

司法試験

民法 一斉テスト

解説

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 226660

LL22666

第1問（短答式・肢別正誤判定）

1 AのBに対する意思表示がAの錯誤を理由として取り消すことができるものである場合、Bも、Aの錯誤を理由としてAの意思表示を取り消すことができる。

× 錯誤、詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、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に限り、取り消すことができる（120Ⅱ）。本肢において、Bは、Aの意思表示の相手方であり、120条2項所定の取消権者に該当しないから、Aの錯誤を理由としてAの意思表示を取り消すことはできない。よって、Bも、Aの錯誤を理由としてAの意思表示を取り消すことができるとする点で、本肢は誤っている。

令和2年司・第3問、予・第1問

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」として保護されることが問題となる。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

3 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

4 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。

× 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（大連判昭 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。

平成 25 年司・第 4 問, 予・第 2 問

5 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。

× 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。

平成 25 年司・第 4 問, 予・第 2 問

6 無権代理行為の相手方は、表見代理の主張をしないで、無権代理人に対し履行又は損害賠償の請求をすることができるが、これに対し無権代理人は、表見代理の成立を主張してその責任を免れることができる。

× 判例（最判昭62.7.7/百選I [第8版] [34]）は、無権代理人は、表見代理の成立を理由に、相手方に対して自分が履行の責任を負わないと主張することはできないとする。表見代理は本来相手方保護のための制度であるから、無権代理人が表権代理の成立を主張して自己の責任を免れることは、制度本来の趣旨に反するからである。よって、表見代理の成立を主張して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23年司・第3問, 予・第2問

7 無権代理人が本人所有の土地に抵当権を設定したため、本人が抵当権設定登記の抹消登記請求訴訟を提起した後死亡し、無権代理人が本人を相続したとしても、無権代理行為は、有効とならない。

○ 本肢では、本人が抵当権設定登記の抹消登記請求訴訟を提起しているので、追認拒絶をしたといえる。判例（最判平10.7.17）は、本人の追認拒絶後に無権代理人が本人を相続したとしても、無権代理行為が有効になるものではなく、無権代理人が本人の追認拒絶の効果を主張することがそれ自体信義則（1Ⅱ）に反するとはいえないとする。したがって、当該無権代理行為は、有効となるわけではない。よって、本肢は正しい。

平成23年司・第3問, 予・第2問

8 10年の取得時効を援用して所有権の取得を主張する者は、占有を開始した時及びその時から10年を経過した時の2つの時点の占有を主張・立証すれば足り、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と物を占有したこと、占有の開始時に善意無過失であったことについて主張・立証する必要はない。

× 判例（最判昭46.11.11）は、占有開始時の無過失は推定されない旨判示しており、10年の短期取得時効（162Ⅱ）を主張する者は、①ある時点で占有していたこと、②①の時点から10年経過した時点で占有していたこと、③占有開始時に善意であることについて無過失であること（無過失の評価根拠事実）を主張しなければならない。よって、占有の開始時に無過失であったことについて主張・立証する必要はないとする点で、本肢は誤っている。

平成26年司・第5問, 予・第3問

9 債務不履行に基づく損害賠償請求権は、債権者が権利を行使することができることを知った時から5年間行使しない場合、時効によって消滅する。

- 債権は、債権者が権利を行使することができることを知った時から5年間行使しないときは、時効によって消滅する(166 I ①)。そして、166条1項1号は、債務不履行に基づく損害賠償請求権にも適用される。よって、本肢は正しい。

令和2年司・第5問, 予・第2問

10 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。

- 時効の援用権者は、「当事者(消滅時効にあつては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。)」(145)である。そして、抵当不動産の第三取得者は、「第三取得者」にあたり、「当事者」にあたるから、抵当権の被担保債権について、その消滅時効を援用することができる。よって、本肢は正しい。

平成28年司・第5問, 予・第3問

11 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。

- × 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(大判昭13.1.28参照)。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。

平成24年司・第11問, 予・第4問

12 A, B及びCが甲土地を持分3分の1ずつで共有している場合, Cは単独で, 甲土地を何の権原もなく占有するDに対して甲土地の明渡しを請求することができない。

× 第三者が共有物全部を無断で独占使用している場合, 各共有者は, 当該第三者に対して, 単独で共有物全部の返還を請求することができる(大判大 10.6.13)。その根拠については争いがあるが, 同判例(大判大 10.6.13)は, 上記の請求が共有物の保存行為(252 ただし書)に該当することを根拠としている(保存行為説)。したがって, 共有者であるCは単独で, 甲土地を何の権原もなく占有するDに対して甲土地の明渡しを請求することができる。よって, Cは単独で, 甲土地を何の権原もなく占有するDに対して甲土地の明渡し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。

令和3年司・第6問, 予・第3問

13 AがB所有の乙土地を占有し, 取得時効が完成した場合において, その取得時効が完成する前に, Cが乙土地をBから譲り受けると同時に乙土地の所有権移転登記をしたときは, Aは, Cに対し, 乙土地の所有権を時効取得したことを主張することができる。

○ 時効完成前の第三者は, 時効完成時においては目的不動産の所有者であり, 時効取得者にとっては当事者といえる。すなわち, 取得時効の完成によりAが所有権を取得し, 反射的にその所有権を失うのはBではなくCであり, 時効による物権変動はAC間に生じているから, AC間の関係は物権変動の「当事者」関係と同視できる。判例(最判昭 41.11.22)も, 「第三者のなした登記後に時効が完成した場合においては, その第三者に対しては, 登記を経由しなくても時効取得をもってこれに対抗することができる」旨判示している。よって, 本肢は正しい。

平成27年司・第7問, 予・第4問

14 Aは, 自己所有の宝石をBに売却して現実の引渡しをした。その後, Bは, 宝石をCに売却して現実の引渡しをした。さらに, その後, Aは, AB間の売買契約をBの強迫を理由として取り消した。この場合, Cは, 即時取得により宝石の所有権を取得することはない。

× 本肢において, Aは, AB間の売買契約をBの強迫(96I)を理由に取り消している。そして, 詐欺による取消しの場合と異なり, 強迫による取消しの場合には第三者保護規定がなく(96III反対解釈), Aは常に保護される結果, Cは, 宝石の所有権を取得することはないとも思える。もっとも, Bは, Aの取消しにより, 遡及的に無権利

者となる(121)。そして、瑕疵がある取引行為によって目的物を取得した者(B)から、さらにその目的物を譲り受けた転得者(C)については、即時取得の適用がありうる。本肢において、Cは、Bから宝石を買い受け、現実の引渡しを受けているから、Cが「善意であり、かつ、過失がない」(192)場合には、即時取得により宝石の所有権を取得することができる。よって、Cは、即時取得により宝石の所有権を取得することはないとする点で、本肢は誤っている。

令和2年司・第8問, 予・第4問

15 Aは、Bから動産甲を買い受け、占有改定の方法で引渡しを受けたが、その後、Bは、動産甲をCにも売却し、現実に引き渡した。この場合、Cは、BのAに対する動産甲の売却について善意無過失でなくても、動産甲の所有権取得をAに対抗することができる。

× 動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しが無ければ、第三者に対抗することができない(178)。本肢の場合、Aは占有改定により、Cよりも先に対抗要件を具備しているため、その後にCが現実の引渡しを受けたとしても、これをもってAに対抗できない。そして、Aが動産甲の所有権を取得し対抗要件を具備したことにより、Bは無権利となることから、動産甲のCによる即時取得(192)の可否が問題となるが、Cが動産甲を即時取得するためには、Cの善意無過失が要件となる。よって、Cが善意無過失でなくても、動産甲の所有権取得をAに対抗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10問, 予・第3問

16 AからB、BからCに建設機械が順次売却され、BがAに対して代金を支払っていない場合に、Cが提起した所有権に基づく建設機械の引渡請求訴訟においてAの留置権が認められるときは、Cの請求は棄却される。

× AB間の売買契約によって、Aは、本件建設機械について、Bに対する売買代金支払請求権を被担保債権とする留置権を取得している(295I)ところ、留置権は物権である以上、留置権成立後に本件建設機械を取得した第三者たるCに対しても、留置権を主張することができる(最判昭47.11.16/百選I[第8版][79])。また、判例(最判昭33.3.13)は、「裁判所は、物の引渡請求に対する留置権の抗弁を理由ありと認めるときは、その引渡請求を棄却することなく、その物に関して生じた債権の弁済と引換に物の引渡を命ずべきものと解するを相当とする」旨判示しており、留置権の抗弁が認められる場合でも、当該請求が棄却されるわけではない。よって、Cの請求は棄却される点で、本肢は誤っている。

平成29年司・第11問, 予・第5問

17 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、その後が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、その後が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、その後が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

18 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

19 留置権、先取特権、質権及び抵当権には、いずれも物上代位性が認められる。

× 先取特権、質権及び抵当権には物上代位性（304 I, 350, 372）が認められるが、留置権に物上代位性は認められない。留置権は、優先弁済の効力を有さず、物の交換価値を把握するものではないからである。よって、留置権には物上代位性が認められるとする点で、本肢は誤っている。

平成 28 年司・第 11 問, 予・第 6 問

20 建物が存する土地について抵当権が設定された場合において、その抵当権者と抵当権設定者との特約で、その土地上の建物にも抵当権の効力を及ぼすことができる旨の合意がされたときは、その土地の抵当権は、土地の上に存するその建物にも及ぶ。

× 370条本文は、「抵当権は、抵当地の上に存する建物を除き、その目的である不動産（以下「**抵当不動産**」という。）に付加して一体となっている物に及ぶ」として、土地が目的物の場合、抵当権の範囲から建物を除外している。そして、370条ただし書は「設定行為に別段の定めがある場合……は、この限りでない」としているが、「別段の定め」が認められている対象は、付合物や従物であり、土地上の建物ではない。したがって、特約により、土地について設定された抵当権の効力をその土地上の建物にも及ぼすことはできない。よって、土地の抵当権は、土地の上に存するその建物にも及ぶとする点で、本肢は誤っている。

平成24年司・第17問、予・第6問

21 債務者の権利を代位行使する債権者は、債務者の代理人としてではなく、自己の名で当該権利を行使するものであり、自己の財産におけるのと同一の注意をもって権利を行使すれば足りる。

× 債権者代位権は、債権者固有の権利であるので、代位債権者は、債務者の代理人としてではなく、自己の名で、債務者の権利を行使する（大判昭9.5.22等）。もっとも、代位債権者と債務者との間には、一種の法定委任関係が生じるので、債権者は善管注意義務を負う（644参照）。よって、代位債権者は、自己の財産におけるのと同一の注意をもって権利を行使すれば足りるとする点で、本肢は誤っている。

平成24年司・第19問、予・第8問

22 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

23 不動産の譲渡行為が詐害行為となる場合、詐害行為取消権を行使する債権者は、当該譲渡行為に基づき所有権移転登記を受けた譲受人に対して、直接自己に対する所有権移転登記を求めることができる。

× 判例（最判昭 53. 10. 5／百選Ⅱ [第8版] [16]）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值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、直接自己に対する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。

平成 23 年司・第 18 問、予・第 7 問

24 共同相続人間で成立した遺産分割協議は、詐害行為取消権の対象とならない。

× 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）。そして、判例（最判平 11. 6. 11／百選Ⅲ [第2版] [69]）は、「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解するのが相当である。ただし、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るということが出来る」旨判示している。よって、遺産分割協議は詐害行為取消権の対象とならないとする点で、本肢は誤っている。

平成 26 年司・第 17 問、予・第 7 問

25 譲渡制限の意思表示がされていることを知りながら債権を譲り受けた譲受人は、債務者が譲受人に対して任意に弁済をしようとしても、これを直接受けることができない。

× 譲渡制限の意思表示がなされた場合における債権譲渡も有効（466Ⅱ）であるから、当該債権を譲り受けた譲受人は、債務者から当該債務の弁済を有効に受けることができる。よって、譲受人は、債務者が譲受人に対して任意に弁済をしようとしても、これを直接受けることができないとする点で、本肢は誤っている。なお、466 条 3 項は、悪意又は重過失ある譲受人等に対して、債務者が履行の拒絶等を行うことができる旨規定しているが、この規定は、債務者が譲受人に対して任意に弁済することを妨げるものではない。譲渡制限の意思表示が債権者を固定するという債務者の利益のためになされるものである以上、その債務者が譲渡制限の意思表示の抗弁を放棄して当該債権譲渡を承認することも認めてよいからである。

令和 2 年予・第 9 問

26 弁済の時期について不確定期限があるときは、債務者は、その期限の到来した後に履行の請求を受けた時又はその期限の到来したことを知った時のいずれか早い時から遅滞の責任を負う。

- 債務の履行について不確定期限があるときは、債務者は、その期限の到来した後に履行の請求を受けた時又はその期限の到来したことを知った時のいずれか早い時から遅滞の責任を負う（412Ⅱ）。よって、本肢は正しい。

平成 30 年司・第 19 問、予・第 9 問

27 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

28 Aは、Bに対する債権をC及びDに二重に譲渡し、それぞれの譲渡につきBに対して確定日付のある証書で通知をしたが、その到達はCへの譲渡についてのものが先であった場合において、BがDに対してした弁済が効力を生ずるためには、Dを真の債権者であると信ずるにつき相当な理由があることを要する。

- 債権が二重譲渡された場合、譲受人相互間の優劣は、467 条 2 項に基づき、確定日付ある通知が債務者に到達した日時先後によって決すべきとされている（最判昭 49. 3. 7/百選Ⅱ [第 8 版] [29]）。そして、対抗要件を遅れて具備した劣後譲受人は受領権者としての外観を有する者（478）に当たる（最判昭 61. 4. 11/百選Ⅱ [第 8 版] [33]）。ここで、478 条に基づき劣後譲受人を真の債権者と信ずるにつき過失がないというためには、優先譲受人の債権譲受行為又は対抗要件に瑕疵があるためその効力を生じないと誤信してもやむを得ない事情があるなど、劣後譲受人を真の債権者であると信じるにつき相当な理由があることを要する（最判昭 61. 4. 11/百選Ⅱ [第 8 版]

[33])。したがって、Bが劣後譲受人Dに対してした弁済が効力を生ずるためには、Dを真の債権者であると信ずるにつき相当な理由があることを要する。よって、本肢は正しい。

平成 26 年司・第 21 問, 予・第 9 問

29 債権者は、債務者の承諾がなければ、その債務を免除することができない。

- × 債務の免除においては、債権者の一方的な意思表示のみによって、その効力が生ずる(519)。よって、債務者の承諾がなければ、その債務を免除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 年司・第 23 問, 予・第 9 問

30 双務契約の当事者の一方が、相手方に対して同時履行の抗弁権を行使することができるときでも、その相手方の債権について債権者代位権を行使する者に対しては、同時履行の抗弁権を行使することができない。

- × 債権者代位権の行使に対し、第三債務者は債務者自らが権利行使する場合に比べて不利な地位に置かれるべきではない。そのため、債権者が被代位権利を行使したときは、相手方は、債務者に対して主張することができる抗弁をもって、債権者に対抗することができる(423の4)。したがって、同時履行の抗弁権を行使することもできる。よって、同時履行の抗弁権を行使することができないとする点で、本肢は誤っている。

平成 23 年司・第 12 問, 予・第 5 問

31 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。

- × 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。

平成 29 年司・第 24 問, 予・第 10 問

32 債務の一部の履行が不能である場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないときは、債権者は、催告をすることなく、直ちに契約の全部の解除をすることができる。

- 債務の一部の履行が不能である場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないときは、債権者は、541条の催告をすることなく、直ちに契約の全部の解除をすることができる(542 I ③)。この場合に催告を求めても無意味であり、契約の残存する部分のみを残しても契約を維持する利益・期待は失われているからである。よって、本肢は正しい。

令和2年予・第10問

33 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

34 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

35 対抗力のある賃借権を有する賃借人は、賃貸人の承諾を得ずに賃借権を第三者に譲渡し、又は賃借物を第三者に転貸することができる。

- × 612条1項は、賃借人は、賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転貸することができない旨規定している。同条の適用に関し、対抗力のある賃借権を例外とする旨の規定は存在しない。したがって、対抗力のある賃借権を有

する賃借人であっても、その賃借権を譲渡し、又は賃借物を転貸するためには賃貸人の承諾を得る必要がある。よって、賃貸人の承諾を得ずに賃借権を第三者に譲渡し、又は賃借物を第三者に転貸することができるとする点で、本肢は誤っている。

平成 30 年予・第 11 問

36 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（613Ⅲ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

37 建物所有を目的とする土地賃貸借の賃借人が、当該土地上に建物を建築し、土地の賃貸人の承諾なくして当該建物を第三者に賃貸し、使用収益させることは、土地の無断転貸に該当する。

× 土地の賃借人が借地上に築造した建物を第三者に賃貸することは建物の使用収益であって、賃借地を第三者に転貸したとはいえない（大判昭 8.12.11）。よって、土地賃借人が、その土地上の建物を第三者に賃貸し、使用収益させることは、土地の無断転貸に該当するとする点で、本肢は誤っている。

平成 24 年司・第 26 問、予・第 10 問

38 委任者が死亡した場合でも、委任者の相続人がこれを受任者に通知せず、かつ、受任者が委任者の死亡を知らなかったときは、委任者の相続人は、委任者の死亡による委任の終了を受任者に対抗することができない。

○ 委任の終了事由は、これを相手方に通知したとき、又は相手方がこれを知っていたときでなければ、これをもってその相手方に対抗することができない（655）。そのた

め、委任者の死亡という終了事由（653①）についても、受任者に通知せず、かつ、受任者が委任者の死亡を知らなかったときは、委任者の相続人は、委任者の死亡による委任の終了を受任者に対抗することができず、受任者が委任者の死亡後に行った委任事務は、有効な委任契約上の事務処理として扱われることになる。よって、本肢は正しい。

平成 25 年司・第 26 問， 予・第 12 問

39 事務管理の管理者は、本人が現に管理に着手するまで、事務管理を継続しなければならない。

× 管理者は、本人又はその相続人若しくは法定代理人が管理をすることができるに至るまで、事務管理を継続しなければならない（700 本文）。同条からすると、管理者は、本人等が管理をすることができるに至るまで事務管理を続ければ足り、本人等が現に管理に着手するまで、事務管理を継続することまでは必要ない。よって、本人が現に管理に着手するまで、事務管理を継続しなければならないとする点で、本肢は誤っている。

平成 30 年予・第 12 問

40 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（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 [第 8 版] [105]）。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

41 未成年者が他人に損害を加えた場合、その未成年者の親権者が損害賠償責任を負うことはあっても、未成年者が損害賠償責任を負うことはない。

× 未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の行為の責任を弁識するに足りる知能（責任能力）を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わない（712）。

したがって、たとえ他人に損害を加えた者が未成年者であっても、その未成年者が責任能力を備えている場合には、その行為について損害賠償責任を負う。よって、未成年者が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。

なお、他人に損害を加えた未成年者が責任能力を欠く場合には、その監督義務者（親権者など）が原則として損害賠償責任を負う（714）が、当該未成年者が責任能力を備えている場合であっても、監督義務者の義務違反と当該未成年者の不法行為によって生じた結果との間に相当因果関係を認めうるときは、監督義務者について 709 条の不法行為が成立する（最判昭 49.3.22/百選Ⅱ [第7版][89]）。

令和3年司・第29問、予・第12問

42 人の生命又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権は、時効によって消滅しない。

× 人の生命又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権は、①被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から5年間行使しないとき（724の2・724①）、又は②不法行為の時から20年間行使しないとき（724②）には、時効によって消滅する（724柱書）。よって、人の生命又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権は、時効によって消滅しないとする点で、本肢は誤っている。

令和3年司・第29問、予・第12問

43 被害者に対する加害行為と加害行為前から存在した被害者の疾患とが共に原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、過失相殺の規定を類推適用して、被害者の疾患を考慮することができる。

○ 判例（最判平 4.6.25）は、「被害者に対する加害行為と被害者のり患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、裁判所は、損害

賠償の額を定めるに当たり、民法 722 条 2 項の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の当該疾患をしんしゃくすることができる」としている。その理由として、「被害者に生じた損害の全部を加害者に賠償させるのは、損害の公平な分担を図る損害賠償法の理念に反する」ことを挙げている。よって、本肢は正しい。

令和元年司・第 29 問, 予・第 12 問

44 婚姻が離婚により終了した場合には、配偶者の財産分与請求権が認められ、また、婚姻が夫婦の一方の死亡により終了した場合には、生存配偶者の相続権が認められるが、判例によれば、配偶者について認められるこれらの権利は、内縁関係にある者についても類推して認められる。

× 判例（最決平 12.3.10/百選Ⅲ [第 2 版] [25]）は、離別による内縁関係解消の場合における財産分与請求権（768）の類推適用を認めている。他方、内縁配偶者には、相続権が認められない。よって、生存配偶者の相続権が、内縁関係にある者についても類推して認められるとする点で、本肢は誤っている。

平成 27 年司・第 29 問, 予・第 14 問

45 協議上の離婚は戸籍法の定めるところにより届け出ることによって効力を生じ、判決による離婚は離婚請求を認容する判決が確定した時に効力を生ずる。

○ 協議上の離婚の効力は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって効力が生じる（764, 739 I）。これに対して、判決による離婚の効力は認容判決が確定した時点で発生する。よって、本肢は正しい。

平成 23 年司・第 31 問, 予・第 14 問

46 父は、死亡した子でも、その直系卑属があるときに限り、認知することができるが、その直系卑属が成年者であるときは、その承諾を得なければならない。

○ 父又は母は、死亡した子でも、その直系卑属があるときに限り、認知することができる（783 II 前段）。子が死亡した後は、存在を確認すべき父子関係が消滅しており、確認する実益がないから、もはや認知をすることができないのが原則であるが、死亡した子に直系卑属があるときは、直系血族関係の存続を認めるため、例外的に認知することができる。もっとも、その直系卑属が成年者であるときは、その承諾を得なければならない（783 II 後段）。よって、本肢は正しい。

平成 25 年司・第 32 問, 予・第 14 問

47 特別養子縁組に係る養子は、未成年である間は養親の親権に服するが、実方の父母の相続人としての地位を失わない。

× 成年に達しない子は、父母の親権に服する（818Ⅰ）。そして、普通養子縁組か特別養子縁組かを問わず、養子は養親の親権に服する（同Ⅱ）から、特別養子縁組に係る養子は、未成年である間は養親の親権に服する。したがって、本肢前段は正しい。他方、養子と実方の父母及びその血族との親族関係は、特別養子縁組によって終了する（817の9本文）から、特別養子縁組に係る養子は、実方の父母の相続人としての地位を失う。したがって、実方の父母の相続人としての地位を失わないとする点で、本肢後段は誤っている。よって、本肢は誤っている。

平成 24 年司・第 34 問

48 判例によれば、共同相続が生じたとき、相続財産を構成する金銭は、相続開始と同時に各自の相続分に従い当然に分割され、遺産分割の対象とならない。

× 判例（最判平 4. 4. 10／百選Ⅲ [第 2 版] [63]）によれば、共同相続が生じたときに相続財産を構成する金銭は相続開始と同時に当然には分割されずに遺産分割の対象となるとしている。よって、当然に分割され、遺産分割の対象とならないとする点で、本肢は誤っている。

平成 23 年司・第 34 問， 予・第 15 問

49 受遺者が遺言者より先に死亡した場合は、遺言者が遺言において別段の意思を表示していない限り、受遺者の相続人が遺贈を受ける権利を相続する。

× 遺贈は、遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したときは、その効力を生じない（994Ⅰ）。同項は、遺言における遺言者の別段の意思表示の有無を問題としていない。よって、遺言者が遺言において別段の意思を表示していない限り、受遺者の相続人が遺贈を受ける権利を相続するとしている点で、本肢は誤っている。なお、停止条件付きの遺贈について、受遺者がその条件の成就前に死亡した場合には、上記の例外が設けられている（994Ⅱただし書参照）。

平成 27 年司・第 33 問， 予・第 15 問

50 被相続人の兄弟姉妹は、被相続人の相続において遺留分を有しない。

- 兄弟姉妹以外の相続人は、遺留分として、1042 条 1 項各号に掲げる区分に応じて、それぞれ当該各号に定める割合に相当する額を受ける（1042 I 柱書）。すなわち、被相続人の兄弟姉妹は遺留分を有しない。よって、本肢は正しい。

平成 23 年司・第 36 問

第 2 問（記述式）

- 1 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（120 II）
債権保全の必要があり、かつ、表意者が錯誤を認めている
債権者代位権（423 I 本文）（最判昭 45. 3. 26 参照）
- 2 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）
- 3 私法上の行為と密接に関連するもの（私法上の契約による義務の履行のためにされるなど、その行為が特定の私法上の取引行為の一環としてされるもの）（最判昭 46. 6. 3）
- 4 相手方が、代理人の行為が当該夫婦の日常家事に関するものだと信ずるにつき正当な理由がある（最判昭 44. 12. 18）
- 5 その事実的支配が外形的客観的に見て独自の所有の意思に基づくものと解される（最判平 8. 11. 12）
- 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 占有開始時において、本権がないにもかかわらず、それがあると信じて疑わない（＝誤信する）こと
- 8 ①建物の引渡しを拒みつつ土地の明渡しを行うことは不可能である
②代金支払まで土地明渡しを拒めないとすると建物取り壊しによる不経済の防止や借地人保護を図った建物買取請求権の趣旨を全うできない

- 9 370条説, 87条2項(処分=実行)説に立つと抵当権の効力は及ぶ一方, 87条2項(処分=設定)説に立つと抵当権の効力は及ばない(いずれの見解でも採用する理由が示されていれば可)
- 10 抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような
その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める
所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権(最大判平 11. 11. 24)
- 11 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)
- 12 債務者が被担保債権の履行を遅滞したときに担保権を実行する(目的物件を処分することができる効力(最判昭 57. 9. 28 参照))
- 13 売主が4月1日時点において, 当該不動産の価格が異常に高騰中であり, 買主が5月1日に他に転売する予定があったという事情を予見すべきであったとの事実
- 14 無限調達, 善管注意(400), 自己の財産に対するのと同一の注意(413 I)
- 15 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)
- 16 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)
- 17 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

- 18 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認められる場合（最判平 8. 11. 12）
- 19 ①605 条の 2 IVにより承継される、②622 条の 2 I ①により承継されない
- 20 賃借人が無断譲渡・転貸をした場合においても、賃借人の当該行為が貸貸人に対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情がある場合においては、例外的に無断譲渡・転貸を理由とする解除権は発生しないとの法理（最判昭 28. 9. 25）
- 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 10 I）、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 乙建物の譲渡に伴い甲土地の賃借権も従たる権利として当然にCに譲渡されることになるため（87 II類推）、甲土地の賃借権の譲渡につきAが承諾を与えれば（612 I）、Cはその賃借権をAに主張することができる
- 23 下請契約は、元請契約の存在及び内容を前提とし、元請人の債務を履行することを目的とするものであり、下請負人は、注文者との関係では元請負人の履行補助者的立場に立つことから、元請負人と注文者間の特約に拘束される（最判平 5. 10. 19）
- 24 給付者の返還請求権が否定される反射的效果として、目的物の所有権は給付者の手を離れて受領者に帰属する（最大判昭 45. 10. 21）
- 25 使用者と被用者との間に実質的な指揮・監督関係があればよい（最判昭 42. 11. 9）

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) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL22666