

司法試験

---

合格答案作成講座(田中クラス)

民法

無料体験冊子②

---

レック **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 213859

LU21385



## 合格答案作成講座 最重要項目チェックシート（民法）

§ 1	意思表示	3
§ 2	代理	6
1	代理総説・有権代理	6
2	無権代理	8
3	表見代理	10
§ 3	時効	14
1	時効総説	14
2	取得時効	16
3	消滅時効その他	18
§ 4	物権	19
1	物権総説	19
2	不動産物権変動	19
3	動産物権変動	21
§ 5	担保物権（留置権）	23
§ 6	担保物権（抵当権）	25
1	抵当権の設定・被担保債権の範囲・抵当権の効力	25
2	抵当権の物上代位	26
3	法定地上権	29
4	抵当権侵害	32
§ 7	担保物権（非典型担保）	35
1	譲渡担保	35
2	所有権留保・代理受領	38
§ 8	債権の目的・効力	39
1	債権の目的	39
2	債権の効力	39
3	債務不履行責任	40
4	受領遅滞	42
§ 9	責任財産の保全	43
1	債権者代位権	43
2	詐害行為取消権	46
§ 10	債権譲渡・債務引受	49
§ 11	債権の消滅	53
1	弁済	53
2	相殺	56
§ 12	契約総論	58

<b>§ 13</b>	<b>契約各論</b> .....	<b>63</b>
1	売買 .....	63
2	賃貸借 .....	64
3	請負その他の典型契約.....	71
<b>§ 14</b>	<b>事務管理・不当利得・不法行為</b> .....	<b>74</b>
1	事務管理 .....	74
2	不当利得 .....	74
3	一般不法行為 .....	76
4	使用者責任 .....	84
5	特殊の不法行為（土地工作物責任・共同不法行為） .....	85
<b>§ 15</b>	<b>親族法</b> .....	<b>86</b>
1	婚姻 .....	86
2	親子 .....	89
3	親権 .....	90
<b>§ 16</b>	<b>相続法</b> .....	<b>92</b>
1	相続の一般的効力.....	92
2	共同相続と遺産共有.....	96
3	遺産分割 .....	97
4	相続の承認及び放棄，相続人の不存在，遺言，遺留分.....	98
5	相続と登記（再掲）：相続法に関する部分.....	100

§1 意思表示			
A	権利外観法理とは何か	①虚偽の外観の存在, ②外観作出に対する本人の帰責性, ③第三者の信頼を要件に, 取引安全の観点から第三者を保護する考え方	120- 121, 198
A	94条2項の「第三者」の意義	虚偽表示の当事者及びその包括承継人以外の者であって, 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・無効につき法律上の利害関係を有するに至った者 (=①新たな, ②独立の, ③法律上の利害関係人)	112
A	94条2項の「善意の第三者」として保護されるためには, ①無過失であることを要するか, また, ②登記を備える必要はあるか	①無過失は不要 (∵本人の帰責性が大きい上, 条文上も要求されていない) ②登記も不要 (判例・通説) (∵前主後主の関係に立ち, 対抗関係ではない)	116- 117
B	94条2項の「第三者」の範囲 (悪意の第三者からの転得者も含まれるか)	悪意の第三者からの転得者も「第三者」に含まれる (∵転得者であっても外観を信頼して取引関係に入った以上, 保護の必要性が高い)	114
B	虚偽表示を信じた第三者からの悪意の転得者は保護されるか	保護される (絶対的構成・大判昭6.10.24) ∵①転得者は前主 (直接の「第三者」) の地位を主張することもできる <b>②法律関係の早期確定の要請</b> ③有効に転得者が権利取得できない場合, 転得者は, 真の権利者から追奪され, その結果として前主たる善意者が担保責任 (561) を追及されることになり, 善意者を保護しようとした94条2項の趣旨に反する	114- 115
A	虚偽表示を信じた第三者と, 真の所有者からの土地の譲受人との関係	対抗関係に立ち, 登記の先後で決せられる (最判昭42.10.31)	118- 119
A	虚偽表示の相手方が, 第三者に土地を二重譲渡した場合の第三者間の関係	対抗関係に立ち, 登記の先後で決せられる	119
C	要物契約における目的物の交付を欠く場合の94条2項適用の可否	要物契約の成立を信じさせるに足る外形が存在し, 第三者がそれを信頼した場合には肯定 (判例)	120

A	94条2項類推適用① 意思外形対応型－外形自己作出型（具体例と処理方法，以下同じ）	（例）権利者Aが，Bの承諾を得ずに不実の登記を作出したところ，Bが勝手にCに処分した場合 →94条2項類推適用を肯定（最判昭41.3.18）	121- 122
A	94条2項類推適用② 意思外形対応型－外形他人作出型	（例）他人が不実の登記を作出したが，真実の権利者が，他人名義の登記の存在を知っても，これを明示，黙示に承認していた場合 →黙示の承認によっても94条2項の類推適用を肯定し得る（最判昭45.9.22，百選I〔21〕）	122- 123
A	94条2項類推適用③ 意思外形非対応型－法意併用型	（例）真実の権利者Aの意思に基づいて虚偽の第一の外形（仮登記など）が作られた後，名義人Bの責任行為により虚偽の第二の外形（本登記など）が作られ，その外形に基づいてBが処分したが，第二の外観を作出することについてはAの承諾がない場合 →94条2項，110条の法意に照らし，外観尊重および取引保護の要請に応ずるために，善意無過失の第三者を保護すべき（最判昭43.10.17）	123- 124
A	94条2項類推適用④ 意思外形非対応型－類推適用型	（例）真実の権利者Aの積極的な関与はないが，その不注意（言われるがままに登記済証を渡すなど）により虚偽の外観が作出された場合 →94条2項，110条の類推適用により，善意無過失の第三者を保護（∵Aの帰責性の程度は，自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべき（最判平18.2.23，百選I〔22〕））	124
A	表意者が動機の錯誤を理由に意思表示を取り消すことができる要件	①「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」（95I②）であること（95I柱書） ②「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」（95II）こと ③「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なもの」（95I柱書）であること ④表意者に重過失がないこと（95条3項1号2号の場合を除く，95III柱書）	127

A	錯誤取消の取消権者	(原則) 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) (例外) ①債権保全の必要があり、かつ、②表意者が錯誤を認めている場合、債権者である第三者は、債権者代位権 (423 I 本文) を行使して錯誤取消を主張することができる (最判昭 45. 3. 26 参照)	129
B	錯誤取消と第三者保護 (第三者が、①錯誤取消前、②錯誤取消後での処理の違い)	①錯誤取消前の第三者→95条4項で保護 ②錯誤取消後の第三者→対抗問題として処理 (詐欺取消の場合と同様に考える)	129
A	96条3項の「第三者」の意義	取消前に利害関係に入った者 (判例・通説) (∵96条3項の趣旨は、取消しの遡及効 (121) を制限することによって、これによって特に害される第三者を保護することにある) ※①新たな、②独立の、③法律上の利害関係人であることを要する点は94条2項の第三者と同様である	134
B	96条3項の「善意でかつ過失のない第三者」として保護されるためには登記を備える必要はあるか	登記は不要 (判例・通説) (∵取消権者と取消前の第三者は、前主後主の關係に立ち、対抗關係ではない)	132- 133
A	詐欺取消後の第三者を保護するための法律構成	対抗問題として処理 (復歸的物權變動説・判例 (大判昭 17. 9. 30, 百選 I [55])) (ただし、有力説として94条2項類推適用説)	134- 136

§ 2 代 理			
1 代理総説・有権代理			
A	代理制度の存在理由（趣旨）は何か	・法定代理の場合…私的自治の補充機能 ・任意代理の場合…私的自治の拡張機能	151
B	代理と使者の違いは何か	意思決定について、代理の場合は、代理人を基準に決せられるのに対し、使者の場合は、本人を基準に決せられる（使者はあくまで、本人の決定した効果意思を相手方に表示し（表示機関）、又は、完成した意思表示を伝達する機関（伝達機関）にすぎない）	154- 155
A	顕名のない場合の法律効果の帰属について、①代理人B名義の場合、②本人A名義の場合に分けて説明せよ	Bに代理意思がある前提で（代理意思がない場合、Bに効果帰属する）、 ①B名義の場合 原則：Bに帰属（100条本文） 例外：Aに帰属（100条ただし書）：相手方が… …知り、又は知ることができたとき ②A名義の場合＝署名代理 署名代理も有効で、Aに効果帰属すると解される	156- 159
B	本人を欺く目的で、代理人と相手方との間で通謀虚偽表示（94I）がされた場合の処理	93条1項類推適用説（判例） 93条1項の類推適用により、本人が相手方の真意を知りまたは知ることができた場合でない限り、相手方の意思表示は有効（代理人には相手方と通謀して本人をだます権限はなく、実質的には使者であり、相手方は代理人と通謀することを秘匿して本人と取引したのであるから、心裡留保類似の関係にある）	163- 166
B	権限の定めのない代理人の権限は何か	①保存行為（103条1号） ②代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為（103条2号）	175

A	保存行為，利用行為，改良行為は，それぞれどのような行為か	<p>・<b>保存行為：財産の現状を維持する行為</b>                      例) 家屋の修繕，消滅時効の時効中断，未登記建物の登記，弁済期後の債務の弁済，腐敗しやすい物の処分</p> <p>・<b>利用行為：収益を図る行為</b>                      例) 現金を銀行に預金する，金銭を利息付きで貸し付ける                      c f. 預金を株式にする，金銭を無利息で貸し付ける，使用貸借契約等の行為は利用行為に当たらない（∵収益なし）</p> <p>・<b>改良行為：物または権利の価値を増加させる行為</b>                      例) 家屋に造作を付す，無利息消費貸借を利息付きに改める</p>	175
B	自己契約・双方代理が禁止される（108条1項）理由はなぜか	利益相反行為による本人や相手方の利益を害するおそれ	176
B	自己契約・双方代理禁止（108条1項）の例外を述べよ	①債務の履行，本人があらかじめ許諾した行為（108条1項ただし書，明文上の例外） ②自己契約・双方代理によって新たな利害衝突を生じない場合（解釈上の例外）	176- 177
A	利益相反行為（108条2項）の判断基準	「利益相反行為に当たるかどうかについては， <u>行為の外形に照らして定型的・外形的に判断すべき</u> 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43.10.8，百選Ⅲ〔46〕，但し，親権者と子の利益相反行為についての判断である）」	177
A	代理人が権限濫用を行った場合の処理	無権代理とみなされる（107条）ことから，無権代理に関する一連の規定（113～117条）が適用され得る	178

A	親権者の代理権濫用 (例：親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供した場合など)	「親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする <u>広範な裁量にゆだねられている</u> ものとみるべきである。そして、親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為は、利益相反行為に当たらないものであるから、それが子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてなされるなど、 <u>親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り</u> 、親権者による代理権の濫用に当たると解することはできないものというべきである（最判平4.12.10、百選Ⅲ〔49〕） → 利益相反行為の判断は外形説に依拠 → ①広範な裁量を前提に、②法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情の有無を検討	178
B	代理権濫用行為の相手方からの転得者の保護	・動産の場合には、即時取得(192) ・不動産の場合には、94条2項の類推適用等によって保護される余地がある	178
B	任意代理権・法定代理権に共通の消滅原因をあげよ	①本人の死亡、②代理人の死亡、③代理人が後見開始の審判を受けたこと、④代理人が破産手続開始の決定を受けたこと（111Ⅰ）	179
B	任意代理権に特有の消滅原因について説明せよ	委任による代理権は、委任の終了によって消滅する（111Ⅱ） →法定代理権と共通の消滅原因に加え、本人が破産手続開始の決定を受けたこと（653②）と本人・代理人からの解除（651Ⅰ）が消滅原因となる また、委任以外の契約による任意代理権は、その契約の終了によって終了する	179
2 無権代理			
A	無権代理人が負う責任について説明せよ	相手方の選択の選択に従い、①履行責任、又は、②損害賠償責任を負う（117条1項） 損害賠償の範囲は、信頼利益のみならず、履行利益をも含む	186- 187

<p>A</p>	<p>無権代理と相続① 無権代理人が本人を相続した場合の処理 ※ A：本人（被相続人） B：無権代理人（相続人） C：相手方</p>	<p><u>判例：資格融合説</u> 本人と無権代理人の資格が相続によって一体となり、追認があったのと同様に無権代理が治癒される →Cは取消権・催告権いずれも行使できない <u>通説：資格併存説（信義則説）</u> 相続で無権代理行為が当然に有効とはならず、無権代理人には本人から承継した追認権・追認拒絶権と無権代理人としての117条責任が併存する →もともと、無権代理行為を行った者が、追認を拒絶するのは信義則上許されない →Cは取消権・催告権いずれも行使することができ、Bは追認拒絶をすることはできない ※ 判例の帰結には批判も大きいことから、論文では、判例の内容と問題点を指摘した上で、資格併存説に立って論証したほうが無難な論点といえる</p>	<p>187- 189</p>
<p>A</p>	<p>無権代理と相続② 本人が無権代理人を相続した場合の処理 ※ A：本人（相続人） B：無権代理人（被相続人） C：相手方</p>	<p>資格併存説（信義則説） →Cは取消権・催告権いずれも行使できる →Aは追認拒絶可能（信義則に反しない） →Aが追認拒絶した場合、CはAに対し、無権代理人の責任として損害賠償請求をすることができるが、特定物の引渡しの履行請求をすることはできない（∵相続がなければ、Aは目的物を失うことはなかったこととの均衡）</p>	<p>190- 192</p>
<p>A</p>	<p>無権代理と相続③ 無権代理人が本人を共同相続した場合の処理 ※ A：本人（被相続人） B：無権代理人（相続人） C：相手方 D：共同相続人</p>	<p>資格併存説（信義則説） →追認権はB Dに帰属する（準共有、264）（追認権は、その性質上共同相続人全員に不可分に帰属し、<u>その一部を分割して行使できない</u>（251参照）） →共同相続人全員（B、D）が追認しない限り無権代理行為は有効とならないが、Dが追認するにもかかわらずBが追認を拒絶することは信義則（1Ⅱ）上、許されない →①Dが追認した場合：Bが追認を拒絶することが許されない結果、無権代理行為が本人により追認されたのと同様の結果となる ②Dの追認がない場合：CはBに対して無権代理人の責任を問い得るにとどまる</p>	<p>192- 194</p>

B	<p>無権代理と相続④</p> <p>無権代理人の地位を相続した後、本人の地位の両者を相続した場合の処理</p> <p>※ A：本人 B：無権代理人 C：相手方 D：相続人（Bを相続した後、Aを相続）</p>	<p>資格併存説（信義則説）</p> <p>→Cは取消権・催告権いずれも行使できる</p> <p>→Dは追認拒絶可能（信義則に反しない）</p> <p>（なお、判例は、資格融合説を前提として、無権代理人が本人を相続した場合と同様に、相続により無権代理行為が治癒される結果、Cは取消権・催告権いずれも行使できないとしている）</p>	194- 195
C	<p>他人物売買の売主の地位を承継した本人の履行拒絶が許されるか</p>	<p>基本的には無権代理と相続の場合と同様に処理</p> <p>→ ①116条類推適用+②信義則説</p> <p>①他人物売買の本人の追認に関し、「真実の権利者が後日これを追認したときは、無権代理行為の追認に関する民法116条の類推適用により、処分の際に遡って効力を生ずる（最判昭37.8.10、百選I〔38〕）」</p> <p>②その上で、「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き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（最大判昭49.9.4）」</p>	197- 198
3 表見代理			
B	<p>表見代理と有権代理の違いを説明せよ</p>	<p>①相手方は、表見代理を主張することなく、無権代理人の責任を追及することもできる</p> <p>②相手方は、115条の取消権を行使することができる</p> <p>③本人は、追認により完全に有権代理とすることができる</p>	199
A	<p>代理権授与表示の性質</p>	<p>観念の通知</p>	200

B	授権行為の取消しと代理権授与表示の効力との関係（表見代理規定の適用の余地はあるか）	代理権授与表示は観念の通知であるが、授権行為と授権表示が極めて密接な関係にあることに照らせば、授権行為が取り消されれば、授権表示の効力にも影響する →授権行為の取消しにより、授権表示も遡及的に無効となり、109条1項適用の基礎を欠くから、相手方を109条1項により保護することはできない（原則） →もともと、本人が取消後も漫然と委任状等を放置していたという事情がある場合には、それを新たな授権表示とみて、109条1項の表見代理が成立する余地があるものとする（例外）	200-202
B	白紙委任状① 輾転予定型の場合の処理	委任事項の濫用なし：有権代理 委任事項の濫用あり：無権代理→110条による処理（∵基本代理権自体は存在する） ※ 輾転予定型＝正当な取得者であれば、誰が代理人となってもよいという趣旨で、複数人に次々と移転されることを想定して交付される場合	202
B	白紙委任状② 非輾転予定型（直接型） の場合の処理	委任事項の濫用なし：有権代理 委任事項の濫用あり：無権代理→110条による処理（∵通常、被交付者には基本代理権が存在する） ※ 非輾転予定型＝特定の者に代理権が授与され、その者に代理に際して利用させるべく、白紙委任状が交付される場合 ※ 直接型＝無権代理行為を行った者が、本人から直接白紙委任状の交付を受けた者である場合	202-203

A	白紙委任状③ 非輾転予定型（間接型） の場合の処理	委任事項の濫用なし :代理権授与表示の成立を認め、 <u>109条1項</u> の適用により、相手方を保護（最判昭42.11.10） 委任事項の濫用あり :代理権授与表示の存在を否定し、本人を保護（＝109条1項の適用を否定） ∴本人の受ける不利益が極めて大きい →「委任状の受任者名義が白地であるからといって当然にその者よりさらに交付を受けた第三者がこれを濫用した場合にまで民法109条に該当するものとして、濫用者による契約の効果を甘受しなければならないものではない（最判昭39.5.23, 百選I〔27〕）」 ※ 間接型＝無権代理行為を行った者が、白紙委任状の転得者である場合 ※ 委任事項の濫用がある場合, 109条2項による処理も考えられる	203- 204
B	事実行為の代行権限は、 110条の基本権限となるか	事実行為の代理権は基本権限とならない（最判昭35.2.19, 百選I〔29〕）	206- 207
A	公法上の行為の代理権は、 110条の基本権限となるか	公法上の行為の代理権は原則として基本権限とならないが、登記申請行為のように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）は、基本権限となる（最判昭46.6.3, 百選I〔第5版〕〔26〕）	207- 208
A	夫婦の日常家事に関する代理権（761条）が110条の基本権限となるか	日常家事の代理権は原則として110条の基本権限にはならないが、例外的に相手方が、 <u>代理人の行為が当該夫婦の日常家事に関するものだ</u> と信ずるにつき「 <u>正当な理由</u> 」があるときに限り、110条の趣旨を類推適用して相手方の保護を図る（最判昭44.12.18, 百選III〔9〕）	209- 211
B	110条の「正当な理由」の意義	代理権の存在を相手方が信じたことに過失がなかったことをいう（最判昭35.12.27）。すなわち、「正当な理由」とは、相手方の善意・無過失を意味する→代理権の存在を疑わせる客観的な事情（不審事由）がある場合、相手方は、代理権の存否に関する調査・確認義務を負う	213

B	不審事由の例をあげよ	<p>①資格帳票上に不自然な点がある場合(委任状に改ざんの痕跡がある場合等)</p> <p>②取引の経緯に不自然な点がある場合(夫の不動産を売却しようとしている妻が夫との不和を仄めかした場合等)</p> <p>③法律行為の内容自体に疑いを差し挟む事由がある場合(自称代理人の債務を担保するための抵当権設定・保証等)</p> <p>④本人と自称代理人との間に一定の人的関係がある場合(配偶者や同居の親族による実印等の所持・使用等)</p>	213
C	110条における調査・確認義務の程度について説明せよ	<p>取引の異常性の程度, 調査の難易度, 相手方の属性等によって異なってくるとされており, 一般に, 取引の異常性が強い場合や本人との接触が容易である場合は, 本人に対する直接の意思確認が求められるといえ, 相手方が金融機関・貸金業者である場合は, より高度の調査・確認が求められる</p> <p>→不動産取引・保証契約等で, 安易に「正当な理由」を認定しないよう注意</p>	213
A	110条の「第三者」の範囲はどこまで含まれるか	<p>無権代理行為の直接の相手方に限られ, 転得者は含まれない(判例・通説)</p> <p>(∵①110条の趣旨はBが代理人であることへの信頼を保護するものであるが, 通常転得者が代理権の存在を信頼することはない, ②転得者は代理人・相手方間の事情など知らないのが普通であるから, 転得者を第三者に含めるとほとんどの場合に表見代理が成立し, 帰責性のない本人に酷)</p>	215
C	それでは, 外観を信頼した転得者の保護をどのように図るか	<p>・直接の相手方が善意・無過失の場合…問題なく承継取得可能</p> <p>・直接の相手方が悪意・有過失の場合…94条2項類推適用, 192条適用の余地</p>	215
B	表見代理が成立し得る場合でも, 相手方は表見代理の主張をせずに, 無権代理人の責任を追及することができるか	<p>相手方は表見代理の責任追及と無権代理人の責任追及を選択的に主張できる(最判昭62.7.7, 百選I [34])</p> <p>∵表見代理は本来相手方の保護のための制度(なお, 上記判例は, 無権代理人が表見代理の成立を抗弁として主張することも否定している)</p>	217- 218

**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) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21385