

# 中間到達度確認試験の解説の骨子

2023年6月3日作成・29日修正・確定

松岡 久和

## 【出題の趣旨】

- ・時間内の起案－司法試験本番の形式に準拠。言い分問題が形式的な工夫。
- ・前半部分の重要論点に重点＋若干の条文問題  
集合動産譲渡担保の有効性と通常の営業の範囲内の処分、即時取得  
弁護士との（準）委任契約の有効性と解除、債務不履行と不法行為  
借地上の建物の譲渡の有効性と敷金返還問題（条文問題）

## 【内容の概説】

### [設問1]

- (1) 保証債務の有効性の条文問題。書面または電磁的記録による契約であることの確認（446条2項・3項）、事業債務個人保証の保証意思宣明公正証書の不要（465条の6・465条の9第1号）、被保証債務の有効性と履行請求できる範囲（付従性。利息制限法1条3号により、322.5万円までなら履行請求可能）。取引停止処分でCが期限の利益を失ったかどうか微妙だが、当初約定の弁済期限が到来しており、上記の範囲で履行請求は可能。
- (2) ①集合動産譲渡担保の成立  
被担保債権、譲渡担保設定契約、前主の所有権、対象 $\alpha$ の特定性  
本問では、種類：食料品、場所：Cの倉庫、数量：全部とあり、特定性もあるため、判例の所有権移転構成ではBに所有権がある。  
②公序良俗違反のおそれはない  
処分授權による経営の自由の確保、譲渡担保権者の清算義務（本問では180万円弱の清算金支払義務がBに生じる）から、設定者や他の債権者を著しく害するという要素がなく公序良俗違反にはならない。  
③通常の営業の範囲を超える処分  
Eは食料品を少し安く買い受けたと主張し、その代金債務を売掛代金債権と相殺したと主張しているが、実質的には、既存の債務の代物弁済であり、Cの経済的破綻状況からするとその後にCが $\alpha$ を補充する営業を続けることは考えられないので、Bの所有権を一方的に害する行為であり、通常の営業の範囲を超える不適法な処分であって、Bの所有権は失われない。  
④即時取得の否定  
Eは食料品を扱う飲食店か小売店のようであり、業界人であるから、Eの発言通りBが譲渡担保を設定していることを知らなかった（善意）としても、Dへの聞き取りなどの方法で容易に想像できたのであり、Cが完全な処分権を有していると信じたことは相当でなく、過失があり、即時取得も成立しない。それゆえBの所有権は失われない。

### [設問2]

- (1) 弁護士との委任契約の有効性と解除
  - ・弁護士の債務は、依頼者のために最大限の努力をするところであり、結果の実現を約束するものではない。法律問題の解釈には幅があり、弁護士には広範な裁量があ

るから、Bの希望通りの結果にならなかったとしても、それだけでは債務不履行ではない。問題は、Aの説明が不適切であったかどうかであり、論拠とした調査が不十分であったなどの義務違反をBが立証するべきことになり、必ずしも容易ではない。

- ・他方、弁護士職務基本規程57条違反があるとすると、そもそもAはそのような業務遂行ができないものであり、当初から受任するべきではなかったものといえる。少なくともAの債務は原始的に不能であり、契約は無効ではないが(412条の2第2項)、Aは債務不履行責任を負い、Bは契約を解除して(542条1項1号)、着手金の返還を求めることができよう。

(2) Fの不法行為責任

- ・B・F間には直接の契約関係はないのでFの債務不履行責任は追及できない。
- ・Aの行為は過失により不本意な契約を結ばせた点で不法行為をも構成しうるところ、それを基礎としてFに使用者責任を追及することが考えられる。
- ・しかし、共同事務所の代表弁護士FとAの関係は、雇用関係ではなく組合契約であり、それぞれに独立性が高いから、事実上の上下関係や指導・助言はあっても、Fは、ただちに715条の指揮命令を行う使用者とは言えないだろう(暴力団組長の責任を認めた判例からは事実上のボス弁といそ弁の指揮命令関係はあるとされるかもしれない)。
- ・もっとも、AがBと本件契約を結んだのは、FがEと顧問契約を結んでいるとの事実をAに知らせておらず、共同事務所のコンプライアンス体制の基礎としての情報共有の仕組みの不備に原因があると思われるから、事務所代表者のFには709条の過失を認めることができ、BはFに対して709条に基づく不法行為責任を追及する余地がある。なお損害額を論じなくてよいことほか、過失相殺の基礎となる事実が示されていないことから、これらには触れなくてよい。

[設問3]

- ・借地上の建物はDの所有物なので、その譲渡は所有者であるDが自由に行うことができる。そして、建物についての借地権は、建物に従たる権利(87条の類推適用)であり、建物所有権に随伴して買主に移転する。しかしながら、基本的には賃借権であることが普通の借地権は、地主Eの承諾を得なければ譲渡することができず(612条。賃借権の取得が対抗できない)、建物の継続的利用ができなくなる。そこで、Dは、予めEの承諾を得るか、それができなければ、承諾に代わる許可の裁判を裁判所に求めることが必要となる(借地借家法19条)。
- ・敷金は、賃貸人の賃借人に対する債務を担保するものであり、債務者の側から敷金の充当を求めることはできないのが原則である(622条の2第2項)。しかし、賃借人が適法に賃借権を譲渡した場合には、賃借人は賃貸借契約関係から離脱し、敷金の清算が当然に行われる(同条1項2号)。Eの承諾かそれに代わる許可の裁判があれば、適法な賃借権の譲渡となるから、そのいずれかにより、Dは希望通り、建物と借地権をBに譲渡して、敷金充当の残額20万円の返還をEに求めることができる。

**【採点基準】**

1論点基本は10点で積み上げ。想定論点は\*個で1個10点、最大\*点。実質90点に10点の加えて100点満点とした。

各論点・印象点は次のとおり採点します。印象点は論理運びや表現をみます。

たいへん良くできました	10点
良くできました	8点
まずまず合格点	6点
少し足りません	4点
かすった程度です	2点
論じられていません	0点

集計後に全体の出来を見て補正をかけるかもしれませんが、全員が合格点でしたので補正はかけませんでした。また、再起案は全員がA+かAであり、とても良いできでした。

A+ 90点以上、A 80点以上、B 70点以上、C 60点以上、D 50点以上、E 50点未満