

平成29年

1 [民事系科目]

2

3 [第1問] (配点: 100 [[設問1]、[設問2] 及び [設問3] の配点は、30:40:30))

4 次の文章を読んで、後記の [設問1]、[設問2] 及び [設問3] に答えなさい。

5

6 I

7 【事実】

8 1. 甲土地と乙土地は、平成14年3月31日以前は長い間いずれも更地であり、全く利用され  
9 ていなかった。Aが所有する乙土地は、南側が公道に面するほかはBが所有する甲土地に囲ま  
10 れた長方形の土地であるが、乙土地の実際の面積は登記簿に記載されている地積よりも小さか  
11 った。また、甲土地と乙土地の境界にはもともと排水溝があった。

12 2. 平成14年4月1日、Aは、排水溝が埋没したのを奇貨として、登記簿記載の地積にほぼ合  
13 致するように、乙土地の東側と西側をそれぞれ5メートルほど広げる形で、柵を立てた(公道  
14 に面する南側部分を除く。以下では、この柵と南側の公道に囲まれた土地全体を「本件土地」  
15 とい、乙土地の東側に隣接する甲土地の一部を「甲1部分」と、西側に隣接する甲土地の一  
16 部を「甲2部分」という。なお、本件土地の位置関係は別紙図面のとおりであり、[本件土地=  
17 乙土地+甲1部分+甲2部分] という関係にある。本件土地の東側・北側・西側の外周に、そ  
18 れぞれ柵が立てられている状態である。)。Aは、柵を立てた後も、本件土地を更地のままにし  
19 ていた。

20 3. 医師であるCは、診療所を営むことを考えており、それに適する場所を探していたところ、  
21 知人からAを紹介され、本件土地に診療所用の建物を建築することを計画した。そこで、Cは、  
22 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・  
23 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  
24 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。

25 4. AとCは、平成16年9月15日、本件土地につき、Aを賃貸人、Cを賃借人、契約期間を  
26 同年10月1日から30年間、賃料を月額20万円、使用目的を診療所用の建物の所有とする  
27 賃貸借契約(以下「本件土地賃貸借契約」という。)を締結した。

28 5. 平成16年9月25日、Cは、建築業者との間で、本件土地に診療所用の建物を建築するこ  
29 とを目的とする請負契約を締結した(以下では、この請負契約に基づき行われる工事を「本件  
30 工事」という。))。

31 6. 平成16年10月1日、Aは、本件土地賃貸借契約に基づき、本件土地をCに引き渡した。  
32 Cは、約定どおり、Aが指定する銀行口座に同月分以降の賃料を振り込んでいた。

33 7. 本件工事の開始は請負人である建築業者の都合で大幅に遅れた。その間、【事実】2の柵は立  
34 てられたままであったが、本件土地は全く利用されておらず、更地のままであった。

35 8. 平成17年6月1日になってようやく本件工事が始まった。本件工事は、乙土地と甲1部分  
36 の上で行われ、Cは、同日以降、甲2部分を工事関係者に駐車場や資材置場として利用させて  
37 いた。

38 9. 本件工事は平成18年2月15日に終了し、同日、乙土地と甲1部分の上に建築された建物  
39 (以下「丙建物」という。)につきC名義で所有権保存登記がされた。丙建物は、乙土地と甲  
40 1部分のほぼ全面を利用する形で建築された。Cは同年4月1日に診療所を開設した。甲2部  
41 分は、それ以降、患者用駐車場(普通自動車3台分)として利用されている。

42 10. Bは、長い間甲土地を利用しないまま放置していたが、平成26年8月になって甲土地に建  
43 物を建築することを計画した。Bは、その際、丙建物が甲1部分に越境して建築されているこ  
44 とを及びCが駐車場として利用している甲2部分も甲土地の一部であることに気付いた。

45 11. そこで、平成27年4月20日、Bは、Cに対し、所有権に基づき、甲1部分を明け渡すこ

46 とを求める訴えを提起した。

47

48 【設問1】 【事実】 1から11までを前提として、次の問いに答えなさい。

49 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  
50 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  
51 上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。なお、丙建物の収去の可否及び要否につ  
52 いて考慮する必要はない。

53

54 II 【事実】 1から11までに加えて、以下の【事実】12から16までの経緯があった。

55 【事実】

56 12. 平成27年11月10日、Aは、Bから、甲1部分及び甲2部分を買受けた。同日、甲土  
57 地を甲1部分、甲2部分及びその余の部分に分筆する旨の登記がされ（以下では、甲1部分を  
58 「甲1土地」、甲2部分「甲2土地」といい、乙土地、甲1土地及び甲2土地を「本件土地」と  
59 いう。）、甲1土地と甲2土地のそれぞれにつきBからAへの所有権移転登記がされた。Bは、  
60 これを受けて、【事実】11の訴えを取り下げた。Aは、Cに対し、これらの事実を伝えると  
61 ともに、本件土地賃貸借契約については従来と何も変わらない旨を述べた。また、同月20日に、  
62 丙建物につき、その所在する土地の地番を、「乙土地の地番」から「乙土地の地番及び甲1土地  
63 の地番」に更生する旨の登記がされた。

64 13. 平成28年1月に、Cは、友人Dから、勤務医を辞めて開業したいと考えているが、良い物  
65 件を知らないかと相談を受けた。Cは、健康上の理由で廃業を考えていたところであったため、  
66 Dに対し、丙建物を貸すので、そこで診療所を営むことにしてはどうか、と提案した。Dは、  
67 この提案を受け入れることにした。

68 14. CとDは、平成28年5月1日、丙建物について、賃貸人をC、借借人をD、契約期間を同  
69 日から5年間、賃料を月額60万円、使用目的を診療所の経営とする賃貸借契約（以下「丙賃  
70 借借契約」という。）を締結した。その際、CとDは、専らCの診療所の患者用駐車場として  
71 利用されてきた甲2土地について、以後は専らDの診療所の患者用駐車場として利用すること  
72 を確認した。

73 15. 平成28年5月1日以降、Dは、丙建物で診療所を営んでいる。丙建物の出入りは専ら甲1  
74 土地上にある出入口で行われ、甲2土地は、従前と同様、診療所の患者用駐車場として利用さ  
75 れており、3台の駐車スペースのうち1台は救急患者専用のもので利用されている。

76 16. 平成28年9月3日、Aは、CD間で丙賃貸借契約が締結されたこと、Dが丙建物で診療所  
77 を営み、甲2土地を診療所の患者用駐車場として使っていることを知った。同月5日に、Aは、  
78 Cに対し、事前に了解を得ることなく、①Cが丙建物をDに賃貸し、そこでDに診療所を営  
79 ませていること、②Cが甲2土地を診療所の患者用駐車場としてDに使用させていることに抗  
80 議した。

81

82 【設問2】 【事実】 1から16までを前提として、次の問いに答えなさい

83 Aは、本件土地賃貸借契約を解除することができるか、【事実】16の下線を付した①及び②の  
84 事実がそれぞれ法律上の意義を有するかどうかを検討した上で、理由を付して解答しなさい。

85

86 III 【事実】 1から16までに加え、以下の【事実】17から20までの経緯があった。

87 【事実】

88 17. その後、AはCだけでなく、Dにも連日苦情を述べるようになった。Dから対処を求められ  
89 たCは、平成28年9月20日、Aに対し、50万円を支払うので今回の件をこれ以上問題に  
90 しないしてほしいと申し入れた。Aは不満ではあったものの、金策に追われていたことから、C

91 の申し入れを受け入れることにし、AとCとの間で和解が成立した。同月25日に、Cは、A  
92 に対し、前記和解に基づき、50万円を支払った。Dは、Cから、Aとの和解が成立した旨の  
93 報告を受け、引き続き診療所を営んでいる。

94 18. 平成28年12月10日、Aは、資金繰りの必要から、Eとの間で、本件土地（甲1土地、  
95 甲2土地及び乙土地）を6000万円でEに売却する旨の契約（以下「本件売買契約」という。）  
96 を締結した。その際、Aは、Eに対し、Cの契約違反を理由に本件土地賃貸借契約は解除され  
97 ており、Cは速やかに丙建物を収去して本件土地を明け渡すことになっている旨の虚偽の説明  
98 をした。Eがこの説明を信じたため、前記代金額は、それを前提として決定され、建物の収去  
99 及び土地の明渡しが未了であることを考慮し、本件土地の更地価格（7000万円）より10  
100 00万円低く設定された。

101 19. 平成28年12月16日、Eは、Aに対し、本件売買契約に基づき、その代金として600  
102 0万円を支払った。また、同日、本件土地の3筆それぞれにつき、本件売買契約を原因として、  
103 AからEへの所有権移転登記がされた。

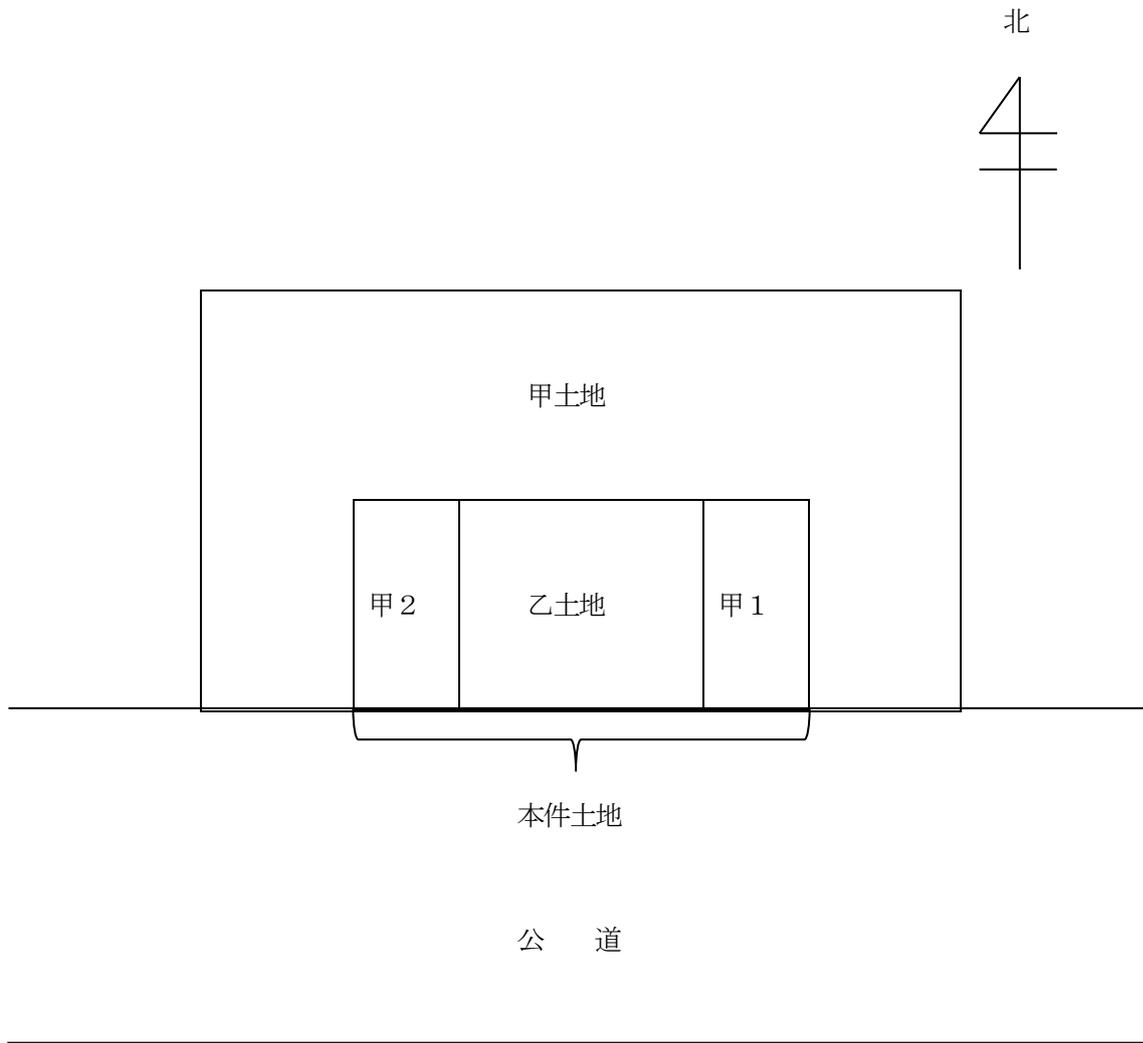
104 20. 平成29年2月20日、Eは、Cに対し、本件土地の所有権に基づき、丙建物を収去して本  
105 件土地を明け渡すことを求める訴えを提起した。

106

107 **〔設問3〕 【事実】** 1から20までを前提として、次の問いに答えなさい。

108 Cは、Eの請求に対しどのような反論をすることが考えられるか、その根拠を説明した上で、  
109 その反論が認められるかどうかを検討しなさい。

110 【別紙 図面】



111

[解説]

設問 1

設問 1 は、賃借権の取得時効の要件とその成否に対する理解を問うことにより、民法の基本的知識及びそれに基づく論理構成力を問うものである。(出題の趣旨)

1. AC 間の賃貸借契約に基づく賃借権による占有権原の抗弁

設問 1 で問われているのは、まず、B の所有権に基づく土地明渡訴訟に対し、C はどのような反論をすることができるかである。この場面では、いわば C の弁護士の立場に立って B の請求を争う根拠を提示することが求められている。丙建物を所有することによって甲 1 部分を占有している C が、甲 1 部分の B 所有を認めた上で B の請求を争う方法としては、占有権原の抗弁を主張することが考えられる。C は、A から甲 1 部分を賃借しているが、A には甲 1 部分の所有権その他の賃貸権原がないから、この賃借権をもって所有者 B に対抗することはできない。(出題の趣旨)

2. 時効取得した賃借権による占有権原の抗弁

そこで、C は、甲 1 部分の賃借権の時効取得を主張することが考えられる。用益期間の関係から問題となるのは、起算点を C の占有開始時（平成 16 年 10 月 1 日）とする 10 年の時効取得である。(出題の趣旨)

(1) 不動産賃借権の取得時効の要件

ア. 要件を説明する必要性

- ・次に、反論が認められるために必要な要件、すなわち賃借権の取得時効の要件を説明することが求められている。(出題の趣旨)
- ・設問 1 では、わざわざ…「必要な要件を説明した上で」と記載してあるのに、取得時効の要件を一部しか挙げていないものも相当数あった。(採点実感)

イ. 実体法上の要件を説明する

本問では、次に、反論が認められるために必要な要件、すなわち賃借権の取得時効の要件を説明することが求められている。ここで説明すべき「要件」は、実体法上の要件のことであり、C が主張・立証責任を負う抗弁事実に限られず、また、C が主張・立証責任を負う要件事実が何かを論ずることは求められていない。(採点実感)

ウ. 実体法上の要件

民法第 163 条・第 162 条第 2 項によると、賃借権の 10 年の取得時効の要件は、「10 年間」「賃借権を」「自己のためにする意思をもって」「平穩に」かつ「公然と」「行使すること」、賃借権の行使の開始の時に「善意であり」かつ「過失がなかったこと」である。

そして、「賃借権を行使すること」は民法第 601 条によると「物の使用及び収益」である。

また、「自己のためにする意思」は、賃借権の取得時効については「賃借意思」として具体化される(物の用益と賃借意思が相まって賃借権の

行使の意味内容を示すという理解もある)。賃借意思は、使用借権や地上権の取得時効と区別するために必要である。

また、民法第145条により、時効の利益を受けるには時効の援用が必要である。(出題の趣旨)

## エ. Cの反論の当否

最後に、Cの反論の当否について検討することが求められており、この場面では、いわば裁判官の立場に立ってBの請求の当否を検討することが求められている。(出題の趣旨)

### (ア) 他人物賃貸の事案における不動産賃借権の時効取得の可否

- ・まず、判例(最判昭和62年6月5日集民151号135頁)は、本問と同じく他人物が賃貸された事案において賃借権の時効取得を認めているが、かかる事案については賃借権の時効取得を認めない説もあり、また賃借権の時効取得を一般的に否定する説もあるので、賃借権の時効取得を一般的に認める場合にもそうでない場合にも、その理由を挙げて検討することが望ましい。(出題の趣旨)
- ・賃借意思の有無は、民法第162条の「所有の意思」の判断と同じく、占有取得の原因たる事実(権原の性質)によって客観的に定められる。判例(最判昭和43年10月8日民集22巻10号2154頁)も、不動産賃借権の取得時効の要件として、不動産の継続的な用益という外形的事実と、賃借意思の客観的表現を挙げている。また、民法第145条により、時効の利益を受けるには時効の援用が必要である。(出題の趣旨)

最高裁昭和62年判決は、①「他人の土地の継続的な用益という外形的事実が存在し」、かつ、②「その用益が賃借の意思に基づくものであることが客観的に表現されているときには、民法163条により、土地の賃借権を時効取得するものと解すべきことは、当裁判所の判例とするところであり…、他人の土地の所有者と称する者との間で締結された賃貸借契約に基づいて、賃借人が、平穩公然に土地の継続的な用益をし、かつ、賃料の支払を継続しているときには、前記の要件を満たすものとして、賃借人は、民法163条所定の時効期間の経過により、土地の所有者に対する関係において右土地の賃借権を時効取得するに至るものと解するのが相当である。」と判示している。

このような事実が存在するときは、土地の所有者が無権限者によって自己の土地が賃借されていることを認識でき、時効の完成を阻止する手段をとることが可能であると考えられるからである。

最高裁昭和62年判決は他人物賃貸借の事案においても賃借権の時効取得を肯定しているが、この見解は、不動産賃借権の物権化(民法605条、借地借家法10条、31条)に伴う不動産賃借権の対人的性格の希薄化を理由とするものである。

判例が挙げている要件のうち、「他人の土地の継続的な用益という

基礎応用90頁[論点4]、論証集48

頁[論点5]

最判S62.6.5・百I47

民法講義I545頁

百I47解説

外形的事実が存在」という要件は「行使する」(163条)を、「その用益が賃借の意思に基づくものであることが客観的に表現されている」は「自己のためにする意思をもって」を土地賃借権の時効取得に則して具体化したものである。

(イ) Cが用益を開始した時点

特に問題となるのは、Cが用益を開始した時点である。Cが甲1部分の占有を開始したのは平成16年10月1日であるが、実際にその利用を開始したのは本件工事が始まった平成17年6月1日である。前者が時効の起算点だとすると10年の時効が完成していることになるが、後者が起算点だとすると10年の時効は完成していないことになる。そのため、Bによる時効の完成阻止の可能性と関連付けるなどして、いずれの時点が時効の起算点となるかを検討する必要がある。(出題の趣旨)

土地賃借権の時効取得のために「他人の土地の継続的な用益という外形的事実が存在し、かつ、その用益が賃借の意思に基づくものであることが客観的に表現されている」ということが必要とされる趣旨は、土地所有者に対して時効の完成を阻止する機会を保障するために、土地所有者が無権限者によって自己所有地が賃借されていることを認識できるような事実関係を要求することにある。

そのため、「他人の土地の継続的な用益という外形的事実が存在」とするといえるためには、何者かによる土地の継続的用益が第三者にとって認識可能な状態にあるといえることが必要となろう。

(ウ) 賃借意思の客観的表現・無過失

また、賃借意思の客観的表現とCの無過失という要件については、その要件に当てはまる具体的事実を【事実】から拾い上げることが求められる。(出題の趣旨)

学説は、「その用益が賃借の意思に基づくものであることが客観的に表現されている」という要件を認めるために、⑦賃料の継続的支払い(供託・弁済提供でもよいとする見解もある)と、⑧賃貸借契約の存在(又は賃借権の譲受け)を一般に要求するが、⑦⑧は真の所有者との間に存することまでは不要であるとするのが多数説である。不動産賃借権の物権化(民法605条、借地借家法10条、31条)に伴う不動産賃借権の対人的性格の希薄化がその理由である。

本判決は、他人物賃貸型において、「賃借人が、平穩公然に土地の継続的な用益をし、かつ、賃料の支払を継続しているとき」には①・②を満たすと述べ、多数説に立った。

なお、最高裁は、無断転貸型では、転貸人による用益と転借人による用益との区別が困難であり、所有者に転借意思の了知可能性がない場合には、時効の完成を阻止する機会が与えられず、権利の上に眠る者と評価できないことから、要件②の下で、所有者による転借意思の了知可能性を要求(考慮)している。

百I47解説

百I47解説

### 3. 所有権の取得時効は問われていない

昨年の採点実感でも指摘したところであるが、問題文をきちんと読んでいないと思われるものが多かった。例えば、設問1では、わざわざ「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」と記載してあるのに、Cによる甲1部分の所有権の取得時効を論ずるものはその典型である…。各設問で問われていることに的確に答えていなければ高い評価をすることはできないのであるから、問題文は注意深く読んでもらいたい。(採点実感)

## 設問 2

設問 2 は、建物所有を目的とする土地賃貸借契約がされた場合において、賃借人がその土地の上に有する建物を賃貸人の知らないうちに第三者に賃貸したときに、賃借人はその上に建物がある土地部分を無断転貸したこととなり、賃貸人は土地賃貸借契約を民法第 6 1 2 条により解除することができるか（下線部①）、土地賃貸借契約の目的物たる土地に含まれるがその上に建物がない部分についてはどうか（下線部②）を問うものである。（出題の趣旨）

### 1. まずは解除原因を明らかにする

まず、設問 2 において A による解除の可否を論ずるためには、解除の原因を明らかにしなければならない。本問における事実関係の下では、C の無断転貸を理由とする民法第 6 1 2 条による解除が考えられるが、下線部①及び②のいずれにおいても、C の賃借権の無断譲渡や用法遵守義務違反等を解除原因に挙げる答案も一定数存在した。（採点実感）

### 2. 下線部①・②が敷地の「転貸」に当たるか

#### (1) 借地上建物の賃貸により「転貸」されたことになる建物敷地の範囲

この点に関しては、土地賃借人がその所有する地上建物を第三者に賃貸しても、その建物の「敷地」を転貸したことにならないとする判例がある（大判昭和 8 年 1 2 月 1 1 日判決全集 1 輯 3 号 4 1 頁）。学説においても、同様に解するのが通説である。もっとも、…判例・通説と同じ立場を採る場合であっても、そこにいう「敷地」とは賃貸借の目的とされた土地のうちどの土地部分を指すのかといった点の理解により、A の解除が認められるかどうか、又はその結論となる理由が異なる可能性がある。そこで、本問に答えるためには、「敷地」はどの範囲に及ぶか、その範囲となるのはなぜかを考える必要があり、これを考えるためには、建物の賃貸によりその「敷地」について転貸がされたこととならないのはなぜかを明らかにすることが必要になる。

これに対し、建物を利用するためにはその「敷地」の利用が必要となることから、建物の賃貸はその「敷地」の利用権の設定を当然に伴うとして、「敷地」についても転貸がされたと認めること（以下「反対説」という。）も、論理的にはあり得る。この反対説を採る場合には、判例・通説の基礎を踏まえつつ、そのように解すべき理由を明らかにすることが求められる。（出題の趣旨）

賃借人が賃借権の無断譲渡・無断転貸をして第三者に賃借物を使用又は収益させた場合には、原則として、賃貸借契約の解除権が発生する（612 条）。

それは、個人が個人を信頼して物を使用収益させる賃貸借契約においては、無断譲渡・無断転貸は原則として当事者間の信頼関係を破壊すると考えられているからである。

このように、無断譲渡・無断転貸は、原則として当事者間の信頼関係を

基礎応用 413 頁 [論点 1]、論証集

201 頁 [論点 1]

破壊するものであると考えられており、だからこそ、無断譲渡・無断転貸（及び第三者に賃借物を使用又は収益させたこと）だけで原則として解除権が発生し、背信行為と認めるに足りない特段の事情が解除権の発生障害原因に位置づけられているのである。

そうすると、賃借権の「譲渡」・賃借物の「転貸」とは、当事者間の信頼関係を破壊するだけのものであることを要求されることになる。

判例も、借地上建物に譲渡担保権が設定された事案（87条2項類推適用により敷地賃借権も建物所有権の従たる権利として譲渡担保権者に移転する）について、譲渡担保権の実行前であり、設定者が受戻権の行使により敷地所有権を回復することができる可能性が残っているとしても、譲渡担保権者が建物の引渡しを受けてこれを使用又は収益をしているときは、「敷地の使用主体が変わることによって、その使用方法、占有状態に変更を来たし、当事者間の信頼関係が破壊されるものといわざるを得ない」として、「賃借権を譲り渡し」（612条1項）にあたると解している。つまり、ここでは、当事者間の信頼関係を破壊するだけの使用方法・占有状態の変更があったかという観点から「賃借権を譲り渡し」という要件が判断されているのである。

最判 H9.7.17

そして、土地賃借人が借地上の自己所有建物を第三者に賃貸した場合、賃借物である土地の一部たる建物敷地を第三者に利用させることになるが、建物敷地の「転貸」には当たらないと解されている。それは、①土地賃借人は、建物所有のために土地を賃貸した以上、その建物の利用に伴う敷地の利用は当然甘受しなければならないこと、②建物を土地賃借人自身が利用するか、建物賃借人が利用するかで、原則として敷地の利用形態に違いは生じないことから、当事者間の信頼関係を破壊するような敷地の利用形態の変更がないと考えられるからである。

大判 T8.12.11

民法講義IV460～461頁

もっとも、前述の理由①②からすれば、土地賃借人が借地上の自己所有建物を第三者に賃貸した場合において「転貸」されたことにならない建物敷地とは、建物利用のために必然的に使用することになる範囲の土地のみを意味し、それ以外の土地の利用がある場合には賃借物たる土地の「転貸」が認められることになると解すべきである。

## (2) 下線部①

- ・民法第612条による解除に関して、下線部①では、賃借人Cが借地上に所有する建物を第三者Dに賃貸した場合、Cはそれにより民法第612条に違反したことになるかが問題となる。判例・通説は、上述のとおり、土地賃借人による地上所有建物の第三者への賃貸は「敷地」の転貸に当たらないとしている。これによると、下線部①の事実のみでは、Aによる解除は認められないことになる。（出題の趣旨）
- ・下線部①についても、建物の利用は敷地の利用を伴うため当然に転貸になるとする答案が数多くあった。判例等と異なる見解を採ること自体は、その論理構成や理由が的確に論述されていれば何ら問題はないが、その場合でも、判例等がそのような見解を採っている理由を踏まえた上

で論述をすることが望ましいところ、上記答案の多くは、上記判例の存在や建物の賃貸が敷地の転貸に当たるとした場合に生ずる問題点等に全く触れておらず、説得力に欠けるものが多かった。(採点実感)

- ・特段の理由も示さずに転貸に当たらないとする答案も相当数あった。判例等と同じ立場であるため、理由を示さなかったものと推測されるが、本設問において、下線部①の事実が転貸に当たるか否かは、Cの反論が認められるかどうかを分ける重要な論点となるのであるから、判例等と同じ立場を採る場合でもその理由を的確に論述する必要がある。(採点実感)

### (3) 下線部②

- ・下線部②の事実は、Dが、CD間の丙賃貸借契約によって、本件土地のうちその上に建物が無い土地部分(甲2土地)も使用することを認められ、現に使用していることを示している。甲2土地が判例・通説のいう建物の「敷地」に含まれるのであれば、Aによる解除は認められない。甲2土地が「敷地」に含まれないのであれば、Aによる解除が認められる可能性がある。そこで、甲2土地が「敷地」に含まれるのかどうかを、そのように解する理由を付して明らかにすることが求められることになる。これを考えるためには、そもそも借地上建物の賃貸によりその建物の「敷地」が転貸されたことにならない理由を明らかにする必要がある。建物の使用は必然的にその敷地の使用を伴うとみて、建物の賃貸による敷地の転貸を肯定することも論理的には可能である。そうであれば、建物の賃貸による敷地の転貸の否定は何らかの規範的判断の結果であることになり、その規範的判断が敷地の範囲を画する規準(の1つ)になるはずだからである。(出題の趣旨)

- ・下線部②の事実は、Dが、CD間の丙賃貸借契約によって、本件土地のうちその上に建物が無い土地部分(甲2土地)も使用することを認められ、現に使用していることを示している。下線部①について上記判例等の見解に立った場合には、甲2土地が建物の「敷地」に含まれると考えるかどうかによって、Aによる解除の可否が変わり得ることになるから、本設問の事実関係を踏まえた上でこの点を論述する必要があることになるが、この点についての的確に論述がされた答案は少なかった。(採点実感)

### 3. 「賃貸人が…第三者に賃借物の使用又は収益をさせたこと」

無断転貸による解除を認めるためには、「賃貸人が…第三者に賃借物の使用又は収益をさせたこと」が要件となるが、この要件を意識して適切な当てはめがされている答案は少なかった。(採点実感)

### 4. Aによる「承諾」の有無

甲2土地についてCからDへの転貸が認められるとする場合には、Aによる承諾の有無が問題になる。Aがこの転貸につき個別の承諾をしたことを示

す事実はない。もっとも、Aは、本件土地を一団のものとして賃貸借契約の目的物とし、その一団の土地につきCの建物所有を契約目的とする本件土地賃貸借契約を締結したことから、包括的に、Cが敷地以外の土地部分につき建物の使用とそれに付随する使用を建物賃借人にさせることを承諾していたとしても、論理的には成り立ち得る。ただし、その場合には、甲2土地を敷地から除外したこととの論理的整合性が問題になる。(出題の趣旨)

## 5. 信頼関係の破壊の有無

### (1) 信頼関係破壊の法理

甲2土地の転貸につきAの承諾がないとしても、更に不動産賃貸借契約について確立した法理である信頼関係破壊の法理に照らしてAの解除が認められるかどうかを検討する必要がある。この検討に際しては、まず、Aは、無断転貸により信頼関係が破壊されたと認められる場合に解除することができるのか、無断転貸があれば原則として解除することができるが、信頼関係が破壊されたと認められない特段の事情がある場合には別であるとされるのか(判例(最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁ほか)・通説はこの立場である。)を、理由を付して明らかにすることが望ましい。その上で、信頼関係の破壊に係る判断に際して考慮すべき事実を拾い出し、それらの事情を総合的に考慮した上で結論を出すことになる。(出題の趣旨)

基礎応用 415 頁 [論点 4]、論証集  
202 頁 [論点 4]

612 条の趣旨は、個人が個人を信頼して物を使用収益させる賃貸借契約においては、賃借権の無断譲渡・無断転貸は原則として当事者間の信頼関係を破壊するという考えにある。

特段の事情が認められる場合、賃借人の承諾があった場合と同様の法律関係が当事者間に認められる(最判 S39.6.30)

そこで、背信行為と認めるに足りない特段の事情があるときは、解除権は発生しないと解する。

背信性については、物的・経済的側面のみならず、人的要素(個人的信頼関係)、譲渡・転貸の対象の種別その他当事者双方の諸事情をも考慮して判断される(総合事情判断説)。

基本講義 I 184 頁

### (2) 考慮すべき事実

- ・賃貸借と転貸借との利用形態がほぼ同様で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(特に転貸人に差額による利益を取得する意図がないこと)、転貸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。(平成20年司法試験・出題の趣旨)
- ・多くの答案が、判例(最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁ほか)の立場を前提とした上で、設問の中から信頼関係の破壊に係る判断に際して考慮すべき事実を拾い出した上で、解除の可否について結論を出していた。もっとも、解除を否定する場合でも評価根拠事実のみを挙げている答案が多く、評価障害事実も挙げた上で、これらの諸事情を総合的に判断するものは少なかった。(採点実感)

・下線部①の事実により既にCはDに本件土地を転貸したことになるとする反対説を採る場合には、下線部②の事実は、転貸範囲の拡大及び転借人による目的物の直接利用のために、賃貸人Aに不利益を生じさせる危険が増大する、という意味を持つことになる。このことを踏まえて、Aによる解除の可否を論ずる必要がある。(採点実感)

## 6. 契約全体の解除

複数筆の土地が建物所有を目的とする1個の賃貸借の目的物とされた…。  
(出題の趣旨)

出題の趣旨・採点実感では言及されていないが、下線部分①は無断転貸を基礎づけないが、下線部分②は無断転貸を基礎づけるという結論を採用した場合には、甲2土地についての無断転貸を理由として、甲1土地・乙土地についての賃貸借契約も解除することができるかという論点が問題になりそうである。

しかし、本問における賃貸借契約は、「複数筆の土地が建物所有を目的とする1個の賃貸借の目的物と」したものである(平成29年出題の趣旨)から、甲1土地・乙土地・甲2土地をまとめて賃貸借の目的物とする1個の契約である。

したがって、一個の契約に違反したことを理由として他の契約も解除することができるかという論点は問題にならず、複数筆の土地のうち一部の土地について無断転貸があれば、他の土地を含めた賃貸借契約全体の解除原因が認められることになる。

## 7. 理由の説得力、論理的かつ実質的に適切な結論であるかが重視される

以上のとおり、本問においては、下線部①及び②が有する法律上の意義について種々の考え方があり得るところであり、Aによる解除の可否の判断も異なり得る。それらの考え方があり得るうちいずれを採るか、あるいは解除の可否につきいずれと考えるかそれ自体によって、評価の上で優劣がつけられることはない。評価に際しては、どの考え方があり得る場合であっても、あるいは解除の可否につきいずれの結論とする場合であっても、その理由が説得的に述べられているかどうか、その考え方があり得る立場から本問の事実を踏まえて論理的にも実質的にも適切な結論が導かれているかどうかを重視される。(出題の趣旨)

### 設問 3

設問 3 は、複数筆の土地が建物所有を目的とする 1 個の賃貸借の目的物とされたが、それらの土地のうちの一部の上にのみ建物があり、その建物につき土地賃借人の所有名義の登記がされている場合に、その登記による賃借権の土地取得者に対する効力は、その上に建物のない別筆の土地にも及ぶかどうか、仮に及ばないときには、土地取得者は所有権に基づいてその建物のない筆の土地の返還を求めることができるかどうかを問うものである。設問 2 と設問 3 は、いずれも、1 個の賃借権の目的物となっている（複数筆の）土地のうち一部の上に建物がある場合に、その建物のあることが建物のない土地（部分）にどのような影響を及ぼすかを問題とするものであるが、設問 2 は、当該賃貸借関係の当事者間においてこれを問題とするものであるのに対し、設問 3 は、賃借人と当該土地の取得者との間でこれを問題とするものである。（出題の趣旨）

#### 1. 反論を考える際の出発点

難しい問題こそ、論点主義的に考えないで、法律要件から（さらには、要件事実に従って）考える。

例えば、設問 3 のように、被告側の反論の当否が問われている問題では、まずは、その反論が「請求原因事実に対する否認」なのか「抗弁」なのかということから考える。

次に、仮に反論が「抗弁」である場合には、抗弁事実が満たされているのかを考える（〔注〕ここで、いきなり再抗弁・再々抗弁に属する論点に飛びつかない）。

そして、抗弁事実が満たされる場合に初めて、再抗弁を検討することになる。

#### 2. AC 間の本件土地賃貸借契約に基づく賃借権による占有権原の抗弁

C は、E の請求に対し、まず、占有権原（賃借権）があることをもって反論することが考えられる。（出題の趣旨）

##### （1）売買は賃貸借を破る

所有権は絶対権たる物権だから、万人に対して主張できる。

これに対して、賃借権は相対権たる債権だから、契約当事者である賃借人に対してのみ主張でき、新所有者には主張できないのが原則である。

したがって、原則として賃借人は、新所有者との関係では、当該物件を権原なしに不法に占有していることとなり、新所有者からの所有権に基づく返還請求に応じなければならない。

##### （2）抗弁事実

賃借権は相対権たる債権であり、対抗要件の具備によりはじめて新たな物権取得者に対抗できる占有権原となるのである。

そこで、抗弁事実としては、①賃貸借契約の締結、②①に基づく引渡しに加えて、③賃借権の対抗要件具備（民法 605 条、借地借家法 10 条 1 項、31 条 1 項）も主張・立証する必要がある。

新所有者は、再抗弁として、賃借権の対抗要件具備に先立ち、所有権移転

基礎応用 408 頁〔論点 2〕（論証 1）、  
論証集 198 頁〔論点 2〕（論証 1）

基礎応用 408 頁〔論点 2〕（論証 2）、  
論証集 198 頁〔論点 2〕（論証 2）

登記が具備されたことを主張・立証することができる。

### (3) 土地ごとの検討

#### ア. 甲1土地・乙土地

本件土地賃貸借契約は、建物所有を目的とするもので借地借家法の適用があるため、この反論は、甲1土地及び乙土地については、Cが、Eの本件土地の所有権取得の登記に先立って、甲1土地及び乙土地上に所有する丙建物につき自己名義の保存登記を備えたことにより(借地借家法第10条第1項)、認められることになる。(出題の趣旨)

#### イ. 甲2土地

甲2土地は、Eが現れた時点では、【事実】12に記載の事情により甲1土地及び乙土地とは別筆の土地となっており、甲2土地につき賃借権の登記(民法第605条)がされたことを示す事実はなく(この点は、甲1土地及び乙土地についても同じである。)、また、その上に建物が存在しないため、少なくとも形式的には借地借家法第10条第1項の適用はないように見える。(採点実感)

#### (ア) 借地借家法10条1項の解釈により甲2土地にも対抗要件を認める

借地借家法第10条第1項の趣旨の理解次第で、C名義の丙建物の登記により甲2土地についてもCがその賃借権をEに主張することが認められる(本問でいえば、丙建物の登記による甲2土地への賃借権の効力の拡張を認める)とすることも考えられる。もっとも、これは本則に対する例外を認めようとするものであるから、そのような論理を展開するのであれば、例外を正当化するに足る十分な根拠を挙げ、かつ、その根拠に照らして例外が認められるべき範囲を明らかにした上で、甲2土地についてのCの賃借権の主張がその例外に該当することを述べる必要がある。(出題の趣旨)

#### (イ) 対抗関係構成

・本件土地賃貸借契約は、もともと甲1土地及び乙土地のほか甲2土地を含む一筆の土地を目的として締結されたものである。また、本件土地の周りには公道に面する南側を除いて柵が張り巡らされているから、甲2土地は、外形上も、甲1土地及び乙土地と一団の土地を成している。さらに、甲2土地は丙建物を利用するために不可欠とはいえないが、甲2土地を利用することができなければ丙建物の経済的効用が減じられ、Dの診療所の患者も不便を強いられる可能性もある。こういった事情に鑑みれば、甲2土地についても、Eの請求に対してCに何らかの反論が認められないかを検討する必要がある。仮にCの反論が認められる場合には、Cは特別の保護を受ける一方で、Eはその所有権の行使を例外的に制限されることになる。そのため、Cの反論が認められるのは、Eにおいてそのような制限を受けても仕方がないと認められる事情があるときに限られる。このようにEの主観的事情を考慮してCが保護されるかどうかを判断する構成としては、①Eの請求が

権利濫用に当たるかどうかを判断するもの（以下「権利濫用構成」という。）と、②C E間の争いをEがCの賃借権の対抗要件の不存在を主張するものと見て、Eがその主観的事実において対抗要件の不存在を主張する正当な利益を有しない者（民法第177条の「第三者」から除外される者に相当するもの）に当たるかどうかを判断するもの（以下「対抗関係構成」という。）があり得る。（出題の趣旨）

- ・対抗関係構成は、Cの権利がEに対しても効力を有することが前提となっており、ただ、対抗要件が備わっていないためにEに対してその効力を主張することができない、と法律構成するものである。しかし、Cの権利は賃借権であり、賃借権は、それが不動産に関するものであっても債権であるとするのが民法の前提である。そうであれば、対抗関係構成を採用する場合には、この民法の前提をどのように考えるかをまず説明することが望まれる。（出題の趣旨）
- ・例えば、「Cの賃借権は、土地を目的とするものであっても債権であり、賃借権の登記又は借地上に所有する建物に自己所有名義の登記を備えることによって初めて土地取得者であるEに対する効力が認められる。そのため、Cが上記の登記を備えていない場合には、そもそもEとの間で対抗関係は生じない。したがって、この場合には、Eは、所有権に基づいて甲2土地の明渡しを請求することができることになる…というように実質的な理由を示すことが望まれる。（採点実感）
- ・Eの請求の可否を対抗関係構成により判断する場合には、まず、対抗要件制度の趣旨に照らし、その主観的態様のため対抗要件の不存在を主張することができない第三者につき一般的な立場を示した上で、本問の諸事情の下でどのように解すべきかを検討する必要がある。対抗関係構成の下でEがその主観的態様により例外的に第三者性を否定されることがないかどうかを検討するのは、Cの賃借権を特別に保護すべき場合に当たるかどうかを判断するためである。そのため、Eの主観的態様による上記検討に関して、不動産賃借権の特別の保護とそのため要件設定の趣旨がどのような意味を持つかを考慮することが望ましい。（出題の趣旨）

### 3. 権利濫用の抗弁

甲2土地について、借地借家法10条1項の解釈又は対抗関係構成により、Cが対抗要件を具備していない甲2土地の賃借権をもってEに対抗することができるとする結論を採用しなかった場合、権利濫用の抗弁も問題となる。

- ・Eの主観的事実を考慮してCが保護されるかどうかを判断する構成としては、①Eの請求が権利濫用に当たるかどうかを判断するもの（以下「権利濫用構成」という。）…も…あり得る。（出題の趣旨）

・判例は、本問のような場合に、別筆の隣地上にある丙建物の登記により甲2土地についても賃借権の土地取得者に対する効力が認められることはないとした上で（最判昭和40年6月29日民集19巻4号1027頁，最判昭和44年10月28日民集23巻10号1854頁，最判平成9年7月1日民集51巻6号2251頁），権利濫用構成を採用している（前掲最判平成9年7月1日）。もっとも、別の構成（対抗関係構成）も成り立ち得ると考えられる場合に権利濫用構成を採るのであれば、その理由を示すことが望ましい。例えば、「Cの賃借権は、土地を目的とするものであっても債権であり、賃借権の登記又は借地上に所有する建物に自己所有名義の登記を備えることによって初めて土地取得者であるEに対する効力が認められる。そのため、Cが上記の登記を備えていない場合には、そもそもEとの間で対抗関係は生じない。したがって、この場合には、Eは、所有権に基づいて甲2土地の明渡しを請求することができることになるが、この請求は権利行使の一種であるから、例外的に権利濫用を基礎付ける事情がある場合にはその権利行使が否定され得る。」というように実質的な理由を示すことが望まれる。Eの主張の権利濫用該当性を検討する場合には、権利濫用の判断枠組みを述べ、その枠組みの下で本問の諸事情に照らして結論を述べることが求められる。権利濫用の一般的な判断枠組みについては、権利の行使と認められることにより権利者が得る利益（又は権利濫用とされることにより権利者が受ける不利益）の程度とその権利の行使により他の者又は社会が受ける不利益の程度を比較衡量し、さらに、権利者の主観的態様も併せて総合的に判断する、という考え方が判例・学説上定着している。これ以外の枠組みを採ることが否定されるものではないが、別の枠組みを採るのであれば、定着した考え方をあえて否定する理由を示す必要がある。（出題の趣旨）

例えば、宇奈月温泉事件判決では、①権利濫用とされることにより権利者が受ける不利益と権利行使による利益（公共の利益も含まれる）とを比較較量したうえで、さらに、②権利行使の際の加害目的や加害の意図など権利者の主観的態様も考慮することで、権利濫用の判断が行われている。

基礎応用 409 頁 [論点 3]、論証集

199 頁 [論点 3]、大判 S10.10.5・

百 11（宇奈月温泉事件）

#### 4. 賃貸人の地位の移転は問われていない

賃貸人の地位がAからEに移転したという理由で、Cの反論が認められるとする答案も多かった。賃貸人の地位の移転に関する理論は、賃借人が、賃貸借契約締結後に賃貸目的物の所有権を取得した者に対し、その賃借権を対抗することができることを前提とした上で、そのような場合には、原則として賃貸目的物の所有権を取得した者に賃貸人の地位を移転させることがむしろ相当であるという価値判断を根拠とするものである。しかるに、本設問はEがCに対して所有権に基づき本件土地の返還を求めた事案であり、Cがその賃借権の効力をEに主張することができるかどうかの問題となっているのであるから、賃貸人の地位が移転するかどうかを論ずる必要は全くないものといえる。（採点実感）



[模範答案]

1 設問 1

2 1. Cは、所有権その他の賃貸権原を有しないAから甲土地を賃借（民  
3 法601条）しているにとどまるから、この賃借権をもって所有者Bに  
4 対抗することはできない。そこで、Cは、短期時効取得（163条、162  
5 条2項）した土地賃借権に基づく占有権原の抗弁を主張することが考  
6 えられる。

7 2. 所有権以外の財産権の短期取得時効の成立には、①「所有権以外の  
8 財産権」を、②「自己のためにする意思」をもって、③「平穩」かつ  
9 「公然」と、④「十年間」、⑤「行使」したこと、⑥行使開始時に「善  
10 意であり、かつ過失がなかった」ことが必要である。また、時効によ  
11 り権利を取得するためには、⑦時効の援用も必要である（145条）も  
12 必要である。

13 そして、土地賃借権においては、⑤として土地の継続的用益という  
14 外形的事実、②として賃借意思の客観的表現が必要とされる。これら  
15 の事実を要求する趣旨は、土地所有者に対して無権限者による土地賃  
16 貸の認識を通じて時効完成を阻止する機会を与えることにある。

17 3. ①・③・⑦については問題なく認めることができるから、以下では、  
18 Cの反論の当否として②・④・⑤・⑥を検討する。

19 (1) 平成16年10月1日、Cは、Aから、甲1部分を含んだ本件土地  
20 の引渡しを受けているが、この時点では本件土地はまったく利用さ  
21 れておらず更地であったため、甲1部分の継続的用益という外形的  
22 事実は認められない。

23 その後、平成17年6月1日から、乙土地と甲1部分の上で本件

1 工事が開始しており、この時点において甲 1 部分の継続的用益とい  
2 う外形的事実が認められる (⑤)。

3 (2) ②が認められるためには、㊦賃貸借契約の締結と㊧賃料の継続的  
4 支払いが必要である。そして、不動産賃借権の物権化(民法 605 条、  
5 借地借家法 10 条、31 条)に伴い不動産賃借権の対人的性格が希薄  
6 化しているから、㊦・㊧は真の所有者との間に存することまでは不  
7 要である。

8 C は、平成 16 年 9 月 15 日に甲 1 部分の非所有者である A との  
9 間で甲 1 部分を含む本件土地について本件土地賃貸借契約を締結し  
10 (㊦)、これに基づき平成 16 年 10 月から毎月、A に対して月額 20  
11 万円の賃料を支払い続けてきた (㊧)。そのため、②も認められる。

12 (3) ⑥の善意・無過失とは、自己に土地賃借権があると信じ、かつ、  
13 そう信じたことに過失がないことを意味する。

14 契約当時、登記簿上は甲 1 部分が A 所有の乙土地に含まれてい  
15 た。C は、登記簿を閲覧した上で契約をしていることから、甲 1  
16 部分が A の所有地であると信じていたといえる。そのため、A との  
17 本件土地賃貸借契約の締結により本件土地の賃借権を取得したと信  
18 じていたともいえ、「善意」である。

19 そして、乙土地の実際の面積は登記簿記載の地積よりも小さいも  
20 のであり、しかも、C が実地調査をした時点では、登記簿記載の地  
21 積にほぼ合致するように乙土地の東側と西側をそれぞれ 5m ほど広げ  
22 る形で柵が建てられていたため、あたかも甲 1 部分が乙土地の一部  
23 であるかのような外観も存在していた。そのため、C としては、登

1 記簿記載の地積よりも乙土地の面積が小さい可能性を前提とした調  
2 査・確認をする注意義務までは負わない。Cは、乙土地の登記簿を  
3 確認した上で、本件土地の実地調査を行い、上記柵の存在を確認し、  
4 本件土地の測量まで行っているのであるから、調査・確認義務を果  
5 たしている。したがって、Cは無過失であるともいえ、⑥も認めら  
6 れる。

7 (4)しかし、BのCに対する訴訟が提起された平成27年4月20日の  
8 時点では、⑤の開始時点(平成17年6月1日)から「十年」が経  
9 過していないから、④を欠き、時効の完成は認められない。

10 4. よって、Cの反論は認められない。

#### 11 設問2

12 以下では、612条2項に基づく解除を検討する。

#### 13 1. ①・②の法律上の意義

14 (1)土地賃借人が借地上の自己所有建物を第三者に賃貸した場合、賃  
15 借物である土地の一部たる建物敷地を第三者に利用させることにな  
16 るが、建物敷地の「転貸」には当たらないと解されている。それは、  
17 建物所有目的で土地を賃貸した賃貸人は建物利用に伴う敷地利用は  
18 当然甘受するべきであること及び建物の利用主体の変更は原則とし  
19 て敷地の利用形態の変化を伴わないことから、かかる場合は当事者  
20 間の信頼関係を破壊することにはならないと考えられているからで  
21 ある。したがって、①の事実は、「賃借物」である甲1土地の「転貸」  
22 を基礎付けるという法律上の意義を有しない。

23 (2)他方で、前述の理由からすれば、土地賃借人が借地上の自己所有

1 建物を第三者に賃貸した場合において「転貸」されたことにならな  
2 い建物敷地とは、建物利用のために必然的に使用することになる範  
3 囲の土地のみを意味し、それ以外の土地の利用がある場合には賃借  
4 物たる土地の「転貸」が認められることになると解すべきである。

5 Cは、Dに対し、甲1土地上の丙建物を賃貸する際に、その上に  
6 建物が無い甲2土地についても診療所の患者用駐車場としてDに  
7 使用させている。丙建物を診療所として利用する上で、甲2土地を  
8 患者用駐車場として利用することは、丙建物の利用に必然的に伴う  
9 ものではない。別の土地に患者用駐車場を設けるという方法も残さ  
10 れているからである。

11 したがって、甲2土地は、丙建物の利用のために必然的に使用す  
12 ることになる範囲の土地であるとはいえないから、②の事実は「賃  
13 借物」である甲2土地の「転貸」を基礎付けるという法律上の意義  
14 を有する。

## 15 2. 解除の可否

16 (1) 甲1土地と甲2土地は、元々は一筆の土地としてAからCに賃貸  
17 されていたのであって、賃貸後の分筆登記によって別々の土地にな  
18 ったにすぎない。そのため、AがCに対して甲土地を賃貸する際、  
19 甲土地上の建物の使用に付随する使用に必要な範囲内で建物敷地以  
20 外の甲土地部分を転貸することに承諾(612条1項)していたとも  
21 思える。

22 しかし、前述の通り、甲2土地を患者用駐車場として利用するこ  
23 とは丙建物の利用に必然的に伴うものではないから、患者用駐車場

1           として利用するために甲 2 土地を転貸することについて A が承諾し  
2           ていたとは評価できない。

3           したがって、無断転貸が認められる。

4           (2) 事実②により C が「賃借物を」「第三者」D「に使用…させた」(612  
5           条 2 項) ともいえるから、同条に基づく解除権が発生するのが原則  
6           である。

7           もつとも、612 条の趣旨は、無断譲渡・転貸が原則として当事者  
8           間の信頼関係を破壊するという点にある。したがって、背信行為と  
9           認めるに足りない特段の事情があるときは、解除権は発生しないと  
10          解する。そして、背信性については、物的信頼のみならず、人的信  
11          頼も考慮して判断する。

12          確かに、C と A との間には、義理人情や主従関係といった前近代  
13          的な封建的關係は存在しないから、甲 2 土地の無断転貸による人的  
14          信頼の侵害は小さいとも思える。

15          また、甲 2 土地の利用態様は、診療所の患者用駐車場としての利  
16          用という、従来の C の利用態様と同じである。しかも、甲 2 土地の  
17          転貸契約が付随する本体としての契約である丙賃貸借契約に基づく  
18          丙建物の利用形態も、診療所の経営という従来の C の利用態様と同  
19          じである。そうすると、転貸による賃貸人の経済的不利益はほとん  
20          どない。

21          しかし、C は、丙賃貸借契約に付随するものとして甲 2 土地の転  
22          貸契約を締結しており、甲 2 土地の転貸契約は丙賃貸借契約のため  
23          の契約であるといえる。そして、丙賃貸借契約では月額賃料 60 万

1 円とされており、Cは契約期間5年間で合計2160万円もの賃料収  
2 入を得ることになる。本件土地賃貸借契約の月額賃料が20万円  
3 あることから、Cは、5年間で、1440万円もの差額賃料を得ること  
4 になる。

5 転賃の経緯としては、Cが健康上の理由から診療所の廃業を考え  
6 ていたところ、友人Dから勤務医を辞めて開業したいと考えている  
7 という相談を受けたというものである。友人DはCの親族ではない  
8 上、月額賃料が60万円にもわたることから、Cによる甲2土地の転  
9 賃は人助けのためになされたものであるとは言い難く、差額賃料を  
10 取得する意図に基づき行われたものであるといえる。したがって、  
11 人的信頼を侵害する程度は大きいともいえる。

12 よって、背信行為と認めるに足りない特段の事情は認められない  
13 から、Aは本件土地賃貸借契約を解除できる。

#### 14 設問3

15 1. まず、Cは、Aとの本件土地賃貸借契約に基づく土地賃借権による  
16 占有権原の抗弁を主張することが考えられる。

17 (1) 所有権は絶対権たる物権だから、EはAとの売買契約により取得  
18 した本件土地の所有権を万人に対して主張できる。これに対し、賃  
19 借権は相対権たる債権だから、対抗要件を具備しない限り、賃貸人  
20 以外の第三者に対する効力が認められない。

21 本件土地のうち、乙土地及び甲1土地に対する土地賃借権につい  
22 ては、本件土地についてのAからEへの所有権移転登記完了前に、  
23 C名義の丙建物の所有権保存登記（借地借家法10条1項）がされ

1            ているから、Eにも対抗できる。

2            しかし、甲2土地に対する土地賃借権については、対抗要件が備  
3            わっていないからEに対する効力が認められない。

4            (2)もつとも、Eが背信的悪意者に該当するものであれば、同人は「第  
5            三者」(177条)に該当しないため対抗要件の不存在を主張すること  
6            ができず、その結果、CがEに対して賃借権を対抗できることにな  
7            らないか。

8            しかし、相対権である賃借権は、物権と異なり、対抗要件を具備  
9            しなければ賃貸人以外の第三者に対する効力を有しないのだから、  
10           対抗要件を具備していない場合には第三者に対する効力を前提とす  
11           る対抗関係は生じない。

12           したがって、上記(2)のように解することはできない。

13           2. 次に、Cは、Eによる所有権行使は権利濫用(1条3項)によって  
14           制限されると主張する。

15           (1) 権利濫用により権利行使が制限されるかは、権利行使の制限によ  
16           る権利者の不利益と権利行使による他者・社会の不利益とを比較考  
17           量した上で、さらに権利者の主観的態様も考慮して判断するべきで  
18           ある。

19           (2) 本件売買契約では、丙建物収去・土地明渡しが認められることを  
20           前提として代金額が決定されているから、代金額が更地価格7000  
21           万円よりも1000万円低く設定されていることを考慮しても、所有  
22           権行使が制限されることによりEは数千万円規模の財産的不利益を  
23           受けることになる。しかも、EはAからの虚偽の説明を受けて丙建

1 物収去・土地明渡しが可能であると信じて本件土地を買い受けてい  
2 るのだから、甲2土地の賃借権が対抗要件を備えていないことに乗  
3 じて不当な利益を求めるという意図もない。

4 他方で、所有権行使が認められた場合、Cは丙建物の収去により  
5 収去費用の負担や建物の喪失という不利益を受けることになる。ま  
6 た、Dについては、診療所の閉鎖を強いられる。しかし、これらの  
7 不利益がEの不利益に比べて均衡を失するほどに大きいとまではい  
8 えない。

9 このことに、Eの主観的悪意性が認められないことも併せ考慮す  
10 れば、Eの所有権行使は権利濫用に当たらない。

11 したがって、Cの反論は認められない 以上

(参考文献)

- ・「民法(全)」第2版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第2版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「基本講義 債権各論Ⅱ」第3版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「プラクティス民法 債権総論」第5版補訂(著:潮見佳男-信山社)
- ・「民法(債権関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)  
→「概要○頁」と表記
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)  
→「概要・相続○頁」と表記
- ・「詳解 改正民法」初版(著:潮見佳男ほか-商事法務)  
→「詳解○頁」と表記
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)  
→「詳解・相続法○頁」と表記
- ・「Before/After 民法改正」初版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「民法Ⅰ 総則・物権総論」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅱ 債権各論」第3版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅳ 親族・相続」補訂版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「LEGAL QUEST 民法Ⅵ 親族・相続」第3版(著:前田陽一ほか-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅰ 総則」第3版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅳ-1 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第4版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第2版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法Ⅲ」第3版(著:道垣内弘人-有斐閣)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹界)
- ・「要件事実マニュアル1」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第2版(有斐閣)
- ・「最新重要判例解説」平成18年度～令和4年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2022(日本評論社)