

司法試験

あと10点の得点アップ！
短答ヤマ当て講座
民法

※ 本冊子は、『短答合格講座 テキスト』からの抜粋です。

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 19258 1

LU19258

第8問	制限行為能力者の相手方の催告権
	平成29年司・第2問

被保佐人Aが保佐人の同意又はこれに代わる家庭裁判所の許可を得ずにBに対してA所有の甲土地を売り渡したことを前提として、当該売買契約の効力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. BがAの保佐人に対し当該売買契約を追認するかどうか確答することを1か月の期間を定めて催告した場合において、保佐監督人があるときは、保佐人が保佐監督人の同意を得てその期間内に追認の確答を発しなれば、当該売買契約を取り消したものとみなされる。
- イ. BがAに対し当該売買契約について保佐人の追認を得ることを1か月の期間を定めて催告した場合において、Aがその期間内にその追認を得た旨の通知を発しないときは、当該売買契約を取り消したものとみなされる。
- ウ. Aが行為能力者となった後に、BがAに対し当該売買契約を追認するかどうか確答することを1か月の期間を定めて催告した場合において、Aがその期間内に確答を発しないときは、当該売買契約を追認したものとみなされる。
- エ. Aが行為能力者となった後に、AがBから甲土地の所有権移転登記手続の請求を受けたときは、当該売買契約を追認したものとみなされる。
- オ. Aが行為能力者となった後に、Aが甲土地の売買代金債権を他人に譲渡したときは、当該売買契約を追認したものとみなされる。
1. ア エ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. ウ オ

第 8 問	制限行為能力者の相手方の催告権	正答率
	正解 1	71.4%

- ア 制限行為能力者の相手方は、法定代理人、保佐人または補助人に対し追認か取消かの催告をなすことができる（20Ⅱ）。そして、催告期間を徒過した場合、追認の効果が擬制される（20Ⅱ）。もっとも、後見人が後見監督人の同意を得て追認をなす場合（826, 864）など「特別の方式を要する行為」については、催告期間を徒過した場合、取消の効果が擬制される（20Ⅲ）。そして、保佐監督人が選任されている場合（876の3Ⅰ）、保佐人が追認をなすときは、保佐監督人の同意を得なければならない旨は定められていない（864, 865Ⅰ参照）ことから、「特別の方式を要する行為」にはあたらない。よって、保佐監督人があるときは、保佐人が保佐監督人の同意を得てその期間内に追認の確答を発しなければ、当該売買契約を取り消したものとみなされるとする点で、本肢は誤っている。
- イ 制限行為能力者の相手方は、被保佐人に対して、1箇月以上の期間を定めて、保佐人の追認を得るべき旨催告することができ、この場合に、被保佐人が期間内にその追認を得た旨の通知を発しないときは、取り消したものとみなされる（20Ⅳ）。よって、本肢は正しい。
- ウ 制限行為能力者の相手方は、制限行為能力者が行為能力者となった後、その者に対し、1箇月以上の期間を定めて取り消しうる行為を追認するかどうかが催告することができ、この場合に、行為能力者となった者が期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなされる（20Ⅰ）。よって、本肢は正しい。
- エ 取り消しうる行為につき、取消権者（120Ⅰ）による追認がなされると、その行為は初めから確定的に有効な行為となり、以後取り消すことができなくなる（122）。もっとも、制限行為能力者については、取消権者にあたるものの、追認は取消の原因となっていた状況が消滅した後でなければその効力を生じない（124Ⅰ）。また、125条2号は、「履行の請求」を法定追認事由として定めているが、これは、取消権者がする場合に限られ、相手方から請求を受けた場合は含まれないと解されている（大判明39.5.17）。本問は、被保佐人Aが行為能力者となった後に関するものであるため、追認することが可能であるが、相手方Bから甲の所有権移転登記手続の請求を受けたにすぎないから、「履行の請求」にはあたらない。よって、当該売買契約を追認したものとみなされるとする点で、本肢は誤っている。
- オ 125条5号は、「取り消すことができる行為によって取得した権利の全部又は一部の譲渡」を法定追認事由として規定している。肢エで解説したとおり、本問では、被保佐人Aが行為能力者となった後の行為に関する問題であるため、追認することが可能である（124Ⅰ）。そして、Aが甲土地の売買代金債権を他人に譲渡する行為は、「取り消すことができる行為によって取得した権利の全部又は一部の譲渡」（125⑤）として、法定追認事由にあたるため、Aは当該売買契約を追認したものとみなされる。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1となる。

第31問	代理人の権限
	平成23年司・第4問

代理人の権限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．成年後見人は、成年被後見人の意思を尊重しなければならないが、成年被後見人の財産に関する法律行為を代理するに当たって、成年被後見人の意思に反した場合であっても、無権代理とはならない。
- イ．父母が共同して親権を行う場合、父母の一方が、共同の名義で子に代わって法律行為をしたとしても、その行為が他の一方の意思に反していることをその行為の相手方が知っているときは、他の一方は、その行為の効力が生じないことを主張することができる。
- ウ．委任による代理人が、やむを得ない事由があるため復代理人を選任した場合には、復代理人はあくまで代理人との法律関係しか有しないので、復代理人の行為が本人のための代理行為となることはない。
- エ．判例によれば、親権者が子の財産を第三者に売却する行為を代理するに当たって、親権者がその子に損害を及ぼし、第三者の利益を図る目的を有していたときは、その子の利益に反する行為であるから、無権代理となる。
- オ．委任による代理人は、未成年者でもよいが、未成年者のした代理行為は、その法定代理人が取り消すことができる。
1. ア イ 2. ア エ 3. イ オ 4. ウ エ 5. ウ オ

第31問	代理人の権限	正答率
	正解 1	77.4%

- ア 成年後見人は、成年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する（859 I）。かかる代理権は、行為の外形上後見人と被後見人との利益が相反する場合には無権代理となるが（860・826 I）、被後見人の意思に反することをもって直ちに無権代理となるものではない。したがって、本肢は正しい。
- イ 父母が共同して親権を行う場合において、父母の一方が、共同の名義で、子に代わって法律行為をし又は子がこれをすることに同意したときは、その行為は他の一方の意思に反したときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方がこの点につき悪意であったときは、他の一方はその行為が無権代理であることを主張できる（825）。したがって、本肢は正しい。
- ウ 復代理人は、その権限内の行為について、本人を代表する（107 I）。このことは、任意代理人がやむを得ない事由があるため復代理人を選任した場合であっても同様である。したがって、本肢は誤っている。
- エ 判例によれば、親権者が子を代理する権限を濫用して法律行為をした場合において、相手方が濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、93条ただし書の規定の類推適用によりその行為の効果は子に及ばないが（最判平4.12.10/百選 I [26]、家族百選 [46]）、このように代理権の濫用にあたる場合であっても利益相反行為として無効となるわけではない。したがって、本肢は誤っている。
- オ 代理人は、行為能力者であることを要しない（102）。この規定の趣旨は、代理人が制限能力者であっても、その意思表示によって成立した契約を、行為能力の制限を理由に取り消すことはできない、ということである。したがって、未成年者のした代理行為も完全に有効であり、これを法定代理人が取り消すことはできない。したがって、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢はアとイであり、正解は1となる。

第44問	時効の援用
	平成28年司・第5問、予・第3問

時効の援用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． 抵当不動産の第三取得者は、その抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができる。
- イ． 先順位抵当権の被担保債権の消滅により後順位抵当権者に対する配当額が増加する場合、当該後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができる。
- ウ． 詐害行為の受益者は、詐害行為取消権を行使している債権者の被保全債権について、その消滅時効を援用することができない。
- エ． 譲渡担保権者が被担保債権の弁済期後に譲渡担保の目的物を第三者に譲渡したときは、その第三者は譲渡担保権設定者が譲渡担保権者に対し有する清算金支払請求権の消滅時効を援用することができる。
- オ． 建物の敷地所有権の帰属につき争いがある場合において、その敷地上の建物の賃借人は、建物の賃貸人が敷地所有権を時効取得しなければ建物賃借権を失うときは、建物の賃貸人による敷地所有権の取得時効を援用することができる。

1. ア イ 2. ア エ 3. イ ウ 4. ウ オ 5. エ オ

第44問	時効の援用	正答率
	正解 2	73.0%

- ア 消滅時効を援用することができる「当事者」（145）とは、時効によって直接に利益を受ける者をいう。そして、抵当不動産の第三取得者も、時効によって直接に利益を受ける者に当たり、抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができる（最判昭48.12.14）。よって、本肢は正しい。
- イ 判例（最判平11.10.21／百選Ⅰ〔42〕）は、「先順位抵当権の被担保債権が消滅すると、後順位抵当権者の抵当権の順位が上昇し、これによって被担保債権に対する配当額が増加することがあり得るが、この配当額の増加に対する期待は、抵当権の順位の上昇によってもたらされる反射的な利益にすぎない」ことから、後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用できないとしている。よって、後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができるとする点で、本肢は誤っている。
- ウ 詐害行為取消権の法的性質を、詐害行為の効力を失わせ、逸出した財産を取り戻すこと（折衷説、判例）と解すると、詐害行為の受益者は、詐害行為取消権の行使の相手方に当たる。したがって、詐害行為の受益者は、詐害行為取消権を行使する債権者の債権について、時効によって直接に利益を受ける「当事者」に当たり、その消滅時効を援用することができる（最判平10.6.22）。よって、消滅時効を援用することができないとする点で、本肢は誤っている。
- エ 判例（最判平11.2.26）は、譲渡担保の目的不動産を弁済期後に取得した第三者は、譲渡担保権設定者が譲渡担保権者に対して有する清算金支払請求権の消滅時効を援用し得るとしている。よって、本肢は正しい。
- オ 判例（最判昭44.7.15）は、敷地所有権を時効取得すべき者からその敷地上の建物を賃借している建物賃借人は、その敷地の取得時効が完成することによって直接に利益を受ける「当事者」ではないから、建物賃貸人による敷地所有権の取得時効を援用することはできないとしている。よって、敷地上の建物の賃借人は、建物の賃貸人による敷地所有権の取得時効を援用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、正しい肢はアとエであり、正解は2となる。

第75問	即時取得
	平成28年予・第5問

Aの所有するカメラ（以下「甲」という。）の取引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． Aは、甲をBに賃貸していたところ、CがBの家から甲を盗み、Dに売却した。Dは、甲がCの所有物であると過失なく信じて、現実の引渡しを受けた。この場合、Bは、甲を盗まれた時から2年以内であれば、Dに対し、甲の返還を求めることができる。
- イ． Aは、甲をBに売却したが、その売買契約当時、Aは意思能力を有していなかった。その後、Bが甲をCに売却し、Cは、甲がBの所有物であると過失なく信じて、現実の引渡しを受けた。この場合、Aの法定代理人は、Cに対し、甲の返還を求めることができる。
- ウ． Aは、その家で甲を保管していたところ、カメラを販売する商人のBがAの家から甲を盗み、Cに売却した。Cは、甲がBの所有物であると過失なく信じて、現実の引渡しを受けた。この場合、Aは、甲を盗まれた時から2年以内であっても、CがBに支払った代価を弁償しなければ、Cに対し、甲の返還を求めることができない。
- エ． Aは、その家で甲を保管していたところ、BがAの家から甲を盗み、Cに売却した。その後、Cは、甲をDに転売し、Dは、甲がCの所有物であると過失なく信じて、現実の引渡しを受けた。この場合、Aは、甲を盗まれた時から2年以内であっても、Dに対し、甲の返還を求めることができない。
- オ． Aは、甲をBに賃貸していたところ、Bが甲をCに寄託した。その後、BがAに無断で甲をDに売却するとともに、Cに対し以後Dのために甲を占有するように命じた。Dは、甲がBの所有物であると過失なく信じて、Cによる甲の占有を承諾した。この場合、Aは、Dに対し、甲の返還を求めることができる。
1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

第75問	即時取得	正答率
	正解 1	55.4%

- ア ○ Dは、Cから動産である甲を取引行為によって平穩・公然に取得し、現実の引渡しを受けている。そして、Dは、Cが甲につき無権利者であることについて善意・無過失であることから、即時取得により、甲の所有権を取得する(192)。もっとも、即時取得が成立した場合でも、占有物が「盗品」又は遺失物であるときは、「被害者」又は遺失者は、盗難又は遺失の時から2年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる(193)。そして、「被害者」とは、占有を奪われた者等をいい、賃借人もこれに含まれる。したがって、Bは「被害者」に当たり、Bは、Dに対し、甲の返還を求めることができる。よって、本肢は正しい。
- イ ✕ 即時取得(192)は、前主の無権利という瑕疵を治癒するものであって、制限行為能力や意思表示の瑕疵・欠缺等を治癒するものではない。したがって、意思能力者であるAがBに甲を売却しても、Bは甲を有効に取得することができる。もっとも、Bが甲をさらに第三者であるCに売却した場合、CはBという無権利者からの取得者となるから、即時取得の適用を受け得る。この点、Cは、Bから甲を取引行為によって平穩・公然に取得し、現実の引渡しを受け、Bの無権利につき善意・無過失であることから、即時取得により、甲の所有権を取得する。したがって、Aの法定代理人は、Cに対し、甲の返還を求めことができなくなる。よって、Aの法定代理人は、Cに対し、甲の返還を求めるとする点で、本肢は誤っている。
- ウ ○ Aは、193条所定の「被害者」に当たることから、Cに対し、甲の回復を請求することができる。そして、かかる回復請求権は、原則として、無償で行使することができる(193)。もっとも、例外的に、占有者が盗品・遺失物を競売若しくは公の市場において、又はその物と同種の物を販売する商人から善意で買い受けたときは、被害者又は遺失者は、占有者が支払った代価を弁償しなければ、その物を回復することができない(194)。この点、Cは、カメラを販売する商人のBから、甲を善意で買い受けているため、194条が適用される。したがって、Aは、甲が盗まれた時から2年以内であっても、CがBに支払った代価を弁償しなければ、Cに対し、甲の返還を求めることができない。よって、本肢は正しい。
- エ ✕ Dは、Cから動産である甲を取引行為によって平穩・公然に取得し、現実の引渡しを受けている。そして、Dは、Cが甲につき無権利者であることについて善意・無過失であることから、即時取得により、甲の所有権を取得する(192)。もっとも、即時取得が成立した場合でも、占有物が「盗品」又は遺失物であるときは、「被害者」又は遺失者は、盗難又は遺失の時から2年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる(193)。なお、CがBから甲を即時取得したと考える場合、Dに即時取得は成立しないが、193条所定の回復請求権の相手方は占有者であり、直接の即時取得者に限定されず、転得者も含まれる。したがって、Dが即時取得者からの転得者に当たるとしても、AはDに対して甲の回復を請求することができる。よって、Dに対し、甲の返還を求めることができないとする点で、本肢は誤っている。
- オ ✕ 即時取得の成立要件としての占有の取得につき、判例(最判昭57.9.7)は、目的物が所有者の支配から離れた場合における指図による占有移転もこれに含まれるとしている。したがって、Dは、Bから甲を取引行為によって平穩・公然に取得し、指図による占有移転により甲の引渡しを受け、Bの無権利につき善意・無過失であることから、即時取得により、甲の所有権を取得する(192)。よって、Aは、Dに対し、甲の返還を求めるとする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢はアとウであり、正解は1となる。

第84問	共有
	平成27年予・第5問

AとBが各2分の1の割合で共有する甲土地の法律関係に関する次の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は、甲土地の不法占拠者に対し単独で不法行為に基づく損害賠償を請求することができるが、Aの請求することができる損害賠償の額は、Aの持分割合に相当する額に限られる。
2. AB間の合意により甲土地をAが単独で使用する旨を定めた場合、Aは、甲土地を単独で 사용할ことができるが、その使用による利益についてBに対し不当利得返還債務を負う。
3. Aが死亡し、その相続人の不存在が確定するとともに、甲土地がAの特別縁故者に対する財産分与の対象にもならなかったときは、Aの有していた甲土地の持分はBに帰属する。
4. Aが甲土地の管理費用のうちBが負担すべき分を立て替えて支払った後、Bが甲土地の自己の持分をCに譲渡した場合、Aは、Cに対し、その立替金額の支払を請求することができる。

第84問	共有	正答率
	正解 2	62.9%

- 1 判例（最判昭51.9.7）は、共有物の侵害に対し、各共有者は、共有持分の割合に応じて損害賠償請求権を行使することができ、その割合を超えて請求をすることは許されないとしている。したがって、本肢は正しい。
- 2 判例（最判平10.2.26）は、共有者間の合意により共有者の一人が共有物を単独で使用する旨定めた場合には、その共有者は、かかる合意が変更又は共有関係が解消されるまでの間は、共有物を単独使用でき、他の共有者に対して不当利得返還義務を負わないとしている。したがって、「その使用による利益についてBに対し不当利得返還債務を負う」とする点で、本肢は誤っている。
- 3 共有者の1人が死亡して相続人がないときは、その持分は、他の共有者に帰属する（255）。もっとも、判例（最判平元.11.24/百選Ⅲ〔55〕）は、共有者の1人が死亡し、相続人の不存在が確定した場合、その共有持分は、958条の3の規定に基づく特別縁故者に対する財産分与が生じないことが確定したときにはじめて、255条により他の共有者に帰属するものとしている。したがって、本肢は正しい。
- 4 各共有者は、その持分に応じ、管理の費用を支払い、その他共有物に関する負担を負う（253Ⅰ）。そして、共有者の1人が共有物について他の共有者に対して有する債権は、その特定承継人に対しても行使することができる（254）。本肢において、Aは、甲土地の管理費用のうちBが負担すべき分を立て替えて支払っており、Bに対して立替金額の支払を求める債権を有している。そして、Cは、Bから甲土地にかかるBの持分を譲り受けていることから、Aは特定承継人であるCに対して、立替金額の支払を求める債権を行使することができる。したがって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢は2であり、正解は2となる。

第106問	留置権及び質権
	平成28年司・第12問

留置権及び質権に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア．民法上の留置権の成立には、目的物と牽連性のある債権の存在及び債権者による目的物の占有が必要であるが、その債権の成立時に債権者が目的物を占有している必要はない。
- イ．質権者が任意に質権設定者に質物を返還した場合、質権は消滅する。
- ウ．必要費償還請求権を被担保債権として建物を留置している留置権者は、その建物のための必要費を更に支出した場合、後者の必要費償還請求権を被担保債権として留置権を行使することはできない。
- エ．仮登記担保権の実行により不動産の所有権を取得した仮登記担保権者が、債務者に清算金を支払わないでその不動産を第三者に譲渡した場合、債務者は、清算金支払請求権を被担保債権として、譲受人たる第三者に対し、その不動産につき留置権を行使することができる。
- オ．質権の目的物を所有する債務者が、質権者に対して被担保債権を消滅させずに目的物の返還を求める訴訟を提起した場合に質権の主張が認められるときは、債務者の請求は棄却されるが、留置権の目的物を所有する債務者が、留置権者に対して被担保債権を消滅させずに目的物の返還を求める訴訟を提起した場合に留置権の主張が認められるときは、引換給付判決がされる。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ ウ 4. ウ エ 5. エ オ

第106問	留置権及び質権	正答率
	正解 3	59.7%

- ア 留置権（295）の成立には、「その物に関して生じた債権を有する」ことが必要であるが、物を占有している間に債権が成立したことは必要ではない。すなわち、物に関する債権を有する者が、後にその物の占有を取得した場合でも、占有を取得した時点で留置権が成立する。よって、本肢は正しい。
- イ 質権者が質権設定者に質物を返還した場合、動産質においては対抗力を失うが、質権は消滅せず、不動産質においてはなんらの影響がない（大判大5.12.25）。よって、質権者が任意に質権設定者に質物を返還した場合、質権は消滅するとしている点で、本肢は誤っている。
- ウ 留置権者は、留置物について必要費を支出したときは、所有者にその償還を請求することができる（299 I）。そして、判例（最判昭33.1.17）は、必要費償還請求権を被担保債権として建物を留置している留置権者が、その建物のための必要費を更に支出した場合、既に生じている費用償還請求権と共に、後者の必要費償還請求権を被担保債権として留置権を行使することができる旨判示している。よって、後者の必要費償還請求権を被担保債権として留置権を行使することはできないとする点で、本肢は誤っている。
- エ 判例（最判昭58.3.31）は、清算金の支払のないまま仮登記担保権者から第三者が目的不動産の所有権を取得した場合には、債務者は、当該第三者からの不動産の明渡請求に対し、仮登記担保権者に対する清算金支払請求権を被担保債権とする留置権の抗弁権を主張することができる旨判示している。よって、本肢は正しい。
- オ 判例（大判大9.3.29）は、質物の所有者は、まず被担保債権の弁済をしなければ、その物の引渡しを受けることができず、債務者が弁済をしないで質物の引渡しを求めるときには、引換給付判決でなく、請求棄却判決がされる旨判示している。また、判例（最判昭33.3.13）は、物の引渡請求に対して留置権の抗弁が認められる場合には、原告の請求を全面的に棄却するのではなく、引換給付判決をすべき旨判示している。よって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢はイとウであり、正解は3となる。

第115問	抵当権の効力
	平成30年司・第13問

抵当権の効力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． 抵当不動産についてその所有者から地上権を買い受けた第三者が、抵当権者の請求に応じてその抵当権者にその代価を弁済したときは、抵当権は、その第三者のために消滅する。

イ． 主たる債務者の承継人は、抵当権消滅請求をすることができない。

ウ． 建物の賃貸借は、その登記がなくても、建物の引渡しがあったときは、その引渡し前に登記をした抵当権を有する全ての者が同意をし、かつ、その同意の登記があれば、その同意をした抵当権者に対抗することができる。

エ． 抵当不動産をその所有者から買い受けた者は、その不動産について必要費を支出した場合において、抵当権の実行によりその不動産が競売されたときは、その代価から最先順位の抵当権者より先にその支出した額の償還を受けることができる。

オ． 抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である土地を使用収益する者は、抵当権の実行によりその土地が競売された場合、買受人の買受けの時から6か月を経過するまでは、その土地を買受人に明け渡す必要がない。

1. ア イ 2. ア エ 3. イ ウ 4. ウ オ 5. エ オ

第115問	抵当権の効力	正答率
	正解 4	27.7%

- ア 抵当不動産について所有権又は地上権を買い受けた第三者が、抵当権者の請求に応じてその抵当権者にその代価を弁済したときは、抵当権は、その第三者のために消滅する（378）。よって、本肢は正しい。
- イ 主たる債務者、保証人及びこれらの者の承継人は、抵当権消滅請求をすることができない（380）。よって、本肢は正しい。
- ウ 登記をした賃貸借は、その登記前に登記をした抵当権を有するすべての者が同意をし、かつ、その同意の登記があるときは、その同意をした抵当権者に対抗することができる（387 I）。同項の適用に関しては、賃借権が登記されていることが必要であり、借地借家法上の対抗要件（借地借家31 I）では足りないとされている。よって、登記がなくても、同意をした抵当権者に対抗することができるとする点で、本肢は誤っている。
- エ 抵当不動産の第三取得者は、抵当不動産について必要費を支出したときは、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（391）。したがって、抵当不動産をその所有者から買い受けた者が必要費を支出した場合、最先順位の抵当権者より先にその支出した額の償還を受けることができる。よって、本肢は正しい。
- オ 抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である建物の使用又は収益をする者は、その建物の競売における買受人の買受けの時から6か月を経過するまでは、その建物を買受人に引き渡すことを要しない（395 I 柱書）。同項に関しては、建物所有のための土地賃貸借を短期間保護する実益がないことから、土地賃貸借には適用されない。よって、土地を使用収益する者は、買受人の買受けの時から6か月を経過するまで、その土地を買受人に明け渡す必要がないとする点で、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4となる。

第133問	債務不履行
	平成23年司・第17問

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133問	債務不履行	正答率
	正解 4	35.0%

- 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はできない（419 I, III）。したがって、本肢は誤っている。
- 2 転借人の失火により賃借家屋を滅失毀損した場合には、賃借人は自己の過失と同様に責任を負う（大判昭4.6.19）。したがって、本肢は誤っている。
- 3 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）。したがって、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）。したがって、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〕）。したがって、債務の成立時に予見を必要とする点において、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。

第147問	詐害行為取消権
	平成30年司・第17問、予・第7問

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．相続の放棄は、相続の放棄をした債務者が債務の履行を長期間怠るなど背信性の程度が著しい場合に限り、詐害行為取消権の対象となる。

イ．不動産の買主は、その売主がその不動産を第三者に贈与した場合、それによって売主が無資力となったとしても、当該贈与を詐害行為取消権の対象とすることができない。

ウ．詐害行為取消権の対象となる贈与の目的物が不可分なものであるときは、その価額が債権額を超過する場合であっても、贈与の全部について取り消すことができる。

エ．贈与が虚偽表示に該当することを知らない転得者との関係において、当該贈与を詐害行為取消権の対象とすることはできない。

オ．債務者が自己の第三者に対する債権を譲渡した場合において、債務者がこれについてした確定日付のある債権譲渡の通知は、詐害行為取消権行使の対象とならない。

1. ア イ 2. ア エ 3. イ ウ 4. ウ オ 5. エ オ

第147問	詐害行為取消権	正答率
	正解 4	75.9%

- ア 判例（最判昭 49.9.20）は、「相続の放棄のような身分行為については、民法 424 条の詐害行為取消権行使の対象とならない」旨判示し、その理由として、「取消権行使の対象となる行為は、積極的に債務者の財産を減少させる行為であることを要し、消極的にその増加を妨げるにすぎないものを包含しないものと解するところ、相続の放棄は、相続人の意思からいっても、また法律上の効果からいっても、これを既得財産を積極的に減少させる行為というよりはむしろ消極的にその増加を妨げる行為にすぎないとみるのが、妥当である。また、相続の放棄のような身分行為については、他人の意思によってこれを強制すべきでない」と解するところ、もし相続の放棄を詐害行為として取消しうるものとすれば、相続人に対し相続の承認を強制することと同じ結果となり、その不当であることは明らかである」旨判示している。よって、相続の放棄は、詐害行為取消権の対象とする点で、本肢は誤っている。
- イ 判例（最大判昭 36.7.19／百選Ⅱ〔15〕）は、「債権者取消権は、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（以下特定物債権と略称する）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、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができる」旨判示し、その理由として、「かかる債権も、窮極において損害賠償債権に変じうるのであるから、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」旨判示している。よって、当該贈与を詐害行為取消権の対象とすることができないとする点で、本肢は誤っている。
- ウ 判例（最判昭 30.10.11）は、「債権者の取消権は、債権者の債権を保全するためその債権を害すべき債務者の法律行為を取消す権利であるから、債権者は故なく自己の債権の数额を超過して取消権を行使することを得ないことは論を待たないが、債務者のなした行為の目的物が不可分のものであるときは、たとえその価額が債権額を超過する場合であっても行為の全部について取消し得べき」である旨判示している。よって、本肢は正しい。
- エ 判例（大判昭 6.9.16）は、転得者が債務者の行為が虚偽表示であることは知らないが、詐害の事実を知っているときには、当該行為を詐害行為取消権の対象とすることができる旨判示している。よって、当該贈与を詐害行為取消権の対象とすることはできないとする点で、本肢は誤っている。
- オ 判例（最判平 10.6.12／百選Ⅱ〔17〕）は、「債務者が自己の第三者に対する債権を譲渡した場合において、債務者がこれについてした確定日付のある債権譲渡の通知は、詐害行為取消権行使の対象とならない」旨判示し、その理由として、「詐害行為取消権の対象となるのは、債務者の財産の減少を目的とする行為そのものであるところ、債権の譲渡行為とこれについての譲渡通知とはもとより別個の行為であって、後者は単にその時から初めて債権の移転を債務者その他の第三者に対抗し得る効果を生じさせるにすぎず、譲渡通知の時に右債権移転行為がされたこととなったり、債権移転の効果が生じたりするわけではなく、債権譲渡行為自体が詐害行為を構成しない場合には、これについてされた譲渡通知のみを切り離して詐害行為として取り扱い、これに対する詐害行為取消権の行使を認めることは相当とはいいい難いからである」旨判示している。よって、本肢は正しい。

以上より、正しい肢はウとオであり、正解は 4 となる。

第165問	履行の提供と弁済
	平成27年司・第19問

債務の履行と弁済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. 安全配慮義務の違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償債務は、その義務の違反により損害が発生した時から遅滞に陥る。
- イ. 弁済をすべき場所について別段の意思表示がない場合には、特定物の引渡しは、債権発生の際にその物が存在した場所においてしなければならないが、その他の弁済は債権者の現在の住所においてしなければならない。
- ウ. 弁済の費用について別段の意思表示がない場合には、債権者と債務者の双方が等しい割合でその費用を負担するが、債権者が住所の移転その他の行為によって弁済の費用を増加させたときは、その増加額は債権者が負担する。
- エ. Aの所有する甲土地を、Bが建物の所有を目的として賃借し、Bが甲土地上に乙建物を建築して乙建物をCに賃貸した場合、BがAに対し甲土地の賃料の支払を拒絶しているときは、Cは、Aに対し甲土地の賃料の支払をすることができる。
- オ. 金銭消費貸借の借主が、元本、利息及び費用の総額に足りない金銭を貸主に弁済する場合には、それをまず元本に充当することを指定することができるが、貸主が直ちに異議を述べない限り、その充当の指定は効力を有する。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

第165問	履行の提供と弁済	正答率
	正解 4	66.4%

- ア 判例（最判昭55.12.18）は、安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償債務は、期限の定めのない債務であり、債務者が履行の請求を受けた時から履行遅滞に陥る（412Ⅲ）としている。したがって、「損害が発生した時から遅滞に陥る」とする点で、本肢は誤っている。
- イ 484条は、「弁済をすべき場所について別段の意思表示がないときは、特定物の引渡しは債権発生の際にその物が存在した場所において、その他の弁済は債権者の現在の住所において、それぞれしなければならない。」と規定し、持参債務の原則を定めている。したがって、本肢は正しい。
- ウ 485条は、「弁済の費用について別段の意思表示がないときは、その費用は、債務者の負担とする。ただし、債権者が住所の移転その他の行為によって弁済の費用を増加させたときは、その増加額は、債権者の負担とする。」と規定し、弁済の費用は原則として債務者の負担であるとしている。したがって、「債権者と債務者の双方が等しい割合でその費用を負担する」とする点で、本肢は誤っている。
- エ 債務の弁済は、第三者もすることができるが（474Ⅰ本文）、利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反して弁済をすることができない（474Ⅱ）。そして、判例（最判昭63.7.1／百選Ⅱ〔32〕）は、借地上の建物の賃借人は、敷地の地代の弁済について法律上の利害関係を有するとしている。よって、建物賃貸人Bが土地賃貸人Aに対し甲土地の賃料の支払を拒絶しているときは、借地上の建物の賃借人であるCは、Aに対し甲土地の賃料の支払をすることができる。したがって、本肢は正しい。
- オ 491条1項は、「債務者が1個又は数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合において、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときは、これを順次に費用、利息及び元本に充当しなければならない。」旨規定する。もっとも、かかる規定は強行法規ではないから、当事者の合意によりその順序を変更することはできるが、当事者の合意がない限り本条所定の順序に従う必要があり、当事者の一方的な指定により順序を指定することはできない（大判昭7.4.26）。したがって、「まず元本に充当することを指定することができ、貸主が直ちに異議を述べない限り、その充当の指定は効力を有する。」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。

第194問	売買契約の解除
	平成29年司・第24問、予・第10問

売買契約の解除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．債務不履行を理由に売買契約が解除された場合において、その債務不履行の時から10年を経過したときは、解除による原状回復請求権の消滅時効が完成する。

イ．売主が目的物を引き渡し、買主が代金の一部を支払った場合において、債務不履行を理由に売買契約が解除されたときは、売主の目的物返還請求権と買主の代金返還請求権とは、同時履行の関係にない。

ウ．売主が目的物を引き渡したが、買主が代金を履行期の経過後も支払わない場合において、売主が買主に対して相当の期間を定めて債務の履行の催告をしたとしても、売主がその催告に際して履行がなければ解除する旨の通知をしていないときは、売主は、相当期間の経過後も当該売買契約を解除することができない。

エ．売主が目的物を引き渡したが、買主が代金を履行期の経過後も支払わない場合において、売主が買主に対して相当の期間を定めて代金の支払を催告したにもかかわらず、買主が代金の支払を拒絶する意思を明確に表示したときは、売主は、相当の期間が経過する前であっても、当該売買契約を解除することができる。

オ．買主の債務不履行を理由に売主が解除権を取得したとしても、その解除権の行使前に買主がその債務を履行したときは、売主は、その解除権を行使することができない。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ ウ 4. ウ エ 5. エ オ

第194問	売買契約の解除	正答率
	正解 5	66.0%

- ア 判例（大判大7.4.13）は、解除による原状回復請求権は、解除の時から消滅時効が進行する旨判示している。よって、債務不履行の時から10年を経過したときは、解除による原状回復請求権の消滅時効が完成するとする点で、本肢は誤っている。
- イ 契約の各当事者は、契約の解除により原状回復義務を負う。そして、各当事者の原状回復義務は、同時履行の関係に立つ（546・545）。よって、売主の目的物返還請求権と買主の代金返還請求権とは、同時履行の関係にないとする点で、本肢は誤っている。
- ウ 判例（大判昭15.9.3）は、541条の催告をする場合、履行がなければ解除をする旨を警告する必要はない旨判示している。よって、履行がなければ解除する旨の通知をしていないときは、売主は、当該売買契約を解除することができないとする点で、本肢は誤っている。
- エ 判例（大判昭7.7.7）は、催告をしたところ、相手方が履行拒絶の意思を表示したときには、催告期間の経過を待つことなく解除することができる旨判示している。よって、本肢は正しい。
- オ 判例（大判大6.7.10）は、催告期間を経過した後であっても、債権者が解除の意思表示をする前に、債務者が遅延賠償とともに完全な履行又は履行の提供をした場合には、解除権は消滅する旨判示している。よって、本肢は正しい。

以上より、正しい肢はエとオであり、正解は5となる。

第202問	売買
	平成28年司・第24問

売買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. 解約手付の授受された売買契約の買主は、自ら履行に着手した場合でも、売主が履行に着手するまでは、手付を放棄して売買契約の解除をすることができる。
- イ. 甲土地の売買契約がAを売主、Bを買主として締結され、AからBに甲土地の引渡しが行われたが、甲土地がCの所有であった場合において、Aが甲土地の権利をCから取得してBに移転することができないことを理由にBが甲土地の売買契約を解除したときは、Bは、Aに対し、その解除までの間の甲土地の使用利益を返還しなければならない。
- ウ. 建物とその敷地の賃借権とが売買契約の目的とされた場合には、敷地に欠陥があり、賃貸人がその欠陥について修繕義務を負担するときであっても、買主は、売主に対し、その欠陥が売買の目的物の隠れた瑕疵に該当することを理由として瑕疵担保責任を追及することができる。
- エ. 売買契約の目的物に隠れた瑕疵がある場合において、買主がその瑕疵があることを知った時から1年以内に瑕疵担保による損害賠償の請求をしたときは、その時点で買主が目的物の引渡しを受けた時から10年を経過していたときであっても、その損害賠償請求権につき消滅時効は完成しない。
- オ. 建物の強制競売の手続が開始され、借地権の存在を前提として建物の売却が実施されたことが明らかであるにもかかわらず、実際には建物の買受人が代金を納付した時点において借地権が存在しなかったことにより、建物の買受人がその目的を達することができず、かつ、債務者が無資力であるときは、建物の買受人は、強制競売による建物の売買契約を解除した上、売却代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の返還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202問	売買	正答率
	正解 4	70.1%

- ア 判例（最大判昭40.11.24／百選Ⅱ〔8版〕〔48〕）は、履行に着手した当事者は相手方が履行に着手するまでは、自ら解除することができるとしている。これは、「履行に着手」をした当事者が解除によって不測の損害を被るのを防止するという557条1項の趣旨からすれば、自らの損害を犠牲にして契約の解除をすることを禁止すべき理由はないためである。よって、本肢は正しい。
- イ 判例（最判昭51.2.13／百選Ⅱ〔8版〕〔45〕）は、「売買契約が解除された場合に、目的物の引渡を受けていた買主は、原状回復義務の内容として、解除までの間目的物を使用したことによる利益を売主に返還すべき義務を負うものであり、この理は、他人の権利の売買契約において、売主が目的物の所有権を取得して買主に移転することができず、民法561条の規定により該契約が解除された場合についても同様であると解すべきである。けだし、解除によって売買契約が遡及的に効力を失う結果として、契約当事者に該契約に基づく給付がなかったと同一の財産状態を回復させるためには、買主が引渡を受けた目的物を解除するまでの間に使用したことによる利益をも返還させる必要がある」旨判示している。よって、本肢は正しい。
- ウ 判例（最判平3.4.2／百選Ⅱ〔8版〕〔54〕）は、「建物とその敷地の賃借権とが売買の目的とされた場合において、右敷地についてその賃貸人において修繕義務を負担すべき欠陥が右売買契約当時に存したことがその後判明したとしても、右売買の目的物に隠れた瑕疵があるということとはできない」旨判示している。その理由として「賃貸人の修繕義務の履行により補完されるべき敷地の欠陥については、賃貸人に対してその修繕を請求すべきものであって、右敷地の欠陥をもって賃貸人に対する債権としての賃借権の欠陥ということとはできない」ことを挙げている。よって、買主は、売主に対し、瑕疵担保責任を追及することができる点で、本肢は誤っている。
- エ 判例（最判平13.11.27／百選Ⅱ〔8版〕〔53〕）は、「瑕疵担保による損害賠償請求権には消滅時効の規定の適用があり、この消滅時効は、買主が売買の目的物の引渡しを受けた時から進行する」旨判示している。その理由として、「買主の売主に対する瑕疵担保による損害賠償請求権は、……民法167条1項にいう『債権』に当たるとは明らか」であること、及び「法律関係の早期安定のために買主が権利を行使すべき期間を特に限定した……除斥期間の定めがあることをもって、瑕疵担保による損害賠償請求権につき同法167条1項の適用が排除されると解することはできない」ことを挙げている。よって、消滅時効は完成しないとすると、本肢は誤っている。
- オ 判例（最判平8.1.26）は、本肢と同様の事案において、「買受人は、そのために建物買受けの目的を達することができず、かつ、債務者が無資力であるときは、民法568条1項、2項及び566条1項、2項の類推適用により、強制競売による建物の売買契約を解除した上、売却代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の返還を請求することができる」旨判示している。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。

第250問	不法行為
	平成28年司・第29問

不法行為に関する次の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. 不法行為による損害賠償債務は、不法行為の時に、催告を要することなく遅滞に陥る。
2. 被用者の重大な過失により火災が発生した場合において、使用者にその被用者の選任及び監督について過失があるときは、使用者は、その選任及び監督についての過失が重大なものではないことを理由として、その火災により生じた損害を賠償する責任を免れることはできない。
3. 事業の執行について不法行為を行った被用者が損害を賠償する責任を負うときであっても、その被用者を雇用する法人の代表者は、被用者の選任又は監督を現実に担当していなければ、被用者の不法行為について、代理監督者として損害を賠償する責任を負わない。
4. 交通事故の被害者が事故に起因する後遺障害のために労働能力の一部を喪失した後、別の原因により死亡した場合、労働能力の一部喪失による財産上の損害の額の算定に当たっては、交通事故と被害者の死亡との間に相当因果関係があつて死亡による損害の賠償をも請求できる場合に限り、死亡後の生活費を控除することができる。
5. 自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていない未成年者の行為により火災が発生した場合において、未成年者にその火災につき重大な過失がなかったときは、その未成年者を監督する法定の義務を負う者はその火災により生じた損害を賠償する責任を負わない。

第250問	不法行為	正答率
	正解 5	51.7%

- 1 履行期の定めのない債務は、債務者が債権者から「履行の請求を受けた時」から履行遅滞に陥る（412Ⅲ）。しかし、不法行為による損害賠償債権は、損害発生と同時に賠償請求できると解すべきであるから、期限の定めのない債権と解すべきではなく、催告をしなくても、不法行為の時から当然に履行遅滞に陥る（最判昭37.9.4参照）。したがって、本肢は正しい。
- 2 被用者の過失による火災により損害が発生した場合、使用者責任（715）が発生し得る一方、失火責任法の適用が考えられる。判例（最判昭42.6.30）によれば、被用者の失火責任について使用者が責任を負うためには、被用者に故意又は重大な過失があることを要し、使用者の故意又は重過失は必要ではない。したがって、本肢は正しい。
- 3 715条2項は、「使用者に代わって事業を監督する者も、前項の責任を負う」として、代理監督者の責任を定めている。判例（最判昭42.5.30）によれば、使用者が法人である場合、その代表者が、単に法人の代表機関として一般的業務執行権限を有するにとどまらず、現実には被用者の選任、監督を担当しているときは、当該代表者は代理監督者として責任を負う。したがって、本肢は正しい。
- 4 判例（最判平8.5.31）は、「交通事故の被害者が事故に起因する後遺障害のために労働能力の一部を喪失した後に死亡した場合、労働能力の一部喪失による財産上の損害の額の算定に当たっては、交通事故と被害者の死亡との間に相当因果関係があつて死亡による損害の賠償をも請求できる場合に限り、死亡後の生活費を控除することができる……けだし、交通事故と死亡との間の相当因果関係が認められない場合には、被害者が死亡により生活費の支出を必要としなくなったことは、損害の原因と同一原因により生じたものといふことができず、両者は損益相殺の法理又はその類推適用により控除すべき損失と利得との関係にないからである」旨判示している。したがって、本肢は正しい。
- 5 責任無能力者の重過失による失火により損害が発生した事案において、判例（最判平7.1.24）は、失火責任法が定める重過失の有無の判断は、監督義務者の監督上の行為について行うべきである旨判示し、監督義務者に監督上の重大な過失がなければ、免責されるとしている。したがって、未成年者にその火災につき重大な過失がなかったときは、その未成年者を監督する法定の義務を負う者はその火災により生じた損害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。

以上より、誤っている肢は5であり、正解は5となる。

第271問	親子関係と未成年後見
	平成27年司・第31問

親権と未成年後見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．後見人は、正当な事由があるときは、家庭裁判所の許可を得て、その任務を辞することができる。
- イ．親権を行う者が財産管理権を有しない場合に選任された未成年後見人であっても、財産管理権のほか、身上監護権も有する。
- ウ．離婚に際し、協議により父母の一方を親権者と定めた場合には、父母の協議により親権者を変更することができる。
- エ．親権停止の審判によって未成年者に対して親権を行う者がなくなるときは、後見が開始する。
- オ．特別養子を除く養子（いわゆる普通養子）は、実親及び養親の共同親権に服する。

1. ア イ 2. ア エ 3. イ オ 4. ウ エ 5. ウ オ

第271問	親子関係と未成年後見	正答率
	正解 2	77.0%

- ア 後見人は、正当な事由があるときは、家庭裁判所の許可を得て、その任務を辞することができる（844）。したがって、本肢は正しい。
- イ 親権を行う者が管理権を有しない場合には、未成年後見人は、財産に関する権限のみを有する（868）。なぜなら、その親権者が未成年者の身上監護を行うことになるからである。したがって、「身上監護権も有する」とする点で、本肢は誤っている。
- ウ 子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる（819Ⅵ）。もっとも、父母の協議により親権者を変更することはできない。したがって、「父母の協議により親権者を変更することができる」とする点で、本肢は誤っている。
- エ 親権を行う父母の死亡や、父母の親権喪失（834）、親権の停止（834の2）、親権の辞任（837Ⅰ）等により、未成年者に対して親権を行う者がいないときは、未成年後見が開始する（838①）。したがって、本肢は正しい。
- オ 未成年者が養子の場合、実父母の親権を脱して、養親の親権に服する（818Ⅱ）。したがって、「実親及び養親の共同親権に服する」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。

第295問	遺産分割
	平成26年司・第34問、予・第14問

遺産分割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．共同相続人の一人であるAが相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である甲建物において被相続人と同居してきたときは、相続が開始した時から遺産分割が終了するまでの間、引き続きAに甲建物を無償で使用させる旨の合意があったものと推認され、被相続人の地位を承継した他の相続人らが貸主となり、Aを借主とする甲建物の使用貸借契約関係が存続することになる。
- イ．共同相続人が全員の合意によって遺産分割前に遺産である土地を第三者に売却した場合において、その売買に係る代金債権は、不可分債権である。
- ウ．被相続人が所有し、その名義で所有権の登記がされている甲土地を相続人の一人であるAに相続させる旨の遺言が遺産分割の方法の指定と解される場合、Aは、登記をしなくても甲土地の所有権の取得を第三者に対抗することができる。
- エ．嫡出でない子がいる母の死亡による相続について、その子が遺産の分割を請求しようとする場合において、他の共同相続人らがその子の存在を知らないまま、既に遺産分割の協議を成立させていたときは、その子は、他の共同相続人らに対し、価額のみによる支払の請求権を有する。
- オ．遺産分割後に遺産である建物に隠れた瑕疵があったことが判明した場合であっても、当該建物を遺産分割により取得した相続人は、他の相続人に対し、瑕疵担保責任を追及することができない。
1. ア イ 2. ア ウ 3. イ エ 4. ウ オ 5. エ オ

第295問	遺産分割	正答率
	正解 2	56.3%

- ア 相続人が数人あるときは、相続財産は、その共有に属する（898）。そして、共同相続財産である建物に相続開始後も居住している共同相続人の占有権原について、判例（最判平 8.12.17/百選Ⅲ〔71〕）は、共同相続人の一人が相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居していたときは、特段の事情のない限り、被相続人と同居の相続人との間において、被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により右建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き右同居の相続人に無償で使用させる旨の合意があったものと推認されるものであって、被相続人が死亡した場合は、この時から少なくとも遺産分割終了までの間は、被相続人の地位を承継した他の相続人が貸主となり、同居の被相続人を借主とする建物の使用貸借契約関係が存続することになる旨判示している。したがって、本肢は正しい。
- イ 判例（最判昭 52.9.19）は、共同相続人が全員の合意によって遺産分割前に遺産を構成する特定不動産を第三者に売却したときは、その不動産は遺産分割の対象から逸失し、各相続人は第三者に対し持分に応じた代金債権を取得し、これを個々に請求することができる旨判示している。よって、共同相続人が全員の合意によって遺産分割前に遺産である土地を第三者に売却した場合において、その売買に係る代金債権は、可分債権である。したがって、「その売買に係る代金債権は、不可分債権である」とする点で、本肢は誤っている。
- ウ 相続させる旨の遺言と登記の関係について、判例（最判平 14.6.10/百選Ⅲ〔75〕）は、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」趣旨の遺言は、特段の事情のない限り、何らの行為を要せずに、被相続人の死亡の時に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継されるから、「相続させる」趣旨の遺言による権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なるところはなく、法定相続分又は指定相続分の相続による不動産の権利の取得については登記なくしてその権利を第三者に対抗することができるから、「相続させる」趣旨の遺言によって不動産を取得した者は、遺言によって取得した不動産又は共有持分権を、登記なくして第三者に対抗することができる旨判示した。したがって、本肢は正しい。
- エ 相続開始後、認知によって相続人となった者が遺産の分割を請求しようとする場合において、他の相続人が既にその分割その他の処分をしたときは、価額のみによる支払の請求権を有する（910）。もっとも、判例（最判昭 54.3.23）は、被相続人である母に非嫡出子がいる場合において、母子関係は分娩の事実によって発生するから、母の死亡による遺産分割その他の処分後に非嫡出子の存在が明らかになった場合は、910条等を類推適用することはできず、再分割がなされる旨判示している。したがって、「その子は、他の共同相続人らに対し、価額のみによる支払の請求権を有する」とする点で、本肢は誤っている。
- オ 各相続人は、他の相続人に対して、売主と同じく、その相続分に応じて担保責任を負う（911）。よって、隠れた瑕疵がある建物を遺産分割により取得した相続人は、他の相続人に対し、瑕疵担保責任を追及することができる。したがって、「瑕疵担保責任を追及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、正しい肢はアとウであり、正解は2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) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19258