により本件冷蔵庫1は「滅失」している。  
20 本件売買契約は不特定物売買であるが、平成23年4月2  
21 2日の時点で特定されているので534条2項が適用される。  
22 そして、当該出火はYの「責めに帰すべき事由によって」発  
23 生している。

P.2 したがって、「滅失」した負担は買主Xが負うので、Yの  
2 代金支払請求権は消滅せず請求できる（534条1項）。

##### 3 (2) 特定があった場合

4 ア 本件売買契約に約定があった場合、すなわち、代金支払や  
5 引渡しの特約がある場合にも本件の事情の下で534条1項  
6 が適用されるか。534条1項の適用範囲が問題となる。

7 双務契約の牽連性から一方が消滅したときには他方も消滅  
8 すべきとして536条を規定しているのだから、同条を原則  
9 とすべきであって、534条は例外にあたる。とすれば債権  
10 者主義の範囲を狭く解し、引渡し特約等がある場合には53  
11 4条は適用されないとする見解もある。

12 しかし、特約がある場合には534条が適用されず、特約  
13 がない場合には適用があるとする合理的理由がなく、当事者、  
14 特に買主の地位を不安定にさせるものであるから妥当でない。  
15 したがって特約がある場合にも534条を適用すべきである。

16 イ 本件で引渡しと代金支払時期に特約があるが、売買契約は  
17 成立と同時に債権債務関係が発生する。このような特約は当  
18 該債権の履行を拒む抗弁になるにすぎない。

19 とすれば、焼き鳥店からの出火で滅失していることから、  
20 「債務者の責めに帰することができない事由によって滅失」  
21 している（534条1項）。

22 よって、引渡債務は消滅し、代金債務は存続するので、Y  
23 の請求は認められる。

P.3

なお、本件売買契約1の特約の性質は前述のとおりであつて、本件契約は停止条件付売買契約（535条1項）にあたらないので、535条は考慮しない。

2  
3  
4 2 小問(2)

5 (1) X2の請求

6 ア X2はYに対して瑕疵担保責任（570条）に基づく本件  
7 売買契約2の解除として支払代金250万円の返還請求権を  
8 訴訟物にすると考えられる。以下、これが認められるか検討  
9 する。

10 イ 「隠れた瑕疵」

11 (ア) 「隠れた」とは通常一般人では発見することが容易で  
12 ない瑕疵を意味する。本件では、本件冷蔵庫2の不良部品  
13 の存在箇所は品番Bの構造上最も発見しにくい場所にあり、  
14 冷蔵庫の卸小売業といった冷蔵庫に詳しい業種を営むYに  
15 さえ発見することが容易でなかったのだから一般人でも発  
16 見することが容易でない瑕疵といえる。よって、「隠れた」  
17 の要件を満たす。

18 (イ) 隠れた「瑕疵」とは当該目的の性質上通常備えているべ  
19 き性能を備えていないことを意味する。本件では、急速冷  
20 凍が十分に機能していないだけで冷凍機能は果たしている  
21 ので冷蔵庫としての備えるべき性能を有しているといえ、  
22 「瑕疵」にあたらないとも思える。

P.4

21 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

しかし、瑕疵にあたるか否かは、570条が「売買」の節にあることにかんがみ、売買契約の性質・経緯、当事者の予測可能性等を考慮して決する。本件では、確かに、X2とY間で急速冷凍を有する冷蔵庫といった明示の条件はなされていない。しかし、品番Bは急速冷凍機能に優れ、中古品でも食肉等の鮮度を極めて良好な状態に保ったまま保存できることで業界の評判が高いことから、品番Bの性能は一般取引において知れ渡っていた。このようなもつでX2とY間で、X2が中古の品番Bを選択したことは、このような性能を有することをX2は予測していたといえるし、Yもこの予測を了解していたといえる。したがって、黙示的に当該性能も目的物の条件となっていたと解される。

したがって、当事者が予測していた急速冷凍機能を本件冷蔵庫2は有していないので「隠れた瑕疵」にあたる。

ウ 善意・無過失

X2は発見できなかったことにつき過失を基礎づける事情はなく、むしろ、X2は不良部品の箇所を発見することが容易でなかったから善意・無過失といえる。

エ 「契約をした目的を達することができない」（570条・566条1項）

不良部品の代替品は当分入手が見込めない状況にあり、修理のめどが立たないので、X2が営業を継続するといった目的を本件冷蔵庫2では達成できない。よって、当該要件を満たす。

P.5 オ 商法526条

X2とYはともに商人である（商法4条・501条1号）から「商人間」の売買契約にあたる。すると、X2は遅滞なく目的物を検査しなければならないところ（商法526条1項）、X2は納品を受けた1週間前後に検査をしていること

6 から「直ちに検査」している。またX2は瑕疵発見後直ちに  
7 Y2に知らせているので「直ちに売主に対して」「通知」を  
8 発したといえ（同条2項）、商法上の点からも問題ない。

9 (2) 請求の当否

10 ア X2の解除は認められるとしても、Yは本件冷蔵庫2が滅  
11 失しているの、代金返還義務も消滅するとYは反論してい  
12 るが、Yの反論は認められるか。

13 イ 解除によって発生した原状回復義務（545条）は、売買  
14 契約の当事者が負い同時履行の関係に立つことから（54  
15 6条・533条）、対価性が認められる。売買契約の解除に  
16 よって生じるものであり、表と裏の関係にあるから、解除後  
17 も牽連性を認めるのが相当である。

18 そして、当事者の公平の見地から、536条の債務者主義  
19 を類推適用すべきであると考ええる。

20 ウ 本件では、本件冷蔵庫2の価格は150万円であって、売  
21 主YはXに対して150万円の損害賠償請求権とX2はYに  
22 対して250万円の支払請求権を有し、これらが対当額で消  
23 滅すると考えるのが妥当である。

P.6 よって、536条1項を類推適用し、150万円の限度で  
2 消滅するとどまる。

3 エ 以上より、X2の認容額は100万円となる。

4 第2 設問2

5 1 小問(1)

6 (1) X3に解除権が発生するか。Yの先履行があることをX3が  
7 主張できるか問題となる。

8 (2) X3は経営状態が著しくなくなり、食肉卸売業から撤退する  
9 といった個人的な理由で解除を主張している。このようなX3  
10 はもともと冷凍庫の代金をYに支払うことは考えられない。

11 とすればYの先履行があるので、違法性は阻却されないとい  
12 った履行遅滞の主張をすることは信義則に照らし許されない。

13 (3) 以上より、この主張ができない結果、違法性は阻却されるの  
14 でYは履行遅滞に陥っておらず、X3は解除できない。

15 2 小問(2)

16 (1) X3は多数の損害賠償金の支払に迫られることになり、冷蔵  
17 庫3の代金の支払などできる金額はなかった。そのような事情  
18 のもとで、Yから何の挨拶もないことにつけてこんで解除をして  
19 いる。X3はYの誤解を解く義務があったのに、これをしなかつ  
20 った。

21 (2) したがって、X3は信義則Yの先履行があることを主張でき  
22 ず、小問(1)と同様解除できない。

23 第3 設問3

P.7 1 小問(1)

2 (1) YはX3に本件通知をしているところ、いつの時点で解除の  
3 効力が発生するか。

4 この本件通知は停止期限付解除の通知と解するのが当事者の  
5 合理的意思表示に合致するところ、本件通知の到達してから1  
6 週間を経過すると解除の意思表示を再度しなくても、解除の効  
7 力が発生する。

8 (2) 以上より、11月28日から1週間程度後に解除の効力が発  
9 生する。

10 2 小問(2)

- 11 (1) 解除の効力が発生するのは平成23年12月3日と考えられ  
12 るところ、X3からZの売却は解除後の売買である。このよう  
13 な解除後の第三者たるX3も545条但書の「第三者」にあた  
14 るので、解除は認められないと反論することが考えられる。
- 15** (2) 解除の第三者の抗弁は、内容に売買契約の成立と解除を含む  
16 とところ、前者は所有権喪失の抗弁として位置づけられる。売買  
17 契約の抗弁と解除の第三者の抗弁は過剰主張の関係にあるが、  
18 後者は解除の抗弁が提起されたときに効力を発する予備的抗弁  
19 にあたる。
- 20** (3) 即時取得(192条)も考えられ、これは抗弁にあたる。こ  
21 れと解除の抗弁は包含関係にないので両立する。  
22
- 以 上
-