

オリジナル模試民事系第1問解説と講評

2021/11/23

松岡 久和

【出題趣旨】

- ・全体のテーマ：譲渡担保。基本問題の組合せだが量的・時間的に厳しい問題。
- ・各論点一部5点で他は10点が基本（別紙の得点分布表および採点基準参照）。

1 設問1

- ・借地上の工場の建物と駐車場の譲渡担保をめぐる諸問題
- ・当事者の主張を分析検討する方式（2021年度の司法試験論文式民事系第1問の設問1参照）
- ・問(1)：A C間の契約の性質、Cの処分の適法性←弁済期延期の合意の成否
- ・問(2)：弁済期前後の譲渡担保目的物の処分と第三者の保護
留置権の成否 ※誤記：×Bに対する債権→○Cに対する債権
- ・問(3)：建物の譲渡担保による敷地賃借権の移転と土地賃貸人の解除の可否
建物所有権移転登記の効力

2 設問2

- ・超高金利の債権譲渡担保の効力
- ・契約相手方の代表者の責任と損益相殺等（ここは5点×2）

3 幻の設問3

- ・推定相続人の範囲の確認と相続権のない共同経営者への権利承継の方法
：黙示の組合契約の成立

【解説】

1 設問1

(1) 問(1)

(a) 契約の性質

- ・売主の占有保持、1年内の再売買特約→通常の売買ではない
参照 最判平18・2・7民集60巻2号480頁：買戻特約付売買契約の場合において、
目的不動産の占有の移転を伴わない契約は譲渡担保契約と推認される
- ・譲渡担保と認定

(b) 無効原因：⑦の主張の解釈と当否

- ・譲渡担保であれば、①通謀虚偽表示で無効、②利息制限法違反の無効がありうる
- ・担保目的の範囲での所有権移転意思があり、虚偽表示でない（判例の権利移転構成）
- ・年利33%は利息制限法1条3号違反だが、制限超過部分の一部無効のみ

※Aの請求の趣旨は、所有権確認、あるいは移転登記抹消または価額償還（121条の2第1項）。直接占有者はAなので、所有権に基づく返還請求は成り立たない

(c) 解除：④および⑧の主張の解釈と当否

- ・予備的主張としての債務不履行解除

2021年度オリジナル模試民事系第1問

- ・再売買予約完結権の行使期間を延長する合意（事実3）＝譲渡担保契約における弁済期延長の合意
- ・CDの合意が必要。合意成立→弁済期前の違法な担保目的物処分（㉑）
合意不成立→弁済期到来後の適法な担保目的物処分（㉒）
- ※書面の不作成は合意の成否や有効・無効の問題を生じない立証問題
- ・イの場合、履行不能を理由とする解除が可能（542条1項1号）

(2) 問(2)

(a) ㉑の無効主張 —— 判例の見解

- ・問(1)の無効主張が前提で判例の立場では立場では認められない
- (a)' —— 有力学説の見解
 - ・有力説：担保権的構成を徹底＋帰属清算を原則
 - ・Cへ移転登記は担保目的を超える限りで無効。弁済期が到来しても処分清算は違法な無権利者の処分。
弁済期未到来では、もちろん違法無効な処分。

(b) ㉒の第三者論 —— 判例の見解

- ・㉑の主張：Dは第三者として保護に値しない背信的悪意者または悪意者
- ・㉑弁済期延長の合意成立の場合
 - ・Cの転売は弁済期到来前の処分では違法だが、所有者の処分として有効
 - ・Aの受戻権は失われず、Aが受戻権を行使すると、C→Dの物権変動とC→Aの復歸的物権変動が対抗関係に立つ（177条）
[原則] 登記を備えたDが勝訴 [例外] 背信的悪意者排除論
 - ・Dは契約内容とAの経営状態につき悪意（事実4）だが、弁済期延長の合意を知らず、Cによる弁済期到来後の適法な処分だと信じて購入した可能性が高い→Aへの復歸的物権変動については善意では？
 - ・Aが甲および乙を占有していたが、登記中心の不動産取引では、登記を基準に権利帰属を判断するのが常であり、現地の調査はもとより面識のないAに事情を尋ねる義務までではないから、DがAに事情を尋ねなかったことは信義則違反でない
- ・㉒弁済期延長の合意不成立の場合
 - ・CのDへの処分は弁済期到来後の適法な譲渡担保権の実行→処分は確定的に有効でAは受戻権を喪失、AD間は対抗関係に立たず、背信的悪意者の主張自体失当

(b)' ㉑の第三者論 —— 有力学説の見解

- ・弁済期到来後も処分清算特約がなければAの承諾のないDへの転売は違法で無効
- ・Dの所有権取得は94条2項類推適用の問題
- ・Aに帰責性がないか、Dが処分清算特約が含まれていない譲渡担保契約の内容等につき悪意かのいずれかで、Dは所有権を取得できない

(c) ㉒の留置権

[参照] 最判平9・4・11集民183号241頁：処分清算の場合、清算金請求権を被担保債権とする留置権を肯定

- ・留置権の積極要件（295条1項本文：占有、被担保債権と物の牽連性）充足を確認のこと

2021年度オリジナル模試民事系第1問

※判例の見解に従い、かつ、弁済期延期の合意が成立している場合や有力学説に従う場合、Cの処分は違法な処分、清算金請求権ではなく損害賠償請求権が発生

損害賠償債権を被担保債権とする留置権は成立せず（最判昭34・9・3民集13巻11号1357頁）。Aの保護がかえって薄くなる。AはCの処分を追認して、損害賠償債権よりもはるかに少額の清算金請求権を被担保債権として主張すれば留置権成立？（松岡久和『担保物権法』（日本評論社、2017年）244頁、245頁、341頁）

(3) 問(3)

(a) ㉞の主張の意味

- ・敷地の所有権に基づく甲の取壊しと明渡しを請求

(b) ㉟の主張の意味

- ・対抗要件（借地借家法10条1項）具備による占有権原の抗弁

(c) Bの請求の当否

- ・Dは甲の所有権に**従たる権利**である敷地利用権も譲受した（87条）
- ・賃貸人Bの承諾はなく、**背信的行為に当たらない特段の事情**がなければ解除権が発生（612条）。本件には特段の事情が見当たらないので解除が認められる＝Dの占有権原の積極否認
- ・対抗要件は権利の有効な移転を前提とするから、解除により賃借権取得が否定されれば、対抗要件が備わっていても無意味→B勝訴

2 設問2

(1) 本件契約の性質と効力

- ・形式は債権売買＋再売買特約（買戻義務）だが債権の取立ては譲渡人に付与
- ・代金額は債権額と見合わない。代金額より買戻代金額が高額
- ・出資法違反容疑

→本件契約は、超高金利（500%）の金銭消費貸借と将来債権譲渡担保（下記載判例の評釈が指摘している最近の給与ファクタリングや売掛金ファクタリング被害参照）

- ・貸付契約は、出資法違反に加えて経済的窮迫に陥っている者から過大な利益をむさぼる暴利行為で公序良俗違反・無効（90条。なお貸金業法42条）

(2) Fに対する請求と反論

- ・契約当事者はA EでEの代表者Fには受益はないのが原則
- ・契約外第三者である代表者個人の責任追及は不法行為（709条）
- ・Eによる請求は90条や708条で遮断。FがAの受けた利益につき損益相殺を主張することも公平に反し許されない（下記最判を参照）

参考 大阪地判平成29・3・3消費者法ニュース111号262頁：松岡「判批」現代民事判例研究会編『民事判例15 2017年前期』（日本評論社、2017年）94頁以下（公序良俗違反は否定）

最判平成20・6・10民集62巻6号1488頁（ヤミ金の超高金利貸付を公序良俗違反で無効

2021年度オリジナル模試民事系第1問

とし、代表者の不法行為責任を認めると共に、貸付金給付を受けて得た利益について708条の趣旨に反し損益相殺を許さないとした事例)

【講評】

1 全体の講評

- ・途中答案が多く、出来は想定通り良くなかった（。時間配分が問題。
- ・起案としての基本的な体裁はかなりできている。
- ・請求の趣旨と原因を意識した説明が必要。
- ・根拠条文や要件該当事実の摘示が十分でないものが多い。
- ・条文をよく読むこと。用字用語にも留意。

2 設問1

- ・本件契約が譲渡担保だと見抜けるかどうか最大の鍵。そこを見抜けないと合格答案に届かない。
- ・合意の成立の有無（Cの黙示の承諾の有無）とその立証問題は別問題だが、本件では合意の成立もその立証可能性も微妙。とりあえず立証問題は外して、合意の成否で分ける慎重さが欲しい。書面の有無はこのこととは無関係だが、少なからぬ誤解があった。
- ・CからAへの復帰的物権変動が生じることを明確に示さないと対抗問題にはなりえないし、背信的悪意者排除を問題にする余地がない。
- ・譲渡担保目的不動産の処分効力が弁済期到来前後で異なる扱いを受けることを十分に認識して欲しい。
- ・本問では深入りしない方が良いが、譲渡担保の法的構成次第で、第三者の保護の根拠条文が違うことを認識しておいて欲しい。
- ・借地上の建物所有権の譲渡が、その敷地の借地権の譲渡にどうして繋がるのか、「従たる権利」を用いて説明できるようにして欲しい。
- ・612条に違反する無断譲渡・転貸の場合の解除の可否については、原則と例外を明確に意識して欲しい。
- ・対抗要件は権利変動が有効でなければ意味がないことを改めて認識して欲しい。

3 設問2

- ・利息制限法違反だけでは一部無効で設問1と変わらない。出資法は違反に刑罰でのごんであるが契約の効力については定めていないので、出資法違反だけでは足りず、公序良俗違反を基礎づける+ α の要素が必要。
- ・Fの責任追及につき不当利得で基礎づけようとする起案が多かったが、契約当事者でない者には原則として契約上の受益はない。違法な行為を指示したりそれに加担した契約当事者以外の者の責任は、原則として、不法行為によるしかないことをしっかり認識して欲しい。