

【民法】

設問1

小問(1)は、AのBに対する6000万円の債権を担保するために、債務者所有不動産甲と物上保証人(C)所有不動産乙に第一順位の共同抵当権が設定、債務者所有不動産甲についてEのBに対する2400万円の債権を担保するために第二順位の抵当権が設定、物上保証人所有不動産乙について物上保証人Cに対するDの4800万円の債権を担保するために第二順位の抵当権が設定されたものにおいて、物上保証人所有不動産乙から抵当権が実行された事案である。

問題は、この場合に物上保証人Cが債務者所有不動産甲の第一順位の抵当権を実行する際の法的根拠が、民法392条2項なのか、弁済による代位に関する499条、501条なのかである。この点、392条2項の適用は、共同抵当の対象不動産すべてを債務者又は同一の物上保証人が提供した場合であり(最判平成4年11月6日民集46巻8号2625頁・百選I-92事件)、他方、債務者と物上保証人が不動産を提供した場合には499条が適用され、物上保証人所有不動産が先に競売される異時配当の時は、債務者所有不動産上の後順位抵当権者に対して物上保証人が優先して代位できるとされる(大判昭和4年1月30日新聞2945号12頁、最判昭和44年7月3日民集23巻8号1297頁)。

よって本件では、弁済による代位に関する499条、501条がその法的根拠となり、甲土地の第一順位の抵当権実行が認められる。

小問(2)は、Cによる甲土地の第一順位の抵当権実行が認められ、4800万円で買い受けられた場合について、C、D、Eに配当されるべき金額についてそれぞれ法的根拠を明示しつつ論じることを求める問題である。

この点、前述の通り、債務者と物上保証人が不動産を提供した場合には499条が適用され、物上保証人提供不動産が先に競売される異時配当の時は、債務者所有不動産上の後順位抵当権者に対して物上保証人が優先して代位できるので、物上保証人たるCが債務者所有不動産甲の第二順位抵当権者であるEに優先することは明確である。また、この異時配当の場合に物上保証人所有不動産上の後順位抵当権者は、物上保証人の代位した共同抵当権が後順位抵当権者の被担保債権を担保するものとなり、あたかも共同抵当権に物上代位するのと同様にその順にしたがって優先弁済を受け得る(大判昭和11年12月9日民集15巻2172頁、最判昭和53年7月4日民集32巻5号785頁)。これは物上保証人が自ら設定した後順位抵当権者に劣後することが理由である。

よって物上保証人所有不動産乙の第二順位の抵当権者であるDは、物上保証人たるCに優先する。

以上より、甲不動産の競売代金である4800万円について、 $D > C > E$ の配当順位となり、右4800万円から、Dは被担保債権4800万円から乙不動産の競売により配当された1200万円を差し引いた3600万円の配当を受け、残りの1200万円についてCが配当を受け(Cは債務

者たるBに対して6000万円の求償権を取得するため、1200万円全額がCに配当されることとなる）、Eは何らの配当を受けることはできない。

設問2(1)は、賃貸借契約及び賃貸人の承諾を得た転貸借契約が締結されている場合における、賃貸人と転借人の間の法律関係についての理解を問う問題である。本問では、賃借人による債務不履行がある場合に、賃貸人Gが賃貸借を合意解除したうえ、転借人Hに対して丙土地の明渡請求をしている。

本問で求められている「複数の法的根拠」は、①賃貸借契約終了に基づく目的物返還請求権としての土地明渡請求権及び②所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権である。GとHの間に直接の契約関係は存在しないが、転借人は原賃貸借における賃借人の債務の範囲を限度として、賃貸人に対して転貸借に基づく債務を直接履行する義務を負う（613条1項）。同項により転借人が賃貸人に対して直接に負う義務には、契約終了時の目的物返還請求権も含まれるから、GはHに対して①の請求をすることができる。また、Gは丙土地の所有者であるから、②の請求もすることができる。

①の請求については、適法に転貸借契約が締結されている場合には、原則として、賃貸人は賃貸借を合意解除したことをもって転借人に対抗することができない（613条3項本文）が、賃貸人が賃借人による債務不履行による解除権を有していた時は、解除を転借人に対抗することができる（同項但書）。本件ではGはFに対し債務不履行に基づく解除権を有しており、かつ明渡請求時点でFの債務不履行は継続しており解除権は消滅していないから、Gは合意解除をHに対抗することができる。②の請求についても、Hが抗弁としてGF間賃貸借及びFH間転貸借を主張し、それに対してGが上記の通りGF間賃貸借の終了を主張すれば、その後は請求①と同様の構造になる。

以降は原賃貸借の債務不履行解除の場合と同様に考えることができる。原賃貸借が賃借人の債務不履行により解除された場合、賃貸人が賃借人との契約を解除した上、転借人の目的物の返還を請求する段階にまで来ていれば、賃借人が賃貸人と再契約をすることはもはや期待できないことから、原則として、賃貸人が賃借人との賃貸借契約を解除したうえ、転借人に対し返還請求をしたときに、転貸借は、賃借物全部の使用収益が不能となり、終了すると評価できる（616条の2）。本件では、GがHに対して丙土地の明渡請求をしている以上、転貸借も終了しており、Hの占有権原は消滅していると考えることができる。

もっとも、転借人は、賃貸人の承諾を得ていたのに、賃借人の債務不履行の結果、自らの転借権を失うことになることから、賃貸人は、賃借人の賃料不払いにより原賃貸借を解除しようとするときは、賃借人に催告するだけでなく、転借人に対しても通知するなどして支払の機会を与えるべきであり、そうしないと、賃貸人は解除できないか、又は、解除の効果を転借人に対し主張できない、という学説が有力である。しかし、判例（最判昭和37.3.29）は、賃貸人は転借人に支払の機会を与える必要はないとし、この立場をとる学説も有力である。

上記学説の見解によれば、本件ではGはHに対し支払の機会を与えていないことから、賃貸借を解除できないか又は解除をHに対抗できない結果、Gの明渡請求は認められないという結論になろう。他方で、判例の見解によれば、Gは解除をHに対抗することができ、Gの明渡請求は認められるという結論になろう。

設問2(2)①は、受働債権が差押えを受けた場合において、かかる差押えを受けた後に発生して賃料債権を自働債権として行う相殺の可否が問題になっている。

かかる論点に関しては、民法511条の正確な条文操作が必要になる。具体的には、原則511条1項によって相殺は認められないものの、511条2項本文によって相殺が可能になりうるという点について指摘する必要がある。その際に、511条2項本文の趣旨たる相殺に対する合理的期待の保護について言及し、本件においてもかかる趣旨に沿っているかという点についても具体的事例に即した検討ができればなお良いだろう。

設問2(2)②は、賃貸人の債権者によって賃料債権が差し押さえられた後、賃貸借の目的物が賃貸人から第三者に譲渡された場合において、賃貸人の債権者が譲渡時点以降の賃料債権を賃借人から取り立てることの可否が問題となっている。

本件では、Kは戊土地の賃借権の対抗要件（605条、借地借家法10条1項）を具備しておらず、目的物が第三者に譲渡されたことにより、KはLに対し、賃借権を対抗できない（「売買は賃貸借を破る」）。Fは戊土地の所有権を失う結果、もはやKに戊土地を使用収益させることは不可能となり、賃貸借は終了することとなる。したがって、原則として、戊土地の譲渡以降、FのKに対する賃料債権は発生せず、その結果GもKに対して賃料請求をすることはできないと考えられる。

ここで、最判平成24・9・4判時2171号42頁は、差押え後に賃貸人が賃借人に目的物を譲渡した場合について、賃料債権の差押えを受けた債務者は、当該賃料債権の処分を禁止されるが、その発生基礎となる賃貸借契約が終了したときは、差押えの対象となる賃料債権は以後発生しないこととなるから、賃貸人が賃借人に賃貸借契約の目的である建物を譲渡したことにより賃貸借契約が終了した以上は、その終了が賃料債権の差押えの効力発生後であっても、賃貸人と賃借人との人的関係、当該建物を譲渡するに至った経緯及び態様その他諸般の事情に照らして、賃借人において賃料債権が発生しないことを主張することが信義則上許されないなどの特段の事情がない限り、差押債権者は、第三債務者である賃借人から、当該譲渡後に支払期の到来する賃料債権を取り立てることができないというべきである、とした。本判例に照らせば、「賃借人において賃料債権が発生しないことを主張することが信義則上許されないなどの特段の事情」がある場合には差押債権者は賃料債権を取り立てることができることになるが、ここにいう特段の事情とは、賃貸人と賃借人が通謀して、目的物を譲渡することにより賃料債権を消滅させるような場合をいうと考えられる。本件に

においては、Kは自己の与り知らぬところで戊土地をLに譲渡されていたのであり、F、K、L三者が通謀していたというような事情もなく、Kにおいて賃料債権の不発生を主張することが信義則上許されないということとはできないであろう。そうすると、GはKから賃料債権を取り立てることはできないという結論が自然であると考えられる。もっとも、本判例は基本書等にも記載は少なく、知っていた受験生は決して多くなかったと考えられる。

The Law School Times

【商法】

設問1

小問（1）では、取締役会決議としての解職決議の効力について論じることが求められていた。具体的には、Eが棄権している点及びAが退席している点に注意して、定足数とAの特別利害関係取締役（369条2項）該当性について検討することが求められていると考えられる。また、特別利害関係取締役のAなしでの解職決議は手続違反として私法の一般原則に従い無効となるという問題の所在を示すことも重要である。

小問（2）

また、甲社は、公開会社であり、任期に関する定款の定めがないことから、甲社の取締役の任期は2年となる（332条1項）点に触れることが望ましい。

361条1項に違反しているかを検討することが求められている。具体的には、Aの報酬は月額120万円とされ、契約内容となっていることから同意なく報酬額を変更することは原則として許されないものの、内規や慣行によって取締役の報酬額が役職ごとに決められている場合、取締役がその内規、慣行を了知して取締役に就任した場合、任期中に役職が変更された場合それにともない報酬等の減額されることについて事前に同意があるとみて、変更することができる点について言及する必要がある。結論としては、70万円の限度で辞任までの月額報酬について報酬請求が認められる。

また、甲社は、公開会社であり、任期に関する定款の定めがないことから、甲社の取締役の任期は2年となる（332条1項）ことから本件決議は、任期中の減額決議となる点に触れることが望ましい。

設問2

新株発行無効の訴え（828条2号）について問う出題であった。

新株発行を承認した株主総会決議の取消事由の争い方について、自身の見解を述べることで求められており、吸収説によって立つ受験生が多かったと考えられる。

無効事由としては、Aに対する招集通知の適法性（299条1項違反）、支配株主の異動を伴う募集株式の発行等における通知・公告義務（206条の2第3項）違反について検討することが求められる。

Aに対する招集通知の適法性（201条3項4項）については、126条1項を検討の出発点とし、形式的には適法であることを前提としつつも、株主名簿の趣旨は事務処理上の便宜にあること、代表取締役Bが、Aが新住所に住んでいたことを認識して権利行使を防ぐために旧住所に送付したこと等について言及して、説得的に論述することがことが期待されていると考えられる。

判例に従えば、通知違反があっても、直ちに無効自由を構成せず、差し止め自由がある場合に無効自由を構成する。そのため、法令違反（210条1号）として、支配株主の異動を伴

う募集株式の発行等における通知・公告義務（206条の2第3項）の違反を主張することが望ましい。

これを独立して検討することも考えられ、その場合、特定引受人の氏名・名称・住所、特定引受人が有することとなる議決権の数等が知らされないことに着目した論述をすることが望ましい。支配株主の異動が伴う新株発行は、実質的には会社の基礎の変更にあたり、株主にとって重大な事項であると考え、既存株主保護を優先し、本特則違反は無効事由を構成すると考えることになろう。

なお、裁量棄却がされない点についても、言及する必要がある。

【民事訴訟法】

設問1は、①専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない（内部利用目的・外部非開示性）文書のうち、②開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがある（実質的不利益性）ものは、③（なお所持者の側の意思決定を害しないなどの）特段の事情のない限り自己利用文書に当たるとする旨の判例の規範を前提として、それぞれの要件について反論を考えながら丁寧に当てはめることが求められている。

①外部非開示性については、作成目的、記載内容、所持に至る経緯を考慮することが望ましい。なお、判断の基準時が作成時である点にも留意する必要がある。

②実質的不利益性については、特に具体的な事実関係を引用しつつ論述することが求められる。

③については、②が認められる場合には、意思決定ないしプライバシーが上記の通り高度に阻害される以上、特段の事情がないことを示せば足り、証拠の必要性は衡量すべきでない。

設問2は、本訴で請求していない部分については、一部請求において残部を相殺の抗弁に供することの可否を論じることが求められている。

142条に直接反することはないことを前提に、同条の趣旨（訴訟不経済・既判力の矛盾抵触・相手方の応訴の煩の回避）が妥当し、実質的には①当事者と②訴訟物の同一性を肯定できるのかを論述することが求められる。その上で、相殺の簡易決済機能・担保的機能を考慮して妥当な結論を導くことが求められている。結論としては、債権の分割行使をすることが権利の濫用に当たるなど特段の事情の存しない限り、残部を相殺の抗弁に供することは許されるとの見解によるのが一般的であると考えられる。

本訴で請求していない部分については、令和2年判決（最判R2・9・11）の射程を検討することが求められており、X債権とY債権の実体法上の関係を訴訟法上どのように評価するかについて、充実した論述をすることが求められる。具体的には、同一の原因関係に基づく金銭債権であり、同時履行関係にないものの、両債権は密接に関連するものと言えるのか、損害賠償請求権が実質的・経済的には代金減額の機能を営むと言えるのかについて、事案に迫った論述をすることが望ましい。相殺による清算的調整を認めるのが当事者双方の便宜・公平に適い、法律関係を簡明にする事案であり、そうであるにもかかわらず、本訴と反訴の弁論を分離すると、本訴請求債権の存否等に係る判断に矛盾抵触が生ずるおそれ・審理の重複による訴訟上の不経済・相手方の煩があることからすると、両者の弁論を分離することは許されないと考えられ、令和2年判決の射程内であるとの結論が素直であると考えられる。