

第 5 問 答 案 用 紙 < 1 >

(民 法)

問 1

一．設問(1)について

1. Cは仕事の目的物である乙建物を完成させている。そこで、Cは、同時履行の抗弁権(533条)により、乙建物の建築請負代金の支払いがなければ乙建物を引き渡さないと主張することが考えられる。この点、請負契約においては、仕事の目的物の引渡しと報酬の支払いは同時履行の関係に立つのが原則である(633条本文)。本問では、AはCに対する建築請負代金債務の履行を怠っているのだから、Cのこの主張は正当である。

2. 次に、Cは、乙建物について留置権(295条)の成立を主張して、乙建物の引渡しを拒否することが考えられるが、留置権が成立するためには、「他人の物」(295条)を占有していることが必要である。そこで、完成した乙建物の所有権の帰属が問題となる。

思うに、請負人にその所有権を認めても、請負人には敷地利用権がないから、請負人の保護には役立たない。そして、請負契約の特質は請負人が注文者のために仕事を完成することにあるから、請負契約における当事者の合理的意思は完成建物の所有権を注文者に原始的に取得させることにある。従って、主たる材料の提供が誰によってなされたかに関係なく、完成建物の所有権は完成と同時に注文者に原始的に帰属すると解する。

本問では、乙建物の所有権は完成と同時にAに原始的に帰属し、乙建物に関して生じた債権である建築請負代金債権を有するCがA所有の乙建物を占有していることになる。よって、乙建物について留置権は成立するから、Cのこの主張は正当である。

二．設問(2)について

(1)で論じたように、乙建物について留置権は成立する。そこで、甲土地の買受人Dからの甲土地の明渡請求に対して、Cは、乙建物を留置するのに必要だとして敷地である甲土地の明渡しを拒否することが考えられる。

この点、建物と敷地は別個の不動産であり、甲土地と乙建物の建築請負代金債権との間には留置権の成立要件である物と債権との牽連性は認められないから、甲土地については留置権は成立しない。しかし、建物を留置するためには敷地の留置は不可欠である。そこで、建物留置権が認められる反射的効果として、建物留置権者は敷地の明渡しを拒否できると解する。

このように解しても、抵当権者Bは建築資金として貸付けをしており、買受人Dも乙建物の存在を了知して敷地である甲土地を買い受けるのが通常であるから、この程度の不利益を受けることもやむを得ないと解する。よって、Cのこの主張は正当である。

第 5 問 答 案 用 紙 < 2 >

(民 法)

問 2

1. 債務不履行後は賃料にも抵当権の効力が及ぶから(371条)、抵当権者は、賃料について物上代位権を行使できる(372条, 304条1項)。しかし、本問では、Bが物上代位権を行使してAのEに対する賃料債権を差し押えた後に、Eが、Bの抵当権設定登記後に取得したAに対する400万円の貸金返還請求権を自働債権とし、賃料債権を受働債権とする相殺をBに主張し、Bへの賃料支払を拒むことの可否が問題となっている。そこで、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権を差し押えた後に、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記後に取得した賃貸人に対する債権と賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗できるかが問題となる。

確かに、第三債務者が債務者に対する債権を有する場合、第三債務者には弁済期の先後に関係なく相殺の担保的機能に対する期待はある。しかし、物上代位権の行使により賃料債権が差し押えられた後は、抵当権の効力は賃料債権にも及ぶ。そして、抵当権は目的物の交換価値を把握する権利だから、価値代表物に物上代位が認められるのは当然であると解するから、上記のことは抵当権設定登記により予め公示されているとみることができるとすれば、抵当権設定登記後に取得した債権を自働債権とする相殺に対する賃借人の期待を、差し押えにより賃料債権にも及んでいる抵当権の効力に優先させることは、妥当ではない。

従って、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権を差し押えた後では、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記後に取得した賃貸人に対する債権と賃料債権との相殺を抵当権者に対抗できないと解する。

2. 本問では、Bは物上代位権を行使してAのEに対する賃料債権を差し押えており、また、EのAに対する400万円の貸金返還請求権はBの抵当権設定登記後に取得したものである。よって、Eは、Aに対するこの貸金返還請求権と賃料債権との相殺をBに対抗できないから、Bへの賃料支払を拒むことはできない。

第 6 問 答 案 用 紙 < 1 >

(民 法)

問 1

一. 設問(1)について

1. AとCは、過失によってDに損害を発生させているから、Dに対して、709条の不法行為責任を負う。問題は、AがDに対して160万円全額の賠償義務を負うのかである。この点、AとCに共同不法行為(719条1項前段)が成立すれば、「各自が連帯して」責任を負うから、Aの主張は認められない。そこで、AとCに共同不法行為が成立するかが問題となる。

この点、共同不法行為は各行為者が「共同」して不法行為をした場合に成立するが、被害者保護という719条の趣旨から、「共同」とは、客観的関連共同、すなわち、結果の発生に対して社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性があれば足りると解する。

本問では、AとC双方の過失で本件事故を起こしており、社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性が認められるから、AとCに共同不法行為が成立し、「各自が連帯して」責任を負う。

2. よって、Aは、Dに対して、160万円全額の賠償義務を負うから、Dの請求に対して、Cも加害行為をしていることを理由として、全額の支払いを拒むことはできない。

二. 設問(2)について

1. Cは、過失によってDに損害を発生させているから、Dに対して、709条の不法行為責任を負う。そして、CはB会社の従業員であるから、Dは、Bに対して、使用者責任(715条)を追及して、損害賠償を請求することが考えられる。そこで、被用者Cが同条の要件である「その事業の執行について」Dに損害を加えたといえるかが問題となる。

この点、「その事業の執行について」といえるためには、客観的に行為の外形からみて被用者の職務の範囲内に属する行為であれば足りると解する。なぜなら、使用者責任の趣旨は他人を使用することで利益を得ている者に損害を負担させるという報償責任の原理にあり、被害者保護のためには、使用者と被用者の内部関係等は考慮しないのが公平だからである。

本問では、CはB所有の車を運転中に事故を起こしているから、客観的に行為の外形からみれば、Bの「その事業の執行について」といえる。

2. よって、DはBに対して使用者責任を追及できるから、Dは、Bに対して、損害賠償を請求することができる。

第 6 問 答 案 用 紙 < 2 >

(民 法)

問 2

1. (1)で論じたように、AとCには共同不法行為が成立し、それぞれDに対して、160万円全額の賠償義務を負う。では、Dに100万円の賠償金を支払ったAは他方の共同不法行為者Cに求償できるだろうか。共同不法行為者間の債務の関係は、被害者保護の観点から、弁済などを除いて絶対効のない不真正連帯債務と解するが、そうすると、債務者間には負担部分がないから、求償は認められないのではないかが問題となる。

思うに、被害者との関係では、被害者保護の観点から、不真正連帯債務と考えるにしても、加害者である共同不法行為者間では、加害者間の損害の公平な分担を図る観点から、責任の割合に応じた負担部分に類する関係を認めるべきである。従って、自己の負担部分を超えて被害者に損害賠償をした者は、その超える部分につき、不当利得(703条)を根拠に、他の共同不法行為者に対して求償できると解する。

本問では、AとCの過失割合は「5対5」であるから、自己の負担部分である80万円を超える100万円を支払ったAには、20万円の損失があり、他方、Cには20万円の受益がある。よって、Aは、Cに対して、不当利得を根拠に20万円を求償できる。

2. では、AはBに対して求償できるか。(1)で論じたように、Bは、被用者Cの不法行為について使用者責任(715条)を負うことから、AはBに対して求償できないかが問題となる。

思うに、715条は、報償責任の原理から、使用者も被用者と同じ内容の責任を負うべきと規定する。とすれば、被用者が第三者との共同不法行為によって他人に損害を加えた場合、使用者と被用者は一体をなすものとみて、第三者との関係でも、使用者は被用者と同じ内容の責任を負うべきである。従って、過失割合に応じた自己の負担部分を超えて被害者に損害賠償をした第三者は、使用者に対しても、被用者の負担部分につき、不当利得を根拠に求償できると解する。

よって、Aとの関係においても、Bは被用者Cと同じ内容の責任を負うから、Dに100万円の賠償金を支払ったAは、前述したCとの関係と同様に、Bに対して、不当利得を根拠に20万円を求償できる。

【解答への道】

I 合格ライン

昨年と同様に典型的な事例をベースにした出題であったが、第5問、第6問ともに、問1の問題が設問(1)(2)に分かれており、量的にはボリュームが多いという印象である。ただ、基本論点が問われていることがすぐにわかる問題もあり、受験生の多くはそれほど負担には感じなかったのではないかと推測される。

そうはいっても、第6問は、2011年度の第6問で全面的に出題されたばかりの不法行為からの全面的な出題であり、意外な分野からの出題であった感は否めない。不法行為が手薄になっていた方は、第6問の得点が伸びない可能性もある。また、第5問についても、問2は、第1回論文式全国公開模試で出題した問題とほぼ同じ問題であったとはいえ、基本論点とはいえ、問1設問(2)も難問であったため、こちらもそれほど高得点の争いにはならないと思われる。総合的には、第5問の問1設問(1)と第6問の問1でベースの得点を確保し、残りの部分で得点を少し上積みできれば、合格ラインに達するであろう。

<第5問>

1. 問1設問(1)について

本問では、建築請負契約の注文者からの目的物の引渡請求に対する請負人の主張とその当否が問われている。ここでは、同時履行の抗弁権(533条)や留置権(295条)を主張して引渡しを拒否することができるのかを検討する必要がある。そして、「請負契約における目的物の所有権の帰属」という論点を論ずるだけでは結論を導くことができるわけではないことに注意する必要がある。仮に、本問のようなケースで請負人帰属説に立ったとしても、請負人は請負契約により完成させた目的物を引き渡す義務を負っているため、所有権が請負人に帰属するというだけで、CがAの請求を拒否できるとはいえないからである。逆に、注文者帰属説に立ったとしても、請負人に同時履行の抗弁権(533条)や留置権(295条)が認められるか否かにより、CがAの請求を拒否できるか否かの結論は変わってくるため、所有権が注文者に帰属するというだけでは、やはり結論は出せないことになる。従って、本問では、「請負契約における目的物の所有権の帰属」という基本論点を論ずる必要はあるが、この論点は、解答例のように、留置権(295条)の成否の検討の中で論じるべきであろう。

2. 問1設問(2)について

本問は、今年の問題では一番の難問とっていいであろう。注文者帰属説を前提として、「更地に抵当権設定後、建物が建築された場合、法定地上権は成立するか」という論点を思い浮かべた方もおられるかもしれない。しかし、本問は、注文者Aとの関係が問われているわけではない。従って、注文者帰属説に立つとしても、少なくとも、法定地上権の問題はメインで問われているわけではないであろう。そうすると、Cの主張として考えられることとして、留置権の主張がある。しかし、設問(1)で注文者帰属説に立ち、乙建物につい

て留置権の成立を認めたとしても、建物と敷地は別個の不動産であり、甲土地と乙建物の建築請負代金債権との間には、留置権の成立要件である物と債権との牽連性が認められないため、甲土地について留置権は成立しない。何とかこの点は論じてほしいところである。その上で、建物留置権の反射的效果としての敷地の明渡しの可否の問題が出てくればいいところと考えていいだろう。この点、建物を留置するためには敷地の留置は不可欠であることから、注文者が敷地も所有している場合であれば、建物留置権が認められる反射的效果として、敷地の明渡しも拒否できると解するのが公平である。しかし、敷地の所有者が建物留置権の被担保債権の債務者ではない第三者の場合にも同様に解することができるのは当然にはいえない。解答例では、肯定説で論じているが、建物留置権の被担保債権を弁済する立場にない買受人ひいては抵当権者の利益を重視して、否定説に立つことも可能であろう。いずれにしても、建築請負代金債権の回収のために乙建物について留置権を取得しているCと留置権の直接の目的物ではない甲土地について抵当権の設定を受け、そこから貸付債権の回収を期待しているBや買受人Dとの利益衡量ができていれば、かなりのアドバンテージを得られるであろう。なお、本問は、下級審の判例や学説では、もっぱら商法521条の商事留置権の問題として、民事執行法や破産法などとも絡めた議論がなされている事例と類似事例であり、特に請負人帰属説の立場では、その点を問題とせざるをえないとも思えるが、その点の論述の有無は合否に影響しないと考えていいだろう。

3. 問2について

本問は、賃料に対する抵当権者の物上代位と賃借人の相殺の可否の問題である。まず、賃料も物上代位の客体となる(371条、372条、304条1項)ことの指摘が必要である。その上で、賃料に物上代位権を行使して被担保債権の回収を図ることを期待する抵当権者の利益と賃料債務との相殺により賃貸人に対する貸金債権の回収を期待する賃借人の利益とのバランスをどのように図るかが問題である。この点、第三債務者である賃借人が債務者である賃貸人に対する債権を有する場合、第三債務者には弁済期の先後に関係なく相殺の担保的機能に対する期待はある。そうすると、物上代位権の行使要件である「差押え」(372条、304条1項但書)の趣旨に物上代位による優先権を公示する意味まで認める立場では、物上代位による差押えの前に賃借人が賃貸人に対する債権を取得していれば、賃借人の相殺の担保的機能に対する期待を優先すべきとの考え方につながりやすくなる。これに対して、解答例は、物上代位権の行使要件である「差押え」には、物上代位による優先権を公示する意味ではなく、物上代位による優先権は抵当権設定登記で公示されていると解する立場から論じている。「差押え」(372条、304条1項但書)の趣旨まで絡めた論述ができていれば、文句なしであるが、応用論点なので、解答例程度の論述が出来ていれば十分アドバンテージを得られるであろう。

4. 合格点について

問1設問(2)は難問であり、問2も基本論点とはいえないが、問1設問(1)の基本問題でしっかり得点し、それに問1設問(2)や問2の部分点を加えて、何とか素点レベルで4割超を確保したい。

<第6問>

1. 問1設問(1)について

本問では、共同不法行為の成否について、719条1項前段の「共同」の意義が問題となる。この点、本問のようなケースでは共同不法行為構成をとらない見解もあるが、判例・通説の立場である客観的関連共同説を論じてあてはめをすれば十分である。この論点は、2011年度の本試験でも問われた論点であり、共同不法行為の基本論点であるが、不法行為が手薄になっていた方も多いと思われることから、正確ではなくても、共同不法行為の成立を認めるそれなりの論述をしていれば、何とか勝負にはなるであろう。

2. 問1設問(2)について

CはB会社の従業員であることから、B会社に使用者責任(715条1項)が成立するかについて、715条1項の「その事業の執行について」の意義が問題となる。問題文では、CがB会社の従業員であることと、Cの運転していたのがB所有の車であることが示されているだけであるが、問2との関係からしても、ここでは、判例の外形理論を論じ、簡潔に「その事業の執行について」といえるということを論ずれば十分であろう。ただ、この論点は不法行為の中でも基本論点の一つなので、しっかり論じてほしいところである。

3. 問2について

本問では、まず、719条1項前段の「連帯」の意義を明らかにした上で、共同不法行為者間の求償の可否について論ずることが必要である。その上で、共同不法行為者の一方から他方の共同不法行為者の使用者への求償の可否が問題となる。前半部分については、不真正連帯債務と解するが、共同不法行為者間では本来負担すべき責任割合に応じた負担部分に類する関係を認めるべきであるということを何とか論じてほしいところである。また、本問ではAが100万円を支払ったにすぎないことから、最終的な結論として、Bに対して求償できる額も問題となる。解答例では、求償の根拠として不当利得構成をとり、AはC(B)に20万円を求償できるという立場で論じているが、AはC(B)に50万円を求償できるという構成もありうる。ただ、細かいところなので、自説の立場を明確にできていなくても、この点で差をつけられることはないと思われる。

4. 合格点について

典型事例をベースにした問題であるものの、根拠を示すことを求められている問2はかなりの応用問題であること、不法行為の分野が手薄になっていた方も多いたことが推測されること考慮すると、第6問も素点レベルで4割超を確保すれば勝負になるであろう。

Ⅱ 答練との対応関係

<第5問>

論文式全国公開模試 第1回 第5問

<第6問>

該当なし