

民法総合3

出題の趣旨と問題解説

文責 松岡 久和

この文章は、横山教授との十分な検討を経ているが、最終責任は松岡に属します。

【出題の趣旨】

(1)(2)とも民法総合3の範囲において修得すべき基本的な知識を具体的な事例に即して尋ねる問題が中心となっているが、それに、やや難しい問題をも付加しており、自ら考える応用力がどの程度ついているかをも問うている。

(1)は、①譲受債権の履行請求についての要件事実に関する基本的な知識を尋ねているほか、次のような実体法上の問題を含む。②主たる債務者にのみ債務者対抗要件が備えられた債権譲渡の効力が連帯保証人に及ぶかという問題、③連帯保証人が債務者の有する債権による相殺の抗弁を主張できるかという問題、④債権譲渡時に相殺適状でなかった場合に相殺が主張できるかという問題、さらに、⑤主たる債務者の有する反対債権による相殺の抗弁の法的性質と主たる債務者のおこなった異議を留めない承諾がどのような関係に立つかという問題である。①～③は、条文知識を含め、きわめて基本的な問題についての正確な知識を有しているかを問うている。これに対して、③については、考え方が対立し、少し難しい問題である。さらに④については、解説で述べるように、かなり難しい問題を孕んでおり、その点に気付けば、かなりの応用力があるものと思われる。

(2)は、まず、物上保証人Cの主たる債務者Bに対する求償権と連帯保証人Dに対する代位をどの範囲で行使できるかを尋ねている。これは、両者の違いが正確に理解されているか否かを尋ねる基本的な問題である。次いで、B所有の甲上にAが有している抵当権を代位行使する場合には、次のようないくつかの点が問題となる。(a) 一部代位の場合の代位者Cと原抵当権者Aとの関係。(b) 抵当権に基づく競売を選択する場合、抵当権とEの賃借権との関係。(c) 抵当権に基づく賃料債権への物上代位や担保不動産収益執行を選択する場合、地代前払いが抵当権者に対抗できるか否か。(a)(b)は基本的な問題であり、具体的事例に即して分析し、法的な問題点をどの程度正確に把握できているかが問われる。これに対して、(c)は応用的な問題で、一義的な答えはなく、考慮すべきポイントを取り上げてそれなりに検討ができていれば十分である。

【問題解説】

以下の解説は、いわゆる模範解答ではありません。すなわち、ここまで書けるとは期待も想定もしていません。大まかに言って、答案に基本的な理解がそれなりに示せていれば、そのポイントについては合格点で、さらに突っ込んだ考察ができていれば加点するというつもりでいます。

(1) (a) Fの請求原因

① α債権の発生原因事実として、2005年4月15日のA B間での消費貸借契約の締結（元本債権につき、返還約束・元本授受・弁済期の合意・弁済期の到来。利息債権については、これに加えて、利息支払の合意と一定期間の経過）。

② α債権を担保するAのDに対する連帯保証債権の発生原因事実として、同日の連帯保証契約の締結（なお、民法446条2項の書面要件は、充たされている）。

③ α債権の取得を基礎づける事実として、2006年3月1日のA F間でのα債権の売買契約の締結（通常理解では、特約がない限り、現存する権利は即時に移転する。代金額支払いの事実不要と解される。また、債務者対抗要件は、(第三)債務者Dの抗弁事由となり、請求原因には入らない。なお、売買を主張せず抽象的に「債権譲渡の合意」を請求原因とする考え方も成り立たないわけではない）。

※①～③の事実を明確に指摘することで良い。利息付消費貸借契約の締結について、細かく指摘することは、本問では争われないため必ずしも不可欠ではない。

(b) 考えられるDの主張とその当否

1) Dは、Dに対する（連帯）保証債権の債権譲渡の対抗要件が備わっていない点を抗弁とすることができるか。

（連帯）保証債務は主たる債務に付従・随伴するため、主たる債務について対抗要件が備わっていれば、保証債務について別個に対抗要件が備わっていても、債権の譲受人Fは、連帯保証人Dに対して、債権の譲受を対抗できると解されている（判例・通説）。したがって、Dが対抗要件の抗弁を主張しても、その主張自体失当となる。

2) Dは、BのAに対するβ債権を自働債権とする相殺を主張できるか。

i 相殺の抗弁の前提問題

保証人自身は債権者に対して反対債権を有していない。β債権はあくまでBの債権である。しかし、民法457条2項により、保証人は、主たる債務者の反対債権（β債権）による相殺を（本件ではα債権の）債権者に対抗できる、とされている。ただ、この相殺の意味については、保証人が現実には他人である主たる債権者の反対債権（本件ではβ債権）を処分する援用権限が認められるのか、単に主たる債務者が相殺を主張するか否か明確になるまでは、債権者に対して履行を拒絶できるにすぎないのか、という理解の対立がある。

ii 相殺の抗弁権と両債権の弁済期

まずは、債務者Bが異議を留めない承諾をしたことを度外視して、単純にα債権について債務者対抗要件としての承諾が備わった場合の法律関係を考えてみる（本件では、この意味での承諾があることは疑いが無い）。ここでの問題は、α債権がAからFに譲渡されており、債権譲渡に債務者の承諾という債務者対抗要件（民467条1項）が備わった2006年3月2日の時点では、α債権の弁済期が同年4月15日、β債権の弁済期が同年3月31日であって、相殺適状にはなかったという点である。

判例は、債権譲渡と相殺の場合にも、いわゆる無制限説を採っていると理解されており（この評価には異論はある）、無制限説によれば、債権譲渡の債務者対抗要件が備わるまでに両債権が発生していれば、それぞれの債権の弁済期がその時点で到来していなくても、さらに、その弁済期の先後を問題とせず、相殺適状が生じた段階で相殺の主張をすること

ができる、という。学説にもこれを支持する見解が少なくない。この見解によれば、BはFに対して相殺を主張できるし、付従性に基づいて主たる債務者よりも重い責任を負うことのない連帯保証人Dもまた、Fに相殺を主張できることになる。

これに対して、学説で有力な見解（制限説Ⅰ－弁済期前後区別説）は、債権譲渡に債務者対抗要件が備わった時点で、相殺適状にあることまでは必要としないが、ドイツ民法の規律を参考に、自動債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも先に到来する場合にのみ、（相殺適状が生じた後に）相殺の主張を認める。逆の場合には債務者は、自ら先に弁済をしなければならず、その履行を遷延して相殺適状になるのを待って相殺を主張することには合理的な期待はなく、それよりも債権譲受人の取引の安全が優先される。

これを本件に当てはめて考察すると、自働債権となるβ債権の弁済期は、α債権の弁済期より先に到来するため、主たる債務者BはFの履行請求に対して相殺の抗弁を主張できる。そして、Bが相殺の抗弁権を主張できる以上、連帯保証人Dもまた、相殺の主張ができる。

なお、制限説Ⅱ（合理的期待説）は、単に弁済期の先後だけではなく、相殺予約等により相殺の期待が当事者間でどの程度重視されたかをも総合的に考慮するものであるが、相殺予約等の特約が存在しない本件においては、結論的に、無制限説や制限説Ⅰと同じ結論になる。

これに対して、相殺適状説は、弁済期の前後を問わず、債権譲渡の債務者対抗要件が備わる前に相殺適状であった場合にのみ、譲受人に対する債務者の相殺の抗弁を認める。本件では、債権譲渡の債務者対抗要件が備わった時点では、相殺適状にはなかったため、BはFに相殺を主張できず、Dも相殺を主張できない。

※判例が無制限説か制限説かについては評価が分かれ、いずれか未定であると解するのが最も正確な評価であろう。ただ、相殺適状説でないことはたしかである。そのため、答案では、少なくとも、無制限説と制限説によればどうなるかは検討しておかないと、裁判になった場合の予測として不十分である。

iii 主たる債務者の異議を留めない承諾の効力

上記iiのように、相殺適状説を採れば、そもそもこの点を論じるまでもなく、Dの相殺の抗弁は退けられることになるが、無制限説又は制限説を採れば、なおこの点が問題となる。

異議を留めない承諾（民468条2項）によって抗弁権が譲受人に対抗できなくなる根拠については、抗弁権の存在について善意の債権譲受人の信頼を保護するためである（判例・通説である公信力説）とか、異議を留めない承諾を行った債務者にそのような行動と矛盾する主張を認めるのは信義則の一発現形態である禁反言則に反し認められないからである（禁反言説ないし二重法定効果説）という理由付けが主流であるが、古くは、債務者が譲受人に対して抗弁の付着しない債務を引き受けた効果であるとの説明もあった。しかし、いずれの見解に立つとしても、主たる債務者が勝手に行った異議を留めない承諾によって保証人が責任を加重される結果は認められず、連帯保証人Dは、Fに対して、相殺の抗弁を主張できそうに思われる。

もっとも、iで触れたように、民法457条2項の趣旨を、保証人に直接的な相殺援用権を認めるのではなく、主たる債務者が相殺を主張するか否か明確になるまで履行拒絶権を与

えるにすぎないと解する見解に立てば、むしろ結論は逆になろう。なぜなら、異議を留めない承諾をしたB自身が、確定的に相殺の抗弁を遮断されてしまう結果、主たる債務者に相殺の抗弁が主張できることを前提とする履行拒絶権は、前提を欠き成り立たないからである。

補足 「履行拒絶権構成を採ったとしても、『前主の有する以上の権利を取得することはできない』との原則が妥当し、保証人が債権譲渡の時点で譲渡人に対して履行拒絶権を行使できる地位を有していた以上、その地位を債権譲渡によって一方的に奪うことはできず、このことは、主債務者が異議を留めない承諾をした場合も異なるものではない、と考えるべきではないでしょうか。」という質問をいただいた。

上記の解説は、履行拒絶権構成では、保証人が有している利益は、主たる債務者が相殺の援用をするかしないか未定の間は履行を拒める、と解するので、主たる債務者が相殺の援用を行わないもしくは行えない場合には、保証人には履行拒絶ができない、ということになる。保証人の抗弁権は、主たる債務者が反対債権を有しておれば、その額だけ債務を免れるというほど強固なものではなく、主たる債務者が自己の意思で相殺を援用しない場合には、相殺による減責の期待は保護されないのである。そうだとすれば、質問者のように、主たる債務者の異議なき承諾によって相殺の抗弁が主張できなくなっても、「その地位を債権譲渡によって一方的に奪う」ものとは言えないように思われる。

もっとも、質問者のような理解をして相殺の抗弁を許すことが、絶対に誤りとまでは断定できる自信はない。そのような解答であっても、誤りとししないのみならず、むしろ、よく考えて検討しているということで、プラスの評価をしたい。

※iiiはやや応用的で、後半は書けなくても良い。

(2) 物上保証人の保護

(a) B及びFとの関係

1) Bに対する求償権

抵当権を実行されて乙の所有権を失ったCは、当然に債務者Bに求償することができる(民351条・372条)。求償債権の額は、BC間の物上保証(抵当権設定)委託契約の内容によって定まるが、特約がなければ、準用される民法459条→442条2項により、4000万円+配当時以降の法定利率年6%(商514条)+不可避の費用その他の損害である。

2) 甲上のBに対する抵当権へ的一部代位

i 一部代位

物上保証人は債務の弁済について正当な利益を有するから、弁済(抵当権の実行はこれに準じること)により当然に債権者に代位する(民500条)。本件では、 α 債権は6000万円で、乙の競売によって被担保債権全額は消滅しないので、代位者Cはその弁済した価額に応じて、債権者とともにその権利を行使できる(民502条)。本件では、 α 債権がAからFに譲渡されており、 α 債権を担保する甲・乙上の抵当権もこれに随伴してFに移転している。したがって、DはFのBに対する甲上の抵当権に一部代位し、Fと共にこの抵当権を行使することができる。

なお、本件では、甲・乙は共同抵当関係にあったが、甲は債務者所有の不動産、乙は物上保証人所有の不動産であり、前者が究極的に責任を負うことになるから、不動産価額に

応じて負担を割り付ける民法392条の規定は適用されず、Dは、甲の売却代金の全額について（一部）代位を行うことができる。

ii 一部代位の場合のFとの間の法律関係

一部代位については、一部代位者DがFの同意を得ずに抵当権を実行できるか否か、仮にそれができるかFの同意を得て抵当権を実行した場合に、売得金4000万円をD Fがどのような割合で受領できるのかについては、争いがある。

判例（大決昭和6年4月7日民集10巻535頁）は、民法502条1項は権利行使に制限を付していないという理由で、一部代位をした者が単独で抵当権を実行できるとする。これに対して、通説は、原抵当権者がまだ被担保債権につき全部の満足を得ていない以上、その抵当権実行時期の選択の自由を保障する必要があるとあり、Dは単独では抵当権を実行できないとし、抵当権が実行された場合、原抵当権者が優先して満足を受けるとする。この見解に立てば、Dは単独では抵当権を実行して求償権を回収することはできず、抵当権が実行された場合も、まずFが残債権額2000万円の配当を受け、その後にDが2000万円の配当を受けることになる。判例（最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁）も、一部代位者は、原債権者に劣後することを認めた。

※求償権の額を詳しく書かなくてもBに対する求償権が発生すること、一部代位が可能なことを論じていれば、基本は良い。iiの一部代位の場合の法律関係についても、問題点が指摘できていれば良からう。

(b) Dとの関係

Dは、FがDに対して有している連帯保証債権に対しても（一部）代位できる。ただ、「保証人と物上保証人の間においては、その数に応じて、債権者に代位する」（民501条5号）との制限があるので、上限は被担保債権額6000万円の半分の3000万円である。具体的に代位できる額については、3000万円なのか（民501条5号のみを単純に適用し制限内では代位を認める）、負担部分を超える1000万円にとどまるのか（物上保証人の負担部分が501条5号で3000万円と規定されていると解し、民465条1項を類推適用して、1000万円しか求償できないから、代位もその範囲にとどまるとする）、弁済額4000万円の半分の2000万円なのか（民442条についての判例・通説を応用し、出捐額の1/2の求償を認め、その範囲で代位ができるとする）について、考え方が分かれうる。

※民法501条5号を指摘し、求償権全額について代位できるわけではないことが示されていれば、代位できる額については、何らかの考察がなされていけば良い。

(c) Eとの関係

1) 競売を選択する場合

DがFの同意を得るかFと共に甲の競売を申し立てた場合（上記(a) ii 参照）、Eの賃借権は、抵当権の設定登記に遅れて締結されたものであるから（しかも、土地賃借権の対抗要件は、民法605条の登記か、借地借家法10条の地上建物の登記に限られ、引渡しでは足りないから、Eの賃借権には対抗要件が備わっていない）、抵当権者及び買受人には対抗できず、抵当権の実行によって消滅する（民執59条2項）。

Eの賃借権は、土地の賃借権であるから、民法395条の明渡猶予期間は与えられない。

2) 賃料債権に対する物上代位又は不動産収益執行を選択する場合

考察の前提（この部分は模範答案ではなく、書く必要はない。もっぱら解説用である）

DがFの同意を得てAのEに対する賃料債権に対して物上代位権を行使する場合のみを考える。というのは、DがFと共に物上代位権を行使する場合には、原抵当権者が優先する結果（上記(a) ii 参照）、Dが実際にEから賃料を取り立てられる余地はない。また、本件のようなケースでは、理論的には不動産収益執行の申立てもありえないわけではないが、管理コストとの関係で経済合理性を欠くため、普通には考えられないからである。

i 賃料債権に対する物上代位

抵当権の効力として、賃料債権に対して抵当権者が物上代位権を行使できることは、判例・通説が認めているところである。この理は、代位によって抵当権を行使する場合にも何ら変わるところはない。Eの有する甲の賃借権は、本来、FやDに対抗できないものであるが（上記(c) i 参照）、FやDの抵当権の実行による競売で買受人が登場するまでは、抵当権侵害や保全処分によって占有・利用を否定されない限り、Eの使用継続は認められるから（民執46条2項参照）、その間、FやDがEの賃借権を認めて物上代位権を行使することは可能であろう。

ii 賃料の前払い

Dの賃料前払いが抵当権者（F及び一部代位者D）に対抗できるかどうかについては、考え方が分かれるだろう。講義で取り上げた最判平成14年3月28日民集56巻3号689頁のように、差押債権者は、あるがままを差し押さえるという発想に立てば、前払いは何の公示も対抗要件も必要とせず、差押債権者にも対抗できるという判断がありうる。一方、これも講義で取り上げた最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁の趣旨を重視すれば、すでに抵当権設定登記があつて賃料債権と反対債権の相殺が対抗できないとする以上、抵当権者に不利益となる抵当権設定登記以後の前払いは、抵当権者に対抗できない、という見解も成り立つ。

前者の見解に立てば、Dの物上代位権の行使は、対象が存在しないので空振りとなり、Eは重ねてDに賃料を弁済する必要はないことになる。これに対して、後者の見解に立てば、Eは前払いをDに対抗できないので、重ねてDに賃料を支払わなければならないことになる。

iii Fの抵当権実行とDの物上代位の関係

FがDの物上代位権の単独実行に同意したとしても、それだけではFの抵当権実行による競売の申立権は失われない。仮に賃貸借契約が抵当権者や買受人に対抗できるものであつても、買受人の所有権取得以後に発生する賃料債権はもはやAの責任財産を構成しないから、Dの物上代位権はそれまでに発生した賃料債権を限度に主張できるにとどまる。まして、本件では、Eの賃借権は抵当権者や買受人に対抗できず、競売によって買受人が登場するまでの使用継続を基礎づけるにすぎないから、なおさら、Dの物上代位権はそれまでに発生した賃料債権を限度に主張できるにとどまる。

※(c)2)は、全体にかなり応用的な問題であり、i やiiiの問題性には気付かないかもし

れないので、ii についてそれなりに検討ができていれば良い。