〔第2問〕（配点：2）

法人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.2]）

ア．法人は、その定款に記載された目的に含まれない行為であっても、その目的遂行に必要な行為については、権利能力を有する。

イ．理事が法人の機関として不法行為を行い、法人が不法行為責任を負う場合には、その理事は、個人として不法行為責任を負うことはない。

ウ．法人の代表者が職務権限外の取引行為をし、当該行為が外形的に当該法人の職務行為に属すると認められる場合であっても、相手方がその職務行為に属さないことを知っていたときは、法人は、代表者の当該行為に基づいて相手方に生じた損害の賠償責任を負わない。

エ．外国人が享有することのできない権利であっても、認許された外国法人は、日本において成立する同種の法人と同様に、その権利を取得することができる。

オ．設立登記が成立要件となっている法人について、設立登記がされていなくても、法人としての活動の実態がある場合には、予定されている定款の目的の範囲内の権利能力が認められる。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

問題類型	論文知識重視の問題
正 解	1

解答の方法

確かに、イ・ウ・エ・オでは、短答試験固有の細かい知識が問われているため、形式的には短答知識重視の問題である。

しかし、理事が法人の機関として不法行為を行った場合における法人の不法行為責任と理事の不法行為責任については、使用者責任（民法 715 条 1 項本文）と被用者の不法行為責任と同様に考えることができるとその場で判断することができはざである。そうすると、使用者責任に関する論文知識を使って、イ・ウについて正誤を判断することができる。

そして、「ア○、イ×、ウ○」まで判断することができれば、消去法により解答を「1. ア ウ」に絞ることができる。

したがって、論文知識及びそれを前提とした思考だけで解答することができるという意味で、第 2 問は論文知識重視の問題に位置づけることができる。

ア 正しい

判例によれば、法人の能力についての「目的」による制限（民法 34 条）は、権利能力の制限であると解されている。

そして、「目的の範囲内」の行為については、「定款に記載された目的自体に包含され」る行為だけでなく、その「目的遂行のために直接または間接に必要な行為」も含まれると解されている。

したがって、アは正しい。

イ 誤っている

- (1) 一般法人法 78 条は、「一般社団法人は、代表理事その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う」と規定しており、同条は一般財団法人にも準用される（同法 197 条）。

もっとも、この条文の存在を知らなくても、報償責任の原理を根拠とする民法上の使用者責任（民法 715 条）と同様のルールが存在するはずであると合理的に推測することができる。

- (2) 法人の不法行為責任が認められる場合でも、理事個人も不法行為責任を負うと解されている。

使用者責任（民法 715 条）の場面についても、代位責任という性質上、使用者責任が認められる場合であっても、被用者個人も不法行為責任を負うと解されているから、使用者責任と同様の構造であると思われる法人の不法行為責任の場面でも、法人の不法行為責任が認められるときでも理事個人も不法行為責任を負うはずであると、合理的に推測することができる。

- (3) したがって、イは誤っている。

総まくり 9 頁 [論点 1]、脚注 1)

八幡製鉄事件・最大判 S45.6.24

大判 T1.12.25、最判 S27.2.15

山本「民法講義 I」第 3 版 509 頁

大判 S7.5.27、最判 S49.2.28

総まくり 436 頁・2 (1)

ウ 正しい

法人の不法行為責任の場面でも、取引的不法行為の場合には、「職務を行うについて」という要件について外形理論が適用される一方で、相手方が悪意又は重過失であるときは行為の外形に対する信頼を保護するに値しないから法人の不法行為責任は認められないと解されている。したがって、ウは正しい。

なお、使用者責任の場面でも、「事業の執行について」という要件について外形理論が適用される一方で、相手方が悪意又は重過失であるときは行為の外形に対する信頼を保護するに値しないから使用者責任は認められないと解されている。使用者責任と同様の構造であると思われる法人の不法行為責任の場面でも、「職務を行うについて」という要件について使用者責任の場合と判断枠組みが用いられているはずであると合理的に推測することができる。

山本「民法講義Ⅰ」第3版507～

508頁、最判S50.7.14等

大判S7.5.27、最判S49.2.28

総まくり436頁〔論点1〕

最判S42.11.2・百II90

エ 誤っている

民法35条2項は、「前項の規定により認許された外国法人は、日本において成立する同種の法人と同一の私権を有する。ただし、外国人が享有することのできない権利及び法律又は条約中に特別の規定がある権利については、この限りではない。」と規定している。

したがって、認許された外国法人であっても、「外国人が享有することのできない権利」は取得することができない（民法35条2項但書）。

よって、エは、誤っている。

オ 誤っている

法人は、設立登記によって成立し、権利能力を取得する（民法33条・36条、34条）。

したがって、設立登記がされていない以上、法人として権利能力が認められることはない。

よって、オは誤っている。

〔第6問〕（配点：2）

物権的請求権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.6〕）

ア．Aが地上権を有する甲土地に無断でBがその所有する自動車を放置した場合、Aは、Bに対し、地上権に基づく妨害排除請求権の行使として自動車を撤去するよう求めることはできない。

イ．Aが所有する鉄塔が自然災害により傾き、鉄塔に隣接するBの所有する甲建物を損傷させるおそれが生じた場合において、Bが所有権に基づく妨害予防請求権の行使として甲建物を損傷させないための措置を講ずるよう求めたときは、Aは、過去に実際に一度でも甲建物を損傷させたことがないことを理由としてBの請求を拒むことができる。

ウ．Aの所有する自動車がBの所有する山林に無断で放置され、20年が経過した場合において、BがAに対して所有権に基づく妨害排除請求権の行使として自動車の撤去を求めたときは、Aは、妨害排除請求権の消滅時効を援用してBの請求を拒むことができる。

エ．Aが、A所有の甲土地に洪水のため流されてきた自動車の所有者であるBに対し、所有権に基づく妨害排除請求権の行使として自動車を撤去するよう求めた場合、Bは、所有権侵害について故意過失がないことを主張立証しても、Aの請求を拒むことはできない。

オ．Aの所有する甲土地に無断でBがその所有する自転車を放置した場合において、AがBに対して所有権に基づく妨害排除請求権の行使として自転車を撤去するよう求めたときは、Bは、自己が未成年者であることを理由としてAの請求を拒むことはできない。

1. ア イ 2. ア ウ 3. イ エ 4. ウ オ 5. エ オ

問題類型	論文知識重視の問題
正 解	5

解答の方法

第6問は、物権的請求権に関する論文知識に重点を置いた問題である。

エ・オについても、「所有権に基づく妨害排除請求権について、所有権侵害について故意過失がないことは抗弁となるか」、「所有権に基づく妨害排除請求権について、相手方が未成年者であることは抗弁となるか」というように、狭い視野から考えるのではなく、「所有権に基づく妨害排除請求権は、何を根拠として、何を要件として認められるものなのか」という基本中の基本から考えて自然と正誤を判断できる問題であるから、決して、短答試験固有の細かい知識を問う問題ではない。

ア 誤っている

地上権についても、物権であることから、物権的請求権（返還請求権、妨害排除請求権、妨害予防請求権）が認められると解されている。したがって、アは誤っている。

なお、上記の知識が無くても、物権的請求権が「物の支配を内容とする絶対的・排他的権利」という物権の性質から認められるものであるという基本中の基本から、地上権についても、物権である以上、物権的請求権が認められるはずであると合理的に推測することができる。

佐久間「民法の基礎2」第2版241頁

総まくり 87頁・2

潮見「民法（全）」第2版115頁

イ 誤っている

所有権に基づく妨害予防請求権の要件は、①請求者による当該物の所有と、②相手方による所有権妨害の具体的危険である。①・②は、記憶していなくても、所有権に基づく妨害予防請求権の根拠と性質から自然と導くことができる。

Aが「過去に実際に一度でも甲建物を損傷させたことがないこと」は、②を否定する事情になるとも思えるが、イでは「Aが所有する鉄塔が自然災害により傾き、鉄塔に隣接するBの所有する甲建物を損傷させるおそれが生じた場合において」として、②が認められることが前提とされているから、Aが「過去に実際に一度でも甲建物を損傷させたことがないこと」をもって②が否定されると考えることはできない。

したがって、①・②が認められるから、AはBの請求を拒むことができない。よって、イは誤っている。

総まくり 87頁・3 (3)

ウ 誤っている

所有権も、所有権に基づく物権的請求権も消滅時効に服しない。

したがって、ウは誤っている。

総まくり 508頁参照

潮見「民法（全）」第2版107頁

エ 正しい

総まくり 87 頁・3 (2)

所有権に基づく妨害排除請求権の要件は、①請求者による当該物の所有と、②相手方が占有侵奪以外の方法により当該物に対する排他的支配を妨げている（請求者の当該物についての所有権の行使を妨げている）ことである。①・②は、記憶していなくても、所有権に基づく妨害排除請求権の根拠と性質から自然と導くことができる。

①・②から、相手方による所有権侵害についての故意過失の有無は、所有権に基づく妨害排除請求権の要件とは無関係なものであるということが分かる。

したがって、エは正しい。

オ 正しい

総まくり 87 頁・3 (2)

前記エで挙げた所有権に基づく妨害排除請求権の要件である①・②から、相手方が未成年者であるか否かも、所有権に基づく妨害排除請求権の要件とは無関係なものであるということが分かる。

したがって、オは正しい。

〔第8問〕（配点：2）

即時取得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.8〕）

ア．Aは、自己所有の宝石をBに売却して現実の引渡しをした。その後、Bは、宝石をCに売却して現実の引渡しをした。さらに、その後、Aは、AB間の売買契約をBの強迫を理由として取り消した。この場合、Cは、即時取得により宝石の所有権を取得することはない。

イ．未成年者Aは、自己所有の宝石をBに売却して現実の引渡しをした。その後、Aは、AB間の売買契約を未成年であることを理由として取り消した。この場合、Bが即時取得により宝石の所有権を取得することはない。

ウ．Aは、B所有の宝石をBから賃借して引渡しを受けた上、宝石をCに預けていたが、宝石をDに売却し、Cに対し、宝石を今後Dのために占有するよう命じ、Dがこれを承諾した。この場合、Dは、宝石がA所有であると信じ、かつ、そのことに過失がなかったとしても、即時取得により宝石の所有権を取得することはない。

エ．Aは、Bが置き忘れた宝石を、自己所有物であると過失なく信じて持ち帰った。この場合、Aが即時取得により宝石の所有権を取得することはない。

オ．Aは、BがCから賃借していた宝石を盗み、Dに贈与した。Dが宝石をAの所有物であると過失なく信じて現実の引渡しを受けた場合、Bは、宝石の盗難時から2年間は、Dに宝石の回復を請求することができる。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ ウ 4. イ オ 5. エ オ

問題類型	短答知識重視の問題
正 解	1

解答の方法

第 8 問は、エを除き、即時取得に関する細かい知識を問う問題であり、短答知識重視の問題に位置づけられる。

もっとも、即時取得が成立するためには占有開始の原因が「取引行為」でなければならないということは基本中の基本であるから、エが正しいことは、その場で確実に判断することができる。そうすると、解答が「1. ア ウ」、「3. イ ウ」、「4. イ オ」いずれかに絞られる。したがって、2つの選択肢を跨いでいる「イ」と「ウ」のいずれかについて正誤を判断することができれば、解答を1つに絞り得る。

ウは、指図による占有移転が「占有を始めた」という要件を満たすかについての判例知識を問うものであるところ、指図による占有移転による即時取得の成否については肯定した判例と否定した判例とがあり、両者の違いを理解するのは難しい。そのため、ウの正誤をその場で確実に判断することは難しい。

そこで、イを見てみると、未成年者との取引の相手方について即時取得の成立を認めることは、制限行為能力者保護に重点を置いた行為能力制度の趣旨に反し許されないはずであると、直感的に判断することができるはずである。したがって、行為能力制度の趣旨から合理的に推測するという価値判断による解法により、イが正しいと判断することができる。そうすると、「3. イ ウ」と「5. イ オ」も解答から外れることになり、その結果、「1. ア ウ」だけが残ることになる。

このように、価値判断による解法と消去法を用いることにより、イとエの正誤を判断するだけで解答が「1. ア ウ」であると判断することができる。

ア 誤っている

確かに、即時取得の成立要件（実体法上の要件）の1つとして、取引行為の相手方に処分権限がないこと（無権利者からの占有取得であること）が必要であり、錯誤・詐欺・脅迫による取消原因のある取引行為により占有を取得した場合には、「取引行為の相手方に処分権限がないこと」という要件を満たさないし、この場合には善意取得者よりも表意者を保護することで意思表示の瑕疵に関する制度の枠組みを維持するべきであるから、民法 192 条は適用されない（制限行為能力者からの占有取得者、無権代理人からの占有取得者についても、同様である）。

しかし、取消前の転得者については、民法 192 条の適用可能性がある」と解されている。

したがって、強迫を理由とする取消し前の第三者であるCについては、民法 192 条の即時取得により宝石の所有権を取得する可能性が認められる。

よって、アは誤っている。

潮見「民法（全）」第2版146頁
内田「民法I」第4版472頁

潮見「民法（全）」第2版146頁
内田「民法I」第4版89頁

なお、取消前の転得者のうち、錯誤・詐欺の事案における転得者については、改正民法 95 条 4 項（錯誤の事案）と改正民法 96 条 3 項（詐欺の事案）により保護される。

イ 正しい

制限行為能力者からの占有取得者については、民法 192 条は適用されない。この場合、「取引行為の相手方に処分権限がないこと」という要件を満たさないし、善意取得者よりも制限行為能力者を保護することで行為能力制度の枠組みを維持すべきだからである。

したがって、イは正しい。

なお、「解答の方法」にもある通り、行為能力制度の趣旨から合理的に推測するという価値判断による解法により、イが正しいと判断することもできる。

潮見「民法（全）」第 2 版 146 頁

ウ 誤っている

指図による占有移転が「占有を始めた」という要件を満たすかについて、権利者と即時取得者の占有関係の密接度を基準とする考えが有力である。

例えば、①原所有者 B からの占有受託者 A が C に占有を委託した上、指図による占有移転により D に譲渡した場合は、A は占有を失い、A を媒介とする B の占有も完全に切斷されるから、即時取得が認められる。判例の立場は明確ではないが、近時、一定地区の慣行に従い、荷渡指図書に基づく寄託者台帳上の名義変更によって指図による占有移転がなされた特殊事例につき即時取得を肯定したものがあ

総まくり 102 頁・脚注 8)

最判 S57.9.7

これに対し、②原所有者 B からの占有受託者 A が占有改定により C に譲渡し、さらに、C が A に指図することによって D に譲渡する場合は、占有改定による場合と同様に扱うべきであり、即時取得は否定される。

大判 S8.2.13、大判 S9.11.20 等

ウは、①に近い事案であるから、「占有を始めた」という要件が認められる。したがって、ウは誤っている。

エ 正しい

即時取得は、取引安全を保護するための制度であるから、占有取得の原因は「取引行為」に限定される。

したがって、「B が置き忘れた宝石を…持ち帰った」だけの A については、「取引行為」による占有取得が認められないから、即時取得が成立する余地はない。よって、エは正しい。

総まくり 101 頁

佐久間「民法の基礎 2」第 2 版 148 頁

オ 正しい

民法 193 条は、「前条の場合において、占有物が盗品又は遺失物であるときは、被害者又は遺失者は、盗難又は遺失の時から 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。」と規定している。

オでは、A が「B が C から賃借していた宝石を盗み、これを D に贈与した」の

総まくり 103 頁

だから、即時取得の対象動産たる「占有物が盗品…である」ときに当たる。

したがって、被害者であるBは、「盗難…の時から2年間」、「占有者」D「に対してその物の回復を請求することができる」。

よって、オは正しい。