

令和5年度専修大学法科大学院入学者選抜試験 出題趣旨  
第二期入試 民法

【出題趣旨】

第一問は、受験生が押さえておくべき法律用語や制度の理解を問う問題である。解答は以下のとおりである。

- (1) 権利能力                      (2) 更新                              (3) 占有改定                      (4) 地上権  
(5) 相殺                              (6) 中間利息                      (7) 手付                              (8) 不法行為  
(9) 親権                              (10) 配偶者

いずれも基本的な問題であり、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、債権法改正で錯誤が無効から取消しに効果が変わったことから、新たに生じる論点である。詐欺の取消しをめぐり「取消しと登記」の議論がなされてきたが、その議論があてはまることになる。すなわち、Aの取消し前にCが登場している場合には、民法95条4項でCが善意無過失であればAはCに取消しを対抗できないから、Cは所有権を有することになる。Cが悪意者ないし善意有過失者であれば、AはCに取消しを対抗でき、民法121条により初めから無効となるから、AはCに甲土地の所有権を主張でき、登記もAに戻すことができる。これに対し、Aの取消し後にCが登場している場合には、取消しによる復帰的物権変動とBC間の物権変動が、Bを起点とした二重譲渡類似の関係に立つとして、民法177条により先に登記を備えたCがAに勝つことになる。もっとも、Cが背信的悪意者にあたる場合には、Aは登記なくしてCに勝つことができ、所有権を主張して登記に戻すことになる。なお、取消し後の第三者に関し、復帰的物権変動を批判して民法94条2項の類推適用を主張する学説があるが、こうした見解で書いてあっても解釈論ができていれば評価する。

小問(2) は、債権法改正で請負の担保責任が改正されたが、その理解を問うものである。請負人が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した場合、請負契約が有償契約であるから、民法559条を介して、売買における目的物の種類・品質に関する契約不適合の担保責任の規定が準用される。その結果、①追完請求権(民法562条の準用)、②報酬減額請求権(民法563条の準用)、③損害賠償請求権(民法564条・415条の準用)、④契約解除権(民法564条・541条・542条の準用)を、注文者は請負人に追及することができる。もっとも、注文者に帰責事由がある場合には、追完請求権、報酬減額請求権、契約解除権を行使できない(民法562条2項、563条3項、543条の準用)。改正前は、仕事の目的物が建物その他土地の工作物であった場合は、契約の解除ができなかったが(改正前民法635条但書)、改正後は、こうした場合でも契約の解除ができることになった。なお、仕事の目的物の種類又は品質に関する契約不適合が注文者によって提供された材料の性質又は注文者の指図によって生じた場合は、請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったときを除き、注文者は請負人に前述の担保責任を追及できないとされる(民法636条)。

第三問は、抵当権の効力の及ぶ範囲と従物に関する事例問題である。

小問(1) は、従物の定義を答えさせる設問である。民法87条1項から、主物・従物関係が認められるためには、①両者はともに独立した物であること、②従物が継続して主物の経済的効用を助けること、③従物が主物に付属されているという場所的關係にあること、④両者は同一の所有者に属することが要件とされる。乙建物に付属されたシャンデリア3個は、前記①から④の要件を備えるので、従物にあたるといえる。

小問(2) は、従物であるシャンデリア3個にXの抵当権が及ぶ根拠として、民法370条に根拠を求める見解と民法87条2項に根拠を求める見解の対立がある。学説の多数説は、民法370条に根拠を求める。すなわち、抵当権は価値を把握するものであるから同条の「付加して一体となっている」とは経済的一体性を意味するものであり、付加物とは付合物のみならず従物も包含するとする。その根拠として、①同条は、はっきりした従物概念をもたない旧民法・フランス民法に由来し、「付加して一体となっている物」に従物を含ませて解しうること、②経済的結合を有しているゆえに常にそれと法律的運命を共にすべきであること、③設定当時の従物がその後新しい物と交換されることは十分予想されるし、抵当権設定後の従物に抵当権が及ばないのは、当事者の通常の期待に反することがあげられる。この立場に立つと、設定の前後を問わず従物に抵当権の効力は及ぶ。これに対し、民法370条の「付加して一体となっている物」とは付合物のみを指し、従物は含まれないと解して、民法87条2項により、従物は主物の処分に従うとされることから、主物に設定された抵当権の効力は従物にも及ぶとする見解がある。この立場に立つと、主物の「処分」は抵当権設定契約を指すと解することから、抵当権設定前の従物には抵当権の効力が及ぶが、抵当権設定後の従物には抵当権の効力が及ばないことになる。なお、民法87条2項にいう「処分」

を抵当権の実行を指すと解して、抵当権の効力は、抵当権設定後、抵当権実行までに付加された従物にも及ぶと解する少数説もある。大連判大8・3・15は、抵当権設定時の従物に関しては、従物は主物の処分に従うとされることから（民法87条2項）、主物に設定された抵当権の効力は従物にも及ぶとする。また、最判昭44・3・28は、抵当権設定時の従物への効力を認める点で大審院の立場を承継したものであるが、その独自の意義は、民法370条を援用して従物への効力の対抗要件は抵当権設定登記によって具備されるとした点にある。そして、抵当権の効力が従物に及ぶ根拠も民法370条に求めているものと考えられることからすると、抵当権の効力は、抵当権設定時の従物のみならず、抵当権設定後に設置された従物にも及ぶと解することになる。

小問(3)は、付加物が抵当不動産から分離し、動産となった場合にも、なお抵当権の効力が及ぶかが問題となる。分離された動産がその抵当不動産上に存在する限り、抵当権の効力が及んでいることは、判例(大判昭7・4・20)・学説とも異論はない。問題は、抵当不動産から搬出され、第三者に取得された場合である。この点に関し、抵当権は、付加物を含めて目的物全部を支配する物権なので、分離物にも支配が及んでいるが、ただ、登記を対抗要件とする権利なので、分離物が抵当不動産の上に存在し、登記により公示に含まれている限りにおいてだけ第三者に対抗できるが、搬出されると対抗できなくなるという見解がある(対抗力喪失説)。これに対し、第三者に即時取得されるまで抵当権の効力は及ぶとする見解がある(即時取得基準説)。最判昭57・3・12は、工場抵当法2条により抵当権の目的とされた動産(計算器)について、抵当権者の同意をえないで工場から搬出された場合に、第三者が即時取得しない限り抵当権の効力が及ぶとして、搬出された目的動産を元の備付場所に戻すことを命じている。前者の見解に立つと、搬出し分離されたシャンデリア3個は、登記の公示に含まれていないので、抵当権を対抗できず、Yが、搬出され分離されたシャンデリア3個を買い受けていれば、抵当権の付着しない所有権を取得しうることになる。これに対し、後者の見解に立つと、シャンデリア3個を買い受けていても、即時取得(民法192条)の要件を充足しない限り、Xは、Yに対して、搬出し分離されたシャンデリア3個を、A所有の乙建物の元の設置場所に戻すように請求することができ、Yが、即時取得の要件、すなわち、①動産、②取引行為、③平穩公然、④善意無過失、⑤占有の取得の要件を具備すれば、抵当権の付着しない所有権を取得しうることになる。

### 【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(3)が各10点で、小問(2)が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。

### 第二問

小問(1)は、Aの取消し前にCが登場している場合には、民法95条4項でCが善意無過失であればAはCに取消しを対抗できないから、Cは所有権を有することになることが指摘できていれば6割と評価し、Aの取消し後にCが登場している場合には、取消しによる復帰の物権変動とBC間の物権変動が、Bを起点とした二重譲渡類似の関係に立つとして、民法177条により先に登記を備えたCがAに勝つことになると指摘できていれば7割と評価する。さらに、取消し前の第三者の事例で、Cが悪意者ないし善意有過失者であれば、AはCに取消しを対抗でき、民法121条により初めから無効となるから、AはCに甲土地の所有権を主張でき、登記もAに戻すことができることや、取消し後の第三者の事例で、Cが背信的悪意者にあたる場合には、Aは登記なくしてCに勝つことができ、所有権を主張して登記に戻すことになると指摘できていれば、8割以上で評価する。なお、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、請負人が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した場合、請負契約が有償契約であるから、民法559条を介して、売買における目的物の種類・品質に関する契約不適合の担保責任の規定が準用されることを指摘できていれば6割と評価する。また、①追完請求権(民法562条の準用)、②報酬減額請求権(民法563条の準用)、③損害賠償請求権(民法564条・415条の準用)、④契約解除権(民法564条・541条・542条の準用)を、注文者は請負人に追及することができことを指摘できていれば7割と評価する。そして、注文者に帰責事由がある場合には、追完請求権、報酬減額請求権、契約解除権を行使できない(民法562条2項、563条3項、543条の準用)点を指摘していたり、仕事の目的物の種類又は品質に関する契約不適合が注文者によって提供された材料の性質又は注文者の指図によって生じた場合は、請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったときを除き、注文者は請負人に前述の担保責任を追及

できないとされる(民法636条)点を指摘していれば8割と評価する。さらに、改正前は、仕事の目的物が建物その他土地の工作物であった場合は、契約の解除ができなかったが(改正前民法635条但し書き)、改正後は、こうした場合でも契約の解除ができることになった点を指摘していれば、9割以上で評価する。なお、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)については、従物の要件、すなわち、①両者はともに独立した物であること、②従物が継続して主物の経済的効用を助けること、③従物が主物に付属されているという場所的關係にあること、④両者は同一の所有者に属することを挙げて、乙建物に付属されたシャンデリア3個は、前記①から④の要件を備えるので、従物にあたるとしていれば、7割評価を基本としつつ、よく書けていれば8割以上の評価、それよりやや劣れば6割評価、要件を述べず結論しか書いていない答案については大幅に減点する

小問(2)については、従物であるシャンデリア3個にXの抵当権が及ぶ根拠として、民法370条に根拠を求める見解と民法87条2項に根拠を求める見解の対立があるが、前者の見解の理由と前者の見解に立てば設定の前後を問わず従物に抵当権の効力が及ぶことになること、及び、後者の見解の理由と、民法87条2項にいう「処分」は抵当権設定契約を指すと解することから、抵当権設定前の従物には抵当権の効力が及ぶが、抵当権設定後の従物には抵当権の効力が及ばなくなることを指摘していれば、7割で評価することを基本としつつ、よく書けていれば8割以上の評価、それより劣れば6割以下の評価とする。なお、後者の見解に関し、民法87条2項にいう「処分」を抵当権の実行を指すと解して、抵当権の効力は、抵当権設定後、抵当権実行までに付加された従物にも及ぶと解する少数説で書いていた場合も、同様に評価する。

小問(3)については、第三者に即時取得されるまで抵当権の効力は及ぶとして(即時取得基準説)、シャンデリア3個を買い受けていても、即時取得(民法192条)の要件を充足しない限り、Xは、Yに対して、搬出し分離されたシャンデリア3個を、A所有の乙建物の元の設置場所に戻すように請求することができ、Yが、即時取得の要件、すなわち、①動産、②取引行為、③平穩公然、④善意無過失、⑤占有の取得の要件を具備すれば、抵当権の附着しない所有権を取得しうることが論じられていれば、7割評価を基本としつつ、よく書けていれば8割以上の評価、それよりやや劣れば6割評価、要件を述べず結論しか書いていない答案については大幅に減点する。即時取得基準説に立った判例に言及していれば、加点する。なお、反対説である対抗力喪失説で論じた場合も同様に評価する。