

予備試験合格

原孝至先生
基礎集中 1st

第2回・民法

基礎集中講義

あなたの熱意・辰巳の誠意
辰巳法律研究所

基礎集中講義1st 民法

目 次

・【論文】応用事例問題	2
・【論文】応用事例問題【予備試験合格者再現答案】	8
・【論文】応用事例問題【答案例】	10
・【論文】応用事例問題【採点基準表】	12
・【短答】問題・解説	13
・【短答】正答表	29

基礎集中講義 1st（民法）	練習問題
----------------	------

応用事例問題

Aは、平成20年3月5日、自己の所有する甲土地について税金の滞納による差押えを免れるため、息子Bの承諾を得て、AからBへの甲土地の売買契約を仮装し、売買を原因とするB名義の所有権移転登記をした。次いで、Bは、Aに無断で、甲土地の上に乙建物を建築し、同年11月7日、乙建物についてB名義の保存登記をし、同日から乙建物に居住するようになった。

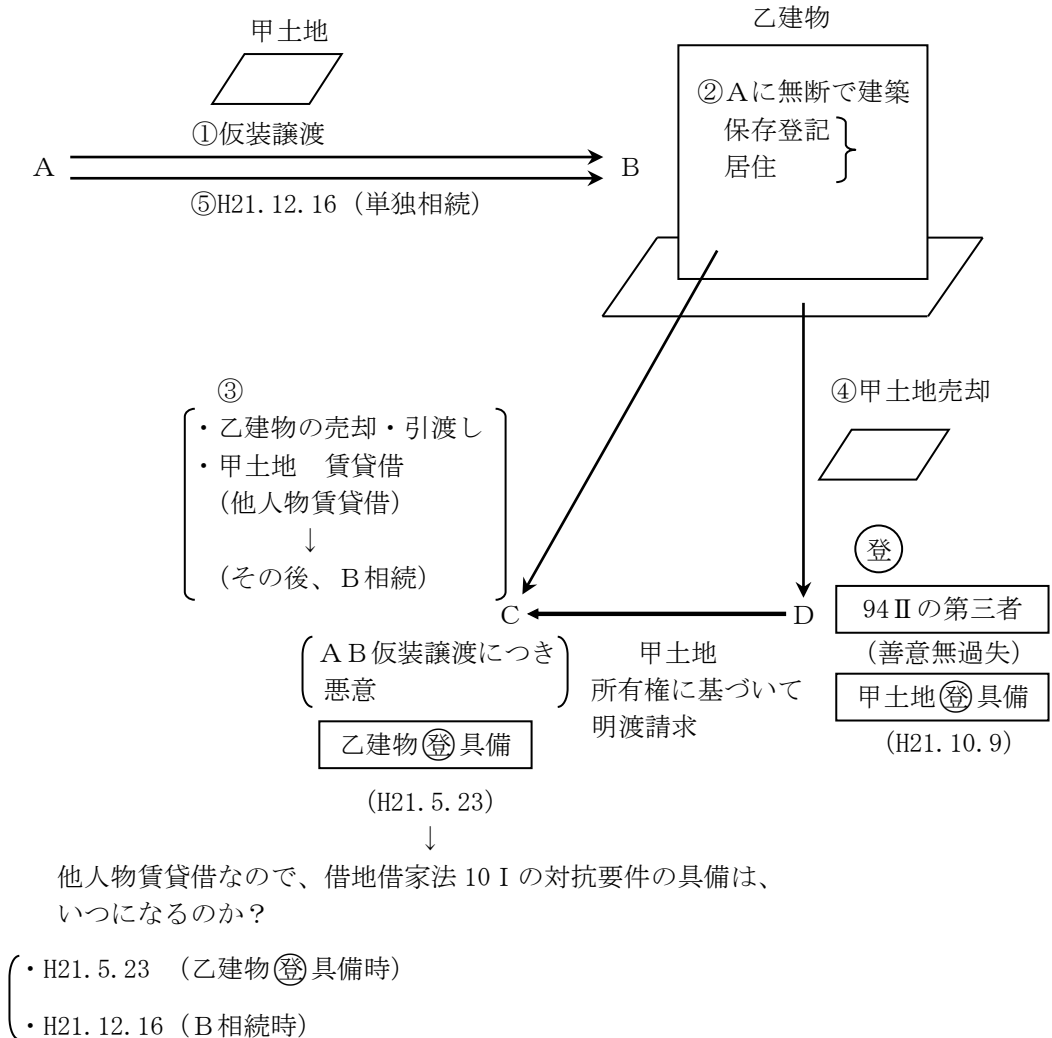
Bは、自己の経営する会社の業績が悪化したため、その資金を調達するために、平成21年5月23日、乙建物を700万円でCに売却し、C名義の所有権移転登記をするとともに、同日、Cとの間で、甲土地について建物の所有を目的とする賃貸借契約（賃料月額12万円）を締結し、乙建物をCに引き渡した。この賃貸借契約の締結に際して、Cは、甲土地についてのAB間の売買が仮装によるものであることを知っていた。

その後、さらに資金を必要としたBは、同年10月9日、甲土地をDに代金1000万円で売却し、D名義の所有権移転登記をした。この売買契約の締結に際して、Dは、甲土地についてのAB間の売買が仮装によるものであることを知らず、それを知らないことについて過失もなかった。

同年12月16日、Aが急死し、その唯一の相続人であるBがAの一切の権利義務を相続した。この場合において、Dは、Cに対し、甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明渡しを求めることができるかを論ぜよ。

（平成23年予備試験論文式試験民法）

◆ 事 案 ◆



□□ 94条2項の善意の第三者

(スタンダードテキスト民法1P.78～81)

1 本ケースで論じる実益

Dは、平成21年10月9日、Bから甲土地を譲り受けている。しかし、AB間の売買は、Aが税金滞納による差押えを免れるための偽装工作としてBの承諾を得てなされたものであるため、「相手方と通じてした虚偽の意思表示」として無効であり（94条1項）、Dは無権利者Bからの譲受人として甲土地所有権を取得しないのが原則である。

しかし、94条2項は、94条1項の規定による「意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない」と定めている。

そこで、Dは94条2項の善意の第三者として保護されないか。94条2項の善意の第三者の意義が問題となる。

2 学説

「善意」とは、通謀虚偽表示があったことを知らないことをいう。善意かどうかの判定時は、第三者がその地位を取得した時である（大判大5.11.17、最判昭55.9.11）。

「第三者」とは、虚偽表示の当事者およびその包括承継人以外の者で、虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったために、虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者をいう（大判大5.11.17、最判昭45.7.24・通説）。

□□他人物質貸借と相続（他人物質貸人が権利者の地位を相続した場合）

（スタンダードテキスト民法2P.221～2 参考）

1 本ケースで論じる実益

甲土地はAの所有物であり、Bには甲土地についての賃貸権限がないにもかかわらず、BはCとの間で、平成21年5月23日に、甲土地につき建物所有目的で賃貸借契約を締結している。このような他人物質貸借（559条、560条、601条）も債権的には有効であるが、真の権利者Aとの関係では効力が生じない。

そして、このような不完全な賃借権には借地借家法10条による保護を与えるだけの要保護性がないから、Cは、他人物質賃借権を根拠にDに対抗することはできない。

もっとも、本問では、平成21年12月16日、Aが急死し、その唯一の相続人であるBがAの一切の権利義務を相続している。そこで、これにより、Bに甲土地の処分権限がないことが治癒され、BC間の契約時から、Cは所有者に主張できる賃借権を取得したといえないか。他人物質貸人が権利者を相続することによって、賃貸権限がないという瑕疵が治癒されないかが問題となる。

2 学説

- (1) 他人物質貸人が権利者の地位を相続した場合に、いかなる法律関係が生じるかについて判断を下した判例は存在しない。また、この点については、特に学説上も論じられていない。
- (2) もっとも、賃貸借と同じく有償契約である売買において、他人物の売主の地位と権利者の地位が同一人に帰属した場合については判例・学説が存在するので、これらを参考に論じることは可能と思われる。

3 判例

他人物賃貸人が権利者の地位を相続した本問の場合と異なるが、他人の権利の売主が死亡し、その権利者が売主を相続した場合について、判例は、「権利者は、相続によって売主の義務ないし地位を承継しても、相続前と同様その権利の移転について諾否の自由を保有し、信義則に反すると認められるような特別の事情のないかぎり、右売買契約上の売主としての履行義務を拒否することができる」としている（最大判昭49.9.4）。

そして、多くの学説は、他人物売買と無権代理による本人の権利の処分とが社会的な実態としてはあまり異ならないこと等を理由にこれを支持している。

また、判例は、通常の特定期物売買の場合には、売主が第三者所有の特定物を売り渡した後目的物の所有権を取得した場合には、特段の約定ないし意思表示がない限り、売主が目的物の所有権を取得すると同時に当該所有権は買主に移転するとされている（大判大8.7.5、最判昭40.11.19）。

これらの考えを売買と同じく有償契約である賃貸借においても貫くと、他人物賃貸人が権利者の地位を相続すると同時に賃借権を取得し、この時点で無権限による瑕疵が治癒されると解され得る。

4 本問へのあてはめ

これを本問に即していうと、Aが死亡した平成21年12月16日にBはAを相続するから、Bはこの時点で甲土地の賃借権を取得し、同じくこの時点でCの賃借権は無権限の瑕疵が治癒される。

しかし、Cの対抗要件が備わるのは賃借権の瑕疵が治癒された平成21年12月16日であるのに対して、Dの甲土地の登記は、平成21年10月9日であるから、CはDに対抗できないことになる。

□□平成23年予備試験論文式試験民法出題趣旨

不動産の仮装売買（民法第94条第1項）を前提に、仮装名義人が不動産を一方に賃貸し、他方に売買した事案における、賃借人と買主との法律関係についての理解を問うものである。民法第94条第2項の善意の第三者に関する基本的理解を前提に、他人物売買及び他人物賃貸借をめぐる法律関係を検討し、さらに、他人物の売主及び賃貸人が所有者を相続した場合の法律関係を問うことで、正確な法的知識とそれに基づく事案分析能力、論理的思考能力及び応用力を試すものである。

〔予備試験合格者再現答案〕（A評価）

◇ MEMO ◇

1 1 DがCに対し、甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明渡
2 しを求めることができるためには、Dが甲土地の所有権を取
3 得していることが必要である。以下で検討する。

4 (1) Dは、甲土地の所有者ではないBから甲土地を譲り受け
5 ているが、登記に公信力はないため（192条参照）、D
6 は甲土地の所有権を取得できないのが原則である。

7 (2) もっとも、真実の所有者であるAには、AB間の売買契
8 約を仮装したという帰責性があるため、Dを94条2項の
9 「第三者」として保護することはできないか。

10 ア 本件では、AB間に通謀はないため、94条2項を直
11 接適用することはできない。

12 イ では、同項を類推適用することはできないか。

13 (イ) 同項の趣旨は、虚偽の外観を作出した本人の帰責性
14 の下、外観を信頼した第三者を保護する点にある。

15 そうだとすれば、①虚偽の外観があり、②外観作出
16 につき本人の帰責性があり、③第三者が外観を信頼し
17 た場合には、同条が類推適用されると解する。

18 なお、③については、虚偽表示では本人の帰責性が
19 大きく、第三者の保護を優先すべきであるため、無過
20 失までは必要ないと解する。

21 (イ) 本件では、①B名義の登記という虚偽の外観があり、
22 ②Aは自己名義で登記をすることができるにも関わら
23 ず、税金の滞納による差押えを免れるためにB名義の
24 登記をしているから、外観作出につきAに帰責性があ
25 り、③DはAB売買が仮装であることを知らないから、
26 外観を信頼しているといえる。

27 したがって、Dは「第三者」として保護され、甲土
28 地の所有権を取得する。

29 2 次に、Dが所有権に基づき甲土地の明渡しを請求できるた
30 めには、Dが所有権をCに対抗できることが必要である。以
31 下で検討する。

32 (1)ア Cは、Dより前に甲土地について建物の所有を目的と
33 する賃貸借契約を締結しており、甲土地の上にC名義の
34 登記がなされている建物を所有しているから、Dに甲土
35 地の借地権を対抗できるとも思える（借地借家法10条
36 1項）。

37 イ もっとも、Cは、甲土地についてAB間の売買が仮装
38 であることを知っているから、94条2項の「第三者」
39 としては保護されない。また、賃料の月額が安いので、

40 真の権利者から明渡し請求されることを予定していたと考
41 えられる。

42 そうだとすれば、他人物質貸借（559条・561条
43 参照）において、真の権利者から明渡し請求がなされた
44 場合に応じなければならないのと同様に、94条2項に
45 より保護される「第三者」が現れた場合には、かかる第
46 三者に賃借権を対抗することはできないと解する。

47 本件では、Dは94条2項で保護される「第三者」で
48 あるため、CはDに賃借権を対抗することはできないと
49 も思える。

50 (2) もっとも、その後Aが急死し、BはAの権利義務を相続
51 （民法882条、896条本文）している。そこで、相続
52 により、甲土地を本人が賃貸したことになるのではないか
53 問題となる。

54 ア 相続人は、被相続人の一切の権利義務を相続すること
55 になるため、相続により他人物質貸人の地位と本人の地
56 位が融合すると解する。

57 そうだとすれば、他人物質貸借は無権限者が目的物を
58 処分した点で無権代理人の行為と類似するから、116
59 条の準用により本人は追認権を有するが、他人物質貸人
60 はこの追認権を相続する。

61 したがって、追認権の行使により、他人物質貸借は遡
62 って本人の賃貸借となるとも思える（116条本文）。

63 もっとも、第三者の権利を害することはできないから
64 （116条但書）、目的物について追認までに利害関係
65 を有するに至った「第三者」が現れた場合は、「第三
66 者」が優先すると解する。

67 イ 本件では、Dは相続の前に甲土地の所有権を取得して
68 いるから、追認までに利害関係を有するに至った「第三
69 者」にあたる。したがって、Dが優先し、DはCに対し
70 所有権を対抗できる。

71 3 よって、DはCに対し、所有権に基づき甲土地の明渡しを
72 請求できる。

73 以 上

〔答案例〕（辰巳法律研究所作成）

◇ MEMO ◇

1 第1 Dが、Cに対し甲土地所有権に基づいて甲土地明渡し
2 を請求するためには、①Dが甲土地所有権を有すること、
3 ②Cに対し①を対抗することが必要である（177条）。

4 第2 ①Dが甲土地所有権を有するか否かについて

5 Dは、平成21年10月9日、Bから甲土地を譲り受け
6 ている。しかし、AB間売買は、Aが税金滞納による差押
7 えを免れるための仮装工作としてBの承諾を得てなされた
8 ものであるため、Aが「相手方」B「と通じてした虚偽の
9 意思表示」として「無効」であり（94条1項）、Dは無
10 権利者からの譲受人として甲土地所有権を取得しないのが
11 原則である。

12 しかし、94条1項「の規定による意思表示の無効は、
13 善意の第三者に対抗することができない」（同条2項）。D
14 は、AB間売買が仮装であることにつき善意であるから、
15 Aは「意思表示の無効」を「善意の第三者」D「に対抗す
16 ることができない」（同条2項）。

17 よって、Dは甲土地の所有権を取得する。

18 第3 ②Cに対する権利の対抗の可否について

19 1 上記のように、Dが甲土地所有権を取得するとしても、
20 甲不動産の取得は「登記をしなければ、第三者に対抗す
21 ることができない」（177条）。

22 本問では、Dは、平成21年10月9日に甲土地所有
23 権移転登記を経ている。したがって、「第三者」C「に
24 対抗することが」できる。

25 2 これに対し、Cとしては、甲土地の賃借権により対抗
26 を主張することが考えられるので、以下検討する。

27 (1) まず、CはAB間の仮装売買について悪意であり、
28 Cは94条2項の第三者としては保護されない。

29 (2)ア 次に、CはBとの間で、平成21年5月23日に、
30 甲土地につき建物所有目的で賃貸借契約を締結し、
31 乙建物の所有権移転登記を備えている。そして、借
32 地権はその登記がなくとも、借地権者が土地上に登
33 記された建物を有するときは借地権を第三者に対抗
34 できるから（借地借家法10条）、これにより、D
35 に対抗できないか。

36 確かに、他人物賃借権（559条、560条、6
37 01条）は債権的に有効である。しかし、Bには、
38 甲土地の賃貸借契約について賃貸権限がないから、
39 真の権利者Aとの関係では無効である。このような

不完全な賃借権には借地借家法10条による保護を与えるだけの要保護性がない。よって、Cは、他人物賃借権を根拠にDに対抗することはできない。

イ もっとも、Aが平成21年12月16日に死亡していることから、他人物賃貸人Bが本人Aを相続することによって、Bに甲土地の処分権限がないことが治癒され、BC間の契約時から所有者に主張できる賃借権を取得したといえないかが問題となる。

他人物売買(560条)においては、売主が目的物の所有権取得時に買主は所有権を取得するとされているところ、相続による権限取得もこれと異なるところはない。そこで、本問では、BがAを相続することにより、この時点で賃貸権限を取得し、Cの賃借権は、無権限による瑕疵が治癒されるとも思える。

しかし、94条2項の「対抗することができない」とは、表意者から第三者に法定承継取得されると解するところ、Dは平成21年10月9日に善意の第三者としてAから甲土地所有権を承継取得しており、平成21年12月16日のA死亡の時点で、Aは甲土地所有権者ではなくなっている。従って、Bが相続する「被相続人」A「の財産に属した一切の権利義務」(896条1項)に、甲土地所有権は含まれていない。よって、Bが甲土地所有権を取得することはないから、無権限による瑕疵は治癒されないと解する。

3 以上より、本問では、Dは、Cに対し甲土地所有権を対抗できる。なお、かかる結論によれば、Cは、乙建物に現に居住しているにもかかわらず、甲土地・乙建物を明け渡さなければならず、Cに酷とも思える。しかし、Dは、Aが死亡していなければ制限のない所有権を取得していたのであり、Aの死亡という偶然の事情によりCの賃借権の制限を受けるとするのは利益考量として妥当ではないと考える。

第4 結論

以上より、DのCに対する甲土地所有権に基づく甲土地明渡請求は認められる。

以 上

採点基準表

○基本配点分（合計 40 点）

第 1 Dの所有権取得について

- 1 AB間売買契約は通謀虚偽表示であり無効（民法94条1項）であって、Dは無権利者からの譲受人であることの指摘…………… 5点
- 2 民法94条2項の検討
 - (1) 「善意」の意義・検討…………… 5点
 - (2) 「第三者」の意義・検討…………… 5点
 - (3) 「対抗することができない」の意義・検討…………… 5点

第 2 Cの対抗力について

- 1 AB間売買契約は通謀虚偽表示であり無効（民法94条1項）であって、Cは無権利者からの賃借人であることの指摘…………… 3点
- 2 借地借家法10条1項の検討…………… 5点
- 3 BがAを相続した点についての検討…………… 10点
- 4 結論の妥当性についての検討…………… 2点

○加点評価点…………… 5点

問題文における事実をうまく使用してあてはめを丁寧に行っている答案など、採点をするにあたり特に評価すべき点が認められ、印象のよい答案であれば、5点を上限として加点します。

○基礎力評価点…………… 5点

事例解析能力・論理的思考力・法解釈適用能力・全体的な論理的構成力・文章表現力につき、5点を上限として考慮します。

○合計得点…………… 50点

基礎集中講義 1st (民法)

短答問題・解説

〔第1問〕(配点：2)

代理に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(解答欄は、[No. 1])

ア. Aの代理人として土地を購入する権限を与えられたBが、Cとの間で甲土地の売買契約を締結する際に、Bの従業員Dに命じて甲土地の売買契約書に「Aの代理人B」という署名をさせた場合でも、AC間に売買契約の効力が生ずる。

イ. Aの代理人として土地を購入する権限を与えられたBが、Aの許諾を得て復代理人Cを選任し、CがDとの間で甲土地の売買契約を締結した場合、CがDに対しAのために売買契約を締結することを示しただけで、自らが代理人Bによって選任された復代理人であることを示さなかったときは、AD間に売買契約の効力は生じない。

ウ. Aの代理人として土地を購入する権限を与えられたBが、CのBに対する詐欺により、Aのためにすることを示してCとの間で甲土地の売買契約を締結した場合、Aは、その売買契約を取り消すことができない。

エ. Aの代理人として土地を購入する権限を与えられたBが、Cから甲土地を売却する権限を与えられてCの代理人にもなり、A及びCを代理してAC間の甲土地の売買契約を締結した場合、Bが双方代理であることをA及びCの双方にあらかじめ通知したときは、AC間に売買契約の効力が生ずる。

オ. Aの代理人として土地を購入する権限を与えられたBが、Aのためにすることを示さずにCとの間で甲土地の売買契約を締結した場合、BがAのために売買契約を締結することをCが知ることができたときは、AC間に売買契約の効力が生ずる。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ ウ 4. ウ エ 5. エ オ

〔第1問解説〕代 理

正解〔No.1〕2

(司法試験H27-民3)

ア正しい。民法99条1項。代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。代理とは、法律行為を授權するものであり代理人が意思表示を行う。一方、**授權行為によって事実行為をする者を使者といい、使者は本人の意思表示を相手方に伝達するにすぎない。**使者は、本人の完成した意思表示を伝達するにとどまる機関（伝達機関）と、本人の意思を相手方に表示することによって意思表示を完成させる機関（表示機関）とに分類することができる。

本記述では、代理人Bが、従業員Dに命じて「Aの代理人B」という署名をさせており、Dは代理人Bが本人Aのためにする意思表示を相手方Cに表示することによって意思表示を完成させる表示機関としての役割を担っている。そして、当該署名により、代理人Bが本人Aのために示した意思表示があるといえ、Aに売買契約の効果が帰属する。

したがって、本記述は正しい。

イ誤り。民法106条1項、99条1項。**復代理人は、その権限内の行為について、本人を代表する（民法106条1項）。**そして、代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる（民法99条1項）。これは、復代理人は、本人の代理人であって代理人の代理人になるわけではなく、代理人及び復代理人はともに本人の代理人となることに基づく。

よって、本記述において、復代理人Cは相手方Dに対し、本人Aのために売買契約を締結することを示せば足り、自らが代理人Bによって選任された復代理人であることを示す必要はない。

したがって、本記述は誤っている。

ウ誤り。民法101条1項、96条1項。意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、**その事実の有無は、代理人について決するものとする（民法101条1項）。**これは、現実意思表示を行うのが代理人であることに基づく当然の規定である。そして、詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる（民法96条1項）。

よって、本記述において、本人Aは、民法101条1項の適用により、相手方Cの詐欺を理由として売買契約を取り消すことができる。

したがって、本記述は誤っている。

エ誤り。民法108条1項ただし書。同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。当事者双方の代理人となることを双方代理といい、一方当事者に不利な契約をするおそれがあることから禁止されている。もっとも、その趣旨が本人の保護にあることから、本人があらかじめ許諾した場合には双方代理も許される（民法108条1項ただし書）。

本記述において、BはAに対して事前に通知したに過ぎず、Aはあらかじめ許諾をしていない。

よって、AC間に売買契約の効力は生じない。

したがって、本記述は、AC間に売買契約の効力が生ずるとしている点で、誤っている。

オ正しい。民法100条ただし書、99条1項。代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のために示したものとみなす。**ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、又は知ることができたときは、前条1項の規定を準用する（民法100条）。**そして、代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる（民法99条1項）。これは、民法100条本文の趣旨が代理人の意思表示が本人のためにするものであることを知らない第三者を保護する点にあるところ、相手方が、本人の代理人であると知っているときや、知ることができたときには、あえて代理人の犠牲において相手方・代理人間で契約を成立させる必要がないことから、その意思表示の効果を本人に帰属させるとするものである。

よって、本記述において、代理人Bは、本人Aのためにすることを示さずに法律行為を行っているが、相手方CがAのためにすることを知ることができた場合であるから、Aに売買契約の効果が帰属する。

したがって、本記述は正しい。

以上により、正しい記述はアとオであり、したがって、正解は肢2となる。

【MEMO】

〔第2問〕（配点：2）

不動産登記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。（解答欄は、〔No.2〕）

- ア．AがA所有の甲土地をBに売却し、その旨の所有権移転登記がされた後、Bは、甲土地をCに売却し、その旨の所有権移転登記がされた。その後、AがBの強迫を理由としてBに対する売買の意思表示を取り消した場合、Aは、Cに対し、甲土地の所有権がAからBに移転していないことを主張することができる。
- イ．AがA所有の甲土地をBに売却し、その旨の所有権移転登記がされた後、Aは、Bの詐欺を理由としてBに対する売買の意思表示を取り消した。その後、BがCに甲土地を売却し、Cへの所有権移転登記をした場合、Aは、Cに対し、甲土地の所有権がBからAに復帰したことを主張することができない。
- ウ．Aは亡Bから亡Bの所有していた乙土地の遺贈を受けたが、その旨の所有権移転登記をしていなかった。その後、亡Bの共同相続人の一人であるCの債権者Dが乙土地についてCの相続分に相当する持分を差し押さえ、その旨の登記がされた。この場合、Aは、Dに対し、乙土地の所有権を亡Bから取得したことを主張することができる。
- エ．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。
- オ．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、その取得時効の完成後にCが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ない。

1. ア イ 2. ア ウ 3. イ エ 4. ウ オ 5. エ オ

〔第2問解説〕不動産登記

正解〔No.2〕4

(司法試験H27-民7)

ア正しい。強迫による意思表示は取り消すことができる(民法96条1項)。そして、強迫による取消しは、取消前に現れた(善意の)第三者にも対抗できるかについて、対抗できると解されている。強迫を受けた表意者の帰責性は、詐欺にあった表意者の帰責性よりも弱く、より厚く保護されるべきであるということ及び「詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない」と規定する民法96条3項の反対解釈による。

よって、AはCに対し、甲土地の所有権がAからBに移転していないことを主張することができる。

したがって、本記述は正しい。

イ正しい。大判昭17. 9. 30(百選I51事件)。まず、民法96条3項の「第三者」について、判例は、取消前より既にその行為の効力につき利害関係を有する第三者に限定して解すべきとしている。

その理由として、判例は、民法96条3項は、取消しの遡及効を制限する趣旨であるということを挙げている。

その上で、取消後の第三者について、判例は、民法177条により登記をしなければ対抗することができないのが本則であるとしている。

判例に賛成する学説は、その理由として、取消後の第三者に対して、取消権者が常に所有権の遡及的復帰を主張できるとすると登記に公信力がないので取引の安全を害するということや、取消しに遡及効があるのは、法的な擬制であり、取り消されるまでは取り消し得る行為も有効であるから、取消しの時点であたかも所有権の復帰があったように扱うことができるので、二重譲渡があったのと同じであるから、対抗問題となるということを挙げている。

よって、AはCに対し、甲土地の所有権がBからAに復帰したことを主張することができない。

したがって、本記述は正しい。

ウ誤り。最判昭39. 3. 6(百選III80事件)。判例は、本間と同様の事案において、「本件不動産につき遺贈による移転登記のなされない間に、亡Bと法律上同一の地位にあるC〔注：亡Bの相続人の1人〕に対する強制執行として、Cの前記持分〔注：相続による持分(4分の1)〕に対する強制競売申立が登記簿に記入された前記認定の事実関係のもとにおいては、競売中立〔ママ〕をした被上告人は、前記Cの本件不動産持分に対する差押債権者として民法177条にいう第三者に該当し、受遺者は登記がなければ自己の所有権取得をもって被上告人に対抗できないものと解すべきであり、原判決認定のように競売申立記入登記後に遺言執行者が選任せられても、それは被上告人の前記第三者たる地位に影響を及ぼすものでない」と解するのが相当である。」としている。

その理由を、判例は、「不動産の所有者が右不動産を他人に贈与しても、その旨の登記手続をしない間は完全に排他性ある権利変動を生ぜず、所有者は全くの無権利者とはならないと解すべきところ……、遺贈は遺言によつて受

遺者に財産権を与える遺言者の意思表示にはかならず、遺言者の死亡を不確定期限とするものではあるが、意思表示によつて物権変動の効果を生ずる点においては贈与と異なるところはないのであるから、遺贈が効力を生じた場合においても、遺贈を原因とする所有権移転登記のなされない間は、完全に排他的な権利変動を生じないものと解すべきである。そして、民法177条が広く物権の得喪変更について登記をもつて対抗要件としているところから見れば、遺贈をもつてその例外とする理由はないから、**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ものと解すべきである。**」としている。

したがって、本記述は、AはDに対し、乙土地の所有権を亡Bから取得したことを主張することができるとしている点で、誤っている。

エ正しい。最判昭41. 11. 22。判例は、本問と同様の事案において「時効による不動産所有権取得の有無を考察するにあつては、単に当事者間のみならず第三者に対する関係も同時に考慮しなければならないのであつて、この関係においては、結局当該不動産についていかなる時期に何人によつて登記がなされたかが問題となるのである。そして、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ものと解すべきことは、当裁判所の判例とするところであつて……、これを變更すべき必要を認めない。**」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、時効完成時の権利者は、**当事者であつて第三者ではない**ということを挙げている。

よつて、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。

したがって、本記述は正しい。

オ誤り。最判昭42. 7. 21。判例は、本問と同様の事案において、「**被上告人〔注：時効取得者〕はその時効取得を登記なくして上告人〔注：不動産の取得時効完成前に原所有者から所有権を取得し、時効完成後に移転登記を経由した者〕に対抗できる筋合であり、このことは上告人がその後所有権取得登記を経由することによつて消長を来さないものというべきである。**」としている。

その理由として、判例は、時効完成後に移転登記を経由した「上告人は本件土地所有権の得喪のいわば**当事者の立場に立つ**」ということを挙げている。

したがって、本記述は、Aは、Cに対し、乙土地の所有者を時効取得したことを主張することができる**とすべきところ、できない**としている点で、誤っている。

以上により、誤っている記述はウとオであり、したがって、正解は肢4となる。

【MEMO】

〔第3問〕（配点：2）

債務不履行による損害賠償に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。（解答欄は、〔No.3〕）

- ア．消費貸借の約定利率が法定利率を超える場合、借主が返済を遅滞したときにおける損害賠償の額は、約定利率により計算される額であり、貸主は、約定利率により計算される額を超える損害が生じていることを立証しても、その賠償を借主に請求することはできない。
- イ．家屋の賃借人が賃貸借契約の終了後もその家屋を賃貸人に返還しない場合、賃貸人は、その賃貸借契約で定められた賃料に相当する額の損害賠償を賃借人に請求することができるが、賃貸人がその賃貸借契約の終了後に別の者との間でその家屋の賃貸借契約を締結し、その賃貸借契約で定められた賃料が従前の賃料を上回るときであっても、その新たな賃料に基づく損害賠償を賃借人に請求することはできない。
- ウ．営業用店舗の賃貸人が修繕義務の履行を怠ったために賃借人がその店舗で営業をすることができなかった場合、賃借人は、これにより生じた営業利益の喪失による損害の賠償を、債務不履行により通常生ずべき損害として請求することができるが、賃借人が営業をその店舗とは別の場所で再開するなどの損害を回避又は減少させる措置を何ら執らなかったときは、そのような措置を執ることができた時期以降に生じた損害の全ての賠償を請求することはできない。
- エ．当事者が債務不履行について損害賠償の額を予定している場合、裁判所は、その損害賠償の予定額を増減することはできず、過失相殺により賠償額を減額することもできない。
- オ．当事者が損害賠償の方法について金銭以外の物による旨の合意をしても、その効力は認められない。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ エ 4. イ オ 5. ウ エ

〔第3問解説〕債務不履行による損害賠償

正解〔No.3〕1

(司法試験H27-民15)

ア正しい。民法419条1項ただし書。約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による。

金銭債務の不履行についてこのような特則が設けられた理由は、金銭の用途は千差万別であり、債権者が不払いによってどのような損害を被るのか確知することが困難であること、通常は不払いによって生じるのは利息相当の損害であること、などの点にある。

よって、貸主は、約定利率により計算される額を超える損害が生じていることを立証しても、その賠償を借主に請求することはできない。

したがって、本記述は正しい。

イ誤り。最判昭41.6.24。家屋の賃借人が賃貸借契約の終了後もその家屋を賃貸人に返還しない場合、賃貸人は債務不履行にもとづく損害賠償請求をすることができる(民法415条)。この場合における「損害額」について、判例は、「当該土地を他に賃貸することにより通常得べかりし賃料相当額」がこれにあたるとしている。本問においては、賃貸人が請求する損害賠償の賠償額として、「従前の賃貸借契約時に合意された賃料の額」と「本問賃貸借契約終了後に賃貸人が別の者と締結した賃貸借契約において合意された賃料の額」の2つが損害額として主張されており、後者の方が賃料額が高いという関係にある。

判例の考え方を前提にすると、「従前の賃貸借契約時に合意された賃料の額」が「他に賃貸することにより通常得べかりし賃料相当額」の範囲内であれば、賃貸人は賃借人に損害賠償請求することができるが、その範囲を超えていれば損害賠償請求することはできないのに、本記述前段は、常に請求することができるとしている点で、誤っている。

さらに、「本問賃貸借契約終了後に賃貸人が別の者と締結した賃貸借契約において合意された賃料の額」が、「他に賃貸することにより通常得べかりし賃料相当額」の範囲内であるか否かにかかわらず、請求することはできないとしている点で、本記述後段は誤っている。

したがって、本記述は誤っている。

ウ正しい。最判平21.1.19(百選Ⅱ6事件)。判例は、本記述と同様の事案において「事業用店舗の賃借人が、賃貸人の債務不履行により当該店舗で営業することができなくなった場合には、これにより賃借人に生じた営業利益喪失の損害は、債務不履行により通常生ずべき損害として民法416条1項により賃貸人にその賠償を求めることができると解するのが相当である」が、「民法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈上、本件において、被上告人が上記措置を執ることができたと解される時期以降における上記営業利益相当の損害のすべてについてその賠償を上告人らに請求することはできないというべきである」としている。

その理由として、判例は、「被上告人がカラオケ店の営業を別の場所で再開する等の損害を回避又は減少させる措置を何ら執ることなく、本件店舗部分

における営業利益相当の損害が発生するにまかせて、その損害のすべてについての賠償を上告人らに請求することは、条理上認められない」ことを挙げている。

したがって、本記述は正しい。

- エ誤** リ。最判平6. 4. 21。判例は、本件類似の事案において、「当事者が民法420条1項により損害賠償額を予定した場合においても、債務不履行に関し債権者に過失があったときは、特段の事情のない限り、裁判所は、損害賠償の責任及びその金額を定めるにつき、これを斟酌すべきものと解するのが相当であるところ、原審の適法に確定した事実関係の下においては、損害賠償額の予定としての本件工事遅滞損害金につき上告人側の過失を考慮してその3割を減額すべきものとした原審の判断は、正当として是認することができる」としている。

民法420条の趣旨が債務不履行による損害の発生と損害額を算定するコストを回避することに限定されているのであり、その点では、あくまで民法416条の特則にすぎないと解すれば、民法416条の適用後、さらに過失相殺が問題とされるのと同様に、民法420条は、過失相殺を排除するものではないということになる。**賠償額の予定がなされている場合にも、過失相殺は排除されないというのが現在の一般的な理解である。**

したがって、本記述は、裁判所は過失相殺により賠償額を減額することができる、減額できないとしている点で、誤っている。

- オ誤** リ。民法421条。前条の規定は、当事者が金銭でないものを損害の賠償に充てるべき旨を予定した場合について準用する。民法は金銭賠償の原則を定めているが（民法417条）、金銭以外のものをもって損害賠償に充てる旨の合意があらかじめなされることを否定する必要もないので、その旨を明らかにしたのが本条である。

したがって、本記述は、当事者が損害賠償の方法について金銭以外のものによる旨の合意をすれば、その効力は認められるところ、認められないとしている点で、誤っている。

以上により、正しい記述はアとウであり、したがって、正解は肢1となる。

【MEMO】

〔第4問〕（配点：2）

賃貸借及び使用貸借に関する次の1から4までの各記述のうち、使用貸借にのみ当てはまるものはどれか。なお、本問において、賃貸借の賃貸人及び使用貸借の貸主は、いずれも「貸主」といい、賃貸借の賃借人及び使用貸借の借主は、いずれも「借主」という。（解答欄は、〔No. 4〕）

1. 借主は、目的物の通常の必要費を負担する。
2. 借主は、契約又はその目的物の性質によって定まった用法に従い、目的物の使用及び収益をしなければならない。
3. 貸主が死亡した場合、契約は当然に終了する。
4. 借主は、契約が終了した場合、目的物を原状に復さなければならないが、借主が目的物に附属させた物を収去するには、貸主の同意を得る必要がある。

〔第4問解説〕賃貸借と使用貸借

正解〔No.4〕1

(司法試験H27-民24)

1 使用貸借にのみ当てはまる

民法595条1項、608条1項。使用貸借において、借主は、借用物の通常必要費を負担する。

その趣旨は、借主は無償で目的物の使用・収益をすることができるので、その反面で通常必要費を負担することにより公平を図ることにある。

これに対し、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。

本来、賃貸人は、賃料を取得して賃借人に賃借物の使用収益させるものであるから、使用及び収益を妨げるような状態にあるときは、その障害を除去しなければならないが、多くは必要な修繕する義務が生ずる（民法606条1項）。このような場合に、賃借人が代わって修繕などをしたときは、賃借人はこれを必要費として賃貸人に償還請求できるものとした。

よって、賃借人は、目的物の通常必要費を負担しない。

したがって、本記述は使用貸借にのみ当てはまる。

2 賃貸借にも使用貸借にも当てはまる

民法594条1項、616条。使用貸借の借主は、契約又はその目的物の性質によって定まった用法に従い、その物の使用及び収益をしなければならない。また、民法594条1項の規定は、民法616条により、賃貸借について準用されている。

したがって、本記述は賃貸借にも使用貸借にも当てはまる。

3 賃貸借にも使用貸借にも当てはまらない

民法597条3項。使用貸借は、借主の死亡によって終了する。その趣旨は、使用貸借は無償であり、貸主借主の個人的な対人関係に基づく場合が一般であることから、借主の死亡によって消滅するものとし、相続人への権利承継を認めないことにある。

また、貸主の死亡によって使用貸借はその効力を失わないとされる。これは、貸主が死亡した場合には、借主のもとに目的物の占有があり、その時点で借主は使用収益出来る状態になっていることから、当初の契約のもとで予測されたリスクにはそれほど大きな変更がないためである。また、賃貸借契約の目的物の相続承継に伴ってその貸主の地位も相続人に承継される。

よって、賃貸借においても貸主が死亡した場合、契約は当然に終了しない。

したがって、本記述は賃貸借にも使用貸借にも当てはまらない。

4 賃貸借にも使用貸借にも当てはまらない

599条、622条。借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、使用貸借が終了したときは、その附属させた物を収去する義務を負う。借主による附属物の収去が可能な場合には、賃借人は、賃貸人から収去請求を受けないときには、附属物を収去することができ、この場合、賃貸人は、これを受忍しなければならない。

よって、借主が目的物に附属させた物を収去するには、貸主の同意を得る必要はない。

また、599条の規定は、賃貸借について準用されている。

したがって、本記述は賃貸借にも使用貸借にも当てはまらない。

〔第5問〕（配点：2）

遺贈に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。（解答欄は、〔No. 5〕）

ア．遺贈は、相続人に対してすることができない。

イ．包括遺贈を受けた者は、相続財産に属する債務を承継する。

ウ．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。

エ．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、受遺者は、遺贈の履行を請求することができる時から果実を取得する。

オ．遺贈の承認及び放棄は、撤回することができない。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

〔第5問解説〕 遺 贈

正解〔No.5〕 1

(司法試験H27-民33)

ア誤り。民法は、受遺者の欠格事由として受遺欠格のみ定めており（民法965条、891条）、**相続人に対し遺贈をすることはできないとする旨の規定はない。**

よって、相続人に対し遺贈をすることはできる。

したがって、本記述は誤っている。

イ正しい。民法990条。**包括受遺者は、相続人と同一の権利義務を有する。**これは、形式的には受遺者であるが、実質的には相続人であるためである。そして、896条は、相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継すると規定する。

よって、包括受遺者は、相続財産に属する債務を承継する。

したがって、本記述は正しい。

ウ誤り。民法994条。**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。**遺言の効力発生時において受遺者は権利能力者として存在していなければならないという、いわゆる同時存在の原則からすれば、死亡した受遺者その人に対して遺贈の効力が生じないことは当然とされる。理論上は受遺者の相続人が代わって遺贈を受けることができると解することでもできるが、遺言者の意思は特定の受遺者に向けられているのが通常であることから、本条は相続人が代わって遺贈を受けることを否定したものとされる。よって、受遺者が遺言者より先に死亡した場合において、受遺者の相続人は遺贈を受ける権利を相続しない。

したがって、本記述は誤っている。

エ正しい。民法992条。**受遺者は、遺贈の履行を請求することができる時から果実を取得する。**これは、遺贈の効力が生ずると同時に所有権が移転するという、特定遺贈に関する物権的効力説に依拠したものと解される。

したがって、本記述は正しい。

オ正しい。民法989条1項。遺贈の承認又は放棄は、撤回することができない。これは、遺贈義務者その他の利害関係人を保護する趣旨である。

したがって、本記述は正しい。

以上により、誤っている記述はアとウであり、したがって、正解は肢1となる。

正答表

問題	No.	タイトル	正解	配点	備考	チェック欄
1	1	代 理	2	2		
2	2	不動産登記	4	2		
3	3	債務不履行による損害賠償	1	2		
4	4	賃貸借と使用貸借	1	2		
5	5	遺 贈	1	2		
			合計	点(満点:10点)		

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） <https://www.tatsumi.co.jp/>

大 阪 本 校：〒530-0027 大阪市北区堂山町1番5号三共梅田ビル8階 TEL06-6311-0400（代表）