

司法試験

あと10点の得点アップ！
短答ヤマ当て講座
民法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 173054

LU17305

第4問

成年後見制度

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成18年 同第20問

要求能力



成年後見制度に関する次の1から5までの記述のうち、誤っているものを2個選びなさい。

1. 成年被後見人が建物の贈与を受けた場合、成年被後見人は、当該贈与契約を取り消すことができない。
2. 成年被後見人が日常生活に関する行為以外の法律行為を行った場合、あらかじめ当該法律行為について成年後見人の同意を得ていたときでも、成年被後見人は、当該法律行為を取り消すことができる。
3. 未成年後見人が選任されている未成年者については、後見開始の審判をして成年後見人を付することはできない。
4. 被保佐人が、貸金返還請求の訴えを提起するには保佐人の同意を要するが、被保佐人を被告として提起された貸金返還請求訴訟に応訴するには保佐人の同意は要しない。
5. 任意後見契約が登記されている場合に後見開始の審判をすることができるのは、本人の利益のために特に必要があると裁判所が認めるときに限られる。

第4問

成年後見制度

難易度

★★★

正解

1 3 (順不同)

部分点

1点

- 1 **×** 当該贈与契約は「**成年被後見人の法律行為**」(9本文)にあたるので、成年被後見人は、取り消すことができる(9本文, 120)。**建物の贈与は「日用品の購入その他日常生活に関する行為」にあたら**ないので、9条ただし書の適用はない。また、成年被後見人については、未成年者が単に権利を得る法律行為の取消しを制限する**5条1項ただし書のような規定もない**。よって、成年被後見人は、当該贈与契約を取り消すことができないとする点で、本肢は誤っている。
- 2 **○** 成年被後見人は「日常生活に関する行為」(9ただし書)を超えた契約を締結する意思能力を欠いているから(9)、成年後見人の同意を得ても、単独で有効な契約の締結はできない。すなわち、成年被後見人が日常生活に関する行為以外の法律行為を行った場合、あらかじめ当該法律行為について成年後見人の同意を得ていたときでも、成年被後見人は、当該法律行為を取り消すことができる。よって、本肢は正しい。
- 3 **×** **未成年後見人は後見開始の審判の請求権者**である(7)。このことから、法は、未成年後見人が選任されている未成年者についても、後見開始の審判をして成年後見人を付することを予定しているといえる。よって、この場合、成年後見人を付することはできないとする点で、本肢は誤っている。
- 4 **○** 被保佐人が、貸金返還請求の訴えを提起することは「訴訟行為をすること」(13 I ④)にあたるので、保佐人の同意を要する(13 I 柱書本文)。他方、被保佐人を被告として提起された貸金返還請求訴訟に応訴することは「被保佐人……が相手方の提起した訴え……について訴訟行為をする」(民訴32 I) ことにあたるから、保佐人の同意は要しない。よって、本肢は正しい。
- 5 **○** 任意後見契約に関する法律10条1項は「任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は、本人の利益のために特に必要があると認めるときに限り、後見開始の審判等を行うことができる。」と規定している。よって、本肢は正しい。
- 以上より、誤っている肢は1と3であり、正解は1と3となる。

参考文献 内田 I・106頁以下・109頁以下・153頁以下、内田 IV・284頁、Sシ I・39頁・41頁以下

第 12 問

配点

2

法人の剰余金・ 残余財産

実施日	/	/	/
チェック			

出題年度

平成21年 同 第2問

要求能力

知識

法人の剰余金又は残余財産に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものはどれか。

1. 株主に剰余金の配当を受ける権利及び残余財産の分配を受ける権利の全部を与えない旨の株式会社の定款の定めは、その効力を有しない。
2. 社員に残余財産の分配を受ける権利を与える旨の一般社団法人の定款の定めは、その効力を有しない。
3. 一般社団法人の社員総会は、社員に剰余金を分配する旨の決議をすることができない。
4. 解散をして清算をすることになった一般社団法人の残余財産の帰属が定款で定められない場合において、その一般社団法人の社員総会は、その残余財産を社員に分配する旨の決議をすることができない。
5. 設立者に残余財産の分配を受ける権利を与える旨の一般財団法人の定款の定めは、その効力を有しない。

第12問

法人の剰余金・残余財産

難易度

★★☆

正解

4

部分点

—

- 1 ○ 会社法105条2項は、「株主に前項第1号及び第2号に掲げる権利の全部を与えない旨の定款の定めは、その効力を有しない」と規定する。そして、同条1項1号は「剰余金の配当を受ける権利」であり、2号は「残余財産の分配を受ける権利」である。すなわち、株主に剰余金の配当を受ける権利及び残余財産の分配を受ける権利の全部を与えない旨の株式会社の定款の定めは、その効力を有しない。よって、本肢は正しい。
- 2 ○ 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（以下、「一般法人法」という。）11条2項は、「社員に剰余金又は残余財産の分配を受ける権利を与える旨の定款の定めは、その効力を有しない」とする。すなわち、社員に残余財産の分配を受ける権利を与える旨の一般社団法人の定款の定めは、その効力を有しない。よって、本肢は正しい。
- 3 ○ 社員総会で社員に対する剰余金の分配を決議することは禁じられている（一般法人法35Ⅲ）。すなわち、一般社団法人の社員総会は、社員に剰余金を分配する旨の決議をすることができない。よって、本肢は正しい。
- 4 × 残余財産の帰属は定款で定めるところにより（一般法人法239Ⅰ）、これにより残余財産の帰属が定まらないときは、その帰属は、清算法人の社員総会又は評議員会の決議によって定める（同Ⅱ）。すなわち、**残余財産の帰属者として社員を指定することを禁じていない**。よって、一般社団法人の社員総会は、その残余財産を社員に分配する旨の決議をすることができないとする点で、本肢は誤っている。
- 5 ○ 設立者に剰余金又は残余財産の分配を受ける権利を与える旨の定款の定めは、その効力を有しない（一般法人法153Ⅲ②）。よって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢は4であり、正解は4となる。

参考文献 内田Ⅰ・207頁以下、SシⅠ・53頁以下

第20問

配点

2

虚偽表示と第三者

実施日	/	/	/
チェック			

出題年度

平成21年 同第4問

要求能力

知識

虚偽表示に当たる法律行為がされた場合における次のアからオまでの者のうち、判例の趣旨に照らし「相手方と通じてした虚偽の意思表示の無効を対抗することができない第三者」に該当するものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 虚偽の意思表示により目的物を譲り受けた者からその目的物について抵当権の設定を受けた者
- イ. 土地の借借人が所有する地上建物を他に仮装譲渡した場合の土地賃貸人
- ウ. 財産の仮装譲渡を受けた者の相続人
- エ. 虚偽の意思表示により譲り受けた目的物を差し押さえた仮装譲受人の一般債権者
- オ. 土地の仮装譲受人から当該土地上の建物を賃借した者
1. ア ウ 2. ア エ 3. イ エ 4. イ オ 5. ウ オ

第20問

虚偽表示と第三者

難易度

★☆☆

正解

2

部分点

—

ア 第三者に該当する

94条2項の「第三者」につき、判例（大判大9.7.23）は、虚偽表示の当事者又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**を指すとした。そして、判例（大判大4.12.17）は、仮装売買の目的物について抵当権の設定を受けた抵当権者が仮装の事実を知らなかったときは、抵当権の登記は完全な効力を有するとする。すなわち、**仮装売買の目的物について善意で抵当権の設定を受けた抵当権者は、「第三者」にあたる**とした。よって、本肢の抵当権の設定を受けた者は「第三者」に該当する。

イ 第三者に該当しない

判例（最判昭38.11.28）は、土地の賃借人が所有する地上建物を他に仮装譲渡した場合の土地賃貸人について、「第三者」にあたらなかった。よって、本肢の土地賃貸人は「第三者」に該当しない。

ウ 第三者に該当しない

判例（大判大5.11.17）は、相続人は、被相続人の権利義務を包括的に承継する一般承継人にすぎない以上、「第三者」にあたらなかった。よって、本肢の相続人は「第三者」に該当しない。

エ 第三者に該当する

判例（最判昭48.6.28）は、**建物が債務者の所有に属するものと信じて、債務者に対する債権に基づきこれを差し押さえた者**につき、94条2項の「第三者」にあたるとした。よって、本肢の債権者は「第三者」に該当する。

オ 第三者に該当しない

判例（最判昭57.6.8）は、土地の仮装譲受人が右土地上に建物を建築してこれを他人に賃貸した場合、建物賃借人は、仮装譲渡された土地については法律上の利害関係を有するものとは認められないから、「第三者」にはあたらなかった。よって、本肢の賃借人は「第三者」に該当しない。

以上より、「第三者」に該当する肢はアとエであり、正解は2となる。

参考文献 内田 I・51頁以下、Sシ I・128頁以下

第 35 問

表見代理

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成 25 年

同 第4問
予 第2問

要求能力

知識

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

- ア. 本人から登記申請を委任された者が、その権限を越えて、本人を代理して第三者と取引行為をした場合において、その登記申請の権限が本人の私法上の契約による義務を履行するために付与されたものであり、第三者が代理人に権限があると信ずべき正当な理由があるときは、委任された登記申請の権限を基本代理権とする表見代理が成立する。
- イ. 原材料甲を仕入れる代理権を本人から付与された者が、その代理権を利用して利益を図ろうと考え、本人を代理して第三者から甲を買い受け、これを他に転売しその利益を着服した場合、権限外の行為についての表見代理に関する規定が類推され、第三者は、本人に対し、甲の代金の支払を求めることができる。
- ウ. 子が父から何らの代理権も与えられていないのに、父の代理人として相手方に対し父所有の不動産を売却した場合、相手方において、子に売買契約を締結する代理権があると信じ、そのように信じたことに正当な理由があるときは、表見代理が成立する。
- エ. 本人からその所有する不動産に抵当権を設定する代理権を与えられた者が、本人を代理して当該不動産を売却した場合、売買契約の相手方がその権限の逸脱の事実を知り、又はそれを知らないことについて過失があったときでも、転得者が善意無過失であるときは、表見代理が成立する。
- オ. 夫が、日常の家事の範囲を越えて、妻を代理して法律行為をした場合、相手方において、その行為がその夫婦の日常の家事に関する法律行為に属すると信ずるにつき正当の理由があるときは、権限外の行為についての表見代理に関する規定の趣旨が類推され、妻は夫がした法律行為によって生じた債務について、連帯してその責任を負う。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

第 35 問

表見代理

正答率 同 93.4%
予 81.1%

正解

2

部分点 —

ア ○ 110条の表見代理が成立するためには、基本代理権の存在が必要とされる。判例は、**公法上の行為である登記申請の権限も、特定の私法上の契約による義務の履行のためになされるものであるときは、基本代理権と認められる**としている（最判昭46.6.3）。よって、本肢は正しい。

参考文献 内田 I・194頁、佐久間 1・275頁

イ × 本肢の事案は、代理人が代理権の範囲内で、自己又は第三者の利益を図るために代理行為を行う代理権濫用の事案である。判例は、「**代理人が自己または第三者の利益をはかるため権限内の行為をしたときは、相手方が代理人の右意図を知りまたは知ることをうべかりし場合に限り、民法93条但書の規定を類推して、本人はその行為につき責に任じない**」旨判示している（最判昭42.4.20／百選 I [26]）。よって、表見代理に関する規定が類推されるとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 内田 I・143頁、佐久間 1・287頁

ウ × 判例は、法定代理権が110条の表見代理の成立に必要な基本代理権となりうる旨判示している（大判昭17.5.20）。しかし、**子には、親を代理する法定代理権はなく、他に基本代理権となり得る代理権が存在しない以上、110条の表見代理は成立しない**。また、本肢では、109条、112条の表見代理が成立するような事情も存しない。よって、表見代理が成立するとしている点で、本肢は誤っている。

参考文献 内田 I・190頁、佐久間 1・275頁

エ × 判例は、**110条の「第三者」は無権代理行為の直接の相手方に限る**旨判示している（大判昭7.12.24、最判昭36.12.12）。よって、転得者が善意無過失であるときは、表見代理が成立するとしている点で、本肢は誤っている。

参考文献 内田 I・198頁、佐久間 1・277頁、川井 1・249頁

オ ○ 判例は、夫が妻を代理して妻の土地を相手方に譲渡した事案において、761条は夫婦の日常家事に関する法律行為について相互に代理権を有することも規定しているものと解した上で、「**夫婦の財産的独立をそこなうおそれ**」があることから110条を直接適用せず、「**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の理由のあるときにかぎり**」、110条の趣旨が類推適用され、**第三者は保護される**旨判示している（最判昭44.12.18／百選 III [8]）。よって、本肢は正しい。

参考文献 内田 I・191頁

以上より、正しい肢はアとオであり、正解は2となる。

第 56 問

配点

2

消滅時効の起算点

実施日	/	/	/
チェック			

出題年度

平成26年

同 第6問
予 一

要求能力

知識

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

- ア. 不確定期限の定めのある債権の消滅時効は、債権者が期限の到来を知った時から進行する。
- イ. 契約解除に基づく原状回復義務が履行不能になった場合において、その履行不能による損害賠償請求権の消滅時効は、原状回復義務が履行不能になった時から進行する。
- ウ. 無断転貸を理由とする土地賃貸借契約の解除権の消滅時効は、転借人が転貸借契約に基づいて当該土地の使用収益を開始した時から進行する。
- エ. 安全配慮義務違反による損害賠償請求権の消滅時効は、損害が発生した時から進行する。
- オ. 10回に分割して弁済する旨の約定がある場合において、債務者が1回でも弁済を怠ったときは債権者の請求により直ちに残債務全額を弁済すべきものとする約定があるときには、残債権全額の消滅時効は、債務者が弁済を怠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 56 問 正解	消滅時効の起算点	正答率	29.4%
	4	部分点	—

ア 消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する（166 I）。「権利を行使することができる時」とは、権利の行使に法律上の障害がないことを意味し、法律上の障害とは、期限の未到来のように法律上権利を行使することができないことをいう。判例（大判昭12.9.17）は、**権利者が権利を行使し得ることを知らなくても**、それは権利の行使についての法律上の障害ではないので時効は進行する旨判示している。したがって、不確定期限の定めのある債権の消滅時効は、**期限の到来した時**から進行する。よって、債権者が期限の到来を知った時から進行するとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 川井1・369頁

イ 判例（最判昭35.11.1）は、契約解除に基づく原状回復義務が履行不能となった場合の損害賠償請求権の消滅時効は、**本来の債務（原状回復義務）の履行を請求し得る時**から進行する旨判示している。よって、原状回復義務が履行不能になった時から進行するとする点で、本肢は誤っている。

ウ 判例（最判昭62.10.8）は、無断転貸を理由とする土地賃貸借契約の解除権の消滅時効は、**転借人が転貸借契約に基づいて当該土地の使用収益を開始した時**から進行する旨判示している。よって、本肢は正しい。

エ 通常の債務不履行に基づく損害賠償債務は、本来の債務の内容の変更であって、債務の同一性に変更はないから、本来の債務の履行期が消滅時効の起算点になると解されている（最判平10.4.24）。しかし、判例（最判平6.2.22／百選I〔43〕）は、安全配慮義務違反による損害賠償債務について、債務の同一性の理論を採用せず、その損害が発生した時に成立し、同時にその権利行使をすることが可能となるとしている。したがって、安全配慮義務違反による損害賠償請求権の消滅時効は、**損害が発生した時**から進行する。よって、本肢は正しい。

参考文献 LQ I・300頁、川井1・374頁

オ 確定期限のある債権の消滅時効の起算点は、期限の到来した時である。そして、判例（最判昭42.6.23）は、割賦金弁済契約において、1回でも弁済を怠るときは直ちに全額を請求されても異議はないという特約がある場合であり、1回の不履行があったときであっても、各割賦金債務について順次消滅時効が進行し、**債権者が全額弁済請求の意思表示をした時**から残債権全額の消滅時効が進行する旨判示している。よって、残債権全額の消滅時効は、債務者が弁済を怠った時から進行するとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 川井1・370頁、我妻コンメ・323頁

以上より、正しい肢はウとエであり、正解は4となる。

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	19.7%	12.2%	20.2%	29.4%	18.1%

第 65 問

物権的請求権

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成24年

同 第11問
予 第4問

要求能力

知識

第2編

物権

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

1. 所有権に基づく物権的請求権は、所有権から派生する権利であるから、所有権と独立に物権的請求権のみを譲渡することはできないが、所有権とは別に消滅時効にかかる場合がある。
2. 建物の賃貸借契約が終了したとき、建物の所有者である賃貸人は、賃借人に対し、賃貸借契約の終了に基づいて建物の返還を求めることはできるが、所有権に基づいて建物の返還を請求することはできない。
3. Aは、B所有の土地に何らの権原なく建物を建て、この建物をCに賃貸した。この場合、建物を占有しているのはCであるから、Bは、Aに対して、建物を収去して土地を明け渡すことを請求することはできない。
4. 畑として使用されてきた土地をA、B及びCが持分3分の1ずつで共有していたところ、第三者が、Aの承諾を得て、その土地を造成して宅地にしようとした。この場合、Cは、単独で、その第三者に対し、共有持分権に基づく物権的請求権の行使として、土地全体について造成行為の禁止を求めることができる。
5. AがBに対して所有権に基づく妨害排除請求権を行使するには、Bに事理を弁識する能力があることは必要でないが、妨害状態が発生したことについてBに故意又は過失があることが必要である。

第65問

正解

物権的請求権

4

正答率	同 89.2% 予 82.2%
部分点	—

- 1 **X** 所有権に基づく所有物の返還請求権は、その所有権の一作用であって、これから発生する独立の権利ではないから、**所有権自体と同じく、消滅時効によって消滅することはない**（大判大5.6.23）。よって、所有権とは別に消滅時効にかかる場合があるとする点で、本肢は誤っている。
- 2 **X** 建物の賃貸借契約が終了したとき、賃貸人は賃貸借契約終了に基づく契約上の請求権として建物の返還請求権を有するとともに、建物の所有者であることから所有権に基づく物権的返還請求権を有することになる。この場合、どちらの請求権を行使できるかが問題となるが、権利者は、自由に選択して請求することができるとするのが判例であるとされる（請求権競合説）。よって、所有権に基づいて建物の返還を請求することができないとする点で、本肢は誤っている。
- 3 **X** 占有権は、代理人によって取得することができる（181）。そこで、例えば、建物の賃貸借契約がなされた場合、建物の賃貸人は占有代理人である賃借人に建物を所持させることによって当該建物を間接占有し、建物の賃借人は当該建物を直接占有するという関係になる。そして、**物権の円満な状態は、間接占有によっても侵害することができ、そのような場合には間接占有者も物権的請求権の相手方となる**。したがって、本肢の場合、土地所有者Bは、建物の間接占有者Aに対して、建物を収去して土地を明け渡すことを請求することができる。よって、これができないとする点で、本肢は誤っている。
- 4 **O** 各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更を加えることができない（251）。**共有者の一部が他の共有者の同意を得ずに共有物を物理的に損傷したり改変するなど共有物に変更を加える行為をしている場合、他の共有者は、各自の共有持分権に基づいて、行為の全部の禁止を求めることだけでなく、特段の事情のある場合を除き、行為により生じた結果を除去して共有物を原状に復させることを求めることもできる**（最判平10.3.24）。したがって、本肢におけるCは、単独で、その第三者に対し、共有持分権に基づく物権的請求権の行使として、土地全体について造成行為の禁止を求めることができる。よって、本肢は正しい。
- 5 **X** 物権的請求権は、物権の円滑な実現が妨げられただけで当然に発生し、不法行為による損害賠償請求権とは違い、**侵害者の故意・過失を問わない**（大判昭12.11.19／百選I〔48〕参照）。したがって、本肢の場合、妨害者Bに故意又は過失がなかったとしても、AはB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。よって、これができないとする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢は4であり、正解は4となる。

参考文献 内田 I・368頁・372頁・374頁・408頁

第 70 問

配点

2

不動産物権変動

実施日	/	/	/
チェック			

出題年度

平成 23 年

同 第 8 問
予 第 3 問

要求能力

知識

第 2 編

物権

Aが所有する不動産について物権変動があった場合に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。

1. Aがその不動産についてBのために抵当権を設定し、その後AがCに同一不動産を譲渡した場合、Bは、その抵当権設定の登記がなければその抵当権の取得をCに対抗することができない。
2. Aがその不動産をBに譲渡し、その後AがCに同一不動産について地上権を設定した上でそれに基づいて引渡しをした場合において、Bへの所有権移転の登記もCの地上権設定の登記もないときは、Bは、Cに対して所有権に基づいて当該不動産の引渡しを請求することができない。
3. Aがその土地をBに賃貸し、Bがその土地に建物を建築して所有権保存登記をした後、AがCに当該土地を譲渡した場合において、当該土地に関する所有権移転登記を受けたCは、Bに対して当該土地の賃料の請求をすることができる。
4. Aは、Bと通じて、Aの不動産について有効な売買契約が存在しないにもかかわらず売買を原因とする所有権移転登記をBに対して行い、その後、この事情について善意無過失であるCに対してBが同一不動産を譲渡したが、BC間の所有権移転登記はされていない。この場合において、さらにその後、AがDに同一不動産を譲渡したときは、Cは、所有権の取得をDに対抗することができる。
5. Aがその不動産をBに譲渡し、その後AがCに同一不動産を譲渡し、さらにCが同一不動産を転得者Dに譲渡し、AC間及びCD間の所有権移転登記が行われた場合において、CがBとの関係で背信的悪意者に当たるが、D自身がBとの関係で背信的悪意者と評価されないときは、Dは、所有権の取得をBに対抗することができる。

第70問

正解

不動産物権変動

4

正答率	同 86.7% 予 72.7%
部分点	—

- 1 ○ 抵当権者と当該不動産の譲受人は、対抗関係に立つため、177条の登記を先に備えた者が優先する。本肢では、BがCよりも先に抵当権設定登記を備えたのでなければ、Cに対抗することができない。よって、本肢は正しい。
- 2 ○ 不動産の譲受人と地上権者は、対抗関係に立つため、177条の登記を先に備えた者が優先する。そして、双方とも対抗要件である登記を備えていない場合には、双方とも自己の権利が相手方の権利に優先することを主張することができない。本肢では、BもCも登記を備えていないため、BもCも不動産の引渡しを請求することができない。よって、本肢は正しい。
- 3 ○ 他人に賃貸中の土地を譲り受けた者は、所有権移転登記を経由しなければ賃借人に所有権を対抗しえず、賃貸人たる地位を取得したことも主張することができない（最判昭49.3.19／百選Ⅱ〔62〕）。したがって、所有権移転登記を受けた場合には、賃貸人たる地位を取得したことを主張することができるので、本肢のCは、Bに対して賃料の請求をすることができる。よって、本肢は正しい。
- 4 × 不動産の仮装譲受人からの善意の転得者と、仮装譲渡人から不動産を取得した者については、対抗関係に立つ（最判昭42.10.31）ため、177条の登記を先に備えた者が優先する。本肢では、Cは登記を備えていないため、Dに対抗することはできない。よって、対抗することができる点で、本肢は誤っている。
- 5 ○ 不動産の二重譲渡において、第2買主たる背信的悪意者から当該不動産を譲り受け、登記も具備した者は、自分自身が第1買主に対する関係で背信的悪意者と評価されない限り、その不動産の取得を第1買主に対抗することができる（最判平8.10.29／百選Ⅰ〔58〕）。そうすると、本肢の場合、第2買主である背信的悪意者Cから当該不動産を譲り受けたDは、第1買主であるBとの関係で背信的悪意者と評価されないのだから、その不動産の取得をBに対抗することができる。よって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢は4であり、正解は4となる。

参考文献 内田Ⅰ・436頁・456頁以下・462頁、SシⅡ・63頁・69頁

第87問

占有

配点

2

出題年度

平成21年 同 第9問

要求能力

知識

実施日	/	/	/
チェック			

動産の占有権の譲渡に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものはどれか。

1. 動産の所有者であって寄託者であるAが、その受寄者であるBに対して、以後第三者Cのために動産を占有することを命じ、Cがそれを承諾したときは、Cは動産の占有権を取得する。
2. 動産の所有者であって賃貸人であるAが、その賃借人として引渡しを受けているBとの間で売買契約を締結した場合、占有権を譲渡する旨のAとBの意思表示によって、Aは動産の占有権を失う。
3. 動産の所有者であって寄託者であるAの承諾を得て、受寄者であるBが、その動産について第三者Cとの間で寄託契約を締結して引渡しをした場合、Bは動産の占有権を失う。
4. 動産の所有者であって自ら動産を占有するAが、Bとの間で売買契約を締結し、同時にBを使用貸主、Aを使用借主とする使用貸借契約を締結した場合、以後Bのために占有する旨のAの意思表示によって、Bは動産の占有権を取得する。
5. 動産の所有者であって賃貸人であるAの承諾を得て、賃借人であるBが、その賃借権を第三者Cに譲渡し、動産を引き渡した場合、Bは動産の占有権を失う。

第87問

占有

難易度

★★☆

正解

3

部分点

—

- 1 ○ 代理人によって占有をする場合において、本人がその代理人に対して以後第三者のためにその物を占有することを命じ、その第三者がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する(184)。これを**指図による占有移転**という。よって、本肢は正しい。
- 2 ○ 占有権の譲渡は、占有物の引渡しによってするのが原則である(182 I)。しかし、代理人が現に占有物を所持する場合には、占有権の譲渡は、当事者の意思表示のみによってすることができる(182 II)。すなわち、賃貸人たるAが賃借人かつ占有代理人たるBとの間で売買契約を締結した場合、占有権を譲渡する旨のAとBの意思表示によって、動産の占有権の譲渡がされたことになるから、Aは動産の占有権を失う。よって、本肢は正しい。
- 3 × 受寄者が寄託者の承諾を得て、第三者に寄託物を保管させることができる場合、復代理人の規定(105, 107 II)が準用される(658 II)。そうすると、**受寄者は保管者の所持を媒介として寄託物を間接占有**するため、受寄者の占有は消滅しない。よって、受寄者のBは動産の占有権を失うとする点で、本肢は誤っている。
- 4 ○ 代理人が自己の占有物を以後本人のために占有する意思表示したときは、本人は、これによって占有権を取得する(183)。これを**占有改定**という。すなわち、Aが以後Bのために占有する旨の意思表示によって、Bは動産の占有権を取得する。よって、本肢は正しい。
- 5 ○ 占有権の譲渡は、占有物の引渡しによってする(182 I)。これを**現実の引渡し**という。そうすると、Bが賃借権をCに譲渡し、動産を引き渡した場合、占有権もBからCに譲渡され、Bは動産の占有権を失う。よって、本肢は正しい。
- 以上より、誤っている肢は3であり、正解は3となる。

参考文献 内田 I・147頁以下・410頁以下、内田 II・305頁、Sシ II・90頁以下、Sシ IV・190頁

第 110 問

配点

2

留置権

実施日	/	/	/
チェック			

出題年度

平成 26 年

同 第 13 問
予

要求能力

知識

留置権に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 債権者は、債務者との合意によって先取特権の設定を受けることはできないが、債務者との合意により留置権の設定を受けることはできる。
- イ. 留置権者は、留置物について留置権に基づき競売を申し立てることができ、換価金から優先的に弁済を受けることができる。
- ウ. 留置権者が債務者の承諾を得ずに留置物を賃貸した場合、債務者は、留置権の消滅を請求することができる。
- エ. 請負人が、注文者に対する報酬債権を被担保債権として、留置権に基づき仕事の目的物の引渡しを拒んでいる場合、その報酬債権の消滅時効の進行は妨げられない。
- オ. 留置権者は、目的物の滅失によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対して物上代位をすることができる。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ エ 4. ウ エ 5. ウ オ

第110問 正解	留置権	正答率	76.1%
	4	部分点	—

ア × 民法の定める物的担保には、当事者の合意で定める約定担保物権である質権(342)、抵当権(369 I)と、**法律上当然に発生する法定担保物権**である留置権(295 I)、先取特権(303)がある。したがって、債権者は、債務者との合意によって留置権及び先取特権の設定を受けることはできない。よって、債務者との合意により留置権の設定を受けることはできるとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 内田Ⅲ・383頁

イ × 留置権は、他の担保物権と異なり、優先弁済的効力がなく、またこれに関連して物上代位性もない。また、留置権には、一定の場合に競売の権利が認められているが(**形式競売**, 民執195)、これは長期にわたって留置せざるを得ない不便から解放するために認められた換価のための権利にすぎず、換価金を所有者に返還する義務を負う。したがって、留置権者は、**留置物について留置権に基づき競売を申し立てることができるが、換価金から優先的に弁済を受けることができない**。よって、換価金から優先的に弁済を受けることができるとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 川井2・232頁, 内田Ⅲ・503頁

ウ ○ 留置権者は、債務者の承諾を得なければ、留置物を使用し、賃貸し、又は担保に供することができない(298Ⅱ本文)。そして、留置権者が、298条1項、2項の規定に違反したときは、債務者は、留置権の消滅を請求することができる(298Ⅲ)。したがって、留置権者が債務者の承諾を得ずに留置物を賃貸した場合、債務者は、留置権の消滅を請求することができる。よって、本肢は正しい。

エ ○ 留置権の行使は、債権の消滅時効の進行を妨げない(300)。したがって、請負人が、注文者に対する報酬債権を被担保債権として、留置権に基づき仕事の目的物の引渡しを拒んでいる場合、その報酬債権の消滅時効の進行は妨げられない。よって、本肢は正しい。

オ × 留置権は、他の担保物権と異なり、優先弁済的効力がなく、またこれに関連して物上代位について規定する304条の準用もない。したがって、留置権者は、目的物の滅失によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対して物上代位をすることができない。よって、物上代位をすることができるとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 川井2・232頁

以上より、正しい肢はウとエであり、正解は4となる。

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	6.3%	0.0%	10.5%	76.1%	6.7%

第 124 問

抵当権の物上代位

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成 18 年 同 第 19 問

要求能力

知識

AのBに対する金銭債権を担保するために、BがCに賃貸している建物を目的とする抵当権が設定された場合におけるAの物上代位権の行使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を組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. Bの一般債権者DがBのCに対する賃料債権を差し押さえた後にAのための抵当権設定登記がされた場合、Aは、同じ賃料債権を差し押さえて優先弁済を受けることができる。
- イ. Aのために抵当権設定登記がされた後にCに対する賃料債権がBからEに譲渡されてその第三者対抗要件が具備された場合、Aは、同じ賃料債権を差し押さえて優先弁済を受けることができる。
- ウ. Aのために抵当権設定登記がされた後にBの一般債権者FがCに対する既発生賃料債権を差し押さえ、その債権をFに転付する旨の命令が効力を生じた場合、Aは、同じ賃料債権を差し押さえて優先弁済を受けることができる。
- エ. Aのために抵当権設定登記がされるより前にCがBに対して金銭を貸し付けていた場合、Aが賃料債権を差し押さえたときは、Cは、その貸金債権の弁済期が差押え後に到来するものであっても、当該貸金債権と賃料債権との相殺をもってAに対抗することができる。
- オ. Bの承諾を得てCがGに建物を転貸した場合、Aは、建物の賃貸借により生ずる果実であるCのGに対する賃料の債権を差し押さえることができる。
1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

第3編

担保物権

第124問

抵当権の物上代位

難易度

★☆☆

正解

4

部分点

—

- ア × 判例（最判平10.3.26）は、一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えの優劣は**一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後による**とする。本肢では、一般債権者Dの差押えの後に、Aのための抵当権設定登記がされているので、AはDに劣後する。よって、Aは優先弁済を受けることができるとしている点で、本肢は誤っている。
- イ ○ 判例（最判平10.1.30／百選I〔85〕）は、372条が準用する304条1項の「『**払渡又ハ引渡**』には、**債権譲渡は含まれず**、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する対抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができる」とする。その理由として、**払渡し・引渡し前の差押えを求める趣旨は、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護する点にあるところ、抵当権の効力が物上代位の目的債権に及ぶことは抵当権設定登記によって公示されているから、目的債権の譲受人等の第三者を保護する必要がない**ことが挙げられる。そうすると、賃料債権がBからEに譲渡されてその第三者対抗要件が具備された場合でも、Aは、賃料債権を差し押さえて優先弁済を受けることができる。よって、本肢は正しい。
- ウ × 判例（最判平14.3.12）は、**転付命令が第三債務者に送達される時までに抵当権者が物上代位による差押えをしなかった場合には、抵当権者はもはや物上代位をなしえないとする**。そうすると、本肢の転付命令が効力を生じた後に、Aは、賃料債権を差し押さえて優先弁済を受けることができない。よって、Aは優先弁済を受けることができるとする点で、本肢は誤っている。
- エ ○ 判例（最判平13.3.13）は、**抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することができないとする**。物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されており、相殺への合理的期待は生じないといえるからである。そうすると、**Cは抵当権設定登記前に成立した貸金債権と賃料債権との相殺をもってAに対抗できる**。よって、本肢は正しい。
- オ × 判例（最判平12.4.14）は、「**抵当権者は抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合を除き、右賃借人が取得すべき転貸賃料債権について物上代位権を行使することができない**」とし、その理由として、①**抵当不動産の賃借人は、抵当不動産をもって物的責任を負担するものではなく、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にはないこと**、②**転貸賃料債権を物上代位の目的とすることができる**とする点で、正常な取引により成立した抵当不動産の転貸借関係における賃借人（転貸人）の利益を不当に害すること等を判示して

いる。本肢では、賃借人Cを所有者Bと同視することを相当とすべき事情はないから、Aは、CのGに対する転貸賃料債権を物上代位の目的としてこれを差し押さえることはできない。よって、Aは、CのGに対する賃料の債権を差し押さえることができるとする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢はイとエであり、正解は4となる。

参考文献 内田Ⅲ・401頁以下、SシⅡ・250頁以下・255頁以下、道垣内・154頁

— MEMO —

第 131 問

法定地上権

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成21年 同第15問

要求能力

知識

法定地上権に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。

1. Aが所有する土地に、その更地としての評価に基づき、Bのための抵当権が設定され、続けて、土地上にA所有の建物が建てられた後、抵当権が実行された結果、Cが土地の所有者になった場合、土地に建物のための法定地上権は成立しない。
2. Aが所有する土地上に、土地の使用借主であるDが所有する建物が建てられ、続けて、土地にBのための抵当権が設定され、さらに、Dが死亡したためDの単独相続人であるAが建物を相続した後、抵当権が実行された結果、Cが土地の所有者になった場合、土地に建物のための法定地上権は成立しない。
3. Aが所有する土地上に、A所有の建物が建てられ、続けて、土地と建物にBのための抵当権が共同抵当として設定された後、土地の抵当権のみが実行された結果、Cが土地の所有者になった場合、土地に建物のための法定地上権が成立する。
4. Aが所有する土地上に、A所有の建物が建てられ、続けて、土地にBのための抵当権が設定され、さらに、AがDに対し建物を譲渡するとともに、AD間で土地の賃貸借契約が締結された後、抵当権が実行された結果、Cが土地の所有者になった場合、土地に建物のための法定地上権が成立する。
5. Aが所有する土地上に、A所有の甲建物が建てられ、続けて、土地と甲建物にBのための抵当権が共同抵当として設定され、さらに、甲建物が取り壊されて同土地上にA所有の乙建物が新しく建築された後、乙建物に抵当権が設定されないまま、土地の抵当権が実行された結果、Cが土地の所有者になった場合、土地に乙建物のための法定地上権が成立する。

第3編

担保物権

第131問

法定地上権

難易度

★☆☆

正解

5

部分点

—

- 1 ○ 判例（最判昭36.2.10）は、更地としての評価に基づき土地に抵当権が設定され、その後同土地上に建物が建てられた場合、抵当権者が建物の築造を予め承認していたとしても、法定地上権は成立しないとされた。したがって、本肢で法定地上権は成立しない。よって、本肢は正しい。
- 2 ○ 判例（最判昭44.2.14）は、抵当権設定当時において土地及び建物の所有者が各別である以上、その土地又は建物に対する抵当権の実行による競落の際、たまたま、右土地及び建物の所有権が同一の者に帰していたとしても、388条の規定が適用又は準用されないとされた。よって、本肢は正しい。
- 3 ○ 判例（最判昭37.9.4）は、土地建物の双方につき抵当権を設定した場合でも、388条の適用を妨げないとされた。したがって、本肢でも、法定地上権は成立する。よって、本肢は正しい。
- 4 ○ 判例（大連判大12.12.14）は、抵当権設定時に土地と建物の所有者が同一であれば、その後、建物の所有者が変わっても法定地上権が成立するとした。本肢では、抵当権設定時に土地と建物の所有者はAで同一であるので、その後、所有者がDが変わっても、法定地上権は成立する。よって、本肢は正しい。
- 5 × 判例（最判平9.2.14／百選I〔89〕）は、「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、**新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき**等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しないと解するのが相当である。けだし、**土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定者の合理的意思であり、**抵当権が設定されない新建物のために法定地上権の成立を認めるとすれば、抵当権者は当初は土地全体の価値を把握していたのに、その担保価値が法定地上権の価額相当の価値だけ減少した土地の価値に限定されることになって、不足の損害を被る結果になり、**抵当権設定当事者の合理的な意思に反するからである**」とした。本肢では、Aの土地建物に共同抵当が設定され、甲建物が取り壊されA所有の乙建物が新しく建築されているので、新建物の所有者が土地の所有者と同一といえるが、抵当権者Bは、新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けていない。したがって、本肢で法定地上権は成立しない。よって、乙建物のための法的地上権が成立するという点で、本肢は誤っている。

以上より、誤っている肢は5であり、正解は5となる。

第 130 問

抵当権の処分

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成22年 同 第13問

要求能力

知識

AがBに対し有する甲債権を担保するため、Bが所有する乙土地を目的とする第一順位の抵当権が設定されてその旨が登記され、また、Cが保証人となった場合に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものはどれか。

1. 乙土地について第二順位の抵当権の設定を受けその旨の登記をしているDに対しAが抵当権の順位を譲渡する場合において、その旨をAが債権譲渡の対抗要件に関する規定に従いBに通知したときには、Dは、Cに対し抵当権の順位を譲渡を受けたことを対抗することができる。
2. Bに対して債権を有するEに対しAが抵当権を譲渡する場合において、その旨をAが債権譲渡の対抗要件に関する規定に従いBに通知したときには、Eは、Cに対し抵当権の譲渡を受けたことを対抗することができる。
3. Dに対しAが抵当権の順位を譲渡したにもかかわらずその旨の登記がされていない場合において、Aが乙土地の抵当権をEに譲渡してその旨の登記をしたときには、Eは、Dに対し抵当権の譲渡を受けたことを対抗することができる。
4. CがAに対し保証債務の全額を弁済して乙土地のAの抵当権に代位の登記をしたときには、その後、Bが乙土地をFに譲渡してその旨の登記がされても、Cは、乙土地にAが有していた抵当権を行使することができる。
5. Aが、Bに対し有する甲債権をGに譲渡し、その旨をBに通知した場合において、Gから保証債務の履行を請求する訴訟を提起されたCは、Cに対する債権譲渡の通知がされるまで保証債務を弁済しない旨の抗弁を提出して請求棄却の判決を得ることができる。

第3編

担保物権

第 130 問

抵当権の処分

正答率 77.4%

正解

5

部分点 —

- 1 ○ 抵当権の順位を譲渡する場合、467条の規定に従い、主たる債務者に抵当権の処分を通知し、又は主たる債務者がこれを承諾しなければ、これをもって主たる債務者、保証人、抵当権設定者及びこれらの者の承継人に対抗することができない(377 I)。本肢では、債権者Aが主たる債務者Bに通知しているため、Dは、保証人Cに対し抵当権の順位を譲渡を受けたことを対抗できる。よって、本肢は正しい。
- 2 ○ 抵当権を譲渡する場合、467条の規定に従い、主たる債務者に抵当権の処分を通知し、又は主たる債務者がこれを承諾しなければ、これをもって主たる債務者、保証人、抵当権設定者及びこれらの者の承継人に対抗することができない(377 I)。本肢では、債権者Aが主たる債務者Bに通知しているため、Eは、保証人Cに対し抵当権の譲渡を受けたことを対抗できる。よって、本肢は正しい。
- 3 ○ 抵当権又は抵当権の順位を譲渡する場合、抵当権者が数人のためにその抵当権の処分をしたときは、その処分の利益を受ける者の権利の順位は、抵当権の登記にした付記の前後による(376 II)。本肢では、AはD、Eに対し、抵当権の順位を譲渡、抵当権の譲渡を行っており、Eに対する抵当権の譲渡は登記がなされているものの、Dに対する抵当権の順位を譲渡は登記がなされていない。それゆえ、Eは、Dに対し抵当権の譲渡を受けたことを対抗することができる。よって、本肢は正しい。
- 4 ○ 保証人は、抵当不動産の第三取得者に対しては、全額について債権者に代位することができるが、代位するためには、あらかじめその抵当権の登記に代位を付記しなければならない(501①)。これは、取引の安全を考慮して付記登記を要求したものである。そうすると、「あらかじめ」とは、保証人による弁済後、第三取得者の取得前をいう(最判昭41.11.18)。この点、Cは、保証債務の全額を弁済した後、Fが乙土地を取得する前に乙土地のAの抵当権に代位の付記登記をしている。そのため、Cは、自らの代位をFに対抗することができ、乙土地にAが有していた抵当権を行使することができる。よって、本肢は正しい。
- 5 × 保証が付された債権が債権譲渡された場合、保証債務もこれに伴って移転する(随伴性)。そして、判例(大判明39.3.3)によれば、債権譲渡の対抗要件である通知又は承諾(467)は主たる債務者との間において行えば足り、その効力は保証人にも及ぶ。本肢では、債権者Aは、Gに対する甲債権の譲渡を主たる債務者Bに通知しており、その効力は保証人Cにも及ぶから、CはGに対して保証債務を履行しなければならない。よって、Cに対する債権譲渡の通知がされるまで保証債務を弁済しない旨の抗弁を提出して請求棄却の判決を得ることができるとする点で、本肢は誤っている。

以上より、誤っている肢は5であり、正解は5となる。

参考文献 内田Ⅲ・83頁・453頁・455頁、SシⅡ・288頁、SシⅢ・142頁・217頁、中田・481頁

第 144 問

担保物権の効力

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成 25 年

同 第 13 問
予 第 6 問

要求能力

知識

担保物権の効力に関する次の 1 から 5 までの各記述のうち、誤っているものはどれか。

1. 留置権者は、債権の全部の弁済を受けるまでは、留置物の全部についてその権利を行使することができる。
2. 一般の先取特権者は、不動産以外の財産の代価に先立って不動産の代価が配当される場合を除き、まず不動産以外の財産から弁済を受け、なお不足があるのでなければ、不動産から弁済を受けることができない。
3. 質権の目的である債権が金銭債権であるときは、質権者は、その被担保債権の額にかかわらず、当該金銭債権の全額を取り立てることができる。
4. 抵当権の実行としての競売がされる前に抵当権の被担保債権について抵当不動産以外の財産の代価を配当すべき場合には、当該抵当権者以外の債権者は、当該抵当権者に配当すべき金額の供託を請求することができる。
5. 根抵当権の元本の確定後において現に存する債務の額が根抵当権の極度額を超えるときは、他人の債務を担保するため当該根抵当権を設定した者は、その極度額に相当する金額を払い渡し又は供託して、当該根抵当権の消滅請求をすることができる。

第 3 編

担保物権

第144問

担保物権の効力

正答率	同 77.0% 予 65.8%
部分点	—

正解

3

1 ○ 留置権者は、債権の全部の弁済を受けるまでは、留置物の全部についてその権利を行使することができる（296）。これは、不可分性を規定したものであり、すべての担保物権に共通の性質である。よって、本肢は正しい。

参考文献 内田Ⅲ・503頁、道垣内・8頁・38頁

2 ○ 一般の先取特権者は、まず不動産以外の財産から弁済を受け、なお不足があるのでなければ、不動産から弁済を受けることができない（335 I）。これは、一般先取特権の対象が包括的であることから、優先弁済を受けうる目的物について順序を定めたものである。もっとも、不動産以外の財産の代価に先立って不動産の代価が配当される等の場合、一般の先取特権者は、他の財産から完全な弁済を受けえない可能性があるから、同条1項の制限を受けずに配当を受けうる（335 IV）。よって、本肢は正しい。

参考文献 内田Ⅲ・515頁、道垣内・71頁

3 × 債権の目的物が金銭であるときは、質権者は、自己の債権額に対応する部分に限り、これを取り立てることができる（366 II）。よって、質権者は、その被担保債権の額にかかわらず、当該金銭債権の全額を取り立てることができる点で、本肢は誤っている。

参考文献 道垣内・114頁

4 ○ 抵当権者は、抵当不動産の代価から弁済を受けない債権の部分についてのみ、他の財産から弁済を受けることができる（394 I）。ここで、抵当権の実行としての抵当不動産の競売がされる前に、抵当権の被担保債権について、抵当不動産以外の財産の代価を配当すべき場合、他の各債権者は、抵当権者に394条1項の規定による弁済を受けさせるため、抵当権者に配当すべき金額の供託を請求することができる（394 II）。よって、本肢は正しい。

参考文献 道垣内・200頁

5 ○ 元本の確定後において現に存する債務の額が根抵当権の極度額を超えるときは、他人の債務を担保するためその根抵当権を設定した者は、その極度額に相当する金額を払い渡し又は供託して、その根抵当権の消滅請求をすることができる（398の22 I 前段）。これは、物上保証人等が根抵当権の消滅を請求するにあたり、被担保債務の全額を支払わなければ消滅請求できないとするのは酷であり、根抵当権者としても、極度額まで回収できれば満足すべきであることから、極度額に相当する金額の払渡し・供託により根抵当権の消滅を請求できるとすることで、物上保証人等の利益を確保した規定である。よって、本肢は正しい。

参考文献 道垣内・252頁

以上より、誤っている肢は3であり、正解は3となる。

第 150 問

安全配慮義務

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成22年 同 第16問

要求能力

知識

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

- ア. 使用者が労働者に対して負担する安全配慮義務に違反したことを理由として損害賠償を請求する訴訟においては、損害賠償を請求する者が、使用者の義務内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張立証する責任を負う。
- イ. 安全配慮義務に違反したことを理由として損害賠償を請求する場合には、使用者が負う損害賠償債務は、請求を受けた日が経過した時から遅滞に陥る。
- ウ. 安全配慮義務は、使用者が労働者の生命及び健康等の安全を確保する包括的な義務であるから、使用者の履行補助者が道路交通法に基づいて負うべき注意義務に違反した場合には、その注意義務違反を理由として、使用者の安全配慮義務違反が認められる。
- エ. 労働者の勤務場所に第三者が侵入して労働者に危害を加えた場合には、その第三者による故意の加害行為が介在していることから、使用者は、安全配慮義務違反による損害賠償責任を負うことはない。
- オ. 安全配慮義務は、特別な社会的接触の関係に入った当事者間において信義則上認められるものであるから、元請企業が下請企業を用いる場合には、元請企業は、下請企業に雇用される労働者に対しても、安全配慮義務を負うことがある。

1. ア イ 2. ア ウ 3. イ オ 4. ウ エ 5. エ オ

第150問

安全配慮義務

正答率 90.8%

正解

4

部分点 —

- ア ○ 判例は、安全配慮義務の「内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張・立証する責任は、国の義務違反を主張する原告にある」とした（最判昭56.2.16）。したがって、安全配慮義務違反による損害賠償を請求する訴訟においては、損害賠償を請求する者が、使用者の義務内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張立証する責任を負う。よって、本肢は正しい。
- イ ○ 安全配慮義務違反を理由とする損害賠償債務は、期限の定めのない債務であり、412条3項によりその債務は債権者からの履行の請求を受けた時にはじめて遅滞に陥る（最判昭55.12.18）。したがって、安全配慮義務違反によって生じた損害賠償債務は、請求を受けた日が経過した時から遅滞に陥る。よって、本肢は正しい。
- ウ × 判例は、「運転者において道路交通法その他の法令に基づいて当然に負うべきものとされる通常の注意義務は、右安全配慮義務の内容に含まれるものではなく、また、安全配慮義務の履行補助者が運転者として乗車する場合であっても、右履行補助者に運転者としての右のような運転上の注意義務違反があったからといって、国の安全配慮義務違反があったものとするとはできない」としている（最判昭58.5.27）。したがって、使用者の履行補助者が道路交通法に基づいて負うべき注意義務に違反した場合には、その注意義務違反を理由として、使用者の安全配慮義務違反は認められない。よって、使用者の安全配慮義務違反が認められるとする点で、本肢は誤っている。
- エ × 判例は、本肢と同様の事案において、使用者である会社が、「盗賊侵入防止のためののぞき窓、インターホン、防犯チェーン等の物的設備を施さず、また、盗難等の危険を考慮して休日又は夜間の宿直員を新入社員1人としなくて適宜増員するとか宿直員に対し、十分な安全教育を施すなどの措置を講じていなかったというものであるから」、原告に対する前記の安全配慮義務の不履行があったとしている（最判昭59.4.10）。したがって、労働者の勤務場所に第三者が侵入して労働者に危害を加えた場合でも、使用者は、安全配慮義務違反による損害賠償責任を負う。よって、使用者は、安全配慮義務違反による損害賠償責任を負うことはないとする点で、本肢は誤っている。
- オ ○ 安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触関係に入った当事者間において、信義則上負う義務として一般的に認められる（最判昭50.2.25／百選Ⅱ〔2〕）。そして、下請企業に雇用される労働者が元請企業の労働者と同視できる場合、元請企業は下請企業の労働者との間に特別な社会的接触の関係に入ったものといえ、元請企業は、信義則上、右労働者に対し安全配慮義務を負う（最判平3.4.11）。よって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢はウとエであり、正解は4となる。

参考文献 内田Ⅲ・132頁・134頁以下・149頁以下、SシⅢ・48頁以下

第 151 問

債務不履行

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成23年

同 第17問
予

要求能力

知識

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

1. 金銭債務者が、不可抗力により、支払期日に支払をすることができなかったときは、当該金銭債務者は、履行遅滞の責任を負わない。
2. 建物の転貸借において、転借人の失火によって当該建物が焼失した場合、転貸借について賃貸人の承諾があれば、転貸人は、賃貸人に対する損害賠償義務を負わない。
3. 生命保険契約を締結していた被保険者が、医師の過失による医療事故によって死亡し、被保険者の相続人が当該生命保険契約により死亡保険金の給付を受けた場合において、その相続人が医師に対して債務不履行を理由に損害賠償を請求したときは、賠償されるべき損害額から当該保険金額が控除される。
4. 特注品の椅子の製造を請け負った請負人が、目的物を完成させて注文者に届けた場合には、注文者がこれを受領しないときでも、請負人は、特段の事由がない限り当該請負契約を解除することができない。
5. 不動産の売買における売主の債務不履行において、特別の事情によって生じる損害については、債務者は、その債務の成立時に当該特別の事情を予見し、又は予見することができた場合に限り、賠償責任を負う。

第 151 問

債務不履行

正答率 35.0%

正解

4

部分点 —

- 1 金銭の給付を目的とする債務の不履行に基づく損害賠償については、債務者は、**不可抗力をもって抗弁とすることができない** (419Ⅲ)。よって、履行遅滞の責任を負わないとする点で、本肢は誤っている。
- 2 判例は、転借人の過失により賃借家屋が滅失毀損した場合、**転貸について賃貸人が承諾を与えていた場合であっても、転借人を賃借人(転貸人)の履行補助者であるとして、転借人の故意・過失について、賃貸人(転貸人)に債務不履行責任を負わせている** (大判昭4.6.19)。よって、転貸人は、賃貸人に対する損害賠償義務を負わないとする点で、本肢は誤っている。
- 3 本肢では、生命保険金が損益相殺の対象となるかが問題となる。損益相殺とは、債務不履行によって債権者が損害を被るだけでなく、かえって利益を得る場合にその利益を損害額から控除するものである。民法上規定はないが、公平の見地から異論なく承認されている。**生命保険金について、不法行為に関する判例は、生命保険金は保険料の対価であって、不法行為の原因と関係なく支払われるものであるという理由で、損害額から控除すべきでないとする** (最判昭39.9.25)。よって、当該保険金額が控除されるとする点で、本肢は誤っている。
- 4 受領遅滞(413)の効果につき、判例は、請負契約において、**注文者が目的物の引取りを遅滞していても、特段の事情が認められない限り債務者である請負人は右請負契約を解除することはできないとする** (最判昭40.12.3)。よって、本肢は正しい。
- 5 416条2項の予見時期について、判例は、特別事情の予見とは債務の履行期までに履行期後の事情を前知するとの意味であるから、**予見の時期は債務の履行期までと解すべきものとする** (大判大7.8.27/百選Ⅱ〔7〕)。よって、債務者は、その債務の成立時に当該特別の事情を予見し、又は予見することができた場合に限り、賠償責任を負うとする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢は4であり、正解は4となる。

参考文献 内田Ⅱ・447頁以下、内田Ⅲ・99頁・109頁以下、SシⅢ・37頁以下・58頁・67頁以下、SシⅣ・373頁以下

第 159 問

詐害行為取消権

実施日	/	/	/
チェック			

配点

3

出題年度

平成 19 年 同 第 19 問

要求能力

知識

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

- ア. 不動産の引渡請求権者は、債務者が目的不動産を第三者に対して贈与し、所有権移転登記をして無資力になった場合は、当該贈与契約を詐害行為として取り消すことができ、当該第三者に対し、直接自己への所有権移転登記を求めることができる。
- イ. 共同相続人の間で成立した遺産分割協議は、詐害行為取消権行使の対象となり得る。
- ウ. 債務者と受益者との間の不動産売買契約が債権者の債権発生前にされた場合であっても、その所有権移転登記が債権者の債権発生後になされたときは、当該売買契約は、詐害行為取消権行使の対象となり得る。
- エ. 離婚に伴う財産分与は詐害行為取消権行使の対象となることはないが、離婚に伴う慰謝料支払の合意は詐害行為取消権行使の対象となることがある。
- オ. 不動産が債務者から受益者へ、受益者から転得者へと順次譲渡された場合において、債権者が、債務者の一般財産を回復させるため、受益者を被告として、債務者と受益者との間の譲渡行為を詐害行為として取り消すときは、価格賠償を請求しなければならない。

1. ア イ 2. ア エ 3. イ オ 4. ウ エ 5. ウ オ

第159問

詐害行為取消権

難易度

★☆☆

正解

3

部分点

—

- ア × 判例（最大判昭36.7.19／百選Ⅱ〔16〕）は、不動産の引渡請求権のような特定物債権も「窮極において損害賠償債権に変じうる」のであるから、詐害行為取消権（424）の行使自体は認められるとする。しかし、判例（最判昭53.10.5／百選Ⅱ〔17〕）は、「債権者取消権は、窮極的には債務者の一般財産による価値的満足を受けるため、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」としている。よって、直接自己への所有権移転登記を求めることができるとする点で、本肢は誤っている。
- イ ○ 判例（最判平11.6.11／百選Ⅲ〔68〕）は、「遺産分割協議は、相続の開始によって共同相続人の共有となった相続財産について、その全部又は一部を、各相続人の単独所有とし、又は新たな共有関係に移行させることによって、相続財産の帰属を確定させるものであり、その性質上、財産権を目的とする法律行為であり、共同相続人の間で成立した遺産分割協議は、詐害行為取消権行使の対象となり得るものとしている。よって、本肢は正しい。
- ウ × 判例（最判昭55.1.24）は、「債務者の行為が詐害行為として債権者による取消の対象となるためには、その行為が右債権者の債権の発生後にされたものであることを必要とするから、詐害行為と主張される不動産物権の譲渡行為が債権者の債権成立前にされたものである場合には、たとえその登記が右債権成立後にされたときであっても、債権者において取消権を行使するに由はない」としている。よって、債務者と受益者との間の不動産売買契約が債権者の債権発生前にされた場合であっても、その所有権移転登記が債権者の債権発生後になされたときは、当該売買契約は、詐害行為取消権行使の対象となり得るとする点で、本肢は誤っている。
- エ × 判例（最判平12.3.9／百選Ⅲ〔18〕）は、原則として、離婚に伴う財産分与は詐害行為取消権の対象とはならないが、「民法768条3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情」があれば、詐害行為取消権の対象となるとしている。よって、離婚に伴う財産分与は詐害行為取消権行使の対象となることはないとする点で、本肢は誤っている。なお、同判例は、離婚に伴う慰謝料を支払う旨の合意について、「新たに創設的に債務を負担するものとはいえないから、詐害行為とはならない」としつつも、「慰謝料支払の名を借りた金銭の贈与契約ないし対価を欠いた新たな債務負担行為」といえる場合であれば、本来負担すべき損害賠償債務の額を超えた部分については、詐害行為取消権行使の対象となり得ることを認めている。

才 ○ 判例（最判昭35.4.26）は、「詐害行為取消権は、詐害の原因たる債務者の法律行為を取り消し、**受益者又は転得者がなお債務者の財産を保有するときは直接これを回復し、これを保有しないときはその財産の回復に代えてその賠償をさせ**」ることにあり、「その財産を他人に譲渡したからといってこれを免れるものではない」としている。そして、**受益者のもとに目的物が存在しない以上、価格賠償を請求する他はない**。よって、本肢は正しい。

以上より、正しい肢はイとオであり、正解は3となる。

参考文献 内田Ⅲ・296頁以下・303頁・305頁・308頁，SシⅢ・96頁以下・104頁以下

— MEMO —

第 176 問

配点

2

多数当事者の
債権債務

実施日	/	/	/
チェック			

出題年度

平成 25 年

同 第 18 問
予 一

要求能力

知識

多数当事者の債権関係に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 相続開始から遺産分割までの間に相続財産である賃貸不動産から生ずる賃料債権は、各共同相続人が、その相続分に応じ、分割債権として確定的に取得する。
- イ. 債務引受がされた場合には、原債務者及び引受人は分割債務を負う。
- ウ. 共同不法行為者の一人に対してした債務免除の意思表示は、被害者が他の共同不法行為者に対する債務免除の意思を有していなくても、他の共同不法行為者の利益のためにその効力を生ずる。
- エ. 連帯債務を負う A 及び B に対してそれぞれ 100 万円の債権を有する C は、A 及び B がそれぞれ破産手続開始の決定を受け、各破産手続において配当が行われるときは、それぞれ 50 万円の限度で、A 及び B の各破産財団の配当に加入することができる。
- オ. 被害者が共同不法行為者の一人に対して損害賠償債務の履行を請求しても、他の共同不法行為者の損害賠償債務の消滅時効は中断しない。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

第176問

多数当事者の債権債務

正答率 73.7%

正解

2

部分点 —

- ア** ○ 判例は、「遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属するものであるから、この間に遺産である賃貸不動産を使用管理した結果生ずる金銭債権たる賃料債権は、遺産とは別個の財産というべきであって、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得するものと解するのが相当である。遺産分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものであるが、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得した上記賃料債権の帰属は、後にされた遺産分割の影響を受けない」としている（最判平17.9.8/百選Ⅲ〔64〕）。よって、本肢は正しい。
- イ** × 判例は、**併存的債務引受がなされた場合**、原債務者と引受人との関係について、**連帯債務関係が生ずるとする**（大判昭11.4.15，最判昭41.12.20/百選Ⅱ〔33〕）。また、**免責的債務引受がなされた場合**、**原債務者は債権関係から離脱することになるから、分割債務を負うことはない**。よって、原債務者及び引受人は分割債務を負うとする点で、本肢は誤っている。
- 参考文献** 潮見・プラクティス債権総論・529頁，内田Ⅲ・243頁
- ウ** × 共同不法行為者の負う債務は、**不真正連帯債務**であると理解されている。**不真正連帯債務**については、**弁済、供託、代物弁済など、債権を満足させる事由のみが絶対的効力を有し、民法の連帯債務の絶対的効力に関する規定は、適用されない**。そのため、共同不法行為者の1人に対して免除の意思表示がなされた場合も、原則として、免除の効果は他の債務者には及ばず、**例外的に、被害者が他の債務者の債務をも免除する意思を有しているときに限り、他の債務者にも免除の効力が及ぶと理解されている**（最判平10.9.10/百選Ⅱ〔23〕）。よって、被害者が他の共同不法行為者に対する債務免除の意思を有していなくても、他の共同不法行為者の利益のためにその効力を生じるとする点で、本肢は誤っている。
- 参考文献** 潮見・プラクティス債権総論・565頁・588頁，内田Ⅱ・542頁
- エ** × 441条は、「**連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときは、債権者は、その債権の全額について各破産財団の配当に加入することができる**」と規定する。よって、それぞれ50万円の限度で、A及びBの各破産財団の配当に加入することができる点で、本肢は誤っている。
- オ** ○ 肢ウでも述べたように、**不真正連帯債務**については、**弁済、供託、代物弁済など、債権を満足させる事由のみが絶対的効力を有し、それ以外の民法の連帯債務の絶対的効力に関する規定（434～439）は、適用されない**。したがって、**履行の請求による消滅時効の中断に関する絶対効の規定（434）も適用されない**。判例も、共同不法行為者が負担する損害賠償債務には、434条の規定は適用されないとしている（最判昭57.3.4）。よって、本肢は正しい。
- 参考文献** 潮見・プラクティス債権総論・588頁，川井3・198～199頁

以上より、正しい肢はアとオであり、正解は2となる。

第 179 問

債権譲渡

配点

2

出題年度

平成 24 年

同 第 21 問
予 一

要求能力

知識

実施日	/	/	/
チェック			

債権譲渡に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。

1. 譲渡禁止特約のある指名債権について、譲受人が特約の存在を知り、又は重大な過失により特約の存在を知らないでこれを譲り受けた場合でも、その後、債務者が債権の譲渡について承諾を与えたときは、債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有効となるが、第三者の権利を害することはできない。
2. 指名債権の譲受人が、債権者代位権により、譲渡人に代位して債務者に債権譲渡の通知をしたとしても、その債権譲渡を債務者に対抗することはできない。
3. 同一の債権に対する債権譲渡と債権差押えとの間の優劣は、債権譲渡についての第三者対抗要件が具備された時と債権差押命令が当該債権の債務者に送達された時の先後で決する。
4. A法人がBに対する金銭債権をCに譲渡し、その債権の譲渡につき債権譲渡登記ファイルに譲渡の登記がされた場合であっても、Aからの債権譲渡通知がBに到達しておらず、かつ、Bがその債権譲渡を承諾していないときは、Cは、Bに対して自己が債権者であることを主張することができない。
5. 譲渡禁止特約が付された債権であっても差押えをすることはできるが、その差押債権者が譲渡禁止特約につき悪意であるときは、当該債権の債務者は差押債権者に対して譲渡禁止特約をもって対抗することができる。

第 179 問

債権譲渡

正答率 64.0%

正解

5

部分点 —

- 1 ○ 譲渡禁止特約に反する譲渡は、譲受人が特約の存在に悪意（466Ⅱただし書）又はこれと同視すべき重過失があった場合には、効力を生じない（最判昭48.7.19）。もっとも、譲渡禁止特約の利益を享受する債務者が譲渡の承諾を与えたときは譲渡時に遡って効力を生じる（最判昭52.3.17）が、特約違反の譲渡が効力を生じないと考えた第三者の利益を保護するため、116条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできない（最判平9.6.5／百選Ⅱ〔27〕）。よって、本肢は正しい。
- 2 ○ 債権譲渡の通知は、必ず譲渡人が債務者に対して行うことを要し、譲受人が債権者代位権により譲渡人に代位して通知することはできない（大判昭5.10.10）。なぜなら、譲受人による通知を認めると、真正な債権譲渡があったかどうか不明のまま、譲受人からの通知が認められることとなり、467条1項が「譲渡人」と規定した趣旨を没却し、法律関係の安定を害するからである。よって、本肢は正しい。なお、譲受人が譲渡人から代理権の授受を受け、譲渡人の代理人として債権譲渡の通知をすることは可能である（最判昭46.3.25）。
- 3 ○ 467条2項の「第三者」とは、譲渡債権そのものについて両立し得ない法的地位を取得した者ないし帰属関係を争う者をいい、**債権を差し押さえて転付命令を得た債権者はこれに当たる**。そして、差し押えによる第三債務者への送達（民執145Ⅲ）は、確定日付ある証書による通知と同様に扱われるところ、対抗要件具備の優劣は債務者への到達を基準とする（最判昭49.3.7／百選Ⅱ〔31〕）。よって、本肢は正しい。
- 4 ○ 動産・債権譲渡特例法は、信用不安防止のため債権譲渡を債務者に知られずに行うという要請に応えるため、第三者対抗要件と債務者対抗要件を分離した（特例法4Ⅰ）。そのため、債務者に対抗するためには、**さらに通知又は承諾が必要となる**（特例法4Ⅱ）。本肢でも、通知・承諾がない以上、CはBに対して自己が債権者であることを主張することができない。よって、本肢は正しい。
- 5 × 譲渡禁止特約は、任意譲渡を禁止しているだけであり、債務者の一般財産の中に**差押禁止のものを作ることは、私人が自由にできることではない**ため、譲渡禁止特約は、差押債権者の主観を問わず、転付命令の効果を妨げない（最判昭45.4.10）。よって、差押債権者が譲渡禁止特約につき悪意であるときは、譲渡禁止特約をもって対抗することができるとする点で、本肢は誤っている。

以上より、誤っている肢は5であり、正解は5となる。

参考文献 近江Ⅳ・256頁以下・260頁・276頁・286頁、中田・534頁

第212問

危険負担

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成23年

同第24問
予

要求能力

知識

危険負担に関する次の1から4までの各記述のうち、正しいものはどれか。

1. Aは、Bから「自分の肖像画を描いてほしい。完成した肖像画と引換えに報酬100万円を払う。」と頼まれて請け負い、その後、Bの肖像画を完成させ、A宅に保管していたところ、引渡期日前に、この肖像画は隣人の失火によって焼失した。この場合、Bは、Aに対して、報酬100万円を支払わなければならない。
2. Aは、Bに対して、A所有の中古住宅を代金3000万円で売却し、Bへの所有権移転登記と同時に代金全額を受け取るという約束でBにこの住宅を引き渡したが、Bに引き渡した2日後に、この住宅は隣人の失火によって全焼した。この場合、Bは、Aに対して、代金3000万円を支払わなければならない。
3. Aは、Bとの間で、「Bが大学を卒業した際には、Aは、A所有の特定の自動車を10万円でBに売り渡す。」という契約をしたが、A宅敷地内の車庫に保管されていたこの自動車は、隣人の失火によって焼失し、その後、Bは、大学を卒業した。この場合、Bは、Aに対して、代金10万円を支払わなければならない。
4. Aは、Bとの間で、「Bが大学を卒業した際には、Aは、A所有の特定の自動車を10万円でBに売り渡す。」という契約をしたが、Aの失火によってこの自動車は焼失し、その後、Bは、大学を卒業した。この場合、Bは、この売買契約を解除することはできない。

第212問

危険負担

正答率 87.4%

正解

2

部分点 —

- 1 **×** 本肢では、完成したBの肖像画がBに引き渡される前に、当事者双方の帰責事由によらずに滅失している。この点、A B間の請負契約を、「特定物」であるBの肖像画の「移転」(534 I)を目的とするものと解すると、債権者主義について規定する534条1項が適用され、Bは、Aに対して、報酬100万円を支払わなければならないとも思える。しかし、**請負契約の本質は「仕事を完成すること」(632)にあり、目的物の引渡しは仕事の完成の一部にすぎず、目的物の引渡しに係る部分についてのみ切り離して534条を適用するのは適当でない。**そこで、原則どおり、債務者主義について規定する536条1項が適用され、BのAに対する報酬支払義務は消滅すると解されている。よって、Bは、Aに対して、報酬100万円を支払わなければならないとする点で、本肢は誤っている。
- 2 **○** A B間におけるA所有の中古住宅を代金3000万円でBに売却する契約は、「特定物に関する物権の……移転を双務契約の目的とした場合」(534 I)に当たる。そうすると、本肢の事案のように、**債務者の帰責性なくして目的物が滅失した場合、危険負担に関する534条1項の債権者主義が適用**され、債権者たる買主は代金支払義務を免れない。よって、本肢は正しい。
- 3 **×** A B間におけるA所有の自動車を10万円でBに売却する契約は、「特定物に関する物権の……移転を双務契約の目的とした場合」(534 I)に当たる。もっとも、本肢の契約については、Bの大学の卒業という停止条件の成否が未定の間に目的物が滅失しているため、535条1項により534条1項の適用は排除される。そのため、536条1項の原則どおり、債権者たる買主の代金支払義務も消滅する。よって、代金を支払わなければならないとする点で、本肢は誤っている。
- 4 **×** 債務者Aは、自己の失火によりAの特定の自動車を滅失させており、Aの目的物引渡債務は履行不能となっている。そのため、Aの目的物引渡債務は、もとの債務の目的と等価値の金銭の支払義務である損害賠償債務(填補賠償)として存続し、停止条件が成就した時点において、Bは、填補賠償か、債務不履行(履行不能)に基づく売買契約の解除(543)を請求できる。よって、Bは、この売買契約を解除することはできないとする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢は2であり、正解は2となる。

参考文献 内田II・60頁以下、SシIV・31頁以下、潮見・債権各論I・29頁以下

第226問

売主の担保責任

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成25年

同第24問
予第11問

要求能力

知識

売主の担保責任に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 他人の土地の売買において、売主がその土地を取得して買主に移転することができない場合であっても、契約の時に売主がその土地が自己に属しないことを知らなかったときは、売主は、契約の解除をすることができる。
- イ. 売買の目的物である建物の一部が契約の時に既に滅失していた場合において、買主がその滅失を知らなかったときは、買主は、その滅失していた部分の割合に応じて代金の減額を請求することができる。
- ウ. 判例によれば、数量を指示してした土地の売買において数量が超過する場合には、売主は、数量が不足する場合の代金の減額に関する民法の規定の類推適用により、代金の増額を請求することができる。
- エ. 売買の目的物である土地のために存すると称した地役権が存しなかった場合における買主の契約の解除は、買主が事実を知った時から1年以内に行ななければならない。
- オ. 強制競売の目的物である土地が留置権の目的である場合において、買受人は、そのことを知らず、かつ、そのために買受けをした目的を達することができないときであっても、契約の解除をすることができない。

1. ア イ 2. ア エ 3. イ オ 4. ウ エ 5. ウ オ

第226問

売主の担保責任

正答率

正	62.0%
誤	54.6%

正解

5

部分点

—

ア ○ 売主が契約時にその売却した権利が自己に属しないことを知らなかった場合において、その権利を取得して買主に移転することができないときは、売主は、損害を賠償して、契約の解除をすることができる（562 I）。この規定は、売主に無過失の損害賠償責任を負わせたうえで、特に善意の売主を保護するために解除権を認めたものである。よって、本肢は正しい。

参考文献 内田Ⅱ・151頁、近江Ⅴ・132頁

イ ○ 物の一部が契約の時に既に滅失していた場合において、買主がその滅失を知らなかったとき、買主は、その不足する部分の割合に応じて代金の減額を請求することができる（565, 563 I）。よって、本肢は正しい。

ウ × 判例は、目的物の数量が超過した場合の数量指示売買に関し、売主が代金の増額を請求できるかが争われた事案において、565条は買主保護のための売主の担保責任を定めた規定にすぎないから、数量が超過する場合に、売主は、同条の類推適用を根拠に代金の増額を請求することはできない旨判示している（最判平13.11.27）。よって、売主は、数量が不足する場合の代金の減額に関する民法の規定の類推適用により、代金の増額を請求することができるとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 内田Ⅱ・153頁、近江Ⅴ・135頁

エ ○ 売買の目的である不動産のために存すると称した地役権が存在しなかった場合、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる（566Ⅱ・I）。そして、この買主の解除権の行使は、買主が事実を知った時から1年以内に行使しなければならない（566Ⅲ）。よって、本肢は正しい。

オ × 強制競売における買受人は、561条から567条までの規定により、債務者に対し、契約の解除をし、又は代金の減額を請求することができる（568 I）。そして、強制競売の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権又は質権の目的である場合において、買受人がこれを知らず、かつ、そのために買受けをした目的を達することができないときは、買受人は、契約の解除をすることができる（568 I・566 I 前段）。よって、契約の解除をすることができないとする点で、本肢は誤っている。

以上より、誤っている肢はウとオであり、正解は5となる。

第241問

敷金

配点

2

出題年度

平成20年 同第25問

要求能力

知識

実施日	/	/	/
チェック			

敷金の取扱いに関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。

1. 建物賃貸借契約において、当該建物の所有権移転に伴い賃貸人たる地位に承継があった場合には、旧賃貸人に差し入れられた敷金は、未払賃料債務があればこれに当然充当され、残額についてその権利義務関係が新賃貸人に承継される。
2. 建物賃貸借における敷金は、賃貸借終了後建物明渡義務履行までに生ずる賃料相当額の損害金債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得する一切の債権を担保するものであり、敷金返還請求権は、賃貸借終了後建物明渡完了の時に於いてそれまでに生じた上記の一切の被担保債権を控除しなお残額がある場合に、その残額につき具体的に発生する。
3. 土地賃借権が賃貸人の承諾を得て旧賃借人から新賃借人に移転された場合であっても、敷金に関する敷金交付者の権利義務関係は、敷金交付者において賃貸人との間で敷金をもって新賃借人の債務の担保とすることを約し又は新賃借人に対して敷金返還請求権を譲渡するなど特段の事情のない限り、新賃借人に承継されない。
4. 敷金が授受された賃貸借契約に係る賃料債権につき抵当権者が物上代位権を行使してこれを差し押さえた場合において、当該賃貸借契約が終了し、目的物が明け渡されたとしても、それまでに生じた賃料債権が、敷金の充当によって消滅することはない。
5. 建物賃貸借終了に伴う賃借人の建物明渡債務と賃貸人の敷金返還債務とは、特別の約定のない限り、同時履行の関係に立たず、賃貸人は、賃借人から建物明渡しを受けた後に敷金残額を返還すれば足りる。

第241問

敷金

難易度

★☆☆

正解

4

部分点

—

- 1 ○ 判例（最判昭44.7.17）は、敷金が「賃貸借契約終了の際に賃借人の賃料債務不履行があるときは、その弁済として当然これに充当される性質のものである」から、「旧賃貸人に差し入れられた敷金は、賃借人の旧賃貸人に対する未払賃料債務があればその弁済としてこれに当然充当され、その限度において敷金返還請求権は消滅し、残額についてのみその権利義務関係が新賃貸人に承継される」としている。よって、本肢は正しい。
- 2 ○ 判例（最判昭49.9.2／百選Ⅱ〔第6版〕〔59〕，最判昭48.2.2／百選Ⅱ〔61〕）は、「賃貸借における敷金は、賃貸借の終了後家屋明渡義務の履行までに生ずる賃料相当額の損害金債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することのある一切の債権を担保するものであり、賃貸人は、賃貸借の終了後家屋の明渡がされた時においてそれまでに生じた右被担保債権を控除してなお残額がある場合に、その残額につき返還義務を負担する」としている。よって、本肢は正しい。
- 3 ○ 判例（最判昭53.12.22／百選Ⅱ〔63〕）は、「敷金契約は、……賃貸借とは別個の契約であり、「敷金をもって将来新賃借人が新たに負担することとなる債務についてまでこれを担保しなければならないと解することは、敷金交付者にその予期に反して不利益を被らせる結果となって相当でな」いから、「敷金交付者が、賃貸人との間で敷金をもって新賃借人の債務不履行の担保とすることを約し、又は新賃借人に対して敷金返還請求権を譲渡するなど特段の事情のない限り、……敷金に関する敷金交付者の権利義務関係は新賃借人に承継されるものではない」とする。よって、本肢は正しい。
- 4 × 判例（最判平14.3.28）は、敷金の充当による未払賃料等の消滅は「敷金契約から発生する効果」であり、当事者の意思表示を必要としないことから、「敷金が授受された賃貸借契約に係る賃料債権につき抵当権者が物上代位権を行使してこれを差し押えた場合においても、当該賃貸借契約が終了し、目的物が明け渡されたときは、賃料債権は、敷金の充当によりその限度で消滅する」としている。よって、敷金の充当によって消滅することはないとする点で、本肢は誤っている。
- 5 ○ 判例（最判昭49.9.2／百選Ⅱ〔第6版〕〔59〕）は、家屋の明渡しまでに賃貸人が取得する一切の債権を担保することを目的とする敷金の性質等からすれば、賃貸人は、特別の約定のない限り、賃借人から家屋明渡しを受けた後に敷金残額を返還すれば足り、家屋明渡債務と敷金返還債務とは同時履行の関係にたつものではないとする。よって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢は4であり、正解は4となる。

参考文献 内田Ⅱ・186頁以下、内田Ⅲ・409頁以下、SシⅣ・125頁

第250問

請負

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成24年

同第27問
予

要求能力

知識

請負に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 請負が請負人の責めに帰することができない事由によって履行の途中で終了したときは、請負人は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができる。
- イ. 請負人が仕事を完成しない間は、注文者は、いつでも損害を賠償して契約の解除をすることができる。
- ウ. 注文者が死亡したときは、請負契約は終了する。
- エ. 請負における仕事の目的物に瑕疵がある場合であっても、注文者は、その瑕疵が重要でなく、その修補に過分の費用を要するときは、瑕疵の修補を請求することができない。
- オ. 仕事を完成して目的物を引き渡すことを内容とする請負において、注文者による瑕疵修補の請求は、目的物を引き渡した時から1年以内に行なければならない。

1. ア イ 2. ア ウ 3. イ オ 4. ウ エ 5. エ オ

第250問

正解

請負

正答率

66.7%

2

部分点

—

- ア × 請負は仕事の完成をその目的とするため、請負では仕事が完成しないと報酬を受け取ることができない。そのため、請負人の責めに帰することができない事由によって履行の途中で終了したときでも、**仕事が完成していない以上、履行の割合に応じて報酬を請求することはできない**（632, 648Ⅲ参照）。よって、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができるとする点で、本肢は誤っている。
- イ ○ 請負人が仕事を完成させるまでは、注文者はいつでも損害を賠償して契約を解除することができる（641）。無用になった仕事を続けさせて注文者のコストを大きくする必要はないからである。よって、本肢は正しい。
- ウ × 委任が当事者の個人的な信頼関係を基礎とするため、委任者又は受任者の死亡によって終了する（653①）のと異なり、請負は当事者の個人的な信頼関係を基礎とする契約ではないため、注文者の死亡により、契約が終了するとの規定はない。よって、注文者が死亡したときは、請負契約は終了するとする点で、本肢は誤っている。
- エ ○ 仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵修補を請求できる（634Ⅰ本文）が、瑕疵が重大でなく、修補に過分の費用を要するときは、瑕疵修補請求はできず、損害賠償のみ認められる（634Ⅰただし書, 634Ⅱ）。請負瑕疵担保責任は、仕事完成後の債務不履行責任の性質をも有すると考えられるが、この場合、請負人の負担が過大になるためである。よって、本肢は正しい。
- オ ○ 担保責任の追及は、**仕事の目的物を引き渡した時（引渡しを要しない場合は、仕事終了時）**から、1年以内にしなければならない（637）。なお、本条の期間は除斥期間であると解される（最判昭51.3.4）。よって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢はアとウであり、正解は2となる。

参考文献 内田Ⅱ・272頁以下、近江Ⅴ・254頁以下・267頁

第263問

契約と書面の関係

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成21年 同第24問

要求能力

知識

契約と書面との関係に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 贈与者と受贈者はいずれも、書面によらない贈与を撤回することができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りでない。
- イ. 委任契約は、諾成契約であるから、口頭の合意があれば成立する。しかし、委任契約の成立を第三者に主張するためには、書面によらなければならない。
- ウ. 判例によると、死因贈与の贈与者は、いつでも、その全部又は一部を撤回することができるが、その撤回は、遺言の方式に従ってしなければならない。
- エ. 抵当権設定契約は、抵当権者と抵当目的物の所有権を有する抵当権設定者の合意があれば、書面によらず、かつ、設定登記がされなくても、成立する。
- オ. 保証人は、書面によらない保証契約を撤回することができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りでない。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ ウ 4. イ オ 5. エ オ

第263問

契約と書面の関係

難易度

★☆☆

正解

2

部分点

—

- ア ○ 書面によらない贈与は、各当事者が撤回することができるが、履行の終わった部分については、撤回することができない（550）。よって、本肢は正しい。
- イ × 委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生じる諾成契約である（643）。もっとも、委任契約の成立を第三者に主張するためには、書面によらなければならないという規定はない。よって、委任契約の成立を第三者に主張するためには、書面によらなければならないとする点で、本肢は誤っている。
- ウ × 判例（最判昭32.5.21）は、554条の規定は、贈与者の死亡によって効力を生ずべき贈与契約の効力については、遺贈に関する規定に従うべきことを定めただけで、その契約の方式についても遺言の方式に関する規定に従うべきことを定めたものではないとする。よって、死因贈与の贈与者は、その撤回は、遺言の方式に従ってしなければならないとする点で、本肢は誤っている。
- エ ○ 抵当権設定契約は、合意によってのみ成立する。この場合、書面を必要とする規定はない。すなわち、抵当権設定登記は対抗要件（177）にすぎない。よって、本肢は正しい。
- オ × 保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない（446Ⅱ）。したがって、書面によらない保証契約は、そもそも効力が生じていないため、撤回することができない。よって、保証人は、書面によらない保証契約を撤回することができるとしている点、及び履行の終わった部分については、この限りでないとする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢はアとエであり、正解は2となる。

参考文献 内田Ⅱ・165頁以下・289頁以下、内田Ⅲ・333頁以下・383頁以下、SシⅡ・242頁、SシⅢ・135頁以下、SシⅣ・56頁以下・61頁以下・182頁以下

第269問

事務管理

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成24年

司
予 第12問

要求能力

知識

事務管理に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 事務管理の管理者が本人の名でした法律行為の効果は、事務管理の効力として直接本人に帰属する。
- イ. 事務管理が本人の意思に反してされた場合には、本人のために有益な費用を支出した管理者は、本人が現に利益を受けている限度においてのみ、費用の償還を受けることができる。
- ウ. 事務管理によって管理者が本人のために有益な債務を負担した場合には、管理者は、自己に代わってその弁済をすることを本人に対して請求することができる。
- エ. 事務管理の管理者は、その事務管理によって本人に対し相当の額の報酬を請求することができる場合に限り、善良な管理者の注意をもって事務を処理する義務を負う。
- オ. 本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるために事務管理をした管理者は、これによって本人に損害を与えたときであっても、悪意又は重大な過失がなければ損害賠償の責任を負わない。
1. ア ウ 2. ア エ 3. イ エ 4. イ オ 5. ウ オ

第269問

事務管理

正答率 82.4%

正解

2

部分点 —

- ア × 事務管理は、事務管理者と本人との間の法律関係を定めたものであるから、事務管理者が本人の名で第三者との間で法律行為をしても、その行為の効果は、当然には本人に及ばない（最判昭36.11.30）。よって、事務管理の管理者が本人の名でした法律行為の効果は、事務管理の効力として直接本人に帰属するとする点で、本肢は誤っている。
- イ ○ 管理者が本人の意思に反して事務管理をしたときは、本人が現に利益を受けている限度においてのみ、本人に対し、事務管理に係る有益費の償還を請求することができる（702ⅢⅠ）。よって、本肢は正しい。
- ウ ○ 管理者が本人のために有益な債務を負担した場合には、本人に対し、自己に代わってその弁済をすることを請求することができる（702Ⅱ, 650Ⅱ本文）。よって、本肢は正しい。
- エ × 管理者は、本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるための事務管理（緊急事務管理）の場合は、悪意又は重大な過失があるのでなければ、これによって生じた損害を賠償する責任を負わないとされている（698）。この規定を反対解釈し、**通常の事務管理では、軽過失についても責任を負担する、すなわち、善管注意義務を負うと解されている。**また、**そもそも委任契約における報酬請求権を定めた648条1項は、事務管理に準用されていない**（701）ことから、事務管理者は本人に対して報酬請求権を有しない。よって、事務管理者は、本人に対し報酬を請求することができる場合に限り、善良な管理者の注意をもって事務を処理する義務を負うとする点で、本肢は誤っている。
- オ ○ 管理者は、本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるために事務管理をしたときは、悪意又は重大な過失があるのでなければ、これによって生じた損害を賠償する責任を負わない（緊急事務管理、698）。よって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢はアとエであり、正解は2となる。

参考文献 内田Ⅱ・557頁以下

第272問

不当利得

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成22年 同 第28問

要求能力



不当利得に関する次の1から5までの各記述のうち、正しいものはどれか。

1. 不当利得における悪意の受益者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない。なお損害があるときはその賠償の責任も負う。
2. 債務が存在しないにもかかわらず、その事実を知り、又は過失により知らないで、債務の弁済として給付をした者は、その給付したものの返還を請求することができない。
3. 債務者は、錯誤により弁済期にあると誤信して、弁済期にない自己の債務の弁済として給付をした場合には、その給付の返還を請求することができる。
4. 第三者による弁済も有効であるから、錯誤により他人の債務を弁済した場合であっても、その弁済をした者は、債権者に対して返還を請求することはできない。
5. 判例によれば、強行法規に違反する給付は、不法な原因のために給付をしたものとして、返還を請求することができない。

第272問

不当利得

正答率 69.3%

正解

1

部分点 —

- 1 ○ 704条は、「悪意の受益者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負う。」と規定する。このように、悪意の利得者の返還義務の範囲は広いが、これは、悪意の利得者を保護する必要はないためである。よって、本肢は正しい。
- 2 × 705条は、「債務の弁済として給付をした者は、その時において債務の存在しないことを知っていたときは、その給付したものの返還を請求することができない」と規定する。そのため、債務の不存在について悪意の弁済者は、その給付したものの返還を請求できない。一方、**債務の不存在について過失により知らなかった弁済者は、その給付したものの返還を請求できる**とするのが判例（大判昭16.4.19）である。よって、過失により知らないで給付をした者は、給付したものの返還を請求できないとする点で、本肢は誤っている。
- 3 × 706条は、債務者が錯誤により弁済期にない自己の債務の弁済として給付をした場合には、**債権者は、これによって得た利益を返還しなければならない旨規定する**。すなわち、債権者が返還しなければならないのは弁済期より早い時期の給付によって得た利益にとどまり、給付そのものではない。よって、債務者が給付の返還を請求することができるとする点で、本肢は誤っている。
- 4 × **第三者が錯誤により他人の債務を自己の債務として弁済した場合、当該弁済は、第三者弁済（474 I 本文）に当たらず、弁済の効力は生じない**。そうすると、当該他人の債務は消滅しないので、債権者は、法律上の原因なく利得を有することになるから、原則として、その弁済をした者は、債権者に対する不当利得返還請求権（703）を有する。よって、その弁済をした者は、債権者に対して返還を請求することはできないとする点で、本肢は誤っている。
- 5 × 判例（大判明41.5.9）は、**708条の「不法」とは、90条の公序良俗に違反し道徳的に醜悪な行為をいい、法律の規定に反する場合をすべて含むものではないとする**。すなわち、たとえ強行法規に違反する給付であっても、公序良俗に違反していなければ、同条の「不法」には当たらず、不当利得として返還請求をできる場合があるといえる。よって、強行法規に違反する給付は返還を請求することができないとする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢は1であり、正解は1となる。

参考文献 内田Ⅱ・564頁以下・611頁以下、SシⅣ・400頁・408頁以下、潮見・債権各論Ⅰ・329頁

第287問

不法行為総合

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成26年

同第29問
予第12問

要求能力

知識

不法行為に関する次の1から4までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。

1. Aの前方不注意による自動車の運転によってBが重傷を負い、Bを治療したCの過失によってBが死亡した場合において、ACの各行為が共同不法行為となるときであっても、Bの死亡という結果の発生に対するA及びCの寄与の割合をそれぞれ確定することができるときは、Aは、Bの死亡による損害の全額を賠償する責任を負わない。
2. 土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによってAに損害が生じた場合において、その工作物の占有者であるBが損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは、その工作物の所有者であるCが、Aに対し、その損害を賠償する責任を負う。
3. 複数の加害者であるABの過失と被害者Cの過失が競合する1つの交通事故において、その交通事故の原因となった全ての過失の割合を認定することができ、A、B及びCの過失割合が順次5：3：2である場合には、ABは、Cに対し、連帯して、その損害の8割に相当する額を賠償する責任を負う。
4. Aの不法行為により未成年者Bが重傷を負った場合において、Bが事理弁識能力を有していなかったときであっても、その損害の発生についてBの親に監督上の過失が認められるときには、Aは、過失相殺による損害額の減額を主張することができる。

第287問

不法行為総合

正答率 同 87.0%
予 72.8%

正解

1

部分点 —

1 **×** 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う（719 I 前段）。そして、判例（最判平13.3.13／百選Ⅱ〔102〕）は、交通事故と医療事故が順次競合したことにより、そのいずれもが患者の死亡という不可分の1個の結果を招来し、その結果について相当因果関係があるときは、**各不法行為者は被害者の被った全損害について連帯責任を負うべきものであり、結果発生に対する寄与の割合をもって損害額を案分すべきではない旨**判示している。よって、Bの死亡という結果の発生に対するA及びCの寄与の割合をそれぞれ確定することができるときは、Aは、Bの死亡による損害の全額を賠償する責任を負わないとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 我妻コンメ・1405頁

2 **○** 土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたときは、工作物の占有者は、被害者に対してその損害を賠償する責任を負う（717 I 本文）。ただし、占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは、所有者がその損害を賠償する責任を負う（同ただし書）。よって、本肢は正しい。

3 **○** 共同不法行為者は、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う（719 I）。もっとも、被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる（722 II）。そして、判例（最判平15.7.11）は、複数の加害者の過失及び被害者の過失が競合する1つの交通事故において、**その交通事故の原因となったすべての過失の割合（絶対的過失割合）を認定することができる**ときには、**絶対的過失割合に基づく被害者の過失による過失相殺をした損害賠償額について、加害者らは連帯して共同不法行為に基づく賠償責任を負う旨**判示している。よって、本肢は正しい。

参考文献 我妻コンメ・1413頁

4 **○** 被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる（722 II）。この「被害者」自身に過失があるというためには、**事理を弁識する能力があれば足りる**（最大判昭39.6.24／百選Ⅱ〔100〕）。また、「被害者に過失があったとき」とは、被害者自身の過失のみでなく広く被害者側の過失をも包含し（最判昭34.11.26）、被害者側の過失とは、**被害者と身分上ないしは生活関係上一体をなすとみられるような関係にある者の過失をいう**（最判昭42.6.27）。そして、他人の不法行為によって死亡した事理弁識能力のない幼児の父母の監督上の過失は、被害者側の過失として過失相殺が認められる（最判昭44.2.28）。したがって、Bが事理弁識能力を有していなかったときはB自身の過失を斟酌することはできないが、その損害の発生についてBの親に監督上の過失が認められるときには、Aは、過失相殺による損害額の減額を主張することができる。よって、本肢は正しい。

参考文献 川井4・517頁，我妻コンメ・1411頁

以上より、誤っている肢は1であり、正解は1となる。

肢別の 選択率	1	2	3	4
	87.0%	1.7%	8.0%	2.9%

第296問

内縁関係

実施日	/	/	/
チェック			

配点

3

出題年度

平成20年 同第31問

要求能力

知識

第8編

親
族
法

内縁配偶者と第三者との関係に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものはどれか。

1. 建物賃借人Aの内縁の妻Bは、Aが死亡した場合、Aの相続人と並んで同建物の共同賃借人となるので、同建物に居住する権利を主張することができる。
2. 不法行為による生命侵害の場合、被害者Aの配偶者Bは、Bに対する加害者の故意過失を証明することなく、固有の慰謝料を請求することができるが、被害者Cの内縁配偶者Dは、Dに対する加害者の故意過失を証明した場合に限り、慰謝料を請求することができる。
3. 不法行為による生命侵害の場合、被害者Aの扶養を受けていた内縁配偶者Bは、Aに相続人（Aの兄弟）がいる場合であっても、BがAから受けることができた将来の扶養利益の喪失を損害として、加害者に対し、その賠償を請求することができる。
4. 内縁夫婦が夫婦共有名義の建物に同居していたところ、内縁の夫Aが死亡した場合、建物にそのまま居住し続ける内縁の妻Bは、Aの相続人からの建物使用に係る不当利得返還請求を拒絶することができない。
5. 内縁夫婦A Bの一方Bと日常の家事に関する取引をした第三者は、BにAの代理権があることを主張して、Aにその取引に基づく債務の履行を請求することができない。

第296問

内縁関係

難易度

★★☆

正解

3

部分点

—

- 1 **×** 判例（最判昭42.21）は、建物賃借人の内縁の妻は、建物賃借人の死亡後はその**相続人の賃借権を援用して**家屋に居住する権利を主張することができる」と判示した。すなわち、内縁の妻は建物賃借人の相続人ではないから、共同賃借人となるわけではないのである。よって、内縁の妻BがAの相続人と並んで共同賃借人となるとする点で、本肢は誤っている。
- 2 **×** 711条が709条とは別に、被害者の近親者に固有の損害賠償請求権を認める意義は、加害者の近親者に対する故意・過失を問題とせず、賠償を肯定する点にある。したがって、不法行為による生命侵害の場合、被害者Aの配偶者Bは、Bに対する加害者の故意・過失を証明することなく、固有の慰謝料を請求することができるから、本肢前段は正しい。また、判例（最判昭49.12.17）は、死亡した妻と同居していた夫の妹について711条の類推適用を肯定する。この趣旨に照らすと、内縁配偶者は、自己に対する加害者の故意・過失を証明することなく、被害者に対する故意・過失を立証すれば、711条を類推適用し、慰謝料を請求することが可能である。したがって、Dに対する加害者の故意過失を証明した場合に限りDは慰謝料を請求することができるとする点で、本肢後段は誤っている。よって、本肢は誤っている。
- 3 **○** 判例（最判昭33.4.11／百選Ⅲ〔23〕）は、内縁を**婚姻に準ずる関係**としており（**準婚理論**）、内縁の当事者にも、**夫婦共同生活に関係する法律婚の効果が準用される**。そのため、内縁当事者間にも夫婦間の同居・協力扶助義務（752）が準用され、内縁の一方当事者が不法行為による生命侵害を受けた場合、その内縁の配偶者は、扶養請求権の侵害ないし将来の扶養利益の喪失を損害として、加害者に対してその賠償を請求できる。判例（最判平5.4.6）も、「**内縁の配偶者は、自己が他方の配偶者から受けることのできた将来の扶養利益の喪失を損害として、保有者に対してその賠償を請求することができる**」としている。よって、本肢は正しい。
- 4 **×** 判例（最判平10.2.26）は、内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときは、**特段の事情のない限り、両者間で、生存配偶者が単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認され**、また、その使用による利益について他の共有者（相続人）に**不当利得返還義務を負わない**とした。よって、内縁の妻Bが不当利得返還請求を拒絶することができないとする点で、本肢は誤っている。
- 5 **×** 判例（最判昭33.4.11／百選Ⅲ〔23〕）は、内縁を婚姻に準ずる関係としてしているところ、761条は夫婦共同生活の便宜を図る規定であり、同判決の趣旨からすると、内縁関係にも準用されると解するのが相当である。そうすると、第三者は761条の類推適用により、Aにその取引に基づく債務の履行を請求できる。よって、Aに債務の履行を請求することができないとする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢は3であり、正解は3となる。

参考文献

内田Ⅱ・457頁以下・459頁、内田Ⅳ・143頁・148頁以下・150頁・153頁・412頁以下

第 325 問

配点

2

相続の承認・放棄

実施日	/	/	/
チェック			

出題年度

平成 25 年

同 第 35 問
予 一

要求能力

知識

相続の承認及び放棄に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 相続の放棄をした者は、自己のために相続の開始があったことを知った時から3か月以内であっても、これを撤回することはできない。
- イ. 唯一の相続人が単純承認をした場合、相続人が被相続人に対して有していた貸金債権は、その債権が第三者の権利の目的である場合を除き、混同により消滅する。
- ウ. 相続人が、自己のために相続が開始した事実を知りながら、限定承認又は相続放棄をする前に相続財産の全部又は一部を処分した場合、当該処分が保存行為に該当するときであっても、単純承認をしたものとみなされる。
- エ. 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、善良な管理者の注意をもって、その財産の管理を継続しなければならない。
- オ. 限定承認者は、限定承認に関する民法の規定に従って各相続債権者に弁済をした後でなければ、受遺者に弁済をすることができない。
1. ア イ 2. ア ウ 3. イ オ 4. ウ エ 5. エ オ

第325問

相続の承認・放棄

正答率 82.2%

正解

4

部分点 —

ア ○ 919条1項は、「**相続の承認及び放棄は、第915条第1項の期間内でも、撤回することができない**」としている。本規定の趣旨は、相続債権者や他の共同相続人、放棄の場合には相続人となる次順位相続人などが、熟慮期間終了まで最終決定を待たねばならず、相続の過程が進行しないという事態を防ぐことにある。よって、本肢は正しい。

参考文献 基本法コメ相続・113頁

イ ○ 920条は、「**相続人は、単純承認をしたときは、無限に被相続人の権利義務を承継する**」としている。単純承認をした相続人は、被相続人のすべてのプラスの財産もマイナスの財産も（共同相続人があれば、899条の相続分に応じて）承継し、その限りで**被相続人と相続人双方の財産は同一化し、混同により消滅する**（179 I 本文、同 II 前段、520 本文）。もっとも、債権及び債務に関する混同を規定する520条ただし書により、債権が第三者の権利の目的であるときは、その債権は消滅しない。よって、本肢は正しい。

参考文献 基本法コメ相続・115頁、川井3・376頁

ウ × 921条は、「次に掲げる場合には、相続人は、単純承認をしたものとみなす」とし、同条第1号で「**相続人が相続財産の全部又は一部を処分したとき。ただし、保存行為及び第602条に定める期間を超えない賃貸をすることは、この限りでない**」としている。すなわち、同号本文の「処分」には保存行為と短期賃貸借（602）は含まれない。よって、相続人が同号本文の処分をした場合に、当該処分が保存行為に該当するときであっても、単純承認をしたものとみなされるとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 基本法コメ相続・117頁

エ × 940条1項は、「**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**」と規定する。よって、善良な管理者の注意とする点で、本肢は誤っている。

参考文献 基本法コメ相続・138頁

オ ○ 931条は、「**限定承認者は、前2条の規定に従って各相続債権者に弁済をした後でなければ、受遺者に弁済をすることができない**」としている。よって、本肢は正しい。

参考文献 基本法コメ相続・127頁

以上より、誤っている肢はウとエであり、正解は4となる。

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17305