

令和2年度専修大学法科大学院入学者選抜試験 出題趣旨

第一期入試 民法

【出題趣旨】

第一問は、受験生が読んでおくべき判例百選に掲載されている判例の法律用語を答えさせる問題である。解答は以下のとおりである。

- (1) 人格           (2) 承認           (3) 公信           (4) 即時取得       (5) 説明  
(6) 代位           (7) 着手           (8) 共同不法行為   (9) 内縁           (10) 遺留分

いずれも基本的な用語であり、基礎力のある受験生であれば正答にたどりつける問題である。

第二問は、10行以内で基本的な制度や判例の理解を問う問題である。

小問(1)は、債権法改正で内容が大きく変わる担保責任の理解を問う問題である。瑕疵担保責任は、改正前において、法定責任と解され、特定物売買にのみ適用し、効果も損害賠償と解除の二つと解されてきた。しかし、令和2年施行の改正法は、担保責任を契約不適合責任ととらえて債務不履行責任と構成し、特定物売買のみならず不特定物売買にも適用して、効果も、①追完請求権、②代金減額請求権、③損害賠償請求権、④解除権が認められるようになる。こうした新しい制度の基本的な理解を問う問題である。

小問(2)は、受験生が読んでおくべき判例百選に掲載されている判例に関し、10行以内で論じさせる問題である。抵当権者が不法占拠者を排除する構成として、抵当権に基づく妨害排除請求を用いる方法（最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁）と債権者代位権を転用して排除する方法（最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁）とがあるが、その理解を問う問題である。

第三問は、取得時効と登記の問題である。小問(1)は時効完成前の第三者、小問(2)は時効完成後の第三者の問題で、判例理論の処理をあてはめれば結論が導かれる問題である。

取得時効においても不動産の物権変動は生じるが、177条はすべての物権変動に適用があるとされる。

ところで、甲の所有地を乙が占有し時効が完成した場合、甲からその土地を買い受けた丙と時効取得した乙との関係については、判例は以下の5原則がとられている。

①乙の時効完成前に丙が買い受けた場合（時効完成前の第三者）

乙は丙に対して登記なしで時効取得を主張できる（最判昭和41年11月22日）。

理由 当事者として扱われるから

注意 時効完成前に所有権を取得し、時効完成後に登記を経有した丙であっても、乙は登記なしで時効取得を主張できる（最判昭和42年7月21日）。

②乙の時効完成後に丙が買い受けた場合（時効完成後の第三者）

乙は丙に対し登記しないと時効取得を主張できない（最判昭和33年8月28日、最判昭和48年10月5日）。

理由 第三者として扱われるから

③時効完成前と時効完成後とで結論を異にするため、時効の起算点は必ず時効の基礎となる事実の開始したときに固定し、援用権者が任意に時効の起算点を選択することはできない（最判昭和35年7月27日）。

④第二原則の例外1

丙の登記後に乙がさらに取得時効に必要な一定期間の占有を継続すると、乙は丙に対して登記なしで時効取得を主張できる（最判昭和36年7月20日）。

⑤第二原則の例外2

丙が登記を備えても背信的悪意者にあたる場合には、乙は所有権取得の登記をしなくても丙に対して時効

取得を主張できる（最判平成18年1月17日）。

小問（1）と小問（2）のどちらも、その前提として二重譲渡の事案であるので、この点に限って言うならば、乙地の登記を取得したYが乙地の所有権をXに主張できることになる（177条）。しかし、Xが時効で所有権を取得すると、その結論が異なるか問題となる。

小問（1）については、Xは占有開始時に善意無過失であるので、10年の時効取得（162条2項）が問題となる。X自身も乙地を譲り受けているので、自己の物について時効取得できるかという点も問題となるが、肯定するのが判例通説である。また、二重譲渡の場合の時効の起算点は、登記時でなく占有開始時（最判昭和46年11月5日）とされる。そして、本件は時効完成前の第三者の事案であるので、Xは時効完成前に登場したYに対し登記なくして対抗でき、その結果XはYに対して所有権移転登記手続を求めることができることになる。

これに対し、小問（2）については、時効完成後の第三者の事案であるので、原則としては、Xが時効取得を対抗するためには登記が必要である。しかし、例外として、Yが背信的悪意者であればXは登記が不要となる。最判平成18年1月17日は、背信的悪意における「悪意」に関し、占有開始の時点やその時点での善意無過失など取得時効の要件の充足は外部からは容易に判断することができないから、要件を緩和させ、物権変動を認識していること（時効の完成の事実を認識していること）ではなく、多年にわたり当該不動産を占有している事実の認識で足りるとしている。そして、Yは、Xへの移転登記の未了につけ込んで、乙地を高値で転売することを狙ってAと交渉し、乙地を格安で購入したのであるから、登記の欠缺を主張するのは信義則に反し、背信的悪意者であるといえる。その結果、Yは177条の「第三者」にあらず、XはYに対し登記なくして時効取得を対抗することができ、所有権移転登記手続を求めることができることになる。

### 【採点基準】

配点	120点満点
第一問	各4点の問題が10題であるので、合計40点満点
第二問	小問(1)と小問(2)が各20点で、合計40点満点
第三問	小問(1)と小問(2)が各20点で、合計40点満点

第一問は、穴埋めの用語ができていれば各4点とする。また、他の用語を入れていた場合であっても、文脈から入り得る用語であった場合は、判例が用いた用語ではないので4点は付与しないが、半分の2点を付与することはありうる。

### 第二問

小問（1）は、改正法で担保責任の法的性質が法定責任から債務不履行責任に変わったことを押さえていれば6割、改正前は特定物売買にのみ適用されていたのが、改正後は特定物売買のみならず不特定物売買にも適用されることになったことを押さえていれば7割、改正前は効果が損害賠償と解除だけだったのに対し、改正後は、①追完請求権、②代金減額請求権、③損害賠償請求権、④解除権が認められるようになり、その要件も効果ごとに変った（③は売主の帰責事由が必要、①②④は買主に帰責事由があると行使が認められない）ことを押さえていれば8割以上で評価する。こうした評価を基本としつつ、よく書けているところがあれば、随時加点することとする。

小問（2）は、抵当権者が不法占拠者を排除する構成として、①抵当権に基づく妨害排除請求を用いる方法と②債権者代位権を転用して排除する方法とがあるが、両方あることを書けていれば7割、片方しか書けていなければ6割以下で評価する。そして、①の抵当権に基づく妨害排除請求については、占有している者に抵当権

の実行としての競売手続きを妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、その状態の排除を求めることができることが書けているかどうかポイントとなる。②の債権者代位権を転用して排除する方法については、第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適切な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき(抵当権侵害)は、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして、抵当権侵害の状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権(侵害是正請求権)を有するので、抵当権者は、前記請求権を保全する必要があるときは、423条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができることが書けているかどうかポイントとなる。これらの点を書けていれば8割以上で評価する。どちらの方法も抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができることまで書けていれば9割以上で評価する。こうした評価を基本としつつ、よく書けているところがあれば、随時加点することとする。

### 第三問

小問(1)と小問(2)のどちらも、二重譲渡の点からは、乙地の登記を取得したYが乙地の所有権をXに主張できることになる(177条)ことを前提としつつ、Xの時効取得により結論が変わるかがポイントとなる。

小問(1)については、Xは占有開始時に善意無過失であるので、10年の時効取得(162条2項)が問題となること、時効と登記における時効完成前の第三者の事案であることを理解できていれば、7割で評価する。そして、自己の物について時効取得できるという点、二重譲渡の場合の時効の起算点は、登記時でなく占有開始時とし、起算点を固定するという点、時効完成前の第三者に対しては時効取得者は登記なくして所有権を主張できる点を論じていれば8割以上で評価する。また、これらの論点に関し、よく書けているところがあれば、随時加点することとする。なお、学説で判例に反対し、時効完成前の第三者が登記した場合にはそこを起算点として時効が完成しなければ時効取得を主張できないとする見解があるが、判例を理解した上で論じているのであれば加点事由とする。

小問(2)については、時効完成後の第三者の事案であるので、原則としては、時効取得者は登記を備えないと所有権を主張しえないことが理解できていれば6割で評価する。そして、Yは、Xへの移転登記の未了につけ込んで、乙地を高値で転売することを狙ってAと交渉し、乙地を格安で購入したのであるから、登記の欠缺を主張することが信義則に反する背信的悪意者であるとして、XはYに対し登記なくして時効取得を対抗できる点を論じていれば、8割以上で評価する。そして、判例は、時効の場面での背信的悪意における「悪意」に関し、占有開始の時点やその時点での善意無過失など取得時効の要件の充足は外部からは容易に判断することができないから、要件を緩和させ、物権変動を認識していること(時効の完成の事実を認識していること)ではなく、多年にわたり当該不動産を占有している事実の認識で足りるとしている点まで書けていれば、9割以上で評価する。また、これらの論点に関し、よく書けているところがあれば、随時加点することとする。なお、時効完成後の第三者の論点に全く触れずに、Yは背信的悪意者であるとして、Xは登記なしに所有権を主張できるとした答案がいくつかあったが、通常背信的悪意者における「悪意」は物権変動を認識していることになるので、時効の論点に触れずに、第一譲渡があったことを認識していないYに背信的悪意者をあてはめるのは、理解不足というべく、6割で評価することとした。