

## 民法の思考フロー

### 第1 原告（訴状）

#### 1 請求（主張）

訴訟の始まりは、「原告の被告に対する請求」（試験では「主張の当否」も問われ得る）

→「当事者」、「請求の趣旨」（民事訴訟法 133 条 2 項 1 号，2 号）を想定（厳密なものでなくてよい）

Ex1. 「被告は，原告に対し，金 1000 万円を支払え」

Ex2. 「被告は，原告に対し，乙建物を収去して甲土地を明け渡せ」

Ex3. 「1 被告と Z との間でなされた，甲土地についての財産分与は，これを取り消す  
2 被告は，甲土地について，所有権移転登記の抹消登記手続をせよ」

#### 2 法的根拠

原告の「請求」を基礎付ける「法的根拠」（条文，訴訟物）を特定

→当事者間に契約関係がある場合は，契約上の請求権を検討。当事者間に契約関係がない場合は，①物権，②法定債権（事務管理，不当利得，不法行為等），③債権者代位権，④詐害行為取消権を検討

Ex1. 不法行為に基づく損害賠償請求権（709 条）

Ex2. 所有権（206 条）に基づく返還請求権

Ex3. 詐害行為取消権（424 条）

#### 3 要件（請求原因事実）

当該「法的根拠」の「要件」を抽出し，その「全て」について要件該当性を検討（ただし，要件を 1 つでも充たさなければ効果は発生しない以上，充たされない要件があると考えられる場合は，論述を当該要件に絞るのもあり。逆に，全ての要件を充たすと考えられる場合は，全ての要件該当性について論述が必要）

→条文から要件を抽出する場合と，要件事実論で要件を抽出する場合を使い分ける

→論点の 90%は要件該当性をめぐる論点（残りの 5%ずつが法的根拠と効果）

Ex1. ①「故意又は過失」

②「他人の権利または法律上保護される利益を侵害」

③「損害」

④「よって」（因果関係）（709 条）

Ex2. ①原告が甲土地を所有していること

②被告が乙建物を所有して甲土地を占有していること

Ex3. ①「債権者」

②「債務者が債権者を害することを知ってした行為」

③「受益者…がその行為の時ににおいて債権者を害することを知らなかったとき」  
でないこと（以上，424 条 1 項）

④「財産権を目的としない行為」でないこと（同条 2 項）

⑤「債権が…行為の前の原因に基づいて生じたものである」こと（同条 3 項）

⑥「債権が強制執行により実現することのできないもの」でないこと（同条 4 項）

## 4 効果

当該「法的根拠」の「要件」を全て充たす場合，その「効果」が原告の「請求」に対応しているか否かを確認（自明すぎる場合は書かなくてよい）

Ex1. 「賠償する責任を負う」（709 条）

Ex2. 所有権に基づく返還請求権（建物収去土地明渡請求権）の発生

Ex3. 「取消しを裁判所に請求することができる」（424 条 1 項本文）

→「債権者は…債務者がした行為の取消しとともに，その行為によって受益者に移転した財産の返還を請求することができる。受益者がその財産の返還をすることが困難であるときは，債権者は，その価額の償還を請求することができる」（424 条の 6 第 1 項）

→「債権者は，詐害行為取消請求をする場合において，債務者がした行為の目的が可分であるときは，自己の債権の額の限度においてのみ，その行為の取消しを請求することができる」（424 条の 8 第 1 項）

→「債権者は…受益者…に対して財産の返還を請求する場合において，その返還の請求が金銭の支払又は動産の引渡しを求めるものであるときは，受益者に対してその支払又は引渡しを…自己に対してすることを求めることができる」（424 条の 9 第 1 項前段）

## 第2 被告（答弁書）

### 1 反論（抗弁）

被告の「反論」を想定

Ex1. 過失相殺

Ex2. ①売買契約による所有権喪失, ②占有権原（賃借権）

### 2 法的根拠

被告の「反論」を基礎付ける「法的根拠」を特定

Ex1. 722 条 2 項

Ex2. ①555 条, ②601 条

### 3 要件（抗弁事実）

当該「反論」の「要件」を抽出し, その「全て」について要件該当性を検討

Ex1. ①「被害者」, ②「過失」（722 条 2 項）

Ex2. ①売買契約の成立＝「当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し, 相手方がこれに対してその代金を支払うことを約すること」（555 条）

②⑦賃貸借契約の成立＝「当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し, 相手方がこれに対してその賃料を支払うこと及び引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還することを約すること」（601 条）

④⑦に基づく「引渡し」

### 4 効果

当該「法的根拠」の「効果」が被告の「反論」に対応しているか否かを確認

Ex1. 「裁判所は, これを考慮して, 損害賠償の額を定めることができる」（722 条 2 項）

Ex2. ①「物権の…移転は, 当事者の意思表示のみによって, その効力を生ずる」（176 条）

②所有権に基づく返還請求権の行使を阻止

### 第3 原告（第1準備書面）

再反論（再抗弁）→法的根拠→要件（再抗弁事実）→効果

### 第4 原告（準備書面(1)）

再々反論（再々抗弁）→法的根拠→要件（再々抗弁事実）→効果

：

### 補論 実際の訴訟と答案の違い

実際の訴訟では、当事者の主張反論が尽くされてから裁判所が判断する（判決を書く）が、答案では、「請求（主張）→法的根拠→要件→効果」、「反論→法的根拠→要件→効果」の枠組みで1つ1つ検討する中で結論が出てしまえば、それ以上検討する必要はない

## 解答例

### 1 設問 1 (以下、条文数のみは民法)

#### 第 1 A の主張すべき事実

1 A の C に対する 4 5 0 0 万円の支払請求の訴訟物は、保証契約に基づく保証債務履行請求権であり、その請求原因事実は、以下のとおりとなる。

まず、保証契約は、その付従性より、「主たる債務」(4 4 6 条 1 項)の存在を要するから、①主債務の発生原因事実が請求原因事実となる。

次に、②保証契約の締結が必要となるところ、B は、C の代理人として保証契約を締結しているから、有権代理(9 9 条 1 項)の要件を充たす必要がある。具体的には、②-1「意思表示」(同項)として保証契約を締結したこと、②-2「本人のためにすることを示し」(同項)したこと、②-3 C から「追認」(1 1 3 条 1 項本文)を得たことが請求原因事実となる。②-3 は、②-1 の時点で、B は C から「権限」(9 9 条 1 項)を授与されていないため、これに代わる「追認」が必要になる。

また、4 4 6 条 2 項は、「保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない」と規定しているから、③②-1 の保証契約が書面によることも請求原因事実となる。

2 以上より、A の主張すべき事実としては、①A 及び B は、平成 2 2 年 6 月 1 1 日、代金を 6 0 0 0 万円として甲土地を A が B に売る旨の合意をしたこと、②-1 同日、A 及び B は、C が①の売買契約に基づき B が負う代金債務について C が保証する旨の合意をしたこと、②-2 B は、②-1 の際、A に対し、B が C の代理人である旨を示したこと、②-3 C は、同月 1 5 日、A に対し、連帯保証人になることに異存はない旨を告げたこと、③②-1 の保証契約について書面が作成されたこととなる。

●なお、連帯性については、催告・検索の抗弁(452 条、453 条)に対する再抗弁となるとするのが通説である

### 2 第 2 主張に含まれる問題点及び主張の可否

1 ③の書面は A 及び B が作成したものであり、C が作成したものではない。このように、保証人となろうとする者以外の者が作成した書面であっても、4 4 6 条 2 項にいう「書面」に含まれるか。

(1) 同項は、「書面」によることは要求しているものの、保証人になろうとする者に自署させることまでは要求していない。また、同項の趣旨は、保証契約の内容を明確に確認するとともに、保証意思が外部的に明らかになることを通じて、保証をするにあたっての慎重さを要請するものである。このような同項の文言及び趣旨によれば、保証をすることやその契約内容が書面により明確に確認されることをもって足り、保証人となろうとする者が主体的に書面を作成することまでは必要ない。

したがって、保証人となろうとする者が自ら書面の内容を確認している限り、保証人となろうとする者以外の者が作成した書面であっても、同項にいう「書面」に含まれるものと解すべきである。

(2) B は、平成 2 2 年 6 月 1 5 日、C に対し、上記③の連帯保証の書面を示し、上記①の売買契約に基づき B が負う代金債務について C が連帯して保証する旨の契約をしたこと、及び連帯保証人になることについての C の追認を後日に得たいと A に告げたことを説明した。その上で、B は、C に対し、C を連帯保証人にする旨の契約をしたことを認めて欲しい、と要請した。C は、これを承諾して、その席から A に電話をし、連帯保証人になることに異存はない旨を告げた。とすれば、C は自ら書面の内容を確認しているといえる。

よって、③の書面も、同項にいう「書面」に含まれる。

●肯定説として、東京地判平 21.10.29、否定説として、東京高判平 24.1.19 参照

- 3 2 もっとも、上記の同項の趣旨からすれば、「追認」にも「書面」が必要ではないか。

「追認」は「権限」を事後に授与するのと同様であり、事前の「権限」授与と同様のものと考えることができる。そして、事前の「権限」授与があった場合でも、「権限」の授与について「書面」は必要なく、「保証契約」が「書面」で締結されていれば足りる。また、上記のとおり、同項の趣旨は、保証人となろうとする者が自ら書面の内容を確認している限り充たされるから、重ねて「書面」を要求する必要もない。

よって、「追認」に「書面」は必要ない。

- 3 以上より、Aの主張は正当である。

#### 設問2

##### 第1 Bの主張

- 1 Bは、Fに対して、Eに支払った報酬に相当する金銭100万円の支払を請求することが考えられるところ、その根拠は、債務不履行に基づく損害賠償請求権（415条1項本文）に求められる。

- 2 まず、「借主は、契約又はその目的物の性質によって定まった用法に従い、その物の使用及び収益をしなければならない」（616条、594条1項。以下「用法遵守義務」という。）。したがって、Fは、かかる義務の一環として、内装工事にあたって丙建物を滅失・毀損しない義務を負う。

また、Hは、Fからの発注を受け、内装工事を行った者であるから、Fは、内装工事にあたって、用法遵守義務の履行のためにHの行為を利用したといえる。とすれば、Hの行為は、Fの行為と同視されるべきところ、工事の際にHが誤って丙建物の一部に亀裂を生じさせたことが雨漏りの原

● 保存義務（400条）や付随義務（1条2項）の不履行という構成もあり得よう

● 窪田充見ほか「民法判例百選Ⅱ債権（第8版）」13頁参照

- 4 因である以上、Fが用法遵守義務に違反したと評価できる。

よって、Fは、「その債務の本旨に従った履行をしない」（415条1項本文）といえる。

- 3 また、Bは、Eに対して亀裂の修繕を発注し、それに対する報酬として100万円（これは、工事の対価として、適正なものである）を支払っているから、Bには同額の「損害」（同項本文）が発生している。

- 4 さらに、上記債務不履行がなければ上記損害は発生しなかったといえるし、上記債務不履行から上記損害が発生することは社会通念上相当といえるから、両者の間の因果関係（「よって」（同項本文））も認められる。

- 5 加えて、「その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由による」（同項ただし書）とは認められない。すなわち、「契約…に照らして」という文言は、免責事由が債務発生原因に即して判断されるべきものであることを明らかにしたものであり、契約の場合には、免責の可否は契約の趣旨に照らして判断される。具体的には、当該契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他取引を取り巻く諸事情を考慮に入れて、損害賠償責任を免じることが相当かという観点から判断される。

上記のとおり、Hの行為はFの行為と同視されるべきであり、工事の際にHが誤って丙建物の一部に亀裂を生じさせたことが雨漏りの原因である以上、Fの損害賠償責任を免じることが相当とはいえない。

よって、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」とは認められない。

- 6 以上より、Bの請求は認められる。

● 潮見佳男「民法（債権関係）改正法の概要」67頁乃至68頁、潮見佳男ほか「Before/After民法改正」115頁、筒井健夫「一問一答民法（債権関係）改正」74頁乃至75頁参照

## 5 第 2 F の主張

- 1 Hは、内装工事の専門業者であり、独立性を有するから、Hの行為をFの行為と同視することはできない。よって、Fが用法遵守義務に違反したとはいえず、「その債務の本旨に従った履行をしない」とはいえない。
- 2 かかる主張が認められないとしても、BがHに内装工事を行わせることについて承諾したのは、Hの行為についてFを免責する趣旨である。よって、Fの損害賠償責任を免じることが相当であるから、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」と認められる。
- 3 以上より、Bの請求は認められない。

## 第 3 主張の当否

- 1 まず、Fが「その債務の本旨に従った履行をしない」といえるか。  
確かに、Hは、内装工事の専門業者であり、独立性を有するから、Hの行為を直ちにFの行為と同視することはできない。しかし、建物の内装工事を行う場合には、通常賃借人自らが行うものではなく、内装業者に請け負わせるものである。そうだとすれば、内装工事を請負人に依頼して行わせる場合には、請負人が当該建物を滅失・棄損しないことまで、賃借人の用法遵守義務の義務内容に含まれているというべきである。  
よって、Fが「その債務の本旨に従った履行をしない」といえる。
- 2 次に、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」と認められるか。  
Fは、丙建物の 1 階部分の内装について、飲食店の内装工事を専門とし、内装業を営むHに相談し、Bから丙建物の設計図を取り寄せるなどして、Hと共に内装の仕様及び施工方法を検討した上で、その検討結果の概

●潮見説は、結果債務の場合は、履行補助者の行為に対する評価は帰責事由（免責事由）のレベルに位置する問題として行われるのに対して、手段債務の場合は、債務不履行の成否のレベルに位置する問題として行われるとする（潮見佳男「プラクティス民法債権総論（第5版補訂）」101 頁乃至 103 頁）

- 6 要をBに説明し、それに従いHに内装工事を行わせることについてBの承諾を得ている。このような事情に鑑みれば、Bの承諾の趣旨は、Hを信頼できる業者であると認め、Hの選任をもって、Fが賃借人の用法遵守義務を尽くしたものとして、Hの行為についてFを免責する趣旨であるとも思える。

しかし、(a)上記のとおり、建物の内装工事を行う場合には、内装業者に請け負わせることが通常であることに加え、(b)Hは内装業の専門業者ではないFが選任した者にすぎず、Bが直ちにHを信頼できる業者であると認めることは通常ないと考えられること、(c)内装工事は、丙建物の 1 階部分でコーヒーショップの営業を行うというFの利益のために行われたものであることに鑑みると、Bの承諾は、単にHが内装工事を行うことを承諾したにすぎず、Hの行為についてFを免責する趣旨であるとは解されない。

よって、Fの損害賠償責任を免じることが相当であるとはいえないから、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」とは認められない。

- 3 以上より、Bの主張は正当であり、Fの主張は失当である。

## 設問 3

## 第 1 Gが報酬の相当額を支払うようBに対し請求する権利を有すること

- 1 Gは、Bに対して、必要費償還請求権（608条1項）に基づき、Eに支払った報酬30万円に相当する額を支払うよう請求する権利を有する。
- (1) すなわち、「賃貸人」は、「賃借人の責めに帰すべき事由によってその修繕が必要となったとき」を除き、「賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う」（606条1項）ところ、大型で強い台風という

●本問と異なり、事業者同士の取引で専門的な技能を持った履行補助者を利用する場合は、信頼できる履行補助者を選任することで債務者の債務は果たされていると解される場合がある（内田貴「民法Ⅲ（第4版）」170 頁参照）

7 「賃借人の責めに帰すべき事由」でない事由によって、丙建物の2階部分の窓が損傷し、外気が吹き込む状態となっている。

よって、Bは、丙建物の「使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う」。

(2) また、「賃借物の修繕が必要である場合において」、「急迫の事情があるとき」は、「賃借人は、その修繕をすることができる」(607条の2第2号)。

上記のとおり、大型で強い台風によって丙建物の2階部分の窓が損傷し、外気が吹き込む状態となっており、そのままでは丙建物の2階部分で児童や生徒に対し授業をすることにも支障が生ずるため、「賃借物の修繕が必要」である。また、Gは、すぐにこの状況をBに知らせようとしたが、Bの所在を把握することができなかったため、「急迫の事情がある」。

よって、Gは、丙建物の「修繕をすることができる」。

(3) さらに、「賃貸人」は、「賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う」ことからすると、「必要費」(608条1項)とは、賃借物を使用及び収益に適する状態で保存するために必要な費用をいう。

上記のとおり、大型で強い台風によって丙建物の2階部分の窓が損傷し、外気が吹き込む状態となっており、そのままでは丙建物の2階部分で児童や生徒に対し授業をすることにも支障が生じている。そのため、Eが丙建物の2階部分の修繕をし、それに対する報酬としてGがEに対し支払った30万円(これは、工事の対価として、適正なものである)は、丙建物の2階部分を使用及び収益に適する状態で保存するために必

8 要な費用として、「必要費」にあたる。

そして、上記のとおり、Bが丙建物の「使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う」ことからすると、この「必要費」は「賃貸人の負担に属する」といえる。

(4) よって、Gは、Bに対し、「直ちにその償還を請求することができる」(同項)。

2 以上より、Gは、Bに対して、Eに支払った報酬30万円に相当する額を支払うよう請求する権利を有する。

第2 Dが依拠する判例(以下「引用判例」という。)は本件には射程が及ばず、本件では相殺が認められるべきであること

1 まず、相殺の有効要件を検討するに、Bは、Gに対して、平成24年10月分から同年12月分までの賃料の合計額である90万円の賃料債権を有している。一方、Gは、Bに対して、30万円の必要費償還請求権を有している、よって、「二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合」(505条1項本文)にあたる。

また、B及びG間の賃貸借契約においては、各月の賃料を前月の25日に支払うものとするのが約されているから、同年12月7日の時点で、上記賃料債権については弁済期が到来している。一方、上記のとおり、必要費償還請求権は、「直ちに」行使できる。よって、「双方の債務が弁済期にある」(同項本文)。

さらに、「債務の性質がこれを許さない」(同項ただし書)との事情や、「当事者が相殺を禁止し、又は制限する旨の意思表示をした」(同条2項)との事情もない。加えて、Gは、報酬の総額である30万円を差し引



9 き、60 万円のみを支払うと主張しているから、「相殺」の「意思表示」(506 条 1 項前段)もしている。

よって、相殺の有効要件は充たす。

2 これに対し、D は、引用判例に依拠し、G は必要費償還請求権と賃料債権との相殺をもって、抵当権者 D に対抗することはできないと主張していると考えられる。

すなわち、引用判例は、①抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、②抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃借人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないとの命題を述べる。

そして、①D は、平成 24 年 9 月 18 日、抵当権に基づく物上代位権の行使として、B が G に対して有する賃料債権のうち、平成 24 年 9 月 25 日以降に弁済期が到来する同年 10 月分から平成 25 年 9 月分までについて差押えの申立てをし、この差押えに係る差押命令は、平成 24 年 9 月 21 日、B 及び G に送達されている。他方、②G は、D から平成 24 年 12 月 7 日、同年 10 月分から同年 12 月分までの賃料の合計額である 90 万円の支払を求められたのに対して、上記報酬の相当額である 30 万円を差し引き、60 万円のみを支払うと主張している。しかし、丙建物には、平成 23 年 9 月 14 日付けで D を登記名義人とする抵当権の設定の登記がされているところ、G が自働債権たる必要費償還請求権を取得したのは、E に対して 30 万円を支払った平成 24 年 9 月 9 日である。

そうすると、本件は、①D が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後に、②抵当権設定登記の後に賃借人 B に対して取得した必要費償還

10 請求権を自働債権とする賃料債権との相殺を主張する場合であるから、引用判例の命題が妥当する。

よって、G は必要費償還請求権と賃料債権との相殺をもって、抵当権者 D に対抗することはできないとの主張である。

3 しかし、引用判例の射程は本件には及ばず、G は必要費償還請求権と賃料債権との相殺をもって、抵当権者 D に対抗することができる。

(1) すなわち、引用判例における反対債権は保証金返還請求権であったものの、P 及び R が賃貸借契約をいったん解約し、改めて賃料を月額 33 万円とする賃貸借契約を締結し、その際、保証金を 330 万円に減額した結果、P は、R に対し差額の 2820 万円の返還債務を負ったという事実関係に鑑みれば、その実体はまさに一般債権そのものであったといえる。そして、引用判例は、上記の命題を導く理由として、「抵当権設定登記の後に取得した賃借人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきである」と述べているところ、これは、反対債権が一般債権であれば、抵当権者の物上代位権行使に対する期待が賃借人の相殺に対する期待を上回るからであると解することができる。

したがって、引用判例の上記命題が適用されるためには、③反対債権が一般債権であることも要すると解すべきである。

しかし、上記のとおり、本件における反対債権は必要費償還請求権であるところ、これは賃借物を使用及び収益に適する状態で保存するために必要な費用の返還請求権という法定の請求権であるから、③一般債権

●杉原則彦「最判  
解民事篇平成 13  
年度(上)」271  
頁参照

であるとはいえない。

よって、引用判例の射程は本件には及ばない。

- (2) 他方、上記のように、③反対債権が一般債権の場合に上記の命題が適用されるのは、抵当権者の物上代位権行使に対する期待が賃借人の相殺に対する期待を上回るからである。そこで、③'自働債権に受働債権たる賃料債権と密接な関連性が認められる場合には、賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することができる」と解すべきである。このような場合には、賃借人の相殺に対する期待が抵当権者の物上代位権行使に対する期待を上回るとみることができるからである。

上記のとおり、必要費返還請求権は賃借物を使用及び収益に適する状態で保存するために必要な費用の返還請求権であるところ、賃貸借契約において、目的物の使用及び収益が賃料の対価とされていることからすれば（601条）、③'自働債権たる必要費償還請求権は、受働債権たる賃料債権と密接な関連性が認められるといえる。

よって、Gは、必要費償還請求権と賃料債権との相殺をもって、抵当権者Dに対抗することができる。この結論は、㊦賃借人は、賃料債権に抵当権の効力が及んでいることを知っていても、その取得を思いとどまることができない性質を有すること、㊧抵当権者も、賃貸人が必要費の償還義務を負うことは予測可能であることから、正当なものと是認できる。

- (3) 以上より、Gは60万円のみを支払えば足りる。

以 上

## 解答例 ( 8 頁 )

### 1 設問 1 (以下、条文数のみは民法)

#### 第 1 A の主張すべき事実

- 1 A の C に対する 4 5 0 0 万円の支払請求の訴訟物は、保証契約に基づく保証債務履行請求権であり、その請求原因事実、以下のとおりとなる。  
まず、保証契約は、その付従性より、「主たる債務」(4 4 6 条 1 項)の存在を要するから、①主債務の発生原因事実が請求原因事実となる。次に、②保証契約の締結が必要となるところ、B は、C の代理人として保証契約を締結しているから、②-1「意思表示」(9 9 条 1 項)として保証契約を締結したこと、②-2「本人のためにすることを示し」(同項)したこと、②-3 C から「権限」(同項)に代わる「追認」(1 1 3 条 1 項本文)を得たことが請求原因事実となる。また、4 4 6 条 2 項は、「保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない」と規定しているから、③②-1 の保証契約が書面によることも請求原因事実となる。
- 2 以上より、A の主張すべき事実としては、①A 及び B は、平成 2 2 年 6 月 1 1 日、代金を 6 0 0 0 万円として甲土地を A が B に売る旨の合意をしたこと、②-1 同日、A 及び B は、C が①の売買契約に基づき B が負う代金債務について C が保証する旨の合意をしたこと、②-2 B は、②-1 の際、A に対し、B が C の代理人である旨を示したこと、②-3 C は、同月 1 5 日、A に対し、連帯保証人になることに異存はない旨を告げたこと、③②-1 の保証契約について書面が作成されたこととなる。

#### 第 2 主張に含まれる問題点及び主張の当否

- 1 ③の書面は、B が作成したものである。このように、無権代理人が作成した書面であっても、4 4 6 条 2 項にいう「書面」に含まれるか。

- 2 同項は、保証人になろうとする者に自署させることまでは要求していない。また、同項の趣旨は、保証契約の内容を明確に確認するとともに、保証意思が外部的に明らかになることを通じて、保証をするにあたっての慎重さを要請するものである。とすれば、保証契約の内容が書面により明確に確認されることをもって足り、保証人となろうとする者が主体的に書面を作成することまでは必要ない。

したがって、保証人となろうとする者が自ら書面の内容を確認している限り、「書面」に含まれるものと解すべきである。

- 2 B は、平成 2 2 年 6 月 1 5 日、C に対し、上記③の連帯保証の書面を示し、上記①の売買契約に基づき B が負う代金債務について C が連帯して保証する旨の契約をしたこと、及び連帯保証人になることについての C の追認を後日に得たいと A に告げたことを説明した。その上で、B は、C に対し、C を連帯保証人にする旨の契約をしたことを認めて欲しい、と要請した。C は、これを承諾して、その席から A に電話をし、連帯保証人になることに異存はない旨を告げた。とすれば、C は自ら書面の内容を確認しているといえる。

よって、③の書面も、同項にいう「書面」に含まれる。

- 3 以上より、A の主張は正当である。

### 設問 2

#### 第 1 B の主張

- 1 B は、F に対して、E に支払った報酬に相当する金銭 1 0 0 万円の支払を請求することが考えられるところ、その根拠は、債務不履行に基づく損害賠償請求権(4 1 5 条 1 項本文)に求められる。

- 3 2 まず、Hは、Fからの発注を受け、内装工事を行った者であるから、Fは、内装工事にあたって、用法遵守義務の履行のためにHの行為を利用したといえる。とすれば、Hの行為は、Fの行為と同視されるべきところ、工事の際にHが誤って丙建物の一部に亀裂を生じさせたことが雨漏りの原因である以上、Fが用法遵守義務（616条、594条1項）に違反したと評価できる。よって、Fは、「その債務の本旨に従った履行をしない」（415条1項本文）といえる。
- 3 また、Bは、Eに対して亀裂の修繕を発注し、それに対する報酬として100万円を支払っているから、上記の債務不履行に「よって」、同額の「損害」（同項本文）が発生したといえる。
- 4 さらに、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という文言は、免責事由が債務発生原因に即して判断されるべきものであることを明らかにしたものであり、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」（同項ただし書）か否かは、当該契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他取引を取り巻く諸事情を考慮に入れて、損害賠償責任を免じることが相当かという観点から判断される。
- 上記のとおり、Hの行為はFの行為と同視されるべきであり、工事の際にHが誤って丙建物の一部に亀裂を生じさせたことが雨漏りの原因である以上、Fの損害賠償責任を免じることが相当とはいえない。
- よって、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」とは認められない。
- 5 以上より、Bの請求は認められる。

#### 4 第2 Fの主張

- 1 Hは、内装工事の専門業者であり、独立性を有するから、Hの行為をFの行為と同視することはできない。よって、Fが用法遵守義務に違反したとはいえず、「その債務の本旨に従った履行をしない」とはいえない。
- 2 かかる主張が認められないとしても、BがHに内装工事を行わせることについて承諾したのは、Hの行為についてFを免責する趣旨である。よって、Fの損害賠償責任を免じることが相当であるから、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」と認められる。
- 3 以上より、Bの請求は認められない。

#### 第3 主張の当否

- 1 まず、Fが「その債務の本旨に従った履行をしない」といえるか。
- 確かに、Hは、内装工事の専門業者であり、独立性を有するから、Hの行為を直ちにFの行為と同視することはできない。しかし、建物の内装工事を行う場合には、通常賃借人自らが行うものではなく、内装業者に請け負わせるものである。そうだとすれば、内装工事を請負人に依頼して行わせる場合には、請負人が当該建物を滅失・棄損しないことまで、賃借人の用法遵守義務の義務内容に含まれているというべきである。
- よって、Fが「その債務の本旨に従った履行をしない」といえる。
- 2 次に、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」と認められるか。

Fは、丙建物の1階部分の内装について、飲食店の内装工事を専門とし、内装業を営むHに相談し、Bから丙建物の設計図を取り寄せるなどして、Hと共に内装の仕様及び施工方法を検討した上で、その検討結果の概

- 5 要を B に説明し、それに従い H に内装工事を行わせることについて B の承諾を得ている。このような事情に鑑みれば、B の承諾の趣旨は、H を信頼できる業者であると認め、H の選任をもって、F が賃借人の用法遵守義務を尽くしたものとして、H の行為について F を免責する趣旨であるとも思える。

しかし、上記のとおり、建物の内装工事を行う場合には、内装業者に請け負わせることが通常であることに加え、H は内装業の専門業者ではない F が選任した者にすぎず、B が直ちに H を信頼できる業者であると認めることは通常ないと考えられること、内装工事は F の利益のために行われていることに鑑みると、B の承諾は、単に H が内装工事を行うことを承諾したにすぎず、H の行為について F を免責する趣旨であるとは解されない。

よって、F の損害賠償責任を免じることが相当であるとはいえないから、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」とは認められない。

3 以上より、B の主張は正当であり、F の主張は失当である。

#### 設問 3

第 1 G が報酬の相当額を支払うよう B に対し請求する権利を有すること

- 1 「賃貸人」は、「賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う」(606 条 1 項) ことからすると、「必要費」(608 条 1 項) とは、賃借物を使用及び収益に適する状態で保存するために必要な費用をいうところ、平成 24 年 9 月初旬、大型で強い台風が襲い、丙建物の 2 階部分は、暴風のため窓が損傷し、外気が吹き込む状態となったことから、使用及び収益に適する状態でなくなった。そうすると、E が丙建物の 2 階部分の修

- 6 繕をし、それに対する報酬として G が E に対し支払った 30 万円（これは、工事の対価として、適正なものである）は、丙建物の 2 階部分を使用及び収益に適する状態で保存するために必要な費用として、「必要費」にあたる。

そして、「賃借人は…必要費を支出したときは、賃貸人に対し、直ちにその償還を請求することができる」(同項)。

- 2 以上より、G は、B に対して、E に支払った報酬 30 万円に相当する額を支払うよう請求する権利（必要費償還請求権）を有する。

第 2 D が依拠する判例（以下「引用判例」という。）は本件には射程が及ばず、本件では相殺が認められるべきであること

- 1 D は、引用判例に依拠し、G は必要費償還請求権と賃料債権との相殺をもって、抵当権者 D に対抗することはできないと主張していると考えられる。すなわち、引用判例は、①抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、②抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないとの命題を述べる。

そして、① D は、平成 24 年 9 月 18 日、抵当権に基づく物上代位権の行使として、B が G に対して有する賃料債権のうち、平成 24 年 9 月 25 日以降に弁済期が到来する同年 10 月分から平成 25 年 9 月分までについて差押えの申立てをし、この差押えに係る差押命令は、平成 24 年 9 月 21 日、B 及び G に送達されている。他方、② G は、D から平成 24 年 12 月 7 日、同年 10 月分から同年 12 月分までの賃料の合計額である 90 万円の支払を求められたのに対して、上記報酬の相当額である 30 万円を差



7 し引き、60万円のみを支払うと主張している。しかし、丙建物には、平成23年9月14日付けでDを登記名義人とする抵当権の設定の登記がされているところ、Gが自働債権たる必要費償還請求権を取得したのは、Eに対して30万円を支払った平成24年9月9日である。

そうすると、本件は、①Dが物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後に、②抵当権設定登記の後に賃貸人Bに対して取得した必要費償還請求権を自働債権とする賃料債権との相殺を主張する場合であるから、引用判例の命題が妥当する。

よって、Gは必要費償還請求権と賃料債権との相殺をもって、抵当権者Dに対抗することはできないとの主張である。

2 しかし、引用判例の射程は本件には及ばず、Gは必要費償還請求権と賃料債権との相殺をもって、抵当権者Dに対抗することができる。

(1) すなわち、引用判例における反対債権は保証金返還請求権であったものの、P及びRが賃貸借契約をいったん解約し、改めて賃料を月額33万円とする賃貸借契約を締結し、その際、保証金を330万円に減額した結果、Pは、Rに対し差額の2820万円の返還債務を負ったという事実関係を鑑みれば、その実体はまさに一般債権そのものであったといえる。そして、引用判例は、上記の命題を導く理由として、「抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきである」と述べているところ、これは、反対債権が一般債権であれば、抵当権者の物上代位権行使に対する期待が賃借人の相殺に対する期

8 待を上回るからであると解することができる。

したがって、引用判例の上記命題が適用されるためには、③反対債権が一般債権であることも要すると解すべきである。

しかし、上記のとおり、本件における反対債権は必要費償還請求権であるところ、これは賃借物を使用及び収益に適する状態で保存するために必要な費用の返還請求権という法定の請求権であるから、③一般債権であるとはいえない。

よって、引用判例の射程は本件には及ばない。

(2) 他方、上記のように、③反対債権が一般債権の場合に上記の命題が適用されるのは、抵当権者の物上代位権行使に対する期待が賃借人の相殺に対する期待を上回るからである。そこで、③'自働債権に受働債権たる賃料債権と密接な関連性が認められる場合には、賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することができるかと解すべきである。このような場合には、賃借人の相殺に対する期待が抵当権者の物上代位権行使に対する期待を上回るとみることができるからである。

上記のとおり、必要費返還請求権は賃借物を使用及び収益に適する状態で保存するために必要な費用の返還請求権であるところ、賃貸借契約において、目的物の使用及び収益が賃料の対価とされていることからすれば(601条)、③'自働債権たる必要費償還請求権は、受働債権たる賃料債権と密接な関連性が認められるといえる。

よって、Gは、必要費償還請求権と賃料債権との相殺をもって、抵当権者Dに対抗することができる。

(3) 以上より、Gは60万円のみを支払えば足りる。 以 上

## 採点基準（会員番号 ar                      ）

		配点	得点
設問 1	（以下、条文数のみは民法）	[30]	[    ]
第 1	A の主張すべき事実		
1	A の C に対する請求の訴訟物の指摘	3	
2	かかる請求の一般的な請求原因事実の指摘	8	
3	A の主張すべき具体的事実の指摘	5	
第 2	主張に含まれる問題点及び主張の当否		
1	本件の書面は A 及び B が作成したものであるため、保証人となろうとする者以外の者が作成した書面も「書面」（446 条 2 項）に含まれるかが問題となる旨の指摘	2	
2	446 条 2 項の趣旨・文言等を踏まえた検討	12	
	※「追認」（113 条 1 項）の意思表示に「書面」が必要か、という問題点の捉え方も可とする。また、両者の問題点について触れている場合は、後者について、その説得力に応じて、5 点を限度に加点する		
設問 2		[40]	[    ]
第 1	B の主張		
1	B の F に対する請求の根拠は、債務不履行に基づく損害賠償請求権（415 条 1 項本文）に求められる旨の指摘	2	
2	F には、用法遵守義務違反（616 条、594 条 1 項）があり、「その債務の本旨に従った履行をしない」（415 条 1 項本文）といえる旨の指摘 ※保存義務（400 条）や付随義務（1 条 2 項）の不履行という構成も可	6	
3	上記の債務不履行に「よって」、100 万円の「損害」（同項本文）が生じている旨の指摘	3	
4	「債務者の責めに帰することができない事由」（同項ただし書）		
(1)	「債務者の責めに帰することができない事由」の意義	6	
(2)	あてはめ	3	
第 2	F の主張		
1	H は、内装工事の専門業者であり、独立性を有するから、F が用法遵守義務に違反したとはいえ、「その債務の本旨に従った履行を	3	

	しない」とはいえない旨の指摘 ※「債務者の責めに帰することができない事由」との関係で論じても良い		
2	BがHに内装工事を行わせることについて承諾したのは、Hの行為についてFを免責する趣旨であるから、「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」と認められる旨の指摘	3	
第 3	主張の当否		
1	Fが「その債務の本旨に従った履行をしない」といえるか否かについての検討 ※「債務者の責めに帰することができない事由」との関係で論じても良い	6	
2	「その債務の不履行が…債務者の責めに帰することができない事由による」と認められるか否かについての検討	8	
設問 3		[30]	[ ]
第 1	Gが報酬の相当額を支払うようBに対し請求する権利を有すること		
1	GがEに対し支払った 30 万円は「必要費」(608 条 1 項)にあたる旨の指摘	4	
2	「賃借人は、賃借物について賃貸人の負担に属する必要費を支出したときは、賃貸人に対し、直ちにその償還を請求することができる」(同項)旨の指摘	2	
第 2	引用判例は本件には射程が及ばず、本件では相殺が認められるべきであること		
1	相殺の有効要件 (505 条, 506 条) の検討	3	
2	相殺の対抗要件		
(1)	引用判例の命題の指摘	3	
(2)	引用判例の射程が本件には及ばない旨の指摘	10	
(3)	本件ではGの相殺が認められるべきである旨の指摘	8	
	裁量点	[±10]	[ ]
	※答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じても点を与える。ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならない。反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価する		
合計		[100]	[ ]



