

第1 設問2

1 (1)について

(1) Eの主張の根拠は、契約①の催告による解除（民法（以下、法令名省略）541条）である。Eのかかる主張は認められるか。

ア 「当事者の一方」であるFが、「その債務を履行しない」といえるか。Fに、契約①に基づく本件コイの受領債務が生じるかが問題となる。

(ア) 売買契約により生じる法的責任は、目的物の引渡債務と代金支払債務であり、解除はこの双務契約からの解放を定めたものである。また、413条2項は、受領遅滞により費用の増加が生じた場合、その増加額を債権者の負担とすることで処理することを定めており、受領債務を前提としていない。

そのため、原則として債権者の受領義務は生じないと解する。もっとも、債務者に負担を課するのが妥当でない特段の事情がある場合には、公平の観点から、債権者に信義則(1条2項)上の受領義務が発生すると解する。

(イ) 契約①は、継続的契約ではないものの、その目的物は乙池で育成中の100匹の錦鯉全部であり、同錦鯉は1匹当たり1万円もする高価なものであることから、Fが本件コイを買い受けなければEは本件コイを他に売却することが難しいといえる。そして、このことは、令和4年11月30日まで、Eが本件コイを他に売却する等の処分をした事実はないことから伺える。

したがって、Eに、Fが本件コイを受領しない負担を課するのが妥当でない特段の事情があるといえ、Fに信義則上の受領義務が発生する。

ウ 「相手方」であるEは、同年10月30日までという「相当の期間を定めてその履行の催告をし、」その期間内にFによる履行はなかった。

エ Eは、上記催告を行う際に、履行をしなければ、同月31日付けで契約①を解除する旨の条件付きの解除の意思表示を行なっている。

(2) よって、催告解除の要件を満たし、Eの上記主張は認められる。

2 (2)について

(1) Eは、Fに対し、債務不履行による損害賠償請求（415条1項）としてi 本件コイの代金相当額及びii 釣堀の営業利益10万円を請求することができるか。

(2) 上記第21(1)アの通り、Fは本件コイの受領債務を負っているところ、「債務者」であるFが本件コイを受領しておらず、「その債務の本旨に従った履行をしないとき」にあたる。

(3) i について、1等級の本件コイの相場は、契約締結時である令和4年8月初めには1匹当たり1万円であったものの、同年11月末には6000円にまで下落している。そのため、iが損害の範囲に含まれるかが問題となる。

ア 416条の趣旨は、当事者間の損害の公平な分担を図ることにある。そこで、損害賠償の範囲は、同条1項の「通常生ずべき損害」と、同条2項の契約締結時に「当事者」である債務者が「その事情を予見すべきであった」「特別の事情によって生じた損害」が含まれ

ると解する。

- イ 上記の通り、相場が下落していることから、F が相場下落を特別の事情として予見すべきであったのかの検討を要する。基準時は契約①締結時であり、当時の相場は 1 匹当たり 1 万円であった。F は、これから錦鯉の輸出事業を計画していた者であることから、相場下落を予見すべきだったとも思えるが、令和 4 年 9 月以降に錦鯉の相場が下落したことにより錦鯉の輸出事業計画を中止し、本件コイを受け取りに行かなかったのであるから、仮に F が錦鯉の相場が下落することを知っていたら、そもそも契約①を締結しなかったと考えられる。そのため、その F の属性をもってしても、同下落は予見することができなかったものと考えられる。したがって、錦鯉の相場下落は、「予見すべきであった」ものとはいえず、損害の範囲に含まれない。

また、F が、本件コイを受領しなかったことに「よって」本件コイの代金相当額 100 万円の損害が生じたといえる。

- (4) ii について、損害の範囲に含まれるか。

ア 上記(3)アの基準に従い判断する。

- イ 契約①締結時において、E は、F に対して、空になるはずの乙池に 5 等級の錦鯉を放って釣堀を営業する計画であることを伝えていなかったのであるから、F は予見することができず、「予見すべきであった」ものとはいえない。

したがって、ii は損害の範囲に含まれない。

- (5) よって、E は、i の本件コイの代金相当額 100 万円についてのみ、損害賠償請求することができる。

第 2 設問 3

- 1 H は、 α 債権を担保するための抵当権 (369 条) に基づく物上代位権の行使として差押え (372 条、304 条) を申し立てている。契約④は転貸借契約であるところ、抵当権の効力が及ぶか。

- (1) 転貸人が弁済の負担を負うのは妥当でないことから、賃貸人と転貸人を同視できる特段の事情がない限り、転貸賃料債権には抵当権の効力が及ばないと解する。
- (2) 契約③、契約④を締結するにあたり、L が G 及び K に働きかけた結果、契約③につき月額 3 万円という契約②と契約④と比べて著しく低い賃料が設定されている。このことから、丙建物の賃料に対する差押えを免れるために、G が L に対して非常な低額な賃料で賃貸する契約③を締結したと考えられ、契約④は実質的には G による転貸であるといえる。したがって、賃貸人と転貸人を同視できる特段の事情があるといえ、転貸賃料債権に抵当権の効力が及ぶ。

- 2 では、令和 5 年 5 月以降の賃料債権と同年 6 月分以降の賃料債権とで結論が異なるか。

- (1) 抵当権は、目的物の交換価値を把握する権利であり、抵当権設定者が原則として自由地使用・収益することができることから、弁済期が到来した以降の賃料債権に対してしか、物上代位権の行使としての差押えをすることができないと解する。

- (2) 令和5年6月20日時点では、同年6月以降の賃料債権の弁済期は到来していないことから、差押えすることができず、同年5月分の賃料債権についてのみ、Hは、抵当権に基づく物上代位権の行使としての差押えをすることができる。

第3 設問1

- 1 請求1、請求2は、Aの子であり相続人（900条1号）であるB、Cが共有持分権を有することを理由とするものであると考えられる。

2 (1)について

アの反論は、Dに配偶者短期居住権（1037条）が認められるため、Aの死亡後も無償で甲建物に住み続ける権利があることを根拠とするものであると考えられるところ、Dは内縁の妻であり、「配偶者」ではないことから、請求1、2は認められない。

3 (2)について

イの反論は、配偶者の相続権（890条、900条1号）を根拠とするものであると考えられるところ、Dは内縁の配偶者であり、相続権は認められないことから、請求1、2は認められない。

以上

設問 1

第 1 (1) について

1、請求 1 について

(1) アの主張は、配偶者短期居住権（民法（以下略）1037条1項）の主張であると考えられる。

これが認められるには、「配偶者」が「被相続人の財産に属した建物に相続開始の時に無償で居住していた」という要件を充たす必要がある。

(2) 本件で、D は、被相続人たる A と再婚していたので、同人の「配偶者」である。

そして、甲建物は被相続人の所有に属していたものであり、その建物に D は、A が死亡し、相続が開始した時の令和 5 年 4 月 1 日において無償で居住していた。

したがって、上記の要件を充たす。

(3) 上記の効果として、同項各号に定める日まで、その居住していた建物を無償で使用する事ができる。（同条 1 項柱書）

本件では、D は、遺産分割により甲の建物の帰属が確定した日または、相続開始のときから 6 ヶ月を経過した日である令和 5 年 10 月 1 日のいずれか遅い日まで甲を無償で使用できる。

(4) したがって、令和 5 年 8 月 31 日時点は、遺産分割は未了であり、同年 10 月 1 日も経過していないので、D は請求 1 を拒むことができる。

2、請求 2 について

請求 2 は、**不法行為に基づく損害賠償請求（709条）**であるが、上記の通り、D は短期配偶者居住権を有するので、D は、請求 2 を拒む異ができる。

第 2 (2) について

1、請求 1 について

(1) 請求 1 は、B の D に対する、共有持分件に基づく甲建物明け渡し請求である。

(2) これについて、D は、被相続人 A の配偶者であるから、甲建物を相続し、2 分の 1 の持分を有する。（882条、890条、900条1号）

判例によれば、持分権者が、他の持分権者に対して、共有持分権の対象である建物を明け渡しを求めることはできない。なぜなら、持分権者は、その持分に応じてその建物の全てを使用することができるからである。

(3) 以上より、D は B の請求 1 を拒むことができる。

2 請求 2 について

(1) B は、甲建物について持分 4 分の 1 を有している（882条、887条1項、900条1号）。請求 2 は、この持分相当分の賃料損害金 5 万円を請求している（月額賃料 20 万円×4 分の 1）と考えられる。

(2) 以上より、D は、請求 2 については拒むことができない。

コメントの追加 [Y.K1]: 共有持分関係の条文を示すことができなかったこと、訴訟物をおそらく間違えている点がよくなかった。

コメントの追加 [Y.K2]: ここは違うと思う。

設問2

第1 (1)について

1、主張の根拠

Eの主張の根拠は次の通りである。すなわち、Fは本件コイの受領を怠ったため、Eは、541条に基づいて契約①を解除できると主張する。

2(1) 契約①における本件コイの引き渡し債務は制限種類債権に関するものである。令和4年10月1日に、Eは、本件コイを出荷用容器に入れて事務所に運び込んでいるので、「物の給付するのに必要な行為を完了」したといえ(401条2項)、この時点で目的物が特定している。

(2) そして、契約①についておいて、EF間で、Eの事務所において本件コイの引き渡しをすることを約定していたので、上記により、Eは弁済の提供をしたといえる(484条1項参照、493条)。

(3) しかし、同日、Fは本件コイを受領しなかったので、受領遅滞が生じている(413条1項。)

もっとも、受領は権利であって、義務ではないからこれをもって直ちに債務不履行があるということとはできない。

(4) しかし、Fは、一応、本件契約①の目的物はコイという生き物であり、その保管にはエサなどの費用がかかり、保管場所として池が必要であることからすれば、同人には信義則上(1条2項)受領義務があったと解する。

したがって、Eは、令和4年10月1日時点において債務不履行に陥っていたと考える。

(5) そして、Eは、Fに対して、令和4年10月16日に、本件コイを同年10月30日までに受け取りに来てもらいたい旨の「催告」(541条)を行っている。

しかし、Fは、同日が経過しても受け取りに来なかったため、「相当の期間」内に「履行がない」といえる。(同条)

(6) 上記の催告の際、Eは、Fに対して、10月30日までに、取りに来なければ同月31日付で契約①を解除する旨を伝えているところ、これは停止条件付解除である。判例によれば、このような解除も認められる。

したがって、同日に契約①は解除されたと言える。

3、以上より、EのAの主張は認められる。

第2 (2)について

1(1) 本件では、Eにイの損害が生じているところ、この損害と上述の債務不履行との間に因果関係があるかが問題となる。

(2) まず、本件コイの代金相当額100万円及び釣堀の営業利益10万円については、通常損害とは言えない(416条1項)。それでは、特別損害にあたるか(同条2項)

本件では、Fは、一応錦鯉の輸出事業を計画していた者であること、Eは、Fに対し、1

2

0月16日に催告した際、乙池は釣堀営業のために使用する予定で、そのため10月末日までに一旦空にしなければならない旨の説明をうけていることからすれば、上記の損害について、「予見すべきであった」といえる。

2、 以上より、Eは、Fに対し、本件コイの代金相当額100万円及び釣堀の営業利益10万円について全額損害賠償請求できる。

本件コイの代金相当額について、1匹あたりの価格が下落していたとの事情があるが、そのことをFが予見することはできなかったため、1匹1万円とし、これに100匹を乗じて100万円の損害とした。

設問3

1、 Hの抵当権に基づく本件賃料債権についての物上代位権の行使が認められるか。
2 (1) 上記が認められるには、「払い渡し又は引き渡し前に差押え」をしなければならない。(372条、304条1項但書)

(2) そして、304条1項本文は、「債務者が受けるべき金銭その他の物に対して」物上代位できると規定する。

本件では、本件転賃賃料債権が差し押さえられている。しかし、本件転賃賃料の債権者はLであり、被担保債権の債務者Gではない。したがって、上記物上代位は認められないとも思える。

(3) しかし、β債権が未払いとなっているが、その見返りとして、GK間の契約②が解除され、また、契約③、④が締結されていること、さらには、契約③で定められた賃料は実際には支払わないこととされていた。このことから、上記転賃賃料の実質的な帰属者は、Gであると解する。

したがって、Gは「債務者」である。

3、 以上より、本件物上代位は認められる。

4、 (ここで時間切れ)

コメントの追加 [Y.K3]: 明らかなミス。問題文に「Fは、令和4年9月2以降に錦コイの相場が下落したため錦コイの輸出事業計画を中止し」と書いてある。

コメントの追加 [Y.K4]: 設問3への着手は、おそらく1時間40分経過頃からなのであまり考える時間がなかった。また、転賃賃料に対する物上代位という問題を処理したことがあまりなくすぐに解答が思い浮かばなかった。

ただ、感覚的にはあと10分あれば、もう少し考えることができ、設問3について6割ほどの得点率の答えはかけたと思う。

以上

第1 設問1

(1)

配偶者居住権は認められないけど、配偶者短期居住権は認められる。

そのため、配偶者短期居住権に基づき、請求1と2の両方を拒める。

(2)

Dは持分を有し、その限度で使える権利あるのだから、請求1は拒める。

ただ、Dは自己の持ち分を越え、改築という全員の同意が必要な変更をして、全部自分の藻として使っているため、請求2は拒めない。

第2

(1)

受領遅滞は債務不履行であると考えため、解除できる。

(2)

コイの代金相当額100万円は415条2項3号の履行に代わる損害として通常損害の損害の範囲に含まれる。

釣り堀の営業利益10万円は416条2項の特別損害とも考えられるが、Fは予見できないため特別損害として認められない。

第3

転貸賃料については原則として物上代位認められない。しかし、本件では、LとKが実質的に同一視できるため、物上代位ができる。5月分でも6月分でも払い渡し前に差押えているため結論は異ならない。

民法

第1 設問1 (1)

1 まず、Dは、アの反論として、配偶者居住権（民法（以下略）1028条）を主張することが考えられる。

(1) Dは、「被相続人」Aの「配偶者」であり、甲建物は「被相続人の財産に属した建物」に当たる。そして、Dは「相続開始の時に」甲に居住していた（同条1項柱書）。

(2) もっとも、BCD間では遺産分割が行われておらず、Dが遺産分割によって配偶者居住権を取得したとはいえない（同項1号）。また、配偶者居住権が遺贈の目的とされたとの事情もない（同項2号）。

(3) そこで、Dは配偶者居住権を取得したとはいえ、上記反論は認められない。

2 次に、Dは、アの反論として、配偶者短期居住権（1037条）を主張することが考えられる。

(1) 「配偶者」であるDは、「被相続人」Aの「財産に属した建物」である甲に「相続開始の時に無償で居住」していた（同条1項柱書本文）。また、Dは配偶者居住権を取得しておらず、相続権を失ってもいない（同項柱書ただし書）。

(2) そして、甲については「配偶者を含む共同相続人間で遺産の分割をすべき場合」にあたるので、同項1号の期間において配偶者短期居住権を取得する。

したがって、上記反論が認められ、請求1及び請求2を拒むことができる。

第2 設問1 (2)

1 まず、請求1は甲の共有持分権に基づくものである。これに対して、Dは、共有持分権者による他の共有者に対する明渡し請求は認められないと反論することが考えられる。少数持分権者による他の共有者に対する明渡し請求は認められるか。

(1) 少数持分権者といえど、共有物の全部を使用する権原を有している（249条1項）。

そのため、他の共有者も当然にその明渡しを請求できるわけではない。

そこで、明渡しを求める正当な理由を主張立証した場合に限り、共有物の明渡しを請求することができると解する。

(2) 本問では、BCD間においてDに明渡しを求める旨の協議が成立しているといった事情もなく、BCがDに対して甲の明渡しを求める正当な理由は何ら存在しない。

そこで、BのDに対する甲の明渡し請求は認められない。

(3) したがって、上記反論が認められ、請求1を拒むことができる。

2 次に、請求2については、少数持分権者であっても自己の持ち分を超える部分の使用対価を他の共有者に支払わなければならない（同条2項）。そこで、DもBCに対して自己の持ち分を超える部分の使用対価を支払わなければならない。

したがって、Dは請求2を拒むことはできない。

第3 設問2 (1)

1 Eは、アにおいて、Fの受領義務違反による契約①の解除を主張していると考えられる。では、受領義務違反は認められるか。

(1) 413条は、条文上受領義務を認めていない。そこで、原則として、受領義務は認められない。もっとも、契約の目的物が腐敗しやすいなど、受領義務を認めなければ当事者に不利益が及ぶといえる場合には、信義則(1条2項)上、受領義務が認められると解する。

(2) 本問では、契約①の目的物は、本件コイであり、その性質上腐敗しやすいというものではなく、Fが本件コイを受領しなければEの保管費用が過度に増加するといったものでもない。また、Eは本件コイを引き渡したのち、乙池を他に利用し釣堀を営業する予定であったが、そのことを契約締結段階ではFに伝えていなかった。そうだとすれば、Fが本件コイを受領しなかったとしても、信義則に反するとはいえない。

そこで、Fに受領義務を認めなくとも、Eに不利益が及ぶとはいえず、信義則上Fに受領義務は認められない。

2 したがって、Fに債務不履行がなく、Eは契約①を解除(541条)することができない。よって、Eの上記主張は正当でない。

第4 設問2 (2)

1 Eは、Fに対し、いくらの損害賠償を請求できるか。

(1) 「損害」(415条1項)とは、債務が履行されれば債権者が有したであろう価額と債務不履行によって債権者が現に有している価額との差額をいう。そして、416条は1項が相当因果関係の原則を規定し、2項が特別の事情の範囲を示したものである。

ここで、履行不能時に損害賠償請求権が発生するため、原則として履行不能時の価額を基準とすべきである。もっとも、目的物の価額が騰貴等することを契約締結時に予見していた又は予見することができたといえる場合には、その価額を請求しうる。

ただし、債権者が目的物を売り抜けることが確実であるといえ、そのことを予見できたといえる場合には、騰貴等した価額を請求できないと解する。

(2) 本問では、契約①が締結された令和4年8月1日の段階では、1等級の錦鯉の相場は1匹当たり1万円であった。もっとも、契約①が解除され、本件コイの引渡請求権が履行不能となった同年10月31日の時点では、1等級の錦鯉の相場は1匹当たり7000円であった。そして、Eは個人で養鯉業を営んでおり、鯉について専門的な知識を有していたと考えられるから、契約①の締結時に本件コイの相場が下落することを予見しえたといえる。また、Fが本件コイを受け取れば確実に売り抜けていたともいえない。

そこで、損害は70万円になるとも思える。

もっとも、同項は「特別の事情によって生じた損害」と規定しており、目的物の価格が騰貴した場合を想定しているといえる。そこで、本問のように目的物の価額が下落した場合には、同項は適用されず、100万円が損害となる。

また、営業損害については、同年10月16日に乙池を10月末までに空にしなければならぬことを告げているため、Fは自分が受領しなければEが営業損害を被ることを予見できたといえる。したがって、10万円の営業損害も損害の範囲に含まれる。

2 よって、Eは、Fに対し、110万円の損害について賠償を請求することができる。

第5 設問3

1 Hによる契約④に基づいてLがKに対して有する令和5年5月分以降の賃料債権に対する物上代位権（372条）の行使は認められるか。同債権は転賃賃料債権であるため、転賃賃料債権に対する物上代位権の行使の可否が問題となる。

（1）抵当権の物上代位の際には、304条1項の「債務者」を抵当権設定者と読み替えることになるが、これに転賃人を含めるのには無理がある。

そこで、原則として、転賃賃料債権に対する物上代位は認められない。

もっとも、転賃人と抵当権設定者を同視しうる特段の事情が認められる場合には、例外的に物上代位が認められると解する。

（2）本問では、LはGに対し、契約③で定められた賃料を実際には支払わないことになっていた。また、元々の契約②の賃料と契約④の賃料は同額である。そうだとすれば、契約③は実体のない契約であり、契約③と契約④は一体としてHによる物上代位を逃れるためのものである。そして、このような契約による物上代位の回避が認められれば、Lが抵当権を有する債権者に先立って債権を回収できることになり妥当でない。

そこで、契約③と④は契約②が形を変えたものにすぎず、LとGを同視しうる特段の事情が認められる。

したがって、Hによる同債権への物上代位権の行使は認められる。

2 では、同年5月分と6月分以降の賃料債権のいずれに対しても物上代位できるか。

（1）6月分以降の債権については、未だ債権が発生していないため当然に物上代位することはできない。そして、5月分の賃料については、KL間の特約で同年6月30日に支払うこととされている。

もっとも、特約によって物上代位を回避できるとするのは妥当でない。

（2）したがって、5月分の賃料については物上代位がかのうである。

3 よって、5月分の賃料債権に対する物上代位権の行使は認められる。

以上

設問 1

第 1 (1)について

- 1 Dは、配偶者居住権（民法（以下法名略）1028 条 1 項）を主張していると考えられる。Dは、Aの配偶者であるところ、被相続人Aの所有物であった甲建物に、Aが死亡し相続が開始したときに（882 条）、居住していた。もっとも、相続人間で遺産分割はされておらず（1028 条 1 項 1 号）、遺贈もないから（同条同項 2 号）、配偶者居住権は成立せず、請求 1 及び 2 を拒むことはできない。
- 2 そこで、Dは、配偶者短期居住権（1037 条 1 項）を主張していると考えられる。Dは、A死亡時にA所有の甲に居住していたから、Dは、甲所有権を共同相続したBに対し、配偶者短期居住権として甲を無償で使用する権利を主張できる。したがって、Dは、相続開始から 6 か月の令和 5 年 10 月 1 日が経過するまで、甲を無償で使用する権利があるとして請求 1 及び 2 を拒めると思える。

もっとも、配偶者短期居住権は、配偶者居住権と異なり、居住建物について収益権がなく、使用する権利しか認められていない（1038 条 1 項、1032 条 1 項）。そして、Dは、令和 5 年 5 月 1 日、甲を店舗として利用することを計画して、改築工事を行ったところ、これは甲について収益するための工事であるから、この時点で、Dに善管注意義務（1038 条 1 項）違反が認められる。そこで、相続により甲の共有持分権を得たBは（898 条 1 項参照）、居住建物取得者として、1038 条 3 項に基づき、令和 5 年 8 月 10 日、Dに対する意思表示によって配偶者短期居住権を消滅させたといえる。

Dは、かかるBの意思表示により配偶者短期居住権が消滅したため、甲を返還しなければならないとも思えるが（1040 条 1 項本文）、Dは、Aの相続人として甲につき共有持分を有するから、Bは、配偶者短期居住権が消滅しても甲の返還をDに求めることができない。

- 3 したがって、Dは、かかる主張により、請求 1 を拒むことができる。請求 2 については、Bの意思表示がされた令和 5 年 8 月 10 日までの賃料について支払いを拒むことができる。

第 2 (2)について

- 1 Dは、249 条 1 項より、甲の全部について使用できると主張していると解する。もっとも、甲は、自己の持分である $\frac{1}{2}$ をこえる使用について、その対価をBCに償還しなければならないとも思える（249 条 2 項）。
- 2 そこで、249 条 2 項の「別段の合意」が認められないか。

Aの生前、Dは、Aが所有している甲につき、Aと同居し、無償で居住することが認められていた。そこで、Aは、遺産分割までの間、Dに無償での建物使用を認める意思があったと推認される。そのため、AとDの間で、遺産分割までの間、甲について無償で使用することを認める使用貸借契約（593 条）の存在が認められ、その貸主の地位が、A死亡によってBCDに相続されると解される。したがって、BCとD間で、遺産分割

まで甲を無償で使用する別段の合意が認められるから、DはB Cに対し持分を超える使用料を償還する義務を負わない。

3 よって、かかる主張により、Dは、請求1及び2を拒むことができる。

設問2

第1 (1)について

1 Eは、Fの債務不履行による解除(541条)を主張していると解される。もっとも、E F間の売買契約(505条)に基づくFの代金債務について、その履行期はEによる鯉の引渡しから2か月であるところ、まだEは鯉を引き渡していないから、履行期が到来していない。したがって、債務不履行は認められない。

2 では、Eによる鯉の引き渡しをFが拒むことをもって、債務不履行といえないか。

Eは、令和4年10月1日に錦鯉100匹をEの事務所で引き渡すこととなっていたところ、同日、Eは本件コイを出荷用容器に入れて事務所に運び込んでいる。Eの債務は取立債務であるところ、弁済の提供(493条)が認められるには、準備、通知が必要である。Eは上記の行為により引渡しの準備をしたと認められる。そして、履行期が決まっている場合は、通知をしなくとも債権者に不都合は生じないから、通知をしなくとも弁済の提供は認められる。したがって、Eに弁済の提供が認められ、それに対しFは引き取りに来なかったため、Fに受領遅滞(413条1項)が認められる。

もっとも、債権者が債権を行使するか否かは債権者の自由であるから(519条参照)、債権者は、受領遅滞があるとしても、債務者のなした弁済の提供を受領する義務を負わない。しかし、例外的に、信義則上(1条2項)受領義務を認めるべき特段の事情がある場合は、債権者の受領義務が認められる。

本件では、Eは、令和4年11月1日から乙池を釣堀営業のため使用予定であり、Fに本件コイを引き渡さないと、釣堀営業ができないという不利益があるため、Fに本件コイを受領する義務があるとも思える。もっとも、本件コイは、市場価値がない商品というわけではなく、Eは、Fが引き取らなかった10月1日から11月1日までに、鯉の買い手となる者を探して引き渡すことは可能であったから、Eへの不利益は大きくない。また、Eが11月に乙池を使用することになったのも、EF間で買場契約を締結した後の事情であるから、Eの乙池を使用できなくなることによる不利益の責任を、売買契約上の責任としてFに課するのは不都合である。したがって、信義則上、Fに受領義務があるとは認められない。

以上より、Fの受領遅滞をもって、債務不履行とは認められない。

3 よって、下線部㊦におけるEの債務不履行による解除の主張は認められない。

第2 (2)について

1 Eは、Fに対し、債務不履行に基づく履行に代わる損害賠償を請求していると考えられる(415条2項3号)。Fには受領義務があるのに受領遅滞をするという履行遅滞があり、その債務不履行により、Eが本件契約を解除したことで、Fからの売買代金を得ら

れなくなったとの損害がある。

- 2 もっとも、100 万円すべてが損害賠償の範囲に含まれるか。E は、売買契約の解除により、本件コイそのものの価値を保有できているから、代金相当額は損害賠償の範囲に含まれないとも思える。もっとも、錦鯉の相場は下落しているから、下落分について損害が生じたとして、損害賠償の範囲に含まれると考えることができる。しかし、この下落は、通常起こるといえるものではなく、特別の事情によるものであるから、416 条 2 項により、損害賠償の範囲に含まれるか、検討する必要がある。

416 条 2 項の特別の事情による損害について、特別の事情を債務不履行時に債務者が予見可能であれば、損害発生を避けることができた、という事情から、債務者が、債務不履行時に、特別の事情を予見可能であったかどうかによって、判断すべきである。本件では、F は、令和 4 年 9 月以降に錦鯉の相場が下落していることを認識していたから、債務不履行時である令和 4 年 10 月 1 日の時点で、その後の損害発生を避けることが可能であった。したがって、解除時点の同年 10 月末の鯉の価格に基づき、30 万円分の下落分の損害は、損害賠償の範囲に含まれる。もっとも、それ以降の下落分は、解除がされている以上、E は新たな買主を探して転売し、不利益を回避することが可能であったから、それにもかかわらず、その損害の責任を F に負わせるのは妥当ではない。したがって、本件コイの代金相当額について損害賠償の範囲に含まれるのは、30 万円のみである。なお、同年 11 月 30 日まで、E が本件コイを他に売却する等の事情はないから、この点からも、30 万円を損害賠償の範囲として問題はない。

- 3 釣堀の営業利益については、E が釣堀営業のために乙池を利用するから本件コイを引き取ってほしいとの事情を F につたえたのは令和 4 年 10 月 16 日であり、F の債務不履行の時点（令和 4 年 10 月 1 日）で、F はかかる事情を予見することはできなかった。したがって、かかる事情を 416 条 2 項より損害賠償の範囲に含めるのは妥当でない。したがって、釣堀の営業範囲 10 万円については、損害賠償請求をすることができない。

- 4 以上より、本件コイの代金相当額のうち 30 万円の損害賠償を請求することができる。

設問 3

- 1 H は、L K 間の転貸借契約による賃料債権について、抵当権に基づく物上代位権の行使をしていると考えられる（372 条、304 条 1 項）。

もっとも、304 条 1 項の文言上、転賃料債権を物上代位の対象債権に含めることは困難であるし、転賃賃料債権を物上代位の目的とみるとできるとすると、正常な取引により成立した抵当不動産の転貸借関係における転貸人の利益を不当に害する。そこで、原則として、転賃料債権に物上代位することはできないと解する。ただし、その賃借人を抵当権設定者と同視し得るような特段の事情がある場合には、例外的に物上代位できる。

本件では、L が K と丙について転貸借契約を締結することとなったのは、L の β 債権について債務者 G が弁済しないため、GK 間の賃貸借契約を解除し、それまで G が受け

取っていた K からの賃料を G が得ることによって、実質的に β 債権の回収をするためであると考えられる。そして、実際に丙を利用しているのは GK 間の賃貸借契約締結時解除後も変わらず K であるし、K の支払うべき賃料は GK での契約と LK 間での契約で金額に相違はない。そうすると、実質的に賃貸借契約関係が存在するのは GK 間であり、L は転貸人としての地位を実質的に有していないから、抵当権設定者である G と L を同視することができる。また、このように解して転貸料債権を H が物上代位により差し押さえても、丙についての H の抵当権は L が転貸借契約を締結する前に登記がされており、L は転貸料債権に H の抵当権に基づく物上代位権の行使としての差押えのおそれがあることを認識可能であったといえるから、L に不測の損害はない。

以上より、H は、L K 間の転貸借契約による賃料債権について、抵当権に基づく物上代位権の行使をすることができる。

- 2 もっとも、抵当権は、被担保債権に不履行があつてから初めて抵当不動産の果実に効力が及ぶ（371 条）。これは、抵当不動産による収益によって弁済をするという抵当権設定者の期待と期限の利益を保護するためのものである。そこで、抵当不動産の果実である賃料債権についても、抵当権の効力が及ぶのは、債務不履行が認められる弁済期以後である。そして、本件では、L K 間の転貸料債権を賃料債権とみなして、抵当権の効力として物上代位するものであるから、L K 間の転貸料債権に物上代位が可能となるのは、 α 債権の弁済期である令和 5 年 5 月 31 日が経過してからである。したがって、令和 5 年 5 月分の賃料債権は 371 条により物上代位をすることができないが、令和 5 年 6 月分以降の賃料債権は、物上代位権の行使が可能である。

以上

令和5年司法試験民法

第1 設問1 (1)

1 Dは配偶者居住権を有すること(主張①)、黙示の使用貸借契約が成立していること(主張②)を主張すると考えられる。

2 主張①

AはDと再婚したので、DはAの「配偶者」(民法(以下省略)1037条1項本文)である。令和5年4月1日にAは死亡しており、この時点でDは甲建物に居住していた。したがって、Dは、「被相続人の財産に属した建物に無償で居住していた」といえる。

A死亡の時点で相続が開始している(882条)。Aの相続人は、「配偶者」(890条)であるD、「子」(887条1項)であるC、Dである。

遺産分割が未了であるから1037用1項1号にはあたらない。令和5年10月1日が経過するまで(同項2号)、Dは、「所有権を相続…により取得した者」たるC、Dに配偶者短期居住権を対抗できる。

令和5年8月31日時点で、Dは配偶者居住権を占有権限の抗弁として請求1を拒むことができる。居住権を有する以上使用利益を返還する必要もなく、請求2も拒むことができる。

3 請求②

(1)被相続人が、相続開始以前に無償で他者に建物を居住させていた場合、遺産分割まで当該他者と相続人間で黙示の使用貸借契約が成立していたと解するべきである。なぜなら、そう解するのが、無償で建物を居住させていた者を保護しようとする相続人の意思に沿うと考えられるからである。また、当該者もいきなり建物を明け渡すことは不利益が大きく、その者の期待を保護するためである。

(2)本件では、Aは死亡する前、Dに無償で甲建物に居住させていた。そこで、DとB、Cの間で黙示の使用貸借契約が成立していたといえる。

したがって、請求1、2を拒むことができる。

第2 設問1 (2)

1 Aの死亡によって、甲建物をB、C、Dで共有(249条1項)している。

共有者の一人が共有している物を占有している場合、当然に他の共有者の明け渡し請求や使用利益の返還請求が認められるわけではない。なぜなら、各共有者は持ち分を有し適法に占有している以上、その占有は保護されるべきだからである。

そのため、明け渡しを請求する者は、明け渡しを求める理由を主張しなければならない。

2 本件では、Bは明け渡しを求める理由を主張していない。

したがって、Dは請求1、2を拒むことができる。

第3 設問2 (1)

1 主張の根拠

Eは541条に基づき解除をしている。

2 当否

(1) Fは本件コイの受け取りを拒否しているところ、受領遅滞(413条1項)を理由に契約を解除することができるか。

(2) 一般に、受領遅滞を理由に解除することはできない。なぜなら、債権の受領は債権者にとって有利な行為であり、受け取るかどうかは債権者の自由にゆだねられるべきだからである。

しかし、債権者が受領しないことにより、債務者に著しい不利益が生じることを債務者が認識した場合、受領義務が生じる。

(3) Eは養殖池を営業しており、本件コイを受領しないと次の養殖ができないので、Eの営業に支障をきたすと思える。しかし、これは一般的なものとどまり、令和4年10月1日の時点で受領義務は生じていない。

令和4年10月16日、EはFに対し、同年11月上旬に釣堀営業のために乙池を使用する予定があり、同年10月末までにいったん空にしなければならないことを告げている。この時点で、Fは、乙池の次の具体的な使用状況を知り、本件コイを受領しなければ、Eに著しい不利益が生じることを認識した。

したがって、この時点で受領義務が生じる。Fは30日を過ぎても本件コイを受け取りにいなかったため、かかる義務に違反した。

令和4年10月16日、EはFに対し、同月30日までに本件コイを受け取りに来なければ同月31日付で契約①を解除すると告げており、「催告」がある。Fは本件コイを受け取っておらず、「その期間内に履行がない」。Eは契約①が10月31日に解除されたと主張しており、解除の意思表示もある(540条)。

よって、Eの主張は認められる。

第4 設問2 (2)

1 EはFに対し、受領遅滞に基づく損害賠償請求(415条)をしている。

416条は、1項で相当因果関係の存する損害について賠償すべきことを、2項は特別損害について予見できた場合には損害賠償の範囲に含まれることを規定している。

債務不履行時に予見すべき損害は、賠償すべきだから、予見の基準時は債務不履行時である。債務者にとって予見可能であれば、不足の損害を被ることはないから、予見者は債務者である。

2 債務不履行時は、上述したとおり、令和4年10月30日である。1等級の錦鯉の相場は、令和4年10月末には7000円になっていた。このことは、債務者たるFにとって予見可能だったといえ、錦鯉の値段が1匹あたり7000円であることは特別の事情となる。

このことはEにとって不足の損害になるが、取引安全の見地より妥当である。

1 1月末にコイの値段が6000円になったことは、債務不履行事に予測できなかった。

したがって、本件コイの代金相当額70万円が損害額である。

3 営業利益10万円が予見可能だったといえるか。

Eは令和4年10月16日にFに対し乙池を釣り堀営業のため使用する予定であることを告げている。したがって、令和4年10月30日時点で、営業利益10万円は、Fにとって予見可能だったといえる。

営業利益10万円も「損害」にあたる。

4 Eの主張は認められる。

第5 設問3

1 Hの抵当権(369条1項)に基づく物上代位(372条、304条)は認められるか。

(1) 転貸賃料債権に対しては、物上代位権の行使をできないのが原則である。予測していない転借人が、賃料を払う相手が変わることによって不足の損害を被るからである。

もっとも、転借人を賃借人と同視すべき特段の事情がある場合、かかる損害を被るおそれはないので、物上代位が認められる。

(2) 本件では、契約④で定められた賃料は月額25万円であって、これが賃料の相場であると考えられる。しかし、契約③で定められた賃料は月額3万円であり、著しく低廉である。

実際にはKが丙建物の使用を継続していたことに加え、解約③で定められた賃料は支払われないこととされた。したがって、転貸借関係は名ばかりのものであり、 β 債権の弁済のために契約④が締結されたといえる。そのため、転借人と賃借人と同視すべき特段の事情がある。

2 令和5年5月分の賃料債権は弁済期が到来していないが、物上代位権を行使できるか。

(1) 弁済期が到来していなくても、物上代位権を行使できるのが原則である。しかし、他の債権者を不当に害する場合はこの限りでない。

(2) β 債権の弁済期は5月1日に到来している。Hが物上代位権を行使すると、弁済期が到来した β 債権の回収を不当に害することになる。したがって、5月分の物上代位権の行使は認められず、6月分の賃料債権の物上代位権の行使は認められる。

以上

第一 設問1

1. 小問(1)について、Dの反論㉔は、配偶者短期居住権（民法（以下法令名省略）1037条1項）に基づくものであると考えられる。

(1) 配偶者短期居住権の成否

ア Dは、Aの再婚相手であり、「配偶者」にあたる。そして、DはAという「被相続人の財産に属した建物」たる甲建物に「相続開始の時に無償で居住していた」。そのため、1037条1項本文の要件を満たす。

イ Dは配偶者居住権（1028条1項）を取得しておらず、欠格（891条）や廃除（892条）によって相続権を失っていないため、1037条1項但書に該当しない。

ウ Aは、令和5年4月1日に死亡しており、同日に相続が開始している（896条本文）。そして、BCD間で遺産分割はされておらず、少なくとも同年10月1日までDは配偶者短期居住権を有する。

(2) Bの請求の当否

ア 請求1は、BのDに対する相続を理由とする甲建物の共有持分権に基づく甲建物明渡請求である。これに対し、Dは配偶者短期居住権という占有権原を有していることから、Dの反論㉔は正当である。そのため、請求1は認められない。

イ 請求2は、BのDに対する賃料相当損害金請求である。これが不法行為（709条）に基づく場合、Dが上記権利を有することからその占有の違法性はなく、同請求は認められない。請求2が249条2項に基づく場合でも、配偶者短期居住権は無償で占有することを内容とするものである以上、認められないと考える。

ウ したがって、請求1及び請求2のいずれも認められない。

2. 小問(2)について、Dの反論㉕は、DがBとともにAを共同相続し、甲建物につき2分の1の共有持分を有する（898条1項、2項）ことに基づくと考えられる。以下、Bの請求の当否について検討する。

- (1) 請求1は、上記の通り甲建物共有持分権に基づく明渡請求である。もっとも、Dも共有持分権者である以上甲建物全体を占有する権利を有する（249条1項）。そのため、直ちにBの請求が認められる訳ではなく、明渡を求める理由が必要となる。

本件で、BCD間でDが甲建物を占有することができないという合意はなく、明渡を求める理由はないとも考えられる。もっとも、Dは令和5年5月1日に居住用の甲建物の改築工事を行い、1階部分を店舗にした。これは、効用の著しい変更を伴う変更であり、「変更」（251条1項）にあたるため、B及びCの同意がなければできない行為である。それにもかかわらずDはこれらの同意なく行っており、もはやDは不法行為者と同視できる。そのため、BがDに明渡を求める理由はある、請求1は認められる。

- (2) 請求2が不法行為に基づくものである場合、請求1が認められる以上、Dの占有は不法行為を構成し、甲建物の賃料相当損害金のうち、Bの持分に対応する月額5万円について支払請求が認められる。

請求2が249条2項に基づく場合であっても、BD間に「別段の合意」はない以上、同請求は認められる。

(3)したがって、請求1及び請求2のいずれも認められる。

第二 設問2

1. 小問(1)について、Fの受領義務違反を理由として契約①が催告解除(541条)されたとのEの主張は認められるか。

(1)413条2項が受領義務を定めているとも思えるが、これは特別の法定責任を定めたものである。また、債権者が有するのは権利であって義務ではない。そのため、原則として受領義務は生じない。もっとも、債権者によって受領されなければ債務者に著しい不利益が生じる場合には、公平の観点から信義則(1条2項)上の受領義務が生じると解する。これは、契約から直接生じるものではないことから、契約締結後の事情も考慮してよいと考える。

契約①は、FがEから本件コイを100万円で買い受けるというものである。本件コイは乙池に存在するコイの全部であって、Fが受領しない場合、他に売却することが困難なものである。そして、EはF本件コイを受領するとの信頼に基づき、地域の秋祭りで釣堀を営業する計画を立てた。この計画は、Fの受領がなければ遂行できず、Eには著しい不利益が生じる。Fも令和4年10月16日にEから電話で上記計画を知らされていることから、Fには本件コイを受領する義務があるといえる。それにもかかわらず、Fは本件コイを受領しておらず、「その債務を履行しない」といえる。

(2)Eは、同月16日にFに対し、同月30日までと「相当の期間」を定めて本件コイの受領を催告し、なおFによる受領はない。そのため、541条の要件を満たす。

(3)Eは同年16日にFに対し、停止条件付ではあるものの解除の意思表示(540条)をしている。このような停止条件付解除も有効である。

(4)したがって、契約①の解除は認められ、Eの主張は正当である。

2. 小問(2)について、EのFに対する債務不履行に基づく損害賠償請求(415条1項本文)としての110万円の支払請求は認められるか。

(1)上記の通り、Fは本件コイの受領義務に反しており、「その本旨に従った履行をしない」といえる。

(2)結果として、Eには本件コイの代金相当額及び釣り堀の営業利益の計110万円につき「損害」が生じている。

(3)もっとも、釣り堀の営業は契約①の内容とは無関係であり、「通常生ずべき損害」(416条1項)ではなく、「特別の事情によって生じた損害」(同条2項)である。そのため、「当事者」が「予見すべきであった」といえる場合に限り、釣り堀の営業利益10万円について請求できる。そして、債務者に不測の損害を与えなければよいことから、「当事者」とは債務者のみをいい、予見の時期は債務不履行時であると考ええる。

Fは、令和4年10月16日に債務不履行に陥っているところ、この時点でEの計画

を知っていることから、「当事者」が「予見すべきであった」といえる。そのため、当該 10 万円については因果関係が認められる。

本件コイの代金相当額 100 万円については、416 条 2 項又は損益相殺の問題になるとも思える。しかし、これは、契約①で定められたものであり、「通常生ずべき損害」（416 条 1 項）として因果関係が認められる。

(4)F には「債務者の責めに帰することができない事由」は当然認められない。

(5)よって、E の上記請求は認められる。

第三 設問 3

1. 304 条 1 項本文は「賃貸」について物上代位を認めていることから、H は L の K に対する賃料債権に物上代位できるとも考えられる。もっとも、賃料に対する物上代位はいわゆる付加的物上代位であり、賃料は法定果実であるから、債務不履行後には賃料に対しても抵当権の効力が及ぶ (371 条)。そうすると、そもそも債務不履行後の賃料に対しては物上代位による必要がなく、債務不履行後の 6 月分の賃料への物上代位は認められない。

これに対し、債務不履行前の 5 月分の賃料については丙建物のなし崩しの価値の実現といえるため、物上代位の対象となり得る。

2. もっとも、物上代位の目的は L の K に対する賃料債権であるところ、L は丙建物の転貸人であって抵当権設定者ではない。このような者に不測の損害を与えるべきでないから、原則として物上代位は認められない。もっとも転貸人を賃貸人と同視できる特段の事情がある場合は例外的に物上代位が認められる。

本件で、契約②の合意解除は GKL の三者間で行われており、その際に契約③及び契約④が締結されている。また、丙建物はなお K が使用していること、及び L は G に対して賃料を支払わないとされていたことから、G と L を同視できる。

よって、5 月分の賃料に対する H による物上代位は認められる。

以 上