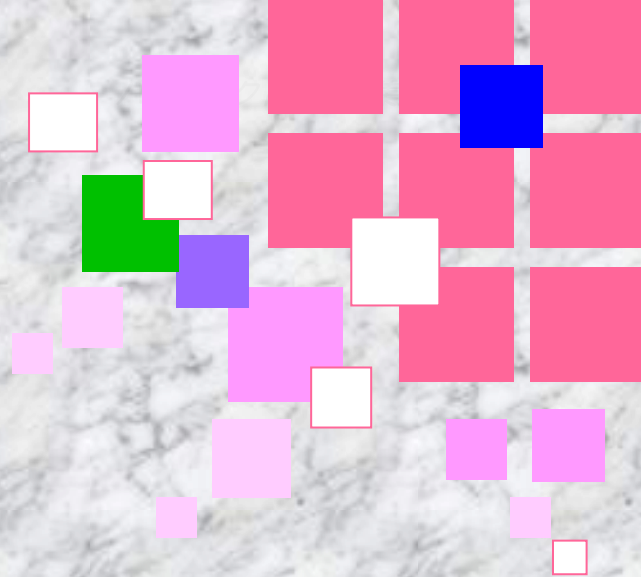


Readers ⇒ Leaders



2017  
リーダーズ式  
基本書フレームワーク講座

再受験生のための必勝パターン攻略講義☆民法 問題



## 問題

行政書士試験 平成 13 年

問題 1 次の事例で、文中の空欄に入る甲の民法上の権利を、解答欄にそれぞれ漢字 10 字以内で記入しなさい。

産業廃棄物の排出事業者が産業廃棄物の処理業者にテレビやパソコンなどの電気機器の廃棄処分を委託した。排出事業者は適法に処分されているものと思っていたところ、処理業者は甲所有の山林に不法に投棄していた。この場合、甲は排出事業者に原状回復のため、を行使することが考えられ、処理業者には投棄した廃棄物の除去に代えてを行使することも考えられる。

解説

物権・債権パターン①

【空欄A】

物	権	的	妨	害	排	除	請	求	権					
---	---	---	---	---	---	---	---	---	---	--	--	--	--	--

【空欄B】

損	害	賠	償	請	求	権								
---	---	---	---	---	---	---	--	--	--	--	--	--	--	--

【解説】

A について

まず、甲とすれば、排出事業者に対しては、自己の所有している山林に、不法に投棄されているテレビやパソコンの除去を求めることが考えられる。そこで、甲が、排出事業者に対して原状回復のために行使する権利として、所有権に基づく物権的請求権としての妨害排除請求権が考えられる。

物権的請求権とは、物の円満な支配が害された場合、その侵害の除去を求めることができる権利をいう。民法には、物権的請求権についての明文の規定はないが、物権の絶対的・排他的な権利の性質から当然認められると解されている。

B について

次に、甲とすれば、処理業者に対しては、金銭的賠償を求めることが考えられる。本問では、甲と処理業者との間に契約関係はない。そこで、甲が、処理業者に投棄した廃棄物の除去に代えて行使する権利として、不法行為に基づく損害賠償請求（民法709条）が考えられる。

## 問題

## 行政書士試験 平成 25 年

問題 2 Aが自己所有の事務機器甲（以下、「甲」という。）をBに売却する旨の売買契約（以下、「本件売買契約」という。）が締結されたが、BはAに対して売買代金を支払わないうちに甲をCに転売してしまった。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定および判例に照らし、妥当なものはどれか。

- 1 Aが甲をすでにBに引き渡しており、さらにBがこれをCに引き渡した場合であっても、Aは、Bから売買代金の支払いを受けていないときは、甲につき先取特権を行使することができる。
- 2 Aが甲をまだBに引き渡していない場合において、CがAに対して所有権に基づいてその引渡しを求めたとき、Aは、Bから売買代金の支払いを受けていないときは、同時履行の抗弁権を行使してこれを拒むことができる。
- 3 本件売買契約において所有権留保特約が存在し、AがBから売買代金の支払いを受けていない場合であったとしても、それらのことは、Cが甲の所有権を承継取得することを何ら妨げるものではない。
- 4 Aが甲をまだBに引き渡していない場合において、CがAに対して所有権に基づいてその引渡しを求めたとき、Aは、Bから売買代金の支払いを受けていないときは、留置権を行使してこれを拒むことができる。
- 5 Aが甲をまだBに引き渡していない場合において、Bが売買代金を支払わないことを理由にAが本件売買契約を解除（債務不履行解除）したとしても、Aは、Cからの所有権に基づく甲の引渡請求を拒むことはできない。

## 解説

## 物権・債権パターン②

正解 4

次のとおり、妥当なものは肢4であるから、正解は4となる。

## 1 妥当でない

先取特権は、債務者がその目的である動産をその第三取得者に引き渡した後は、その動産について行使することができない（333条）。本問では、Bが事務機器甲をCに引き渡しているため、Aは、事務機器甲について先取特権を行使することができない。

## 2 妥当でない

双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる（533条本文）。同時履行の抗弁権は、双務契約の当事者に認められる。本問では、AB間に双務契約である売買契約があるが、AC間には双務契約はないため、Aは、Cからの所有権に基づく甲の引渡請求に対して、同時履行の抗弁権を行使してこれを拒むことができない。

## 3 妥当でない

売買契約において所有権留保特約が存在している場合、売主は、留保している所有権を第三者に対して主張することができるため、目的物が転売された場合でも、その留保した所有権に基づいて第三者から目的物を取り戻すことができる（最判昭49.7.18）。

## 4 妥当である

他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有するときは、その債権の弁済を受けるまで、その物を留置することができる（295条1項本文）。留置権は、物権であるから、同時履行の抗弁権とは異なり、すべての人に主張することができる。したがって、Aは、Cからの所有権に基づく甲の引渡請求に対して、留置権を行使してこれを拒むことができる。

## 5 妥当でない

当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。ただし、第三者の権利を害することはできない（545条1項）。「第三者」とは、解除された契約から生じた法律関係を基礎として、解除前に、新たな権利を取得した者をいう（大判明42.5.14）。第三者として保護されるためには、善意・悪意は問わないが、動産の場合、対抗要件としての引渡しが必要である。本問では、Cは、対抗要件としての引渡しを受けていないため、Aは、Cからの所有権に基づく甲の引渡請求を拒むことができる。

## 問題

## 行政書士試験 平成 23 年 記述式

問題 3 作家 Y に雇用されている秘書 A は、Y 名義で 5 万円以下の Y の日用品を購入する権限しか付与されていなかったが、Y に無断で X から Y のために 50 万円相当の事務機器を購入した。しかし、X は、A に事務機器を購入する権限があるものとして取引をし、Y に代金の支払いを請求したところ、Y はその支払いを拒絶した。このような Y の支払い拒絶を不当と考えた X は、Y に対して、支払いの請求、およびそれに代わる請求について検討した。この場合において、X は、どのような根拠に基づき、いかなる請求をすればよいか。「X は、Y に対して、」に続けて、考えられる請求内容を二つ、40 字程度で記述しなさい。

解説

契約・契約以外パターン①

【解答例】

表	見	代	理	の	成	立	を	理	由	に	代	金	支	払
請	求	か	、	使	用	者	責	任	に	基	づ	き	損	害
賠	償	請	求	を	す	る	。							

【条文】

民法110条（権限外の行為の表見代理）

前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

民法715条（使用者等の責任）

- 1 ある事業のために他人を使用する者は、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。ただし、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、又は相当の注意をしても損害が生ずべきでなかったときは、この限りでない。
- 2 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。
- 3 前2項の規定は、使用者又は監督者から被用者に対する求償権の行使を妨げない。



## 問題

## 司法書士試験 平成 22 年

問題 4 Aが開設する病院で勤務医Bの診療上の過失により患者Cが死亡したという事例において、唯一の相続人であるCの子Dが診療契約上の債務の不履行に基づく損害賠償を請求する場合と不法行為に基づく損害賠償を請求する場合との差異に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。

ア Dは、勤務医Bに対して、不法行為に基づく損害賠償を請求することはできるが、債務不履行に基づく損害賠償を請求することはできない。

イ 債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の期間は、権利を行使することができる時から3年であるが、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効の期間は、損害及び加害者を知った時から3年である。

ウ 債務不履行に基づく損害賠償請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権は、いずれも期限の定めのない債務であるから、債務者は、Dが履行の請求をした時から遅滞の責任を負う。

エ Dは、不法行為に基づく損害賠償の請求においては自己の固有の慰謝料も請求することができるが、債務不履行に基づく損害賠償の請求においては自己の固有の慰謝料を請求することはできない。

オ DがAに対して損害賠償を請求する場合において、AがDに対して診療諸費用の債権を有しているときは、Aは、債務不履行に基づく損害賠償請求に対しても、不法行為に基づく損害賠償請求に対しても、当該債権をもって相殺をすることができる。

1 アウ 2 アエ 3 イウ 4 イオ 5 エオ

解説

契約・契約以外パターン②

正解 2

次のとおり、正しいものはア・エであるから、正解は2となる。

ア 正しい

本問において、CとAの使用人であるBとの間には、契約関係がないため、Cの相続人であるDは、Bに対して、債務不履行に基づく損害賠償請求をすることはできない。

イ 誤り

債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の期間は、履行の権利を行使することができる時から10年である（166条1項、167条1項）。これに対して、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効の期間は、被害者またはその法定代理人が、損害及び加害者を知った時から3年である（724条前段）。

ウ 誤り

債務不履行に基づく損害賠償請求は、債務者が履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負う（412条3項）。これに対して、不法行為に基づく損害賠償請求は、債務者は、不法行為の時から遅滞の責任を負う（最判昭37.9.4）。

エ 正しい

他人の生命を侵害した者は、被害者の父母、配偶者及び子に対しては、その財産権が侵害されなかった場合においても、損害の賠償をしなければならない（711条）。したがって、不法行為に基づく損害賠償の請求においては、自己の固有の慰謝料も請求することができる。これに対して、債務不履行に基づく損害賠償の請求においては、自己の固有の慰謝料を請求することはできない。

オ 誤り

債務が不法行為によって生じたときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない（509条）。

## 問題

## 行政書士試験 平成 20 年

問題 5 A・Bが不動産取引を行ったところ、その後に、Cがこの不動産についてBと新たな取引関係に入った。この場合のCの立場に関する次の記述のうち、判例に照らし、妥当でないものはどれか。

- 1 AからBに不動産の売却が行われ、BはこれをさらにCに転売したところ、AがBの詐欺を理由に売買契約を取り消した場合に、Cは善意であれば登記を備えなくても保護される。
- 2 AからBに不動産の売却が行われた後に、AがBの詐欺を理由に売買契約を取り消したにもかかわらず、Bがこの不動産をCに転売してしまった場合に、Cは善意であっても登記を備えなければ保護されない。
- 3 AからBに不動産の売却が行われ、BはこれをさらにCに転売したところ、Bに代金不払いが生じたため、AはBに対し相当の期間を定めて履行を催告したうえで、その売買契約を解除した場合に、Cは善意であれば登記を備えなくても保護される。
- 4 AからBに不動産の売却が行われたが、Bに代金不払いが生じたため、AはBに対し相当の期間を定めて履行を催告したうえで、その売買契約を解除した場合に、Bから解除後にその不動産を買い受けたCは、善意であっても登記を備えなければ保護されない。
- 5 AからBに不動産の売却が行われ、BはこれをさらにCに転売したところ、A・Bの取引がA・Bにより合意解除された場合に、Cは善意であっても登記を備えなければ保護されない。

解説

第三者保護パターン①

正解 3

次のとおり、妥当でないものは肢3であるから、正解は3となる。

1 妥当である

取消前に登場した善意の第三者は、96条3項によって保護される。取消前に登場した第三者が保護されるためには、登記は不要である（最判昭49.9.26）。したがって、Cは善意であれば登記を備えなくても保護される。

2 妥当である

取消後に登場した第三者は、取消しをした者とは対抗関係にあるため、登記を備えていなければ保護されない（177条 大判昭17.9.30）。したがって、第三者Cは、善意であっても登記を備えなければ保護されない。

3 妥当でない

解除前に登場した第三者は、545条1項ただし書によって保護される。この場合、Cの善意悪意は問わない。もっとも、解除前に登場した第三者には、権利保護要件としての登記（判例は、対抗要件としての登記）が必要となる（大判大10.5.17）。したがって、第三者Cは、善意であっても登記を備えなければ保護されない。

4 妥当である

解除後に登場した第三者は、解除をした者とは対抗関係にあるため、登記を備えていなければ保護されない（177条 最判昭35.11.29）。したがって、第三者Cは、善意であっても登記を備えなければ保護されない。

5 妥当である

合意解除前に登場した第三者は、545条1項ただし書の場合と同様に、登記を備えていなければ保護されない（最判昭33.6.14）。したがって、第三者Cは、善意であっても登記を備えなければ保護されない。

## 問題

## 行政書士試験 平成 17 年

問題 6 次のア～オのうち、Aの所有するそれぞれの物について、Bが即時取得（民法 192 条）によりその所有権を取得できる可能性がある場合は、いくつあるか。

ア Aがその所有する建物をCに賃貸していたところ、Cがその建物を自己の所有する建物としてBに売却した場合

イ Aの所有する山林に生育する立木について、Bがその山林および立木を自己の所有するものであると誤信して、その立木を伐採した場合

ウ 成年被後見人Aは、その所有するパソコンをBに売却したが、Bは、Aが成年被後見人である事実について善意・無過失であった場合

エ Aの所有する自転車をCが借りた後に駅前駐輪場に停めていたところ、Bがその自転車を自己の自転車と誤信して、その自転車の使用を継続した場合

オ Aの所有する宝石をCが盗み出し、CがこれをBに売却したが、Bは、その宝石が盗品である事実について善意・無過失であった場合

- 1 一つ
- 2 二つ
- 3 三つ
- 4 四つ
- 5 五つ

解説

第三者保護パターン②

正解 1

次のとおり、所有権を取得する可能性があるものはオのみであるから、正解は1となる。

ア 可能性がない

即時取得が成立するためには、目的物が、動産であることが必要である。本問では、目的物が建物（不動産）であるため、即時取得は成立しない。

イ 可能性がない

即時取得が成立するためには、有効な取引行為があることが必要である。本問では、立木を伐採しているだけであり、有効な取引行為がないため、即時取得は成立しない。

ウ 可能性がない

即時取得が成立するためには、有効な取引行為があることが必要である。本問では、前主が制限行為能力者である成年被後見人であるため、有効な取引行為があったとはいえないため、即時取得は成立しない。

エ 可能性がない

即時取得が成立するためには、有効な取引行為があることが必要である。本問では、Bがその自転車を自己の自転車と誤信して、その自転車の使用を継続しているだけであり、有効な取引関係がないため、即時取得は成立しない。

オ 可能性がある

即時取得が成立するためには、①動産であること、②有効な取引行為があること、③前主が無権利者であり、動産を占有していたこと、④前主が無権利であることにつき、平穩・公然・善意無過失であること、⑤占有を始めたことが必要となる。本問では、すべての要件をみたすため、即時取得が成立する。

## 問題

## 行政書士試験 平成 20 年

問題 7 Aは、自己所有の土地につき、Bとの間で賃貸借契約を締結した（賃借権の登記は未了）。AがBにこの土地の引渡しをしようとしたところ、この契約の直後にCがAに無断でこの土地を占拠し、その後も資材置場として使用していることが明らかとなった。Cは明渡請求に応ずる様子もないため、AとBは、Cに対して次のア～オの法的対応を検討している。これらの対応のうち、民法の規定および判例に照らし、妥当なものの組合せはどれか。

ア Aが、Cの行為を不法行為として損害賠償請求をすること。

イ Aが、自己の土地所有権に基づき土地明渡請求をすること。

ウ Bが、自己の不動産賃借権に基づき土地明渡請求をすること。

エ Bが、占有回収の訴えに基づき土地明渡請求をすること。

オ Bが、AがCに対して行使することができる、所有権に基づく土地明渡請求権を代位行使すること。

- 1 ア・イ・オ
- 2 ア・ウ・エ
- 3 イ・ウ・エ
- 4 イ・エ・オ
- 5 ウ・エ・オ

解説

不法占拠者排除パターン①

正解 1

次のとおり、妥当なものはア・イ・オであるから、正解は1となる。

#### ア 妥当である

不法行為に基づく損害賠償請求が認められるためには、他人の故意又は過失に基づく違法な行為によって損害を受けたことが必要である（709条）。本問では、Cによる土地の無断占拠という、他人の故意又は過失に基づく違法な行為によって、A・Bの財産権が損害を受けている。A・Bは、Cに対して、不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる。

#### イ 妥当である

物権を有する者には、目的物に対する物権の実現を妨げられた場合などに、第三者に対して、その回復を請求する権利である物権的請求権が認められている。物権的請求権についての明文の規定はないが、物権の絶対的・排他的な権利の性質から当然認められると解されている。したがって、Aは、土地所有権に基づいて土地明渡請求をすることができる。

#### ウ 妥当でない

判例は、不動産賃借権について対抗要件が具備されている場合、賃借人は、不法占拠者に対して不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を行使することができるとしている（最判昭30.4.5）。本問では、賃借権の登記は未了である。したがって、Bは、不動産賃借権に基づいて土地明渡請求をすることはできない。

#### エ 妥当でない

占有者がその占有を奪われたときは、占有回収の訴えにより、その物の返還及び損害の賠償を請求することができる（200条1項）。本問では、Bは未だ土地の引渡しを受けておらず、占有者とはいえない。したがって、Bは、占有回収の訴えに基づいて土地明渡請求をすることはできない。

#### オ 妥当である

判例は、賃借人は、賃貸人の所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使（423条）することができるとしている（大判昭4.12.16）。



## 問題

## 司法試験 平成 20 年

問題 8 Aが土地所有者Bから賃借した土地上に所有している甲建物についてCのために抵当権を設定した場合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 A及びBは、土地賃貸借契約を合意解除した。この合意解除に基づいて土地賃貸借契約が終了したことを、BはCに対抗することができない。

イ Aの不在期間中に、Dが甲建物を不法に占有した場合、Dが不法占有することにより、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状態にあるときは、CはAのDに対する妨害排除請求権を代位行使して、Dに対して直接自己に甲建物を明け渡すよう求めることができる。

ウ AがBに対し、甲建物を売り渡した後、抵当権が実行され、甲建物をEが買い受けた場合、法定地上権は成立しない。

エ AがFに対して、抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的で甲建物を賃貸した場合、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態のときでも、Cは抵当権に基づく妨害排除請求権を行使してFに対し直接自己に甲建物の明渡しを求めることはできない。

オ Aは、甲建物に対する抵当権設定後、長期にわたりBに対する賃料の支払を怠った。土地賃借権は、従たる権利として抵当権の目的となっているから、Bは土地賃貸借契約を解除することができない。

- 1 アイ    2 アエ    3 イウ    4 ウオ    5 エオ

解説

不法占拠者排除パターン②

正解 5

次のとおり、誤っているものはエ・オであるから、正解は5となる。

#### ア 正しい

判例は、土地の賃貸人と賃借人が土地賃貸借契約を合意解除しても、特段の事情のない限り、土地の賃貸人は、解除をもって賃借人の所有する地上建物の抵当権権者に対抗することができないとしている（大判大14. 7. 18）。

#### イ 正しい

判例は、第三者が抵当不動産を不法占有することにより、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状態があるときは、抵当権者は、民法423条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができ、直接自己に甲建物を明け渡すよう求めることができるとしている（最大判平11. 11. 24）。

#### ウ 正しい

判例は、抵当権設定当時、土地および建物の所有者が異なる場合においては、その土地または建物に対する抵当権の実行による競落の際、右土地および建物が同一人の所有に帰していても、法定地上権は成立しないとしている（最判昭44. 2. 14）。

#### エ 誤り

判例は、抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、その排除を求めることができるとし、その抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができるとしている（最判平17. 3. 10）。

#### オ 誤り

当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる（541条）。本問では、Aが長期にわたりBに対する賃料の支払を怠っているため、土地賃貸借権が従たる権利として抵当権の目的となっているとしても、Bは、土地賃貸借契約を解除することができる。

## 問題

## 司法試験 平成 11 年

問題 9 次のアからオまでの記述のうち、適切でないものを 2 個組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

ア 甲不動産を譲り受けてそれを共有する者は、その不動産の譲渡人から所有権移転登記を経由している無権利者に対して、各自単独で、自己の持分について登記をするように請求することができるが、不実の所有権移転登記全部の抹消を請求することはできない。

イ 共有者の一人が他の共有者の同意を得ることなく甲不動産を占有利用している場合、他の共有者は、各自単独で、その持分に応じた利用を阻害しないようにとの請求をすることができる。

ウ 第三者が共有者の一人の同意のみに基づいて甲不動産を占有利用している場合、持分の過半数を有する他の共有者は、その全部の返還を請求することができる。

エ 共有者の一人が他の共有者の同意を得ることなく甲不動産に対し物理的変更を加えた場合、他の共有者は、各自単独で、その原状回復を請求することができる。

オ 第三者が無権原で甲不動産を占有利用している場合、共有者は、各自単独で、その全部の返還を請求することができるが、甲不動産の不法占有から生ずる損害の全部の賠償は請求することができない。

- 1 アイ    2 アウ    3 イエ    4 ウオ    5 エオ

解説

共有パターン

正解 2

次のとおり、適切でないものはア・ウであるから、正解は2となる。

#### ア 適切でない

判例は、不動産共有者の1人はその持分権に基づき、単独で当該不動産につき登記簿上所有名義を有する者に対しその登記の抹消を請求することができるとしている（最判昭31.5.10）。

#### イ 適切である

共有者の1人が他の共有者の同意を得ることなく甲不動産を占有利用している場合、他の共有者は、各自単独で、その持分に応じた利用を阻害しないようにとの請求をすることができる。

#### ウ 適切でない

判例は、共有者の一部の者から共有物を占有使用することを承認された第三者に対しては、その占有は、同意を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限を有するから、その余の共有者は、当然には、共有物の明渡しを請求することができないとしている（最判昭63.5.20）。

#### エ 適切である

判例は、共有者の一部が他の共有者の同意を得ることなく共有物を物理的に損傷しあるいはこれを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には、他の共有者は、各自の共有持分権に基づいて、右行為の全部の禁止を求めることができるだけでなく、右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としている（最判平10.3.24）。

#### オ 適切である

判例は、共有にかかる土地が不法に占有されたことを理由として、共有者の全員又はその一部の者から右不法占有者に対してその損害賠償を求める場合には、右共有者は、それぞれその共有持分の割合に応じて請求をすべきものであり、その割合を超えて請求をすることはできないとしている（最判昭51.9.7）。

## 問題

## 行政書士試験 平成 15 年

問題 10 Aは不動産会社Bと、BがC工務店に注文して建築させた建売住宅を購入する契約を締結した。次のア～オと a～e の組合せとして妥当なものは、1 から 5 のうちどれか。

ア この建売住宅が売買契約成立後Aへの引渡前に、Bの責に帰すべからざる事由によって火災で半焼してしまった場合、AはBに対していかなる請求ができるか。

イ この建売住宅にCの手抜き工事による欠陥があつて、漏水のためAの大切にしていた絵画が損害を受けた場合、AはCに対していかなる請求ができるか。

ウ この建売住宅のために設定されているはずの通行地役権が設定されていなかった場合、AはBに対していかなる請求ができるか。

エ この建売住宅が売買契約成立後Aへの引渡前に、Bの従業員の過失によって火災になり半焼してしまった場合、AはBに対していかなる請求ができるか。

オ この建売住宅にCの手抜き工事による欠陥があつて、通行人Dがケガをしたしまった場合、DはCに対していかなる請求ができるか。

- a 瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求
- b 危険負担に基づく代金減額請求
- c 債務不履行に基づく損害賠償請求
- d 危険負担に基づく解除
- e 不法行為に基づく損害賠償請求

- 1 アー c
- 2 イー e
- 3 ウー d
- 4 エー b
- 5 オー a

解説

全部滅失パターン

正解 2

次のとおり、妥当なものは肢2であるから、正解は2となる。

### 1 妥当でない

ア－cについて 債務不履行に基づく損害賠償請求が認められるためには、債務不履行が債務者の責めに帰すべき事由による必要がある（415条）。本問では、目的物引渡債務を負っている債務者Bの責に帰すべからざる事由によって住宅が半焼している。したがって、Aは、Bに対して債務不履行に基づく損害賠償請求をすることはできず、危険負担の問題となる。

### 2 妥当である

イ－eについて 不法行為に基づく損害賠償請求が認められるためには、他人の故意又は過失に基づく違法な行為によって損害を受けたことが必要である（709条）。本問では、Cの手抜き工事という、他人の故意又は過失に基づく違法な行為によって、Aの絵画が損害を受けている。したがって、Aは、Cに対して、不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる。

### 3 妥当でない

ウ－dについて 危険負担の効果として解除という制度は、現行法上認められていない。したがって、Aは、Bに対して危険負担に基づく解除をすることはできない。なお、本問では、建売住宅のために設定されているはずの通行地役権が設定されていないことから、Aは、Bに対して、民法566条2項による契約の解除又は損害賠償請求をすることができる。

### 4 妥当でない

エ－bについて 危険負担の効果として代金減額請求という制度は、現行法上認められていない。したがって、Aは、Bに対して、危険負担に基づく代金減額請求をすることはできない。なお、本問では、建売住宅が売買契約成立後Aへの引渡前に、Bの従業員の過失により半焼していることから、Aは、Bに対して、債務不履行に基づく損害賠償請求（415条）及び不法行為に基づく損害賠償請求（715条）をすることができる。

### 5 妥当でない

オ－aについて 瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求が認められるためには、当事者間に契約関係があることが必要である。本問では、通行人DとC工務店との間には、何らの契約関係がないため、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求をすることはできない。なお、本問では、DはCに対して、不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる（709条）。

## 問題

## 行政書士試験 平成 24 年

問題 11 Aは甲土地についてその売主Bとの間で売買契約を締結したが、甲土地には権利等に瑕疵があった。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定および判例に照らし、妥当なものはどれか。

- 1 甲土地の全部の所有権がCに属していたことを知りながらBがこれをAに売却した場合において、BがCからその所有権を取得してAに移転することができないときは、甲土地の全部の所有権がCに属していたことについて善意のAは、その事実を知った時から1年以内に限り、Bに対して、契約を解除して、損害賠償を請求することができる。
- 2 甲土地の全部の所有権がCに属していたことを知らずにBがこれをAに売却した場合において、BがCからその所有権を取得してAに移転することができないときは、Bは、契約の時に甲土地の全部の所有権がCに属していたことについて善意のAに対して、単に甲土地の所有権を移転できない旨を通知して、契約の解除をすることができる。
- 3 甲土地の一部の所有権がCに属していた場合において、BがCからその所有権を取得してAに移転することができないときは、Aは、甲土地の一部の所有権がCに属していたことについて善意であるか悪意であるかにかかわらず、契約の時から1年以内に限り、Bに対して、その不足する部分の割合に応じて代金の減額請求をすることができる。
- 4 契約の時に一定の面積を表示し、この数量を基礎として代金額を定めてBがAに甲土地を売却した場合において、甲土地の面積が契約時に表示された面積よりも実際には少なく、表示された面積が契約の目的を達成する上で特段の意味を有しているために実際の面積であればAがこれを買受けなかったときは、その面積の不足について善意のAは、その事実を知った時から1年以内に限り、Bに対して、契約を解除して、損害賠償を請求することができる。
- 5 甲土地についてCの抵当権が設定されていた場合において、Aがこれを知らずに買受けたときに限り、Aは、Bに対して、契約を直ちに解除することができ、また、抵当権の行使により損害を受けたときは、その賠償を請求することができる。



## 解説

## 担保責任パターン①

正解 4

次のとおり、妥当なものは肢4であるから、正解は4となる。

**1 妥当でない**

他人の権利を売買の目的とした場合において、売主がその売却した権利を取得して買主に移転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。この場合において、契約の時にその権利が売主に属しないことを知っていたときは、損害賠償の請求をすることができない（561条）。本条による請求権の行使には、期間制限はない。

**2 妥当でない**

他人の権利の売買における善意の売主が、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条1項）。また、買主が悪意のときは、売主は、買主に対し、単にその売却した権利を移転することができない旨を通知して、契約の解除をすることができる（同条2項）。

**3 妥当でない**

売買の目的である権利の一部が他人に属することにより、売主がこれを買主に移転することができないときは、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（563条1項）。本条による請求権の行使は、善意・悪意問わずにすることができるが、期間制限に関しては、買主が善意であったときは事実を知った時から、悪意であったときは契約の時から、それぞれ1年以内に行使しなければならない（564条）。

**4 妥当である**

「数量指示売買」とは、当事者において目的物の実際に有する数量を確保するため、その一定の面積、容積、重量、員数または尺度あることを売主が契約において表示し、かつ、この数量を基礎として代金額が定められた売買をいい（最判昭43.8.20）、本間の契約は、数量指示売買に該当する。数量指示売買において、買主が善意の場合、契約を解除して、損害賠償を請求することができる（565条・563条2項、3項）。また、期間制限に関しては、その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（565条・564条）。

**5 妥当でない**

売買の目的である不動産について存した先取特権又は抵当権の行使により買主がその所有権を失ったときは、買主は、契約の解除をすることができる（567条1項）。また、買主は、損害を受けたときは、その賠償を請求することができる（同条2項）。本条による請求権の行使は、善意・悪意問わずにすることができる。



## 問題

## 司法書士試験 平成 19 年

問題 12 請負人Aは、注文者Bの注文に基づき建物を建築してBに引き渡し、Bは、この建物をCに売却して引き渡したが、この建物には建築時に既に瑕疵が存在しており、B及びCは、各引渡時においていずれもこの建物に瑕疵が存在することを知らなかった。この事例における民法上の担保責任に関する次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。

ア AはBに特定物である建物を引き渡すことにより債務を履行したことになるから、Bは、Aに対し、瑕疵の修補を請求することはできないが、損害賠償の請求をすることはできる。

イ BのCに対する瑕疵担保責任の除斥期間は、Cに建物を引き渡した時から進行する。

ウ Cは、瑕疵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、Bとの契約を解除することができるが、Bは、瑕疵のために契約をした目的を達することができないときでも、Aとの契約の解除をすることはできない。

エ 瑕疵担保責任の規定は任意規定であるから、BC間で締結された瑕疵担保責任を負わない旨の特約は有効であり、Bが瑕疵を知りながらCに告げなかったとしても、Bは、Cに対して瑕疵担保責任を負わない。

オ BがAに与えた指図により瑕疵が生じた場合であっても、Aがその指図が不適當であることを知りながら告げなかったときは、Aは、Bに対して瑕疵担保責任を負う。

- 1 アイ      2 アエ      3 イオ      4 ウエ      5 ウオ

解説

担保責任パターン②

正解 5

次のとおり、正しいものはウ・オであるから、正解は5となる。

#### ア 誤り

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、その瑕疵の修補を請求することができる（634条1項）。また、注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる（同条2項）。

#### イ 誤り

売買契約における売主の担保責任の追及は、買主が瑕疵を知った時から1年以内に行う必要がある（570条・566条3項）。判例は、本条の1年間の期間制限は、除斥期間を規定したものであり、この損害賠償請求権を保存するためには、売主の担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げることをもって足りるとしている（最判平13.11.27）。

#### ウ 正しい

売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、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（570条・566条1項）。これに対して、請負の目的物に瑕疵があり、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、注文者は、契約の解除をすることができるが、建物その他の土地の工作物については、この限りでない（635条ただし書）。

#### エ 誤り

売主は、担保責任を負わない旨の特約をしたときであっても、知りながら告げなかった事実及び自ら第三者のために設定し又は第三者に譲り渡した権利については、その責任を免れることができない（572条）。

#### オ 正しい

仕事の目的物の瑕疵が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ときは、請負人は担保責任を負わない（636条本文）。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、請負人は担保責任を負う（同条ただし書）。

## 問題

## 行政書士試験 平成 24 年

- 問題 13 Aは自己所有の甲建物をBに賃貸し(以下、この賃貸借を「本件賃貸借」という。)、その際、BがAに対して敷金(以下、「本件敷金」という。)を交付した。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定および判例に照らし、妥当なものはどれか。
- 1 本件賃貸借において、Bが甲建物のために必要費および有益費を支出した場合、特約がない限り、Bはこれらの費用につき、直ちにAに対して償還請求することができる。
  - 2 BがAの承諾を得て本件賃貸借に基づく賃借権をCに譲渡した場合、特段の事情がない限り、AはBに対して本件敷金を返還しなければならない。
  - 3 BがAの承諾を得て甲建物をDに転貸したが、その後、A・B間の合意により本件賃貸借が解除された場合、B・D間の転貸借が期間満了前であっても、AはDに対して甲建物の明渡しを求めることができる。
  - 4 BがAの承諾を得て甲建物をEに転貸したが、その後、Bの賃料不払いにより本件賃貸借が解除された場合、B・E間の転貸借が期間満了前であれば、AはEに対して甲建物の明渡しを求めることはできない。
  - 5 AがFに甲建物を特段の留保なく売却した場合、甲建物の所有権の移転とともに賃貸人の地位もFに移転するが、現実にFがAから本件敷金の引渡しを受けていないときは、B・F間の賃貸借の終了時にFはBに対して本件敷金の返還義務を負わない。

解説

契約キャンセルパターン①

正解 2

次のとおり、妥当なものは肢2であるから、正解は2となる。

### 1 妥当でない

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条1項）。また、賃借人が賃借物について有益費を支出したときは、賃貸人は、賃貸借の終了の時に、196条の規定に従い、その償還をしなければならない（同条2項）。

### 2 妥当である

判例は、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としている（最判昭53.12.22）。

### 3 妥当でない

契約自由の原則により、当事者間の合意で解除することもできるが、判例は、賃貸人と賃借人が賃貸借契約を合意解除しても、賃貸人は、その解除をもって転借人に対抗することができないとしている（大判昭9.3.7）。

### 4 妥当でない

判例は、賃貸人の承諾のある転貸借において、賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合、賃貸人の承諾のある転貸借は、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債務の履行不能により終了するとしている（最判平9.9.25）。

### 5 妥当でない

判例は、建物賃貸借契約において該建物の所有権移転に伴い賃貸人たる地位に承継があつた場合には、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ものとしている（最判昭44.7.17）。

## 問題

## 行政書士試験 平成 23 年

問題 14 無効または取消しに関する次のア～オの記述のうち、民法の規定および判例に照らし、妥当でないものはいくつあるか。

ア BがAに騙されてAから金銭を借り入れ、CがBの保証人となった場合、CはAの詐欺を理由としてAB間の金銭消費貸借契約を取り消すことができる。

イ BがAに騙されてAから絵画を購入し、これをCに転売した場合、その後になってBがAの詐欺に気がついたとしても、当該絵画を第三者に譲渡してしまった以上は、もはやBはAとの売買契約を取り消すことはできない。

ウ BがAから絵画を購入するに際して、Bに要素の錯誤が認められる場合、無効は誰からでも主張することができるから、Bから当該絵画を譲り受けたCも当然に、AB間の売買契約につき錯誤無効を主張することができる。

エ BがAに強迫されて絵画を購入した場合、Bが追認をすることができる時から取消権を5年間行使しないときは、追認があったものと推定される。

オ 未成年者であるBが親権者の同意を得ずにAから金銭を借り入れたが、後に当該金銭消費貸借契約が取り消された場合、BはAに対し、受領した金銭につき現存利益のみを返還すれば足りる。

- 1 一つ
- 2 二つ
- 3 三つ
- 4 四つ
- 5 五つ

解説

契約キャンセルパターン②

正解 4

次のとおり、妥当でないものはア・イ・ウ・エの4つであるから、正解は4となる。

#### ア 妥当でない

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が（120条2項）、保証人であるCは、取消権者には該当しない。したがって、Cは、Aの詐欺を理由としてA B間の金銭消費貸借契約を取り消すことはできない。

#### イ 妥当でない

追認をすることができる時以後に、取り消すことができる行為について、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した場合、追認をしたものとみなされる（125条5号）。「追認をすることができる時以後」とは、取消しの原因となっていた状況が消滅した後のことをいう（124条1項）。本問では、BからCへの転売後になって、BがAの詐欺に気がついているので、取消しの原因となっていた状況が消滅した後に、権利の譲渡があったとはいえない。

#### ウ 妥当でない

判例は、意思表示の要素の錯誤については、表意者自身において、その意思表示に瑕疵を認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないときは、原則として、第三者が右意思表示の無効を主張することは許されないものであるが、当該第三者において表意者に対する債権を保全するため必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許されるとしている（最判昭45.3.26）。したがって、Cは、当然には、錯誤無効を主張することはできない。

#### エ 妥当でない

取消権は、追認をすることができる時から5年間行使しないときは、時効によって消滅する（126条前段）。したがって、追認があったものと推定されるわけではない。

#### オ 妥当である

取り消された法律行為は、契約の時に遡って、はじめから無効となる（121条）。そのため、契約当事者は、互いに返還請求権が生じることとなる（703、704条）。ただし、制限行為能力による取消の場合は、現存利益のみの返還で足りる（121条ただし書）。

## 問題

## 行政書士試験 平成 23 年

問題 15 法定地上権に関する次の記述のうち、民法の規定および判例に照らし、妥当なもののはどれか。

- 1 Aは、自己所有の土地（更地）に抵当権を設定した後に、その土地に建物を建築したが、抵当権の被担保債権について弁済をすることができなかった。この場合において、抵当権者が抵当権を実行して土地を競売すると、この建物のために法定地上権は成立せず建物は取去されなければならないことから、抵当権者は、土地とその上の建物を一括して競売しなければならない。
- 2 AがBから土地を借りてその土地に建物を所有している場合において、Bは、その土地に甲抵当権を設定したが、Aから建物を取得した後に、さらにその土地に乙抵当権を設定した。その後、Bは、甲抵当権の被担保債権について弁済したので甲抵当権は消滅したが、乙抵当権の被担保債権については弁済できなかったため、乙抵当権が実行され、その土地は買受人Cが取得した。この場合、この建物のために法定地上権は成立しない。
- 3 AがBから土地を借りてその土地に建物を所有している場合において、Aは、その建物に甲抵当権を設定したが、Bから土地を取得した後に、さらにその建物に乙抵当権を設定した。その後、Aは、甲抵当権の被担保債権について弁済できなかったため、甲抵当権が実行され、その建物は買受人Cが取得した。この場合、この建物のために法定地上権は成立しない。
- 4 Aが自己所有の土地と建物に共同抵当権を設定した後、建物が滅失したため、新たに建物を再築した場合において、Aが抵当権の被担保債権について弁済することができなかったため、土地についての抵当権が実行され、その土地は買受人Bが取得した。この場合、再築の時点での土地の抵当権が再築建物について土地の抵当権と同順位共同抵当権の設定を受けたなどの特段の事由のない限り、再築建物のために法定地上権は成立しない。
- 5 AとBが建物を共同で所有し、Aがその建物の敷地を単独で所有している場合において、Aがその土地に抵当権を設定したが、抵当権の被担保債権について弁済できなかったため、その抵当権が実行され、その土地は買受人Cが取得した。この場合、この建物のために法定地上権は成立しない。



解説

物的担保パターン

正解 4

次のとおり、妥当なものは肢4であるから、正解は4となる。

### 1 妥当でない

法定地上権が成立するためには、抵当権設定当時、土地上に建物が存在する必要がある。したがって、更地に抵当権を設定し、抵当権者がその更地上に建物を建築することを承認していたとしても、法定地上権は成立しない（最判昭36.2.10）。抵当権の設定後に抵当地に建物が築造されたときは、抵当権者は、土地とともにその建物を競売することができる（389条1項本文）。もっとも、これは、抵当権者に一括競売を義務づけるものではない。

### 2 妥当でない

法定地上権が成立するためには、抵当権設定当時、土地と建物が同一所有者であることが必要である。判例は、土地を目的とする一番抵当権設定時には別人所有であったが、二番抵当権設定時には同一所有であった場合、法定地上権は成立しないとしている（最判平2.1.22）。もっとも、土地を目的とする先順位の抵当権と後順位の抵当権が設定された後、先順位の抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、後順位の抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が、先順位の抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、後順位の抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立するとしている（最判平19.7.6）。

### 3 妥当でない

法定地上権が成立するためには、抵当権設定当時、土地と建物が同一所有者であることが必要である。判例は、建物を目的とする一番抵当権設定時には別人所有であったが、二番抵当権設定時には同一所有であった場合、法定地上権は成立するとしている（大判昭14.7.26）。

### 4 妥当である

土地と建物に共同抵当を設定した後、建物が再築された場合、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（最判平9.2.14）。

### 5 妥当でない

建物が共有で土地に抵当権が設定されていた場合、この土地に設定された抵当権が実行され、第三者がこれを競落したときは、この土地につき、建物共有者全員のために、法定地上権が成立する（最判昭46.12.21）。



## 問題

## 行政書士試験 平成 23 年

問題 16 連帯債務および連帯保証に関する次のア～オの記述のうち、正しいものの組合せはどれか。

ア 連帯債務において、連帯債務者の 1 人が債権者に対して債権を有する場合には、その連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分についてのみ他の連帯債務者は相殺を援用することができる。これに対し、連帯保証において、主たる債務者が債権者に対して債権を有する場合には、連帯保証人は、主たる債務者が債権者に対して有する債権による相殺をもって、相殺適状にあった全額について債権者に対抗することができる。

イ 連帯債務において、債権者が連帯債務者の 1 人に対して債務を免除した場合には、その連帯債務者の負担部分についてのみ、他の連帯債務者は債務を免れる。これに対し、連帯保証において、債権者が連帯保証人に対して債務を免除した場合には、主たる債務者はその債務の全額について免れることはない。

ウ 連帯債務において、連帯債務者の 1 人のために消滅時効が完成した場合には、他の連帯債務者はこれを援用して時効が完成した債務の全額について自己の債務を免れることができる。これに対し、連帯保証において、連帯保証人のために時効が完成した場合には、主たる債務者はこれを援用して債務を免れることはできない。

エ 連帯債務において、債権者が連帯債務者の 1 人に対してした債務の履行の請求は、他の債務者にも効力を生じる。これに対し、連帯保証において、債権者が連帯保証人に対してした債務の履行の請求は、主たる債務者に対して効力が生じることはなく、主たる債務の時効は中断しない。

オ 連帯債務において、連帯債務者の 1 人が債務の全額を弁済した場合には、その連帯債務者は、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償することができる。これに対し、連帯保証において、連帯保証人の 1 人が債務の全額を弁済した場合には、その連帯保証人は、他の連帯保証人に対し、求償することはできない。

- 1 ア・イ
- 2 イ・エ
- 3 イ・オ
- 4 ウ・エ
- 5 ウ・オ

## 解説

## 人的担保パターン

正解 1

次のとおり、正しいものはア・イであるから、正解は1となる。

## ア 正しい

債権者に対して債権を有する連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の「負担部分」についてのみ、他の連帯債務者が相殺を援用することができる（436条2項）。これに対して、保証人は、主たる債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる（457条2項）。したがって、前段、後段ともに正しい。

## イ 正しい

連帯債務者の1人に対してした債務の免除は、その連帯債務者の「負担部分」についてのみ、他の連帯債務者の利益のためにも、その効力を生ずる（437条）。これに対して、連帯保証人には負担部分がないため、連帯債務の負担部分を前提とする規定は適用されない。したがって、前段、後段ともに正しい。

## ウ 誤り

連帯債務者の1人のために時効が完成したときは、その連帯債務者の「負担部分」については、他の連帯債務者も、その義務を免れる（439条）。これに対して、連帯保証人には負担部分がないため、連帯債務の負担部分を前提とする規定は適用されない。したがって、前段は誤っているが、後段は正しい。

## エ 誤り

連帯債務者の1人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対しても、その効力を生ずる（434条）。これに対して、434条の規定は、主たる債務者が保証人と連帯して債務を負担する場合について準用される（458条）。したがって、前段は正しいが、後段は誤っている。

## オ 誤り

連帯債務者の1人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有する（442条1項）。これに対して、同一の債務について数人が保証債務を負担する場合（共同保証）、各共同保証人は、主債務者のみならず、他の共同保証人に対しても求償権を有する（465条1項）。したがって、前段は正しいが、後段は誤っている。

## 問題

## 司法書士試験 平成 17 年

問題 17 債権者代位権に関するアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものの組合せは、後記 1 から 5 までのうちどれか。なお、特に断りのない限り、Bは無資力とする。

ア AがBに対して有する金銭債権を被保全債権として債権者代位権を行使する場合には、その被保全債権が発生する前からBがCに対して有していた金銭債権を債権者代位権の目的とすることはできない。

イ Bの債権者であるAは、BがCに対して負っている債務について、Bが消滅時効を援用し得る地位にあるのにこれを援用しないときは、Bに代位して消滅時効を援用することができる。

ウ BとCとの離婚後、BC間で、CがBに対して財産分与として500万円を支払う旨の合意が成立したが、Bがその支払を求めない場合には、Bの債権者であるAは、Bに代位してCに対し、これを請求することができる。

エ 土地がCからBへ、BからAへと順次譲渡された場合において、BがCに対して所有権の移転の登記を請求しないときは、Aは、Bが無資力でなくても、BのCに対する所有権移転登記請求権を代位行使することができる。

オ Bの債権者であるAがBのCに対する動産の引渡請求権を代位行使する場合には、Aは、Cに対し、その動産を自己に直接引き渡すよう請求することはできない。

- 1 アウ    2 アオ    3 イウ    4 イエ    5 エオ

解説

債権回収パターン

正解 2

次のとおり、誤っているものはア・オであるから、正解は2となる。

ア 誤り

判例は、代位債権者の被保全債権は、代位される権利よりも前に成立していることを要しないとしている（最判昭33. 7. 15）。

イ 正しい

判例は、債務者が他の債権者に対して負う債務の消滅時効の援用を、債権者が債務者に代位して行うことは認められるとしている（最判昭43. 9. 26）。

ウ 正しい

離婚による財産分与請求権（768条）は、一身専属権であるため、原則として債権者代位権の対象とならない（423条1項但書）。しかし、判例は、一身専属権であっても、一度具体的な金額が当事者間において確定した場合には、債権者代位の目的となりうるとしている（最判昭58. 10. 6）。

エ 正しい

判例は、不動産の買主が、売主の現登記名義人に対する移転登記請求権を代位行使することは認められ、この場合には保全の必要性が債務者の資力の有無に関係ないため、無資力要件は不要としている（大判明43. 7. 6）。

オ 誤り

債務者の第三者に対する動産引渡請求権を債権者が代位行使した場合、債務者が受領拒絶をした場合に423条の趣旨が全うできないため、直接自己への引渡しが認められていると解されている。

## 問題

## 行政書士試験 平成 20 年

問題 18 AがBに対して自己所有の家屋を売る契約をした場合に関する次の記述のうち、判例に照らし、妥当でないものはどれか。

- 1 Aが当該家屋をBに引き渡すまでの間は善管注意義務をもって当該家屋を保存・管理しなければならないので、Aの履行遅滞中に不可抗力で当該家屋が滅失してもAが善管注意義務を尽くしていれば責任を負わない。
- 2 Bが登記を備える前に、AがCに対して当該家屋を二重に売ってしまった場合、CがBより先に仮登記を備えたときでも、AのBに対する債務は未だ履行不能とはならない。
- 3 Bが登記を備える前に、AがBへの譲渡を知っているDに対して当該家屋を二重に売ってしまい、登記を移転してしまった場合、Bは、それだけではDに対して債権侵害を理由とする不法行為責任を追及できない。
- 4 Bが登記を備える前に、AがBへの譲渡を知らないEに対して当該家屋を二重に売ってしまい、登記を移転してしまった場合、BがAに対して履行不能による損害賠償を請求するときは、価格が騰貴しつつあるという特別の事情があれば、転売・処分の可能性がなくても、騰貴前に処分したことが予想されない限り、騰貴した現在の価格を特別損害とすることができる。
- 5 Bが登記を備える前に、Aが、Bを害することを知っているFと通謀して当該家屋をFに対して代物弁済し、登記を移転してしまった場合、Aがその結果無資力となれば、Bは、A・F間の代物弁済を、詐害行為を理由に取り消すことができる。

解説

二重譲渡リベンジパターン

正解 1

次のとおり、妥当でないものは肢1であるから、正解は1となる。

1 妥当でない

判例は、債務者に帰責事由のある履行遅滞中に、当事者に帰責事由のない不能が生じたときには、履行遅滞についての帰責事由が不能にまで及ぶとしている（大判明39.10.29）。

2 妥当である

判例は、不動産の二重譲渡の事案において、売主と第二買主との間に売買予約を原因として仮登記がなされたというだけでは、未だ売主の第一買主に対する売買契約上の義務の履行が不能になったと解することはできないとしている（最判昭46.12.16）。

3 妥当である

判例は、一般に不動産の二重売買における第二の買主は、たとえ悪意であつても、登記をなすときは完全に所有権を取得し、第一の買主はその所有権取得をもって第二の買主に対抗することができないものと解すべきであるから、第二買主が、悪意で、本件建物を買受けその登記を経由し、これを更に第三者に売り渡してその登記をなしたというだけでは、いまだもって第二買主に不法行為の責任を認めることはできないとしている（最判昭30.5.31）。

4 妥当である

判例は、債務者が債務の目的物を不法に処分したために債務が履行不能となった後、その目的物の価格が騰貴を続けているという特別の事情があり、かつ、債務者が、債務を履行不能とした際、右のような特別の事情の存在を知っていたかまたはこれを知りえた場合には、債権者は、債務者に対し、その目的物の騰貴した現在の価格を基準として算定した損害額の賠償を請求することができ、この理は、買主がその目的物を他に転売して利益を得るためではなくこれを自己の使用に供する目的でなした不動産の売買契約において、売主がその不動産を不法に処分したために売主の買主に対する不動産の所有権移転義務が履行不能となった場合であっても、妥当するとしている（最判昭47.4.20）。

5 妥当である

判例は、債務超過の状態にある債務者が、他の債権者を害することを知りながら特定の債権者と通謀し、右債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図のもとに、債務の弁済に代えて第三者に対する自己の債権を譲渡したときは、たとえ譲渡された債権の額が右債権者に対する債務の額を超えない場合であっても、詐害行為として取消の対象になるとしている（最判昭48.11.30）。





## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435  
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神1-10-17 西日本ビル8F TEL092-726-5040（代表）