

問題 44 解答例①

										10						15
国	を	被	告	と	し	て	、	免	許	処	分	に	対	す		
る	取	消	訴	訟	又	は	拒	否	処	分	に	対	す	る		
取	消	訴	訟	を	提	起	で	き	る	。						

(41 字)

問題 44 解答例②

										10					15
国	を	被	告	と	し	て	、	免	許	処	分	に	対	す	
る	取	消	訴	訟	と	拒	否	処	分	に	対	す	る	取	
消	訴	訟	を	提	起	で	き	る	。						

(40 字)

配点の目安

項 目		配点	点数
1	国を被告として	8	
2	免許処分に対する取消訴訟	6	
3	拒否処分に対する取消訴訟	6	
合 計 点		20	

1 各項目について

(1) 項目 1 について

1	国を被告として
---	---------

被告適格は、令和 5 年度の問題でも出題されており、平成 27 年度問題 44、平成 30 年度問題 44、令和 2 年度問題 44、令和 4 年度問題 44 などに出題されており、頻出のテーマとなります。取消訴訟の被告は、原則として、当該処分をしようとしている行政庁の所属する国又は公共団体です（行政事件訴訟法 11 条 1 項 1 号）。本問は「総務大臣 Y は」とありますので、国が被告となります。これ以外の解答を書いたしまった場合、部分点は一切付与されないものと考えられます。

(2) 項目 2、3 について

2	免許処分に対する取消訴訟
3	拒否処分に対する取消訴訟

ここはあえて 2 つ同時に解説いたします。上記の「配点の目安」に示したものは、全体的に択一の得点が低く、部分点を多めに付与された場合を想定したものです。もし厳しい採点となった場合、両方の取消訴訟を提起していない答案にはこの箇所の部分点が付与されない可能性があります。

また、そもそも問題文に「…どのような処分に対する取消訴訟を提起できるか…」とあるので、「取消訴訟」以外の解答を書くことは許容されず、他の抗告訴訟を書いたしまった場合、全体につき得点が付与されない（問 44 は 0 点である）可能性があると考えます。以上を加味すると採点基準として、2、3 の 2 つの取消訴訟を提起しているかがポイントとなるはずです。片方だけを提起した答案のみならず、「義務付け訴訟との併合提

起」等の解答をしてしまった場合もこの部分の得点（12 点）が付与されない可能性も想定されます。

なお、本問解答例①につき「又は」としたのは最判昭 43.12.24 の判例において、「免許処分の取消しを訴求する場合はもとより、拒否処分のみ取消しを訴求する場合にも、…被上告人に対して免許を付与するということもありうる」によるものです。しかし、そこまで本問は求めていないと考え、解答例②において「と」も許容されるという判断に至りました。

2 問 44 全体について

本問は問題文に「…どのような処分に対する取消訴訟を提起できるか…」とあることから、抗告訴訟の類型に対するミスは、たとえ被告適格が合っていても得点が付与されないものと予想されます。ただし、「義務付け訴訟との併合提起」など、いわゆる余分なものを足してしまった答案は被告適格のみ部分点が付与されると予想します。

問題 45 解答例①

										10	15			
動	産	売	買	先	取	特	権	に	基	づ	き	、	甲	の
競	売	代	金	か	ら	優	先	的	に	充	当	す	る	形
で	確	保	で	き	る	。								

(37 字)

問題 45 解答例②

										10	15			
A	は	動	産	売	買	先	取	特	権	に	基	づ	き	、
甲	を	差	押	え	る	こ	と	で	優	先	弁	済	を	確
保	で	き	る	。										

(35 字)

配点の目安

項 目		配点	点数
1	動産売買先取特権に基づき	8	
2	甲の競売代金から／甲を差押えることで	4	
3	優先的に充当する形で確保できる／優先弁済を確保できる	8	
合 計 点		20	

1 各項目について

(1) 項目1について

1	動産売買先取特権に基づき
---	--------------

本問は難問であり、受験生の正解率は低いものと予想されます。したがって、ここでは「先取特権」という言葉が書かれているか否かが大きなポイントとなります。「先取特権」という文言が書けており、全体の趣旨に合っている答案の場合、他の部分が正確に書けなくても8点程度の部分点が付与されるものと考えます。逆に、単に「差押えができる」等の表現のみの場合、「…いかなる権利に基づき…」という間に解答していない為、ここでの部分点は付与されないものと予想します。

(2) 項目2について

2	甲の競売代金から／甲を差押えることで
---	--------------------

この部分は厳しく採点された場合、「競売代金から」又は「甲を差押える」という文言がないと部分点が付与されないケースが考えられます。しかし、本問の正答率はかなり低いものと予想されることから、「一般債権者に先立ち」等で文字数を埋めた場合も、部分点が付与される可能性は十分あるという見解です。なお、問題文に「…甲は、B所有の倉庫内に第三者に転売されることなくそのまま保管されている…」とあり、試験委員の方の「物上代位は該当しない」という明確なメッセージが読み取れます。したがって、物上代位に関する記述を書いた場合、2の部分点は一切付与されないと考えてよいでしょう。なお近年ですと物上代位については令和5年度で出題がされています。

(3) 項目3について

3	優先的に充当する形で確保できる／優先弁済を確保できる
---	----------------------------

先取特権は法定担保物権ですので、性質上「優先弁済される」ことは自明であるとも言えます。したがって、答案の別の箇所に「動産売買（の）先取特権」という文言が入っていれば、「売買代金を確保できる」等の記述でも3の部分は部分点が付与される可能性があると考えます。

2 問45全体について

上記のように本問の正答率はかなり低いと予想されます。したがって、「動産売買の先取特権に基づき、売買代金を優先的に確保できる」という趣旨が書かれていれば、満点が付与されるケースも想定されます。上記の配点は標準～厳しめで判断した場合であるという点もご留意ください。

問題 46 解答例①

										10						15
A	の	B	に	対	す	る	登	記	請	求	権	の	た	め		
に	B	の	C	に	対	す	る	登	記	請	求	権	を	代		
わ	り	に	行	使	で	き	る。									

(39 字)

問題 46 解答例②

										10	15			
A	は	自	己	の	登	記	請	求	権	を	保	全	す	る
た	め	に	、	B	の	C	に	対	す	る	登	記	請	求
権	を	代	位	行	使	で	き	る	。					

(40 字)

配点の目安

項 目		配点	点数
1	A の B に対する登記請求権のために／A は自己の登記請求権を保全するために	6	
2	B の C に対する登記請求権を	6	
3	代わりに行使できる／代位行使できる	8	
合 計 点		20	

1 各項目について

(1) 項目 1 について

1	AのBに対する登記請求権のために／Aは自己の登記請求権を保全するために
---	-------------------------------------

論点は民法 423 条の7です。問題文に「…Aは、何のために…」とあるので、これに素直に答える必要があります。問題文に「…Aは…登記を具備したい」とあることから、AのBに対する登記移転請求権が被保全債権となるため、民法 423 条の7の条文の文言に即してそのまま書いた場合、「AのBに対する登記（の）請求権のために」又は「Aは自己の登記（の）請求権を保全するために」という表現が適切となります。ただ、「Aは登記を具備するために」など、「登記請求権」という文言がなくても、趣旨が合っていれば、部分点が付与されと考えてよいでしょう。事例問題であり、かつ「民法の規定にしたがって」という指示がない以上、条文の文言をそのままでもなくとも、趣旨を違えていなければ部分点が付与されると予想します。

(2) 項目 2 について

2	BのCに対する登記請求権を
---	---------------

ここは問題文に「…誰の誰に対する…」とあるので、「BのCに対する」と書かないと、ここでの部分点は付与されません。また問題文に「…いかなる権利を…」とある以上、「登記請求権」や「登記を請求する権利」と書かなくては部分点が付与されないと考えます。

上記からすると、「BのCに対する」と「登記請求権」を分けて、それぞれに部分点が付与される可能性が全くないわけではありませんが、そもそも「BのCに対する登記請求権」と一かたまりでないと根本的な意味を違えてしまうので、ここは「BのCに対する登記請求権」で部分点を付与していると考えます。ただし、「登記請求」のように「権」を抜いた答案でも趣旨

を違えていなければ部分点が付与されるものと考えます。しかし、問題文に「…いかなる権利を…」とある以上、予想配点満点6点から減点されて得点が付与されるものと予想します。

(3) 項目3について

3	代わりに行使できる／代位行使できる
---	-------------------

設問に「…どのように行使できるか。」とあるので、民法 423 条の7より、「代わりに行使できる」又は「代位行使できる」が正解とわかります。423 条の7は、判例から条文になったもので、この「代位行使」はこの問題の核となるところです。したがって、本問の中で最大配点がなされるものと予想し、8点といたしました。

本問は確かに債権者代位権の転用ではあるものの、債権者代位権そのものではありません。さらに改正して新たに条文化したことなどを加味すると、423 条1項とは明確に区別しなくてはならないと考えます。したがって、「債権者代位権を行使する」とした場合にはここでの部分点は付与されないものと予想します。

2 問46全体について

本問は多くの受験生が書けたものであると予想します。したがって、細部に渡り用語の点検がなされるはずです。しかしながら択一の全体の出来によって、調整が入る可能性もあるため、これよりも易しい採点になることもあり得ます。