

【短答発表前】予備試験スタンダード論文答練【夏期】ガイダンス

いま押さえない
合格答案の条件

ガイダンスレジュメ

辰巳専任講師・弁護士

古海 健一 先生

辰巳法律研究所

【MEMO】

講師作成レジюме

辰巳専任講師 弁護士
古海 健一講師

1 はじめに（論文式試験一般論）

(1) 司法試験予備試験論文式試験における合格答案とは

ア 試験との関係

イ 法曹実務との関係

(2) 論文式試験に対する考え方

合格ラインギリギリで合格すればいい

(3) 論文式試験を解く姿勢

純粹に試験問題として解く

2 いま押さえない合格答案の条件

(1) 総論

- ・問題文に示された法的問題について法的知識を用いて妥当な結論を導くことに尽きる。
- ・事実（⇒妥当な結論）⇒法的知識⇒事実に対する評価⇒妥当な結論

(2) 合格答案の条件（アからオ）

ア 問題文を正確に読み、事案を正確に把握する

- ・登場人物の関係
- ・登場人物の行動、発言及び気持ち
- ・イベントの時系列
- ・問題文に記載はないが、当然にあり得る事実の発見

イ（アを前提に）事案における妥当な結論を検討する

- ・妥当な結論とは多くの人の納得を得られるような結論のこと
- ・登場人物の行動、発言及び気持ちを汲んで検討する

ウ 妥当な結論を導くために必要な条文や判例の選択

- ・普段の勉強の成果が問われるところ
- ・道徳や政策論とは異なり、国家権力による強制ができる
- ・条文や判例の選択を間違えたら、即、不合格答案

エ 問題文中の事実を評価する

- ・事実が条文や判例との関係でどのような意味をもつのか
- ・事実が妥当な結論を導く上でどのような意味をもつのか
- ・豊かな人生経験や幅広い知識がなければ、事実の評価は難しい

オ (エを前提に) 条文や判例にあてはめて、妥当な結論を導く

- ・妥当性を欠く結論は司法の自己否定
- ・法的知識の形式的な適用では結論の妥当性を欠く場合がある

3 具体的検討～平成27年度予備試験論文式試験問題(民法)を例に～

4 最後に(司法試験一般論)

[平成27年予備試験民法]

1 次の記事を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

2
3 【事実】

- 4 1. Aは、A所有の甲建物において手作りの伝統工芸品を製作し、これを販売業者に納入する事
5 業を営んできたが、高齢により思うように仕事ができなくなったため、引退することにした。
6 Aは、かねてより、長年事業を支えてきた弟子のBを後継者にしたいと考えていた。そこで、
7 Aは、平成26年4月20日、Bとの間で、甲建物をBに贈与する旨の契約（以下「本件贈与
8 契約」という。）を書面をもって締結し、本件贈与契約に基づき甲建物をBに引き渡した。本
9 件贈与契約では、甲建物の所有権移転登記手続は、同年7月18日に行うこととされていた
10 が、Aは、同年6月25日に疾病により死亡した。Aには、亡妻との間に、子C、D及びEが
11 いるが、他に相続人はいない。なお、Aは、遺言をしておらず、また、Aには、甲建物のほ
12 かにも、自宅建物等の不動産や預金債権等の財産があったため、甲建物の贈与によっても、
13 C、D及びEの遺留分は侵害されていない。また、Aの死亡後も、Bは、甲建物において伝
14 統工芸品の製作を継続していた。
- 15 2. C及びDは、兄弟でレストランを経営していたが、その資金繰りに窮していたことから、平
16 成26年10月12日、Fとの間で、甲建物をFに代金2000万円で売り渡す旨の契約（以
17 下「本件売買契約」という。）を締結した。本件売買契約では、甲建物の所有権移転登記手続
18 は、同月20日に代金の支払と引換えに行うこととされていた。本件売買契約を締結する
19 際、C及びDは、Fに対し、C、D及びEの間では甲建物をC及びDが取得することで協議
20 が成立していると説明し、その旨を確認するE名義の書面を提示するなどしたが、実際には、
21 Eはそのような話は全く聞いておらず、この書面もC及びDが偽造したものであった。
- 22 3. C及びDは、平成26年10月20日、Fに対し、Eが遠方に居住していて登記の申請に
23 必要な書類が揃わなかったこと等を説明した上で謝罪し、とりあえずC及びDの法定相続分
24 に相当する3分の2の持分について所有権移転登記をすることで許してもらいたいと懇願し
25 た。これに対し、Fは、約束が違うとして一旦これを拒絶したが、C及びDから、取引先
26 に対する支払期限が迫っており、その支払を遅滞すると仕入れができなくなってレストラン
27 の経営が困難になるので、せめて代金の一部のみでも支払ってもらいたいと重ねて懇願され
28 たことから、甲建物の3分の2の持分についてFへの移転の登記をした上で、代金のうち1
29 000万円を支払うこととし、その残額については、残りの3分の1の持分と引換えに行う
30 ことに合意した。そこで、同月末までに、C及びDは、甲建物について相続を原因として、
31 C、D及びEが各自3分の1の持分を有する旨の登記をした上で、この合意に従い、C及び
32 Dの各持分について、それぞれFへの移転の登記をした。
- 33 4. Fは、平成26年12月12日、甲建物を占有しているBに対し、甲建物の明渡しを求め
34 た。Fは、Bとの交渉を進めるうちに、本件贈与契約が締結されたことや、【事実】2の協議
35 はされていなかったことを知るに至った。
- 36 Fは、その後も、話し合いによりBとの紛争を解決することを望み、Bに対し、数回にわた
37 り、明渡し猶予期間や立退料の支払等の条件を提示したが、Bは、甲建物において現在も伝統
38 工芸品の製作を行っており、甲建物からの退去を前提とする交渉には応じられないとして、
39 Fの提案をいずれも拒絶した。

1 5. Eは、その後本件贈与契約の存在を知るに至り、平成27年2月12日、甲建物の3分の
2 1の持分について、EからBへの移転の登記をした。

3 6. Fは、Bが【事実】4のFの提案をいずれも拒絶したことから、平成27年3月6日、B
4 に対し、甲建物の明渡しを求める訴えを提起した。

5
6 **〔設問1〕**

7 FのBに対する【事実】6の請求が認められるかどうかを検討しなさい。

8
9 **〔設問2〕**

10 Bは、Eに対し、甲建物の全部については所有権移転登記がされていないことによって受けた
11 損害について賠償を求めることができるかどうかを検討しなさい。なお、本件贈与契約の解除に
12 ついて検討する必要はない。

【法務省発表の出題趣旨】

13 設問1は、甲建物に関する権利関係を明らかにした上で、甲建物の過半数の持分を有する者が他
14 の共有持分権者に対して明渡しを求めることができる場合があるかどうかを問うものであり、これ
15 により、事案に即した分析能力や論理的思考力を試すものである。また、設問2は、本件贈与契約
16 において贈与者が負う債務の法的性質や、共同相続人にその債務がどのように承継されるかを明ら
17 かにした上で、甲建物全部の所有権移転登記手続がされなかったことについて、共同相続人の一人
18 にその損害の全部の賠償を求めることができるかどうかを問うものであり、これにより、法的知識
19 の正確性や論理的思考力を試すものである。

平成27年論文式試験・民法再現答案①

Memo

P.1 第1. 設問1

2 1. Fは、Bに対して甲建物の所有権に基づく妨害排除請求として
3 建物明渡請求をすることを考えられる。これに対し、BはFが対抗要
4 件を具備するまでFの甲建物の所有権取得を認めない、と主張す
5 ることが考えられる。

6 Fは甲建物について3分の2の所有権移転登記を具備しており、
7 土地の所有権の3分の2は確定的に取得している。しかし、Bも
8 甲建物の3分の1について所有権移転登記を具備しているから、
9 Bは甲建物の3分の1について確定的に所有権を取得しており、
10 Fの上記主張は認められない。

11 2. そのため、次にFは持分権に基づく妨害排除請求権として建物
12 明け渡しをすることが考えられる。しかし、民法249条は、そ
13 の持分に応じて共有物の全部について使用することが出来ると定
14 めており、少数持分権者であってもその持分に応じた使用をする
15 権利を有するから、多数持分権者であっても、特段の事情がない
16 限り、少数持分権者に対してただちに明渡を求めることが出来る
17 わけではない。

18 本件において、Fは紛争を話し合いで解決することを望み、数
19 回にわたりBとの話し合いの場を設けている。これに対してBは
20 Fの提案を拒絶するばかりであるが、Bにも甲建物を使用する権
21 原があることからすると、話し合いの末明渡請求に応じないこと
22 が特段の事情にあたるとは言えない。

P.2 よって、Fは甲建物の3分の2の持分を有しているものの、B
2 に対する明渡請求は認められない。

3 第2. 設問2

4 1. Bは、Eに対して415条1項に基づく損害賠償請求をすること
5 とはできるか。415条1項に基づく損害賠償請求の要件は、①
6 債務不履行、②損害、③因果関係、④帰責事由の存在である。

7 (1) EはAの包括承継人であり、Bに対して甲建物の全部につい
8 て所有権移転登記手続きを行う義務を有する。Bはこの義務を
9 履行していないのであるから、債務不履行がある。
10 (2) 帰責事由とは、故意過失又は信義則上これと同視すべき事由
11 をいう。

12 甲建物の所有権移転登記手続きを全て履行できないのは、C、
13 Dが甲建物を売りその3分の2の所有権移転登記手続きをした
14 ためである。FとCD間の契約に際して、CDはEの同意があ
15 るとする偽造の書面をFに提示しており、CDはEに秘匿した
16 まま本件売買契約を締結しその代金を得ようとしていた。Eは
17 遠方に居住していたから、CDらのそうした工作に気付くこと
18 は困難であり、Eには故意過失又は信義則上これと同視すべき
19 事由は認められない。

20 よって、Eには帰責事由はないから、BのEに対する損害賠
21 償請求は認められない。

22 以上

【MEMO】

平成27年論文式試験・民法再現答案②

P.1 第1. 設問1

- 2 1. FはBに対し、所有権に基づく甲建物明渡し請求をしている。
3 2. これに対し、Bとしては、Fは無権限のC・Dから甲建物の売
4 却を受けたのであり、Fは甲建物の所有権を有さないとの主張が
5 考えられる。

6 (1) この点、BはAから甲建物の贈与を受けており、Fはその後
7 C・Dから甲建物の売却を受けているため、C・DはFへの売
8 却当時甲建物の所有権を有していなかったとも思える。

9 (2) もっとも、C・DはAの死亡を受け、被相続人の子として相
10 続を受けているのであり(887条1項、882条)、Aの包
11 括承継人に当たるから、相続人たるC・DはAと同一人格とし
12 て観念すべきである。

13 そして、AとC・Dを同一人格としてみれば、AからBへの
14 譲渡、C・DからFへの売却は同一人を起点とする二重譲渡に
15 当たるから、Bが所有権移転登記を備える以前になされたFへ
16 の売却時において、C・Dはなお甲建物の所有権を有していた
17 といえる。

18 したがって、Bの主張はあたらない。

- 19 3. 次に、Bとしては、Fが「背信的悪意者」であり、二重譲渡の
20 対抗関係に立つ「第三者」に当たらず、したがってBに対し甲建
21 物の所有権を主張しえないとの反論をすることが考えられる。

22 (1) この点、二重譲渡の一方譲受人が背信的悪意者に当たるとい
うためには、二重譲渡がなされた際に先になされた所有権の移
2 転行為について知っていたという悪意性に加え、先の譲受人を
3 陥れるためにあえて目的物の譲受をしたなど、保護に値しない
4 背信性を有することが必要であると解される。

5 (2) 本件についてみると、FはC・D・Eの間で甲建物をC及び
6 Dが取得することで協議が成立しているというC・Dの言葉を
7 受け、さらに偽造の書面を示されるなどしてC・Dが甲建物の
8 所有権を有していると信じ、購入に至ったのであって、そもそ
9 も悪意性が認められない。

10 したがって、Fが背信的悪意者であるとはいえない。

- 11 4. また、Bとしては、Fが「第三者」であっても登記を備えるま
12 ではBに対し所有権を対抗しえないと主張することが考えられる。

13 (1) 確かに、不動産に関する物権変動を第三者に対抗するため
14 には登記の具備が必要であるところ(177条)、Fは甲建物の
15 3分の2の登記しか得ておらず、第三者たるBに所有権を対抗
16 しえないとも思える。

17 (2) しかしながら、本件では相続により甲建物の共有状態が生じ
18 ているところ、不動産の妨害排除請求は保存行為に当たり、一
19 部の共有権を有する者によってもなしうる(252条)。そし
20 て、Fは甲建物の3分の2の登記を得ており、妨害排除請求を
21 なすのに必要な持分につき登記を経由しているから、Bに対
22 し所有権を対抗しようと解せられる。よって、かかる主張もあ
たらぬ。

P.3

- 2 5. ここで、Bとしては、自身は甲建物の占有権原を有しており、
3 明渡しに応じる必要はないとの主張をすることが考えられる。

4 (1) 前述のように甲建物は共有状態にあるところ、各共有者は共

5 有物の全部について持ち分に応じた使用をすることができると
6 されている(249条)。そして、BはAから甲建物を譲り受
7 け、Eから3分の1の持分につき所有権の移転の登記を受けて
8 いるのであり、少なくとも所有権の3分の1についてはFに対
9 抗し得、甲建物の共有者に当たるといえる。したがって、Bは
10 共有者としての地位に基づき甲建物の全部を使用することが
11 できるから、占有権原を有するといえ、Fの請求は認められない。
12 (2) もっとも、甲建物の3分の2の所有権につきBはFに対抗し
13 得ないから、Bは甲建物の占有につき、甲建物の通常の賃借料
14 の3分の2を不当利得として、Fに支払う義務が生じうる。

15 第2. 設問2

- 16 1. 前に述べたように、BはFに対し、不当利得返還債務を負いう
17 る。そこで、Bは甲建物の所有権につき残りの登記移転がなされ
18 なかったために、かかる債務が生じたとして、債務不履行に基づ
19 く損害賠償請求をすることが考えられる。
20 2. まず、Aが登記の移転を行わなかったことにつき債務不履行が
21 成立し、それによりAに生じた損害賠償債務をEが相続した(8
22 99条)として、Eに対する請求を行うことが考えられる。

P.4

2 (1) 確かに、債務不履行に基づく損害賠償請求権は金銭債権であ
3 り、一度発生した金銭債務は相続により各相続人に相続分に
4 応じ承継されるから、かかる構成をとればBはEに請求をなしう
5 るとも思える。

6 (2) しかしながら、AB間の本件贈与契約によれば、甲建物の所
7 有権移転登記手続は平成26年7月18日に行うこととされて
8 いたところ、Aは同年6月25日に死亡しており、Aの行為に
9 債務不履行が成立するとはいえない。
10 したがって、かかる主張はなしえない。

- 11 3. それでは、Aの相続人たるEの行為に債務不履行が成立し、E
12 がその責を負うとはいえないか。

13 (1) この点、Aの債務たる甲建物所有権移転登記手続債務はAの
14 死亡によりC・D・Eにそれぞれの相続分に応じて継承されて
15 おり、Eは所有権の3分の1につきBに登記の移転を行う債務
16 を負っていたといえる。

17 (2) もっとも、Eは本件贈与契約の存在を知り、甲建物の3分の
18 1の持分につきEからBへの移転の登記を行っているから、E
19 に債務不履行はない。

したがって、Eは損害賠償債務を負わない。

- 20 4. 以上より、BがEに対し損害賠償請求をすることはできない。

21 以上

平成27年論文式試験・民法再現答案③

Memo

P.1 設問1

2 1(1) FはBに対して、所有権に基づく返還請求権としての土地明渡
3 請求をしていると考えられる。かかる請求が認められるか否かに
4 ついて、Fに甲建物の所有権が認められ、それをBに対抗できる
5 かを検討する。

6 (2)ア まず、本件では、Aの死亡により、C、D、Eは甲建物を共
7 同相続しており(民法(以下法名略)896条本文)、甲建物
8 はC、D、Eが3分の1ずつの割合で共有することになる(9
9 00条1号、899条、898条)。

10 イ(7)そして、FはC及びDから甲建物を譲り受けている。この
11 譲り受けた甲建物のうち、C、Dの持分3分の2の部分につ
12 いては、Fは所有権を取得する。

13 他方、Bも被相続人Aから甲建物を譲り受けているものの、
14 Fは対抗要件たる登記を具備しているから、登記の不存在を
15 主張するにつき正当な利益を有する者たる「第三者」のBに
16 対して3分の2の部分の所有権を対抗できる。

17 (i)これに対し、Eの持分である3分の1の部分については、
18 C、Dは無権利者であり、他人物売買(560条)であるた
19 め、Fは所有権を取得できない。

20 この3分の1の部分については、前述のようにBはAから
21 甲建物を贈与され、Aの相続人Eから登記を得ているため、
22 Bが所有権を取得できる。

P.2 ウ 以上の検討から、甲建物はFが3分の2、Bが3分の1の持
2 分を共有している状態にあることになる。

3 そして、共有者の一人は、共有物の全部について、その持分
4 に応じた使用をすることができる(249条)。したがって、
5 Bは甲建物の全部について使用することができる。

6 (3)よって、FのBに対する共有持分権に基づく(冒頭では所有権
7 に基づくとしたが、上記検討によりFは3分の2の持分を有する
8 と判明したため共有持分権に基づく請求となる)土地明渡請求は
9 認められない。

10 2 そこで、Fは、甲土地をFが使用するという内容の管理方法を持
11 分の3分の2をもって決定することが考えられる(252条本文)。
12 これに対して、Bはこのような決定は共有物の変更(251条)に
13 当たるため、Bの同意なしにすることはできないと反論することが
14 考えられる。そこで、本件において、甲建物をFが使用するとする
15 ことが、共有物の管理に当たるのか、変更当たるのかを検討する。

16 本件では、甲建物は先代のAの時代から長年手作りの伝統工芸品
17 を製作するために使われており、現在でも後継者Bにより、伝統工
18 芸品の製作が行われている。このように、甲建物は伝統工芸品を製
19 作するための建物ということができ、建物内には伝統工芸品製作に
20 用いられる様々な設備・機械が設けられていると考えることができ
21 る。そうすると、このような甲建物を伝統工芸品製作以外の用途に
22 用いるためにFが使用することは、共有物の管理ではなく変更に当
たるというべきである。

P.3

2 よって、Bの同意がなければFが使用する旨の決定はすることが
3 できない。

4 3 以上より、FのBに対する甲建物の明渡請求は認められない。

5 設問2

6 1(1) BはEに対し、債務不履行(415条後段)に基づく損害賠償
7 請求をすることが考えられる。かかる請求が認められるためには、
8 ①債務不履行(履行不能)、②帰責事由、③損害、④因果関係、
9 があることを要する。以下検討する。

10 (2)ア ①について

11 本件贈与契約により、被相続人AはBに対して建物の所有権
12 移転債務を負っている。そして、Aの死亡によりかかる債務を
13 C、D、Eが相続している。そして、C、Dが甲建物の3分の
14 2の持分についてFに対して所有権移転登記をすることにより、
15 かかる債務は社会通念上履行不能になっている。

16 たしかに、Eは自己の持分の3分の1についてはBに対して
17 移転登記をしている。しかし、かかる債務は性質上不可分債務
18 である以上(430条参照)、C、DがFに移転登記してし
19 まった以上は、Eも債務不履行の責任を負うことになる。

20 したがって、債務不履行があるといえる。

21 イ ②について

22 帰責事由は、故意・過失又は信義則上それと同視すべき事由
P.4 がある場合に認められるのが原則である。本件では、C、Dが
2 E名義の書面を偽造し、Eに知らせずに勝手にFに所有権移転
3 登記をしていることから、履行不能につきEには故意過失等が
4 なく、帰責事由が認められないとも思える。

5 もっとも、履行遅滞中に履行不能に陥った場合には、それが
6 帰責事由なく不可抗力によるものであったとしても、信義則
7 (1条2項)上、債務不履行責任を負い得ると考える。本件で
8 は、所有権移転登記をする債務は平成26年7月18日が履行
9 期となっており、履行不能となった同年10月20日当時既に
10 履行期を徒過している状態にあった。そうすると、Eに帰責事
11 由がなかったとしても債務不履行責任を負い得るとも思える。
12 しかし、Eは平成27年2月12日頃になるまで贈与契約が存在
13 したことを知らなかったのであるから、履行期を徒過したこ
14 とにつき、帰責事由があったとはいえない。

15 よって、履行遅滞中の履行不能の場合には、不可抗力による
16 場合にも責任を負うとしても、そもそもEは履行遅滞中であ
17 ったとはいえないため、債務不履行責任を負わない。

18 (3) よって、BはEに対し債務不履行に基づく損害賠償請求をする
19 ことはできない。

20 2 次に、BはEに対し、不法行為(709条)に基づく損害賠償請
21 求をすることが考えられるが、前述のようにEには故意・過失がな
22 く、かかる請求は認められない。 以上