2026 年 10 月 17 日

令和８－１４

質権に関する次のアからオまでの各記述のうち，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。（解答欄は，［№１４］）

ア．動産質権者において遺失した質物を質権設定者が拾得し，占有しているときは，動産質権者は，質権に基づき，質権設定者に対し，質物の引渡しを請求することができる。

イ．動産質権者は，被担保債権について利息を請求する権利を有するときは，その満期となった最後の２年分についてのみ，その質権を行使することができる。

ウ．金銭債権を目的とする質権が設定された場合において，その債権の債務者が弁済すべき額を適法に供託したときは，質権は，その供託金について存在する。

エ．動産質権の設定は，指図による占有移転により目的物を債権者に引き渡すことによっても，その効力を生じる。

オ．現に発生していない債権は，質権の目的とすることができない。

１．ア　ウ　　２．ア　エ３．イ　ウ４．イ　オ５．エ　オ

正解　４

肢ア

大原則（物権の DNA）： 物権は「誰に対しても主張できる（対世効）」強力な権利だからこそ、その支配が害されたときは、誰に対しても「元に戻せ」と物権的請求権を行使できるのが本来の姿である。

□ **動産質のブレーキ（公示の限界）：** しかし、動産質権の命は「占有」という目に見える外形（公示）にある。これが失われているのに、あたかも無敵の対世効があるかのように第三者へいきなり物権的請求を認めてしまうと、取引の安全が害され、第三者に理不尽な「不意打ち」を与えてしまう。だから、第三者に対しては原則として突っ張れない。

□ **例外ではなく「原則への回帰」（当事者間）：** だが、相手が「当事者（質権設定者）」であれば話は別である。そもそも自分で動産質権を設定し、「この物は担保として相手に占有させておく」と合意した本人が、自らその占有状態をブチ壊している。第三者に見せるための公示がどうこう以前に、「自分が結んだ契約に違反し、自ら物権の内容を侵害している当事者本人」なのだから、不意打ちも何もない。したがって、物権の本来の原則通り、物権的請求権（引渡し請求）が当然に認められるべきである。

質権侵害として主張できる。１９３条とは別の法律構成。

肢イ

□ **抵当権（不動産）の事情：後順位者・一般債権者・買受人の「予測可能性」の保護**

- 不動産には「登記」というシステムがあり、そこに複数の抵当権が設定されたり（後

順位抵当権)、一般的な債権者が群がったりします。

- もし、最初の抵当権者が発生する利息を無制限に全部の優先弁済に回せるとしてしまうと、後から参入してきた人（後順位者など）や買う人が「結局、最初のやつにいくら持ってかれるのか分からない（＝担保の残存価値が計算できない)」という致命的な不意打ちを受けます。
- だからこそ、民法 375 条 1 項は「原則として最後の 2 年分しか優先弁済を受けられないよ」というリミッターをかけ、市場の予測可能性（後順位者や取引の安全）を守っているわけです。

□ **動産質（動産）の事情：占有による排他性と「後順位」という概念の不在**

- 一方、動産質は「物をガッチリ手元に置いて占有する」ことで成立します。
- つまり、動産のワールドにおいては、一人の債権者がその物を独占的に手元に抱え込んでいるのが基本であり、不動産のように「登記を何重にも重ねて後順位がウジャウジャいる」という複雑なレイヤーが基本的に想定されていません（もし別の人が欲しければ、占有を奪うか、あるいは「外形が見えないがゆえに善意取得（192 条）でリセットされてしまう」という世界です)。
- 後順位者が複雑に絡み合って「残りの価値がいくらか分からない」というリスクが不動産ほど深刻ではないため、動産質においてはわざわざ抵当権のような「最後の 2 年分」という厳しいリミッターをかける必要性がない。だからこそ、**被担保債権の利息まですべて原則通り担保の対象として行使できる**。

肢ウ

債権質の場合，質権者は，被担保債権の弁済期が来ていないと取立できません。一方で，質入された債務の弁済期が先に到来してしまう危険がある。その時に，債務者がもとの債権者に弁済してしまうと，債権質者の担保がなくなり害される。一方で，期限が来ているのに拘束されるのは債務者も問題なので，免れる手段として供託がある。供託されると，債権者の財産と分離していますので，そこに担保があるとして，債権質者は，保護される。

1. **タイムラグのジレンマ（弁済期のズレ）**
   - 自分が持っている債権（例えば、A に対する売掛金）を担保として B（質権者）に差し入れた（債権質）とします。
   - このとき、「A が B に払うべき時期（目的債権の弁済期)」と、「自分が B から借りているお金を返す時期（被担保債権の弁済期)」が必ずしもきれいに一致するとは限りません。
   - 多くの場合、ターゲットである目的債権（A の債権）の弁済期が先にやってきます。
2. **放置した場合のクラッシュ（二重の危険）**

- もし、目的債権の弁済期が来たときにAが元の債権者（自分）に直接お金を払ってしまい、それを使い込まれてしまったら、質権者Bは「担保が消滅した！」という致命的な損害を受けます。
- かといって、A（第三債務者）の立場からすれば、「早く借金を返してすっきりしたいのに、債権質が設定されているせいで、どっちに払えばいいか分からない。下手に払って二重払いの責任を負わされたらたまったものじゃない」と身動きが取れなくなります。

3. **「供託」という究極のセーフティネット（物上代位の変形）**
   - そこで法が用意したのが、この「供託」という仕組みです。
   - A（第三債務者）は、弁済すべき額を法務局等に**適法に供託**することで、自分の二重払いのリスクから解放されます。
   - そして、消えてしまったように見える「債権」の形は変わりますが、その中身である現金は「供託金」という安全な容器にそっくりそのまま移し替えられ、質権はその供託金の上にスライドして存在し続けます（物上代位の変形）。
   - これにより、第三債務者（A）は守られ、質権者（B）の担保価値もガッチリ保全される。

肢エ

質権者が直接占有していないというところが問題です。確かに第三者のところに占有があると，担保の実効性からすると問題があります。しかし，必要性，仮に指図による占有移転で質権設定できないとわざわざ，物を動かす必要性が出てきてしまい。経済的にも迂遠です。迅速な取引ができるように認める必要性があります。第三者のもとにあっても，設定者にない点で，担保の実効性は担保されてします。リスクを当事者が容認しているのであれば，そのような物権制定を禁止する理由はないといえそうです。

□ **古典的な担保観（直接占有の神話）の乗り越え**

- おっしゃる通り、動産質の古典的なイメージは「質屋」のように、質権者が物を金庫にガッチリと直接抱え込むことにあります。たしかに、他人の手に預けてしまうと、持ち逃げされるリスクや、そもそも「本当に担保価値があるのか？」を自分で確認できないリスクは高まります。担保の実効性という点では、一見するとマイナスに見えます。

□ **経済的リアリズムによる必要性の肯定（ここが最大のポイント！）**

- しかし、現代のダイナミックな物流・経済社会において、すべての担保動産を物理

的に債権者の元へ動かしていたらどうなるか？

- 巨大な機械、倉庫にある大量の在庫、輸送中のコンテナ……これらをいちいち債権者の倉庫に移動させていたのでは、莫大なコストと時間がかかり、本来の経済活動（生産や流通）が止まってしまいます。これでは「経済的に迂遠」であり、社会全体の損失です。
- だからこそ、民法は 184 条の「指図による占有移転」というスマートな仕組みを動産質（352 条）にも適用することで、「物を動かさずに、占有の観念だけを移転させる（マーキングする）」**ことで、取引のスピードを落とさずに担保を設定できるようにしたわけです。**「迅速な取引の必要性」という政策目的が、直接占有の原則を上回るリアリティを持ったのです。

□ **「設定者の支配下から外れる」という本質的機能の維持**

- それでも担保としての機能は大丈夫なのか？という懸念に対しては、ご指摘の通り「少なくとも、設定者（オーナー）の手元にはない」という点が決定的です。
- 目的物が第三者（倉庫業者など）の手にあり、設定者が勝手に持ち出せない状態になっていれば、担保価値は設定者の一般債権者から隔離され、質権者のためのプール（引当）として十分に機能します。
- 質権者が「直接占有」ではなく「第三者をして占有させる（間接占有）」というリスク管理の形を選択し、それを当事者が納得して設定契約を結んでいる以上、「そのような物権設定を禁止する合理的理由はない」という結論は、極めて論理的かつ健全な法解釈です。

肢オ

「将来債権を目的とすることは、現代のファイナンス実務や迅速な取引の要請からして当然に有効である（オは誤り）。もっとも、完全に根拠のない架空の権利まで認められるわけではなく、将来の発生基礎（実体）があるかどうかが実務上の重要な審査ポイントとなる。」

□ **伝統的な懸念（実現可能性の壁）**

- 古典的な感覚からすると、「まだこの世に存在していない（発生するかどうかも分からない）権利を担保に取るなんて、絵に描いた餅（または空手手形）ではないか。そんな実体のないものを担保に認めたら、実行の段階で破綻する（実現可能性がない）」という強い警戒感がありました。

□ **現代経済の要請（迅速な取引・ファイナンスの生命線）**

- しかし、ご指摘の通り、企業の資金調達（アセット・ファイナンスや債権譲渡・担保など）の現場において、「すでに発生している債権」だけでやりくりしろというのは、現代のスピード感からは全く時代遅れです。

- 「これから生まれてくる売掛金や将来のキャッシュフロー」をベースにしてスピーディーに資金を回さなければ、ビジネスの血流が止まってしまう。「権利の発生まで律儀に待っていたら、迅速な取引が致命的に害されてしまう」という経済的リアリティがあります。

□ **法解釈の着地点（「全く根拠のない空論」の排除と実体の肯定）**

- だからこそ、現代の法システムや判例は、将来債権を目的とする担保（債権質・債権譲渡）を広く有効と認めました。
- もちろん、「明日どうなるか全く分からない完全な妄想の権利」まで無制限に認めるわけにはいきません（ここが「全く根拠のない取引を認めない」という趣旨としての実現可能性のハードルです)。
- しかし、「将来発生することが確実に見込まれる基礎的な関係（実体)」がちゃんとあるのであれば、たとえ現時点で権利そのものが発生していなくても、それを担保の目的にすることは完全に有効であるとする。

令和８－１５　予備 令８－７

抵当権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。（解答欄は，［№１５］）

ア．現存の債権及び将来発生する可能性のある条件付債権を，現存の貸金債権であるように表示して抵当権設定登記をした場合であっても，当事者が真実その設定した抵当権を登記する意思で登記手続をしたときは，その抵当権の設定は有効である。

イ．ＡのＢに対する金銭債権を被担保債権としてＢ所有の甲土地に抵当権が設定されているときは，Ｂは，Ａからの当該金銭債権の履行請求に対し，抵当権設定登記の抹消登記手続と同時でなければ応じないと主張してこれを拒むことはできない。

ウ．ＡのＢに対する金銭債権を被担保債権として，物上保証人であるＣ所有の甲土地に抵当権が設定されている場合において，Ｂの債務についてＤが免責的債務引受をしたときは，Ｃが抵当権の移転について承諾していなくても，Ａは，その抵当権をＤが負担する債務に移すことができる。

エ．抵当権は，売買契約に基づく目的物の引渡請求権を被担保債権として設定することができない。

オ．ＡのＢに対する金銭債権を被担保債権としてＢ所有の甲土地に抵当権が設定され，その旨の登記がされた場合において，Ｂから甲土地の所有権を取得したＣが，その金銭債権の元本のほか，既に発生した利息及び遅延損害金のうち最後の２年分を弁済したときは，抵当権は，消滅する。

１．ア　イ　２．ア　エ　３．イ　ウ　４．ウ　オ　５．エ　オ

正解　1

肢ア

最高裁昭和 33 年 5 月 9 日判決

将来発生する可能性のある条件付債権を被担保債権とする抵当権設定も、当事者間にその設定意思がある以上は有効です。また、表示の一部にズレ（現存の貸金債権であるかのように表示）があったとしても、「真実その設定した抵当権を登記する意思」をもって手続がなされている限り、形式的な表示の不一致をもって直ちに無効とは評価されません。当事者の実質的な意思を優先させる実質的解釈の妥当な結論です。

条件付債権，発生が不確実。表示にずれがあるので，無効ではないのか。

迅速な取引の必要性から見て，無効とするのは，実体に沿わない。債権者の保護が不十分になってしまう。担保の設定の意思があれば有効。実現可能性がある以上，表記の瑕疵は，軽微と考えられる。

肢イ

債権者 A からの「金銭債権の支払（履行）請求」と、債務者 B からの「抵当権設定登記の抹消請求」は、それぞれ発生原因や法的なステージが異なる別個の権利です。一方が主たる債権の履行（お金を返すこと）であるのに対し、もう一方は担保の消滅に関する問題であるため、**同時履行の抗弁権（民法 533 条）の双務関係には立ちません**。したがって、B はこれを理由に支払いを拒むことはできません。

同時履行とすると，弁済をしなくても，履行遅滞の責めを負わず，公平の見地から問題である。
あくでも，債務者が先に弁済すべき。
同時履行は，互いの履行を担保するものであるが，登記の抹消は，後履行でも十分，実行できる。受取証書が弁済と同時履行であるため，弁済が証明できれば，登記は実体がなく無効。登記の抹消的続きが取れるはずである。
□

肢ウ

□ **根拠条文：** 民法第 472 条の 4 第 1 項ただし書

□ **論理（演算）：** 免責的債務引受によって債務者が入れ替わる際、その債務に担保（抵当権）がついている場合、原則として担保も新しい引受人にスライドします。しかし、その担保を「物上保証人（自分以外の第三者）」が提供していた場合、見ず知らずの新しい債務者のために自分の土地の担保負担がそのまま引き継がれてしまうのは、物上保証人にとって致命的な不意打ち（予測を超えたリスクの拡大）になります。そのため、物上保証人の承諾が絶対的な制約条件（変数）として要求されます。したがって、「承諾していなくても移すことができる」とする本肢は誤りです。

肢エ

抵当権の被担保債権は通常金銭債権ですが、金銭債権に限られるわけではありません。売買契約に基づく目的物の引渡請求権のような非金銭債権であっても、それが**債務不履行となった場合には最終的に金銭債権（損害賠償債権）に転化する性質**を有しているため、これを被担保債権として抵当権を設定することは妨げられません。したがって、「設定することができない」とする本肢は誤りです。

□ **一見すると感じる違和感（形式論・性質上の不適合）**

- 「抵当権は、最終的に担保を競売にかけて『金銭』を回収するための制度なのだから、欲しいのは物（目的物引渡請求権）であって金銭ではないはずだ。性質上馴染まないのではないか？」という疑問。
- もし物の引渡し自体が目的だとすれば、担保を実行しても金銭が入るだけで肝心の目的物は入ってこないため、当初の目的が達成されないのではないか、という懸念。

□ **しかし、実態と経済的インセンティブを見据えた転換（実質論）**

- 一方で、もしそのような債権に担保をつけることを一切禁止してしまうと、債権者側からすれば「債務不履行になったときに確実に回収する手段（確実性）」が失われ、取引の安全や円滑なファイナンスが大きく損なわれてしまう。

□ **最終的な結節点（金銭への転化による包摂）**

- ここで決定的なポイントとなるのが、「債務不履行になれば、最終的には損害賠償請求権などの『金銭債権』に転化する」という法的性質です。
- つまり、出発点は「目的物の引渡し」であっても、トラブル（不履行）が起きた瞬間から実質的に金銭回収のステージへと接続されるため、金銭債権を前提とする抵当権のシステムと見事に親和し、被担保債権の確実な回収にしっかり繋がる。

肢オ

375 条はあくまでも, 後順位抵当権者を保護するために責任の範囲を限定するものであって, 債務をなくすものではない。

「債務」と「責任」の峻別： 責任の限定（物的な責任の範囲）はあくまで制度的な枠組みであって、自らが負うべき本来の義務（債務）そのものをチャラにする免罪符ではない。

□ **不可分性という鉄則：** 担保の実行を免れたければ、中途半端な理屈や相手の権利の範囲を盾にするのではなく、原則通り「債務を全額履行して消滅させる」以外に道はない。

□ **議論の本質：** 義務を果たすべき立場にある者が、相手方の権利や制限を都合よく持ち出して本来の責任から逃れようとするのは、論理的にも道徳的にも「筋違い」の極みである。

令和８－１６

Ａに対し，Ｂは１０００万円の債権を，Ｃは２０００万円の債権を，Ｄは３０００万円の債権を有しており，これらの債権を被担保債権として，Ａ所有の甲土地に，Ｂは第一順位の抵当権の設定を，Ｃは第二順位の抵当権の設定を，Ｄは第三順位の抵当権の設定をそれぞれ受け，いずれも抵当権設定登記を備えた。また，Ａに対して２５０万円の債権を有する一般債権者Ｅがいる。この場合において，甲土地の競売により４０００万円が配当されることになったときに関する次のアからオまでの各記述のうち，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。なお，各債権者が有する債権の利息及び損害金並びに執行費用は考慮しないものとする。（解答欄は，［№１６］）

ア．競売の申立て前に，ＢがＥの利益のために抵当権を放棄し，その旨の登記が具備されたときは，Ｂに８００万円，Ｃに２０００万円，Ｄに１０００万円，Ｅに２００万円が配当される。

イ．競売の申立て前に，ＢがＥの利益のために抵当権を譲渡し，その旨の登記が具備されたときは，Ｃに２０００万円，Ｄに１７５０万円，Ｅに２５０万円が配当される。

ウ．競売の申立て前に，抵当権の順位が変更され，Ｄの抵当権が第一順位，Ｂの抵当権が第二順位，Ｃの抵当権が第三順位である旨の登記が具備されたときは，Ｂに１０００万円，Ｄに３０００万円が配当される。

エ．競売の申立て前に，ＢがＤの利益のために抵当権の順位を譲渡し，その旨の登記が具備されたときは，Ｃに２０００万円，Ｄに２０００万円が配当される。

オ．競売の申立て前に，ＢがＤの利益のために抵当権の順位を放棄し，その旨の登記が具備されたときは，Ｃに１０００万円，Ｄに３０００万円が配当される。

１．ア　ウ　２．ア　エ　３．イ　ウ　４．イ　オ　５．エ　オ

正解　４

肢ア

抵当権の放棄とは，抵当権者が無担保債権者のために優先弁済を受ける権利を放棄し，両者が配当額の合計額から債権額に比例して平等分配を受けることをいう。Ｂが抵当権を一般債権者Ｅのために放棄すると，１０００万円の範囲で，Ｅとの間で優先権を放棄して，債権者平等に基づいて処理される。債権額について，Ｅ：２５０万，Ｂ：１０００万で，両者は同じ立場となり，Ｂの配当額予定１０００万を，１：４で案分する。Ｅ：２００万，Ｂ：８００万，Ｃ・Ｄの配当額は変わらない（注)。

（注）Ｂの意思で他人の権利を処分できないからである。

肢イ

抵当権の譲渡とは，抵当権者が無担保債権者に抵当権の優先弁済を受ける権利を付与し，その限度で自らは無担保債権者になることをいう。ＢがＥの利益のために抵当権を譲渡すると，Ｂの配当額予定額１０００万円の範囲で，２５０万円についてＥに優先権を認める。したがって，Ｃに２０００万円，Ｄに１０００万円，Ｅに２５０万円が配当される。

□

肢ウ

抵当権の順位が変更され，Ｄが第１順位，Ｂが第２順位，Ｃが第３順位となったとき

は，Ｂに１０００万円，Ｄに３０００万円が配当される。
（注）Ｃの配当は０となるが，抵当権者全員の合意がないと順位は変更されない（３７４条１項)。Ｃに手続保障があったと考えられる。
３７４条１項

肢エ
抵当権の順位の譲渡とは，抵当権者が後順位抵当権者に対して，優先弁済を受ける権利を付与することをいう。ＢがＤの利益のために抵当権の順位を譲渡したときは，本来，ＢとＤに配当されるはずの分を合わせて２０００万円（＝Ｂの１０００万枠＋Ｄ本来の枠の残り分）の範囲で，Ｄに先に配当される。したがって，Ｃに２０００万円，Ｄに２０００万円が配当される。
（注）Ｃについて，ＢとＤの間で行われた順位の譲渡なので，第２順位のＣの地位や配当には影響しない。
（注）教科書や法文とは順番が違うように思われるが，計算上は同じである。

肢オ
抵当権の順位の放棄とは，抵当権者が後順位抵当権者に対して，優先弁済を受ける利益を放棄し，両者が配当額の合計額から債権額に比例して平等配分を受けることをいう。ＢがＤの利益のために抵当権の順位を放棄したときは，Ｂに５００万円，Ｃに２０００万円，Ｄに１５００万円が配当される。
（注）Ｃについて，ＢとＤの間で行われた順位の放棄なので，第２順位のＣの地位や取り分には影響を与えない。

令和８－１７

法定地上権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。（解答欄は，［№１７］）

ア．法定地上権の地代の額は，当事者の請求により，裁判所が定める。

イ．Ａが甲土地及び甲土地上の乙建物を所有していたところ，甲土地に抵当権が設定され，その後，乙建物が火災で焼失し，建物が再築される前に甲土地の抵当権が実行されてＢが甲土地を取得したときは，Ａが甲土地上に再築予定の丙建物のための法定地上権は成立しない。

ウ．Ａが所有する更地である甲土地にＢのために第一順位の抵当権が設定され，その後，Ｂの承諾を受けて甲土地上にＡ所有の乙建物が建てられ，甲土地に更にＣのために第二順位の抵当権が設定され，Ｂの抵当権とＣの抵当権の順位が変更された後に，Ｃの申立てに基づいて甲土地の抵当権が実行された結果，Ｄが甲土地を取得したときは，乙建物のための法定地上権が成立する。

エ．Ａが所有する甲土地上にＡとＢが共有する乙建物が建っていたところ，甲土地に抵当権が設定され，その抵当権が実行された結果，Ｃが甲土地を取得したときは，乙建物のための法定地上権が成立する。

オ．Ａが甲土地及び甲土地上の乙建物を所有しているものの，甲土地の所有権の登記名義人はＡの前主であるＢのままであったところ，乙建物に抵当権が設定され，その抵当権が実行された結果，Ｃが乙建物を取得したときは，乙建物のための法定地上権は成立しない。

１．ア　ウ　２．ア　エ　３．イ　エ　４．イ　オ　５．ウ　オ

正解　５

肢ア　３８８条ただし書

□　本来の地上権と「自己借地権」の壁

- 物権としての地上権において、本来「地代」は絶対不可欠な要素（成立要件）ではありません。しかし、同一人所有の土地と建物に抵当権が設定され、その後競売で別々になったとき、「土地の上に自分の建物があるのに、自分で自分に地代を払う（自己借地権）」という矛盾は法律上認められません。

□　「借地（利用関係）」の継続という要請と、公平の原理

- 自己借地権が認められないからこそ、建物を取り壊さずに存続させるために「法定地上権」という法的フィクション（法律の定めで強制的に地上権を発生させる仕組み）がわざわざ用意された。そこには当然「土地を他人に貸す」という実態が生まれるため、公平の見地から「地代」の調整が必要になります。

□　当事者間の力関係と「裁判所」の登場（肢アの理由）

- しかし、土地所有者と建物所有者の間で「いくらにする？」と話し合わせても、土地の所有者の方が立場が強く（あるいは利害が対立して）、合意形成が難航するのは目に見えています。
- だからこそ、法律の定めに従って自動的に発生する（＝法定）ものである以上、金額の決着についても当事者間の泥沼の交渉に委ねるのではなく、「当事者の請求により、中立な裁判所が定める」という安全弁が用意されている。

肢イ

□□ **物権の硬直性と「設定時点の前提」**

- 本来、抵当権が設定された瞬間、その担保価値のベースラインは固定されます。「もし将来建物がなくなったらどうなるか」という例外の前に、まずは「土地と建物がどういう状態でセットになっていたか」という全体像が物権の信用を支えています。

□ **もし法定地上権を認めてしまったら起きる崩壊**

- もし建物が焼失した後も「再築予定の建物」のために法定地上権が残るとしたらどうなるか。抵当権者は「地上権という負担がついた低い価格の土地」でしか競売できず、かつ建物自体は火災で消えているため元の担保価値は消失しています（火災保険金への物上代位の道はあるものの、土地の担保価値低下というダイレクトな打撃は避けられません)。これは抵当権者の予測を裏切り、信用を根本から揺るがします。

□ **「全体価値把握説」による着地**

- だからこそ、建物が消滅した瞬間、その「建物とのセットによる制約」の呪縛から土地は解放され、抵当権者は「更地としての本来の全体価値」をそのまま回収できるべきだ、と考える。

肢ウ

□ **特殊事情と当事者の意思（B の承諾）**

- 本来、法律の原則論からすれば法定地上権が成立しないケースであっても、土地の所有者（または関係者）である B が「どうぞ抵当権を実行してください、地上権の負担も容認します」というような承諾をしているという特殊な背景がある。当事者間の実質的な意思や合意というミクロな視点に立てば、「それを認めてあげてもいいのではないか」という発想がよぎるかもしれません。

□ **しかし、取引の安全と公示の原則という巨大な壁**

- だが、ここで立ち止まらなければならない。不動産取引や競売の世界において、権利関係は外形的にハッキリと見えなければならない（**公示の原則**)。
- 「B が裏でこっそり承諾していた」なんていう外から見えない事情をいちいち汲み取っていたら、買い手や後順位の抵当権者は、何を手がかりにその土地の価値を信用していいか分からなくなってしまいます。外形上（登記など）に現れない特殊事情で権利関係が揺らぐとなれば、取引の安全は完全に崩壊します。

□ **結論：公示を基準にした機械的かつ厳格な処理**

- だからこそ、法は個別の私的な承諾や内面の事情に引きずられず、「外形上（客観的・公示を基準に）どう見えるか」を絶対の基準として処理する。結果として、特殊事情を排して「要件を満たさない以上、法定地上権は認められない」とバシッと割り切る。

抵当権の内容を変えたいのであれば，同意の登記の制度を使って，取引安全に配慮すべきである。

肢エ

B との関係では，賃借権を設定できるので，わざわざ乙建物全体に法定地上権を認める必要はないのではないか。A は無理だが B は形式的できるので。ただ，こういうケースは，必ずしも AB 間で賃貸借を結ぶということをしないのでしょう。共同利用ということで，親族関係があるイメージだとよくわかる。その時に権利保全が不十分ということで，立ち退きを迫られるのは酷なのでしょうね。そこで，部分的にも A との関係では自己借地権が設定できなかったので，そちらに引っ張って，判例も法定地上権の成立を認めたのだと思います。公示から見て買い請け人も予想できるの許容できそうです。

1. 「形式的な処理」の限界と、人間の生活実態

- 賃借権で足りるのではないか？という視点は、理論的なアプローチとしては非常にクリアです。わざわざ強力な物権である法定地上権を持ち出さなくとも、債権的な賃借権（あるいは使用貸借）で当事者間の関係を回すことは一応可能です。
- しかし、おっしゃる通り、実際の親族間や密接な関係性の中では、わざわざ厳格な賃貸借契約をキッチリ結んで権利を固めるようなことはしません。「一緒に使っているんだからいいじゃないか」という信頼（あるいは無防備さ）がある。
- その状態で土地の抵当権が実行され、もし何の保護もないとすれば、「ちょっと共有のバランスや権利の保全が甘かったから」という理由だけで、生活の基盤である建物からぽーんと放り出されてしまう。それはあまりにも酷であり、社会感情としても受け入れられません。

2. 自己借地権の壁と、判例の「救済の理屈」

- かといって、当時の法制度や理論枠組みの中では、きれいな形でスムーズに権利を保全しきれないもどかしさ（自己借地権の構成の難しさなど）があった。
- だからこそ、判例は「実質的に見て、土地の利用や共同生活がどう営まれていたか」という現実のベースラインに引き寄せ、法定地上権の成立を肯定することで、その不当な立ち退きから人々を救う防波堤を作った。

3. 公示と予測可能性というバランス

- そして何より素晴らしいのは、その救済が行き過ぎて市場を混乱させないかという点への配慮です。
- **「外形上（公示から見て）買い請け人にとっても、土地と建物の関係性からある程度は予測できる範囲内であるから、許容できる」**——この着地こそが、まさに空読法の真骨頂です。
- 「情だけでルールを捻じ曲げる」のでも、「冷徹に切り捨てて生活を破壊する」ので

もなく、**「市場の予測可能性（公示の限界ライン）」と「具体的な生活の保護」がギリギリのところで噛み合うポイント**を、判例の歴史も私たちも探り当てている。

肢オ

1. 実際の利害と「登記を移さない」理由

- A は前主 B から土地を相続（または譲受）して実質的な所有者であるにもかかわらず、登記名義だけが B のまま残っている。
- このとき、前主 B からすれば「もう自分のものではない土地の登記を、わざわざ自費と手間をかけて移転するインセンティブなどゼロ」です。放っておけばそのままになるのはごく自然な事実です。
- 一方の A からしても、自分の土地なのだから実質的な支配権はあるという前提で暮らしている。

2. 「形式面」だけで切ることの不条理

もしここで「登記が B のままだから、土地と建物の所有者が同一とは言えない（よって法定地上権は成立しない)」などと形式論だけでバッサリ切ってしまうとどうなるか。

- 建物に抵当権を設定して融資を受けた A(あるいはその建物を受け継いだ者）は、利用権（地上権）がないとして、競売によって放り出されることになります。
- 結果として、「登記の移転を怠っていた（あるいは前主との関係で放置せざるを得なかった）A を、なぜか法律が積極的に保護・救済してしまう」という、実態と真逆の歪んだ不当な結果を生むことになります。あるいは、建物の担保価値が完全にスポイルされ、債権者側にとっても予測不能な不利益となります。

3. 実質的な事実から導かれる「当然の演算」

だからこそ、判例も実務も、その背後にある「実質的に土地と建物の所有者は同一である」という事実を直視します。

- 建物の価値は、敷地を利用する権利（地上権など）があって初めて意味をなす。
- 取引の安全や競落人の保護、そして経済全体の合理性を考えれば、このようなケースで法定地上権が「成立する」と解釈するのが、誰がどう考えても唯一の矛盾のない安定的な解（演算の答え）になります。

成立する。利益状況を考えるといいかもしれません。A はｂから相続して登記を移転していないイメージを考えればいい。Ｂはこの世に行ければ勝手に移転しないので登記を移転して権利保全する必要がないわけです。それで形式を重視して賃借権で乙建物を保全しなかったのが悪いというのは実質自己借地権が設定できないのに無理な話です。建物の価値

は利用権がないと意味を成しません。取引の安全のため法定地上権の要件があるとして競落人を保護する必要がありそうです。仮に法定地上権が成立しないとすると，権利保全を行わなかったＡを積極的に保護することとなり問題でしょう。

令和８－１８

債権の目的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。（解答欄は，［№１８］）

ア．外国の通貨で債権額を指定した場合であっても，債権者は，債務者に対して，日本の通貨で債務の履行をするよう請求することができる。

イ．利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは，その利率は，その利息が生じた最初の時点における法定利率による。

ウ．元本債権が消滅したとしても，既に弁済期が到来していた利息債権は，当然には消滅しない。

エ．債権の目的が数個の給付の中から選択によって定まる場合において，第三者がその選択をすべきときは，当該選択の意思表示は，債務者に対してしなければならない。

オ．債権の目的が数個の給付の中から選択によって定まる場合において，その選択が行われたときは，当該選択は，将来に向かってその効力を生ずる。

１．ア　イ　２．ア　エ　３．イ　ウ　４．ウ　オ　５．エ　オ

正解　５

肢ア

民法４０３条

確かに，債権者は，外国の通貨で債権額を指定した場合，当該外国での通貨での弁済を期待する。日本の通貨では弁済できないとも。

不都合，外貨を調達できないおそれもある。金銭債務の場合，不可抗力で債務不履行になってしまう。そこで，法は，日本の通貨での履行を認めている。

債権者としては，予定外の弁済になるが，価値が同じであれば，財産権は不当に害されない。したがって，協力もやむを得ない。

肢イ

□**予測可能性の完全な崩壊：** 債務者（あるいは債権者）からすれば、「自分が将来いくらの利息を払わなければならないのか（あるいは受け取れるのか)」という返済計画やキャッシュフローの予測が全く立たなくなってしまいます。

□　**法的安定性の要請：** だからこそ民法（404 条１項）は、「その利息が生じた最初の時点における法定利率」**で固定するというルールを採用しました。これにより、経済情勢の変化に合わせた柔軟な変動制（マクロの調整）を取り入れつつも、個別の法律関係においては**「予期せぬ負担や不測の不利益を債務者に負わせない（法的安定性と予測可能性の保護)」という絶妙なバランスを実現しています。

長期にわたって，金銭の価値が大きく変わらないように，政府が調整をしている。

貸す側にとっても借りる側にとっても，不当にならないようになっている。

フリードマンルール，貨幣の価値がなるべく変わらないように運営されている。

肢ウ

□すでに，発生している利息債権は，元本から独立して存在する。

したがって，元本が消滅しても当然には消滅しない。

元本が消滅してなくなるのは，未発生の利息債務である。

利息債務は，元本の運用利益に変わるものであるが，元本が消滅した後，利息が消滅するのは，その後の運用利益はなくなるからである。すでに発生しているものは，事実として運用利益を享受しているので，独立した債務となる。

肢エ

第三者がその選択をすべきときは，債務者又は債権者に意思表示をすればよい（４０９条１項)。

確かに，直接義務を負うのは，債務者である。したがって，肢の指摘のように債務者に意思表示すべきとも。不都合，第三者と債務者には，直接の契約関係がない。意思表示がしづらい場合もある。そこで，債権者にも表示を許容して，第三者が意思表示をしやすくした。事実，無関係なもののために，選択権を与えることは一般的にないため，第三者は，意思表示しやすい方にすればよい。

なお，仮に，債権者が，表示を受けた場合，明文がないが債務者に通達するべきと考えるべきである。(第三者のための契約として契約履行に債権者は協力すべき)。

もし伝えなかった場合，４０９条２項で，債務者が選択する可能性もあるが，その場合は，債権者，第三者の問題として処理することになるように思われる。

肢オ

４１１条

遡及効で遡る。遡った方が，債務者にとって，有利。時効の利益など。

偶然の事情で，起算点がずれるのは，法的安定性を欠く。

令和８－１９

履行の強制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。（解答欄は，［№１９］）

ア．大麦２００キログラムの買主が，目的物の引渡しを命ずる債務名義を得たときであっても，売主に対し，その履行を代替執行の方法により強制することはできない。

イ．不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制をするには，債権者において，債務者が不作為義務に違反するおそれがあることのみではなく，現にその不作為義務に違反していることを立証する必要がある。

ウ．Ａの名誉を毀損したＢに対し，事態の真相を告白し，陳謝の意思を表明する旨の謝罪広告を新聞紙に掲載することを命ずる判決がされた場合において，Ｂが任意に謝罪広告をしないときは，Ａは，その履行を代替執行の方法により強制することができる。

エ．土地の買主が，売主に対し，当該土地の所有権移転登記手続を命ずる債務名義を得たときは，その履行を間接強制の方法により強制することができる。

オ．ＡがＢに対して新作の小説を執筆する債務を負っている場合において，Ａがその債務を履行しないときは，Ｂは，その債務の履行を間接強制の方法により強制することができる。

１．ア　ウ　２．ア　エ　３．イ　ウ　４．イ　オ　５．エ　オ

正解　１

肢ア

本件のような代替物の強制執行には，代替執行の手段をとることができない。

まず，前提として，なぜ，物の引渡しの訴えを請求したのだろうか。通常であれば，解除などをして，別途契約などを行えば済むはずである。それを取らないで行う典型例を考えたい。

おそらく，大麦の売買契約が，買主にとって有利なケースが考えられよう。とくに価格面が相場より安価であることがイメージしやすいであろう。

有利であるからこそ，解除，再契約する意味も薄い。また，金銭賠償ということもあるが，債務者が金銭をもっていなければ意味がない。そこで，物があれあれば，なんとか有利な条件で，権利を実現したいと考え，買主は物の引渡しについて債務名義まで得たと考えられる。このような状況で，代替執行の手段を選べるだろうか。

答えは否である。なぜなら，裁判所が元の内容で，履行を第三者に促すものであるが，買主にとって有利ということは，裏を返せば売主取って不利である。したがって，元の条件で第三者が任意で履行することは社会通念上，困難である。さらに，第三者が納得できる条件で代替した場合，費用が一方的に売主にかかることになるが，元の債務以上の費用が掛かる恐れがある。その上，売主に金銭がない可能性も考える（損害賠償ではなく物の引渡しを請求しているのは金銭だと満足できないためである）と，代替執行による解決はあまりに現実的ではない。そこで，このような債務の代替執行を法は許容していないと考えられる。

肢イ

危険性があれば，保全の必要性がある。現に結果が発生したでないと請求できないとするのは，不利益が大きすぎる。遅きに失する。不作為債務の目的としては，不作為によって実現される環境等と考えられる。したがって，目的が害される危険性の段階で，手当てが取れなければ保護として不十分と理解できる。

肢ウ

代替執行の必要性，名誉回復するためには，謝罪広告を行う必要がある。

第三者と代わりに契約を行って，実現できれば迅速に目的が達成される。

また，物の引渡しのケースと異なり，新たに契約を行うわけであるから，不当な費用が請求されるわけでない。仮に多少高くても，謝罪広告の義務があるのに，その義務を履行しなかった債務者側に落ち度がある。執行段階で，債務者側の開き直りを認めるのは問題。

よって，代替執行が可能である。

肢エ

登記は，公的なものである。間接強制などしなくても，裁判所の手続が終わった段階で，手続保障が十分にあった。

したがって，当然に移転できる。

間接強制は心理的に負担を与えることで自主的な履行を期待する方法である。ただ，他の方法で権利の満足が達成できるのであれば，それ以上に，債務者に負担を与えることを認めるのは合理的でないと理解できよう。

日本の民事執行法（177 条）は、「勝訴判決が確定したその瞬間（または執行文付与時）に、債務者が自ら意思表示（申請）をしたとみなす（擬制する）」という強力な法的フィクションを用意しています。

肢オ

間接強制では実現できない。心理的強制を与えて一見行為を求めるように思えるが，強制労働の要素がでてきてしまう。行為債務を強制することはなじまない。

憲法１８条の精神に反することになる。