

令和3年度専修大学法科大学院入学者選抜試験 出題趣旨  
第三期入試 民法

【出題趣旨】

第1問

基本的な概念を正確に理解していることを確認するもの。

正解は、①権利能力なき社団（「法人格なき社団」でもよい。「なき」が「のない」とされていてもよい）、②集合物、③・④（順不同）債権者代位権・詐害行為取消権（後者は「債権者取消権」でもよい）、⑤保証（「パラレル・デット」、「債務引受」でもよい）、⑥478、⑦公序良俗、⑧不法行為、⑨信託関係破壊の法理（「の」がなくてもよい。「法理」ではなく、「理論」でもよい。「背信行為論」でもよい。）、⑩安全配慮。

第2問

（1）たんに「抵当権者は賃料債権に対しても物上代位権を行使できる」とだけ覚えるのではなく、どうしてそれが問題となり、どのように考える結果、そのような結論になるのかを、学習の過程において意識しているかどうかを問う。

（2）比較して違いを意識することが理解のポイントとなる。それを学習の過程において意識しているかどうかを問う。

第3問

代理の成否、表見代理の成否、Dによる所有権取得の可能性といった問題を、順に丁寧に検討していくことができること、そのうえで、甲不動産だけに注目するのではなく、金銭の流れをきちんと整理することが大切。

【採点基準】

第1問

各4点。上記出題趣旨に記載した以外の語句でも、適切な解答であれば正解と扱い、あるいは、部分点を与えることがある。

第2問

（1）

- |                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| ①民法 372 条・304 条の引用とその文言についての指摘（及び反論） | 6 点 |
| ②抵当権の非占有担保性の指摘（及び反論）                 | 6 点 |
| ③民法 371 条の引用                         | 3 点 |
| ④全体評価                                | 5 点 |

(2)

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| ①実方の血族との親族関係の終了の指摘、普通養子との差異 | 5点 |
| ②養親・養子の年齢要件の指摘、普通養子との差異     | 5点 |
| ③監護の状況の考慮などの手続、普通養子との差異     | 5点 |
| ④その他及び全体評価                  | 5点 |

### 第3問

(1) 配点は、次のとおり。

|                              |    |
|------------------------------|----|
| ①甲不動産の売却についてのAからBへの代理権授与の可能性 | 3点 |
| ②表見代理成立の可能性                  | 7点 |
| ③Dの所有権取得の可能性                 | 8点 |
| ④AからBへの請求（損害賠償）              | 5点 |
| ⑤AからCへの請求（損害賠償）              | 5点 |
| ⑥AからDへの請求（登記抹消・移転）           | 5点 |
| ⑦全体評価                        | 7点 |

(2) 以下、具体的な採点基準について述べる。

①については、代理権授与はない。このことをきちんと指摘し、無権代理であることをいう必要がある。

(3) そのうえで、②であり、可能性としては、Aが高齢であるため、これまで何らの法律行為についてBに代理権を与えて、やらせたことがあったのではないかと考えられる。そうすると、民法110条あるいは112条が問題になり得る。ただし、基本代理権を否定して、表見代理の成立可能性を否定するのが筋ではあろう。

表見代理の成立が肯定されると、Cは、甲不動産の所有権を取得することになり、Aとしては、Bに対して損害賠償請求をすることになる（理論的には、追認し、CからBに対して支払われた3000万円の引き渡しを請求することもあり得る。民法646条1項）。これに対して、表見代理の成立が否定されると、Cは甲不動産の所有権を取得しない。しかし、登記上はCが所有者となっており、そのことを信じたDの保護が問題になる。これが③である。

(4) 考えられるのは、民法94条2項の類推適用であるが、このとき、真の権利者であるAに、不実の外観の作出について帰責性があるか、ということである。このとき、Aは、Cに対して、返還を求めて交渉していた、ということをもどのように評価するか、が問題になる。もちろん、帰責性は最小でよく、取引の安全を保護しようという考え方もあり得る。しかし、そのような考え方をとるときでも、上記の事実を取り上げ、評価の必要性を検討し、不要というのであれば、そのような結論を説得的に示すことが必要である。

(5) さて、問題は、「Aは、B・C・Dのそれぞれに対して、どのような請求ができるか」である。そうすると、その結論を示さなければならず、たとえば、「Dは甲不動産の所有権を取得できる」（あるいは、できない）という結論だけ述べてもダメである。

まず、AはBに対し、何らかの請求ができるか。Aが甲不動産を回復できる場合とできない場合とで異なる。回復できる場合でも、Aは、いろいろな手続をとらねばならず、損害を被っているので、そのような費用についての損害の賠償請求はできる。根拠は不法行為になる。回復できない場合には、甲不動産の価格相当額の賠償（プラス諸費用）ができる。このとき、価格相当額がBからCへの売買にあたっての代金額である3000万円との関係も問題となるが、ここまでの論述は要求していない。ただし、論じることができている答案には高い評価を与えることとする。

(6) AのCに対する請求は、仮に、Bの無権代理についてCが善意であったときは、Bとの間で甲不動産の売買契約を締結したこと自体を不法行為とみることができないだろう。表見代理が成立するときはもちろん、基本代理権の存在が認められず、成立しないときも、そうである。しかし、AがCに返還交渉を始めた後に、Dに売却したことをどう評価するかは問題になる。もちろん、Cが、表見代理は成立するのであり、自分が所有者だと信じて売却したときは、不法行為とはならないだろうが、自分が甲不動産の所有権を取得できないと考えているときに（そして、それが解答者の分析結果であるとき）、甲不動産をDに売却したのであれば、それは他人物を自分のものとして売却したということであり、不法行為になり得る。そのときの損害は、Dが所有権を取得できるか否かで異なる。

登記については(8)で述べる。

(7) AのDに対する請求は、甲不動産がCの所有でないことについてDが善意であれば、登記の抹消を求め得るだけであり、損害賠償はとれないだろう。しかし、Dが悪意の時は、不法行為にもなり得る。Cの請求の話と大体同じである。

(8) なお、甲不動産の登記に関して、Dに対してどのような請求ができるのかも1つの問題である。筋からいえば、抹消請求だけであり、そうすると、Cが登記名義人となるので、Cに対しても登記の抹消を求めることになる。

しかし、Dに対して、Aへの移転登記を求めることもできる。真正な名義の回復、という手続になるが、このあたりについて理解を要求するのは、受験生に酷であろう。ただし、論じることができている答案には高い評価を与えることとする。