

平成29年度司法試験論文式試験解説（民法）

2017年6月30日

松岡 久和

1 後掲解答例の概略説明

2 本問全体の趣旨と難易度

(1) 設問①

設問①は賃借権の時効取得の成否が中心問題であり、設問の事実を丁寧に拾って適切に法的評価を加えられるかを問うている。163条の要件の充足につき、186条・188条などの推定規定との関係で丁寧な検討をする必要がある。さらに、賃借権の時効取得については、継続的な用益という外形的事実とそれが賃借の意思に基づくことが客観的に表現されていることが、本件において認められるかを具体的に判断することになる。設問①は、解答例の「もっとも、」以下の段落での検討まで含めるとすれば、結構難しい問題となり、私でもA案（時効取得肯定）とB案（時効取得否定）で迷う。配点及び解答時間を考えれば、解答例の「もっとも、」より前の段落まで書ければ十分で、その後の検討は、どちらになっても理由が適切に示されていれば、加点事由となるものではないかと思われる。

(2) 設問②

設問②は、前半の①の事実について、借地上の建物の賃貸借と土地の賃貸借の関係を正しく理解しているかを問うている。後半の②の事実については、形式的には612条の無断転貸に該当し、賃貸人の解除が可能となるはずであるが、その理解を前提にしたうえで、さらにこの場合の解除権の行使をどう理由で制限することができるかを考えさせる趣旨であろう。所有権取得による他人物賃貸借の追完という部分は、直接には問われていないが、関係当事者の法律関係を明らかにし、設問③の対抗要件の有効性の前提として、簡潔に論じておく方がよいと思う。

なお、設問①が突っ込んで論じるとかなり難しい問題になるのに対して、設問②は、後半に少し考えさせる点があるとはいえ、どちらかといえば基本的な問題を扱っていて、40点の配点は重すぎるように感じる。とりわけ、設問①でかなりの時間と字数を費やした解答を書いた優秀な受験生ほど、設問②には戸惑いを感じるのではないかと思われる。前半について解答例のように無断転貸以外の解除事由の存否を検討することになろう。たしかに、事例15の「救急患者専用」という事実は嫌に目立つが、救急患者専用指定で駐車スペースが1台分少なくなると違法駐車が増えるなどを想像することを求めているとは思えない（そうだとすると不適切）。間違いやすい基本的な理解を聞く前半や必ずしも正解のない問題を考えさせる後半に、意図的に少し厚めに基礎点としての配点をしたものであろうか。

(3) 設問③

設問③は、借地借家法10条による借地権の対抗力が及ぶ範囲を問うたうえで、対抗力がある甲1＋乙の部分と対抗力を欠く甲2の部分との問題処理の違いにつき正確な理解ができていないかを試すものと思われる。甲2部分について、Eの請求を認めるか退けるかは、判例・学説においても見解が分かれうる微妙な判断であるので、その理由づけがしっかりできていれば、いずれの結論を採ってもよいのではなかろうか。

なお、設問①との連続性を意識して、設問③について「取得時効と登記」の問題として解答しようとする受験生がいることが想像される。たしかに、Bの訴えの取下げにより時効中断は生じないので、Cについて賃借権の時効取得を語ることはできる。しかし、甲1及び甲2の所有権帰属をめぐるAとBの争いは設問②の段階で解決しており、さらに「自己の物の取得時効」に類する「自己の賃借物についての賃借権の時効取得」を論じる意味は乏しい。また、時効取得を論じたところで、Eは時効完成後の第三者であり、Cは対抗要件なくしてEには対抗できないことになるため、甲2部分については、結局解答例の背信的悪意者排除論の検討を行うことになり、取得時効と背信的悪意者に関する判例に言及する必要が出てくる。さらに、甲1＋乙につき、時効完成前に備わっていた対抗要件（丙の所有権登記）が賃借権の時効取得の対抗要件となるのか、という難解な問題を生んでし

まう。こういうことまで設問③で検討を求めているとは考えにくい。

(4) 全体の難易度

以上の検討をふまえると、設問②の難易度があまり高くないにもかかわらず配点が高いことから、設問①や設問③でも、解答例に示した程度まで深い検討を要する難問とする出題意図はないものと考えられる。全体として、基本を押さえてきちんと解答すれば、優秀答案と評価される難易度の比較的低い問題ではないかと思われる。

解答例

注 判例の年月日や掲載誌は解説のためのものであり、答案には当然必要ではない。

解答例は民法担当者の協議をふまえて作成しているが、意見にわたる部分は筆者個人が責任をもって作成したものであり、まったく異なる解答の可能性を排除しない。

設問 1

(1) 甲 1・甲 2 部分の賃貸借

甲 1 部分及び甲 2 部分（以下、まとめて指す場合には「両部分」という）は、B に所有権が帰属していたのであるから（事実1）、A C間の本件土地賃貸借契約は、両部分については他人物賃貸借契約である（乙はA所有土地の賃貸借契約である）。CはAとの関係では両部分についても賃借権を取得するが、その契約の効力はBを拘束できない。それゆえ、Bの所有権に基づく明渡請求に対して、CがAとの契約を占有正権原として主張しても、その抗弁はBには対抗できないため、有効な反論とならない。また、賃借権については、即時取得の規定の適用によるCの保護はなく、また本件土地が両部分を含むとの虚偽の外観が生じたのは、もっぱらAが排水溝の埋没を奇貨として本件土地を囲む柵を立てたこと（事実2）を原因としており、Bに外観作出についての故意またはそれに類する帰責性がないため、94条2項の類推適用によるCの保護もありえない。唯一可能なCの反論は、賃借権の短期時効取得（163条）による占有正権原の抗弁である。

なお、AもCの占有を通じて間接占有をしているが、自らの占有開始時に悪意で柵を設けて両部分に占有を拡張しているから、短期取得時効は成り立たないし、占有期間がまだ13年余（平成14年4月1日から訴え提起がされた平成27年4月20日まで。事実2・11）であるため長期取得時効には期間が足りない。それゆえCがAの所有権の取得時効を援用してBの所有権喪失を主張することはできない。

(2) 賃借権の時効取得

賃借権も「所有権以外の財産権」であり、時効取得の対象となる。ただ、判例は、地役権の時効取得（283条）を参考に、土地の継続的な用益という外形的事実が存在し、かつ、それが賃借の意思に基づくことが客観的に表現されていることを要するとしている（最判昭43・10・8民集22巻10号2145頁、最判昭45・12・15民集24巻13号2051頁、最判昭62・6・5判時1260号7頁）。

本件土地については、Cは平成16年9月15日に賃貸借契約を結び、Aが設置した柵内の土地の引渡しをAから受け、さらに、目的に従って診療所の建物丙の敷地（甲1部分）及び患者用駐車場（甲2部分）として利用しており（事実4・5・8・9）、土地の継続的な用益という外形的事実が存在する。また、Cは、賃料をA指定の銀行口座に約定通り毎月振り込んできたので（事実6）、この用益が賃借の意思に基づくこと（自己のためにする意思をもってすること）は客観的に表現されている。それゆえ、本件のCの占有は、判例準則の立てた基準を一応満たすように思われる。また、Cの占有が公然・平穩・善意の占有であることは、186条1項により推定されているところ、両部分がBの所有であることをCが知っていたとかがわせる反対の事実は見当たらない。

占有を承継しているとは限らないため、取得時効一般には188条を介した無過失の推定は働かないとされている（最判昭46・11・11判時654号52頁）。しかし、本件のように占有の承継取得が明らかな場合には、前主であるAの占有の適法推定とAの占有の承継取得によ

り、Cの無過失を推定してもよいと思われる。この推定が働かないとしても、本件においては、Cは、共に更地であった甲乙の境界線の排水溝が埋没した後に、「乙土地の登記簿を閲覧した上で、Aと共に本件土地を実地に調査し、本件土地の東側・北側・西側の外周に柵があることを確認した。また、Cは、本件土地の測量を行い、その面積が乙土地の登記簿に記載されている地積とほぼ合致することを確認した」(事実3)から、本件土地全部がAの所有であることを信じ、そう信じたことに過失がなかったものと思われる。

さらに、平成14年4月1日にAが本件土地を柵で囲んだことによって、Aの事実的支配が外形的にも見える形で開始し、Cは平成16年10月1日に本件賃貸借契約に基づいてAから本件土地の引渡しを受け(事実4・6)、Aの占有を承継したので、この時点から取得時効が起算されると考えるのが素直である。そうだとすれば、この時点での占有及び訴え提起時である平成27年4月20日の時点での占有(Bの請求原因に現れている)の両時点の間の占有継続が推定され(186条2項)、途中に占有の中断をうかがわせる事実がない以上、10年の期間の経過による賃借権の時効取得が完成したと見ることができる。

もっとも、平成16年10月1日に引渡しを受けた後、建築工事が大幅に遅れたので、平成17年6月1日になるまで本件土地は更地のままであった(事実7)。このことを捉えて、この期間においては、甲1部分について、上記の判例にいう「土地の継続的な用益という外形的事実」がなく、そのような事実が生じた時効の起算点は、本件工事が開始されて工事関係者が駐車場や資材置き場として利用を開始した平成17年6月1日(事実8)と解される可能性がある(問われていないが、甲2部分については、工事には使用されておらず、平成18年4月1日の診療所解説以降の駐車場としての利用であり、さらに賃借人としての占有開始の起算点が後ろにズレる可能性がある)。このように解される場合には、平成27年4月20日の訴え提起時には10年が経過していないため短期取得時効は未だ完成しておらず、Bの訴え提起により中断したことになる(147条1号及び149条の反対解釈)。

(A案) しかし、取得時効に関する判例は、一貫して短期取得時効の起算点を現実の占有開始時としており(いわゆる自己の物の取得時効も肯定。最判昭46・11・5民集25巻8号1087頁)、上記の判例にいう「土地の継続的な用益という外形的事実」が開始した時点时起算点とするのは、占有承継時に判断されるはずの善意・悪意の基準時もずれてしまって、不自然とも思われる。たしかに、取得時効は権利を喪失・制限する不利益を権利者に課す効果を有するところ、そのことを正当化する事由として権利者が「権利の上に眠っていた」と評価するためには、取得時効の基礎となる占有は、権利者にとって外形的客観的に見えるものでなければならない。上記判例が、「自己のためにする意思をもって」する占有と評価されるために、占有の開始時から10年以上の「土地の継続的な用益という外形的事実」が必要であると解していることは、この趣旨であると思われる。しかし、CがAから本件土地の引渡しを受けた時点では、本件土地は、更地のままであったとはいえ、甲1・甲2土地を囲む形で柵で囲われていたのであり(事実7)、Bには他人の占有状態は十分認識可能であった。さらに、本件のCの占有期間のほとんどにつき「土地の継続的な用益という外形的事実」が含まれ、かつ、任意の占有中止による中断(164条)もないから、本件では時効取得の成立を認めてよいと思われる。

(B案) たしかに、取得時効に関する判例は、一貫して短期取得時効の起算点を現実の占有開始時としており(いわゆる自己の物の取得時効も肯定。最判昭46・11・5民集25巻8号1087頁)、上記の判例にいう「土地の継続的な用益という外形的事実」が開始した時点时起算点とするのは、占有承継時に判断されるはずの善意・悪意の基準時もずれてしまって、不自然とも思われる。しかし、取得時効は権利を喪失・制限する不利益を権利者に課す効果を有するところ、そのことを正当化する事由として権利者が「権利の上に眠っていた」と評価するためには、取得時効の基礎となる占有は、権利者にとって外形的客観的に見えるものでなければならない。上記判例が、「自己のためにする意思をもって」する占有と評価されるために、占有の開始時から10年以上の「土地の継続的な用益という外形的事実」が必要であると解していることは、この趣旨であると思われる。そうだとすると、そうした占有が10年に満たない本件では、時効取得は成立しない。

設問 2

(1) 甲 1・甲 2 についての A の B からの所有権取得の効果

甲 1・甲 2 の両部分は、平成 27 年 11 月 10 日に A が B から所有権を取得した結果、他人物賃貸借が追完されて、本件土地全体が A の自己の物の賃貸借契約となった。それゆえ、559 条により賃貸借契約にも準用される 561 条前段を根拠に、A が両部分の賃貸借契約を解除することはできない。

(2) ①の事実と賃貸借契約の解除の可能性

C と D との間の賃貸借契約は、その敷地の転貸借ではなく、乙及び甲 1 上に立てた丙の賃貸借である。C 自身が依然として丙を所有する目的で土地を A から賃借しており、それは丙を D に賃貸しても影響されないからである。それゆえ、①の事実は、612 条の無断転貸には当たらず、この点では、法律的に有意な事実ではない。

もっとも、D による丙の使用が、A C 間の本件土地の賃貸借契約についての用法違反その他の債務不履行となる場合には、なお A に解除権が発生する可能性がある。たとえば、丙が風俗営業その他 A C 間で明示又は黙示に定められた用法とは異なる目的に使用された場合や深夜の騒音や違法駐車などにより土地所有者にもクレームが来るような態様で使用された場合において、それにより A C 間の信頼関係を破壊するに至ったときは、土地の賃貸人 A が C との賃貸借契約を解除して丙の収去を求めることも考えられないわけではない。しかし、本件では、D の使用は、当初の C と同じ診療所としての丙の使用と同一であり、土地の用法違反となる余地はない。また、本件では、甲 2 部分も、C が自ら診療所を経営していた時と変わらず患者用駐車場として利用されてきており（事実 14）、用法の変更はない。また、駐車スペース内の 1 台分を救急患者専用のもに指定すること（事実 15）も用法の変更ではない。仮に用法の変更に当たるとしても、そのことにより A に実害が生じていない限り、それだけでは A C 間の信頼関係を破壊し、解除という救済を賃貸人に与えるべき事情には該当しない。

以上の検討により、①の事実を根拠として A が本件土地賃貸借契約を解除することはできないものと思われる。

(3) ②の事実と賃貸借契約の解除の可能性

(2) とは対照的に、甲 2 の部分については、C D 間の契約は、A 所有の土地の転貸借契約とみることができ、②の事実は、612 条の無断転貸に該当しうる。

もっとも、甲 2 は丙を診療所として使う目的に付随する駐車場として、甲 1・乙と一体として A から C に賃貸し、C から D にも同様の趣旨で賃貸されている。上記のように C D 間の賃貸借契約の中心部分は適法な丙の賃貸であり、甲 2 部分の転貸のみを捉えて全体を無断転貸とすることはできず、A は、賃貸借契約を全部解除することはできない。むしろ、甲 2 部分の D の使用は丙の賃貸借に伴う付随的な利用であって C の土地賃借権のいわば利用補助者的な利用にすぎず、丙の敷地を丙への出入りのために D や患者が利用するのと同様に、独立した土地の転貸ではないと考えることが可能である。そうだとすると無断転貸ではなく

また、仮に甲 2 部分については、C D の契約が本件土地の一部の無断転貸であるとしても、土地全体の使用目的や態様には変更がなく、賃料は約定通り C から支払われていて、A に実質的な不利益は何も生じておらず、解除権を認める必要がない。逆に、甲 2 部分のみの賃貸借契約の一部解除を認めて、診療所を患者用駐車場がない状態とし、C 及び D の使用目的を阻害することは、A C の賃貸借契約の趣旨に適合しない。これらを併せて考えると、本件では A C の信頼関係を破壊していない特段の事情がある。また、無断転貸以外の契約違反についても、これを認める事実はない（上述(2)後段）。それゆえ、甲 2 部分に限定しても、A の解除の主張は認められるべきでない。

設問 3

(1) A C 間の賃貸借契約の有効性

設問 2 の(1)で述べたとおり、A による B からの甲 1・甲 2 の所有権取得によって、両部

分の他人物賃貸借は追完されている。この追完は、追認に類するため、それ以前に利害関係をもって第三者の権利を害しない限り、契約の時にさかのぼってその効力を生じる（116条の類推適用。最判昭37・8・10民集16巻8号700頁を参照）。

また、設問2の(2)で①について述べたとおり、甲1及び乙土地については、無断転貸とはいえないので、Aは本件土地の賃貸借契約を解除できない。また、設問2の(3)で②について述べたとおり、甲2についても、解除ができる無断転貸とはいえない。さらに、仮に甲2についてのみ（あるいは百歩譲って本件土地全体について）Aに契約を解除できる可能性があったとしても、平成28年9月20日の和解契約により、Aは「今回の件をこれ以上問題にしない」との譲歩を行ったものであり（事実17）、もはや解除はできない。Eが買い受けた時点では、Cの賃借権は解除ができない状態で有効に存続していた。

(2) 丙の敷地部分についてのCの反論

Cの賃借権は、登記済の丙を本件土地上に所有しているので、対抗要件をも備えている（借地借家法10条）。EがAの説明により丙が収去されるべきものであって本件土地を更地として評価して買い受けたとしても（事実18）、Aは対抗力のあるCの賃借権によって制約された所有権を有していたにすぎず、Eは敷地所有権の取得に伴ってAのそのような賃貸人の地位を承継せざるをえない（すなわちEはCの賃借権を否認できない）。結局、Cは、有効な賃借権による占有正権原の抗弁を主張して、Eの請求を退けることができる。

(3) 駐車場部分についてのCの反論

(A案) 敷地でない甲2についても、Cに対抗力のある賃借権があるといえるか。登記簿上建物敷地として認識できる範囲においてのみ借地借家法10条により対抗力が例外的に拡張されると解すれば、甲2についてはCの賃借権は対抗力を欠くことになり、「売買は賃貸借を破る」との原則に戻って、Eの土地明渡請求が認容されるようにも思われる。しかし、建物所有権の登記による賃借権の公示は、そもそも公示としては不完全なものであり、それを端緒とする現地調査が不可避である。借地借家法10条2項が建物が滅失した場合になお掲示による対抗力の存続を認めているのは、そのような理解を前提としているものと考えられる。本件土地が一体として診療所とそれに付属する駐車場として利用されていることは、現地を見れば明らかであるから、Aが有していた以上の権利をEに認める必要はなく、Eの請求は権利濫用として認められないと思われる。

なお、対抗要件を欠く不動産賃借権についても借地借家法により物権化していると理解すれば、Eが177条の第三者に当たるか否かという形で問われる。単純に背信的悪意者排除説を適用すれば、EはCの賃借権の存在について悪意ではないから、背信的悪意者としてEの請求を否定するのは困難である。しかし、未登記通行地役権の行使が客観的に明らかであり、承役地の譲受人が現地調査によってそのことを認識可能であった場合には、承役地の譲受人は、地役権設定登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとする判例がある（最判平10・2・13民集52巻1号65頁）。本件において、この判例の趣旨を援用して、Eの請求を退けることも考えうる。

いずれにせよ、Cは、甲2部分についても、Eの請求を退けることができる。

(B案) 敷地でない甲2についても、Cに対抗力のある賃借権があるといえるか。登記簿上建物敷地として認識できる範囲においてしか借地借家法10条による対抗力の例外的な拡張はされない。甲2についてはCの賃借権は対抗力を欠くことになり、「売買は賃貸借を破る」との原則に戻って、Eの土地明渡請求が認容される。

たしかに、建物所有権の登記による賃借権の公示は、そもそも公示としては不完全なものであり、本件土地が一体として診療所とそれに付属する駐車場として利用されていることは、現地を見ればわかるとも考えられる。しかし、建物所有目的で借地権が保護されるのは、その建物敷地の範囲内に限られる。登記簿上も現地を検分しても甲2は、丙の建物敷地ではなく、Aの説明と登記を信じて買い受けた善意のEの明渡請求は権利濫用とはいえず、その請求を否定する理由はない。

なお、対抗要件を欠く不動産賃借権についても借地借家法により物権化していると理解すれば、Eが177条の第三者に当たるか否かという形で問われる。単純に背信的悪意者排除説を適用すれば、EはCの賃借権の存在について悪意ではないから、背信的悪意者とし

てEの請求を否定するのは困難である。たしかに、未登記通行地役権の行使が客観的に明らかであり、承役地の譲受人が現地調査によってそのことを認識可能であった場合には、承役地の譲受人は、地役権設定登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとする判例がある（最判平10・2・13民集52巻1号65頁）。しかしながら、この判例は、土地の排他的利用をするものでなく生活に不可欠の通行地役権に特有の判断であり、事案を異にする本件に広く援用することは、登記を中心とする取引を動揺させるので妥当でない。いずれにせよ、Cは、甲2部分については、Eの請求を退けることができない。