

## KULS ニュースレター No. 11

## INDEX

- 平成22年度新司法試験論文式試験(民事系科目)民法分野の解説
- 各設問 解答例
- 平成23年度新司法試験民事系科目(論文式試験)の問題数等の変更について

- 平成22年度新司法試験論文式試験(民事系科目)民法分野の解説●

平成22年度新司法試験論文式試験(民事系科目)は、第1問が商法、第2問が民法および民事訴訟法からの出題となっている。このうち、民法分野からの出題である第2問の設問1・設問2(1)(2)・設問5をニュースレター第11号・12号にて取り扱う。設問1・設問2(1)(2)については、解答例を示し、個別論点の解説に代えることにする。なお、右解答例は、「受験生が実際の試験場で書くべき答案」を念頭に作成されている。

## 第2問(設問1・設問2(1)・設問2(2))

設問1は、事例中の特定の事実が、Fが行った法的主張に関し、どのような法的意義を持つかを検討させる問題である。Fが採用した法律構成に関する適切な理解を前提にして、当該主張を行う場合の要件事実および摘

示された事実の訴訟法上の位置づけが問われており、民法と民事訴訟法とを架橋した知識を問う実践的な問題といえる。

当事者の主張を要件事実即して組み立て、検討させるタイプの問題は、ここ数年定着しており、新司法試験の理念を踏まえれば、今後も出題が予想される出題形式である。解答例については、下記を参照して欲しい。

なお、本学の民法系カリキュラムに即して言えば、まず1年次に配当される民法科目では、民法分野に関する基本的な法知識と体系的理解の修得を目指している。したがって、1年生は、少なくとも、Fの「AがCに借入れの代理権でその金額に限度のないものを授与したとする主張」、および「AがCに借入れの代理権でその金額の限度を1500万円とするものを授与したとする主張」が、それぞれ有権代理の主張(民法99条)、権限超越の表見代理の主張(民法110条)であることを読み取らなければならない。また、1年次で学修した基本的法知識および体系的理解を踏まえ、主張立証責任の分配に意識して当事者の法的主張を組み立てる能力、あるいは事例から法的に重要な事実を抽出し法的な判断をする能力は、主に2年次の「民法問題演習」、「民事訴訟実務の基礎」、「リーガルクリニック」で学修し、さらに民事訴訟法との架橋は、3年次の「民法法総合問題演習」、「民事模擬裁判」等で学修することになる。このような段階的な学修を通じて、本設問に対する適切な解答を導けることになるはずである。特に、在学生の諸君は、各段階(現時点)で如何なる能力を涵養すべきなのか、また、それらが最終的な学修目標の中でどの部分に位置づけられるのかを、本設問を素材として再度確認して欲しい。

設問2は、抵当権侵害による不法行為責任

## 第2問 設問1 解答例

FがAとの間で2000万円の消費貸借契約が成立したと主張する場合、有権代理構成と権限超越(権限外の行為)の表見代理構成とが考えられる。

1 民法99条の有権代理を主張する場合、AがCに授与した代理権限が「限度のない借入れ」である事実(主要事実)をFが主張立証しなければならない。

事実①のうち「後は息子との間でよろしく進めてほしい。」と電話でFがAに述べたことは、代理権限の内容が「限度のない借入れ」であること(主要事実)を推認させる間接事実になる(Fによる間接本証)。

しかし、事実①のうち「Cには交渉の経過を話しており、それをCが理解している」との電話内容は、【事実】3に照らせば、3月15日は、3月1日にほぼまとまった交渉内容を正式な書類に調えるにすぎなかったわけであるから、経験則上「限度のない借入れ」という代理権限の不存在を推認させる間接事実になる(Aによる間接反証)。

事実②は、Fが取引上必要な注意義務を尽くしたか否かに関する事実であり、有権代理が主張される場合には、特に法律上の意義を有しない。

2 民法110条の越権代理を主張する場合、基本代理権の存在(AがCに借入れの代理権でその金額の限度を1500万円とするものを授与した)と「限度額のない借入れ」の代理権限があると信じていたこと、信ずべき正当な理由があることは要件事実になる。事例では、基本代理権の存在について争いはない。信ずべき正当な理由は、規範的要件であるから、評価根拠事実が評価障害事実かに分けて事実の法律上の意義を検討する必要がある。

に基づく損害賠償請求に関連して、(1)は抵当権(担保権)の侵害における損害概念の特殊性を検討させる問題、(2)は主として民法177条の第三者の範囲に関する理解を問う問題である。解答例については、下記を参照して欲しい。

(1)は抵当権(担保権)の本質に遡及し

事実①のうち「後は息子との間でよろしく進めてほしい。」と電話でFがAに述べたことは、(基本代理権の授与の間接事実であるとともに、)Fが主張立証責任を負う「信ずべき正当な理由」の評価根拠事実としての法律上の意義を有する。

しかし事実①のうち「Cには交渉の経過を話しており、それをCが理解している」との電話内容は、【事実】3に照らせば、AがCに与えた代理権限は3月1日の合意内容にとどまることを意味するから、事実①の電話内容は、Aが主張立証責任を負う「信ずべき正当な理由」の評価障害事実としての法律上の意義を有する。

事実②は、「信ずべき正当な理由」の評価障害事実になる。3月1日の本人Aとの合意内容と異なる金額の借入れをCが申し出たことは、「限度額のない借入れ」の代理権限の存在を疑わせるに足る事情であり、Fは本人に照会、確認をする義務があった。にもかかわらず、Aに電話をしようとして、電話が繋がらなかったまま代理権限の確認を怠ったことは、3月1日の合意内容を超えて500万円を追加融資する者として取引上必要な注意を払ったとはいえない。

注)本問では、署名代理の議論をする必要はないであろう。

署名代理とは、代理人が、代理人として法律行為をするのではなく、本人名義の法律行為をする場合である。署名代理の場合も、本人から与えられた権限を越えて署名代理を行うことがある。この場合、相手方は、代理人の代理権限を信頼しているわけではなく、当該法律行為が本人の意思に基づくものであることを信頼している。この場合も、通常、権限外の代理行為と同様に、民法110条を類推適用して、相手方の信頼を保護する必要がある。最判昭和51年6月25日民集30巻6号665頁(百選I, 30)参照。

采女 博文(民法)

て、抵当権侵害における「損害」の概念を検討する必要がある。抵当権侵害の論点は、通常、物権的請求権に関連して学修する場合が多いと思われるが、本設問は抵当権侵害と不法行為責任の関係が問われている。

(2)は背信的悪意者排除論を論じることになるが、この論点自体は、通常、法科大学

院において繰り返し学習する典型的な論点である。しかし、本設問では、その前提として、「丙建物については、Fのために抵当権の設定の登記がされていなかった」ことが、

なぜ、Fの主張に対する反論となるかを検討しなければならない。そこでは、民法177条で規律される物権変動の優劣の問題と民法709条の保護法益の問題とを有機的に関

連させて検討できるかどうか問われている。また、本問で争われている物権変動の優劣は、抵当権対所有権という特殊性もある。

設問2やこれまでの出題傾向から、今後も新司法試験において、典型的な論点が典型的な事例で問われるということは考えにくい（たとえば、抵当不動産の占有者に対する抵当権に基づく妨害排除請求の可否を抵当権の本質に即して聞くという問題、あるいは二重譲渡事案において未登記譲受人と背信性ある譲受人との（所有権）物権変動の優劣を聞くという問題）。

むしろ、制度趣旨や制度の本質に関する正確な理解を前提としつつ、それらを踏まえて新たな規範を定立する能力、あるいは制度や規範を有機的に結合させて問題解決を図る能力が求められているといえる。そうだとすれば、ある規範のある特定の事例において理解するという学修方法では対応できず、常に規範の射程範囲、他の制度や規範相互の関連を意識した学修方法が求められることになる。設問2(1)(2)は、このような学修方法の重要性を良く示しているといえるし、また、同時に、このような能力が多種多様な法的紛争に対峙する法曹実務家に求められる資質となることを、再度確認すべきである。

なお、この点は、授業評価アンケート項目の「【15】判例がない事案などに対応するための創造的思考力の涵養への配慮(向上の成果)」にも関連すると思われるが、民法科目担当教員として、担当科目のカリキュラム上の位置づけを踏まえつつ、この点について、より一層意を払った授業運営を行いたいと思うし、学生諸君も当該アンケート項目が新司法試験に関連した項目となっていることを再度確認して欲しい。

○平成22年度新司法試験論文式試験問題(民事系科目)  
<http://www.moj.go.jp/content/000046905.pdf>

村山洋介(民法)

## ●平成23年度新司法試験民事系科目(論文式試験)の問題数等の変更について●

法務省は、「新司法試験における問題数及び点数等について」が、平成22年7月14日付けで改正された旨を公表しています。この改正により、平成23年度の新司法試験では、民事系科目(論文式試験)の問題数が3問となり、問題1問に100点が配点され、計300点満点で採点されることになりました(改正前は、200点配点の問題1問と100点配点の問題1問の計2問300点満点)。

また、民事系科目(論文式試験)の3問は、問題毎に各2時間で実施されることとなります(「平成23年度新司法試験の実施日程等について」参照)。

なお、法務省は、今回の改正に先立ち、上記の改正案を含む「平成23年新司法試験の実施日程等」についてパブリック・コメントの募集を行っていました。法務省の発表によると、44件の意見があり、論文式試験における民事系科目の問題数を現行の2問から3問に変更することに関しては、賛成意見が34件(反対意見3件)、試験時間を2時間毎(問題毎)に分割することに関しては、賛成意見が35件(反対意見5件)寄せられたとのことです。

### (参考資料)

●新司法試験における問題数及び点数等について

[http://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08\\_00016.pdf](http://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08_00016.pdf)

●平成23年度新司法試験の実施日程等について

<http://www.moj.go.jp/content/000050895.pdf>

●平成23年新司法試験の実施日程等に関する意見募集の結果について

<http://search.e-gov.go.jp/servlet/Public?CLASSNAME=PCMMSTDETAIL&id=300020007&Mode=2>

## 第2問 設問2(1)・(2) 解答例

### 【設問2(1) 解答例】

Fの損害については、以下の2点に留意すべきである。

#### 1. 共同抵当権の性格

Fの損害は、取り壊された丙建物の市場価格である。もし丙建物の市場価格が被担保債権額2000万円を上回る場合は、損害は2000万円にとどまる。

Fは損害を被らないとの反論が考えられる。甲土地、乙土地、丙土地3個の不動産に共同抵当権が設定されている。丙建物が取り壊されたとしても、共同抵当権の設定されている甲土地、乙土地だけで、被担保債権を弁済するに十分な担保価値を有しているから、Fは他の共同抵当物件から被担保債権全額を回収できる。

しかし、共同抵当権者は共同抵当の目的物となっている数個の不動産の任意の不動産から、被担保債権全額の弁済を受けることができる

(民法392条2項)。したがって、抵当不動産の1つである丙建物が取り壊された場合には、丙建物からの債権の回収が不可能になったわけであるから、共同抵当権者の権利は侵害され、丙建物の市場価格の損害(ただし被担保債権額の範囲内)が発生すると解すべきである。

#### 2. 被担保債権の弁済期(損害発生の時)

本事件では、貸付金の第1回の返済時期は平成20年3月15日であり、Eが丙建物を取り壊した平成19年8月19日時点では、弁済期は到来していない。

債権の弁済期前でも、共同抵当の設定されている丙建物が取り壊されてしまった段階で、丙建物を換価して債権の回収ができるはずの抵当権は侵害されている。したがって、取壊しの時点で、損害が発生している。これに対し、抵当権は被担保債権が弁済されない場合に担保目的物を換価して債権の優先的な回収を図るものである。したがって被担保債権の弁済期が到来し、抵当権を実行する段階でないと、被担保債権額も確定しないし、抵当権者の損害額も明確にならないとの反論が考えられる。

しかし、担保目的物を債務者が毀損した場合には、債務者は期限の利益を失うから、抵当権者は直ちに債務の履行を求めることができる。第三者が毀損した場合には、抵当権設定者は損害賠償を請求することができ、抵当権者はこれに物上代位をすることによって債権を回収できる。しかし、事例のように第三取得者が毀損した場合、被担保債権の弁済期が未到来という理由で、抵当権者の損害賠償請求が認められないとすれば、抵当権者の地位は、債務者または第三者によって毀損された場合と比較して、極めて不利な状況に置かれる。

### 【設問2(2) 解答例】

確かに、Fの抵当権は未登記であり、丙建物の第三取得者であるEに対抗できない(民法177条)。したがって、Eとの関係ではFの抵当権は民法709条の権利または法律上保護に値する利益と解することはできないから、不法行為は成立しないと考えられる。

しかし、背信的悪意者は登記の欠缺を主張する正当な利益を有しないから、民法177条の第三者の範囲から排除される。Fの抵当権が未登記であっても、第三取得者Eが背信的悪意者であるならば、Fは未登記でも抵当権をEに対抗できる。この場合には、Eが丙建物を取り壊したことは、Fの抵当権を侵害する行為であり、不法行為責任を問うことができる。

Eが背信的悪意者に当たるか否かを検討する。EはAがFから金銭を借り入れた事情、丙建物について抵当権設定契約が締結されたが、未登記のままとなったことをAC間の会話から知っていたこと、Aからの贈与として無償で丙建物を取得していること、丙建物を取り壊して自分の住居を建築することができることと算段しているという事実は、背信性の評価を根拠づける事実である。Eは能動的にはAに働きかけていないという事実を考慮しても、EはFの抵当権の未登記を奇貨として不当な利益を得ようとしたものと評価できる。

Eは背信的悪意者であり、Eの反論は当を得ない。

采女 博文(民法)