

辰巳法律研究所 & リーダーズ総合研究所

# 民法☆実力診断テスト

---

【解説】

辰巳法律研究所

---

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA



問題 1	民法	失踪宣告	重要度 B
------	----	------	-------

問題 1 失踪宣告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、妥当でないものの組合せはどれか。

- ア 戦争・天災・事故などの危難に遭遇して生死不明となっている者は、失踪宣告により、危難が去った後 1 年の期間が満了した時に死亡したものとみなされる。
- イ 普通失踪宣告を受けた者は、7 年間の失踪期間の満了時に死亡したものとみなされる。
- ウ 失踪宣告がなされた後に、失踪の宣告を受けた者の生存が判明した場合であっても、失踪宣告は当然にはその効力を失わない。
- エ 失踪の宣告を受けた者の相続人が取得した相続財産を売却した後に、失踪者が生存していることが判明し、失踪宣告が取り消された場合、契約当事者双方がその生存につき善意でなくとも、売買契約の有効性が認められる。
- オ 失踪宣告の取消しがあった場合、失踪の宣告を受けた者の生存を知らずにその者の財産を失踪宣告により相続していた者は、現に利益を受けている限度においてのみ、相続財産を返還する義務を負う。

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

※ 問題の重要度のランク付けについて

A ランク…合格するためには必ず得点すべき問題。誤答の際は完璧に復習すべき問題。

B ランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）

C ランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題 1	民法	失踪宣告	正解 2
			関連過去問：なし

#### ア 妥当でない。

本記述は、特別失踪の死亡時を危難が去った後 1 年の期間が満了した時とする点で、妥当でない。

民法 3 1 条は、3 0 条 1 項が普通失踪、3 0 条 2 項が特別失踪（戦争・天災・事故などに遭遇して生死不明となっているものの、認定死亡として処理するだけの状況にない場合）をそれぞれ規定していることを受けて、「前条第 1 項の規定により失踪の宣告を受けた者は同項の期間が満了した時に、同条第 2 項の規定により失踪の宣告を受けた者はその危難が去った時に、死亡したものとみなす」と規定している。

特別失踪の場合の死亡時を「危難が去った時」としているのは、当該時期が現実に最も死亡の蓋然性が高いからである。

#### イ 妥当である。

本記述は、民法 3 1 条前段により妥当である。

不在者の生死が 7 年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる（民法 3 0 条 1 項。普通失踪）。

この普通失踪により失踪宣告を受けた者は、7 年間の期間が満了した時に死亡したものとみなされる（民法 3 1 条前段）。

これは、死亡時を失踪宣告時とすると、失踪宣告手続の前後、遅速により死亡時が異なり、また、死亡時を最後の音信時とすると、法律関係をあまりに以前へ遡上させ複雑になるため、その中間をとって、失踪期間満了時を死亡時としたものである。

#### ウ 妥当である。

本記述は、民法 3 2 条 1 項前段により妥当である。

失踪者が生存すること又は民法 3 1 条に規定する時と異なる時に死亡したことの証明があったときは、家庭裁判所は、本人又は利害関係人の請求により、失踪の宣告を取り消さなければならない（民法 3 2 条 1 項前段）。

すなわち、失踪者が生存しているという事実があっただけで直ちに失踪宣告が失効するものではなく、家庭裁判所による取消しが必要とされる。

#### エ 妥当でない。

本記述は、契約当事者双方がその生存につき善意でなくとも、売買契約の有効性が認められるとしている点で、妥当でない。

失踪宣告後、その取消前に善意でした行為は、その効力に影響を及ぼさない（民法 3 2 条 1 項後段）。そして、被宣告者の相続人が取得した相続財産を売却し、それが転々譲渡された場合、判例（大判昭 1 3. 2. 7）は、取引両当事者が善意の場合に限り、売買契約の有効性を認めるものとしている。

判例に賛成する学説は、その理由として、ここでは他の善意者保護規定の場合と違って、失踪者の利益保護の要請が強いとみられるということ等を挙げている。

才妥当である。

本記述は、民法32条2項により妥当である。

失踪の宣告によって財産を得た者は、その取消しによって権利を失う。ただし、現に利益を受けている限度においてのみ、その財産を返還する義務を負う（民法32条2項）。

これは、失踪宣告の取消しによって失踪宣告はさかのぼってその効力を失うから、失踪宣告によって効力を生じた財産の相続や遺贈は、その原因がなかったものとして元に戻さなければならないが、これを徹底すると失踪宣告を信じて財産を取得した者に酷となるので、「現に利益を受けている限度」で返還すれば足りるとしたものである。

なお、民法32条2項ただし書の文言上は、利得者の善意・悪意が区別されていないことから、本項の適用が善意の利得者に限られるのか、悪意者でもよいのかという問題がある。ただし、本記述の相続人は失踪の宣告を受けた者の生存を知らなかったのであるから、いずれにせよ民法32条2項ただし書が適用される。

以上により、妥当でない記述はアとエであり、したがって、正解は肢2となる。

## 民法☆実力診断テスト

■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

(失踪の宣告)

第30条 不在者の生死が【 ① 】明らかでないときは、家庭裁判所は、【 ② 】の請求により、失踪の宣告をすることができる。

2 戦地に臨んだ者、沈没した船舶の中に在った者その他死亡の原因となるべき危難に遭遇した者の生死が、それぞれ、戦争が止んだ後、船舶が沈没した後又はその他の危難が去った後【 ③ 】明らかでないときも、前項と同様とする。

(失踪の宣告の効力)

第31条 前条第1項の規定により失踪の宣告を受けた者は同項の期間が満了した時に、同条第2項の規定により失踪の宣告を受けた者はその危難が去った時に、【 ④ 】したものとみなす。

(失踪の宣告の取消し)

第32条 失踪者が生存すること又は前条に規定する時と異なる時に死亡したことの証明があったときは、家庭裁判所は、本人又は利害関係人の請求により、失踪の宣告を取り消さなければならない。この場合において、その取消しは、失踪の宣告後その取消し前に【 ⑤ 】でした行為の効力に影響を及ぼさない。

2 失踪の宣告によって財産を得た者は、その取消しによって権利を失う。ただし、【 ⑥ 】においてのみ、その財産を返還する義務を負う。

解答

①7年間 ②利害関係人 ③1年間 ④死亡 ⑤善意 ⑥現に利益を受けている限度

問題 2	民法	無権代理	重要度 A
------	----	------	-------

問題 2 無権代理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、妥当でないものはどれか。

- 1 無権代理行為の相手方は、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。
- 2 他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができなかった場合であっても、相手方に代理人と称する者に代理権がないことを知らないことについて軽過失があれば、無権代理人の責任を負わない。
- 3 無権代理行為の追認は、遡及効を有しており、遡及効を否定する特約を締結することはできない。
- 4 無権代理人を相続した本人は、無権代理行為について追認を拒絶することができる地位にあったことを理由として、無権代理人の責任を免れることができない。
- 5 AはBと、C所有の土地を目的物とする売買契約をCに無断でCの代理人として締結し、その契約後に、AがCから当該土地を譲り受けた場合、BがAに対し履行の請求をしているときは、BはAが当該土地を取得した時に、その所有権を取得する。

※ 問題の重要度のランク付けについて

Aランク…合格するためには必ず得点すべき問題、誤答の際は完璧に復習すべき問題。

Bランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）

Cランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題 2	民法	無権代理	正解 3
			関連過去問：なし

### 1 妥当である。

民法 114 条前段は、「前条〔注：民法 113 条、無権代理〕の場合において、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」と規定し、無権代理の相手方の催告権について定めている。

その趣旨は、相手方は、無権代理行為が追認によって有効になるかどうかという不安定な立場に置かれるので、催告によりその効力を確定することができるとする点にある。

したがって、本記述は妥当である。

### 2 妥当である。

判例（最判昭 6 2. 7. 7）は、「『過失』は重大な過失に限定されるべきものではない」としている。

その理由として、判例は、「民法は、過失と重大な過失とを明らかに区別して規定しており、重大な過失を要件とするときは特にその旨を明記しているから（例えば、〔注：民法〕 95 条、470 条、698 条）、単に『過失』と規定している場合には、その明文に反してこれを『重大な過失』と解釈することは、そのように解すべき特段の合理的な理由がある場合を除き、許されないというべきである。そして、同法〔注：民法〕 117 条による無権代理人の責任は、無権代理人が相手方に対し代理権がある旨を表示し又は自己を代理人であると信じさせるような行為をした事実を責任の根拠として、相手方の保護と取引の安全並びに代理制度の信用保持のために、法律が特別に認めた無過失責任であり、同条〔注：民法 117 条、以下に同じ〕 2 項が『前項ノ規定ハ相手方カ代理権ナキコトヲ知りタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ之ヲ適用セス〔注：前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかったとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかったときは、適用しない。〕』と規定しているのは、同条 1 項が無権代理人に無過失責任という重い責任を負わせたところから、相手方において代理権のないことを知っていたとき若しくはこれを知らなかったことにつき過失があるときは、同条の保護に値しないものとして、無権代理人の免責を認めたものと解される」ということを挙げている。

よって、相手方が悪意・有過失のときは無権代理人の免責が認められるので、相手方に軽過失があれば無権代理人は責任を負わない。

したがって、本記述は妥当である。

### 3 妥当でない。

本記述は、無権代理行為の追認の遡及効を否定する特約を締結することができるはずべきところ、できないとしている点で、妥当でない。

民法 116 条本文は、「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」と規定している。

これは、通常、本人、相手方も代理行為は代理行為の時点にさかのぼって有効なものであったと扱われることに期待を有することから、そのような当事者の通常の意味を推測した



規定である。

もつとも、別段の意思表示をすれば、遡及効は否定される。この別段の意思表示は、元来、相手方は、最初から効力があるものと考えて契約したのだから、それを本人の意思だけで将来に対してのみ効力を生じさせることができるとしては、相手方の意思に反するとして、相手方の同意を要すると解されている。

#### 4 妥当である。

判例（最判昭48. 7. 3）は、「民法117条による無権代理人の債務が相続の対象となることは明らかであつて、このことは本人が無権代理人を相続した場合でも異なるから、本人は相続により無権代理人の右債務を承継するのであり、本人として無権代理行為の追認を拒絶できる地位にあつたからといって右債務を免れることはできないと解すべきである」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、無権代理に無関係だった他の共同相続人は無権代理人の責任を完全に引き継ぐのに、本人だけはその責任を負わなくてもよいことになり、不均衡が生じるということを挙げている。

したがって、本記述は妥当である。

#### 5 妥当である。

判例（最判昭41. 4. 26）は、「民法117条の定めるところにより、相手方たる被上告人の選択に従い履行又は損害賠償の責に任ずべく、相手方が履行を選択し無権代理人が前記不動産の所有権を取得するにいたつた場合においては、前記売買契約が無権代理人（同上告人）自身と、相手方（被上告人）との間に成立したと同様の効果を生ずると解するのが相当である」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、相手方が117条1項の履行請求を選択すると、無権代理人と相手方の間に売買契約が成立したのと同様に扱われ、無権代理人の置かれる立場は、他人物売買後に、その目的物を取得した売主に類似するということを挙げている。

よって、無権代理人が目的物の所有者から目的物を取得した時点で履行が可能となって目的物の所有権は、相手方に移転することになる。

したがって、本記述は妥当である。

## 民法☆実力診断テスト

■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

(無権代理)

第113条 代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、本人がその追認をしなければ、本人に対してその効力を生じない。

2 追認又はその拒絶は、【 ① 】に対してしなければ、その相手方に対抗することができない。ただし、相手方がその事実を知ったときは、この限りでない。

(無権代理の相手方の催告権)

第114条 前条の場合において、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。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【 ② 】したものとみなす。

(無権代理の相手方の取消権)

第115条 代理権を有しない者がした契約は、本人が追認をしない間は、相手方が取り消すことができる。ただし、契約の時に代理権を有しないことを相手方が【 ③ 】ときは、この限りでない。

(無権代理人の責任)

第117条 他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかったときは、相手方の選択に従い、相手方に対して【 ④ 】又は【 ⑤ 】の責任を負う。

2 前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が【 ⑥ 】とき、若しくは【 ⑦ 】によって知らなかったとき、又は他人の代理人として契約をした者が【 ⑧ 】を有しなかったときは、適用しない。

解答

①相手方 ②拒絶 ③知っていた ④履行 ⑤損害賠償 ⑥知っていた ⑦過失 ⑧行為能力

問題3	民法	不動産物権変動	重要度 B
-----	----	---------	-------

問題3 Xが所有権に基づきYに対し甲土地の引渡しを請求した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、妥当でないものはどれか。

- 1 Xが善意・無過失・平穩・公然にA所有の甲土地の自主占有を開始してから10年が経過する前に、YはAから甲土地を譲り受けて移転登記を経ていたという場合、Xの占有開始から10年経過した後に、Xが時効による甲土地の所有権の取得をYに対抗するためには、所有権移転登記を経由する必要はない。
- 2 Xがその所有する甲土地をAに売り渡し所有権移転登記がされた後に、Aの債務不履行を理由に当該売買契約が解除された場合、解除後にAから甲土地を買ったYに対してXが甲土地の所有権の復帰を対抗するためには、所有権移転登記を経由する必要はない。
- 3 XがAの詐欺によりその所有する甲土地をAに売り渡し所有権移転登記がされたが、Xは売買契約を取り消す意思表示をしたという場合、取消し後にAから甲土地を買ったYに対してXが甲土地の所有権の復帰を対抗するためには、所有権移転登記を経由する必要がある。
- 4 被相続人Aは甲土地をXに遺贈したが、相続人BがAの死亡後Yに対して甲土地を売却した場合、Xが甲土地の所有権の取得をYに対抗するためには、所有権移転登記を経由する必要がある。
- 5 被相続人Aには相続人XZがいた。Aが自己所有の甲土地を残して死亡したところ、Zは相続を放棄し、Xは単純承認をした。ところがZの債権者Yが、Zを代位してXZ共有名義の所有権移転登記を行い、甲土地のZの持分を差し押さえた場合、XはYに対し登記なくして所有権取得を対抗できる。

※ 問題の重要度のランク付けについて

Aランク…合格するためには必ず得点すべき問題、誤答の際は完璧に復習すべき問題。

Bランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）

Cランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題3	民法	不動産物権変動	正解 2
			関連過去問：25-28

## 1 妥当である。

判例（最判昭41. 11. 22）は、「時効が完成しても、その登記がなければ、その後に登記を経由した第三者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のに反し、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つてこれに対抗することができる」としている。

よって、本記述においては、Yが甲土地を譲り受け登記を経た後に、Xの甲土地の取得時効が完成しているから、Xは、Yに対しては、登記を経由しなくても時効による甲土地の所有権の取得を対抗することができる。

したがって、本記述は妥当である。

## 2 妥当でない。

本記述は、所有権移転登記を経由する必要があるとすべきところ、必要はないとしている点で、妥当でない。

判例（最判昭35. 11. 29）は、「不動産を目的とする売買契約に基き買主のため所有権移転登記があつた後、右売買契約が解除せられ、不動産の所有権が買主に復帰した場合でも、売主は、その所有権取得の登記を了しなければ、右契約解除後において買主から不動産を取得した第三者に対し、所有権の復帰を以つて対抗し得ない」としている。

本記述において、Yは、XA間の売買契約解除後にAから甲土地を取得した第三者であるから、Xは、その所有権取得の登記を経なければ、所有権の復帰をYに対抗できない。

## 3 妥当である。

判例（大判昭17. 9. 30）は、詐欺取消し後の第三者は、民法96条3項にいう第三者には当たらないが、民法96条3項の適用が認められないことをもって、直ちに、詐欺取消しをした者が、当該第三者に対し、取消しの結果を無条件に対抗することができるということにはならないとした上で、本件売買の詐欺取消しによって土地所有権はXに復帰し、初めからAに移転しなかったものとなるが、この物権変動は民法177条により登記をしなければこれをもつて第三者に対抗することはできないとしている。

本記述において、Yは、XA間の売買契約の詐欺取消後にAから甲土地を取得した第三者であるから、Xは、その所有権取得の登記を経なければ、所有権の復帰をYに対抗できない。したがって、本記述は妥当である。

## 4 妥当である。

判例（最判昭39. 3. 6）は、「遺贈の場合においても不動産の二重譲渡等における場合と同様、登記をもつて物権変動の対抗要件とする」としている。

本記述において、受遺者であるXが、被相続人Aの死亡後、相続人Bから甲土地の売却を受けたYに対して、甲土地の所有権の取得を対抗するためには、所有権移転登記を経由する必要がある。

したがって、本記述は妥当である。

## 5 妥当である。

判例（最判昭42. 1. 20）は、相続放棄の効力は「絶対的で、何に対しても、登記等なくしてその効力を生ずると解すべきである」としている。

その理由として、判例は、「民法939条1項（昭和37年法律第40号による改正前のもの）『放棄は、相続開始の時にさかのぼってその効果を生ずる。』の規定は、相続放棄者に対する関係では、右改正後の現行規定『相続の放棄をした者は、その相続に関しては、初から相続人とならなかつたものとみなす。』と同趣旨と解すべきであり、民法が承認、放棄をなすべき期間（同法915条）を定めたのは、相続人に権利義務を無条件に承継することを強制しないこととして、相続人の利益を保護しようとしたものであり、同条所定期間内に家庭裁判所に放棄の申述をすると（同法938条）、相続人は相続開始時に遡って相続開始がなかつたと同じ地位におかれることとなる、ということを挙げている。

本記述において、Zの相続放棄は絶対的に効力が生じ、単純承認をしたXはYに対し、甲土地の所有権取得を登記なくして対抗できる。

したがって、本記述は妥当である。

●本問に関連し、別冊・辰巳重要論点ポイントノートの【不動産物権変動】のまとめ参照。

■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

（不動産に関する物権の変動の対抗要件）

第177条 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法その他の登記に関する法律の定めるところに従いその【 ① 】をしなければ、【 ② 】に【 ③ 】することができない。

解答

①登記 ②第三者 ③対抗

## 民法☆実力診断テスト

### ◆【記述式への連携】

1 ( ) 内を、法律用語で正しく埋めて下さい。

- (1) 177条の「第三者」とは、判例によれば、当事者及び包括承継人以外の者で、(① )を主張する(② )を有する者をいう。
- (2) 背信的悪意者とは、実体法上物権変動があった事実を知る者であり、かつ、かかる物権変動についての(③ )を主張することが(④ )に反するものと認められる事情がある者をいう。
- (3) 中間省略登記とは、中間の(⑤ )の登記を省略した登記をいう。

2 次の法律用語を漢字で正しく書けますか(記述式で減点されないために)

- |               |                  |
|---------------|------------------|
| ⑥ とうきのけんけつ    | ⑦ ほうかつしょうけいじん    |
| ⑧ はいしんてきあくいしゃ | ⑨ ちゅうかんしょうりやくとうき |
| ⑩ しんぎそく       |                  |

### 解答

- 1 ①登記の欠缺 ②正当な利益 ③登記の欠缺 ④信義 ⑤権利変動
- 2 ⑥登記の欠缺 ⑦包括承継人 ⑧背信的悪意者 ⑨中間省略登記 ⑩信義則

問題 4	民法	即時取得	重要度 A
------	----	------	-------

問題 4 A所有の動産甲の取引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、妥当なもの組合せはどれか。

- ア Bを執行債務者とする強制競売によって、Cが甲を買い受けた。この場合において、Cは、Bが甲に関し無権利者であることについて善意無過失であったときでも、甲を即時取得しない。
- イ Aから甲を預かっていたBは、甲をCに売却し、現実の引渡しをした。甲が自動車で、かつては道路運送車両法による登録を受けていたがCに売却された時点では抹消登録を受けていた場合において、Cは、Bが無権利者であることについて善意無過失であるときは、甲を即時取得する。
- ウ Aから甲を預かっていたBは、Bが紛失した甲を拾得したCから、Cが甲に関し無権利者であることについて善意無過失で甲を購入し、現実の引渡しを受け占有するDに対し、甲の紛失から1年2か月後に、甲の返還を請求することはできない。
- エ Aから甲を賃借していたBが死亡し、その相続人Cは、その相続によって甲の占有を取得した。この場合において、Cは、Bが甲に関し無権利者であることについて善意無過失であったときでも、甲を即時取得しない。
- オ Aから甲を賃借しCに保管させていたBは、甲をDに売却し、Cに対して以後Dのために占有することを指図し、Dがこれを承諾した。この場合において、Dは、Bが甲に関し無権利者であることについて善意無過失であったときでも、甲を即時取得しない。

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

※ 問題の重要度のランク付けについて

Aランク…合格するためには必ず得点すべき問題。誤答の際は完璧に復習すべき問題。

Bランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）

Cランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題 4	民法	即時取得	正解 3
			関連過去問：23-29

#### ア 妥当でない。

本記述は、Cが善意無過失であっても甲を即時取得しないとしている点で、妥当でない。  
執行債務者の所有に属さない動産が強制競売に付された場合であっても、買受人は、民法192条の要件を具備するときは、即時取得により当該動産の所有権を取得することができる（最判昭42.5.30）。よって、Cは、Bが甲に関し無権利者であることについて善意無過失であれば、甲を即時取得する。

#### イ 妥当である。

判例（最判昭45.12.4）によれば、本記述の事情のもとでは、Cは、Bが無権利者であることについて善意無過失であるときは、甲を即時取得するから、本記述は妥当である。  
 道路運送車両法による登録を受けている自動車については、登録が所有権の得喪並びに抵当権の得喪及び変更の公示方法とされていることから、民法192条の適用はないが（最判昭62.4.24）、登録を受けていない自動車は、登録を対抗要件としないことから、取引保護の要請により、民法192条の適用があり、これは登録を受けた自動車が抹消登録を受けた場合も同様である（最判昭45.12.4）。

#### ウ 妥当でない。

本記述は、甲の返還を請求することはできないとしている点で、妥当でない。  
 民法192条の即時取得の要件が充足されている場合でも、目的物が原権利者の意思に反し、又は意思によらずして占有を離れた盗品又は遺失物のときは、被害者又は遺失者は、2年間、占有者に対して目的物の回復請求ができる（民法193条）。これは、192条の特則である。そして、回復請求権者は、「被害者又は遺失者」とされ、所有者に限られない。賃借人や受寄者でもよい。

#### エ 妥当である。

即時取得は、「取引行為によって…動産の占有を始めた」場合に認められる（民法192条）。相続によって占有を取得した場合には、取引行為がない以上、即時取得は認められない。よって、Cは、Bが甲に関し無権利者であることについて善意無過失であったときでも、甲を即時取得しない。

したがって、本記述は妥当である。

なお、取引行為は有効なものである必要があり、無効・取消事由がある場合は、それによって処理される。制限行為能力者、無権代理人から動産の譲渡を受けた場合、法律行為の取消し、無効の問題となり、民法192条は適用されない。動産の譲渡行為が錯誤により無効となる場合（民法95条）、詐欺・強迫により取り消された場合（民法96条）も同様である。民法192条によって治癒されるのは、処分権の瑕疵のみであり、無効・取消事由の瑕疵が治癒されることはない。



才妥当でない。

本記述は、Dが善意無過失であっても甲を即時取得しないとしている点で、妥当でない。  
指図による占有移転（民法184条）の場合にも、即時取得の適用がある（最判昭57.9.7）。代理人への意思表示を介して動産物権変動の公示機能を有しており、第三者から占有移転を認識しやすいからである。よって、Dは、Bが甲に関し無権利者であることについて善意無過失であれば、甲を即時取得する。

以上により、妥当な記述はイとエであり、したがって、正解は肢3となる。

■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

（代理占有）

第181条 占有権は、【 ① 】によって取得することができる。

（占有改定）

第183条 【 ② 】が自己の占有物を以後【 ③ 】のために占有する意思表示をしたときは、【 ④ 】は、これによって占有権を取得する。

（即時取得）

第192条 【 ⑤ 】行為によって、【 ⑥ 】に、かつ、【 ⑦ 】と動産の占有を始めた者は、【 ⑧ 】であり、かつ、【 ⑨ 】がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

解答

①代理人 ②代理人 ③本人 ④本人 ⑤取引 ⑥平穩 ⑦公然 ⑧善意 ⑨過失

民法☆実力診断テスト

◆【記述式への連携】

1 ( ) 内を、法律用語で正しく埋めて下さい。

(1) 自主占有とは、(① )をもってする占有をいう。

(2) 他主占有とは、(② )をもってする占有以外の占有をいう。

2 次の法律用語を漢字で正しく書けますか(記述式で減点されないために)

③ そくじしゅとく

④ とりひきこうい

⑤ せんゆうかいてい

⑥ さしずによるせんゆういてん

解答

1 ①所有の意思 ②所有の意思

2 ③即時取得 ④取引行為 ⑤占有改定 ⑥指図による占有移転

問題5	民法	法定地上権	重要度 B
-----	----	-------	-------

問題 5 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、妥当でないものはどれか。

- 1 Aが所有する甲土地に、その更地としての評価に基づいて、Bのための抵当権が設定され、その後、甲土地上にA所有の乙建物が建てられた後、抵当権が実行された結果、Cが甲土地の所有者になった場合、Bが抵当権設定時、甲土地上にA所有の乙建物が建てられることをあらかじめ承諾していたとしても、甲土地に乙建物のための法定地上権は成立しない。
- 2 債務者Aは、債権者BのためにAが所有する甲土地と乙建物の共同根抵当権を設定した。その後、AはBの承諾を得て、乙建物を取り壊し、Bは土地の競売を申し立てた。それから、AはCに甲土地を賃貸し、Cは甲土地上に丙建物を建築した。この場合、丙建物のために法定地上権は成立しない。
- 3 AとBが共有する甲土地上にAが所有する乙建物が存在し、Aの土地持分に抵当権が設定された。その後、甲土地抵当権が実行された場合、Bの同意がないときは、共有土地に乙建物のために法定地上権が成立しない。
- 4 A所有の甲土地上にAとBが共有する乙建物が存在し、Aの甲土地に抵当権が設定された。その後、甲土地抵当権が実行された場合、乙建物のために法定地上権が成立する。
- 5 Aは、自己の所有する甲土地にBのために一番抵当権を設定したが、同土地にはAの子Yの所有する乙建物が存在していた。Aが死亡したため、Yが甲土地を単独相続し、甲土地にCのために二番抵当権を設定した。その後、一番抵当権が実行され、Xが甲土地を競落した。この場合、乙建物のために法定地上権が成立する。

※ 問題の重要度のランク付けについて

Aランク…合格するためには必ず得点すべき問題、誤答の際は完璧に復習すべき問題。

Bランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）

Cランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題5	民法	法定地上権	正解 5
			関連過去問：23-30

### 1 妥当である。

本記述は、最判昭36. 2. 10により妥当である。

判例は、抵当権者が土地上の建物の築造をあらかじめ承諾していたかどうかを問わず、当該土地を更地として評価していた場合において法定地上権の成立を否定している。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、買受人において知り得ない抵当権者側の事情によって法定地上権の成否が決まるのでは買受人の保護に欠けるということを挙げている。

### 2 妥当である。

本記述は、最判平9. 2. 14により妥当である。

判例は、「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」としている。よって、本記述では、甲土地の所有者はA、新建物である丙建物の所有者はCであり、甲土地と丙建物の所有者は同一ではなく、上記特段の事情は認められないことから、丙建物のために法定地上権は成立しない。

### 3 妥当である。

本記述は、最判昭29. 12. 23により妥当である。

判例は、「共有者中一部の者だけがその共有地につき地上権設定行為をしたとしても、これに同意しなかつた他の共有者の持分は、これによりその処分には服すべきいわれはないのであり、結局右の如く他の共有者の同意を欠く場合には、当該共有地についてはなんら地上権を発生するに由なきものといわざるを得ないのである。そして、この理は民法388条のいわゆる法定地上権についても同様であり偶々本件の如く、右法条により地上権を設定したものと看做すべき事由が単に土地共有者の一人だけについて発生したとしても、これがため他の共有者の意思如何に拘わらずそのものの持分までが無視さるべきいわれはないのであつて、当該共有土地については地上権を設定したと看做すべきでないものといわなければならない。」としている。よって、本記述では、甲土地はAとBの共有物であるから、Bの同意がなければ法定地上権は成立しない。

### 4 妥当である。

本記述は、最判昭46. 12. 21により妥当である。

判例は、「同人〔注：土地所有者〕が右土地に抵当権を設定し、この抵当権の実行により、第三者が右土地を競落したときは、民法388条の趣旨により、抵当権設定時に同人が土地および建物を単独で所有していた場合と同様、右土地に法定地上権が成立するものと解するのが相当である。」としている。

## 5 妥当でない。

本記述は、乙建物のために法定地上権が成立するとしている点で、妥当でない。

判例（最判平2. 1. 22）は、「土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と地上建物を同一人が所有するに至った後に後順位抵当権が設定されたとしても、その後に抵当権が実行され、土地が競落されたことにより一番抵当権が消滅するときには、地上建物のための法定地上権は成立しないものと解するのが相当である」としている。

●本問に関連し、別冊・辰巳重要論点ポイントノートの【法定地上権】のまとめ参照

■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

（法定地上権）

第388条 土地及びその上に存する建物が【 ① 】に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を【 ② 】に至ったときは、その建物について、【 ③ 】が設定されたものと【 ④ 】。この場合において、地代は、当事者の請求により、【 ⑤ 】が定める。

（抵当地の上の建物の競売）

第389条 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。ただし、その優先権は、【 ⑥ 】の代価についてのみ行使することができる。

2 前項の規定は、その建物の所有者が抵当地を占有するについて抵当権者に対抗することができる権利を有する場合には、適用しない。

解答

①同一の所有者 ②異にする ③地上権 ④みなす ⑤裁判所 ⑥土地

民法☆実力診断テスト

◆【記述式への連携】

1 ( ) 内を、法律用語で正しく埋めて下さい。

法定地上権とは、競売等によって(① )と(② )の所有者が異なるに至ったときに、法律の規定によって生ずる地上権をいう。

2 次の法律用語を漢字で正しく書けますか(記述式で減点されないために)

- |                  |                    |
|------------------|--------------------|
| ③ ほうていちじょうけん     | ④ ていとうけん           |
| ⑤ たんぼぶっけん(権利として) | ⑥ さきどりとっけん         |
| ⑦ だいかべんさい        | ⑧ ていとうけんしょうめつせいきゅう |

解答

- 1 ①土地 ②建物  
2 ③法定地上権 ④抵当権 ⑤担保物権 ⑥先取特権  
⑦代価弁済 ⑧抵当権消滅請求

問題 6	民法	債務不履行責任	重要度 B
------	----	---------	-------

問題 6 債務不履行責任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、妥当でないものはどれか。

- 1 売買契約の売主が履行遅滞に陥っている場合、履行遅滞に関する損害賠償額の予定の合意があったときでも、買主が履行不能によって予定賠償額以上の損害が生じていることを立証したときは、その立証された額の損害賠償を請求することができる。
- 2 火災発生時に自動的に区画外への延焼を防止する防火戸がマンションの一室に設置されていたが、その電源スイッチが一見してそれとは分かりにくい場所に設置されていたにもかかわらず、買主が何らの説明を受けないまま当該スイッチが切られた状態で当該マンションの一室の引渡しを受け、そのままの状態で開催していた場合、当該マンションの一室の売主は、買主に対して、売買契約上の付随義務として、防火戸の電源スイッチの位置や操作方法等を説明する義務を負う。
- 3 自衛隊員が、整備工場で車両を整備中、他の隊員の運転する大型車に轢かれて死亡した場合、国は、公務員に対して給与支払義務を負うにとどまらず、自衛隊員の死亡についての損害賠償責任を負うことがある。
- 4 分譲マンション購入契約の交渉段階において、売主が買主の意向を確かめずに電気工事業者と電気容量変更契約をし、受水槽を変電室に変更したが、結局、買主が交渉を破棄し契約が成立に至らなかった場合、買主が、売主に対してレイアウトを変更させ、電気容量を問い合わせた上、電気容量変更契約について異議を述べなかったという事情があるときは、買主は損害賠償責任を負うことがある。
- 5 売買契約の買主が売主に対して履行不能を理由とする損害賠償請求をするためには、当該売買契約を解除する必要がある。

※ 問題の重要度のランク付けについて

Aランク…合格するためには必ず得点すべき問題。誤答の際は完璧に復習すべき問題。

Bランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）

Cランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題 6	民 法	債務不履行責任	正解 5
			関連過去問：27-32

## 1 妥当である。

民法420条1項は、「当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない」と規定している。そして、履行遅滞に関する損害賠償額の予定は、履行不能による損害賠償額の基準とはならないとされている。

よって、履行不能が生じたときは、予定された賠償額とは無関係に民法416条によって損害賠償額を決定することになる。

したがって、本記述は妥当である。

## 2 妥当である。

判例（最判平17. 9. 16）は、売主は、買主に対し少なくとも売買契約上の付随義務として、防火戸の電源スイッチの位置、操作方法等について説明すべき義務があったとしている。

したがって、本記述は妥当である。

なお、本判決は、買主と直接の契約関係がない宅建業者について、①宅建業者が売主の全額出資子会社であり、売主の委託を受けて販売に関する一切の事務を行っており、問題となったマンションの一室についても同様であること、②買主が宅建業者を信頼したという事実を重視し、信義則上、売主と同様の説明義務があるとしている。

## 3 妥当である。

判例（最判昭50. 2. 25）は、国は、公務員に対し、公務員の生命及び健康等を危険から保護するように配慮すべき義務（安全配慮義務）を負うとし、損害賠償責任を肯定している。

その理由として、判例は、「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の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであつて、国と公務員との間においても別異に解すべき論拠はな」ということを挙げている。

したがって、本記述は妥当である。

## 4 妥当である。

判例（最判昭59. 9. 18）は、買主は契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償責任を負うとした原審の判断を是認している。

その理由として、判例の第一審は、「取引を開始し契約準備段階に入ったものは、一般市民間における関係とは異なり、信義則の支配する緊密な関係にたつのであるから、のちに契約が締結されたか否かを問わず、相互に相手方の人格、財産を害しない信義則上の注意義務を負うものというべきで、これに違反して相手方に損害を及ぼしたときは、契約締結に至らない場合でも契約責任としての損害賠償義務を認めるのが相当」ということを挙げている。

したがって、本記述は妥当である。



## 5 妥当でない。

本記述は、売買契約を解除する必要はないとすべきところ、解除する必要があるとしている点で、妥当でない。

判例（最判昭30.4.19）は、「債権者の請求権は、解除を俟つことなく填補賠償請求権に変ずるものである」として、履行不能を理由とする損害賠償請求の前提として契約を解除する必要はないと解されている。

●本問に関連し、別冊・辰巳重要論点ポイントノートの【債務不履行責任】のまとめ参照。

■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

（債権の目的）

第399条 債権は、【 ① 】に見積もることができないものであっても、その目的とすることができる。

（特定物の引渡しの場合の注意義務）

第400条 債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、【 ② 】をもって、その物を保存しなければならない。

（種類債権）

第401条 債権の目的物を【 ③ 】のみで指定した場合において、【 ④ 】又は【 ⑤ 】によってその品質を定めることができないときは、債務者は、【 ⑥ 】の品質を有する物を給付しなければならない。

2 前項の場合において、債務者が物の給付をするのに【 ⑦ 】し、又は債権者の同意を得てその給付すべき物を【 ⑧ 】したときは、以後その物を債権の目的物とする。

解答

- ①金銭 ②善良な管理者の注意 ③種類 ④法律行為の性質 ⑤当事者の意思 ⑥中等  
⑦必要な行為を完了 ⑧指定

民法☆実力診断テスト

◆【記述式への連携】

1 ( ) 内を、法律用語で正しく埋めて下さい。

- (1) 特定物とは、具体的な取引にあたって(① )が物の(② )に着目して取引した物をいう。
- (2) 種類債権とは、債権の目的物を示すのに(③ )と(④ )だけを指示した債権をいう。
- (3) 持参債務とは、給付の目的物を(⑤ )が(⑥ )の住所に持参して履行をしなければならない債務をいう。
- (4) 取立債務とは、(⑦ )が(⑧ )の住所に来て目的物を取り立てて履行を受ける債務をいう。

2 次の法律用語を漢字で正しく書けますか(記述式で減点されないために)

⑨ だいたいづつ

⑩ ぜんかんちゅういぎむ

解答

- 1 ①当事者 ②個性 ③種類 ④数量 ⑤債務者 ⑥債権者 ⑦債権者 ⑧債務者
- 2 ⑨代替物 ⑩善管注意義務

問題 7	民法	債権譲渡	重要度 A
------	----	------	-------

問題 7 債権譲渡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、妥当なものの組合せはどれか。

- ア AはBに対する債権をCに譲渡し、5月1日付の確定日付のある証書でBに通知し、その通知は5月4日にBへ到達した。続いて、Aは同一の債権をDに譲渡し、5月2日付の確定日付のある証書でBに通知し、その通知は5月3日にBへ到達した。この場合、CはDに対して、当該債権の取得を対抗することができる。
- イ AのBに対する債権がCに譲渡され、Cに対する債権譲渡について確定日付のある通知がBに到達している場合でも、その後に、Dが、AのBに対する同一の債権を差し押さえ、転付命令を得て、Bにその転付命令が送達されれば、Dは、Cに優先する。
- ウ AのBに対する同一の債権がC及びDに二重に譲渡され、確定日付のある通知がBに対し同時に到達した場合、Bは、他方の譲受人の存在を理由に弁済を拒むことはできず、C及びDは、いずれもBに対し債権全額を請求することができる。
- エ AのBに対する債権について、Aの債権者Cによる差押えと、AからDへの債権譲渡がなされた場合において、差押えの通知と債権譲渡についての確定日付のある通知の到達の先後関係が不明であったため、Bは弁済金を供託した。この場合、CがDに対して提起した供託金還付請求権確認訴訟において、Cによる自己がDに優先する旨の主張は認められず、Cの請求は全部棄却される。
- オ Aは、Bに対する同一の債権をC及びDに二重に譲渡した。Cに対する債権譲渡についての確定日付のない通知がBに到達し、BがCに弁済した後、Dに対する債権譲渡についての確定日付のある通知がBに到達したときには、BはDに対する弁済を拒むことができる。

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

※ 問題の重要度のランク付けについて

- Aランク…合格するためには必ず得点すべき問題、誤答の際は完璧に復習すべき問題。  
 Bランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）  
 Cランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題 7	民法	債権譲渡	正解 4
			関連過去問：なし

**ア** 妥当でない。

本記述は、CはDに対して当該債権の取得を対抗することができないとすべきところ、対抗することができるとしている点で、妥当でない。

判例（最判昭49. 3. 7）は、「債権が二重に譲渡された場合、譲受人相互の間の優劣は、通知又は承諾に付された確定日附の先後によつて定めるべきではなく、確定日附のある通知が債務者に到達した日時又は確定日附のある債務者の承諾の日時の先後によつて決すべき」としている。

**イ** 妥当でない。

本記述は、DはCに劣後することになるとすべきところ、DはCに優先するとしている点で、妥当でない。

判例（最判昭58. 10. 4）は、「債権の譲受人と同一債権に対し仮差押命令の執行をした者との間の優劣は、確定日付のある譲渡通知が債務者に到達した日時又は確定日付のある債務者の承諾の日時と仮差押命令が第三債務者に送達された日時の先後によつて決すべきものである…ところ」、「この理は、…債権の譲受人と同一債権に対し債権差押・転付命令の執行をした者との間の優劣を決する場合においても、なんら異なるものではない」としている。

**ウ** 妥当である。

本記述は、最判昭55. 1. 11により妥当である。

判例は、「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」としている。

**エ** 妥当でない。

本記述は、CのDに対する請求は、供託金額を案分した供託金還付請求権の限度で一部認容されるとすべきところ、Cの請求は全部棄却されたとしている点で、妥当でない。

まず、判例（最判平5. 3. 30）は、通知の到達が先後不明の場合における差押債権者と譲受人との優劣関係について、「債権差押えの通知と確定日付のある右債権譲渡の通知とが当該第三債務者に到達したが、その到達の先後関係が不明であるために、その相互間の優劣を決することができない場合には、右各通知は同時に第三債務者に到達したものとして取り扱う」とした上で、「差押債権者と債権譲受人の間では、互いに相手方に対して自己が優先的地位にある債権者であると主張することが許されない関係に立つ」としている。

よって、本記述では、CがDに対して提起した供託金還付請求権確認訴訟において、Cによる自己がDに優先する旨の主張は認められない。

次に、判例は、供託金還付請求権確認訴訟の帰すうについて、「債権差押えの通知と確定日付のある右債権譲渡の通知の第三債務者への到達の先後関係が不明であるために、第三債務

者が債権者を確知することができないことを原因として右債権額に相当する金員を供託した場合において、被差押債権額と譲受債権額との合計額が右供託金額を超過するときは、差押債権者と債権譲受人は、公平の原則に照らし、被差押債権額と譲受債権額に応じて供託金額を案分した額の供託金還付請求権をそれぞれ分割取得する」とし、分割取得した供託金還付請求権の限度で請求を一部認容すべきものとしている。

よって、本記述では、CのDに対する請求は、Cの被差押債権額とDの譲受債権額に応じて供託金額を案分した供託金還付請求権の限度で一部認容されることになる。

オ妥当である。

本記述は、大判昭7. 12. 6により妥当である。

判例は、債権者が債権を第三者に確定日付のない通知をもって譲渡し、更に同一債権を他の第三者に確定日付のある通知をもって譲渡したときでも、第一譲渡後で第二譲渡前に第一譲受人に対する弁済等により債権が消滅した場合、第二譲受人は債権の取得を債務者に対抗することができないとしている。

以上により、妥当な記述はウとオであり、したがって、正解は肢4となる。

■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

(債権の譲渡性)

第466条 債権は、譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでない。

2 前項の規定は、当事者が【 ① 】を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、【 ② 】に対抗することができない。

(指名債権の譲渡の対抗要件)

第467条 指名債権の譲渡は、【 ③ 】が【 ④ 】に通知をし、又は【 ⑤ 】が承諾をしなれば、【 ⑥ 】に対抗することができない。

2 前項の通知又は承諾は、【 ⑦ 】によってしなれば、【 ⑧ 】に対抗することができない。

解答

- ①反対の意思 ②善意の第三者 ③譲渡人 ④債務者 ⑤債務者  
⑥債務者以外の第三者 ⑦確定日付のある証書 ⑧債務者以外の第三者

## 民法☆実力診断テスト

### ◆【記述式への連携】

1 ( ) 内を、法律用語で正しく埋めて下さい。

- (1) 債権譲渡とは、債権を、その(① ) を変じることなく第三者に移転することをいう。
- (2) 債権譲渡の到達時説(判例)とは、債権が二重に譲渡され、2人の譲受人がともに、確定日付のある証書による通知又は承諾を具備しているとき、譲受人相互間の優劣は、その通知が(② )、又は(③ )の先後によって決まるとする考えをいう。

2 次の法律用語を漢字で正しく書けますか(記述式で減点されないために)

- ④ さいけんじょうと
- ⑤ かくていひづけのあるしょうしょ
- ⑥ いぎをとどめないしょうだく(468条)

### 解答

- 1 ①同一性 ②債務者に到達した日時 ③債務者の承諾の日時
- 2 ④債権譲渡 ⑤確定日付のある証書  
⑥異議をとどめない承諾 ※条文中「とどめない」はひらがなです

問題 8	民法	解除	重要度 A
------	----	----	-------

問題 8 解除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、妥当でないものはどれか。

- 1 解除によって消滅する契約上の債権の転付債権者は、民法第 545 条第 1 項ただし書にいう「第三者」に当たらない。
- 2 解除権の行使につき、期間の定めがない場合、相手方は、解除権を有する者に対し相当期間を定めてその期間内に解除をするかどうかを確答すべき催告をすることができ、相手方がその期間内に解除の通知を受けないときは、解除権は消滅する。
- 3 債務者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じた場合において、債権者が解除をしないときは、債権は填補賠償請求権に転化するところ、債権者がその履行不能を理由として契約を解除したときは、債権者の填補賠償請求権はさかのぼって消滅する。
- 4 売買契約の売主が、買主の債務不履行を理由として契約を解除しようとする場合において、買主が複数いるときは、売主は、当該買主全員に対して解除の意思表示をしなければならない。
- 5 売主が賃貸によって地代収入を得ている土地を売却し、買主が当該土地賃貸人としての地位を引き継いで地代収入を受け取っていたが、その後、土地の売買契約が解除された場合、買主は売主に対して従前受け取っていた地代収入を返還しなければならない。

※ 問題の重要度のランク付けについて

A ランク…合格するためには必ず得点すべき問題、誤答の際は完璧に復習すべき問題。

B ランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）

C ランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題 8	民法	解除	正解 3
			関連過去問：25-31

### 1 妥当である。

民法545条1項は、「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」と規定しているところ、ここにいう「第三者」に転付債権者が含まれるかが問題となる。

この点、民法545条1項ただし書の趣旨は、第三者を保護するために解除の遡及効に制限を加えた点にある。民法545条1項ただし書の趣旨を前述のように解すると、ここにいう「第三者」とは、解除の遡及効によって影響を受ける者（解除された契約から生じた法律効果を基礎として、解除までに新たな権利を取得した者）ということになり、解除によって消滅する契約上の債権そのものの譲受人などは含まれないと解される。

これは、契約上の債権そのものが解除によって遡及的に消滅するということが理論的な根拠となっているが、契約上の債権そのものの消滅に関しては第三者よりも解除当事者の利益を優先すべきであるという利益考量も働いている。

よって、本記述のような解除によって消滅する契約上の債権の転付債権者は、「第三者」に当たらないこととなる。

したがって、本記述は妥当である。

### 2 妥当である。

民法547条は、「解除権の行使について期間の定めがないときは、相手方は、解除権を有する者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に解除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。この場合において、その期間内に解除の通知を受けないときは、解除権は、消滅する」と規定する。

本条の趣旨は、解除権の行使につき期間の定めがない場合、相手方はいつまでも解除されるかどうかかわからない不安定な状態におかれることになるため、このような相手方を保護する点にある。

したがって、本記述は妥当である。

### 3 妥当でない。

本記述は、債権者がその履行不能を理由として契約を解除した場合、債権者は填補賠償請求権を失わないとすべきところ、債権者の填補賠償請求権はさかのぼって消滅するとしている点で、妥当でない。

民法545条3項は、「解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない」と規定している。

その趣旨は、解除の遡及効の範囲を制限して、賠償請求権は消滅しないものとする点にある。

これは、債務者の責めに帰すべき事由によって履行不能を生じた場合、債権者の請求権は、解除をしなくても履行に代わる賠償である填補賠償請求権に転化するから、解除は契約の効力を遡及的に消滅せしめるという直接効果説（大判大8. 4. 7）を貫くと、債権者がその履行不能を理由として契約を解除したときは、填補賠償請求権に転化した債権そのものもさかのぼって消滅し、債権者は填補賠償請求権を失うように考えられるが、事実として債務不



履行により損害が生じている以上、その賠償を認めるべきであるからである。

よって、債権者がその履行不能を理由として契約を解除した場合であっても、填補賠償請求権は消滅しない。

#### 4 妥当である。

民法544条1項は、「当事者の一方が数人ある場合には、契約の解除は、その全員から又はその全員に対してのみ、することができる」と規定している。

その趣旨は、いわゆる解除の不可分性といわれる性質であり、当事者が知らない間に契約関係が消滅することを防ぎ、また、一部の当事者についてのみ解除の効果を認めることによる法律関係の複雑化を回避するという点にある。

したがって、本記述は妥当である。

#### 5 妥当である。

判例（大判昭11. 5. 11）は、契約の解除により物件を返還すべき場合には、物件を受け取った後から生じた相当の使用料を支払うべきとしている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならない（民法545条2項）ところ、給付を受けた物から生ずる果実もそれとの均衡を図るべきということを挙げている。

したがって、本記述は妥当である。

#### ■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

（履行遅滞等による解除権）

第541条 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【 ① 】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。

（履行不能による解除権）

第543条 履行の全部又は一部が【 ② 】となったときは、債権者は、契約の解除をすることができる。ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

解答

①相当の期間 ②不能

## 民法☆実力診断テスト

### ◆【記述式への連携】

1 ( ) 内を、法律用語で正しく埋めて下さい。

- (1) 解除とは、(① ) が締結された後に、(② ) によって、その契約がはじめから存在しなかったと同様の状態に戻す効果を生じさせる制度をいう。
- (2) 解除における「第三者」(545条1項ただし書)とは、解除された契約から生じた法律効果を基礎として(③ ) までに新たな権利を取得した者をいう。
- (3) 合意解除とは、契約の効力が発生した後に、(④ ) 契約の効力を消滅させるものをいう。

2 次の法律用語を漢字で正しく書けますか(記述式で減点されないために)

- |                |                     |
|----------------|---------------------|
| ⑤ そきゅうこう       | ⑥ てっかい              |
| ⑦ ていきこうい(542条) | ⑧ りんかぶんせい(544条1項参照) |

### 解答

- 1 ①契約 ②その一方の当事者の意思表示 ③解除 ④両当事者の合意で
- 2 ⑤遡及効 ⑥撤回 ※“徹”ではありません ⑦定期行為 ⑧不可分性

問題9	民法	請負	重要度 A
-----	----	----	-------

問題 9 請負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、正しいものの組合せはどれか。

- ア 建築請負契約においては、常に民法 246 条 1 項ただし書が適用されるから、材料を提供したのが注文者であるか、請負人であるかにかかわらず、請負人が完成した目的物の所有権を取得する。
- イ 請負契約において仕事が完成しない間に、注文者の責に帰すべき事由によりその完成が不能となった場合、請負人は、工事の出来高に応じた請負代金しか請求できない。
- ウ 注文者と元請負人との間で、請負目的建物の出来形の所有権は、注文者に帰属するとの特約があったとしても、当該特約は第三者を拘束しないので、下請負人が自ら材料を提供して築造した出来形部分の所有権は、下請負人に帰属する。
- エ 請負人の目的物引渡義務と注文者の報酬支払義務は同時履行の関係に立つ。
- オ 請負契約の目的物に瑕疵があった場合、注文者は信義則に反する場合を除き、請負人から瑕疵の修補に代わる損害の賠償を受けるまでは、報酬残債権全額の支払を拒むことができ、これについて履行遅滞の責任を負わない。

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

※ 問題の重要度のランク付けについて

- A ランク…合格するためには必ず得点すべき問題、誤答の際は完璧に復習すべき問題。  
 B ランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）  
 C ランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題9	民法	請負	正解 5
			関連過去問：23-34

ア誤り。本記述は、材料を提供したのが注文者であるか、請負人であるかにかかわらず、請負人が完成した目的物の所有権を取得するとしている点で、誤っている。

建築請負契約において完成した建物の所有権が請負人・注文者のどちらに帰属するかについて、判例は、民法246条の加工の規定の適用を排除し、原則として材料提供の主体を基準に判断している。

すなわち、①注文者が材料の全部ないし主要部分を提供した場合には、完成建物の所有権は注文者に帰属する（大判昭7. 5. 9）、②請負人が材料の全部ないし主要部分を提供した場合には、原則として、完成建物の所有権は請負人に帰属し、引渡しによって注文者に移転する（大判大3. 12. 26）。ただし、③当事者間に特約があれば、請負人が材料を全部提供した場合にも、注文者は竣工と同時に建物所有権を取得することができ（大判大5. 12. 13）、請負代金が全額又は大部分支払われているときは、この特約の存在を推認することができるとしている（大判昭18. 7. 20）。

イ誤り。本記述は、請負人は、工事の出来高に応じた請負代金しか請求できないとしている点で、誤っている。

判例（最判昭52. 2. 22）は、「請負契約において、仕事が完成しない間に、注文者の責に帰すべき事由によりその完成が不能となつた場合には、請負人は、自己の残債務を免れるが、民法536条2項によつて、注文者に請負代金全額を請求することができ、ただ、自己の債務を免れたことによる利益を注文者に償還すべき義務を負うにすぎない」としている。

ウ誤り。本記述は、下請負人が自ら材料を提供して築造した出来形部分の所有権は、下請負人に帰属するとしている点で、誤っている。

判例（最判平5. 10. 19）は、「建物建築工事請負契約において、注文者と元請負人との間に、契約が途中で解除された際の出来形部分の所有権は注文者に帰属する旨の約定がある場合に、当該契約が途中で解除されたときは、元請負人から一括して当該工事を請け負った下請負人が自ら材料を提供して出来形部分を築造したとしても、注文者と下請負人との間に格別の合意があるなど特段の事情のない限り、当該出来形部分の所有権は注文者に帰属すると解するのが相当である」としている。

エ正しい。本記述は、民法633条本文により正しい。

報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に支払わなければならない（民法633条本文）。すなわち、請負が完成された物を引き渡す債務をもってその内容としている場合には、その引渡しと報酬支払とは同時履行の関係に立つ。

オ正しい。本記述は、最判平9. 2. 14により正しい。

判例は、「請負契約において、仕事の目的物に瑕疵があり、注文者が請負人に対し

て瑕疵の修補に代わる損害の賠償を求めたが、契約当事者のいずれからも右損害賠償債権と報酬債権とを相殺する旨の意思表示が行われなかった場合又はその意思表示の効果が生じないとされた場合には、民法634条2項により右両債権は同時履行の関係に立ち、契約当事者の一方は、相手方から債務の履行を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができ、履行遅滞による責任も負わない」が、「瑕疵の程度や各契約当事者の交渉態度等に鑑み、右瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権全額の支払を拒むことが信義則に反すると認められるときは、この限りではない」としている。

その理由として、判例は、そのように解さなければ、「注文者が同条〔注：民法634条〕1項に基づいて瑕疵の修補の請求を行った場合と均衡を失し、瑕疵ある目的物しか得られなかった注文者の保護に欠ける一方、瑕疵が軽微な場合においても報酬残債権全額について支払が受けられないとすると請負人に不公平な結果となる」ということを挙げている。

以上により、正しい記述はエとオであり、したがって、正解は肢5となる。

●本問に関連し、別冊・辰巳重要論点ポイントノートの【請負】のまとめ参照

■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

(請負人の担保責任)

第634条 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【 ① 】を請求することができる。ただし、瑕疵が【 ② 】場合において、その修補に【 ③ 】を要するときは、この限りでない。

2 注文者は、瑕疵の修補に【 ④ 】、又はその修補と【 ⑤ 】、【 ⑥ 】の請求をすることができる。この場合においては、第533条の規定を準用する。

第635条 仕事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【 ⑦ 】をすることができる。ただし、【 ⑧ 】については、この限りでない。

解答

①瑕疵の修補 ②重要でない ③過分の費用 ④代えて ⑤ともに ⑥損害賠償

⑦解除 ⑧建物その他の土地の工作物

## 民法☆実力診断テスト

### ◆【記述式への連携】

次の法律用語を漢字で正しく書けますか（記述式で減点されないために）

- |           |               |
|-----------|---------------|
| ① うけおい    | ② いにん         |
| ③ きたくけいやく | ④ かししゅうほせいきゅう |
| ⑤ たんぼせきにん | ⑥ ぜんかんちゅういぎむ  |

解答

- ①請負 ②委任 ③寄託契約 ④瑕疵修補請求 ⑤担保責任 ⑥善管注意義務

問題 10	民法	婚姻	重要度 A
-------	----	----	-------

問題 10 婚姻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 15歳で婚姻した女性は、16歳に達した後3か月間は、追認をしない限り、婚姻の取消しを請求することができる。
- 2 詐欺又は強迫によって婚姻をした者は、追認をしない限り、詐欺を発見し又は強迫を免れた後5年以内であれば婚姻を取り消すことができる。
- 3 婚姻相手が病気であることを知らずに婚姻し、婚姻後にその事実を知った場合、相手の性質ないし属性に関する錯誤が認められるから、人違いを主張して婚姻の無効を主張できる。
- 4 嫡出子としての地位を得させるための便法として婚姻の届出をし、届出についての意思の合致はあったが、真に夫婦関係の設定を欲する効果意思はなかった場合であっても、婚姻はその効力を生じる。
- 5 重婚禁止に反する婚姻がなされた場合、婚姻の取消請求権者は当事者に限られる。

※ 問題の重要度のランク付けについて

Aランク…合格するためには必ず得点すべき問題。誤答の際は完璧に復習すべき問題。

Bランク…正解することが望ましい問題（Bのうち半分は正解しないと合格できない問題）

Cランク…やや踏み込んだ知識で、難易度が高く、正解できなくても復習しておけばよい問題

問題 10	民法	婚姻	正解 1
			関連過去問：27-35

## 1 妥当である。

民法731条は、「男は、18歳に、女は、16歳にならなければ、婚姻をすることができない」と規定しており、民法745条2項は、「不適齢者は、適齢に達した後、なお3か月間は、その婚姻の取消しを請求することができる。ただし、適齢に達した後に追認をしたときは、この限りでない」と規定している。

したがって、本記述は妥当である。

## 2 妥当でない。

本記述は、取消権行使期間を、詐欺を発見し又は強迫を免れた後3か月以内とすべきところ、5年以内としている点で、妥当でない。

民法747条1項は、「詐欺又は強迫によって婚姻をした者は、その婚姻の取消しを家庭裁判所に請求することができる」と規定し、民法747条2項は、「前項〔注：民法747条1項〕の規定による取消権は、当事者が、詐欺を発見し、若しくは強迫を免れた後3か月を経過し、又は追認をしたときは、消滅する」と規定している。

## 3 妥当でない。

本記述は、病気であったことを理由に人違いを主張して婚姻の無効を主張することはできないとすべきところ、主張できるとしている点で、妥当でない。

民法742条柱書は、「婚姻は、次に掲げる場合に限り、無効とする」と規定し、民法742条1号において、「人違いその他の事由によって当事者間に婚姻をする意思がないとき」と規定しており、婚姻の無効原因の1つとして人違いを挙げている。

ここでの人違いとは、相手の同一性に関する錯誤をいい、結婚相手の性格や病気、生殖能力等相手の性質ないし属性に関する錯誤があっても通常は婚姻の無効をもたらさない。

## 4 妥当でない。

本記述は、婚姻はその効力を生じないとすべきところ、効力を生じるとしている点で、妥当でない。

判例（最判昭44.10.31）は、「右〔注：民法742条1号〕にいう『当事者間に婚姻をする意思がないとき』とは、当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指すものと解すべきであり、したがってたとえ婚姻の届出自体について当事者間に意思の合致があり、ひいて当事者間に、一応、所論法律上の夫婦という身分関係を設定する意思はあつたと認めうる場合であつても、それが、単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎないものであつて、前述のように真に夫婦関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合には、婚姻はその効力を生じない」としている。

## 5 妥当でない。

本記述は、婚姻の取消請求権者として、当事者、その親族、検察官、当事者の配偶者及び前



配偶者を挙げるべきところ、婚姻の取消請求権者は当事者に限られるとしている点で、妥当でない。

民法732条は、「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない」と規定している。一夫一婦制を婚姻の本質とすることから、重婚の禁止は当然の規定である。

そして、婚姻の取消請求権者について、民法744条1項本文は、民法「第731条から第736条までの規定に違反した婚姻は、各当事者、その親族又は検察官から、その取消しを家庭裁判所に請求することができる」と規定し、民法744条2項は、「第732条…の規定に違反した婚姻については、当事者の配偶者又は前配偶者も、その取消しを請求することができる」と規定している。

重婚の取消しの訴えは公益的見地から認められるものであるため、当事者のほか、その親族又は検察官、当事者の配偶者、前配偶者にも、幅広く取消権が与えられている。

## 民法☆実力診断テスト

■【択一式で確実に得点するための 重要条文チェック】自分の六法でチェックしましょう。

(婚姻適齢)

第731条 男は、【 ① 】歳に、女は、【 ② 】歳にならなければ、婚姻をすることができない。

(近親者間の婚姻の禁止)

第734条 直系血族又は【 ③ 】内の傍系血族の間では、婚姻をすることができない。ただし、養子と【 ④ 】との間では、この限りでない。

2 第817条の9の規定により【 ⑤ 】が終了した後も、前項と同様とする。

(未成年者の婚姻についての父母の同意)

第737条 未成年の子が婚姻をするには、【 ⑥ 】の同意を得なければならない。

2 父母の一方が同意しないときは、他の一方の同意だけで足りる。父母の一方が知れないとき、死亡したとき、又は【 ⑦ 】ときも、同様とする。

(成年被後見人の婚姻)

第738条 成年被後見人が婚姻をするには、その成年被後見人の同意を【 ⑧ 】。

解答

①18 ②16 ③3親等 ④養方の傍系血族 ⑤親族関係  
⑥父母 ⑦その意思を表示することができない ⑧要しない





# 民法☆実力診断テスト

## 択一式正答表

科目	問題	タイトル	正解	配点	備考	チェック欄
民法	1	失踪宣告	2	4		
	2	無権代理	3	4		
	3	不動産物権変動	2	4		
	4	即時取得	3	4		
	5	法定地上権	5	4		
	6	債務不履行責任	5	4		
	7	債権譲渡	4	4		
	8	解除	3	4		
	9	請負	5	4		
	10	婚姻	1	4		
			合計	点（択一式満点：40点）		





無料  
動画

# リーダーズ YAMADA の 行政書士おもしろ3分間 Movie



<http://r-tatsumi.com/st/group/gy3minutes/>

リーダーズ総合研究所・山田斉明講師が法律や行政書士試験をテーマに面白おかしく解説。様々なテーマを取り上げてやさしく分かりやすく解説していきます。

## 取り上げているテーマの一例

『憲法・官公庁シリーズ「国会議事堂」』『民法「軽井沢の別荘事案」』『一般知識シリーズ「世界遺産」』『民法条文シリーズ「質権」』『行政法「許可?のの違い」』『一般知識シリーズ「雇用」』ほか



スマートフォン、  
タブレットで  
視聴できます。

## 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2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F  
TEL092-726-5040 (代表)