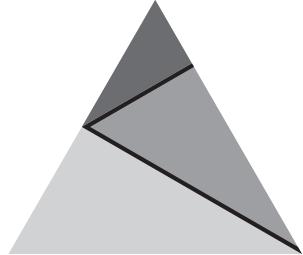


行政書士 直前ヤマ当てフェス

2022

アガルートアカデミー 行政書士講座



AGAROOT
ACADEMY

[2022 直前ヤマ当て FES～短答編・目次]

★2022年10月4日（火曜日）配信

第1部…3	■民法（計15問）	民法の改正部分を中心に、2022年の本試験で出題が予想される問題を出題しました。問題は、2022年の司法試験・2021年の司法書士試験等からセレクトしました。
第2部…49	■商法・会社法（計5問）	商法の重要分野から2問、ほぼ毎年出題される会社法の「株式会社の設立」から2問、「機関」から出題しました。 問題は、2022年の司法試験予備試験・2021年の司法書士試験からセレクトしました。
第3部…65	■AWESOME ヤマ当て	豊村慶太講師による毎年恒例のヤマ当て表を使用した講義です。
第4部…73	■最新判例解説（計3個）	2022年の本試験で出題が予想される最新判例から3つをセレクトしました。

□第1部（民法15問）□

問題番号	内容	出題試験
問題1	未成年者	2022年・司法試験・問題1
問題2	意思表示	2022年・司法試験・問題3
問題3	時効の援用	2022年・司法試験・問題5
問題4	動産の引渡し	2022年・司法試験・問題8
問題5	占有訴権	2021年・司法書士試験・問題9
問題6	地上権・地役権	2021年・司法書士試験・問題10
問題7	抵当権	2022年・司法試験・問題14
問題8	法定地上権	2022年・司法試験・問題15
問題9	債権譲渡	2022年・司法試験・問題20
問題10	弁済	2021年・司法書士試験・問題16
問題11	相殺	2022年・司法試験・問題22
問題12	賃貸借	2021年・司法書士試験・問題19
問題13	委任	2022年・司法試験・問題27
問題14	事務管理	2022年・司法試験・問題28
問題15	特別養子縁組	2022年・アガルート模試・問題35

問題 1

未成年者に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 未成年者が子を認知した場合、その未成年者の親権者は、認知を取り消すことができない。
- イ. 営業を許された未成年者がした法律行為は、その営業に関しないものであっても、取り消すことができる。
- ウ. 親権者の同意を得ずに契約を締結した未成年者は、成年に達するまでは、親権者の同意を得なければ、自らその契約を取り消すことができない。
- エ. 親権者の同意を得ずに契約を締結した未成年者は、成年に達するまでは、親権者の同意を得なければ、自らその契約の追認をすることができない。
- オ. 未成年者が、親権者の同意があると誤信させるために詐術を用いて契約を締結した場合、その契約は取り消すことができる。

1. アウ 2. アエ 3. イエ 4. イオ 5. ウオ

□□ア○

民法780条は、「認知をするには、父又は母が未成年者又は成年被後見人であるときであっても、その法定代理人の同意を要しない」と規定する。

したがって、未成年者が子を認知する場合に、その法定代理人たる親権者（民法824条本文）の同意は不要である以上、親権者は、未成年者がその同意を得ずにした認知を取り消すことができない。

□□イ×

民法5条1項本文は、「未成年者が法律行為をするには、その法定代理人の同意を得なければならない」と規定し、同条2項は、「前項の規定に反する法律行為は、取り消すことができる」と規定する。そして、民法120条1項は、「行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者（他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為にあっては、当該他の制限行為能力者を含む。）又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる」と規定する。

一方、民法6条1項は、「一種又は数種の営業を許された未成年者は、その営業に関しては、成年者と同一の行為能力を有する」と規定しており、その営業に関しないものについては、成年者と同一の行為能力を有しない。

したがって、営業を許された未成年者がした法律行為は、その営業に関しないものであれば、取り消すことができる。

□□ウ×

民法5条1項本文は、「未成年者が法律行為をするには、その法定代理人の同意を得なければならない」と規定し、同条2項は、「前項の規定に反する法律行為は、取り消すことができる」と規定する。そして、民法120条1項は、「行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者（他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為にあっては、当該他の制限行為能力者を含む。）又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる」と規定する。

したがって、親権者の同意を得ずに契約を締結した未成年者は、成年に達する前であっても、親権者の同意を得ずに、自らその契約を取り消すことができる。

□□エ○

民法124条1項は、「取り消すことができる行為の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、取消権を有することを知った後にしなければ、その効力を生じない」と規定する。そして、同条2項柱書は、「次に掲げる場合には、前項の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後にすることを要しない」と規定し、同項2号は、「制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て追認をするとき」を挙げる。

したがって、親権者の同意を得ずに契約を締結した未成年者は、成年に達するまでは、親権者の同意を得なければ、自らその契約の追認をすることができない。

□□オ×

民法21条は、「制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない」と規定するところ、民法13条

1項10号かつこ書は、「制限行為能力者」とは、「未成年者、成年被後見人、被保佐人及び第17条1項の審判を受けた被補助人をいう」と規定する。

したがって、未成年者が、親権者の同意があると誤信させるために詐術を用いて契約を締結した場合、その契約は取り消すことができない。

正解 2

問題2

意思表示に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 隔地者に対する意思表示は、相手方が了知するまでは効力を生じない。
- イ. 未成年者Aと契約を締結したBが、Aの法定代理人Cに対してその契約を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をした。この場合において、CがBの定めた期間内に確答を発しないときは、Cは、その契約を取り消したものとみなされる。
- ウ. 心裡留保を理由とする意思表示の無効は、過失のある善意の第三者に対抗することができない。
- エ. 錯誤による意思表示は、その錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合において、相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたときは、取り消すことができる。
- オ. 相手方に対する意思表示について第三者が強迫を行った場合には、相手方がその事実を知ることができなかつたとしても、その意思表示は取り消すことができる。

1. アイ 2. アエ 3. イウ 4. ウオ 5. エオ

□□ ア ×

民法 97 条 1 項は、「意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる」と規定するところ、判例（最判昭 36. 4. 20）は、「到達とは……受領され或は了知されることを要するの謂ではなく、……了知可能な状態におかれたことを意味するものと解すべく、換言すれば意思表示の書面がそれらの者のいわゆる勢力範囲（支配圏）内におかれることを以て足るものと解すべき」としている。

したがって、隔地者に対する意思表示は、相手方が了知可能な状態におかれたときにその効力を生ずる。

□□ イ ×

民法 20 条 1 項は、「制限行為能力者の相手方は、その制限行為能力者が行為能力者（行為能力の制限を受けない者をいう。以下同じ。）となった後、その者に対し、1箇月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、その者がその期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなす」と規定し、同条 2 項は、「制限行為能力者の相手方が、制限行為能力者が行為能力者とならない間に、その法定代理人、保佐人又は補助人に対し、その権限内の行為について前項に規定する催告をした場合において、これらの者が同項の期間内に確答を発しないときも、同項後段と同様とする」と規定する。

したがって、未成年者 A と契約を締結した B が、A の法定代理人 C に対してその契約を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をした場合において、C が B の定めた期間内に確答を発しないときは、C は、その契約を追認したものとみなされる。

□□ ウ ○

民法 93 条 1 項は、「意思表示は、表意者がその真意ではないことを知っていたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方がその意思表示が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする」と規定する。一方、同条 2 項は、「前項ただし書の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に對抗することができない」と規定しており、過失の有無を問うていない。

したがって、心裡留保を理由とする意思表示の無効は、過失のある善意の第三者に對抗することができない。

□□ エ ×

民法 95 条 1 項柱書は、「意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる」と規定する。そして、同条 3 項柱書は、「錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、第 1 項の規定による意思表示の取消しをすることができない」と規定し、同項 2 号は、「相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき」を挙げる。

したがって、錯誤による意思表示は、その錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合において、相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたときは、取り消すことができる。

□□ オ ○

民法 96 条1項は、「詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる」と規定する。一方、同条2項は、「相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、その意思表示を取り消すことができる」と規定しており、「強迫」は含まれていない。

したがって、相手方に対する意思表示について第三者が強迫を行った場合には、相手方がその事実を知ることができなかつたとしても、その意思表示は取り消すことができる。

正解 4

問題3

時効の援用に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができる。
- イ. Aから甲土地上の建物を賃借しているBは、Aが取得時効に必要な期間、甲土地を占有している場合であっても、甲土地のAの取得時効を援用することができない。
- ウ. 甲土地に抵当権が設定されてその旨の登記がされた後、甲土地を譲り受けた者は、その抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができる。
- エ. 詐害行為取消権を行使された受益者は、取消債権者の被保全債権の消滅時効を援用することができる。
- オ. 主たる債務者が時効の利益を放棄した場合、保証人は主たる債務の消滅時効を援用することができない。

1. アウ 2. アオ 3. イウ 4. イエ 5. エオ

□□ ア ×

判例（最判平 11.10.21【百選I 42】）は、「民法 145 条所定の当事者として消滅時効を援用し得る者は、権利の消滅により直接利益を受ける者に限定されると解すべきである……。後順位抵当権者は、目的不動産の価格から先順位抵当権によって担保される債権額を控除した価額についてのみ優先して弁済を受ける地位を有するものである。もっとも、先順位抵当権の被担保債権が消滅すると、後順位抵当権者の抵当権の順位が上昇し、これによって被担保債権に対する配当額が増加することがあり得るが、この配当額の増加に対する期待は、抵当権の順位の上昇によってもたらされる反射的な利益にすぎないというべきである。そうすると、後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅により直接利益を受ける者に該当するものではなく、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができないものと解するのが相当である」としている。

したがって、後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができない。

□□ イ ○

判例（最判昭 44.7.15）は、「民法 145 条は、時効の援用権者は当事者である旨を規定している。しかるに、本件についてみると、上告人らの主張によれば、上告人らは、本件係争土地の所有権を時効取得すべき者またはその承継人から、右土地上に同人らが所有する本件建物を賃借しているにすぎない、というのである。されば、上告人らは、右土地の取得時効の完成によって直接利益を受ける者ではないから、右土地の所有権の取得時効を援用することはできない」としている。

したがって、Aから甲土地上の建物を賃借しているBは、Aが取得時効に必要な期間、甲土地を占有している場合であっても、甲土地のAの取得時効を援用することができない。

□□ ウ ○

民法 145 条は、「時効は、当事者（消滅時効にあっては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。）が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない」と規定する。

したがって、甲土地に抵当権が設定されてその旨の登記がされた後、甲土地を譲り受けた者は、その抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができる。

□□ エ ○

判例（最判平 10.6.22）は、「民法 145 条所定の当事者として消滅時効を援用し得る者は、権利の消滅により直接利益を受ける者に限定されるところ……、詐害行為の受益者は、詐害行為取消権行使の直接の相手方とされている上、これが行使されると債権者との間で詐害行為が取り消され、同行為によって得ていた利益を失う関係にあり、その反面、詐害行為取消権を行使する債権者の債権が消滅すれば右の利益喪失を免れることができる地位にあるから、右債権者の債権の消滅によって直接利益を受ける者に当たり、右債権について消滅時効を援用することができるものと解するのが相当である」としている。

したがって、詐害行為取消権を行使された受益者は、取消債権者の被保全債権の消滅時効を援用することができる。

□□才 ×

民法145条は、「時効は、当事者（消滅時効にあっては、保証人、物上保証人、第
三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。）が援用しな
れば、裁判所がこれによって裁判をすることができない」と規定しており、保証人は主たる債務の消滅時効の援用権者にあたる。

また、判例（大判大 5.12.25）は、「主たる債務者が為したる時効の利益の放棄に付ては、保証人に対し其効力を生ずる旨の規定なきのみならず、時効の利益の放棄は畢竟抗弁権を放棄するものに外ならざれば、放棄者及び其承継人以外の者に対し其効力を生ずるものと為すを得ず。故に……主たる債務者甲に於て時効の利益を放棄したことありとするも、保証人たる被上告人に対して其効力を及ぼすことな
き」としている。

したがって、主たる債務者が時効の利益を放棄した場合であっても、保証人は主たる債務の消滅時効を援用することができる。

正解 2

問題4

動産の引渡しに関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. Aがその所有する絵画甲をBに預けたままCに売却した場合において、AがBに対して以後Cのために甲を占有すべきことを命じ、Bがこれを承諾したときは、Cは、甲の所有権の取得を第三者に対抗することができる。
- イ. Aはその所有する登録済みの自動車甲をBに売却して現実に引き渡したが、登録名義はAのままであった。その後、Aが甲をCに売却し、登録名義をCに移転した場合、Bは、甲の所有権の取得をCに対抗することができる。
- ウ. Aは、その所有する絵画甲をBに売却したが、甲の占有を継続し、以後Bのために占有する意思を表示した。その後、AはBへの売却の事実を知っているCに甲を売却し、現実に引き渡した。この場合、Cは、甲の所有権の取得をBに対抗することができる。
- エ. Aはその所有する絵画甲をBに預けていたが、Bは、Aに無断で、Bが甲の所有者であると過失なく信じているCに甲を売却した。Bは甲の占有を継続し、以後Cのために占有する意思を表示した。その後AがBから甲の返還を受けた場合、CはAに対し、所有権に基づいて甲の引渡しを請求することができない。
- オ. Aからその所有する絵画甲を預かり占有していたBが、Aから甲を購入した場合において、占有をBに移転する旨の意思表示がAB間でされたときは、Bは、甲の所有権の取得を第三者に対抗することができる。

1. アウ 2. アオ 3. イウ 4. イエ 5. エオ

□□ア X

民法178条は、「動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しがなければ、第三者に對抗することができない」と規定し、民法184条は、「代理人によって占有をする場合において、本人がその代理人に対して以後第三者のためにその物を占有することを命じ、その第三者がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する」(指図による占有移転)と規定する。すなわち、本肢において、甲の所有権の取得を第三者に對抗するために、Bが以後Cのために甲を占有することを承諾する必要があるのは、「代理人」にあたるBではなく、「第三者」にあたるCである。

したがって、Aがその所有する絵画甲をBに預けたままCに売却した場合において、AがBに対して以後Cのために甲を占有すべきことを命じ、Bがこれを承諾したときは、Cは、甲の所有権の取得を第三者に對抗することができない。

□□イ X

道路運送車両法5条1項は「登録を受けた自動車の所有権の得喪は、登録を受けなければ、第三者に對抗することができない」と規定する。

したがって、Aがその所有する登録済みの自動車甲をCに売却し、登録名義をCに移転した場合、Cより先に甲を買い受けたが現実の引渡しを受けたが登録名義の移転をしていなかったBは、甲の所有権の取得をCに對抗することができない。

□□ウ X

民法178条は、「動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しがなければ、第三者に對抗することができない」と規定し、民法183条は、「代理人が自己の占有物を以後本人のために占有する意思を表示したときは、本人は、これによって占有権を取得する」(占有改定)と規定する。本肢において、Aは、その所有する絵画甲をBに売却したが、その際に、甲の占有を継続し、以後Bのために占有する意思を表示しているから、Bは占有改定による「引渡し」を受けたといえる。よって、その後にAから甲を買い受け、現実の引渡し(民法182条1項)を受けたCは、Bに劣後するため、甲の所有権の取得をBに對抗することができない。

また、民法192条は、「取引行為によって、平穏に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する」と規定するところ、「善意であり、かつ、過失がない」かどうかは、「占有を始めた」時点を基準に判断される。本肢において、Cは、Aから甲を買い受けた時点で、Bへの売却の事実を知っていたのであるから、「善意」とはいえない。よって、Cに即時取得は成立しない。

したがって、Cは、甲の所有権の取得をBに對抗することができない。

□□エ O

民法192条は、「取引行為によって、平穏に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する」と規定し、民法183条は、「代理人が自己の占有物を以後本人のために占有する意思を表示したときは、本人は、これによって占有権を取得する」と規定するところ、判例(最判昭35.2.11【百選I 68】)は、「無権利者から動産の譲渡を受けた場合において、譲受人が民法192条によりその所有権を取得しうるために一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得することを要」

し、かかる状態に一般外観上変更を来たさないいわゆる占有改定の方法による取得をもっては足らないものといわなければならない」としている。

したがって、Bから占有改定の方法により甲の占有を取得したCは、「占有を始めた」といえず、甲を即時取得することができないため、AがBから甲の返還を受けた場合、CはAに対し、所有権に基づいて甲の引渡しを請求することができない。

□□ オ ○

民法182条2項は、「譲受人又はその代理人が現に占有物を所持する場合には、占有権の譲渡は、当事者の意思表示のみによってすることができる」と規定する（簡易の引渡し）。

したがって、Aからその所有する絵画甲を預かり占有していたBが、Aから甲を購入した場合において、占有をBに移転する旨の意思表示がA B間でされたときは、Bは、甲の所有権の取得を第三者に対抗することができる。

正解 5

問題5

占有訴権に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

- ア. Aが占有する動産甲をBが盗み、その事情を知っているCがこれをBから買い受けた場合には、Aは、Cに対し、占有回収の訴えにより、動産甲の返還を請求することができる。
- イ. Aがその占有する動産甲を公園で紛失し、Bがこれを拾得した場合には、Aは、Bに対し、占有回収の訴えにより、動産甲の返還を請求することができる。
- ウ. Aがその所有する動産甲をBに賃貸したが、Bが賃貸借契約終了後も動産甲を返還しなかったため、AがBに無断で動産甲の占有を取り戻した場合には、Bは、Aに対し、占有回収の訴えにより、動産甲の返還を請求することができる。
- エ. Aが占有する動産甲をBが盗んだが、Aが適法に動産甲の占有を取り戻した場合には、Aは、Bに対し、占有回収の訴えにより、占有侵害により生じた損害の賠償を請求することができない。
- オ. 法人Aの代表者BがAの業務として所持する動産甲をCが盗んだ場合には、Bが自己のためにも動産甲を所持していると認めるべき事情があるときであっても、Bは、個人としては、Cに対し、占有回収の訴えにより、動産甲の返還を請求することができない。

1 アウ 2 アエ 3 イエ 4 イオ 5 ウオ

□□ア ○

本肢のとおりである。占有者がその占有を奪われたときは、占有回収の訴えにより、その物の返還及び損害の賠償を請求することができる（民法200条1項）。もっとも、占有回収の訴えは、占有を侵奪した者の特定承継人に対しては、その者が侵奪の事実を知っていたときを除き、提起することができない（同条2項）。本肢の場合、Bの特定承継人Cは、BがAから動産甲を盗んだという事実を知っている。したがって、Aは、Cに対し、占有回収の訴えにより、動産甲の返還を請求することができる。

□□イ ×

占有回収の訴えは、占有者がその占有を「奪われたとき」に提起することができる（民法200条1項）。占有物を紛失し、それを別の者が拾得した場合は、ここでいう「奪われたとき」には当たらない。よって、本肢の場合、Aは、Bに対し、占有回収の訴えにより、動産甲の返還を請求することができない。

□□ウ ○

賃貸借契約の終了後、賃借人が賃貸目的物を所有者である賃貸人に返還しない場合であっても、当該賃貸人は、賃借人の意思に反して当該目的物を取り戻すことはできない（自力救済の禁止）。賃貸人が賃借人に無断で目的物の占有を取り戻したときは、占有の侵奪となり、賃借人からの占有回収の訴えが認められる（大判大8.4.8）。したがって、本肢の場合、Bは、Aに対し、占有回収の訴えにより、動産甲の返還を請求することができる。

□□エ ×

占有者がその占有を奪われたときは、占有回収の訴えにより、その物の返還及び損害の賠償を請求することができる（民法200条1項）。この点、返還請求権と損害賠償請求権はそれぞれ別個のものであり、当該物を取り戻した場合であっても、占有回収の訴えにより、占有侵奪により生じた損害の賠償を請求することができる。

□□オ ×

判例は、法人の代表者が法人の機関として物を所持するにとどまらず、代表者個人のためにもこれを所持するものと認めるべき特別の事情がある場合には、その物について個人として占有の訴えを提起することができるとしている（最判平10.3.10）。したがって、本肢の場合、Bは、個人として、Cに対し、占有回収の訴えにより、動産甲の返還を請求することができる。

問題6

地上権又は地役権に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

- ア. Aが、Bの所有する甲土地に、定期の地代を支払うことを約して竹木の所有を目的とする地上権の設定を受けている場合には、不可抗力によって地代より少ない収益しか得られなかつたときであつても、AはBに対し、地代の減額を請求することができない。
- イ. AがBの所有する甲土地に建物を所有することを目的として地上権の設定を受け、その旨の登記がされている場合には、Cが甲土地の地下に区分地上権の設定を受けるためには、Aの承諾を得なければならない。
- ウ. Aが所有する甲土地を承役地とし、Bが所有する乙土地を要役地とする通行地役権が設定されている場合において、Bが地役権の行使のために甲土地に通路を設置したときは、Aは、その通路を使用することができない。
- エ. Aが所有する甲土地を承役地とし、Bが所有する乙土地を要役地とする通行地役権が設定され、その登記がされた後、Cが乙土地に地上権の設定を受けた場合には、Cは、当該通行地役権を使用することができない。
- オ. Aが所有する甲土地を承役地とし、Bが所有する乙土地を要役地とする通行地役権が設定されたが、その登記がされない間にCが甲土地に抵当権の設定を受け、その旨の登記がされた場合には、抵当権設定時に、Bが甲土地を継続的に通路として使用していることが客観的に明らかであり、Cがこれを認識していたとしても、抵当権の実行により当該通行地役権は消滅する。

1 アイ 2 アオ 3 イエ 4 ウエ 5 ウオ

□□ア ○

地上権者は、不可抗力により収益について損失を受けたときであっても、地代の免除又は減額を請求することができない（民法 266 条 1 項、274 条）。

□□イ ○

地下又は空間は、工作物を所有するため、上下の範囲を定めて地上権の目的とすることができる（民法 269 条の 2 第 1 項）。そして、区分地上権を設定する場合、第三者がその土地の使用又は収益をする権利を有する場合には、その権利又はこれを目的とする権利を有するすべての者の承諾を得なければならない（同条第 2 項）。したがって、C が甲土地の地下に区分地上権の設定を受けるためには、地上権者 A の承諾を得なければならない。

□□ウ ×

承役地の所有者は、地役権の行使を妨げない範囲内において、その行使のために承役地の上に設けられた工作物を使用することができる（民法 288 条 1 項）。そして、工作物には、地役権者が開設した通路も含まれる。

□□エ ×

地役権は、要役地……の所有権に従たるものとして、その所有権とともに移転し、又は要役地について存する他の権利の目的となるものとする。（民法 281 条 1 項）。したがって、C が乙土地に地上権の設定を受けた場合には、通行地役権はその目的となるため、C は、当該通行地役権を行使することができる。

□□オ ×

通行地役権の承役地が担保不動産競売により売却された場合において、最先順位の抵当権の設定時に、既に設定されている通行地役権に係る承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、当該抵当権の抵当権者がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、特段の事情がない限り、登記がなくとも、通行地役権は売却によっては消滅せず、通行地役権者は、買受人に対し、当該通行地役権を主張することができる（最判平 25.2.26）。したがって、抵当権の実行により当該通行地役権は消滅するとする点で、本肢は誤っている。

問題7

抵当権に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。なお、次のアからオまでの各記述中の抵当権は、いずれも登記がされているものとする。

- ア. Aは、Bに対する債務を担保するため、Aの所有する甲土地に、抵当権を設定した。この場合、Bが抵当権をAの一般債権者Cに譲渡したときは、これをBがAに通知し、又はAが承諾しなければ、Cは、Aに抵当権の譲渡を対抗することができない。
- イ. Aは、その所有する甲土地に、Bのために第一順位の、Cのために第二順位の各抵当権を設定した。この場合、BがCのために抵当権の順位を放棄したときは、BとCの抵当権の順位が入れ替わる。
- ウ. Aは、その所有する甲土地に、Bのために第一順位の抵当権を、Cのために第二順位の抵当権を、Dのために第三順位の抵当権をそれぞれ設定した。この場合、抵当権の順位をD、C、Bの順に変更するには、Cの合意を要しない。
- エ. Aは、その所有する更地である甲土地にBのために抵当権を設定し、その後、甲土地上に乙建物を建築した。この場合、Bが抵当権を実行し、甲土地と乙建物とが一括して競売されたときは、Bは乙建物の売却代金からも優先弁済を受けることができる。
- オ. Aは、その所有する甲土地にBのために抵当権を設定し、その後、甲土地をCに売却した。この場合、CがBの請求に応じてBにその代価を弁済したときは、抵当権は消滅する。

1. アエ
2. アオ
3. イウ
4. ウエ
5. イオ

□□ア ○

民法376条1項は、「抵当権者は、その抵当権を他の債権の担保とし、又は同一の債務者に対する他の債権者の利益のためにその抵当権若しくはその順位を譲渡し、若しくは放棄することができる」と規定し、民法377条1項は、「前条の場合には、第467条の規定に従い、主たる債務者に抵当権の処分を通知し、又は主たる債務者がこれを承諾しなければ、これをもって主たる債務者、保証人、抵当権設定者及びこれらの者の承継人に対抗することができない」と規定する。

したがって、Bが抵当権をAの一般債権者Cに譲渡したときは、これをBがAに通知し、又はAが承諾しなければ、Cは、Aに抵当権の譲渡を対抗することができない。

□□イ ×

民法376条1項は、「抵当権者は、その抵当権を他の債権の担保とし、又は同一の債務者に対する他の債権者の利益のためにその抵当権若しくはその順位を譲渡し、若しくは放棄することができる」と規定する。「抵当権……の順位」の「放棄」とは、先順位抵当権者の有する優先弁済権を後順位抵当権者との関係で主張しないことをいい、先順位抵当権者と後順位抵当権者は、債権額に応じて平等に優先弁済を受ける。

したがって、BがCのために抵当権の順位を放棄したときは、甲土地が競売されたときの配当において、BとCは、債権額に応じて平等に優先弁済を受ける。

□□ウ ×

民法374条1項本文は、「抵当権の順位は、各抵当権者の合意によって変更することができる」と規定する。

したがって、抵当権の順位をD、C、Bの順に変更するには、Cの合意を要する。

□□エ ×

民法389条1項は、「抵当権の設定後に抵当地に建物が築造されたときは、抵当権者は、土地とともにその建物を競売することができる。ただし、その優先権は、土地の代価についてのみ行使することができる」と規定する。

したがって、Bは乙建物の売却代金から優先弁済を受けることはできない。

□□オ ○

民法378条は、「抵当不動産について所有権又は地上権を買い受けた第三者が、抵当権者の請求に応じてその抵当権者にその代価を弁済したときは、抵当権は、その第三者のために消滅する」と規定する。

したがって、CがBの請求に応じてBにその代価を弁済したときは、抵当権は消滅する。

問題8

甲土地上の法定地上権の成否に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 甲土地及びその土地上の乙建物を所有していたAが、甲土地に抵当権を設定した後に、乙建物を第三者に譲渡した。その後、抵当権が実行されCが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。
- イ. A所有の甲土地を賃借してその土地上に乙建物を所有していたBが乙建物に抵当権を設定した後、Aが乙建物の所有権を取得した。その後、抵当権が実行されCが乙建物を取得したときは、法定地上権が成立する。
- ウ. A所有の甲土地を賃借してその土地上にBが乙建物を所有していたところ、Aが甲土地に第一順位の抵当権を設定した後、甲土地をBに譲渡し、次いでBが甲土地に第二順位の抵当権を設定した。その後、第二順位の抵当権が実行され、Cが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。
- エ. A所有の甲土地を賃借してその土地上に乙建物を所有していたBが、乙建物に第一順位の抵当権を設定した後、甲土地をAから譲り受け、次いで乙建物に第二順位の抵当権を設定した。その後、第一順位の抵当権が実行され、Cが乙建物を取得したときは、法定地上権が成立する。
- オ. Aが甲土地及びその土地上の乙建物を所有していた。この場合において、甲土地の登記名義が前所有者Bのままであったとしても、乙建物に抵当権が設定され、抵当権の実行によりCが乙建物を取得したときは、法定地上権が成立する。

1. アイ 2. アエ 3. イウ 4. ウオ 5. エオ

民法388条前段は、「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす」と規定する。

□□ア ○

判例（大連判大 12.12.14）は、「土地及其の上に存する建物の所有者が土地又は建物のみを抵当と為し、其の一が抵当権に基き競売せられ、二者其の所有者を異にするに至りたる場合に於て、建物の所有者は土地使用の権利なきの故を以て建物を取去するを免れずと為さんが建物の利用を害し、一般経済上不利なること論を俟たず、民法第388条は、此の不利を避けんが為に建物所有者に地上権を附与したるものなれば、土地のみを抵当と為したる場合に於ては、同条に依り地上権を有すべき者は、競売の時に於ける建物所有者ならざるべからず、其の抵当権設定者たると否とは問う所に非ず」としている。

したがって、甲土地及びその土地上の乙建物を所有していたAが、甲土地に抵当権を設定した後に、乙建物を第三者に譲渡し、その後、抵当権が実行されCが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。

□□イ ×

判例（最判昭44.2.14）は、「抵当権設定当時において土地および建物の所有者が各別である以上、その土地または建物に対する抵当権の実行による競落のさい、たまたま、右土地および建物の所有権が同一の者に帰していいたとしても、民法388条の規定が適用または準用されるいわれはなし」としている。

したがって、A所有の甲土地を賃借してその土地上に乙建物を所有していたBが乙建物に抵当権を設定した後、Aが乙建物の所有権を取得し、その後、抵当権が実行されCが乙建物を取得したときは、法定地上権は成立しない。

□□ウ ×

判例（最判平2.1.22）は、「土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と地上建物を同一人が所有するに至った後に後順位抵当権が設定されたとしても、その後に抵当権が実行され、土地が競落されたことにより一番抵当権が消滅するときには、地上建物のための法定地上権は成立しないものと解するのが相当である。けだし、民法388条は、同一人の所有に属する土地及びその地上建物のいずれか又は双方に設定された抵当権が実行され、土地と建物の所有者を異にするに至った場合、土地について建物のための用益権がないことにより建物の維持存続が不可能となることによる社会経済上の損失を防止するため、地上建物のために地上権が設定されたものとみなすことにより地上建物の存続を図ろうとするものであるが、土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていない場合には、一番抵当権者は、法定地上権の負担のないものとして、土地の担保価値を把握するのであるから、後に土地と地上建物が同一人に帰属し、後順位抵当権が設定されたことによって法定地上権が成立するものとすると、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることになるからである」としている。

したがって、A所有の甲土地を賃借してその土地上にBが乙建物を所有していたところ、Aが甲土地に第一順位の抵当権を設定した後、甲土地をBに譲渡し、次いでBが甲土地に第二順位の抵当権を設定した後、第二順位の抵当権が実行され、Cが甲土地を取得したときは、法定地上権は成立しない。

□□ エ ○

判例（大判昭 14.7.26）は、要旨、「民法第 388 条に所謂競売の場合中には、土地及其の地上の建物が同一所有者に帰属したる際に於て、其の土地、又は、建物に対し、設定せられたる抵当権の存する限り、当該抵当権実行の為の競売は勿論、右土地及建物が未だ同一所有者に属せざる当該土地、又は、建物に対し、設定せられたる他の抵当権者の申立に因る競売の場合をも、包含するものとす」としている。

したがって、A所有の甲土地を賃借してその土地上に乙建物を所有していたBが、乙建物に第一順位の抵当権を設定した後、甲土地をAから譲り受け、次いで乙建物に第二順位の抵当権を設定し、その後、第一順位の抵当権が実行され、Cが乙建物を取得したときは、法定地上権が成立する。

□□ オ ○

判例（最判昭 53.9.29）は、要旨、「土地及びその地上建物の所有者が建物につき抵当権を設定したときは、土地の所有権移転登記を経由していなくても、法定地上権の成立を妨げない」としている。

したがって、Aが甲土地及びその土地上の乙建物を所有していた場合において、甲土地の登記名義が前所有者Bのままであったとしても、乙建物に抵当権が設定され、抵当権の実行によりCが乙建物を取得したときは、法定地上権が成立する。

正解 3

問題9

AのBに対する売買代金債権甲に譲渡禁止の特約がある場合に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. Aが将来発生すべき債権甲をCに譲渡し、Bに対してその通知をした後、A B間で債権甲につき譲渡禁止の特約をし、その後債権甲が発生した。この場合には、Bは、Cに対し、Cがその特約の存在を知っていたものとみなして、債務の履行を拒むことができる。
- イ. Cが譲渡禁止の特約の存在を知りながら債権甲を譲り受けた場合において、CがBに対して相当の期間を定めてCへの履行の催告をしたが、その期間内に履行がないときは、Bは、Cに対し、譲渡禁止を理由として債務の履行を拒むことができない。
- ウ. Cが譲渡禁止の特約の存在を知りながら債権甲を譲り受け、その後Dにこれを譲渡した場合において、Dがその特約の存在について善意無重過失であったときは、Bは、Dに対し、譲渡禁止を理由として債務の履行を拒むことができない。
- エ. 債権甲が譲渡された場合には、Bは、債権甲の全額に相当する金銭を供託することができる。
- オ. Cが、譲渡禁止の特約の存在を知りながら債権甲を譲り受けた場合において、Cの債権者Dが債権甲に対する強制執行をしたときは、Bは、Dに対し、譲渡禁止を理由として債務の履行を拒むことができない。

1. アイ 2. アオ 3. イウ 4. ウエ 5. エオ

□□ア X

民法466条の6第3項は、「前項に規定する場合において、譲渡人が次条の規定による通知をし、又は債務者が同条の規定による承諾をした時（以下「対抗要件具備時」という。）までに譲渡制限の意思表示がされたときは、譲受人その他の第三者がそのことを知っていたものとみなして、第466条第3項（譲渡制限の意思表示がされた債権が預貯金債権の場合にあっては、前条第1項）の規定を適用する」と規定する。同項によれば、将来債権が譲渡された場合において、債務者対抗要件が具備された後に譲渡制限特約が付されたときはは、譲受人の主觀的態様のいかんを問わず、債務者は譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができず、債務者対抗要件が具備される前に譲渡制限特約が付されたときはは、譲受人は悪意であると擬制されるため、この者の主觀的態様のいかんを問わず、債務者は譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができることになる。

したがって、Aが将来発生すべき債権甲をCに譲渡し、Bに対してその通知をした後、AB間で債権甲につき譲渡禁止の特約をし、その後債権甲が発生した場合、Cはその特約の存在を知っていたものとはみなされず、Bは、Cに対し、債務の履行を拒むことはできない。

□□イ X

民法466条3項は、「前項に規定する場合には、譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかつた譲受人その他の第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる」と規定し、同条4項は、「債務者が債務を履行しない場合において、同項に規定する第三者が相当の期間を定めて譲渡人への履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、その債務者については、適用しない」と規定する。

本肢では、譲渡禁止の特約の存在につき悪意であるCがBに対して、「譲渡人」であるAへの履行の催告ではなく、Cへの履行の催告をしている。よって、同条4項は適用されず、同条3項が適用されることになる。

したがって、Bは、Cに対し、譲渡禁止を理由として債務の履行を拒むことができる。

□□ウ O

民法466条3項は、「前項に規定する場合には、譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかつた譲受人その他の第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる」と規定する。もっとも、判例（大判昭13.5.14）は、要旨、「譲渡禁止の特約の存在を知りながら債権を譲り受けた者から更にその債権を譲り受けた転得者が、譲渡禁止の特約を知らないときは、債務者は転得者に対して、譲渡禁止の特約の存在を対抗することができない」としている。

したがって、Cが譲渡禁止の特約の存在を知りながら債権甲を譲り受け、その後Dにこれを譲渡した場合において、転得者であるDがその特約の存在について善意無重過失であったときは、Bは、Dに対し、譲渡禁止を理由として債務の履行を拒むことができない。

□□ エ ○

民法466条の2第1項は、「債務者は、譲渡制限の意思表示がされた金銭の給付を目的とする債権が譲渡されたときは、その債権の全額に相当する金銭を債務の履行地（債務の履行地が債権者の現在の住所により定まる場合にあっては、譲渡人の現在の住所を含む。……）の供託所に供託することができる」と規定する。

したがって、債権甲が譲渡された場合には、Bは、債権甲の全額に相当する金銭を供託することができる。

□□ オ ×

民法466条の4第2項は、「前項の規定にかかわらず、譲受人その他の第三者が譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかつた場合において、その債権者が同項の債権に対する強制執行をしたときは、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもつて差押債権者に対抗することができる」と規定する。

したがって、Cが、譲渡禁止の特約の存在を知りながら債権甲を譲り受けた場合において、Cの債権者Dが債権甲に対する強制執行をしたときは、Bは、Dに対し、譲渡禁止を理由として債務の履行を拒むことができる。

正解 4

問題 10

次の対話は、弁済に関する教授と学生との対話である。教授の質問に対する次のアからオまでの学生の解答のうち、正しいものの組合せは、後記 1 から 5 までのうち、どれか。

教授： 第三者による弁済について検討してみましょう。弁済をするについて正当な利益を有する第三者は、債権者の意思に反しても、弁済をすることはできますか。問題となっている債務が、その性質上第三者による弁済を許すものであり、当事者が第三者による弁済を禁止し、又は制限する旨の意思表示をしていないことを前提に考えてください。

学生：ア 弁済をするについて正当な利益を有する第三者は、債権者の意思に反しても、弁済することができます。

教授： では、弁済の方法について考えてみましょう。債権者の預金又は貯金の口座に対する払込みによって弁済をすることが許されている場合に、その方法によって弁済の効力が生ずるのは、どの時点ですか。

学生：イ 債権者が払込みがあった口座から金銭の払戻しを現実に受けた時点です。

教授： 次に、代物弁済について考えてみましょう。代物弁済の契約が締結された場合には、代物弁済の契約で定められた給付が現実になくとも、弁済と同一の効力は生じますか。

学生：ウ 代物弁済の契約が締結されれば、代物弁済の契約で定められた給付が現実になくとも、弁済と同一の効力は生じます。

教授： 弁済の時間について考えてみましょう。弁済をし、又は弁済の請求をすることができる取引時間の定めがあると認められるのは、どのような場合ですか。

学生：エ 債権者と債務者の合意によって取引時間を定めた場合に限り、弁済をし、又は弁済の請求をすることができる取引時間の定めがあると認められます。合意がないのに、このような取引時間の定めがあると認められることはありません。

教授： 最後に、弁済の充当について検討しましょう。債務者が同一の債権者に対して同種の給付を目的とする数個の債務を負担する場合に、弁済として提供した給付が全ての債務を消滅させるのに足りないときは、弁済をする者は、その充当すべき債務を指定することができますか。いずれの債務も元本のみしか存在しないことと、弁済をする者と受領する者の間にその充当の順序に関する合意がないことを前提に考えてください。

学生：オ 弁済をする者は、給付の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができます。

- 1 アウ 2 アオ 3 イエ 4 イオ 5 ウエ

□□ア ○

弁済をするについて正当な利益を有する第三者は、債権者の意思に反しても、弁済をすることができる（民法474条3項本文参照）。

□□イ ×

債権者の預金又は貯金の口座に対する払込みによってする弁済は、債権者がその預金又は貯金に係る債権の債務者に対してその払込みに係る金額の払戻しを請求する権利を取得した時に、その効力を生ずる（民法477条）。したがって、弁済の効力が生ずるのは、債権者が払込みがあった口座から金銭の払戻しを現実に受けた時点とする点で、本肢は誤っている。

□□ウ ×

弁済をすることができる者（以下「弁済者」という。）が、債権者との間で、債務者の負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において、その弁済者が当該他の給付をしたときは、その給付は、弁済と同一の効力を有する（民法482条）。したがって、代物弁済の契約で定められた給付が現実になされなければ、弁済と同一の効力は生じない。

□□エ ×

法令又は慣習により取引時間の定めがあるときは、その取引時間内に限り、弁済をし、又は弁済の請求をすることができる（民法484条2項）。したがって、慣習により取引時間の定めがあるときは、合意がなくても、弁済をし、又は弁済の請求をすることができる取引時間の定めがあると認められる。

□□オ ○

債務者が同一の債権者に対して同種の給付を目的とする数個の債務を負担する場合において、弁済として提供した給付が全ての債務を消滅させるのに足りないときは、弁済をする者は、給付の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる（民法488条1項）。

正解 2