

平成23年予備試験民法の問題について

谷 雅文から補足説明です。

本問は非常に基本的な問題であるにも関わらず、混乱している人が多く見受けられます。そこで、初学者のためにも正確な説明が必要だと思われるので、ここに説明を付加することにしました。

※ まず、この問題を考えるにあたり要件事実論を持ち出す必要はありませんし、要件事実論が本問の解析に役立つと言うものでもありません。そもそも、**弁論のことが問われている訳ではない**ので、D C間訴訟の弁論構造を説明する必要もなければ、訴訟物、請求原因、抗弁の順に説明することが求められている訳でもありません。有り体に言うならば、この問題は、民法の勉強がきちんとできている必要はありませんが、新問題研究や完全講義民事裁判実務の基礎等の要件事実本を読んでいないと答えられないものではないですし、それを読んでいれば解答にあたって有利になると言うものでもありません。

問われているのは甲土地の所有権に基づく物権的返還請求権の成否ですから、**その発生要件充足の有無を考える必要がある**だけです。これが分からないのは、それ自体が問題です。もっとも、「要件事実」を「法律要件」の意味で言うのであれば要件事実を考えるとすることになりますが、これは用語法の問題に過ぎず、中身の違いはないです。言葉使いで混乱しないように注意して下さい。

もちろん、要件事実ないし要件事実論を学ぶ必要はありますし、それ自体は結構なことですが、**それは弁論を理解するため**です。しかし、それで頭の中が一杯で他のことは考えられないと言うのはいけません。何よりも、**問題自体を正しく理解することに支障を来すようでは、本末転倒**です。そもそも、**事案分析にあたり、いきなり弁論の組み立てを考える必要はない**のですから、**「何でも要件事実」は間違い**です。つまるところ、それは要件事実ないし要件事実論を正しく理解し、具体的な事案（問題）に対して正しく使用することができていない状態に過ぎません。生兵法は大怪我のもとと言うのは司法試験にも妥当します。受験生の中で「**要件事実かぶれ**」「**要件事実ヒステリー**」が蔓延していますから、注意して下さい。

なお、これとは別に、答案の冒頭に訴訟物（本件では甲土地所有権に基づく物権的返還請求権）とその発生要件を示すことは構わないと思います。本問では、問い自体が検討すべき請求権を特定して示しているので、書いてあれば、予告編というカードが付いている形になるので、体裁が良いとは思いますが。

もっとも、それが必須不可欠なのかというと、そうではないのです（書いてないと減点とか、書いてあれば加点されると言う訳ではない＝どちらでも構わない）。このことは、この問題が「～甲土地を巡るC Dの法律関係について論ぜよ」とか「Dは甲土地についてCにいかなる請求ができるか論ぜよ」であった場合を考えて見れば分かるはずですが。このような場合であれば、甲土地の明渡請求だけでなく、賃料相当損害金についての考察も示す必要が出てきます。こうなると、解答にあたって

は冒頭に請求を示さない方が良いのであって、基礎体力診断体力テストや第2講(導入問題)と同様に、始めに先決問題に対する検討を示した上で(最終的に、甲土地の所有権はDに帰属し、Cは同土地上に乙建物を所有し、法律上の権原なく同土地を占有していると言う状態であることが示される)、これを踏まえてCに対する具体的な請求について説明した方が合理的で無理がありません。

つまり、この場合、冒頭に請求やその要件を示さない訳ですが、それでもDがCに対して甲土地所有権に基づいてその明け渡しを請求できると言うことは十分に説明することができるのです。そうすると、問いが請求権を特定している場合であっても、これは同じことです。

要するに、私は、この問題の問いは、「甲土地を巡るC Dの法律関係について論ぜよ」という問いの部分に過ぎず、賃料相当損害金の説明はしなくて良いと言うことなのだとして理解するのですが、いかがでしょうか？

なお、どうしても冒頭に請求を示したいなら、結論を前出しスタイルにしたら良いのではないのでしょうか。すなわち、「Dは甲土地の所有権に基づいてCに対してその明渡しを請求することができる。以下のとおりである。～」。これは好みの問題です。

※ 私は、この問題を考えるにあたって、**CやDの「生の主張」**を考える必要はないと思いますし(出番がないです)、そのようなことを考えて見ようとプロを志す皆さんに言うのは失礼でしかないと考えるのですが、どうしてもそう言われたいと言う人がいるなら、その理由を説明して欲しいと思います。

※ 私は、この問題に対する解答として、**「Cの反論」**などを記述するのは無駄(無益記載)でしかないので、避けた方が良く考えます。なぜなら、この問題文では**Cの反論を示せとか、Cの反論に留意せよ**という趣旨の注文は付されていないし、問題文でCがある反論をしていると言う設定にもされていないからです。つまり、それは求められていないのです。

無駄はそれ自体で減点されることはないと思いますが、**必要な事が落ちるリスクが増大する**ので、できるだけ避けるべきでしょう。そうしなくてはならない、あるいは、そうする方が良くとお考えの人は、その理由を説明できるのか考えて見ると良いです。

※ この問題は、**CD間のことを聞いている**のですから、**CとDの異同を示すことは重要**です。CDはいずれも民法94条2項の第三者に該当するのですが(客観面の充足)、主観面に違いがあり、それがCDの明暗を分けるのです。ですから、参考答案ではこの点の説明に一番ウエイトを置き、IRACの形を示しているのです。物権的返還請求権の要件のところはこれに比べると重要でない(大きな議論もないところ)です・但し頭の中では法的三段論法ができていなくてはいけません)、冒

頭に要件を明示していないのです（但し、要件の充足を示す必要はあります・これは参考答案5の冒頭記載のとおりですが、これで解答者が物権的返還請求権の発生要件を理解していることは十分伝わるはずです・また、このような記述方法は、基礎体力診断テストのCに対する請求について説明するときにも極めて有用です）。

これが分からないのは、これまたそれ自体が問題です。一体、**何のために法的三段論法を用いるのか**を考えましょう。それは、**読み手を説得するため**です。

なお、冒頭に物権的返還請求権の要件を示すことに問題があるという訳ではないので、そういう表現が好きなら、それで一向に構いませんし、そうすることによって要件充足の検討漏れを防止することに役立つと言う意味はあると思います。ただ、冒頭に要件①②③と明示したとしても、何故そうなるのかを論証していないのであれば、結局のところ、参考答案の記載と同じことなのだとすることは理解しておいて下さい。

以上に対して、**問題自体が要件を説明するように求めている場合には、その指示に従うべき**であることは当然です（ex,新司法試験平成29年民法設問1→「Cは、Bが甲1部分を所有することを認めた上でBの請求の棄却を求める場合、どのような反論をすることが考えられるか、その根拠及びその反論が認められるために必要な要件を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。」）。これは問題の指示なので、コスパが云々という場合ではありません。

※ 94条2項の第三者の意義（＝規範）の論証が必要か？

参考答案ではこの点の論証はしていませんが、それは、**ここに議論があったため**しがないからです（きちんと勉強すれば分かるはず）。参考答案記載のとおり、ここは法的三段論法をフルコースで示すべきところですが、法文の意味内容には争いがないので、これで構わないです（物権的返還請求権の成立要件について論証しないのと同じ）。177条の場合（争いあり・判例変更もあった）との違いを考えて下さい。「趣旨からの論証」も結構ですが、ここではそういうことよりも、**あてはめの丁寧さの方が重要**です。

※ 本件の事実関係の下では、**Cは不法占有者**ですが、このことはCの占有に法律上の権原がないことを示すことに直結するので、**これは明記すべき**です。これを示していない解答例がほとんどだと言うのは一体どういうことなのか？理解に苦しむところです。

また、**DはCの存在を知り得たとは言えますが**（問題文から言えるのはここまでです・そういう意味では落ち度はありますが、BD売買の内容が完全な所有権の売買だったとすると、DはCの存在を知らず、Bに騙されている被害者だと見るのが素直なところでしょう）、**その事によってCの地位に変化が生じる訳ではない**ので、Dの明渡請求が信義に反するとか、権利の濫用になると言うこともないです。従っ

て、そういったことを問題にする必要はありません。何か余程特殊な事実関係があれば別でしょうが、そのような事実は何ら示されてはいませんから、そういった記述はいいと無益記載で、どちらかと言うと有害です。

なお、BD間売買の内容が賃貸人の地位の移転を伴う底地売買である可能性はあります。DがCの存在について悪意であったら、そうなるはずですが、普通はそうなので、実務屋の感覚ではこの点を大いに疑いますね。それが事実なら、Cは明け渡しを拒めることとなりますが、これは借地借家法10条1項とは無関係です。しかし、そういったことを示す特段の事情は問題文中に示されていないので、考慮する必要はありません。ただ、普通ならこうだろうと言うことは最後に簡単に書いておいても良いでしょう。点が付くかどうかは不明ですが、印象は良いです。

※ Dの権利取得から説明しようとする人が多いようです。おそらく、これが請求原因に係わることだということと、これが肯定されないと始まらないじゃないと言う（感覚がある）のがその理由であるように思われます。

Dが権利取得しなければ始まらないのはそのとおりですが、他方で、同じことはCにも言えます。すなわち、Cが甲土地を占有しないなら始まらない。

Dが権利取得できないという場合であれば、Dの方から検討して行けば、これだけで要件の充足が認められないので、説明が簡単だと言うことは言えますが、本問ではそうではありませんから、どちらから行くのがより良いのかを考えるべきなのです。考えがないと言うのが一番いけません。

考えがなかったと言う人は、なぜ自分はそうなのかを見つめ直す必要があるはずですよ。

※ いわゆる法定承継取得説と順次取得説の対立は本件の結論に影響するものではないと考えられます。順次取得説（高森+四宮）は、善意の第三者Dの登場によって、BがAに対してAB間の虚偽表示が有効になったと主張できるようになると言っている訳ではありません。そう解することは可能でしょうが、実際にそのような主張をしている人はいないので（その結論が不当であることは明らかでしょう）、それは独自の見解と言うこととなります。従って、本問に解答するにあたり、この点を取り上げて議論する必要はありません。

※ BD間売買でDは甲土地の所有権を取得しますが、この権利変動も不動産の物権変動ですから、ここに民法177条の適用があります。もっとも、Cは不法占有者ですから、同条の第三者に該当しません（判例）。従って、Dは登記がなくても、甲土地所有権の取得をCに対抗することができますから、CD間ではDが登記を得たことはその法律関係に影響しません。Dへの登記はその時点でDが所有権の取得を確定させたことを意味しますが、これが、その後のA死亡による相続のところで大きな意味を持つこととなります。

※ この問題については、W e b上に多数の解答例が公開されていますが、その多くが、A死亡による相続開始によって、他人物賃貸人の地位と本人の地位が融合するのか、とか、追完するのか、Bが追認を拒絶できるかと言うことを問題にしています。

しかし、**そうしたことは問題にはならない**はずです。

人が死亡すると相続が開始しますが（民法882条）、このとき相続開始時点において被相続人に帰属していた権利義務が包括的に相続人に移転することになります（民法896条）。このように、相続の効果は包括的な権利義務の移転であって、人格の融合ではないですから、Aの死亡によってBがこれを単独で相続したからと言って、A=BがCに甲土地を賃貸していたことになる訳ではありません。そこで、相続開始時点でAが甲土地に対していかなる権利を有していたのかが問われることになります。

本問では、相続の開始前に、B D間売買および、それに基づく所有権移転登記により、Dの所有権取得が確定的になっており、その反面としてAは甲土地の所有権を確定的に喪失していました（民法177条）。つまり、**相続開始時点では、Aは甲土地の処分権およびその使用収益権能（民法206条）の全てを失っており（つまり、無権利者になっている）、その権限は全てDに帰属している**のです。

そうすると、その後の相続開始によって、BがAから甲土地に関する使用収益を追認したり、これを拒絶したりする権限ないし地位（資格）を承継すると解する余地はないですし、無権利者Aの地位ないし資格とBの地位が融合するとか併存するとか言ってみても意味がないと言う他はありません。

★ 上記のような現象はいわゆる「論点への飛びつき」と理解することができます（無権利代理と相続ですねー確かにこれは重要な論点です）。論点のところだけ勉強しているところこういうことに陥りやすいのです。あっあの問題だ・・・と思い込んだ途端に思考停止に陥り、この事案を考えることができていると言っていますね。「この事案を考える」練習をしましょう。どうしたら、このような悪弊から逃れることができるようになるのかを考えて欲しいと思います。その処方箋の一つが本講座です。

なお、論点の学修と言う観点からは、他人物売買の場合で目的物の所有者が後日これを追認した場合の効果を考えて見ましょう。そして、これを他人物賃貸の場合と比較して見ると良いのです。とても良い勉強になるはずです（このことは本講座第20講でも考えます）。

参考判例：平成23年重要判例解説・民法 No.9

＝民法判例百選 I 第9版No.34

※ この問題に対する解答は参考答案の程度で足りると思いますが、B D間の売買が底地売買である場合の他に、Cが勝てる場合があるか考えて見ました。

Cが勝つ枠組を考えることは可能だと思います。まず、本件ではB D売買の後に

Dは所有権移転登記を得ている訳ですが、そのことによって、Aは確定的に所有権を失ったことになり、これが決定的に重要でした。しかし、もしDへの所有権移転登記が未了の状態でもAが死亡して相続が開始したとしたらどうでしょうか？これはもう分かるはずですが。Aは登記こそ保有していませんが（所有名義人はB）、なお対外的には所有者として扱われますから、その地位がBに承継される（民法882条、同896条）。その結果、BCの賃貸借について他人物の賃貸借契約であったという瑕疵が消滅するので、CはDに対してその借地権を対抗することができるかと解されます（借地借家法第10条1項）。

そうだとすると、本件のDについて、登記を得ているが、未登記と同じ扱いにすることができれば、同じ結論を得ることができる訳です。それを可能にするのは、借地借家法10条1項ではなく、民法177条の解釈論だと思います。すなわち、「背信性」が認められれば（ex.基礎体力診断テストのC）、登記を得てもないのと同じ扱いですからね。そして、判例上は「善意でも背信的」と言うゾーンが認められているので、ここで何とかならないかと言う次第です。もっとも、本問題に示されている事実関係だけから、Dにそのような背信性を認定することはできないように思います。やはり、何か特段の事情が必要なのではないのでしょうか。この点は、令和元年予備試験民法の問題と比較して見れば理解しやすいでしょう。結局のところ、本問では、Dの権利取得態様に係わる細かい事情が何ら示されていませんから、こう言ったことは不問で構わないと思います。もっとも、考える素材としては良い教材です。

以上の次第ですから、本問がCの反論を示すように求めている理由が分かると思いますが、いかがですか？

また、本問では、Cの反論として、CがBとの間の土地賃貸借契約をAないしDに対抗できるはずだと主張することが考えられるということを書く人が多いようですが、こうした主張は、BC間の契約はいわゆる他人物の賃貸借契約であり、当事者間では拘束力があるものの、土地所有者Aには対抗できない＝合意は当事者だけを拘束する、という大原則（条文にない民法の原則のうちの一つ・法学教室No.152・11頁）に反するので、主張自体失当です。

あまりにも基本的な原則に反するものなので、実務家ならそのような主張はしませんから、そういう記述を見るとなんだかな～？と思います。本人訴訟なんではないでしょうか？そのようなことをわざわざ記載する必要は全くないです。司法試験は実務家登用の試験であるということを考えるべきでしょう。

ちなみに、原告となるDが、Bもと所有だとかAB間売買を真実だとかいう主張をしたら、Cは、そのようなDの主張があればこれを認めるはずですが。Cがこれを争ってAB間売買が虚偽表示で無効だなんて主張する訳がありません。なぜなら、AB売買によってBが甲土地の所有権を取得し、その後、自分は所有者であるBから甲土地を賃借し、同土地上に自己所有名義の乙建物を所有している、BD間の甲土地売買は、それが事実だとしても、その後のことなので、CはDに借地権を対抗

できるというのが、Cの描く勝利の方程式だからです（借地借家法10条1項・要するに、土地や建物の登記簿の記載のとおりだと言う主張が想定される）。すなわち、A B間の甲土地売買が本当のことであれば、DはCに勝てないのです。ですから、そういう主張は飛んで火に入る夏の○・・・致命傷になりかねないのでいけません。本人訴訟ならともかく、弁護過誤にならないよう注意して下さい。

※ こう言うては身も蓋もないのかも知れませんが、私は、この問題は素直に読めば分かると思うのです。

これが分からないとか、難しいと思うのは、何か余計なことをしている可能性が高いので、考えて見ると良いです。その余計なことを取り除けば結構分かるのではないのでしょうか。

簡単なことをややこしくするのは多くの場合、無益以上に有害なので、止めましょう。

分かるということが何よりも大切な事なのです。