

(事案の確認)

A (父) === (妻B死亡)

↓

C === D

B (甲土地, 乙土地所有) → C (相続で取得)

平成24年2月 C 18歳

24, 2, 10 A (C法定代理人) → E 甲土地, 乙土地 売買

A 代金をAの借金の返済に充当する目的

甲土地450万円 24.3.15 Aに登記を求めるが応じない(高騰)。

乙土地 600万円で売買 現金決済 E (目的につき悪意) 登記

24.3.30 EF売買750万円 F 登記 丙建物を建築

24.3.1 CD婚姻 (成年擬制)

24.3.5 C 死亡

法定相続人, 法定相続分はA (1/3) D (2/3)

設問1

(1) E→AD 甲土地 所有権移転登記手続請求ができるか。根拠。当否

(2) D→F 乙土地, 丙建物 どのような請求ができるか。

請求の根拠及び内容, 請求の当否

① 26.4.1 H→E 500万円貸借 賭博に使う目的 (伝える)

② 26.4.15 K→E 500万円貸借 (伝えない) 金員の交付なし

L叔父 連帯保証 ①② 3者の契約書

26.8.1 H→M 債権①売買 (400万円) E 異議なき承諾

27.6.1 K→L 連帯保証債務の履行請求 (契約書があることを奇貨)

L→E 照会 債務は支払っていない。L→K弁済

設問2

(1) M→E 契約上の債権に基づき500万円, 利息, 遅延損害金の支払を請求できるか。請求の根拠と内容。請求の当否

(2) M→E 法定債権に基づき, 500万円, 利息, 遅延損害金の支払を請求できるか。請求の根拠と内容。請求の当否

(3) L→E 584万円の支払を請求できるか。L請求の根拠と内容。請求の当否。不法行為は検討不要。

(レジュメ)

配点 4、6

問題文の量は多くないが、処理量が多いこと（1個1個につき丁寧に論じる時間はない）、変に細かい部分があること（利息と損害金を加えている）。躓きやすい箇所が沢山あること（躓くと正解筋に乗れないという面では非常に怖い問題である）、出題者が当然の前提としていることが受験生にはそうでないこと（現場で困惑する）などの理由により非常な難問である。最近の民法は、分量、レベルともに落ち着きを見せていたと思うが、28年は全く異なり、非常に混乱させた。採点実感の記載は過大な要求である。普通に考えれば、小問が5つあるから、1つ20点とみるのが自然であるが、設問1(2)、設問2(2)(3)がまともに書けていない答案が多数だと思われるので、その配点を減らしていると思われる。

分析方法と答案の書き方の方針

請求の根拠+当否という問題の出し方に対する書き方としては、下記のイメージ（解答例の型）を勧める。型がないと文章を纏めるのも大変なはずである。

請求の根拠 訴訟物 請求原因（要件事実の事実記載のイメージ）

当否 抗弁その他問題になりうる部分の検討

妥当 抗弁なし、再抗弁あり

不当 請求原因なし、抗弁あり、再抗弁なし

要件列挙+あてはめの形にこだわる例があるが、間違いなく時間がなくなる。

第1 設問1(1)

上記方針が決まれば、1は容易に書くことができるし、2も、1のどの要件に絡む問題かを意識して書けばよいことが分かる。

1 請求の根拠 売買契約に基づく所有権移転登記請求権

ア 24.2.10 A→E 甲土地売買(450万円)

イ A顕名

ウ AはCの父親(法定代理権)824条

エ Cは、平成24年3月5日に死亡した。

オ AはCの父親、DはCの妻である。

採点実感は、所有権構成も示すが、現場では、分量的に少ない契約構成(自然なものである)が優れる。

2 請求の当否

ア 代理権 利益相反行為(826条)であれば代理権なし→行為自体を客観

的外形的に考慮して判断（最判昭和42年4月18日）→売買契約は利益相反行為に該当しない。

イ 代理権濫用 悪意 93条但書類推（最判平成4年12月10日）→無権代理（改正法107条）構成であると，追認権，追認拒絶権を普通に導くことができ，以下のエないしキの記述が素直に書けるし，出題者が当初想定したものだと思う（特にエの情報から）。しかし，出題趣旨，採点実感は，無権代理構成が一般的なものではなく，「効果帰属せず」が一般的な言い方であることから，追認権，追認拒絶権を当然の前提として要求するわけにいかず，エないしキの筋に結びつきにくくなっており（結びつけるための何らかの説明が必要である），適切な出題とは思われない。出題者は，エの筋を考えていたはずであるが（そうでないと，何故，エの様な情報を組み入れたかが分からない），効果が帰属しないという構成を中心とするしかないことから，出題趣旨からエを外したものと理解できる。無用に混乱を招いている。

事実6 乙土地の代金を借金に充当するつもりであることを知っていた。
→同時に売買した甲土地についても知っていた又は知り得たといえる。
細かいが，甲土地について知っていたとは問題文に明記していないので，厳密に言えば評価が必要である。現場で気づいている答案があることに驚く。細かすぎ，問題の記載ミスと思える（採点実感にも触れていない）。

ウ C死亡 法定相続人 A（3分の1）D（3分の2）（900条2号）

エ C18歳 124条で追認不可。

婚姻 成年擬制（753条） 追認権あり（120条）

これが前提となって，追認権，追認拒絶権の相続後の処理が問題となるが，気づきにくい。成年擬制はみえているが，ここで使うしかない。出題者は当初考えていたはずであるし，上位答案で触れているものはあるが，出題趣旨，採点実感には触れていない（では，何故，18歳とか，婚姻という情報を出したのか意味が不明である）。

オ 相続人がA（無権代理人）だけであれば，

追認拒絶は信義則に反して許されない。

カ 追認権，追認拒絶権 ACが包括承継

キ 最判平成5年1月21日（百選I第7版74頁）（再現答案では，上位答案ほど触れる率が高い） 性質上相続人全員に不可分的に帰属する
→3分の1のみ有効になるものではない。

結論 請求は不当

アイウカキが書ければ現場では十二分。

躓く部分

- 1 相続法の勉強が不十分 824条(出発点)をふれないのは、不良答案とされて然るべきであるが、826条につき外形でみる見解を採用しながら、本問につき利益相反行為を認定したものは、一貫していないし、旧司法試験であれば、即死といえるレベルであるが、一応の水準の答案にとどまる。

旧司法試験14年1問、21年1問に出ており、旧司法試験に着目していた人は、要注意とみていたテーマである。準備の有無で明らかに大きな差がついている。

- 2 93条但書類推で処理する場合の効果 効果帰属せずから、カキに結びつける筋がみえて、一応のことが書ければ現場では十分。論理的にはウエオがあるはずである。
- 3 無効であるが、信義則上無効を主張できない。Aの3分の1のみ請求可→小問(2)でFが3分の1を承継取得するという筋道では、最判平成5年1月21日が使えないし、(2)で94条2項類推の議論が展開しにくい(答案政策)。ここで差がついている。

第2 設問1(2)

- 1 請求の根拠 共有持分に基づく返還請求権としての土地明渡し請求権(252条但書の保存行為)
ア C乙土地所有
イ C死亡 相続人はD(3分の2)及びA(3分の1)
ウ Fは、乙土地に丙建物を所有して、乙土地を占有

2 請求の当否

設問1(1)→Eは無権利者→Eの登記を信頼しても、原則は登記に公信力なし→Fは無権利→請求は妥当とも考えられる。

94条2項類推適用

外形 Eの登記 外形に対するFの信頼 あり

外形作出に対する帰責事由 Cにはなし。D(3分の2)にもない(弁護士の調査で分かった)。A(3分の1)にはあるが、類推適用不可(普通の発想)。採点実感では、これを中心に書いており、解答例は無難に書いた。

誰でも書くことができる問題であるが、24年採点実感から、94条2項類推適用否定を少しだけでも書く意味がないとみた答案もあったと思う。しかし、他に書くことがないことと、外形を放置していたわけではないという事情が問題文にあることから、24年とは異なり、書くべきであった(現場で

は混乱を招いていると思われる)。また、(2)では、他に書くことがない。

実務家の発想

D(3分の2)及びA(3分の1)→建物収去土地明渡請求可→Aは全部の代金を使いながら、3分の1を確保(結論の不当性)、F→A 不法行為に基づく損害賠償(3分の1でカバーすることを考えても、競売の負担を負わせてよいか)→結論の妥当性から考える。理論構成として94条2項類推を検討するしかない。典型的な場合とは異なるが、何とか説明できないかという考え方を取る。このような発想による解答例は、下記のとおりである。20点の配点があるとすればこれを書くしかないが、採点実感では、この構成につき全く触れていない(恐らくは20点の配点はできない)。採点実感では、結論の妥当性を強調するが、ここでは全く触れておらず、出題者の限界である(再現答案では1通確認している)。答案として書く必要はないが、発想の仕方を参考にして欲しい。

(実務家の感覚による解答)

下記のイが第一感、ウは典型的な場面とは異なるが、理論構成としては、他にはない。

ア 小問(1)で述べた理由により、Eは、乙土地について無権利者であり、FがEの登記を信頼して乙土地を取得したとしても、登記に公信力がないのであるから、原則、Fは保護されない。

イ しかし、アの結論を認めることになると、DはFに対して丙建物収去、乙土地明渡請求ができることになるばかりか、Aは、乙土地全部の代金を自己のために使いながら、3分の1の権利を確保することになり、その結論は著しく不当である。FはAに対して、不法行為に基づく損害賠償請求権を有するし、Aの3分の1の持分で回収することも考えられるが、代金全額を支払っているFに、競売手続の負担と価格低下のリスクまで負わせてよいかは疑問である。

ウ そこで、本件では、以下の理由により、外形理論を基礎とした民法94条2項を類推適用して解決するのが妥当であると考ええる。

外形はEの登記であり、外形に対するFの信頼(善意)はある。

たしかに、外形作出に対する帰責事由は、Cにはない。外形を作出したのは、Aである。しかし、平成24年3月30日のEF売買の時点では、Cは死亡している(平成24年3月5日死亡)ので、Aには、外形作出に対する帰責事由があるという立場と、ないというCの地位(包括承継したもの)が併存している。Fは3分の1の登記を信頼したわけではないとしても、少な

- くとも、Aが承継した3分の1については、外形作出に対する帰責事由があるといえるのではないだろうか(注。悩みをみせる書き方を使う)。よって、Aの3分の1について。94条2項類推適用により、Fが取得することができる。外形作出に対する帰責事由につき、D(3分の2)にはないので(弁護士の調査で分かった)、3分の2については、94条2項類推適用はない。
- エ ウのように問題を捉えると、乙土地の3分の2を有するDが、3分の1を有するFに対して建物収去土地明渡し請求はできない。共有物全体について使用権原を有するからである(249条)(平成27年予備試験)(最判昭和41年5月19日百選I第7版144頁)。
- オ よって、請求は不当である。

改正法では、93条但書類推適用という解釈論はなくなる(107条で明文規定が設けられる)。93条但書による無効は、善意の第三者に対抗できないことが明文化されるが(改正法93条2項)、改正法107条では、そのような第三者保護規定がない。

(躓く部分)

- 1 (1)で正解筋に乗らないと、Eが無権利者であることが出てこない。
- 2 1が出てきても、94条2項類推適用につき、外形作出に対する帰責事由がCにはないという筋で終わってしまう(疑心暗鬼)。
- 3 「乙土地及び丙建物に関しどのような請求」とあるので、抹消登記請求は触れなかった(乙土地に関することだけだから)。登記まで触れることは時間的にも無理である。紛れをなくすために、登記についての検討は不要であることを問題文中に明記すべきではなかったかと思う。

(採点実感)

優秀に該当する答案の例

小問(1)においては、Eの請求の根拠が売買契約に基づく債権的請求であることなどを適切に示した上で、請求の当否に関し、外形説の立場から本件売買契約は利益相反行為に該当しないとしつつも、Aの代理権濫用を認め、民法第93条ただし書の類推適用によりAの行為の効果はCには及ばないとし、更に追認権の不可分性を理由として、CをA及びDが共同相続しても、Dが追認を拒絶しているので、Eは甲土地の所有権を取得できないことに言及するものである。また、小問(2)においては、Dの請求の的確な根拠を挙げた上で、Fが民法第94条第2項の類推適用により保護されるか否か、特に帰責性の要件について、事実関係を的確に評価して、Cの帰責性を否定するなり、あるいはこれと反対

に、AがCの法定代理人であることを指摘した上で、Aの代理権濫用の危険はCが負担すべきであることを説得的に説明するなど、事案に即した適切な検討を行うものである。

良好に該当する答案の例

優秀に該当する答案と比べたとき、検討すべき複数の事項について概ね適切な論述をしているが、それらの一部について考察を欠き、あるいは問題の理解不正確な箇所が存在するものである。例えば、小問(1)に関しては、民法第93条ただし書の類推適用までは触れているものの、A及びDによるCの共同相続についての検討が不十分なものである。

一応の水準に該当する答案の例

良好に該当する答案の例と比べたとき、検討すべき事項のほぼ全てに言及しているものの、全体として説明が平板で不十分であるものや、制度の基本的な理解に問題があるために、明晰さを欠いていたり、一貫性の面でやや劣るものである。例えば、小問(1)に関しては、利益相反行為該当性等を検討する過程において、外形説を採りながら、親権者の意図や金銭の用途により代理権濫用に該当すると述べるなど、利益相反行為と代理権濫用との区別が不鮮明なものがこれに当たる。小問(2)に関しては、小問(1)で追認権はCの相続人であるAとDに不可分に帰属するからEの請求は認められないとしておきながら、乙土地についてAが3分の1の持分を有することから、その持分に相当する部分はEが有効に取得する結果、乙土地はEから乙土地を購入したFとDの共有になるなど、追認可分説を前提として論述するものである。

不良に該当する答案の例

検討すべき事項の中心的な部分についての考察を欠くものである。例えば、小問(1)に関しては、民法第824条に全く触れることなく、Aの行為を当然に無権代理として「無権代理と相続」の問題についてのみ検討するもの、民法第824条を指摘しているにもかかわらず、個別の授權がないことからAの行為を無権代理と捉え、表見代理の成否や無権代理人の責任を検討するもの、Aの行為を無権代理としつつ代理権濫用を論ずるなど論理に矛盾を来たしているもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、民法第94条第2項の類推適用によるFの保護を全く検討することなく、民法第177条の対抗要件についてのみ論ずるものがこれに当たる。

第3 設問2(1)

1 請求の根拠

HのEに対する消費貸借契約に基づく貸金返還請求権、利息契約に基づく利息請求権、履行遅滞に基づく損害賠償請求権

ア 26. 4. 1 H→E 500万円貸借 利息約定年15% 遅延損害金約定21. 9% 弁済期27. 3. 31

イ 26. 8. 1 H→M 債権売買(400万円)
同一性を失わずに移転する→利息, 損害金も移転

2 請求の当否

抗弁 動機の不法 相手方は知っている→無効

再抗弁 異議なき承諾 主張自体失当

公序良俗違反 最判平成9年11月11日

判例の事例 賭博の負け金債務

本件 賭博目的の貸金債権が譲渡された例

違いを指摘できれば, 物の本に書いていない以上, いずれの結論でもよい(出題趣旨は求めるが現場では無理)。

1はできなければならない。2は当然に気づくべき問題とみていたが, 採点実感では, 90条違反は触れながら, 相手方の主観を考慮しておらず, 異議を止めない承諾を書かなくとも, 良好レベルという。

改正法では, 異議なき承諾は削除されている。

H ——→M
↓
E

第4 設問2(2)

1 法定債権という用語に戸惑った受験生も多数いたと思う。新法律学辞典, 我妻民法講義索引でも「法定債権」は出てこない。「法律の規定に基づいて生じる債権」と書けば(これを省略して, 法定債権と記載したのではないか), 混乱はなかった。(1)の契約上の債権と対比していることから, 703条, 709条という見当をつけて書いた受験生が相当数いたと思う。ここが出てこないと何も書けないが, 書けた答案が相当数ある以上, 不良と評価されても仕方ない(採点実感)。

2 大部分の答案は, ME間だけで不当利得を考える筋道である。「MはEに対して法定債権に基づき」という問題文の記載から, 現場では, 素直な発想である。問題文の事実22に, 「消費貸借契約に関する債権を売却した」という部分からも, 貸金債権だけを譲渡したと読むのが素直であろう。

本問の事例においては, EがHから金銭の交付を受けた後に, MはHに400万円を支払っているのだから, Mの金銭でEの利益が図られたという関

係は存在しない。したがって、Mの損失とEの受益との間に（直接の）因果関係を認めることはできないという採点実感の指摘は理解できるが、Mの損失とEの利得の間に社会通念上の因果関係があるという捉え方が全く成り立たないとまではいえないと思う。

- 3 出題趣旨、採点実感は、HE間で不当利得返還請求権を検討し、それをMに譲渡する筋道①（受験新報46頁）、又はMが423条に基づき代位行使するという筋道②（別冊法学セミナー43～44頁）を想定しているが（筋道①は解答例のとおり）、再現答案をみても、触れた答案は殆どなく、書けなくとも合否には影響がない。

（筋道②の債権者代位による構成）

債権譲渡の構成とは異なり、被保全債権400万円の範囲の請求になること、被保全債権の関係で、債権譲渡が無効であることが前提であることに注意（但し、現場で気づくのは困難である）。

本件消費貸借契約は、小問（1）で述べたように、無効であり、その債権を譲渡することは原始的に不能であるから、HM間の契約は無効である。従って、Hには法律上の原因なくして400万円の利得が生じており、MはHに対して400万円の不当利得返還請求権（703条）を有する（被保全債権）。Hは資金繰りが悪化しているので無資力である。本件消費貸借契約が無効であるから、HはEに対して500万円の不当利得返還請求権（703条）を有する（被代位債権）。よって、MはEに対し、Hに代位して、400万円の範囲で、HのEに対する不当利得返還を求める。

（当否）

703条が出れば、90条の裏返しで708条は出やすいが（ここを触れるか否かで差がついている）、何を何処まで書くべきかに戸惑う。特に、当事者が多数いる部分の処理が難しい→708条但書を書く材料はあるが、気づきにくいし、採点実感も触れていない（意味不明）。

筋道①だと、Eの利得は、公序良俗違反がある本件消費貸借、すなわち、不法な原因のために給付されたものであるから、708条に基づき、HがEに対して返還請求することはできないという抗弁が成り立ち、その抗弁が、債権譲渡があっても、Mに対しても主張できると構成する（小問（1）で述べたように、異議なき承諾は認められない）。

貸金を賭博に使用する目的で借り入れたのであるから、不法な原因は、受

益者Eにある。Hの不法の程度が極めて微弱であるという議論（最判昭和29年8月31日）が成り立つかは微妙な部分があるが（やや難しいように思う）、採点実感は全く考慮していない。

直接の不当利得構成によると、708条が抗弁、708条但書が再抗弁であるという構成がスッキリと書ける（Mに不法性は全くないから）。MHのいずれを保護すべきかといえば、不法性が全くないMということになると思うが、出題者が想定している筋道①②では、かかる結果を導くことは難しいのではないかと。

第5 設問2 (3)

求償権の条文（459条）の指摘は入り口であり、指摘できなければ、土俵に乗れない。その後の処理については難しい問題があり、時間がなくなっている状態で、何を何処まで書くのかが困惑したはずである。

1 請求の根拠（459条に基づく求償債権）

- ア 26. 4. 15 K→E 500万円貸借
- イ KL 主債務者の委託を受けた連帯保証（契約書あり）
- ウ L→K 584万円弁済

K（債権者）

↓

E（主債務者） L（保証人）

2 請求の当否

K→E 500万円交付していない。要物契約→請求が成り立たない。

（問題文から気づくこと。時間がなければ、これで終わっても落ちない）

素朴な問題の捉え方は、KはEに500万円を交付していないにもかかわらず、Lから500万円を受領したことから来るリスクを、LEいずれが負担するのが妥当かというものである。LはEの発言があったから弁済したという理由でEが負担すべきであるという結論が常識にもかない、説得力をもつ。結論の妥当性から考え、そのために法律構成を検討するという実務家の発想からは、まず、ここを考える。

要物契約説によっても、443条1項の「対抗することができる事由」の中に未受領による不成立を折り込むという解釈は成り立つ。採点実感は、この筋を想定している。463条、443条1項に気づいた答案はあったが、少数だと思われる。条文とは少し違った事例であり、説明の工夫が必要な部分であるが（解答例参照。443条につき、注釈民法の記載を利用している）、現場で

考える時間はない。指摘できなくとも、合否には影響しない。

改正法463条は、現行法のような443条を準用する立て付けにはなっておらず、463条だけをみればよいように、現行法より細かく規定されているが、本問でそのまま適用される規定はない。

現場では、要物性だけで結論を出すことがおかしいことに気づき、信義則で処理する内容でも十分である（厳密に言えば、信義則には、以下のような問題はああるが）。

交付していないことが抗弁であれば、信義則上、抗弁を主張できないという再抗弁の筋道が成り立つが、交付がなければ、請求原因が成り立たないことになり、抗弁が出てこない以上、信義則を再抗弁とすることはできない。信義則だけでは請求権は出てこず、信義則に基づく義務を想定すれば、義務違反に基づく損害賠償請求権が成り立つが、問題文から不法行為が外されている。ただ、要物契約だけで割り切れない利益状況がある点に気づいている分、より高い点数がつくことになると思う。

諾成的消費貸借契約（無名契約）という筋道もありうるが、その後、何を書いたらよいか戸惑ったのではないか。下記の分析までは難しい。

要物性を満たして初めて成立（諾成的消費貸借契約は、貸金交付請求権が成立するだけ）（岡口マニュアル，倉田，契約上486頁）（通説）→上記と同じ筋。

改正民法587条の2

書面によれば、諾成的消費貸借契約の効力が生じる。

本件 書面がある→未受領につき抗弁が成立するという見方は成り立ちうるが、物の本では、明確には触れていない。

諾成的消費貸借契約とその後の処理を書かせたいならば、かなりの誘導がなければ無理である。

別冊法学セミナー44頁

463条，443条1項は、保証契約が有効に成立していることが前提で、本問では、前提を欠くとして、上記の筋に乗らない。そして、ELの保証委託契約は有効であり、650条3項により、損害賠償請求ができるという（筋は通っているし、採点実感でも触れている）。高い評価を得ると思う。尤も、設問2（3）の問いが請求の根拠と当否であるから、根拠としては、普通は459条に基づく求償権で考える。それが妥当か不当を回答すればよいので、不当であるが、さらに、このような請求が成り立つということは、問いに対する回答からという観点からは外れるのではないか

という感覚があり、違和感を持つ。

(全体的に躓く部分)

- 1 設問1と2の配点が4対6であるから、時間と頁配分をそのとおりにすると、設問2(2)(3)が何を書いたらよいか分らず、時間を持て余す(その段階で、設問1に時間をさけばよかったと後悔する)。設問1(1)が相当に書けるならば、4の時間で書き切れるものではなく、設問2の検討時間がなくなり、さらに訳が分からなくなる。バランスの取り方が非常に難しい。

(採点実感)

優秀に該当する答案の例

小問(1)に関しては、Mの請求の根拠及び内容を説明した後、HE間の消費貸借契約が動機の不法による公序良俗違反で無効となることを指摘した上で、Eの異議をとどめない承諾により、貸金債権の不存在をEがMに対抗し得るか否かを論じるものがこれに当たる。また、小問(2)に関しては、HのEに対する不当利得返還請求権を債権譲渡や債権者代位権を法的根拠としてMが行使するという法律構成を採った上で不法原因給付の成否につき検討するものがこれに当たる。そして、小問(3)においては、EのKに対する貸金返還債務(主債務)が存在しないこと、Lによる事前の通知に対しEが適切に対応しなかったためLがKに584万円を支払ったこと、EL間には保証委託契約(委任契約)があることを指摘しつつ、民法第459条に基づく求償権の成否を論じそれを肯定する結論に達したものがこれに当たる。

良好に該当する答案の例

優秀に該当する答案と比べたとき、検討すべき事項の一部について考察を欠くものやその考察が不十分なものである。例えば、小問(1)に関しては、公序良俗違反による無効には触れながら動機の不法の場合に取引の相手方の主観が問題となることや異議をとどめない承諾についての検討を欠くもの、小問(2)に関しては、不法原因給付についての検討を欠くもの、小問(3)に関しては、EK間の契約は諾成的消費貸借なので主債務が存在するとするもの、逆に、主債務・保証債務が存在しないため、本来、民法第459条に基づく求償権は認められないはずであるが、民法第478条によって求償権が認められるとするものである。

一応の水準に該当する答案の例

次の2つが挙げられる。第1の例は、法律問題相互の関係の理解が不明確なものである。例えば、小問(1)に関しては、公序良俗違反による消費貸借契約の無効に触れることなくHからEへの500万円の交付が民法第708条の不法原

因給付に当たるか否かを検討するものである。第2の例は、適切な事案解決にはふさわしいとは思われない法律構成を問題にするものである。例えば、小問(2)に関しては、MとEを直接の当事者とする不当利得や不法行為の成否を検討するもの、小問(3)に関しては、主債務・保証債務が存在しないため、民法第459条に基づく求償権は認められないという結論に安易に至るものである。

不良に該当する答案の例

次の2つが挙げられる。第1の例は、基本的な概念や民法の体系的な理解を欠くなどの理由から、およそこの事案において問題となりえない法規範の適用の可否を検討するものである。例えば、小問(1)に関しては、動機の不法ではなく利息制限法の適用の可否を専ら論じ、15%の利率や21.9%の遅延損害金の定めが利息制限法に違反するなど同法第4条等を看過して更に誤った論述をするもの、小問(2)に関しては、「法定債権」の意味を全く理解せずに法定代位を問題とするもの、小問(3)に関しては、LのEに対する不当利得返還請求を論じたり、求償権の有無を検討することなく民法第500条の法定代位についてだけ検討するものである。第2の例は、事実に対する分析が著しく不十分なものである。例えば、小問(1)に関しては、Eの借入れが賭博目的の消費貸借であることについて全く検討せず、Mが貸金債権を譲り受けたことだけを述べ、その請求を認めるものである。