

予備試験スタンダード論文答練 松永クラスガイダンス

予備試験合格者が示す

合格までの最短距離

辰巳専任講師・弁護士

松永 健一 先生

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## ● 目 次 ●

- ◆ 講師作成レジュメ ..... 1
- ◆ 論証例 ..... 4
- ◆ 平成29年論文式試験問題民事系第1問講師作成答案例 ... 7

<予備試験合格者が示す合格までの最短距離>

1 合格するために必要な知識

- ①条文
- ②判例…射程の違い, 規範定立
- ③過去問研究 (出題趣旨・採点実感含む)

◎予備試験過去問

○ (旧) 司法試験過去問

△ (新) 司法試験過去問 もっとも, 出題趣旨・採点実感は一読の価値あり。

2 論文式試験を突破するにあたって, 自分に足りない能力は何か?

足りないものは一人一人違うはず。

考えられる原因としては, …

- (1) 単純な知識不足・論点の理解不足
- (2) 論点を分かってはいるものの, どう書いていいかわからない。
- (3) 論点は把握しているが, コンパクトに書けない。
- (4) 事実認定・評価の方法が分からない
- (5) 合格答案のイメージができていない。

3 結論から逆算して考える。

我々に求められているのは, 合格答案を10通そろえること。

→10通そろえるためには, まず, 骨組みに沿って書ききることが必要である。

(1) 単純な知識不足・論点の理解不足

- ・予備校のテキストや基本書で知識を確認する。
- ・短答式試験と関連付けて理解を深めていく。

→松永クラスでは, 予習講義の中で, 基礎知識の確認を行う。

(2) 論点を分かってはいるものの, どう書いていいかわからない。

(3) 論点は把握しているが, コンパクトに書けない。

- ・いわゆる基本論点といわれるものを理解した上で, 暗記していたかどうか?

→暗記が甘いと…

- ①答案構成・問題検討に時間がかかる。
- ②規範で点数が入らない。
- ③事実認定が雑になる。
- ④途中答案の原因になる。

- ・論証パターンの作成も1つの手

→賛否両論あるが, 私は賛成派

- ・典型論点・著名判例と同様の問題が出されたとき、このように書こうかと考えながら検討しているかどうか？

→ある程度、論証の仕方をまとめておくのも必要である。

→(例)民法におけるいわゆる二重譲渡の事案

- ・著名判例の分析→判例の射程を考えて読んでいるか？

- ・書ききることには主眼を置いているか？

→司法試験は書面審査である以上、理解していたとしても書かなければ点数が入らない。

→途中答案は、試験委員側に落とすための絶好の機会を与えてしまうことになる。

→私の場合

①答案構成 10分～15分

②後は書きながら考える（この部分はあまりお勧めできない。）

→自分に合った方法を考える。

→答練の利用など。とにかく本試験で書ききるための練習をする場所と考える。

- ・配点に従った内容・分量を守るべき

→分からない問題は最低限のことだけ書き、引き上げることも重要

→分かる問題でも書きすぎないことが重要

- ・松永クラスでは、予備スタ論の解説講義の中で、論証例の配布を行う。

→論点を理解し、暗記しやすい形にしておく。

(4) 事実認定・評価の方法が分からない

(5) 合格答案のイメージができていない。

- ・過去問の検討は十分であったか？

→私の場合の勉強法：過去問を答案化してストックを溜めておく。

→試験前は繰り返し読み、合格答案のイメージを作り上げる。

- ・出題趣旨検討はできているか？

→定期的に読み返すことも効果あり。

- ・問題文の問いに答えているか？

→近年の問題は直接的・間接的に誘導がされている。

もしくは、明らかに光っている事実がある。

→その部分を見逃さず拾うための規範定立・事実認定を行う。

- ・松永クラスでは、受講生の答案を参考にして、事実認定の方法や合格答案のイメージを伝えていく。

#### 4 具体例

- ・平成29年予備試験民法を素材として説明する。

## 177条の「第三者」関係の論点

### 不動産売買による所有権移転の時期

#### I：所有権移転時期について特約がある場合

- ・特約のとき

#### II：所有権移転時期について特約がない場合

- ・民法では意思主義が採用されており（176条）、売買契約はそもそも所有権の移転を目的としたものであるから、当事者間に別段の意思表示がない限り、所有権の移転は原則として契約時に生じる。

※最判S33.6.20は、前記下線部の代わりに、「特にその所有権の移転が将来なされるべき約旨に出たものでないかぎり」と限定を付ける

### 二重譲渡の理論的説明

→しかし、民法は公示の原則（177条）を採用し、登記を備えない限り第三者に対抗することができないとしている。

→よって、登記を備えない限り完全に排他性のある物権を取得することはできないと解する（不完全物権変動説）

→譲渡人は完全には無権利者とはならないので、残された権限に基づきさらに譲渡しうる。

→第一譲受人と第二譲受人で先に登記を備えた方が、目的物の所有権を取得する。

※この解釈が、一物一権主義違反となるかどうかは問題となる。もっとも、一物一権主義の内容を排他性のある権利が複数認められないと考えると、不完全物権変動の場合、排他性がないので、一物一権主義違反とはならなくなる。

---

### 「第三者」の意義

・177条の趣旨は公示の原則により取引の安全を図ろうとした点にある。

→よって、正当な利益を有しないものはその取引の安全を図る必要がなく、同条により保護する必要はない。このように、「第三者」の範囲は制限的に解すべきである。

→そこで「第三者」とは、当事者もしくはその包括承継人以外のもので、（不動産に関する物権の得喪の）登記の欠缺を主張する正当な利益を有するものをいうと解する。

### 背信的悪意者排除論

#### ・背信的悪意者（定義）

：不動産の第1譲渡がされたことを知っており（悪意）、かつ信義則に反するような動機・態様で当該不動産を譲り受けた者（背信性＝信義則違反）

・正当な自由競争の範囲内の取引であれば、たとえ悪意者であっても同条の「第三者」として保護することが取引の安全に資する。

→しかし、正当な自由競争の範囲を超え、登記の欠缺を主張することが信義則（1条2項）に反すると認められるいわゆる背信的悪意者は保護すべき利益を欠くから、「第三者」にはあたらない。（悪意及び信義則違反をあてはめる）

### 背信的悪意者からの取得者

・背信的悪意者は、第1譲受人に対する関係では信義則（1条2項）違反があるため、登記の欠缺の主張が許されないのみで、完全な無権利者ではない。

→転得者は有効に所有権を取得でき、自ら背信的悪意者でない限り、「第三者」にあたる。

→よって、先に登記を備えれば、所有権を取得する。

### 背信的悪意者でないものから譲り受けた背信的悪意者（絶対的構成）

・前主が「第三者」にあたり、登記を具備すればそこで権利関係が確定し、以後の承継人は背信的悪意者であっても保護されるものと解する。

（∵このように解しないと、法律関係が安定せず、取引の安全を害する）

※転得者が故意に善意者をわら人形として介在させた場合には、転得者の登記欠缺の主張は、権利濫用（1条3項）として、解決を図る。

## 承諾転貸後の法律関係

**承諾転貸後、貸貸人が債務不履行による解除をするためには、賃借人のみに催告をすれば足りるのか、それとも転借人に対しても催告が必要かが問題となる。**

(前提)：541条修正適用説

- ・541条の趣旨は、履行の催告を要件とすることによって、債務者に最後の考慮の機会を保障し、もって契約関係の維持・回復を図ることにある。

→かかる機会は、賃借人に与えれば十分である。

→よって、賃借人に対して催告すれば足り、転借人に対する催告なしに解除ができる。

そして、この解除をもって、転借人に対抗できる。

→この場合、転貸借関係は、原則として、貸貸人が転借人に対して目的物の返還を請求したときに、転貸人の転借人に対する債務の履行不能により終了する。(最判H9. 2. 25)

(転貸借契約終了後、転借人が使用収益を続ける場合、貸貸人は不法行為に基づく損害賠償請求又は不当利得返還請求をなす)

※この説に対しては転借人による第三者弁済(474条)の可能性を確保するべきではないか、承諾転貸については自ら承諾した転貸借を尊重すべき信義則上の義務があるのではないか(398条, 538条)という批判がある。

※その他、転借人に対する催告が不要であると解すると、原貸貸人・原賃借人(転貸人)間で債務不履行があると仮装すれば、転借人を追い出せてしまい、合意解除の場合との均衡を失するという批判がある。

**承諾転貸後、原貸貸借契約が合意解除された場合、転貸借関係はいかなる影響を受けるか**

- ・転貸借契約は、原貸貸借の上に成立しているものであって、原貸貸借が消滅すれば、転貸借契約はその存在の基礎を失い消滅するとも思える。

→もともと、自己の権利が他人の権利の前提となっているとき、その権利を放棄して他人の権利を害することは398条, 538条から許されない。(最判S38. 2. 21)

→よって、原貸貸借契約の合意解除は転借人に**対抗できない。**

※原貸貸借契約が合意解除されたが、債務不履行解除も可能であった場合、賃借人(=転貸人)が放棄しなくていい権利を放棄したとはいえないので、S38年判決の射程は及ばないという理解も可能である。

→この場合、転借人の賃貸目的物の使用・収益が妨げられなければよいのであるから、賃借人(=転貸人)は原貸貸借関係及び転貸借関係から離脱し、貸貸人が転貸人の地位を受け継ぐものと解する。



<予備試験平成29年民法 松永作成解答例>

[設問1]

- 1 CはAに対し、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求をすることが考えられる。以下、かかる請求が認められるか否かを検討する。
- 2 (1) 本件では、平成23年7月14日にBA間で甲建物の売買契約が締結されている。他方、平成23年12月13日にBC間でも甲建物の売買契約が締結されている。かかる場合、AとCのいずれが甲建物の所有権を主張することができるか。

民法では意思主義が採用されており（民法（以下、略）176条）、売買契約はそもそも所有権の移転を目的としたものであるから、当事者間に別段の意思表示がない限り、所有権の移転は原則として契約時に生じる。しかし、民法は公示の原則（177条）を採用し、登記を備えない限り第三者に対抗することができないとしている。よって、登記を備えない限り完全に排他性のある物権を取得することはできないと解する。すなわち、譲渡人は完全には無権利者とはならないので、残された権限に基づきさらに譲渡でき、第一譲受人と第二譲受人で先に登記を備えた方が目的物の所有権を取得する。

(2) 本件では、平成23年9月21日、Aに対して甲建物の所有権移転登記がされている。もっとも、Aの所有権移転登記の登記原因は、譲渡担保であって、BA間の売買契約ではないため、その効力が問題となる。

権利変動の原因は実態と一致する方が望ましい。しかし、登記の権利変動の不一致がわずかなものの場合に登記を無効とするのは、取引の安全を欠くので妥当ではない。そこで、所有権移転登記については、登記名義人が所有権を取得している限り、権利変動の原因に不一致があっても登記の効力に影響しないものと解する。本件では、AはBとの甲建物売買契約により甲建物の所有権を取得している。よって、権利変動の原因が譲渡担保であっても、登記の効力に影響しないものと解する。

以上より、本件では、Aが先に甲建物の所有権移転登記を備えているので、Aが目的物の所有権を取得することとなる。

- 3 (1) もっとも、Cは、Aの所有権移転登記の登記原因が譲渡担保であることを信頼してBと甲建物の売買契約を締結している。本件では、BがAを欺いて譲渡担保を原因とする所有権移転登記をしており、BA間には「相手方と通じてした虚偽の意思表示」（通謀）がなく、94条2項を直接適用できない。もっとも、登記を信頼して取引をした善意の者の犠牲の下に自ら不実の登記を作出した者を保護するのは不当である。そこで、94条2項を類推適用できないかが問題となる。

94条2項の趣旨は、虚偽の外観がある場合にこれを作成した帰責性のある表意者の犠牲の下に外観を信頼した善意の第三者を保護する点にある。そこで、通謀がなくとも、①虚偽の外観の存在、②実際の権利者の帰責性、③外観への信頼がある場合には、94条2項の趣旨があてはまるので、同条を類推適用しうると解する。また、③外観への信頼に関して、実際の権利者の意図しない外観が他人の行為によって作り出された場合には、本人が与えた権限を逸脱して代理行為がなされた場合と類似している状況がある。よって、かかる場合、94条2項に加え、110条も類推適用し、虚偽の外観を信頼したものが保護されるためには、善意のみならず、無過失まで必要であると解する。

(2) まず、譲渡担保を原因とする所有権移転登記がある場合、①虚偽の外観の存在があるといえるか。

譲渡担保は、形式を重視し、目的物の所有権は譲渡担保権者に移転するが、譲渡担保権者はその

所有権を担保目的以外には行使しないという義務を設定者に負うと解する。そして、設定者が弁済期に弁済した場合には、設定者が目的物の所有権を再度取得することとなる。

本件では、Aへの所有権移転登記は譲渡担保を登記原因としている。かかる登記により、Aに所有権が移転しているようにも思えるが、Bが弁済期に弁済した場合には、特にAの行為を必要とすることなくBが甲建物の所有権を取得するから、Bが所有権を弁済という行為により取得しようという外観があるといえる。以上より、本件では、甲建物の所有権をBが弁済により再度取得しようという虚偽の外観が存在する。

では、次に②実際の権利者Aに帰責性があるといえるか。本件では、Aは、Bが提示した譲渡担保設定契約書と譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記の登記申請書の意味を理解しないまま、Bの言葉を鵜呑みにして、書面を持ち帰って検討することもなくその場で署名・押印しており、法的知識がないとしてもあまりにも不注意な行為をしている。よって、Aには虚偽の外観作出について帰責性があるといえる。

では、③外観への信頼はあるか。

本件では、AはBの言葉を鵜呑みにして登記についてBに任せており、実際の権利者Aの意図しない外観がBの行為によって作り出されている。よって、Cが保護されるためには虚偽の外観について善意のみならず無過失である必要がある。しかし、Cは、Aが実際には甲建物の譲渡担保権者でないことを知らなかったが、知らなかったことについて過失があった。よって、Cには③外観への信頼はないといえる。

以上より、③の要件を満たさないので、Cの主張は認められない。

〔設問2〕

第1 CのEに対する請求について

1 本件ではCの承諾がある適法な転貸借の後、平成27年3月10日にCD間で賃貸借契約が合意解除されている。賃貸人Cはその解除の効力を転借人Eに対しても主張できるか。

転貸借契約は、原賃貸借の上に成立しているものであって、原賃貸借が消滅すれば、転貸借契約はその存在の基礎を失い消滅するとも思える。もっとも、自己の権利が他人の権利の前提となっているとき、その権利を放棄して他人の権利を害することは398条、538条から許されない。よって、398条、538条の類推適用によって、原賃貸借の合意解除は転借人に対抗することができないものと解する。

本件では、CDは原賃貸借契約を合意解除しているものの、その解除の効力を、転借人Eに対しては主張することができない。

よって、CはEに対し、甲建物の明渡しを請求することができない。

2 もっとも、この場合でも転借人の賃貸目的物の使用・収益が妨げられなければよいのであるから、賃借人(=転貸人)は原賃貸借関係及び転貸借関係から離脱し、賃貸人が転貸人の地位を引き継ぐと解することはできないか。転借人EがCD間の建物賃貸借契約の合意解除に同意しない場合でも、DからCに転貸人の地位が引き継がれるか。転貸人の地位は債務を含むものであり、債権者の同意が必要とされている免責的債務引受としての側面を有することになるから、転借人の承諾がなければ、その地位は移転しないとも思えるので問題となる。

免責的債務引受において債権者の同意が必要とされているのは、債務者の変更により債務の履行を受けることができなくなる恐れがあるからである。転貸人たる地位に伴う債務は目的物を使用・収益させる義務(601条)や、修繕義務(606条1項)など、誰でもなし得る非個人的なものである。したがって、免責的債務引受の際に生じる恐れは、転貸人の地位の移転の際には

生じず、転貸人の地位の移転において、転借人の承諾は不要である。

本件では、転借人Eは同意していないが、DからCに対して転貸人の地位が引き継がれる。

3 では、CはEに対して甲建物の使用について相場賃料である月額25万円の賃料を支払うように求めることができるか。

前述のように、Cは転貸人の地位を引き継ぎ、CE間は転貸借となる以上、CはEに対して転貸借契約に基づき、月額15万円の賃料しか請求することはできない。しかし、かかる場合でも、Cは賃料増額請求（借地借家法32条1項）ができるので不当とはいえない。

## 第2 EのCに対する請求について

1 本件修繕費用は甲建物に生じた雨漏りに対するものであり、目的物を使用・収益に適する状態に維持・保存するために必要な費用であるから、EはCに対し、必要費償還請求（608条1項）をすることが考えられる。

必要費の償還請求は支出後直ちにできる（608条1項）。本件で、Eは、DE間の転貸借契約が有効な平成27年2月15日に本件修繕費用を支出しており、DE間では甲建物の修繕に関して明文の条項はなかった以上、608条1項に基づいて請求することができる。

2 では、Eはかかる請求をCに対してすることができるか。必要費償還請求は、賃貸借もしくは転貸借関係に基づいて認められるものであり、その地位の移転があった場合には、新賃貸人もしくは新転貸人に対して必要費償還請求をすることができるものと解する。

本件で前述のようにCは転貸人の地位を引き継ぐ。よって、EはCに対して修繕費用30万円を支払うように求めることができる。なお、CD間では通常の使用により必要となる修繕については、その費用をDが負担することが合意されていたものの、本件請求は原賃貸借契約によるものではなく、転貸借契約によるものであるから、CはEに対してかかる合意を主張することはできない。また、雨漏りが通常の使用により必要となる修繕といえないことから、CはEに対してかかる合意を主張することはできない。

以上

## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435  
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F  
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335