

## 採点基準と講評

松岡 久和

## 【採点基準と得点分布】

得点分布表を補足して説明します。

1 配点は、採点しやすくバラツキが少ないように、各論点5点または10点としました。

下記のような6段階（0点を除けば5段階）で採点しています。

評価は5段階+0点	5点の 論点	10点の 論点	
とても良くできました	5	10	合格点
できていますが、 少しミスあり	4	8	
かなり不十分ですが 合格点です	3	6	不合格点
基本的な間違いが あります	2	4	
大外れです	1	2	
白紙	0	0	

2 設問1・2の配点は、50対50としたので、45点ずつにして、最後の印象点は、10段階評価の10点（ここは全部白紙でない限り0点はない）、合計100点です。印象点は、全体の起案構成、記述の論理性、表現力を評価し、バランスがよいものやバランスは悪いが突っ込んだ記述に見所があるものに加点し、非論理的な記述や構成に問題があるときには減点しています。実際に付けたのは2～7点でした。

3 細かい採点にはどうしてもブレが出ますので、最終的には層として評価を付けています。

- |                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| ①90点以上：A+（民法学者並。これが出る問題ではありません） | 0名  |
| ②80点以上：A（非常に優秀です）               | 0名  |
| ③70点以上：B（かなり良好です）               | 0名  |
| ④60点以上：C（合格点です）                 | 1名  |
| ⑤50点以上：D（もう一息で合格点です）            | 1名  |
| ⑥40点以上：E（少し残念な結果です）             | 4名  |
| ⑦40点未満：F（足切りにあう危険があります）         | 16名 |

## 【講評】

### 1 総評

この問題は、解説を書いている時点で、相当難易度が高いと自覚したので、ある程度の人数が合格点を得られれば良いと思っていました。

Bが所有権未取得であるとの設定ですので、所有権に基づく請求が成り立たず、Aに対しては履行請求をするしかありません。ほとんどの起案がBの所有権に基づく請求だとしていて、問題の趣旨を読み取れなかったようで、非常に低い点数になってしまいました。ちょっと残念です。点数で一喜一憂していても意味は乏しく、比較的丁寧にコメントを付けたので、どう反省して改善に繋げるかを各自が考えてください。

実際の司法試験でも全体の出来が非常に悪いと得点調整をして他科目とのバランスをとります。この問題の結果を見ると得点に10～15点くらいのシフトを考えるかもしれません。

### 2 設問1小問(1)

BがCに移転されてしまった登記を抹消請求するには、AC間の売買契約の無効を主張したうえで（これがヒントとした通謀虚偽表示です）、AのCに対する原状回復請求権を債権者代位権によって行使する以外にはありません。所有権を取得していないので対抗問題の例外である背信的悪意者排除を持ち出しても勝ち目はありません。所有権がBに移転しているのでAは無権利者でCは権利を取得できないと書いた起案が若干ありました。177条が適用される典型的な二重売買紛争（Bが所有権を取得していないので二重譲渡にすらなっていないのですが）で公信力説でも使わない論理（公信力説でもCが善意無過失で先に登記を取得していればCが勝つはず）を出してきてもまったく通用しません。

請求の趣旨と請求原因を書くのはこの問題では不可欠です。この問題に限らず、原告がどういう法律構成で何を請求することが考えられるか（請求原因がとりあえずみだされるか否かです。最終的な認容の可否ではありません）は、民法の問題では（起案に書かなくてよい場合もありますがそれでも）必ず考えてください。

詐害行為取消権を書いた方が若干おられました。それではAに対する移転登記請求権は保全できません。また、Aは不動産を多数所有しているという設定ですから無資力要件もみだせそうにありません。特定債権を保全する債権者代位権（の転用）は、423条の7で無資力要件が不要です。気付いて欲しい論点でしたが、残念ながらだれも正解なしでした。

通謀虚偽表示の点ですが、問題文では、通謀虚偽表示だと断定できるだけの事実はありませんし、逆にそれを明確に否定する事実もありません。事実関係が曖昧なままにしてある問題は、たとえば、「通謀虚偽表示であることが立証できた場合には」と条件付で書いたり、通謀虚偽表示の成否を場合分けして論じる必要があります。事実関係を勝手に加えて断定的に判断すると危険です。こういう出題にも慣れてください。

約束した代金額の減額を一方的に主張するBの要求は、事情変更の法理が適用されるような場合を除いて認められず、むしろ、履行拒絶として債務不履行だと評価されえます（それが履行期前の履行拒絶を理由とするAからの解除です。この点は難しいですね）。事情変更の法理は、要件が非常に限定的なうえ、契約内容の改訂を認める判例はなく、債権法改正で

も条文化が断念されました。本問では事情変更の法理の適用の余地はないように設定をしたつもりです。多くの起案が、Bの要求に応じず、履行しなかったCの債務不履行だと論じていたので驚きました。それは契約の拘束力についての基本的な誤りです。

手付が問題文に明示してありますので、手付放棄解除や手付倍戻解除の成否には言及して欲しいです。手付放棄解除はBの権利ですので、Aが行使することはできませんし、Bは以後も履行請求をしているので、Bからの解除の意思表示があったという認定は難しいです。

このようにAが契約解除できなければ、基本的にBの履行請求が認められますし、AC間の契約が無効であれば、抹消登記の代位請求も認められます。ただその場合でも、残代金は未済ですので、Aは、同時履行の抗弁を当然に主張でき、Bの請求はせいぜい一部認容にとどまります。

### 3 小問(2)

Bから解除ができることが前提ですが、その解除原因も考えておいてください。Aが約束の日にBの事務所に来ず、約束した測量図を交付しなかった点は、たしかに債務不履行と言えましょうが、Bの不当な要求が切っ掛けですし、Aには中間金2000万円の支払との同時履行の抗弁権がありますので、この時点でBが解除することはできません。Bが解除を主張するなら、AC間の売買が有効でCが先に移転登記を得たことによってAB間売買が履行不能となることを理由とする以外にはないでしょう。(2)でその趣旨を書けているものは(1)の履行不能の項目に加点しています。

損害賠償の基準時および内容の問題は深く考えると難しいので、416条による相当因果関係内の損害賠償だと書いてだけでも部分点をあげています。また、手付を損害賠償の予定と解釈した起案はありませんでしたので、解除により手付の返還を請求できることを明示していれば甘めに評価しました。

### 4 設問2

まずは無償貸与しただけのGからは所有権が失われず、Gが所有権に基づく返還請求をするということを出発点として考え、明示してください。いきなり即時取得を議論するのは、前提を欠いた議論でよろしくありません。

そのうえでEとDの即時取得の可能性を論じる必要があるのですが、Eを代理人としたDの権利取得だとして、顕名がないためDは所有権を取得できない、とする起案が少なくありませんでした。DE間は、購入委任契約で、DがEに代理権を授与した事実はなく、Eは自らの名前でBから購入していますので、まずはEが買主です。

しかもBE間には所有権留保特約があり、Eは代金未済ですので、仮にBに処分権限があっても所有権を取得できていません。即時取得の諸要件をみたしても(Eが引渡しを受けたのかは小さな論点です)それ以上の地位を取得できることはなく、Eには所有権は帰属しません。

次に、Dは上述のように受任者Eから、Eの取得した権利を移転してもらい、引渡しを受ける権利を有していますので、それを基礎に即時取得を論じることを求めています。

問題の後半は、抵当権の効力が及ぶ範囲(370条)の問題です。乙は、付合物ではなく抵当権設定後の従物に相当します。付合物+従物=付加一体物というのが判例・通説ですから、まずはこの点を確認して欲しい基本論点です。見落としが多かったのは、主物と同

一所有者でないと従物とはならないことです（87条1項の条文をよく見ましょう）。だからこそDの即時取得による所有権取得の成否が影響してくるのですが、時間不足で検討不足の起案が多かったです。曲がりなりにも最後まで書けた起案は、それだけで少し高めに評価しました。