

令和5年予備試験 民法

問題文

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。なお、民法以外の法令の適用について検討する必要はない。

【事実】

1. Aは、書画骨董品の収集を趣味とする東京在住の個人である。Bは、京都に店舗を有し、掛け軸、屏風及び衝立等の表装・修理や書画骨董品の売買等を行う専門の事業者である。
2. Aは、令和5年1月頃、自己が所有する掛け軸甲の経年劣化が激しいことに気付き、たまたま自宅を訪れていたBに甲を見せ、その修復をBに持ち掛けた。Bは、「甲は保存状態が悪く、その修復には高額の費用が見込まれるから、考え直した方がよい。」と述べたが、Aが「甲は大事な家宝だから、いくら費用が掛かっても修復したい。」と強く主張したため、これに同意するに至った。
3. Aは、令和5年7月1日、Bとの間で、Bの店舗において、以下の内容を含む契約（以下「本件請負契約」という。）を締結した。
 - (1) Aは、Bに対して、甲を、その修復のため、令和5年7月15日までに預託する。
 - (2) Bは、甲の汚損を鑑賞可能な程度にまで修復し、令和6年7月15日までにAに返還する。
 - (3) Aは、Bに対して、報酬として250万円を甲の返還と引換に支払う。
4. 本件請負契約を締結するに当たり、Bは、Aに、「甲の状態を最後に確認してから半年ほど経つが、その後どのように保管しているのか。現在も修復可能なのか。」と尋ね、「きちんと保管しているから大丈夫だ。」との回答を得た。Bは、個人宅での保管であることから甲の現在の状態に疑念を抱き、「蓋を開けてみたら修復不能なほどに傷んでいた、などと言われても知りませんよ。」と念を押した上で本件請負契約を締結した。
5. Aは、個人宅における掛け軸の標準的な保管方法に反し、甲を紙箱に入れたのみで湿度の高い屋外の物置に放置したため、本件請負契約の締結に先立つ令和5年6月15日頃までに、甲は原型をとどめないまでに腐敗し、修復することができなくなってしまった（以下「本件損傷」という。）。
6. Aは、本件請負契約の交渉過程において、甲の状態を確認しておらず、Bから数回にわたって「甲の状態や保管方法に問題はないか。」と問い合わせられても「問題ない。」と答えるのみで放置していたため、本件請負契約を締結した時点では、本件損傷の事実を知らなかった。Aは、令和5年7月13日、甲を梱包するために物置から取り出したところ、本件損傷に気付き、直ちにBに連絡し、Bは自ら本件損傷を確認した。

7. Bは、令和5年7月2日から同月10日にかけて、甲の修復に要する材料費等の費用一切として40万円を支払っていた。
8. Bは、「本件請負契約は有効に成立しており、甲の修復ができないのはAの問題である。」として、Aに対して250万円の支払を請求している。これに対して、Aは、「本件請負契約は無効である。仮に有効だとしても、甲が現に修復されていない以上、金銭を支払う理由はない。」と反論している。

〔設問1〕

【事実】1から8までを前提として、BのAに対する請求が認められるかどうか、認められるとした場合にはどのような範囲で認められるかについて、法的根拠を明示しつつ論じなさい。なお、利息及び遅延損害金について検討する必要はない。

【事実】

9. Bは、令和5年4月27日、コレクターCとの間で、Cが所有する古美術の壺乙に関して、次の内容を含む契約（以下「本件委託契約」という。）を締結した上で、同日、Cから乙の引渡しを受け、これをBの店舗内に展示することになった。

- (1) Bは、Cから引き渡された乙につき、これを無償でCのために善良なる管理者の注意義務をもって管理し保管するものとする。他方で、CはBに対し、乙をBの店舗内において顧客に展示し、Bの名において販売する権限を与えるものとする。
 - (2) Bが乙を顧客に対して販売したときは、CがBに対し乙を代金180万円で販売する旨の契約が当然に成立するものとし、乙の所有権は、CからBに直ちに移転するものとする。なお、BのCに対する代金の支払期限は、当該売買契約成立日の翌月末日とする。
 - (3) Bは、乙につき顧客に対して販売する前にCから返還請求があったときは、乙の顧客への販売権限を当然に失い、直ちに、乙をCに対し返還しなければならないものとする。
10. 令和5年5月初めから、Bの店舗には、顧客Dが頻繁に訪れて、展示物を鑑賞していた。なかでも、Dは乙に強い関心を示し、Bにいろいろと質問をしたため、BはDの質問に答えたが、その際、〔ア〕。同月25日頃、BはDに対して、200万円で乙を販売してもよいという意向を示した。それに対してDは、しばらく考えたいと返事を留保した。
11. 令和5年6月1日、Cは、Bの資金繩りが悪化したとの情報を入手したため、Bに対し、本件委託契約の契約条項(3)に基づき乙の返還を請求する旨の通知を発し、当該通知は同日中にBに到達した。しかし、Bは乙の展示を継続した。
12. 令和5年6月2日、Bは、前記11の通知を受けたにもかかわらず、Bの店舗を訪れて乙購入の意向を示したDとの間で、Bを売主、Dを買主とし、代金を200万円とする乙の売買契約を締結した。Bは、乙を無償でDの自宅に後日配送するものとし、Dは、その場で代金200万円の全額を支払った。売買契約時、Dは乙について、〔イ〕と信じていた。Bは、Dとの売買契約が成立した直

後に、Dに対し、「乙は、以後DのためにBが保管する。」と告げ、売却済みの表示を施した。その後、Bは、乙を梱包してBの店舗のバックヤードに移動した。

13. Cが、令和5年6月3日、Bの店舗に赴いたところ、バックヤードで梱包済みの乙を発見し、渋るBを説き伏せて乙の引渡しを受け、自宅に持ち帰った。後日、Dは、Cに対し、乙の引渡しを請求した。

〔設問2〕

【事実】9から13までを前提として、次の問い合わせに答えなさい。

(1) 本文中空欄〔ア〕〔イ〕に、次の語句が入る場合に、DはCに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求することができるかについて論じなさい。

〔ア〕=乙の所有者がCであることは説明しなかった

〔イ〕=Bが所有者である

(2) 本文中空欄〔ア〕〔イ〕に、次の語句が入る場合に、DはCに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求することができるかについて論じなさい。

〔ア〕=本件委託契約の契約書を示して、Cから委託を受けて、Bは乙の売却権限を有している旨を説明した

〔イ〕=Bは本件委託契約に基づく処分権限を現在も有している

第1 設問1

1 BのAに対する請求が認められるか

- (1) BのAに対する請求の内容は、250万円の支払である。したがって、その根拠を明らかにした上、要件を検討すればよいだろう。
- (2) 根拠について、出題趣旨では「民法第536条第2項に基づいて請負代金を請求することができるかを論ずることが必要」とされている。しかし、少なくとも検討段階では、請負契約に基づく報酬請求権(632)から検討するのがセオリーだろう。したがって、その要件充足性を検討すればよい。

上記請求権のうち、請負契約の成立について、Bは「本件請負契約は有効に成立」と主張し、Aは「本件請負契約は無効」と反論する。つまり、請負契約が成立していることに争いはないが、その有効性につき争いがある。したがって、有効性を検討することが考えられるだろう。具体的には、Aが「本件請負契約は無効」と主張する理由となる事実を読み取り、根拠を明らかにした上、要件を検討すればよいだろう。

事実は、本件請負契約締結時に甲に本件損傷があったことが考えられるだろう。つまり、本件請負契約の内容である甲の汚損を鑑賞可能な程度にまで修復することは、「履行」「不能」(412の2Ⅰ)といえる。しかも、本件請負契約締結までに本件損傷が生じているから、原始的不能といえる。そこで、根拠は、原始的不能の場合の契約は無効とする考えられる。しかし、いわゆる債権法改正により412条の2第2項が定められたこと等から、原始的不能の場合も契約は有効であると解されている。したがって、上記根拠は、根拠足り得ない。

さらに別の無効の根拠を検討するとすれば、錯誤取消し(95Ⅰ柱書)による遡及的無効(121)が考えられるだろう。したがって、その要件を検討すればよい。その場合、修復不可能であるのに修復可能であると考えていたことは95条1項1号、2号いずれの錯誤に当たるのか、後者だとすれば「表示」(同Ⅱ)は認められるか、Aに「重大な過失」(同Ⅲ柱書)は認められるか、認められるとすれば同条3項1号又は2号はどうか(Bも「同一の錯誤に陥っていた」(同Ⅲ②)場合だとしてもなお、錯誤取消しを否定する構成はないか)等の検討が考えられるだろう。

本件請負契約の有効性は以上のとおりとなるが、Aが「仮に有効だとしても」との主張もしていることから、本件請負契約は有効であると結論付けた上、次のAの主張を前提とした検討をする方がよいだろう。そして、本件請負契約が有効だとしても、Aが「甲が現に修復されていない」と主張するとおり、上記請負契約に基づく報酬請求権の要件のうち、仕事の完成が認められないことになる。出題趣旨も、「請負人が請負代金を請求するためには仕事の完成が必要であることを踏まえた上」としている。

- (3) そこで、次の250万円の支払請求の根拠として、上記出題趣旨記載の536条2項前段に基づく請求権の要件充足性を検討すればよい。なお、法改正前のものではあるが、最判昭52.2.22【百選Ⅱ59】も参考になるだろう。

上記請求権の要件のうち、出題趣旨は「請負契約締結前の注文者の行為が『債権者の責めに帰すべき事由』に当たるかについて、自分なりの考え方を論理的に展開することが求められる」とする。当該趣旨からすれば、当該要件を充足するとの結論も、充足しないとの結論も考えられるということになるだろう。したがって、具体的的事実の抽出とその評価を丁寧に行いつつ検討すべきだろう。

なお、危険負担（536 I）は請負契約のような役務提供型の契約には適用されないと見解があるため、536条2項前段も適用されないと見解がある。同項は同条1項から独立しているとして適用は肯定されるとの見解がある。また、上記請求権の要件のうち、「債務を履行することができなくなった」について、原始的不能も含まれるかとの問題も考えられるところ、肯定する見解がある。

- (4) いわゆる契約締結上の過失との関係で、債務不履行に基づく損害賠償請求権（415 I 本文）又は不法行為に基づく損害賠償請求権（709）を根拠とすることも考えられるかもしれない。しかし、この場合、250万円ではなく、40万円の請求を主眼とすることになってしまうだろう。仮に250万円であるとした場合、契約締結上の過失に関する解釈とその当てはめだけでなく、賠償範囲（416（類推適用））についての解釈とその当てはめ等も求められることになるだろう。

2 どのような範囲で認められるか

上記536条2項前段に基づく請求の要件を充足し請負人が報酬全額を請求できるとしても、536条2項後段との関係で、認められる範囲が問題となる。

同項後段の「自己の債務を免れたことによって利益を得た」には、債務を履行するために負担すべき費用であって支出しないで済んだ分が含まれるとされる。

本件では、Bは甲の修復に要する材料費等の費用一切として40万円を支払っているから、債務を履行するために負担すべき費用であって支出しないで済んだ分はないことになるだろう。

第2 設問2の問い合わせ(1)

- 1 設問は「DはCに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求することができるか」であるところ、具体的には所有権（206）に基づく返還請求権を根拠にその要件を検討すればよいだろう。
- 2 上記請求権の要件のうち、所有について、出題趣旨は「処分授権によって他人の物を売却する権限を与えられた者が、権限を失った後にその物を売却した場合に、相手方が所有権を取得することができるかを問う問題であ」り「相手方は、売却した者がその物の所有者であると信じているため、即時取得が問題になる」とする。したがって、Bが無権利者であることを前提に、即時取得（192）の要件を検討すればよい。

上記即時取得の要件のうち、「占有を始めた」について、BがDに「乙は、以後DのためにBが保管する。」と告げたこと、すなわち、占有改定（183）の当該要件該当性が問題となる。出題趣旨も、「即時取得の要件、特に占有改定によって民法第192条の『動産の占有を始めた』という要件を満たすかどうかを論ずる必要がある」とする。判例（最判昭35.2.11【百選I 64】）は、「192条によりその所有権を取得しうるためには、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取

得することを要し、かかる状態に一般外觀上変更を来たさないいわゆる占有改定の方法による取得をもっては足らない」とする。

なお、上記判例がおよそ占有改定による引渡しの事例全てに妥当しないと考えた場合、本問の売却済みの表示を施した、乙を梱包してBの店舗のバックヤードに移動した等の事実に着目した構成もあり得るかもしれない。その場合は、上記判例が占有改定の場合の即時取得を否定する理由との関係で丁寧に検討する必要があるだろう。

第3 設問2の問い合わせ(2)

- 1 設問は上記問い合わせ(1)と同じであるから、同様に検討すればよいだろう。
- 2 所有について、出題趣旨は「処分授権によって他人の物を売却する権限を与えた者が、権限を失った後にその物を売却した場合に、相手方が所有権を取得することができるかを問う問題である」り「相手方は売却した者に処分権限があると信じているが、この処分権限は代理権ではないため、表見代理に関する規定が直接適用されるわけではない。そこで、処分授権と代理との違いを意識しつつ、その類似性に着目して表見代理に関する規定を類推適用することができるかを論じ、本問の事案がその要件を満たすかどうかを論ずる必要がある」とする。

そもそも、処分授権とは、本件委託契約のように、授権者が被授権者に対して被授権者を当事者とする法律行為により授権者の権利を処分する権限を与え、被授権者が第三者との間で授権者の権利を処分する内容の法律行為をすることにより、授権者と第三者との間で当該権利の処分という効果が発生するとともに、被授権者と第三者との間で当該法律行為の効果のうち権利処分の効果以外の効果が発生するものをいうとされる。いわゆる債権法改正の際に立案されたが、立法には至らなかつたものであり、改正後も解釈により認められている。判例（最判昭 29.8.24）も、「上告人が訴外……に対し……本件立木を『右訴外人の手において自ら他に売却』することを委ね、その趣旨に基いて右訴外人は本件立木を被上告人に売渡し……、他人の代理人たることを表示しないで、他人の物を自己の物として第三者に売渡す場合においても、その他人が右のような処分行為をすることに予め承諾を与えていけるときは、右売買は有効であって、右売買と同時に買受人たる第三者は右物件の所有権を取得する」とする。なお、上記のとおり被授権者と第三者との間でも法律行為の効果が発生する点で、代理とは異なるといえる。

そこで、B D間で乙の売買契約が締結された、しかし、同時点ではBの処分権限が存在しない、したがって、Cは乙の所有権を喪失しない一方、Dは乙の所有権を取得しないのではないか、表見代理（112 I）の場合と同様の処理ができないかという構成・流れが考えられるだろう。

表見代理の場合と同様の処理を考える以上、その要件を検討すればよい。すなわち、当該要件のうち、「他人に代理権を与えた」（112 I）等について、本件委託契約の内容すなわち処分授権との関係で直接適用を否定しつつ、類推適用の可否・要件を検討することになるだろう。

- 3 多くの受験生は、処分授権という概念自体知らないと予想される。しかし、本問を「（表見）代理のようだ」と見ることができたのであれば、（表見）代理の要件に本件委託契約の内容等の具体的な事実を丁寧に当てはめようとする中で、「（表見）代

理そのものの問題ではないようだ、そこで、要件の解釈と丁寧な当てはめで構成しよう、又は直接適用を否定し類推適用の解釈と丁寧な当てはめで構成しよう」といった思考をとることができるようになるための論文対策をしたいところである。

〔出題趣旨〕

設問1は、請負契約に基づく請負人の債務の履行が原始的に不能であった場合に、請負人が請負代金相当額を請求することができるかを問う問題である。請負人が請負代金を請求するためには仕事の完成が必要であることを踏まえた上で、危険負担における債権者主義を定めた民法第536条第2項に基づいて請負代金を請求することができるかを論ずることが必要である。その際には、請負契約締結前の注文者の行為が「債権者の責めに帰すべき事由」に当たるかについて、自分なりの考え方を論理的に展開することが求められる。

設問2は、いわゆる処分授權によって他人の物を売却する権限を与えられた者が、権限を失った後にその物を売却した場合に、相手方が所有権を取得することができるかを問う問題である。設問2(1)においては、相手方は、売却した者がその物の所有者であると信じているため、即時取得が問題になる。そこで、即時取得の要件、特に占有改定によって民法第192条の「動産の占有を始めた」という要件を満たすかどうかを論ずる必要がある。設問2(2)においては、相手方は売却した者に処分権限があると信じているが、この処分権限は代理権ではないため、表見代理に関する規定が直接適用されるわけではない。そこで、処分授權と代理との違いを意識しつつ、その類似性に着目して表見代理に関する規定を類推適用することができるかを論じ、本問の事案がその要件を満たすかどうかを論ずる必要がある。

模範答案

1 第1 設問1

1 まず、請負契約に基づく報酬請求権（民法（以下法令名略）632条）を根拠とする請求が考えられる。

本件請負契約が成立しているところ、Aは本件請負契約は無効であると反論することができるか。確かに、本件請負契約による甲を修復する旨の債務は、本件請負契約の締結に先立つ令和5年6月15日頃までに本件損傷が生じたことから、原始的「不能」（412条の2第1項）である。しかし、412条の2第2項の内容から、債務が原始的不能の場合でも契約は有効であると解する。よって、上記Aの反論は認められない。

一方、「甲が現に修復されていない」とのAの反論のとおり、仕事の完成が認められない。

以上より、上記請求権を根拠とする請求は認められない。

2 次に、536条2項前段に基づく報酬請求権を根拠とする請求が考えられる。

上記のとおり、「債務を履行することができなくなった」に当たる。なお、当該要件は、後発的不能だけでなく、原始的不能も含むと解する。

「債権者の責めに帰すべき事由」について、確かに、Aは書画骨董品の収集を趣味とする個人にすぎない一方、Bは掛け軸、屏風及び衝立等の表装・修理や書画骨董品の売買等を行う専門の事業者である。また、Bは「甲は保存状態が悪く、その修復には高額の費用が見込まれるから、考え直した方がよい。」と述べたにすぎず、修復に同意している。

2

つまり、Aが本件請負契約の交渉過程において、甲の状態を確認しておらず、Bから数回にわたって「甲の状態や保管方法に問題はないか。」と問い合わせられても「問題ない。」と答えるのみで放置していたことは、やむを得ないとも思える。しかし、上記Bの発言から、Aは、本件請負契約を締結しBが実際に甲の修復を開始するまで、甲の保存状態が悪いまま放置してはいけないと認識することができたといえる。また、Aは東京在住、Bは京都に店舗を有する。つまり、Bが甲を受け取り、保管することができる状況ではなく、Aが甲を保管しなければならない状況であるといえる。それにもかかわらず、上記本件請負契約の交渉過程におけるAの態度は、不注意すぎるというべきである。さらに、本件請負契約締結に当たり、BがAに「甲の状態を最後に確認してから半年ほど経つが、その後どのように保管しているのか。現在も修復可能なのか。」と尋ねたところ、「きちんと保管しているから大丈夫だ。」と安易に回答したAの態度も、上記不注意の現れといえる。したがって、「債権者の責めに帰すべき事由」も認められる。

よって、536条2項前段に基づく報酬請求権を根拠とするBのAに対する請求は認められる。

3 上記請求の範囲について、Bは甲の修復に要する材料費等の費用一切として40万円を支払っているから、「自己の債務を免れたことによって利益を得た」（536条2項後段）に当たらない。

よって、250万円のBのAに対する請求が認められる。

第2 設問2の問い合わせ(1)

- 3 1 Dは、Cに対し、所有権（206条）に基づく返還請求権を根拠に、乙の引渡しを請求することができるか。
- 2 所有について、Cが乙をもともと所有しているところ、令和5年6月1日、Cは、Bに対し本件委託契約の契約条項(3)に基づき乙の返還を請求する旨の通知をしている。したがって、同月2日のB-D間の売買契約（555条）によるDの乙所有権取得（176条）は認められない。
- では、即時取得（192条）を根拠に、Dの乙所有権取得が認められるか。
- 乙は「動産」に当たるところ、BがDに「乙は、以後DのためにBが保管する。」と告げたこと、すなわち、占有改定による引渡し（183条）は「占有を始めた」に当たるか。即時取得の趣旨は、動産の占有という外形を信頼し所有者の支配領域を離れた動産の支配を確立した者を保護することにある。したがって、「占有を始めた」とは、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有の取得をいうと解する。そして、占有改定は、所有者の支配領域を離れていないから、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有の取得といえない。したがって、占有改定は「占有を始めた」に当たらないと解する。本件でも、上記Dへの引渡しは「占有を始めた」に当たらない。
- よって、即時取得を根拠とするDの乙所有権取得も認められない。
- 3 以上より、Dは、Cに対し、乙の引渡しを請求することができない。
- 第3 設問2の問い合わせ(2)
- 1 Dは、Cに対し、問い合わせ(1)と同様に、乙の引渡しを請求することができ

- 4 るか。
- 2 問い(1)と同様に売買契約によるDの乙所有権取得は認められないところ、表見代理（112条1項）を根拠に、Dの乙所有権取得が認められるか。
- 本件委託契約はCがBに乙をBの名において販売する権限を与えるものであるから、「代理権を与えた」に当たらない。したがって、112条1項の直接適用は認められない。
- では、同項の類推適用は認められるか。他人物売主の処分と代理行為は、権利者の意思を尊重する点で同一といえる。したがって、処分権限消滅後の処分行為の場合、同項の類推適用が認められると解する。本件では、本件委託契約による処分権限の授与、上記通知による処分権限の消滅が認められる。また、売買契約締結時、Dは乙について、Bは本件委託契約に基づく処分権限を現在も有していると信じているから、処分権限の消滅を知らなかつたといえる。一方、Bは、本件委託契約の契約書を示して、Cから委託を受けて、Bは乙の処分権限を有している旨を説明している。つまり、Dは、上記通知に関する契約条項(3)を認識しており、売買契約時にBが処分権限を有しているかどうかについてCへ確認する義務があったといえる。それにもかかわらず、Dが確認をした事実はないから、Dの過失が認められる。よって、112条1項類推適用を根拠とするDの乙所有権取得も認められない。
- 3 以上より、Dは、Cに対し、乙の引渡しを請求することができない。
- 以上