

## 中間到達度検証の解説

2017年6月23日

松岡 久和

### 【出題意図】

第10回講義までに取り上げた「保証」と「抵当権と利用権」を組み合わせた完全自作問題である。どうしてもよいことではあるが、B：神楽坂恵、C：國村隼、その妻：友近、配下の組員：堤真一、その妻：黒沢あすか、X：でんでん、Y：吹越満、Z：渡辺哲、という園子温の映画「地獄でなぜ悪い」と「冷たい熱帯魚」の主要キャストが先に配役イメージされ、楽しく問題を作れた。誤記が2箇所も時間後に発見されてすみませんでした。

シーン1の想定していた論点は、条文の適用に終始する基本的なものであるが、Xの請求原因を含め、丁寧な事実摘示と条文根拠を求めるものである。もう少し起案の時間が長ければ、Yの言い分を省いて自分で分析してもらおうか、長文のやや混乱した会話メモを示して問題点を引き出してもらおう方式にしたであろうが、60分なので、1つの論点を除いてヒントをばらまき、時間内の起案ができるように工夫した。起案には必ずしも必要でない保証金や電話での確認なしの事実などのノイズも少しだけ混ぜた（保証金は、元々はさらにシーン3で任意売却をする場合の注意事項を尋ねるつもりで用意した事実であった）。

#### シーン1 賃借人の債務の保証

- ①保証の履行請求の趣旨と請求原因
- ②独立した「保証契約書」がないこと  
※包括根保証であることについて適切に言及していれば加点
- ③保証委託契約上の錯誤又は詐欺
- ④連帯保証と補充性に基づく抗弁権
- ⑤連帯保証と保証人の分別の利益
- ⑥主たる債務者の建設協力金返還債権による相殺の抗弁

シーン2も非常に基本的な問題であるが、建物が抵当権の実行として競売された場合において、その抵当権に劣後する建物賃借権がどうなるか、買受人と元賃借人の法律関係がどうなるか、保証人はこの法律関係についても責任を負うかが主要な論点である。シーン2は、「抵当権と利用権」の回に取り上げた中心的な問題の復習に、保証債務を絡めたものである。

#### シーン2 賃貸建物上の抵当権の実行

- ①建物抵当権と建物賃借権の優劣関係
- ②抵当権に劣後する賃借権の運命
- ③買受人と元賃借人の法律関係
- ④保証債務の趣旨と範囲

(幻のシーン3 抵当建物の任意売却)

問題の意図をしっかりと読み取り、時間配分を考え重要度に応じて論述すべきことを絞り、均整のとれた論述を行うよう心がけていただきたい。

民法の答案の書き方一般に通じる指摘として、「司法試験平成27年度採点実感等に関する意見の読み方(民法)」は、アマゾンの電子書籍として、無料でダウンロードして、Kindle端末・携帯・iPad・パソコン(WindowsとiOS両方)などで広く読める。司法試験考査委員とし

ての経験や私自身の考え方によると指摘の全てが必ずしも肯けるものではないが、問題文をきちんと分析し、それをふまえて論述するべきだというのは非常に重要な指摘である。

## 【起案の例】

### 1 シーン1について

#### (1) Xの請求の趣旨と請求原因

Xの請求の趣旨は、保証債務の履行として、250万円と2016年6月分以降、毎月分の年6%の割合による遅延損害金の合計額の支払を求めるものである。

請求原因として、2015年3月3日に、XはA株式会社との間で建設中の乙が完成次第その2階部分を月額50万円で貸す2の賃貸借契約を結んだ。賃料は前月末日を弁済期と合意した。同日、このAの賃貸借契約上の債務を保証する3の保証契約を、Yの代理人Bとの間で、書面により締結した(446条2項)。2015年10月3日に、Xは上記賃貸借契約に基づき、Aに完成した乙の2階部分を引き渡した。2016年10月分以降賃料が5か月分支払われていない。よって、各月の弁済期の翌日から6%の遅延損害金(商514条)を付して請求する。

#### (2) 契約書

Yの言い分①は保証契約の無効を主張する趣旨かもしれないが、本件保証契約は、保証契約書に自ら署名しておらず契約書を受け取っていないと言うが、本件保証契約は、Yが代理権を与えたBによって記名捺印されており、有効な代理行為によって書面で締結されているから、有効である。書面の受領は446条の求めている要件ではなく、保証意思が明確に書面に現れていることで足りる。

なお、Yは、言い分⑤において、本件保証債務に極度額の定めがないことを無効と主張したいのかもしれない。しかし、2017年改正前には、一般的に包括根保証を禁じる規定はなく、本件保証契約は貸金等根保証契約ではないから、極度額の定めを書面でしないと無効になるとする規定(旧465条の2)も適用されない。ちなみに改正民法では、個人根保証債務一般につき極度額の定めを書面ですることが要求されるようになる(新465条の2)。

#### (3) 保証委託契約上の錯誤又は詐欺

Yの言い分②は、B Y間の保証委託契約におけるYの錯誤又はBによる詐欺を主張し、それによりX Y間の保証契約も無効であると主張する趣旨のようである。しかし、Yに錯誤があっても保証委託契約が仮に無効になるとしても、保証委託契約が無効であっても保証契約は有効に成立する。動機である保証契約の有効な成立がXに表示され、保証契約の条件として合意されるか、契約の前提として内容に取り込まれない等の特段の事情がなければ保証契約を錯誤により無効ということはできない。本件ではそのような特段の事情は見当たらない。

また、BにYを欺罔して保証契約を結ばせる故意があったことを示す事実は見当たらず、仮にこの要件がみたされたとしても、XはB C間の愛人関係について知らず、BがYを欺罔したことも知りえないから、Xは本件保証契約を取り消せない(96条2項)。

#### (4) 催告の抗弁権と連帯保証の成否

Yの言い分③は、まず主たる債務者Aに請求せよという催告の抗弁(452条)を主張する趣旨と解されるところ、連帯保証であれば、催告・検索の抗弁という保証債務の補充性に基づく抗弁権は認められない(454条)。そこで本件保証債務が単純保証か連帯保証かを検討する必要がある。

たしかに本件保証条項には「連帯」の文字がなく、特約によって連帯保証となる場合ではない。しかし、本件保証契約は、株式会社であるAが事業のために行った賃貸借契約から生じた債務を主たる債務とするものであるから、会社が事業のためにする行為として商行為であり(会社5条)、主たる債務が商行為によって生じたものとして、当然に連帯保証債務となる(商511条2項前段)。それゆえYの主張は認められない。

#### (5) 保証人の分別の利益

Yの言い分④は、連帯保証人間に負担の順位があること及び分別の利益がある(456条)という趣旨と解される。しかし、連帯保証債務は主たる債務者と連帯して債務を負うものであり、求償関係で内部的な負担部分が考慮される余地はあるが(465条1項)、債権者との関係で順位づけを行う規定はないし、連帯保証人には分別の利益はない(458条の準用する連帯債務の規定は、456条の準用する427条の特則として同条に優先する)。それゆえYの主張は認められない。

#### (6) 相殺の抗弁

2015年3月3日の1の建設協力金に関する約定は、無利息金銭消費貸借契約(587条)であり、この約定に基づいてAがXに対して取得する返還債権は、2016年3月のAの最初の営業日に最初の1/10の100万円につき弁済期が到来する。同日以降、AX間には同種の金銭債権が対立して相殺適状となるから、Aは、この100万円を自働債権とし、延滞している賃料債務250万円と遅延損害金債務を受働債権として、相殺をXに主張することができる(505条)。

保証人は、主たる債務者の有する債権による相殺をもって債権者に対抗することができる(457条2項)。それゆえ、YはXの請求を100万円の限度で退けることができる。なお、この相殺の効力については争いがあり、他人の債権を処分できる独自の援用権を保証人に認めた特別規定だとする判例(大判昭和12年12月11日民集16巻1945頁<LEX/DB 27500558>)と、相殺がされるか否か未定の間には履行拒絶権が認められるとする近時の通説的見解が対立しているが、改正民法は明確に後者を条文化した(新457条3項)。

#### (7) 結論

Yは、100万円の限度でXの請求を拒むことができるのみである。

## 2 シーン2について

### (1) 建物抵当権と建物賃借権の優劣関係

建物抵当権と建物賃借権の優劣は、契約の日付等ではなく、両者の対抗要件具備時の先後によって決まる(177条)。本件では、Dの建物抵当権の設定登記は5の2015年10月2日に行われており、Aの賃借権は乙の2階部分の引渡しされた同月3日である(借借31条)から、Dが優先する。

### (2) 抵当権に劣後する賃借権の運命

抵当権に対抗できない賃借権は、抵当権の実行による売却により効力を失い、消滅する(民執59条2項)。

### (3) 買受人と元賃借人の法律関係

#### (a) 賃貸借契約の終了と明渡猶予

賃借権の負担は買受人に引き受けられず、賃貸借契約は履行不能となって終了する。もっとも、元賃借人Aは、競売手続の開始前から乙の2階を使用・収益していた賃借人であるから、買受人の買受けの時から最長6か月間は引渡しを猶予される(395条1項1号)。

**(b) Z の 50 万円の請求の意味**

賃貸借契約が買受人に引き受けられないため、引渡猶予期間中の元賃借人は、その使用・収益により、所有者の損失によって利得していて、それを正当化する法律上の原因を欠くことになる（703条）。「買受人の買受けの時より後に同項の建物の使用をしたことの対価」（395条2項）は、不当利得返還債権の性質を有し、それが従前の賃料と同額になるとしても、賃料債務そのものではなく、一種の法定債務である。

**(4) 保証債務の趣旨**

すでに述べたように、賃貸借契約は終了し、Yの根保証債務もそれ以後に新たに発生する債務を保証しないものとなる。Zに対するAの上記(3)の債務は賃貸借契約上の債務ではない。保証人が、このような債務についてまで保証するという意思で本件保証契約を締結したことを裏付ける特段の事情は見当たらないから、Yの根保証債務は、AのZに対する債務を保証するものではない。

**(5) 結論**

YはZの保証の履行請求を拒むことができる。

以上

こんなにかければ120点！