

# 琉球大学学術リポジトリ

法科大学院における民法教育に関する一考察  
ー不動産の売買・賃貸借の解除に関する事案の検討  
を中心としてー

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2009-12-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 宮城, 哲 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/13907">http://hdl.handle.net/20.500.12000/13907</a>

# 法科大学院における民法教育に関する一考察

## 不動産の売買・賃貸借の解除に関する事案の検討を中心として

宮 城 哲

- 一 総論 - 法科大学院教育と新司法試験との関係等
- 二 平成20年新司法試験論文式試験民事系第1問の分析・検討
- 三 法科大学院における民法教育に関する一考察

### 一 総論 - 法科大学院教育と新司法試験との関係等

#### 1 法科大学院教育と新司法試験との関係

法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律（以下「連携法」という）によれば、法科大学院教育を中核とする新しい法曹養成制度においては、法科大学院教育、新司法試験及び新司法修習が有機的に連携することが求められており<sup>\*1</sup>、司法試験法においても、司法試験と法科大学院教育及び新司法修習との有機的連携が求められている<sup>\*2</sup>。

かかる連携法及び司法試験法の趣旨からすれば、新司法試験が法科大学院を踏まえたものでなければならぬのはもちろん<sup>\*3</sup>、逆に、新司法試験からの影響によって法科大学院教育の充実・改善が図られるということも想定されているはずである。

そこで、本稿では、法科大学院教育との有機的連携が図られているはずの平成20年新司法試験の論文式試験の民法の問題を分析・検討し、そこに込められた法科大学院教育に対するメッセージを読み取り、法科大学院における民法の

---

\*1 連携法第1条、第2条参照

\*2 司法試験法第1条第3項参照

\*3 新司法試験実施に係る研究調査会「新司法試験実施に係る研究調査会報告書」（15年12月11日）3頁等参照

授業において、何をどのように教育しなければならないのかということについて具体的に考えてみたい。

具体的な問題の分析・検討の前に、新司法試験の論文式試験で何が試されているのかについて確認しておく。

## 2 新司法試験論文式試験において何が試されているのか

司法試験法によれば、司法試験は、「裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な学識及びその応用能力を有するかどうかを判定することを目的とする国家試験」であり（第1条）、論文式試験は、「裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な専門的な学識並びに法的な分析、構成及び論述の能力を有するかどうかを判定することを目的」として実施され（第3条第2項）、その採点及び成績評価においては、「その受験者が裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な学識及びその応用能力を備えているかどうかを適確に評価するため、知識を有するかどうかの判定に偏することなく、法律に関する理論的かつ実践的な理解力、思考力、判断力等の判定に意を用いなければならない」とされている（第3条第4項）。

つまり、司法試験で試されているのは、実務法曹となろうとする者に必要な「学識」と「その応用能力」であり（第1条）、論文式試験において試されている「応用能力」は、「法的な分析、構成及び論述の能力」（第3条第2項）、「法律に関する理論的かつ実践的な理解力、思考力、判断力等」（第3条第4項）である。

かかる司法試験法の規定に基づく新司法試験考査委員会議の採点及び成績評価等の実施方法・基準に関する申合せ事項においても、論文式試験の採点に当たっては、「事例解析能力、論理的思考力、法解釈・適用能力等を十分に見ることを基本としつつ、全体的な論理的構成力、文書表現力等を総合的に評価し、理論的かつ実践的な能力の判定に意を用いる」とされている\*<sup>4</sup>。

この新司法試験審査委員会議申合せ事項の表現を借りれば、新司法試験で試される応用能力は

「事例解析能力」、「論理的思考力」、「法解釈・適用能力」等が基本であり、さらに

「全体的な論理的構成力」、「文書表現力」等も試されているということになる。

ここで注意すべきは、これらの応用能力は、理論的なだけでも足りず、実践的なだけでも足りず、「理論的かつ実践的」なものでなければならないということである。

これは、極めて重要なメッセージであると考えべきである。つまり、法科大学院において行われているはずの「理論と実務を架橋」した教育の成果を試すという意味を有することはもちろんであるが、さらに、実務法曹にとって必要な能力はすべて「理論的かつ実践的」でなければならないという意味も込められていると考えるべきである。実務法曹の主要な職責は、現実に発生している具体的な紛争の解決であるが、実践からかけ離れた理論だけでは現実の紛争は解決できないし、理論による支えのない実践だけでは日々発生する新たな問題・困難な問題を抱える紛争を適切に解決することはできないからである。事例の分析においても理論的な側面からの分析と実践的な観点からの分析が必要であり、かかる分析によって発見した問題点を解決するために必要な思考力、判断力、法解釈・適用能力も理論的かつ実践的である必要があることは言うまでもないし、実務法曹が紛争解決のために作成する法文書も理論的かつ実践的である必要があるのである。だからこそ、新司法試験において「理論的かつ実践的」な能力の有無を試しているのであり、法科大学院教育において「理論と実務の架橋」が求められているのである。

---

\*4 平成21年1月21日新司法試験審査委員会議申合せ事項「新司法試験における採点及び成績評価等の実施方法・基準について」第2の1の(4)参照

以上を前提に、平成20年新司法試験論文式試験民事系第1問の不動産の売買・賃貸借の解除及び不動産の相続に関する問題を具体的に分析・検討する。

## 二 平成20年新司法試験論文式試験民事系第1問の分析・検討<sup>\*5</sup>

### 1 分析・検討の視点

本稿で新司法試験の論文式試験の民法の問題を分析・検討する目的は、そこから法科大学院における民法教育に対する具体的なメッセージを読み取ること、すなわち、法科大学院教育で身に付けさせなければならない将来の法曹に必要な「学識」とはどのようなものか、「応用能力」とはどのようなものかを具体的に読み取ることである。

最も重要な分析等の対象は、「論文式試験問題」<sup>\*6</sup>自体であるが、さらに、法務省が公表している「論文式試験出題の趣旨」<sup>\*7</sup>、「採点雑感等に関する意見」<sup>\*8</sup>及び「新司法試験考査委員に対するヒアリングの概要」<sup>\*9</sup>の分析等も必要不可欠である。

試験問題をより正しく分析等するために、まず、出題の趣旨、次に採点雑感等に関する意見とヒアリングの概要を検討し、その後に試験問題を分析・検討することとする。

なお、試験問題等をすべて掲載するのが読者にとって便宜であるが、大部であるし、法務省のHPで公表されているので、各自ご参照いただくとして、全

---

<sup>\*5</sup> 本稿の目的は、具体的な民法の問題から法科大学院における民法教育に対するメッセージを読み取ることである。分析・検討の中で問題の解説や評価にわたる部分もあるが、本稿は問題の解説や問題としての適切さを評価することを目的とするものではないことを確認しておく。なお、筆者の本問題に対する評価は、平成20年11月1日に開催された日弁連主催の新司法試験シンポジウムのパネリストとしてコメントしている。日弁連が作成した同シンポジウムの報告書の中に筆者のコメントも掲載されているので、興味のある方は、ご参照いただければ幸いである。

<sup>\*6</sup> <http://www.moj.go.jp/SHIKEN/SHINSHIHOU/h20-21-05jisshi.pdf>

<sup>\*7</sup> <http://www.moj.go.jp/SHIKEN/SHINSHIHOU/h20kekka01-8.pdf>

<sup>\*8</sup> <http://www.moj.go.jp/SHIKEN/SHINSHIHOU/h20kekka01-9.pdf>

<sup>\*9</sup> <http://www.moj.go.jp/SHINGI/SHIHOU/090121-2.pdf>

文の掲載は割愛させていただく。

## 2 出題の趣旨の検討

まず、総論として、「本問は、不動産の売買・賃貸借・相続等に関し、財産法と家族法にわたる民法上の様々な問題について、基本的な理解の有無を確認するものである。単に知識の確認をするだけでなく、掘り下げた考察をしそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した論述をする能力、具体的事実について法的観点から評価し構成する能力なども評価の対象となる。」としている。学識のみならず、掘り下げた考察などの応用能力も評価の対象としており、多少表現は異なるが、上記一の2でみた採点基準と合致するものである。

設問1は、「マンションの1戸の売買をしたが、買主の代金不払により売主が契約を解除したところ、解除前に買主が目的物を賃貸し、更に賃借人が無断転貸をしていたという事案で、売主が賃借人及び転借入に明渡しを求める場面の問題である」が、小問(1)については、「賃借人に対する所有権に基づく返還請求に対し、賃借人の反論(賃借人は売買契約解除前の第三者である。)の当否を問う。民法第545条ただし書の趣旨及び「第三者」の意義、第三者の対抗要件の要否とその意味、賃借人の対抗要件(借地借家法第31条第1項)、第三者の善意・悪意など、基本的理解を確認する。「解除と第三者」に関しては、第三者は目的物の譲受人として論じられることが多いが、ここでは目的物の賃借人であるという特色がある。」としている。定評のある民法のどの概説書にも記載されているような基本的な論点についての知識の確認が中心であり、後で検討するように特に高度な応用能力は試されていない。

小問(2)は、賃借人に対する賃貸借契約終了に基づく返還請求について、賃借人の2つの反論の当否が問われているが、第1の反論(賃借人は買主から賃借したのだから、売主が賃貸借契約を解除することはできない。)については、「売買契約の解除に伴う賃貸人の地位の買主から売主への移転、それにより売主

が賃貸人として賃貸借契約を解除できるに至ったこと、その前提として売主に目的物の所有権の登記が求められることなど、基本的な理解を確認する。契約解除の場面における『賃貸人たる地位の移転』についての考察や賃貸借契約解除原因の発生時期と賃貸人（売主）による解除権の行使時期との関係についての考察があれば、それも評価する。」としている。前提となる知識は賃貸人の地位の移転に関する基本的なことであるが、後で検討するように事案の特殊性から比較的高度な応用能力が必要な問題であり、掘り下げた考察が必要な本問の中心的な問題であると思われる。

第2の反論（目的物は現在、転借人が使用しており、賃借人は占有していないので、売主の請求には理由がない。）については、「所有権に基づく返還請求ではなく、賃貸借契約終了に基づく返還請求では、相手方の占有の有無は問題とならないという基本的理解を確認する。なお、これは『不動産の間接占有者に対する引渡ししないし明渡しの請求』というより高度な問題にもかかわるが、そこまでの叙述を不可欠とするものではない。」としている。高度な問題についての検討は必ずしも必要でないと明示しており、賃貸借契約終了に基づく返還請求の要件事実についての基本的な知識・理解を試す問題である。

小問（3）については、「無断転賃を理由とする解除における『背信行為と認めるに足りない特段の事情』となるべき具体的事実の指摘とその理由の説明を求める。賃貸借と転賃借との利用形態がほぼ同様に賃貸人の許諾した範囲内にあるといえること、両者の契約内容が同じであること（特に転賃人に差額による利益を取得する意図がないこと）、転賃人の主観的悪性が低いことなどを示す事実を挙げ、整理して理由付けることが求められる。背信行為論の抽象的説明のみをするのではなく、具体的事実との関係で説得的な論述ができるかを問うている。」としており、知識だけでは対応できない具体的事実の整理と評価という応用能力が求められる特徴的な問題である。

設問2は、「マンションの1戸の賃貸人が死亡し、その9か月後に遺産分割が

された場合について、相続開始時から遺産分割時までの間に支払われた賃料の帰属を問う」問題であるが、「関連する近時の最高裁判決の判旨を問題中で示した上、その評価も求めている。賃料債権が相続財産（遺産）の範囲に含まれるかどうか（民法第396条）、及び、遺産分割の遡及効との関係（同第909条）を明確にした上、判例の見解に対する評価を述べ、自らの見解に基づく具体的結論とその法的構成を示すことが求められる。本問の賃料の性質（法定果実であること、相続開始後に発生した分であること、金銭債権であることなど）のどこを重視するかなどにより、複数の考え方があり得るが、それぞれの問題点についての基本的な説明と説得的な理由付けのほか、論述全体としての論理的整合性が求められる。」としている。近時の最高裁の判決の判旨が示されており、当該判例を知っていることは必ずしも必要ではなく、むしろ、相続法や財産法の基礎的知識・理解を駆使した理論的かつ実践的な論理的思考力・判断力等、主に応用能力を試す問題だと思われる。

### 3 採点雑感等に関する意見、ヒアリングの概要の検討

「新司法試験審査委員に対するヒアリングの概要」は、「採点雑感等に関する意見」に基づくヒアリングの概要であり、重複する部分が多いため、まとめて検討する。

採点雑感等に関する意見等における出題趣旨やねらいについては、上記二の2の「出題の趣旨」と重複するので省略する。

採点方針については、「受験者の能力を多面的に図ることを目指し」、「第1に、民法上の基本的な問題についての理解が着実にできているかどうかを確かめることにした」「第2に、単に知識の確認をするだけでなく、掘り下げた考察をしそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した叙述をする能力、及び、具体的事実について法的観点から評価し構成する能力を確かめることにした」「第3に、基本的な問題の奥に存在する、より高度な問題に気が付いて、それに取り組む



答案があれば、これを積極的に評価することにした」し、「総花式に緒論点に浅く言及する答案よりも、ある論点についての考察の要所において周到堅実や創意工夫に富む答案には高い評価を与えるようにする反面、論理的に矛盾した構成やあり得ない法的解釈をするなど積極的な誤りが著しい答案には低い評価を与えるようにし」たという点は極めて重要である。知識の有無や量ではなく、基本的な問題についての着実な理解を前提に、様々な応用能力を試し、この点を重視するという採点方針であり、高く評価されるべきである。

これと関連して、採点雑感において興味深いことは、まず、設問1に比べて設問2の出来が余りよくなかったということである。理由としては、設問2が家族法の分野からの出題であるというも大きいと考えられるが、設問1が覚えている知識を書ける場面が比較的多い問題であったのに対し、設問2は主として応用能力を試す問題であったということも大きな理由であると思われる。この点は、設問1の中でも、一応の水準に達している答案が小問(1)(2)よりも小問(3)の方が少な目であったという点にもあらわれていると思われる。小問(3)は主に具体的事実の整理・評価という応用能力が試されている問題であり、知識だけでは対応が困難だからである。また、「いわゆる『論点』についての画一的な解答をするにとどめる答案の中に、論理的不整合に気付かないもの、その他の問題で実力が十分でないことを露呈したものが目に付いた」ということが強調されているように感じられた。いわゆる論点主義の暗記中心の勉強の弊害を指摘したものと思われ、法科大学院教育を受けてきた受験生の中でそのような論点主義の勉強をしている者が少なくないことの指摘だと思われる。

今後の法科大学院教育に求めるものについては、採点方針で指摘した「民法上の基本的な問題についての着実な理解、掘り下げた考察をしそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した叙述をする能力、具体的事実について法的観点から評価し構成する能力、より高度な問題にも取り組もうとする姿勢は、いず

れも法律家になろうとする者に今後とも求められるものである」としており、正当である。また、下位の答案に非常に質の低いものも見られるとの指摘などもあり、そのような者については、「基本的な理解を着実に習得することが必要とされよう」としているが、この点はヒアリングの概要の中で、「基本的な理解」というと誤解され、判例や論点の暗記に走ってしまうおそれもある。そうではなく、現実の問題を解決するための基本的な理解、つまり基本的な知識だけではなく、『理解』という点が重要であると、改めて強調したいと思う」としていることと併せて理解する必要がある。現実の問題を解決するために応用可能な形で「理解」することが重要であることを指摘した極めて重要な指摘である。さらに、ヒアリングの概要において、「法科大学院の側の問題として、もう少し家族法や相続法もやるべきなのであると思う」という指摘もあった。

#### 4 試験問題の分析・検討

##### (1) 設問1の小問(1)

上記2の2の出題の趣旨の検討でも指摘しているが、試されている学識は、民法第545条ただし書の趣旨及び「第三者」の意義、第三者の対抗要件の要否とその意味、賃借人の対抗要件（借地借家法第31条第1項）、第三者の善意・悪意など、定評のある民法のどの概説書にも記載されており、当然法科大学院において正しく理解させるよう教育していなければならない基本的な知識・理解である。

出題の趣旨では、「『解除と第三者』に関しては、第三者は目的物の譲受人として論じられることが多いが、ここでは目的物の賃借人であるという特色がある。」としているが、その特色によってより高度な事例解析力や事実の評価が必要になるとは思われず、特に高度な应用能力は求めていないと思われる。ただ、この論点における「善意・悪意」という概念を抽象的にしか理解していなければ、本件においてY1は残代金の弁済期未到来時点で未払いであったことを認

識していたに過ぎないのに（弁済期末到来なら未払いが当たり前）、この事実だけをもってY1が悪意だから保護されないという解釈・適用をしてしまうおそれがあり、実際そのようにした受験生が少なからずいたようである。基本的な知識を理解したというためには、抽象的な理解に止まらず、具体的な事実関係において事案に即した適切なあてはめができなければならないということができよう。

## （2）設問1の小問（2）

小問（2）の第1の反論は、上記二の2の出題の趣旨の検討でも指摘したとおり、比較的高度な応用能力が試されていると思われる。すなわち、「学識」として要求されているのは、いわゆる賃貸人の地位の移転、賃貸人としての権利行使の前提として目的物の所有権の登記が求められることなど、定評のある民法のどの概説書にも記載されており、当然法科大学院において正しく理解させるよう教育していなければならない基本的な判例の知識・理解である。しかし、賃貸人の地位の移転は、通常、建物の売買に伴うものとして議論されており、建物の売買でなく、解除の場合に適用できるか（売買契約と解除との違いから生じる問題に気付き、対応できるか）、その法律構成をどうすべきかについては、なかなか高度な応用問題である。しかし、その分析や解決に必要な知識は基本的なもので足りるし、必要な応用能力もやや高度ではあるが法科大学院で身に付けられる程度の分析力・思考力等であり、適切な応用問題といえる。また、かかる高度な問題に取り組もうとする姿勢も試されているといえよう。

第2の反論については、「不動産の間接占有者に対する引渡さないし明渡し of 請求」という高度な問題についての検討は必ずしも必要でない」と明示されているので、「学識」として要求されているのは、どこの法科大学院でも教育されているであろう賃貸借契約終了に基づく返還請求における要件事実論についての基本的な知識・理解であり、特に高度な応用能力は試されていないように思わ

れる。但し、持っている理論・知識を示し、簡単なあてはめで処理する、つまり「論理的」な説明だけで解答するに止まらず、直接占有を有さない者に対する請求を認める実益があるのかという「実践的」な思考・判断をすることも求められている問題とも考えられる。

### (3) 設問1の小問(3)

小問(3)は、「学識」としては、無断転貸を理由とする解除における「背信行為と認めるに足りない特段の事情」に関する判例等の知識・理解が求められており、定評のある民法のどの概説書にも記載されており、当然法科大学院において正しく理解させるよう教育していなければならない基本的な知識である。しかし、設問に答えるためには、さらに、実務基礎科目で学ぶ規範的要件に関する要件事実の理解を前提とした具体的事実の整理・評価が必要である。このような具体的事実の整理・評価ができる能力は、司法試験合格後の司法修習において必要不可欠な能力であり、本問のような形で司法試験で試すことが望ましい問題といえる。他方で、論点の暗記を中心とする勉強では対応が難しい問題であり、法科大学院教育に対する重要なメッセージだといえる。

### (4) 設問2

設問2は、近時の最高裁判例を素材にするものであるが、その知識がなくとも解答できるように、判決要旨を問題文中に示し、設問中に検討すべきことのヒントを示した上で出題されており、近時の最高裁判例に関する知識・理解を「学識」として要求しているものではないであろう。

本問で「学識」として要求されているのは、応用能力の前提として、遺産の範囲に関する民法第896条、遺産分割の遡及効に関する議論、法定果実に関する理解、金銭債権に関する多数当事者の債権関係に関する理解など、法科大学院において正しく理解させるよう教育していなければならない基本的な知識・理

解であり、これらの基本的な知識・理解があれば、法科大学院で身に付けることが可能な理論的かつ実践的な論理的思考力等の応用力で解答できる問題であるといえよう<sup>\*10</sup>。また、相続の分野からの出題であるが、ここで「学識」として要求されている程度の相続に関する知識は、司法修習や実務において当然必要とされるものであり、これを有することを前提とした司法試験の出題はむしろ望ましいとも言える。

### 三 法科大学院における民法教育についての一考察

#### 1 考察

以上検討してきたところから、法科大学院における民法教育において、何のように教育しなければならないかは自ずと明らかになってきていると思われる。

つまり、新司法試験の論文式試験において「学識」として要求されているレベルの基本的な知識については、法科大学院教育の法律基本科目である民法科目において正しく理解させるような教育ないし自主学修の指導をしなければならない。そして、以上検討してきたとおり、新司法試験の論文式試験において求められている「学識」のレベルは本当に基本的なものであるため、法学未修者が3年間でこれらの正しい理解を得ることは、合理的な学修指導がなされれば十分に可能なことである。

また、新司法試験において「応用能力」として要求されている能力については、例えば、設問1の小問(3)のような具体的事実の適切な整理・評価は、演習科目でもある程度の教育はできるものの、それだけでは絶対的に時間が不

---

<sup>\*10</sup> もっとも、設問中に示されている判決要旨が限定的に過ぎ、出題趣旨に合致するに足りる情報として十分ではないのではないかという疑問がある。また、法科大学院教育との整合性という観点からは、事実関係の指摘のない判決要旨だけをみせて、具体的事案の検討をさせることの妥当性についても疑問がないではない。この点に関し、平成20年新司法試験論文式試験民事系第2問の民事訴訟法の問題における判例の示し方は、法科大学院教育に合致するものと高く評価できる。

足しているし、自主学修で身に付けることも難しいことから、演習科目に加えて、さらに臨床教育を含む実務基礎科目において一定の時間をかけて繰り返し教育するのが適切である。その他法律基本科目で学んだ基本的な知識や理解を現実の紛争を解決できるよう具体的事案に即して使いこなせるように理解を深化させるためにも、臨床教育を含む実務基礎教育は有益である。

本稿では、新司法試験の論文式試験問題を一問検討したに過ぎないが、それだけでも法科大学院教育の充実・改善に必要な多くのメッセージが読み取れたと思う。ただ、一問だけの検討では、「学識」や「応用能力」の内容やレベルに対する具体的イメージが十分には掴みきれないところもあると思われ、この点については、本稿のような分析・検討方法で多くの新司法試験の問題を分析・検討していけば、よりイメージが具体化し、法科大学院で教育すべきこともより明確になってくると思われる<sup>\*11\*12</sup>。

以下、本問に関してこのようなレベルの答案が書けるように教育・指導することについて具体的イメージがもてるよう、筆者が作成した本問に関する参考

---

<sup>\*11</sup> 新司法試験問題の分析等から法科大学院教育を考えることに対しては、法科大学院教育は新司法試験対策のためのものではないという批判もあると思うので、誤解のないように言っておくと、筆者も法科大学院教育は、法曹となるために必要なマインドとスキルを身につけさせるためのものであり、新司法試験に合格させることが目的でないと考えている。但し、新司法試験は、法曹になるために必要な学識と応用能力を試すものであり、法曹になるために必要な学識と応用能力が何かということをはっきりと示す一つの検討資料として有意義であり、新司法試験の問題を分析・検討することが、新司法試験に合格させることしか考えていないように考えるのは、偏見に満ちたさもない発想といわざるを得ない。新司法試験で試されている学識と応用能力は、司法修習を行うにあっても、その後法曹として活動していくためにも必要なものであり、これを身につけさせる教育は、法科大学院において必要不可欠ともいえるのである。

<sup>\*12</sup> 新司法試験問題の検討から法科大学院教育を検討しているが、これをすれば法科大学院教育として十分だと考えているわけではない。新司法試験で試される能力は、法曹になるために必要な資質のほんの一部でしかなく、法曹倫理であるとか、リサーチ能力やコミュニケーション能力など、新司法試験で試されていないことの方が重要であると考えていることは指摘しておきたい。実際、法科大学院で法情報調査・法文書作成の授業を担当してきたし、ロイヤリングの授業は現在も担当しており、かかる科目の重要性については十分認識しているつもりである。今回は、新司法試験とのむつび付きという視点で法科大学院教育を検討したので、このような内容になっているとご理解いただきたい。

答案例を紹介して本稿を終わりとする。なお、この参考答案例は、純粹未修者が3年間の法科大学院教育で達成可能なレベルを想定して作成したものであることを付言しておく。

## 2 参考答案例

### 第1 設問1

#### 1 小問(1)

(1) Y1の反論は、Y1が民法545条1項但書の第三者として保護される結果、Y1にはXに対抗できる占有権原があるという反論と思われるが<sup>\*13</sup>、解除前に甲不動産を賃借していたY1は同条項但書の第三者として保護されるか、Y1がAの残代金未払いを認識していたことなどから問題となる<sup>\*14</sup>。

(2) 同条項但書は、解除の遡及効を制限することにより、解除された契約の目的物につき新たな権利を取得した者の取引の安全を保護する趣旨であるから<sup>\*15</sup>、ここで保護される第三者は、解除された契約の目的物につき解除前に新たな権利を取得した者をいうと解すべきである。また、解除原因につき第三者の善意悪意を問題にすべきではない。明文上要求されていないし、債務不履行があっても解除されるとは限らず、悪意でも保護に値しないとはいえないからである<sup>\*16</sup>。もっとも、何ら帰責性のない解除権者の利益を害してまで第三者を保護する以上、第三者は取得した権利につき対抗要件を備えていることが必要であるというべきである<sup>\*17</sup>。

(3) 本件では、Y1は、甲不動産につき解除前に新たに借地借家法の保護を

<sup>\*13</sup> 反論の分析。民法545条1項但書の第三者に該当する旨の主張は所有権喪失の抗弁の関連で主張であることが多いが、ここでは占有権原の抗弁の主張になっているという特色がある。

<sup>\*14</sup> 本件事案でなぜ問題になるのか、事案を分析した結果も簡潔に示し、事案に即して考えていることを示している。

<sup>\*15</sup> 条文の趣旨から解釈し、基礎から考えることができることを示している。

<sup>\*16</sup> 形式的理由と実質的理由を示している。

<sup>\*17</sup> 対立利益を把握し、これらを調整する視点から解釈できることを示している。

受ける建物賃借権を取得しており、解除された契約の目的物につき解除前に新たな権利を取得した者として保護されるべきである。なお、Y 1 は A の残代金400万円の未払いを認識していたが、前述のとおり第三者の保護につき善意・悪意は問題にならないし、そもそも残代金の弁済期末到来時点で未払いであったことを認識していたに過ぎず、これをもって Y 1 の要保護性は何ら減退しない。また、Y 1 は、賃借権の登記（民605）こそないが、借地借家法31条で対抗力が認められている建物の引渡しを受けており、第三者として保護されるために必要な対抗要件を備えていると評価すべきである。

(4) よって、本件 Y 1 は民法545条1項但書の第三者に該当し、対抗要件も備えているから、Y 1 の反論は認められると考える。

## 2 小問(2)

### (1) 反論について

ア Y 1 の反論は、X は賃貸借契約の当事者でなく、同契約を解除することはできないというものであるが<sup>\*18</sup>、X が A との間の売買契約を解除したことに伴い賃貸借契約における賃貸人の地位が A から X に移転したことになるか。この点、判例上、賃貸不動産が譲渡された場合には、これに伴い賃貸人の地位も移転すること、この移転によって通常賃借人に不利益はないので賃借人の承諾が不要であることが認められている。しかし、本件は、賃貸不動産の売買ではなく、解除の事案であることから、売買の場合と同様に賃貸人の地位の移転が認められるか問題が生じる<sup>\*19</sup>。

イ 結論としては、本件では A から X への賃貸人の移転があったと認めるべきである。なぜなら、小問(1)のとおり Y 1 が解除前の第三者として保護され、X としては所有権に基づく返還請求ができない上、賃貸人として

<sup>\*18</sup> 反論の分析。

<sup>\*19</sup> 基本的な学識として賃貸人の地位の移転に関する最高裁判例を指摘し、本件が解除の事案で、判例の事案と異なることから、応用的な問題が生じていることを指摘し、事案分析に基づく問題発見能力があることを示している。



の権利行使もできないのでは、あまりにも解除権者の不利益が大きいからである<sup>\*20</sup>。

問題はこの結論を導く法律構成である。貸借人の地位の移転は、不動産貸借権の対抗力がその根拠だと考えられるところ、解除には遡及効があるので(民545 本文)、借地借家法31条1項にいう貸借建物引渡し後に「建物について物権を取得した」といえるか問題となる。しかし、解除により所有権が復帰したとみるのが実態に合致しているし、本件のY1は解除前の第三者として保護され、同人との関係では解除の遡及効は制限されるのであるから、本件では、Y1への建物引渡し後Xが「その建物について物権を取得した」ものとして、同条項の「その効力」として貸借人の地位の移転が認められると考えられる。また、Xの解除の意思表示には賃貸人の地位の移転の申込みも含まれていると解釈し、Aが、「Xから売買契約を解除されたことはやむを得ない」と考え、登記に関する必要書類一式をX代理人Lに交付したことを基礎にAの承諾もあったと認め、AX間の合意によって貸借人の地位が移転したと考えることもできる<sup>\*21</sup>。

いずれにせよ、本件において、AX間の合意に基づきAからXへの賃貸人の地位の移転が認められる。

ウ なお、本件の解除原因である無断転貸はAが賃貸人であったときに生じているが、無断転貸によって生じた信頼関係破壊状態は新賃貸人との関係にも引き継がれるというべきであり、XがAのもので発生した解除権を引

---

<sup>\*20</sup> 法律構成(許容性)の議論の前に、事案に現れた事実関係から賃貸人の地位の移転を認めるべきだという一定の結論をとる必要性を指摘し、事実分析に基づく実践的な判断力を有していることを示している。

<sup>\*21</sup> やや難易度の高い、初めて考える応用問題に真正面から取り組む姿勢を示し、かつ、基本から考えることによって一定の解決策を見いだしたその思考過程を示している。なお、本来は一つの法律構成を示せば足りるが、考えられる他の法律構成を簡潔に示すこともありうる。本問では、当事者の合意による貸借人の地位の移転を基礎付ける事実があることから、事実分析力等をアピールする意味で、この法律構成も簡潔に記載している。

き継いで行使しようと解する<sup>\*22</sup>。

エ また、判例上、賃貸人の地位の移転において新賃貸人が権利行使をするためには賃貸建物の譲渡につき対抗要件が必要とされているが、本件では、XからAへの移転登記が抹消されたことにより、Xへの所有権復帰につき対抗要件が備わっているといえる<sup>\*23</sup>。よって、XはY1に対し解除権を行使することができる。

オ 以上から、Y1の反論は認められない。

## (2) 反論 について

Y1の反論は、甲不動産を直接占有しているのはY2であり、Y1は直接占有していないというものであるが<sup>\*24</sup>、これは認められない。

なぜなら、Xの主張する賃貸借終了に基づく返還請求権は、賃貸借契約に基づき発生するものであって（民616、598参照）、賃借人の占有は要件でないからである。なお、賃貸人が間接占有者の賃借人に対して返還請求することは、通常これが賃料相当損害金の請求と合わせてなされること、賃借人が直接占有者へ明渡しを働きかける可能性もあることなどから、実際上も意味があるとされる<sup>\*25</sup>。

## 3 小問 (3)<sup>\*26</sup>

本件において、賃貸人・賃借人間の信頼関係を基礎とする賃貸借契約<sup>\*27</sup>の

---

<sup>\*22</sup> 解除原因が発生した後、賃貸人の地位が移転し、新賃貸人が解除権を行使していることから生じる問題点の検討。中心的な論点でないため、丁寧な理由付けまでせず、問題点に気付いていることを示すに止めている。

<sup>\*23</sup> 新賃貸人が解除する前提として目的物の所有権の登記が必要である旨の基本的知識を指摘し、本件では、移転登記でなく、抹消登記であるという事案の特殊性をやや丁寧に指摘している。

<sup>\*24</sup> 反論の分析。

<sup>\*25</sup> 反論については、理論的な説明だけで解答できるが、理論的かつ実践的な能力を示す観点から、直接占有していない者への請求をすることが理論的に可能なのはもちろん、実践的にも意味があることを示している。

<sup>\*26</sup> 小問(1)(2)のように客観的立場からの解答ではなく、Y2の立場にたって解答することが求められている。

<sup>\*27</sup> 背信行為ないし信頼関係破壊が問題とされる賃貸借契約の基本的性質を示している。

無断転貸における「背信行為と認めるに足りない特段の事情」として、Y 2 が主張立証すべき具体的事実とその理由は次のとおりである。

A・Y 1間の賃貸借が居住目的であり、AはY 1が配偶者と小学生の子 1人を呼び寄せて同居する可能性があること了解していた。そして、Y 1・Y 2間の転貸借も居住目的であり、転借人Y 2（Y 1の叔父）は、配偶者及び子2人（子はいずれも小学生）と同居して居住していること。

理由は、賃貸借と転貸借との利用目的・利用形態がほぼ同じで、転貸借がもともと賃貸人が許諾した範囲内に止まっており、背信行為とまでは言い難いからである。

賃貸借と転貸借の内容が、賃料額（8万円）、賃貸期間（2年間）、権利金・敷金の額（16万円・20万円）において同一であること。

理由は、賃貸借と転貸借の契約内容がほぼ同じであり、Y 1に差額による利益を取得する意図はなく、背信性が乏しいと考えられるからである。

Y 2はY 1の叔父であり、家計が苦しく、低廉な住宅に移転する必要のあった叔父から執拗に求められて、最初は断っていたが、結局、転貸に依拠することとしたこと。

理由は、困っている叔父からの執拗な求めにやむを得ず応じたものであり、転貸人の主観的悪性が低く、背信性が乏しいと考えられるからである。

## 第2 設問2

- 1 Bは、遺産分割の結果、相続財産を構成する賃貸不動産が相続開始のときに遡ってBのものになり（民909）、賃料は賃貸不動産の法定果実であるから（民88）、相続開始のときからBが取得すべきものであるとして（民89）、Cに対し、不当利得の返還請求権として90万円の支払請求をしていると思われる（民703）<sup>\*28</sup>。

---

<sup>\*28</sup> Xの主張している権利が不当利得返還請求権（民703）であることを明らかにしている。

2 まず、相続財産の範囲については、賃貸不動産とこれから発生する賃料は別個の財産であり、しかも、本件賃料は相続開始後に発生しているものであるから、相続財産にはあたらないと考えられる（民896条）<sup>\*29</sup>。

3 そうだとしても、遺産分割の効力は、相続開始のときに遡るのであるから（民909）、かかる遡及効を徹底すれば、Bの請求が認められることになりそうである。

しかし、民法上、相続放棄において遡求効が徹底されているのと異なり（民939参照）、遺産分割の場合は、第三者保護規定があるなど（民909但等参照）、遡求効が必ずしも徹底されてはいない。

そして、本件の場合も遺産分割の遡求効を徹底すべきではない。

なぜなら、問題になっている賃料債権には債務者（賃借人）という第三者が存在し、共同相続人間の合意から生ずる遡求効によって、第三者たる債務者に債権者の変動という不利益を及ぼすべきではないからである<sup>\*30</sup>。

4 このような立場からすると、設問の最高裁判例の見解は正当である<sup>\*31</sup>。

なぜなら、相続開始後・遺産分割前に遺産たる不動産から生ずる賃料債権が遺産でなく、また、第三者たる債務者に不利益とならないよう遺産分割の遡求効が制限されるのであるから、民法427条の分割債権の原則のとおり、上記の賃料債権を各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得することになるからである。

5 かかる判例に照らせば、相続分に応じてCが取得した45万円分の賃料についてはCが取得することに法律上の原因があるので、BのCに対する90万円全額の不当利得返還請求は認められないことになる（Bの相続分に応じた45万円の限度で認められることになろう）。

---

<sup>\*29</sup> 設問2で要求されている相続財産の範囲の問題についての言及。

<sup>\*30</sup> 設問2で要求されている遺産分割の効力の問題についての言及であるが、遺産分割の遡求効を徹底するか否かが本件の大きなポイントだと考え、やや丁寧に論じている。

<sup>\*31</sup> 設問2で要求されている判例の見解に対する評価。

B C間の実質的公平を考えた場合、Bが億劫だと感じてやらなかった事務処理をCが行ってきたことによって賃料が確保できていたのであるから、Bの90万円全額の請求を認めるのはかえって不公平であり、上記結論が妥当だと考える<sup>\*32</sup>。

以上

---

<sup>\*32</sup> 理論的な検討で結論を出したので、実質的公平という実践的な観点からも結論が妥当であるとの補足を加えた。