

司法試験

---

確認テスト 民法

解説

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 239066

LL23906



## 第1問（短答式・肢別正誤判定）

- 1 Aがその所有する不動産をBに売却する旨の契約が締結され、これに基づきAからBへの所有権移転登記がされた場合において、Aが詐欺を理由としてその意思表示を取り消したときには、その旨の登記をしなければ、その取消後にBからその不動産を買い受けたCに対抗することができないが、Aが強迫を理由としてその意思表示を取り消したときには、その旨の登記をしなくても、その取消後にBからその不動産を買い受けたCに対抗することができる。

✕ 詐欺・強迫による取消後に第三者が登場した場合における登記をめぐる問題について、判例（大判昭17.9.30）は、取消しをした者と第三者は対抗関係に立つとし、取消しをした者がその所有権を取消後の第三者に対抗するためには、登記を具備することを要する旨判示している。したがって、Aが詐欺・強迫を理由としてその意思表示を取り消したときには、登記を具備しない限り、取消後にBから不動産を買い受けたCに対抗することができないことになる。よって、登記をしなくても、その取消後にBからその不動産を買い受けたCに対抗できるとする点で、本肢は誤っている。

平成26年司・第2問、予・第1問 イ

- 2 Aは、その所有する甲土地についてBと仮装の売買契約を締結し、その旨の所有権移転登記をした。その後、Bがこの事情を知らないCに甲土地を売却した場合、BからCへの所有権移転登記がされていないときでも、Aは、Cに対し、AB間の売買契約の無効を主張することができない。

○ AとBは、甲土地について仮装の売買契約を締結しており、通謀に基づく虚偽表示にあたるため、かかる売買契約は原則として無効である（94Ⅰ）。もっとも、Cは、この事情を知らずに、仮装譲受人Bから甲土地を買い受けているので、94条2項の「善意の第三者」にあたる。そこで、Cは、所有権移転登記を具備しなくても、「第三者」として保護されるかが問題となる。この点、判例（最判昭44.5.27）は、94条2項の趣旨は外形を信頼した者の権利を保護し、取引の安全を図ることにあるため、仮装行為者自身が一般の取引における当事者に比して不利益を被るのは当然の結果といわなければならないとの理由から、仮装行為者が94条2項の「第三者」の登記の欠缺を主張して、物権変動の効果を否定することはできないとしている。したがって、Cは、甲土地の所有権移転登記を具備しなくても「第三者」として保護され、Aは、Cに対して、AB間の売買契約の無効を主張することができない（94Ⅱ）。よって、本肢は正しい。

平成27年司・第2問、予・第1問 1

3 代理権を有しない者がした契約を本人が追認する場合、その契約の効力は、別段の意思表示がない限り、追認をした時から将来に向かって生ずる。

✕ 追認は、別段の意思表示がないときは、契約の時にさかのぼってその効力を生ずる（116本文）。よって、その効力は、別段の意思表示がない限り、追認をした時から将来に向かって生ずるとする点で、本肢は誤っている。

平成24年司・第4問、予・第1問 エ

4 成年後見人は、やむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任することができない。

✕ 法定代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができる（105前段）。したがって、法定代理人である成年後見人は、やむを得ない事由がなくても、復代理人を選任することができる。よって、成年後見人は、やむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任することができないとする点で、本肢は誤っている。なお、やむを得ない事由があるときは、法定代理人は本人に対してその選任及び監督についての責任のみを負うにすぎない（105後段）。

平成28年司・第4問、予・第2問 ウ

5 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。

○ 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）。よって、本肢は正しい。

平成25年司・第4問、予・第2問 オ

6 無権代理行為の相手方は、本人に対して相当の期間を定めて、その期間内に追認するか否かを催告することができ、本人がその期間内に確答をしないときは、追認したものとみなされる。

✕ 無権代理があった場合において、相手方は、本人に対し、相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる(114前段)。この場合において、本人がその期間内に確答をしないときは、追認を拒絶したものとみなす(同後段)。よって、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。

平成23年司・第3問、予・第2問 イ

7 無権代理人が本人を他の相続人と共に共同相続した場合において、他の共同相続人の一人が追認を拒絶したときは、無権代理行為は有効にならない。

○ 判例(最判平5.1.21)は、無権代理人が本人を他の共同相続人とともに共同相続した場合、共同相続人が共同して追認しない限り、無権代理行為が有効となるものではない旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成26年司・第4問、予・第2問 オ

8 Aが所有する不動産についてBが占有を継続したことにより取得時効が完成しても、Bは、その登記をしなければ、その後Aからその不動産を取得したCに対しては、時効による権利の取得を対抗することができない。

○ 判例(最判昭33.8.28)は、時効による不動産の所有権の取得につき、登記なくしては、時効完成後当該不動産につき旧所有者から所有権を取得し登記を経た第三者に対して対抗し得ない旨判示している。したがって、Cは時効による物権変動の「第三者」(177)であるから、Bは、登記を具備しなければ、Cに対して時効による権利の取得を対抗できない。よって、本肢は正しい。

平成26年司・第5問、予・第3問 エ

9 不法行為に基づく損害賠償請求権は、不法行為の時から20年間行使しない場合、時効によって消滅する。

○ 不法行為による損害賠償の請求権は、不法行為の時から20年間行使しないときは、時効によって消滅する(724②)。よって、本肢は正しい。

令和2年司・第5問、予・第2問 ウ

- 10 時効期間が経過する前に、債務者が債権者の代理人に対し支払猶予の申入れをした場合、その債権の消滅時効は更新する。

◎ 支払猶予の申入れは、債務の「承認」(152 I)に当たる(大判昭4.5.20)。そして、「承認」は、時効により権利を失うべき者の代理人に対してなした場合にも有効である(大判大10.2.1)。そうすると、債務者から債権者の代理人に対する支払猶予の申入れは、「承認」に当たる。よって、本肢は正しい。

平成27年司・第6問、予・第3問 3

- 11 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。

✕ 判例(最判平11.10.21)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点で、本肢は誤っている。

平成28年司・第5問、予・第3問 イ

- 12 債務者が、消滅時効完成後に債権者に対して債務を分割して支払う旨の申出をした場合には、時効完成の事実を知らなかったときでも、その後その時効を援用することは許されない。

◎ 判例(最大判昭41.4.20)は「債務者が、自己の負担する債務について時効が完成したのちに、債権者に対し債務の承認をした以上、時効完成の事実を知らなかったときでも、爾後その債務についてその完成した消滅時効の援用をすることは許されない」旨判示している。その理由として、「時効の完成後、債務者が債務の承認をすることは、時効による債務消滅の主張と相容れない行為であり、相手方においても債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考えらるであろうから、その後においては債務者に時効の援用を認めないものと解するのが、信義則に照らし、相当であるからである。」としている。よって、本肢は正しい。

平成29年司・第6問、予・第3問 オ

- 13 A所有の甲土地上に権原なく乙建物を所有しているBがCに乙建物を売却し、CがBからの乙建物の所有権移転登記を経由した後、CがDに乙建物を売却した場合には、DがCからの乙建物の所有権移転登記を経由していないときであっても、Aは、Cに対し、乙建物の収去及び甲土地の明渡しを求めることができない。

✕ 物権的妨害排除請求権の相手方は、原則として、現に物権を妨害している者である。しかし、その例外として、判例（最判平6.2.8）は、他人の土地上に自らの意思に基づいて建物所有権取得の登記を経由していた建物所有者は、その建物を他に譲渡しても、登記名義を保有する限り、土地所有者に対して建物収去・土地明渡しの義務を免れない旨判示している。したがって、自らの意思で乙建物の所有権移転登記を経由し、現に登記名義を保有するCは、乙建物の所有権を失ったことを理由としてAの請求を拒むことはできない。よって、Aは、Cに対し、乙建物の収去及び甲土地の明渡しを求めることができないとする点で、本肢は誤っている。

平成28年司・第6問、予・第4問 2

- 14 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、A C間及びC D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。

○ 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）。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。

平成23年司・第8問、予・第3問 5

- 15 Aが、A所有の甲建物をBとCに二重に売却し、AからBへの所有権移転登記も、AからCへの所有権移転登記もされていない時に、Dが甲建物を勝手に占拠した場合、Bは、AからBへの所有権移転登記をするまでは、Dに対し、所有権に基づき甲建物の明渡しを請求することはできない。

✕ 判例（最判昭25.12.19）は、何らの権原なくして他人所有の家屋を不法占有する者は、「第三者」（177）に当たらないとしている。したがって、所有権者であるBは、登記なくして、不法占有者であるDに対し、所有権に基づき甲建物の明渡しを請求できる。よって、Dに対し、所有権に基づき甲建物の明渡し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。

平成26年予・第4問 イ

- 16 AからBCが共同相続した不動産について、Cが単独で相続した旨の不実の登記をし、Dに売却して所有権移転登記をした場合、Bは、Dに対し、登記をしなければ自己の持分の取得を対抗することができない。

✕ 判例は、相続財産に属する不動産につき、単独名義の所有権移転登記をした共同相続人及びこの者から単独所有権移転登記を受けた第三取得者に、他の共同相続人は、自己の持分を登記なくして対抗することができる旨判示する（最判昭38.2.22）。よって、Bは、Dに対し、登記をしなければ自己の持分の取得を対抗することができないとする点で、本肢は誤っている。

平成25年予・第5問 エ

- 17 Aがその占有する時計をBに売却した場合において、その売買契約の際に、以後AがBのために占有する意思を表示したが、当該時計の引渡しは現実に行われていないときは、Bは即時取得により当該時計の所有権を取得することができない。

○ 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35.2.11）は、従来の占有状態に一般外観上変更を来たさない占有改定の方法による占有の取得では足りないとしている。したがって、Bは占有改定により占有を取得した者にすぎないから、即時取得により当該時計の所有権を取得することができない。よって、本肢は正しい。

平成28年司・第9問 ウ

- 18 Aは、BがCから賃借していた宝石を盗み、Dに贈与した。Dが宝石をA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場合、Bは、宝石の盗難時から2年間は、Dに宝石の回復を請求することができる。

○ 即時取得の対象となる動産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）。同条の「被害者」とは、盗難又は遺失によって、自らの意思によらずその占有を失った者をいい、所有者に限られない（大判大10.7.8参照）。したがって、宝石の賃借人であるBも「被害者」に当たり、宝石の盗難時から2年間は、193条に基づき、Dに宝石の回復を請求することができる。よって、本肢は正しい。

令和2年司・第8問、予・第4問 オ



- 19 共有物の共有者の1人が他の共有者との協議を経ないで第三者に共有物を貸した場合、第三者によるその占有を承認しなかった他の共有者は、当該共有物を占有している第三者に対し、当然には当該共有物の引渡しを求めることができない。

◎ 判例（最判昭63.5.20）は、「共有者の一部の者から共有者の協議に基づかないで共有物を占有使用することを承認された第三者は、……現にする占有がこれを承認した共有者の持分に基づくものと認められる限度で共有物を占有使用する権原を有するので、第三者の占有使用を承認しなかった共有者は右第三者に対して当然には共有物の明渡しを請求することはできない」とする。よって、本肢は正しい。

平成23年予・第4問 オ

- 20 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。

◎ 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）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。よって、本肢は正しい。

平成27年予・第5問 3

- 21 AがBから甲建物を賃借し、Bに敷金を交付していた場合において、その賃貸借契約が終了したときは、Aは、敷金が返還されるまで甲建物を留置することができる。

✕ 賃貸人は、敷金（いかなる名目によるかを問わず、賃料債務その他の賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務を担保する目的で、賃借人が賃貸人に交付する金銭をいう。）を受け取っている場合において、賃貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けたとき（622の2 I ①）は、賃借人に対し、その受け取った敷金の額から賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務の額を控除した残額を返還しなければならない（622の2 I 柱書）。同号は、敷金返還請求権の発生時期についていわゆる明渡時説（最判昭48.2.2）を採用する規定であり、賃借物の返還が先履行となる。そして、「賃借人の家屋明渡債務が賃貸人の敷金返還債務に対し先履行の関係に立つと解すべき場合にあっては、賃借人は賃貸人に対し敷金返還請求権をもって家屋につき留置権を取得する余地はない」とされている（最判昭49.9.2）。よって、賃貸借契約が終了したときは、Aは、敷金が返還されるまで甲建物を留置することができるとする点で、本肢は誤っている。

平成29年司・第11問、予・第5問 ア

- 22 Aが所有する甲土地にBが所有する乙建物があるところ、甲土地にCのために第一順位の抵当権が設定された後、Bが甲土地の所有権を取得し、甲土地にDのために第二順位の抵当権を設定した場合において、Cの抵当権が弁済により消滅し、その後、Dの抵当権の実行によりEが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。

○ 本肢と同様の事案において、判例（最判昭47.11.2）は、「土地の抵当権設定当時、その地上に建物が存在しなかったときは、民法388条の規定の適用はないものと解すべきところ、土地に対する先順位抵当権の設定当時、その地上に建物がなく、後順位抵当権設定時には建物が建築されていた場合に、後順位抵当権者の申立により土地の競売がなされるときであっても、右土地は先順位抵当権設定当時の状態において競売されるべきものであるから、右建物のため法定地上権が成立するものではない」旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成30年司・第14問、予・第6問 ウ

- 23 抵当権の被担保債権について不履行があった場合であっても、抵当権の効力は、その後生じた抵当不動産の果実には及ばない。

× 抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後生じた抵当不動産の果実に及ぶ（371）。よって、抵当権の被担保債権について不履行があった場合であっても、抵当権の効力は、その後生じた抵当不動産の果実に及ばないとする点で、本肢は誤っている。

平成28年司・第14問、予・第7問 2

- 24 所有する土地に譲渡担保権を設定した債務者は、債務の弁済期が経過した後は、債権者が担保権の実行を完了する前であっても、債務の全額を弁済して目的物を受け戻すことはできない。

× 判例（最判昭62.2.12）は、「弁済期の経過後であっても、債権者が担保権の実行を完了するまでの間……は、債務者は、債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させ、目的不動産の所有権を回復すること〔注：受戻権〕」ができる旨判示している。よって、債務の弁済期が経過した後は、債権者が担保権の実行を完了する前であっても、債務の全額を弁済して目的物を受け戻すことはできないとする点で、本肢は誤っている。

令和2年司・第14問、予・第6問 ア

- 25 AがBに建物を賃貸し、BがAの承諾を得てCに同建物を転貸した場合において、A B間の賃貸借契約がBの債務不履行を理由とする解除により終了したときは、AがCに建物の返還を請求しても、Aが転貸借を承諾していた以上、B C間の転貸借契約におけるBのCに対する債務は履行不能とはならない。

✕ 改正前民法下において賃貸人の承諾ある転貸がされた場合において、原賃貸借契約が賃借人（転貸人）の債務不履行を理由とする解除により終了したときは、転貸借は、原則として、賃貸人が転借人に対して目的物の返還を請求した時に、転貸人の転借人に対する履行不能により終了するとした判例がある（最判平9.2.25）。なお、現行民法下では、賃貸人が原賃貸借契約を賃借人（転貸人）の債務不履行を理由に解除した上、転借人に対して目的物の返還を請求した時に、原則として、転貸借は、賃借物の全部が使用・収益することができなくなった場合に当たり、終了するものと解されている（616の2）。よって、B C間の転貸借契約におけるBのCに対する債務は履行不能とはならないとする点で、本肢は誤っている。

平成29年司・第16問、予・第7問 エ

- 26 判例によれば、離婚に伴う財産分与請求権は、審判によりその具体的内容が確定したときは、財産分与を受ける者の債権者が債権者代位の目的とすることができる。

○ 判例（最判昭55.7.11）は、離婚に伴う財産分与請求権は、「協議あるいは審判等によって具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容が不確定・不明確である」から、財産分与請求権を被保全債権として債権者代位権を行使することはできないとしている。そうすると、協議・審判等により財産分与請求権の具体的内容が確定したときは、これを被保全債権として債権者代位権を行使することができることになる。また、通説は、離婚に伴う財産分与請求権であっても、金銭債権として具体化したものについては、被代位権利として債権者代位権の行使の対象になるとしている。したがって、判例・通説によれば、離婚に伴う財産分与請求権は、審判によりその具体的内容が確定したときは、財産分与を受ける者の債権者が債権者代位の目的とすることができる。よって、本肢は正しい。

平成24年司・第19問、予・第8問 4

- 27 債権者が債務者に属する権利を行使するためには、被保全債権がその権利の発生の前の原因に基づいて生じたものでなければならない。

✕ 債権者代位権の被保全債権は、詐害行為取消権の場合（424Ⅲ参照）と異なり、債権者代位権を行使する時に存在していればよく（最判昭33.7.15参照）、被代位権利の発生の前の原因に基づいて生じたものである必要はない。よって、債権者が債務者に属する権利を行使するためには、被保全債権がその権利の発生の前の原因に基づいて生じたものでなければならないとする点で、本肢は誤っている。

令和3年司・第17問、予・第7問 ア

28 債務超過の状態にある者が離婚に伴う財産分与として配偶者に金銭の給付をする旨の合意は、その額が財産分与として不相当に過大で、財産分与に仮託された財産処分と認められる事情がある場合、不相当に過大な部分について、その限度において詐害行為として取り消すことができる。

- 財産権を目的としない行為は、詐害行為取消権の対象とはならない（424Ⅱ）。そのため、離婚に伴う財産分与（768）は、原則として詐害行為取消権の対象とならないのが原則である。しかし、判例（最判平12.3.9）は、「離婚に伴う財産分与は、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」があるときは、「不相当に過大な部分について、その限度において詐害行為として取り消される」旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成26年司・第17問、予・第7問 3

29 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。

- 判例（最判平10.6.12）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えないからである」旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成30年司・第17問、予・第7問 才

30 債権が二重に譲渡され、確定日付のある証書による通知が同時に債務者に到達したときは、譲受人の一人から弁済の請求を受けた債務者は、同順位の譲受人が他に存在することを理由として弁済の責任を免れることができる。

- ✕ 判例（最判昭55.1.11）は、「指名債権が二重に譲渡され、確定日付のある各譲渡通知が同時に第三債務者に到達したときは、各譲受人は、第三債務者に対しそれぞれの譲受債権についてその全額の弁済を請求することができ、譲受人の一人から弁済の請求を受けた第三債務者は、他の譲受人に対する弁済その他の債務消滅事由がない限り、単に同順位の譲受人が他に存在することを理由として弁済の責めを免れることはできない」旨判示している。よって、同順位の譲受人が他に存在することを理由として弁済の責任を免れることができるとする点で、本肢は誤っている。

平成29年司・第19問、予・第8問 才

- 31 譲渡制限の意思表示がされた債権の差押えがされた場合、当該債権の債務者は、差押債権者に対し、譲渡制限の意思表示がされたことを理由としてその債務の履行を拒むことはできない。

◎ 譲渡制限の意思表示がされた債権に対する強制執行をした差押債権者に対しては、債務者は、譲渡制限の意思表示がされたことを理由としてその債務の履行を拒むことができない（466の4Ⅰ、466Ⅲ）。私人間の契約により、差押禁止財産を作り出すことを認めるのは妥当でないからである。よって、本肢は正しい。

令和2年予・第9問 イ

- 32 債権が不法行為によって生じたときは、その債権者は、その債権を自働債権として相殺することができる。

◎ 悪意による不法行為に基づく損害賠償債務を負担する債務者による相殺（509①）と、この場合を除いた、人の生命又は身体の侵害による損害賠償債務を負担する債務者による相殺（509②）は禁止される（509柱書本文）。この規定は、不法行為の相手方の無資力のリスクを回避しつつ、不法行為の誘発防止や、被害者に現実の弁償によって損害の填補を受けさせるという趣旨の規定である。この規定によって禁止されるのは「債務者による相殺」、すなわち上記債権を受働債権とする相殺であって、債権者（被害者）が上記債権を自働債権として相殺することは可能である。よって、本肢は正しい。

平成27年司・第20問、予・第10問 エ

- 33 時効によって消滅した債権を自働債権とする相殺をするためには、消滅時効が援用された自働債権は、その消滅時効期間が経過する以前に受働債権と相殺適状にあったことを要する。

◎ 判例（最判平25.2.28）は、「当事者の相殺に対する期待を保護するという民法508条の趣旨に照らせば、同条が適用されるためには、消滅時効が援用された自働債権はその消滅時効期間が経過する以前に受働債権と相殺適状にあったことを要する」旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成29年予・第9問 ウ

34 車両同士の交通事故が双方の運転者の過失に基因して発生し、双方に物的損害のみが生じた場合、一方の運転者は、双方の損害賠償債権を対当額において相殺することができる。

✕ 判例（最判昭59.2.23）は、本肢と同様の事案において、「少なくともその相殺の効力に関する限りは、これを実質的に定期預金の期限前解約による払戻と同視することができ、またそうすることが相当であるから、右金融機関が、当該貸付等の契約締結にあたり、右第三者を預金者本人と認定するにつき、かかる場合に金融機関として負担すべき相当の注意義務を尽くしたと認められるときには、民法478条の規定を類推適用し、右第三者に対する貸金債権と担保に供された定期預金債権との相殺をもって真実の預金者に対抗することができる」旨判示している。よって、金融機関として負担すべき相当の注意義務を尽くしていたとしても、相殺することができないとする点で、本肢は誤っている。

平成30年司・第21問 オ

35 未成年者が行為能力の制限を理由に動産売買契約を取り消した場合、両当事者が互いに負う返還義務は、同時履行の関係にある。

○ 無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う（121の2 I）。ここにいう「無効な行為」には、取消しによって法律行為が無効となった場合も含まれる。そして、判例（最判昭28.6.16）は、未成年者の行為が取り消された場合について、「公平の観念上解除の場合と区別すべき理由がない」ことを理由に、契約解除による原状回復義務に関する546条に準じ、533条の準用がある旨判示している。よって、本肢は正しい。

令和元年司・第22問 エ

36 解除権が行使された場合の原状回復において、金銭以外の物を返還するときは、その物を受領した時以後に生じた果実をも返還する義務がある。

○ 契約が解除された場合、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う（原状回復義務、545 I 本文）。この場合において、金銭以外の物を返還するときは、その受領の時以後に生じた果実をも返還しなければならない（同III）。よって、本肢は正しい。

令和2年予・第10問 オ

37 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。

✕ 改正前民法下の判例（最判平13.11.27）は、数量指示売買において数量が超過する場合に、売主は、超過部分の代金を支払う旨の合意があれば別として、代金減額請求について規定した改正前民法565条の類推適用を根拠として、代金の増額を請求することはできないとしている。売買の担保責任の趣旨は、取引の安全を図る点にあるところ、売主に代金増額請求を認めることはかかる趣旨に反するからである。そして、この判例の趣旨は、改正民法下においても妥当すると考えられており、563条の類推適用を根拠として代金増額を請求することはできないと解されている。よって、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。

平成25年司・第24問、予・第11問 3

38 買主が売主に手付を交付した場合、売主が手付の倍額を償還して契約を解除するためには、口頭により手付の倍額を償還する旨を告げ、その受領を催告すれば足りる。

✕ 買主が売主に手付を交付したときは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を現実に提供して、契約の解除をすることができる（557 I 本文）。したがって、口頭により手付の倍額を償還する旨を告げ、その受領を催告すれば足りるとする点で、本肢は誤っている。

平成26年司・第23問、予・第10問 エ

39 賃借人が適法に賃借物を転貸し、その後、賃貸人が賃借人との間の賃貸借を合意により解除した場合、賃貸人は、その解除の当時、賃借人の債務不履行による解除権を有していたときであっても、その合意解除をもって転借人に対抗することはできない。

✕ 賃借人が適法に賃借物を転貸した場合には、賃貸人は、賃借人との間の賃貸借を合意解除したことをもって転借人に対抗することができない（613 III 本文）。ただし、合意解除の当時、賃貸人が賃借人の債務不履行による解除権を有していたときは、賃貸人は、転借人に対し、合意解除を対抗することができる（同 III ただし書）。よって、解除の当時、賃借人の債務不履行による解除権を有していたときであっても、その合意解除をもって転借人に対抗することはできないとする点で、本肢は誤っている。

令和2年司・第25問、予・第11問 エ

40 賃借人は、賃貸借の目的建物の保存のために必要な費用を支出した場合、賃貸借が終了する前であっても、直ちにその費用の償還を賃貸人に請求することができる。

- 賃借人は、賃借物について賃貸人の負担に属する必要費を支出したときは、賃貸人に対し、直ちにその償還を請求することができる（608 I）。判例（大判昭14.4.28）は、「直ちに」とは「費用を支出するのと同時に」という意味であり、契約が終了することを要しない旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成26年予・第11問 エ

41 仕事の目的物の契約内容の不適合が注文者の与えた指図によって生じたときは、請負人は、その指図が不相当であることを知りながら注文者に告げなかったときであっても、担保責任を負わない。

- ✕ 請負人が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡したとき（その引渡しを要しない場合にあっては、仕事が終了した時に仕事の目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないとき）は、注文者は、注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じた不適合を理由として、履行の追完の請求、報酬の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない（636本文）。ただし、請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない（同ただし書）。よって、請負人は、その指図が不相当であることを知りながら注文者に告げなかったときであっても、担保責任を負わないとする点で、本肢は誤っている。

令和元年司・第26問、予・第11問 ウ

42 受任者がその委任事務処理の必要上負担した債務を委任者に対し受任者に代わって弁済することを請求する権利については、委任者がこれを受働債権として相殺することはできない。

- 判例（最判昭47.12.22）は、委任契約は通常委任者のために締結され、委任者は受任者に対して何ら経済的負担をかけない義務を負うものであるから、委任者が代弁済請求権（650 II 前段）を受働債権として受任者に対して有する債権と相殺することは債務の性質上許されない旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成28年司・第26問、予・第12問 ウ

43 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。

- ✕ 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。

平成24年予・第12問 ア



44 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。

- ◎ 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(722Ⅱ)。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)。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。

平成26年司・第29問、予・第12問 4

45 使用者が被用者の加害行為につき使用者責任に基づいて第三者に損害賠償をした場合であっても、使用者の被用者に対する求償権は生じない。

- ✕ ある事業のために他人を使用する者(使用者)は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う(使用者責任、715Ⅰ本文)。そして、使用者責任の法的性質は代位責任(被用者が負担する責任を使用者が代わりに負担する責任)であると解されており、使用者が使用者責任に基づいて第三者に損害賠償をした場合、使用者は被用者に対して求償権を行使することができる(715Ⅲ)。よって、使用者の被用者に対する求償権は生じないとする点で、本肢は誤っている。

令和3年司・第29問、予・第12問 ウ

46 不法行為による生命侵害の場合、被害者が加害者に対して取得した慰謝料請求権は、被害者の相続人に相続される。

- ◎ 慰謝料請求権について相続されるか問題となった事案で、判例(最大判昭42.11.1)は、「財産以外の損害を被った場合には、……損害の発生と同時に……慰謝料請求権を取得し、右請求権を放棄したものと解しうる特別の事情がない限り、これを行行使することができ」とし、生前に請求の意思を表明しなくても当然に相続されるとしている。よって、本肢は正しい。

平成23年司・第30問、予・第12問 イ

47 判例によれば、内縁の夫婦の一方が死亡したときは、他の一方は、財産分与に関する民法の規定の類推適用により、遺産について財産分与を請求することができる。

- ✕ 判例（最決平12.3.10）は、「内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与に関する民法768条の規定を類推適用することはできない」とする。その理由として、判例は、民法は当事者の一方の死亡による解消の場合には相続により財産承継させることで処理しており、死亡による内縁解消のときに、相続の開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むものであり、法は予定していないとしている。よって、財産分与に関する民法の規定の類推適用により、遺産について財産分与を請求することができるとする点で、本肢は誤っている。

平成23年司・第31問、予・第14問 オ

48 15歳未満の者は、その者の法定代理人が本人に代わってする承諾又は家庭裁判所の許可があれば縁組をすることができる。

- ✕ 養子となる者が15歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、縁組の承諾をすることができる（代諾縁組、797 I）。また、未成年者を養子とするには、家庭裁判所の許可を得なければならない（798本文）。代諾縁組の場合であっても、未成年者を養子とする以上、家庭裁判所の許可が必要となる。よって、承諾又は家庭裁判所の許可があれば縁組をすることができるとする点で、本肢は誤っている。

平成24年司・第33問、予・第14問 イ

49 共同相続人であるAとBの間で遺産分割協議が成立した場合において、Aがその協議において負担した債務を履行しないときであっても、BはAの債務不履行を理由に遺産分割協議を解除することはできない。

- 判例（最判平元.2.9）は、「共同相続人間において遺産分割協議が成立した場合に、相続人の1人が他の相続人に対して右協議において負担した債務を履行しないときであっても、他の相続人は民法541条によって右遺産分割協議を解除することができない」旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成28年司・第33問、予・第15問 ア

50 代襲相続は、被代襲者が死亡した場合には認められるが、被代襲者が相続欠格又は推定相続人（相続が開始した場合に相続人となるべき者）の廃除によって相続資格を失った場合には認められない。

✕ 被代襲者が、①相続開始以前に死亡した場合、②相続欠格（891）、③廃除（892、893）により相続権を失った場合に、代襲相続が生じる（887Ⅱ本文）。よって、代襲相続は、被代襲者が相続欠格又は推定相続人（相続が開始した場合に相続人となるべき者）の廃除によって相続資格を失った場合には認められないとする点で、本肢は誤っている。

平成26年司・第33問 ア

## 第2問（記述式）

- 1 ①虚偽の外観の存在、②外観作出に対する本人の帰責性、③第三者の信頼を要件に、取引安全の観点から第三者を保護する考え方
- 2 瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人（120Ⅱ）  
追認することができる時（126）
- 3 利益相反行為にはあたらない  
∵利益相反行為に当たるかどうかについては、行為の外形に照らして定型的・外形的に判断すべきであり、当該代理行為をなすについての代理人の動機・意図をもって判定すべきでない（外形説、最判昭43.10.8）ところ、子の不動産を第三者の担保に供する行為は、定型的・外形的に子と親権者の利益相反は生じない（子と第三者の利益相反が生じることとどまる）
- 4 ①自らが援用権者として援用することはできない  
∵先順位抵当権の被担保債権の消滅に伴う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  
→時効により直接に利益を受ける者ではなく、「権利の消滅について正当な利益を有する者」（145かっこ書）にあたらぬ  
②債務者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にあるかぎり、その債権を保全するに必要な限度で、民法423条1項本文の規定により、債務者に代位して先順位抵当権者に対する債務の消滅時効を援用することが許される（最判昭43.9.26）
- 5 消滅時効の援用は許されない  
∵債務者が時効完成を知らずに債務の承認をした場合、その行為は時効利益の放棄とはならないが、信義則上（1Ⅱ）時効の援用は許されなくなる
- 6 土地の継続的な用益という外形的事実  
それ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（最判昭43.10.8）
- 7 当事者もしくはその包括承継人以外の者であって、不動産に関する物権の得喪・変更について登記の欠缺を主張する正当の利益を有する  
物権変動について登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められるような

事情がない（背信的悪意者ではない）

- 8 不特定物売買→特定が生じた時、他人物売買→他人物売主が所有権を取得した時、等
- 9 認められない（最判昭 49. 9. 2）
  - ∵ 賃借人の家屋明渡債務は貸貸人の敷金返還債務に対して先履行の関係に立つ
  - 被担保債権が未発生であり、賃借人が家屋について留置権を取得する余地はない
  - （敷金返還請求権の発生時期については、改正民法 622 条の 2 第 1 項 1 号で「貸貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けたとき」と明文化されている）
- 10 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
  - 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
  - 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
  - （最判平 17. 3. 10）
- 11 債務不履行がなければ債権者が置かれたであろう状態と、債務不履行があったために債権者が置かれている状態との差を金銭で評価したもの（差額説）
- 12 ある法律関係に基づいて、特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随的義務として、当事者の一方または双方が相手方に対して信義則上負う義務（最判昭 50. 2. 25 参照）
- 13 買主が目的物を受領することは債権者の権利であって義務ではないため、黙示の受領義務を定めた特約や信義則上の受領義務が認められない限り、買主が受領を拒否したことのみにては債務不履行とはならず、売主は契約を解除することはできない
- 14 賃貸人に対する目的不動産を自己に使用収益させることを求める請求権（601）を被保全権利として、賃貸人の不法占拠者に対する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使する（423 I）
- 15 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不相当に過大な部分の（最判平 12. 3. 9）

- 16 それぞれ全額を請求、譲受人の1人に債権全額を弁済、按分額の分配
- 17 法律上の利害関係、債務者の意思に反することを債権者が知らなかった
- 18 履行遅滞責任、同時履行の抗弁権、供託
- 19 複数の契約の目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、複数の契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合（最判平8.11.12）
- 20 ①605条の2Ⅳにより承継される、②622条の2Ⅰ①により承継されない
- 21 Cの所有権登記に先立ち、不動産賃借権の対抗要件として、①不動産賃借権の登記（605）、②借地の場合は借地上の建物の登記（借地借家10Ⅰ）、③借家の場合は建物の引渡し（同31）のいずれかを備えればよい
- 22 賃借人が適法に賃借物を転貸した場合には、賃貸人は、賃借人との間の賃貸借を合意により解除したことをもって転借人に対抗することができない（613Ⅲ本文）  
→この場合、賃借人は転貸借関係から離脱し、賃貸人は転貸借について転貸人の地位を承継する（605の2Ⅰ類推）
- 23 原則として、和解契約が成立した場合、その和解契約の直接の目的となった法律関係について錯誤が存したとしても、当事者はもはや錯誤取消しの主張をすることはできない（和解の確定効、696）が、当事者が和解の前提として争わなかった事実について錯誤があった場合、例外的に錯誤取消しの主張をすることができる場合がある（最判昭33.6.14参照）
- 24 法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、法定の監督義務者に準ずべき者として、同条1項が類推適用される余地がある（J R 東海事件、最判平28.3.1）
- 25 使用者は、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度においてのみ、被用者に対し求償権を行使できるととどまる（制限説、判例）



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) 2023 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL23906