

最終到達度確認試験の講評

2022/01/24

松岡 久和

【総評】

比較的基本的な問題のつもりで出題したが、問題点が見つげにくかったようであり、さらに、設問1・2にはいろいろな法的構成の可能性があるため、起案構成に迷いがあるものが少なくなかった。そのためか、問題量としては近年の司法試験の問題に比して、同等以下だと思われるが、最後まで解答できなかつたものも若干あつた。設問3は、ほぼ親族・相続の条文問題であり、時間配分を誤らなければ、ある程度点数を稼げる部分である。問題文全体を最初に見渡して、どこが書きやすいかも考えて時間配分を心がけて欲しい。

また、上記の迷いを反映して、かなりの量を書いた後で書き直している起案も少なくなかつた。これは時間的にかなり大きなロスになる。最初に構成用紙に不可欠の論点を書き出し、構成を練って、論述の見通しをつけてから書き出すよう、再度強くお勧めする。

起案の書き方は、この授業を通じて、相当に良くなつたと思われる。この問題は、最初の方で事件の見方を誤ると後に響いてくる点が怖い。厳密に採点すれば、最初の方で誤ると悲惨な点数になる。それを避けるため、当初予定していた配点と採点方法を若干変更し、次のような修正を加えて、起案全通を2度以上見ることになつた。そのために採点・添削作業が遅れた点は申し訳ない。

- ①当初当然のこととして無権代理と併せて10点の採点項目としていた請求原因の確認を独立に10点とした。請求原因の確認の必要性は、繰り返し述べていたことで、良く書けている者が多かつたので、これにより総合点がかなり上昇した。
- ②設問1～3の配点をほぼ1：1：1としており、当初は、各30点、印象点10点の100点満点としていたが、上記①の加点の結果、設問1は40点となり、合計点も110点となるので、素点合計を1.1で除して合計点を付けた。
- ③設問2はポイント解説で示したように、(不真正)連帯債務の債務者の1人の行った和解契約とそれに基づく免除が他の債務者にどう影響するかをテーマにしていたが、これに気付いた者がいなかつた。これは連帯債務の基本問題なので残念だが、そもそもBとDが(不真正)連帯債務となることがわからなかつたようである。当初は、Dの責任と和解の効力の関係、求償権の発生の有無、求償可能額という3つの論点で採点しようとしたが、このままでは平均点が下がりすぎるので、Dの責任、和解の効力、求償の可否に再編した。個別の項目の説明は後述を参照。
- ④設問3は、基本問題のつもりであつたが、上記のように時間不足のためか、前半に比べて記述密度が著しく低かつた。ここも厳密に採点すると平均点が下がりすぎるので、根拠条文を摘示して正しく結論を示せば緩やかに点数を付けた。

以上の再検討の結果、A+1名、B3名、C5名、D1名、E2名となつた。科目としての採点は、起案による平常点を中心とするので、ここでD・Eになつても、必ずしも不合格にはならないが、C以下の者は、下記の講評もふまえて、何が改善点かをよく考えて欲しい。

【各論】

1 設問1

(1) 問(1)

本件契約は、顕名した代理人D（AはDの使者）によるBC間の利息付消費貸借契約であり、元本授受があり元本に利息を付して3か月後に支払うことが約されていて、契約書自体はなくても契約は外形的には要件を充たして成立する。

ただ、取引主任Dに代理権があったのかどうか微妙な設例である。問題原案ではDを支店長にしていたが、それだと代理権自体は争いにくくなるので（商21条）、設定を変えたものである。対内的に取引の決済権限があるとしても、それが直ちに対外的に代理権となるわけではない。私は、Dの行為は、そもそも利息制限法に反する取引であり、そのような契約を結ぶ代理権はないものと考えて、表見代理構成にした。表見代理も、適法な契約について代理権があると考えれば110条、なければ代理権授与表示（名刺の肩書きやB社の受取証の使用など）の109条が問題になる。いずれでも良いものとした。さらに、少なくとも起案が代理権はあるものの、自己の利益を図るための代理権濫用と構成した。これもありうる構成だと思い、ほぼ同等に評価した。表見代理と代理権濫用の区別が微妙だと言われることがあるが、本問はそのような例となるだろう。

いずれの構成によるにせよ、本問では、B社の取引時間外で契約書も作成されておらず、非常に高額な現金授受という不審事由があり、過去の取引でトラブルがなかったとしても、それだけでは十分正当化できるか微妙である。それに加えて、本件契約は利息制限法に反する違法な契約である（ただ、年利40%では契約全体が公序良俗違反にはならない）。Cには、本件契約が有効に成立するという正当な期待がそもそもないので、そのような違法な契約を結ぶ代理権がDにあったのかは疑うべきであろう。

また、過剰な「付度」はよろしくないが、問(2)は、使用者責任の成立を示唆していると思われる。契約が有効にCに効果帰属するなら、あえて問(2)を尋ねる理由は乏しい。この種の無権代理取引が問題となる場合には、代理と使用者責任がセットで問われることが多いことを認識しておいて欲しい。

(2) 問(2)

本件契約がBに効果帰属しないとすれば、CがAに交付した現金はそのまま損害となる。交付された元本はAが持ち逃げしたようであるが、この取引自体はBの名前を騙ったDの違法な資金集めの一貫であり、Aは途中までDの指示に従っていたので、Aへの交付自体がDの不法行為による損害の発生と考えてよい（表には出していないがDに渡した後で消されたという危ない裏設定も考えていた）。それを前提に、Cには使用者責任が問われる。

この種の取引的不法行為では、適法なBとの契約だと信じたCの被害が問題になり、判例・通説は、外形標準説によって「事業の執行につき」の要件充足を判断している。客観的・外形的にみてDの行為はBのための契約であるだけでなく、相手方には善意・無重過失要件が加わる（使用者Bが被害者Cの悪意または重過失を主張立証すればこの要件の充足が否定される）。Cには過失はあっても重過失ではなく、責任成立を認めたいうでの過失相殺処理となろう。考慮するなど指示しているが、設問2の和解は、責任を免れないと思ったCの妥協策としてそれなりの合理性がある行動だと考えた設定である。起案には、外形標準説の検討が足りないものが多かった。

2021年度民法展開演習

なお、問(1)で履行請求を肯定すると不法行為責任の前提となる損害が生じず、本問での扱いが難しくなる。工夫をした起案にはそれなりの点数を付けた。

(3) 問(3)

Dの責任としてポイント解説では、問(2)との連続性を意識して不法行為構成で書いているが（その方が書く量が少なく楽だと感じた）、Dの無権代理人の責任を追及することも可能である。Bには過失がありそうだが、Dは無権代理だと知って行動しているため、責任は免れない（117条2項2号）。

BとDの責任は、被害者Cとの関係で損害全部を填補する義務を負う。不法行為構成でも無権代理人の責任構成でも同じであり、両者の債務は（不真正）連帯債務であるが、本問を機会に、複数の加害者が全部義務を負う場合を広く（不真正）連帯債務と捉えることを認識して欲しい。そうすると、和解契約による残債務免除の効力という典型論点が見えてくる。

2017年改正前から和解契約そのものは契約当事者間の相対効に過ぎないこと、しかし、和解により損害を一部でも填補するとそれだけ連帯債務者の債務は消滅することは認められてきた。また、2017年改正前は、債務の免除に絶対効があったので、被害者に不利な効果を生じさせないため、被害者がとくに加害者全員の債務を免除するという意思を持つ場合（絶対的免除という）を除いて、免除の絶対効は生じないとの見解が判例・通説であった。このように連帯債務の規定の一部が適用されない場合を不真正連帯債務と呼んできた。ところが、2017年改正により、免除は相対効とされたため、免除によっても他の加害者の債務には影響がなくなった。この問題が本問の中心論点だったのだが、出題趣旨が伝わりにくい難問になってしまったとして反省する。

そこで和解契約の相対効を指摘したり、1000万円の弁済までは損害は現実に填補されていないということを書いた起案には、部分点を与えることで対処した。

(4) 問(4)

（不真正）連帯債務に、改正された442条1項がそのまま適用されるのかどうか、見解の定まっていない難問であり（潮見は肯定し、窪田は慎重に類型に分かれるといい、平野裕や奥田はむしろ否定的である）、応用問題のつもりであった。しかし、誰も論じられていないので、715条3項による求償を論じれば評価することにした。ただ、同条による使用者の求償は諸事情の総合考慮により信義則で制限される、という判例をふまえることが必要である。本問の事例はDの故意の行為が根本原因であり、Bの組織としての不正防止措置の不備が考慮されて求償が減額されるかどうかは微妙である。ただ、求償制限の検討がないと8点止まりとした。事務管理や不当利得による求償を考えたものにもそれなりに点数を付けた。

(5) 問(5)

協議離婚は、離婚意思と離婚届があれば有効に成立する。届出には証人二人の署名捺印が必要だが、それを欠いているとそもそも受理されないの、問題文には明示していないが、Eが両親や友人に署名捺印をしてもらって提出したのと考えてよい。届出時に意

2021年度民法展開演習

識がなく、その後に死亡しても離婚の成立を妨げない。死亡後にも離婚届を提出して離婚ができるという誤った記載は大減点。764条で準用している婚姻の規定が限定的なので、たとえば、錯誤取消しはどうなるのかは、案外難しい問題であり、文献にも意外と丁寧な説明が見いだせない。

財産分与の768条1項の書き方が離婚成立後のように読めるので、根拠条文を上げにくいと同条の趣旨や2項の反対解釈から、離婚前の協議でも有効という趣旨を書いた起案は優秀である。

本件遺言は、検認を受け、自筆証書遺言として有効だが、書いている内容がすべて実現されるとは限らない。遺言でできることとできないことがある。ついでに言うと、遺言による連帯債務や保証債務も可能などと債権総論の本にさらっと書いているが、相続債務についての連帯や保証はありうるとしても、それとは関係のない債務を相続人や第三者に押し付けることはありえないと思う。遺言による認知は有効だが（781条2項。誰も気付いていなかった）、親子関係のないEにFの扶養義務を課すことは同様にありえない。