2026年10月24日

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

総論

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）ではない。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ない。

「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。

肢ア　３８８条後段

前提として，地上権の地代は当事者間で決める（２６６条２項)。そこで，法定地上権についても，同様ではないか。しかし，法定地上権は，地上権設定契約に基づかないで，成立する。当事者間で地代を決めると，利害が対立し，紛争となるおそれがある。したがって，当事者の請求により裁判所が定める。

肢イ

抵当権設定時には，甲土地に乙建物が存在したため，設定者が甲土地上に再築予定の新しい建物丙のために，法定地上権が成立しないか。しかし，実行時に従来の建物が焼失し，競落人は建物が存しない土地として買った。将来建つ予定の建物のために法定地上

権が成立すると，競落人に不意打ちである。したがって，法定地上権は成立しない。

肢ウ

第２順位の抵当権が設定された時点で，法定地上権の成立要件を満たす。そこで，第２順位の抵当権が実行されれば，法定地上権は成立しないか。しかし，甲土地に第１順位の抵当権が設定された時点では，更地の土地として全体に評価される。そのため，第２抵当権の実行により法定地上権が成立すると，第１抵当権者の取引の安全が害される。したがって，更地の土地に抵当権が設定された後，その土地上に建物が建築され，土地に第２順位の抵当権が設定されても，第２順位の抵当権の実行により法定地上権は成立しない。

（注）たとえ，第１順位抵当権者が建築を承諾し，あるいは第１順位と第２順位について，順位が変更され，この事案で第１順位の抵当権者に不利益がなくても，法定地上権の成否を左右できない。物権法定主義（１７５条），あるいは物権の対世効から，法定地上権の成否は処分権（私的自治）の範囲を超える。＜条文＞　３８８条

＜判例＞　最判昭４７．１１．２，最判平４．４．７

肢エ

前提として，建物乙の共有者Ｂは，甲土地に対する借地権を持つはずである。そこで，甲土地の抵当権が実行されても，法定地上権は成立しないとも思える。しかし，かりにＢがＡと，土地の賃貸借契約を結んでいない場合，抵当権が実行されるとＢが建物を利用ができない。一方，抵当権者は，建物利用権を想定し抵当権を設定すると考えられる。したがって，乙建物に，法定地上権が成立する。

肢オ

甲土地の登記名義が前所有者Ｂのままなら，抵当権設定時に土地と建物が同一人に帰属したといえず，法定地上権は成立しないとも思える。しかし，Ｂは土地所有者ではなく，Ａは建物について借地権を設定できない。したがって，建物保護のため，法定地上権が成立する。

＜補足＞

利益状況を考える。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る。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。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要求。建物の価値は利用権がないと意味がない。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。仮に法定地上権が成立しないと，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る。

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。

令和８－２０

詐害行為取消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，［№２０］）

ア．詐害行為取消権を行使するためには，詐害行為時と詐害行為取消請求に係る訴訟の口頭弁論終結時のいずれにおいても債務者が無資力であることが必要である。

イ．無資力のＡがＢと離婚し，Ａが負担すべき相当な慰謝料額が３００万円であったにもかかわらず，慰謝料として７００万円を支払うことを合意したときは，Ａの債権者は，Ａが負担すべき相当な慰謝料額を超える４００万円の限度で，この合意について詐害行為取消権を行使することができる。

ウ．債権の譲渡行為自体が詐害行為を構成しないときは，当該債権譲渡についてされた譲渡通知のみを切り離し，同譲渡通知に対する詐害行為取消権を行使することはできない。

エ．債務者がその有する財産を相当な対価を取得して処分する行為をした場合において，その行為の当時，債務者が隠匿の意思を有し，受益者がそのことを知っていたときは，その行為がその対価を隠匿するおそれを現に生じさせるものでなくても，債権者は，当該行為について詐害行為取消請求をすることができる。

オ．詐害行為取消権は，訴訟において行使しなければならないが，訴えによる必要はなく，抗弁によって行使することもできる。

１．ア　イ　２．ア　ウ　３．イ　オ　４．ウ　エ　５．エ　オ

正解　５

肢ア

詐害行為取消権は，一般的に，第三者の取引の安全を制限するものである。

したがって，濫用しないように必要に応じて慎重に行使されなければならない。

詐害行為時に，無資力でなければ，債務者は，債権者を害する意図はなく，取引は自由である。第三者を犠牲にしてまで，債権者を保護するのは，問題である。

また，口頭弁論終結時に，不資力であることを要するのは，資力が回復してれば，債務者の財産を差し押さえることで，債権者は満足を得られると考えられる。

別の手段が取れるのに，第三者を巻き込んで取消を認めるのは，取引秩序に照らし問題と考えられる。

肢イ

無資力で，債権者を害する慰謝料の合意をしている。

この場合，債権者を保護すべく７００万円全額を取消すべきか。

全額の取消を認めると，被害者である相手が，一切救えなくなってしまう。

確かに，不当な合意はしているが，合理的な部分においては，被害者を救う必要がある。

一方で，詐害行為取消権（一般債権者）としては，権利保全が不十分であった。

そこで，差額分の４００万のみ取消を認める。

詐害行為を認めるということは，AB で債権者を害する行為があったはずである。
ただ，全額取消を認める，B が０だと。

- **精神的苦痛への補填**（不法行為上の損害賠償）
- **婚姻中に二人で築いた財産の清算**（潜在的共有財産の戻し）
- **離婚後の弱者に対する生活保障**（生存権的配慮・扶養の代替）

このような利益が債権者に奪われてしまう。

一方で，債権者は，担保を取るなどの権利保全の手段を十分にとっていない。
そこで，AB も批判をされるべき行動はとっているのが，偶然の事情で，債権者が保護されるのも行き過ぎである。
これらの事情を見て，判例も，３００万円について，財産権を目的としない行為（４２４条２項）の趣旨に沿うとして，取消の対象外としたと考えられる。

肢ウ
譲渡行為自体は，詐害行為でない。
ただ，譲受人に対抗力を付与する通知に詐害性があるとして，これを取消せるか。
確かに，通知を取消せれば，譲渡の事実は，債務者，第三者の当事者間のみ有効で，債権者には対抗できない。
そういう意味で，債権者にとって，取消のメリットは，あると考えられる。
しかし，通知のみ単独で取り消せると，債権の取引の安全が害され問題。
法は，通知という簡易な手続で債権譲渡を認めており，取消の余地を認めるのは，制度の信用性が損なわれ，法的安定性から見ても不当である。
通知は，法律行為である債権譲渡に伴って行われるべき譲渡人の義務である。
そして，詐害行為取消権は，取引秩序を著しく害する行使を認める趣旨ではない。
よって，通知のみを切り分けて，詐害行為取消権は行使できない。

これを認めると，本来取消せない，債権譲渡も取消せることとなり，債権者が保護されすぎとなり不当となる。

肢エ
４２４条の２
不動産等を相当な対価で売却しても資産の総額（価値）は変わりません。客観的侵害がないのに債務者・受益者の「心（主観的な隠匿意思・悪意）」だけで取引を取り消すことは、憲法上の内面不処罰・私的自治に反します。したがって、主観的要件に加え、「対価の隠匿

等の処分をする『おそれを現に生じさせる』ものであること（客観的危険性）」が絶対に必要です。

肢オ
本来担保を設定しなかった一般債権者が、債権者平等原則を押し退けて第三者との取引を覆す「強力な形成権」です。これを単なる「抗弁」などで簡易に行使させると、要件（訴訟要件・出訴期間等）の審査があいまいになり、第三者の法的地位が著しく不安定化します。そのため、裁判所による事前チェックを経る必ず「訴え（裁判上の請求）」によって行使しなければなりません。