

2010年9月4日

平成22年度司法書士試験の正解について

『Newスタンダード本 平成22年単年度版』の内容に関して

辰巳法律研究所

8月23日付けで、法務省ホームページに、『平成22年度司法書士試験（筆記試験）の採点上の取扱いについて』と題して、次のような事項が掲載されました（全文をそのまま掲載）。

平成22年7月4日（日）に実施した平成22年度司法書士試験について、以下のとおり、複数解となる問題及び正解がない問題があることが判明したため、受験者の不利益にならないような措置を講じることとしました。

受験者の方々に御迷惑をおかけしましたこととお詫び申し上げますとともに、今後このようなことがないように、再発防止に努めてまいります。

1. 午前の部第7問については、1又は3のいずれも正解とする余地があることから、いずれも正解とすることとしました。
2. 午前の部第33問については、4又は5のいずれも正解とすることとしました。
3. 午後の部第9問については、正解がない問題となってしまいましたので、採点が可能な答案については、全員を正解とすることとしました。

【午前の部第33問及び午後の部第9問について】

辰巳法律研究所は、平成22年度司法書士本試験翌日（7月5日）に、ホームページ上で択一式の正解番号を掲載しましたが、そこで既に、上記2「午前の部第33問」について「4又は5」が正解となる旨、及び、上記3「午後の部第9問」について「正解なし」となる旨を記載していました。

さらに、その後出版した『司法書士試験 本試験問題&解説 Newスタンダード本 平成22年単年度版』においても、これら2問については、辰巳ホームページに掲載した正解を前提に解説文を掲載しています。

従って、法務省がこれら2問について出題ミスを認めたことは、当研究所の見解と同一であり、大変妥当なことであると考えます。

ただし、午後の部第9問に関して法務省がいう「採点が可能な答案」という表現には大きな疑問を持ちます。

「採点が可能な答案」とはどういう意味なのでしょう。もし何らかのマークをしてある答案を「採点が可能な答案」という（即ちノーマーク答案を排除する趣旨）のであるとしたらどうでしょうか。しかし、もし午後の部第9問に正解がないのなら、マークシートにマークをしない（ノーマークとする）のが最も正しい解答であるともいえます（同様に午前の部第33問についてはダブルマークとするのが正しいこととなります）。そのように解答をした答案は「採点が可能な答案」となるのでしょうか。このような表現をされることで、そもそも採点が不可能な答案とは何なのか、という疑問が生じてきます。この点について、さらに詳細な情報の公開が望まれます。

【午前の部第 7 問について】

法務省の発表によれば、1 又は 3 のいずれも正解となります。問題はその理由です。法務省は、正解が複数となる理由について発表していません。

第 7 問は次のような問題で（一部抜粋）、誤った記述の組合せを選ぶ問題です。

教授： 今日、解除と登記について検討します。A が自己の所有する甲土地を B に売却し、B が甲土地を C に売却したが、A B 間の売買契約が B の代金未払により解除されたという事例で考えてください。判例は、解除の効果について、契約関係が遡及的に解消するという立場を採りつつ、A が A B 間の売買契約を解除した時期が、B C 間の売買契約の前であった場合でも後であった場合でも、A は、登記がなければ C に対して甲土地の所有権を主張することができないとしています。

では、判例の立場で、A が解除前の第三者 C に対して登記なくして所有権を主張することができないのはなぜですか。

学生：ア 解除前の第三者については、民法第 545 条第 1 項ただし書によって、解除の遡及効が制限されるからです。

教授： 判例の立場によれば、解除前の第三者 C も、登記がなければ所有権を A に対して主張することができないこととされていますが、この場合には、なぜ C は登記を備えなければならないのですか。

学生：イ 判例の立場によれば、この場合も解除の遡及効が制限され、B から C と B から A への二重譲渡類似の関係になりますので、いわゆる対抗要件として登記が必要となります。

教授： 同じ立場で、A が登記がなければ解除後の第三者 C に対して所有権を主張することができないのは、なぜですか。

学生：ウ この場合も、解除後の第三者 C は、民法第 545 条第 1 項ただし書の第三者に該当しますので、解除の遡及効が制限されるからであると説明することができます。

（中略）

1 アウ 2 アオ 3 イウ 4 イエ 5 エオ

肢 1 が「アウ」、肢 3 が「イウ」であり、両者正解とすると、記述ウについては、いずれにしても誤りであることとなります。残る記述ア及び記述イのうち、どちらを当初からの誤りとして作成したのか（どちらが結果的に誤りとなってしまったのか）については、法務省は発表していません。

どちらが本来誤りとして作成されたのかを、両者の論理的関係から考えてみることにします。

記述アと記述イは、A C 間の法律関係を、A の側から述べるか、C の側から述べるかの違いにすぎません。そして、どちらの記述にも「解除の遡及効が制限され」という文言があるのですが、上記のように記述ウが誤っている以上、ア又はイのいずれかは本来正しいはずであり、しかも前記のとおり、どちらも A C 間の法律関係に関する記述なので、この「解除の遡及効が制限され」の部分が誤っていることは本来あり得ません（これが誤っているとすると、その時点で複数解となる）。また、「遡及効が制限され」る根拠が「民法第 545 条第 1 項ただし書」であることは否定できないことなので、結果として、これらの記述に関する限り、記述アを誤り

であるとすることはできません(なお、「第三者については…制限される」という表現は正確とはいえません)。

記述アと記述イの違いとしては、記述イが遡及効の制限以外にも具体的な説明をしている点が挙げられます。この説明が正しいとすれば、記述アが誤っているということになり、その理由は、「返答として不十分」だからということになります。そして、他の予備校関係者には実際にこのように主張している人もいます。その場合、記述イを正しいものとする以上、複数解となる理由は存在しません(1のみが正解)。あえて言うなら、「記述イでの具体的な説明について反対説が存在するから、記述イを誤りとする余地がある」ということになるでしょうが、そうすると、記述イでの具体的な説明が正しいという前提があやしくなります。

逆に、記述イにおける具体的な説明が誤っていたとした場合、その理由は、各予備校が述べているように、「二重譲渡類似の関係」「対抗要件として登記が必要」という部分が誤っているということになると思われます(判例は、解除前の第三者に、動産の場合は引渡し、不動産の場合は登記という「対抗要件」の具備を要求しているが、それは、「対抗要件としての登記」とは違うという見方)。そして、上記のように、記述アと記述イは、A C間の法律関係を、Aの側から述べるか、Cの側から述べるかの違いにすぎないので、Cに要求される登記が「対抗要件として」の登記であると主張すること(記述イの学生)は、当然に、Aに要求される登記(記述アで問われている)も「対抗要件として」の登記であると主張することになります。従って、(学生の解答をすべて一貫したものとして読む限りにおいて)記述イでの主張が誤っていれば、記述アでの主張も誤っているという関係になり、この場合には、必然的に複数解となり得ます。

以上のように、複数解となる理由としては様々なものが考えられますが、いずれにしても、法務省が発表していない以上、真の理由は明らかではありません。この点についても、情報の公開が望まれます。

以上は択一式の正解に関する問題ですが、実は、平成22年度本試験では、記述式においても疑義のある出題がありました。

【午後の部第37問について】

第37問は、簡易新設分割の手続に関する要件の総合的な判断、及び、新設分割設立会社が新設分割株式会社の商号を続用する場合の免責の登記を考えさせる問題でしたが、設立時監査役Bの登記について疑問があります。

別紙2の新設分割計画書に設立時監査役Bの氏名が挙がっていますが、別紙2の定款中に監査役設置会社の定めがないことから、監査役を置くことができないように読み取れます。この場合、たとえBに就任承諾の意思があったとしても、監査役設置会社の定めを登記をすることができないため、設立時監査役Bの登記を申請することはできないことになると思われます。もっとも、問題文中の依頼者が新設分割設立会社に監査役を置こうとしていることは各書面から明らかであり、「答案作成上の注意事項」の1において、「(略)」、「(中略)」又は「(以下略)」と記載されている部分は、いずれも、有効な記載があるものとする。」と記載されていますので、別紙2乙定款中の「(中略)」部分のいずれかに監査役設置会社の定めがなされていると判断し、監査役設置会社及び設立時監査役Bについての登記をすることが可能と考えることもできます。

いずれにしても、問題文における事例設定が曖昧であることは明らかであり、限られた時間の中で解答をしなければならぬ受験者にとって、非常に困難な判断を迫られる問題であったと言わざるを得ません。

記述式の採点に関する情報も公開すべきであると考えます。

以上