

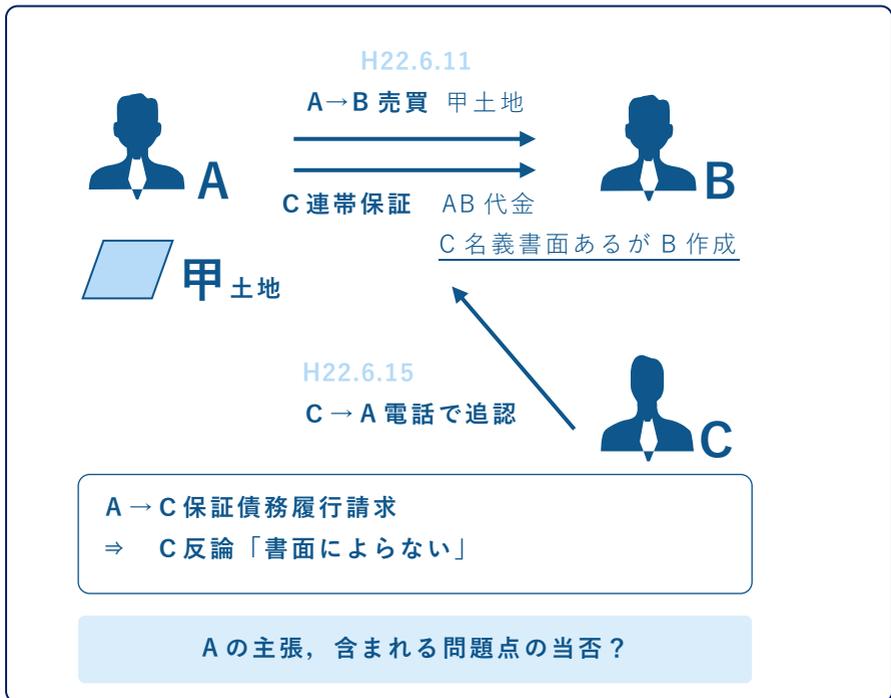
# 第10章 平成25年民法

意思表示のフローチャートの使い方、判例と異なる立論の仕方を学ぶ

## 第1 設問1 (配点：30 / 100)

### 1 設問1の概要

#### 【事例分析図】



#### 【時系列等】

平成22年

6月11日 A B 売買 甲土地, 6000万円  
1500万円は6月25日支払,  
4500万円は8月10日支払約束

A B 連帯保証。B 頭名。

B が「C 代理人 B」と記載した書面あり

6 月 1 5 日 C → A 電話で追認

8 月 1 8 日 A → C 請求

C 主張「連帯保証契約は書面でされておらず、その効力が生じない」

### 【設問】

[設問 1] A → C 保証債務履行請求 どのような主張をする必要があるか。主張に含まれる問題点の可否。

## 2 解答の方針

前半の問いは、「どのような主張をする必要があるか」であるのだから、端的な回答は、このような主張をする必要があるということになる。保証債務履行請求するために必要な事実は、起案の手引記載例の文章を書くことで十分に答案の形になる。文章の構成を考える必要もなく、時間の節約にもなるし、短い文章で要件は全部網羅しているからである。25年民事訴訟法設問3でも使える方法なので、起案の手引記載例の文章を答案として使えるように意識して勉強することを勧める。

後半の問いは、「主張に含まれる問題点」であり、問題文2頁下から2行目の記載から446条2項の問題であることが明確であるが、基本書等に書いておらず現場思考が必要な問題である。

現場で思考するときには、意思に基づく法律関係の場面であるから、意思表示のフローチャートを使った分析をするという発想が有用である。そうすると、446条2項は成立要件であり、代理人行為説によると成立要件はBの段階で考え、Bに署名があるからよいという立論が成り立ちそうである。しかし、追認は、効果帰属要件のレベルの問題であり、追認したCの意思が書面で現れていない点を、446条2項との関係で、どのように考えるかという筋道で考えるべき問題であることに気づく。採点実感では「無権代理人による契約の効力について論じるべきである」とだけ述べ、その趣旨が書かれていないが、以上のことを意味していると理解すべきであると思われる。

### 3 採点者の立場から考える

- (1) 司法試験の採点は、大枠で「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」という4つの箱に振り分けた後、その枠の中で点数をつけるという方法でなされているようである。この4つの箱は、採点実感で具体的に示されている。
- (2) 446条2項の趣旨は、保証契約の内容を明確に確認し、また、保証意思が外部的に明らかになることを通じて保証をするに当たっての慎重さを要請するものである（出題趣旨）。

趣旨と結論との論理的関連に配慮したか否かで点差をつけている。短絡的に結びつけているものは一応の水準か、説明に努力しているものは良好、説明に成功しているものは優秀という評価である。慎重という趣旨だけだと、論理的には、電話だけでは駄目、慎重にやっていたらよいというように、いずれの結論にも結びつくので、一応の水準という評価になる。

- (3) 出題趣旨は、下記の2つの筋を紹介する。再現答案をみる限り、結論による点差はない。契機という表現が余りみられず、その場で思いつく表現でもないので、現場で書けるものではない。平成24年の東京高裁の判決は②の筋と思われる（実務家は、第一感として、こちらを考えるのではないか）。

①契約内容が書面により明確に確認される契機を重視すれば、追認を肯定する方向に行く。Cは経緯の説明を受けて書面をみたうえで追認しており、保証意思がなければ、追認を拒絶することも容易である。よって、追認には書面を認める趣旨も含まれていると解釈できるので、本人が作成した書面と同視できる。

②保証人が主体的に書面を作成する契機を重視すれば、追認を否定する方向に行く。追認の際に新たに書面を作成することもできたはずである。

- (4) 一応の水準レベルで守るという選択肢もあるが、十分な説得力がなくとも、「良好」に評価される可能性があることを知っておくとよい。初見で時間制限の中で出来ることには限りがあるので、この辺りで差をつけるという発想になるのだろう。また、「説明に成功している」というレベ

ルが、どの程度厳格に判断されているかという疑問もあり、その意味では、大胆に書いてもよいという側面がある。

- (5) 不良に該当する答案の例は、立法趣旨について単に「保証人保護」とする等そもそも立法趣旨を的確に指摘することができていないものや、前述のように、契約の効果を本人に帰属させるための要件と要式性を充足するための要件とを区別しないで「追認により契約の効果はCに及び、書面も有効となる等と論述するものである（採点実感）。

### 【参考判例】東京高判平成24年1月19日

保証債務の内容を了知したうえで、債権者に対して、書面で、下記①②と同視できる程度に明確に保証意思を表示したと認められる場合に限り、保証契約の効力が生じると判示した。

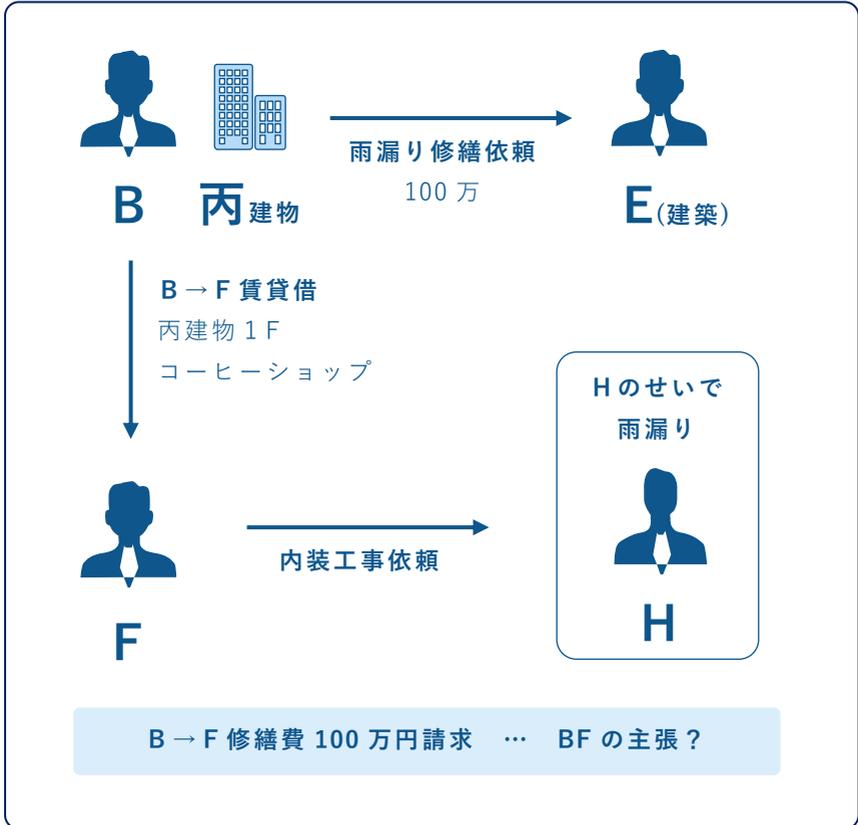
本件との関係を説明すると、書面性の程度として、以下の4つの場合が考えられる。①が書面性○、④が×なのは明らかであるが、参考判例は、②の場合につき書面性○とした。本件は②と④の間の事例であり、判例の射程がどこまで及ぶかを考えさせているともいえよう。

- ① 保証書、保証契約書に署名あり
  - ② 内容を了知したうえで、他の者に指示等して署名押印を代行  
※
  - ? ③ 代理権なくして書面作成+追認（電話）【本件】
  - × ④ 全く書面なし
- ※ ②は公正証書や和解調書を想定しているとの解説あり。

## 第2 設問2 (配点：40 / 100)

### 1 設問2の概要

#### 【事例分析図】



#### 【時系列等】

平成23年

8月31日 D銀行→B 消費貸借(8000万)  
月78万円弁済10年間。  
2回不履行。期限の利益喪失  
B→D 抵当権設定契約 甲土地  
E→B 丙建物完成 引渡し  
9月14日 B→D 抵当権設定契約 丙建物  
10月1日 B→F 賃貸借 丙建物  
1階部分 月40万円 コーヒーショップ  
内装部分F負担  
10月3日 F→H(内装専門業者) 請負(内装工事)  
B 承諾  
FH 仕様, 施工方法を検討。  
10月25日 工事完了  
11月1日 F 営業開始  
平成24年  
2月末頃 1階に雨漏り(∵ Hが工事の際に誤って亀裂)  
B→E 請負契約(修繕工事)  
3月20日 工事完了, B→E 100万円支払い

### 【設問】

[設問2] B→F 100万円の請求 BFの主張

## 2 解答の方針

問いは、「BのFに対する請求」である。普通に問題文を読めば、契約責任が問題となり、履行補助者・履行代行者を検討すべきことが見えるし、見えなければ土俵に乗れない。履行補助者・履行代行者の問題は、19年にも出題されている。

## 3 過失の認定

Hの過失は明らかであるが、Fに過失があるというためには、Fの義務違反を論証する必要がある。義務の論証の段階で、それなりの差がつくであろう。

義務の根拠は様々考えられるが、以下のように整理できる。

- ① 善管注意義務  
400条から論証（我妻V381，464頁）。
- ② 賃貸借契約に基づく保管義務（出題趣旨）
- △ ③ 信義則上の注意義務  
間違いではないが、条文から基礎付けた方がよい。
- × ④ 用法遵守義務違反  
Bの承諾を得ているから不成立。書くべきでない。

#### 4 履行補助者と履行代理人

Hの過失につき、履行補助者の過失、履行代行者の選任監督の過失を書く。

具体的な書き方は、問題の指定（B主張、F主張、認められる方の3つ）に合わせるとよい。19年民法の答案の組み立て方で述べたように、法律論を書いてあてはめるという形（典型的に言われている三段論法）より、事実を軸に書き、必要な範囲で法律論を書く方が書きやすいし、内容を落とさずに短く書くことができる。Bの主張（訴状の請求原因）、Fの主張（答弁書の反論。ここで争点を示す）、いずれの主張が認められるか（争点に対する裁判所の判断）というイメージを作ると答案は書きやすい。具体的には解答例を参照されたい。

冒頭に要件を列挙して、あてはめを一々書く書き方では、分量が増えるので、起案の手引記載例の書き方を使うことを勧める。具体的な事実の記載の中に要件は全部入っているからである。メインとなる部分は厚く書くことでメリハリをつけるとよい。

#### 5 配点との関係

40点の配点で、この問題だけを書くという答案でよいかは現場では悩む部分である。民法の全体像を示すという発想（プレテスト）によれば、不法行為をも考え、715条、716条但書を検討することになるが、いずれも、結論は否定である。出題趣旨には、債務不履行以外の法律構成の検討まで求められているわけではないとあるが、現場では、リスクを減らすために、不法行為を少しだけ書いておくのが、現実的な対応かもしれない。

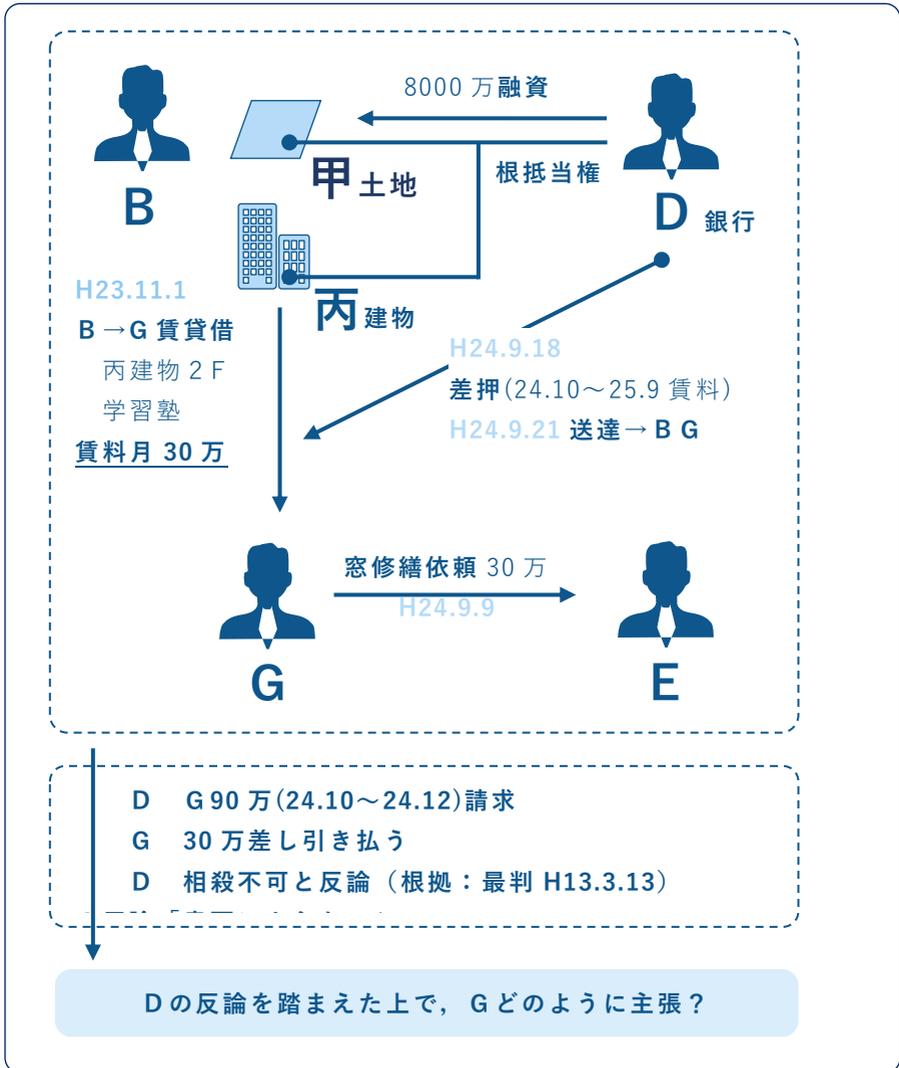
い。債務不履行が自然であり、本筋である。

## 6 不良答案の例

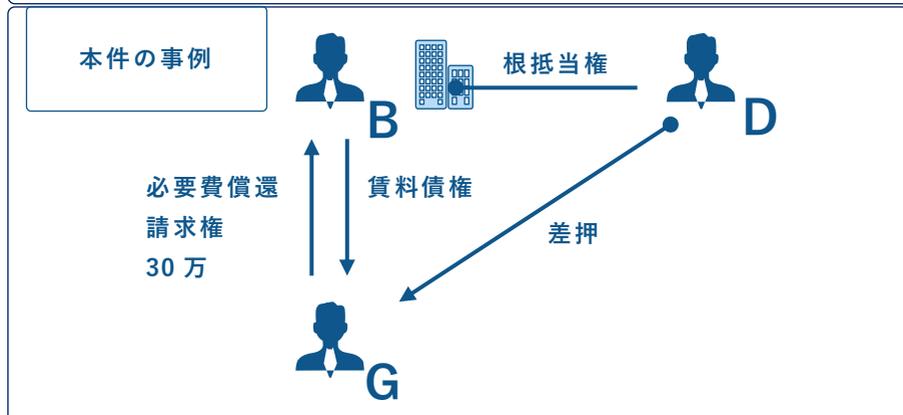
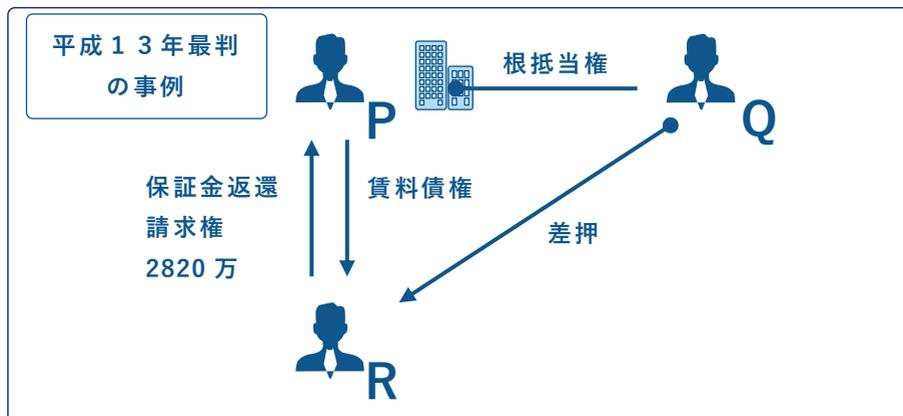
採点実感は「不良に該当する答案の例は、債務不履行を理由とする損害賠償請求に一切言及せず、他の構成のみを取り上げ、しかも、その理解に不正確ないし不明確な点が含まれるものである。」と述べているが、まさにこの通りである。

### 第3 設問3 (配点: 30 / 100)

#### 1 設問3の概要



【最判平成13年3月13日と本件の比較】



【時系列等】

平成23年

8月31日 D銀行→B 消費貸借(8000万)

月78万円弁済10年間。

2回不履行。期限の利益喪失

B→D 抵当権設定契約 甲土地

E→B 丙建物完成 引渡し

平成24年

9月9日	G → E	請負契約（窓修繕30万） 台風で窓損傷 → Bに連絡が取れず。
9月18日	D → G	差押え（物上代位） BG賃料（24年10月分～25年9月分）
9月21日	B G	差押命令到達

### 【設問】

#### [設問3]

D → G 90万円請求（24年10月～12月分）  
24年12月7日

G 30万円を差し引く。

D 最判平成13年3月13日を基礎として相殺不可と主張

Dの反論を踏まえ、Gがどのような主張をしたらよいか。

## 2 出題内容について

事前の準備がきかず、その場で考えるしかない問題である。採点実感も「司法試験の出題の中でも、特に論文式試験で出題される事項は、画一的な思考で解決が得られるようなものではなく、あえて解答を見いだすことが困難な課題を与えるなどして受験者の法的思考能力を試そうとしているのであり、採点者は、いわば出題において提示した課題を受験者が共に悩んでくれたであろうか、というような気持ちで一枚一枚を読むものである。」と述べている。

## 3 解答の方針

問いは、判例を踏まえた反論に対して「どのような主張をしたらよいか」である。この種の問題では、判例の要約を示さないと文章の流れが上手く作れないので、要約部分に一定の点数が入っていると思われる。判例の判断の核心部分は、相殺に対する借入人の期待を抵当権の効力に優先させる理由はないことにあり、比較的に見えやすい。問題文に判例が引用されているので、核心部分を探りながら読んでほしい。

判例と違う結論に向けての主張の回答が求められているので、解答の焦点は、相殺の期待を優先させる理由があることを具体的に論証することに合わせることが、解答の方針となる。「その問題の本質的な課題に正面から

向き合い、限られた時間の中で思考をめぐらせて自分なりの解答を見いだした答案については、一般に、その内容に多少の難があったとしても、問題の本質に踏み込まない答案よりも高い評価が与えられることになる」、  
「無難な表現に終始して、内容的本質に関わる論述を欠く答案は、当然のことながら高い評価は与えられるものではない」という採点実感の記載を重く受け止めるべきである。出題趣旨は、具体的な内容に立ち入っておらず、どのように書けばよいかは明らかではない。採点実感では、必要費償還請求権の指摘、判例と本問の事案の違いから性急に結論を導いている答案が、一応の水準という指摘があるのみである。

#### 4 解答例の筋道

まず、必要費償還請求権の定義とあてはめを608条に即して書くことが出発点である。現場では十分な内容を書く答案が少数なので、このような部分で点差がつく。

あとは、素朴な利益考量をして、もっともらしいことを1つ指摘できれば現場では優秀答案になる。現場の発想の仕方は、各当事者の立場に立った利益の分析をしたうえで、バランスを示すというものであり、具体的には、解答例の分析方法を参照されたい。

#### 5 本問における利益考量

損傷による損失を誰に負担させるべきか。損失は、所有者Bと抵当権者Dが負担すべきものである。賃貸人Bは修繕義務を負担するし（606条1項）、抵当権者も予期することができるからである。

他方、賃借人に損失を負わせるべきではない。賃借人は、必要費償還請求権の取得を思いとどまることができないからである。必要費償還請求権によるGの相殺を認めなければ、損傷による損失をGの負担とし、抵当権者が利益を得る結果となる。

以上を文章にしたのが解答例である。ここまでの内容を現場で求めるものではないが、今後のこととして、利益考量の発想の仕方の一例として、押さえておくとよい。

#### 【参考判例】最判平成14年3月28日

以下の判例タイムズ解説が参考になる。

「敷金返還請求権が保障されなければ抵当権の設定された物件には賃借人が見つからなくなるおそれがあり、そうなれば抵当権者は賃料債権に対し物上代位権を行使する余地がなくなるのであるから、敷金返還請求権の保障は抵当権者の利益でもあること、賃貸借契約において敷金が授受されるのは通常の事態であって抵当権者もこれを予期すべきであるから、抵当権者に敷金の限度で賃借人に譲歩すべきことを求めても不当な不利益を与えるものではないこと、敷金は賃借人の債務の担保であり、賃貸人の債務の担保ではないが、敷金契約が賃貸借契約に付随しており、賃貸人の資力が悪化した際には、賃借人は賃貸借契約を終了させて賃借物件を明け渡せば、敷金返還請求権を賃料債権と相殺することによって回収できるとの強い期待を有していることは否定できないことといった実質的妥当性を問題とするものである。」

平成14年判例の判断を踏まえて、本件は、それに近いことを具体的に指摘し、高い評価を受けている再現答案があった。

[以上 平成25年民法解説]