

採点講評

(2017年11月26日・民法総則)

※ 本問や勉強法などに関する質問があれば、担当講師のメールアドレス (h-uchida@shinginza.com) まで、お気軽に連絡いただければと思います。

・まず訴訟物が保証契約ではないこと、代理による契約ではないことを前提とする答案が散見された。訴訟物や請求原因の設定の段階で崩れてしまうと、適用条文自体が変わってしまう。そうすると大幅に点を失ってしまう可能性があるため、条文の適用場面をしっかりと意識してほしい。

・条文の指摘がない答案が散見された。冒頭部分にどの条文をこれから論じるのかを記載することは必要だし、文章としても読み手が理解しやすい。

・いきなり表見代理に飛びつく答案が多数を占めた。本件保証契約の代理権がないこと（有権代理、民法99条）の認定がまず必要である。

・表見代理について、民法109条だけ、110条だけ、112条だけを論じるという答案が多数を占め、110条と112条の重畳適用にたどり着いた答案は全体の1割少々であった。

正当理由（無過失）のあてはめ自体は、問題文の事情を使用してしっかりできているものが多かったため、惜しいところである。ただ、今回は一定の点数は与えている。110・112の重畳適用にたどり着けなかった人は、代理権の範囲や代理権の消滅の認定といった基本的な事項に関し、改めて基本書・判例集で確認してほしい。

・正当理由のあてはめのところで、A（本人）の帰責性について論じる答案もあった。正当理由はXの信頼の問題であり、Aの帰責性は、基本代理権（110）、かつて代理権を与えたところ（112）の要件に相当するものであり、両者は区別したほうが良い。

・民法109条は、あくまで「Pの」貸金債務の保証に関する代理権を与えたような外観が生じた場合の事案であるので（例えば、AがBに白紙委任状を交付し、その後Bが委任事項にPの主債務の保証と書き加えたような場合）、110条と112条の重畳適用が適切な適用条文であると考えられる。Aが実印・印鑑登録証明書の回収を怠ったという点をもって109条の代理権授与の外観を認定するのは、中々大変ではないかと思われる。各表見代理規定の適用場面についても確認してほしい。

・94条2項の類推適用を論じている事案（表見代理の後に94条2項類推適用を書く答案含む）が多く存在した。今回は通常の代理の事案であり、表見代理の典型的適用場面である。

94条2項類推についても、適用場面を基本書などでよく確認してほしい。最高裁判例が多数出ているところであり、適用場面も110条（法意型）も絡めて適用するなど相当数の類型があるので、混乱が生じやすいところである。

・代理権の濫用とする答案も少々存在した。濫用事例（民法93条但書）は、代理権の範囲内

であることが前提となるので、適用事例を改めて確認してほしい。

- ・あてはめは、事案の事実を引いて結論とするのみでなく、その事実がなぜその規範において意味を持つのか（事実の評価）を記載すると、非常に読みやすい。

- ・特に設問2の無権代理について、民法117条の指摘のみで終わらせる答案が多かったが、要件の指摘、あてはめをしてほしい。時間不足であっても、簡潔に要件を指摘して当てはめるだけで点が大きく異なってくる。

- ・途中答案がかなりの数あった。後半部分にも配点があるので、自身で時間管理をした上で、しっかり書ききることが重要と思われる。

- ・Pは破産申立の結果、免責となっているが、免責の効果は主債務が自然債務になるのみで、実体法上消滅しているわけではない（指摘があった答案は少々加点した）。したがって、保証債務が付従性によって消滅しているとするのは失当となる。

- ・「保証」を「保障」と誤記している答案が何通かあった。

- ・設問2について、表見代理との関係（両者は選択的に主張できる）のみを記載して、結論としている答案が多数あった。民法117条の条文の要件から問題文の事実を使ってあてはめてほしい。

以上