

2022年合格目標 司法書士講座

合格力完成答練

第1回

(択一式・記述式)

解答・解説

無断複製（コピー等）・無断転載等を禁じます。

TAC

2022年合格目標 合格力完成答練 第1回

択一式 正解一覧表

科目	問題番号	項目	形式	正解	自己採点
憲 法	1	憲法前文の裁判規範性	Ⅳ	4	
	2	労働基本権	I	4	
	3	法律と最高裁判所規則との効力関係	Ⅳ	3	
民 法	4	権利能力なき社団	Ⅱ	2	
	5	民法94条2項の第三者	Ⅱ	2	
	6	消滅時効の起算点	Ⅱ	5	
	7	物権的請求権	I	2	
	8	不動産が二重譲渡された場合の法律関係	Ⅱ	4	
	9	占有改定	I	5	
	10	物権の消滅	Ⅱ	1	
	11	地上権と土地賃貸借との比較	Ⅱ	4	
	12	抵当権の侵害	Ⅱ	2	
	13	抵当権の消滅	Ⅱ	4	
	14	抵当権と根抵当権との比較	Ⅱ	4	
	15	担保物権の目的物につき支出した費用等	Ⅱ	5	
	16	債務不履行	I	2	
	17	代物弁済	Ⅱ	4	
	18	買戻特約と再売買の予約	Ⅱ	3	
	19	賃貸借契約	Ⅱ	1	
	20	婚姻の効力	Ⅱ	2	
	21	親子関係	Ⅱ	5	
	22	相続の承認および放棄	Ⅱ	3	

科目	問題番号	項 目	形式	正解	自己採点
民法	23	遺言の効力	Ⅱ	4	
刑法	24	共犯	Ⅱ	3	
	25	傷害の罪	Ⅱ	2	
	26	犯人蔵匿等罪および証拠隠滅等罪	Ⅱ	1	
会社法・商法	27	株式会社の定款	Ⅱ	2	
	28	株券	Ⅱ	5	
	29	新株予約権	Ⅱ	1	
	30	株主総会	Ⅱ	5	
	31	会計参与および会計監査人	Ⅱ	1	
	32	株式会社の検査役	Ⅱ	5	
	33	合名会社および合資会社	Ⅱ	4	
	34	事業譲渡と吸収分割	Ⅱ	3	
	35	商人の商業使用人	Ⅱ	5	

科目 \ 形式	I 直接正誤	Ⅱ 組合せ	Ⅲ 個数	Ⅳ 推論	科目別 合計	総計
憲 法	／ 1 問	／ 0 問	／ 0 問	／ 2 問	／ 3 問	／ 35 問
民 法	／ 3 問	／ 17 問	／ 0 問	／ 0 問	／ 20 問	
刑 法	／ 0 問	／ 3 問	／ 0 問	／ 0 問	／ 3 問	
会社法 商 法	／ 0 問	／ 9 問	／ 0 問	／ 0 問	／ 9 問	

第1問 次の対話は、憲法前文の裁判規範性に関する教授と学生A及びBとの対話である。下記の文章群の中から適切な文章を選択して対話を完成させた場合において、(①) から (⑦) までに入る文章の組合せとして最も適切なものは、後記1から5までのうち、どれか。なお、同じ番号の空欄には同じ文章が入るものとする。

教授： 憲法前文の裁判規範性は、具体的な争訟において裁判所に救済を求めることができる法規範としての性格を有するかという問題ですが、これに関する肯定説と否定説について、どちらが妥当と考えますか。

学生A： 私は (①) が妥当と考えます。憲法前文は憲法の原理や理念を宣言したものであって具体性を欠き、また、(②) といえるからです。そして、憲法本文の各条項には欠缺が (③) と考えます。

学生B： しかし、(④) のですから、憲法本文の各条項に欠缺が (③) というだけでは、(⑤) のではないでしょうか。そのため、私は (⑥) が妥当と思います。

教授： では、A君の採る見解によっては、何か問題となることはありませんか。

学生B： 憲法本文の各条項の欠缺が (③) と捉えると、いわゆる (⑦) を肯定することが難しくなります。

[文章群]

ア 肯定説 イ 否定説 ウ ある エ ない

オ 環境権 カ 平和的生存権

キ 憲法前文の内容はすべて本文の各条項に具体化されており、憲法前文は各条文の解釈基準となるに過ぎない

ク 憲法本文にも憲法前文と同様に抽象的な規定があり、両者の規定の抽象性の相違は相対的なものにとどまる

ケ 憲法前文の裁判規範性について消極的であると考えるべきである

コ 直ちに憲法前文の裁判規範性を否定することにはならない

1 ① ア ② ク ④ キ ⑤ コ

2 ① イ ③ エ ⑤ ケ ⑦ カ

3 ② キ ③ ウ ⑥ イ ⑦ オ

4 ③ エ ④ ク ⑥ ア ⑦ カ

5 ④ ク ⑤ コ ⑥ ア ⑦ オ

第1問

<正解 4>

TOPICS

本問は、憲法前文の裁判規範性に関する問題である。

憲法前文については、出題頻度は高くないが、出題される可能性もあるので、裁判規範性についての肯定説、否定説それぞれの根拠および他説への批判の内容を最低限押さえておいた方が有益である。

① イ ⑥ ア

憲法前文が、具体的な争訟において裁判所に救済を求めることができる法規範としての性格、いわゆる裁判規範性を有するか否かという問題に関して、学生Aの発言において、「憲法前文は憲法の原理や理念を宣言したものであって具体性を欠き」と述べているところ、これは否定説の理由であるので、学生Aは否定説を採っていることがわかる。他方、学生Bの第1発言において、「しかし」と言って学生Aに反対しているから、学生Bは肯定説を採っていることがわかる。したがって、(①)にはイ、(⑥)にはアが入る。

② キ ③ エ

学生Aの採る否定説は、憲法前文は憲法の原理や理念を宣言したものであって具体性を欠き、また、憲法前文の内容はすべて本文の各条項に具体化されており、憲法前文は各条文の解釈基準となるに過ぎない(キ)ことから(②)、裁判所で直接適用されるのは憲法本文の各条文であって憲法前文ではないと主張する。そして、このように、憲法前文の内容がすべて憲法本文の各条項に具体化されているからこそ、憲法本文の各条項に欠缺がない(エ)と考え(③)、憲法前文が直接適用される余地はないとする。したがって、(②)にはキ、(③)にはエが入る。

④ ク ⑤ コ

学生Bが採る肯定説は、否定説が憲法本文の各条項には欠缺がない(エ)ことを根拠に憲法前文が直接適用される余地はないとしていることに対して、批判を向けている。すなわち、憲法本文にも憲法前文と同様に抽象的な規定があり、両者の規定の抽象性の相違は相対的なものとどまる(ク)ことから(④)、憲法前文は抽象的な規定に過ぎず、その原理や理念はすべて憲法本文に具体化され、憲法本文の各条項には欠缺がない(エ)というだけでは(③)、直ちに憲法前文の裁判規範性を否定することにはならない(コ)と述べている(⑤)。ここでは、学生Bの第1発言の(④)の後に「のですから」とあることから、否定説への批判の理由が(④)に入り、批判の内容が(⑤)に入ることが推測できる。したがって、(④)にはク、(⑤)にはコが入る。

⑦ カ

教授の第2の質問に対して、学生Bは学生Aが採る否定説の問題点として、否定説のように憲法本文の各条項には欠缺がない(エ)ことを根拠に憲法前文が直接適用される余地はな

いとする(③)、憲法本文に明文の規定がない平和的生存権(カ)について憲法前文における「平和のうちに生存する権利」を直接適用して肯定することが困難となると主張している(⑦)。これに対し、文章群にある環境権(オ)も憲法本文に明文の規定はないが、憲法前文にはそれを根拠付ける文言はないから、環境権を否定説の問題点として挙げることはできない。したがって、(⑦)にはカが入る。なお、否定説は、この問題点について、憲法9条、13条等により平和的生存権を導き出すことができるから、憲法前文を直接適用することができなくても問題は生じないと反論している。

➡ 以上により、①=イ、②=キ、③=エ、④=ク、⑤=コ、⑥=ア、⑦=カと入り、正解は4となる。

<ポイント整理>

憲法前文の裁判規範性

意 義	憲法前文の裁判規範性とは，具体的な争訟につき，憲法前文を根拠として裁判所に救済を求めることができる法規範としての性格をいう。
--------	--

否定説の根拠	肯定説の根拠・他説批判
① 憲法前文は憲法の原理・理念を抽象的に宣言したものであって具体性を欠く。 ② 憲法前文の内容は，すべて本文の各条項に具体化されているので，憲法前文がそれらの解釈基準となりうるとしても，裁判所において実際の判断基準として用いられるのは憲法本文の具体的規定である。 ③ 憲法本文各条項に欠缺がなく，憲法前文が直接適用される余地はない。 ④ 平和的生存権は，憲法9条，13条等から導き出すことができる。	① 憲法本文にも憲法前文と同様に抽象的な規定があり，憲法前文と憲法本文の規定の抽象性の相違は相対的なものとどまる。 ② 憲法前文は抽象的な規定にすぎず，憲法の原理・理念はすべて本文に具体化され，憲法本文の各条項は欠缺がないというだけでは，憲法前文の裁判規範性を否定することにはならない。 ③ 否定説は，憲法本文各条項に欠缺がなく，憲法前文が直接適用される余地はないとするが，たとえば憲法前文における「平和のうちに生存する権利」は憲法本文第3章には規定のない基本的人権であり，このいわゆる平和的生存権（札幌地判昭48.9.7；長沼事件）を侵害する行為に対しては，この憲法前文の規定を直接適用して違憲と判断されるべきである。

第2問 労働基本権に関する次の1から5までの記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものは、どれか。

- 1 憲法第28条における「勤労者」には公務員が含まれるが、非現業の国家公務員の争議行為を一律に禁止しても同条に違反しない。
- 2 労働組合が使用者の意思に反して工場施設や原材料を自己の占有下に置き、使用者の指揮命令を排除して自らの手によって企業経営を行う、いわゆる生産管理は、正当な争議行為とはいえない。
- 3 労働組合には団結権を確保するために統制権が認められているが、公職選挙における立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要な基本的人権の1つであるため、組合が、組合の方針に反して自ら立候補した組合員に対して、立候補を思いとどまるよう勧告や説得を試みることは許されるが、統制違反を理由に除名することまでは許されない。
- 4 正当な争議行為は、刑事制裁の対象とならず、また、解雇や損害賠償責任を負うことはなく、組合員は、ストライキ期間中の賃金について使用者に請求することができる。
- 5 複数の労働組合が併存する際、使用者が労働者に対し特定の労働組合への加入を強制し、これに従わない者を解雇することが、労働者の組合選択の自由及び他の労働組合の団結権を侵害するといえる場合には、憲法第28条の趣旨に違反し許されない。

(参考)

憲法

第28条 勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する。

第2問

<正解 4>

TOPICS

本問は、労働基本権に関する問題である。

労働基本権は本試験で出題されたことはないが、重要な論点であることからそろそろ出題される可能性が高い。基本的な点とポイント整理に挙げた重要な判例については押さえておきたい。

1 正しい

勤労者の団結する権利および団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する（憲§28）。「勤労者」とは、労働力を提供し、その対価を得て生活する者であるから、公務員も勤労者に当たる（最判昭41.10.26；全通東京中郵事件）。もっとも、公務員の労働基本権の全部または一部が制限されていることから、憲法28条に違反しないかが問題となる。この点について判例は、非現業の国家公務員について、公務員の地位の特殊性と職務の公共性から、この労働基本権に対し必要やむを得ない限度の制限を加えることは許されるとして、争議行為を一律に禁止しても、憲法28条に違反しないとしている（最判昭48.4.25；全農林警職法事件）。公務員は、公共の利益のために勤務するものであり、公務の円滑な運営のためには、その職責を果たすことが必要不可欠であって、公務員が争議行為に及ぶことは、その地位の特殊性および職務の公共性と相容れないばかりでなく、公務の停廃をもたらし、その停廃は国民全体の共同利益に重大な影響を及ぼすからであり、また、公務員の勤務条件は、国会の制定する法律により定められるから、公務員が政府に対し争議行為を行うことは的外れであり、さらに公務員には身分が保障されているほか、適切な代償措置が講じられているからである。

2 正しい

憲法28条は、団体行動権（正当な争議行為）を保障している。そこで、労働組合が行う生産管理が、正当な争議行為として憲法28条で保障されるのかが問題となる。この点について判例は、使用者側の自由意思を抑圧し、財産に対する支配を阻止することや、私有財産の基幹を揺るがすような争議手段は許されないところ、いわゆる生産管理においては、企業経営の機能につき権利者を排除して非権利者（労働組合）が行うものであり、企業者側の私有財産の根幹を揺るがすものであるから、違法な争議行為として許されず（最判昭25.11.15；山田鋼業事件）、憲法28条により保障されないとしている。

3 正しい

労働組合の統制権は、労働組合の団結権を確保するために必要であり、組合固有の権利として憲法28条により認められているが、他方で、組合員には立候補の自由（憲§15Ⅰ）が保障されている。そこで、労働組合が、組合の決定に反して公職選挙に立候補しようとする組合員に対し、統制権違反を理由に除名などの処分をすることが許されるかどうかの問題とな

る。この点について判例は、公職選挙における立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要な基本的人権の1つであるため、公職選挙における立候補の自由に対する制約は、特に慎重でなければならず、組合の団結を維持するための統制権の行使に基づく制約であっても、その必要性と立候補の自由とを比較衡量して、その許否を決すべきであり、統一候補以外の組合員で立候補しようとする者に対し、組合が、所期の目的を達成するために、立候補を思いとどまるよう勧告または説得することは、組合としても当然なし得るところであるが、当該組合員に対して、勧告または説得の域を超えて立候補を取りやめることを要求し、これに従わないことを理由に当該組合員を統制違反者として処分（除名など）することは、組合の統制権の限界を超えて違法であり許されないとしている（最判昭43.12.4；三井美唄炭鉱労組事件）。

4 誤り

労働基本権（憲§28）の保障の意義としては、①自由権的側面、すなわち、国家は、正当な争議行為を刑事制裁の対象としてはならず（刑事免責）、②民事的側面、すなわち、使用者は正当な争議行為を解雇や損害賠償等の理由としてはならず（民事免責）、③社会権的側面、すなわち、労働基本権の保障を確実なものとするために、国の立法その他による積極的措置を求める権利を有する、との3つが挙げられる。したがって、正当な争議行為は、刑事制裁の対象とならず、また、解雇や損害賠償責任を負わないものの、組合員は、争議期間中に労務の提供を行っていない以上、その期間中の賃金請求権は認められない。

5 正しい

憲法28条は、労働者に対し、労働条件の維持・改善のために使用者と対等の交渉ができる団体を結成したり、参加したりする権利である団結権を保障している。団結権は、使用者との対抗関係において、労働者の結成する団体の交渉団体としての立場を強化するために保障されるものであるから、その目的を達成するため、労働組合への加入強制も、一定程度認められるとするのが一般的である。わが国においても、労働協約によって、労働組合に加入しない者および組合員でなくなった者を解雇することを使用者に義務付ける、いわゆるユニオン・ショップ協定が一般的に用いられている。ただし、複数の労働組合が併存する際、解雇の威嚇の下に、特定の労働組合への加入を強制することは、それが労働者の組合選択の自由および他の労働組合の団結権を侵害する場合には、憲法28条の趣旨に違反し許されない（最判平元.12.14；三井倉庫港運事件）。

＜ポイント整理＞

労働基本権の判例

生産管理は、企業経営の機能につき権利者を排除して非権利者（労働組合）が行うものであり、企業者側の私有財産の根幹を揺るがすものであるから、違法な争議行為として許されない。	最判昭25. 11. 15 (山田鋼業事件)
統一候補以外の組合員で立候補しようとする者に対し、組合が、所期の目的を達成するために、立候補を思いとどまるよう勧告または説得することは、組合としても当然なし得るところであるが、当該組合員に対して、勧告または説得の域を超えて立候補を取りやめることを要求し、これに従わないことを理由に当該組合員を統制違反者として処分することは、組合の統制権の限界を超えて違法である。	最判昭43. 12. 4 (三井美唄炭鉱労組事件)
公務員も勤労者であるが、その従事する職務には公共性がある一方で、法律によりその主要な勤務条件が定められ、身分が保障されているほか、適切な代償措置が講じられていることから、争議行為およびそのあおり行為などを一律かつ全面的に禁止することは、国民全体の共同利益の見地からするやむを得ない制約であって、憲法28条に違反しない。	最判昭48. 4. 25 (全農林警職法事件)
選挙においてどの政党またはどの候補者を支持するかは、投票の自由と表裏をなすものとして、組合員各自が自主的に決定すべき事柄であるから、労働組合が組織として支持政党またはいわゆる統一候補を決定し、その選挙運動を推進すること自体は自由であるが、組合員に協力を強制することは許されず、その費用の負担についても同様に解すべきである。	最判昭50. 11. 28 (国労広島地本組合費請求事件)
複数の労働組合が併存する際、解雇の威嚇の下に、特定の労働組合への加入を強制することは、それが労働者の組合選択の自由および他の労働組合の団結権を侵害する場合には許されない。	最判平元. 12. 14 (三井倉庫港運事件)
人事院勧告の不実施を契機として行われたストライキに関与したことを理由とする公務員に対する懲戒処分は、当該ストライキが当局の事前警告を無視して二度にわたり敢行された大規模なものであり、当該職員らが、当該ストライキを指令した労働組合の幹部としてその実施に指導的な役割を果たし、過去に停職、減給等の懲戒処分を受けた経歴があるなどの原判示の事実関係の下においては、著しく妥当性を欠き懲戒権者の裁量権の範囲を逸脱したものとはいえない。	最判平12. 3. 17 (懲戒処分取消請求事件)
従業員と使用者との間において従業員が特定の労働組合に所属し続けることを義務付ける内容の合意がされた場合において、同合意のうち、従業員に当該労働組合から脱退する権利をおよそ行使しないことを義務付けて脱退の効力そのものを生じさせないとする部分は、公序良俗に反し無効である。	最判平19. 2. 2 (東芝事件)

第3問 法律と最高裁判所規則との効力関係に関しては、最高裁判所の規則制定権の範囲内の事項について、法律と規則が競合的に制定され、両者が矛盾する場合の効力関係が問題となる。この問題について次の2つの見解等の対立があるとして、これに関する下記のアからオまでの記述のうち、**誤っているもの**の組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

第1説 法律と最高裁判所規則が矛盾する場合、矛盾する範囲で法律の効力が優先し、最高裁判所規則の効力が否定される。

第2説 法律と最高裁判所規則が矛盾する場合、矛盾する範囲で最高裁判所規則の効力が優先し、法律の効力が否定される。

ア 第1説は、国会が国権の最高機関であり国の唯一の立法機関であることを規定する憲法第41条、及び刑事手続の基本構造や被告人の重要な利益に関する事項を規定する憲法第31条をその根拠としている。

イ 第2説は、裁判官の独立を規定する憲法第76条第3項を根拠としている。

ウ 最高裁判所規則の所管事項に関して法律で定めることを否定する見解は、その所管事項に関し、仮に法律が定められた場合における法律と規則が競合するときの効力関係について、第2説を採ることになる。

エ 第2説は、最高裁判所規則の所管事項については、知識・経験の豊富な機関が制定したものに委ねることが望ましいことを根拠としている。

オ 法律と最高裁判所規則が矛盾する場合において、法律が規則より後に制定されたときは、第1説のみならず、「後法は前法に優先する」という原則を適用すれば、第2説によっても、法律が規則に優先すると解することができる。

1 アイ 2 アエ 3 イオ 4 ウエ 5 ウオ

(参考)

憲法

第31条 何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。

第41条 国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。

第76条 (略)

2 (略)

3 すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。

第3問

<正解 3>

TOPICS

本問は、法律と最高裁判所規則の効力関係に関する問題である。

本問のような学説問題においては、学説の主張内容が問題文に挙げられているが、学説の主張内容等について、あらかじめ押さえておけば解き易いので、過去問、答練等に出てきた学説問題の主要な学説の内容については整理しておくことが重要である。

類題 平21－3

ア 正しい

第1説（法律優位説）は、「国会が国権の最高機関であり国の唯一の立法機関であることを規定する憲法第41条」を根拠とする。すなわち、憲法41条は、国民の代表機関である国会に憲法に次ぐ最高の法形式としての法律の制定権を認め、行政および司法のための一般的・拘束的基準を設定して、国家活動全体を指導することを認めたものである。このことから、法律と最高裁判所規則が矛盾する場合は、法律が優位すると解することができる。また、第1説は、「刑事手続の基本構造や被告人の重要な利益に関する事項を規定する憲法第31条」を根拠とする。すなわち、刑罰権を含む公権力の恣意的な発動により、不当に逮捕・拘禁され、刑罰を科されることがあるとすると、憲法上、規定された基本的人権の保障の意義の大半が失われるおそれがある。そこで、憲法31条は、何人も、「法律」の定める手続によらなければ、その生命もしくは自由を奪われ、またはその他の刑罰を科されないとして、法律事項としたものである。このことから、法律と最高裁判所規則が矛盾する場合は、法律が優位すると解することができる。

イ 誤り

「裁判官の独立を定めた憲法第76条第3項」を根拠とするのは、第2説（規則優位説）ではなく、第1説（法律優位説）である。すなわち、憲法76条3項が、すべて裁判官は、その良心に従い独立してその職権を行い、この憲法および「法律」にのみ拘束されると規定していることからすると、法律と最高裁判所規則が矛盾する場合は、法律が優位することになる。

ウ 正しい

法律と最高裁判所規則との効力関係の問題の前提として、最高裁判所規則の所管事項を法律によって定めることができるか、法律と規則は競合するかという問題があり、これについては、専属事項説（否定説）、競合事項説（肯定説）、一部専属事項説の対立がある。このうち、専属事項説（否定説）に立つとしても、最高裁判所規則の所管事項に関し仮に法律が定められた場合には、法律と規則の競合が生じることになる。そして、この場合の法律は、そもそも法律で定めることができない事項について定めた法律であるから、否定説は、法律と規則の効力関係について、第2説（規則優位説）を採ることになる。なお、肯定説、一部専属事項説によれば、法律と規則の効力関係について、採用する説が分かれる。すなわち、肯

定説からは、論理的には分かれる可能性があるが、実際にはほとんど第1説（法律優位説）を採用しているのに対し、一部専属事項説によれば、事項の性質に応じて採用する説が分かれることになる。

エ 正しい

第2説（規則優位説）は、法律と最高裁判所規則とが競合した場合、「最高裁判所規則の所管事項についての知識・経験の豊富な機関が制定したものにゆだねることが望ましいこと」を根拠としている。すなわち、訴訟手続に関する事項等は、専門技術的要素が強く、司法府自身で規律する方が合理的であるため、憲法77条で最高裁判所に規則制定権を認めたものであることから、法律と最高裁判所規則が矛盾する場合は、最高裁判所規則が優位すると解することになる。

オ 誤り

法律と最高裁判所規則が矛盾する場合において、「後法は前法に優先する」との原則が適用されるのは、法律と最高裁判所規則との効力関係に関する同位説である。すなわち、法律と最高裁判所規則が矛盾する場合、法律と最高裁判所規則は形式的効力において同等となるとする同位説からは、両者の優劣は決しえないため、後に制定された法律または最高裁判所規則が、先に制定された最高裁判所規則または法律に優位するとの一般原則が適用されることになる。これに対し、第1説（法律優位説）および第2説（規則優位説）は、法律と規則との制定順序とは関係なく、法律あるいは規則が優位すると主張するものである。したがって、規則と矛盾する法律が規則より後に制定されたときは、第1説によれば、法律が規則に優位するのに対し、第2説によれば、規則が法律に優先することになる。

◆ 以上により、誤っているものはイオであり、正解は3となる。

＜ポイント整理＞

法律と最高裁判所規則の効力関係

	法律優位説	規則優位説	同位説
内容	法律と最高裁判所規則が矛盾する場合、矛盾する範囲で法律の効力が優先し、最高裁判所規則の効力が否定される。	法律と最高裁判所規則が矛盾する場合、矛盾する範囲で最高裁判所規則の効力が優先し、法律の効力が否定される。	法律と最高裁判所規則が矛盾する場合、法律と最高裁判所規則は形式的効力において同等となる。
根拠	① 国権の最高機関であり、唯一の立法機関である国会（憲 § 41）が制定した法律が最も強い形式的効力を有すること。 ② 裁判官は「法律」に拘束されること（憲 § 76Ⅲ）。 ③ 憲法31条は、刑事手続の基本構造および被告人の重要な利益に関する事項は「法律」で定めることを要求していること。	① 司法権の独立（憲 § 76Ⅲ, 77, 78後段等）を確保するためには、司法権の運用に関する事項は司法府の自主的規制に委ねるべきこと。 ② 訴訟手続に関する事項等は、専門技術的要素が強いので、司法府自身で規律する方が合理的であること。	① 法律と最高裁判所規則のいずれが優先するかを定めた規定がないことから、両者はその形式的効力において等しいと解されること。 ② 法律と裁判所規則が抵触した場合は、「後法は前法に優先する」との一般原則が適用されること。

第4問 権利能力なき社団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 権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務について、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わない。

イ 権利能力なき社団が法人格を取得した場合において、法人格の取得以前から占有を続けていた不動産について取得時効を主張するときは、占有開始時期として、法人格を取得した時点を主張することはできない。

ウ 権利能力なき社団の資産である不動産については、社団名義で登記をすることも、社団の代表者である旨の肩書きを付した代表者個人名義で登記をすることもできない。

エ 大学によって設立が承認された権利能力なき社団が、当該大学の全学生を正会員、学長を会長、教官その他の有志職員を特別会員として組織された大学内部の団体であり、その事務室が大学構内にあって、当該大学及びその教育活動と密接な関係を有するものである場合、当該社団の運営が当該承認の趣旨に反するものとなり、改善が困難であるときであっても、当該大学は、その承認を取り消して、当該社団の解散を決定することはできない。

オ 権利能力なき社団が、その構成員の資格要件に関する規約を構成員の多数決で改正した場合、当該改正決議に承諾をしなかった構成員は、特段の事情のない限り、改正後の資格要件に関する規約に拘束されない。

1 アイ 2 アウ 3 イエ 4 ウオ 5 エオ

第4問

<正解 2>

TOPICS

本問は、権利能力なき社団に関する問題である。

平成16年に出題されて以降出題はないが、登記の可否等、過去に問われたことのある判例の知識は、ポイント整理を参照して確認しておくといよい。

類題 平16-4, 11-1, 3-4

ア 正しい

権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、その社団の構成員全員に、一個の義務として総有的に帰属するとともに、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わない（最判昭48.10.9）。

イ 誤り

民法187条1項は、占有の承継人は、その選択に従い、自己の占有のみを主張し、または自己の占有に前の占有者の占有を併せて主張することができるとしている。そして、判例は、民法187条は、権利能力なき社団等の占有する不動産を法人格を取得した以後当該法人が引き継いで占有している場合にも適用されるとしている（最判平元.12.22）。したがって、権利能力なき社団は、占有開始時期として、法人格を取得した時点を主張することも、法人格の取得以前に占有を開始した時点を主張することもできる。

ウ 正しい

権利能力なき社団の資産である不動産については、社団の代表者が、社団の構成員全員の受託者たる地位において、個人の名義で所有権の登記をすることができるにすぎず、社団を権利者とする登記をし、または、社団の代表者である旨の肩書を付した代表者個人名義の登記をすることは、許されない（最判昭47.6.2）。登記官には実質的審査権がないところ、権利能力なき社団を登記名義人とすることを許してしまうと実体とは合致しない虚無の登記がされるおそれがあるし、社団の代表者である旨の肩書を付した代表者個人名義の登記を認めることは、実質において社団を権利者とする登記を許容することにほかならないからである。

エ 誤り

権利能力なき社団が大学の全学生を正会員とし、同大学の学長を会長とし、同大学の教官その他の有志職員を特別会員として組織された大学内部の団体であり、その事務室が大学構内にあって、同大学およびその教育活動と密接な関係を有するものであり、同大学によってその設立が承認されたものである場合、当該権利能力なき社団の運営が当該承認の趣旨に反するものとなり、その改善が困難であるなど相当な理由があるときには、同大学は、当該承認を取り消して当該権利能力なき社団の解散を決定することができる。（最判平16.4.20）。

オ 誤り

権利能力なき社団が、その規約において定められていた改正手続に従い、総会での多数決により構成員の資格要件の定めを変更した場合、当該改正規約は、特段の事情のない限り、改正決議について承諾をしていない構成員を含む全ての構成員について適用される（最判平12.10.20）。したがって、改正決議に承諾をしなかった構成員も、特段の事情のない限り、新たな資格要件に関する規約に拘束される。

➡ 以上により、正しいものはアウであり、正解は2となる。

＜ポイント整理＞

権利能力なき社団

設 立 行 為	その設立行為は、一般に合同行為としての性質を有するものとされている。
外 部 関 係	理事などの代表機関が社団の名において行う（最判昭39. 10. 15）。
権 利 の 帰 属	権利は構成員全員に総有的に帰属し、別段の合意がない限り、構成員の持分権や脱退に際しての財産分割請求権はない（最判昭32. 11. 14）。
義 務 の 帰 属	代表者が社団の名で行った取引による債務は、構成員全員に総有的に帰属する（最判昭48. 10. 9）。
責 任	社団の総有財産となり、構成員各自は直接的に個人的な債務ないし責任を負わない（最判昭48. 10. 9）。
財 産 権 の 登 記	下記「登記の可否」参照
脱 退	別段の定めのない限り、社団への一方的意思表示によりいつでも脱退できる（最判平17. 4. 26）。

登記の可否

権利能力なき社団名義	不可（最判昭47. 6. 2）
肩書付代表者名義	不可（先例昭36. 7. 21－625）（最判昭47. 6. 2）
代表者個人名義	可（最判昭47. 6. 2）
構成員全員の共有名義	可（先例昭28. 12. 24－2523）
代表者以外の構成員の個人名義	可（最判平6. 5. 31）
認可を受けた地縁団体名義	可（地方自治 § 260の 2 I）

権利能力なき社団に関する判例

権利能力なき社団が、その規約において定められていた改正手続に従い、総会での多数決により、構成員の資格要件の定めを変更した場合、当該改正規約は、特段の事情がない限り、改正決議について承諾をしていない構成員を含む全ての構成員についても適用される（最判平12. 10. 20）。
権利能力なき社団が大学の全学生を正会員とし、同大学の学長を会長とし、同大学の教官その他の有志職員を特別会員として組織された大学内部の団体であり、その事務室が大学構内にあって、同大学およびその教育活動と密接な関係を有するものであり、同大学によってその設立が承認されたものである場合、当該権利能力なき社団の運営が当該承認の趣旨に反するものとなり、その改善が困難であるなど相当な理由があるときには、同大学は、当該承認を取り消して当該権利能力なき社団の解散を決定することができる（最判平16. 4. 20）。

第5問 次の対話は、通謀虚偽表示に関する教授と学生の対話である。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、判例の趣旨に照らし誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

なお、「善意」又は「悪意」は、通謀虚偽表示の事実についての善意又は悪意を指すものとする。

教授： AとBとが通謀して、A所有の甲土地をBに売却する旨の売買契約を仮装し、Bへの所有権の移転の登記をした後、Bが、善意のCに甲土地を譲渡したという事例を前提に考えてみましょう。まず、この場合、Cが民法第94条第2項の第三者として保護される要件である「善意」には、無過失であることは含まれますか。

学生：ア はい。民法第94条第2項の第三者としてCが保護されるためには、Cが善意無過失であることを要します。

教授： では、Cが民法第94条第2項の第三者として保護される要件として、Cが甲土地の所有権移転登記を備えていることは要しますか。

学生：イ 甲土地の所有権移転登記を備えていることは、Cが保護される要件ではありません。

教授： 次に、Cが所有権移転登記を備える前に、AがDに甲土地を譲渡していたとします。この場合、Cは、登記なくしてDに対して甲土地の所有権の取得を対抗することができますか。

学生：ウ この場合、Cが登記を備えていないときは、Dに対して、甲土地の所有権の取得を対抗することができません。

教授： では、事例を変えて、AとBとが通謀して、A所有の甲土地をBに売却する旨の売買契約を仮装し、Bへの所有権の移転の登記をした後、Bが死亡し、善意のCがBを相続したとします。この場合、Aは、Cに対して、当該契約の無効を主張することはできますか。

学生：エ この場合、Cは、民法第94条第2項の第三者に該当しないため、Aは、Cに対して、当該契約の無効を主張することができます。

教授： 最後に、また事例を変えて、Cから賃借した甲土地上に乙建物を所有していたAが、Bと通謀して、乙建物をBに売却する旨の売買契約を仮装し、Bへの所有権の移転の登記をした後に、Cが土地の賃借権の無断譲渡を理由として甲土地の賃貸借契約を解除する旨の意思表示をしたとします。この場合、Aは、Cに対して、AB間の売買契約が無効であるとして、賃借権の無断譲渡には当たらない旨を主張することができますか。

学生：オ この場合、Cは、民法第94条第2項の第三者に該当するため、Aは、Cに対して、AB間の売買契約が無効であるとして、賃借権の無断譲渡には当たらない旨を主張することができません。

- 1 アエ 2 アオ 3 イウ 4 イオ 5 ウエ

第5問

<正解 2>

TOPICS

本問は、民法94条2項の第三者に関する問題である。

民法94条2項の「第三者」にあたる例とあたらない例を整理して正確に判断できるようにしておくことが重要である。

類題 平27-5, 20-4, 19-7, 15-5, 12-4, 11-3

ア 誤り イ 正しい

通謀虚偽表示に基づく不動産の仮装譲受人から善意で当該不動産を取得した者は、民法94条2項の第三者に当たる（最判昭28.10.1）。そして、民法94条2項の第三者として保護されるためには通謀虚偽表示について善意であれば足り、過失の有無は問わないとされている（大判昭12.8.10, 大判昭17.3.23）。(肢ア)

また、民法94条2項の第三者として保護される要件として、登記を備えることは要しないとされている（最判昭44.5.27）。真の権利者である表意者は、虚偽の外観を作出したことについて重大な帰責性があるため、第三者が保護されるための要件が緩和されている。(肢イ)

ウ 正しい

通謀虚偽表示による無効は、善意の第三者に対抗することができないが（民§94Ⅱ）、当該第三者が登記をする前に、真の権利者から不動産を譲り受けた者がある場合には、当該第三者は、登記なくしてその譲受人に所有権の取得を対抗することはできない（最判昭42.10.31）。このような場合には、両者は真の権利者を起点とした二重譲渡と類似の関係に立つからである。したがって、Cは、登記なくしてDに対して甲土地の所有権の取得を対抗することができない。

エ 正しい

民法94条2項にいう第三者とは、虚偽の意思表示の当事者またはその一般承継人以外の者であって、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至った者をいう（最判昭42.6.29）。虚偽表示の当事者の相続人は、当事者の一般承継人であり、民法94条2項にいう第三者には該当しない。したがって、Aは、Bの相続人Cに対し、当該契約の無効を主張することができる。

オ 誤り

借地上の建物の売買契約が締結された場合には、特段の事情のない限り、売主は買主に対し敷地の賃借権をも譲り渡したものと認められる（最判昭47.3.9）。しかし、土地の賃貸人は、建物の譲渡により新たに法律上の利害関係を有するに至った者とはいえないことから、民法94条2項にいう第三者にあたらないとされている（最判昭38.11.28）。したがって、Aは、Cに対して、A・B間の売買契約が無効であるとして、賃借権の無断譲渡には当たらない旨を主張することができる。

➡ 以上により、誤っているものはアオであり、正解は2となる。

＜ポイント整理＞

民法94条2項の第三者

民法94条2項にいう「第三者」とは、虚偽の意思表示の当事者またはその包括承継人以外の者であって、その表示の目的につき新たに法律上の利害関係を有するに至った者をいう（最判昭42.6.29）。

① 「第三者」にあたる例

①	不動産の仮装譲受人からその目的物を譲り受けた者
②	不動産の仮装譲受人からその目的物について抵当権の設定を受けた者
③	仮装の抵当権者から転抵当権の設定を受けた者
④	虚偽表示の目的物を差し押さえた仮装譲受人の債権者
⑤	仮装の債権に基づいて仮装の質権を設定していた者の債権を質権とともに譲り受けた者
⑥	仮装債権の譲受人

② 「第三者」にあたらぬ例

①	債権の仮装譲受人から取立てのために債権を譲り受けた者
②	土地賃借人が借地上の建物を仮装譲渡した場合の土地賃貸人
③	土地の仮装譲受人からその土地上の建物を賃借した者
④	代理人や法人の代表機関が虚偽表示をした場合の本人や法人
⑤	1番抵当権が仮装で放棄された場合に、自己が1番抵当権者になったと誤信した2番抵当権者
⑥	仮装譲受人の単なる債権者

第6問 消滅時効の起算点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誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア Aは、令和3年7月3日、弁済期を令和4年7月3日と定めBから100万円を借り受ける旨の契約をBとの間で締結するとともに全額の交付を受けた場合、BがAに対して有する貸金返還請求権の消滅時効は、令和4年7月4日から進行する。

イ AB間の契約の解除に基づきAが原状回復義務を負う場合に、当該義務の履行不能に基づきBが取得するAに対する損害賠償請求権の消滅時効は、当該契約の解除の時から進行する。

ウ AがBに対して期間を定めて特定物を寄託した場合、AのBに対する当該特定物の返還請求権の消滅時効は、当該寄託契約成立の時から進行する。

エ AB間の契約に基づきAがBに対して負担する甲債務の履行不能により生ずるBのAに対する損害賠償請求権の消滅時効は、BがAに対して甲債務の履行を請求し得る時から進行する。

オ 「債務者Aが割賦金払いの約定に違反したときは、Aは、債権者Bの請求により、期限の利益を喪失し、直ちに残債務全額を弁済しなければならない」という約定が存する割賦金弁済契約をAB間で締結した場合において、Aに割賦金の不払があり、BがAに対して特に残債務全額の弁済を求める旨の意思表示をしたときは、BのAに対する残債務全額の返還請求権の消滅時効は、Aに債務不履行があった時から進行する。

- 1 アイ 2 アオ 3 イエ 4 ウエ 5 ウオ

第6問

<正解 5>

TOPICS

本問は、消滅時効の起算点に関する問題である。

消滅時効に関しては本試験で頻出の論点であるため、その起算点についても、債務不履行責任が生ずる時期と比較しながら、正確に把握しておく必要がある。

類題 平28-6, 26-6, 21-6, 19-4, 18-7, 16-7, 13-4, 6-6, 5-3

ア 正しい

債権の消滅時効は、債権者が権利を行使することができることを知った時、または権利を行使することができる時から進行を開始する（民§166Ⅰ）。この「権利を行使することができる」とは、権利行使につき法律上の障害がないことをいい、期限の定めのある債権は、期限が到来した時から消滅時効が進行する。本肢では、弁済期の定めは令和4年7月3日であるため、同日の24時までは権利行使につき法律上の障害があり、翌4日の0時から法律上の障害がなくなることから、その時から進行することになる。

イ 正しい

契約解除に基づく原状回復義務の履行不能による損害賠償請求権の消滅時効は、本来の債務の履行を請求し得る時（契約解除によって原状回復義務の履行を請求することができる時）から進行する（最判昭35.11.1）。当該損害賠償義務は本来の債務の客体が変更したにとどまり、その債務の同一性には変わりはないからである（同判例）。そして、契約の解除による原状回復請求権の消滅時効は、契約解除の時から進行を開始する（大判大7.4.13）。したがって、契約解除に基づく原状回復義務の履行不能による損害賠償請求権の消滅時効は、契約解除の時から進行を開始する。

ウ 誤り

期間の定めのない寄託契約における寄託物の返還請求権の消滅時効は、契約成立の時から進行する（大判大9.11.27）。寄託者は、いつでも返還請求することができるからである。一方、期間の定めのある寄託契約においても、寄託者はいつでもその返還を請求できるとされているが（民§662Ⅰ）、判例は、当該契約において定められた期間を経過した時から寄託物の返還請求権の消滅時効が進行するとしている（大判昭5.7.2）。

エ 正しい

契約に基づく債務の履行不能による損害賠償請求権（民§415）の消滅時効は、本来の債務の履行を請求することができる時から進行を開始する（最判平10.4.24）。この請求権は、本来の履行請求権の拡張ないし内容の変更であって、本来の履行請求権と法的に同一性を有すると解することができるからである。

オ 誤り

期限の定めのある権利は、確定期限であろうと不確定期限であろうと、当該期限が到来し

た時から消滅時効は進行を開始する。ただし、弁済期の定めがあっても、同時に、一定の事由がある場合には債務者は期限の利益（民 § 136）を失う旨の特約（期限の利益喪失約款）が付されることがある。特に割賦払債務において、債務者が1回でも弁済を怠ると債権者は直ちに残債務全額を請求することができるという特約がされることが多いが、このような場合に、一定の事由が発生すれば直ちに残債務全額の消滅時効が進行を開始すると解すべきか、それとも、直ちに進行はせず債権者が改めて残債務全額の支払を請求することにより初めてその時効が進行を開始すると解すべきかが問題となる。この点につき判例は、割賦金弁済契約において、割賦払の約定に違反したときは、債務者は、債権者の請求により、償還期限にかかわらず直ちに残債務全額を弁済すべき旨の約定が存する場合に、1回の債務不履行があっても、各割賦払債務につき、約定弁済期の到来ごとに順次債務の消滅時効が進行を開始するが、債権者が特に残債務全額の弁済を求める旨の意思表示をしたときは、当該意思表示をした時から全額について消滅時効が進行を開始するとしている（最判昭42.6.23）。

➡ 以上により、誤っているものはウオであり、正解は5となる。

＜ポイント整理＞

消滅時効の起算点に関する判例

契約解除による原状回復請求権の消滅時効は、契約の解除の時から進行を開始する。	大判大7. 4. 13
期間の定めのない寄託契約における寄託物の返還請求権の消滅時効は、契約成立の時から進行する。一方で、期間の定めのある寄託契約においては、当該契約において定められた期間を経過した時から寄託物の返還請求権の消滅時効が進行を開始する。	大判大9. 11. 27 大判昭5. 7. 2
契約解除に基づく原状回復義務の履行不能による損害賠償請求権の消滅時効は、本来の債務（原状回復請求権）の履行を請求できる時（契約解除の時）から進行を開始する。	最判昭35. 11. 1
契約に基づく債務の履行不能による損害賠償請求権の消滅時効は、本来の債務の履行を請求し得る時から進行を開始する。	最判平10. 4. 24
賃借物の無断転貸を理由とする賃貸借契約の解除権は、転借人が、賃借人（転貸人）との間で締結した転貸借契約に基づき、賃借物について使用収益を開始した時から、その権利行使が可能となったものといえることができるから、その消滅時効は、転借人の使用収益開始時から進行を開始する。	最判昭62. 10. 8
保証人が、保証債務の弁済をした場合、たとえ保証人が事前求償権を有していたとしても、弁済等によって取得した事後求償権の消滅時効は、当該弁済等の時から進行を開始する。	最判昭60. 2. 12
借入れと返済を繰り返す継続的な金銭消費貸借取引において、利息制限法1条所定の利息の制限額を超える利息の弁済により過払金が発生した場合、弁済当時他の借入金債務が存在しなければ当該過払金をその後に発生する新たな借入金債務に充当する旨の合意（過払金充当合意）があるときは、当該過払金返還請求権の消滅時効は、特段の事情がない限り当該取引が終了した時点から進行を開始する。	最判平21. 1. 22
割賦金弁済契約において、割賦払の約定に違反したときは債務者は債権者の請求により償還期限にかかわらず直ちに残債務全額を弁済すべき旨の約定がされた場合には、1回の不履行があっても、各割賦金債務について約定弁済期の到来ごとに順次消滅時効が進行し、債権者が特に残債務全額の弁済を求める旨の意思表示をしたときに限り、その時から当該全額について消滅時効が進行する。	最判昭42. 6. 23

第7問 物権的請求権に関する次の1から5までの記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものは、どれか。

- 1 A所有の甲土地の上にBが無権原で自己所有の乙建物を建てた後、その所有権の保存の登記をしないまま、Cに乙建物を譲渡した場合において、乙建物につき、Aの申立てにより処分禁止の仮処分命令がされ、裁判所書記官の嘱託によるB名義の所有権の保存の登記がされたときは、Aは、Bに対し、甲土地の所有権に基づき、建物収去土地明渡しを請求することができる。
- 2 A及びBが共有する甲土地のBの持分がCに売り渡され、その旨の登記がされたものの、当該持分の売買契約が虚偽表示により無効である場合には、Aは、Cに対し、その持分権に基づき、当該登記の抹消登記手続を請求することができる。
- 3 Aが自己所有の乙動産をBに質入れした後、Bが、乙動産の占有を第三者Cに奪われた場合、Bは、Cに対して質権に基づく返還を求めることができる。
- 4 Aが自己所有の甲建物についてBを抵当権者とする抵当権の設定の登記をした後、Cが抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的で甲建物を賃借した場合において、Cの占有により甲建物の交換価値の実現が妨げられており、かつ、Aにおいて甲建物を適切に維持管理することを期待することができないときでも、Bは、Cに対し、直接自己への甲建物の明渡しを求めることができない。
- 5 A所有の甲土地にBがCから購入した乙自動車にAが無断で放置されている場合において、BC間の売買契約上、Bの代金残債務の担保として乙自動車の所有権はCに留保される旨及びBが期限の利益を喪失して残債務の弁済期が経過したときは、CはBから乙自動車の引渡しを受け、これを売却してその代金を残債務の弁済に充てることができる旨の合意がされており、Bが期限の利益を喪失してその残債務の弁済期が経過したときでも、Aは、Cに対し、甲土地の所有権に基づき、乙自動車の撤去を請求することができない。

第7問

<正解 2>

TOPICS

本問は、物権的請求権に関する問題である。

物権的請求権は頻出論点である。特に、建物収去土地明渡請求権の相手方では、土地所有権を侵害している者が誰であるかを特定することが重要であり、判例とともに正確に把握しておく必要がある。

類題 令3-7, 平30-7, 29-7, 26-7, 24-8, 18-11, 14-8

1 誤り

無権原で他人所有の土地の上に建物を建てた後、その所有権の保存の登記をしないまま、第三者に当該建物を譲渡した場合において、当該建物につき、土地所有者の申し立てにより処分禁止の仮処分命令がされ、裁判所書記官の嘱託による建物を建築した前所有者名義の所有権の保存の登記がされたときでも、土地所有者は、当該登記名義人に対し、建物収去土地明渡しを請求することができない（最判昭35.6.17）。登記名義人は、既に建物を譲渡しており、また、所有権の保存の登記は裁判所の嘱託によるものであって、当該登記名義人が現実には土地を占拠して所有権を侵害しているものということとはできないからである。

2 正しい

不動産の共有者の1人は、その持分権に基づき、共有不動産に対して加えられた妨害を排除することができる。他の共有者の持分の売買契約が無効であるのに、不実の持分の移転登記がされている場合には、その登記によって共有不動産に対する妨害状態が生じているということになる。したがって、他の共有者は共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転の登記の抹消登記手続を請求することができる（最判平15.7.11）。

3 誤り

動産質権者は、継続して質物を占有しなければ、その質権をもって第三者に対抗することができない（民§352）。動産質権では、質物の占有が唯一の公示方法であるため、その占有の喪失をもって第三者への対抗力を失い、質権に基づいてその物の返還を請求することができない。

4 誤り

抵当権の設定の登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者について、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は抵当権に基づく妨害排除請求として、その状態の排除を求めることができる（最判平17.3.10）。加えて、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように

抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができる（同判例）。

5 誤り

動産の留保所有権者は、当該動産が第三者の土地に存在しその土地の所有権の行使を妨害していても、残債務弁済期到来までは、特段の事情がない限り当該動産の撤去義務や不法行為責任を負うことはないが、弁済期が経過したときは、撤去義務や不法行為責任を免れることができない（最判平21.3.10）。動産の留保所有権者は、弁済期到来前は、動産の交換価値を把握するにとどまり、弁済期経過後は、当該動産を占有し、処分することができる権能を有するからである。したがって、Aは、Cに対し、甲土地の所有権に基づき、乙自動車の撤去を請求することができる。

＜ポイント整理＞

物権的請求権に関する判例

所有権に基づく物権的請求権は、その所有権の一作用であってこれより派生する独立の権利ではないので、所有権の恒久性により、所有権自体と同じく消滅時効にはかからない。	大判大5. 6. 23
物権的請求権の相手方は、物権について現に妨害状態を生じさせている者または生じさせるおそれのある者であれば足り、相手方の故意・過失その他責めに帰すべき事由は必要としない。	大判昭12. 11. 19
物権的請求権は、債権者代位権の行使の対象となる。	最判昭29. 9. 24
建物の賃借人が、その賃借権を保全するため賃貸人たる建物所有者に代位して建物の不法占拠者に対しその明渡しを請求する場合には、直接自己に対してその明渡しをなすべきことを請求することができる。	大判昭7. 6. 21
譲渡担保権設定者は、不法に目的物を占有する者に対し、返還を請求することができる。	最判昭57. 9. 28
不動産の所有者は、その不動産につき対抗要件を備えていなくても、不法占拠者に対して、所有権に基づく妨害排除請求権を行使することができる。	最判昭25. 12. 19
他の共有者は共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転の登記の抹消登記手続を請求することができる。	最判平15. 7. 11
抵当権の設定の登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者について、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は抵当権に基づく妨害排除請求として、その状態の排除を求めることができる。加えて、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができる。	最判平17. 3. 10

第8問 Aは、自己所有の甲土地をBに売却及び引渡しをして、その代金を受領したが、AからBへの所有権の移転の登記がされていないことを利用して、Cに甲土地を贈与し、AからCへの所有権の移転の登記がされた。この場合における、次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア Bは、AB間の売買契約を解除して、Aに対して、売買代金の返還とともに損害賠償を請求することができる。

イ AC間の所有権の移転の登記は、CがBを欺罔し、Bの登記申請を妨げた後になされたものであったにもかかわらず、その後、Cは善意のDに甲土地を売却し、CからDへの所有権の移転の登記がされた場合、DはBに対して、甲土地の明渡しを主張することができる。

ウ Cから甲土地の明渡しを請求されたBは、Aの履行不能に基づく損害賠償請求権に基づき、甲土地について留置権を主張することができる。

エ Aが甲土地をCへ贈与したため、無資力となったことにより、AC間の贈与契約が詐害行為として取り消すことが裁判所によって認められた場合、BはCに対して、CからBへの所有権の移転の登記を請求することができる。

オ Bは、甲土地がCに贈与されたことを知らずに、引渡しを受けてから10年間占有を継続していた場合、BはCに対して、甲土地を時効取得したことを主張して、Cからの甲土地の明渡しを拒むことができる。

1 アイ 2 アオ 3 イウ 4 ウエ 5 エオ

第8問

<正解 4>

TOPICS

本問は、不動産が二重に譲渡された場合の法律関係に関する問題である。

民法176条と177条の関係における問題点について理解したうえで、その解決策について、横断的に問うものである。本試験でも、各肢につきバラバラに問われているので、総合的判断力が必要となる。二重譲渡の場合のA B間、B C間の各法律関係を分けて考えることが重要である。

類題 令2-7, 平28-7, 24-7, 17-8, 16-11, 11-13, 10-14

ア 正しい

不動産の二重譲渡において、第二譲受人への所有権の移転の登記が先にされたときは、第一譲受人は第二譲受人に対して所有権の取得を対抗することができないため（民§177）、譲渡人の第一譲受人に対する不動産の所有権の移転義務である債務の全部の履行が不能になるので、（最判昭35.4.21）、第一譲受人は売買契約を解除することができ（民§542Ⅰ①）、さらに損害賠償の請求をすることもできる（民§415Ⅱ①）。したがって、BはAに対して、売買代金の返還とともに損害賠償を請求することができる。

イ 正しい

詐欺または強迫により登記の申請を妨げた第三者は、その登記がされていないことを主張することができない（不登§5Ⅰ）。詐欺または強迫により実質上の権利者の登記の取得を妨げた者については、登記がされていないことを主張することが信義則に反すると認められるため、民法177条の第三者から排除されるので、第一譲受人は、第二譲受人に対して、登記なくして背信的悪意者である第二譲受人に所有権の取得を対抗することができるが（最判昭43.8.2）、背信的悪意者からの転得者は、第一譲受人との関係で転得者自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、登記を具備すれば第一譲受人に所有権の取得を対抗することができる（最判平8.10.29）。これは、背信的悪意者は不動産の所有権取得を第一譲受人に対抗することができないということとどまり、譲渡人との間の売買契約自体は無効をきたすものでなく、また、背信的悪意者からの転得者が民法177条の第三者から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄だからである（相対的構成説）。したがって、BはDに対して、所有権の取得を主張することができず、DはBに対して、甲土地の明渡しを主張することができる。

ウ 誤り

不動産の二重譲渡において、第二譲受人への所有権の移転の登記が先にされたときは、第一譲受人は第二譲受人に対して所有権の取得を対抗することができないため（民§177）、第二譲受人は不動産の明渡しを請求することができる。この場合、第一譲受人は、第二譲受人からの不動産の明渡請求に対して、この履行不能による損害賠償請求権に基づいて当該不動

産につき留置権（民 § 295）を主張することはできない（最判昭43. 11. 21）。第一譲受人と第二譲受人との間には不動産の明渡しを拒絶することによって間接的に債務の履行を促すという関係（物と債権との牽連性）が存在しないからである。したがって、Bは、甲土地について留置権を主張することができない。

エ 誤り

債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができる（民 § 424 I 本文；詐害行為取消請求）。詐害行為取消請求権は、総債権者の共同担保の保全を目的とする制度であるが、特定物引渡請求権（特定物債権）といえども、その目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、特定物債権者は当該処分行為を詐害行為として取り消すことができる（最判昭36. 7. 19）。すなわち特定物債権も、損害賠償請求権に变じうるものであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様だからである。そして、譲渡人の第一譲受人に対する不動産の所有権の移転義務は、履行不能となるため（最判昭35. 4. 21）、損害賠償請求権が発生し、詐害行為取消請求権の対象となる。しかし、詐害行為取消請求権は、総債権者の共同担保の保全を目的とするものであるから、特定物債権者は目的物自体を自己の債権の弁済に充てることはできない（最判昭53. 10. 5）。したがって、BはCに対して、CからBへの所有権の移転の登記を請求することはできない（同判例）。

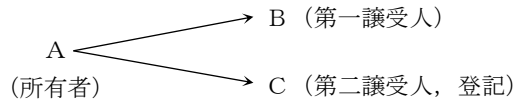
オ 正しい

不動産の二重譲渡において、第一譲受人が当該不動産を買い受けて占有を取得し、その時から民法162条に定める時効期間を経過したときは、登記を有する第二譲受人に対して、占有の継続を理由とする取得時効を主張することができる（最判昭42. 7. 21、同昭46. 11. 5）。この場合、時効取得者は当該不動産が他人の所有に属することの立証を要せず（大判大9. 7. 16）、自己に所有権があるものと信じ、そう信じることに過失がないことから、善意・無過失の占有といえる（最判昭43. 12. 24）ため、10年の占有の継続により取得時効が完成する。そして、第一譲受人と第二譲受人は当事者の関係に立つため、取得時効を主張するためには登記を備えることを要しない（大判大7. 3. 2）。したがって、BはCに対して、取得時効による所有権の取得を主張することができ、Cからの明渡しを拒むことができる。

➡ 以上により、誤っているものはウエであり、正解は4となる。

＜ポイント整理＞

不動産（甲土地）が二重譲渡された場合の法律関係



A B 間の関係	① Cへの所有権の移転の登記がされることにより、AのBに対する土地の所有権の移転義務は、取引観念上、履行不能となる（最判昭35.4.21）。 →なお、Cへの所有権の移転の登記前に、AがBに対し履行拒絶の意思表示をし、あるいはCに対し所有権の移転の請求権保全の仮登記がされたとしても、このような事実によってBに対する債務が履行不能となるものではない（同判例）。 ② BはAに対して、債務不履行に基づく損害賠償を請求することができる（民§415Ⅱ①）。また、契約を解除して（民§542Ⅰ①）、売買代金が支払済みであれば、その返還を請求し、さらに損害賠償の請求をすることができる（民§545Ⅳ）。
B C 間の関係	① Bは、Cに対して登記なくして甲土地の所有権の取得を対抗することができない。 →なお、Cが背信的悪意者である場合には、Bは、Cに対して登記なくして所有権の取得を対抗することができる（最判昭43.8.2，同昭43.11.15）。（注1） →Bが、Cに対して不法行為責任を追及するためには、Cに信義則違反その他特に違法と認められる特別の事情がなくてはならず、単なる悪意では足りない（最判昭30.5.31）。 ② AがBに甲土地を引き渡していた場合において、Bは、Cから甲土地の明渡請求を受けたとしても、Aの履行不能に基づく損害賠償請求権により甲土地につき留置権を行使することはできない（最判昭43.11.21）。 ③ 甲土地を譲渡することにより無資力となった場合には、Bを害することを知ってした当該譲渡の取消しを裁判所に請求することができる（民§424Ⅰ本文；最判昭36.7.19）。 ④ BがAから甲土地の引渡しを受け占有している場合において、Bが占有を開始した時から、引き続き10年間占有を継続したときは、Bは甲土地の所有権を時効取得することができる（最判昭46.11.5）。

（注1）Cが背信的悪意者であっても、Cからの転得者は、Bとの関係で転得者自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、登記を具備すればBに対して所有権の取得を対抗することができる（最判平8.10.29）。

第9問 占有改定に関する次の1から5までの記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものは、どれか。

- 1 A法人は、自己所有の甲動産をBに譲渡し、占有改定による引渡しをした後、Aは、Cに甲動産を譲渡し、その譲渡につき動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律に基づく動産譲渡登記がされた場合、CはBに対して、甲動産の所有権を主張することができる。
- 2 AはB所有の甲動産を目的として譲渡担保権の設定をうけ、Bにより占有改定の方法により甲動産の引渡しを受けた場合、AはBから甲動産を買い受けたCに対して、当該譲渡担保権を対抗することができない。
- 3 Aは動産売買の先取特権の目的物である自己所有の甲動産をBに売却し、占有改定の方法で引き渡した場合、先取特権者Cは、甲動産に対して先取特権を行使することができる。
- 4 Aは、自己所有の甲動産をBに売却し、占有改定の方法で引き渡した後、さらに、Cにも甲動産を売却し、占有改定の方法で引き渡した場合、BはCに対して、甲動産の所有権を主張することができない。
- 5 Aは、B所有の甲動産に対して適法に差押えをなしたが、差押後も執行官がBに甲動産の保管を委ねていたところ、Bは、甲動産をCに譲渡し、占有改定の方法で引き渡した。その後、当該差押えが解除された場合、CはAに対して、甲動産の所有権を主張することができる。

第9問

<正解 5>

TOPICS

本問は、占有改定に関する問題である。

占有改定に関する問題については、引渡しが法律行為の成立要件となる場合に、当該法律行為において占有改定による方法が引渡しとして認められているか否かを正確に判断できることが特に重要である。

類題 平27－8，23－8，17－9，11－14，5－9

1 誤り

動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しが無ければ第三者に対抗することができない（民§178）。そして、法人が動産を譲渡した場合、動産譲渡登記ファイルに譲渡の登記がされたときは、当該動産について、民法178条の引渡しがあったものとみなされる（動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律§3Ⅰ）。これは、動産譲渡登記について対抗要件を認めたものであるが、民法上の対抗要件たる引渡しに対する優先的効力を認めたものではない。したがって、Cは対抗要件を先に具備したBに対して、甲動産の所有権を主張することができない。

2 誤り

動産を目的とする譲渡担保権の対抗要件は引渡しであり、この引渡しには占有改定も含まれる（最判昭30.6.2）。譲渡担保権の設定により、目的物の権利が債権者に移転するので、動産の権利移転の対抗要件の一般原則どおり、占有改定による引渡しも譲渡担保の対抗要件となるからである。したがって、AはCに対して、当該譲渡担保権を対抗することができる。

3 誤り

先取特権は、債務者がその目的である動産を第三者に引き渡した後は、その動産について行使することができない（民§333）。動産の先取特権は、占有の取得が要件ではなく、公示方法が存在しないので、取引の安全を保護する趣旨である。この場合の引渡しには、占有改定による引渡しも含まれる（大判大6.7.26）。

4 誤り

民法178条による動産の引渡しとは、動産の占有移転をいい、占有改定による占有取得も含まれる（最判昭30.6.2）。譲受人が間接占有で満足するような場合であっても、常に現実の引渡し（民§182Ⅰ）を強制することは酷だからである。したがって、Cは、無権利者であるAから占有改定によって占有を取得しているので、甲動産を即時取得しておらず（最判昭35.2.11）、先に対抗要件を備えたBはCに対して、甲動産の所有権を主張することができる。

5 正しい

差押債務者が差押中の動産を占有改定により譲り渡した場合、差押中の物件といえども処

分が絶対的に禁止されるものではなく、その処分は有効であり、また動産に対する占有権は差押えによって失われるものではない。しかし、それをもって差押えの存続する間は差押債権者に動産の所有権を対抗することができない。ただし、差押えの解除後は動産の所有権を対抗することができる（最判昭34.8.28）。したがって、CはAに対して、甲動産の所有権を主張することができる。

＜ポイント整理＞

占有改定による占有の取得が含まれるか否か

動産の対抗要件たる民法178条の引渡し	含まれる (最判昭30. 6. 2)
即時取得の要件たる民法192条の占有取得	含まれない (最判昭35. 2. 11)
動産の先取特権の追及力が制限されることになる民法333条の引渡し	含まれる (大判大6. 7. 26)
質権設定の成立要件たる民法344条の引渡し	含まれない (東京高判昭35. 7. 27)
動産を目的とする譲渡担保の対抗要件たる引渡し	含まれる (最判昭30. 6. 2)
動産の書面によらない贈与の解除（撤回）が制限されることになる民法550条ただし書の引渡し（履行）	含まれる (最判昭31. 1. 27)

第10問 物権の消滅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 建物の賃貸借契約により賃貸人の代理占有が成立する場合において、賃借人が当該賃貸借契約の終了後も当該建物の占有を続けていたときは、当該賃貸借契約の終了により賃貸人の代理占有は消滅しない。

イ 永小作人は、不可抗力によって引き続き5年以上小作料より少ない収益を得た場合も、不可抗力によって引き続き3年以上全く収益を得なかった場合も、永小作権を放棄することができる。

ウ 地役権の設定契約において、地役権の行使のために設けられた工作物の修繕義務を承役地の所有者が負担する旨を定めた場合、当該修繕義務を免れるために、承役地の所有者は、地役権者に対して地役権に必要な土地の一部の所有権を放棄することができない。

エ 通行地役権が設定されている承役地につき、第三者が地役権の負担を伴うものとして当該承役地を占有し、時効取得した場合でも、地役権は消滅する。

オ 譲渡担保権の目的である動産を、設定者が第三者に譲渡した場合に、当該第三者に対し占有改定により引き渡したときは譲渡担保権は消滅する。

1 アイ 2 アウ 3 イオ 4 ウエ 5 エオ

第10問

<正解 1>

TOPICS

本問は、物権の消滅に関する問題である。

物権においては、混同（民 § 179）や、放棄、消滅時効など、様々な原因での消滅が考えられる。物権が消滅するか否かを正確に判断する必要があり、条文および判例を整理して覚えておく必要がある。

類題 平29－10, 28－10, 27－9

ア 正しい

占有権は代理人によって取得することができる（民 § 181）。これを代理占有といい、代理占有権は代理権の消滅のみによって消滅はしない（民 § 204Ⅱ）。代理占有が成立するためには、本人と代理人との間に占有代理関係が存在することが必要となる。この占有代理関係とは、賃貸人と賃借人または寄託者と受寄者などの占有物の返還義務を伴う関係のことであり、本人および本人のために物を所持する代理人という外形が存在すれば足りるからである。したがって、賃貸借契約が終了した場合でも、賃貸人は代理占有を有していることに変わりはないので、賃貸人の代理占有は、消滅しない。

イ 正しい

永小作人は、不可抗力によって、引き続き3年以上全く収益を得ず、または5年以上小作料より少ない収益を得たときは、その権利を放棄することができる（民 § 275）。不意に小作料収入を失う土地所有者のための規定であり、本条による放棄の他は、永小作人は自らの権利を一方的に放棄することはできない。

ウ 誤り

承役地の所有者は、いつでも、地役権に必要な土地の部分の所有権を放棄して地役権者に移転し、設定行為または設定後の契約により定められた地役権者の権利行使に必要な工作物の設置・保存等の承役地所有者の負担する積極的義務を免れることができる（民 § 287, 286）。本来、義務は一方的意思表示により放棄しえないものであるが、承役地（の一部）の所有権を放棄することにより、地役権設定者として負担する積極的義務を免れるとしたものである。

エ 誤り

承役地の占有者が取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときは、地役権はこれによって消滅する（民 § 289）。時効による所有権の取得は原始取得であるため、その反射的效果として地役権が消滅するのである。しかし、地役権の負担を伴うものとして承役地を占有し、時効取得した場合には、地役権は消滅しない（大判大9.7.16）。

オ 誤り

譲渡担保の法的構成につき、所有権的構成・担保権的構成のいずれによったとしても、設

定者が譲渡担保の目的動産を第三者に譲渡した場合に、即時取得（民 § 192）の要件が満たされているときは、当該第三者は譲渡担保権の負担のない所有権を取得する（すなわち譲渡担保権が消滅する）。しかし、第三者への引渡しは占有改定の方法によりされたときは、即時取得が認められないので（最判昭35. 2. 11等）、譲渡担保権は消滅しない。

➡ 以上により、正しいものはアイであり、正解は1となる。

＜ポイント整理＞

物権の消滅の例

消滅事由	内 容
目的物の滅失	物権は物の上の支配権であるので、目的物が滅失すれば物権も消滅する。
消滅時効	所有権以外の財産権は、20年間行使しないときは、時効によって消滅する（民 § 166Ⅱ 参照）。
放 棄	物権の放棄は、物権を消滅させることを目的とする単独行為である。物権の放棄は、これによって他人の利益を害しない場合にだけ認められる。

第11問 定期に地代を支払う地上権と土地賃借権を比較した次の表のアからオまでの記述について、**いずれの記述も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。なお、本問における地上権及び土地賃借権は、建物所有を目的とするものではないものとする。

	地 上 権	土 地 賃 借 権
ア	地上権を目的として、抵当権を設定することができる。	対抗要件を備えていれば、土地賃借権を目的として、抵当権を設定することができる。
イ	存続期間の定めのない地上権の設定者は、裁判所に対し、その存続期間を定めるよう請求することができる。	存続期間の定めのない賃借権の賃貸人は、裁判所に対し、その存続期間を定めるよう請求することができる。
ウ	土地の収益を目的とする土地の地上権者は、不可抗力によって地代より少ない収益を得たときでも、地代の減額を請求することはできない。	駐車場の収益を目的とする土地の賃借人は、不可抗力によって賃料より少ない収益を得たときでも、賃料の減額を請求することはできない。
エ	工作物の所有を目的とする地上権が消滅した場合には、地上権者は工作物を収去する権利を有し、土地を原状に復する義務を負う。	駐車場である土地の賃貸借が終了した場合には、賃借人は当該土地を受け取った後に、通常の使用では起こり得ない損傷が、第三者によってなされたときでも、その損傷を原状に復する義務を負う。
オ	土地の継続的な利用という外形的事実が存在し、かつその利用が地上権行使に基づくものであることが客観的に表現されているときは、地上権を時効取得することができる。	土地の継続的な利用という外形的事実が存在し、かつその利用が賃借の意思に基づくものであることが客観的に表現されているときは、土地賃借権を時効取得することができる。

1 アイ 2 アエ 3 イウ 4 ウオ 5 エオ

第11問

<正解 4>

TOPICS

本問は、地上権と土地賃借権との比較に関する問題である。

地上権と土地賃借権については、物権と債権である点で根本的な違いがあることを押さえておく必要がある。また、賃借権については改正点も多く、再度ポイント整理などで学習することが得策である。

類題 平25-10, 22-10, 18-13, 3-11

ア 地上権は正しいが、土地賃借権は誤り

抵当権は、地上権を目的として設定することができる（民§369Ⅱ前段）。一方、賃借権は、対抗要件を備えていても債権であるので、賃借権を目的として抵当権を設定することはできない。

イ 地上権は正しいが、土地賃借権は誤り

存続期間の定めのない地上権につき、地上権者が地上権を放棄しない場合、裁判所は、当事者の請求により、20年以上50年以下の範囲内において、工作物または竹木の種類および状況その他地上権の設定当時の事情を考慮して、その存続期間を定めることができる（民§268Ⅱ）。一方、存続期間の定めのない賃借権につき、裁判所に対して、期間を定めるよう請求することはできない。この場合、各当事者はいつでも解約の申入れをすることができ（民§617Ⅰ前段）、裁判所が解約の申入れについて制限を設けることは適当でないからである。

ウ いずれの記述も正しい

定期に地代を支払わなければならない地上権において、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、地代の免除または減額を請求することができない（民§266Ⅰ, 274）。一方、賃借権については、耕作または牧畜を目的とする土地の賃借人は不可抗力によって賃料より少ない収益を得たときは、その収益の額に至るまで、賃料の減額を請求することができる（民§609）、駐車場を目的とする土地は、耕作または牧畜を目的とする土地以外の土地に当たるので、賃料の減額請求は認められない。

エ 地上権は正しいが、土地賃借権は誤り

地上権者は、その権利が消滅した時に土地を原状に復してその工作物および竹木を収去することができる（民§269Ⅰ本文；収去権）。地上権が消滅しても地上権者は工作物等の所有権を失わないので（民§242ただし書）、これを収去する権利を有するとともに、地上権者は、土地上に自己の所有物たる工作物を存置する権原を失っているから、工作物等を収去し、使用土地を地上権設定当時の原状に復した上で、これを返還しなければならない。一方、賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷（通常の使用および収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化を除く。）がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う。ただし、その損傷が賃借人の責めに帰することが

できない事由によるものであるときは、この限りでない（民 § 621）。

オ いずれの記述も正しい

土地の継続的な利用という外形的事実が存在し、かつ、その利用が地上権行使の意思に基づくものであることが客観的に表現されているときには、地上権を時効取得することができる（最判昭45. 5. 28）。また、他人の土地の継続的な利用という外形的事実が存在し、かつ、その利用が賃借の意思に基づくものであることが客観的に表現されているときには、土地の賃借権を時効取得することができる（最判昭43. 10. 8）。

➡ 以上により、いずれの記述も正しいものはウオであり、正解は4となる

＜ポイント整理＞

地上権および土地賃借権の異同

	地上権	土地賃借権
内容・目的	工作物または竹木を所有する目的（民§265）	使用・収益する目的は自由に定めることができる（民§601）。
当該利用権を第三者に譲渡・賃貸（転貸）する際の設定者の承諾の可否	設定者の承諾は不要（大判明32.1.22）	賃貸人の承諾が必要（民§612 I）
当該利用権の時効取得の可否	土地の継続的な利用という外形的事実が存在し、かつ、その利用が地上権行使に基づくものであることが客観的に表現されているとき、地上権を時効取得することができる（最判昭45.5.28）。	土地の継続的な利用という外形的事実が存在し、かつ、その利用が賃借の意思に基づくものであることが客観的に表現されているとき、土地賃借権を時効取得することができる（最判昭43.10.8）。
当該利用権を目的として抵当権を設定することの可否	地上権を抵当権の目的とすることができる（民§369 II 前段）。	土地賃借権は債権であるため、抵当権の目的とすることができない。
登記請求権	地上権者は登記請求権を有する。	賃借人は原則として登記請求権を有しない（大判大10.7.11）。
存続期間	当事者間で定める事ができる（民§268 I）。なお、存続期間を永久とすることもできる（大判明36.11.16）。	50年を超えることができない。これより長い期間をもって賃貸借したときは、50年に短縮される（民§604 I）。
当該利用権が定期に地代または賃料を支払うことを約したうえで、収益を目的として設定されている場合に、支払うべき対価の減額請求の可否	地代の減額を請求することができない（民§266 I, 274）。	耕作または牧畜を目的とする土地につき、賃借人は不可抗力によって賃料より少ない収益を得たときは、その収益の額に至るまで、賃料の減額を請求することができる（民§609）。
地代（賃料）より少ない収益しか得られない場合の地上権者（賃借人）の取り得る行為	不可抗力によって、引き続き3年以上全く収益を得ず、または5年以上地代より少ない収益を得たときは、その権利を放棄することができる（民§266 I, 275）。	耕作または牧畜を目的とする土地の賃借人は、不可抗力によって引き続き2年以上賃料より少ない収益を得たときは、契約の解除をすることができる（民§610）。
当該利用権の消滅時における工作物等の原状回復義務	地上権者は、その権利が消滅した時に土地を原状に復してその工作物および竹木を収去することができる（民§269 I 本文；収去権）。	賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う。ただし、その損傷が賃借人の責めによるものであるときは、この限りでない（民§621）。

第12問 抵当権の侵害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 債務者が抵当権の目的物を損傷させた場合には、債務者は、期限の利益を失う。
- イ 抵当権設定登記後、抵当不動産の所有者から賃借権の設定を受けた賃借人について、その賃借権の設定に抵当権の侵害が認められる場合、抵当権者は、当該賃借人に対して、賃料額相当の損害の賠償を請求することができる。
- ウ 抵当不動産の一部が壊された場合でも、残存する目的物の交換価値が被担保債権額を弁済するのに十分であるときは、抵当権者は、その妨害排除を請求することができる。
- エ 抵当権者は、抵当権が設定された山林の立木が通常の用法を超えて伐採されて木材となった場合、その搬出の禁止を請求することができない。
- オ 第三者が何らの権利を有しないにもかかわらず、抵当権の目的とされた不動産に不動産保存の先取特権の登記を有する場合、抵当権者は、当該登記の名義人に対して、その登記の抹消を請求することができる。

1 アイ 2 アオ 3 イウ 4 ウエ 5 エオ

第12問

<正解 2>

TOPICS

本問は、抵当権の侵害に関する問題である。

抵当権の侵害については、過去問や答練で出題された判例を押さえることが大切である。中でも、最判平11.11.24と同17.3.10とが重要であり、明渡請求の可否およびその請求権の根拠、損害の有無などの要点をきちんと押さえておく必要がある。

類題 平20-14, 13-12, 9-12, 8-15

ア 正しい

債務者が抵当権の目的物を損傷させた場合には、(被担保債権の) 期限の利益を失う(民§137②)。

イ 誤り

抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者について、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求として、右状態の排除を求めることができる(最判平17.3.10)。ただし、抵当権は、目的物の占有を目的とした権利ではないので、たとえ第三者によって目的物が占有されている場合でも、抵当権者は賃料額相当の損害を被るものではない(同判例)。そのため、占有者に対して賃料額相当の損害の賠償を請求することはできない。

ウ 誤り

抵当権者は、債務者・物上保証人または第三者が抵当目的物を損壊する等の抵当権の侵害があった場合には、抵当権に基づいてその妨害排除を請求することができる。この場合、抵当目的物が損壊されている限り、たとえ当該損壊行為によって減価した目的物の交換価値が被担保債権額を弁済(担保)するのになお十分であっても、当該妨害排除請求をすることができるものと解されている(通説)。なお、抵当権の侵害があった場合でも、抵当権の目的物がなお被担保債権額を弁済(担保)するのに十分であるときは、抵当権者に損害が発生したとはいえず(大判昭3.8.1)、抵当権者は当該第三者に対して損害賠償を請求することができない。

エ 誤り

抵当権は、目的物の占有を目的とした権利ではなく、目的物の交換価値を把握し、優先弁済を受けることを目的とする権利であることから、目的物が通常の経済的用法に従って利用されている限り、抵当権設定者が目的物から付加物を分離したり、目的物を第三者に使用収益させたとしても、そのことをもって直ちに抵当権が侵害されているとはいえない。そのため、抵当権の目的たる山林の所有者は、通常の用法の範囲内であれば、自由に立木の伐採を

行うことができ、抵当権者はその禁止を請求することができない。しかし、通常の用法の範囲を超えて立木の伐採が行われた場合には抵当権の侵害となる。抵当権は、価値支配権であるから、抵当目的物の交換価値を減少させるような侵害行為に対しては、それを排除し得る効力を有する。したがって、抵当権が設定された山林の立木が伐採されて木材となった場合、それが通常の用法の範囲を超えてされたものであるときは、抵当権者は、抵当権に基づく物権的請求権を行使して、その搬出の禁止を請求することができる（大判昭7.4.20）。

オ 正しい

抵当権者は、無効な不動産保存の先取特権の登記の抹消を請求することができる（大判大4.12.23）。たとえ無効な登記であっても、抵当権者に対抗しうるかの様な権利の登記が残されていると、事実上、抵当権の行使に障害が生ずるからである。

➡ 以上により、正しいものはアオであり、正解は2となる。

＜ポイント整理＞

抵当権の侵害と損害賠償に関する判例

①	第三者が抵当不動産を損傷させたことにより、抵当権設定者が当該第三者に対して不法行為による損害賠償債権を取得したときは、抵当権者は物上代位権（民 § 372, 304 I）の行使として、その損害賠償債権を差し押さえてそこから優先して弁済を受けることができる（大判大5.6.28, 同大6.1.22）。
②	抵当権者が抵当権の侵害を理由として侵害者に対して損害の賠償を請求するためには、その侵害により損害が発生していることが必要である。抵当権の目的物が第三者によって損傷させられた場合でも、残部の価額がなお被担保債権を担保するのに十分であるときは、抵当権に損害が発生したとはいえない（大判昭3.8.1）。
③	抵当権の侵害により損害が発生した場合、抵当権者は抵当権自体の侵害を理由としてその侵害者に対し不法行為に基づく損害の賠償を請求することができる（民 § 709）。この損害賠償請求は、抵当権実行前であっても、弁済期後であればすることができる（大判昭7.5.27, 同昭11.4.13）。
④	抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者について、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求として、当該状態の排除を求めることができる（最判平17.3.10）。 抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができる（同判例）。 抵当権者は、抵当不動産に対する第三者の占有により賃料額相当の損害を被るものではなく、占有者に対して賃料額相当の損害の賠償を請求することはできない（同判例）。

第13問 Xが、Aに対して有する債権を担保するためにB所有の甲土地に抵当権の設定を受け（以下、「当該抵当権」という。）、その旨の登記を備えている。この事例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誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア Bが、Xから被担保債権を譲り受けた場合において、甲土地につき後順位の抵当権者Cがいるときは、当該抵当権は、消滅しない。

イ 仮に、抵当権の目的が甲土地ではなく、甲土地上に設定されたDの地上権であった場合、Dは、当該地上権の放棄をもってXに対抗することができる。

ウ Bは、Xに対し、被担保債権の消滅時効とは別に、抵当権自体の時効による消滅を主張することはできない。

エ X・A・E間で、Eが被担保債務を免責的に引き受ける旨の合意をし、Xが当該抵当権を引受債務に移す意思表示をした場合でも、Bが承諾しないときは、当該抵当権は消滅する。

オ Bが資力に欠ける場合において、被担保債権についての消滅時効を援用し得る地位にあるのにこれを援用しないときは、Bに対して金銭債権を有するFは、その債権を保全するのに必要な限度であっても、Bに代位して当該抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することはできない。

1 アウ 2 アエ 3 イエ 4 イオ 5 ウオ

第13問

<正解 4>

TOPICS

本問は、抵当権の消滅に関する問題である。

問題の肢のひとつとして聞かれることが多い。判例からの出題も多く、条文の理解だけでは不十分なので、過去問と答練との両方を使って、しっかりと知識を補てんしておく必要がある。

類題 平31-14, 20-10, 16-8, 13-8, 2-19

ア 正しい

抵当権の被担保債権が債権譲渡や転付命令等により移転した場合には、別段の定めがない限り、抵当権もこれに伴って移転する（随伴性）。そして、抵当不動産の所有者（債務者である場合を除く）が抵当権の被担保債権を譲り受けた場合にも、抵当権はこれに伴い移転し、抵当不動産の所有権と抵当権が同一人に帰属することになるので、その抵当権は混同により消滅する（民§179Ⅰ本文；物権混同）。ただし、抵当不動産の所有権または抵当権が第三者の権利の目的であるときは消滅しない（同Ⅰただし書）。

イ 誤り

地上権または永小作権を抵当権の目的とした場合に、地上権者または永小作人がその権利を放棄しても、これをもって抵当権者に対抗することができない（民§398）。権利の放棄は、その性質の許す限り自由にすることができるが、これによって第三者の権利の消滅をもたらす等、不測の損害を与えることは許されないからである。

ウ 正しい

抵当権は、債務者および抵当権設定者（物上保証人）に対しては、被担保債権と同時になければ、時効によって消滅しない（民§396）。債務者や抵当権設定者について、債務を弁済しないのに抵当権のみの時効消滅の主張を認めることは、信義則に反するからである。なお、それ以外の者、たとえば抵当不動産の第三取得者や後順位抵当権者との関係においては、抵当権は、被担保債権とは別に、20年の消滅時効にかかる（民§166Ⅱ、大判昭15.11.26）。

エ 正しい

抵当権によって担保されている債務が第三者に免責的に引き受けられた場合、債権者は、抵当権を引受債務に移すことができる（民§472の4Ⅰ本文）。ただし、引受人以外の者が抵当権を設定した場合には、その承諾を得なければならない（同ただし書）。設定者の承諾がないときは、当該抵当権は消滅すると解されている（最判昭37.7.20）。

オ 誤り

物上保証人は、被担保債権の消滅時効の援用権者に該当する（民§145）。そして、物上保証人の債権者は、物上保証人が抵当権の被担保債権についての消滅時効を援用し得る地位にあるのにこれを援用しないときは、債務者である物上保証人の資力が自己の債権の弁済を受

けるについて十分でない事情がある場合に限り、その債権を保全するのに必要な限度で、民法423条1項本文の規定により、その債務者である物上保証人に代位して当該被担保債権の消滅時効を援用することができる（最判昭43.9.26）。

➡ 以上により、誤っているものはイオであり、正解は4となる。

<ポイント整理>

1 抵当権の消滅原因

①	物権としての消滅原因	目的物の滅失，混同（民 § 179），放棄，解除等
②	担保物権としての消滅原因	被担保債権の消滅（弁済，消滅時効，混同（民 § 520）等）
③	その他の消滅原因	代価弁済（民 § 378），抵当権消滅請求（民 § 379以下），競売による売却（民執 § 59）

2 抵当権の消滅に関する特則

①	抵当権は，債務者および抵当権設定者に対しては，被担保債権と同時になければ時効によって消滅しない（民 § 396）。注 1
②	債務者または抵当権設定者でない者が，抵当不動産について取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときは，抵当権は，これによって消滅する（民 § 397）。
③	地上権または永小作権を抵当権の目的とした場合に，地上権者または永小作人はその権利を放棄しても，これをもって抵当権者に対抗することができない（民 § 398）。注 2

注 1 抵当不動産の第三取得者に対しては，民法166条 2 項によって20年で時効消滅する（大判昭15. 11. 26）。

注 2 借地上の建物に抵当権を設定した場合に，借地権を放棄したり（大判大11. 11. 24），借地契約の合意解除をしても（大判大14. 7. 18），借地権の消滅を抵当権者に対抗することができない。

第14問 抵当権と根抵当権との比較に関する次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア 抵当権は、特定の債権を被担保債権とする必要があるが、根抵当権は、債権者と債務者が特定できていれば、被担保債権の範囲を限定する必要はない。

イ 抵当権の被担保債権が消滅した場合、当該抵当権は消滅するが、根抵当権の被担保債権に属する債権が消滅しても、担保すべき元本が確定する前においては、当該根抵当権は消滅しない。

ウ 抵当権又は根抵当権いずれにおいても、その抵当権者又は根抵当権者は、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、その抵当権又は根抵当権を行使することができる。

エ 抵当権又は元本確定前の根抵当権いずれにおいても、その被担保債権につき代位弁済した者は、その抵当権又は根抵当権を行使することができる。

オ 抵当権の被担保債権につき債務者の交替による更改があった場合、その債権者は、更改前の債務の目的の限度において、当該抵当権を更改後の債務に移すことができるが、元本の確定前の根抵当権の被担保債権につき債務者の交替による更改があったときであっても、その根抵当権者は、当該根抵当権を更改後の債務に移すことができない。

1 アエ 2 アオ 3 イウ 4 イオ 5 ウエ

第14問

<正解 4>

TOPICS

本問は、抵当権と根抵当権との比較に関する問題である。

抵当権と根抵当権との比較を直接問う出題は平成17年以降ないが、抵当権と元本確定前の根抵当権の性質の違いについては正確に把握しておくことが重要である。

類題 平17－16

ア 誤り

抵当権は特定の債権を担保するものであるので、その設定の際に定める被担保債権（の範囲）は特定の債権とすることを要する。一方、根抵当権は「一定の範囲」に属する不特定の債権を極度額の限度において担保するための抵当権であるが（民§398の2 I）、債権者と債務者のみを定め、それ以上に被担保債権の範囲を限定しない場合には、両者間に生じるすべての債権を担保するいわゆる包括根抵当になってしまう。このような包括根抵当は認められていないため、根抵当権の設定の際に定める被担保債権の範囲は、「売買取引」のように一定の範囲のものであることを要する。

イ 正しい

抵当権については、その被担保債権に対する付従性があるため、抵当権の被担保債権が弁済等により消滅した場合、当該抵当権は消滅する。一方、元本確定前の根抵当権については、その被担保債権に対する付従性が否定されているため、根抵当権の被担保債権の範囲に属する債権が消滅しても根抵当権は消滅しない。

ウ 誤り

抵当権者は、利息その他の定期金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、その抵当権を行使することができる（民§375 I 本文）。後順位の抵当権者等の利益を保護するために既存の抵当権の被担保債権の範囲を制限する趣旨である。一方、根抵当権者は、確定した元本ならびに利息その他の定期金および債務の不履行によって生じた損害の賠償の全部について、極度額を限度として、その根抵当権を行使することができる（民§398の3 I）。普通抵当権とは異なり、利息について満期となった最後の2年分という制限はない。

エ 誤り

抵当権については、その被担保債権に対する随伴性があるため、債務者に代わって被担保債権を弁済（代位弁済）した者は、その債権につき抵当権を行使することができる（民§501 I，499）。一方、元本確定前の根抵当権については、被担保債権に対する随伴性が否定されているため、元本の確定前に債務者に代わって被担保債権を弁済（代位弁済）した者は、その債権につき根抵当権を行使することができない（民§398の7 I 後段）。

オ 正しい

抵当権につき債務者の交替による更改があった場合、その債権者は、更改前の債務の目的の限度において、その債務の担保として設定された抵当権を更改後の債務に移すことができる（民§518Ⅰ）。一方、元本確定前の根抵当権においては、その被担保債権に対する付従性および随伴性が否定されているため、元本の確定前に債務者の交替による更改があったときは、債権者は民法518条1項の規定にかかわらず、根抵当権を更改後の債務に移すことができない（民§398の7Ⅳ後段）。

➡ 以上により、正しいものはイオであり、正解は4となる。

＜ポイント整理＞

根抵当権の性質

			(前；元本確定前，後；元本確定後)	
付 従 性	前	なし	設定時において被担保債権の存在またはその発生の蓋然性が存在することを要しない。また，根抵当権の被担保債権の範囲に属する債権が弁済等により消滅しても根抵当権は消滅しない。	
	後	あり	被担保債権が全額弁済されると根抵当権は消滅する。	
随 伴 性	前	なし	根抵当権の被担保債権の範囲に属する債権が他に譲渡された場合。	根抵当権がこれに随伴することはない（民 § 398 の 7 I 前段）。
	後	あり		根抵当権はこれに随伴して移転する。
不可分性		あり	原則として，被担保債権の全額の弁済を受けるまでは，目的物の全部について権利を行使することができる（民 § 372，296）。	
物上代位性		あり	目的物の売却，賃貸，滅失または損傷によって，債務者（所有者）が受けるべき金銭その他の物に対して根抵当権を行使することができる（民 § 372，304）。	
優先弁済的効力		あり	極度額の範囲内で，確定した元本債権ならびに利息その他の定期金および債務不履行によって生じた損害賠償の全額につき優先弁済権を行使することができる（民 § 398 の 3 I）。	

第15問 担保権者又は担保物件の第三取得者等が担保の目的物について支出した費用に関する次のアからオまでの記述のうち、**誤っているもの**の組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア 不動産質権者は、特約がある場合又は担保不動産収益執行の開始があった場合を除き、設定者に対し目的物について支出した管理の費用の償還を請求することができない。

イ 動産質権者は、質物について通常必要費を支出した場合、質物から生じる果実を被担保債権の弁済に充当していたときでも、設定者にその費用の償還を請求することができる。

ウ 抵当不動産の第三取得者が抵当不動産について有益費を支出したため、抵当権の実行手続においてその償還を受けることができる場合、裁判所は、その償還について買受人の請求により相当の期限を許与することができる。

エ 共益の費用の先取特権は、その費用につき、すべての債権者に先取特権を主張することができる。

オ 留置権者が留置物について有益費を支出したときは、これによる価格の増加が現存する場合に限り、所有者の選択に従い、その支出した金額又は増価額を償還させることができる。

1 アエ 2 アオ 3 イウ 4 イオ 5 ウエ

第15問

<正解 5>

TOPICS

本問は、担保物権の目的物につき支出した費用等に関する問題である。

本問は、担保物権に関する横断的知識を問うものである。本試験において、よく出題される形式であるので、各担保物権の異同をしっかりと整理し、対策しておく必要がある。

類題 平30-12, 29-11, 25-12, 22-11, 19-12・13, 18-14・15, 7-14他

ア 正しい

不動産質権者は、質権の目的である不動産の用法に従い、その使用および収益をすることができるが（民§356）、一方で管理の費用（不動産を利用するために生ずる費用、例えば必要費等）を支払い、その他不動産に関する負担（公租・公課等）を負う（民§357）。質権の目的不動産が誰にも利用されずに社会経済上の不利益が生じることを回避し、質権者と質権設定者の公平を図るとともに、収益費・管理の費用・利息間の複雑な計算を避けようとする趣旨である。なお、これらの規定（民§356～358）は、設定行為に別段の定め（特約）がある場合または担保不動産収益執行の開始があった場合には適用されない（民§359）。

イ 正しい

動産質権者は、質物について必要費を支出したときは、設定者にその償還をさせることができる（民§350, 299 I）。そして、動産質権者が質物より生じる果実を収取した場合でも、その果実は被担保債権の弁済に充当されるにすぎず（民§350, 297）、その所有権を取得するわけではないので、通常必要費が動産質権者の負担に帰することはなく、設定者に対し、通常必要費を含む必要費全額の償還を請求することができる。

ウ 誤り

抵当権が実行された場合において、抵当不動産の第三取得者は、抵当不動産について有益費を支出していたときは、その価格の増加が現存する場合に限り、その支出した金額または増価額を、抵当不動産の代価から他の債権者より先にその償還を受けることができる（民§391, 196 II）。もっとも、民法196条2項ただし書は、悪意の占有者の有益費償還請求権につき、裁判所は、回復者の請求により、その償還について相当の期限を許与することができるとしているが、民法391条の規定に基づく抵当不動産の第三取得者の有益費の償還については、裁判所の配当によるものであるから民法196条2項ただし書は問題とならない。

エ 誤り

共益の費用の先取特権は、各債権者の共同の利益のためにされた債務者の財産の保存、清算または配当に関する費用について存在する（民§307 I）。この費用のうち全ての債権者に有益でなかったものについては、先取特権は、その費用によって利益を受けた債権者に対してのみ存在する（同 II）。それが公平の観点から認められた共益費用の先取特権の立法趣旨に合致するからである。

オ 正しい

留置権者は、留置物について有益費を支出したときは、これによる価格の増加が現存する場合に限り、所有者の選択に従い、その支出した金額または増価額を償還させることができる（民§299Ⅱ本文）。この有益費とは、目的物の価値を増加させるような費用のことである。

➡ 以上により、誤っているものはウエであり、正解は5となる。

＜ポイント整理＞

各種の費用償還請求権

（有益費については，価格の増加が現存する場合に限り請求可）

	必要費	有益費	
			期限許与
留置権者（民 § 299）	○	○	○
動産質権者（民 § 350, 299）	○	○	○
不動産質権者（民 § 357）	△※ 1		
抵当不動産の第三取得者（民 § 391, 196）	○※ 2	○	※ 3

※ 1 不動産質権者は，管理の費用を支払い，その他不動産に関する負担を負うものとされているが（民 § 357），設定行為をもって別段の定めをすること可（民 § 359）。

※ 2 果実を取得した場合は，通常必要費の請求不可。

※ 3 期限の許与は問題とならない。

第16問 債務不履行に関する次の1から5までの記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものは、どれか。

- 1 債務不履行による損害賠償は、当事者間で別段の合意がされたか否かにかかわらず、金銭をもってその額を定める。
- 2 債務の履行について不確定期限がある場合において、債務者は、期限到来後、その到来の事実を知る前であっても、履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負う。
- 3 当事者間で債務の不履行について損害賠償額を予定した場合において、債務不履行に関し債権者に過失があったときでも、裁判所は、過失相殺によって損害賠償額を減額することはできない。
- 4 金銭を目的とする債務の履行遅滞による損害賠償は、たとえ約定又は法定の利率以上の損害が生じたことを立証しても、その損害賠償を請求することはできないが、債権者は、債務者に対し、弁護士費用その他の取立費用を請求することができる。
- 5 債権者は、債務者に対して債務不履行責任を追及する場合、債務不履行が債務者の責めに帰すべき事由によって生じたものであることを主張及び立証しなければならない。

第16問

<正解 2>

TOPICS

本問は、債務不履行に関する問題である。

債務不履行については、本試験でも何度も出題されているが、重要論点なのでしっかり準備しておくことが重要である。

類題 平29-16, 28-16, 23-16, 19-17, 15-17, 6-6, 4-1

1 誤り

損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める（民§417）。損害賠償において、契約自由の原則を認め、金銭よりも当事者にとって好ましい賠償方法がある場合にそれを尊重する趣旨である。したがって、債務不履行による損害賠償において、当事者間で別段の合意がされたかどうかにかかわらず、金銭をもってその額を定めるのではない。

2 正しい

債務の履行について不確定期限があるときは、債務者は、その期限の到来した後に履行の請求を受けた時またはその期限の到来したことを知った時のいずれか早い時から遅滞の責任を負う（民§412Ⅱ）。債務者が、債務の期限の到来したことを知った時だけでなく、その期限の到来した後に履行の請求を受けた時にも遅滞の責任を負わせるのが公平であることから規定されたのがその趣旨である。

3 誤り

当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる（民§420Ⅰ）。当事者が損害賠償額を予定した場合においても、債務不履行に関し債権者に過失があったときは、特段の事情のない限り、裁判所は、損害賠償の責任およびその金額を定めるについて、これを考慮することができる（民§418, 最判平6.4.21）。したがって、裁判所は、特段の事情のない限り、過失相殺によって損害賠償額を減額することができる。

4 誤り

金銭の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、債務者が遅滞の責任を負った最初の時点における法定利率によって定める（民§419Ⅰ本文）。ただし、約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による（同Ⅰただし書）。そして、この損害賠償は、損害の証明をすることなく請求することができる（同Ⅱ）。しかし、その反面として、たとえそれ以上の損害が生じたことを立証したとしても、その賠償を請求することはできない。したがって、債権者は、金銭債務の不履行による損害賠償として、債務者に対して弁護士費用その他の取立費用を損害賠償額に含めて請求することはできない（最判昭48.10.11）。

5 誤り

債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときまたは債務の履行が不能であるときは、

債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる（民 § 415 I 本文）。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因および取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、損害の賠償を請求することはできない（同 I ただし書）。そして、金銭債務以外の債務につき、債務者が自己の債務不履行責任を免れるためには、債務不履行が自己の責めに帰することができない事由によるものであることを主張および立証しなければならない（最判昭34.9.17）。したがって、債権者は、債務者に対して債務不履行責任を追及する場合、その債務不履行が債務者の責めに帰すべき事由によって生じたものであることを主張および立証する必要はない。

＜ポイント整理＞

債務不履行に関する判例

損害賠償額の予定がある場合、債権者は債務不履行という客観的事実を証明すれば、損害の発生およびその額を証明しなくても、予定賠償額を請求することができる。	大判大11. 7. 26
過失相殺は、債務者の主張がなくても裁判所が職権であることができるが、債権者の過失となるべき事実については、債務者が立証責任を負う。	最判昭43. 12. 24
売主の債務不履行により契約が解除された場合に買主が受けるべき損害賠償の額は、履行期の時価ではなく、契約解除当時の時価を基準とする。	最判昭28. 12. 18
金銭債務以外の債務につき、債務者が損害賠償責任を免れるためには、債務不履行が自己の責めに帰することができない事由によって生じたものであることを主張および立証することを要する。	最判昭34. 9. 17
金銭を目的とする債務の履行遅滞による損害賠償の額は、たとえ約定または法定の利率以上の損害が生じたことを立証しても、その賠償を請求することはできず、債権者は、債務者に対し、弁護士費用その他の取立費用も請求することはできない。	最判昭48. 10. 11
当事者が損害賠償額を予定した場合においても、債務不履行に関し債権者に過失があったときは、特段の事情のない限り、裁判所は、損害賠償の責任およびその金額を定めるについて、これを考慮することができる。	最判平6. 4. 21
債務者が特別の事情を予見すべきであったかどうかは、債務不履行の時を標準として決定される。	大判大7. 8. 27 最判昭37. 11. 16

第17問 代物弁済に関する次のアからオまでの記述中の括弧内のa及びbの語句のうちからaの語句を選んだ場合に判例の趣旨に照らし正しい記述となるものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア 債権者と債務者が、本来の給付に代えて、債務者が有する建物の所有権を債権者に移転する旨の契約をした場合、当事者双方が当該契約の時に火災により当該建物が滅失していたことを（a：知らなかったときに限り b：知っていたときでも）、本来の債務は消滅する。

イ 債権者と債務者が、本来の給付に代えて自己の所有する動産の所有権を債権者に移転する契約をした場合、当該動産を債権者に引き渡した後に当該動産に欠陥があることが判明したときは、債権者は、債務者に対して当該欠陥から生じた損害について（a：損害賠償請求をすることができる b：損害賠償請求をすることはできない）。

ウ 債権者と債務者が、100万円の金銭債務の給付に代えて、債務者が所有する50万円相当の陶器を債権者に給付する旨の契約をした場合、特段の意思表示がないときは、債権者が有する金銭債権は、（a：50万円の限度で b：100万円全額について）消滅する。

エ 債権者と債務者が、本来の給付に代えて自己の所有する不動産の所有権を債権者に移転する契約をした場合、（a：当該契約をした時点で b：当該不動産の所有権移転登記が完了した時点で）、当該所有権移転の効果が生じる。

オ 債権者と債務者が、本来の給付に代えて自己が第三者に対して有する債権を債権者に譲渡する契約をし、第三債務者に対して確定日付ある証書で譲渡の通知をした場合、第三債務者が、通知を受ける前に当該債権の発生原因である契約の重要な要素に錯誤があった旨を主張して、その履行を拒んだとき、債権者は、債務者に対して本来の債務の履行を（a：求めることができる b：求めることはできない）。

1 アウ 2 アオ 3 イウ 4 イエ 5 エオ

第17問

<正解 4>

TOPICS

本問は、代物弁済に関する問題である。

代物弁済を丸々問う問題は平成18年以降出題されていないことから、再出題の可能性が考えられるので、過去問やポイント整理を見ておくことが重要である。

類題 令3-16, 平18-17

ア a bのいずれを選んだときでも正しい記述とはならない

弁済をすることができる者（弁済者）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§482）。すなわち、代物弁済が成立するためには、本来の給付と異なる給付が実現されることが必要である。したがって、契約の時点で代物弁済の目的物である建物が滅失していたときは、当該給付の実現は不可能であり、代物弁済の契約自体が成立しないため、債権者と債務者の双方が当該建物の滅失を知っていたか否かにかかわらず、本来の債務は消滅しない。

イ aを選んだときに正しい記述となる

いったん代物弁済として他の給付がされると、その物に契約内容の不適合がある場合でも、債権者は本来の給付や契約内容に適合する物の給付を請求することはできない。ただし、このような場合でも、代物弁済も一種の有償契約であることから、売買の規定の準用により、債権者は損害賠償請求をすることができる（民§559本文, 564）。

ウ bを選んだときに正しい記述となる

代物弁済において、本来の給付に代えてされる他の給付については、特に制限はなく、両給付間の価値に差異がある場合でも、契約は有効である（大判大10.11.24, 大判昭5.5.30）。代物弁済も当事者の契約に基づく以上、本来の給付に代えてされる他の給付について当事者の意思を尊重すべきだからである。そして、債権額よりも価値の少ない給付であっても、特に一部についての代物弁済である旨の表示がされない限り、債権全額が消滅する（大判昭5.5.30）。

エ aを選んだときに正しい記述となる

不動産所有権の譲渡をもってする代物弁済による債務消滅の効果は、単に当事者がその意思表示をするだけでは足りず、登記その他引渡行為を完了し、第三者に対する対抗要件を具備したときでなければ生じないことはいうまでもないが（最判昭39.11.26）、そのことは、代物弁済による所有権移転の効果が、原則として当事者間の代物弁済契約の意思表示によって生ずることを妨げるものではない（最判昭57.6.4）。したがって、債権者および債務者が本来の給付に代えて債務者の所有する不動産の所有権を債権者に移転する契約をした場合、当該契約をした時点で、当該不動産の所有権が債権者に移転することとなる（民§176）。

オ bを選んだときに正しい記述となる

債務者が第三者に対して有する債権も代物弁済の目的とすることができる（大判大4. 11. 20）。そして、第三債務者が当該債権の発生原因である契約の重要な要素に錯誤があった旨を主張してその履行を拒んだ場合でも、債権消滅の効果は妨げられず、債権者は、債務者に対して本来の債務の履行を求めることはできない。代物弁済は、契約によって一方では直ちに給付の効力を生じさせ、他方では債務を消滅させるものであるため、代物弁済として給付した物が契約内容に適合しなかったときでも、本来の給付を請求することができないものだからである。

➡ 以上により、aを選んだときに正しい記述となるものはイエであり、正解は4となる。

＜ポイント整理＞

代物弁済（民 § 482）

意義	本来の給付に代えて他の給付をすることによって、債権を消滅させることを内容とする債権者と弁済者との契約 ※ 1
要件	① 債権が存在すること
	② 本来の給付と異なる給付が現実に行われること
	③ その給付が本来の弁済に代えてされること
	④ 当事者間の契約によること（債権者の承諾があること）
効果	弁済と同一の効力。すなわち、債権の消滅およびそれに伴う担保物権・保証債務等の消滅 ※ 2

※ 1 代物弁済は有償契約であることから、代物弁済の目的物が契約内容に適合しないときは、売主の担保責任の規定が準用される（民 § 559, 562以下）。

※ 2 債権額よりも価値の少ない給付であっても、特に一部についての代物弁済である旨の表示がされない限り、債権全額が消滅する（大判昭5. 5. 30）。

第18問 Aを売主、Bを買主とする甲不動産の売買契約について買戻特約又は再売買の予約がされ、その旨の登記を具備した場合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誤っているもの**の組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

- ア Aが甲不動産を取り戻すことができる旨の約定は、買戻権については売買契約と同時にしなければならないが、再売買の予約については同時にすることを要しない。
- イ A及びBにおいて、買戻特約又は再売買の予約と同時に行使期間を定める場合、買戻権については5年を超えることはできないが、再売買の予約完結権の行使期間については5年を超えて定めることができる。
- ウ Aが買戻権を第三者に譲渡する場合には、Bの承諾が必要であるが、再売買の予約完結権を第三者に譲渡する場合には、Bの承諾は不要である。
- エ Bが甲不動産を第三者に転売し、当該第三者がその旨の登記を具備した場合、Aは、買戻権を行使するときは、当該第三者に対してしなければならないが、再売買の予約完結権を行使するときは、Bに対して意思表示をすることを要する。
- オ Aが買戻権を行使する場合は、Bに対して、BがAに支払った売買代金（別段の合意をした場合にあっては、その合意により定めた金額）及び契約の費用を提供する必要があるが、Aが再売買の予約完結権を行使する場合は、Bに対して、予約完結の意思表示をすれば足りる。

1 アエ 2 アオ 3 イウ 4 イエ 5 ウオ

第18問

<正解 3>

TOPICS

本問は、買戻特約と再売買の予約に関する問題である。

買戻特約と再売買の予約の異同について、特約の時期、権利行使の期間、権利行使の方法等、条文を確認しながら整理しておく必要がある。

類題 平6-2

ア 正しい

買戻特約は、売買契約と同時にしなければならない（民§579前段）。これに対して、再売買の予約は、売買契約と同時にする必要はない。買戻特約と異なり、再売買の予約は契約自由の原則が適用されるため、買戻しの場合のような厳格な要件を定める規定は存在しないのである。

イ 誤り

買戻しの期間は10年を超えることができない（民§580Ⅰ前段）。買戻権の長期にわたる存続により所有権の帰属が不安定となることを防ぐ趣旨である。なお、買戻しにつき期間を定めなかったときは、5年以内に買戻しをしなければならない（同Ⅲ）。これに対し、再売買の予約完結権の行使期間については契約で自由に定めることができる（大判大9.9.24）。

ウ 誤り

買戻権も再売買の予約完結権も、一種の物権取得権的な性格を有する点では同様であり、相手方の承諾を得ずに、これを譲渡することができる（買戻権の譲渡につき最判昭35.4.26, 再売買の予約完結権につき大判大13.2.29）。買戻しの実行は、代金等の提供をもってはじめて効力が生ずるのであるから、買主の承諾なくして買戻権を譲渡することができるとしても、買主に特別の不利益をもたらすものではないからである。また、再売買の予約完結権も、同様の趣旨が妥当するため、その譲渡につき相手方の承諾は不要である。

エ 正しい

売買契約と同時に買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対抗することができる（民§581Ⅰ）。これは、買戻特約を物権化することで、買戻権の財産的価値を強化する趣旨である。そして、目的物が転売された場合、買戻権者はその転得者に対して買戻権を行使することになる（最判昭36.5.30）。買戻しの相手方である地位が目的物の所有権とともに転得者に移転するからである。これに対して、再売買の予約完結の意思表示は、目的物が転売された場合でも、契約の当初の予約の相手方に対してしなければならない（大判昭13.4.22）。

オ 正しい

買戻しにおいては、売主は、期間内に買主が支払った代金（別段の合意をした場合にあっては、その合意により定めた金額）および契約の費用を提供しなければ、買戻しをすることができない（民§583Ⅰ, 579前段かつこ書）。買主が不動産を返還したが、売主から代金お

よび契約費用の提供を受けられないことがないよう、期間内の意思表示と買戻しの代金および契約費用の提供とを買戻権行使の要件とするものである。これに対して、再売買の予約においては、予約完結の意思表示により売買契約は成立するので、売買代金等の提供は予約完結権行使の要件とならない（大判大7.9.16）。売買代金等の提供は売買が効力を生じた後の履行の問題だからである。

➡ 以上により、誤っているものはイウであり、正解は3となる。

＜ポイント整理＞

買戻特約と再売買の予約

	買戻特約	再売買の予約
目的物	不動産（民 § 579）（注 1）	制限なし
特約の時期	売買契約と同時（民 § 579前段）	制限なし
権利行使期間	・ 10年以内（10年超→10年に短縮） （民 § 580 I） ・ 期間の定めなし→ 5 年以内（同 III）	制限なし（大判大9. 9. 24）（注 2）
権利行使の際の提供の要否	代金または別段の合意により定めた金額および契約費用の提供を要する（民 § 583 I， 579前段かつこ書）	代金または契約費用等の提供は不要（大判大7. 9. 16）
権利の譲渡性	あり（相手方の承諾不要；最判昭35. 4. 26）	あり（相手方の承諾不要；大判大13. 2. 29）
権利譲渡の対抗要件	・ 登記あり→登記（民 § 177） ・ 登記なし→通知または承諾（民 § 467，最判昭35. 4. 26）	・ 仮登記あり→仮登記の付記登記（最判昭35. 11. 24）（民 § 177） ・ 仮登記なし→通知または承諾（民 § 467）
目的物譲渡後の意思表示の相手方	転得者（最判昭36. 5. 30）	予約の相手方（大判昭13. 4. 22）

（注 1）動産について買戻特約をすることもできる（大判明39. 1. 29）。

（注 2）権利行使の期間を定めなかった場合，予約者は相当の期間を定めてその期間内に売買を完結するかどうかを確答すべき旨を相手方に催告することができ，相手方がその期間内に確答をしないときは，売買の一方の予約はその効力を失う（民 § 556 II）。

第19問 賃貸借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誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア 敷金が授受された建物の賃貸借契約につき賃借権の登記がされている場合、当該建物が第三者に譲渡され、その後、賃貸借契約が終了したときは、直ちに、賃借人は第三者である当該建物の譲受人に対して敷金の返還を請求することができる。

イ 建物所有を目的としない土地の賃貸借の存続期間は、30年を超えることができない。

ウ 賃貸人が賃借人の意思に反して賃貸物の保存行為をしようとする場合において、そのために賃借人が賃借をした目的を達することができなくなるときは、賃借人は、賃貸借契約を解除することができる。

エ 賃貸人の責めに帰すべき事由により、賃貸借の目的である建物が滅失した場合でも、賃貸借契約は当然に終了する。

オ 不動産の所有者である賃貸人は、賃借人が賃借権について対抗要件を具備していない場合でも、賃借人の承諾を要することなく、第三者である当該不動産の譲受人との合意だけで、その賃貸人たる地位を移転させることができる。

1 アイ 2 アオ 3 イウ 4 ウエ 5 エオ

第19問

<正解 1>

TOPICS

本問は、賃貸借契約に関する問題である。

賃貸借契約は、本試験において頻出論点であり、令和3年度にも出題されている。本年度の出題も十分考えられるため、条文をしっかりと確認しながら、過去問を解くのが重要である。

類題 令3-19, 平29-18, 28-18, 25-18, 18-19, 17-20

ア 誤り

賃貸借の對抗要件（民§605等）を備えた場合において、その不動産が譲渡されたときは、その不動産の賃貸人たる地位は、その譲受人に移転する（民§605の2Ⅰ）。そして、これにより賃貸人たる地位が譲受人に移転したときは、敷金が授受されている場合における敷金の返還に係る債務（民§622の2Ⅰ）は、譲受人またはその承継人が承継する（民§605の2Ⅳ）。しかし、賃貸人の敷金返還債務は、①賃貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けたとき、または、②賃借人が適法に賃借権を譲り渡したときに生ずる（民§622の2Ⅰ①②）。したがって、賃貸借契約が終了したとしても、賃貸物の返還を受けていなければ、賃貸人の敷金返還債務は未だ発生していないから、賃借人は、建物の譲受人に対して敷金の返還を請求することはできない。

イ 誤り

賃貸借の存続期間は、50年を超えることができない。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、50年とする（民§604Ⅰ）。建物所有を目的としない太陽光パネル設置のための土地の賃貸借などのように20年以上の存続期間を必要とする現実的要請から、存続期間が50年に延長された。なお、建物所有を目的とする土地の賃貸借は、借地借家法が適用されるため、存続期間は30年とし、これより長い期間を定めたときは、その期間となる（借地借家§3）。

ウ 正しい

賃貸人が賃借人の意思に反して保存行為をしようとする場合において、そのために賃借人が賃借をした目的を達することができなくなるときは、賃借人は、契約の解除をすることができる（民§607）。賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為をしようとするときは、賃借人は、これを拒むことができないため（民§606Ⅱ）、賃借人に損害が生ずるおそれがあるから、それを防止する趣旨である。

エ 正しい

賃借物の全部が滅失その他の事由により使用および収益をすることができなくなった場合には、賃貸借は、これによって終了する（民§616の2）。目的物が滅失した場合には、賃貸借契約を締結した目的を達成することができなくなるので、契約を当然に終了させることが

当事者の合理的意思に合致するからである。そして、賃貸目的物の滅失が当事者の一方の帰責事由に基づく場合であっても、賃貸借契約は当然に終了し、その後は、債務不履行責任（民 § 415）の問題となる。

オ 正しい

賃借人が賃借権の対抗要件を備えていない場合であっても、不動産の譲渡人が賃貸人であるときは、その賃貸人たる地位は、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人と譲受人との合意により、譲受人に移転させることができる（民 § 605の3前段）。賃貸人の賃借人に対する目的物を使用収益させる義務は賃貸人が誰であるかによって履行方法が異なるわけではなく、また、賃貸人の地位が移転しても賃借人に不利益が生じないと考えられるからである。なお、賃貸人たる地位の移転は、賃貸物である不動産について所有権の移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができない（同後段、民 § 605の2Ⅲ）。

➡ 以上により、誤っているものはアイであり、正解は1となる。

＜ポイント整理＞

賃貸人・賃借人の義務

賃貸人の義務	賃借人の義務
① 目的物を使用収益させる義務（民 § 601） ・ 目的物引渡義務 ・ 修繕義務（民 § 606 I 本文）※ 1 ※ 2 ※ 3 ・ 妨害排除義務 ② 費用償還義務 ・ 必要費償還義務（民 § 608 I） ・ 有益費償還義務（同 II） ③ 担保責任（民 § 559）	① 賃料支払義務（民 § 601） ② 賃貸人に無断で譲渡・転貸しない義務（民 § 612） ③ 通知義務（民 § 615） ④ 目的物保管・返還義務 ・ 使用収益上の義務（民 § 616, 594 I） ・ 返還義務（民 § 601） ・ 原状回復義務（民 § 621 本文）※ 4 ※ 5

※ 1 たゞし、賃借人の責めに帰すべき事由によってその修繕が必要となったときは、賃貸人は修繕義務を負わない（民 § 606 I ただし書）。

※ 2 賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為をしようとするときは、賃借人は、これを拒むことができない（民 § 606 II）。もっとも、賃貸人が賃借人の意思に反して保存行為をしようとする場合において、そのために賃借人が賃借をした目的を達することができなくなるときは、賃借人は、契約の解除をすることができる（民 § 607）。

※ 3 賃借物の修繕が必要である場合において、①賃借人が賃貸人に修繕が必要である旨を通知し、または賃貸人がその旨を知ったにもかかわらず、賃貸人が相当の期間内に必要な修繕をしないとき、あるいは、②急迫の事情があるときは、賃借人は、その修繕をすることができる（民 § 607 の 2）。

※ 4 通常の使用および収益によって生じた賃借物の損耗ならびに賃借物の経年変化による損傷については、賃借人は原状回復義務を負わない（民 § 621 本文 かつ こ書）。

※ 5 たゞし、その損傷が賃借人の責めに帰することができない事由によるものであるときは、賃借人は原状回復義務を負わない（民 § 621 ただし書）。

第20問 婚姻の効力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誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

- ア 夫が、一方的に家出をした妻に対し同居を請求したところ、夫の同居請求が家庭裁判所の審判によって認容されたにもかかわらず、妻が同居に応じない場合には、夫は同居させるために、直接強制をすることはできないが、間接強制をすることはできる。
- イ 妻所有の財産の管理を夫に委託する旨の夫婦財産契約を、婚姻の届出と同時に登記していたところ、夫の管理が失当であったことによって財産を危うくした場合には、当該契約の中にこれを変更する方法を定めていなくても、妻は自ら管理することを、家庭裁判所に請求することができる。
- ウ 夫婦の共同生活が破綻し、別居状態にあるところ、有責である夫婦の一方が、離婚請求をしたうえで、婚姻費用の分担請求権を行使することが信義則に反すると認められる場合には、他の一方は婚姻費用の分担義務を免れることができる。
- エ 夫婦の一方が日常の家事の範囲を超えて法律行為をした場合には、当該越権行為の相手方である第三者において、その行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当な理由があっても、夫婦の他の一方は、当該第三者との間でした行為は無権代理となり、その責任を免れることができる。
- オ 第三者が、夫婦の婚姻関係を解消させる意思をもって、夫婦の一方と肉体関係を持ったことによる他の一方に対する不法行為に基づく損害賠償責任は、夫婦が貞操を守る義務に違反した当時、既に夫婦の婚姻関係が破綻していた場合には、当該第三者はその責任を免れることができる。

1 アイ 2 アエ 3 イウ 4 ウオ 5 エオ

第20問

<正解 2>

TOPICS

本問は、婚姻の効力に関する問題である。

婚姻の効力については、婚姻の一般的効果と財産的效果を分けて整理しておくことをお勧めする。その上で、婚姻関係が実質的に破綻している状態にある場合、これらの婚姻の効力が、例外として認められない場合もあるとしている判例（最判平8.3.26，最判昭42.2.2等）を確認しておくことが重要である。

類題 平30－20，20－21，16－21，3－23

ア 誤り

夫婦は同居し，互いに協力し扶助しなければならない（民§752）。同居義務は夫婦の共同生活における本質的義務であり，一般的には夫婦である限り相互に負うものであるから，一方が同居に応じない場合は，他方は同居を請求することができるが，家庭裁判所の審判により同居請求が容認されたにもかかわらず，相手方がこれに応じない場合であっても，直接強制はもとより間接強制をすることも許されない（大決昭5.9.30）。同居はその性質上，自発的な意思に基づくものでなければその目的を達することができないことから，直接強制に馴染まないうえに，間接強制も債務者の自由意思に反して同居を強制するのは是認できないからである。なお，この場合，同居請求者は扶養の義務を免れ，損害賠償を請求し得るほか，悪意の遺棄として裁判上の離婚原因になり得る（民§770Ⅰ②）。

イ 正しい

夫婦財産契約（民§756）が締結されると，夫婦財産契約の中にこれを変更する方法を定めていない限り，婚姻届出後は変更することができない（民§758Ⅰ）。しかし，夫婦の財産契約によって夫婦の一方が他の一方の財産を管理する場合において，管理が失当であったことによってその財産を危うくしたときは，他の一方は自らその管理をすることを家庭裁判所に請求することができる（同Ⅱ）。夫婦財産契約によって，相続人その他の第三者の利益を侵害することがないようにするため，その方式について厳重な制約がなされている。なお，家庭裁判所で管理者の変更もしくは共有財産の分割をしたときは，その登記をしなければ，これを夫婦の承継人および第三者に対抗することができない（民§759）。

ウ 正しい

夫婦は，その資産，収入その他一切の事情を考慮して，婚姻から生ずる費用を分担する（民§760）。この婚姻費用分担義務は夫婦の共同生活が破綻し，別居状態に入ったとしても消滅しない（大阪高決昭41.5.9）。婚姻が実質的に破綻して別居状態であるような夫婦間であっても，離婚しない限り観念的には婚姻共同体が存在しており，また，夫婦の協力・扶助義務（民§752）は夫婦が別居するに至っても消滅しないからである。しかし，有責である夫婦の一方が，離婚請求をした後に婚姻費用の分担請求権を行使することが，信義則に反す

ると認められる場合には、他の一方は婚姻費用分担義務を免れることができる（最決平17.6.9）。

エ 誤り

夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う（民§761本文）。夫婦が相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することを認めたものであり（最判昭44.12.18）、夫婦の一方が民法761条にいう「日常の家事」の範囲を超えて法律行為をした場合には無権代理となる。しかし、当該越権行為の相手方である第三者においてその行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当な理由があるときには、民法110条（権限外の行為の表見代理）の趣旨を類推適用して、夫婦の他の一方は、当該第三者との間でした行為についてその責任を負う（同判例）。

オ 正しい

夫婦が互いに貞操を守る義務を負うことは、婚姻の一般的効果として直接の規定はないが、配偶者の不貞な行為が離婚原因であることや（民§770 I ①）、民法が一夫一婦制を採用していることから、貞操義務も婚姻の一般的効果として認められている（大決大15.7.20）。このことから、夫婦は互いに平等な貞操請求権を有し、この権利が侵害された場合には、夫婦の一方は他方に対し、債務不履行に基づく損害の賠償を請求することができる（民§415 I 本文）とともに、不貞行為の相手方である第三者に対しても、不法行為（民§709）に基づく損害の賠償を請求することができる（最判昭54.3.30）。しかし、第三者が夫婦の一方と肉体関係を持った当時、夫婦の婚姻関係が実質的に破綻していたときは、特別の事情がない限り、当該第三者は、夫婦の他方の相手方に対して不法行為による損害賠償責任を負わない（最判平8.3.26）。

➡ 以上により、誤っているものはアエであり、正解は2となる。

＜ポイント整理＞

婚姻の効力

貞操義務（大決大15.7.20）	夫婦は互いに平等な守操請求権を有し、この権利が侵害された場合には、夫婦の一方は他方に対し、債務不履行（民§415）に基づく損害賠償を請求することができるとともに、不貞行為の相手方である第三者に対しても、不法行為（民§709）に基づく損害賠償を請求することができる。	最判昭54.3.30
	第三者が夫婦の一方と肉体関係を持った当時、夫婦の婚姻関係が実質的に破綻していたときは、特別の事情がない限り、当該第三者は、夫婦の他方の相手方に対して不法行為による損害賠償責任（民§709）を負わない。	最判平8.3.26
同居・協力および扶助の義務（民§752）	家庭裁判所の審判により配偶者の一方からの同居請求が容認された場合でも、同居の性質上、直接強制はもとより間接強制をすることも許されない。	大決昭5.9.30
	夫婦の共同生活が破綻し、別居状態に入ったとしても、離婚しない限り観念的には婚姻共同体が存在しており、また、夫婦の協力・扶助義務（民§752）は消滅しない。	大阪高決昭41.5.9
婚姻費用分担義務（民§760）	夫婦の共同生活が破綻し、別居状態に入ったとしても消滅しない。	大阪高決昭41.5.9
	有責である夫婦の一方が離婚請求をした後に、婚姻費用の分担請求権を行使することが信義則に反する場合は、婚姻費用の分担義務が認められないこともある。	最決平17.6.9
日常家事に関する債務の連帯責任（民§761）	夫婦が相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することを認めたものである。	最判昭44.12.18
	日常の家事に関する法律行為の範囲は、単にその法律行為をした夫婦の共同生活の内部的な事情やその行為の個別的な目的のみを重視して判断すべきでなく、さらに客観的にその法律行為の種類、性質等をも十分に考慮して判断すべきである。	最判昭44.12.18
	夫婦の一方が民法761条にいう「日常の家事」の範囲を超えて法律行為をした場合、当該越権行為の相手方である第三者においてその行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当な理由があるときに限り、民法110条の趣旨を類推適用して、夫婦の他の一方は、当該第三者との間でした行為についてその責任を負う。	最判昭44.12.18

第21問 親子関係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誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア 婚姻が成立してから200日を経過して生まれた子について、夫が子の出生を知った時から2年後の夫婦が離婚する際に、夫の子ではないことが明らかになった場合、夫は、嫡出否認の訴えによっても、親子関係不存在確認の訴えによっても、子との父子関係を否定することはできない。

イ 夫の死亡後に保存精子を用いた人口生殖によって妻が子を出産した場合、夫の死亡から1年以内であっても、母は、その子について、認知の訴えによって夫との親子関係を成立させることができない。

ウ 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づいて、男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者の妻が、婚姻中に別の男性の精子提供を受けて懐胎した場合、その子は夫との性的関係の結果によってもうけたものと想定できないので、夫の子とは推定されない。

エ 子を懐胎、出産していない女性とその子との間において、その女性が卵子を提供したことが医学的に証明された場合でも、当該女性とその子との間に母子関係を成立させることはできない。

オ 妻が婚姻中に懐胎し出産した子と夫との間に、生物学上の父子関係が認められないことが科学的根拠により明らかであり、子が現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情がある場合、子の出生時に夫婦の実態が失われていなかったときは、父は、親子関係不存在確認の訴えによって、父子関係の存否を争うことができる。

1 アイ 2 アエ 3 イオ 4 ウエ 5 ウオ

第21問

<正解 5>

TOPICS

本問は、親子関係に関する問題である。

親子関係を否認する訴えに関しては、嫡出否認の訴え、親子関係不存在確認の訴え、父を定める訴えを区別して、訴えの主体、相手方、訴え期間等について整理しておくことが重要である。さらに、各訴えの要件に当てはまらない判例によって認められた例外事例について、確認しておく必要がある。

類題 平31-20, 27-20, 24-21, 20-22, 18-21, 14-19, 9-18, 5-19, 4-21

ア 正しい

婚姻の成立の日から200日を経過した後または婚姻の解消もしくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定され（民§772Ⅱ）、推定された子との父子関係を否認するには、嫡出否認の訴えを提起しなければならない（民§775, 774）。しかし、嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知った時から1年以内に提起しなければならない（民§777）。したがって、夫が子の出生を知った時から2年を経過している場合には、夫は、嫡出否認の訴えによって、子との父子関係を否定することはできない。また、推定される嫡出子であっても、母がその子を懐胎すべき時期に夫によって懐胎することが不可能な事情がない場合には、親子関係不存在確認の訴えによっても、子との父子関係を否定することはできない。

イ 正しい

男性の死亡後に保存精子を用いた人工生殖によって生まれた子、すなわち死後懐胎子については、その父は懐胎前に死亡しているため、親権に関しては、父が死後懐胎子の親権者になり得る余地はなく、扶養等に関しては、死後懐胎子が父から監護、養育、扶養を受けることはあり得ず、相続に関しては、死後懐胎子は父の相続人にも父との関係での代襲相続人にもなり得ないものであり、法律上の親子関係における基本的な法律関係が生ずる余地はない。したがって、親子関係を認めるか否かは、立法によって解決されるべき問題であり、立法がない以上、死後懐胎子と死亡した父との間の法律上の親子関係の形成は認められない（最判平18.9.4）。したがって、母は、認知の訴えによって、夫との親子関係を成立させることができない。

ウ 誤り

妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定され、婚姻の成立の日から200日を経過した後または婚姻の解消もしくは取消しの日から300日以内に生まれた子は婚姻中に懐胎したものと推定される（民§772）。そこで、夫の性別変更を理由に戸籍の記載から血縁関係の不存在が明確な場合にも嫡出推定が及ぶのが問題になる。この点につき判例は、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律により、性別の取扱いの変更の審判を受けた者は民法その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き（現在別段の定めを

する法律は存在していない), 以後他の性別に変わったものとみなす旨を規定している。そして, 男性とみなされた後には民法の規定に基づき夫として婚姻をすることができるのみならず, 婚姻中に妻が子を懐胎したときには民法772条の規定により当該子は夫の子と推定されるとしている(最決平25. 12. 10)。性別の取扱いの変更の審判を受けた者は妻との性的関係によって子をもうけることは想定できないものの, 婚姻をすることを認めながらも, その主要な効果である嫡出推定についての規定の適用を認めないとするは相当ではないからである。

エ 正しい

子を懐胎, 出産していない女性とその子との間には, その女性が卵子を提供した場合であっても, 母子関係は成立しない(最決平19. 3. 23)。現行民法の解釈としては, 出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母親と解すほかなく, その子を懐胎, 出産していない女性との間には, その女性が卵子を提供した場合であっても, 母子関係は認められないからである。また, 実親子関係を定める基準は一義的に明確なものでなければならず, かつ, 実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきだからである。

オ 誤り

民法772条により嫡出の推定を受ける子につき嫡出であることを否認するためには夫からの嫡出否認の訴えによるべきであり, 同訴えは1年の出訴期間を定めている(民§777)。子の身分関係の法的安定を保持するためである。そこで, 実態が失われていない夫婦において民法772条所定の期間内に妻が出産した子につき, DNA検査の結果夫との生物学上の父子関係が認められず, 現時点において妻と生物学上の父の下で新家庭を形成している場合でも, 子の身分関係の法的安定を保持する必要性がなくなるものとはいえず, また, 夫婦が事実上離婚状態にある等, 夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるという事情もないときは, 嫡出の推定が及ばなくなるものでもないため, 父は, 親子関係不存在確認の訴えによって, 父子関係の存否を争うことはできない(最判平26. 7. 17)。

➡ 以上により, 誤っているものはウオであり, 正解は5となる。

＜ポイント整理＞

親子関係に関する訴えの種類

嫡出否認の訴え (民 § 775)	推定される嫡出子	妻が婚姻中に懐胎した子、婚姻の成立の日から200日を経過した後または婚姻の解消もしくは取消しの日から300日以内に生まれた子
親子関係存否確認の訴え	① 推定されない嫡出子 ② 推定の及ばない嫡出子	① 婚姻の成立から200日以内に生まれた子 ② 形式的には婚姻中懐胎を推定される時期に出生したことが推定される嫡出子であっても、母がその子を懐胎すべき時期に夫によって懐胎することが不可能な事情があった場合
父を定めることを目的とする訴え (民 § 773)	嫡出の推定が重複される子	前婚の解消または取消しの日から起算して100日を経過する前に再婚をしたことにより、前婚が解消した日から300日以内で、かつ、後婚が成立した日から200日を経過した後に子を出生した場合

親子関係に関する判例・通達

夫が子の出生届を出したというだけでは、嫡出性否認権の放棄すなわち嫡出性を承認したことにはならない。	先例明32.1.10 —2289
保存された男性の精子を用いた生殖補助医療による男性の死後懐胎子と死亡した父との間には、法律上の親子関係は生じない。	最判平18.9.4
子を懐胎、出産していない女性とその子との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係は成立しない。	最決平19.3.23
形式的には婚姻中懐胎を推定される時期に出生したことが推定される嫡出子であっても、母がその子を懐胎すべき時期に夫によって懐胎することが不可能な事情があったときは、その子は、夫の子であるとの推定を受けないため、夫は、嫡出否認の訴えによってその嫡出性を争う必要はなく、親子関係存否確認の訴えによって、反対の事実を証明して父子関係の存否を争うことができる。	最判昭44.5.29
嫡出でない子は、認知によらないで父との間の親子関係存否確認の訴えを提起することができない。	最判平2.7.19
夫が推定されない嫡出子の嫡出性を否定するには親子関係不存在の訴えによることを要するが(大判昭15.9.20)、その子の嫡出性に争いがあるときは、直ちに真実の父に対して、強制認知の訴えを提起することができる。	最判昭49.10.11
性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子は、その妻が別の男性の精子提供を受けて懐胎し、性的関係の結果もうけたものであり得なかったとしても、夫の子と推定される。	最決平25.12.10
夫婦としての実態が失われていない状況において、妻が婚姻中に懐胎し出産した子と夫との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的根拠により明らかであり、子が現時点において夫の下で監護されておらず、妻および生物学上の父の下で順調に成長しているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要性がなくなるものとはいえず、夫の嫡出である子と推定され、親子関係不存在確認の訴えにより当該父子関係の存否を争うことはできない。	最判平26.7.17

第22問 相続の承認及び放棄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 債務者が、自己の債権者を害することを知りつつ相続の放棄をした場合、当該債権者は、その相続の放棄を詐害行為として取り消すことができる。

イ 詐欺によって相続を放棄した者は、いまだその詐欺の事実を知らない場合でも、相続の放棄の時から10年を経過した後は、その放棄を取り消すことができない。

ウ 限定承認をした相続人が相続財産の一部を相続財産の目録中に記載しなかった場合において、記載しなかった財産が相続財産に属することを知っていたが、これを隠匿する意思はなかったときは、当該相続人は、単純承認したものとはみなされない。

エ 共同相続人の1人が相続財産である不動産の不実の登記名義人に対し、持分権に基づく当該登記の抹消登記手続請求訴訟を提起したときは、当該相続人は、単純承認をしたものとみなされる。

オ 被相続人は、遺言で相続の承認又は放棄をすべき期間を伸長することができる。

1 アイ 2 アオ 3 イウ 4 ウエ 5 エオ

第22問

<正解 3>

TOPICS

本問は、相続の承認および放棄に関する問題である。

相続の承認および放棄に関しては、単純承認・限定承認・相続放棄の要件や効果について条文や判例をきちんと整理し、過去の出題傾向を含めて学習する必要がある。

類題 令2-22, 平26-22, 19-24, 12-19, 11-21, 9-19, 5-22

ア 誤り

債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができる（民§424Ⅰ本文；詐害行為取消請求）。そこで、相続の放棄がこの詐害行為取消請求の対象となるのが問題となるが、判例は、相続の放棄については、民法424条の詐害行為取消請求の対象とならないと解するのが相当であるとしている（最判昭49.9.20）。

イ 正しい

相続の承認および放棄は、民法915条1項の熟慮期間内でも、撤回することができない（民§919Ⅰ）。しかし、民法第1編（総則）および第4編（親族）の規定により、相続の承認または放棄の取消しをすることは認められる（同Ⅱ）。この取消権は、追認することができる時から6か月間行使しないときは時効によって消滅し（同Ⅲ前段）、また、相続の承認または放棄の時から10年を経過したときにも消滅する（同Ⅲ後段）。したがって、相続の承認または放棄の時から10年を経過した後は、相続人（であった者）が詐欺の事実を知っているかどうかを問わず、相続の放棄を取り消すことはできない。

ウ 正しい

限定承認をする相続人は、相続財産の目録を作成して家庭裁判所に提出しなければならない（民§924）、限定承認をした相続人が悪意で相続財産の目録中に記載しなかったときは、単純承認したものとみなされる（民§921③本文）。ここでの悪意とは、相続財産の目録中に記載しなかった財産が相続財産に属することを知っていただけでは足りず、さらにこれを隠匿する意思があったことを要する（大判昭5.4.14）。したがって、限定承認をした相続人が隠匿する意思なく相続財産の一部を相続財産の目録中に記載しなかったとしても、単純承認したものとみなされない。

エ 誤り

相続人が相続財産の全部または一部を処分した場合は、保存行為および民法602条に定める期間を超えない賃貸をするときを除き、単純承認したものとみなされる（民§921①）。相続財産である不動産を共同相続した相続人の1人が、当該不動産の不実の登記名義人に対し、持分権に基づきその登記の抹消登記手続請求訴訟を提起することは、当該不動産についての保存行為に該当（最判昭31.5.10）するため、民法921条1号の「処分」に当たらず、その相続人は単純承認したものとみなされない。

オ 誤り

遺言によりすることができる事項は、法律に規定されているものに限られるところ（民 § 781 II, 1006等）、相続の承認および放棄に関する熟慮期間（民 § 915 I 本文）の伸長は遺言事項ではないためすることができず、たとえ、遺言にその旨が記載されたとしても、法律上の効果は生じない。なお、この熟慮期間は、利害関係人または検察官の請求によって、家庭裁判所において伸長することができる（同 I ただし書）。

➡ 以上により、正しいものはイウであり、正解は3となる。

＜ポイント整理＞

相続の放棄

方 法	熟慮期間内（民 § 915 I）に相続の放棄をする旨を家庭裁判所に申述しなければならない（民 § 938）。
	※ 相続開始前における相続の放棄は不可。 ※ 被相続人が相続の放棄を禁止する旨の遺言をしていても、相続人はそれに拘束されない。→ 相続の放棄可
効 果	① 相続の放棄をした者は、その相続に関しては、初めから相続人とならなかったものとみなされる（民 § 939）。 ② 相続の放棄をした者は、その放棄によって相続人となった者が相続財産の管理を始めることができるまで、自己の財産におけるのと同一の注意をもって、その財産の管理を継続しなければならない（民 § 940 I）。
	※ 相続の放棄については、民法424条の詐害行為取消請求の対象とはならない（最判昭49. 9. 20）。

第23問 遺言の効力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 成年被後見人が遺言者である場合、後見の計算の終了前に自己の成年後見人である兄の利益となるべき遺言をしたときは、当該遺言は効力を生じない。

イ 公正証書による遺言において、証人の1人が遺言者の押印に立ち会わなかったときは、その直後に押印の事実を確認し、遺言者が従前の考えを改め又は遺言が遺言者の意思に反して作成された事情が全くない場合でも、当該遺言は無効である。

ウ 死亡の危急に迫った者が、特別の方式によりした遺言は、遺言者が普通の方式によって遺言をすることができるようになった時から6か月生存したときは、その効力を有しない。

エ 遺言に停止条件が付されている場合、その条件が、遺言者の死亡後に成就したときは、条件が成就した時からその効力を生ずる。

オ 自筆証書遺言における日付として「満65歳の誕生日」と記載されている場合、当該遺言は無効である。

1 アイ 2 アエ 3 イオ 4 ウエ 5 ウオ

第23問

<正解 4>

TOPICS

本問は、遺言の効力に関する問題である。

遺言の効力は、遺言の方式や遺贈とあわせて出題されることが多い。重要な判例もあるが、条文からの出題が中心であるので、まずは条文を正確に押さえることが重要である。

類題 令2-23, 平22-22, 8-20, 2-23

ア 誤り

被後見人が、後見の計算の終了前に、後見人またはその配偶者もしくは直系卑属の利益となるべき遺言をしたときは、その遺言は、無効となる（民§966Ⅰ）。被後見人はその後見人の影響を受けやすいことから、後見の管理計算を曖昧にするような遺言をさせるなど、後見人の不正行為等の隠匿に利用される危険性がある。そこで、このような危険を避けるために後見の管理計算の終了前にされた後見人等に利益となる遺言を無効としたのである。ただし、民法966条1項の規定は、直系血族、配偶者または兄弟姉妹が後見人である場合には、適用されない（同Ⅱ）。

イ 誤り

公正証書によって遺言をするには、証人2人以上の立会いが必要である（民§969①）。この証人は、遺言の作成に立ち会い、遺言が遺言者の真意によるものであることを証明する者、すなわち、遺言を公正確実ならしめるために必要とされる者であるので、民法969条4号所定の署名・押印をするに際しても立ち会うことを要し、この要件を欠いて作成された公正証書による遺言は無効となる（最判昭52.6.14参照）。しかし、証人の1人が遺言者の押印に立ち会わなかった場合でも、直後に押印の事実を確認し、遺言者が従前の考えを翻しまたは遺言が遺言者の意思に反して作成された事情が全くない場合には、その効力は否定されない（最判平10.3.13）。

ウ 正しい

特別の方式による遺言（民§976～979）は、遺言者が普通の方式によって遺言をすることができるようになった時から6か月間生存するときは、その効力を生じない（民§983）。特別の方式による遺言は、やむを得ない特別の事情の下で認められる簡易な方式の遺言であるため、普通の方式による遺言をすることができるようになったときには、普通の方式により確実な遺言をすることが望まれるからである。

エ 正しい

遺言は、遺言者が死亡した時からその効力を生ずるが（民§985Ⅰ）、遺言に停止条件が付されている場合において、その条件が遺言者の死亡後に成就したときは、遺言は、条件が成就した時からその効力を生ずる（同Ⅱ）。

オ 誤り

自筆証書によって遺言をするには、遺言者が、その全文、日付および氏名を自書し、これに印を押さなければならない（民 § 968 I）。日付は、遺言成立時における遺言者の遺言能力の有無や複数の遺言がされた場合における前後関係を確定するために必要なものである。この日付は暦上の特定の日を記載することが好ましいが、「満65歳の誕生日」などの客観的に特定できるものであればその要件は満たされる。

➡ 以上により、正しいものはウエであり、正解は4となる。

＜ポイント整理＞

遺言の無効原因（※１）

①	遺言能力のない者の遺言（民 § 961 参照）
②	所定の方式によらない成年被後見人の遺言（民 § 973）
③	公序良俗（民 § 90）に反する遺言
④	被後見人が、後見の計算終了前にした、後見人、その配偶者、その直系卑属の利益となるべき遺言（民 § 966 I）（※２）

※１ 家庭裁判所の検認を経なくても遺言自体が無効となるわけではない（大判昭3. 2. 22）。

※２ 被後見人の直系血族、配偶者または兄弟姉妹が後見人である場合には、無効とならない（民 § 966 II）。

第24問 次の対話は、共犯に関する教授と学生の対話である。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、判例の趣旨に照らし誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

教授：今日は、共犯に関するいろいろな問題点について、考えていきたいと思います。

初めに、ABCは、強盗を企て、ナイフを用意してコンビニに赴き、Aは店内に入り、Cは外で見張りをしていたという事例について質問します。Aが強盗に着手する前に、Cはスマートフォンで「怖くなったから、おれは先に帰る。」と伝えた上で、Aの了承を得て、その場を立ち去ったところ、屋内にいたABは、そのまま強盗を実行し、現金を奪取しました。この場合、Cにも強盗罪の共同正犯が成立しますか。

学生：ア いいえ。実行の着手前に共謀関係から離脱する旨を表明して、他の共謀者の了承を得ているので、Cには強盗罪の共同正犯は成立しません。

教授：同様の事例で、Aが強盗の首謀者であり、組員であるBCを統制支配しうる暴力団の若頭であったとして、ABCがコンビニに向かった途中で、Aは、「今日は犯行を止めたほうがよさそうだから、一時中止して引き返せ。」とBCに命令し、その場を立ち去ったところ、BCは、そのまま強盗を実行し、現金を奪取しました。この場合、Aにも強盗罪の共同正犯が成立しますか。

学生：イ いいえ。実行の着手前に首謀者が犯行の中止を命令したのに、その命令に反してあえて実行したということは、新たな強盗の意思を生じたといえるので、Aには強盗罪の共同正犯は成立しません。

教授：次に、ABCは、強盗ではなく、普段から敵対していたコンビニの店員Dの帰りを待ち伏せして、傷害することを共謀し、BCがDに暴行を加えた際に、Aは「おれは、今日は止めておく。」と言い、BCの了承を得たものの、二人が暴行を止めないおそれを感じながらも、その場を立ち去ったところ、その後、二人は、さらにDに暴行を続けたため、Dを死亡させるに至りました。この場合、Aにも傷害致死罪の共同正犯が成立しますか。

学生：ウ はい。Aは、BCの了承を得た際に、二人がさらにDに暴行を加えるおそれが消滅していないと思いながらも、これを防止する措置を講じなかったため、Aにも傷害致死罪の共同正犯が成立します。

教授：では、少し事例を変えて、ABがEを懲らしめる目的で、暴行を加えて傷害を負わせたところ、現場に居合わせたAの友人Cが、ABに共謀加担して、さらにEに対して暴行を加えて、傷害を重篤化させました。この場合、共謀加担前にす

でに生じていたEに対する傷害の結果について、Cにも傷害罪の共同正犯が成立しますか。

学生：エ はい。Cは、ABの傷害の事情を知ったうえで、その傷害の結果を利用してさらに傷害を実行しているといえるので、Cにも共謀加担前にすでに生じていた傷害について、傷害罪の共同正犯が成立します。

教授：最後に、AはBCに対してFの殺害を教唆したところ、BCは、Fの腹部をナイフで刺したが、その後、犯行を後悔し、Fを病院に連れて行き手当てを受けさせた結果、Fは一命を取り留めました。この場合、Aにも殺人罪の教唆の中止未遂が成立しますか。

学生：オ いいえ。Aは自ら中止行為をしていないため、犯罪を未然に防止しようとしたことによる避難可能性の減少を認めることはできないので、Aには殺人罪の教唆の中止未遂は成立しません。

1 アイ 2 アオ 3 イエ 4 ウエ 5 ウオ

第24問

<正解 3>

TOPICS

本問は、共犯の諸問題に関する問題である。

共犯は、共犯関係からの離脱や承継的共同正犯などの共犯独自の論点に加え、共犯と錯誤や共犯と中止犯など他の総則の規定とも絡めて出題される重要論点であるのでしっかりと対策をしておく必要がある。特に共犯関係からの離脱は、実行の着手前と後で要件が異なることから、しっかりと整理しておくことが大切である。

類題 平31-24, 26-24, 22-24, 19-25, 10-24, 6-25, 4-28, 2-25

ア 正しい

2人以上の者が特定の犯罪を行うために、共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をして、犯罪を実行した事実が認められれば、直接実行行為に関与したかどうか、その分担または役割のいかんにかかわらず、共謀者全員に共同正犯が成立する（共謀共同正犯；最判昭33.5.28）。しかし、共謀者のうちの一部が、一度は犯罪遂行の共謀に加わったものの、実行の着手前に、翻意して犯罪の実行をやめた場合、離脱者が離脱後に発生した結果についても責任を負うかについては、離脱により共犯関係が解消されたといえるか否かによって決定される。そして、実行着手前に、共謀関係から離脱する旨の意思を他の共謀者に対して表明し、残余の共謀者がこれを了承すれば、共謀関係からの離脱が認められる（東京高判昭25.9.14）。この場合、その後の残余共謀者による犯行は、初めの共謀とは別個の共謀によるものと評価すべきものとなり、残余共謀者による行為によって発生した結果について、離脱者は責任を負わされることはない。したがって、Cには強盗罪の共同正犯（刑 § 60, 236 I）は成立しない。

イ 誤り

実行の着手前の共謀関係からの離脱が認められるためには、自己と他の共謀者との共謀関係を完全に解消することが必要であって、特に離脱しようとするものが共謀者団体の頭領であり、他の共謀者を統制支配しうる立場にある場合には、離脱者において共謀関係がなかった状態に復元させなければ、共謀関係の解消がされたとは認められない（松江地判昭51.11.2）。Aは、暴力団の若頭であって組員を統制し、自己を中心として共謀がされ、BCに中止して引き返すように指示しただけでは、共謀関係からの離脱は認められない（同判例）。したがって、組員BCがそのまま犯罪を実行した以上、Aには強盗罪の共同正犯（刑 § 236 I, 60）が成立する。

ウ 正しい

実行の着手後の共謀関係からの離脱が認められるためには、実行の着手前の場合に比べて、より厳格な要件が要求されている。すなわち、離脱者において共謀関係がなかった状態に復元させなければ、共謀関係の解消がされたとは認められない。そのため、離脱者が残余の共

謀者に離脱の意思を表明し、これを了承されただけにとどまらず、さらに進んで他の共謀者の実行を中止させるなど、結果防止の措置をとる必要がある（最決平元.6.26）。Aは、B CがDに暴行を加え、その後もDに暴行を加えるおそれがあったにもかかわらず、これを防止する措置を講ずることなく立ち去っており、A B C間の共犯関係が解消したとはいえない。したがって、Aには傷害致死罪の共同正犯（刑 § 205, 60）が成立する。

エ 誤り

ある者（先行行為者）が特定の犯罪の実行に着手し、既に実行行為の一部を終了した後、他の者（後行行為者）がその事情を知りながら、共同実行の意思をもって実行行為に参加して犯罪を完成させることを承継的共同正犯という。そこで、後行行為者に、自己が関与する以前の先行行為者の実行行為ないしそれに基づく結果についても、責任を負わせることができるかが問題となる。この点につき判例は、先行行為者が暴行を加えて傷害を負わせた後に、後行行為者が共謀加担した上で、さらに暴行を加えて被害者の傷害を相当程度重篤化させた場合、後行行為者は、自己の共謀およびそれに基づく行為と因果関係を有しない共謀加担前に生じていた傷害結果については、傷害罪の共同正犯として責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足る暴行によって傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うとしている（最決平24.11.6）。したがって、Cには共謀加担前に生じていたEに対する傷害の結果について、傷害罪の共同正犯は成立しない。

オ 正しい

中止未遂（刑 § 43ただし書）は、犯罪行為に着手したが、自己の意思により犯罪を中止したことによって成立し、その刑を減輕または免除される。そして、正犯者に中止未遂が成立する場合でも、中止した場合の効力は、自ら中止行為をしていない他の共犯者には及ばない（大判大2.11.18）。自己の意思により犯罪を中止した者が、その刑を減輕または免除されるのは、それにより犯罪の完成を未然に防止し、または犯罪の決意を撤回したことにより、非難可能性が減少するからである。したがって、自ら中止行為をしていないAには殺人罪の教唆の中止未遂（刑 § 199, 61 I, 43ただし書）は成立しない。なお、正犯者B Cには殺人罪の中止未遂が成立することから、共犯の従属性により、Aには殺人罪の教唆の（障害）未遂罪（刑 § 199, 203, 61 I）が成立する。

➡ 以上により、誤っているものはイエであり、正解は3となる。

＜ポイント整理＞

共犯に関する判例

共犯関係からの離脱	・ 共謀関係からの離脱（着手前の離脱）について、実行着手前に、共謀関係から離脱する旨の意思を他の共謀者に対して表明し、残余の共謀者がこれを了承すれば、共謀関係からの離脱が認められる。	東京高判昭 25. 9. 14
	・ 実行着手前に、離脱しようとする者が共謀関係の頭領であり、他の共謀者を統制支配しうる立場にある場合は、離脱者において共謀関係がなかった状態に復元させなければ、共謀関係の解消がされたとはいえない。	松江地判昭 51. 11. 2
	・ 共犯者数名と住居侵入強盗に及ぶことを共謀した者は、共犯者の一部が住居内に侵入した後、共犯からの離脱の意思表示を強盗の着手前に伝えて離脱したときであっても、現場の下見や謀議に参加するなど一定の役割を果たし、また、他の共犯者により、強盗が実行される切迫した危険がある場合には、結果防止措置を講じず、一方的な離脱意思の表明とそれについての他の共犯者の認識があるだけでは、共犯からの離脱は認められない。	最決平21. 6. 30
	・ 実行の着手後の共犯関係からの離脱が認められるためには、離脱者が残余の共謀者に離脱の意思を表明し、これを了承されただけにとどまらず、更に進んで他の共謀者の実行を中止させるなど、結果防止の措置をとる必要がある。	最決平元. 6. 26
承継的共同正犯	・ 共犯者らが被害者に暴行を加えて傷害を負わせた後に、共犯者らに共謀加担した上、更に暴行を加えて被害者の傷害を相当程度重篤化させた者は、自己の共謀およびそれに基づく行為と因果関係を有しない共謀加担前に既に生じていた傷害結果については、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う。	最決平24. 11. 6
	・ 先行行為者が甲を監禁しているのを認識しながら監禁行為に加わり、その後、さらに連行されてきた乙を共同して監禁し、乙に傷害を負わせた場合、後行行為者は監禁行為全体について責任を負う。	東京高判 34. 12. 7
共犯と中止犯	共犯者中の1人が犯罪を中止した場合の効力は、他の共犯者には及ばない。	大判大2. 11. 18

第25問 傷害の罪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誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア Aは、抗争相手が襲撃して来た際には相手側の自動車にぶつけようと、ダンプカーに仲間を乗車させエンジンをかけて、いつでも発進できるよう待機させていた。この場合、Aには凶器準備結集罪が成立する。

イ Aは、Bに下痢の症状を起こさせようと、消費期限の過ぎた食品を食べさせたところ、これが原因となりBは下痢の症状を起こしたが、数時間安静にしているうちに完治した。この場合、Aには傷害罪が成立する。

ウ Aは、狭い四畳半の室内で、友人Bを脅かすために、日本刀の抜き身を多数回にわたり振り回した。この場合、Aには暴行罪が成立する。

エ Aは、駅でトラブルとなったBの顔面を1回殴打したところ、バランスを崩したBはホームに頭部を強く打ち付け怪我を負った後、それが原因で数時間後に死亡したが、AはBの死亡という結果について全く予見していなかった。この場合、Aには傷害致死罪は成立しない。

オ Aは、友人Bと仲違いをしたことをきっかけに、Bに精神的な障害を負わせようと考え、連日にわたって無言電話をかけ続けたが、気丈なBは何ら精神的な障害を生じなかった。この場合、Aには傷害罪も暴行罪も成立しない。

1 アウ 2 アエ 3 イエ 4 イオ 5 ウオ

第25問

<正解 2>

TOPICS

本問は、傷害の罪に関する問題である。

特に傷害罪（刑 § 204）における、「傷害」とはどのような場合をいうかについて問われることが多いため、判例を幅広く押さえ、また、暴行と傷害の区別を明確にしておくことが重要である。

類題 平30-26, 22-26, 14-25

ア 誤り

凶器準備結集罪（刑 § 208条の2 II）は、2人以上の者が他人の生命、身体または財産に対して共同して害を加える目的で集合した場合において、凶器を準備してまたはその準備があることを知って人を集合させたことによって成立する。本罪における「凶器」とはそれ自体が人の殺傷用に作られた性質上の凶器と、用い方次第では、殺傷用にも使用できる用法上の凶器に大別される。用法上の凶器とは、社会通念に照らし直ちに他人に危険感を抱かせるに足りるものをいう（最決昭45.12.3）。ダンプカーに仲間を乗車させエンジンをかけたまま待機させていただけでは、他人を殺傷する用具として利用する外観を呈しておらず、社会通念に照らし直ちに他人に危機感を抱かせるに足りるものとはいえないため、本罪の凶器にあたらぬ（最判昭47.3.14）。したがって、Aには凶器準備結集罪は成立しない。

イ 正しい

傷害罪（刑 § 204）は、人の身体を傷害したことによって成立する。本罪における「傷害」とは、人の生理的機能に障害を与えることをいう（最判昭27.6.6）。下痢を起こさせることは人の生理的機能に障害を与えることにあたり、たとえ数時間後に完治したとしても犯罪の成否に影響は及ばない。したがって、Aには傷害罪が成立する。

ウ 正しい

暴行罪（刑 § 208）は、暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったことによって成立する。本罪における「暴行」とは、人の身体に対する不法な有形力の行使をいうが（大判昭8.4.15）、身体に直接加えられなくても、傷害の結果発生 of 具体的危険を生じさせる行為であれば足りる（最決昭39.1.28）。狭い四畳半の部屋に在室中の被害者を脅かすために、日本刀の抜き身を振り回す行為は、傷害の結果発生 of 具体的危険を生じさせるものであり、暴行にあたる（同判例）。したがって、Aには暴行罪が成立する。

エ 誤り

傷害致死罪（刑 § 205）は、身体を傷害し、よって人を死亡させたことによって成立する。そして、本罪は傷害罪（刑 § 204）の結果的加重犯であるため、本罪の成立には傷害と死亡との間の因果関係の存在を必要とするにとどまり、致死の結果の予見可能性（過失）は必要としない（最判昭26.9.20）。したがって、Aには傷害致死罪が成立する。

オ 正しい

傷害罪（刑 § 204）は、傷害の結果を生じさせることを要する（結果犯）が、その方法については、有形的方法であるか、無形的方法であるか特に手段は問われない（最決平 17.3.29）。また、無形的方法により傷害の結果が発生しなかったときは、暴行罪（刑 § 208）も成立しない。したがって、Aによる連日にわたる無言電話によっても、Bは何も精神的な障害を生じなかった場合、Aには傷害罪も暴行罪も成立しない。

➡ 以上により、誤っているものはアエであり、正解は2となる。

＜ポイント整理＞

傷害の罪

	傷害罪（刑 § 204） 傷害致死罪（刑 § 205）	暴行罪（刑 § 208）
保護法益	人の身体の安全	
客 体	他人の身体	
行 為	人を傷害すること 「傷害」とは、人の生理的機能に障害を与えることをいう（最決昭27. 6. 6）。	人を暴行すること 「暴行」とは、人の身体に対する不法な有形力の一切をいい、その性質上傷害の結果を惹起すべきものであることを要しない（大判昭8. 4. 15）。
故 意	暴行の意思で傷害の結果が発生した時は、傷害の原因たる暴行についての意思があれば足り、特に傷害の意思の存在を必要としない（最判昭25. 11. 9）。	人の身体に対して、有形力を行使することを認識することであり、未必的認識で足りる。
判 例	・ 暴行によらずに、病毒を他人に感染させた場合にも傷害罪が成立する（最判昭27. 6. 6）。 ・ 自宅の窓から、隣家の住人らに向けて、連日朝から深夜ないし翌未明まで、ラジオの音声および目覚まし時計のアラーム音を大音量で鳴らし続けるなどして、同人に精神的ストレスを与えることによって、同人に全治不詳の慢性頭痛症、睡眠障害、耳鳴り症の傷害を負わせた場合には、傷害罪が成立する（最決平17. 3. 29）。 ・ 傷害致死罪の成立に、致死の結果の予見可能性は必要としない（最判昭26. 9. 20）。	・ 傷害の故意で、人の身体に対して不法な有形力を行使したところ、傷害の結果が発生しないときは、暴行罪が成立する（大判昭4. 2. 4）。 ・ 驚かせる目的で、人の数歩手前を狙って投石する行為は暴行にあたる（東京高判昭25. 6. 10）。 ・ 毛髪を切断した場合、暴行罪が成立する（大判明45. 6. 20）。 ・ 被害者の身辺で大太鼓、鉦などを連打し、同人に対し頭脳の感覚が鈍り意識もうろうたる気分を与え、または脳貧血を起こさせる行為は暴行にあたる（最判昭29. 8. 20）。 ・ 狭い四畳半の部屋で在室中の被害者を脅かすために、日本刀の抜き身を振り回す行為は暴行にあたる（最決昭39. 1. 28）。 ・ 嫌がらせのために自車をBの車両に幅寄せする行為は暴行にあたる（東京高判昭50. 4. 15、東京高判平16. 12. 1）。

第26問 犯人蔵匿等罪及び証拠隠滅等罪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誤っているものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。

ア Aは、Bの刑事事件に関して参考人として供述を求められた際に、Bの依頼を受けて捜査官に対して虚偽の供述をした。この場合、Aには証拠偽造罪が成立する。

イ Aは、罰金以上の刑に当たる罪の犯人であるBの依頼に応じて、逃避の便宜を図るため、Bに対する捜査状況を知らせた。この場合、Aには犯人隠避罪が成立する。

ウ Aは、警察による捜査の手が及んでいるのを知り、自己に不利益となる証拠を破棄して処分した。この場合、Aには証拠隠滅罪が成立する。

エ Aは、Bが罰金以上の刑に当たる罪の犯人として捜査対象となっているのを知りながら自宅にかくまった。この場合、Aには犯人蔵匿罪が成立する。

オ Aは、罰金以上の刑に当たる罪を犯した後、友人Bに自己をかくまってくれるように教唆し、B所有の倉庫にかくまってもらった。この場合、Aには犯人蔵匿罪の教唆犯が成立する。

- 1 アウ 2 アオ 3 イウ 4 イエ 5 エオ

第26問

<正解 1>

TOPICS

本問は、犯人蔵匿等罪および証拠隠滅等罪に関する問題である。

犯人蔵匿等罪（刑 § 103）および証拠隠滅等罪（刑 § 104）は、ともに犯人自身が犯す場合にはいずれも罰せられないという点に注意が必要である。また、犯人蔵匿等罪の主体である罰金以上の刑に当たる「罪を犯した者」や証拠偽造罪の客体である「証拠」の意味等について確認しておくことが重要である。

類題 平28-26, 6-23, 3-25

ア 誤り

証拠偽造罪（刑 § 104）は、他人の刑事事件に関する証拠を偽造したことによって成立する。そこで、他人の刑事被疑事件について参考人として取調べを受けた際に、捜査官に対して虚偽の事実を述べ、その旨を記載させた供述調書は、「証拠」に当たるかが問題となる。この点につき判例は、本罪における「証拠」とは、物理的な存在である証拠方法（人証・物証）を意味し、証人等の供述は含まれないため、捜査機関から参考人として取調べを受けた際に、虚偽の供述をしても、犯人隠避罪に当たり得ることは別として、証拠偽造罪には当たらないものとしている（千葉地判平7.6.2, 最決平28.3.31参照）。したがって、Aには証拠偽造罪は成立しない。

イ 正しい

犯人隠避罪（刑 § 103）は、罰金以上の刑に当たる罪を犯した者、または拘禁中に逃走した者を隠避させたことによって成立する。本罪における「隠避」とは、蔵匿以外の方法で官憲の発見または逮捕を免れさせる一切の行為をいう（大判昭5.9.18）。隠避の方法としては、有形的な方法（変装させる、逃走資金を渡すなど）に限られず、無形的方法も含まれ、犯人の依頼に応じてその留守宅の状況や官憲の捜査状況などを知らせ、逃避の便宜を与える行為は隠避に当たる（同判例）。したがって、Aには犯人隠避罪が成立する。

ウ 誤り

証拠隠滅罪（刑 § 104）は、他人の刑事事件に関する証拠を隠滅したことによって成立する。本罪における「他人」とは、犯人以外の者をいう。犯人自身が逮捕を免れるために自己の刑事事件に関する証拠を隠滅する行為は期待可能性が乏しいことから、犯人は除外されている（東京地判昭36.4.4）。したがって、Aには証拠隠滅罪は成立しない。

エ 正しい

犯人蔵匿罪（刑 § 103）は、罰金以上の刑に当たる罪を犯した者、または拘禁中に逃走した者を蔵匿したことによって成立する。本罪における「罪を犯した者」には、真犯人だけではなく、犯罪の嫌疑を受けて捜査または訴追されている者も含まれる（最判昭24.8.9）。本罪の保護法益が、犯罪の捜査、刑事裁判、刑の執行等、国家の刑事司法作用の円滑な運用で

ある以上、犯罪の嫌疑によって捜査中の者も含むと解釈しなければ、法の目的を達成できず、また、真犯人であるか否かを判断することは、実際には困難であるからである。したがって、Aには犯人蔵匿罪が成立する。

オ 正しい

犯人蔵匿等罪（刑 § 103）の主体は、犯人（罰金以上の刑に当たる罪を犯した者など）を蔵匿または隠避した者であり、犯人自身が自己蔵匿や自己隠避しても処罰されない。しかし、犯人が第三者に対して自己をかくまってくれるように教唆した場合、犯人蔵匿罪の教唆犯が成立する。犯人自身の単なる自己蔵匿や自己隠避行為が罪とならないのは、これらの行為が刑事訴訟法における被告人の防御の自由の範囲に属するからであって、他人を教唆してまでその目的を遂げようとすることは防御権の濫用にあたるからである（最決昭40.2.26）。したがって、Aには犯人蔵匿罪の教唆犯（刑 § 103, 61 I）が成立する。

➡ 以上により、誤っているものはアウであり、正解は1となる。

＜ポイント整理＞

犯人蔵匿等罪および証拠隠滅等罪

	犯人蔵匿等罪（刑 § 103）	証拠隠滅等罪（刑 § 104）
保護 法益	犯罪の捜査，刑事裁判，刑の執行等の国家の刑事司法作用の円滑な運用	
客体	罰金以上の刑に当たる罪を犯した者，または拘禁中に逃走した者 「罪を犯した者」とは，真犯人に限らず，犯人の嫌疑を受けて捜査または訴追中の者をいう（最判昭24.8.9）。 ・ 罰金以上の刑に当たる罪を犯した者であることを知りながらこれを匿った場合，その犯罪がすでに捜査官憲に発覚して捜査が始まっているかどうかに関係なく犯人蔵匿罪が成立する（最判昭28.10.2，同昭33.2.18）。	他人の刑事事件に関する証拠 「他人」とは，犯人以外の者をいい，犯人自身が証拠を隠滅などしても不可罰である（東京地判昭36.4.4）。 「証拠」とは，物理的な存在である証拠方法（人証・物証）を意味し，証人等の供述は含まれない（最決平28.3.31）。 ・ 捜査機関から参考人として取調べを受けた際に，虚偽の供述をしても，犯人隠避罪に当たり得ることは別として，証拠偽造罪には当たらない（千葉地判平7.6.2）。
行為	蔵匿し，または隠避させること 「蔵匿」とは，官憲の発見または逮捕を免れる場所を提供する行為をいう（大判昭5.9.18）。 「隠避」とは，蔵匿以外の方法で官憲の発見または逮捕を免れさせる一切の行為をいう（同判例）。 ・ 逮捕または勾留中の犯人の身代わりとして自首することも隠避に当たる（最決平元.5.1）。 ・ 逃避者に，留守宅の状況や家族の安否，捜査の形勢等を通報する行為も隠避に当たる（大判昭5.9.18）。 ・ 罪を犯した者であることを認識してすれば足り，犯した罪の刑が罰金以上である限り，その刑が罰金以上であることの認識がなくても成立する（最決昭29.9.30）。	証拠を隠滅し，偽造または変造し，または偽造もしくは変造した証拠を使用すること 「隠滅」とは，物理的滅失に限らず，証拠の顕出を妨げ，またはその価値を滅失または減少させるすべての行為をいう（大判明43.3.25）。 ・ 証人（大判明44.3.21）や参考人（最決昭36.8.17）も証拠に当り，これらの者を隠匿する行為も隠滅にあたる。
共犯	犯人が他人を教唆して自己を隠避させた場合は，犯人隠避罪の教唆犯が成立する（最決昭40.2.26）。	犯人が他人を教唆して自己の刑事事件に関する証拠を偽造させたときは，証拠偽造罪の教唆犯が成立する（最決昭40.9.16）。
親族に関する特例	犯人または逃走者の親族が，これらの者の利益のために犯人蔵匿または証拠隠滅等罪を犯したときは，犯罪が成立するが，刑が任意的に免除される（刑 § 105）。 親族が他人を教唆して犯人蔵匿または証拠隠滅罪を行わせた場合 → 親族に関する特例の適用を受けることができない（大判昭8.10.18）。	

第27問から第34問までの試験問題については、問題文に明記されている場合を除き、定款に法令の規定と異なる別段の定めがないものとして、解答してください。

第27問 株式会社の定款に関する次のアからオまでの記述のうち、**誤っているもの**の組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

- ア 定款で設立時取締役の氏名を定めていない場合、当該定款は無効となる。
- イ 発行可能株式総数を定めた定款について公証人の認証を受けた後、株式会社の成立前に定款で定めた発行可能株式総数を変更したときは、当該変更後の定款について改めて公証人の認証を受けることを要しない。
- ウ 取締役会設置会社において、株式の併合をする場合に定めるべき会社法所定の事項を取締役会が決定することができる旨の定款の定めは、その効力を有しない。
- エ 定款が書面をもって作成されている場合において、株式会社の成立後にあつては、当該株式会社は、当該定款を本店に備え置かなければならないが、支店に備え置くことを要しない。
- オ 定款が書面をもって作成されている場合において、発起人は、発起人が定めた時間内はいつでも、発起人の定めた費用を支払って、定款の謄本の交付の請求をすることができる。

- 1 アイ 2 アエ 3 イウ 4 ウオ 5 エオ

第27問

<正解 2>

TOPICS

本問は、株式会社の定款に関する問題である。

定款については、特に絶対的記載事項と相対的記載事項の違いを押さえておこう。また、絶対的記載事項が欠けていることが「設立無効原因」となることにも注意が必要である。さらに、定款の閲覧等の手続きについては、他の書面と比較して覚えておこう。

類題 平31-27, 29-27, 28-27, 27-27, 26-27, 25-27, 24-27

ア 誤り

株式会社の原始定款には、①目的、②商号、③本店の所在地、④設立に際して出資される財産の価額またはその最低額、⑤発起人の氏名または名称および住所を記載し、または記録しなければならない（絶対的記載事項、会 § 27）、当該事項を定めていない定款は無効となる。すなわち、設立時取締役の氏名は、絶対的記載事項ではないため、定款で設立時取締役の氏名を定めていない場合であっても、当該定款は無効とはならない。

イ 正しい

発行可能株式総数は、公証人の認証を受けるべき定款（会 § 26 I）において定めることを要せず、定款でこれを定めていない場合には、株式会社の成立の時までに、発起設立（会 § 25 I ①）においては発起人の全員の同意によって、募集設立（同 I ②）においては創立総会の決議によって、定款を変更して発行可能株式総数の定めを設けなければならない（会 § 37 I, 98）。そして、発行可能株式総数を定めた定款について公証人の認証を受けた後、株式会社の成立前に定款で定めた発行可能株式総数を変更したときは、当該変更後の定款については、改めて公証人の認証を受けることを要しない（会 § 30 II, 95, 96参照）。

ウ 正しい

株式会社が株式の併合をする場合には、株主総会の特別決議によって、一定の事項を定めなければならない（会 § 180 II, 309 II ④）。そして、会社法の規定により株主総会の決議を必要とする事項について、取締役、執行役、取締役会その他の株主総会以外の機関が決定することができることを内容とする定款の定めは、その効力を有しない（会 § 295 III）。したがって、取締役会設置会社において、株式の併合をする場合において定めなければならない会社法所定の事項を取締役会が決定することができる旨の定款の定めは、その効力を有しない。

エ 誤り

定款が書面をもって作成されている場合において、発起人（株式会社の成立後にあっては、当該株式会社）は、定款を発起人が定めた場所（株式会社の成立後にあっては、その本店および支店）に備え置かなければならない（会 § 31 I）。なお、定款が電磁的記録をもって作成されている場合であって、支店における閲覧等の請求に応じることを可能とするための措置（会施規 § 227 ①）をとっている株式会社においては、定款を本店にのみ備え置けば足り、

支店に備え置くことを要しない（会 § 31ⅣⅡ③④）。

オ 正しい

定款が書面をもって作成されている場合、発起人は、発起人が定めた時間内は、いつでも、定款の閲覧の請求および定款の謄本または抄本の交付の請求をすることができる（会 § 31Ⅱ本文①②）。また、定款の謄本または抄本の交付の請求をするには、発起人の定めた費用を支払わなければならない（同Ⅱただし書Ⅰ②）。

➡ 以上により、誤っているものはアエであり、正解は2となる。

＜ポイント整理＞

株式会社の定款

絶対的記載事項	定義	定款に記載し、または記録（以下「記載」という）しなければならない、その記載を欠くと定款自体が無効となるもの
	記載事項	・会社法27条に掲げる事項 ① 目的 ② 商号 ③ 本店の所在地 ④ 設立に際して出資される財産の価額またはその最低額 ⑤ 発起人の氏名または名称および住所 ※ 新設型組織再編の場合には、上記④および⑤の事項を除く（会 § 814 I） ・発行可能株式総数（会 § 37, 98）
相対的記載事項	定義	定款に記載しなくても定款自体の効力が否定されるわけではないが、その記載を欠くとその事項の効力が認められないもの
	記載事項	・公告方法（会 § 939 I） ・変態設立事項（会 § 28） ・株式の内容に関する事項（会 § 107, 108） ・株主ごとに異なる取扱いを行う旨（会 § 109 II） ・株主名簿管理人を置く旨（会 § 123） ・相続人等に対する売渡しの請求（会 § 174） ・単元株式数（会 § 188 I） ・株主割当ての場合における募集株式・募集新株予約権の募集事項等の決定機関（会 § 202 III ①②, 241 III ①②） ・株券を発行する旨（会 § 214） ・取締役会設置会社における株主総会の権限（会 § 295 II） ・株主総会の決議方法（会 § 309, 341） ・会社の機関の設置（会 § 326 II） ・取締役の資格等（会 § 331 II） ・役員の任期の伸長（会 § 332 II, 334 I, 336 II） ・累積投票の排除（会 § 342 I） ・監査役の監査範囲の限定（会 § 389 I） ・取締役等の責任の免除に関する規定（会 § 426 I） ・中間配当（会 § 454 V） ・解散の事由（会 § 471 ②） 等
任意的記載事項	定義	定款に記載しなくても定款自体は無効とならず、また、その記載がなくともその事項の効力が認められないわけではないが、便宜上定款に記載されるもの
	記載事項	・株主総会の議長 ・役員等の員数 ・事業年度 等
定款の閲覧等		・発起人（株式会社の成立後にあつては、その株主および債権者）は、発起人が定めた時間（株式会社の成立後にあつては、その営業時間）内は、いつでも、定款の閲覧等の請求をすることができる（会 § 31 II 本文） ・成立後の株式会社の親会社社員がその権利を行使するため必要があるときは、当該親会社社員は、裁判所の許可を得て、定款の閲覧等の請求をすることができる（同 III 本文） ・定款が電磁的記録をもって作成されている場合であつて、支店における定款の閲覧等の請求に応じることを可能とするための措置として法務省令で定めるもの（会施規 § 227 ①）をとっている株式会社については、定款を支店に備え置くことを要しない（同 IV）
株主総会の権限に抵触する定款の効力		会社法の規定により株主総会の決議を必要とする事項について、取締役、執行役、取締役会その他の株主総会以外の機関が決定することができることを内容とする定款の定めは、その効力を有しない（会 § 295 III）

第28問 株券に関する次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

- ア 種類株式発行会社は、その株式に係る株券の発行をするか否かについて、株式の種類ごとに異なる定めをすることができる。
- イ 株券には、株券発行会社の商号、当該株券に係る株式の数及びその番号のほか、株主の氏名を記載しなければならない。
- ウ 会社法上の公開会社である株券発行会社は、株式を発行した日以後遅滞なく、当該株式に係る株券を発行しなければならないが、公開会社でない株券発行会社は、株主から請求がある時までは、当該株式に係る株券を発行しないことができる。
- エ 株券発行会社の株主が当該株券発行会社に対し、当該株主の有する株式に係る株券の所持を希望しない旨を申し出る場合において、当該株主は、当該株式に係る株券が発行されているときは、当該株券を株券発行会社に提出しなければならない。
- オ 現に株式に係る株券を発行している株券発行会社が、その株式に係る株券を発行する旨の定款の定めを廃止する定款の変更をする場合であっても、当該株式の質権者は、株券発行会社に対して、当該質権者の氏名等を株主名簿に記載し、又は記録することを請求することはできない。

- 1 アエ 2 アオ 3 イウ 4 イオ 5 ウエ

第28問

<正解 5>

TOPICS

本問は、株券に関する問題である。

本試験において、株式の分野からは例年1問分の出題がされているが、株券のみに関する論点が単独で出題されたことはない。しかし、株券については株式に関する問題において肢の一つとして問われる可能性があるため、この機会に今一度条文を確認しておこう。特に、「株券を発行する旨の定款の定め廃止（会 § 218）」については、記述式で出題される論点でもあるので、手続等をしっかり復習しておいてほしい。

類題 平28-28, 25-29, 23-28

ア 誤り

株式会社は、その株式（種類株式発行会社にあつては、全部の種類株式）に係る株券を発行する旨を定款で定めることができる（会 § 214）。すなわち、種類株式発行会社は、その株式に係る株券の発行をするか否かについて、株式の種類ごとに異なる定めをすることができない。

イ 誤り

株券には、①株券発行会社の商号、②当該株券に係る株式の数、③譲渡による当該株券に係る株式の取得について株式会社の承認を要することを定めたときはその旨、④種類株式発行会社にあつては当該株券に係る株式の種類およびその内容、ならびに⑤株券の番号を記載し、株券発行会社の代表取締役（指名委員会等設置会社にあつては、代表執行役）がこれに署名し、または記名押印しなければならない（法定記載事項、会 § 216）。したがって、株券には、株券発行会社の商号、当該株券に係る株式の数およびその番号を記載しなければならないが、株主の氏名を記載することは要しない。

ウ 正しい

公開会社である株券発行会社は、株式を発行した日以後遅滞なく、当該株式に係る株券を発行しなければならない（会 § 215 I）。しかし、公開会社でない株券発行会社は、株主から請求がある時まで、株券を発行しないことができる（同IV）。

エ 正しい

株券発行会社の株主は、当該株券発行会社に対し、当該株主の有する株式に係る株券の所持を希望しない旨を申し出ることができ（株券不所持の申出、会 § 217 I）、株主が株券不所持の申出をする場合において、その株式に係る株券が発行されているときは、当該株主は、当該株券を株券発行会社に提出しなければならない（同II後段）。

オ 誤り

現に株式に係る株券を発行している株券発行会社が、株券を発行する旨の定款の定めを廃止する定款の変更をしようとする場合（会 § 218 I）において、株式の質権者（登録株式質

権者を除く。)は、定款の変更がその効力を生ずる日の前日までに、株券発行会社に対し、①質権者の氏名または名称および住所、②質権の目的である株式を株主名簿に記載し、または記録することを請求することができる(同V I ②, 148)。これは、株主(債務者)から質権者(債権者)に株券の占有を移転させるのみで、株主名簿に当該質権者の氏名等を記載せず、当該株主の名義のまま当該質権者が株券を保有する形式の場合(略式株式質)、これにより株券を占有していた質権者は株券が無効となることにより質権を維持できなくなってしまうことから、質権者に単独での請求を認めたものである。

➡ 以上により、正しいものはウエであり、正解は5となる。

＜ポイント整理＞

株券

株券を発行する旨の定款の定め		株式会社は、その株式（種類株式発行会社にあつては、全部の種類株式）に係る株券を発行する旨を定款で定めることができる（会 § 214） ※ 種類株式発行会社における株券を発行する旨の定款の定めは、全部の種類株式に係る株券を発行する旨でなければならないため、一部の種類株式についてのみ株券を発行する旨の定款の定めを置くことはできない ※ 株券発行会社は、単元未満株式に係る株券を発行しないことができる旨を定款で定めることができる（会 § 189Ⅲ）
株券の発行時期		・株式を発行した日以後遅滞なく、当該株式に係る株券を発行しなければならない（会 § 215Ⅰ） ・株式の併合をしたときは、株式の併合がその効力を生ずる以後遅滞なく、併合した株式に係る株券を発行しなければならない（同Ⅱ，180Ⅱ②） ・株式の分割をしたときは、株式の分割がその効力を生ずる以後遅滞なく、分割した株式に係る株券（既に発行されているものを除く）を発行しなければならない（会 § 215Ⅲ，183Ⅱ②） ※ 公開会社でない株券発行会社は、株主から請求がある時まで、これらの株券を発行しないことができる（会 § 215Ⅳ）
株券不所持の申出	意義	株券発行会社の株主は、当該株券発行会社に対し、当該株主の有する株式に係る株券の所持を希望しない旨を申し出ることができる（会 § 217Ⅰ） ※ 株券発行会社は、定款によっても、株主が株券不所持の申出をすることができる旨の権利を排除することはできない
	申出の方法	その申出に係る株式の数（種類株式発行会社にあつては、株式の種類および種類ごとの数）を明らかにしてしなければならない（会 § 217Ⅱ前段） ※ 当該株式に係る株券が発行されているときは、株券を提出しなければならない（同Ⅱ後段）
	株主名簿への記載等	株券不所持の申出を受けた株券発行会社は、遅滞なく、その株式に係る株券を発行しない旨を株主名簿に記載し、または記録しなければならない（会 § 217Ⅲ） ※ 株券発行会社は、当該記載または記録をしたときは、当該株式に係る株券を発行することができない（同Ⅳ） ※ 株券不所持の申出に際して提出された株券は、株券発行会社が株主名簿に当該記載または記録をした時において、無効となる（同Ⅴ）
	株券の発行の請求	株券不所持の申出をした株主は、いつでも、株券発行会社に対し、株券不所持の申出をした株式に係る株券を発行することを請求することができる（会 § 217Ⅵ前段）
	株券の発行に要する費用の負担	・株券不所持の申出に際して提出された株券があった場合 →株券の発行を請求した株主が負担する（会 § 217Ⅵ後段） ・株券不所持の申出に際して提出された株券がなかった場合 →株券発行会社が負担する（同Ⅵ後段参照）
株券を発行する旨の定款の定め の廃止		・現に株式に係る株券を発行している株券発行会社は、当該定款の変更の効力が生ずる日の2週間前までに、①当該定款の定めを廃止する旨、②定款の変更がその効力を生ずる日、③定款の変更がその効力を生ずる日において当該株式会社の株券は無効となる旨を公告し、かつ、株主および登録株式質権者には、各別にこれを通知しなければならない（会 § 218Ⅰ） ・株式の全部について株券を発行していない株券発行会社は、株主および登録株式質権者に対し、上記①および②に掲げる事項を通知し（同ⅢⅠ①②）、または当該通知に代えて、公告すれば足りる（同Ⅳ） ※ 株券発行会社の株式に係る株券は、上記②の日に無効となる（同ⅡⅠ②） ※ 株式の質権者（登録株式質権者を除く。）は、定款の変更がその効力を生ずる日の前日までに、株券発行会社に対し、質権者の氏名または名称および住所、質権の目的である株式を株主名簿に記載し、または記録することを請求することができる（同ⅤⅠ②，148）

第29問 新株予約権に関する次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

- ア 株式会社が株主から書面で作成された新株予約権原簿の閲覧の請求を受けた場合において、当該請求をした株主がその権利の確保又は行使に関する調査以外の目的で請求を行ったときは、当該株式会社は、当該請求を拒むことができる。
- イ 証券発行新株予約権の譲渡は、当該譲渡が自己新株予約権の処分によるものであるときも、当該譲渡が自己新株予約権の処分以外によるものであるときも、当該証券発行新株予約権に係る新株予約権証券を交付しなければ、その効力を生じない。
- ウ 株式会社が自己新株予約権の処分をする場合において、当該株式会社が取締役会設置会社以外の株式会社にあつては株主総会の決議によって、当該株式会社が取締役会設置会社にあつては取締役会の決議によって、自己新株予約権の処分に関する事項を定めることができる。
- エ 証券発行新株予約権に係る新株予約権証券を喪失した者は、当該新株予約権証券の再発行を請求する場合には、非訟事件手続法の規定による除権決定を得なければならない。
- オ 無記名新株予約権を当該無記名新株予約権を発行した株式会社以外の者から取得した者は、当該株式会社に対し、当該新株予約権に係る新株予約権原簿記載事項を新株予約権原簿に記載し、又は記録することを請求することができる。

- 1 アエ 2 アオ 3 イウ 4 イオ 5 ウエ

第29問

<正解 1>

TOPICS

本問は、新株予約権に関する問題である。

新株予約権は、平成29年から3年連続で出題されており、近年の本試験において頻出の論点である。本試験で問われた肢は、いずれも条文の知識で十分に解答を導ける問題であった。ポイント整理を参考に、条文の知識を定着させよう。

類題 令3-29, 平31-29, 30-29, 29-29, 24-29, 23-29

ア 正しい

株主および債権者は、株式会社の営業時間内は、いつでも、新株予約権原簿の閲覧または謄写等の請求をすることができるが（会 § 252 II）、当該請求を行う株主または債権者がその権利の確保または行使に関する調査以外の目的で請求を行ったときは、株式会社は、当該請求を拒むことができる（同 III ①）。

イ 誤り

証券発行新株予約権（会 § 249 ③ニ）の譲渡は、原則として、当該証券発行新株予約権に係る新株予約権証券を交付しなければ、その効力を生じない（会 § 255 I 本文）。ただし、自己新株予約権（株式会社が有する自己の新株予約権）の処分による証券発行新株予約権の譲渡については、譲渡の意思表示のみによって、その効力を生ずる（同 I ただし書、民 § 176）。したがって、証券発行新株予約権の譲渡は、当該譲渡が自己新株予約権の処分以外によるものであるときは、当該証券発行新株予約権に係る新株予約権証券を交付しなければ、その効力を生じないが、当該譲渡が自己新株予約権の処分によるものであるときは、譲渡の意思表示のみによって、その効力を生ずる。

ウ 誤り

自己新株予約権の処分について、会社法は特別な規定を設けておらず、他の財産の処分と同様の手続によって処分することができる（会 § 238 I 参照）。したがって、取締役会設置会社にあつては取締役会の決議により、自己新株予約権の処分に関する事項を定めることができる（会 § 362 II ①）。また、取締役会設置会社以外の株式会社は、自己新株予約権の処分をするときは、通常の業務執行の決定として、定款に別段の定めがある場合を除き、取締役の決定（取締役が2人以上ある場合には、取締役の過半数による決定）により、自己新株予約権の処分に関する事項を定めることができる（会 § 348 I II）。本肢においては、定款に会社法の定めと異なる別段の定めはないため（第27問前注意書参照）、株式会社が自己新株予約権の処分をする場合において、当該株式会社が取締役会設置会社以外の株式会社にあつては取締役の決定（取締役が2人以上ある場合には、取締役の過半数による決定）によって、当該株式会社が取締役会設置会社にあつては取締役会の決議によって、自己新株予約権の処分に関する事項を定めることができる。

エ 正しい

新株予約権証券を喪失した者は、非訟事件手続法100条に規定する公示催告の手続によって、当該新株予約権証券を無効とすることができ（会 § 291 I）、新株予約権証券を喪失した者は、非訟事件手続法106条 1 項に規定する除権決定を得た後でなければ、その再発行を請求することができない（会 § 291 II）。なお、株券を喪失した者は、当該株券について株券喪失登録を請求することにより、当該株券を無効とすることができ（会 § 228 I，223）、株券が無効となった後、株券の再発行を受けることができる（会 § 228 II）。

オ 誤り

新株予約権を当該新株予約権を発行した株式会社以外の者から取得した者（当該株式会社を除く。）は、当該株式会社に対し、当該新株予約権に係る新株予約権原簿記載事項を新株予約権原簿に記載し、または記録することを請求することができる（会 § 260 I）。ただし、無記名新株予約権および無記名新株予約権付社債に付された新株予約権については、当該請求することはできない（同III）。したがって、無記名新株予約権を当該無記名新株予約権を発行した株式会社以外の者から取得した者は、当該株式会社に対し、当該新株予約権に係る新株予約権原簿記載事項を新株予約権原簿に記載し、または記録することを請求することができない。

➡ 以上により、正しいものはアエであり、正解は1となる。

＜ポイント整理＞

新株予約権

募集 新株 予約 権の 募集 事項 の 決定 機関	株 主 割 当 て 以 外	公開会社でない株式会社	原則として、株主総会の特別決議（会 238Ⅱ、309Ⅱ⑥） ※ 取締役が有利発行をする理由の説明義務あり（会 238Ⅲ） ※ 募集事項の決定の委任に関する株主総会の特別決議があった場合には、取締役の決定（取締役会設置会社にあつては、取締役会の決議）（会 239Ⅰ前段、309Ⅱ⑥）
		公開会社	・有利発行の場合を除き、取締役会の決議（会 240Ⅰ前段） ・有利発行の場合には、原則として、株主総会の特別決議（会 238Ⅱ、309Ⅱ⑥） ※ 取締役が有利発行をする理由の説明義務あり（会 238Ⅲ） ※ 募集事項の決定の委任に関する株主総会の特別決議があった場合には、取締役会の決議（会 239Ⅰ前段、309Ⅱ⑥）
		種類株式発行会社の特別	種類株式発行会社において、募集新株予約権の目的である株式の種類の一部または一部が譲渡制限株式であるときは、株主総会の決議による当該募集新株予約権に関する募集事項の決定またはその決定についての取締役または取締役会への委任は、当該種類の株式を目的とする募集新株予約権を引き受ける者の募集について当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議を要しない旨の定款の定めがある場合および当該種類株主総会において議決権を行使することができる種類株主が存しない場合を除き、当該種類株主総会の決議がなければ、その効力を生じない（会 238Ⅳ、239Ⅳ）
	株 主 割 当 て	公開会社でない株式会社	・原則として、株主総会の特別決議（会 241Ⅲ④、309Ⅱ⑥） ・取締役会設置会社以外の株式会社において、取締役の決定によって定めることができる旨の定款の定めがある場合には、取締役の決定（会 241Ⅲ①） ・取締役会設置会社において、取締役会の決議によって定めることができる旨の定款の定めがある場合には、取締役会の決議（同Ⅲ②）
		公開会社	取締役会の決議（会 241Ⅲ③）
		新株予約権の譲渡による取得	・新株予約権付社債についての社債が消滅した場合を除き、新株予約権付社債に付された新株予約権のみを譲渡することはできない（会 254Ⅱ） ・新株予約権付社債に付された新株予約権が消滅した場合を除き、新株予約権付社債についての社債のみを譲渡することはできない（同Ⅲ） ※ 証券発行新株予約権の譲渡は、当該証券発行新株予約権に係る新株予約権証券を交付しなければ、その効力を生じない（会 255Ⅰ本文） ※ 自己新株予約権の処分による証券発行新株予約権の譲渡については、譲渡の意思表示のみによって、その効力を生じる（同Ⅰただし書、民 176）
		新株予約権者となる日	割当日（会 245Ⅰ）
		新株予約権原簿の閲覧・謄写等の請求	株主および債権者は、株式会社の営業時間内は、いつでも、新株予約権原簿の閲覧または謄写等の請求をすることができる（会 252Ⅱ） ※ 当該請求を行う株主または債権者がその権利の確保または行使に関する調査以外の目的で請求を行ったときは、株式会社は、当該請求を拒むことができる（同Ⅲ①）
		新株予約権者の請求による新株予約権原簿記載事項の記載・記録	新株予約権を当該新株予約権を発行した株式会社以外の者から取得した者（当該株式会社を除く）は、当該株式会社に対し、当該新株予約権に係る新株予約権原簿記載事項を新株予約権原簿に記載し、または記録することを請求することができる（会 260Ⅰ） ※ 無記名新株予約権および無記名新株予約権付社債に付された新株予約権については、当該請求することはできない（同Ⅲ）
		株主となる時期	新株予約権を行使した新株予約権者は、当該新株予約権を行使した日に、当該新株予約権の目的である株式の株主となる（会 282Ⅰ） ※ 新株予約権を行使した新株予約権者であつて新株予約権に係る払込み等を仮装した新株予約権者等に該当するもの（会 286の2Ⅰ）は、当該新株予約権者等の責任に係る支払もしくは給付（同Ⅰ）または新株予約権に係る払込み等を仮装した場合の取締役等の責任に係る支払（会 286の3Ⅰ）がされた後でなければ、当該払込みまたは給付が仮装された新株予約権の目的である株式について、株主の権利を行使することができない（会 282Ⅱ） ※ 当該払込みまたは給付が仮装された新株予約権の目的である株式を譲り受けた者は、当該者に悪意または重大な過失がある場合を除き、当該株主についての株主の権利を行使することができる（同Ⅲ）
		新株予約権証券の発行時期	株式会社は、証券発行新株予約権を発行した日以後遅滞なく、当該証券発行新株予約権に係る新株予約権証券を発行しなければならない（会 288Ⅰ） ※ 株式会社は、公開会社か否かにかかわらず、新株予約権者から請求がある時までには、新株予約権証券を発行しないことができる（同Ⅱ）
		新株予約権証券の喪失に伴う再発行	新株予約権証券を喪失した者は、除権決定（非訟 106Ⅰ）を得た後でなければ、その再発行を請求することができない（会 291Ⅱ）

第30問 株主総会に関する次のアからオまでの記述のうち、誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア 株式会社が取締役会設置会社である場合には、株主総会の招集の通知は、書面により又は書面による通知の発出に代えて、あらかじめ株主に対し、その用いる電磁的方法の種類及び内容を示して、書面又は電磁的方法により株主の承諾を得て、電磁的方法により発することができる。

イ 取締役会設置会社の株主が、取締役に対し、株主総会の目的である取締役9名及び監査役3名の選任に関する事項につき当該株主が提出しようとする議案の要領を株主に通知することを請求する場合には、当該取締役及び監査役選任に関する議案の数が十二であっても、一の議案とみなされる。

ウ 一定の要件を満たした株主によって自ら招集された株主総会においては、その決議によって、株式会社の業務及び財産の状況を調査する者を選任することができる。

エ 株主は、株主総会において、当該株主総会の目的である事項について監査役に対して説明を求めることができないが、取締役に対して説明を求めることはできる。

オ 株主が代理人によってその議決権を行使する場合においては、当該代理権の授与は、各事業年度ごとにしなければならない。

1 アイ 2 アオ 3 イウ 4 ウエ 5 エオ

第30問

<正解 5>

TOPICS

本問は、株主総会に関する問題である。

株主総会に関する問題は、数年に一度の頻度で出題され、条文の知識を問う肢を中心に問われている傾向にある。また、改正法（令和1年法律第70号）において改正または新たに追加された条文がいくつかあるため、しっかりと条文の知識を整理しておこう。

類題 平27-29, 25-30, 20-32

ア 正しい

株式会社が取締役会設置会社である場合には、株主総会の招集の通知は、書面により、または書面による通知の発出に代えて、あらかじめ株主（株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株主を除く、会 § 298 II）に対し、その用いる電磁的方法の種類および内容を示して、書面または電磁的方法により株主の承諾を得て（会施令 § 2）、電磁的方法により発することができる（会 § 299 III II）。

イ 正しい

取締役会設置会社の株主が議案要領通知請求（会 § 305 I 本文）をする場合において、当該株主が提出しようとする議案の数が10を超えるときは、10を超える数に相当することとなる数の議案については、当該請求をすることができない（同IV前段 I）。ただし、この場合において、取締役、会計参与、監査役または会計監査人の選任に関する議案については、議案の数にかかわらず、一の議案とみなされる（同IV後段①）。すなわち、取締役会設置会社の株主が、取締役に対し、株主総会の目的である取締役9名および監査役3名の選任に関する事項につき当該株主が提出しようとする議案の要領を株主に通知することを請求する場合には、当該取締役および監査役選任に関する議案の数が十二であっても、一の議案とみなされる。

ウ 正しい

公開会社においては、総株主の議決権の100分の3（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の議決権を6か月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間）前から引き続き有する株主は、取締役に対し、株主総会の招集を請求することができる（会 § 297 I II）。これに対して、公開会社でない株式会社においては、総株主の議決権の100分の3（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の議決権を有する株主であれば、議決権の保有期間の制限はなく、取締役に対し、株主総会の招集を請求することができる（同II I）。また、公開会社または公開会社でない株式会社のいずれにおいても、①当該請求の後遅滞なく招集の手続が行われない場合、または②当該請求があった日から8週間（これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間）以内の日を株主総会の日とする株主総会の招集の通知が発せられないときは、当該請求

をした株主は、裁判所の許可を得て、自ら株主総会を招集することができる（同Ⅳ）。そして、上記いずれかの方法により招集された株主総会においては、その決議によって、株式会社の業務および財産の状況を調査する者を選任することができる（会 § 316Ⅱ）。したがって、一定の要件を満たした株主によって招集された株主総会においては、その決議によって、株式会社の業務および財産の状況を調査する者を選任することができる。

エ 誤り

取締役、会計参与、監査役および執行役は、株主総会において、株主から特定の事項について説明を求められた場合には、当該事項が株主総会の目的である事項に関しないものである場合、その説明をすることにより株主の共同の利益を著しく害する場合その他正当な理由がある場合として法務省令（会施規 § 71）で定める場合を除き、当該事項について必要な説明をしなければならない（会 § 314）。すなわち、株主は、株主総会において、当該株主総会の目的である事項について監査役に対しても、取締役に対しても、説明を求めることができる。

オ 誤り

株主は、代理人によってその議決権を行使することができる（会 § 310Ⅰ 前段）。そして、当該代理権の授与は、株主総会ごとにしなければならない（同Ⅱ）。

➡ 以上により、誤っているものはエオであり、正解は5となる。

<ポイント整理>

株主総会

		取締役会設置会社	取締役会設置会社以外の株式会社
権限		会社法に規定する事項および定款で定めた事項に限り、決議をすることができる（会 § 295 II）	会社法に規定する事項および株式会社の組織、運営、管理その他株式会社に関する一切の事項について決議をすることができる（会 § 295 I）
招集権者		取締役（会 § 296 III） ※ 総株主の議決権（株主総会の目的である事項について議決権を行使することができない株主が有する議決権を除く）の100分の3（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の議決権を6か月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間）前から引き続き有する株主（公開会社でない株式会社においては、株式の保有期間の定めはない）は、取締役に對し、株主総会の目的である事項（当該株主が議決権を行使することができる事項に限る）および招集の理由を示して、株主総会の招集を請求することができる（会 § 297 I II III）	
招集通知の発出期間	公開会社	株主総会の日の2週間前までに、その通知を発しなければならない（会 § 299 I）	原則として、株主総会の日の1週間前までに、その通知を発しなければならないが（会 § 299 I かつこ書）、この1週間の期間を下回る期間を定款で定めることができる（同 I かつこ書）
	公開会社でない株式会社	株主総会の日の1週間前までに、その通知を発しなければならない（会 § 299 I かつこ書）	
	共通	・ 株主総会に出席しない株主が書面または電磁的方法によって議決権を行使することができることとする旨を株主総会の招集の決定の際に定めた場合には、公開会社か否かにかかわらず、株主総会の日の2週間前までに、その通知を発しなければならない（会 § 299 I かつこ書、298 I ③④） ・ 株主総会においてその延期または続行について決議があった場合には、株主総会の招集の通知は不要（会 § 317、299）	
招集の通知の方法		制限はなく、口頭や電話等の方法によりすることができる（会 § 299 II 参照） ※ 株主総会に出席しない株主が書面または電磁的方法によって議決権を行使することができる旨を株主総会の招集の決定の際に定めた場合を除く（同 II ①）	書面または電磁的方法によりしなければならない（会 § 299 II ② III） ※ 電磁的方法による場合には、あらかじめ株主（株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株主を除く、会 § 298 II）に対し、その用いる電磁的方法の種類および内容を示して、書面または電磁的方法により株主の承諾（会 施令 § 2）を得なければならない（会 § 299 II III）
株主の議案要領通知請求		・ 株主は、取締役に對し、原則として、株主総会の日の8週間前までに、株主総会の目的である事項につき当該株主が提出しようとする議案の要領を株主に通知すること（会 § 299 II III の通知をする場合にあっては、その通知に記載し、または記録すること）を請求することができる（会 § 305 I） ※ 取締役会設置会社においては、原則として、総株主の議決権100分の1以上の議決権または300個以上の議決権を6か月前から引き続き有する株主（公開会社でない取締役会設置会社においては、株式の保有期間の制限はない）に限り、当該請求をすることができる（同 II III） ※ 取締役会設置会社の株主が上記議案要領通知請求をする場合において、当該株主が提出しようとする議案の数が10を超えるときは、10を超える数に相当することとなる数の議案については、当該請求をすることができない（同 IV 前段 I） ※ 取締役、会計参与、監査役または会計監査人の選任に関する議案については、議案の数にかかわらず、一の議案とみなされる（同 IV 後段 ①）	
代理人による議決権行使		行使することができる（会 § 310 I 前段） ※代理権の授与は、株主総会ごとにしなければならない（同 II）	
株主総会における説明義務		取締役、会計参与、監査役および執行役は、株主総会において、株主から特定の事項について説明を求められた場合には、当該事項について必要な説明をしなければならない（会 § 314 本文） ※ 当該事項が株主総会の目的である事項に関しないものである場合、その説明をすることにより株主の共同の利益を著しく害する場合その他正当な理由がある場合として法務省令（会 施規 § 71）で定める場合を除く（同ただし書）	
株主総会に提出された資料等の調査		株主総会においては、その決議によって、取締役、会計参与、監査役、監査役および会計監査人が当該株主総会に提出し、または提供した資料を調査する者を選任することができる（会 § 316 I） ※ 会社法第297条の規定により招集された株主総会においては、その決議によって、株式会社の業務および財産の状況を調査する者を選任することができる（会 § 316 II）	

第31問 会計参与及び会計監査人に関する次のアからオまでの記述のうち、誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア 会計参与についても、会計監査人についても、定款で定めたその員数が欠けた場合において、裁判所は、必要があると認めるときは、利害関係人の申立てにより、一時その職務を行うべき者を選任することができる。

イ 会計参与を辞任した者は、辞任後最初に招集される株主総会に出席して、辞任した旨及びその理由を述べることができるが、会計監査人を辞任した者は、辞任後最初に招集される株主総会に出席して、辞任した旨及びその理由を述べるできない。

ウ 会計参与は、公認会計士若しくは監査法人又は税理士若しくは税理士法人でなければならないが、会計監査人は、公認会計士又は監査法人でなければならない。

エ 監査等委員会設置会社においては、会計参与も、会計監査人も、その職務を行うにつき取締役の職務の執行に不正の行為があることを発見したときは、遅滞なくこれを監査等委員会に報告しなければならない。

オ 取締役会設置会社においては、会計参与は、各事業年度に係る計算書類及び事業報告並びにこれらの附属明細書の承認をする取締役会に出席しなければならないが、会計監査人は、当該取締役会に出席することを要しない。

1 アイ 2 アオ 3 イウ 4 ウエ 5 エオ

第31問

<正解 1>

TOPICS

本問は、会計参与および会計監査人の比較に関する問題である。

株式会社の機関に関する問題は、例年1～2問は出題される傾向にあり、令和3年度には会計参与設置会社の問題が出題された。機関の比較の問題も、今後出題される可能性が高いと思われる。会計参与および会計監査人については、資格、任期、株主総会における選任・解任の手続等、両者を比較しながら学習しておこう。

類題 令3-30, 2-30, 平24-31, 19-31

ア 誤り

役員（取締役、会計参与および監査役をいう、会§329Ⅰ）が欠けた場合または会社法もしくは定款で定めた役員の員数が欠けた場合において、裁判所は、必要があると認めるときは、利害関係人の申立てにより、一時役員の職務を行うべき者を選任することができる（会§346ⅡⅠ）。これに対して、会計監査人が欠けた場合または定款で定めた会計監査人の員数が欠けた場合において、遅滞なく会計監査人が選任されないときは、監査役（監査役会設置会社にあつては監査役会、監査等委員会設置会社にあつては、監査等委員会、指名委員会等設置会社にあつては監査委員会）が、一時的会計監査人の職務を行うべき者を選任しなければならない（同ⅣⅥⅦⅧ），裁判所が、一時的会計監査人の職務を行うべき者を選任することはできない。

イ 誤り

会計参与を辞任した者も、会計監査人を辞任した者も、辞任後最初に招集される株主総会に出席して、辞任した旨およびその理由を述べることができる（会§345ⅡⅤ）。

ウ 正しい

会計参与は、公認会計士もしくは監査法人または税理士もしくは税理士法人でなければならない（会§333Ⅰ）。これに対して、会計監査人は、公認会計士または監査法人でなければならない（会§337Ⅰ）。

エ 正しい

会計参与は、その職務を行うに際して取締役（指名委員会等設置会社にあつては、執行役または取締役）の職務の執行に関し不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があることを発見したときは、遅滞なく、これを株主（監査役設置会社にあつては監査役、監査役会設置会社にあつては監査役会、監査等委員会設置会社にあつては監査等委員会、指名委員会等設置会社にあつては監査委員会）に報告しなければならない（会§375）。また、会計監査人は、その職務を行うに際して取締役（指名委員会等設置会社にあつては、執行役または取締役）の職務の執行に関し不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があることを発見したときは、遅滞なく、これを監査役（監査役会設置会社にあつては監

査役会，監査等委員会設置会社にあつては監査等委員会，指名委員会等設置会社にあつては監査委員会）に報告しなければならない（会 § 397 I IIIIVV）。

オ 正しい

取締役会設置会社の会計参与（会計参与が監査法人または税理士法人である場合にあつては，その職務を行うべき社員）は，各事業年度に係る計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書の承認をする取締役会（会 § 436Ⅲ，435Ⅱ）に出席しなければならない（会 § 376 I 前段）。これに対して，会計監査人は，当該取締役会に出席することを要しない（会 § 396～399参照）。

➡ 以上により，誤っているものはアイであり，正解は1となる。

<ポイント整理>

会計参与および会計監査人の比較

	会計参与	会計監査人
設置	- 原則として、任意機関(会 § 326Ⅱ) - 取締役会を設置するが監査役は設置しない公開会社でない株式会社(監査等委員会設置会社および指名委員会等設置会社を除く)においては、設置しなければならない(会 § 327Ⅱ参照)	- 原則として、任意機関(会 § 326Ⅱ) - 監査等委員会設置会社および指名委員会等設置会社ならびに大会社においては、設置しなければならない(会 § 327Ⅴ, 328)
資格等	- 公認会計士もしくは監査法人または税理士もしくは税理士法人でなければならない(会 § 333Ⅰ) - 次に掲げる者は、会計参与となることができない(会 § 333Ⅲ) - 株式会社またはその子会社の取締役、監査役もしくは執行役または支配人その他の使用人 - 業務の停止の処分を受け、その停止の期間を経過しない者 - 税理士法43条の規定により同法2条2項に規定する税理士業務を行うことができない者	- 公認会計士または監査法人でなければならない(会 § 337Ⅰ) - 次に掲げる者は、会計監査人となることができない(会 § 337Ⅲ) - 公認会計士法の規定により、会社法435条2項に規定する計算書類について監査をすることができない者 - 株式会社の子会社もしくはその取締役、会計参与、監査役もしくは執行役から公認会計士もしくは監査法人の業務以外の業務により継続的な報酬を受けている者またはその配偶者 - 監査法人でその社員の半数以上が上記②に掲げる者であるもの
任期	選任後2年(監査等委員会設置会社および指名委員会等設置会社にあつては、1年)以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時まで(会 § 334Ⅰ, 332Ⅰ本文ⅢⅥ) ※ 次の①から④に掲げる定款の変更をした場合には、当該定款の変更の効力が生じた時に満了する(会 § 334, 332Ⅶ) - 監査等委員会または指名委員会等を置く旨の定款の変更 - 監査等委員会または指名委員会等を置く旨の定款の定めを廃止する定款の変更 - その発行する株式の全部の内容として譲渡による当該株式の取得について当該株式会社の承認を要する旨の定款の定めを廃止する定款の変更(監査等委員会設置会社および指名委員会等設置会社がするものを除く) - 会計参与を置く旨の定款の定めを廃止する定款の変更	選任後1年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時まで(会 § 338Ⅰ) ※ 当該定時株主総会において別段の決議がされなかったときは、会計監査人は、当該定時株主総会において再任されたものとみなされる(同Ⅱ) ※ 会計監査人を置く旨の定款の定めを廃止する定款の変更をした場合には、当該定款の変更の効力が生じた時に満了する(同Ⅲ)
選任等についての意見の陳述	- 会計参与は、株主総会において、会計参与の選任もしくは解任または辞任について意見を述べる(会 § 345Ⅰ) - 会計参与を辞任した者は、辞任後最初に招集される株主総会に出席して、辞任した旨およびその理由を述べる(同Ⅱ)	- 会計監査人は、株主総会において、会計監査人の選任もしくは解任または辞任について意見を述べる(会 § 345ⅤⅠ) - 会計監査人を辞任した者は、辞任後最初に招集される株主総会に出席して、辞任した旨およびその理由を述べる(同ⅤⅡ)
欠員を生じた場合の措置	会計参与が欠けた場合または会社法もしくは定款で定めた員数が欠けた場合において、裁判所は、必要があると認めるときは、利害関係人の申立てにより、一時会計参与の職務を行うべき者を選任することができる(会 § 346ⅡⅠ)	会計監査人が欠けた場合または定款で定めた会計監査人の員数が欠けた場合において、遅滞なく会計監査人が選任されないときは、監査役(監査役会設置会社にあつては監査役会、監査等委員会設置会社にあつては、監査等委員会、指名委員会等設置会社にあつては監査委員会)は、一時会計監査人の職務を行うべき者を選任しなければならない(会 § 346ⅣⅥ～Ⅷ) ※ 会計監査人としての権利義務を有する場合はない
調査権限	会計参与は、その職務を行うため必要があるときは、会計参与設置会社の子会社に対して会計に関する報告を求め、または会計参与設置会社もしくはその子会社の業務および財産の状況の調査をすることができる(会 § 374Ⅲ)	会計監査人は、その職務を行うため必要があるときは、会計監査人設置会社の子会社に対して会計に関する報告を求め、または会計監査人設置会社もしくはその子会社の業務および財産の状況の調査をすることができる(会 § 396Ⅲ)
取締役会への出席義務	取締役会設置会社の会計参与(会計参与が監査法人または税理士法人である場合にあつては、その職務を行うべき社員)は、各事業年度に係る計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書の承認をする取締役会(会 § 436Ⅲ, 435Ⅱ)に出席しなければならない(会 § 376Ⅰ)	出席不要(会 § 396～399参照)

第32問 株式会社の検査役に関する次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。なお、株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株主はいないものとする。

ア 会社法上の公開会社の株主は、一定の議決権を有する場合には、株主総会に係る招集の手続を調査させるため、当該株主総会に先立ち、裁判所に対して、検査役の選任の申立てをすることができるが、公開会社でない会社の株主は、一定の議決権を有する場合であっても、当該申立てをすることはできない。

イ 新株予約権の内容として金銭以外の財産を当該新株予約権の行使に際してする出資の目的とする旨の定めのある新株予約権が行使された場合には、当該新株予約権の新株予約権者が交付を受ける株式の総数が発行済株式の総数の10分の1を超えないときであっても、株式会社は、当該新株予約権者が給付する現物出資財産の価額を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをしなければならない。

ウ 総株主の議決権の100分の3以上の議決権を有する株主は、株式会社の業務の執行に関し、法令に違反する重大な事実があることを疑うに足りる事由があるときは、当該株式会社の業務及び財産の状況を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる。

エ 裁判所が選任した検査役は、自己の利益を図る目的でその任務に背く行為をし、株式会社に財産上の損害を加えた場合であっても、会社法に規定される特別背任罪に問われることはない。

オ 株式会社を設立する場合において、定款に記載された現物出資の目的である財産について定款に記載された価額の総額が500万円を超えないときは、発起人は、裁判所に対し、当該現物出資に関する事項を調査させるための検査役の選任の申立てをすることを要しない。

- 1 アイ 2 アエ 3 イオ 4 ウエ 5 ウオ

第32問

<正解 5>

TOPICS

本問は、株式会社の検査役に関する問題である。

会社法の知識を横断的に問う出題は、各論点の正確な知識が必要となるため、受験生が苦手とするところであると思うが、たとえ知らない知識や見たことのない肢が出題されていたとしても、基本的な知識で正誤を判断できる肢を軸にして、組合せから正解を導くことはできるはずである。本問では、肢エの条文を知っていた受験生はほとんどいないと思われるが、肢イと肢オは基本的な条文知識で正誤が判断できるので、肢の組合せで正解が出せる問題であった。

類題 令 3-27, 平31-27, 30-27, 27-27, 25-28・30, 23-27, 21-29, 19-30

ア 誤り

株式会社または総株主（株主総会において決議をすることができる事項（取締役会設置会社にあつては、株主総会の招集の決定の際に定めた株主総会の目的である事項）の全部につき議決権を行使することができない株主を除く。）の議決権の100分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上の議決権を有する（公開会社にあつては、6か月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあつては、その期間）前から引き続き有する）株主は、株主総会に係る招集の手続および決議の方法を調査させるため、当該株主総会に先立ち、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる（会 § 306 I II）。すなわち、一定の議決権を有する株主は、株主総会に係る招集の手続および決議の方法を調査させるため、当該株主総会に先立ち、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができるのであり、このことは公開会社か否かで異なる。

イ 誤り

株式会社は、新株予約権の内容として金銭以外の財産を当該新株予約権の行使に際しての出資の目的とする旨の定めがある新株予約権が行使された場合には、原則として、当該財産の給付があつた後、遅滞なく、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをし、当該財産の価額についてその調査を受けなければならない（会 § 284 I II IV, 236 I ③, 281 II）。しかし、①行使された新株予約権の新株予約権者が交付を受ける株式の総数が発行済株式の総数の10分の1を超えない場合、②現物出資財産について定められた価額の総額が500万円を超えない場合、③現物出資財産のうち、市場価格のある有価証券について定められた価額が当該有価証券の市場価格として法務省令（会施規 § 59）で定める方法により算定されるものを超えない場合、④現物出資財産について定められた価額が相当であることについて弁護士、弁護士法人、公認会計士、監査法人、税理士または税理士法人の証明（現物出資財産が不動産である場合にあつては当該証明および不動産鑑定士の鑑定評価）を受けた場合、⑤現物出資財産が株式会社に対する金銭債権（弁済期が到来しているものに限る。）であつて、当該金銭債

権について定められた価額が当該金銭債権に係る負債の帳簿価額を超えない場合には、株式会社は、当該新株予約権者が給付する現物出資財産の価額を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることを要しない（会 § 284IX I）。

ウ 正しい

株式会社の業務の執行に関し、不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があることを疑うに足りる事由があるときは、①総株主（株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株主を除く。）の議決権の100分の3（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の議決権を有する株主または②発行済株式（自己株式を除く。）の100分の3（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の数の株式を有する株主は、当該株式会社の業務および財産の状況を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる（会 § 358 I）。本肢においては、定款に会社法の定めと異なる別段の定めはないので（第27問前注意書参照）、総株主の議決権の100分の3以上の議決権を有する株主は、株式会社の業務の執行に関し、法令に違反する重大な事実があることを疑うに足りる事由があるときは、当該株式会社の業務および財産の状況を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる。

エ 誤り

裁判所が選任した検査役が、自己もしくは第三者の利益を図りまたは株式会社に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、当該株式会社に財産上の損害を加えたときは、10年以下の懲役もしくは10万円以下の罰金に処し、またはこれを併科する（特別背任罪、会 § 960 I ⑧）。したがって、裁判所が選任した検査役は、自己の利益を図る目的でその任務に背く行為をし、株式会社に財産上の損害を加えた場合には、会社法に規定される特別背任罪に問われることになる。

オ 正しい

株式会社を設立する場合において、定款に変態設立事項についての記載、または記録があるときは、発起人は、原則として、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをし、その調査を受けなければならない（会 § 33 I, 28）。ただし、①現物出資財産等について定款に記載された価額の総額が500万円を超えない場合（会 § 33X ①）、②市場価格のある有価証券について定款に記載された価額が当該有価証券の市場価格として会社法施行規則6条で定める方法により算定されるものを超えない場合（同②）、③現物出資財産等について定款に記載された価額が相当であることについて弁護士、弁護士法人、公認会計士（外国公認会計士を含む。）、監査法人、税理士または税理士法人の証明（現物出資財産等が不動産である場合にあっては、当該証明および不動産鑑定士の鑑定評価）を受けた場合（同③）には、検査役の調査を受けることを要しない。

➡ 以上により、正しいものはウオであり、正解は5となる。

＜ポイント整理＞

株式会社の検査役

	申立事由		調査事項	申立権者 ※2
選任の申立てが義務の場合	定款に変態設立事項についての記載または記録がある場合（会 § 33 I, 28） ※1		変態設立事項	発起人
	募集株式の発行等に際して募集事項として現物出資に関する事項を定めた場合（会 § 207 I, 199 I ③） ※1		現物出資財産の価額	株式会社
	新株予約権の内容として現物出資についての定めがある新株予約権が行使された場合（会 § 284 I, 236 I ③, 281 II） ※1		現物出資財産の価額	株式会社
選任の申立てが任意の場合	株主総会に先立ち、株主総会に係る招集の手続および決議の方法を調査する場合（会 § 306 I II）	公開会社	株主総会に係る招集の手続および決議の方法	① 株式会社 ② 6 か月前から引き続き総株主の議決権の100分の1以上の議決権を有する株主 ※3, 5
		公開会社でない株式会社	株主総会に係る招集の手続および決議の方法	① 株式会社 ② 総株主の議決権の100分の1以上の議決権を有する株主 ※3, 5
	株式会社の業務の執行に関し、不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があることを疑うに足りる事由がある場合（会 § 358 I）		株式会社の業務および財産の状況	① 総株主の議決権の100分の3以上の議決権を有する株主 ※4, 5 ② 発行済株式（自己株式を除く）の100分の3以上の数の株式を有する株主 ※5

※1 一定の要件に該当する場合には申立て不要（会 § 33 X, 207 IX, 284 IX）

※2 これらの者の申立てに基づき、裁判所が選任する

※3 株主総会において決議をすることができる事項（取締役会設置会社にあつては、株主総会の招集の決定の際に定めた株主総会の目的である事項）の全部につき議決権を行使することができない株主を除く

※4 株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株主を除く

※5 これを下回る割合・期間を定款で定めた場合にあつては、その割合・期間

第33問 合名会社及び合資会社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誤っているものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

ア 合名会社の社員が債権を出資の目的とした場合において、当該債権の債務者が弁済期に弁済をしなかったときは、当該社員は、その弁済をする責任を負う。

イ 設立しようとする持分会社が合名会社又は合資会社である場合には、当該持分会社の社員になろうとする者は、定款の作成後、当該持分会社の設立の登記をする時までに出資の履行をすることを要しない。

ウ 合資会社の有限責任社員は、定款を変更してその出資の価額を減少する場合でなければ、当該合資会社に対し、既に出資として払込みをした金銭の払戻しを請求することができない。

エ 合名会社においても、合資会社においても、当該持分会社の業務を執行する社員が、当該持分会社の事業と同種の事業を目的とする会社の取締役となる場合には、当該業務を執行する社員は、当該社員以外の社員の過半数の承認を受けなければならない。

オ 合資会社の無限責任社員が退社した場合において、退社の時における当該会社の財産の状況に従って当該社員と当該会社との間の計算がされた結果、当該社員が負担すべき損失の額が当該社員の出資の価額を超えるときは、特段の事情がない限り、当該社員は当該会社に対してその超過額を支払わなければならない。

1 アイ 2 アオ 3 イウ 4 ウエ 5 エオ

第33問

<正解 4>

TOPICS

本問は、合名会社および合資会社に関する問題である。

近年の本試験では、「持分会社全般」からの出題が多く、合名会社または合資会社に論点を絞った出題がされたのは、平25-34の「合名会社の社員の退社」が最後である。持分会社につき、どのような出題がされた場合であっても、合名会社、合資会社または合同会社の差異を意識して学習することが正解を導くためには重要であるので、再度条文を確認しておいてほしい。

類題 令3-33, 2-32, 平31-33, 30-32, 28-32, 27-32, 23-34, 20-35, 19-34

ア 正しい

持分会社（合名会社，合資会社または合同会社をいう（会 § 575 I）。以下同じ。）の社員は，出資の目的を債権とすることができる（会 § 576 I ⑥，151 I かつこ書）。そして，社員が債権を出資の目的とした場合において，当該債権の債務者が弁済期に弁済をしなかったときは，当該社員は，その弁済をする責任を負う（会 § 582 II 前段）。なお，この場合においては，当該社員は，その利息を支払うほか，損害の賠償をしなければならない（同 II 後段）。

イ 正しい

設立しようとする持分会社が合名会社または合資会社である場合には，当該持分会社の社員になろうとする者は，定款の作成後，当該持分会社の設立の登記をする時までに出資の履行をすることを要しない（会 § 578 本文参照）。なお，設立しようとする持分会社が合同会社である場合には，当該合同会社の社員になろうとする者は，定款の作成後，合同会社の設立の登記をする時までには，その出資に係る金銭の全額を払い込み，またはその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならない（同本文）。

ウ 誤り

持分会社の社員は，定款に別段の定めがある場合を除き，持分会社に対し，既に出資として払込みまたは給付をした金銭等の払戻し（以下「出資の払戻し」という。）を請求することができる（会 § 624 I 前段 II）。この場合において，合同会社の社員が合同会社に対し出資の払戻しの請求をすることができるのは，定款を変更してその出資の価額を減少する場合に限られている（会 § 632 I）。これに対して，合名会社および合資会社の社員は，定款を変更してその出資の価額を減少しない場合であっても，出資の払戻しを請求することができる。本肢においては，定款に会社法の定めと異なる別段の定めはないので（第27問前注意書参照），合資会社の有限責任社員は，定款を変更してその出資の価額を減少しない場合であっても，出資の払戻しを請求することができる。

エ 誤り

業務を執行する社員は，定款に別段の定めがある場合を除き，当該社員以外の社員の全

の承認を受けなければ、①自己または第三者のために持分会社の事業の部類に属する取引をし、または②持分会社の事業と同種の事業を目的とする会社の取締役、執行役もしくは業務を執行する社員となる行為をしてはならない（会 § 594 I）。このことは、持分会社の種類によって異なる。本肢においては、定款に会社法の定めと異なる別段の定めはないので（第27問前注意書参照）、合名会社においても、合資会社においても、当該持分会社の業務を執行する社員が、当該持分会社の事業と同種の事業を目的とする会社の取締役となる場合には、当該業務を執行する社員は、当該社員以外の社員の全員の承認を受けなければならない。

オ 正しい

無限責任社員が合資会社を退社した場合において、退社の時における当該会社の財産の状況に従って当該社員と当該会社との間の計算がされた結果、当該社員が負担すべき損失の額が当該社員の出資の価額を超えるときには、定款に別段の定めがあるなどの特段の事情のない限り、当該社員は、当該会社に対してその超過額を支払わなければならない（最判令 1. 12. 24）。これは、このように解することが、合資会社の設立および存続のために無限責任社員の存在が必要とされていること（会 § 576Ⅲ, 638Ⅱ②, 639Ⅱ）、各社員の出資の価額に応じた割合等により損益を各社員に分配するものとされていること（会 § 622）などの合資会社の制度の仕組みに沿い、合資会社の社員間の公平にもかなうといえるからである。

➡ 以上により、誤っているものはウエであり、正解は4となる。

＜ポイント整理＞

合名会社および合資会社

		合名会社	合資会社		
			無限責任社員	有限責任社員	
構成員		無限責任社員（会 § 576 II I ⑤）	無限責任社員および有限責任社員（会 § 576 III I ⑤）		
定款の記載・記録事項（会 § 576）		① 目的 ② 商号 ③ 本店の所在地 ④ 社員の氏名または名称および住所 ⑤ 社員が無限責任社員または有限責任社員のいずれであるかの別 ⑥ 社員の出資の目的（有限責任社員にあっては、金銭等に限る）およびその価額または評価の標準			
出資	種類の制限	制限なし ※ 労務または信用の出資も可		金銭等（金銭その他の財産、会 § 151）のみ	
	履行時期の制限	制限なし（会 § 578本文参照）			
	責任	・ 社員が金銭を出資の目的とした場合において、その出資をすることを怠ったときは、当該社員は、その利息を支払うほか、損害の賠償をしなければならない（会 § 582 I） ・ 社員が債権を出資の目的とした場合において、当該債権の債務者が弁済期に弁済をしなかったときは、当該社員は、その弁済をする責任を負う（同 II 前段） ※ この場合においては、当該社員は、その利息を支払うほか、損害の賠償をしなければならない（同 II 後段）			
	払戻しの制限	社員は、その出資の目的が金銭等である場合に限り、請求することができる（会 § 624 I 前段、151） ※ 当該財産が金銭以外の財産であるときは、当該財産の価額に相当する金銭の払戻しの請求をすることができる（会 § 624 I 後段） ※ 合同会社と異なり、定款を変更してその出資の価額を減少する場合に限られない（会 § 632 I 参照）			
	業務を執行する社員	業務の執行および決定	・ 定款に別段の定めがある場合を除き、各社員が持分会社の業務を執行する（会 § 590 I） ※ 法人も可（会 § 598 I 参照） ・ 定款に別段の定めがある場合を除き、社員（業務を執行する社員を定款で定めた場合にあっては、業務を執行する社員）が2人以上ある場合には、持分会社の業務は、社員（業務を執行する社員を定款で定めた場合にあっては、業務を執行する社員）の過半数をもって決定をする（会 § 590 II、591 I 前段） ※ 業務を執行する社員を定款で定めた場合であっても、支配人の選任および解任は、定款に別段の定めがある場合を除き、社員の過半数をもって決定する（会 § 591 II） ※ 業務を執行する社員を定款で定めた場合において、その業務を執行する社員の全員が退社したときは、当該定款の定めは、その効力を失う（同 III）		
		競業	業務を執行する社員は、定款に別段の定めがある場合を除き、当該社員以外の社員の全員の承認を受けなければ、①自己または第三者のために持分会社の事業の部類に属する取引をし、または②持分会社の事業と同種の事業を目的とする会社の取締役、執行役もしくは業務を執行する社員となる行為をしてはならない（会 § 594 I）		
利益相反取引		業務を執行する社員は、定款に別段の定めがある場合を除き、①業務を執行する社員が自己または第三者のために持分会社と取引をしようとするとき、または②持分会社が業務を執行する社員の債務を保証することその他社員でない者との間において持分会社と当該社員との利益が相反する取引をしようとするときは、当該社員以外の社員の過半数の承認を受けなければならない（会 § 595 I）			

第34問 事業譲渡等と吸収分割の比較に関する次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

なお、譲渡会社及び吸収分割会社は、いずれも株式会社であるものとする。

- ア 株式会社が他の会社の事業の全部の譲受けをする場合において、当該譲受けについて株主総会の承認を受けることを要しない場合はないが、株式会社が吸収分割により他の株式会社に事業を承継させる場合において、当該吸収分割について株主総会の承認を受けることを要しない場合がある。
- イ 事業の全部の譲渡をする株式会社は、当該譲渡に係る契約の定めにより当該事業の譲受けをする株式会社に承継させる債務の移転を当該譲渡をする株式会社の債権者に対抗するためには、個別に当該債権者の同意を得なければならないが、吸収分割株式会社は、吸収分割契約の定めにより吸収分割承継株式会社に承継させる債務の移転を吸収分割株式会社の債権者に対抗するためには、個別に当該債権者の同意を得ることを要しない。
- ウ 事業の全部の譲渡をする株式会社において、当該事業の譲渡に反対する株主は、株式買取請求をすることはできないが、他の株式会社の事業の重要な一部を吸収分割により承継した吸収分割承継株式会社において、当該吸収分割に反対する株主は、株式買取請求をすることができる。
- エ 事業の全部を譲渡する場合における当該事業譲渡の対価として譲渡会社に交付される財産の種類を、当該事業を譲り受ける株式会社の株式とすることも、吸収分割をする場合における当該吸収分割の対価として吸収分割会社に交付される財産の種類を、吸収分割承継株式会社の株式とすることもできる。
- オ 株式会社が事業の全部を譲渡した場合においては、当該株式会社は、当該譲渡の効力発生日に解散するが、株式会社が吸収分割をした場合においては、当該株式会社は、当該吸収分割の効力発生日に解散することはない。

1 アイ 2 アウ 3 イエ 4 ウオ 5 エオ

第34問

<正解 3>

TOPICS

本問は、事業譲渡と吸収分割の比較に関する問題である。

本試験では、両者の比較を問う出題形式の他に、「事業譲渡」については、令和3年および平成24年に単独での出題がされた。両者の比較を問う形式の問題は、今後の本試験において再度出題される可能性があるので、下記過去問とポイント整理を参考に知識を整理しておいてほしい。

類題 令3-32, 平26-34, 24-32, 21-33

ア 誤り

株式会社が、他の会社（外国会社その他の法人を含む。）の事業の全部の譲受けをする場合において、当該他の会社の事業の全部の対価として交付する財産の帳簿価額の合計額の当該株式会社の純資産額として法務省令（会施規 § 137）で定める方法により算定される額に対する割合が5分の1（これを下回る割合を当該株式会社の定款で定めた場合にあっては、その割合）を超えないときは、当該譲受けの効力発生日の前日までに、株主総会の決議によって、当該譲受けに係る契約の承認を受けることを要しない（会 § 468 II, 467 I ③）。また、吸収分割により吸収分割承継株式会社に承継させる資産の帳簿価額の合計額が吸収分割株式会社の総資産額として法務省令で定める方法（会施規 § 187）により算定される額の5分の1（これを下回る割合を吸収分割株式会社の定款で定めた場合にあっては、その割合）を超えない場合には、吸収分割株式会社においては、当該吸収分割について株主総会の決議による承認を受けることを要しない（会 § 784 II）。したがって、株式会社が他の会社の事業の全部の譲受けをする場合においても、株式会社が吸収分割により他の株式会社に事業を承継させる場合においても、当該譲受けまたは吸収分割について株主総会の承認を受けることを要しない場合がある。

イ 正しい

事業の譲渡に基づく権利義務の承継は特定承継としての性質を有するため、事業の全部の譲渡をする株式会社が当該譲渡に係る契約の定めにより当該事業の譲受けをする株式会社に承継させる債務の移転を当該譲渡をする株式会社の債権者に対抗するためには、個別に当該債権者の同意を得なければならない。これに対して、吸収分割に基づく権利義務の承継は包括承継としての性質を有するため、吸収分割株式会社が吸収分割契約の定めにより吸収分割承継株式会社に承継させる債務の移転を吸収分割株式会社の債権者に対抗するためには、債権者の異議手続をとれば（会 § 789）、個別に当該債権者の同意を得ることを要しない。

ウ 誤り

株式会社が①事業の全部の譲渡、または②事業の重要な一部の譲渡（当該譲渡により譲り渡す資産の帳簿価額が当該株式会社の総資産額として法務省令で定める方法（会施規 § 137）

により算定される額の5分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）を超えないものを除く。）をする場合には、反対株主は、当該株式会社に対し、自己の有する株式を公正な価格で買い取ることを請求することができる（反対株主の株式買取請求、会 § 469 I ②, 468 II, 467 I ①②）。また、他の株式会社の事業の重要な一部を吸収分割により承継した吸収分割承継株式会社の反対株主は、原則として、当該吸収分割承継株式会社に対し、自己の有する株式を公正な価格で買い取ることを請求することができる（会 § 797 I）。したがって、事業の全部の譲渡をする株式会社において、当該事業の重要な一部の譲渡に反対する株主も、他の株式会社の事業の重要な一部を吸収分割により承継した吸収分割承継株式会社において、当該吸収分割に反対する株主も、株式買取請求をすることができる。

エ 正しい

株式会社が事業の譲渡をする場合には、会社法上、その事業譲渡の対価として譲渡会社に交付される財産の種類は金銭に限定されていない（会 § 467参照）。また、株式会社が吸収分割をする場合には、その吸収分割の対価として吸収分割会社に交付される財産の種類は、金銭に限定されておらず、金銭のほか、承継会社の株式、社債、新株予約権、新株予約権付社債その他の財産とすることができる（会 § 758④参照）。したがって、事業の全部を譲渡する場合における当該事業譲渡の対価として譲渡会社に交付される財産の種類を当該事業を譲り受ける株式会社の株式とすることも、吸収分割をする場合における当該吸収分割の対価として吸収分割会社に交付される財産の種類を、吸収分割承継株式会社の株式とすることもできる。

オ 誤り

株式会社が事業の全部を譲渡した場合においても、株式会社が吸収分割をした場合においても、当該株式会社が当該譲渡または吸収分割の効力発生日に解散することはない（会 § 471参照）。

➡ 以上により、正しいものはイエであり、正解は3となる。

＜ポイント整理＞

事業譲渡等と吸収分割

		事業譲渡等	吸収分割
契約の承認	原則	株主総会の特別決議（会 § 467 I, 309 II ⑪）	株主総会の特別決議（会 § 783 I, 795 I, 309 II ⑫）
	略式手続	相手方が特別支配会社である場合には、株主総会の決議は不要（会 § 468 I）	相手方が特別支配会社である場合には、株主総会の決議は不要（会 § 784 I 本文, 796 I 本文） ※ 吸収分割株式会社に対して交付する金銭等の全部または一部が吸収分割承継株式会社の譲渡制限株式である場合であって、吸収分割承継株式会社が公開会社でないときは、吸収分割承継株式会社においては、株主総会の特別決議が必要（会 § 796 I ただし書）
	簡易手続	株式会社は、次の要件の全てを満たす場合には、株主総会の決議は不要（会 § 468 II, 467 I ③） ① 他の会社の事業の全部の譲受けをする場合 ② 当該他の会社の事業の全部の対価として交付する財産の帳簿価額の合計額の、当該株式会社の純資産額として法務省令で定める方法（会施規 § 137）により算定される額に対する割合が5分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）を超えないとき ※ 当該事業の全部の譲受けに係る契約の承認をする株主総会において議決権を行使することができる一定の数の株式（会施規 § 138）を有する株主が、その株主に対してされた事業譲渡等をする旨の通知または公告の日から2週間以内に当該譲受けに反対する旨の通知をしたときを除く（会 § 468 III）	吸収分割により吸収分割承継株式会社に承継させる資産の帳簿価額の合計額が吸収分割株式会社の総資産額として法務省令で定める方法（会施規 § 187）により算定される額の5分の1（これを下回る割合を吸収分割株式会社の定款で定めた場合にあつては、その割合）を超えない場合には、吸収分割株式会社においては株主総会の決議は不要（会 § 784 II）
権利義務の承継の性質		特定承継 ※ 事業の全部の譲渡をする株式会社が当該譲渡に係る契約の定めにより当該事業の譲受けをする株式会社に承継させる債務の移転を当該譲渡をする株式会社の債権者に対抗するには、個別に当該債権者の同意を得なければならない	包括承継 ※ 吸収分割株式会社が吸収分割契約の定めにより吸収分割承継株式会社に承継させる債務の移転を吸収分割株式会社の債権者に対抗するには、債権者の異議手続をとれば（会 § 789）、個別に当該債権者の同意を得ることを要しない
債権者の異議手続の要否		不要（会 § 467～470参照） ※ 株式会社が事業の全部または一部の譲渡をする場合において、当該事業を構成する債務を事業の譲受けをする会社に移転させるためには、個別にその債権者の同意を得なければならない	・吸収分割株式会社 →吸収分割後吸収分割株式会社に対して債務の履行（当該債務の保証人として吸収分割承継会社と連帯して負担する保証債務の履行を含む）を請求することができない吸収分割株式会社の債権者がある場合には、必要（会 § 789 I ② II） ※ 吸収分割株式会社が吸収分割の効力発生日に取得対価または配当財産を吸収分割の際に交付される吸収分割承継株式会社の株式（吸収分割承継株式会社の株式に準ずるもの（会施規 § 178）を含む。）のみとする全部取得条項付種類株式の取得（会 § 171 I）または剰余金の配当をする旨を吸収分割契約で定めた場合は、常に必要（会 § 789 II I ② かつ ③ 書, 758 ⑧） ・吸収分割承継株式会社 →常に必要（会 § 799 I ②）
対価となる財産の種類		制限なし（会 § 467参照）	金銭のほか、承継会社の株式、社債、新株予約権、新株予約権付社債その他の財産とすることができる（会 § 758 ④参照）
無効の主張		必ずしも訴えをもって主張することを要しない（会 § 828 I 参照）	訴えをもってのみ主張することができる（会 § 828 I ⑨）

第35問 商人（小商人，会社及び外国会社を除く。）の商業使用人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誤っているものの組合せは，後記1から5までのうち，どれか。

ア 商人の営業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人は，当該事項に関する一切の裁判外の行為をすることができる。

イ 支配人の行為が，当該支配人が代理権を有する商人の営業に関する行為に当たるかどうかは，当該支配人の行為の性質・種類等を勘案し，客観的・抽象的に観察して判断される。

ウ 商人が支配人でない営業所の使用人に対し営業所長の肩書を付していた場合において，当該使用人は，相手方が悪意であった場合を除き，当該営業所の営業に関し，一切の裁判外の行為をする権限を有するものとみなされる。

エ 商人の支配人は，商人の許可を受けたときであっても，商人の営業の部類に属する業務を目的とする会社の使用人となることはできない。

オ 支配人は，商人の許可を受けなければ他の使用人を選任し，又は解任することはできない。

1 アウ 2 アエ 3 イウ 4 イオ 5 エオ

第35問

<正解 5>

TOPICS

本問は、商業使用人に関する問題である。

本試験でも過去に何度か出題されている論点であり、今後も問われる可能性は高いと思われる。商法の問題では、条文の正確な知識は必須であるが、肢イや肢ウのような判例の知識もこの機会に必ず確認しておいてほしい。

類題 平28－35, 24－35

ア 正しい

商人の営業に関するある種類または特定の事項の委任を受けた使用人は、当該事項に関する一切の裁判外の行為をする権限を有する（商 § 25 I）。

イ 正しい

支配人は、商人に代わってその営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有する（商 § 21 I）。そして、当該営業に関する行為とは、営業の目的たる行為のほか、営業のために必要な行為を含むものであり、かつ、営業に関する行為にあたるかどうかは、当該行為につき、その行為の性質・種類等を勘案し、客観的・抽象的に観察して決すべきものとされる（最判昭54.5.1, 昭32.3.5）。

ウ 正しい

商人の営業所の営業の主任者であることを示す名称を付した使用人は、当該営業所の営業に関し、一切の裁判外の行為をする権限を有するものとみなす（表見支配人、商 § 24本文）。ただし、相手方が悪意であったときは、この限りでない（同ただし書）。なお、相手方が悪意であることは、営業主である商人の方で立証責任を負うことになる（最判昭32.11.22）。

エ 誤り

支配人は、商人の許可を受けなければ、①自ら営業を行うこと、②自己または第三者のためにその商人の営業の部類に属する取引をすること、③他の商人または会社もしくは外国会社の使用人となること、または④会社の取締役、執行役または業務を執行する社員となることをしてはならない（競業の禁止、商 § 23 I）。したがって、商人の支配人は、商人の許可を受けたときは、商人の営業の部類に属する業務を目的とする株式会社の取締役となることができる。

オ 誤り

支配人は、他の使用人を選任し、または解任することができる（商 § 21 II）。そして、当該選任または解任について、商人の許可を受けることを要しない。これが認められなければ、商人に代わってその営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有効に遂行できないからである（同 I）。

➡ 以上により、誤っているものはエオであり、正解は5となる。

＜ポイント整理＞

商法上の商業使用人

支配人	代理権	支配人は、特定の営業所における営業のために選任され、商人に代わってその営業に関する一切の裁判上および裁判外の行為をする権限を有する（商 § 20, 21 I）
	他の使用人の選解任	支配人は、他の使用人を選任し、または解任することができる（商 § 21 II）
	代理権に加えた制限	善意の第三者に対抗することができない（商 § 21 III）
	競業の禁止	支配人は、商人の許可を受けなければ、次に掲げる行為をしてはならない（商 § 23 I） ① 自ら営業を行うこと ② 自己または第三者のためにその商人の営業の部類に属する取引をすること ③ 他の商人または会社もしくは外国会社の使用人となること ④ 会社の取締役、執行役または業務を執行する社員となること
	表見支配人	商人の営業所の営業の主任者であることを示す名称を付した使用人は、当該営業所の営業に関し、一切の裁判外の行為をする権限を有するものとみなされる（商 § 24 本文） ※ 相手方が悪意であるときを除く（同ただし書） → 相手方が悪意であることは、営業主である商人の方で立証責任を負うことになる（最判昭32. 11. 22）
ある種類または特定の事項の委任を受けた使用人	代理権	商人の営業に関するある種類または特定の事項の委任を受けた使用人は、当該事項に関する一切の裁判外の行為をする権限を有する（商 § 25 I）
	代理権に加えた制限	善意の第三者に対抗することができない（商 § 25 II）
物品の販売等を目的とする店舗の使用人の代理権		物品の販売等（販売、賃貸その他これらに類する行為をいう）を目的とする店舗の使用人は、その店舗に在る物品の販売等をする権限を有するものとみなされる（代理権の擬制、商 § 26 本文） ※ 相手方が悪意であるときを除く（同ただし書）

記述式

第36問 別紙1－1の登記がされている不動産（以下「A土地」という。）について、司法書士司法護は、令和3年11月1日、甲野一郎から登記に関する相談を受け、後記〔令和3年11月1日に甲野一郎から聴取した内容〕の事実関係を聴取した。これに対し、司法書士司法護は、後記〔令和3年11月1日の司法書士司法護の説明の内容〕のとおり説明し、甲野一郎の了承を得た。

令和4年3月17日、司法書士司法護は、A土地について、甲野一郎から登記に関する相談を受け、後記〔令和4年3月17日に甲野一郎から聴取した内容〕の事実関係を聴取した。これに対し、司法書士司法護は、後記〔令和4年3月17日の司法書士司法護の説明の内容〕のとおり説明し、甲野一郎の了承を得た。そして、同月19日、司法書士司法護は、甲野一郎から、判決に基づいて甲野太郎に名義を戻す登記を申請するために必要な手続を同月18日に終えた旨の報告を受け、これまでに聴取した事実関係に基づいて申請すべき登記の申請手続について代理することの依頼を受けた。司法書士司法護はこれを受諾し、同月27日、必要な登記の申請を行った。

同年6月16日、司法書士司法護は、上記の登記が完了したA土地及び別紙1－3の登記がされている不動産（以下「B土地」という。）について、甲野三郎から登記に関する相談を受け、後記〔令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容〕の事実関係を聴取した。そして、同月18日、関係する当事者の全員からこの事実関係に基づいて申請すべき登記の申請手続について代理することの依頼を受け、同日、司法書士司法護は必要な登記の申請を行った。

以上に基づき、後記の問1から問4までに答えなさい。

〔令和3年11月1日に甲野一郎から聴取した内容〕

- 1 私の父である甲野太郎が所有している不動産について、問題が生じているので、司法先生に相談したいと思います。
- 2 A土地は、父が所有しているのですが、今、加賀五郎から、A土地の明渡しを要求されています。まったく意味が分からないのですが、A土地の登記記録を確認したところ、なんと、父から加賀五郎に所有権が移転した旨の登記がされています。
- 3 父に事情を尋ねたところ、よく分からないといった反応でした。父は、高齢になって、一昨年あたりからだいぶ認知機能が低下しています。
- 4 父の家に置いてあったA土地の売買契約書を見たら、明らかに父ではない別人の筆跡でした。いくら何でもこれはおかしいので、売買の無効や登記の抹消を求める訴えを起こしたいと思っています。

- 5 ただ、父は高齢で、認知症の症状があるので、自分で裁判をしたり、弁護士に委任することは難しいと思います。この場合は、どうすれば良いのでしょうか。

〔令和3年11月1日の司法書士司法護の説明の内容〕

本人に認知症の症状がある場合は、程度にもよりますが、自分で訴訟をしたり弁護士に委任することは法的に難しいと思います。その場合は、お父さんについて成年後見開始の申立てをして、成年後見人がお父さんを代理して訴訟や訴訟の委任をする必要があります。

〔令和4年3月17日に甲野一郎から聴取した内容〕

- 1 お世話になっております。以前にアドバイスをいただいたように、父甲野太郎について、家庭裁判所に成年後見開始の申立てをしました。そして、昨年の年末にその開始の決定がされ、私が成年後見人となりました。
- 2 私は、加賀五郎を相手にして、A土地の売買契約が無効であることを理由に、所有権の移転の登記の抹消を求める訴えを提起することにしました。ただ、私自身が裁判をすることは難しいので、弁護士に依頼して、裁判をしてもらいました。
- 3 結果として、私の勝訴となりました。売買の無効を原因として、加賀五郎に対する所有権の移転の登記の抹消の手続が命じられています。売買契約書の父の署名が、父の筆跡とはまったく違っていたので、比較的簡単に裁判は終了したようでした。この判決は、今月の14日に確定しています。

〔令和4年3月17日の司法書士司法護の説明の内容〕

今、インターネットを利用して、A土地の登記記録を確認したのですが（別紙1－2）、現在、加賀五郎から財部六郎に対して所有権が移転した旨の登記がされています。この場合、A土地について、判決に基づいて甲野太郎さんに登記の名義を戻すためには、その前提として、成年後見人の甲野一郎さんに (ア) という手続をしていただく必要があります。その手続が終わったら、ご連絡ください。

〔令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容〕

- 1 はじめまして。甲野一郎の子の甲野三郎です。父から、A土地の登記の手続について司法先生にお世話になっていると聞いております。
- 2 先月の17日、父の甲野一郎と祖父の甲野太郎が死亡しました。父が祖父を連れて病

院に行く途中、交通事故にあってしまいました。祖父は即死でしたが、父も、その日のうちに亡くなりました。死亡の記載のある祖父と父の戸籍事項の証明書は、別紙2-1と別紙2-2です。

- 3 父と祖父の相続関係は、別紙3です。
- 4 祖父は、生前に遺言を残していました（別紙4）。これには、B土地の持分を父に相続させると記載されています。それはありがたいのですが、祖父は成年後見開始の審判を受けており、また父も亡くなっていますので、（イ）この遺言の効力はどうなるのでしょうか。
- 5 今月の3日、関係当事者全員の間で、次のような内容の遺産分割の協議が調いました。きちんと遺産分割協議書が作成され、皆が実印で押印しています。

- (1) 甲野太郎が有していた財産のうち、A土地は、甲野二郎が単独で相続する。
- (2) 甲野太郎が有していた財産のうち、B土地の共有持分については、甲野太郎の遺言が有効であれば遺言のとおりとし、遺言が有効でない場合には甲野三郎が単独で相続する。
- (3) 甲野一郎が有していた財産は、全て、甲野三郎が相続する。
- (4) 甲野一郎が株式会社Xファイナンスに対して負担していた平成29年5月10日付けの借入金債務については、甲野三郎が単独で相続する。

- 6 父が負担していた債務を、私が単独で相続することについては、事前に株式会社Xファイナンスに相談しており、その承諾が得られています。
- 7 今月の13日、私と株式会社Xファイナンスは、B土地の乙区1番で設定されている抵当権と同一の債権を担保するため、B土地について抵当権が設定されていない持分に新たに抵当権を設定する契約を締結しました（別紙5）。

〔事実関係に関する補足〕

- 1 司法書士司法護が令和4年3月27日に行った登記の申請は、翌月2日に完了している。
- 2 登記申請に当たって法律上必要な手続は、各申請日までに全てされている。
 なお、登記原因につき第三者の許可、同意又は承諾を要する場合には、各契約までにそれぞれ当該第三者の許可、同意又は承諾を得ている。また、登記上の利害関係を有する第三者の承諾を要する場合には、各申請日までに、当該第三者の承諾を得ている。

- 3 各関係当事者から聴取した内容は、全て真実に合致している。
- 4 法令の規定により、登記権利者又は登記名義人が単独で申請することができる登記については、当該登記権利者又は登記名義人が単独で登記を申請するものとする。
- 5 司法書士司法護は、複数の不動産に関する登記を申請する場合には、A土地に関する登記を申請し、その後にB土地に関する登記を申請する。また、同一の不動産について複数の登記を申請する場合には、権利部（甲区）に関する登記を申請し、その後に権利部（乙区）に関する登記を申請する。
- 6 司法書士司法護は、複数の登記を申請する場合には、申請件数及び登録免許税の額が最も少なくなるように登記を申請するものとする。
- 7 司法書士司法護が行った登記の申請において、複数の登記の申請があり、かつ、申請の前後を問わないものがあるときには、登記原因の日付の古い順に登記を申請し、当該複数の登記の申請のうち登記原因の日付の先後が不明なものがあるときには、任意の順番で申請するものとする。
- 8 本件の関係当事者間には、各当事者から聴取した内容及び各別紙に記載されている権利義務以外には、登記をすべき実体上の権利義務関係は存在しない。
- 9 A土地及びB土地は、いずれも大阪法務局天王寺出張所の管轄に属している。また、司法書士司法護は、いずれの登記の申請も、管轄登記所に書面を提出する方法により行ったものとする。
- 10 各登記の申請日におけるA土地の課税標準の額は2,680万1,152円とし、B土地の課税標準の額は1,960万2,940円とする。

問1 【令和4年3月17日の司法書士司法護の説明の内容】中の（ア）の空欄部分に入るべき手続の内容を、別紙答案用紙の第1欄に記載しなさい。

問2 【令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容】4中の（イ）の波線部に関し、次の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) この遺言が適法に効力を生じていると考える場合は「効力を生じている」を、適法に効力を生じていないと考える場合は「効力を生じていない」を、別紙答案用紙の第2欄(1)の欄に記載しなさい。
- (2) 上記(1)のように考えるに至った理由を、本問の事実関係に即して、①遺言者の遺言能力の観点及び②受益の相続人の権利能力の観点から、別紙答案用紙の第2欄(2)の欄に記載しなさい。

問3 司法書士司法護が令和4年3月27日に申請した権利の登記の申請情報の内容のうち、登記の目的、登記記録の「権利者その他の事項」欄に記録される情報及び申請人（以下「申請事項等」という。）、添付情報並びに登録免許税額を、司法書士司法護が申請した登記の順に従って、別紙答案用紙の第3欄(1)から(3)までの各欄に記載しなさい。

問4 司法書士司法護が令和4年6月18日に申請した権利の登記の申請情報の内容のうち、登記の目的、申請事項等、添付情報及び登録免許税額を、司法書士司法護が申請した登記の順に従って、別紙答案用紙の第4欄(1)から(6)までの各欄に記載しなさい。

（答案作成に当たっての注意事項）

- 1 第36問答案用紙の第3欄及び第4欄の申請事項等欄の「上記以外の申請事項等」欄に解答を記載するに当たっては、次の要領で行うこと。
 - (1) 「上記以外の申請事項等」欄には、登記記録の「権利者その他の事項」欄に記録される情報のうち登記原因及びその日付を除いた情報並びに申請人を記載する。
 - (2) 申請人について、「権利者」、「義務者」、「申請人」、「所有者」、「(被承継会社)」等の表示も記載する。
 - (3) 申請人又は債務者について、住所又は本店所在地、代表機関の資格及び氏名並びに会社法人等番号は、記載することを要しない。
 - (4) 申請人が法令に掲げる者のいずれであるかを申請情報の内容とすべきときは、「民法423条1項」の振り合いで、当該法令を記載する。
- 2 第36問答案用紙の第3欄及び第4欄の添付情報欄に解答を記載するに当たっては、次の要領で行うこと。
 - (1) 添付情報の解答は、その登記の申請に必要な添付情報を後記【添付情報一覧】から選択し、その記号（アからヒまで）を記載する。
 - (2) 後記【添付情報一覧】のアからヒまでに掲げられた情報以外の情報（登記の申請に関する委任状等）は、記載することを要しない。
 - (3) 法令の規定により添付を省略することができる情報及び提供されたものとみなされる情報についても、後記【添付情報一覧】から選択し、その記号（アからヒまで）を記載する。
 - (4) 後記【添付情報一覧】のヌに掲げられた印鑑に関する証明書は、登記名義人と

なる者の住所を証する情報としては使用しないものとする。

- (5) 後記【添付情報一覧】のノ又はハの一方又は双方を記載するときは、それぞれの記号の後に続けて、ノ又はハの括弧書きの「(何某のもの)」に当該第三者の氏名又は名称を「ノ(株式会社X銀行)」の要領で記載する。
- (6) 後記【添付情報一覧】に掲げられた添付情報のうち、発行日、作成日等の日付が明示されておらず、かつ、登記の申請に際して有効期限の定めがあるものは、登記の申請時において、全て有効期限内であるものとする。
- 3 第36問答案用紙の第3欄及び第4欄の各項目の欄に申請すべき登記の申請情報等の内容を記載するに当たり、記載すべき情報等がない場合には、その欄に「なし」と記載すること。
- 4 申請すべき登記がない場合には、第36問答案用紙の第3欄及び第4欄の**登記の目的欄**に「登記不要」と記載すること。
- 5 別紙は、いずれも、実際の様式とは異なる。また、別紙には記載内容の一部が省略されているものがあり、別紙を含め、登記の申請に必要な添付情報は、いずれも、各当事者から聴取した内容に沿う形で、法律上適式に作成されているものとする。
- 6 数字を記載する場合には算用数字を使用すること。
- 7 登録免許税が免除され、又は軽減される場合には、その根拠となる法令の条項を登録免許税欄に登録免許税額（非課税である場合は、その旨）とともに記載する。
- なお、登録免許税額の算出について、登録免許税法以外の法令による税の減免の規定の適用はないものとする。
- 8 第36問答案用紙の**各欄に記載する文字は字画を明瞭にし**、訂正、加入又は削除をするときは、訂正は訂正すべき字句に線を引き、近接箇所に訂正後の字句を記載し、加入は加入する部分を明示して行い、削除は削除すべき字句に線を引いて、訂正、加入又は削除をしたことが明確に分かるように記載すること。ただし、押印や字数を記載することは要しない。

【添付情報一覧】

- ア 甲野太郎の戸籍全部事項証明書（別紙２－１）
- イ 甲野一郎の戸籍全部事項証明書（別紙２－２）
- ウ 甲野太郎の遺言書（別紙４。家庭裁判所の検認手続がされたもの）
- エ 抵当権追加設定契約書（別紙５）
- オ 成年後見人甲野一郎が加賀五郎を被告として提起した裁判における判決書正本及びその確定証明書
- カ 成年後見人甲野一郎が令和４年３月１８日に行った手続に関する書面
- キ 甲野太郎の相続人の範囲を証する戸籍全部事項証明書，除籍謄本，改製原戸籍の謄本及び甲野太郎の相続人の戸籍一部事項証明書（ア及びイを除く）
- ク 甲野一郎の相続人の範囲を証する戸籍全部事項証明書，除籍謄本，改製原戸籍の謄本及び甲野一郎の相続人の戸籍一部事項証明書（ア及びイを除く）
- ケ 甲野太郎の住民票の除票（本籍地が記載されたもの）
- コ 甲野一郎の住民票の除票（本籍地が記載されたもの）
- サ 亡甲野太郎に関する遺産分割の協議書（協議者の印鑑証明書付）
- シ 亡甲野一郎に関する遺産分割の協議書（協議者の印鑑証明書付）
- ス 亡甲野一郎の債務を甲野三郎が単独で承継することについての株式会社Xファイナンスの承諾を証する情報
- セ A土地甲区１番の登記済証
- ソ A土地甲区２番の登記識別情報
- タ A土地甲区４番の登記識別情報
- チ B土地甲区１番の登記済証
- ツ B土地甲区２番の登記識別情報
- テ B土地乙区１番の登記識別情報
- ト 令和４年３月２７日付け申請により通知される登記識別情報
- ナ 令和４年６月１８日付け申請により通知される登記識別情報
- ニ 登記権利者又は相続人の住民票の写し
- ヌ 登記義務者である自然人の作成後３か月以内の印鑑に関する証明書
- ネ 甲野太郎の後見登記についての登記事項証明書
- ノ 登記原因につき第三者の許可，同意又は承諾を証する情報（何某のもの）
- ハ 登記上の利害関係を有する第三者の承諾を証する情報（何某のもの）
- ヒ 申請人である法人の会社法人等番号

2022年合格目標・合格力完成答練

別紙 1－1 A 土地の登記事項証明書（抜粋）

表 題 部（土地の表示）		調製	【略】		不動産番号	【略】
地図番号	余 白	筆界特定		余 白		
所 在	大阪市阿倍野区赤坂一丁目				余 白	
① 地 番	② 地 目	③ 地 積 m ²		原因及びその日付〔登記の日付〕		
2 番 3	宅地	150 00		【略】		

権 利 部（甲 区）（所 有 権 に 関 す る 事 項）			
順位番号	登記の目的	受付年月日・受付番号	権 利 者 そ の 他 の 事 項
1	所有権移転	昭和45年 5 月11日 第5152号	原因 昭和45年 4 月 2 日相続 所有者 大阪市西区東二丁目 2 番 2 号 甲 野 太 郎
2	所有権移転	令和 3 年10月 6 日 第11111号	原因 令和 3 年10月 6 日売買 所有者 大阪市浪速区千駄木五丁目 4 番 3 号 加 賀 五 郎

これは登記記録に記録されている事項の全部を証明した書面である。ただし、登記記録の乙区に記録されている事項はない。

令和 3 年10月25日

大阪法務局天王寺出張所

登記官 ○ ○ ○ ○ 印

別紙 1－2 インターネット登記情報提供サービスを利用して取得した A 土地の登記の記録
※ 表題部は省略した。

2022／3／17 10：16 現在の情報です。

権 利 部 (甲 区) (所 有 権 に 関 す る 事 項)			
順位番号	登記の目的	受付年月日・受付番号	権 利 者 そ の 他 の 事 項
1	【略】	【略】	【略】
2	【略】	【略】	【略】
3	処分禁止仮処分	令和 3 年12月15日 第12129号	原因 令和 3 年12月14日大阪地方裁判所仮 処分命令 債権者 大阪市西区東二丁目 2 番 2 号 甲 野 太 郎
4	所有権移転	令和 4 年 2 月14日 第225号	原因 令和 4 年 2 月14日売買 所有者 大阪市住之江区豊洲六丁目 5 番 4 号 財 部 六 郎

2022年合格目標・合格力完成答練

別紙 1－3 B 土地の登記事項証明書（抜粋）

表 題 部（土地の表示）		調製	【略】		不動産番号	【略】
地図番号	余 白	筆界特定		余 白		
所 在	大阪市阿倍野区新橋二丁目				余 白	
① 地 番	② 地 目	③ 地 積 m ²		原因及びその日付〔登記の日付〕		
3 番 4	宅地	125 00		【略】		

権 利 部（甲 区）（所 有 権 に 関 す る 事 項）			
順位番号	登記の目的	受付年月日・受付番号	権 利 者 そ の 他 の 事 項
1	所有権移転	昭和45年 5 月 11 日 第5152号	原因 昭和45年 4 月 2 日相続 所有者 大阪市西区東二丁目 2 番 2 号 甲 野 太 郎
2	所有権一部移転	平成22年 6 月 17 日 第6170号	原因 平成22年 6 月 17 日贈与 共有者 大阪市北区南三丁目 2 番 1 号 持分 3 分の 1 甲 野 一 郎

権 利 部（乙 区）（所 有 権 以 外 の 権 利 に 関 す る 事 項）			
順位番号	登記の目的	受付年月日・受付番号	権 利 者 そ の 他 の 事 項
1	甲野一郎持分抵当 権設定	平成29年 5 月 10 日 第5000号	原因 平成29年 5 月 10 日金銭消費貸借同日 設定 債権額 金1,000万円 利息 年 2 % 損害金 年14% 債務者 大阪市北区南三丁目 2 番 1 号 甲 野 一 郎 抵当権者 大阪市中央区中央一丁目 1 番 1 号 株式会社 X ファイナンス

これは登記記録に記録されている事項の全部を証明した書面である。

令和 4 年 6 月 1 日

大阪法務局天王寺出張所

登記官

○ ○ ○ ○

印

別紙2－1

本 籍 氏 名	岐阜県岐阜市利府412番地 甲 野 太 郎
戸籍事項 戸籍改製	【略】
戸籍に記録され ている者 除 籍	【名】太 郎
身分事項 出 生 婚 姻 死 亡	【出生日】昭和14年1月1日 【婚姻日】昭和39年10月12日 【配偶者氏名】豊田市子 【死亡日時】令和4年5月17日午前11時15分
戸籍に記録され ている者	【以下、略】

これは、戸籍に記録されている事項の全部を証明した書面である。

令和4年6月1日

岐阜市長 ○ ○ ○ ○ 印

2022年合格目標・合格力完成答練

別紙2－2

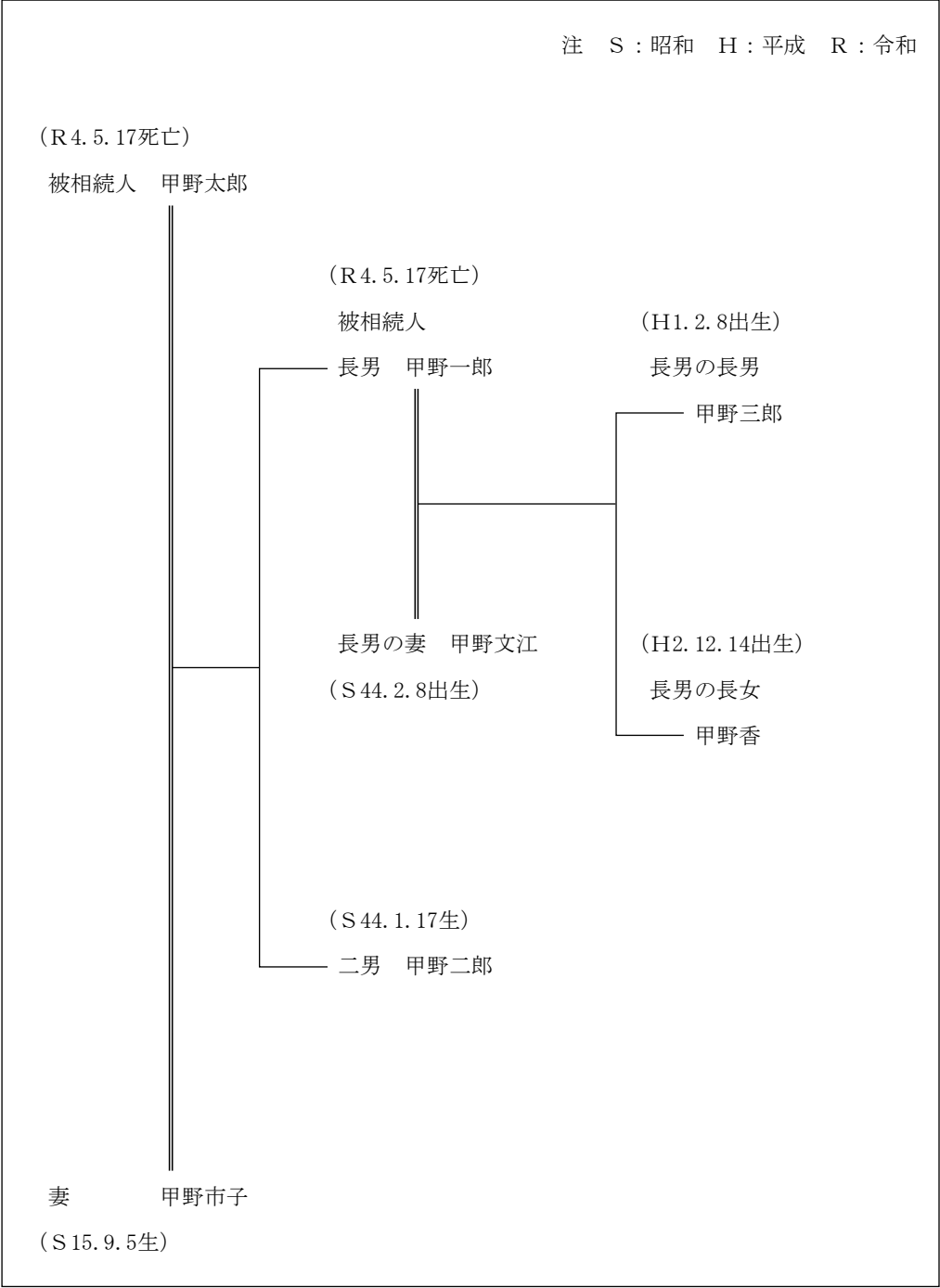
本 籍 氏 名	岐阜県岐阜市利府412番地 甲 野 一 郎
戸籍事項 戸籍改製	【略】
戸籍に記録され ている者 除 籍	【名】一 郎
身分事項 出 生 婚 姻 死 亡	【出生日】昭和41年1月10日 【婚姻日】昭和63年8月11日 【配偶者氏名】桜井文江 【死亡日時】令和4年5月17日午後4時30分
戸籍に記録され ている者	【以下、略】

これは、戸籍に記録されている事項の全部を証明した書面である。

令和4年6月1日

岐阜市長 ○ ○ ○ ○ 

別紙3



別紙 4

遺 言 書

遺言者 甲野太郎 は、この遺言書により次のとおり遺言する。

1. 下記の不動産について私の有する持分（持分 3 分の 2）は、長男の甲野一郎（昭和 41 年 1 月 10 日生）に相続させる。

記

物件の表示

当欄には、B 土地の表示が記載されているものとする。

【以下、略】

上記は、すべて私の自筆によるものであり、以下に署名、押印する。

平成28年12月31日

大阪市西区東二丁目 2 番 2 号

甲 野 太 郎



別紙 5

抵当権追加設定契約書

令和4年6月13日

大阪市中央区中央一丁目1番1号

抵当権者（甲） 株式会社Xファイナンス

代表取締役 田 沢 敏 行 ㊞

大阪市北区南三丁目2番1号

債務者兼設定者（乙） 甲 野 三 郎 ㊞

甲及び乙は、下記不動産（以下「本件物件」という）の順位番号甲区2番で登記された持分の上に平成29年5月10日付け抵当権設定契約により設定された抵当権（同日大阪法務局天王寺出張所受付第5000号登記済）の追加担保として、本件物件の乙の所有権の残部を目的として、甲のために下記内容の抵当権の追加設定をする。

（被担保債権）

原 因 平成29年5月10日付け金銭消費貸借契約による貸付金

債 権 額 金1,000万円

利 息 年2%

損 害 金 年14%

債 務 者 大阪市北区南三丁目2番1号 甲 野 三 郎

（不動産の表示）

当欄には、B土地の表示が記載されているものとする。

2022年合格目標 合格力完成答練 第1回

不動産登記法 記述式解答例

第1欄 手続の内容

財部六郎に対し、A土地甲区4番の登記を抹消する旨を内容証明郵便で通知する

第2欄 (1) 遺言の効力

効力を生じている

(2) (1)のように考える理由

・遺言者の遺言能力の観点

遺言者は、遺言をする時において能力を有しなければならないところ、本問の遺言といえるから。

・受益の相続人の権利能力の観点

特定の財産を特定の相続人に相続させる旨の遺言がされた場合、遺言者が死亡するが、本問の受益の相続人である甲野一郎は、遺言者である甲野太郎が死亡した時点で

第3欄 (1)

登記の目的		4番所有権抹消
申請事項等	登記原因及びその日付	仮処分による失効
	上記以外の申請事項等	義務者 財 部 六 郎 申請人 甲 野 太 郎
添付情報		カ, ネ
登録免許税額		金1,000円

者である甲野太郎は、遺言をした平成28年12月31日の時点においては意思能力を有していた

以前に受益の相続人が死亡したときは、その遺言に係る条項は効力を生じないとされている
は生きていたから。

(2)	(3)
2 番所有権抹消	登記不要
売買無効	
権利者（申請人） 甲 野 太 郎 義務者 加 賀 五 郎	
オ、ネ	
金1,000円	

第4欄

(1)

登記の目的		所有権移転
申請事項等	登記原因 及びその日付	令和4年5月17日相続
	上記以外の 申請事項等	相続人（被相続人 甲野太郎） 甲 野 二 郎
添付情報		ア，イ，キ，ク，ケ，サ，ニ
登録免許税額		金10万7,200円

(4)

登記の目的		1 番抵当権変更
申請事項等	登記原因 及びその日付	令和4年5月17日相続
	上記以外の 申請事項等	変更後の事項 債務者 甲 野 三 郎 権利者 株式会社Xファイナンス 義務者 甲 野 三 郎
添付情報		イ，ク，コ，シ，ス，ナ，ヒ
登録免許税額		金1,000円

(2)

	甲野太郎持分全部移転	甲野一郎持分全部移転
	令和4年5月17日甲野一郎相続同日相続	令和4年5月17日相続
	相続人（被相続人 甲野太郎） 持分3分の2 甲 野 三 郎	相続人（被相続人 甲野一郎） 持分3分の1 甲 野 三 郎
	ア, イ, ウ, キ, ク, ケ, シ, ニ ※	イ, ク, コ, シ, ニ
	金5万2,200円	金2万6,100円

※ 「キ」は記載しなくても差し支えない。

(5)

	1番抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更 (付記)	登記不要
	平成29年5月10日金銭消費貸借令和4年6月 13日設定	
	権利者 株式会社Xファイナンス 義務者 甲 野 三 郎	
	エ, ナ, ヌ, ヒ	
	金1,500円（登録免許税法第13条第2項）	

(6)

I 出題の趣旨

- ・仮処分による失効に基づく所有権の登記の抹消，判決に基づく所有権の登記の抹消
処分禁止の登記に後れる登記がある場合に申請すべき登記の判断，その登記をするために前提として必要となる手続の判断，判決によって登記手続が命じられた場合の申請人や添付情報の判断と，それらの登記の手続について正確に理解しているかを問うものである。
- ・相続による所有権の移転の登記
数人が同じ日に死亡した場合の相続人の判断，数次に相続が開始した場合に申請すべき登記の判断と，その登記の手続について正確に理解しているかを問うものである。
- ・相続による抵当権の債務者の変更の登記
抵当権の被担保債務について遺産分割がされた場合に申請すべき登記の判断と，その登記の手続について正確に理解しているかを問うものである。
- ・抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更の登記
所有権の残部を目的として抵当権の追加設定がされた場合に申請すべき登記の判断と，その登記の手続について正確に理解しているかを問うものである。

II 論点

仮処分による失効に基づく所有権の登記の抹消

売買無効による所有権の移転の登記の抹消

- 1 所有権の移転の登記の抹消
- 2 判決による登記
- 3 処分禁止仮処分の意義
- 4 処分禁止の登記に後れる登記の抹消
- 5 成年後見の開始
- 6 後見人の権限

相続による所有権の移転の登記

- 1 相続の開始，効果
- 2 相続人
- 3 遺産分割
- 4 遺言による遺産分割方法の指定（特定財産承継遺言）
- 5 相続による所有権の移転の登記
- 6 数次に相続が開始した場合の登記

相続による抵当権の債務者の変更の登記

- 1 相続による抵当権の債務者の変更の登記
- 2 債務について遺産分割がされた場合の登記の手続

抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更の登記

1 抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更の登記

III 解説

仮処分による失効に基づく所有権の登記の抹消

売買無効による所有権の移転の登記の抹消

1 所有権の移転の登記の抹消

所有権の移転の登記がされたが、その登記の原因たる契約が解除された、あるいは登記の原因たる契約が無効であったような場合には、所有権は移転していなかったことになるので、所有権の移転の登記の抹消を申請することができる。

所有権の移転の登記の抹消は、前の所有権の登記名義人を登記権利者、抹消される現在の所有権の登記名義人を登記義務者として、共同で申請する（不登 § 60）。

所有権の移転の登記の抹消を申請する場合に、登記上の利害関係を有する第三者が存在するときは、申請情報と併せて、その者が作成した承諾を証する情報またはその者に対抗することができる裁判があったことを証する情報を提供することを要する（不登令別表26 添付情報欄へ）。

→ 登記上の利害関係を有する第三者に該当するのは、抹消される所有権の登記がされた後に抵当権の設定の登記を受けた者等である。

2 判決による登記

共同で申請すべき登記の当事者の一方が他方に対して、一定内容の登記手続を命ずる確定判決を得たときは、その判決を得た者が単独で登記を申請することができる（不登 § 63 I）。判決により、被告の登記申請の意思表示が擬制されるからである（民執 § 177 I）。

そのため、登記権利者が登記義務者に対し、所有権の移転の登記の抹消の手続を命ずる確定判決を得たときは、登記権利者が単独でその登記の抹消を申請することができる。

判決に基づく登記は、判決を得た者が単独で申請することができ、登記権利者と登記義務者の共同申請の形ではないので、申請情報と併せて、登記義務者の登記識別情報を提供することを要しない（不登 § 22 参照）。

3 処分禁止仮処分の意義

不動産について物権変動が生じたが、登記義務者が登記の手続に協力しない場合、登記権利者は登記義務者を被告として登記手続を命ずる確定判決を得て、単独で登記を申請することができる（不登 § 63 I）。しかし、判決を得るまでには相当の日数を要するので、その間に登記義務者が当該不動産について第三者のために登記をしてしまうなど、様々な不都合が生ずるおそれがある。

このように、その現状の変更により債権者が権利を実行することができなくなるおそれ

があるとき、または権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるときは、不動産の権利に関する登記の請求権を有する者は、その登記の請求権等の係争物に対する給付請求権を保全するために、裁判所に対し「係争物に関する仮処分命令」を申し立て、その不動産についての処分禁止の仮処分命令を得ることができる（民保 § 23 I, 24）。

不動産の権利に関する登記請求権を保全するために処分禁止の仮処分命令が発せられた場合には、その不動産に関する権利について裁判所書記官の囑託により処分禁止の登記がされる（民保 § 53 I III）。

4 処分禁止の登記に後れる登記の抹消

(1) 意義

処分禁止の登記がされた後でも、仮処分債務者はその仮処分の目的である権利を処分することができ、その処分に基づく登記を申請することができる（最判昭37.6.8, 相対的効力）。ただし、処分禁止の登記に後れて登記された第三者の権利の取得または処分の制限は、仮処分債権者が保全すべき登記請求権に係る登記をする場合には、その登記に係る権利の取得または消滅と抵触する限度で、仮処分債権者に対抗することができない（民保 § 58 I）。

そこで、処分禁止の登記をした債権者は、保全していた登記請求権を実現する登記の申請と同時に申請する場合に限り、処分禁止の登記に後れる第三者の登記を単独で抹消することができる（同 II, 不登 § 111 I）。

(2) 手続

処分禁止の登記に後れる第三者の登記を単独で抹消する場合、申請情報の内容として提供すべき登記原因は「仮処分による失効」である。原因日付は提供することを要しない（先例平2.11.8—5000）。そして、「義務者」として抹消される登記の名義人の氏名、住所を提供し、「申請人」として仮処分債権者の氏名、住所を提供する。

仮処分債権者が処分禁止の登記に後れる第三者の登記を単独で抹消するときは、抹消される権利の名義人を保護するため、その者に対して登記を抹消する旨を通知しなければならない（民保 § 59 I）。そして、登記の抹消の申請情報と併せて、この通知をしたことを証する情報を提供することを要する（不登令別表71添付情報欄）。

(3) 通知をしたことを証する情報

抹消される登記の名義人に対する通知は、その名義人の現在の正確な住所を調査させることは仮処分債権者にとって酷であるので、その名義人の登記記録上の住所に宛てて通知を発すれば、遅くともこれを発した日から1週間を経過した時に通知が到達したものとみなされる（みなし到達、民保 § 59 II）。

そして、抹消される登記の名義人の登記記録上の住所に宛てて通知を發し、その發した日から1週間を経過した後に登記の抹消を申請するときは、登記の抹消の申請情報と併せて、内容証明郵便で通知を發したことを証する情報を提供すれば足りる（先例平2.11.8-5000）。

→ 配達証明書を提供することを要しない。

5 成年後見の開始

(1) 意義

精神上の障害によって事理を弁識する能力を欠く常況にある者については、本人または一定の親族等の請求によって、家庭裁判所は後見開始の審判をすることができる（民§7）。後見開始の審判を受けた者は成年被後見人とされ、成年後見人が付される（民§8）。

家庭裁判所は、後見開始の審判をするときに、職権をもって成年後見人を選任する（民§843 I）。

→ 後見開始の審判がされたときは、裁判所書記官の囑託により、後見登記等ファイルに一定の事項が登記される（家事手続§116, 後見登記§4 I）。

(2) 効果

成年被後見人がした法律行為は、日用品の購入その他の日常生活に関する行為を除いて、これを取り消すことができる（民§9）。精神上の障害により判断能力を欠く状態にあり、法律行為を行うことが困難な人を保護する趣旨である。

成年被後見人に関する法律行為は、成年後見人が成年被後見人を代理して行う。

6 後見人の権限

後見人は、被後見人の財産を管理し、かつその財産に関する法律行為について被後見人を代表（代理）する（民§859 I）。そのため、後見人は被後見人を代理して、金銭の貸借や財産の売買等、また、これらの紛争に関する訴訟行為をすることができる。

7 本問における展開

（A土地の現状と登記手続を求める訴えについて）

A土地については、甲野太郎から加賀五郎に対して売買による所有権の移転の登記がされており、現在、加賀五郎は甲野太郎に対してA土地の明渡しを請求している。

しかし、売主である甲野太郎には認知症の症状があり（意思能力がない状態であり）、また売買契約書の筆跡は明らかに甲野太郎本人のものではないので、甲野太郎の子である甲野一郎は、この売買契約が無効であると考えている（令和3年11月1日に甲野一郎から

聴取した内容2～4)。

→ 売買による所有権の移転の登記の抹消を求めたいと考えている。

ただし、甲野太郎には認知症の症状があり、本人が訴訟（あるいは訴訟の委任）をすることができない状態である。そのため、甲野一郎は、甲野太郎について成年後見開始の申立てをして、その開始決定がされた（令和4年3月17日に甲野一郎から聴取した内容1）。

→ 甲野一郎が成年後見人に選任された（同内容）。

そして、甲野太郎の成年後見人である甲野一郎は、加賀五郎を被告として、A土地の売買による所有権の移転の登記の抹消の手続を求める訴えを提起した（同内容2）。

→ A土地の処分を禁ずる仮処分命令も得ており、その登記がされている（別紙1－2甲区3番登記済）。

（判決と申請すべき登記について）

上記の訴訟は、原告の勝訴となった（令和4年3月17日に甲野一郎から聴取した内容3）。具体的には、被告である加賀五郎に対し、A土地の所有権の移転の登記の抹消の手続を命ずる判決が言い渡され、令和4年3月14日に確定している。

これにより、判決を得た甲野太郎（成年後見人の甲野一郎）が、単独で、A土地甲区2番の所有権の移転の登記の抹消を申請することができる。

ただし、A土地については、現在、被告である加賀五郎から財部六郎に対して所有権の移転の登記がされている（別紙1－2甲区4番）。つまり、現在のA土地の所有権の登記名義人は財部六郎ということになるので、この状態で、甲区2番の加賀五郎の所有権の移転の登記の抹消を申請することはできない。この場合は、仮処分債権者である甲野太郎が、処分禁止の登記に後れる財部六郎の所有権の登記を単独で抹消し、これと同時に判決に基づいて所有権の移転の登記の抹消を申請する。

→ これらの登記は、成年後見人である甲野一郎が甲野太郎を代理して申請する。

（登記の抹消の通知について）

甲野太郎が財部六郎の登記を単独で抹消するためには、財部六郎に対し、登記の抹消をする旨の通知をすることを要する。本問では、司法書士司法護のアドバイス（令和4年3月17日の司法書士司法護の説明の内容）に従い、甲野太郎（の成年後見人である甲野一郎）は、令和4年3月18日に抹消の通知を発した（問題文）。

そして、それから1週間を経過した後の令和4年3月27日に登記を申請するので（問題文）、通知を発したことを証する内容証明郵便を添付して、登記の抹消を申請する。

8 申請情報の作成

(4番所有権の登記の抹消)

ア 登記の目的(不登令 § 3 ⑤)

「4番所有権抹消」と記載する。

イ 登記原因及びその日付(不登令 § 3 ⑥)

「仮処分による失効」と記載する。原因日付の記載を要しない。

ウ 申請人(不登令 § 3 ①)

まず、「義務者」として、抹消される登記の名義人である財部六郎の氏名、住所を記載する。そして、「申請人」として、登記の抹消を申請する甲野太郎の氏名、住所を記載する。

→ 成年後見人の甲野一郎は代理人の立場であるので、申請人として甲野一郎の表示を記載することを要しない。

エ 添付情報(不登規 § 34 I ⑥)

① 通知をしたことを証する情報(不登令別表71添付情報欄)

財部六郎に対して登記の抹消をする旨の通知を発したことを証する内容証明郵便を添付する。

② 代理権限証明情報(不登令 § 7 I ②)

成年後見人である甲野一郎の権限を証する後見登記等ファイルの登記事項証明書および甲野一郎から司法書士への委任状を添付する。

オ 登録免許税(不登規 § 189 I)

登記の抹消として、不動産1個につき「金1,000円」である(登税別表第1.1(15))。

(2番所有権の登記の抹消)

ア 登記の目的(不登令 § 3 ⑤)

「2番所有権抹消」と記載する。

イ 登記原因及びその日付(不登令 § 3 ⑥)

判決で命じられたとおり、「売買無効」と記載する。

ウ 申請人(不登令 § 3 ①①イ)

登記権利者として前の所有権の登記名義人である甲野太郎、登記義務者として現在の所有権の登記名義人である加賀五郎の氏名、住所を記載する。

→ 実際には登記権利者が単独で申請するが、申請情報の内容としては登記義務者の表示も記載することを要する。

エ 添付情報(不登規 § 34 I ⑥)

① 登記原因証明情報(不登 § 61, 不登令 § 7 I ⑤ロ(1))

登記の抹消の手続を命ずる判決の判決書正本およびその確定証明書を添付する。

② 代理権限証明情報（不登令 § 7 I ②）

成年後見人である甲野一郎の権限を証する後見登記等ファイルの登記事項証明書および甲野一郎から司法書士への委任状を添付する。

オ 登録免許税（不登規 § 189 I）

登記の抹消として、不動産 1 個につき「金1,000円」である（登税別表第1.1(15)）。

相続による所有権の移転の登記

1 相続の開始、効果

相続は、死亡により開始する（民 § 882）。相続が開始すると、相続人は、被相続人の財産に属した一切の権利義務（被相続人の一身に専属したものを除く。）を承継する（民 § 896）。

2 相続人

(1) 相続人

相続人には、被相続人と血縁関係があることによって相続権が認められる血族相続人と、被相続人の配偶者であることによって相続権が認められる配偶者相続人とがある。

血族相続人の順位は、①子（民 § 887 I）、②直系尊属（民 § 889 I ①）、③兄弟姉妹（同 I ②）の順である。配偶者は常に相続人となるが、血族相続人がいるときは、その者と同順位となる（民 § 890）。

(2) 同時存在の原則

相続人となる地位を有していた者でも、相続開始の時に存在しない者は、相続人となることができない。

被相続人の子であっても、被相続人より先に死亡しているときは、その者は相続人となることができず、代襲相続が開始する（民 § 887 II）。被相続人と同時に死亡した場合や、同時に死亡したと推定される場合（民 § 32の2）も、その者は相続人となることができない。

→ 数人の者が死亡した場合において、そのうちの1人が他の者の死亡後になお生存していたことが明らかでないときは、これらの者は、同時に死亡したものと推定される（民 § 32の2）。

なお、数人の者が同じ日に死亡した場合でも、死亡の先後が明らかな場合には、後に死亡した者は、先に死亡した者を相続することができる。

3 遺産分割

(1) 意義

遺産分割とは、共同相続人の共有する相続財産を、各共同相続人に分配することをいう。遺産分割がされた場合には相続財産は個別的・具体的に各相続人に帰属する。各共同相続人は、被相続人が遺言で分割を禁止した場合（民§908）等を除き、いつでもその全員の協議により遺産の全部または一部の分割をすることができる（民§907Ⅰ，分割自由の原則）。

→ 遺産分割協議をする前に相続人の1人が死亡したときは、その相続人がその者の地位を承継したものとして、他の相続人と遺産分割協議をすることができる。

(2) 効果

遺産の分割がされたときは、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる（民§909）。したがって、遺産の分割によって相続人の1人が相続財産中の不動産を単独で取得する旨が定められたときは、その者は相続開始の時から単独でその不動産を承継したことになる。

4 遺言による遺産分割方法の指定（特定財産承継遺言）

(1) 遺言能力

遺言者は、遺言をする時においてその能力を有しなければならない（民§963）。これは、裏を返すと、適法に遺言が成立した後に遺言者がその能力を失ったとしても、遺言の効力に影響はないということである。

つまり、遺言をした時に意思能力があり、適法に遺言が成立したならば、その後に意思能力を失ったとしても、遺言が無効となることはない。

＊ 成年被後見人が事理を弁識する能力を一時回復した時において遺言をするには、医師二人以上の立会いがなければならない（民§973Ⅰ）。

(2) 遺言による遺産分割方法の指定

被相続人は、遺言によって、遺産分割方法の指定をすることができる（民§908）。「遺言者Xは、以下のとおり遺産分割方法を指定する。長男Aは甲土地・・・」といった定めである。

また、「甲土地を長男Aに相続させる」といった文言の遺言も、遺贈と解すべき特段の事情等がないときは、遺産分割方法の指定と解されている（最判平3.4.19）。このような遺言がされたときは、被相続人の死亡と同時に甲土地はAに相続により承継される（同判例）。

→ 遺産の分割の方法の指定として遺産に属する特定の財産を共同相続人の1人または数人に承継させる旨の遺言を、特定財産承継遺言という（民§1014Ⅱ参照）。

(3) 受遺者（受益の相続人）の死亡と遺言の効力

遺贈は、遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したときは、その効力を生じない（民 § 994）。遺贈は、具体的に特定された者に対してするものであり、その者が遺言者より先に死亡した場合には、遺贈の効力を生じないとした方が、通常は遺言者の意思に合致すると考えられるからである。

→ これは、“遺贈”だけでなく、“特定財産承継遺言”がされた後、遺言者より先に受益の相続人が死亡した場合も同様である（最決平23.2.22）。

一方、遺言者が死亡して遺言の効力が生じた後に、受遺者（受益の相続人）が死亡したとしても、遺言の効力に影響はない。

遺言は、遺言者の死亡の時からその効力を生ずるので（民 § 985 I），遺言者が死亡した時に受遺者（受益の相続人）が生きていれば、その瞬間に遺贈（特定財産承継遺言）の目的である財産が受遺者（受益の相続人）に帰属する。この後に受遺者（受益の相続人）が死亡した場合には、その財産は受遺者（受益の相続人）の相続人に承継される。

5 相続による所有権の移転の登記

(1) 登記の手続

被相続人が不動産を所有していたときは、その不動産は相続人に承継されるので、相続人に対して「相続」を登記原因として所有権の移転の登記を申請する。

相続による所有権の移転の登記は、申請情報と併せて相続を証する市区町村長その他の公務員が職務上作成した情報およびその他の登記原因を証する情報を提供して（不登令別表22添付情報欄）、相続人が単独で申請することができる（不登 § 63 II）。

→ 「相続を証する市区町村長その他の公務員が職務上作成した情報」は、具体的には、①被相続人の死亡の記載のある戸籍事項の証明書、②その相続人の範囲を証する被相続人の戸籍事項の証明書・除籍謄本・改製原戸籍の謄本、③相続人が、相続開始の時点において存在していたことを証する相続人の戸籍事項の証明書である。また、被相続人の同一性を証するため、原則として被相続人の住民票の除票の写し等も添付する。

(2) 共同相続の登記がされる前に遺産分割がされた場合の登記

共同相続が開始したが、その共同相続の登記をする前に相続人の間で遺産分割協議がされ、相続人の1人が不動産を単独で取得する旨が合意されたときは、その相続人に対して、「相続」を登記原因として所有権の移転の登記を申請することができる（先例昭19.10.19－692）。遺産分割の効果は相続開始の時にさかのぼるので（民 § 909），その者のみが単独で当該不動産を相続したことになるからである。この場合は、「その他の登記原因を証する情報」として遺産分割の協議書を提供する。

また、特定の不動産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言（特定財産承継遺言）がされた場合も、当該不動産について、受益の相続人に対して「相続」を登記原因として所有権の移転の登記を申請することができる（先例昭47.4.17-1442）。

6 数次に相続が開始した場合の登記

所有権の登記名義人であるAが死亡し、子のB・CがAを相続したが、AからB・Cへの相続による所有権の移転の登記をする前にBが死亡し、子のD・EがBを相続したときは（数次に相続が開始したときは）、まずはAからB・Cに対して相続による所有権の移転の登記を申請し、その後にBからD・Eに対して相続による共有持分の移転の登記を申請すべきである（質疑登研135P44）。1件の申請で、AからC・D・Eに対して相続による所有権の移転の登記をすることはできない。

この場合は、不動産の所有権がAからB・Cに移転し、その後にBの共有持分がD・Eに移転しているので、その権利変動の過程のとおり登記をすべきだからである。

ただし、所有権の登記名義人について数次に相続が開始した場合でも、中間の相続が単独相続であるときは、中間の相続の登記を省略して、1件で最終の相続人に対して相続による所有権の移転の登記を申請することができる（先例明32.3.7回答）。この場合は、申請情報の内容である「登記原因およびその日付」（不登令§3⑥）において、各相続の原因ならびに中間の相続人の氏名を記載するので（同先例、記録例191）、権利変動の過程は登記記録上から明らかとなるからである。

7 本問における展開

（甲野太郎の死亡とその相続人）

令和4年5月17日、甲野太郎が死亡した（令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容2、別紙2-1）。

→ 甲野太郎は、A土地の所有者であり、またB土地について共有持分を有している。

その相続人は、妻の甲野市子と二男の甲野二郎は現在も生きているので、相続人となる（同内容3、別紙3）。

一方、長男の甲野一郎は、甲野太郎と同じ令和4年5月17日に死亡している（同内容2、別紙2-2）。ただし、死亡の時刻を見ると、甲野太郎が死亡したのは午前11時15分であり（別紙2-1）、甲野一郎が死亡したのは午後4時30分である（別紙2-2）。つまり、甲野太郎が死亡した時点で甲野一郎は生きていたので、甲野一郎は子として甲野太郎の相続人となる。

したがって、甲野太郎の相続人は、妻の甲野市子、子の（亡）甲野一郎および甲野二郎

である。

（甲野一郎の死亡とその相続人）

令和4年5月17日、甲野一郎が死亡した（令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容2，別紙2－2）。

→ 甲野一郎は、B土地について共有持分を有している。

その相続人は、妻の甲野文江，子の甲野三郎および甲野香である（同内容3，別紙3）。

（A土地について）

令和4年6月3日，関係当事者の間で，遺産分割の協議がされた（令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容5）。

この協議において，甲野太郎が所有していたA土地は，甲野二郎が単独で相続することが合意された（同内容(1)）。

まず，この協議の当事者については，甲野太郎の相続人である甲野市子と甲野二郎が当事者となることは問題ない。そして，もう1人の相続人である甲野一郎は既に死亡しているので，甲野一郎の相続人である甲野文江，甲野三郎と甲野香が，甲野一郎の地位を承継した者として協議をしたと解することができる。

そして，A土地は，甲野二郎が単独で相続することが合意されたので，A土地は甲野太郎が死亡した時から甲野二郎が単独で相続したことになる。

A土地については，まだ共同相続の登記がされていないので，単独で相続する甲野二郎に対して相続による所有権の移転の登記を申請する。

（B土地の甲野太郎持分について）

B土地は，甲野太郎と甲野一郎が共有している。

まず，甲野太郎は，生前に遺言を残していた（令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容4，別紙4）。その内容は，甲野太郎が有していたB土地の持分は，甲野一郎に相続させるというものである（同別紙）。

検討した点

- (1) 甲野太郎は，晩年，認知能力が低下し，令和3年の年末に成年後見開始の審判を受けている（令和4年3月17日に甲野一郎から聴取した内容1）。しかし，甲野太郎が遺言を作成した平成28年当時は，特に意思能力に問題はなく（令和3年11月1日に甲野一郎から聴取した内容3参照），この遺言は有効と解することができる。

(2) 受益の相続人である甲野一郎は、遺言者である甲野太郎と同じ日に死亡している（別紙2-2）。しかし、上記のとおり、甲野太郎が死亡した時点で甲野一郎はまだ生きていたので、甲野太郎が死亡した時に遺言の効力が生じ、この時にB土地の甲野太郎持分は甲野一郎に承継された。その数時間後に甲野一郎は死亡しているが、遺言の効力に影響はない。

以上により、甲野太郎の遺言は適法に効力を生じており、B土地の甲野太郎持分は相続により甲野一郎に承継されたと判断することができる。

（B土地の甲野一郎の権利について）

甲野一郎は、もともとB土地について共有持分（持分3分の1）を有しており、また、上記のとおり、甲野太郎の相続によってその共有持分（持分3分の2）を取得した。つまり、甲野一郎がB土地を単独で所有している状態である。

令和4年6月3日、甲野一郎の相続人の間で遺産分割の協議がされた（令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容5）。

→ 協議の当事者は、甲野一郎の相続人である甲野文江、甲野三郎および甲野香である。

この協議において、甲野一郎が所有していた財産（B土地を含む。）は、甲野三郎が単独で相続することが合意された（同内容3）。つまり、B土地は、甲野一郎の相続開始の時から甲野三郎が単独で取得することとなった。

（B土地について申請すべき登記）

B土地については、甲野太郎の持分が甲野一郎に相続され、単独の所有者となった甲野一郎の所有権が甲野三郎に相続された。

この場合、登記申請の方法としては、以下の2つが考えられる。

- 方法① 1件目→甲野太郎の持分（3分の2）について、数次相続の形で直接甲野三郎に移転する登記を申請する。
- 2件目→甲野一郎の持分（3分の1）について、相続により甲野三郎に移転する登記を申請する。
- 方法② 1件目→甲野太郎の持分（3分の2）について、相続により甲野一郎に移転する登記を申請する。
- 2件目→甲野一郎の単独所有権について、相続により甲野三郎に移転する登記を申請する。

この場合、どちらの方法で申請しても差し支えないが、本問では登録免許税が低額となる方法で申請する旨の指示があるので（事実関係に関する補足6）、方法①の形で申請する。

8 申請情報の作成

（A土地）

ア 登記の目的（不登令 § 3 ⑤）

「所有権移転」と記載する。

イ 登記原因及びその日付（不登令 § 3 ⑥）

甲野太郎が死亡した日をもって、「令和4年5月17日相続」と記載する。

ウ 申請人（不登令 § 3 ①）

「相続人」として、甲野二郎の氏名、住所を記載する。

→ 被相続人である甲野太郎の氏名をかつこ書で記載する。

エ 添付情報（不登規 § 34 I ⑥）

① 登記原因証明情報（不登 § 61, 不登令別表22添付情報欄）

相続関係を証する戸籍事項の証明書、亡甲野太郎の遺産分割協議書等を添付する。

→ 具体的には、甲野太郎の死亡を証する戸籍事項の証明書、その相続人の範囲を証する戸籍事項の証明書（除籍謄本等を含む。）、相続人が相続開始の時に存在していたことを証する各相続人の戸籍の一部事項の証明書、甲野一郎の死亡とその相続関係を証する戸籍事項の証明書（除籍謄本等を含む。）、遺産分割協議書、被相続人の同一性を証する甲野太郎の住民票の除票の写し等である。

② 代理権限証明情報（不登令 § 7 I ②）

甲野二郎から司法書士への委任状を添付する。

③ 住所証明情報（不登令別表30添付情報欄ロ）

甲野二郎の住民票の写しを添付する。

オ 課税価額と登録免許税（不登規 § 189 I）

A土地の価額2,680万1,152円から1,000円未満の端数を切り捨てた（国通 § 118 I）2,680万1,000円が課税価額であり、登録免許税はこれに相続による所有権の移転の登記の税率1000分の4（登税別表第1.1(2)イ）を乗じた10万7,204円から100円未満の端数を切り捨てた（国通 § 119 I）「金10万7,200円」である。

（B土地の1件目）

ア 登記の目的（不登令 § 3 ⑤）

「甲野太郎持分全部移転」と記載する。

イ 登記原因及びその日付（不登令 § 3 ⑥）

甲野太郎が死亡した日および甲野一郎が死亡した日をもって、「令和4年5月17日甲野一郎相続同日相続」と記載する。

ウ 申請人（不登令 § 3 ①⑩ホ）

「相続人」として、甲野三郎の氏名、住所を、取得した持分を冠記して記載する。

→ 被相続人である甲野太郎の氏名をカッコ書で記載する。

エ 添付情報（不登規 § 34 I ⑥）

① 登記原因証明情報（不登 § 61, 不登令別表22添付情報欄）

（数次の）相続関係を証する戸籍事項の証明書、亡甲野太郎の遺言書および亡甲野一郎の遺産分割協議書等を添付する。

② 代理権限証明情報（不登令 § 7 I ②）

甲野三郎から司法書士への委任状を添付する。

③ 住所証明情報（不登令別表30添付情報欄ロ）

甲野三郎の住民票の写しを添付する。

オ 課税価額と登録免許税（不登規 § 189 I）

B土地の価額に移転する持分の割合3分の2を乗じた1,306万8,626円から1,000円未満の端数を切り捨てた（国通 § 118 I）1,306万8,000円が課税価額であり、登録免許税はこれに相続による所有権の移転の登記の税率1000分の4（登税別表第1.1(2)イ）を乗じた5万2,272円から100円未満の端数を切り捨てた（国通 § 119 I）「金5万2,200円」である。

（B土地の2件目）

ア 登記の目的（不登令 § 3 ⑤）

「甲野一郎持分全部移転」と記載する。

イ 登記原因及びその日付（不登令 § 3 ⑥）

甲野一郎が死亡した日をもって、「令和4年5月17日相続」と記載する。

ウ 申請人（不登令 § 3 ①⑩ホ）

「相続人」として、甲野三郎の氏名、住所を、取得した持分を冠記して記載する。

→ 被相続人である甲野一郎の氏名をカッコ書で記載する。

エ 添付情報（不登規 § 34 I ⑥）

① 登記原因証明情報（不登 § 61, 不登令別表22添付情報欄）

相続関係を証する戸籍事項の証明書、亡甲野一郎の遺産分割協議書等を添付する。

② 代理権限証明情報（不登令 § 7 I ②）

甲野三郎から司法書士への委任状を添付する。

③ 住所証明情報（不登令別表30添付情報欄ロ）

甲野三郎の住民票の写しを添付する。

オ 課税価額と登録免許税（不登規 § 189 I）

B土地の価額に移転する持分の割合 3 分の 1 を乗じた653万4,313円から1,000円未満の端数を切り捨てた（国通 § 118 I）653万4,000円が課税価額であり，登録免許税はこれに相続による所有権の移転の登記の税率1000分の4（登税別表第1.1(2)イ）を乗じた2万6,136円から100円未満の端数を切り捨てた（国通 § 119 I）「金2万6,100円」である。

相続による抵当権の債務者の変更の登記

1 相続による抵当権の債務者の変更の登記

抵当権の被担保債権の債務者が死亡し，相続が開始したときは，相続人が被相続人の債務を承継するので（民 § 896），相続による債務者の変更の登記を申請する。

債務者の変更の登記は，抵当権者を登記権利者，設定者を登記義務者として共同で申請する（不登 § 60）。

抵当権の債務者の変更の登記を書面によって申請する場合でも，原則として登記義務者（所有権の登記名義人）の印鑑証明書（不登令 § 16 II，18 II）を提供することを要しない（不登規 § 47③イ(1)かっこ書，48 I ⑤，49 II ④参照）。

2 債務について遺産分割がされた場合の登記の手続

抵当権の債務者であるAが死亡し，BCがAを相続した場合に，BC間の遺産分割協議により亡Aの債務はBが単独で承継する旨が合意され，それについて債権者が承諾したときは，亡Aの債務は相続開始と同時にBが単独で承継したことになる。遺産分割の効果は相続開始の時にさかのぼるからである（民 § 909）。

したがって，抵当権について「相続」を登記原因として債務者をAからBに変更する登記を申請することができる（先例昭33.5.10-964）。

→ 債務者をBCとする変更の登記を経由する必要はない。

3 本問における展開

令和4年5月17日，B土地乙区1番の抵当権の債務者である甲野一郎が死亡した（令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容2，別紙2-2）。相続人は，甲野文江，甲野三郎および甲野香である（別紙3）。

令和4年6月3日，甲野一郎の相続人の間で遺産分割協議がされ，甲野一郎が負担していた当該債務は，甲野三郎が単独で承継する旨が合意された（同内容5(4)）。そして，債権者の株式会社Xファイナンスは，遺産分割による債務の承継を承諾しているので（同内容6），当該債務は甲野一郎の死亡と同時に甲野三郎が単独で承継したことになる。

したがって、B土地乙区1番の抵当権について、「相続」を登記原因として債務者を甲野三郎とする変更の登記を申請する。

4 申請情報の作成

ア 登記の目的（不登令 § 3 ⑤）

「1番抵当権変更」と記載する。

イ 登記原因及びその日付（不登令 § 3 ⑥）

債務者の甲野一郎が死亡した日をもって、「令和4年5月17日相続」と記載する。

ウ 変更後の登記事項（不登令別表25申請情報欄）

変更後の事項として、変更後の債務者である甲野三郎の氏名、住所を記載する。

エ 申請人（不登令 § 3 ①②）

登記権利者として抵当権者である株式会社Xファイナンスの名称、住所、代表者の氏名を記載し、登記義務者として設定者である甲野三郎の氏名、住所を記載する。

オ 添付情報（不登規 § 34 I ⑥）

① 登記識別情報（不登 § 22）

甲野三郎の「B土地甲区3番の登記識別情報」および「B土地甲区4番の登記識別情報」を提供する。

→ 甲野三郎を登記権利者とする持分の移転の登記と、この抵当権の変更の登記は、時間的に同時に申請するので、実際には登記識別情報を提供することができないが、提供したものとみなされる（不登規 § 67）。

② 登記原因証明情報（不登 § 61, 不登令別表25添付情報欄イ）

債務者が死亡し、その相続人の間で債務の遺産分割がされ、それについて債権者が承諾したことを証する書面を添付する。

③ 会社法人等番号（不登令 § 7 I ①イ）

株式会社Xファイナンスの会社法人等番号を提供する。

④ 代理権限証明情報（不登令 § 7 I ②）

株式会社Xファイナンスの代表者および甲野三郎から司法書士への委任状を添付する。

カ 登録免許税（不登規 § 189 I）

変更の登記として、不動産1個につき「金1,000円」である（登税別表第1.1(14)）。

抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更の登記

1 抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更の登記

(1) 意義

ABの共有する不動産について、Aの持分に抵当権の設定の登記がされた後、AがB

の持分を取得した場合、抵当権の効力は新たにAが取得した持分にまで当然に及ぶものではない。この場合は、Aと抵当権者が新たにAが取得した持分につき抵当権の追加設定契約をすることによって、抵当権の効力を所有権全部に及ぼすことができる。

これは、実体法上は抵当権の目的となっていない残余の部分に対する新たな抵当権の設定であるが、所有権の一部を目的として抵当権の設定の登記をすることは原則としてできないので（先例昭36.1.17-106）、登記手続的には不動産登記法66条の規定に基づいて、抵当権の変更の登記をすることになる（先例昭28.4.6-556）。

(2) 申請情報の内容

登記の目的は「○番抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更」と提供する。登記原因は、事実上は抵当権の追加設定の登記であるので、「年月日金銭消費貸借年月日設定」のように提供する（記録例415）。

登記事項（抵当権の内容）は提供することを要しない。抵当権の内容は、主登記たる抵当権の設定の登記を見れば分かるからである。

(3) 添付情報

申請情報と併せて提供すべき登記義務者の登記識別情報は、新たに抵当権の効力が及ぶことになる持分を取得した際の登記識別情報である（質疑登研411P84）。この登記は変更の登記の形式であるが、事実上は抵当権の追加設定の登記だからである。

また、及ぼす変更の登記をするにつき登記上の利害関係を有する第三者がいる場合、申請情報と併せてその者が作成した承諾を証する情報等を提供したときは及ぼす変更の登記は付記登記でされ、提供しないときは主登記でされる（不登令別表25添付情報欄ロ、先例昭28.4.6-556）。

2 本問における展開

（B土地の株式会社Xファイナンスの抵当権の現状）

もともと、B土地は、甲野太郎と甲野一郎が共有していた。そして、甲区2番の甲野一郎の持分を目的として、株式会社Xファイナンスの抵当権が設定されていた（乙区1番登記済み）。

その後、B土地の甲野太郎の持分と甲野一郎の持分を甲野三郎が承継し、現在は、甲野三郎がB土地を単独で所有している状態となっている。

ただし、株式会社Xファイナンスの抵当権は、B土地の所有権の一部のみ（もとの甲区2番の甲野一郎の持分のみ）を目的としている。

（抵当権の追加設定）

令和4年6月13日、株式会社Xファイナンスと甲野三郎は、B土地乙区1番で登記された抵当権の追加担保として、B土地の所有権の残部（B土地のうち株式会社Xファイナンスの抵当権が設定されていない持分3分の2）を目的として、共同抵当の追加設定の契約を締結した（令和4年6月16日に甲野三郎から聴取した内容7，別紙5）。

これは、所有権の一部を目的として設定されている抵当権の追加担保として、その所有権の残余の部分を目的として抵当権の追加設定がされた場合であるので、抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更の登記を申請する。

→ この登記をするに当たり、登記上の利害関係を有する第三者は存在しない。

3 申請情報の作成

ア 登記の目的（不登令 § 3 ⑤）

「1番抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更（付記）」と記載する。

イ 登記原因及びその日付（不登令 § 3 ⑥）

事実上の追加設定であるので、「平成29年5月10日金銭消費貸借令和4年6月13日設定」と記載する。

ウ 申請人（不登令 § 3 ①②）

登記権利者として抵当権者である株式会社Xファイナンスの名称、住所、代表者の氏名を記載し、登記義務者として設定者である甲野三郎の氏名、住所を記載する。

エ 添付情報（不登規 § 34 I ⑥）

① 登記識別情報（不登 § 22）

新たに抵当権の効力が及ぶ持分の登記識別情報、つまり甲野三郎が甲野太郎の共有持分の移転の登記を受けた際の「B土地甲区3番の登記識別情報」を提供する。

→ 実際には登記識別情報を提供することができないが、提供したものとみなされる（不登規 § 67）。

② 登記原因証明情報（不登 § 61，不登令別表25添付情報欄イ）

抵当権の追加設定がされた旨が記載された書面を添付する。

③ 会社法人等番号（不登令 § 7 I ①イ）

株式会社Xファイナンスの会社法人等番号を提供する。

④ 代理権限証明情報（不登令 § 7 I ②）

株式会社Xファイナンスの代表者および甲野三郎から司法書士への委任状を添付する。

⑤ 印鑑証明情報（不登令 § 18 II III）

甲野三郎が委任状に押した印鑑について、市区町村長が作成した作成後3か月以内の証明書を添付する。

* 登録免許税法13条2項の証明書

登録免許税の軽減措置を受けるために提供するが、既に登記された抵当権と同一の登記所に対して追加設定の登記を申請するので、提供を省略することができる。

オ 登録免許税（不登規 § 189 I）

事実上は共同抵当の追加設定の登記であるので、不動産 1 個につき「金1,500円」である（登税 § 13 II）。なお、減税措置の根拠条文を「（登録免許税法第13条第 2 項）」のように提供する（不登規 § 189 III）。

＜完了後の登記記録＞

A 土地

権 利 部 (甲 区) (所 有 権 に 関 す る 事 項)			
順位番号	登記の目的	受付年月日・受付番号	権 利 者 そ の 他 の 事 項
1	所有権移転	昭和45年5月11日 第5152号	原因 昭和45年4月2日相続 所有者 大阪市西区東二丁目2番2号 甲 野 太 郎
2	所有権移転	令和3年10月6日 第11111号	原因 令和3年10月6日売買 所有者 大阪市浪速区千駄木五丁目4番 3号 加 賀 五 郎
3	処分禁止仮処分	令和3年12月15日 第12129号	原因 令和3年12月14日大阪地方裁判所 仮処分命令 債権者 大阪市西区東二丁目2番2号 甲 野 太 郎
4	所有権移転	令和4年2月14日 第225号	原因 令和4年2月14日売買 所有者 大阪市住之江区豊洲六丁目5番 4号 財 部 六 郎
5	4番所有権抹消	令和4年3月27日 第3000号	原因 仮処分による失効
6	2番所有権抹消	令和4年3月27日 第3000号	原因 売買無効
7	3番仮処分登記 抹消	余 白	仮処分の目的達成により令和4年3月27 日登記
8	所有権移転	令和4年6月18日 第6000号	原因 令和4年5月17日相続 所有者 (住所省略) 甲 野 二 郎

B 土地

権 利 部 (甲 区) (所 有 権 に 関 す る 事 項)			
順位番号	登記の目的	受付年月日・受付番号	権 利 者 そ の 他 の 事 項
1	所有権移転	昭和45年5月11日 第5152号	原因 昭和45年4月2日相続 所有者 大阪市西区東二丁目2番2号 甲 野 太 郎

2	所有権一部移転	平成22年6月17日 第6170号	原因 平成22年6月17日贈与 共有者 大阪市北区南三丁目2番1号 持分3分の1 甲 野 一 郎
3	甲野太郎持分全部移転	令和4年6月18日 第6001号	原因 令和4年5月17日甲野一郎相続同日相続 共有者 大阪市北区南三丁目2番1号 持分3分の2 甲 野 三 郎
4	甲野一郎持分全部移転	令和4年6月18日 第6002号	原因 令和4年5月17日相続 所有者 大阪市北区南三丁目2番1号 持分3分の1 甲 野 三 郎

権 利 部 (乙 区) (所 有 権 以 外 の 権 利 に 関 す る 事 項)			
順位番号	登記の目的	受付年月日・受付番号	権 利 者 そ の 他 の 事 項
1	甲野一郎持分抵当権設定	平成29年5月10日 第5000号	原因 平成29年5月10日金銭消費貸借同日設定 債権額 金1,000万円 利息 年2% 損害金 年14% 債務者 大阪市北区南三丁目2番1号 甲 野 一 郎 抵当権者 大阪市中央区中央一丁目1番1号 株式会社Xファイナンス
付記1号	1番抵当権変更	令和4年6月18日 第6003号	原因 令和4年5月17日相続 債務者 大阪市北区南三丁目2番1号 甲 野 三 郎
付記2号	1番抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更	令和4年6月18日 第6004号	原因 平成29年5月10日金銭消費貸借令和4年6月13日設定

※ 下線のあるものは抹消された事項であることを示す。

本問において重要な判例，先例，条文

・ 仮処分による失効に基づく所有権の登記の抹消

・ 売買無効による所有権の移転の登記の抹消

- 01 所有権の移転の登記の抹消は，前の所有権の登記名義人を登記権利者，抹消される現在の所有権の登記名義人を登記義務者として，共同で申請する（不登 § 60）。
- 02 共同で申請すべき登記の当事者の一方が他方に対して，一定内容の登記手続を命ずる確定判決を得たときは，その判決を得た者が単独で登記を申請することができる（不登 § 63 I）。
- 03 処分禁止の登記をした債権者は，保全していた登記請求権を実現する登記の申請と同時に申請する場合に限り，処分禁止の登記に後れる第三者の登記を単独で抹消することができる（民保 § 58 II，不登 § 111 I）。
- 04 仮処分債権者が処分禁止の登記に後れる第三者の登記を単独で抹消するときは，抹消される権利の名義人を保護するため，その者に対して登記を抹消する旨を通知しなければならない（民保 § 59 I）。
- 05 精神上の障害によって事理を弁識する能力を欠く常況にある者については，本人または一定の親族等の請求によって，家庭裁判所は後見開始の審判をすることができる（民 § 7）。後見開始の審判を受けた者は成年被後見人とされ，成年後見人が付される（民 § 8）。

・ 相続による所有権の移転の登記

- 06 数人の者が死亡した場合において，そのうちの 1 人が他の者の死亡後になお生存していたことが明らかでないときは，これらの者は，同時に死亡したものと推定される（民 § 32 の 2）。
- 数人の者が同じ日に死亡した場合でも，死亡の先後が明らかな場合には，後に死亡した者は，先に死亡した者を相続することができる。
- 07 遺言者は，遺言をする時にその能力を有しなければならない（民 § 963）。
- 08 共同相続が開始したが，その共同相続の登記をする前に相続人の間で遺産分割協議がされ，相続人の 1 人が不動産を単独で取得する旨が合意されたときは，その相続人に対して，「相続」を登記原因として所有権の移転の登記を申請することができる（先例昭 19. 10. 19－692）。
- 特定の不動産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言（特定財産承継遺言）がされた場合も，当該不動産について，受益の相続人に対して「相続」を登記原因として所有権の移転の登記を申請することができる（先例昭 47. 4. 17－1442）。
- 09 所有権の登記名義人について数次に相続が開始した場合でも，中間の相続が単独相続

であるときは、中間の相続の登記を省略して、1件で最終の相続人に対して相続による所有権の移転の登記を申請することができる（先例明32.3.7回答）。

・ 相続による抵当権の債務者の変更の登記

- 10 抵当権の債務者であるAが死亡し、BCがAを相続した場合に、BC間の遺産分割協議により亡Aの債務はBが単独で承継する旨が合意され、それについて債権者が承諾したときは、亡Aの債務は相続開始と同時にBが単独で承継したことになる。この場合は、抵当権について「相続」を登記原因として債務者をAからBに変更する登記を申請することができる（先例昭33.5.10-964）。

・ 抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更の登記

- 11 所有権の一部を目的として設定されている抵当権の追加担保として、その所有権の残余の部分をも目的として抵当権の追加設定がされた場合は、抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更の登記を申請する（先例昭28.4.6-556）。
- 所有権の一部を目的とした抵当権の設定の登記を申請するものではない。
- 12 抵当権の効力を所有権全部に及ぼす変更の登記は、事実上は抵当権の追加設定の登記であるので、登記原因は「年月日金銭消費貸借年月日設定」のように提供する（記録例415）。

第37問 司法書士は、令和4年6月1日に事務所を訪れた甲野商事株式会社の代表者から、別紙1から別紙6までの書類のほか、登記申請に必要な書類の提示を受けて確認を行い、別紙9のとおり事情を聴取し、登記すべき事項や登記のための要件などを説明した。そして、司法書士は、甲野商事株式会社の代表者から必要な登記の申請書の作成及び登記申請の代理の依頼を受けた。

また、司法書士は、同年7月1日に事務所を訪れた甲野商事株式会社の代表者から、別紙7及び別紙8の書類のほか、登記申請に必要な書類の提示を受けて確認を行い、別紙10のとおり事情を聴取し、登記すべき事項や登記のための要件などを説明した。そして、司法書士は、甲野商事株式会社の代表者から必要な登記の申請書の作成及び登記申請の代理の依頼を受けた。

司法書士は、これらの依頼に基づき、登記申請に必要な書類の交付を受け、本店の所在地を管轄する登記所に対し、同年6月1日及び同年7月1日にそれぞれの登記の申請をすることとした。

以上にに基づき、次の問1から問3までに答えなさい。

問1 令和4年6月1日に司法書士が申請した登記に関し、当該登記の申請書に記載すべき登記の事由、登記すべき事項、登録免許税額並びに添付書面の名称及び通数を第37問答案用紙の第1欄に記載しなさい。ただし、登録免許税額の内訳については、記載することを要しない。

問2 令和4年7月1日に司法書士が申請した登記に関し、当該登記の申請書に記載すべき登記の事由、登記すべき事項、登録免許税額並びに添付書面の名称及び通数を第37問答案用紙の第2欄に記載しなさい。ただし、登録免許税額の内訳については、記載することを要しない。

問3 甲野商事株式会社の代表者から受領した書類及び聴取した内容のうち、登記することができない事項（法令上登記すべき事項とされていない事項を除く。）がある場合には、当該事項及びその理由を第37問答案用紙の第3欄に記載しなさい。登記することができない事項がない場合には、第37問答案用紙の第3欄【登記することができない事項】部分に「なし」と記載しなさい。

(答案作成に当たっての注意事項)

- 1 東京都渋谷区は東京法務局渋谷出張所の管轄である。
- 2 登記申請書の添付書面については、全て適式に調えられており、所要の記名押印がされているものとする。代表取締役は印鑑の提出が可能となった時点で印鑑を提出しており、押印する場合には常に登記所に提出した印鑑を押印している。
- 3 株主総会における取締役による説明は、全て適法に行われているものとする。
- 4 登記申請書の添付書面については、他の書面を援用することができる場合には、これを援用しなければならない。
- 5 登記申請書の添付書面のうち、就任承諾を証する書面を記載する場合には、資格を特定して記載すること（氏名の記載は要しない。）。
- 6 登記申請書の添付書面のうち株主の氏名又は名称、住所及び議決権数等を証する書面（株主リスト）を記載する場合において、各議案を通じて株主リストに記載する各株主についての内容が変わらないときは、その通数は開催された株主総会又は種類株主総会ごとに1通を添付するものとする。
- 7 株主総会で決議された事項についてその効力発生に種類株主総会の決議又は種類株主全員の同意が必要となる場合には、必要な種類株主総会の決議又は種類株主全員の同意は、株主総会の決議があった日に適法に得られているものとする。
- 8 登記申請書の添付書面のうち、種類株主全員の同意書を記載する場合には、「甲種類株式の種類株主全員の同意書」のように、どの種類の株式の種類株主全員の同意かが明らかになるように記載すること。
- 9 登記申請書の添付書面のうち、種類株主総会議事録を記載する場合には、「甲種類株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の議事録」のように、どの種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の議事録かが明らかになるように記載すること。
- 10 第37問答案用紙の各欄に記載する文字は字画を明確にし、訂正、加入又は削除をするときは、訂正は訂正すべき字句に線を引き、近接箇所には訂正後の字句を記載し、加入は加入する部分を明示して行い、削除は削除すべき字句に線を引いて、訂正、加入又は削除をしたことが明確に分かるように記載すること。ただし、押印や字数を記載することは要しない。

別紙 1

【令和 4 年 5 月 31 日現在の甲野商事株式会社に係る登記記録の抜粋】

商号 甲野商事株式会社

本店 東京都渋谷区渋谷一丁目 1 番 1 号

公告をする方法 東西新聞に掲載する。

会社成立の年月日 平成27年 7 月 1 日

- 目的
- 1 文房具及び事務用品の販売
 - 2 書籍及び雑誌の販売
 - 3 不動産の賃貸及び管理
 - 4 前各号に附帯する一切の事業

発行可能株式総数 2 万株

発行済株式の総数並びに種類及び数

発行済株式の総数

5500株

各種の株式の数

普通株式 5000株

優先株式 500株

資本金の額 金 4 億円

発行可能種類株式総数及び発行する各種の株式の内容

普通株式 1 万株

優先株式 1 万株

当会社は、剰余金の配当をするときは、普通株式の株主又は登録株式質権者に先立ち、優先株式の株主又は登録株式質権者に対し、優先株式 1 株につき 1 万円の剰余金の配当を行う。

優先株式の株主は、株主総会において議決権を行使することができない。

役員に関する事項 取締役 A 令和 4 年 3 月 29 日就任

取締役 B 令和 4 年 3 月 29 日就任

取締役 C 令和 4 年 3 月 29 日就任

東京都渋谷区東一丁目 2 番 3 号

代表取締役 A 令和 4 年 3 月 29 日就任

監査役 D 平成31年 3 月 30 日就任

2022年合格目標・合格力完成答練

監査役 E 令和3年3月29日就任

支店 1 大阪府中央区谷町二丁目2番2号

取締役会設置会社に関する事項 取締役会設置会社

監査役設置会社に関する事項 監査役設置会社

登記記録に関する事項 設立

別紙2

【令和4年5月19日現在の甲野商事株式会社の定款】

第1章 総 則

(商号)

第1条 当社は、甲野商事株式会社と称する。

(目的)

第2条 当社は、次の事業を営むことを目的とする。

- 1 文房具及び事務用品の販売
- 2 書籍及び雑誌の販売
- 3 不動産の賃貸及び管理
- 4 前各号に附帯する一切の事業

(本店の所在地)

第3条 当社は、本店を東京都渋谷区に置く。

(機関)

第4条 当社は、株主総会及び取締役のほか、次の機関を置く。

- (1) 取締役会
- (2) 監査役

(公告方法)

第5条 当社の公告は、東西新聞に掲載する。

第2章 株 式

(発行可能株式総数)

第6条 当社の発行可能株式総数は、2万株とする。

(種類株式の発行)

第7条 当社は、普通株式と優先株式を発行する。

- 2 普通株式の発行可能種類株式総数は1万株とする。

- 3 優先株式の発行可能種類株式総数は1万株とする。

(優先株式)

第8条 当社は、剰余金の配当をするときは、普通株式の株主又は登録株式質権者に先立ち、優先株式の株主又は登録株式質権者に対し、優先株式1株につき1万円の剰余金の配当を行う。

- 2 優先株式の株主は、株主総会において議決権を行使することができない。

(株式取扱規程)

第9条 当社の株式に関する取扱い及び手数料は、法令又は本定款に別段の定めがある場合のほか、取締役会の決議で定める株式取扱規程による。

第3章 株主総会及び種類株主総会

(株主総会の招集)

第10条 定時株主総会は毎年3月に招集し、臨時株主総会は必要あるごとに招集する。

(定時株主総会の基準日)

第11条 定時株主総会の議決権の基準日は、毎年12月31日とする。

(招集権者及び議長)

第12条 株主総会は、法令に別段の定めがある場合のほか、代表取締役が招集し、その議長となる。

- 2 代表取締役に事故があるときは、他の取締役がこれに代わる。

(議決権の代理行使)

第13条 株主は、当社の議決権を有する出席株主1名を代理人として議決権を行使することができる。この場合において、株主又は代理人は、株主総会ごとにあらかじめ代理権を証明する書面を当会社に提出しなければならない。

(種類株主総会)

第14条 種類株主総会は、必要あるごとに招集する。

- 2 第12条及び第13条の規定は、種類株主総会について準用する。

第4章 取締役及び取締役会

(選任)

第15条 取締役は、株主総会の決議によって選任する。

2 取締役の選任決議は、累積投票によらないものとする。

(任期)

第16条 取締役の任期は、選任後1年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする。

(取締役会の招集)

第17条 取締役会の招集通知は、取締役会の日の3日前までに各取締役及び各監査役に対して発する。ただし、緊急の必要があるときは、さらにその期間を短縮することができる。

(取締役会規程)

第18条 取締役会に関しては、法令又は本定款に別段の定めがある場合のほか、取締役会の決議で定める取締役会規程による。

(報酬等)

第19条 取締役の報酬、賞与その他の職務執行の対価として当会社から受ける財産上の利益（以下、「報酬等」という。）は、株主総会の決議によって定める。

第5章 監査役

(選任)

第20条 監査役は、株主総会の決議によって選任する。

(報酬等)

第21条 監査役の報酬等は、株主総会の決議によって定める。

第6章 計 算

(事業年度)

第22条 当会社の事業年度は、毎年1月1日から同年12月31日までとする。

(剰余金の配当の基準日)

第23条 剰余金の配当の基準日は、毎年12月31日とする。

2 前項のほか、臨時に基準日を定めて剰余金の配当をすることができる。

(配当金の除斥期間)

第24条 配当財産が金銭である場合において、その支払開始の日から満3年を経過してもなお受領されないときは、当会社はその支払義務を免れる。

別紙3

【令和4年3月29日開催の定時株主総会における議事の概要】

[報告事項]

令和3年度（令和3年1月1日から令和3年12月31日まで）の事業報告の内容について、詳細な報告があった。

[決議事項]

第1号議案 計算書類の承認の件

令和3年度（令和3年1月1日から令和3年12月31日まで）の計算書類について、満場一致をもって承認可決された。

第2号議案 取締役3名選任の件

A、B及びCの3名を取締役に選任することが諮られ、満場一致をもって承認可決された。

第3号議案 募集新株予約権に係る募集事項の決定の委任の件

次のとおり募集新株予約権に係る募集事項の決定を取締役会に委任することが諮られ、満場一致をもって承認可決された。

1 募集新株予約権の内容

(1) 新株予約権の名称

甲野商事株式会社第1回新株予約権

(2) 新株予約権の目的たる株式の種類及び数又はその算定方法

新株予約権1個につき普通株式5株

(3) 新株予約権の行使に際して出資される財産の価額又はその算定方法

100万円

(4) 新株予約権を行使することができる期間

令和5年4月1日から令和11年3月31日まで

(5) 新株予約権の行使により株式を発行する場合における増加する資本金及び資本準備金に関する事項

会社計算規則の規定に基づいて算出される資本金等増加限度額の2分の1の額（1円未満の端数切上げ）について資本金の額を増加し、残額を資本準備金とする。

(6) 新株予約権の譲渡制限

甲野商事株式会社第1回新株予約権を譲渡により取得するには、取締役会の承認を受けなければならない。

(7) 新株予約権証券の不発行

甲野商事株式会社第1回新株予約権については、新株予約権証券を発行しない。

2 募集新株予約権の数の上限

1000個

3 募集新株予約権の払込金額の下限

募集新株予約権1個につき1万円

別紙4

【令和4年4月26日開催の取締役会における議事の概要】

議案 募集新株予約権に係る募集事項の決定の件

次のとおり募集新株予約権の発行をすることについて、満場一致をもって承認可決された。

1 募集新株予約権の内容

(1) 新株予約権の名称

甲野商事株式会社第1回新株予約権

(2) 新株予約権の目的たる株式の種類及び数又はその算定方法

新株予約権1個につき普通株式5株

(3) 新株予約権の行使に際して出資される財産の価額又はその算定方法

100万円

(4) 新株予約権を行使することができる期間

令和5年4月1日から令和11年3月31日まで

(5) 新株予約権の行使により株式を発行する場合における増加する資本金及び資本準備金に関する事項

会社計算規則の規定に基づいて算出される資本金等増加限度額の2分の1の額（1円未満の端数切上げ）について資本金の額を増加し、残額を資本準備金とする。

(6) 新株予約権の譲渡制限

甲野商事株式会社第1回新株予約権を譲渡により取得するには、取締役会の承認を受けなければならない。

(7) 新株予約権証券の不発行

甲野商事株式会社第1回新株予約権については、新株予約権証券を発行しない。

2 募集新株予約権の数

500個

3 募集新株予約権の払込金額

募集新株予約権1個につき3万円

4 募集新株予約権を割り当てる日

令和4年5月31日

5 募集新株予約権と引換えにする金銭の払込みの期日

令和4年5月27日

6 募集の方法

当会社の従業員に対し，引受けの申込みをする権利を与えるものとする。

別紙5

【令和4年5月20日開催の臨時株主総会における議事の概要】

第1号議案 定款一部変更の件

次のとおり定款の一部を変更することについて、満場一致をもって承認可決された。

現行	変更案
(株主総会の招集) 第10条 定時株主総会は毎年3月に招集し、臨時株主総会は必要あるごとに招集する。	(株主総会の招集) 第10条 定時株主総会は毎年6月に招集し、臨時株主総会は必要あるごとに招集する。
(定時株主総会の基準日) 第11条 定時株主総会の議決権の基準日は、毎年12月31日とする。	(定時株主総会の基準日) 第11条 定時株主総会の議決権の基準日は、毎年3月31日とする。
(事業年度) 第22条 当会社の事業年度は、毎年1月1日から同年12月31日までとする。	(事業年度) 第22条 当会社の事業年度は、毎年4月1日から翌年3月31日までとする。
(剰余金の配当の基準日) 第23条 剰余金の配当の基準日は、毎年12月31日とする。	(剰余金の配当の基準日) 第23条 剰余金の配当の基準日は、毎年3月31日とする。
2 【条文省略】	2 【現行のとおり】
【新設】	附則 (事業年度変更に伴う経過措置) 第1条 第22条の規定にかかわらず、令和4年1月1日から始まる事業年度は、令和5年3月31日までとする。 第2条 本附則は、令和5年3月31日をもって削除する。

第2号議案 取締役3名選任の件

F, G及びHの3名を取締役に選任することが諮られ、満場一致をもって承認可決された。

別紙 6

【令和 4 年 5 月 20 日開催の取締役会における議事の概要】

議案 代表取締役の選定の件

F（住所：東京都渋谷区東二丁目 2 番 2 号）を代表取締役に選定することについて、満場一致をもって承認可決された。

別紙 7

【令和4年6月28日開催の臨時株主総会における議事の概要】

第1号議案 定款一部変更の件

次のとおり定款の一部を変更することについて、満場一致をもって承認可決された。

現行	変更案
(機関) 第4条 当社は、株主総会及び取締役の ほか、次の機関を置く。 (1) 取締役会 (2) 監査役	(機関) 第4条 当社は、株主総会及び取締役の ほか、次の機関を置く。 (1) 取締役会 (2) 監査役 (3) 監査役会 (4) 会計監査人

第2号議案 取締役2名選任の件

I及びJの2名を取締役に選任することが諮られ、満場一致をもって承認可決された。

第3号議案 監査役3名選任の件

K、L及びMの3名を監査役に選任することが諮られ、満場一致をもって承認可決された。

第4号議案 会計監査人選任の件

Nを会計監査人に選任することが諮られ、満場一致をもって承認可決された。

別紙 8

【令和 4 年 6 月 28 日開催の取締役会における議事の概要】

第 1 号議案 代表取締役の選定の件

J（住所：東京都渋谷区大山町 3 番 4 号）を代表取締役に選定することについて、満場一致をもって承認可決された。なお、J はその席上就任を承諾した。

第 2 号議案 支配人の選任の件

大阪市中央区谷町二丁目 2 番 2 号の支店の支配人として F（住所：東京都渋谷区東二丁目 2 番 2 号）を選任することについて、満場一致をもって承認可決された。

別紙9

【司法書士の聴取記録（令和4年6月1日）】

- 1 別紙1は、令和4年5月31日現在における甲野商事株式会社の登記記録を抜粋したものである。
- 2 別紙2は、令和4年5月19日現在における甲野商事株式会社の定款を抜粋したものである。
- 3 令和4年3月29日に開催された定時株主総会には、議決権を行使することができる株主の全員が出席し、その議事の概要は、別紙3に記載されているとおりである。
- 4 令和4年4月26日に開催された取締役会には、出席義務を有する者の全員が出席し、その議事の概要は、別紙4に記載されているとおりである。
- 5 令和4年5月13日までに、次のとおり募集新株予約権の引受けの申込みがあった。
 - V 200個
 - W 200個
 - X 100個
 - Y 100個
 - Z 100個
- 6 令和4年5月16日、出席義務を有する者の全員が出席して取締役会を開催した。この取締役会においては、出席取締役の全員一致により、募集新株予約権の引受けの申込みをした者に対して次のとおり募集新株予約権を割り当てることについて決定した。なお、この5名は、いずれも、甲野商事株式会社の株主総会における議決権を有しておらず、他の法人の議決権も有していない。
 - V 175個
 - W 175個
 - X 50個
 - Y 50個
 - Z 50個
- 7 令和4年5月20日に開催された臨時株主総会には、議決権を行使することができる株主の全員が出席し、その議事の概要は、別紙5に記載されているとおりである。
- 8 令和4年5月20日開催の臨時株主総会で取締役に選任されたF及びGは、選任後直ちに、取締役への就任を承諾する旨の就任承諾書をそれぞれ提出した。Hからは就任を承諾する旨の意思表示がなかった。

- 9 令和4年5月20日に開催された臨時株主総会の終結後に開催された取締役会には、出席義務を有する者の全員が出席し、その議事の概要は、別紙6に記載されているとおりである。
- 10 令和4年5月20日開催の取締役会で代表取締役に選定されたFは、選定後直ちに、代表取締役への就任を承諾する旨の就任承諾書を提出した。
- 11 令和4年5月27日までに、V、X及びYから募集新株予約権の払込金額の全額の払込みがあった。W及びZからは、一切の払込みがなかった。

別紙10

【司法書士の聴取記録（令和4年7月1日）】

- 1 Eは社外監査役の要件を満たしている。
- 2 令和4年6月28日に開催された臨時株主総会には、議決権を行使することができる株主の全員が出席し、その議事の概要は、別紙7に記載されているとおりである。
- 3 令和4年6月28日開催の臨時株主総会で取締役を選任されたI及びJは、選任後直ちに、取締役への就任を承諾する旨の就任承諾書をそれぞれ提出した。
- 4 令和4年6月28日開催の臨時株主総会で監査役を選任されたK、L及びMは、選任後直ちに、監査役への就任を承諾する旨の就任承諾書をそれぞれ提出した。この3名のうち、L及びMのみが社外監査役の要件を満たしている。
- 5 令和4年6月28日開催の臨時株主総会で会計監査人を選任されたNは公認会計士である。Nは、選任後直ちに、会計監査人への就任を承諾する旨の就任承諾書を提出した。
- 6 令和4年6月28日に開催された臨時株主総会の終結後に開催された取締役会には、出席義務を有する者の全員が出席し、その議事の概要は、別紙8に記載されているとおりである。

2022年合格目標 **合格力完成答練 第1回**
商業登記法 記述式解答例

第1欄

【登記の事由】

取締役、代表取締役及び監査役の変更
募集新株予約権の発行

【登記すべき事項】

代表取締役Aは、令和4年5月20日退任

監査役Dは、令和4年5月20日退任

令和4年5月20日次の者就任

取締役F

取締役G

東京都渋谷区東二丁目2番2号 代表取締役F

令和4年5月31日次のとおり発行

甲野商事株式会社第1回新株予約権

新株予約権の数

275個

新株予約権の目的たる株式の種類及び数又はその算定方法

普通株式1375株

募集新株予約権の払込金額若しくはその算定方法又は払込を要しないとする旨

3万円

新株予約権の行使に際して出資される財産の価額又はその算定方法

100万円

新株予約権を行使することができる期間

令和5年4月1日から令和11年3月31日まで

【登録免許税額】

金12万円

【添付書面の名称及び通数】

定款	1 通
株主総会議事録	1 通
株主リスト	1 通
取締役会議事録	3 通
取締役の就任承諾書	2 通
代表取締役の就任承諾書	1 通
印鑑証明書	1 通
取締役の本人確認証明書	1 通
募集新株予約権の引受けの申込みを証する書面	3 通
払込みがあったことを証する書面	1 通
委任状	1 通

第2欄

【登記の事由】

取締役，代表取締役，監査役及び会計監査人の変更
 監査役会設置会社の定めの設定
 会計監査人設置会社の定めの設定

【登記すべき事項】

取締役A、取締役B及び取締役Cは、令和4年5月20日退任
令和4年6月28日次の者就任

取締役I

取締役J

東京都渋谷区大山町3番4号 代表取締役J

監査役K

監査役（社外監査役）L

監査役（社外監査役）M

会計監査人N

監査役Eは、社外監査役である。

令和4年6月28日次のとおり設定

監査役会設置会社

会計監査人設置会社

【登録免許税額】

金9万円

【添付書面の名称及び通数】	
定款	1 通
株主総会議事録	2 通
株主リスト	1 通
取締役会議事録	1 通
取締役の就任承諾書	2 通
代表取締役の就任承諾を証する書面は、取締役会議事録の記載を援用する。	
監査役の就任承諾書	3 通
会計監査人の就任承諾書	1 通
公認会計士であることを証する書面	1 通
印鑑証明書	1 通
取締役の本人確認証明書	1 通
監査役の本人確認証明書	3 通
委任状	1 通

第3欄

【登記することができない事項】
支配人Fの選任
【理由】
令和4年6月28日開催の取締役会においてFを支配人に選任しているが、同日現在Fは代表取締役であり、既に代表権のある者を支配人に選任することはできないから。

I 問題の構成

- ・別紙1……令和4年5月31日現在の登記記録の抜粋
- ・別紙2……令和4年5月19日現在の定款
- ・別紙3……令和4年3月29日開催の定時株主総会における議事の概要
- ・別紙4……令和4年4月26日開催の取締役会における議事の概要
- ・別紙5……令和4年5月20日開催の臨時株主総会における議事の概要
- ・別紙6……令和4年5月20日開催の取締役会における議事の概要
- ・別紙7……令和4年6月28日開催の臨時株主総会における議事の概要
- ・別紙8……令和4年6月28日開催の取締役会における議事の概要
- ・別紙9……司法書士の聴取記録（令和4年6月1日）
- ・別紙10……司法書士の聴取記録（令和4年7月1日）

これらの別紙に基づき、令和4年6月1日と令和4年7月1日に登記の申請をする。また、登記することができない事項とその理由について解答する。

II 登記を申請する会社の概要

別紙1によると、甲野商事株式会社は、普通株式と優先株式を発行する種類株式発行会社である。株式の譲渡制限に関する規定を設けていないため、公開会社である。取締役会と監査役を置いており、取締役3名、代表取締役1名、監査役2名が登記されている。

別紙2からは、取締役の任期についての定めがあり、事業年度は毎年1月1日から同年12月31日までであり、定時株主総会の招集時期は毎年3月であることがわかる。

III 論点

第1欄

- 1 募集新株予約権の発行
- 2 取締役、代表取締役および監査役の変更

第2欄

- 1 監査役会を置く旨の定めの設定と監査役の変更
- 2 会計監査人を置く旨の定めの設定と会計監査人の変更
- 3 取締役と代表取締役の変更

第3欄

- 1 代表取締役を支配人に選任することの可否

IV 解説

1 募集新株予約権の発行

(1) 新株予約権の内容

新株予約権とは、株式会社に対して行使することにより当該株式会社の株式の交付を受けることができる権利をいう（会 § 2 ㉑）。株式会社は、その発行する新株予約権を引き受ける者の募集を行う場合（募集新株予約権の発行、会 § 238 I）のほか、取得条項付株式の取得をする場合（会 § 170 II ㉒③, 107 II ③ホへ, 108 II ⑥イ）、新株予約権無償割当てをする場合（会 § 277）、吸収合併後当該株式会社が存続する場合（会 § 750 III ③④, 749 I ②ハニ）等において、新株予約権を発行することができる。

株式会社が新株予約権を発行するときは、次に掲げる事項を当該新株予約権の内容としなければならない（会 § 236 I）。

- i 当該新株予約権の目的である株式の数（種類株式発行会社にあつては、株式の種類および種類ごとの数）またはその数の算定方法
- ii 当該新株予約権の行使に際して出資される財産の価額またはその算定方法
- iii 金銭以外の財産を当該新株予約権の行使に際してする出資の目的とするときは、その旨ならびに当該財産の内容および価額
- iv 当該新株予約権を行使することができる期間
- v 当該新株予約権の行使により株式を発行する場合における増加する資本金および資本準備金に関する事項
- vi 譲渡による当該新株予約権の取得について当該株式会社の承認を要することとするときは、その旨
- vii 当該新株予約権を取得条項付新株予約権（会 § 273 I）とするときは、一定の事由が生じた日に当該株式会社がその新株予約権を取得する旨およびその事由のほか一定の事項
- viii 当該株式会社が合併その他の組織再編行為をする場合において、吸収合併消滅株式会社等の新株予約権者にその有する新株予約権に代えて吸収合併存続株式会社等の新株予約権を交付することとするときは、その旨およびその条件
- ix 新株予約権を行使した新株予約権者に交付する株式の数に1株に満たない端数がある場合において、これを切り捨てるものとするときは、その旨
- x 当該新株予約権（新株予約権付社債に付されたものを除く。）に係る新株予約権証券を発行することとするときは、その旨
- xi 新株予約権証券を発行する場合において、記名式と無記名式との間の転換請求（会 §

290) の全部または一部をすることができないこととするときは、その旨

以上のほか、新株予約権の行使の条件についても、新株予約権の内容として定めることができる（会 § 911 III ⑫二）。

(2) 公開会社における株主割当て以外の方法による募集新株予約権の発行の手続

① 募集新株予約権の発行の方法

募集新株予約権の発行には、株主に新株予約権の割当てを受ける権利を与える方法（株主割当て）とそれ以外の方法とがある。種類株式発行会社にあつては、募集新株予約権の目的である株式の種類が割当てを受ける株主の有する種類の株式と同一の種類である場合が株主割当てである（会 § 241 I ①）。また、従業員や役員に対して募集新株予約権の割当てを受ける権利を与える場合も、募集新株予約権の引受けの申込みをする者を一般から公募する場合も、会社法上は株主割当て以外の場合として同じ規定に従うことになる。

② 募集事項の決定

公開会社が株主割当て以外の方法によりその発行する新株予約権（新株予約権付社債に付されたものである場合を除く。）を引き受ける者の募集をしようとするときは、募集新株予約権について次の事項を定めなければならない（会 § 238 I）。

- i 募集新株予約権の内容および数
- ii 募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととする場合には、その旨
- iii 募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要することとする場合には、募集新株予約権の払込金額（募集新株予約権 1 個と引換えに払い込む金銭の額）またはその算定方法
- iv 募集新株予約権を割り当てる日（割当日）
- v 募集新株予約権と引換えにする金銭の払込みの期日を定めるときは、その期日

募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないということも可能であり、また、金銭の払込みを要することとする場合であっても払込みの期日を定めないことが可能である。

公開会社が株主割当て以外の方法により募集新株予約権の発行をするときは、取締役会の決議によって募集事項を定めれば足りる（会 § 240 I, 238 II）。ただし、募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととすることが募集新株予約権を引き受ける者に特に有利な条件である場合か募集新株予約権の払込金額が募集新株予約権を引き受ける者に特に有利な金額である場合のいずれかであるときは、募集事項の決定機関が異なり、株主総会の決議で募集事項の決定をするか株主総会の決議で募集事項の決定を取締役に委任するかのいずれかの手続

が必要となる（会 § 238ⅢⅡ，239Ⅰ）。これは、募集事項の決定を取締役に委任する旨の株主総会の決議を得ているのであれば、募集新株予約権を引き受ける者に特に有利な条件や金額であるかどうかを考慮することなく、取締役会の決議で募集事項を決定できるということでもある。

募集事項の決定を取締役に委任する株主総会の決議は、当該株主総会において議決権行使することができる株主の議決権の過半数（3分の1以上の割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の3分の2（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上に当たる多数をもって行わなければならない（会 § 309Ⅱ前段⑥）。募集事項の決定を取締役に委任する株主総会の決議においては、その委任に基づいて募集事項の決定をすることができる募集新株予約権の内容および数の上限、当該募集新株予約権につき金銭の払込みを要しないこととする場合にはその旨、ならびに当該募集新株予約権につき金銭の払込みを要することとする場合には募集新株予約権の払込金額の下限を定めなければならない（会 § 239Ⅰ）。そして、募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととすることが募集新株予約権を引き受ける者に特に有利な条件である場合か募集新株予約権の払込金額の下限が募集新株予約権を引き受ける者に特に有利な金額である場合のいずれかであるときは、取締役は、その条件や金額が必要である理由を株主総会で説明しなければならない（同Ⅱ）。募集事項の決定を取締役に委任する株主総会の決議は、割当日が当該株主総会の決議の日から1年以内である募集新株予約権の発行に関してのみ有効である（同Ⅲ）。

③ 種類株主総会の決議

株主割当て以外の方法により募集新株予約権の発行をする場合において、種類株主総会の決議が必要となるのは、募集新株予約権の目的である株式の種類の一部または全部（「一部」と規定されているのは、新株予約権の目的である株式の種類が複数でも構わないからである。）が譲渡制限株式である場合である（会 § 238Ⅳ，239Ⅳ）。ただし、この種類株主総会については、定款で定めることにより不要とすることが可能である（会 § 238Ⅳ，239Ⅳ）。この種類株主総会の決議は、募集事項の決定の委任によらずに取締役会の決議で募集事項の決定をする場合には募集事項の決定に際して必要であり（会 § 238Ⅳ），募集事項の決定の委任に基づいて募集事項を決定する場合には募集事項の決定の委任に際して必要である（会 § 239Ⅳ）。なお、種類株主に損害を及ぼすおそれがあることを理由として種類株主総会の決議が必要となるのは、株主割当ての場合に限られる（会 § 322Ⅰ⑤）。

④ 株主に対する募集事項の通知または公告

公開会社は、取締役会の決議によって募集新株予約権に係る募集事項を定めたときは、割当日の2週間前までに、株主に対して募集事項を通知するか、通知に代えて公告をしなければならない。

らない（会 § 240 II III）。ただし、株式会社が募集事項について割当日の2週間前までに金融商品取引法に基づく一定の届出（有価証券届出書の届出、金融商品取引 § 4 I II III, 5 I）をしている場合か株主総会の決議による募集事項の決定の委任に基づいて取締役会が募集事項を定めた場合には、株主に対する通知や公告は不要である（会 § 240 II IV）。募集事項の株主への通知や公告は募集新株予約権の発行をやめることの請求（会 § 247）を可能とするためのものであり、有価証券届出書によって募集事項を知ることができる場合や株主総会の決議に際して募集新株予約権に関する一定の事項を知る機会が与えられている場合には、通知や公告がなくても株主に特別な不利益はないからである。

なお、募集新株予約権の発行による変更の登記の申請書には、この通知または公告についての書面を添付する必要はない（商登 § 65参照）。そのため、募集事項を決定した日から割当日までの間に2週間の期間が置かれていない場合などの他の添付書面から必要な通知または公告をしていないことが明らかとなる場合でない限り、登記の申請は受理される。

⑤ 募集新株予約権の申込みと割当て

募集新株予約権の割当てに関しては、募集株式と同様に、引受けの申込みを受けて割当てを行う方法と募集新株予約権を引き受けようとする者との間で募集新株予約権の総数の引受けを行う契約を締結する方法とがある。

引受けの申込みを受けて割当てを行う場合には、株式会社は、募集に応じて募集新株予約権の引受けの申込みをしようとする者に対し、募集事項や払込みの取扱いの場所等の一定の事項を通知しなければならない（会 § 242 I, 238 I）。また、募集に応じて募集新株予約権の引受けの申込みをする者は、申込みをする者の氏名または名称および住所、ならびに引き受けようとする募集新株予約権の数を記載した書面を株式会社に交付し、または、株式会社の承諾を得て、当該書面に記載すべき事項を電磁的方法により提供しなければならない（会 § 242 II III, 238 I）。

株式会社は、申込者（会 § 242 V）の中から募集新株予約権の割当てを受ける者を定め、かつ、その者に割り当てる募集新株予約権の数を定めなければならない（募集新株予約権の割当て、会 § 243 I 前段）。株式会社は、この決定において、申込者に割り当てる募集新株予約権の数を、その引き受けようとする募集新株予約権の数よりも減少することができる（同 I 後段、242 II ②）。

取締役会設置会社における募集新株予約権の割当ては、次の場合には、定款に別段の定めがある場合を除き、取締役会の決議によらなければならない（会 § 243 II）。

- i 募集新株予約権の目的である株式の全部または一部が譲渡制限株式である場合
- ii 募集新株予約権が譲渡制限新株予約権（新株予約権であって、譲渡による当該新株予約権の取得について株式会社の承認を要する旨の定めがあるもの）である場合

そして、株式会社は、割当日の前日までに、申込者に対し、当該申込者に割り当てる募集新株予約権の数を通知しなければならない（会 § 243Ⅲ）。

⑥ 支配株主の異動

公開会社において、割り当てられた募集新株予約権の行使によって支配的な株主に変更が生じるような場合には、一定の手続が必要になる（会 § 244の2）。

【参考条文】

（公開会社における募集新株予約権の割当て等の特則）

会社法第244条の2 公開会社は、募集新株予約権の割当てを受けた申込者又は前条第1項の契約により募集新株予約権の総数を引き受けた者（以下この項において「引受人」と総称する。）について、第1号に掲げる数の第2号に掲げる数に対する割合が2分の1を超える場合には、割当日の2週間前までに、株主に対し、当該引受人（以下この項及び第5項において「特定引受人」という。）の氏名又は名称及び住所、当該特定引受人についての第1号に掲げる数その他の法務省令で定める事項を通知しなければならない。ただし、当該特定引受人が当該公開会社の親会社等である場合又は第241条の規定により株主に新株予約権の割当てを受ける権利を与えた場合は、この限りでない。

- 一 当該引受人（その子会社等を含む。）がその引き受けた募集新株予約権に係る交付株式の株主となった場合に有することとなる最も多い議決権の数
- 二 前号に規定する場合における最も多い総株主の議決権の数

募集新株予約権の発行においては、基本的には、対象となる引受人について割り当てた募集新株予約権の全部が行使されたものとして要件を判断する。募集新株予約権の全部が行使されたとしても総株主の議決権の数の2分の1を超える議決権数を有しないのであれば、支配株主の異動とは扱われない。ただし、引受人の子会社等（会 § 2③の2）の議決権や取得条項付新株予約権の取得の対価についても考慮するので（会 § 244の2Ⅱ，会施規 § 55の3），実際の要件の判断はもっと複雑になる。募集新株予約権の引受人に子会社等がなく，募集新株予約権が取得条項付新株予約権でないのであれば，各引受人について，その引受人が割当てを受けた募集新株予約権の全部を行使したものとして議決権を考えればよい。

⑦ 募集新株予約権に係る払込み

新株予約権者は、募集新株予約権と引換えに金銭を払い込むべき旨が募集事項で定められている場合には、次のいずれかの期日（払込期日）までに、株式会社が定めた銀行等（会 § 34Ⅱ，会施規 § 7）の払込みの取扱いの場所において、それぞれの募集新株予約権の払込金額の全額

を払い込まなければならない（会 § 246 I , 238 I ③）。

- i 募集新株予約権と引換えにする金銭の払込みの期日（会 § 238 I ⑤）が定められている場合
→ 当該期日
- ii 募集新株予約権と引換えにする金銭の払込みの期日が定められていない場合
→ 新株予約権を行使することができる期間（会 § 236 I ④）の初日の前日

ただし、新株予約権者は、株式会社の承諾を得て、当該払込みに代えて、払込金額に相当する金銭以外の財産を給付し、または当該株式会社に対する債権をもって相殺することができる（会 § 246 II）。この金銭以外の財産の給付および相殺については、募集株式の発行等における現物出資財産の給付と異なり、検査役の調査を受けることを要しない。

新株予約権者が当該払込み（当該払込みに代えてする金銭以外の財産の給付または当該株式会社に対する債権をもってする相殺を含む。）をしないときは、当該募集新株予約権は行使することができないものとなり（会 § 246 III）、当該新株予約権は消滅する（会 § 287）。

募集新株予約権の発行に際しての払込みは株式会社に対する債務の履行であって、出資ではないため、当該払込みによって資本金の額が増加することはない（会 § 445 I 参照）。

⑧ 効力発生日

募集新株予約権の申込者は、割当日に、株式会社の割り当てた募集新株予約権の新株予約権者となり、契約により募集新株予約権の総数を引き受けた者は、割当日に、その者が引き受けた募集新株予約権の新株予約権者となる（会 § 245 I）。すなわち、募集新株予約権の発行の効力が生じるのは、常に割当日である。募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要する場合であっても、払込みは権利行使のための条件（会 § 246 III）にすぎない。そのため、払込期日が割当日以後の日であるときは、払込みの有無は新株予約権の発行の効力に影響を与えない。一方、払込期日が割当日より前の日である場合において、必要な払込みがなかったときは、新株予約権が発行される前に新株予約権の消滅事由が生じていたことになり、払込みがなかった部分について募集新株予約権の発行の効力は生じないことになる。

(3) 本問における展開

甲野商事株式会社は、令和4年3月29日開催の定時株主総会において、募集新株予約権に係る募集事項の決定を取締役に委任することについて決議している（別紙3）。この決議は特別決議の要件を満たす必要があるところ、決議要件は満たされていると判断することができる（別紙3、9の3）。この募集新株予約権の目的である株式は譲渡制限株式ではないため、種類株主総会の決議は不要である。

その後、甲野商事株式会社は、令和4年4月26日開催の出席義務を有する者の全員が出席した取締役会において、満場一致により、次のとおりの募集事項を決定している（別紙4、9の4）。

1 募集新株予約権の内容

(1) 新株予約権の名称

甲野商事株式会社第1回新株予約権

(2) 新株予約権の目的たる株式の種類及び数又はその算定方法

新株予約権1個につき普通株式5株

(3) 新株予約権の行使に際して出資される財産の価額又はその算定方法

100万円

(4) 新株予約権を行使することができる期間

令和5年4月1日から令和11年3月31日まで

(5) 新株予約権の行使により株式を発行する場合における増加する資本金及び資本準備金に関する事項

会社計算規則の規定に基づいて算出される資本金等増加限度額の2分の1の額（1円未満の端数切上げ）について資本金の額を増加し、残額を資本準備金とする。

(6) 新株予約権の譲渡制限

甲野商事株式会社第1回新株予約権を譲渡により取得するには、取締役会の承認を受けなければならない。

(7) 新株予約権証券の不発行

甲野商事株式会社第1回新株予約権については、新株予約権証券を発行しない。

2 募集新株予約権の数

500個

3 募集新株予約権の払込金額

募集新株予約権1個につき3万円

4 募集新株予約権を割り当てる日

令和4年5月31日

5 募集新株予約権と引換えにする金銭の払込みの期日

令和4年5月27日

6 募集の方法

当会社の従業員に対し、引受けの申込みをする権利を与えるものとする。

この募集事項の決定は、株主総会の決議による委任の範囲内であるため、募集新株予約権の払込金額が募集新株予約権を引き受ける者に特に有利な金額であるかどうかは問題とならない。

募集事項の決定の日（令和4年4月26日）と募集新株予約権の割当日（令和4年5月31日）との間に2週間の期間が置かれているが、仮に2週間の期間が置かれていなかったとしても、委任に基づく募集事項の決定であるため問題はない。

この募集新株予約権についてV, W, X, Y, Zの5名が引受けの申込みをしている（別紙9の5）。この募集新株予約権は譲渡制限新株予約権であるため、割当ての決定は取締役会の決議によらなければならない。そして、必要な割当ての決定は、令和4年5月16日開催の取締役会において適法に行われている（別紙9の6）。

この募集新株予約権の払込期日は、令和4年5月27日である。割当日である令和4年5月31日より前に払込期日が到来するので、払込期日までに払込みをしなかった部分については、募集新株予約権の発行の効力が生じない。払込みを完了したのはV, X, Yの3名のみである（別紙9の11）。割り当てられた募集新株予約権の数は、Vについて175個、Xについて50個、Yについて50個なので、発行された新株予約権の数は275個となる。

以上により、割当日である令和4年5月31日に募集新株予約権の発行の効力が生じているので、令和4年5月31日に甲野商事株式会社第1回新株予約権275個が発行された旨の募集新株予約権の発行の登記を申請する。

2 取締役、代表取締役および監査役の変更

(1) 取締役の変更

① 取締役の就任

取締役は、原則として株主総会の決議によって選任される（会 § 329 I）。この決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数（3分の1以上の割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）をもって行わなければならない（会 § 341）。そして、株式会社と取締役との関係は委任に関する規定に従うため（会 § 330）、株主総会の選任決議のほか、被選任者の就任承諾により、取締役の就任の効力が生じる（民 § 643）。

取締役会設置会社においては、取締役は、3人以上でなければならない（会 § 331 V）。この規定に反しない範囲で取締役の員数を定款で定めることも可能である。

② 取締役の任期

監査等委員会設置会社でも指名委員会等設置会社でもない株式会社における取締役の任期は、選任後2年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までである（会 § 332 I 本文）。ただし、定款または株主総会の決議によって、その任期を短縮するこ

とができる（同Ⅰただし書）。公開会社においては、定款で取締役の任期を伸長することはできない（同Ⅱ）。

このほか、取締役の任期は、その発行する株式の全部の内容として譲渡による当該株式の取得について当該株式会社の承認を要する旨の定款の定めを廃止する定款の変更などの一定の定款の変更をした場合には、当該定款の変更の効力が生じた時に満了する（会 § 332Ⅶ）。

③ 事業年度の変更と役員の任期

事業年度とは、会計上の計算を行う一定の期間をいう。事業年度は、原則として1年を超えることはできないが、事業年度の末日を変更する場合における変更後の最初の事業年度については、1年6か月まで伸長することができる（計算規 § 59Ⅱ後段参照）。

株式会社は、株主総会の特別決議により、定款で定めた事業年度を変更する定款の変更をすることができる（会 § 466, 309Ⅱ⑪）。

事業年度が変更された場合には、役員等の任期は、変更当時において在任している役員等を含め、当然に変更後の事業年度を基準とする任期に変更される（先例昭35.8.16－146, 昭43.9.5－2703）。そして、事業年度の変更の結果、任期が満了するはずの定時株主総会が既に終結していることとなるときは、事業年度を変更した株主総会の決議の時ににおいて、その役員等の任期が満了することとなる（先例平18.3.31－782）。事業年度の変更前において役員等であったという過去の事実を変更するわけにはいかず、役員等の任期を過去にさかのぼって満了させることは不相当だからである。また、選任後1年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時に任期が満了するとされている場合において、事業年度の変更の結果、選任後1年以内に終了する事業年度が一つなくなるときについても、事業年度を変更した株主総会の決議の時ににおいて、その役員等の任期が満了することとなる。

④ 欠員が生じた場合の措置

会社法または定款で定めた取締役の員数が欠けた場合には、辞任または任期の満了により退任した取締役は、員数を満たす後任者（仮取締役を含む。）が就任するまで、なお取締役としての権利義務を有し（会 § 346Ⅰ）、権利義務を有する限り、辞任または任期満了による退任の登記を申請することはできない（最判昭43.12.24, 先例昭30.5.23－1008, 昭31.8.31－1672参照）。また、退任後も取締役としての権利義務を有する者について、その一部の者のみの権利義務を任意に失わせることはできない。たとえば、3人以上の取締役を置かなければならない株式会社において、3名の取締役全員が退任し、2名の後任取締役が就任した場合には、退任した3名全員が取締役としての権利義務を有するのであり、3名中2名の権利義務を失わせることはできない。この場合には、後任取締役が3名以上となった時点で、退任後も取締役としての権利義務を有していた3名全員が権利義務を失うことになる。

(2) 代表取締役の変更

① 代表取締役の就任

取締役会設置会社における代表取締役の選定は、取締役会の決議によって行う（会 § 362 II ③ III）。取締役会設置会社においては、取締役が当然に代表取締役となるものではなく（会 § 349 I ただし書，362 III 参照），選定決議のほか，被選定者が代表取締役への就任を承諾することにより，代表取締役の就任の効力が生じることになる。

代表取締役の員数については，会社法上特に規定されていないが，株式会社を代表する者は最低でも一人は必要である。

② 代表取締役の退任

代表取締役は取締役であることを前提とするので（会 § 362 III），取締役の地位を失ったときは，当然に代表取締役としても退任する。

③ 欠員が生じた場合の措置

代表取締役が欠けた場合または定款で定めた代表取締役の員数が欠けた場合には，辞任（取締役としての辞任を含む。）または任期満了（取締役としての任期の満了を含む。）により退任した代表取締役は，員数を満たす後任者（仮代表取締役を含む。）が就任するまで，なお代表取締役としての権利義務を有し（会 § 351 I），権利義務を有する限り，辞任または退任の登記を申請することはできない（最判昭43.12.24，先例昭30.5.23－1008，昭31.8.31－1672参照）。ただし，代表取締役としての権利義務を有するには，その前提として，取締役であるか取締役としての権利義務を有していなければならない（先例昭32.5.1－858，東京地判昭45.7.23）。

(3) 監査役の変更

① 監査役の任期

監査役の任期は，選任後4年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までである（会 § 336 I）。監査役の任期を短縮することはできないが，任期の満了前に退任した監査役の補欠として選任された監査役の任期については，定款で定めることにより，退任した前任の監査役の任期の満了する時までとすることができる（同 III）。公開会社においては，定款で監査役の任期を伸長することはできない（同 II 参照）。

このほか，監査役の任期は，監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めを廃止する定款の変更などの一定の定款の変更をした場合には，当該定款の変更の効力が生じた時に満了する（会 § 336 IV）。

② 事業年度の変更と役員の任期

前記解説(1)③参照。

(4) 本問における展開

① 定款の規定

甲野商事株式会社は、「取締役の任期は、選任後1年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする」と定款で定めている（別紙2）。取締役の任期を短縮する定款の規定は常に適法である。一方、監査役の任期についての定款の定めはなく（別紙2）、監査役の任期は、会社法の規定に従い、選任後4年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までである。

事業年度は毎年1月1日から同年12月31日までであり、定時株主総会の招集時期は毎年3月である（別紙2）。

② 事業年度の変更

令和4年5月20日開催の臨時株主総会において、事業年度を毎年4月1日から翌年3月31日までとする定款の変更を決議している（別紙5）。この決議は特別決議の要件を満たす必要があるところ、決議要件は満たされていると判断することができる（別紙5、9の7）。また、この定款の変更に際しては、令和4年1月1日から始まる事業年度を令和5年3月31日までとする旨も決議されている（別紙5）。この結果、令和4年前後の甲野商事株式会社の事業年度は、次のようになっている。

- ・令和3年1月1日から令和3年12月31日まで
- ・令和4年1月1日から令和5年3月31日まで
- ・令和5年4月1日から令和6年3月31日まで

変更後の最初の事業年度は1年6か月を超えていないため、この事業年度の変更は適法である。

③ 取締役の任期

取締役A、取締役Bおよび取締役Cは、いずれも令和4年3月29日に選任されている（別紙1、3）。そして、事業年度の変更によって、令和4年3月29日から1年を経過するまでの間に終了する事業年度は存在しなくなっている。選任後1年以内に終了する事業年度は存在しないため、この3名の取締役の任期は、事業年度の変更をした令和4年5月20日に満了すること

になる。この3名の退任の効力は令和4年5月20日に生じているが、甲野商事株式会社の取締役はこの3名のみであったため、この3名は、員数を満たす取締役が就任するまで退任後も取締役としての権利義務を有することになる。

④ 監査役の任期

監査役Dは平成31年3月30日に選任されていると判断することができる（別紙1）。選任後4年以内に終了する事業年度は、令和5年3月30日以前に終了する事業年度であり、そのうち最終のものは、令和3年12月31日に終了する事業年度である。令和3年12月31日に終了する事業年度に関する定時株主総会は令和4年3月29日に開催されており、事業年度を変更した時点より前に終結しているため、監査役Dの任期は、事業年度の変更をした令和4年5月20日に満了することになる。したがって、監査役Dは令和4年5月20日に退任している。

一方、監査役Eは令和3年3月29日に選任されていると判断でき（別紙1）、選任後4年以内に終了する事業年度のうち最終のものは令和6年3月31日に終了する事業年度であるため、令和4年の時点でその任期は満了していない。したがって、監査役Eは退任しておらず、監査役に欠員は生じていない。

⑤ 代表取締役の退任

Aは、令和4年5月20日に取締役を退任したため（前記③参照）、同時に代表取締役としても退任している。代表取締役Aの退任により甲野商事株式会社は代表取締役を欠くこととなるが、後任の代表取締役が就任しているため（後記⑦参照）、Aは代表取締役としての権利義務を失っている。

⑥ 取締役の就任

令和4年5月20日開催の臨時株主総会において、F、GおよびHの3名が取締役に選任されている（別紙5）。選任の決議要件は満たされていると判断することができ（別紙5、9の7）、FおよびGは選任後直ちにその就任を承諾している（別紙9の8）。一方、Hは、就任を承諾する旨の意思表示をしていない（別紙9の8）。したがって、FおよびGが令和4年5月20日に取締役に就任している。取締役会設置会社である甲野商事株式会社には3人以上の取締役が必要であるので、FとGのみが取締役に就任しても取締役の欠員は解消していない。

⑦ 代表取締役の就任

令和4年5月20日開催の臨時株主総会の終結後に開催された出席義務を有する者の全員が出席した取締役会において、満場一致により、Fが代表取締役に選定されている（別紙6、9の9）。そして、Fは選定後直ちにその就任を承諾している（別紙9の10）。したがって、令和4年5月20日にFが代表取締役に就任している。なお、退任後も取締役としての権利義務を有す

る者は、取締役と同様の権利義務を有するため、取締役会に出席しなければならず、その議決に加わることができる。

⑧ 申請する登記

以上により、取締役、代表取締役および監査役について、以下の登記を申請しなければならない。

- ・監査役D……令和4年5月20日退任
- ・代表取締役A……令和4年5月20日退任
- ・取締役F……令和4年5月20日就任
- ・取締役G……令和4年5月20日就任
- ・代表取締役F……令和4年5月20日就任

取締役A、取締役Bおよび取締役Cは令和4年5月20日に退任しているが、退任後も取締役としての権利義務を有しているため、令和4年6月1日に退任の登記を申請することはできない。

第2欄

1 監査役会を置く旨の定めの設定と監査役の変更

(1) 監査役会を置く旨の定款の定めの設定

監査役設置会社は、定款で定めることにより監査役会を置くことができる（会 § 326 II）。監査役会を置くためには取締役会設置会社であり、かつ、監査役設置会社である必要がある（会 § 327 I ②, 389 I）。一方、公開会社である大会社は、監査等委員会設置会社および指名委員会等設置会社を除き、監査役会を置かなければならない（会 § 328 I）。

監査役会を置く旨の定めを設ける定款の変更は、株主総会の特別決議によらなければならない（会 § 466, 309 II ⑪）。

(2) 監査役会設置会社における監査役の員数と社外監査役

監査役会設置会社においては、監査役は、3人以上で、そのうち半数以上は、社外監査役でなければならない（会 § 335 III）。

【参考条文】

会社法第2条（略）

十六 社外監査役 株式会社の監査役であつて、次に掲げる要件のいずれにも該当するものをいう。

イ その就任の前10年間当該株式会社又はその子会社の取締役、会計参与（会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員。ロにおいて同じ。）若しくは執行役又は支配人その他の使用人であつたことがないこと。

ロ その就任の前10年内のいずれかの時において当該株式会社又はその子会社の監査役であつたことがある者にあつては、当該監査役への就任の前10年間当該株式会社又はその子会社の取締役、会計参与若しくは執行役又は支配人その他の使用人であつたことがないこと。

ハ 当該株式会社の親会社等（自然人であるものに限る。）又は親会社等の取締役、監査役若しくは執行役若しくは支配人その他の使用人でないこと。

ニ 当該株式会社の親会社等の子会社等（当該株式会社及びその子会社を除く。）の業務執行取締役等でないこと。

ホ 当該株式会社の取締役若しくは支配人その他の重要な使用人又は親会社等（自然人であるものに限る。）の配偶者又は2親等内の親族でないこと。

監査役会設置会社では、社外監査役による客観的な監査による監査の実効性の確保が期待されている。そして、監査役会設置会社にあつては、監査役のうち社外監査役であるものについて社外監査役である旨を登記しなければならない（会 § 911Ⅲ⑱）。なお、監査役会設置会社以外の株式会社においては、社外監査役が就任しても社外監査役である旨を登記することはできない。

(3) 監査役の就任

監査役は、原則として株主総会の決議によって選任される（会 § 329Ⅰ）。選任の決議要件は、取締役の選任の決議の要件と同じである（会 § 341）。そして、株式会社と監査役との関係は委任に関する規定に従うため（会 § 330）、株主総会の選任決議のほか、被選任者の就任承諾により、監査役の就任の効力が生じる（民 § 643）。

(4) 本問における展開

① 監査役会を置く旨の定款の変更

令和4年6月28日開催の臨時株主総会において、監査役会を置く旨の定めを設ける定款の変更を決議している（別紙7）。この決議は特別決議の要件を満たす必要があるところ、決議要件は満たされていると判断することができる（別紙7，10の2）。監査役の数と社外監査役

の員数も満たされているので（後記②参照）、令和4年6月28日を効力発生日として、監査役会設置会社の定めの設定の登記を申請する。

② 監査役の就任

令和4年6月28日開催の臨時株主総会において、K、LおよびMの3名が監査役に選任されている（別紙7）。選任の決議要件は満たされていると判断することができ、被選任者は、選任後直ちにその就任を承諾している（別紙10の4）。また、この3名中LおよびMの2名が社外監査役であり（別紙10の4）、Eも社外監査役であるので（別紙10の1）、社外監査役の員数は満たされている。したがって、令和4年6月28日を効力発生日として、監査役Kの就任の登記、監査役（社外監査役）Lの就任の登記および監査役（社外監査役）Mの就任の登記を申請する。

③ 社外監査役の登記

Eは社外監査役である（別紙10の1）。監査役会設置会社でない場合には社外監査役であっても社外監査役である旨を登記することができないが、監査役会設置会社においては、社外監査役である旨を登記しなければならない。したがって、監査役Eについて、社外監査役である旨の登記を申請する。

2 会計監査人を置く旨の定めの設定と会計監査人の変更

(1) 会計監査人を置く旨の定款の変更

監査役設置会社は、定款で定めることにより会計監査人を置くことができる（会§326Ⅱ、327Ⅲ）。監査等委員会設置会社と指名委員会等設置会社については会計監査人を置く義務があるが、監査役設置会社は、監査役会設置会社であっても、会計監査人を置く義務はない（会§327参照）。ただし、大会社は、公開会社であっても、公開会社でなくても、会計監査人を置かなければならない（会§328）。

会計監査人を置く旨の定めを設ける定款の変更は、株主総会の特別決議によらなければならない（会§466、309Ⅱ⑪）。

(2) 会計監査人の就任

会計監査人は、株主総会の決議によって選任される（会§329Ⅰ）。会計監査人を選任する株主総会の決議は、定款に別段の定めがある場合を除き、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数をもって行う（会§309Ⅰ）。そして、株式会社と会計監査人との関係は委任に関する規定に従うため（会§330）、株主総会の決議のほか、被選任者（監査法人である場合には、その代表社員）の就任承諾によ

り、会計監査人の就任の効力が生じる（民 § 643）。

会計監査人設置会社においては、会計監査人は、最低一人で足りる。

会計監査人は、公認会計士または監査法人でなければならない（会 § 337 I）。なお、会計監査人に選任された監査法人は、その社員の中から会計監査人の職務を行うべき者を選定し、これを株式会社に通知しなければならない（同 II 前段）。

(3) 本問における展開

令和 4 年 6 月 28 日開催の臨時株主総会において、会計監査人を置く旨の定めを設ける定款の変更を決議している（別紙 7）。この決議は特別決議の要件を満たす必要があるところ、決議要件は満たされていると判断することができる（別紙 7、10 の 2）。また、同じ臨時株主総会において、N が会計監査人に選任されている（別紙 7）。選任の決議は普通決議の要件を満たす必要があるところ、決議要件は満たされていると判断することができる（別紙 7、10 の 2）。N は公認会計士であり、選任後直ちにその就任を承諾している（別紙 10 の 5）。したがって、令和 4 年 6 月 28 日に N が会計監査人に就任している。

以上により、令和 4 年 6 月 28 日を効力発生日として、会計監査人設置会社の定めの設定の登記および会計監査人 N の就任の登記を申請する。

3 取締役と代表取締役の変更

(1) 取締役の変更

前記解説第 1 欄 2 (1) 参照。

退任後も取締役としての権利義務を有していた者がその権利義務を失ったときは、退任の登記の申請が可能になる。

(2) 代表取締役の変更

前記解説第 1 欄 2 (2) 参照。

(3) 本問における展開

令和 4 年 6 月 28 日開催の臨時株主総会において、I および J の 2 名が取締役に選任されている（別紙 7）。選任の決議要件は満たされていると判断することができ（別紙 7、10 の 2）、被選任者は、選任後直ちにその就任を承諾している（別紙 10 の 3）。したがって、令和 4 年 6 月 28 日を効力発生日として、取締役 I の就任の登記および取締役 J の就任の登記を申請する。

I と J が取締役に就任した結果、取締役は、F、G、I、J の 4 名となっている。これにより取締役の欠員が解消したので、A、B、C の 3 名は令和 4 年 6 月 28 日に取締役としての権利義務を失う。取締役としての権利義務を失ったので、令和 4 年 5 月 20 日を効力発生日とする取

締役Aの退任の登記、取締役Bの退任の登記および取締役Cの退任の登記を申請することができる。

また、令和4年6月28日開催の臨時株主総会の終結後に開催された出席義務を有する者の全員が出席した取締役会において、満場一致により、Jが代表取締役に選定されている（別紙8、10の6）。そして、Jはその席上就任を承諾している（別紙8）。これにより令和4年6月28日にJが代表取締役に就任しているので、同日を効力発生日として代表取締役Jの就任の登記を申請する。

第3欄

1 代表取締役を支配人に選任することの可否

(1) 取締役会設置会社における支配人の選任

支配人とは、本店または支店に置かれ、その本店または支店の事業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有する使用人のことをいう（会§10、11）。

支配人の選任は、取締役会設置会社においては、取締役会の決議によらなければならない（会§362Ⅱ①Ⅳ③）。

支配人の選任行為は、代理権の授与と雇用契約等が結合したものであると解されている。ただし、この二つの行為が同時になされる必要はなく、たとえば、既に雇用関係にある使用人を支配人とする場合には、単に代理権を授与すれば足りる。したがって、登記実務上も、支配人の選任の登記の申請書には、支配人が就任を承諾したことを証する書面を添付することを要しない（質疑登研282P75）。

(2) 代表取締役を支配人に選任することの可否

代表取締役を支配人に選任することはできない（先例昭40.1.19－104）。代表取締役の権限は、支配人の権限を完全に含むものであるため、代表取締役を支配人に選任する決議に何らかの効力を与えることは不相当だからである。なお、支配人を代表取締役に選定する決議は、支配人の権限を代表取締役の権限まで拡大するものであり、有効である。この場合には、代表取締役への就任を承諾する旨の意思表示に支配人を辞任する旨の意思表示が含まれると考えるべきである（最判平元.9.19参照）。

(3) 本問における展開

令和4年6月28日開催の取締役会においてFを支配人に選任する旨の決議が行われている（別紙8）。しかし、令和4年6月28日現在、Fは代表取締役である（前記解説第1欄2(4)参

照)。したがって、Fを支配人に選任する決議は無効であり、支配人Fの選任は、登記することができない事項である。

V 答案用紙の作成

第1欄

◆ 登記の事由

解答例参照。

◆ 登記すべき事項

解答例参照。

新株予約権についての登記事項は、次のとおりである。

- i 新株予約権の数（会 § 911Ⅲ⑫イ）
→ 発行された新株予約権の総数をいう。
- ii 新株予約権の目的である株式の数（種類株式発行会社にあつては、株式の種類および種類ごとの数）またはその数の算定方法（会 § 911Ⅲ⑫ロ，236 I ①）
→ 新株予約権の目的である株式の数とは、当該新株予約権1個当たりの目的である株式の数ではなく、当該新株予約権が全て行使された場合に交付される株式の数である（登記情報545 P 42参照）。
- iii 新株予約権の行使に際して出資される財産の価額またはその算定方法（会 § 911Ⅲ⑫ロ，236 I ②）
→ 1個の新株予約権を行使する際に出資すべき財産の価額またはその算定方法である。
- iv 金銭以外の財産を新株予約権の行使に際してする出資の目的とするときは、その旨ならびに当該財産の内容および価額（会 § 911Ⅲ⑫ロ，236 I ③）
- v 新株予約権を行使することができる期間（会 § 911Ⅲ⑫ロ，236 I ④）
- vi 新株予約権の行使の条件を定めたときは、その条件（会 § 911Ⅲ⑫ハ）
- vii 新株予約権が取得条項付新株予約権であるときは、取得の事由や取得の対価等に関する一定の事項（会 § 911Ⅲ⑫ニ，236 I ⑦）
- viii 募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととする場合には、その旨（会 § 911Ⅲ⑫ニ，238 I ②）
- ix 募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要することとする場合には、募集新株予約

権の払込金額（募集事項として募集新株予約権の払込金額の算定方法を定めた場合において、登記の申請の時までに募集新株予約権の払込金額が確定していないときは、当該算定方法、会 § 911Ⅲ⑫ニ、238 I ③）

→ 募集事項として払込金額の算定方法を定めた場合であっても、登記の申請の時までに具体的な払込金額が確定しているのであれば、算定方法ではなく具体的な払込金額を登記することになる。算定方法としては複雑な数式が用いられることが多く、具体的な払込金額を登記することが可能なのであれば、算定方法よりも具体的な払込金額を登記事項とした方が申請人の負担も軽く、登記簿の記録も簡潔になるからである。

また、これらの事項のほか、「〇〇株式会社第〇回新株予約権」等の新株予約権の名称（先例平18.4.26-1110）、新株予約権の発行年月日（「平成〇年〇月〇日発行」）も登記すべき事項となる（先例平18.3.31-782）。なお、上記以外の事項（新株予約権が行使された場合の資本金の額に関する事項等）は登記事項ではない（会 § 911Ⅲ⑫参照）。

本問においては、発行された新株予約権が275個であり、新株予約権1個の目的である株式は普通株式5株であるため、新株予約権の目的たる株式の種類及び数又はその算定方法として普通株式1375株と登記しなければならない。

◆ 登録免許税額

(1) 新株予約権発行分……金9万円

募集新株予約権の発行について、新株予約権発行分として申請件数1件につき9万円である（登税別表第1.24(1)ヌ）。

(2) 役員変更分……金3万円

取締役、代表取締役および監査役の変更について、資本金の額が1億円を超える株式会社に於ける役員変更分として申請件数1件につき金3万円である（登税別表第1.24(1)カ）。

(3) 登録免許税額……金12万円

(1)および(2)の合計額である金12万円となる。本問では、内訳の記載は不要である（問題文）。

◆ 添付書面の名称及び通数

(1) 定款（商登 § 54Ⅳ） 1通

代表取締役Aの退任の登記を申請するため、取締役Aの任期の満了とその日付を明らかにするための書面を添付する必要がある。取締役Aについては、「取締役の任期は、選任後1年以

内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする」という定款の定めがあったので事業年度の変更によって任期が満了したといえる。したがって、代表取締役Aの退任を証する書面の一部として、定款を添付しなければならない。

(2) 株主総会議事録（商登 § 46Ⅱ，54Ⅳ） 1 通

取締役の選任の決議が適法に行われたことを証するため、また、監査役と代表取締役の退任時期を証するため（前記(1)参照）、令和4年5月20日開催の臨時株主総会の議事録（別紙5）を添付する。

なお、令和4年3月29日開催の定時株主総会で募集事項の決定の委任についての決議が行われているが、この株主総会の議事録を添付する必要はない。一般に、公開会社において募集事項の決定を取締役会に委任した場合には、委任の事実を証するために株主総会の議事録を添付する必要はない（先例昭30.6.25－1333参照）。公開会社においては、募集新株予約権を引き受ける者に特に有利な条件や金額を定めないのであれば取締役会で募集事項を決定できるのであり、特に有利な条件や金額の存在のみを理由として募集新株予約権の発行が無効であるとはいえないからである（最判昭46.7.16参照）。また、募集事項の決定をした取締役会の日と割当日との間に2週間の期間が置かれていないのであれば、2週間の期間が不要であることを証するために募集事項の決定の委任に係る株主総会の議事録の添付が必要となることが考えられるが（先例昭41.10.5－2875参照）、本問では募集事項の決定の日と割当日との間に2週間の期間が置かれているため、その意味でも株主総会議事録の添付が必要となることはない。

(3) 株主リスト（商登規 § 61Ⅲ） 1 通

登記すべき事項につき株主総会の決議が必要なので（前記(2)参照）、令和4年5月20日開催の臨時株主総会の第2号議案について株主リスト1通を添付する。第1号議案の定款の変更は代表取締役と監査役の退任時期を証するものであるが、登記すべき事項について直接決議しているのではなく、商業登記法54条4項を根拠として議事録を添付することとなるので、第1号議案について株主リストは不要と考えるべきである。

【参考条文】

商業登記規則第61条（略）

- 3 登記すべき事項につき株主総会又は種類株主総会の決議を要する場合には、申請書に、総株主（種類株主総会の決議を要する場合にあつては、その種類の株式の総株主）の議決権（当該決議（会社法第319条第1項（同法第325条において準用する場合を含む。）の規定により当該決議があつたものとみなされる場合を含む。）において行使することができるものに限る。以下この項において同じ。）の数に対するその有する議決権の数の割合が高いことにおいて上位となる株主であつて、次に掲げる人数のうちいずれか少

ない人数の株主の氏名又は名称及び住所、当該株主のそれぞれが有する株式の数（種類株主総会の決議を要する場合にあつては、その種類の株式の数）及び議決権の数並びに当該株主のそれぞれが有する議決権に係る当該割合を証する書面を添付しなければならない。

- 一 10名
- 二 その有する議決権の数の割合を当該割合の多い順に順次加算し、その加算した割合が3分の2に達するまでの人数

(4) 取締役会議事録（商登 § 46 II） 3 通

募集新株予約権に係る募集事項の決定が適法に行われたことを証するため、令和4年4月26日開催の取締役会の議事録（別紙4）を添付する。

また、募集新株予約権が譲渡制限新株予約権であり、その割当てについて取締役会の決議が必要であるため、令和4年5月16日開催の取締役会の議事録（別紙9の6）を添付する。

さらに、代表取締役の選定の決議が適法に行われたことを証するため、令和4年5月20日開催の取締役会の議事録（別紙6）を添付する。

(5) 取締役の就任承諾書（商登 § 54 I） 2 通

FおよびGが取締役への就任を承諾したことを証するため、この2名からそれぞれ提出された就任承諾書（別紙9の8）を添付する。本問においては、就任承諾を証する書面について資格を特定して記載しなければならないが、氏名の記載は不要である（答案作成に当たっての注意事項5）。

(6) 代表取締役の就任承諾書（商登 § 54 I） 1 通

Fが代表取締役への就任を承諾したことを証するため、Fから提出された就任承諾書（別紙9の10）を添付する。本問においては、就任承諾を証する書面について資格を特定して記載しなければならないが、氏名の記載は不要である（答案作成に当たっての注意事項5）。

(7) 印鑑証明書（商登規 § 61 V IV後段） 1 通

代表取締役に就任したFは再任ではないため、代表取締役Fの就任承諾書の印鑑について印鑑証明書を添付しなければならない。

【参考条文】

商業登記規則第61条（略）

- 4 設立（合併及び組織変更による設立を除く。）の登記の申請書には、設立時取締役が

就任を承諾したこと（成年後見人又は保佐人が本人に代わって承諾する場合にあつては、当該成年後見人又は保佐人が本人に代わって就任を承諾したこと。以下この項において同じ。）を証する書面に押印した印鑑につき市町村長の作成した証明書を添付しなければならない。取締役の就任（再任を除く。）による変更の登記の申請書に添付すべき取締役が就任を承諾したことを証する書面に押印した印鑑についても、同様とする。

- 5 取締役会設置会社における前項の規定の適用については、同項中「設立時取締役」とあるのは「設立時代表取締役又は設立時代表執行役」と、同項後段中「取締役」とあるのは「代表取締役又は代表執行役」とする。

【5項による読替え後の4項後段】

- 取締役会設置会社における代表取締役又は代表執行役の就任（再任を除く。）による変更の登記の申請書には、代表取締役又は代表執行役が就任を承諾したことを証する書面に押印した印鑑につき市町村長の作成した証明書を添付しなければならない。

代表取締役Fを選定した取締役会に出席したのは、出席義務を有する者の全員である（別紙9の9）。甲野商事株式会社の監査役の監査の範囲は会計に関するものに限定されていないので（別紙1，2），監査役は取締役会に出席しなければならない。また、退任後も取締役としての権利義務を有する者は、取締役と同様に取締役会に出席しなければならない。したがって、令和4年5月20日開催の取締役会に出席したのは、A，B，C，E，F，Gの6名である。この議事録にはAが登記所に提出した印鑑を押印しているので（答案作成に当たっての注意事項2），取締役会の議事録の印鑑について印鑑証明書の添付は不要である。

【参考条文】

商業登記規則第61条（略）

- 6 代表取締役又は代表執行役の就任による変更の登記の申請書には、次の各号に掲げる場合の区分に応じ、それぞれ当該各号に定める印鑑につき市町村長の作成した証明書を添付しなければならない。ただし、当該印鑑と変更前の代表取締役又は代表執行役（取締役を兼ねる者に限る。）が登記所に提出している印鑑とが同一であるときは、この限りでない。

一 （略）

二 （略）

- 三 取締役会の決議によつて代表取締役又は代表執行役を選定した場合
出席した取締役及び監査役が取締役会の議事録に押印した印鑑

以上により、添付しなければならない印鑑証明書は、Fのもの1通のみである。

(8) 取締役の本人確認証明書（商登規 § 61Ⅶ） 1 通

取締役に就任したFおよびGは、再任ではない。Fについては印鑑証明書を添付するが（前記(7)参照）、Gについては印鑑証明書を添付しないため、Gについて本人確認証明書を添付しなければならない。なお、本人確認証明書としては、住民票の写しや、運転免許証のコピーに本人が原本と相違がない旨を記載して記名押印したものなどを添付することができる（先例平27.2.20－18）。

【参考条文】

商業登記規則第61条（略）

- 7 設立の登記又は取締役、監査役若しくは執行役の就任（再任を除く。）による変更の登記の申請書には、設立時取締役、設立時監査役、設立時執行役、取締役、監査役又は執行役（以下この項及び第103条において「取締役等」という。）が就任を承諾したこと（成年後見人又は保佐人が本人に代わって承諾する場合にあつては、当該成年後見人又は保佐人が本人に代わって就任を承諾したこと）を証する書面に記載した取締役等の氏名及び住所と同一の氏名及び住所が記載されている市町村長その他の公務員が職務上作成した証明書（当該取締役等（その者の成年後見人又は保佐人が本人に代わって就任を承諾した場合にあつては、当該成年後見人又は保佐人）が原本と相違がない旨を記載した謄本を含む。）を添付しなければならない。ただし、登記の申請書に第4項（第5項において読み替えて適用される場合を含む。）又は前項の規定により当該取締役等の印鑑につき市町村長の作成した証明書を添付する場合は、この限りでない。

(9) 募集新株予約権の引受けの申込みを証する書面（商登 § 65①） 3 通

募集新株予約権の引受けの申込みがあったことを証するため、V、X、Yの3名から提出された新株予約権引受申込証等を添付する（別紙9の11参照）。払込取扱機関が新株予約権の引受けの申込みを取り扱う場合には払込取扱機関が作成した書面1通を添付することも考えられるが、試験の解答としては引受人の人数分の書面を添付するのが無難である。

(10) 払込みがあったことを証する書面（商登 § 65②） 1 通

募集新株予約権と引換えにする金銭の払込みの期日を定めており、かつ、その払込みの期日が割当日より前の日であるため、払込みに関する書面の添付が必要である。本問では、V、X、Yの3名が払込みを行っているため、払込みがあったことを証する書面として、払込取扱機関が作成した払込金受入証明書か、払込取扱機関に払い込まれた金額を証明する会社代表者が作成した書面に払込取扱機関における口座の預金通帳の写し等を合綴したものを添付する（先例

平18.3.31—782参照)。

(11) 委任状(商登§18) 1通

代表取締役から司法書士への委任状を添付する。

第2欄

◆ 登記の事由

解答例参照。

◆ 登記すべき事項

解答例参照。

社外監査役である旨を登記しなければならない場合において、社外監査役が就任したときは「監査役(社外監査役)」として就任の登記をするのであり、就任の登記とは別に社外監査役である旨の登記をするのではない。一方、既に監査役として登記されている者について監査役会設置会社となったために社外監査役である旨を登記する必要が生じたときは、登記すべき事項に「監査役〇〇は、社外監査役である。」と記載して登記を申請する。この場合の社外監査役である旨の登記については、登記原因とその年月日は登記されない。そのため、登記すべき事項としても登記原因や年月日を記載すべきではない。

◆ 登録免許税額

(1) 監査役会に関する事項変更分……金3万円

監査役会設置会社の定めの設定について、監査役会に関する事項変更分として申請件数1件につき金3万円である(登税別表第1.24(1)ワ)。

(2) 役員変更分……金3万円

取締役、代表取締役、監査役および会計監査人の変更について、資本金の額が1億円を超える株式会社における役員変更分として申請件数1件につき金3万円である(登税別表第1.24(1)カ)。

(3) 登記事項変更分……金3万円

会計監査人設置会社の定めの設定について、登記事項変更分として申請件数1件につき金3万円である(登税別表第1.24(1)ツ)。

(4) 登録免許税額……金 9 万円

(1)から(3)までの合計額である金 9 万円となる。本問では、内訳の記載は不要である（問題文）。

◆ 添付書面の名称及び通数

(1) 定款（商登 § 54Ⅳ） 1 通

前記第 1 欄『添付書面の名称及び通数』(1)参照。

取締役の退任を証する書面の一部として、定款を添付しなければならない。

(2) 株主総会議事録（商登 § 46Ⅱ，54Ⅳ） 2 通

取締役の退任時期を証するため、令和 4 年 5 月 20 日開催の臨時株主総会の議事録（別紙 5）を添付しなければならない。

また、監査役会と会計監査人を置く旨の定めを設ける定款の変更の決議、取締役の選任の決議、監査役の選任の決議および会計監査人の選任の決議が適法に行われたことを証するため、令和 4 年 6 月 28 日開催の臨時株主総会の議事録（別紙 7）を添付しなければならない。

(3) 株主リスト（商登規 § 61Ⅲ） 1 通

登記すべき事項につき株主総会の決議が必要なので（前記(2)参照）、令和 4 年 6 月 28 日開催の臨時株主総会の第 1 号議案、第 2 号議案、第 3 号議案および第 4 号議案について株主リストを添付する。株主総会の決議を要する複数の登記すべき事項について一括して申請する場合において、決議ごとに添付する株主リストに記載すべき内容が一致するときは、その旨の注記がされた株主リストが 1 通添付されていれば足りるとされている（先例平 28. 6. 23－98）。そして、令和 4 年 6 月 28 日開催の臨時株主総会における各議案について議決権を行使することができる株主は共通である。したがって、問題の指示（答案作成に当たっての注意事項 6）に従い、株主リスト 1 通を添付する。

なお、令和 4 年 5 月 20 日開催の臨時株主総会の議事録は取締役の退任を証する書面（商登 § 54Ⅳ）の一部として添付するのであり、登記すべき事項について直接決議しているものではないため、令和 4 年 5 月 20 日開催の臨時株主総会について株主リストの添付は不要であると考えられるべきである。

(4) 取締役会議事録（商登 § 46Ⅱ） 1 通

代表取締役の選定の決議が適法に行われたことを証するため、令和 4 年 6 月 28 日開催の取締役会の議事録（別紙 8）を添付する。

(5) 取締役の就任承諾書（商登 § 54 I） 2 通

I および J が取締役への就任を承諾したことを証するため、この 2 名からそれぞれ提出された就任承諾書（別紙10の 3）を添付する。本問においては、就任承諾を証する書面について資格を特定して記載しなければならないが、氏名の記載は不要である（答案作成に当たっての注意事項 5）。

(6) 代表取締役の就任承諾書（商登 § 54 I） 取締役会議事録の記載を援用する

J が代表取締役への就任を承諾したことを証する書面として、席上就任を承諾した旨が記載された令和 4 年 6 月 28 日開催の取締役会の議事録（別紙 8）の記載を援用する。本問においては、問題の指示に従い援用をしなければならない（答案作成に当たっての注意事項 4）。また、本問においては、就任承諾を証する書面について資格を特定して記載しなければならないが、氏名の記載は不要である（答案作成に当たっての注意事項 5）。

(7) 監査役の就任承諾書（商登 § 54 I） 3 通

K, L および M が監査役への就任を承諾したことを証するため、この 3 名からそれぞれ提出された就任承諾書（別紙10の 4）を添付する。本問においては、就任承諾を証する書面について資格を特定して記載しなければならないが、氏名の記載は不要である（答案作成に当たっての注意事項 5）。

(8) 会計監査人の就任承諾書（商登 § 54 II ①） 1 通

N が会計監査人への就任を承諾したことを証するため、N から提出された就任承諾書（別紙 10 の 5）を添付する。本問においては、就任承諾を証する書面について資格を特定して記載しなければならないが、氏名の記載は不要である（答案作成に当たっての注意事項 5）。

(9) 公認会計士であることを証する書面（商登 § 54 II ③） 1 通

N が公認会計士であることを証するため、具体的には、日本公認会計士協会の発行する公認会計士の会計監査人資格証明書を添付する（先例平18. 3. 31－782）。

(10) 印鑑証明書（商登規 § 61 V IV 後段） 1 通

代表取締役に就任した J は再任ではないため、代表取締役 J の就任承諾を証する書面として援用する取締役会の議事録の印鑑について印鑑証明書を添付しなければならない。

代表取締役 J を選定した取締役会には、代表取締役 F が出席している（別紙10の 6）。このような引き続き代表取締役の地位にある者も商業登記規則61条 6 項の「変更前の代表取締役」に該当する。代表取締役 J を選定した取締役会の議事録には F が登記所に提出した印鑑を押印

しているため（答案作成に当たっての注意事項2）、代表取締役の選定を証する書面についての印鑑証明書の添付は不要である。

したがって、添付しなければならない印鑑証明書は、Jのもの1通のみである。

(11) 取締役の本人確認証明書（商登規 § 61Ⅶ） 1 通

取締役に就任したIおよびJは、再任ではない。Jについては印鑑証明書を添付するが（前記(10)参照）、Iについては印鑑証明書を添付しないため、Iについて本人確認証明書を添付しなければならない。なお、本人確認証明書としては、住民票の写しや、運転免許証のコピーに本人が原本と相違がない旨を記載して記名押印したものなどを添付することができる（先例平27.2.20-18）。

(12) 監査役の本人確認証明書（商登規 § 61Ⅶ） 3 通

監査役に就任したK、LおよびMは再任ではなく、印鑑証明書を添付することもないため、この3名について本人確認証明書を添付しなければならない。

(13) 委任状（商登 § 18） 1 通

代表取締役から司法書士への委任状を添付する。

第3欄

解答例参照。

2022年合格目標・合格力完成答練

< 登記完了後の甲野商事株式会社の登記記録の抜粋 >

会社法人等番号	0110－01－123456
商 号	甲野商事株式会社
本 店	東京都渋谷区渋谷一丁目 1 番 1 号
公告をする方法	東西新聞に掲載する。
会社成立の年月日	平成27年 7 月 1 日
目 的	1 文房具及び事務用品の販売 2 書籍及び雑誌の販売 3 不動産の賃貸及び管理 4 前各号に附帯する一切の事業
発行可能株式総数	2 万株
発行済株式の総数 並びに種類及び数	発行済株式の総数 5500株 各種の株式の数 普通株式 5000株 優先株式 500株
資本金の額	金 4 億円

発行可能種類株式 総数及び発行する 各種類の株式の内 容	普通株式 1万株 優先株式 1万株 当社は、剰余金の配当をするときは、普通株式の株主又は登録株式質権者に先立ち、優先株式の株主又は登録株式質権者に対し、優先株式1株につき1万円の剰余金の配当を行う。 優先株式の株主は、株主総会において議決権を行使することができない。	
役員に関する事項	取締役 <u>A</u>	令和4年3月29日就任
		令和4年4月1日登記
		令和4年5月20日退任
		令和4年7月1日登記
	取締役 <u>B</u>	令和4年3月29日就任
		令和4年4月1日登記
		令和4年5月20日退任
		令和4年7月1日登記
	取締役 <u>C</u>	令和4年3月29日就任
		令和4年4月1日登記
		令和4年5月20日退任
		令和4年7月1日登記
	取締役 F	令和4年5月20日就任
		令和4年6月1日登記
	取締役 G	令和4年5月20日就任
		令和4年6月1日登記
	取締役 I	令和4年6月28日就任
		令和4年7月1日登記

	取締役 J	令和4年6月28日就任
		令和4年7月1日登記
	東京都渋谷区東一丁目2番3号 代表取締役 A	令和4年3月29日就任
		令和4年4月1日登記
		令和4年5月20日退任
		令和4年6月1日登記
	東京都渋谷区東二丁目2番2号 代表取締役 F	令和4年5月20日就任
		令和4年6月1日登記
	東京都渋谷区大山町3番4号 代表取締役 J	令和4年6月28日就任
		令和4年7月1日登記
	監査役 D	平成31年3月30日就任
		平成31年4月1日登記
		令和4年5月20日退任
		令和4年6月1日登記
	監査役 E	令和3年3月29日就任
		令和3年4月1日登記
	監査役 (社外監査役) E	令和4年7月1日社外監査役の登記
	監査役 K	令和4年6月28日就任
		令和4年7月1日登記
	監査役 (社外監査役) L	令和4年6月28日就任
		令和4年7月1日登記

	監査役 (社外監査役) M	令和4年6月28日就任
		令和4年7月1日登記
	会計監査人 N	令和4年6月28日就任
		令和4年7月1日登記
支 店	1 大阪市中心区谷町二丁目2番2号	
新株予約権	甲野商事株式会社第1回新株予約権 新株予約権の数 275個 新株予約権の目的たる株式の種類及び数又はその算定方法 普通株式1375株 募集新株予約権の払込金額若しくはその算定方法又は払込を要しないとする旨 3万円 新株予約権の行使に際して出資される財産の価額又はその算定方法 100万円 新株予約権を行使することができる期間 令和5年4月1日から令和11年3月31日まで	
		令和4年5月31日発行
		令和4年6月1日登記
取締役会設置会社に関する事項	取締役会設置会社	
監査役設置会社に関する事項	監査役設置会社	
監査役会設置会社に関する事項	監査役会設置会社 令和4年6月28日設定	令和4年7月1日登記
会計監査人設置会社に関する事項	会計監査人設置会社 令和4年6月28日設定	令和4年7月1日登記
登記記録に関する事項	設立 平成27年7月1日登記	

2022年合格目標 **合格力完成答練 第1回**
不動産登記法 復習用答案用紙

第1欄 手続の内容

--

第2欄 (1) 遺言の効力

--

(2) (1)のように考える理由

- ・遺言者の遺言能力の観点
- ・受益の相続人の権利能力の観点

第3欄 (1)

登記の目的		
申請事項等	登記原因 及びその日付	
	上記以外の 申請事項等	
添付情報		
登録免許税額		

--

--

--

	(2)	(3)

第4欄 (1)

登記の目的		
申請事項等	登記原因 及びその日付	
	上記以外の 申請事項等	
添付情報		
登録免許税額		

(4)

登記の目的		
申請事項等	登記原因 及びその日付	
	上記以外の 申請事項等	
添付情報		
登録免許税額		

(2)	(3)

(5)	(6)

2022年合格目標 **合格力完成答練 第1回**
商業登記法 復習用答案用紙

第1欄

【登記の事由】

【登記すべき事項】

【登録免許税額】

【添付書面の名称及び通数】

第2欄

【登記の事由】

【登記すべき事項】

【登録免許税額】

【添付書面の名称及び通数】

第3欄

【登記することができない事項】

【理由】