

2015年度同志社大学大学院司法研究科
転入学試験問題（Cコース）解説
民法

（問題1）

以下の【事実】を読んで、【設問】(1)(2)に答えなさい。（20点+30点）

【事実】

(1) 建築業者Xは、自動車の販売業者Aに対して債権額300万円の工事代金債権を有していた。しかし、期限にAは弁済ができなかったため、話し合いにより、Aがトラック運送業者Yに対して有していた売買代金債権（甲債権：債権額300万円、弁済期平成25年9月1日）を譲渡することで支払いに代えることとし、平成25年7月15日に譲渡がなされ、AからYに対し同日の確定日附のある債権譲渡の通知がなされ翌日これはYに到達した。

(2) Xは、甲債権の支払期日にYに対して支払いを求めたところ、支払いの延期を求めるなど言を左右にして支払いをしてくれない。なお、Aは事業に失敗して11月はじめ頃行方知れずとなった。

(3) 業を煮やしたXは、Yを被告として、甲債権の支払いを求めて平成25年11月20日に、裁判所に訴えた。

(4) 同年12月10日に開かれた第一回目の公判期日に、Yは、YがAに頼まれてAに融通していた貸金債権（乙債権：債権額200万円、弁済期平成25年12月1日）と対当額で相殺すると抗弁した。

(5) このYA間での金銭の消費貸借契約は平成24年12月1日に成立したものであったが、この契約においては、Aに債務不履行などが生じた場合における期限の利益喪失にかかる特約であるとか、期限の如何を問わず相殺ができる旨の相殺の予約などは定められてはいなかった。また、甲債権は乙債権より後（平成25年3月1日）に発生したものであるが、債務者Yと債権者Aとの間で甲債権の譲渡禁止にかかる特約は結ばれてはいなかった。

【設問】

(1) 本設例でのYの相殺の抗弁を認めることに関して、解釈上問題となっている条文は民法の第何条か、その条文のどの文言をどのように解釈すればYの相殺の抗弁が認められることになるか。

（問題の趣旨）

・民法468条第2項「通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に對抗することができる。」の「事由」に、自分が債権者に対して（その時点で有している）債権をもって相殺することができる地位を含むかどうかを問う問題である。

・通知の時点で相殺適状にある場合、相殺適状になくとも、相殺できるとの期待、つまり、双方の債権について期限が到来したら（相殺適状が生じたら）、その時点で、相殺をすることができるという期待、しかも、本設例では、かりに先に受働債権の弁済期が先に到来し、自働債権の弁済期が後で到来するという関係がある場合にも適状になるまで持ち越せば相殺できるとの期待を含むものであると解釈することで、相殺の抗弁が認められる。

(2) 本設例でのYの相殺が認められるかどうかにつき、各自妥当であると考えられる結論（相殺が認められる、または、認められない）を述べたうえ、その結論につき適切な根拠付けをなさい。その際、相殺制度の目的及び機能をどのようにとらえるのかについて必ず言及しなさい。

設問（2）について

・各自、相殺できる、できないという結論を述べ、その根拠を展開する。

・相殺の担保的機能については、民法 511 条（支払いの差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止）をめぐって議論があるが、相殺の担保的機能を利用することが、民法 468 条の譲渡の局面でも（本件のようなYについても）、認められるかどうかの問題とされる。

譲渡がなされなければ、Yは相殺をして、債権の回収を優先的に図ることができた。したがって、通知が来るまでにAに対して対抗できた権利は譲渡後も対抗できるとしなくてはならない。それは、相殺が持っている担保的機能である。これが、どこまで認められるか。これがここでの問題である。この単純な意味での担保的機能という意味では、511 条の場合と利益状況が同じである。

そこで、（511 条に関する判例を参考にでき、それに基づいて述べると）、相殺（の担保的機能）の認められる範囲が狭いものから順番に、(1) 譲渡通知時現在すでに相殺適状にある場合のみ、(2) 将来相殺できる利益（甲債権を担保にとっており、将来それにより、他に優先して、自己の債権回収ができる。）も認める。後者については、(2-1) 自働債権が先に弁済期が到来し、自分の方から先に支払いを求めることができる範囲で相殺を認める、つまり相殺に対する「正当な期待」があるといえる場合にのみ相殺を認める、(2-1) 弁済期の先後を問わないで、相殺の期待は全て保護する（自動債権の成立が譲渡より前であることは必要）、つまり、先後を問わず、後に相殺適状になれば相殺を認める（相殺の担保的機能を最大限尊重する）、という 2 つの立場があり得る。以上の考え方の対立は、民法 468 条の譲渡と相殺においても、相殺の担保的機能を述べる限りで同じである。

本設問では、相殺が認められるとの結論を述べる場合には、自働・受働いずれの債権も通知の時点では履行期が来ておらず、しかも自働債権の弁済期が後であるので、その根拠として、上記の (2-2) をもってくる必要がある、他方、認められないという結論を述べる場合には、(1) または (2-1) のいずれかをその根拠とする必要がある。

最高裁判所の判例は、事例判例であるが前者の無制限説の立場に立っていると理解されている。

(問題2)

以下の【事実】を読んで、【設問】(1)(2)(3)に答えなさい。(20点+20点+10点)

【事実】

(1) G銀行はS会社に対し金1000万円を貸し付けた。その際、その債務の担保としてS会社の代表取締役Aの妻Bの父親Cの所有する甲不動産に抵当権の設定を受けている。

(2) この抵当権の設定は、G銀行と、Cの代理人と称するBとの間でなされた。Bは抵当権の設定およびその登記をするために必要である、C名義の委任状、甲不動産に関する登記識別情報(または登記済証)、Cの実印、印鑑証明書などを持参していた。

(3) その後、S会社が上記の貸付金債務を期限に弁済しなかったため、G銀行は、不動産競売の方法でもって甲不動産に対する抵当権を実行した。

(4) これに対して、Cは、Bの代理による甲不動産に対する抵当権の設定は、Bが、Cの机の中にあつたCの実印、甲不動産に関する登記識別情報をCに無断で持ち出し、文書を偽造するなどして勝手におこなつたもので、無権代理行為によるものであるとして異議を申し立てた。

【設問】

(1) Bの代理による抵当権設定行為が無権代理であるとして、G銀行はなお抵当権の効力をCに対して主張することが考えられるか。また、その抵当権の効力の主張は、上の事実関係において認められることがあるのだろうか、検討しなさい。

(問題の趣旨)

・この設例で表見代理の成立があるかどうかの検討を求めている。

・代理権を有しない者が他人の代理人としてなした契約――ここでは抵当権設定行為――は、本人がその追認をしなければ本人に対して効力を生じない。本設例では、本人Cは異議を申し立てているので追認は拒絶されており、本人に対して抵当権の効力を主張できない。もっとも、民法109条、110条、112条の規定による表見代理が成立することがあれば、本人の責任を追及することができる。したがって、G銀行は、Cに対して、表見代理の成立を主張することが考えられる。

この主張が、本設例の事実関係において認められることがあるか。否定されるであろう。確かに、Bには甲不動産に抵当権を設定することができる実印、書類等が整っているため、代理権の外観はあるといえ、G銀行がBの代理権が欠けていることにつき善意・無過失であ

るといえば表見代理の成立が認められそうではあるが、しかし、この外観は本人Cの関与によるものではなく、代理人Bが勝手に作り出したものであり、Cには民法 109 条の代理権を授与した旨の表示、民法 110 条の基本代理権の存在、民法 112 条の過去の代理権の存在が認められないので、表見代理成立の要件は具備されていない。

(2) G銀行は、Bに対して無権代理行為の責任を追及するとして、いかなる根拠で、いかなる内容の責任追及が可能か。また、それは、認められるかどうかを検討しなさい。

(問題の趣旨)

・この設例で、無権代理人の責任が成立するかどうか、その内容についての検討を求めている。

・無権代理人は代理行為の相手方に対し、代理制度の信用を維持するという趣旨で、本人が負うのと同様な責任を負うべきであるとされている(民 117 条)。その責任内容は、相手方(本設例ではG銀行)の選択により、履行または損害賠償である(本設例では、あり得るのは後者のみである)。しかし、同条によると、無権代理をした者はその責任追及に対して以下のことを主張立証することで免責される。この設例で関係しそうなもののみ指摘すると、他人の代理人として契約をした者Bが代理権を有しないことを相手方Cが知っていたときまたは過失によって知らなかったこと、である。

この免責が認められるか。本設例のような、ある者(C)が他人(S会社)の債務のために保証または物上保証をする場合であって、その保証または物上保証の契約を債務者またはそれと密接な関係にある者が代理する場合には、債権者としては、ある種の利益相反的な行為として真実代理権があるかどうかにつき注意深くあるべきであって、また、実印などを持ち出すことが容易であると思える本人と密接な身分関係にある者が代理人として登場する場合には、一層債権者は注意深くあるべきであって、このような場合には(本設例ではどちらでもある)、債権者は本人に保証(物上保証)意思の確認をおこなうべきであり、その確認をなさなかったのであれば、代理権の不存在を知らなかったとしても、知らないことにつき過失があるというべきであって、無権代理人の責任追及ができない場合に当たることなろう。

ただし、細かな議論になるが、本設例のように、無権代理人が自ら無権代理であることを重々承知の上で無権代理をし、いわば、相手方を引き込んでいる場合にまで、無権代理人に相手方の過失を指摘することで免責を主張させることは妥当ではないとの考えもあり得る。この考えでは、このような場合の免責の主張を信義則違反としてその主張を押しやる(無権代理人としての責任を負わせる)、あるいは、免責はあり得るとしても、民法 709 条の規定による、相手方(G銀行)から、無権代理人(B)に対する損害賠償を認めることが考えられよう。

(3) 【事実】(4)の前にCが死亡しBがその唯一の相続人であり相続につき単純承認したとして、【事実】(4)において抵当権の実行に対して、抵当権設定が無権代理行為によるものであるとして異議を申し立てたのがCを相続したBであった場合、この異議は認められるか、検討しなさい。

(問題の趣旨)

・無権代理人が本人を単独で相続した場合、無権代理行為は有効になるかを問題としている。

・この設問は肯定される。代理における本人が死亡しその地位を無権代理人が単独で相続した場合には、無権代理人は本人たる地位を相続すると同時に無権代理人の地位をも保持しており、法的には二重の資格を兼ねることになる。従って、本人たる地位に依って無権代理行為の追認を拒絶することもあり得るが、二重の資格を得たからといってそのようなことが許されるであろうか。無権代理をした本人が、後になって、自らの行為が無権代理であったとして無効を主張することは信義に反することであり、従って、無権代理行為の追認をするほかなく、有効の扱いとなる。結論としては、Bの異議は認められない。

(以上)