

# 2015年度後期民法第4部試験講評

2016年3月1日

松岡 久和

## I 概要と総評

### 1 高い合格率とその理由

登録者199名、受験者163名、合格者136名、合格率85%と、私の経験では初めての高い合格率となった。これには理由がある。

近年、民法の受講者数が低減しており、とりわけ第3部・第4部が低い。民法第1部・第2部のみを履修しても民法の全体像はなかなか頭に入らないので、これは困った現象であることが、民法担当者の共通認識となっている。理由として推測されるのは、法科大学院進学希望者が減ってきていること、民法を含む実定法科目は学修しにくく単位が取りにくいという話が過大に喧伝されているらしいことおよび（ひょっとすると）予備試験や法科大学院入試に向けて予備校が復活してきていることなどであろう。

民法担当者としても、旧司法試験時代の講義と比べると、基礎知識に絞ったり、試験様式を工夫するなどして対応を考えてきた。私の試験問題も、短答穴埋問題、重要概念説明問題および論文問題を併用し、かつ問う内容を基本的な知識に限定するように心がけてきた。今年は、とりわけ民法改正との関係で情報量が増えているので、基本知識を重視する難易度の低い問題を意識して作った。

そのため、短答穴埋問題の1と2が全員正解、4・5・7・9も90%以上が正解して、穴埋問題の足切りで不合格となった者はわずかに3名であった。重要概念説明問題は、京大生が得意とするようで、以前から平均で80%程度の点数がつく。これに加えて、事例問題も請負契約の条文を丁寧に読み、重要判例を認識していれば、ほとんど書ける問題であった。そのため、素点では90点を超える者が続出し、60点台の滑り込み合格者も増えて、85%の高い合格率となった。

### 2 素点と最終点数の関係

最終成績は、教授会の申し合わせによる割合（80点以上が合格者の15-20%程度、70点以上が85%程度）に従って素点を変換した。素点75点は最終得点でも75点前後と同じで、それ以上の成績の者は上限90点になるよう素点より圧縮され、それ以下の成績の者は素点より少し高めの成績となっている。75点以下とりわけ60点台の者はかなり理解度が低いので、今一度勉強して欲しい。

### 3 読みやすい字を心がけて欲しい

字の上手・下手は問わないものの、成績優秀者の中の数名が極度に読みにくい答案であった。暗号を解読しながら評価するというのは非常に時間がかかって苦痛である（怒り心頭!）。そもそも答案は採点者に読んでもらうものであり読みやすさを心がけるといふ心構えが欲しい。試験や採点者によっては、読めないとしてひどい点数がつくおそれもある。

## II 各問題の重点講評

### 1 短答穴埋問題

正解率が特に低かったのは3の50%、6の60%であった。3のcicは、culpa in contrahendoの略語で、「契約締結上の過失」という定訳があるので、これ以外の解答は不正解とした。無効な契約や無意味な契約の締結に誤導した者の責任を問う重要な法理であり、契約法と不法行為法の関係を考えるうえでも知っておきたい。

6の抗弁（権）の接続（あるいは抗弁（権）の対抗）は、たしかに民法ではなく割賦販売法に規定されているものであるが、受講生の皆さんにも日常生活で遭遇する可能性が高い実践的な消費者問題であるうえ、契約の相対効という民法の大原則を修正するものであるから、なぜそのような例外を規律する必要があるのかを、しっかり勉強していただきたい。

### 2 重要概念説明問題

問題選択者は、賃貸借解除114名、不当利得44名、医療過誤73名、慰謝料請求86名であり、若干の多寡が生じたが、採点結果の平均は、同じ順に12.7点、11.6点、11.4点、12.4点

とほぼ変わりがなく難易度は揃っていた。

賃借人の債務不履行を理由とする契約の解除については、①債務不履行の態様、とくに無断譲渡・転貸（612条）、②催告解除権（541条）の発生を抑止する信頼関係破壊の法理、③無断譲渡・転貸の場合の背信的行為論、④解除の効果の不遡及（620条）、⑤著しい信頼関係の破壊による無催告解除に触れるのが必須で、催告解除に代えて628条類推適用によることにも言及するとさらによい。関係条文をきちんと引用して欲しい。なお、解除要件の問題と改正法における重大な不履行＝契約目的の不達成との関係に言及する答案があり、意欲的だと評価したが、新541条の催告解除を重大な不履行という考え方で一元的に理解するのは困難と思われる。

不当利得の類型論については、伝統的な衡平説との制度像の違い（ゴミ箱か箱庭か）、他の実定法規定との関係、代表的な類型とその意味、類型による要件・効果の具体的な違いの例（原物返還義務の有無、果実の扱い、704条の適否）などを書いていただきたかった。具体例があまり挙げられていなかったが、大枠の理解はほぼ正確なものが多かった。

医療過誤の民事責任の追及方法について、解答例では不法行為責任と契約責任の請求権競合を取り上げたが、因果関係や帰責事由の立証責任の問題に焦点を合わせる解答でもかまわない。

慰謝料請求権の相続性については、損害賠償請求権一般の相続性の問題との共通の部分（権利能力、笑う相続人・笑う加害者問題）とそうでない部分（慰謝料請求権の一身専属性、710条の規定の意味）をきちんと分けて書いていただきたい。

### 3 論文問題

(1)は、Yに債務不履行がないのでXは641条の任意解除しかできず、むしろYに対して損害賠償をしなければならない、という点はほとんどの者が書けていた。

だが、解除の遡及効（請負契約では620条の準用はない。不要な仕事は原状回復するのが原則）を適用すれば、請負人には建前の取壊が必要になり、635条ただし書と同様に制限の必要がある。そのため、未完成部分についてのみの一部解除を認める必要があり、それを論じる判例もある。これがあまり書けておらず、建物建設請負における遡及効の問題点が十分理解されていない（635条ただし書の趣旨は書けているのに、こちらとのつながりが見えていない）。着手金や中間金の返還との関係で苦労している答案は、無駄な努力をしていることになる。

次に、Xの損害賠償責任の内容についても理解不足の答案が多かった。履行利益（請負契約では担保責任も履行利益賠償である）として報酬相当額の損害賠償責任を認めるだけなら、Xにとって解除の意味はなく、むしろ建物が完成しないのに報酬を支払うことになってしまう。解答例にあげたような利益の控除が行われなければならない。講義ではこのことを説明しているが、それを聞いていなかったり覚えていなくても、少し考えればわかるはずである。専門知識を用いた解答が常識と乖離していないかを考えるのは、答案の自己チェックにとって有用である。

なお、一部解除の要件に関連して、解答例のように棟上げ時点では内装工事が未着手でシックハウス症候群の原因となる建材が使われていない可能性が高く、Xが建前の給付による利益を有することを、問題文に即して指摘した答案は、残念ながらほとんどなかった。事例問題では、提示されている問題文の事実にも、もう少し注意を払っていただきたい。

(2)は、瑕疵が存在することについて解答例以上に丁寧に書いた答案が多くて、その点は高く評価した。ただ、634条1項に即して修補請求ができるか否かを検討する答案は多くなかった。修補請求 and/or 損害賠償請求の両方があることを明示する答案も少なかった。まして、いずれにしても残代金債務と同時履行関係にある（同条2項）ことを指摘した答案は一層少ない。(1)同様、問題文の事実が規範に当てはまることを、もっと丁寧に示さないと物足りない。

(3)は、解除に伴う取壊請求や別業者に依頼した取壊費用の損害賠償請求が、635条ただし書による解除の制限と緊張関係にあり、その規定の趣旨から逆に少なくとも損害賠償は制限されないと考えられることを書いていただきたい。シックハウス症候群を生じる瑕疵によっても目的を達成することができるとして解除を否定する答案が若干あったが、問題を回避する決めつけをしてはダメで、目的不達成による解除が可能な場合をも仮定的にでも検討するべきである。民法改正案がただし書を含めて635条全体を削除する提案をしていることに言及した答案にはプラスαを与えた。