

## 2009年度後期民法第2部試験講評

2010年3月22日

松岡 久和

まずは具体的な問題から講評します。

I 基礎的な用語の穴埋め問題でしたが、平均 13.4 点と物足りない結果でした。誤字は 1 点減点して 1 点としました。

1 の「明認方法」は、「明認方法または立木法による立木登記」がより正確です。ただ、「立木登記」でも必ずしも可としました。「登記」だけでは 1 点としました。

2 を「一物一権主義」とするのは「主義」が重なるので 1 点減点。不注意で 0 点でもおかしくありません。

4 の「集合物」は、文脈から「物」概念の拡張であることが重要ですので、「集合財産」は不可です。

5 の正解率が著しく低く「所有権」とするものが多かったですが、それでは 3 つめの箱にうまく合致しません。よく読んで欲しいです。

6 は、当初、184 条の見出し通りの答えに限定し、「指図による引渡し」を不可とする方針でした。しかし、教科書であるエッセンシャル民法他にもそのような表現が取られていること、同書の共著者にお尋ねしたところ、「現実の引渡し」「簡易の引渡し」と並べて、ここだけ「占有移転」と表現する必然性はないとの意見も出ましたので、「指図による引渡し」でも可としました。ただ、六法参照が可能な場合には、六法の正規の見出しに従う方が良いでしょう。

7 の「付従性」は「随伴性」では不可。随伴性は付従性の内容の 1 つですが、被担保債権の移転に伴って担保権も移転することを意味しますので、本文の説明する消滅の問題には妥当しません。

10 の「負担割付」は、「割付」だけでは 1 点。正答率が著しく低かったです。

II 説明問題は、やや緩やかに採点しました。

(1) 意思主義と対抗要件主義は、日本法にみるように両立します。それぞれ民法条文(176 条・177 条。178 条は必ずしも挙げなくて良い)の指示が必要です。効力要件主義との対比が書けていない半分程度です。比較的多くの答えは、意思主義・対抗要件主義を採ると登記の公信力が認められないため取引の安全に不利であるとしていました。実は両者には論理必然の関係にはありませんが、意思主義・対抗要件主義によれば権利の帰属と公示が構造的に乖離する場面があることから、公信力が認めにくい理由にはなるので、相当程度加点しました。平均点は 12.4 点。

(2) の共有・合有・総有については、例示がおかしい答案が多く、「サークルなどの団体による場合には合有」とか「法人の所有する物の利用は総有」とするのは誤りです。サークル等でも、組合と評価できれば合有ですが、権利能力なき社団の場合には総有になります。法人所有の場合は、法人の単独所有で、社員は法人の所有物には何の権利も持ちません。実質的には団体所有なのに法人格がないため個人所有の形態を採らざるをえないものこそが総有とされるのです。平均点 13.4 点。

(3) 解説のように保全処分に触れた答案は少なく、損害賠償請求、期限の利益喪失、増担保請求などを総合的に書いた答案もある程度ありました。字数が限られるため、総花的な答案も満点になりうるようにする一方、妨害排除請求についてのみ書いた答案については、抵当権自体に基づく妨害排除・妨害予防請求と代位請求の双方について触れ

ること、抵当権侵害の要件についてきちんと説明すること、抵当権者に対する明渡しを認められることに触れること、代位請求については被代位権利について触れることが揃えば満点とする採点にしました。判例では代位請求しか認めていないというような答案も若干あって驚きました。平均点は12.7点。

(4) 法定地上権について解答した答案が一番多く、制度趣旨として自己借地権の否定と社会経済上の不利益防止、建物所有者保護のうち2つ以上を書くことで10点、3つ以上の事例における法定地上権の成否およびその理由が揃って10点として、部分点も与えました。後者の例について、問題になる例のみを書いているものは4点、理由なく結論だけのものは6点としました。平均は15.6点で5問中最も良かったです。

(5) 動産所有権留保についての説明はそこそこできていましたが、動産譲渡担保との対比については、多くの答案が不十分で、所有権が移転するのかもしれないのかという点だけでは違いとして不十分です。平均は10.7点と5問中最も悪かったです。

III 問(1)と問(2)が設けられている趣旨を読み取れない答案が少なくありませんでした。また、抽象論はそこそこ書けるのに、当てはめになるとまったく間違ってしまうという答案が少なくなく、できる答案は満点もしくはそれ以上の加点まで得られるのに、点数がほとんど取れない答案との格差が激しいです。そのため、部分点や下記に述べる(1)の記述の(2)での斟酌等をしました。

(1)は無権利の法理により対抗問題とならないという答案で必要十分なのですが、ここで自己の物の取得時効を持ち出して時効と登記の問題を論じたり、背信的悪意者排除を詳しく論じ、(2)で時間不足となった答案がかなりありました。このケースを対抗問題とすること自体が大きな誤りなので、(1)としてはほとんど点数になりませんが、Xが時効取得を主張すること自体は(不合理ではあっても)不可ではありませんので、(2)の一般論として6～7割に減じたくらいで加点するという調整をしました。YZを94条2項類推適用で救える可能性があるかを検討した叙述(Xに登記放置の帰責事由はないし、とくにZが悪意ですから否定しないとだめです)にも若干の加点をしました。10点満点で平均は5.8点でした。

(2)について、若干の答案が、Bの権利主張やBからYへの譲渡・移転登記によりXの時効取得が中断するとしていました。訴訟提起がない以上Bの権利主張だけでは中断しません。登記は中断事由にありませんし(登記尊重説なら結果的にそうなりますが、これについては後述)、問題文のいずれからもXの占有が失われたことをうかがわせる事実はありません。まして、Bの主張により「公然性」要件が欠けるという答案には呆れました。民法第二部の試験なので、取得時効の成否については採点対象とするつもりはなく(各種の推定を論じるなどの丁寧な解答には加点しましたが)、Xの時効取得の可能性は当然のこととする問題構造になっています。逆に言うと、時効と登記の問題を問わなければ民法第二部の試験として成り立ちにくいのです。その点を考えれば、少なくともXの時効取得が完全に否定されることはありえないと判断すべきでしょう。

次に、問題文は、「もし裁判になればどうなるかという相談を受け」、訴訟の帰趨を予測することを求めています。明らかに判例の見解を正確に理解しているかを中心に問う問題になっているのです。ごくわずかですが、判例の見解の紹介はごく短く不完全なものにとどまる一方、その批判に基づく私見を展開するものがありました。答えとしては、一所懸命内容的には正しいことを書いていても、問われていることには答えていない最もまずいパターンです。B→Yの譲渡・移転登記で時効が中断するというのは、登記尊重説でのみ肯定される結果で、裁判所の見解ではありません。問題文をよく読むことが不可欠です。ただ、判例の整理と批判で見るべき内容があれば、かなり高い点を与

え、場合によっては若干の加点すらしました。

理解の点で驚いたのは、時効完成前の第三者とは非対抗問題、時効完成後の第三者とは対抗問題という判例の基本的な処理の分岐を抽象論としては理解しているのに、「Yの登場時にはXの取得時効は完成していなかったし、Yは権利者Bから $\alpha$ の一部を含む乙地を取得して登記までしているのに、XはYに権利取得を主張できない」という真逆の記述をしている答案が、若干数あったことです。このほかにも、前後の記述が論理矛盾している答案は、非常に低い評価しか得られません。

時効取得と背信的悪意者の問題は、講義でも比較的丁寧に取り上げたつもりでしたので、ほとんど書けていないことがショックでした。

問題の意地悪なところは、判例の論理に沿うと、善意（場合によっては無過失）のYがXに負け、悪意だが背信的悪意者とまでは言えない（定義次第では善意とも言えて、Bの言を軽信した過失こそが問題）ZがXに勝つ、という結論の落ち着きの悪さが感じられる問題になっていることです。それこそが皆さん自身にも考えて欲しかった点です。(2)は、判例の5ないし4原則のうちの2原則が書けて当てはめられ、XがYに勝つと示せれば10点（前半：X vs Y）、XがZには負けることになるとの結論で10点、さらにその例外としての背信的悪意者排除の理屈と本件への当てはめで10点の計20点（後半：X vs Z）という配点でしたが、前半が平均4.6点、後半は悲惨で6.3点でした。

以上を踏まえて**総合配点**について触れます。なお、卒業年次生は採点締切が早いので、さらに緩やかに採点してそのまま最終点数としていますが、統計には算入しています。

講義の際に説明したように、最終的な採点において考慮すべき目標は、

- (1) 常時出席者数を合格者数の目安とする。本年度は、最後の数回の出席が、レジュメの残数等から260～270人と推計されました。
- (2) 合格者数の15～20%を80点以上とする。
- (3) 合格者の85%程度を70点以上とする。

素点の平均点は57.5点でした。60点で切ると合格者が200名弱となり(1)との乖離が甚だしくなります。また、Iの平均点が予想より3点程度低く、IIIの平均点も17点程度と想定した23～4点より7点程度低くなっています。このことは採点途中で気付きましたので、素点50点を合格最低ラインと想定し見直しました。そして、合格者を点数に段差がある50点257人までとしました(135人不合格。合格率65.6%)、非常にバラツキのある素点を並べて90～60点に再配置しました。結果的には、公平も考慮した配点バランスの制約があり、80点以上が24.1%と少々甘くなる一方、70点以上が75.9%と10%目標に届きませんでした。60点台の方は、見るべきところもあるが基礎に不安があります。70点台の人もまだまだ不十分さが目立ちます。さらに勉強を深めて下さい。