

1  
**第 1 設問 1 について**

2  
**1 A が C に対して、保証債務の履行を請求するために必要な主張**

3  
(1) 平成 22 年 6 月 11 日、A が B に対して、甲土地を、代金 6000 万円で  
4  
売った（主たる債務。保証契約の成立における付従性から必要）。

5  
(2) B が A との間で、同日、(1)の売買代金債務を保証するとの合意をし、書  
6  
面を作成した（保証契約の成立）。

7  
(3) B が C のためにすることを示した（顕名）。

8  
(4) C が A に対して保証人になることを告げて、(2)の保証契約の効果が自己  
9  
に帰属することを承認する旨の意思表示をした（追認）。

10  
**2 1 の主張に含まれる問題点**

11  
446 条 2 項は、保証契約は書面でしなければ、その効力を生じないと規定  
12  
するが、本件では、1 (2)の書面には、C 代理人 B という形式で B の署名しかな  
13  
い。代理人行為説によれば、代理人作成の書面があるから、B A 間の保証契約  
14  
の成立要件を満たすといえる。しかしながら、無権代理人 B による契約の効果  
15  
は本人 C に帰属せず、本件では、効果帰属要件として追認を主張しており、書  
16  
面には、保証人 C の署名がないので、446 条 2 項の趣旨から、追認により効  
17  
果を帰属させてよいか否かが問題となる。

18  
446 条 2 項の趣旨は、片面的に義務を負うことになる保証人を保護するた  
19  
めには、保証人の保証意思が外部的に明らかになっていることを要するとする  
20  
ことにある。とすれば、少なくとも、保証人の保証意思が、主体性をもって、  
21  
書面上に表示されることを要すると解すべきであり、本件のような、無権代理  
22  
の追認の場合は、債権者に対して書面で保証を追認する旨の意思を表示したと  
23  
認められる場合に限るものと解する。これを本件についてみるに、書面上には、

1  
代理人 B の署名しかなく，追認の際に新たな書面を作成することができたにも  
2  
かかわらず，追認の意思表示は電話でなされたにすぎず，主体性をもって書面  
3  
上に表示されていない。よって，本件の場合は 446 条 2 項の趣旨から，その  
4  
効果は帰属しない。

5  
**第 2 設問 2 について**

6  
**1 B の主張**

7  
(1) B F 間の賃貸借契約に基づき，賃借人 F は貸貸人 B に対して，丙建物 1 階  
8  
部分につき，契約終了時に引き渡すべき義務を負担しているため，引渡まで，  
9  
保管につき，善管注意義務を負担する（400 条）。

10  
(2) F は H との間で，丙建物内装工事につき，請負契約を締結し，H は，工事  
11  
の際に，誤って丙建物の一部に亀裂を生じさせたことから，雨漏りが生じた。  
12  
修繕のため，B は E に対して 100 万円を支払った。

13  
(3) H は F の債務につき，履行補助者の立場にあり，(2) の H の過失は，信義  
14  
則上，F の過失というべきである。

15  
(4) よって，F は B に対して，B の善管注意義務違反を根拠として，100 万  
16  
円の損害賠償を請求することができる。

17  
**2 F の主張**

18  
H は履行補助者ではない。H は履行代行者であるが，F は履行代行者の選任  
19  
監督について過失はない。

20  
**3 いずれの主張が認められるか。**

21  
(1) 415 条の「債務者の責に帰すべき事由」には，債務者の故意過失だけで  
22  
なく，債務者の従業員のように手足となる者（真の意味における 履行補助者）  
23  
の故意過失も，信義則上含まれると解する。履行補助者を使用することによ

1	り活動を広げているからである。
2	(2) ところが、本件の H は、F とは独立した内装業を営む企業者(履行代行者)
3	である。賃貸人 B の承諾を得ているから、明文上履行代行者を使用すること
4	が許される場合と同視することができる。債務者の手足である履行補助者と
5	は異なり、独立した企業者であるから、その過失を全て債務者の過失とする
6	のは公平ではなく、債務者 F は、履行代行者 H の選任監督に過失がある場合
7	に限り、履行代行者の過失について責を負うと解すべきである。
8	(3) これを本件についてみるに、F はコーヒーショップを経営する者であり、
9	内装工事については、専門業者に任せるしかない立場にある。選任監督につ
10	いて過失があるという場合は通常考えにくく、本件でも、そのような事情は
11	見当たらない。
12	(4) よって、F の主張が認められる。
13	<b>第 3 設問 3 について</b>
14	<b>1 判例の判断</b>
15	D が依拠した判例(最判平成 13 年 3 月 13 日。以下「本判例」という)は、
16	差押えがされた後においては、相殺に対する賃借人の期待を抵当権の効力に優
17	先させる理由はないと判断している。
18	<b>2 本件について</b>
19	(1) B が G に対して負担している債務は、608 条の <u>必要費償還義務</u> である。
20	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
21	用をいうところ、本問で支出された費用の 30 万円は、台風により窓が損傷
22	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
23	借物を用法に従って使用・収益するために必要なものだからである。

1  
(2) 台風という不可抗力により窓が損傷し、建物の交換価値が減少した場合、  
2  
これによる損失は、所有者 B が負担すべきものである。賃貸借契約において  
3  
は、本来、賃貸人 B が修繕義務を負担する（606 条 1 項）。賃借人は、修  
4  
繕されるまで、賃料の全部又は一部の支払を拒むという同時履行の抗弁権を  
5  
有すると解されており、修繕がなされなければ、賃料を支払う必要はない。抵  
6  
当権者が、目的物の交換価値を優先的に把握するといっても、このような範  
7  
囲でしか認められないはずであるし、抵当権者も予期することができる内容  
8  
のものである。

9  
(3) 他方で、賃借人は、目的物を使用収益する必要があるので、賃貸人が修繕  
10  
義務を直ちに履行しない場合には自ら修繕するしかなく、必要費償還請求権  
11  
の取得を思いとどまることができない立場にある。賃借人は、必要費償還請  
12  
求権を賃料債権と相殺することによって回収できるとの強い期待を有して  
13  
いる。賃借人が修繕することは、目的物の交換価値の維持に繋がり、抵当権  
14  
者の利益にもなる。

15  
(4) そうすると、賃料と(1)の必要費償還請求権の相殺を認めなければ、損傷  
16  
による損失を賃借人 G の負担とし、抵当権者 Dが、本来認められない利益を  
17  
得る結果となり、(2)及び(3)の分析から妥当ではない。

18  
(5) 以上から、本判例とは異なり、差押えがされた後においても、相殺に対  
19  
する賃借人の期待を抵当権の効力に優先させるべき理由がある。

20  
(6) よって、本件では、G は、G の負担する賃料債務と B の負担する必要費  
21  
用償還義務の相殺をもって、抵当権の効力に優先させるべきである。

22  
以 上  
23