問題１　正解　２

ア　正しい。

　　民法８５９条の３

イ　誤り。

　　家庭裁判所が、保佐開始の審判を行う際に、本人の同意は必要ない（民法§11）。

　　ｃｆ．補助開始の審判は、被補助人本人が請求した場合か本人の同意が必要（民法§15条2項）。

ウ　誤り。

　成年後見人に同意権はないため、成年被後見人が成年後見人の同意を得てした法律行為も、取り消すことができる（民法§9本文）。

エ　誤り。

　　保佐人が被保佐人を代理する権限をもつためには、保佐開始の審判とは別に、保佐人に代理権を付与する審判が必要である（民法§876条の4第1項）。この審判は、被保佐人本人が請求した場合か、本人が同意した場合に限られる（同2項）。

オ　正しい。

　　被補助人は被保佐人よりも高い事理弁識能力を有するため、被保佐人以上の行為能力の制限を設けることはできないとして、補助人の同意を要する行為は、民法13条1項所定の行為に限られる（民法§17Ⅰただし書）。

問題２　正解　１

　１　正しい。

　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§30Ⅰ）。これを普通失踪という。そして、この普通失踪の場合は、失踪の宣告を受けた者は、7年間の期間満了の時に死亡したものとみなされる（同§31）。

2　誤り。

「死亡したものとみなす」（民法§31）とは、失踪者の従来の住所・居所での私的法律関係につき失踪者が死亡したのと同じ法的効果（相続の開始等）を認めるにすぎないものであり、失踪者の権利能力を喪失させるものではない。よって、Aが他の場所で生存している場合には、その場所において権利能力を有する。

3　誤り。

　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、船舶が沈没した後またはその他の危難が去った後1年間明らかでないときは、失踪の宣告をすることができる（特別失踪：民法§30Ⅱ）。そして、特別失踪において死亡したとみなされる時期は、危難の去った時（戦争が止んだ時、船舶が沈没した時）である（同§31）。危難の去った時から１年経過したときではない。

4　誤り。

　　３２条１項後段の問題。判例は「３２条１項後段の善意は、相続人などが契約をした場合等は、「双方」の善意が必要となる」と考えている。本肢においては、ＣだけでなくＢも善意である必要がある。

5　誤り。

　　３２条２項の問題。現存利益の範囲で、返還義務を負う。

問題３　正解　５

　1　正しい。

　　通謀虚偽表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない（民法§94Ⅱ）。そして、この善意の第三者といえるためには、登記まで備えている必要はない（最判昭44．5．27）。よって、Cは、善意であれば、登記なくして土地の所有権取得をAに対抗することができる。

　2　正しい。

　　詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗できない（民法§96Ⅲ）。ここにいう「第三者」は、表意者の取消前までに利害関係に入ることが必要である（大判昭17．9．30）。そして、Cは、AB間の売買契約の取消前に利害関係に入った善意の第三者であるから、民法96条3項に基づき、土地の所有権取得をAに対抗することができる。新法の場合は、善意かつ無過失の第三者には対抗できない旨、改正されていることに注意。

**第９６条**　詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。

３　前二項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。

　3　正しい。

　　制限行為能力者であることを理由とする取消しは、詐欺に関する民法96条3項のような規定がないので、絶対的な効力を有する。それゆえ、制限行為能力者は、取消前に利害関係に入った第三者に対して、登記なくして、取消しの遡及的無効を対抗できる。よって、AB間の取消前に利害関係に入ったCが登記を具備していたとしても、Aは、未成年であることを理由とする売買契約の取消しをCに主張することができる。

　4　正しい。

　　強迫による意思表示の取消しは、民法96条3項の適用がなく、取消前に善意で利害関係に入った第三者に対しても対抗できる。よって、AB間の取消前に利害関係に入ったCが善意であったとしても、Aは、強迫を理由とする売買契約の取消しをCに対抗することができる。

　5　誤り。

　　解除前に利害関係に入った第三者が民法545条1項ただし書によって保護されるためには、善意である必要はないが、対抗要件（登記・引渡し）が必要である（最判昭33．6．14）。よって、第三者Cが保護されるためには登記が必要であり、Cは、登記なくしてAに対して所有権を主張することができない。

問題４　正解　２

ア　正しい。

　　表見代理の主張も無権代理人の責任追及も、無権代理が行われた場合に、相手方を保護するための制度であるから、無権代理人は、表見代理が成立することを主張して自己の責任を免れることはできない（最判昭62．7．7）。

　イ　正しい。

　　本人と無権代理人との資格が同一人に帰属するに至った場合、本人が自ら法律行為をしたのと同様の法律上の地位を生じたものと解され、無権代理行為は当然に有効になる（最判昭40．6．18）。

　ウ　誤り。

　　追認権は、その性質上相続人全員に不可分的に帰属するので、共同相続人全員が共同して行使しない限り、無権代理行為は有効にならない（最判平5．1．21）。よって、相続人の一人である無権代理人が自己の相続分につき追認しても、無権代理行為がその限度において有効になるわけではない。

　エ　誤り。

　　夫婦の日常家事に関する相互の代理権（民法§761）を基礎として、広く一般的に民法110条の表見代理が成立するものではないが、相手方において、その夫婦の日常の家事に関する法律行為と信じるにつき正当の理由のあるときに限り、民法110条の趣旨を類推適用して、本人に対してその効力が生じることになる（最判昭44．12．18）。

　　→判例は、１１０条の趣旨を類推適用しているだけ。１１０条を適用しているわけでない。よって、表見代理が成立するという本肢は誤り。

　オ　誤り。

　　代理人が自己または第三者の利益を図るため権限内の行為をしたときは、相手方が代理人の意図を知りまたは知ることができた場合に限って、民法93条ただし書の規定を類推して、本人はその行為につき責めに任じないとした（最判昭42．4．20）。

　　改正では、１０７条が新設された。それにより、「相手方が悪意又は有過失の場合は、無権代理とみなす」ことになった。改正の内容では、代理人の権限濫用事例では、原則として有効、相手方が悪意または有過失の場合は、旧法のように無効ではなく、無権代理となる。本問では、改正の内容でも、誤りとなる。皆さん、考えてみて下さい。

**第１０７条**　　代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。

問題５　正解　３

　1　妥当でない。

　　時効による不動産の所有権取得については、登記なくしては、時効完成後当該不動産につき旧所有者から所有権を取得した第三者に対して対抗しえない（最判昭33．8．28）。旧所有者を起点とする時効取得者・第三者への二重譲渡と類似しているからである。したがって、時効取得者Bは、時効完成後の第三者Cに対して、登記なくして甲土地の時効取得を対抗することができない。

　2　妥当でない。

　　相続放棄後の第三者に対しては、共同相続人は、登記なくして相続放棄者の持分を対抗することができる（最判昭42．1．20）。相続放棄による遡及効により相続放棄者は無権利者となり（民法§939）、相続放棄後の第三者もまた無権利者となるからである。したがって、共同相続人Cは、相続放棄後の第三者であるDに対して、登記なくして相続放棄者Bの持分を対抗することができる。

　3　妥当である。

相続財産中の不動産につき、遺産分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対抗することができない（最判昭46．1．26）。遺産分割は相続開始時に遡及して効力を生ずるものの（民法§909本文）、第三者に対する関係では、相続人が相続により取得した権利について分割時に新たな変更が生ずるのと実質上異ならないからである。したがって、Bは、甲土地のCの持分を差し押さえたDに対して、登記なくして甲土地の単独所有権を対抗することができない。

4　妥当でない。

　　共同相続人は、他の共同相続人が相続財産たる不動産につき単独所有権移転登記を経由し、さらにこれを第三者に譲渡した場合、当該第三者に対し、自己の持分を登記なくして対抗しうる（最判昭38．2．22）。共同相続人は自己の持分を超える部分については無権利であり、それを譲り受けた第三者もまた無権利だからである。したがって、Cは、第三者Dに対して、登記なくして甲土地の自己の持分を対抗することができる。

5　妥当でない。

　　被相続人の生前贈与と他の者への特定遺贈による物権変動の優劣は、登記の具備の有無をもって決する（最判昭46．11．16）。特定遺贈により遺言の効力発生時に物権が受遺者に移転し、被相続人を起点とする受贈者と受遺者への二重譲渡類似の関係が生じるからである。したがって、受遺者Cは、受贈者Bに対して、登記がなければ甲土地の所有権を対抗することができない。

問題６　正解　３

　1　妥当でない。

　　占有改定による即時取得は認められない（最判昭35.2.11）。占有改定は、観念的占有のうちでも最も不明確なものであり、このような不明確な行為によって原権利者の権利を剥奪するのは、いかに取引の安全のためとはいえ原権利者にとって酷だからである。本問では、カメラが移動していない以上、引渡し方法は「占有改定」にあたる。

　2　妥当でない。

　　無権代理人から動産を買っても即時取得によって保護されない。

　　即時取得は、前の占有者が権利者であると信頼して取引した者を保護する制度であって、それ以上のものではない。それゆえ、代理権がないのにあると信頼しても、その点については保護の対象とはならない。（「前主が無権限者であること」の要件の問題）

　3　妥当である。

　　即時取得の効果として、発生する権利は、所有権に限られず質権の場合もある。

　4　妥当でない。

　　即時取得がなされた場合において、占有物が盗品または遺失物であるときは、被害者または遺失者は、盗難または遺失の時から2年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる（193）。このように、2年間の回復請求が認められるのは、占有物が「盗品または遺失物」であった場合であり、「詐取された物」の場合は、この回復請求権は認められていない。

　5　妥当でない。

　　占有者が、盗品または遺失物を、競売もしくは公の市場において、またはその物と同種の物を販売する商人から善意で買い受けたときは、被害者または遺失者は、「占有者が支払った代価を弁償しなければ」、その物を回復することができない（194）。したがって、本肢の場合、被害者は、占有者が支払った代価を弁償すれば、物の回復をすることができる。

問題７　正解　５

1　誤り。

　　占有承継人は、その選択に従って、自己の占有のみを主張することも、自己の占有に前主の占有をあわせて主張することもでききる（187条1項）そして、判例は、１８７条１項は相続のような包括承継の場合にも適用されるとしている（最判昭37,5,18）。

　　したがって、判例によれば、相続人が善意かつ無過失の場合、１０年間の取得時効により所有権を取得できる。

2　誤り。

　　判例は、占有主体に変更があって承継された２個以上の占有をあわせて主張される場合において、１０年間の取得時効の要件としての善意かつ無過失は、最初の占有者の占有開始時に判断すれば足りるとしている（最判昭53.3.6）

3　誤り。

　　代理人によって占有をする場合において、本人が、その代理人に対して以後第三者のためにその物を占有することを命じ、その「第三者」がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する（指図による占有移転。184）。したがって、この指図による占有移転に必要なのは、「第三者」の承諾であり、「代理人」の承諾ではない。

　4　誤り。

　　判例は、所有者は、その本訴において防御方法として所有権が自分にある旨の抗弁を主張することは許されないが、所有権に基づく反訴を提起することは許されるとしている（最判昭40.3.4）

5　正しい。

　　占有権は代理人によって取得することができ（間接占有。181条）、実際に占有している者を直接占有者（占有代理人）、占有代理人を介して占有している者を間接占有者という。賃貸人Aは賃借人Bを通じて動産を占有しているといえる。

問題８　正解　１

　ア　妥当でない。

　　共有地の不法占有を理由として、共有者が不法占有者に対してその損害賠償を請求する場合には、各共有者は、それぞれの共有持分の割合に応じて請求すべきものであり、その割合を超えて請求することは許されない（最判昭51.9.7）。共有者は持分割合に応じた使用権しか有しておらず、損害賠償請求はその使用権の侵害に対するものだからである。したがって、3分の1の持分しか有していないAは、Cに対して、損害額の3分の1を請求することができるにすぎず、損害額全部の請求をすることはできない。

イ　妥当である。

　　判例は、共有物の価格が適正に評価されており、共有物を取得する者には賠償金の支払能力があるなど、「共有者間の実施的公平を害しないと認められる特段の事情が存するとき」は、全面的価格賠償の方法（共有者の一人が単独所有し他の共有者は特分の価格の賠償を受ける方法を認めている。

ウ　妥当でない。

　　共有持分の過半数を有する者であっても、共有物を単独で占有する他の共有者に対して当然にその明渡しを請求することができるわけではない（最判昭41．5．19）。無断使用する共有者も持分に応じた使用権を有しているからである。したがって、本肢のような場合でも、Bは、Aに対して、建物を収去し甲土地を明け渡すよう請求することはできない。

エ　妥当である。

　　共有者の一人が、死亡して相続人がないときは、その持分は、他の共有者に帰属する（255）。他方で、家庭裁判所は、被相続人と特別の縁故があった者（特別縁故者）　　　　　の請求によって、これに対して相続財産の全部または一部を与えることができる（958の3Ⅰ）。そして、両者が競合したときは、民法958条の3が優先して適用される（最判平元．11．24）。民法255条にいう「死亡して相続人がないとき」の「相続人」には、特別縁故者が含まれるからである。したがって、本肢のような場合、Aが有していた甲土地の持分は、他の共有者Bではなく、特別縁故者Cに帰属する。

オ　妥当である。　　最判昭63．5.20

問題９　正解　３

1 　妥当でない。

　　債務者は、相当の担保を供して、留置権の消滅を請求することができる（民法§301）。これは、留置権の被担保債権額が留置物の価格に比較して僅少な場合が多いので、債務者に消滅請求権を認めてその利益を保護しようとするものである。これに対して、同時履行の抗弁権には、留置権のように担保の提供による消滅の制度は存在しない。したがって、Bは、相当の担保を提供して留置権の消滅を請求することはできるが、同時履行の抗弁権の消滅を請求することはできず、結論が逆である。

2　妥当でない。

　　Aは、甲建物の売買代金債権という「物に関して生じた債権」（295Ⅰ本文）を有しているから、甲建物につき留置権を有している。そして、留置権は物権であり、誰に対しても主張することができる。したがって、甲建物がCに転売されたとしても、Aは、Cに対して、留置権を主張することができる。

3　妥当である。

　　不動産が二重売買され、第二売買の買主が先に所有権移転登記を経由したため、第一売買の買主が所有権を取得できなくなった場合、第一売買の買主が売主に対して取得した履行不能による損害賠償請求権を根拠として留置権を主張することはできない（最判昭43．11．21）。したがって、第一売買の買主Bは、第二売買の買主Cに対して、売主Aに対して有する損害賠償請求権を根拠として留置権を主張することはできない。

　　不動産を留置することにより、売主の債務の弁済を間接的に強制するという関係にないからである。

4　妥当でない。

　　判例は、賃借人は造作代金債権に基づいて、建物を留置することはできないとしている。造作代金債権は、造作から生じた債権であり、建物から生じた債権ではないからである→「物に関して生じた債権」（295条1項本文）

5　妥当でない。

　　留置権者は、債務者の承諾を得なければ、留置物を使用し、賃貸し、または担保に供

することができず（298Ⅱ）、これに違反したときは、債務者は、留置権の消滅

を請求することができる（同Ⅲ）。留置権者の義務違反があれば、留置権は直ちに消滅

するわけではなく、債務者の留置権消滅請求が必要になる。

→余裕があれば覚えよ！

問題１０　正解　３

　1　誤り

　　保証人は抵当権消滅請求できない（380条）。

　2　誤り。

　　抵当権設定当時に存した従物には抵当権の効力は及ぶとするのが判例である。

　　抵当権設定後に設置された従物には及ばないことに注意。

　3　正しい

　　 Aが損害賠償金を受領すると、Bは物上代位できない。

　　　　 抵当権者は、抵当不動産が第三者の不法行為により滅失した場合には、その損害賠償

　　　　　金について物上代位することができる（372条、304条）。しかし、その場合には、抵

当権設定者に賠償金が払い渡される前に差押えをしなければならない。本肢では、Bの

差押え前にAが損害賠償金を受領しているので、物上代位をすることはできない。

　4　誤り。

　　債務が消滅した以上、Aは抵当権の消滅を主張できる。

　　抵当権は被担保債権とともに存在するので（付従性）、被担保債権が消滅すれば抵当権も消滅する。Aの債務の消滅時効の期間は10年である（167条１項）から10年経過してAの債務が時効消滅すると、付従性によりBの抵当権も消滅する。抵当権の消滅時効の期間が20年であること（167条２項）とは関係がない。

　　→余裕があれば覚えよ

　5　誤り。

　　従たる権利の問題。判例は、建物に抵当権が設定された場合には、敷地賃借権にも原則として抵当権の効力が及ぶとしている（最判昭40.5.4）