

2022度司法試験論文試験：民法コメント付解答例

2022年6月24日

松岡 久和

以下は、十分な時間をかけて書いたものであり、どんな基準で採点されても90点以上（A+）になるとの自負があります。2時間という試験時間の中ではここまで書けるとの期待はなく、この60%程度（ある程度の脱落や誤りがあるもの）がとれば、司法試験でも合格答案でしょう。そういうものとして読んでください。

1 設問1

(1) 小問(1)

(a) 請求・反論・再反論

Cは、①A所有の甲につき、A B間の契約①とB C間の契約②により所有権を取得した（事実4・5）、②Aが甲を占有している（設問）ことを請求原因として、甲の引渡しをAに求める。

これに対して、Aは、次のようにCの所有権取得を積極否認する。A B間の契約①はAの意思に基づかず、Bへの移転登記も抵当権抹消の依頼のための書類を用い、Bが偽造した書類を加えて行われたもので（事実4）無効である。それゆえ、Bは所有権を取得できず、無権利者Bとの間で締結された契約②によっても、登記に公信力が認められていない日本法の下では、Cには所有権は移転しない、と。

Cは、さらにこれに対する反論として、次のように主張するものと予想される。すなわち、事実関係をみると、AがCと通謀して積極的に虚偽の外観であるC名義の登記を作出したもので、また、この外観を後に承認したものでない、94条2項の適用も類推適用も望めないところである。そこで、以下のとおり構成する。Aは、移転登記に必要な書類をBに交付し、Bが移転登記を行うことを可能にした。AがBの言を信じてしたとしても、そのあまりに迂闊な態度には重大な過失があり、自ら虚偽の概観を積極的に作出し、またはこれを知りながらあえて放置した場合と同視しうほど重い帰責性がある。BはAから与えられた抵当権抹消登記手続の申請代理権を超えた行為を行っている点で、越権代理に類似する。一方、Cは、甲の登記記録を確認し、Bに経緯の説明を求めるなど必要な注意を尽くしているから善意・無過失である。よって、94条2項および110条の類推適用により、Cは甲の所有権を取得した、と。

(b) 検討

AはBに騙されたのであり、詐欺の被害者と同程度の帰責性はあるとしても、その帰責性は本来の通謀虚偽表示に類する重いものではない。のみならず、甲はAが占有しており、Cは、AにもA B間の売買契約の経緯を確認するなどすればBの行為が違法で無効なものであることは容易に見破ることができたのであり、少なくとも過失がある。このように、帰責性の要件も善意・無過失の要件も充足されない。いずれかの要件の充足が否定されるだけで94条2項と110条の類推適用は否定される。

よって、いずれにしてもCは甲の所有権を取得しておらず、Aは、Cの所有権に基づく

- 1 指摘** TBE00600@hotmail.co.jp
→ 小見出しを付けることがお勧めです。ここでは、解説講義とは異なって、書く分量を圧縮するため、請求から再反論までをまとめて書いています。訴訟物は外しています。書き方はいろいろあると思います。
←
- 2 指摘** TBE00600@hotmail.co.jp
→ 問題文にせつかく契約①～⑧と名称を付けているので、起案でも積極的に使いましょう。
←
- 3 指摘** TBE00600@hotmail.co.jp
→ 事実の摘示を簡略に表示しています。なお、所有権移転時期についての議論は、本問では重要ではないので、代金支払や移転登記の事実、ここには書いていません。
←
- 4 指摘** TBE00600@hotmail.co.jp
→ たんに、「争う」とか「否定する」とかでも良いです。これは要件事実の否認と抗弁の区別がわかっているというアピールですが、間違っていると痛いですよ。
←
- 5 指摘** TBE00600@hotmail.co.jp
→ 主張が複数の文章で構成される場合、主張の終わりを明示する表現です。
←
- 6 指摘** TBE00600@hotmail.co.jp
→ 省略可能ではありますが、なぜ単純類推ではなく、110条との重畳適用型類推になるのかを補強しています。
←
- 7 指摘** TBE00600@hotmail.co.jp
→ 最判平18・2・23民集60巻2号1546頁参照。この指摘は不可欠。
←
- 8 指摘** TBE00600@hotmail.co.jp
→ 110条類推の基礎を明示。
←
- 9 指摘** TBE00600@hotmail.co.jp
→ 過失の指摘は不可欠ではありません。加点狙いです。
←

甲の引渡請求を拒むことができる。

(2) 小問1・請求1

(a) 請求・反論・再反論

Dは、Cに対して、①Dの所有権取得（事実8の契約③）および②Cの登記名義（事実11）甲の所有権に基づき、真正な登記名義の回復を登記原因とする甲の移転登記を請求する。
Cからは、契約④や契約⑤を指摘して、BやCがDと対抗関係にある177条の第三者に当たること。および、Bが対抗要件を備えるまではBの所有権取得を認めない旨の対抗要件の抗弁、または、BまたはCの登記具備によるDの所有権喪失の抗弁を出すことが目に見えている。そこで、Dは、訴えの当初から、③Bの悪意と背信性を基礎づける事実（事実9：契約④におけるBの加害目的、売買価格の低廉さ）および④Cの悪意と背信性を基礎づける事実（事実11：契約⑤における契約③とAの無資力状態についての悪意）を主張して、CもDもBの登記の欠缺を主張する正当な利益を欠く背信的悪意者である、という主張をすると思われる。

(b) 検討

i Bは背信的悪意者

民法177条は、競合する権利関係の優劣等を登記の具備の先後により画一的に定めることにより、第三者の善意・悪意を問わずに取引の安全を保護する趣旨であるが、物権変動につき悪意であるにとどまらず、登記欠缺の主張が信義則に反するいわゆる背信的悪意者は、正常な競争者の枠を外れるものであり、例外的に同条により保護される第三者に含まれない（判例・通説）。

Bは、AD間の売買契約を知らずながら、恨みを抱いているDを害する目的で、時価の半額程度で契約④を結んで先に登記を備えており、典型的な背信的悪意者に該当する。それゆえ、Cは登記がなくても背信的悪意者Bには所有権の取得を主張できる。

ii Cは背信的悪意者とはいえない

まず、背信的悪意者であっても登記の欠缺を主張できないだけであって所有権ではあるから、転得者は、自身が背信的悪意者でない限り、所有権を有効に承継取得できる、と解されている（判例・通説）。

たしかにCは、AD間の売買契約の事実およびAの無資力状態を知っていた。しかし、Bの加害意図を知らず、BがDより先に所有権移転登記を備えているからBが所有者であると判断したともいえ、その場合にはそもそも悪意者ではない。仮に悪意だとしても、Aの無資力状態についての悪意は、後述する詐害行為取消しの問題を生じるにすぎず、背信性を基礎づける事実ではない。Cは、時価相当額の4000万円で契約⑤を締結しており（事実11）、正常な競争者であって、背信性を基礎づける事実は見当たらない。

よって、例外としての背信的悪意者排除は妥当せず、原則に帰って、Dより先に登記を備えたCがDに優先するため、Dの請求は棄却される。

(2) 小問(2)の請求2

(a) 請求と反論

Dは、転得者Cに対して、AB間の契約④の取り消しを求めたうえで、Aへの真正な名

10 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 不可欠ではありませんが、登記についても正確に認識しているぞというアピールです。

11 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 抗弁・再抗弁という構成で分解して書いてももちろん良いです。

12 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 背信的悪意者排除の規範部分なので、しっかり書いて欲しい。

13 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 規範に該当する事実の摘示。本問では、加害目的だけでも十分背信的悪意者と認定されます。背信的悪意者の類型などは、本問では詳述する必要がないと思います。

14 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 転得者の扱いについての規範部分。最判平8・10・29民集50巻9号2508頁を参照。

15 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 本問では背信的悪意者性を否定するのが素直でしょう。設問に対応する結論の明示をするのが良いと思います。

なお、詐害行為取消権に基づくDへの移転登記は制度趣旨から否定されます。請求2が問われているので、ここでは書く必要はないと思います。

16 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 請求の趣旨として取消しと原状回復としての移転登記を明示するのが良いでしょう。

義回復を登記原因とする甲の所有権移転登記手続を求めるものと思われる。(424条・424条の5の1号・424条の6第2項)。

まず、Bを被告とする場合の詐害行為取消権は、①DのAに対する被保全債権(事実8の契約③の履行不能に基づく損害賠償債権)、②詐害行為(事実9:A B間の契約④が廉価売却でありBに移転登記されたこと)、③Aの悪意(事実8:事業不振であり甲はAの唯一のめぼしい財産であることをAは自覚)、④詐害性(事実8・9:財産減少行為—事業不振時の唯一のめぼしい財産の廉価売却)により基礎づけられ、上記①の被保全債権は金銭債権で強制執行可能であり(424条4項)、上記④の詐害行為は売却行為で財産権を目的とする(同条2項)から、要件をみたす。Bの悪意は、Bが自らの善意を主張・立証する責任を負うためDが主張・立証する必要はない。

これを基礎として、さらに、⑤転得者Cの悪意(事実11:契約⑤とAの無資力状態についてのCの悪意)を主張・立証して、Cに対しても詐害行為取消しを主張し、取消しの効果として、⑥甲についてのAの元所有(事実1)および⑦甲についてのCの登記(事実11)を主張・立証して、取消しによりAに復帰する所有権に基づいて、CからAへの移転登記請求を基礎づける。

Cは、Bの善意を主張してBに対する詐害行為取消しを争うか、または、上記⑤のC自身の悪意を争うものと思われる。

(b) 検討

BはCへの売却に際して、Aが甲のほかに十分な資力を有していないことを説明していた(事実11)こと、および、その状況で時価の半額で甲を買い受ける契約④を締結していることから、契約④が廉価売却の詐害行為に当たることにつき悪意であったと思われる。そのため、Cが、Bの善意を立証することはできない。

他方、転得者Cに対する取消しは、「転得者が、転得の当時、債務者がした行為が債権者を害することを知っていた」(424条の5第1号)を、取消権のあるDが主張・立証しなければならない。たしかに、CはAが無資力状態であったことについてBから説明を受けているが、相当価格での売却だと原則として財産減少行為とならないので(424条の2参照)、424条で詐害行為が成立するためにはA B間の契約④が廉価売却に当たることが必要であり、Cにもその認識が必要である。なお、いわゆる二重の悪意(Bの悪意まで認識すること)の必要がないことは、同条の立法過程およびそれに連動する破産法の改正から明らかである。

よって、契約④が廉価売却に当たることについてのCの悪意をDが主張・立証できれば、転得者Cにも取消しの効果を主張して、登記の回復を求めることができる。

2 設問2

(1) 請求3

Fは、①F G間の賃貸借契約(事実12の契約⑥と乙のGへの引渡し)および②賃料支払時期の到来(事実15)を原因として、Gに60万円の賃料請求を行う(事実15の請求3)。

(2) 各主張の根拠

⑦のGの主張

F H間の金銭消費貸借契約に基づく債務αを担保するための譲渡担保契約(事実13の契

17 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 根拠条文は面倒なのでここにまとめましたが、個別に摘示しても良いです。

18 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ この段落では424条の要件とそれに当てはまる事実を比較的短くまとめています。特定債権者も取消権を行使できるかは、本問では、書いても良いですが、全体の記述量を考えると、書かなくても減点はされないだろうと思います。

なお、受益者の善意・悪意も転得者の抗弁との関係で書いておく方が良いですが、積極要件ではないので省略できます。

19 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 書き落としそうになる根拠条文と該当事実です。移転登記請求は、取消しだけでは根拠付けられせん。

20 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ これは取消しの効果が債務者に及び所有権が復帰するという理解を前提にしています。Aの登記請求権を代位行使するようにも見えますが、Aを執行債務者とする強制執行の前提としてA名義の登記が不可欠ですので、原状回復の内容として移転登記請求ができると考えています。この句は省略してもかまいません。

21 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ Cの争い方は、この2つが中心です。受益者の善意が抗弁となることは書けない人が非常に多いと想像されますので、かえって記点を少ないでしょう。

22 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ この部分は、加減点狙いなので省略可。

23 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ Cの悪意を簡単に認定して取消しを肯定しては満点にはならないでしょうが、424条の5の要件をきちんと検討していれば、ある程度評価されるでしょう。

24 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ この請求の趣旨と請求原因は、不可欠ではないとしても明示するのが望ましいです。

25 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 以下は根拠とその当否の判断を分けて書きました。それはこれらの組合せが何通りもありうるので、根拠の整理と当否の判断を分ける方が混乱が少ないとの判断です。書き方はいろいろあります。

約⑦)によってHに所有権が移転し、Hは移転登記も備えている(事実13)から、賃貸人の地位もHに移転している(605条の2第1項および3項)。Fはもはや賃貸人の地位を失っているから、賃料債権はFには帰属せず、GはFに賃料を支払う義務はない。これは5月分についても6月分についても妥当する、というものである。

④のFの反論

契約⑦は担保目的の譲渡であり、譲渡担保の性質から、乙の所有権は完全にはHに移転していない、という譲渡担保の性質に基づく反論で、Hは所有権と結び付いた賃貸人の地位を未取得であるというもの。

②のFの反論

仮に契約当初から乙の所有権がHに移転していたとしても、契約⑦において弁済期が経過するまでFは乙建物の使用収益ができる旨の合意(事実13)が存在するから、賃貸人の地位はFに留保されており(605条の2第2項)、賃料債権はFが取得する、というもの。

(3) 検討

(a) ⑦の主張の当否

譲渡担保の性質として契約時に所有権が債権者に移るか否かには争いがある。まず、判例のように担保目的の範囲内とはいえ、所有権が契約時に移転すると解すれば、605条の2第1項によりHが賃貸人になるので、⑦の主張はその限りで認められる。

これに対して、担保権的構成により譲渡担保設定契約だけでは債権者に所有権が移転するものでないとする考え方では、譲渡担保の実行により初めて債権者は乙の所有権を取得するため、α債権の弁済期が到来していてもいまだ譲渡担保権の実行手続が採られていない(事実16)以上、Hの所有権および賃貸人の地位の取得は認められない。それゆえFはいまだ所有権および賃貸人の地位を失っておらず、⑦のGの主張は失当である。

(b) ④の主張の当否

所有権移転構成を採用する判例においては、⑦と同様にHが乙の所有権とともに賃貸人の地位を取得するので、④の主張は認められない可能性が高い。もっとも、担保目的の範囲内での移転という縛りを強く意識し、次述の賃貸人の地位の留保と併せると、所有権はHには完全には移転していないため、Fの賃貸人の地位を失っていないとされる可能性もある。

これに対して、担保権的構成により譲渡担保設定契約だけでは債権者に所有権が移転するものでないとする考え方では、⑦で述べたと同様、単純な所有権移転ではないので、譲渡担保権の実行までは所有権も賃貸人の地位もHに移転していないと考えられる。

(c) ⑤の主張の当否

担保権設定者Fに賃料債権の処分権限を委ねる(あるいは留保する)旨の本件合意(事実13)には、賃貸借関係を含まないため605条2項がそのままは適用されない。しかし、私的自治の範囲内で特約は自由であるし、むしろ、譲渡担保権設定者の経営の自由を過度に制約しない点で望ましく、有効である。それゆえ、少なくともα債権の弁済期が到来する前の5月分の賃料債権はFに帰属する。

(d) 総括：請求3の当否

譲渡担保により所有権が契約時からHに移転しており、弁済期まで賃貸人の地位がFに留保されているものの、弁済期到来とともに、留保の効果も失われるとすれば、未回収の5

26 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 賃貸人の地位の留保や取立権留保がない場合には所有権移転的構成に親和的です。5月分・6月分で違いかどうかをたずねているので、明確に答えておきたいところです。

27 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 担保権的構成に親和的な主張ですが、後述するように判例の立場でも採りうるものと思います。

28 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 所有権的構成でも担保権的構成でも、留保の解釈として成り立ちうる主張です。

29 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 以下では、3つの主張を順に検討していますが、それはいろいろな組合せがあると考えられます。ここまでの分析は期待されていないかもしれませんが、判例が所有権的構成で徹底しているわけでもないで、何らかの見解を前提にして論理一貫した説明をすれば、十分な分析だと評価されるでしょう。その場合には、(a)から(d)の検討をまとめて行うことになりましょう。

30 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ これはあまり期待されていない記述かもしれませんが、書ければ加点という扱いになるかもしれません。

31 指摘 TBE00600@hotmail.co.jp

→ 以下は、かなり深い分析になっていますので、反対説を先に出して、それをひっくり返すという文章構造を採っています。

月分の賃料債権についても、もはやHに帰属すると考える余地はある。立替金債務の担保のために自動車の所有権を留保した信販会社は、期限の利益喪失特約によって弁済期が到来した後は、買主からその自動車の引渡しを受け、これを売却して残債務の弁済に充てることができるとされていたときは、駐車場に放置されて土地の所有権を妨害しているその所有権留保自動車の撤去義務を負うとされた判例があり、弁済期以後所有者としての負担を負うから、このこととの均衡から、譲渡担保を実行して未回収の法定果実をも回収できると考えるものである。

しかしながら、賃貸人の地位の喪失を譲渡担保契約時にまで遡及させる理由はなく、また、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位においても債務不履行時に生じた果実に及ぶに過ぎないことと対比すれば（371条）、5月分の賃料債権は依然としてFに帰属すると考えられる。さらに、譲渡担保の担保権としての性質を重視すれば、譲渡担保権の実行が行われていない本件においては、6月分の賃料債権についてもいまだHに帰属するに至っていないと考えるのが素直である。

判例がどの程度担保的性質を考慮するかは明らかではないため、予測には不安定な要素があるが、Fの請求3のうち、少なくとも5月分についてのFの賃料請求は認容され、譲渡担保が担保権としての性質を重視すれば、6月分についても請求が認容される可能性がある、と思われる。

32 指摘

TBE00600@hotmail.co.jp

→ 最判平21・3・10民集63巻3号385頁参照。これを連想して検討することはあまり期待されていないと思います。



33 指摘

TBE00600@hotmail.co.jp

→ 371条の規律自体立法の過誤だと主張している松岡としては書きたくない理由づけですが、担保権実行までは果実に手を出せないという意味で使っています。



34 指摘

TBE00600@hotmail.co.jp

→ 学者的な慎重な書き方になっていますが、答案ではもう少し自分の意見を出しても許されましよう。



3 設問 3

(1) 請求

Mは、①KM間の死因贈与契約の締結（事実17の契約⑧）、②Kの死亡（事実20）、および③LによるKの単独相続（事実20）を原因として、①契約による移転登記義務を承継するLに対し、丙につき所有権移転登記手続を求める。

(2) Lの主張⑤の根拠

その趣旨は、Kが契約⑧と抵触する内容を有する遺贈（丙のN県への遺贈）を行ったことにより、契約⑧を有効に撤回したことでMの履行請求権は消滅したとするものである。すなわち、死因贈与には、その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用すると定められているところ（554条）、「前の遺言が後の遺言と抵触するときは、その抵触する部分については、後の遺言で前の遺言を撤回したものとみなす」とする1023条1項が準用される。撤回を認める実質的な根拠は、死因贈与も終意処分であることから死亡に近い時点での遺言者の意思を重視すべき遺贈と社会経済上の目的を共通にしており、それゆえ広く準用を認めるべきであり、さらに、本件では、Kの生前にMとの関係が悪化していたから、Kが死因贈与を否定する遺贈を行ったものであり、遺贈はまさに死因贈与の効力を失わせる撤回として評価されるべきである、というものである。

(3) Mの反論

死因贈与は、生前に行う契約として成立し、ただその効力の発生時期が贈与者の死亡を不確定期限として遷延されているにすぎない。とりわけ書面による贈与は、解除することができない（550条本文の反対解釈）ため、相手方には、その契約の成立時点で契約の履行について保護に値する期待が生じ、条件付権利の保護（128条・129条）以上に保護に値する。死因贈与契約は、単独行為として相手方のない遺贈とはその点で性質が異なり、後の

35 指摘

TBE00600@hotmail.co.jp

→ 請求の趣旨と原因は、本問では書くべきことだと思います。



遺言や行為による一方的な撤回を準用することはできない。

(4) 検討

準用肯定説には、さらに、無償契約である贈与は、当事者間の関係を前提としており、その関係が贈与者の経済事情や贈与者の「忘恩行為」により壊れた場合には、贈与契約の解除（取消し）が認められてしかるべきであるところ、その法理は十分確立していないので、撤回の形でそれを実現することが妥当だとするものがある。そして本件では、Kの生前にMとの関係が悪化していたため、Kが死因贈与を否定する遺贈を行ったことが、肯定説を一層正当化することになるかもしれない。

他方で、KMの関係の悪化につき、いずれに原因があるかによって、撤回の実質的な妥当性が異なるので、贈与契約の履行義務を負うLも含めたKの側に関係悪化の主たる原因があれば、原則として肯定説によるとしても、撤回権の濫用などの制約を検討することが望ましい。

36 指摘

TBE00600@hotmail.co.jp

→ 本問は、(2)(3)の見解をどこまで考えられるかが主たる出題趣旨で、1022条の準用肯定判例(最判昭47・5・25民集26巻4号805頁)を知らなくても想像して書けることが期待されています。

以下の判断は、肯定判例とその判例解説に誘導された書き方になっていますが、最後に、+α狙いで、一律肯定に疑問の余地があることを付記しています。この付記部分は、もちろん省略可能です。

←