

論文式試験問題集  
[法律実務基礎科目 (民事)]

## 【民 事】

司法試験予備試験用法文を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。

### 【設問 1】

弁護士Pは、令和3年（2021年）4月11日、Xより次のような相談を受けた。

### 【Xの相談内容】

弁護士Pのもとに相談に来たX社長の下記【Xの言い分】を読んで、以下の問1～3に答えなさい。

記

【X社長の言い分】（令和3年（2021年）4月11日 弁護士Pの事務所にて）

私は、建物の設計・建築を事業目的とするXという名で工務店の株式会社を経営しております。

私は、Yさん（東京都千代田区在住）から、自宅建物の新築工事の注文を受けて、2020年（令和2年）年10月10日に建物（2階建て軽量鉄骨造。以下「本件建物」といいます。）の建築請負契約（以下「本件契約」といいます。）を締結しました。

本件契約の請負代金は合計3000万円（消費税10%別（注：契約当時、以下同じ）、消費税10%込み3300万円）で、本件契約締結後10日以内に頭金として1100万円、中間金として2019年12月1日までに1100万円、最終金として1100万円の3回分割での支払い方法と予め取り決めておりました。ただし、3回目の支払期日は契約時には特に決めておりませんでした。通常の場合では完成して引き渡し後にすみやかに請求することが多いです。

私は、令和2年（2020年）10月10日の契約当日に、当社側で作成した本件建物の工事に関する工事建築請負契約書（以下「本件契約書」といいます。）2通を契約の場であるYさんの自宅に持参しました。

ところが、本件契約の場になって、突然、Yさんから「屋根部分に太陽光発電用のソーラーパネルを設置することを考えているのだが・・・」といわれました。Xでも過去にソーラーパネルの設置を扱ったことがあったので、この家の屋根部分でソーラーパネルが取り付けられる場所を確認し、あらためてその費用に関してざっと見積もってみたところ、300万円（消費税10%は別途）の請負代金を増額してもらえれば工事は可能でしたので、その旨をYさんに告げますと、「300万円の増額なら構いませんので、是非、それでやってほしい。」と回答されました。そこで、最終的には、本件契約の請負代金を3300万円（消費税10%込み3630万円）として、本件契約を締結しました。

但し、私がこの日に持参した本件契約書には、「請負代金」欄に当初の請負代金額である「3000万円」（この金額には消費税を含んでいません）の記載がされていたので、本件契約書に調印する際に、「請負代金」欄を下記のように手書きで訂正した上で、双方が調印しました。

\*\*\*\*\*

3300万円

請負代金： 3000万円

\*\*\*\*\*

なお、その際、ソーラーパネル設置工事の増額分の330万円（消費税10%込み）については、当初の分割金の最終金1100万円（消費税10%込み）支払時に併せて一緒に支払ってもらうことになりました。

建築工事の方は、本件契約締結後すぐに着工し、順調に進みました。

Yさんからも、請負代金のうち、頭金の1100万円、中間金の1100万円の合計2200万円は予定通りに支払ってもらいました。

その後、Xは、工期通り、令和3年（2021年）3月10日に本件建物を完成させ、同年3月15日に

Yさんに引き渡しました。

本件建物の引渡完了後の3月20日に、当社から最終金として増額分も併せた1430万円（消費税10%込み）の請求書をYさんに送りました。

ところが、請求から1週間を過ぎても入金がなかったので、当社の経理担当社員であるAがYさんに催促の電話をしたところ、Yさんは、「払えない。」などと言って、一方的に電話を切ってしまったとのことでした。その後、AからYさんの自宅に再度、電話をして催促をしたときには、Yさんは、「全額を支払う義務はないはずだ。」などと言ってきたとのことでした。その意味は全く理解ができませんし、心当たりもありません。最近では、電話をかけても留守電になったり、家族の者が出ても「留守です。」と言われたりして、Yさん本人が電話に出てくれなくなってしまったようです。

Xとしても、1430万円もの代金が回収できないままなので、下請業者に代金を支払うこともできず、大変に困っています。下請業者からは、「まだ払われぬのか。」と毎日のように苦情が来ているのです。ですので、何とか速やかに1430万円を回収したいと思っております。また、Yさんには、理由もなく支払を拒否されるなどして、大変迷惑をかけられたので、遅延損害金の支払もきちんと求めたいと思います。ただし、本件契約の請負契約書では、遅延損害金の約定などは特にしていません。

どのようにしたらよろしいでしょうか。

- (1) 弁護士Pは、本件訴訟において、Xの要望を実現するために、訴訟に先立って事前に講じておくべき法的手段を検討した。Xが取り得る法的手段の一つ挙げなさい。
- (2) 弁護士Pが、本件訴訟において、Xの希望を実現するために選択すると考えられる訴訟物を記載しなさい。
- (3) 弁護士Pは、本件訴訟の訴状において、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）として、最低限記載すべき具体的事実を列挙しなさい。

## 【設問2】

弁護士Qは、本件訴訟1の訴状の送達を受けたYから以下の相談を受けた。

### 【Yの相談内容】（2020年11月25日 弁護士Qの事務所にて）

私が、自宅である本件建物の建築工事を注文したXから、請負代金の残金1430万円とこれに対する遅延損害金を求める訴状等と期日呼出状が東京地方裁判所から送られてきましたので、急ぎQ先生にご相談に伺った次第です。

本件建物は、たしかに、工事が終わって、2020年3月15日に引渡し自体は受けたのですが、その際、本件建物に欠陥があることを知りました。

といいますのは、本件建物1階の洋室は子ども部屋として使う予定でしたので、実は、子どもたちの声などが外に漏れないように、また、子どもたちが1年通して過ごしやすくしようと思い、特に防音性能と断熱性能の効果が高い「L」という特殊な断熱材を壁の内部に設置してもらうことを本件契約時にXと約束しておりました。

ところが、Xから本件建物の引渡を受ける際、立ち会っていた同社の担当者から、「実は、仕入れが間に合わなかったため、「L」を使うことができませんでした。申し訳ございませんでした。ただし、代わりに、「L」とほとんど防音性能と断熱性能が変わらないもので、広く断熱材として使用されている『R』という断熱用発泡剤を壁内に吹き付けて仕上げておきました。ですので、全く問題ありません。」とのことでした。突然の話で、私もよく分からなかったため、とりあえず、その場は本件建物の引渡しを受けました。

しかし、Xから残金の請求書が来てから、冷静に考えてみますと、「L」は、Xの方から特に断熱性能や防音性能に優れている新商品であると薦められて取り入れることにした断熱材ですし、それを、私に無断で、『R』という発泡剤式の断熱材の吹きつけの方法に変更されたということも事後に聞かされたのでは、納得できません。いくら、断熱性能や防音性能に遜色がないといっても、約束した工事内容を勝手に変えてしまってもよいのでしょうか。私は納得ができなかったので、知り合いの建築業者に、今から、子ども部屋の断熱材を「L」に取り替える工事をする費用はどの程度かかるかの見積書を出して貰いましたが、その見積書によりますと、「L」の代金と工事費用で、合計100万円（消費税10%込み）かかるとのことでした。

また、残金の請求書に書かれている1430万円という金額の意味も分かりませんでした。残金は1100万円だったはずです。

同じく訴状では、請負代金は合計3630万円（消費税10%込み）などと記載されておりますが、これも違います。本件工事は消費税10%込み3300万円で本件契約をしました。契約書にも請負代金額は「3300万円」と記載されています。

なお、本件契約書の請負金額欄には「3000万円」と訂正の後がありますが、これは、本件契約書の代金額の記載では、契約当時の消費税10%の扱いが不明でしたので、本件契約書の調印の際に、私が、X社長さんに、「3000万円は消費税10%込みの金額なのか」を尋ねたところ、「消費税は別途かかります。10%で300万円です。」といわれたので、私は、「それならば、消費税を加えた税込み金額を記載しておいた方がよいのではないか。」と提案したため、その場で、本件契約書の請負代金の金額を、X社長さんが「3300万円」と訂正しました。その上で双方が本件契約書に調印をしたのです。後から思えば、このとき、金額の末尾に「(消費税10%込み)」と記載して貰っておけば良かったのですが、その時は、そこまで気が回りませんでした。

です。本件契約締結のときに、ソーラーパネル設置工事の増加分300万円を当初の請負代金に上乗せしたなどという事実はありません。私は、東日本大地震の原子力発電所の事故があった際、停電や節電のことで大騒ぎになったことを覚えており、それ以来またこのようなことが起こっても慌てなくてすむように、家を新築するときには、ソーラーパネルを設置して出来る限り自家発電でまかなえるようにしておきたいと考えていたのです。です。本件建物を建築する計画を立てた当初から、ソーラーパネル設置の話しをXの方々には伝えていたと思いますし、契約書記載の「3300万円」の中には、前述のとおり、消費税10%のほか、当然、ソーラーパネル設置工事代金も含まれています。

「私が、本件賃貸借契約を締結して、本件建物に居住していることは間違いありません。私は会社の代表者をしているのですが、事業が上手くいかず、支払をするだけの資力を失ってしまいました。令和元年12月以降の賃料を支払うことができていないのは、そのためです。

- (1) 弁護士Qは、Yの代理人として、Xの請求に対し、どのような抗弁を答弁書、準備書面で主張することが考えられるか。抗弁の名称と、具体的な抗弁事実を記載しなさい。抗弁が複数あると考える場合には、複数記載しなさい。なお、以下の【参考判例】を、改正前民法下の判例であることを念頭において参照しなさい。

**【参考判例】**

最高裁平成15年10月10日第二小法廷判決・判決要旨(判例タイムズNo.1138・74頁)

「建物建築工事の請負契約において、耐震性の面でより安全性の高い建物にするため、主柱について特に太い鉄骨を使用することが約定され、これが契約の重要な内容になっていたにもかかわらず、建物請負業者が、注文主に無断で、上記約定に反し、主柱工事につき約定の太さの鉄骨を使用しなかったという事情の下では、使用された鉄骨が、構造計算上、居住用建物としての安全性に問題がないものであったとしても、当該主柱の工事には、瑕疵がある」

- (2) 弁護士Qは、Yの抗弁とXY間で締結した請負契約証書の位置づけについて検討しなさい。

**〔設問3〕**

紛争解決に当たって民事調停手続を選択する場合の一般的な（本事案と関係なく）メリット及びデメリットについて、民事訴訟における解決を選択した場合と比較して、具体的な違いを述べることで説明しなさい。

以 上

2021年4月11日

担当：弁護士 高橋敬一郎

# 法律実務基礎科目（民事） 解説レジュメ

## 第1. 総論

民事実務基礎の出題傾向については、毎年本答案練習会で分析されているとおり、①訴訟物や請求原因事実などの争点整理、②保全執行に関する分野、③事実認定に関する問題、が続くものと思われる。

今回は、請負契約に関する争点整理、錯誤に関する事実認定を中心に出題をした。聞かれている内容は概ね基礎的な事項であるので、レジュメ、解説等で改めて復習いただければと思う。

なお、昨年度より改正民法による出題となっているので、改正事項についても学習をしていただきたい。

## 第2. 各論

### 1. 〔設問1〕

#### (1) 小問(1)

民事保全に関する出題である。保全関係は、例年出題がなされているので、民事執行と併せて、最低限の制度・条文は押さえてもらいたい。

保全手続としては、①仮差押え、②係争物に関する仮処分、③仮の地位を定める仮処分が代表的な手続である。それぞれの具体的な仮処分の例を把握されたい。

未払請負代金支払い請求のような金銭債権を保全するための手続としては、仮差押え（民事保全法20条1項）の手続があり、被保全権利と保全の必要性を疎明する必要がある。

本問でXに保全の必要性が認められるかどうか不明であるが、その点についてコメントしている答案は加点事由とした。

#### (2) 小問(2)

訴訟物に関する出題である。審理の対象となる権利関係を端的に記載する必要がある。訴訟物の記載方法について、確認しておいてほしい。

本件訴訟における主請求は、請負契約に基づく代金支払い請求権である。

附帯請求については、履行遅滞に基づく損害賠償請求権が発生する。遅延損害金の法定利率は、民法改正の目玉の1つなので留意されたい。

#### (3) 小問(3)

請求原因事実の整理に関する問題である。

主請求については、①請負契約の締結、②仕事の完成が必要と解されている。

すなわち、具体的事実としては、

①原告と被告は、2019年10月10日、被告を注文者、原告を請負人として、本件建物の建築を目的とする下記の請負契約（以下「本件契約」という。）を締結した。

請負代金 3630万円

（支払い方法 3630万円のうち1100万円を請負契約後10日以内、  
1100万円を2019年12月1日まで）

②原告は、2020年3月10日に本件建物を完成させた。★2  
の二つが考えられる。

なお、「仕事の完成」については、請負代金請求権の発生の場面と行使の場面で必要の有無が分かれている。

請負代金債権の「発生」原因事実（権利発生要件）としては「請負契約の締結」の事実だけで足りる。

請負契約は、当事者の一方が仕事の完成を約束し、相手方がこれに報酬を与えることを約束することによって成立する（民法632条）諾成・有償・双務契約である。

それゆえ、判例（最判昭42.10.27民集21巻8号2161頁）・通説は、請負代金債権は、請負契約の締結（＝請負契約の成立）と同時に発生するとしている。

なお、反対説は、請負代金債権は、仕事の完成と同時に発生するとする。この見解に従えば、請負代金債権の発生原因事実として、「請負契約の締結」のほか、「仕事の完成」も主張・立証する必要があることになる。

請負代金債権を行使（請求）する場合（「権利行使要件」）に、請求原因として「仕事の完成」を主張・立証する必要がある。

請負契約は、報酬の支払と仕事の完成とが対価関係に立つ諾成契約であって、請負人の有する報酬請求権はその仕事完成引渡しと同時に履行の関係に立つ（最判昭42.10.27）。

すなわち、民法633条本文は、「報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に、支払わなければならない」と規定するに止まり（この点、改正民法でも変更はない）、同時履行の抗弁権（民法533条）を明文で準用していないが、判例及び学説は、目的物の引渡義務と請負代金（報酬）の支払義務とを同時履行の関係に立たせる趣旨と解している。

そうすると、民法633条本文は、目的物の引渡しが行われる前に目的物が完成していることを当然の前提としており、仕事の完成義務が請負代金（報酬）支払義務の先履行の関係（報酬は後払い）にあることを規定していると解される。

よって、請負代金を請求する場合には、請負契約の締結に付加して、「仕事の完成」をも主張しなければならないことになる。

## 2. 【設問2】

### (1) 小問(1)

問題文の記載の中から抗弁を抽出して事実の適示を求める設問である。なお、抗弁と否認の違いについて、確認されたい。

改正民法における適用条文の変更に注意。請負人の瑕疵担保責任規定の削除、契約（内容）不適合責任への一本化に伴うもの。改正民法下で大きく変更されたところとして、改正民法559条（有償契約への準用）により売買契約に関する各規定が請負契約にも適用となることになった。

契約（内容）不適合（＝瑕疵）の存在

ア 問題文に提示した判例の規範（但し旧民法における「瑕疵」の基準を示しているものである。）

①支柱について特に太い鉄骨を使用することが約定、②これが契約の重要な内容になっていた。

③建物請負業者が注文主に無断で上記約定に反して支柱工事につき約定の太さの鉄骨を使用しなかった。

イ 本件への当てはめ

①子どもたちの声などが外に漏れないように、また、子どもたちが1年を通して過ごしやすくしようと思い、特に防音性能と断熱性能の効果が高い「L」という特殊な断熱材を壁の内部に設置してもらうことを本件契約時にXと約束していた。

- ② Xの方から特に断熱性能や防音性能に優れている新商品であると薦められて取り入れることにしたものであり、契約の重要な内容だった。
- ③ Xは、Yに無断で約定に反し、「L」の設置備え付けをしなかった。  
よって、たとえ、防音性能・断熱性能において劣らない工事がされていたとしても、「契約（内容）不適合」（＝瑕疵）があるといえる。

#### 同時履行の抗弁か相殺の抗弁か

##### ア 同時履行の抗弁の1 契約（内容）不適合修補請求を選択（改正民法559条で準用）

- ① 相手方は、申立人に対して、上記契約（内容）不適合部分の修補を請求する（契約（内容）不適合修補請求の意思表示）→改正民法559条、562条（追完請求には修補請求が含まれる。）※旧民法634条は削除
- ② 契約（内容）不適合部分の修補が済むまで請負残代金の支払いを拒絶する（同時履行の権利主張→改正民法533条括弧書）。

##### イ 同時履行の抗弁の2 契約（内容）不適合部分の修補に代わる損害賠償請求を選択

- ① 契約（内容）不適合により修理費用100万円相当の損害が発生した。
- ② 相手方は、申立人に対し、契約（内容）不適合部分の修補に代えて100万円の損害賠償請求をする（契約（内容）不適合修補に代わる損害賠償請求の意思表示→改正民法564条、415条1項、2項）
- ③ 上記損害金の支払いがあるまで請負残代金の支払いを拒絶する（同時履行の権利主張→改正民法533条括弧書）。

##### ウ 相殺の抗弁

- ① 契約（内容）不適合により修理費用100万円相当の損害が発生した。
- ② 相手方は、申立人に対し、契約（内容）不適合修補に代えて100万円の損害賠償請求をする（契約（内容）不適合修補に代わる損害賠償請求の意思表示→改正民法415条1項）★4
- ③ 相手方は、申立人に対し、損害賠償請求権100万円と請負残代金とを、対当額で相殺する旨の意思表示をする（相殺の意思表示→改正民法505条、506条）。

上記で述べたことは、注文者からの報酬減額請求（改正民法559条、563条1項）として構成することも可能である。

注文者は不適合の程度に応じて代金の減額の請求をすることが出来るものであり、これは不適合を是正するための損害賠償請求権相当額を請負人からの報酬から減額することを請求することが出来る。但し改正民法563条1項により、注文者が請負人に対して、追完（＝修補）を催告したにもかかわらず、これがない場合に代金減額請求ができることとされていることに注意すべき。

上記の手続きを踏むことを前提とすれば、むしろこちらの代金減額請求構成を採る方が、注文者においては相殺の構成を持ち出すよりも簡便かもしれない。

#### <ソーラーパネル設置工事について>

- ① ソーラーパネル設置工事については、本件契約の締結前から申立人に本件契約の内容として依頼していたものであり、当初の本件契約に含まれるものである。
- ② 申立人と相手方の間で、ソーラーパネル設置工事分の請負代金増額の合意をしたこともないし、それゆえ、相手方は、申立人からソーラーパネル設置工事分330万円増額になる旨の説明を受けたこともない。
- ③ よって、相手方は、330万円の支払義務はない。



<抗弁事実についての理由説明について（加点事由）>

同時履行の抗弁を採用した理由について、下記の理由に触れられていれば加点事由とする。  
申立人の請負代金債権と相手方の契約（内容）不適合修補に係る請求権との同時履行の抗弁を主張することにより、請負代金債権に関する遅延損害金の発生を阻止するため。  
上記以外の理由や相殺の抗弁を選択した理由の記載については、裁量点とする。

(2) 小問 (2) 書証と事実認定

XY間の請負代金契約書、特に金額の記載（取消線も含めて）が、Xの主張、Yの主張のどの点の裏付けになるのか整理して欲しい。

ア 原告の主張

請負契約の裏付け  
請負代金の裏付け（消費税を含んでいない）  
ソーラーパネルは本工事圏に含まれる

イ 被告の主張

請負代金の裏付け（消費税を含む）  
ソーラーパネルは、本工事とは別の追加工事  
実務的には、ソーラーパネルが追加工事か否かは、契約証書よりも見積書によって検討、確認することになると思われる。

3. 【設問3】

民事訴訟と民事調停、訴訟と非訟のメリット・デメリット（それぞれの特徴）について確認してもらいたい。個数を挙げる必要は無いが、具体的な記載が必要であると考え。

(1) 調停のメリット（訴訟のデメリット）

- ・民事訴訟における判決手続とは異なり、紛争の実情に即した柔軟で具体的妥当な解決が図られる（オールオアナッシングの判決とは異なる）。
- ・私的自治の下では、本来、私人間において紛争の解決がなされるのが理想であるところ、調停は、一定程度裁判所の関与があるものの、そのベースは当事者の合意による解決であり、私的自治の下での解決方法として好ましいといえることができる。
- ・訴訟とは異なり、当該紛争の解決のみではなく、当事者双方の人間関係も含めた全体的な解決を図ることが可能。
- ・訴訟の複雑・厳格な手続とは異なり、簡易な手続により、迅速に解決が図られる。
- ・調停は、訴訟のような厳格な規則もなく、自らの主張は調停委員会に対して、自由に述べるので、手続について特別な法律知識がない者でも調停を進めることが可能である。
- ・訴訟手続は公開が原則であるのに対し、調停手続は非公開が原則のため、紛争の内容が他人に知られることもなく、個人のプライバシーが守られる。
- ・民事訴訟の場合には証明責任の負担が課されるため、裁判官に証明責任を負う事実につき確信を抱かせる程度の立証活動が求められるが、民事調停では、証明責任原理が働かないため、そのような証拠方法を持ち合わせない場合の柔軟な解決手段として利用することができる。
- ・民事訴訟手続よりも費用負担が軽く、解決までの期間が短い。
- ・損害額が不明な場合の損害賠償請求においても利用が可能（調停手続内で損害額を確定させるなど）。
- ・裁判を好まず、比較的温和に解決をしたい人には利用価値がある。

等

(2) 調停のデメリット（訴訟のメリット）

- ・民事訴訟と異なり, 合意に至らない場合, 強制的な紛争解決基準は示されない（紛争が止まない）。
- ・民事訴訟と異なり, 相手方が出頭しない場合には, 解決方法がない。
- ・管轄については, 民事訴訟と異なり, 義務履行地の管轄（民訴法5条1号）が認められておらず, 特別の規定を除いて相手方の住所, 居所, 営業所もしくは事務所の所在地を管轄する簡易裁判所とされているため, 申立人が遠方の相手方住所地の裁判所へ出向かなければならない可能性がある。
- ・民事訴訟における判決と異なり, 調停には既判力が生じないため, 紛争の蒸し返しの危険がある。
- ・調停に代わる決定（民事調停法17条）があったとしても, 異議を述べれば効力を失い, それまでの手続が無駄になってしまう（終局解決にならない）。

ご質問等ございましたら, 担当講師高橋敬一郎にメールを送って下さい。

M a i l : dqn06751@nifty.com

以 上

2021年4月11日

担当：弁護士 高橋敬一郎