

平成25年

1 [民事系科目]

2

3 【第1問】(配点：100〔設問1〕、〔設問2〕及び〔設問3〕の配点の割合は、3：4：3)

4 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。

5

6 I

7 【事実】

8 1. 甲土地は、平成22年5月当時、Aが所有しており、Aを所有権登記名義人とする登記がさ
9 れていた。また、乙土地は、その頃、Bが所有しており、Bを所有権登記名義人とする登記が
10 されていた。

11 2. Bは、医療機器の製造と販売を主たる事業としていたが、事業用の建物を賃貸して収益を得
12 たいとも考えていた。Bは、事業用の建物を所有するには甲土地が立地として適しているの
13 に対し乙土地が必ずしも適さないことから、乙土地を売却処分して甲土地を取得したいと考え、
14 Aとの間で甲土地の売買について交渉を試みた。この交渉において、Bは、Aに対し、代金を
15 支払うための資金を乙土地の売却処分により調達する予定であることを説明し、Aは、その事
16 情に理解を示すとともに、代金債務の担保として適当な連帯保証人を立てることを求めた。

17 3. この交渉の結果として、A及びBは、平成22年6月11日、代金を6000万円として甲
18 土地をAがBに売る旨の契約を締結した。この契約においては、代金のうち1500万円は同
19 月中にBがAに支払うこと、残代金4500万円の支払の期限は平成22年8月10日とする
20 こと並びに代金の全部が支払われた後に甲土地についての所有権の移転の登記及び甲土地の
21 引渡しをするものとするのが約された。

22 4. また、保証人を立てることについて、Bは、Aに対し、Bの友人であるCを連帯保証人とす
23 ることを提案した。Bは、このことについてCの了解を得ていなかったが、Bと長く交友関係
24 があったCに事情を説明すれば、甲土地を入手するためにCが協力をしてくれるものと想定し
25 ていた。

26 Aは、Bの提案を了承し、【事実】3の売買契約が締結された平成22年6月11日、A及び
27 Bは、Cがその売買契約に係る代金債務の連帯保証人になる旨の書面を作成した。その書面は、
28 2通作成され、それらの内容は同じものである。すなわち、そこには、【事実】3の売買契約に
29 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が記され、A及びBが署名し、Bの
30 署名には、BがCの代理人である旨が示されていた。A及びBは、この書面をそれぞれ1通ず
31 つ持ち帰ることとした。Bは、この書面を作成する際、Cが連帯保証人になることについて、
32 Cから代理権を授与されていないが、Cの追認を速やかに得たい、とAに説明した。

33 5. Bは、平成22年6月15日、Cと会い、Cに対し、【事実】4の連帯保証の書面を示し、そ
34 の書面に記されているとおり、【事実】3の売買契約に基づきBが負う代金債務についてCが連
35 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
36 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
37 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
38 し、連帯保証人になることに異存はない旨を告げた。

39 6. 【事実】3の売買契約の代金のうち1500万円は、平成22年6月25日、BがAに支払っ
40 た。しかし、残代金の支払のためにBが進めた乙土地の売却処分は実現しないまま、やがて平
41 成22年8月10日が到来した。そこで、Aは、同月18日、Bに対し残代金4500万円を
42 速やかに支払うよう求めるとともに、Cに対し同じ額の支払を求めた。

43 これに対し、Cは、AC間の連帯保証契約は書面でされておらず、その効力を生じないから
44 Aの求めに応ずるつもりがないことを告げた。

45 【設問1】 【事実】1から6までを前提として、次の問いに答えなさい。

46 Aが、Cに対し、保証債務の履行を請求するには、どのような主張をする必要があるかを検討
47 し、また、その主張に含まれる問題点を踏まえてその当否を論じなさい。

48

49 II 【事実】1から6までに加え、以下の【事実】7から16までの経緯があった。

50 【事実】

51 7. その後、Bは、乙土地の売却について目途がついたことから、Aと話し合い、Aとの間にお
52 いて、【事実】3の売買契約の残代金を支払う期限を平成22年12月15日とすることに合意
53 した。Bは、乙土地の売却処分によって得た資金を用い、平成22年12月10日、残代金を
54 Aに支払った。同日、甲土地はAからBへ引き渡され、また、同月18日、甲土地についてA
55 からBへ売買を原因とする所有権の移転の登記がされた。

56 8. そこで、Bは、甲土地上に建物を建設するため、銀行であるD及び建設業を営む株式会社で
57 あるEと折衝を始めた。

58 まず、建設資金の融資をBから要請されたDは、平成23年1月頃、甲土地及びその上に建
59 設される建物について第1順位の抵当権の設定を受けることを条件として、Bに対し、建物の
60 建設資金として8000万円を融資する旨の意向を示した。

61 また、B及びEは、平成23年2月28日、Eが甲土地の上に建物を建設し、これに対する
62 報酬としてBがEに1億3000万円を支払う旨の請負契約を締結した。

63 9. 【事実】8の請負契約に基づき、Eは、甲土地上に建物を建設し、平成23年8月31日、B
64 に対し、この建物（以下「丙建物」という。）を引き渡した。同日、DはBに8000万円を貸
65 し渡し、Bは、Bが別に用意した5000万円を加え、請負の報酬として1億3000万円を
66 Eに支払った。

67 10. また、DによるBへの金銭の貸渡しに係る消費貸借の返済条件は、毎月78万円の元利均等
68 払で期間は10年とされた。また、この貸金の返済について2回の債務不履行がある場合には
69 Bは期限の利益を失い、返済されていない額の全部を直ちにDに返済することも約された。

70 そして、B及びDは、この消費貸借に基づく貸金債権を担保するため、平成23年8月31
71 日、甲土地について抵当権を設定する旨の契約を締結した。これに基づき、同日、甲土地につ
72 いて、Dを登記名義人とする抵当権の設定の登記がされた。この抵当権に優先する担保権の登
73 記はされていない。

74 丙建物は、平成23年9月14日、Bを登記名義人とする所有権の保存の登記がされた。同
75 日、B及びDは、上記の消費貸借に基づく貸金債権を担保するため、丙建物について抵当権を
76 設定する旨の契約を締結し、これに基づき、Dを登記名義人とする抵当権の設定の登記がされ
77 た。この抵当権に優先する担保権の登記はされていない。

78 11. Bは、Fとの間において、平成23年10月1日、丙建物の1階部分について、コーヒーシ
79 ョップとして使用することを目的とし、賃料を月額40万円として、これをFに賃貸する旨の
80 契約を締結した。こ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
81 ことが約された。この賃貸借契約に基づき、同日、Bは、Fに対し丙建物の1階部分を引き渡
82 した。

83 12. Bは、Gとの間において、平成23年11月1日、丙建物の2階部分について、学習塾とし
84 て使用することを目的とし、賃料を月額30万円として、これをGに賃貸する旨の契約を締結
85 した。こ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ものが約さ
86 れた。この賃貸借契約に基づき、同日、Bは、Gに対し丙建物の2階部分を引き渡した。

87 13. Fは、【事実】11の賃貸借契約の締結に当たり、丙建物の1階部分の内装について、飲食店
88 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

89 て、Hと共に内装の仕様及び施工方法を検討した。その上で、Fは、その検討結果の概要をB
90 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の承諾を得た。これを受けて、
91 Fは、平成23年10月3日、Hに内装工事を発注し、同月25日に工事が完了した。そこで、
92 Fは、平成23年11月1日、丙建物の1階部分において、営業を始めた

93 14. 平成24年2月末頃、丙建物の1階部分で雨漏りが発生するようになった。

94 15. Fから雨漏りを防ぐ措置を求められたBは、Eに調査を依頼した。この調査の結果、【事実】
95 13の工事の際に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こと
96 が明らかとなった。

97 16. Bは、このままでは丙建物の維持に支障が生じると考え、Eに【事実】15の亀裂の修繕を発
98 注し、その修繕の工事は、平成24年3月20日に完了した。そこで、Bは、それに対する報
99 酬として100万円をEに支払った。このBがEに支払った報酬の額は、【事実】15の亀裂の
100 修繕に要する工事の対価として、適正なものである。

101
102 【設問2】 【事実】1から16までを前提として、Bは、【事実】16においてEに支払った報酬に
103 相当する金銭の支払をFに対し求めるために、どのような主張をすることが考えられるか。また、
104 それに対し、Fは、どのような主張をすることが考えられるか。それぞれの主張の根拠を説明し、
105 いずれの主張が認められるかを検討しなさい。

106
107 III 【事実】1から16までに加え、以下の【事実】17及び18の経緯があった。

108 【事実】

109 17. その後、Bは、医療機器の製造販売の事業に失敗して、資金が不足するようになり、Dに対
110 する平成24年6月分及び7月分の貸金の返済について遅滞が生じた。そこで、Dは、抵当権
111 に基づく物上代位によって貸金の回収を図ることを考え、差し当たり丙建物の2階部分の賃料
112 について、丙建物を目的とする【事実】10の抵当権に基づく物上代位による貸金の回収を始め
113 ることとした。また、丙建物の1階部分の賃料については、【事実】16の修繕費用をめぐる問
114 題が解決してから、同様の手順を採ることを考えた。

115 そこで、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
116 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
117 平成25年9月分までについて差押えの申立てをした。この差押えに係る差押命令は、平成
118 24年9月21日、B及びGに送達された。

119 18. この送達される前の平成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、
120 暴風のため窓が損傷し、外気が吹き込む状態となった。そのままでは丙建物の2階部分で児童
121 や生徒に対し授業をすることにも支障が生ずるため、Gは、すぐにこの状況をBに知らせよう
122 としたが、Bの所在を把握することができなかった。

123 Gは、やむなくEに連絡を取って相談をし、E及びGは、平成24年9月8日、Eが丙建物
124 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30万円を支払うことを約した。
125 この報酬の額は、修繕に要する工事の対価として、適正なものである。翌9日にEがこの修繕
126 を完了したことから、同日、Gは、Eに対し30万円を支払った。

127
128 【設問3】 【事実】1から18までを前提として、次の問いに答えなさい。

129 平成24年12月7日、Dは、同年10月分から同年12月分までの賃料（それぞれ同年9月
130 25日、同年10月25日及び同年11月25日に弁済期が到来したもの）の合計額である90
131 万円の支払をGに対して求めたが、Gは、【事実】18の報酬の相当額である30万円を差し引き、
132 60万円のみを支払うと主張した。これに対して、Dは、「まず、Gが、報酬の相当額を支払うよ

133 うBに対し請求する権利を有することについて、説明して欲しい。また、仮にそのような権利が
134 あるとしても、判例によれば、それと賃料債権を相殺することをもって、Dに対抗することはで
135 きないから、GはDに対して90万円全額の支払義務を負うはずである。」と反論した。Dが依拠
136 する判例とは、下記に【参考】として示すものである。

137 このDの反論を踏まえた上で、Gがどのような主張をしたらよいか、理由を付して説明しなさい。
138

139

140 【参考】

141 最高裁判所第三小法廷平成13年3月13日判決・最高裁判所民事判例集55巻2号363頁
142

143

143 [事案の概要]

144 PがQに対して負う貸金債務を担保するため、Pが所有する建物について根抵当権が設定され、
145 その登記がされた後、当該建物の1階部分について、Pを賃貸人とし、第三者Rを賃借人とする賃
146 貸借契約が締結され、3150万円の保証金がRからPに預託された。

147 その後、P及びRは、当該建物の1階部分について、それまでの賃貸借契約をいったん解約し、
148 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。
149 その結果、Pは、Rに対し差額の2820万円の返還債務を負った。しかし、この返還債務をPが
150 履行することができなかったため、PがRに対して負う保証金返還債務の一部については、以後3
151 年間、RがPに対して負う賃料債務と、賃料支払期日ごとに相当額で相殺することがPR間で合意
152 された。

153 さらにその後、Qは、上記の根抵当権に基づく物上代位権の行使として、PがRに対して有する
154 賃料債権のうち、差押命令送達時以降900万円に満つるまでのものを差し押さえ、差押命令がP
155 及びRに送達された。

156 そして、Qは、Rに対し、5か月分の賃料の支払を求めて訴えを提起したが、これに対して、は、
157 Pとの相殺合意に基づく相殺を主張して争った。

158 第1審及び第2審では、いずれもQが勝訴し、Rの上告を受けた最高裁判所は、次のとおり判示
159 して上告を棄却する判決を言い渡した。

160

161 [判旨]

162 「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、抵当不動産の賃借人は、抵当権
163 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
164 者に対抗することはできないと解するのが相当である。けだし、物上代位権の行使としての差押え
165 のされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされ
166 た後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位によ
167 り抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができ
168 るから、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
169 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
170 効力に優先させる理由はないというべきであるからである。」

[解説]

第1. 設問1

設問1は、無権代理人が保証契約を締結し、それが後に追認された場合の保証契約の効力を検討する問題であり、保証契約の成立要件についての基礎的知識、特に書面の作成が必要であること（民法第446条第2項）、及びこの要件に関連して従来は必ずしも十分に議論されていなかった問題について、自らの見解を説得的に展開する能力を問うものである（出題の趣旨）。

1. 請求原因を頭出しする

設問1では、「保証債務の履行を請求するには、どのような主張をする必要があるか」が問われているから、主債務の成立の指摘を含め、保証債務の履行を請求することができるための要件を網羅して掲げる必要がある（出題の趣旨）。

要件事実とは、「法規の条文の構成要件に書かれている…」法律要件のことであるのに対し、請求原因事実とその他の主要事実とは、「法律要件に該当する具体的な事実」、あるいは「要件事実具体的なふくらみを持たせたもの」を意味する。設問1で摘示すべきは、後者の請求原因事実である。

なお、設問1では、請求原因事実すべてについて指摘する必要がある上に、請求原因事実のうち「保証契約の締結」については代理の要件事実として細分化されるから、各請求原因事実に対応する要件事実をナンバリングして頭出ししたほうが書きやすい（さらには、読みやすい）。

重点講義 [上] 377 頁参照、平成 24 年司法試験・民事訴訟法の出題趣旨

2. 無権代理

その上で、考察を要する問題点としては、第一に、契約締結時（平成22年6月11日）にはBに代理権がなかったことをどのように考えるべきであるか、…という点が挙げられる。もっとも、…同月15日にCはBから説明を受けた上で承諾したのであるから、追認があったものと評価することができる（同法第116条）（出題の趣旨）。

先立つ代理権授与による有権代理の請求原因を摘示した上で、先立つ代理権授与に対する否認を前提として無権代理行為の追認の請求原因を摘示するというのではなく、はじめから無権代理行為の追認の請求原因を摘示すべきである。

3. 無権代理人が作成した保証契約書が要式性（446条2項）を満たすか

考察を要する問題点としては、…第二に、無権代理人Bが作成した契約書が民法第446条第2項の要件を満たすのか、という点が挙げられる。…本問の中心論点となる（出題の趣旨）。

(1) 立法趣旨について深く検討する

本問の事実関係において、書面の作成という保証契約の要式性を充足するとみるかどうか、については、両様の考え方が成立可能であると考えられる。同法第446条第2項の規定の趣旨は、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、というような説明がされてきた。…ただし、これのみから直ちに結論を導くことには、やや論理的に無理があり、より説得力のある論述にするためには、有権代理の場合に書面性の要件を充足するのはどのような場合かといった点を含め、更に深く立法趣旨を検討することが望ましい。考え方としては、^①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契機を重視するものと、^②保証人が主体的に書面を作成することを重視するもの等が想定される。前者は、本問における書面性を肯定する見解に、後者であれば否定する見解に、それぞれ結び付きやすいと思われるが、いずれにしても、立法趣旨について深く検討して理解した上で、本問での事実関係を検討することが求められる（出題の趣旨）。

(2) 立法趣旨から一義的な結論を論理的に導くことはやや不自然さが残る

実際に作成された答案は、契約内容を明確にして確認し、保証意思を外部的にも明らかにすることを通じて保証を慎重ならしめる等との立法趣旨を指摘した上で、Cは書面を見て追認したのであるから立法趣旨に反するところはないとするものがほとんどであった。他方で、上記の立法趣旨からは、あくまでもC本人が書面を作成することが必要であり追認したのみでは足りないとの結論も可能であり、実際、このような答案も少なからず見受けられた。このように立法趣旨に着眼することは必要であるとしても、立法趣旨のみから一義的な結論を論理的に導くことにはやや不自然さが残るものであり、そのことを自覚して、一部の答案は、立法趣旨からの説明を詳しくしたり事実関係を丁寧に検討したりする等の工夫をしていた（採点実感）。

(3) 書面の要件に結び付けて法解釈を論じる

その反面において、立法趣旨と結論とを平板に併記するにとどまる答案も多かった。例えば、保証契約の内容について保証人に明確な理解があるということのみを根拠にして保証契約を有効と見るという推論は、極端には、一切書面がない場合でも明確な理解があるからよい、ということになりかねない。法解釈としては、最終的には、書面の要件に結び付けて論じる必要がある、その工夫が不十分なものも見られた。通り一遍の説明で満足するのではなく、辛抱強く緻密に論理の流れを追求する態度を望みたい（出題の趣旨）。

第2. 設問2

設問2は、賃借物が破損した場合において、その破損が生じた原因が、賃借人Fからその内装工事の発注を受けたHにある事例を題材として、…債務不履行責任に関する基本的な理解を問うものである（出題の趣旨）。

1. 保管義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求

(1) 理由

賃借人Fに対する請求の根拠としては、ほかに、不法行為に基づく損害賠償請求、事務管理による費用償還請求、不当利得返還請求等も考えられるが、本問の具体的事案の内容に照らせば、少なくとも第一次的には債務不履行責任を検討すべきであり、必ずしもこれ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（出題の趣旨）。

債権の発生原因には、契約、事務管理（697条）、不当利得（703条）、不法行為（709条以下）がある。これらのうち、事務管理・不当利得・不法行為に基づいて発生する債権を法定債権という。

本問では、報酬支払いの原因となった本件建物の亀裂が直接的には内装業者Hの過失によって発生したものであるため、賃貸借契約に基づく保管義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求権（415条）という訴訟物には気が付きにくい。

しかし、契約当事者間における金銭請求が問題となっているのであるから、まずは契約に基づく債権的請求から考えるべきである。

(2) 要件

実際の答案では、債務不履行責任の要件を明示し、それぞれの意味と基準を明らかにして、本問の事実がそれに該当するかどうかを検討するものが多く見られた一方で、要件とその意味や基準を明確に示さないまま、本問に含まれる事情を列挙して、賃借人Fが責任を負うかどうかを論じるものが相当数見られた（採点実感）。

この事例において、…まず考えられるのは、賃借人Fが賃貸借契約によって負担する賃借物の保管義務の違反、つまり債務不履行を理由とする損害賠償請求（同法第415条）という構成であり、そのためには、賃借人がその賃貸借契約上の保管義務に違反し、それにより賠償されるべき損害が発生したこと（損害の発生と因果関係）が必要となる…（出題の趣旨）。

債務不履行に基づく損害賠償請求（415条1項本文）の実体法上の要件は、①「債務」の発生原因、②債務の不履行（「債務の本旨に従った履行」がないこと又は「債務の履行が不能である」こと）、③「損害」の発生とその額、④上記②③との間の因果関係、及び⑤債務者の免責事由の不存在（同条項但書）である。

要件事実としては、①～④が請求原因、⑤'債務者の免責事由の存在が抗弁となる。

(3) 賃借人の保管義務違反

・この事例において、賃借人Bがその修繕に要した費用に相当する金銭の

総まくり1頁・2、論証集1頁・2

総まくり173頁以下、論証集101

頁以下、ブラクティス95頁

支払を賃借人Fに求めるためにまず考えられるのは、賃借人Fが賃貸借契約によって負担する賃借物の保管義務の違反、つまり債務不履行を理由とする損害賠償請求（同法第415条）という構成である（出題の趣旨）。

- ・賃借人Fが善良な管理者の注意をもって賃借物を保管する義務を負い、賃借人Fが使用した履行補助者Hの行為によってこの義務に違反していることを適切に見極め…（採点実感）。

賃借人は、賃貸借契約（601条）に基づき、善良な管理者の注意をもって賃借物を保管する義務を負う（400条）ところ、この保管義務は手段債務である。

ア. 手段債務の不履行（請求原因）と免責事由の存在（抗弁）とは表裏一体の仕方で問題となる

本問で問題となる賃借物の保管義務はいわゆる手段債務であり、債務不履行という要件と責めに帰することができない事由の存在という要件が表裏一体の仕方で問題となるという特徴がある…（採点実感）。

イ. 履行代行者Hの行為についての賃借人Fの責任

- ・以上の要件を満たすときでも、同法第415条によると、賃借人に責めに帰することができない事由があるときは、賃借人は損害賠償責任を免れること、そしてそこでは、Hが賃借人Fの負う保管義務の履行補助者に当たることから、本問では履行補助者責任が問題になることが正確に理解されているかどうかである（出題の趣旨）。
- ・このように履行補助者責任が問題になるとして、賃借人Fが損害賠償責任を免れることができないとすれば、それはなぜであり、責任を免れることができるか、それはなぜであるかを的確に説明し、その可否を論じることができるかどうかである（出題の趣旨）。
- ・履行補助者責任に言及する答案の中でも、検討の結果、本問のHは履行補助者に当たらないとするものも少なからず見られた。これは、債務者に対して独立性を持たない者が引渡しや役務提供等の典型的な給付を債務者に代わって行うのが履行補助者であるという、言葉の語感に由来すると思われるイメージに引きずられているためであると考えられる。しかし、履行補助者とは、債務者が債務の履行のために使用する者であり、使用者責任と異なり、補助者と債務者の間に支配・従属関係が存在する必要はない。このような基本的概念の意味についてすら、注意をして学んでいない形跡がうかがわれたことは残念というほかない（採点実感）。

履行補助者とは、債務者が債務の履行のために使用する他人を意味する。

改正民法下では、履行補助者の行為により生じた損害について債務者が債務不履行に基づく損害賠償責任を負うかについては、債務不履行責任における過失責任の原則が否定されていることも踏まえて判断することになる。

総まくり 182 頁(2)、論証集 106 頁

(2)

契約上の債務不履行を理由とする損害賠償責任（415条1項）の根拠は契約の拘束力にある。そこで、履行補助者の行為を理由とする債務不履行責任の成否は、「債務の本旨」の内容確定、それに「従った履行」の有無、及び免責事由の有無の判断過程に第三者の行為がどのように組み込まれて評価されるのかを個々の事案ごとに明らかにすることで判断されるべきである。

履行補助者の行為のうち、どこまでの行為について、債務者が契約リスクとして引き受けていたのかという評価問題として検討するのである。

2. 不法行為責任・事務管理・不当利得

賃借人Fに対する請求の根拠としては、ほかに、不法行為に基づく損害賠償請求、事務管理による費用償還請求、不当利得返還請求等も考えられるが、本問の具体的な事案の内容に照らせば、少なくとも第一次的には債務不履行責任を検討すべきであり、必ずしもこれ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（出題の趣旨）。

（1）不法行為責任

不法行為に基づく損害賠償請求に関しては、本問では、民法第716条が適用されると考えられるが、注文者に当たるFには「注文又は指図」について「過失」があったことがわれない。実際の答案では、このように的確に指摘するものも少なくなかったが、Hが「被用者」といえるかどうかに意を払わないまま民法第715条の使用者責任を認めたり、これらの特則に言及しないまま、民法第709条の不法行為責任のみを論じたりするものもあった。民法第709条の「過失」の中で、履行補助者責任論を展開するものも見られ、基本的な体系理解に問題を抱えていることもうかがわれる（採点実感）。

（2）事務管理による費用償還請求・不当利得返還請求

事務管理による費用償還請求と不当利得返還請求については、賃借人Bが本件の亀裂を修繕する義務を負わず、むしろ賃借人Fが修繕する義務を負うかどうかが中心問題となる…（採点実感）。

不当利得構成の場合には「法律上の原因の不存在」という要件との関係で、事務管理構成の場合には「他人の事務を管理する義務の不存在」という要件との関係で、「賃借人Bが本件の亀裂を修繕する義務を負わず、むしろ賃借人Fが修繕する義務を負うかどうか」が中心問題となる。

第3. 設問3

設問3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して賃料債権との相殺の意思表示をした賃借人と抵当権の物上代位権に基づき当該賃料債権を差し押さえた抵当権者の優劣について判断した【参考】判例を提示して、本問の具体的事案の下でも【参考】判例にのっとった結論を導くことが相当かどうかを問うものであり、これによって法的思考力や事案に即した分析力を試すことを意図した問題である。また、この点を検討する前提として、必要費償還請求権の成立要件についての理解とその当てはめを的確に行うことが求められている（出題の趣旨）。

1. 必要費償還請求権の成立要件

総まくり 346頁・4(1)ウ、論証集 181

頁・4(1)ウ

- ・①事案を示し、②条文を適切に提示した上、③必要費の定義を明らかにすることにより要件をきちんと明らかにした上で、④結論を導く必要がある（採点実感）。
- ・事務管理・不当利得について論じる答案が幾つか見られたが、民法第608条第1項に明文規定があるからには、そちらを挙げるべきである（採点実感）。
- ・民法第608条第1項にいう「賃貸人の負担に属する必要費」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（通常の用法を基準としてこの必要性の有無を判断すべきか、当該賃貸借契約に定められた用法を基準としてこれを判断すべきかについては、両様の見解がある。）、本問で支出された費用の30万円は、台風により窓が損傷し、外気が吹き込むようになったことにより、授業に支障が生じていて、賃借物を用法に従って使用・収益するために必要なものであるから、GはBに対して30万円の必要費償還請求権を有する（採点実感）。

賃貸人は、賃借物を契約目的に従い使用収益できるのに適した状態に置く義務を負い、賃貸人の必要費償還義務はこの使用収益させる義務に由来するものである。そうすると、「必要費」（608条1項）とは、賃借物を約定された使用収益に適した状態にするために支出した費用を意味すると解される。

償還請求の対象となる「必要費」は、「賃貸人の負担に属する」ものに限られる。そうすると、「賃借物の使用及び収益に必要な修繕」が「賃借人の責めに帰すべき事由によって…必要となったとき」における当該修繕は賃貸人の義務に属しない（606条1項但書）ことから、当該修繕に関する必要費は「賃貸人の負担に属する」ものに当たらず、必要費償還請求の対象にならない。

2. 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して賃料債権との相殺の意思表示をした賃借人と抵当権の物上代位権に基づき当該賃料債権を差し押さえた抵当権者の優劣

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して賃料債権との相殺の意思表示をした賃借人と抵当権の物上代位権に基づき当該賃料債権を差し押さえた抵当権者の優劣について判断した【参考】判例を

提示して、本問の具体的事案の下でも【参考】判例にのっとった結論を導くことが相当かどうかを問うものであり、これによって法的思考力や事案に即した分析力を試すことを意図した問題である（出題の趣旨）。

(1) あり得べきGの主張を考察する

- ・Gのすべき主張について問われているのであるから、仮にDの反論が完全に適切なものであると解答者が考えたとしても、あり得べきGの主張を考察しなければならない（出題の趣旨）。
- ・【参考】判例の事案における自働債権と異なり、^①受働債権たる賃料債権との牽連関係が密接であるとともに、^②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などを指摘し、【参考】判例の射程は及ばず、相殺の期待が重視されるべきことなどを論じ（この論理には様々なものがあり得る。）、かつ、相殺の要件を検討し、結論としてGはDが物上代位による差押えを行った後も、必要費償還請求権と賃料債務を相殺することができることを論じる…（採点実感）。

最高裁平成13年判決が抵当権設定登記後に賃借人が取得した債権を自働債権とする相殺を抵当権者に対抗できないとする根拠は、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは登記により公示されているため、上記相殺についての期待は抵当権の効力に劣位するという考えにある。

そこで、上記①・②の事案の特殊性を踏まえて、最高裁平成13年判決の根拠が妥当するのかどうかを検討することになる。

(2) 判例のルール^の射程を区切る場合は、判例のルールがどのように変化するかを明らかにする

判例法理の射程について議論をする際には、単に【参考】判例と本問とでは事案が異なるから、Dの依拠する判例法理が本問には適用されない、とするのみでは十分でない。【参考】判例の事案におけるどのような特徴が判旨の示すルールの前提となっているのかを論理的に明らかにし、その特徴がどのように変化すれば、ルールがどのように変化するかを明らかにしなければならない。その上で、本問の事案においては、どのようなルールが適用されることの結果として、Gの主張に沿う結論となるものであるか、を示す必要がある（出題の趣旨）。

判例のルールの射程が及ばないと考える場合は、賃借人の自働債権の取得時期が抵当権設定登記前であることを必要とする判例のルールが変化することにより、自働債権の取得時期について全く制限がなくなるのか、それとも差押命令送達時までには取得する必要があるのか、といったことについてまで言及する必要がある。

(3) 判例のルールそのものを批判する場合は、あるべきルールを明らかにする

- ・判例法理の射程を問題とせずに【参考】判例の示したルールそのものを批判する場合であっても、十分な理由付けを示し、説得的な論述をしなければならない。そして、あるべきルールを明らかにし、その適用の結果も示す必要がある（出題の趣旨）。

総まくり133頁[論点5](論証4)、
論証集76頁[論点8](論証4)

総まくり6頁・2、論証集6頁・2

総まくり6頁・6、論証集6頁・6

(4) 相殺の要件

相殺を認めるのであれば、なぜ相殺が認められるのかを、物上代位との優劣だけでなく、相殺の要件に照らして示すことが求められる。また、相殺のほかにも、Gに同時履行の抗弁権があること、あるいは、必要費に対応する部分につき賃料債権が発生しないことなどを論じる答案もあったが、それらには適切な評価を与えた。しかし、そのときも、同時履行の抗弁権があればどうなるのかまで、きちんと論じる必要があることは同様である（採点実感）。

ア. 必要費償還義務と賃料支払義務はいずれも金銭債務であり、「同種の目的を有する債務」である。また、相殺が問題となっている平成24年10月分ないし12月分の賃料支払義務はいずれもその弁済期が到来しており、必要費償還義務も支出時に「直ちに」（608条1項）弁済期が到来するものであるから、「双方の債務が弁済期にある」といえる。

イ. もっとも、両者が同時履行の関係に立つのであれば、「債務の性質がこれを許さないとき」（505条1項但書）として相殺が許されないのではないか。

(ア) 自働債権に同時履行の抗弁権が付着している場合、その発生障害又は消滅原因事実が認められなければ、同時履行の抗弁権の存在効果として性質上相殺が許されないのが原則である。¹⁾

(イ) 賃料と使用収益とは等価交換の関係にあることから、修繕義務が履行されないために目的物の使用収益ができない場合には、その限度において、修繕義務と賃料支払義務とが同時履行の関係に立つと解すべきである。²⁾

そして、必要費償還義務（608条1項）が修繕義務の発現であることからすれば、目的物の使用収益を不可能とする修繕原因に対して必要費が支出された場合には、必要費償還義務と賃料支払義務とが同時履行の関係に立つと解すべきである。

しかし、かかる同時履行の関係は賃借人保護のために認められるべきものであるから、賃借人が必要費償還請求権を自働債権とする相殺を主張する場合に同時履行の抗弁権の存在を理由として相殺を否定ないし制限することは、同時履行の関係を認めた趣旨に反する。

そこで、賃借人側からの相殺の場合には、必要費償還請求権に同時履行の抗弁権が付着していても相殺が許されると解すべきである。

本問では、賃借人Gが相殺を主張しているのだから、必要費償還義務と賃料支払義務とが同時履行の関係に立つにもかかわらず、Gによる相

総まとめ 347頁ウ(イ)

大判 T10.9.26、大判 T5.5.22

¹⁾ これに対し、受働債権に抗弁権が付着している場合には、相殺をする者が抗弁権を行使しなければよいのだから、相殺の妨げとはならない。

²⁾ 賃料が使用収益と等価交換の関係にある（533条参照）点に着目すれば、賃貸人が修繕義務を履行しない場合、賃借人は、使用収益がまったく不可能になったときには賃料全額の支払いを拒絶することができるが、部分的な支障に止まるときはその限度で賃料支払いを拒絶できるとどまる。（基本講義 I 157頁）。なお、判例（大判 T10.9.26）は賃料前払特約がある事案について、修繕義務と賃料支払義務との同時履行の関係を認めているが、厳密には両者は同時履行の関係に立たず、修繕義務は前払いの賃料の支払義務に対して先履行の関係にあるとする見解もある（民法講義 IV 431頁）。

殺が認められることになる。

(5) 賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位の可否

賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権を行使することができるか、という問題もあるが、「30万円を差し引いて支払う」というGの主張を基礎付けることが求められているのであるから、その問題自体を論じる必要はない（出題の趣旨）。

総まくり 129 頁 [論点 2]、総まくり
論証集 74 頁 [論点 2]、最判 H
元.10.27・百 187

[模範答案]

1 設問 1

2 1. 保証債務の履行請求をする者は、保証契約（民法 446 条 1 項参照）

3 の成立要件として、①「主たる債務」の発生原因事実、②保証の合意、

4 ③②の意思表示が「書面」によること（446 条 2 項）を主張する必要

5 がある。

6 2. ①としては、平成 22 年 6 月 11 日、A と B が甲土地を代金 6000 万

7 円で売買する旨の契約（555 条）を締結した事実を主張する。

8 3. ②としては、無権代理行為の追認として、㉞平成 22 年 6 月 11 日、

9 A 及び B が①の代金債務について C が保証する旨の書面を作成した

10 事実、㉞㉞の書面上の B の署名には、B が C の代理人である旨が示さ

11 れていた事実、㉞平成 22 年 6 月 15 日、C が A に電話をして連帯保証

12 人になることに異存がない旨を告げた事実を主張する。

13 B が C からの代理権授与がないのに C の代理人として保証契約を

14 締結したことは無権代理であるからその効果は原則として C に帰属し

15 ない（113 条 1 項）が、C の追認により保証契約の効果が C に帰属す

16 ることになる（113 条 1 項、116 条本文）からである。

17 4. ③としては、A は、B が AB 両名で作成した書面を C に示してその

18 内容を確認させた上で C の追認を得たという事実を主張することが考

19 えられる。では、無権代理人が作成した書面でも本人の追認により要

20 式性を満たすか。

21 （1）要式性の趣旨は、保証人保護のために、保証契約をすることやそ

22 の契約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

23 ることを通じて、保証するに当たっての慎重さを要請することで、

1 軽率な保証を防止することにある。この趣旨について、保証するこ
2 とやその契約内容が書面により明確に確認される契機を重視するの
3 であれば、保証人が追認の際に保証契約書の内容を確認していれば
4 足り、保証の意思表示そのものが書面によって行われることまでは
5 要しないと解することも可能である。

6 しかし、保証人保護の観点からは、保証人が自ら書面を作成する
7 という過程が保証人が保証をすることやその契約内容を十分確認し
8 ていることを担保するという点を重視するべきである。そこで、要
9 式性としては、保証の意思表示そのものが書面によって行われる必
10 要があると解すべきである。

11 (2) 確かに、C は、B から連帯保証の書面を示されて主債務の内容等
12 について説明を受けた上で追認しているから、保証契約の内容を十
13 分確認しているといえる。

14 しかし、書面は無権代理人 B が作成したものにすぎず、また、追
15 認の意思表示は口頭でされたにとどまるから、C の保証の意思表示
16 が書面によって行われたとはいえない。

17 したがって、③要式性についての A の主張は認められない。

18 設問 2

19 B は、F に対し、亀裂の修繕工事の報酬として E に支払った 100 万円
20 の損害について、債務不履行に基づく損害賠償請求（415 条 1 項）とし
21 てその支払いを求めることが考えられる。

22 1. B の主張

23 (1) 債務不履行に基づく損害賠償請求の実体法上の要件は、①「債務」

1 の発生原因、②債務の不履行、③「損害」の発生とその額、④②と
2 ③の因果関係及び⑤債務者の免責事由の不存在である。

3 (2) Fは、Bとの丙建物1階部分の賃貸借契約(601条)に基づき、
4 善良な管理者の注意をもって丙建物1階部分を保管する義務(400
5 条)を負う(①)。

6 (3) 丙建物1階部分に亀裂が生じているところ、以下の理由から、上
7 記亀裂発生に関する②Fの保管義務違反及び⑤Fの免責事由の不在
8 在が認められる。

9 ア. まず、手段債務である保管義務の不履行と賃借人の免責事由の
10 存在とは表裏一体の仕方で判断されると解する。

11 イ. 次に、亀裂発生について過失のあるHは、Fに代わって保管義
12 務の重要部分を履行する履行補助者である。

13 (ア) 履行補助者の行為を理由とする債務不履行責任の成否は、「債
14 務の本旨」の内容確定、それに「従った履行」の有無及び免責
15 事由の存否の判断過程に第三者の行為がどのように組み込まれ
16 て評価されるのかを個々の事案ごとに明らかにすることで判断
17 されるべきである。

18 (イ) 確かに、BF間の賃貸借契約では第三者を利用した賃借物の修
19 繕が禁止されていないから、丙建物1階部分を修繕する際にH
20 を使用したこと自体はFの債務不履行とはならない。

21 しかし、FがHに内装工事を行わせることをBに説明し、こ
22 れについてBが承諾したことにより、Hの行為がFの保管義務
23 の履行過程に組み込まれ、Fの保管義務の内容となっていると

1 評価できる。

2 　　そして、H が内装業を営む者であることからすれば、BF 間
3 　　では、H が故意又は過失により賃借物を毀損させることはない
4 　　ことが予定されていたといえる。そうすると、H が故意又は過
5 　　失により賃借物を毀損させないということ自体が F の保管義務
6 　　の内容を成す。

7 　　にもかかわらず、H が工事を誤ったという過失により丙建物
8 　　に亀裂を生じさせたのだから、F には保管義務違反が認められ
9 　　る(②)とともに、免責事由は認められない(⑤)。

10 (4) 上記保管義務違反「によって」、丙建物に亀裂が生じ、修繕をしな
11 　　ければ丙建物の維持に支障が生じる事態となったのだから、B が修
12 　　繕工事の報酬として E に支払った 100 万円の「損害」(③)と F の
13 　　保管義務違反との間の因果関係(④)もある。

14 　　したがって、B の請求が認められる。

15 2. F の主張と両者の主張の当否

16 　　F は、B が H による内装工事について承諾したことにより H の行為
17 　　による損害発生危険を引き受けたと評価できるから、F は H を選
18 　　任・指揮・監督する際に必要とされる合理的な注意を尽くす義務を負
19 　　うにとどまると主張する。

20 　　確かに、債権者が債務者が債務の履行過程で第三者を使用すること
21 　　について承諾したことにより、債務者が第三者の使用に伴う危険を引
22 　　き受けたと評価できる場合もある。

23 　　しかし、賃借物の修繕には専門業者たる第三者を用いるのが通常で

1 あるから、実際に H が内装業を営む者であったことも踏まえれば、B
2 が H の使用を承諾することにより H の行為による損害発生の危険を
3 引き受けたとは評価できない。

4 そこで、B 主張の通り、H が故意又は過失により賃借物を毀損させ
5 ないということ自体が F の保管義務の内容を成すと解すべきである。

6 したがって、H が工事を誤ったという過失により丙建物に亀裂を生
7 じさせたことから、F には保管義務違反が認められる(②)とともに、
8 免責事由は認められない(⑤)。

9 よって、B の請求が認められる。

10 設問 3

11 1. GB間の丙建物 2階部分の賃貸借契約に基づく必要費償還請求権(608
12 条 1項)

13 (1)「必要費」とは、賃貸目的物を約定された使用収益に適した状態に
14 するために支出した費用を意味する。

15 丙建物の 2 階部分は、大型台風による暴風のために窓が損傷し、
16 外気が吹き込む状態となっており、そのままでは児童・生徒に対し
17 授業をすることにも支障を生じる状態にあったのだから、約定され
18 た学習塾としての使用収益に適した状態にするためには 2 階部分の
19 修繕が必要であったといえる。

20 したがって、修繕工事の報酬 30 万円は「必要費」に当たる。

21 (2)上記窓の損傷は大型台風という不可抗力により生じたものであり、
22 賃借人 G の「責めに帰すべき事由」により生じたものではないから、
23 賃貸人 B が修繕義務(606 条 1 項)を負うものである。したがって、

1 修繕に要した「必要費」は「賃貸人の負担に属する」といえる。

2 よって、Gには30万円の必要費償還請求権が認められる。

3 2. 平成13年最判の射程が及ばないこと

4 (1) 平成13年最判が抵当権設定登記後に賃借人が取得した債権を自
5 働債権とする相殺を抵当権者に対抗できないとする根拠は、物上代
6 位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは登記により公示され
7 ているため、上記相殺についての期待は抵当権の効力に劣位すると
8 いう考えにある。

9 (2) しかし、本判決の自働債権である保証金返還請求権が合意に基づ
10 き賃借人が任意で取得したものであるのに対し、必要費償還請求権
11 は、賃貸目的物の一部毀損等の不測の事態によって生じるものであ
12 るから、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
13 その取得を思いとどまることができないという性質のものである。

14 しかも、必要費償還請求権は、賃料債権に対する関係で同一の賃
15 貸借契約上の権利として発生するという密接な牽連関係にあるため、
16 相殺の期待が強く認められる。

17 そこで、必要費償還請求権を自働債権とする相殺については、物
18 上代位に係る差押命令の送達前に同債権が取得されている限り、相
19 殺の期待を抵当権の効力に優先させるべく、相殺を抵当権者に対抗
20 できると解すべきであり、それゆえに本判決の射程は及ばない。

21 Gの必要費償還請求権は差押命令送達前に取得されたものである
22 から、Gは相殺を対抗し得る。

23 3. 相殺適状(505条1項)

- 1 (1) 必要費償還義務と賃料支払義務はいずれも金銭債務であり、「同種
2 の目的を有する債務」である。また、相殺が問題となっている平成
3 24年10月分ないし12月分の賃料支払義務はいずれもその弁済期
4 が到来しており、必要費償還義務も支出時に「直ちに」(608条1項)
5 弁済期が到来するものであるから、「双方の債務が弁済期にある」と
6 いえる。
- 7 (2) 必要費償還義務と賃料支払義務とが同時履行の関係に立つと解さ
8 れている。もっとも、かかる同時履行の関係は、賃借人保護を趣旨
9 とするものだから、賃借人による相殺の妨げにはならないと解する。
10 したがって、Gによる相殺は、「債務の性質がこれを許さないとき」
11 (505条1項但書)に当たらない。
- 12 4. 以上より、Gは相殺を対抗できる。 以上

(参考文献)

- ・「民法(全)」第2版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第2版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「基本講義 債権各論Ⅱ」第3版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「プラクティス民法 債権総論」第5版補訂(著:潮見佳男-信山社)
- ・「民法(債権関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
→「概要○頁」と表記
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
→「概要・相続○頁」と表記
- ・「詳解 改正民法」初版(著:潮見佳男ほか-商事法務)
→「詳解○頁」と表記
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)
→「詳解・相続法○頁」と表記
- ・「Before/After 民法改正」初版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「民法Ⅰ 総則・物権総論」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅱ 債権各論」第3版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅳ 親族・相続」補訂版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「LEGAL QUEST 民法Ⅵ 親族・相続」第3版(著:前田陽一ほか-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅰ 総則」第3版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅳ-1 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第4版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第2版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法Ⅲ」第3版(著:道垣内弘人-有斐閣)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹界)
- ・「要件事実マニュアル1」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第2版(有斐閣)
- ・「最新重要判例解説」平成18年度～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)