

[民事系科目]

[第3問] (配点: 100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は, 3.5 : 4 : 2.5])

次の文章を読んで, 後記の [設問1] から [設問3] までに答えなさい。

【事例】

Xは, Aに対し, 300万円を貸し渡したが, 返済がされないまま, Aについて破産手続が開始された。Xは, BがAの上記貸金返還債務を連帯保証したとして, Bに対し, 連帯保証債務の履行を求める訴えを提起した (以下, この訴訟を「訴訟1」という)。

第1回口頭弁論期日において, 被告Bは, 保証契約の締結の事実を否認した。

原告Xは, 書証として, 連帯保証人欄にBの記名及び印影のある金銭消費貸借契約書兼連帯保証契約書 (資料参照。以下「本件連帯保証契約書」という。なお, その作成者は証拠説明書においてX, A及びBとされている。) を提出した。

Bは, 本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の印影は自分の印章により顕出されたものであるが, この印章は, 日頃から自分の所有するアパートの賃貸借契約の締結等その管理全般を任せている娘婿Cに預けているものであり, 押印の経緯は分からないと述べた。Xが主張の補充を検討したいと述べたことから, 裁判所は, 口頭弁論の続行の期日を指定した。

以下は, 第1回口頭弁論期日の後にXの訴訟代理人弁護士Lと司法修習生Pとの間でされた会話である。

弁護士L: 証拠として本件連帯保証契約書がありますから, 立証が比較的容易な事件だと考えていましたが, 予想していなかった主張が被告から出てきました。被告の主張は, 現在のところ裏付けもなく, そのまま鵜呑みにすることはできませんから, 当初の請求原因を維持し, 本件連帯保証契約書を立証の柱としていく方針には変わりはありません。もっとも, Xによれば, 本件連帯保証契約書の作成の経緯は「主債務者AがCとともにX方を訪れた上, 連帯保証人欄にあらかじめBの記名がされ, Bの押印のみがない状態の契約書を一旦持ち帰り, 後日, AとCがBの押印のある本件連帯保証契約書を持参した」ということですので, こちら側から本件連帯保証契約書の作成状況を明らかにしていくことはなかなか難しいと思います。

修習生P: 二段の推定を使えば, 本件連帯保証契約書の成立の真正を立証できますから, それで十分ではないでしょうか。

弁護士L: 確かに, 保証契約を締結した者がB本人であるとの前提に立てば, 二段の推定を考えていけば足りるでしょう。他方で, 仮にCがBから印章を預かっていたとすると, CがBの代理人として本件連帯保証契約書を作成したということも十分考えられます。

修習生P: しかし, 本件連帯保証契約書には「B代理人C」と表示されていないので, 代理人Cが作成した文書には見えないのですが。

弁護士L: 代理人が本人に代わって文書を作成する場合に, 代理人自身の署名や押印をせず, 直接本人の氏名を記載したり, 本人の印章で押印したりする場合があります。このような場合を署名代理と呼んでいます。その法律構成については, 考え方が分かれるところですが, ここでは取りあえず通常の代理と同じであると考え, かつ, 代理人の作成した文書の場合, その文書に現れているのは代理人の意思であると考え, 本件連帯保証契約書の作成者は代理人Cとなります。

そこで, 私は, 念のため, 第2の請求原因として, Bではなくその代理人Cが署名

代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加し、敗訴したときには無権代理人Cに対し民法第117条の責任を追及する訴えを提起することを想定して、Cに対し、訴訟告知をしようと考えています。

修習生P：訴訟告知ですか。余り勉強しない分野ですのでよく調べておきます。

しかし、本件連帯保証契約書を誰が作成したかが明らかでないからといって、第2の請求原因を追加する必要まであります。裁判所が審理の結果を踏まえてCがBの代理人として保証契約を締結したと認定すれば足りるのではないのでしょうか。最高裁判所の判決にも、傍論ながら、契約の締結が当事者本人によってされたか、代理人によってされたかは、その法律効果に変わりがないからとして、当事者の主張がないにもかかわらず契約の締結が代理人によってされたものと認定した原判決が弁論主義に反しないと判示したもの（最高裁判所昭和33年7月8日第三小法廷判決・民集12巻11号1740頁）があるようですが。

弁護士L：その判例の読み方にはやや難しいところがありますから、もう少し慎重に考えてください。先にも言ったとおり、本件連帯保証契約書の作成者が代理人Cであるという前提に立つと、本件連帯保証契約書において保証意思を表示したのは代理人Cであると考えられ、その効果がBに帰属するためには、BからCに対し代理権が授与されていたことが必要となります。そうだとすると、第2の請求原因との関係では、BからCへの代理権授与の有無が主要な争点になるものと予想され、本件連帯保証契約書が証拠として持つ意味も当初の請求原因とは違ってきますね。なぜだか分かりますか。

修習生P：二段の推定が使えるかどうかといったことでしょうか。

弁護士L：良い機会ですから、当初の請求原因（請求を基礎付ける事実）が、①XA間における貸金返還債務の発生原因事実、②XB間における保証契約の締結、③②の保証契約が書面によること及び④①の貸金返還債務の弁済期の到来であり、第2の請求原因（請求を基礎付ける事実）が、①XA間における貸金返還債務の発生原因事実、②代理人Cが本人Bのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと（顕名及び法律行為）、③②の保証契約の締結に先立って、BがCに対し、同契約の締結についての代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）、④②の保証契約が書面によること及び⑤①の貸金返還債務の弁済期の到来であるとして、処分証書とは何か、それによって何がどのように証明できるかといった基本に立ち返って考えてみましょう。

【設問1】

- (1) Xが当初の請求原因②の事実を立証する場合と第2の請求原因③の事実を立証する場合とで、本件連帯保証契約書が持つ意味や、同契約書中にBの印章による印影が顕出されていることが持つ意味にどのような違いがあるか。弁護士Lと司法修習生Pの会話を踏まえて説明せよ。
- (2) Xが第2の請求原因を追加しない場合においても、裁判所がCはBの代理人として本件連帯保証契約書を作成したとの心証を持つに至ったときは、裁判所は、審理の結果を踏まえて、CがBの代理人として保証契約を締結したと認定して判決の基礎とすることができるというPの見解の問題点を説明せよ。

【事例（続き）】

第2回口頭弁論期日において、原告Xは、第2の請求原因として、被告Bではなくその代理人Cが署名代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加した。Bは、第2の請求原因に係る請求原因事実のうち、保証契約の締結に先立ちBがCに対し同契約の締結についての代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）を否認し、代理人Cが本人Bのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと（顕名及び法律行為）は知らないと述べた。

第3回口頭弁論期日において、Xは、<sup>110条表見代理</sup>第3の請求原因として、Xは、Cには保証契約を締結することについての代理権があるものと信じ、そのように信じたことについて正当な理由があるから、民法第110条の表見代理が成立する旨の主張を追加した。Bは、表見代理の成立の要件となる事実のうち、基本代理権の授与として主張されている事実は認め、その余の事実を否認した。

同期日の後、Xは、Cに対し、訴訟告知をし、その後、BもCに対して訴訟告知をしたが、Cは、X及びBのいずれの側にも参加しなかった。 ~~XはBに訴訟告知をした~~

裁判所は、審理の結果、表見代理が成立することを理由として、XのBに対する請求を認容する判決を言い渡し、同判決は確定した。

Bは、CがBから代理権を与えられていないにもかかわらず、Xとの間で保証契約を締結したことによって訴訟1の確定判決において支払を命じられた金員を支払い、損害を被ったとして、Cに対し、不法行為に基づき損害賠償を求める訴えを提起した（以下、この訴訟を「訴訟2」という。）。

7.9  
Cの権利  
Cの権利  
Cへの侵害行為  
Cの権利 Cの権利

4

【設問2】

訴訟2においてBが、①CがBのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと、②①の保証契約の締結に先立って、Cが同契約の締結についての代理権をBから授与されたことはなかったこと、を主張した場合において、Cは、上記①又は②の各事実を否認することができるか。 Bが訴訟1においてした訴訟告知に基づく判決の効力を援用した場合において、Cの立場から考えられる法律上の主張とその当否を検討せよ。

主張 → 否認

権利の効力  
① 争点  
② 争点

【事例（続き）】

以下は、訴訟1の判決が確定した後原告Xの訴訟代理人弁護士Lと司法修習生Pとの間でされた会話である。

弁護士L：今回は幸いにして勝訴することができましたが、私たちの依頼者Xとしては、仮にBに敗訴することがあっても、少なくともCの責任は問いたいところでした。そこで、B及びCに対する各請求がいずれも棄却されるといういわゆる「両負け」を避けるため、今回は訴訟告知をしましたが、民事訴訟法にはほかにも「両負け」を避けるための制度があることを知っていますか。

修習生P：同時審判の申出がある共同訴訟でしょうか。

弁護士L：そうですね。良い機会ですから、今回の事件の事実関係の下で同時審判の申出がある共同訴訟によったとすれば、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、原告が「両負け」を避けることができたのか、整理してみてください。例えば、以下の事案ではどうなるでしょうか。

110

（事案）XがB及びCを共同被告として訴えを提起し、Bに対しては有権代理を前提として保証債務の履行を求め、Cに対しては民法第117条に基づく責任を追及する請求をし、同時審判の申出をした。第一審においては、Cに対する代理権授与が認められないという理由で、Bに対する請求を棄却し、Cに対する請求を認容する判決がされた。

2.9

【設問3】

同時審判の申出がある共同訴訟において、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、原告の「両負け」を避けることができるか。上記（事案）の第一審の判決に対し、①Cのみが控訴し、Xは控訴しなかった場合と、②C及びXが控訴した場合とを比較し、控訴審における審判の範囲との関係で論じなさい。

【資料】

金銭消費貸借契約書兼連帯保証契約書

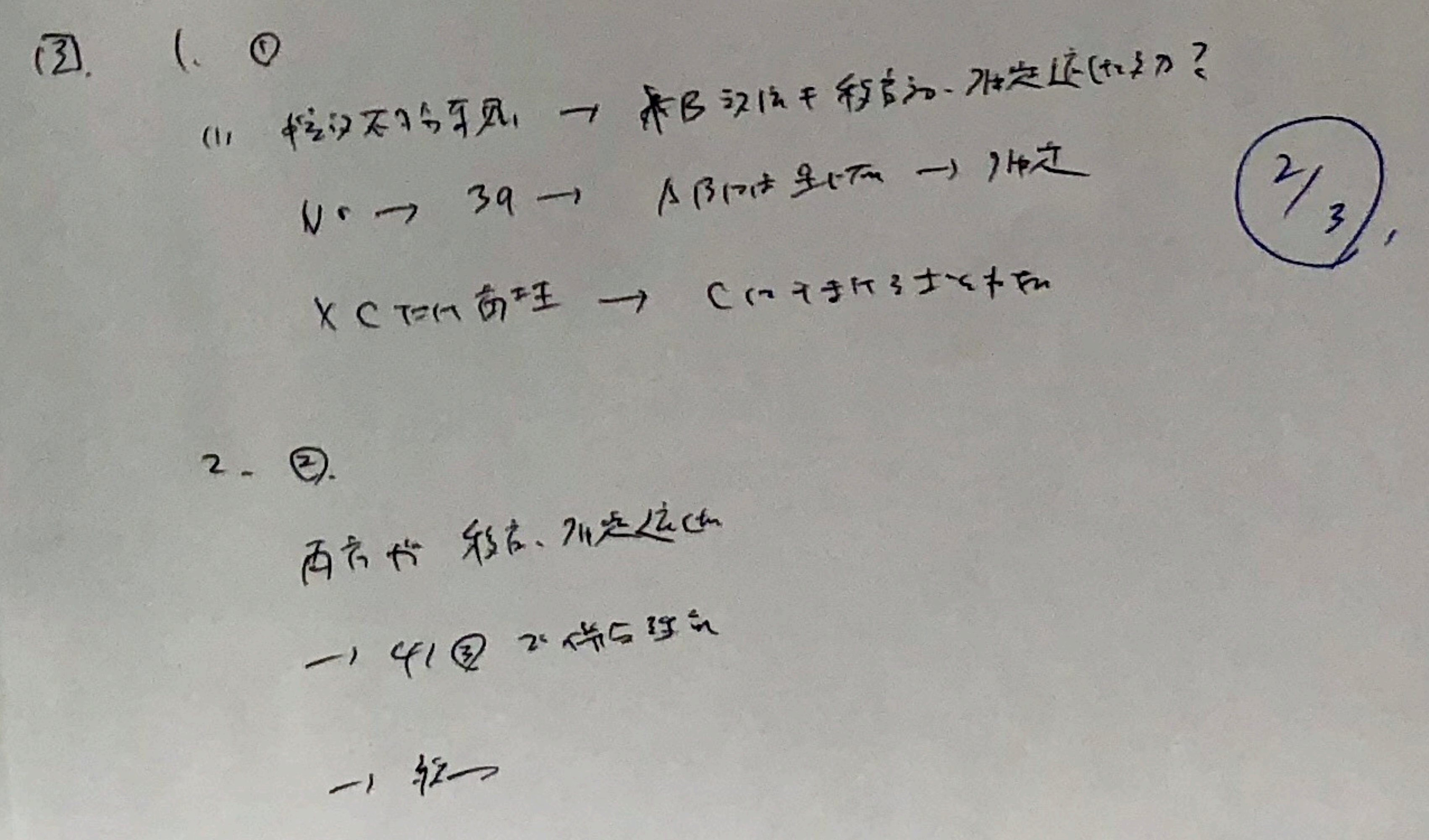
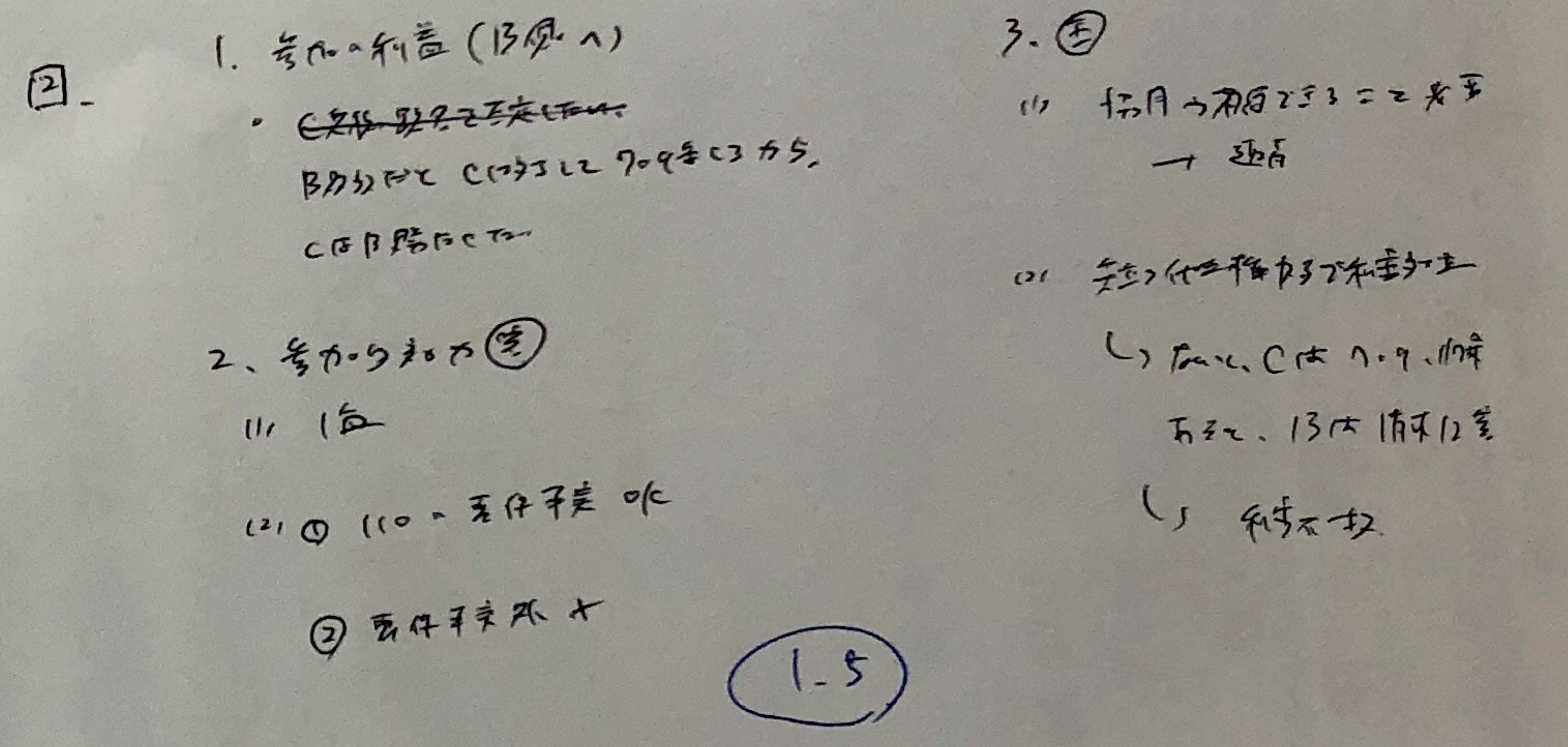
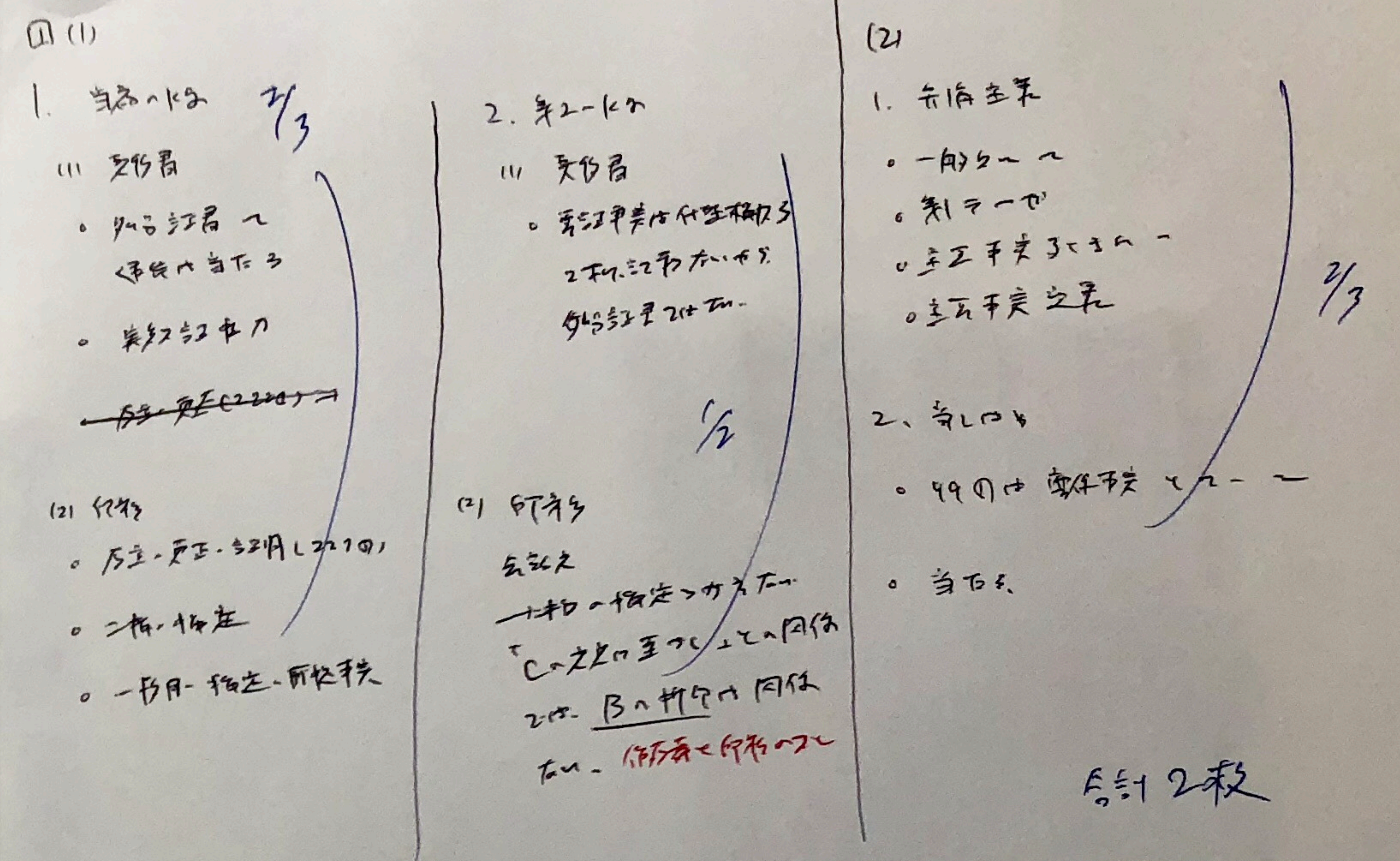
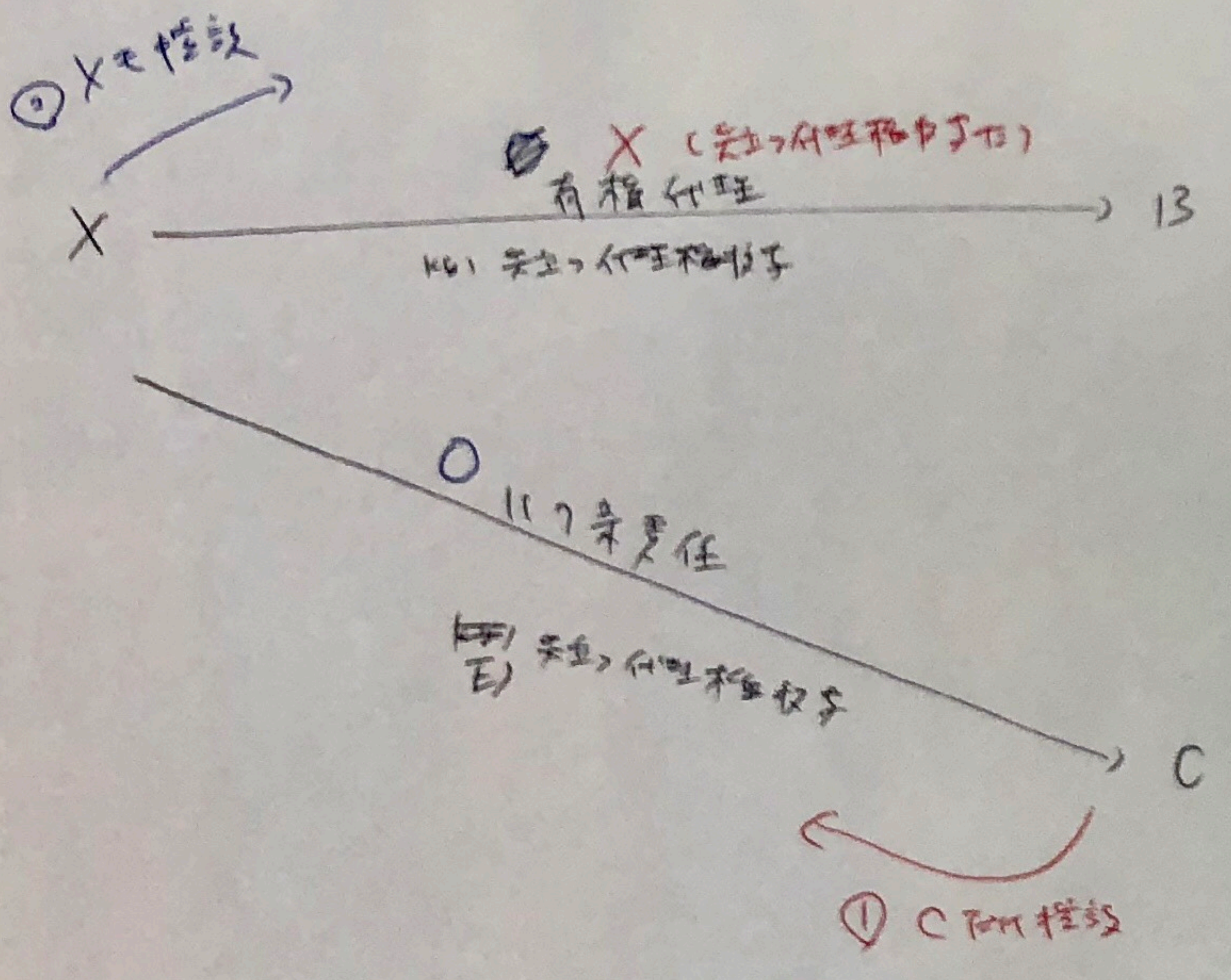
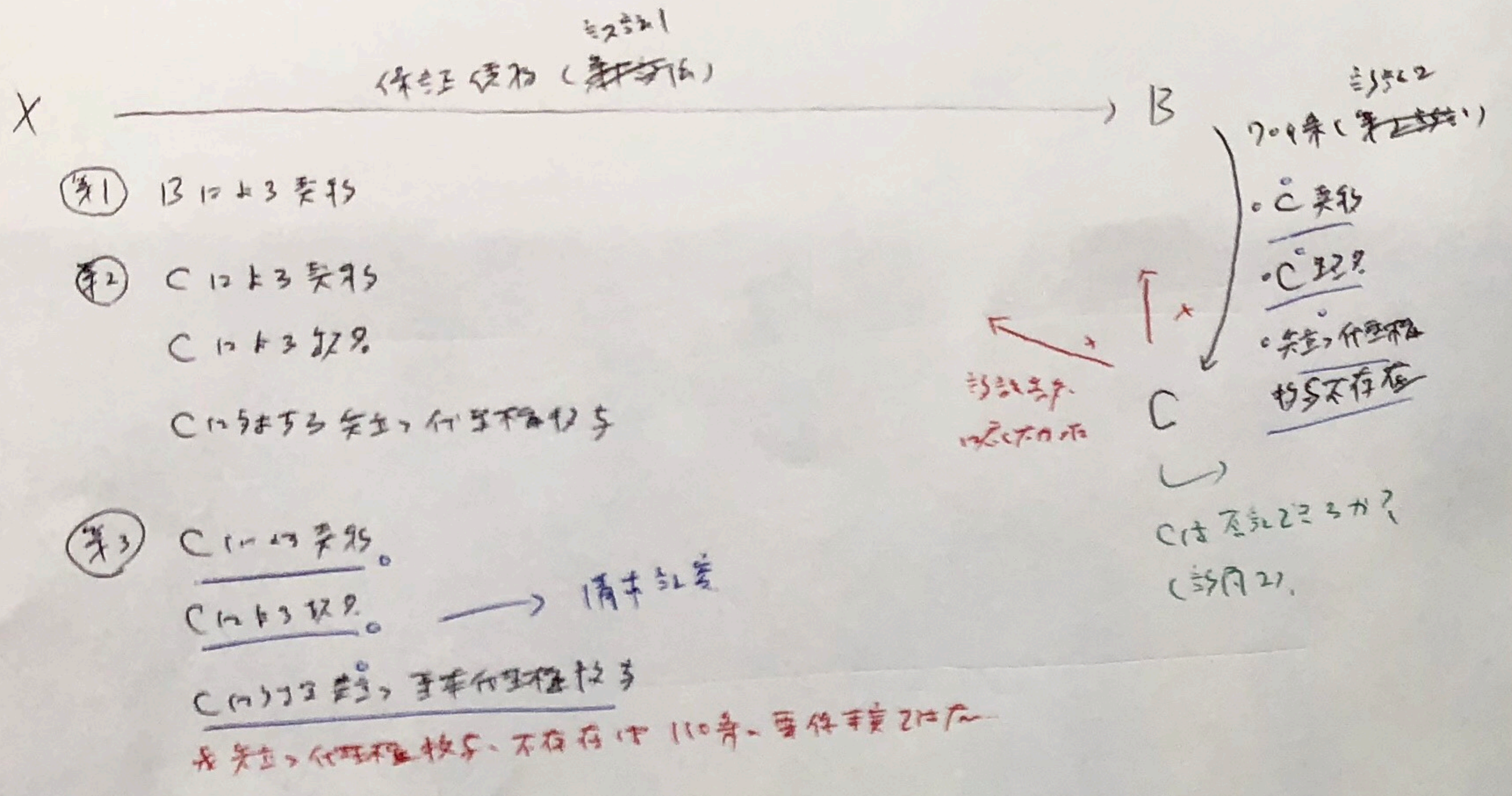
平成〇〇年〇月〇日

住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)  
貸 主 X 印

住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)  
借 主 A 印

住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)  
連帯保証人 B 印

- 1 本日、借主は、貸主から金三百萬円を次の約定で借入れ、受領した。  
 弁済期 平成〇〇年〇月〇日  
 利 息 年3パーセント（各月末払）  
 損害金 年10パーセント
- 2 借主が次の各号の一にでも該当したときは、借主は何らの催告を要しないで期限の利益を失い、元利金を一時に支払わなければならない。
  - (1) 第三者から仮差押え、仮処分又は強制執行を受けたとき  
 ・・・(略)
- 3 連帯保証人は、借主がこの契約によって負担する一切の債務について、借主と連帯して保証債務を負う。



読 17分  
構 19分  
作 64分  
計 100分

加藤 尚

H24 民事訴訟法

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23

部門 1

第1. 問題(1) 1. 第1. 請求原因②

(1) 契約書

甲 2/10 契約書には、乙が乙の証明しようとする法律行為が記載されていると書かれている。本件で甲が主張する契約書は、乙が乙の証明しようとしているX・B月の送金履歴が記載されたものであるから、甲の証明に当たります。

甲 2/10 契約書は、乙が乙の主張する修正が認められる場合、乙の記載どおりの法律行為がなされたという事実を直ちに認定するに足りる十分な証拠力を有する。したがって、甲の契約書には、乙の主張する修正が認められる。X・B月の送金履歴が記載された事実を直ちに認定するに足りる十分な証拠力がある。

(2) Bの印章による印紙が取り出された事実

甲 Xは、甲の契約書、乙の修正、または甲の契約書がX・Bの裏の裏面に写された事実を証明する必要がある(228条1項)。

「本人の... 押印」(228条4項)とは本人の意思に基づき押印を意思表示すること。日本では印紙が厳格に管理・保管されており、とりわけ他人に譲渡されることはないのであるから、甲の契約書中に本人の印章による印紙が取り出されたことは本人の意思に基づき押印であることが事実上推定され、「本人の... 押印」という要件を満足するに足りる。乙は、228条4項の適用により乙の契約書に本人の印章が写された事実が甲の主張を推定するに足りる。

したがって、甲の契約書中にBの裏の印章による印紙が取り出されたという事実は、乙の主張を推定するに足りる。乙の主張する甲の主張するに足りるという事実を推定する。

第2. 第2. 請求原因③

(1) 契約書

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23

本件送金保証書はBとCの両方に宛てられ、Bは記名したため、

前記2の事実を証明する場合は、同送金保証書はAが記名したことになる。したがって、

同送金保証書のAが前記2の事実を自ら記名したことは確か。

## (2) 印紙取付手続

~~第2項前項~~ 第2項前項に於いて、同送金保証書の署名はXとCによる。

したがって、二枚の指送には、一枚目の指送、すなわち前送手続については、

同送金保証書中のXとCの印紙による印紙が取付された事実が争点である。したがって、

同送金保証書中のBの印紙による印紙が取付された事実が、二枚の指送には、

一枚目の指送、すなわち前送手続に当たらない。

## 第2小問 (2)

1. 一般に、民事訴訟には、訴訟の争点となる資料の収集促進を当事者の責任とする

争点主義が争点である。争点主義の内容として、争点とは当事者により主張されて

いる事実を指し、争点となる事実を指す第一である。この二つの

争点には、争点となる事実が含まれる。争点主義とは、法律効果を生

ずる直接の争点として法律効果を生ずる要件に該当する争点である。

2. 民法99条は、他人が権利の行使に害を及ぼす行為が本人に帰属する

という他人の権利に直接の争点として、他人の権利行使、他人の権利

行使。これは他人の権利(債権)行使の行使を指すことである。したがって、

Bの代理人としての保証書と権利行使は争点である。争点主義に該当する具

体であるとして争点主義に当たらない。したがって、Pの負担は、争点主義

第一に当たらないという見解がある。

## 第2問

1. 争点主義に於いて争点となる事実とは、当事者間の争点の争点とは

1 理由中の判断によつて、その利益、権利地位によつて利益を相償を受けること

2 がある。第三者の下に、二つとも影響は事実上の影響も含めて解決する。Cは、Bが

3 敗訴（市場上にはBが無権代理人として責任（民法709条）を負うこととされておる

4 といふ意味で、A、B間、BがBを代理して判決の主たる理由中の判断によつて、利益地位

5 不利な利益を受けることがおはさる者として「判決」の結果として利益を保持する

6 第三者に当たる。補償行為、利益を有する。したがって、判決当事者に課する（参加訴訟

7 法53条4項、46条参照）の前提要件を満たす。

8 2. Cは、① ①、②、事実上の判決理由中の判断事項にからる者か、又は、多額の費用に

9 費を要する。① B/C間には利害関係があるから参加訴訟が可能である。② 主張する。

10 (1) ②

11 ②. 46条は、債権の消滅時効を主張し、その原因となる債権の有無を争うものである。そこで、46条

12 による「効力」は、被告本人、訴訟物の被告本人、原告本人の間にのみならず、争いの

13 相手と被告本人の特種な参加訴訟である。この争訟範囲は判決主文中の

14 判断事項だけでなく判決理由中の判断の結論を導くこととして必要たる主要事実の

15 存否と法律要件にまで及ぶのである。

16 1. 民法110条、親付訴訟の要件であることは他人による事後締結と他人による取戻も

17 必要であるから、事実上の判決によつて、<sup>は</sup>判決の目的、民法110条、親付訴訟に必要たる

18 情事として判決を導くために必要たる主要事実の存在を認定し、参加訴訟の

19 争訟範囲を合致する。これに対し、有権代理人（民法99条1項）<sup>は</sup>110条と親

20 付訴訟は選別の関係にないから、訴訟代理人権限の範囲にのみならず、<sup>は</sup>民法

21 110条、親付訴訟の要件であるから、事実上の判決によつて、<sup>は</sup>認定し、<sup>は</sup>判決

22 理由中の判断によつて、必要たる主要事実の存在を認定し、<sup>は</sup>認定し、<sup>は</sup>参加訴訟の

23 争訟範囲を合致する。



(2) ①

ア、後行平の原則に基き、債務責任の共同負担(イ)と第47条第46条の趣旨から、

当該債権に基き債務の効力が及ぶのは、被債権者(債権者)間に限られ、

当該債権者(イ)が期間満了後、債権者(イ)が債権者(イ)に限り、

人、当該債権者(イ)の何れが債務者として存在するか、は、Bが債務者一方で、Cは

~~債務者~~ X、Bが債務者として存在する。これに対し、当該債権

者(イ)が債務者として存在する。Bが債務者(イ)に限り、Cは

債務者(イ)に限り、Bが債務者として存在する(民法709条)。二つは、BとCの間は

当該債権者(イ)が債務者として存在する(民法709条)。二つは、BとCの間は

当該債権者(イ)が債務者として存在する(民法709条)。二つは、BとCの間は

はCにのみ及ぶ。

よって、Cは、第①と②のいずれにも該当しない。

質問3.

1. ①

本問は、控訴不了、原則により、控訴人、BがXCの訴訟所轄に、控訴が

なされたXCの訴訟については、被告が住所を有するところである。しかし、

当該債権者(イ)が債務者として存在する(民法709条)と、第47条第46条(30条)である

から、~~本問は、控訴不了、原則により、控訴人、BがXCの訴訟所轄に、控訴が~~

第47条第46条(30条)が適用される。よって、控訴不了の原則は、債権

者(イ)が債務者として存在する(民法709条)と、第47条第46条(30条)である

から、当該債権者(イ)が債務者として存在する(民法709条)と、第47条第46条(30条)である

から、当該債権者(イ)が債務者として存在する(民法709条)と、第47条第46条(30条)である

よって、Cは、第①と②のいずれにも該当しない。

2. (2)

XとC、双方が控訴していい。Xが控訴を求めるとXが控訴を求め、双方に742  
控訴が決定（控訴が受理された）に、控訴が受理されたら242になる。そして、  
これより、請求は控訴前よりも金額が高くなる（41条1号）。  
したがって、控訴前よりも控訴の金額が高くなるので、控訴が受理されたら、控訴前の  
~~再行は控訴~~ Xと両方が防止される。以上 控訴