



体験受講用  
見本

2017 年合格目標 司法書士講座

# 択一式対策講座【理論編】

<テキスト>

## 民法 I

(総則・物権・担保物権)

※無断複写・転載を禁じます。

民法の第1回講義にて取り扱う該部分のみの  
見本となります。

# TAC

# 目次

---

## 第1編 総則

第1章 人	2
1 権利能力	2
2 意思能力及び行為能力	3
3 不在者の財産の管理及び失踪の宣告	11
4 同時死亡の推定	14
第2章 法人	15
1 法人	15
2 権利能力なき社団	17
第3章 法律行為	19
1 意思表示	19
2 代理	36
3 無効及び取消し	61
4 条件及び期限	67
第4章 時効	72
1 総則	72
2 取得時効	91
3 消滅時効	94

## 第2編 物権

第1章 総則	100
1 物権の意義等	100
2 物権の効力	101
3 物権変動総論	106
4 不動産の物権変動	108
5 動産の物権変動	131
6 混同	136
第2章 占有権	138
1 占有権の意義	138
2 占有権の取得	140

3 占有権の効力	146
4 即時取得	152
5 占有権の消滅	158
6 準占有	160
<b>第3章 所有権</b>	<b>161</b>
1 所有権の限界	161
2 所有権の取得	167
3 共有	172
<b>第4章 地上権</b>	<b>186</b>
<b>第5章 永小作権</b>	<b>190</b>
<b>第6章 地役権</b>	<b>192</b>
<b>第3編 担保物権</b>	
第1章 総論	198
第2章 留置権	200
第3章 先取特権	208
1 総則	208
2 先取特権の種類	210
3 先取特権の順位	215
4 先取特権の効力	217
<b>第4章 質権</b>	<b>220</b>
1 総則	220
2 動産質	225
3 不動産質	226
4 権利質	228
<b>第5章 抵当権</b>	<b>231</b>
1 総則	231
2 抵当権の効力の及ぶ範囲	233
3 抵当権の効力	236
4 抵当権に対する侵害	238
5 物上代位	241
6 抵当権の処分（順位の変更を含む。）	251

7	代価弁済及び抵当権消滅請求	254
8	抵当権者の同意の登記がある場合の賃貸借の対抗力	259
9	法定地上権（抵当地の上の建物の競売を含む。）	260
10	共同抵当	271
11	抵当建物使用者の引渡しの猶予	283
12	抵当権の消滅	285
<b>第6章</b>	<b>根抵当権</b>	<b>286</b>
1	意義等	286
2	根抵当権の変更，元本確定期日の定め	288
3	根抵当権者又は債務者の相続，合併又は会社分割	289
4	根抵当権の処分及び譲渡	292
5	共同根抵当	293
6	元本の確定	294
7	極度額の減額請求，根抵当権の消滅請求	296
<b>第7章</b>	<b>譲渡担保</b>	<b>298</b>
1	意義	298
2	法律構成	300
3	効力	302
4	実行	306
5	集合物譲渡担保	310
<b>第8章</b>	<b>所有権留保，仮登記担保及び代理受領</b>	<b>315</b>
1	所有権留保	315
2	仮登記担保	316
3	代理受領	317

【MEMO】

# 第 1 編 総則

# 第 1 章

# 人

## 1 権利能力

### 1 意義

権利能力とは、私法上の権利義務の帰属主体となることができる資格をいう。

### 2 権利能力の始期及び終期

#### (1) 権利能力の始期

権利能力は、出生の時に取得する（3条1項）。

「出生」とは、母体から胎児が全部露出した時である（通説）。

#### (2) 胎児の権利能力の例外

次に掲げる場合には、胎児は既に生まれたものとみなされる。

- ① 損害賠償の請求権（721条）
- ② 相続（886条1項）
- ③ 遺贈（965条で準用する886条）

#### (3) 「既に生まれたものとみなす」の意義

##### ① 学説

「胎児のままでは権利能力は認められず、生きて出生した場合に不法行為又は相続の開始の時点にさかのぼって権利能力が認められる。」とする停止条件説と「胎児の段階で権利能力が認められ、仮に死産であった場合には不法行為又は相続の開始の時にさかのぼって権利能力が失われる。」とする解除条件説がある。

##### ② 判例

判例は、胎児の損害賠償請求権について、親族が胎児のために加害者に行った和解は、胎児に対して効力を有しないと見做し、停止条件説を採用している（大判昭7.10.6）。

なお、登記実務においては、解除条件説が採用され、胎児名義の相続登記が認められている（明31.10.19民刑1406号、昭29.6.15民事甲1188号(注)）。

(注) 昭 29. 6. 15 民事甲 1188 号は、胎児の名義の相続登記をする場合には、未成年者の法定代理に関する規定が胎児にも類推適用されるが、胎児の出生前においては、相続関係が未確定の状態にあるため、胎児のために遺産分割その他の処分行為をすることはできないとしている。

#### (4) 権利能力の終期

権利能力は、死亡によって消滅する。

なお、失踪の宣告があった場合であっても、失踪の宣告を受けた者の権利能力が消滅することはない。

⇒ 失踪の宣告を受けた者は、その失踪の宣告後に、金銭消費貸借契約を締結できる【H22-4-ウ】。

## 2 意思能力及び行為能力

### 1 意義

#### (1) 意思能力

意思能力とは、法律関係を発生させる意思を形成し、それを行為の形で外部に発表して結果を判断、予測できる知的能力をいう。

民法には規定はないが、意思能力を欠く状態で行われた行為は、無効である(大判明 38. 5. 11)。

⇒ 就学前の幼児が、贈与の申込みで承諾をしても、その承諾は、無効である【S63-1-2】。

#### (2) 行為能力

行為能力とは、法律行為を単独で行うことができる法律上の能力をいう。

### 2 制限行為能力者の意義

制限行為能力者とは、次に掲げる者をいう(20条1項参照)。これに対し、行為能力の制限を受けない者を、行為能力者という(20条1項参照)。

- ① 未成年者
- ② 成年被後見人
- ③ 被保佐人
- ④ 補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人

補助人に代理権を付与する旨の審判だけを受けた被補助人は、制限行為能力者ではない。

⇒ 補助人に代理権を付与する旨の審判のみがされた場合に被補助人がした不動産の処分は、有効であるため、当該補助人から当該不動産を買い受けた者は、当該被補助人から当該不動産を買い受けた者に対して、当該不動産の所有権を対抗することができない【H22-pm36-(2)】。

### 3 未成年者

#### (1) 意義

未成年者は、年齢が20歳未満の者をいう（4条）。

#### (2) 未成年者の法律行為

##### ① 原則

未成年者が法律行為をするには、法定代理人の同意を得なければならず（5条1項本文）、同意を得ないでした法律行為は、取り消すことができる（同条2項）。

⇒ 法定代理人の同意は、未成年者に対してではなく、その相手方に対してすることもできる【S63-1-4】。

⇒ 未成年者と契約をした相手方が、その契約締結の当時、その未成年者を成年者であると信じ、かつ、そのように信じたことについて過失がなかった場合でも、その未成年者は、その契約を取り消すことができる【H27-4-ウ】。

この取消しは、法定代理人のほか、未成年者も、法定代理人の同意を得ないで、することができる（120条1項）【H27-4-ア, H23-4-イ, H2-14-ア, S63-1-5, S57-2-4】。

法定代理人は、未成年者の法律行為の追認をすることもできる（124条1項・3項）。

⇒ 未成年者も、法定代理人の同意を得て、追認（法定追認を含む。）をすることができる（通説）【H6-7-オ, H5-8-2, H2-14-イ】。

##### ② 例外

次に掲げる法律行為については、法定代理人の同意を要しない。

##### a 単に権利を得、又は義務を免れる法律行為（5条1項ただし書）

⇒ 未成年者が負担付きでない贈与を受ける場合には、その未成年者は、その贈与契約を取り消すことができない【H27-4-オ】。また、未成年者が債権者から債務の免除の意思表示を受ける場合には、法定代理人の同意を要しない【S60-1-1】。これに対し、未成年者が負担付遺贈の放棄をする場合には、法定代理人の同意を要する【S57-2-5】。

##### b 法定代理人が目的を定めて又は目的を定めなくて処分を許した財産の処分（5条3項）

##### c 1種又は数種の営業を許された場合におけるその営業（6条1項）

⇒ この営業の許可をする場合には、その営業の種類を特定しなければならない【S63-1-3】。

また、未成年者が婚姻をしたときは、成年に達したものとみなされるため（753条）、法律行為をする場合であっても、法定代理人の同意を要しない【H27-4-エ（取消し不可）】（注）。

（注） これに対し、営業を許された未成年者であっても、婚姻をする場合には、父母の同意を得なければならない（737条）。

⇒ 未成年者である被保佐人が婚姻をしても、被保佐人としての行為能力の制限は、解除されない【S63-1-1】。

---

## 4 成年被後見人

### (1) 成年後見制度

成年後見制度とは、精神上の障害により判断能力が不十分であるため契約等の法律行為における意思決定が困難な者について、後見人等の機関がその判断能力を補う制度である。そして、その判断能力を補うことによって、その判断能力が不十分な者の生命、身体、自由、財産等の権利を擁護することを目的としている。

なお、法律上は、未成年者についても後見開始の審判、保佐開始の審判及び補助開始の審判をすることができる。

### (2) 後見開始の審判

精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある者については、家庭裁判所は、本人【H15-4-7, S60-1-3】、配偶者、4親等内の親族【H25-4-ウ】、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、後見開始の審判をすることができる（7条）。

後見開始の審判を受けた者は、成年被後見人とされ、成年後見人が付される（8条）。成年後見人は、法定代理人である（859条）。

後見開始の審判をする場合において、本人が被保佐人又は被補助人であるときは、家庭裁判所は、その本人に係る保佐開始又は補助開始の審判を取り消さなければならない（19条1項）。

### (3) 成年被後見人の法律行為

成年被後見人の法律行為は、日用品の購入その他日常生活に関する行為を除き、取り消すことができる（9条）【H25-4-7, H15-4-イ】。成年後見人は成年被後見人の法律行為につき同意権を有しないため、成年後見人の同意を得てした法律行為であっても、取り消すことができる【H27-21-7, H19-6-エ, H9-1-1, H5-8-3, S60-1-2】。この取消しは、成年後見人のほか、成年被後見人もすることができる（120条1項）。

成年後見人は、成年被後見人の法律行為の追認をすることもできる（124条1項・3項）。また、成年後見人は、成年被後見人の法律行為を代理することができる（859条1項）【H25-4-イ】（注）。

（注） 取消権の対象から除外される日用品の購入その他日常生活に関する行為も、成年後見人の代理権の対象から除外されていないため、成年後見人は、日用品の購入その他日常生活に関する行為についても、本人である成年被後見人を代理することができる。

### (4) 後見開始の審判の取消し

後見開始の審判の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、後見人（未成年後見人及び成年後見人。以下同じ。）、後見監督人（未成年後見監督人及び成年

後見監督人。以下同じ。)又は検察官の請求により、後見開始の審判を取り消さなければならない(10条)。

## 5 被保佐人

### (1) 保佐開始の審判

精神上の障害により事理弁識能力が著しく不十分である者については、家庭裁判所は、本人、配偶者【H25-4-オ(本人の同意を要しない。)】、4親等内の親族、後見人、後見監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、保佐開始の審判をすることができる(11条本文)【S63-3-1】。ただし、精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある者については、後見開始の審判をすべきであるため、保佐開始の審判をすることができない(11条ただし書)。

保佐開始の審判を受けた者は、被保佐人とされ、保佐人が付される(12条)【S60-1-5】。

保佐開始の審判をする場合において本人が成年被後見人又は被補助人であるときは、家庭裁判所は、その本人に係る後見開始又は補助開始の審判を取り消さなければならない(19条2項, 1項)。

### (2) 保佐人の同意を要する行為

被保佐人が次に掲げる行為をするには、日用品の購入その他日常生活に関する行為をする場合を除き【H25-4-ア】、その保佐人の同意を得なければならない(13条1項)。家庭裁判所は、保佐開始の審判において、次に掲げる行為の一部について、その保佐人の同意を要しない旨を定めることはできない【H15-4-ウ】。

- ① 元本を領収し、又は利用すること。
- ② 借財又は保証をすること。
- ③ 不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること。
- ④ 訴訟行為をすること。

民事訴訟法は、この特則として、被保佐人が相手方の提起した訴え又は上訴について訴訟(応訴)行為をする場合(同法32条1項)及び必要的共同訴訟の共同訴訟人の1人が提起した上訴について、被保佐人が共同訴訟人として上級審で訴訟行為をする場合(同法40条4項)には、保佐人の同意を要しないものとしている。

保佐人が訴え又は上訴に関する同意をする場合には、当該審級における一連の訴訟行為全部について包括的な同意をしなければならない(大判明41.2.26)。また、訴え又は上訴の取下げ、和解、請求の放棄又は認諾等の判決によらずに訴訟を終結させる行為に関しては、各行為について個別の同意(特別の授権)が必要である(民訴法32条2項)。

- ⑤ 贈与、和解又は仲裁合意をすること。【H25-4-エ(贈与)】

「贈与」には、被保佐人が贈与を受ける場合は含まれない。

- ⑥ 相続の承認もしくは放棄又は遺産の分割をすること【H7-21-エ, S60-1-4】。
- ⑦ 贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること。
- ⑧ 新築, 改築, 増築又は大修繕をすること。
- ⑨ 602 条に定める期間(注)を超える賃貸借をすること。

(注) 602 条に定める期間は、次のとおりである。

- ・ 樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借 10 年
- ・ 上記の賃貸借以外の土地の賃貸借 5 年
- ・ 建物の賃貸借 3 年
- ・ 動産の賃貸借 6 か月

家庭裁判所は、保佐開始の審判の請求権者又は保佐人もしくは保佐監督人の請求により、被保佐人が上記①から⑨までに掲げる行為以外の行為をする場合（日用品の購入その他日常生活に関する行為をする場合を除く。）であってもその保佐人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる（13 条 2 項）。

### (3) 保佐人の同意に代わる許可

保佐人の同意を得なければならない行為について、保佐人が被保佐人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、被保佐人の請求により、保佐人の同意に代わる許可を与えることができる（13 条 3 項）【H15-4-エ】。

### (4) 保佐人の同意又はこれに代わる許可を得ないでした行為

保佐人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる（13 条 4 項）【H9-1-1】。この取消しは、保佐人のほか、被保佐人も、保佐人の同意を得ないで、することができる（120 条 1 項）【H5-8-5】。

保佐人は、被保佐人の法律行為の追認をすることもできる（124 条 1 項, 3 項）。

### (5) 保佐人に代理権を付与する旨の審判

家庭裁判所は、保佐開始の審判の請求権者又は保佐人もしくは保佐監督人の請求によって、被保佐人のために特定の法律行為について保佐人に代理権を付与する旨の審判をすることができる（876 条の 4 第 1 項）【H25-4-イ, H15-4-オ】。

本人以外の者の請求によって保佐人に代理権を付与する旨の審判をするには、本人の同意がなければならない（876 条の 4 第 2 項）。

家庭裁判所は、保佐人の代理権を付与する旨の審判の請求権者の請求によって、保佐人に代理権を付与する旨の審判の全部又は一部を取り消すことができる（876 条の 4 第 3 項）。

## (6) 保佐開始の審判等の取消し

保佐開始の審判の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官の請求により、保佐開始の審判を取り消さなければならない(14条1項)。また、家庭裁判所は、保佐開始の審判の取消しの請求権者の請求により、被保佐人が前記の(2)の①から⑨までに掲げる行為以外の行為をする場合(日用品の購入その他日常生活に関する行為をする場合を除く。)であってもその保佐人の同意を得なければならない旨の審判(13条2項)の全部又は一部を取り消すことができる(14条2項)。

## 6 被補助人

### (1) 補助開始の審判

精神上の障害により事理弁識能力が不十分である者については、家庭裁判所は、本人【H15-4-ア】、配偶者、4親等内の親族【H25-4-ウ】、後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官の請求により、補助開始の審判をすることができる(15条1項本文)。ただし、精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者及び精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分である者については、後見開始の審判や保佐開始の審判をすべきであるため、補助開始の審判をすることができない(15条1項ただし書)。

本人以外の者の請求により補助開始の審判をするには、本人の同意がなければならない(15条2項)【H25-4-オ(配偶者による請求の場合)】。

補助開始の審判は、補助人の同意を要する旨の審判又は補助人に代理権を付与する旨の審判とともにしなければならない(15条3項)。

補助開始の審判を受けた者は、被補助人とされ、補助人が付される(16条)。

補助開始の審判をする場合において本人が成年被後見人又は被保佐人であるときは、家庭裁判所は、その本人に係る後見開始又は保佐開始の審判を取り消さなければならない(19条2項、1項)。

### (2) 補助人の同意を要する旨の審判

家庭裁判所は、補助開始の審判の請求権者又は補助人もしくは補助監督人の請求により、被補助人が特定の法律行為をするにはその補助人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる(17条1項本文)。ただし、その審判によりその同意を得なければならないものとしてすることができる行為は、被保佐人が保佐人の同意を得なければならない行為を定める13条1項に規定する行為の一部に限られる(17条1項ただし書、平21.9.10民一2139号)。

⇒ 被補助人が贈与をする場合には、贈与をすることについて補助人の同意を得なければならない旨の審

判がなければ、補助人の同意を得ることを要しない【H25-4-エ】。

本人以外の者の請求により補助人の同意を要する旨の審判をするには、本人の同意がなければならぬ（17条2項）。

なお、補助人の同意を要する旨の審判を受けていない被補助人（補助人に代理権を付与する旨の審判のみを受けた被補助人）は、制限行為能力者ではない（20条1項参照）【H22-pm36-(2)】。

### (3) 補助人の同意に代わる許可

補助人の同意を得なければならない行為について、補助人が被補助人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、被補助人の請求により、補助人の同意に代わる許可を与えることができる（17条3項）。

### (4) 補助人の同意又はこれに代わる許可を得ないでした行為

補助人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる（17条4項）。この取消しは、補助人のほか、被補助人も、補助人の同意を得ないで、することができる（120条1項）。

補助人は、被補助人の法律行為の追認をすることもできる（124条1項、3項）。

### (5) 補助人に代理権を付与する旨の審判

家庭裁判所は、補助開始の審判の請求権者又は補助人もしくは補助監督人の請求によって、被補助人のために特定の法律行為について補助人に代理権を付与する旨の審判をすることができる（876条の9第1項）【H15-4-オ】。

本人以外の者の請求によって補助人に代理権を付与する旨の審判をするには、本人の同意がなければならない（876条の9第2項、876条の4第2項）。

家庭裁判所は、代理権を付与する旨の審判の請求権者の請求によって、その審判の全部又は一部を取り消すことができる（876条の9第2項、876条の4第3項）。

### (6) 補助開始の審判等の取消し

補助開始の審判の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、補助開始の審判を取り消さなければならない（18条1項）。

家庭裁判所は、補助開始の審判の取消しの請求権者の請求により、補助人の同意を要する旨の審判の全部又は一部を取り消すことができる（18条2項）。

補助人の同意を要する旨の審判及び補助人に代理権を付与する旨の審判を全て取り消す場合には、家庭裁判所は、補助開始の審判を取り消さなければならない（18条3項）。

## 7 制限行為能力者の相手方の保護

### (1) 制限行為能力者の相手方の催告権

#### ① 行為能力者となった者に対する催告

制限行為能力者の相手方は、その制限行為能力者が行為能力者となった後、その者に対し、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認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（20条1項前段）。

この場合において、その者がその期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなされる（20条1項後段）【H4-7-ア】。

#### ② 法定代理人、保佐人又は補助人に対する催告

制限行為能力者の相手方が、制限行為能力者が行為能力者とならない間に、その法定代理人、保佐人又は補助人に対し、その権限内の行為について、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができ、この場合において、その者がその期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなされる（20条2項）【H23-4-オ】。

#### ③ 未成年後見監督人がある場合における未成年後見人に対する催告

特別の方式を要する行為については、1か月以内にその方式を具備した旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなされる（20条3項）。これは、未成年後見人は、未成年被後見人が13条1項各号に掲げる行為をすることについて同意権を有するところ（864条本文）、未成年後見監督人がある場合に、未成年後見人に対して催告があったときは、1か月以内にその同意を得た旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなすとされたものである（20条3項）。

#### ④ 被保佐人又は補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人に対する催告

制限行為能力者の相手方は、被保佐人又は補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人に対しては、1か月以内にその保佐人又は補助人の追認を得るべき旨の催告をすることができる（20条4項前段）。

この場合において、その被保佐人又は被補助人がその期間内にその追認を得た旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなされる（20条4項後段）【S63-3-3】。

#### ⑤ 未成年者又は成年被後見人に対する催告

未成年者又は成年被後見人は、意思表示の受領能力を有しないため（98条の2本文）、未成年者又は成年被後見人に対する催告は、無効である【H2-14-ウ】。ただし、未成年者又は成年被後見人の法定代理人がその意思表示を知った後は、その意思表示をもって対抗することができる（98条の2ただし書）。

---

## (2) 制限行為能力者の詐術

制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない（21条）【H9-1-4】。

なお、相手方が第三者の言葉を信じて制限行為能力者を行為能力者であると信じたときは、21条の規定は適用されない【H2-14-オ】。

### ① 21条の「詐術」の意義

21条の「詐術」とは、制限行為能力者が相手方に行為能力者であることを信じさせるために積極的な手段を用いることである（大判大 5. 12. 6）。例えば、成年被後見人が契約を締結するに当たって、成年後見に関する登記記録がない旨を証する登記事項証明書を偽造して相手方に交付する行為である【H19-6-オ】。

### ② 相手方が悪意である場合

制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いた場合であっても、その相手方が制限行為能力者であることを知っていたときは、21条の規定は適用されない【H19-6-オ】。

### ③ 制限行為能力者であることを黙秘することと21条の「詐術」

単なる黙秘は、21条の「詐術」に当たらないが【H23-4-ア, S63-3-5】、他の言動等とあいまって、相手方を誤信させ、又は誤信を強めたものと認められるときは、詐術に当たる（最判昭 44. 2. 13）。

## 3 不在者の財産の管理及び失踪の宣告

### 1 不在者の財産の管理

#### (1) 不在者の意義

不在者とは、従来の住所又は居所を去った者をいう（25条1項）。

#### (2) 不在者の財産の管理

##### ① 管理の命令

不在者がその財産の管理人を置かなかったときは、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、その財産の管理について必要な処分を命ずることができる（25条1項前段）。

⇒ 失踪の宣告の要件を充足していない場合でも管理人を選任できる【H7-2-イ】。

⇒ その不在者が生存していることが明らかである場合でも管理人を選任できる【H28-4-2】。

本人の不在中に管理人の権限が消滅したときも、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の

請求により、その財産の管理について必要な処分を命ずることができる（25条1項後段）。

## ② 管理の命令の取消し等

不在者の財産の管理について必要な処分を命じた後、本人が管理人を置いたときは、家庭裁判所は、その管理人、利害関係人又は検察官の請求により、その命令を取り消さなければならない（25条2項）【H28-4-3】。

不在者が管理人を置いた場合において、その不在者の生死が明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、管理人を改任することができる（26条）【H28-4-1, H22-4-エ】。

## ③ 管理人の権限

管理人は、103条に規定する権限を超える行為を必要とするときは、家庭裁判所の許可を得て、その行為をすることができる（28条前段）。

⇒ 例えば、管理人が不在者の不動産を売却する場合には、その売却代金をその不在者の財産の管理費用に充てる目的であっても、家庭裁判所の許可を得なければならない【H22-4-イ】。

不在者の生死が明らかでない場合において、その管理人が不在者が定めた権限を超える行為を必要とするときも、同様である（28条後段）。

なお、管理人は、家庭裁判所の許可を得ないで、不在者を被告とする建物収去土地明渡請求を認容した第一審判決に対し控訴を提起し、その控訴を不適法として却下した第二審判決に対し上告を提起する権限を有する（最判昭47.9.1）【H28-4-4】。

## ④ 管理人の担保提供及び報酬

家庭裁判所は、管理人に財産の管理及び返還について相当の担保を立てさせることができる（29条1項）。

家庭裁判所は、管理人と不在者との関係その他の事情により、不在者の財産の中から、相当な報酬を管理人に与えることができる（29条2項）【H28-4-5（報酬を与えなければならないわけではない。）】。

## 2 失踪の宣告

### (1) 意義

失踪の宣告とは、ある人の失踪が一定期間続いた場合に、利害関係人の請求によって家庭裁判所がする宣告をいう。

### (2) 普通失踪

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（30条1項）。

---

⇒ 夫婦の一方は、配偶者の生死が3年以上明らかでないときは、離婚の訴えを提起することができるため(770条1項3号)、婚姻の解消の方法は、失踪宣告の制度に限られない【H14-1-1】。

この失踪の宣告を受けた者は、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(31条)。

⇒ そのため、この7年間の期間が満了する前に行われた相続人による失踪の宣告を受けた者の財産の処分は、有効とはみなされない【H14-1-2】。

### (3) 特別失踪

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1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(30条2項)【H7-2-ア】。

⇒ 利害関係人は、不在者の財産の管理人が選任されている場合でも、失踪の宣告を請求することができる【H7-2-イ】。

この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される(31条)【H7-2-ウ】。

### (4) 失踪の宣告の取消し

#### ① 失踪の宣告の取消し

失踪者が生存すること又は死亡したものとみなされた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(32条1項前段)【H14-1-3】。失踪の宣告の取消しの請求は、失踪の宣告によって財産を得た者から更に当該財産を善意で取得した者がある場合でも、することができる【H7-2-オ】。

⇒ 失踪の宣告によって財産を得た者は、失踪の宣告が取り消されない限り、その財産を返還することを要しない【H14-1-4】。

⇒ Aが、Bと婚姻をしていたが、ある日、Bが家を出たまま行方不明となった場合において、Bに失踪の宣告がされた後、Aが死亡し、その後にBの失踪の宣告が取り消されたときは、Bは、Aの遺産を相続する【H14-1-5】。

#### ② 失踪の宣告の取消しの効果

失踪の宣告が取り消された場合においても、その取消しは、失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない(32条1項後段)。ここでいう「善意」とは、契約については、契約当時に当事者双方が善意でなければならない(大判昭13.2.7)【H22-4-ア, H18-5-ウ・エ】。契約当時に当事者双方が善意であれば、その後に出現した者が悪意であっ

ても、その行為の効力には影響を及ぼさない（通説）【H18-5-オ】。

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が、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（32条2項）。

例えば、失踪の宣告によって生命保険金を取得した者は、その生命保険金を遊興費として費消した場合には、費消した生命保険金の相当額を返還する必要はないが【H18-5-7】、その生命保険金を生活費として費消した場合には、費消した生命保険金の相当額を返還する必要がある【H18-5-イ】。

なお、32条2項は、失踪宣告によって財産を得た者の善意・悪意を問題としていないが、悪意者を保護する必要はないため、善意者にのみ適用される（通説）【H22-4-オ】。したがって、悪意者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない（704条）。

## 4 同時死亡の推定

数人の者が死亡した場合において、そのうちの1人が他の者の死亡後になお生存していたことが明らかでないときは、これらの者は、同時に死亡したものと推定される（32条の2）。

これにより、被相続人と子の同時死亡が推定される場合には、相続は開始しない。これに対し、被相続人の子が、相続開始以前に死亡したときは、その者の子がこれを代襲して相続人となるため（887条2項）、被相続人と子の同時死亡が推定される場合でも、代襲相続は開始する（注）【H23-22-イ、H17-23-オ、H8-21-ウ、H2-6-4】。

（注） これに対し、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ため（994条）、遺言者と受遺者の同時死亡の推定がされる場合には、遺贈はその効力を生じない。

## 第 2 章

## 法人

### 1 法人

法人については、33 条から 37 条まで規定のほか、次に掲げる法律を参照されたい。

- ① 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（平成 18 年法律第 48 号）
- ② 公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律（平成 18 年法律第 49 号）
- ③ 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成 18 年法律第 50 号）

#### (1) 一般社団法人、権利能力なき社団及び民法上の組合の比較【H11-1】

	一般社団法人	権利能力なき社団	民法上の組合
構成員が団体に拠出した不動産について団体の名義で登記をすることの可否	可	不可	不可
構成員の債権者がその債権に基づいて構成員が団体に拠出した財産を差し押さえることの可否	不可	不可	不可
団体の債権者がその債権に基づいて構成員の個人財産を差し押さえることの可否	不可	不可	可
団体の設立の登記の位置付け	成立要件	登記不可	登記不可
営利を目的とすることの可否	不可	可	可

(2) 一般社団法人又は一般財団法人の代表理事の行為に関する判例

① 代表理事の権限濫用の行為と 93 条ただし書

代表理事が自己の利益を図るため代表権の範囲に属する法律行為を行った場合において、相手方が代表理事の意図を知らない場合において、そのことに過失がなかったときは、法人は、その行為の無効を主張することができない（株式会社の代表取締役に関する最判昭 38.9.5）【H10-1-1】。

② 代表理事の行為と 110 条

代表理事が代表権を行使するには理事会の決議を要する旨の定款の定めがあるにもかかわらず、代表理事が理事会の決議を得ないで取引をした場合に、相手方が、その定款の定めを知っていたときであっても、理事会の決議があるものと信じていたときは、110 条が類推適用され、相手方は、表見代理の主張をすることができる（最判昭 60.11.29）【H18-4-オ、H10-1-2】。

③ 代表理事がした職務権限外の行為についての相手方の悪意・重大な過失

代表理事がした職務権限外の行為が外形からみてその職務行為に属するものと認められる場合であっても、その行為が代表理事の職務行為に属さないことを知らなかったことについて相手方に重大な過失があるときは、法人は、その行為について法人法 78 条及び 197 条の損害賠償責任を負わない（地方公共団体に関する最判昭 50.7.14）【H10-1-3】。

④ 被用者がした職務権限外の行為についての相手方の悪意・重大な過失

一般社団法人の被用者がした取引行為が、その行為の外形からみて一般社団法人の事業の範囲内に属するものと認められる場合であっても、その行為が被用者の職務権限内において行われたものではなく、かつ相手方が重大な過失によってこれを知らずに取引したときは、一般社団法人は、その取引によって相手方が受けた損害について、715 条 1 項の規定に基づく損害賠償責任を負わない（最判昭 42.11.2）【H6-3-5】。

⑤ 715 条の「使用者に代わって事業を監督する者」の意義

715 条 2 項の「使用者に代わって事業を監督する者」とは、客観的にみて使用者に代わって現実に事業を監督する地位にある者を指称するため（最判昭 35.4.14）、使用者が法人である場合において、その代表者が現実に被用者の選任及び監督を担当しているときは、その代表者は同項の代理監督者に該当し、その被用者が事業の執行についてした行為について、代理監督者として責任を負わなければならないが、代表者が、単に法人の代表機関として一般的業務執行権限を有することから、直ちに同項を適用してその個人責任を問うことはできない（最判昭 42.5.30）【H6-3-4】。

## ⑥ 即時取得と法人の善意・無過失

代表理事が代理人により動産購入の取引をしたところ、その取引の当時その動産が売主の所有に属さなかった場合において、その代理人が善意・有過失であるときは、その代表理事が善意・無過失であっても、法人は、その動産の所有権を即時取得することができない（最判昭 47. 11. 21）【H10-1-5, H6-3-2】。これは、192 条における善意・無過失の要件は、法人については、第一次的にはその代表機関について決すべきであるが、その代表機関が代理人により取引をしたときは、その代理人について判断すべきことが 101 条の趣旨から明らかであるからである。

## 2 権利能力なき社団

### 1 意義

権利能力なき社団と称するためには、①団体としての組織を備えていること、②多数決の原則が行われていること、③構成員の変更にかかわらず団体が存続すること、④その組織における代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確立していることを要する（最判昭 39. 10. 15）。

⇒ 権利能力のない社団が規約に従い総会の決議によってした構成員の資格要件を変更する旨の規約の改正は、特段の事情がない限り、その決議について承諾をしていない構成員に対しても、その効力を有する（最判平 12. 10. 20）【H16-4-7】。

⇒ 権利能力なき社団の構成員は、死亡により退社するが、その相続人がその地位を承継して構成員となる旨の規則を定めることは可能である【H16-4-7】。

⇒ 権利能力なき社団の代表者は、土地の賃貸借契約を締結した場合には、構成員全員の同意がなくても、原則として、その多数決により、その賃借権を処分することができる【H3-4-7】。

### 2 権利能力なき社団の権利義務の帰属

権利能力なき社団がその名においてその代表者により取得した資産は、構成員に総会的に帰属する（前掲最判昭 39. 10. 15）。権利能力なき社団の資産が構成員に総会的に帰属するとは、その資産の利用収益権は各社員に属するが、各社員は持分権を有せず、したがって各社員は当然には分割請求権を有せず【H16-4-1】、その資産の管理処分は、定款の定めるところにより、総会の議決に従って行われるものであるということである。

なお、権利能力なき財団の場合には、構成員を想定することができないため、資産は財団自体に

帰属する（最判昭 44. 6. 26）。

### 3 権利能力なき社団の登記名義

権利能力なき社団の資産である不動産については、社団の代表者が、社団の構成員全員の受託者たる地位において、個人の名義で所有権の登記をすることができるにすぎず(注)、社団を登記名義人とする登記をし、又は、社団の代表者である旨の肩書きを付した代表者個人名義の登記をすることは許されない（最判昭 47. 6. 2）。

(注) 代表者でない構成員も、構成員全員のために登記名義人となることができる(最判平 6. 5. 31)【H3-4-イ】。

また、権利能力なき社団の資産である不動産につき、登記名義人となった代表者がその地位を失い、これに代わる新代表者が選任されたときは、新代表者は、旧代表者に対して、当該不動産につき自己の個人名義に所有権の移転の登記を請求することができる（最判昭 47. 6. 2(注)）。

(注) このように、権利能力なき社団の代表者は自己の個人名義に所有権の移転の登記手続をすることを求める訴訟を提起することが認められているが、これに加えて、権利能力のない社団自身も原告となって当該社団の代表者の個人名義に所有権の移転の登記手続をすることを求める訴訟を提起することができる（最判平 26. 2. 27）。

なお、登記実務も、権利能力なき社団を登記名義人とする登記の申請は、受理されないとし（昭 23. 6. 21 民事甲 1897 号）、また、登記名義人を当該社団代表者何某とする登記をすることはできないとしている（昭 36. 7. 21 民三発第三課長）。

### 4 権利能力なき社団の民事訴訟の当事者能力

権利能力なき社団で代表者の定めがあるものは、その名において訴え、又は訴えられることができる（民訴法 29 条）。権利能力なき財団についても、同様である。もともと、権利能力なき社団の代表者は、個人として、当該社団のために訴訟当事者となることもできる（前掲最判昭 47. 6. 2 等参照）【H3-4-オ】。

### 5 権利能力なき社団の債務と構成員の責任

権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、社団の構成員全員に 1 個の義務として総有的に帰属し、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し個人的債務ないし責任を負わない（最判昭 48. 10. 9）【H16-4-ア、H3-4-ウ】。

また、権利能力なき社団の代表者は、個人責任を負わない（権利能力なき財団に関する最判昭 44. 11. 4 参照）【H16-4-ア、H3-4-エ】。

## 第 3 章

## 法律行為

### 1 意思表示

#### 1 意義

意思表示とは、一定の法律効果の発生を欲する意思を外部に対して表示する行為をいう(注)。

(注) 例えば、契約の申込み(申込みの誘引は意思表示ではない【H22-6-オ】。), 承諾及び遺言等は、意思表示であるが【H22-6-ア】、債務の履行の催告(153 条, 412 条 3 項, 541 条等)は、意思表示ではなく、意思の通知である【H22-6-イ】。また、遺失物の拾得(240 条)は、意思表示ではなく、事実行為である【H22-6-カ】。更に、指名債権の譲渡の債務者に対する通知(467 条)は、意思表示ではなく、観念の通知である【H22-6-ク】。

伝統的な理論によると、意思表示は、動機、効果意思、表示意思及び表示行為のように、細かく分けて分析される。

#### 2 意思主義と表示主義

表示行為から推測される内心的効果意思と表示行為とが一致しない場合の処理に関する立法上の立場に関しては、次の 2 つの立場がある。

##### (1) 意思主義

意思主義は、表意者を保護するため、内心的効果意思を重視する立場である。

##### (2) 表示主義

表示主義は、取引の安全を保護するため、表示行為を重視する立場である。

民法は、後記のとおり、両者の折衷的な立場を採用している。

### 3 心裡留保

(心裡留保)

第 93 条 意思表示は、表意者はその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。

#### (1) 意義

心裡留保とは、表意者はその真意ではないことを知ってする単独の意思表示をいう。

#### (2) 要件

93 条の要件は、次のとおりである。

- ① 効果意思と表示が一致しないこと。
- ② 表意者が効果意思と表示が一致しないことを知っていること。

#### (3) 効果

##### ① 原則

意思表示は、表意者はその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない (93 条本文)。すなわち、意思表示は有効である。

なお、93 条本文は、相手方を保護するための規定であるため、相手方から無効を主張することは許される。

##### ② 例外

相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は無効である (93 条ただし書)【H3-8-ア】。心裡留保による意思表示が無効となることは、表意者にとって有利であるため、93 条ただし書の要件は、表意者が立証する必要がある。

##### ③ 第三者との関係

判例は、心裡留保の意思表示を前提として新たに法律関係に入った第三者について、94 条 2 項を類推適用している (最判昭 44. 11. 14)。

#### (4) 意思主義と表示主義

心裡留保による意思表示は、意思主義からは無効となるが、表示主義からは有効となる。

93 条は、意思表示の相手方の主観に応じて、本文において表示主義を採用し、ただし書において意思主義を採用し、意思主義と表示主義を折衷的に調和させている。

#### (5) 93 条ただし書が類推適用される場合

代理人が権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が濫用の事実を知り又は知ることができたときは、93 条ただし書を類推適用して、その行為の効果は本人には及ばない (最判昭 42. 4. 20)【H26-5-ウ, H22-5-ア, H18-4-ア, H12-3-3, H9-2-エ, H6-4-ア】。

## 4 虚偽表示

(虚偽表示)

第 94 条 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

2 前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。

### (1) 意義

虚偽表示とは、相手方と通じてした虚偽の意思表示をいう(注)。

(注) 通謀による虚偽の意思表示は、必ずしも双方行為に限らず、相手方のある単独行為についても成立し得る(最判昭 31. 12. 28[法定解除に関する判例])。

### (2) 要件

94 条の要件は、次のとおりである。

- ① 虚偽の外形が存在すること。
- ② 相手方との通謀があること。

### (3) 効果

#### ① 当事者間

相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効である(94 条 1 項)。

⇒ そのため、A B 間で A の所有する土地を B に売却する旨を仮装した後、B が事情を知らない C に転売した場合でも、A は、B からのその土地の引渡しの請求を拒むことができる【H3-8-1】。

虚偽表示による意思表示は、意思主義からは無効となるが、表示主義からも無効となる。これは、表示主義によっても、当事者間においては、取引の安全を考慮する必要がないからである。

#### ② 第三者に対する関係

虚偽表示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(94 条 2 項)。つまり、善意の第三者との関係では、虚偽による意思表示は、有効と扱われる。虚偽表示による意思表示が有効と扱われることは、第三者にとって有利であるため、善意であることは、第三者が立証する必要がある(最判昭 35. 2. 2)。

### (4) 94 条 2 項の第三者

#### ① 94 条 2 項の第三者の意義

94 条 2 項の第三者とは、虚偽表示の当事者又はその一般承継人以外の者であって、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至った第三者をいう(大判大 9. 7. 23, 最判昭 45. 7. 24)。

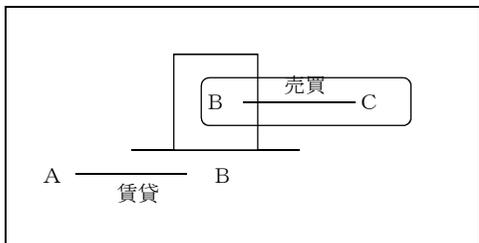
##### a 第三者に該当するとされた例

- (a) 仮装債権の譲受人(大判昭 13. 12. 17)【H19-7-オ, H15-5-エ, H14-17-7】

- (b) 虚偽表示の目的物の譲受人（最判昭 28. 10. 1）【H9-10-2】  
 ⇒ Cがその所有する不動産をBに対して虚偽表示により贈与した後に、Bがその不動産を善意のAに売却した場合において、AがBに代位してCに所有権の移転の登記を請求したときは、Cは、Aに対して、虚偽表示による無効を主張することができない【H2-5-5】。
- (c) 虚偽表示の目的物に抵当権等の設定を受けた者（大判昭 6. 10. 24）
- (d) 虚偽表示の目的物を差し押さえた一般債権者（最判昭 48. 6. 28）【H27-5-ウ, H19-7-エ, H15-5-オ, H11-3-ウ】

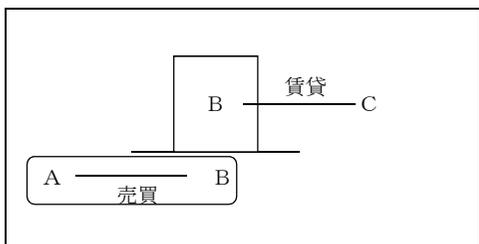
**b 第三者に該当しないとされた例**

- (a) 虚偽表示により債権が譲渡された場合の当該債権の債務者（大判大 4. 12. 13）【H24-4-エ, H15-5-ウ】
- (b) 仮装名義人に金銭を貸し付けた一般債権者（前掲大判大 9. 7. 23）
- (c) 債権が仮装譲渡された場合の譲受人から取立てのために当該債権の譲渡を受けた者（大決大 9. 10. 18）
- (d) 土地の賃借人がその所有する地上建物を仮装譲渡した場合の土地賃貸人（最判昭 38. 11. 28）【H27-5-オ】



例えば、Aから土地を賃借しているBが、その所有する地上建物をCに仮装譲渡した場合においても、Aは、94条2項の第三者に該当しないため、Bによる賃借権の無断譲渡を理由として、Bとの間の賃貸借契約を解除することができない。

- (e) 土地の仮装譲渡がされた場合において、土地の仮装譲受人から地上建物を賃借した者（最判昭 57. 6. 8）【H15-5-ア, H11-3-イ】



例えば、土地の仮装譲受人Bから地上建物を賃借したCは、94条2項の第三者に該当しないため、土地の仮装譲渡人Aは、Cに対して、土地の明渡しを請求することができる。

- (f) 土地が仮装譲渡された場合において、土地の仮装譲受人に代位して所有権の移転の登記請求権を代位して行使した債権者（大判昭 18. 12. 22）【H11-3-ア】

② 無過失であることの要否

94 条 2 項の第三者は、善意であれば足り(注)、無過失であることを要しない(大判昭 12.8.10)。

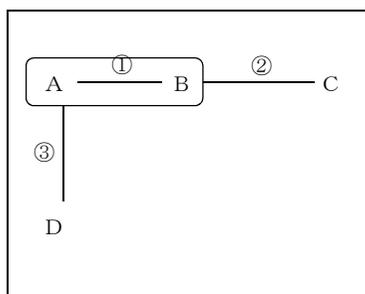
(注) 94 条 2 項の第三者の善意の存否は、同項の適用の対象となるべき法律関係ごとに当該法律関係につき第三者が利害関係を有するに至った時期を基準として決すべきであるとするのが判例である(最判昭 55.9.11)。この最判昭 55.9.11 に関連する判例として、「通謀虚偽の売買契約における買主が当該契約の目的物について第三者と売買予約を締結した場合において、その目的物の物権取得の法律関係につき、予約権利者が民法第 94 条第 2 項にいう善意であるかどうかは、その売買予約成立の時ではなく、当該予約完結権の行使により売買契約が成立する時を基準として定めるべきである。」とした最判昭 38.6.7 がある。

なお、このことは、94 条 2 項が類推適用される場合も、同様である(前掲最判昭 45.7.24)。

③ 登記を経由していることの要否

94 条 2 項の第三者は、登記を経由していることを要しない(最判昭 44.5.27(注))【H27-7-オ, H19-7-ア, S57-19-4】。

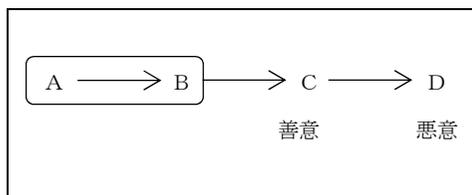
(注) この判例は、仮装の登記名義を作出した真の所有者と仮装の登記名義人からの善意の譲受人との関係は、177 条の対抗関係ではないとしたものである。



ただし、A が B に不動産を仮装譲渡し、これを C が善意で B から譲り受けた場合であっても、C が所有権の移転の登記を経由する前に、A からの譲受人 D が B を債務者として当該不動産について処分禁止の登記を経由していたときは、C は、その所有権を、D に対して対抗することができない(最判昭 42.10.31)【H27-5-ア, H19-7-イ, S58-13-3】。

(5) 第三者の範囲

① 善意の第三者からの転得者が悪意である場合【H20-4, H12-4】



善意の第三者からの転得者が悪意である場合の取扱については、次の 2 つの考え方があり。判例は、絶対的構成を採用している(大判昭 6.10.24)【H11-3-オ】。

a 絶対的構成

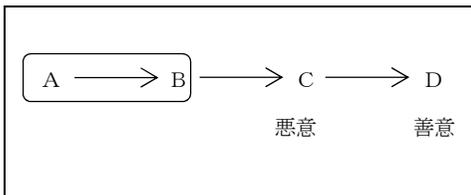
この説は、法律関係の安定及び取引の安全を重視し、94 条 2 項により善意の第三者が

絶対的・確定的に権利を取得するため、転得者は、虚偽表示について悪意であっても、有効に権利を取得し、原権利者からの目的物の追奪を受けないとするものである。

b 相対的構成

この説は、94条2項があくまでも権利の外観を信頼した者を保護する趣旨であることを重視し、処分行為の効力は当事者ごとに相対的・個別的に判断すべきであるため、いったん94条2項により保護される善意の第三者が出現しても、その第三者からの転得者が悪意であれば、原権利者は、転得者に対しては、なお虚偽表示による無効を主張して、権利の回復を図ることができるとするものである。

② 悪意の第三者からの転得者が善意である場合



悪意の第三者からの転得者も94条2項の第三者に含まれる(前掲最判昭45.7.24)【H27-5-イ, H19-7-ウ, H15-5-イ, H11-3-エ】。

(6) 94条2項の類推適用

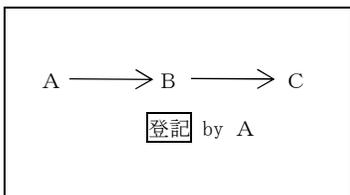
① 意義

94条2項は、本来は権利者と登記名義人とが通謀して意思表示をすることにより故意に虚偽の外観(不実の登記等)を作出した場合に適用される。しかし、意思表示(権利移転の外観)がない場合でも、権利者と登記名義人との間に通謀がない場合でも、権利者が自ら虚偽の外観作出に積極的に関与した場合や、権利者が虚偽の外観(不実の登記等)が作出されたことを知りながらこれを明示又は黙示に承認したような場合には、判例は、94条2項(及び110条)を類推適用することにより、作出された外観(不実の登記等)を信頼して無権利者から不動産を取得した第三者を保護するという理論を採用している【H15-8】。

② 類型

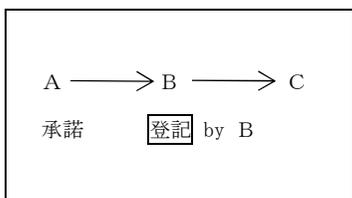
判例に現れた94条2項(及び110条)を類推適用した事案は、一般に、次の3つに類型化されている。

a 意思外観対応—自己作出型



これは、権利者自身が虚偽の外観(不実の登記等)を作出した場合であり、仮装の登記名義人の承諾を要しない(最判昭45.7.24)。これは、仮装の登記名義人の承諾の有無により、真実の所有者の意思に基づいて表示された所有権の帰属の外形に信頼した第三者の保護の程度に差を設けることは相当ではないからである。

b 意思外観対応—他人作出型

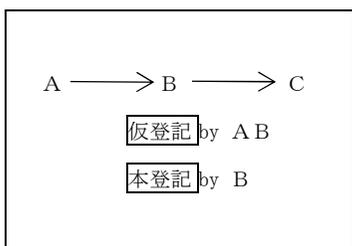


これは、他人によって虚偽の外観が作出されたが、権利者がこれを事後に明示又は黙示に承認した場合である。

この類型に該当するものとしては、最判昭 45. 9. 22 等がある。すなわち、最判昭 45. 9. 22 は、不動産の所有者 A が、その不知の間に A から B に対する所有権の移転の登記が経由されたことを知りながら、

経費の都合や、のちに B と婚姻して同居するようになった関係から、当該登記の抹消手続を 4 年余にわたって見送り、その間に A において他から金融を受けた際にもその債務を担保するため B 所有名義のまま当該不動産に対する根抵当権の設定の登記が経由されたような事情がある場合には、94 条 2 項を類推適用し、A は、不動産の所有権が B に移転していないことをもって、その後これを B から買い受けた善意の第三者 C に対抗することができないとしている【H9-10-4】。

c 意思外観非対応型



これは、名義人の背信行為により権利者が承認した範囲を超える虚偽の外観が作出されてしまった場合である。

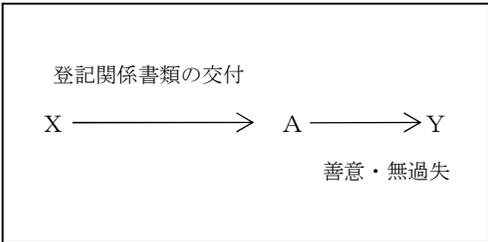
この類型に該当するものとしては、最判昭 43. 10. 17 がある。すなわち、最判昭 43. 10. 17 は、不動産について売買の予約がされていないにもかかわらず、相通じて、その予約を仮装して所有権の移転請求権保全の仮登記手続をした場合において、外観上の仮登記権利者

がほしいままに当該仮登記に基づき所有権の移転の本登記手続をしたときは、外観上の仮登記義務者は、94 条 2 項及び 110 条の法意、外観尊重及び取引安全の要請により、当該本登記の無効をもって、善意・無過失の第三者に対抗することができないとしている【H27-5-エ】。

③ 類型ごとの第三者の保護要件

上記② a 及び b の類型(意思外観対応型)については 94 条 2 項のみが類推適用され、第三者は「善意」であれば保護されるのに対し、上記② c の類型(意思外観非対応型)については、権限外の行為の表見代理がされた場合に類似することから、「94 条 2 項、110 条の法意に照らし」、第三者が「善意・無過失」である場合に限って、保護される。

④ 新しい類型



判例は、不動産の所有者である X から当該不動産の賃貸に係る事務や他の土地の所有権の移転の登記手続を任せられていた A が、X から交付を受けた当該不動産の登記済証、印鑑登録証明書等を利用して当該不動産につき A への不実の所有権の移転の登記を了した場合において、X が、合理的な理由なく上記登記済証を

数か月間にわたって A に預けたままにし、A の言うままに上記印鑑登録証明書を交付した上、A が X の面前で登記申請書に X の実印を押捺したのにその内容を確認したり使途を問いただしたりすることなく漫然とこれを見ていたなどの事情の下では、X には、不実の所有権の移転の登記がされたことについて自らこれ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帰責性があり、X は、94 条 2 項、110 条の類推適用により、A から当該不動産を買受けた善意・無過失の Y に対し、A が当該不動産の所有権を取得していないことを主張することができないとしている（最判平 18. 2. 23）。

この判例においては、X が A に対する所有権の移転の登記という虚偽の外観の作出自体に自ら積極的に関与したという事実は認定されておらず、X が虚偽の登記の存在を知りながらこれを承認したという事実も認められなかった。しかし、判例は、従来の理論構成を基本的に維持しながら、虚偽の外観作出について権利者の積極的な関与又は承認がある場合に加えて、権利者にこれらと同視し得るほど重い帰責性が認められる場合にも、94 条 2 項、110 条を類推適用すべき基礎があり、善意・無過失の第三者が保護されることを示したものである。

⑤ その他の判例

a 不動産競売手続における建物の買受人が 94 条 2 項、110 条の法意により建物所有権を取得してもその敷地の賃借権を取得しないとされた事例

土地賃借人 A が土地上に B 名義で建築確認申請をして建物を建築し、B 名義での家屋補充課税台帳への登録を事後的に承認していたところ、B が A に無断で建物につき所有権の保存の登記を経由した上、当該登記を過失なく信頼した C との間で抵当権の設定契約を締結した場合において、当該抵当権に基づく不動産競売手続により建物を買受けた D は、94 条 2 項、110 条の法意により建物の所有権を取得しても、その土地の賃借権についてこの法意により保護されるなどの事情がないときは、その土地の賃借権を取得しない（最判平 12. 12. 19）。

- b 地目変更等のためと偽って不動産の所有者から交付を受けた登記済証、白紙委任状、印鑑登録証明書等を利用して当該不動産につき不実の所有権の移転の登記がされた場合において不動産の所有者が善意無過失の第三者に対して当該不動産の所有権が移転していないことを対抗することができないとした原審の判断に違法があるとされた事例

所有不動産をAに売却した権利者Xが、Aから、地目変更等のために使用するといわれて、登記済証、白紙委任状、印鑑登録証明書等をAに交付したところ、Aは、代金を支払わないまま、印鑑登録証明書の交付を受けてから27日後にA名義に所有権の移転の登記を経由し、それから約10日後に第三者にこれを売却してその旨の登記を経由したという事案においては、Xが虚偽の権利の帰属を示すような外観の作出につき何ら積極的な関与をしておらず、上記の不実の登記の存在を知りながら放置していたとみることもできないなどの事情の下においては、94条2項、110条の類推適用は認められない（最判平15.6.13(注)）。

(注) 最判平15.6.13の事案においては、①それまで不動産取引の経験のなかったXが、不動産売買等を業とする会社であるAから、売買代金決済日に予定している所有権の移転の登記に間に合わせるため地目変更等の事前準備の必要があるとの言葉巧みな申入れを受け、これを信じて登記済証等を交付したもので、Xが登記済証等をAに交付したことには合理的な理由があったこと、②Xは、自己の財産管理に意を用いなかったわけではなく、登記済証等を交付したことによる不安を抱き何度もAに問い合わせたが、Aは言葉巧みな説明をして言い逃れをする一方、ごく短期間の間にA名義に所有権の移転の登記を経由した上で第三者に売却してしまったもので、Xにおいて虚偽の外観(Aへの所有権の移転の登記)の作出を防止することは困難な状況であったため、権利者Xに自ら虚偽の外観を作出したに等しい重大な帰責性があつたと評価することは難しかった。

## 5 錯誤

(錯誤)

第95条 意思表示は、法律行為の要素に錯誤があつたときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があつたときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。

### (1) 意義

錯誤とは、表示行為に対応する効果意思が存在せず、表意者がこれを知らないことをいう。

### (2) 態様

錯誤は、動機の錯誤、表示上の錯誤、内容の錯誤に分けることができる。

#### ① 動機の錯誤

動機の錯誤とは、動機と効果意思の不一致をいう。

動機の錯誤は、表示行為に対応する効果意思は存在するため、95条が予定する錯誤であるかが問題となる（後記(6)参照）。

## ② 内容の錯誤

内容の錯誤とは、効果意思と表示意思の不一致をいう。

内容の錯誤は、95条が予定する錯誤である。

## ③ 表示上の錯誤

表示上の錯誤とは、表示意思と表示行為の不一致をいう。

表示上の錯誤も、95条が予定する錯誤である。

## (3) 要件

95条の要件は、次のとおりである。

### ① 法律行為の要素に錯誤があること。

「要素の錯誤」とは、意思表示の重要部分に錯誤があることを意味し、その錯誤がなかったならば、表意者のみならず、一般通常人も意思表示をしなかったであろうと認められる場合でなければならない（大判大3.12.15）。

なお、婚姻のような身分行為には、95条の規定は適用されない。これに対し、相続の放棄に法律上の無効原因が存在する場合には、その無効を主張することができる（最判昭29.12.24）【H17-4-オ】。

⇒ 相手方が資産家であると誤信し、それを動機として婚姻をした場合には、その動機が表示され、意思表示の内容となっていたときであっても、その婚姻について、錯誤による無効を主張することはできない【H17-4-ア】。

要素の錯誤に関する判例は、次のとおりである。

- (a) 保証契約は、保証人と債権者との間に成立する契約であって、他に連帯保証人があるかどうかは、通常は、保証契約を締結する動機にすぎず、当然にはその保証契約の内容とならないため、要素の錯誤ではない（最判昭32.12.19）。
- (b) 保証契約は、特定の主債務を保証する契約であるから、主債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容であるため、いわゆる空クレジット契約とは知らずにされた立替払契約に基づく債務について連帯して保証する旨の意思表示は、要素の錯誤により無効となる（最判平14.7.11）。
- (c) 家屋の賃貸人が自ら使用する必要があるとして、賃借人を相手方として家屋明渡しの調停を申し立て、その結果、賃貸借契約を合意により解除し、家屋を賃貸人に明け渡す旨の調停が成立した場合においては、仮に、その後、賃貸人に家屋を必要とする事情の

なかったことが明らかになったとしても、賃貸人において家屋を必要とする事情が合意解除又は明渡しの合意の内容となっていないときは、その調停に要素の錯誤があるものということとはできない（最判昭 28. 5. 7）【H17-4-エ】。

② 表意者に重大な過失がないこと。

表意者に重大な過失がある場合は、表意者を保護する必要があるため、錯誤による無効を主張することができない。

この要件の立証責任は、表意者に重大な過失があることによって利益を受ける相手方にある（大判大 7. 12. 3）。

(4) 効果

① 原則

意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効である（95 条本文(注)）【H20-5-ア】。

(注) 売買契約がその一方の当事者の錯誤による無効となる場合において、その当事者に過失があるときは、相手方は、その当事者に対して、損害賠償の請求をすることができる（通説）【H3-21-オ】。

⇒ 手形の裏書人が、額面 1,000 万円の手形を額面 100 万円の手形と誤信し、100 万円の手形債務を負担する意思で裏書をした場合には、その裏書人は、裏書人に額面どおりの手形債務負担の意思がないことを知って手形を取得した悪意の取得者に対し、その手形金のうち 100 万円を超える部分に限り、錯誤を理由に手形金の償還義務の履行を拒むことができる（1,000 万円ではない。最判昭 54. 9. 6）【H17-4-イ】。

錯誤による無効を主張することができる者については、後記(5)において説明する。

② 例外

表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない（95 条ただし書）【H20-5-オ】。ただし、表意者に重大な過失がある場合であっても、相手方が悪意であるときは、表意者は、錯誤による無効を主張することができる（通説）。

(5) 錯誤による無効を主張することができる者

錯誤による意思表示の無効を、表意者のみならず、相手方や第三者においても主張することができるかが問題となる。

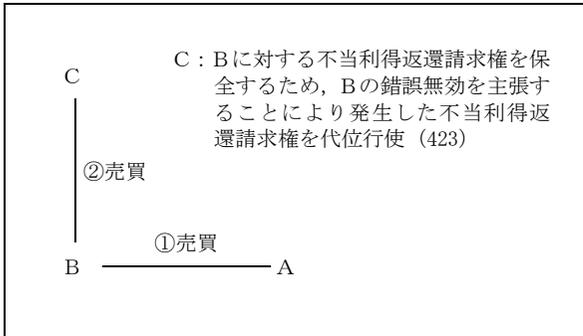
① 表意者が無効を主張することができない場合

95 条は、法律行為の要素に錯誤があった場合に、無効を主張することができるとしているのは、その表意者を保護するためであるから、表意者に重大な過失があるため、表意者が無効を主張することができない場合には、表意者でない相手方又は第三者は、無効を主張することができない（最判昭 40. 6. 4）【H17-4-ウ, H3-21-ア】。

② 表意者に無効を主張する意思がない場合

表意者に無効を主張する意思がない場合には、原則として、第三者が無効を主張することはできない（最判昭 40. 9. 10）【H3-21-ウ】。

③ 第三者が無効を主張することができる場合



判例は、贋作の絵画がAからB、BからCへと売買されたところ、CがAに対し、各契約はいずれも要素に錯誤があり無効であるとして、CのBに対する売買代金返還請求権(不当利得返還請求権)を保全するため、BのAに対する意思表示の無効を主張し、BのAに対する売買代金返還請求権(不当利得返還請求権)を代位行使した事案において、「当該第三者に

において表意者に対する債権を保全するため必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許される」と判示して、CがBの意思表示の錯誤による無効を主張することを認めた（最判昭 45. 3. 26(注)）【H12-7-ウ】。これは、自ら無効を主張しない債務者(B)は、無効を主張しないことによって、自己の債権者たる第三者(C)に不当な損害を与えるもので（BのCに対する売買代金返還債務の不履行）、誠実な債務者とはいえないからである。

(注) この判例は、錯誤による意思表示の無効を第三者が債権者代位権の行使として主張することの許否を問題としているのではない点に注意する必要がある。代位行使するのは、あくまで売買代金返還請求権である。

(6) 動機の錯誤【H13-2】

伝統的な意思表示理論で考えると、動機の錯誤は、内心的効果意思に錯誤はなく、錯誤が存在するのは、内心的効果意思を発生する過程であるということになる【H23-5-ウ】。そのため、動機の錯誤は、95条の錯誤においては、問題とならないとされていた。なぜなら、この解釈は、表意者の保護よりも取引の安全を優先する趣旨であり、自由で安全な経済活動を求める社会の要請に合致していたからである。

しかし、動機の錯誤を95条の錯誤から完全に除外すると、表意者がまったく保護されないことになるため、判例は、動機の錯誤であっても、その動機が相手方に明示的又は黙示的に表示されれば、取引の安全が害されることがないため、95条の錯誤となり得るとした（最判昭 29. 11. 26(注)）【H23-5-エ】。

(注) 動機の錯誤は、あくまで「95 条の錯誤となり得る」のであって、無効とされるためには、その動機が意思表示の内容となり、その点に錯誤があり、更に、それが要素の錯誤とされる必要がある。判例も、動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はないとする（最判平 28. 1. 12）。

## 6 詐欺

(詐欺又は強迫)

第 96 条 詐欺…による意思表示は、取り消すことができる。

2 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。

3 前 2 項の規定による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。

### (1) 意義

詐欺とは、人を騙して、その者を錯誤に陥れることをいう。

### (2) 要件

96 条の要件は、次のとおりである。

#### ① 詐欺をした者に故意があること。

相手方を錯誤に陥らせる故意と錯誤によって意思表示をさせる故意が必要である（二段の故意。大判大 6. 9. 6）【H23-5-ア, H13-1-イ】。

⇒ B が、C 社の従業員から甲薬品はガンの予防に抜群の効果があるとの虚偽の説明を受け、これを信じて A に同様の説明をし、A がこれを信じて甲薬品を購入した場合、A は、B との間の売買契約を取り消すことができない【H13-1-イ】。

#### ② 欺罔行為が違法であること。

欺罔行為は、作為であるか不作為であるかを問わず、沈黙も、信義則上の告知義務違反がある場合には、欺罔行為となる（大判昭 16. 11. 18）【H23-5-イ】。

#### ③ 表意者が錯誤に陥り意思表示をしたこと。

#### ④ ②と③に因果関係があること。

### (3) 効果

#### ① 当事者間

詐欺による意思表示は、取り消すことができる（96 条 1 項）。

⇒ 表意者の相手方（詐欺を行った者）には、制限行為能力者の相手方と異なり、催告権は認められない（20 条参照）【H10-4-ア】。

ただし、相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方

がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる（96 条 2 項）

【H18-6-オ, H13-1-ウ, H7-7-エ】。

## ② 第三者に対する関係

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(96 条 3 項(注))

【S63-14-イ】。

(注) 善意の第三者がいる場合であっても、表意者は、詐欺による意思表示を取り消すことはできる

【H18-6-エ, S59-2-2】。また、善意の第三者がいる場合であっても、表意者は、詐欺を行った者に対して、登記の抹消を請求することはできる【H10-4-エ】。

## (4) 96 条 3 項の第三者

### ① 意義

96 条 3 項の第三者とは、詐欺による意思表示の当事者又はその一般承継人以外の者であって、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至った第三者をいう(大判昭 7.8.9)。

96 条 3 項の第三者については、94 条 2 項の第三者に関する議論(前記 4 の(4)参照)が当てはまり、詐欺をした者の取得した所有権の転得者や、その所有権について抵当権等の設定を受けた者、一般債権者であっても、その目的物を差し押さえた者は、第三者に該当するが、一般債権者や、詐欺による意思表示によって反射的に利益を受けたにすぎない者は、第三者に該当しない。

例えば、1 番抵当権者が詐欺によって当該抵当権を放棄した場合における 2 番抵当権者(大判明 33.5.7)【H18-6-ア, S59-2-5】や連帯債務者の 1 人が詐欺により代物弁済をした場合における他の連帯債務者(大判昭 7.8.9)は、96 条 3 項の第三者に該当しない。

### ② 第三者の出現時期

判例は、96 条 3 項は取消しの遡及効から第三者を保護するための制度であるという理解から、その適用は取消前の第三者に限られるとした上で、取消後の第三者の保護を拒絶し、取消後については、登記の先後で決すべきとの理論を採用している(対抗問題説。大判昭 17.9.30, 最判昭 32.6.7)【H18-6-イ, H13-5】。

### ③ 無過失であることの要否

96 条 3 項の第三者は、善意であれば足り、無過失であることを要しない。

### ④ 登記を経由していることの要否

96 条 3 項の第三者は、登記を経由していることを要しない(最判昭 49.9.26)。

## (5) 錯誤との関係

詐欺(96 条)と錯誤(95 条)の要件の双方が充たされる場合には、表意者は、いずれの規定でも選択することができる(通説)【H23-5, H6-5-ア, H3-21-イ, S59-2-1】。なぜなら、詐欺

---

も錯誤も、表意者を保護するための制度であるからである。

これを前提として、表意者が 95 条の錯誤による無効を主張した場合に、96 条 3 項を類推適用して、善意の第三者を保護することができるかが問題となる【H26-4】。

この点、自分で勝手に勘違いした者が騙されて勘違いした者よりも厚く保護されることになり妥当ではないことから、96 条 3 項の類推適用を認める見解もあるが、95 条が適用されるのは法律行為の要素に錯誤がある場合であり、それに至らない錯誤の場合にも成立する詐欺の規定を（類推）適用するのは無理であるとして、96 条 3 項の類推適用を認めない見解もある。

**【錯誤による無効の主張と詐欺による取消しの主張の差異】【H6-5】**

	錯誤による無効の主張	詐欺による取消しの主張
主張権者	表意者 ※1	瑕疵ある意思表示をした者 又は その代理人もしくは承継人 (120Ⅱ)
追認の可否	可 (119) ※2	可 (122)
主張期間	制限なし【H23-5-オ】	追認をすることができる時から 5 年間 又は 行為の時から 20 年を経過するまで (126)【H23-5-オ】
善意の第三者 への対抗	可【H23-5-オ, H4-15-イ, S57-19-3】	不可 (96Ⅲ)【H23-5-オ】

※1 第三者が表意者に対する債権を保全する必要がある場合において、表意者がその意思表示の要素に関して錯誤があることを認めているときは、表意者自らはその意思表示の無効を主張する意思がなくても、当該第三者は、その意思表示の無効を主張して、その結果生ずる表意者の債権を代位行使することが許される（最判昭 45. 3. 26）。

※2 無効な行為は、追認によっても、その効力を生じないのが原則であるが、当事者がその行為の無効であることを知って追認をしたときは、新たな行為をしたものとみなされる (119)。

**7 強迫**

<p>(詐欺又は強迫)</p> <p>第 96 条 強迫による意思表示は、取り消すことができる。</p> <p>2・3 (省略)</p>
--

(1) 意義

強迫とは、人に害悪を告知して、その者を畏怖させることをいう。

(2) 要件

96 条の要件は、次のとおりである。

- ① 強迫をした者に故意があること。

相手方を畏怖させる故意とその畏怖によって意思表示をさせる故意が必要である（二段の故意。大判昭 11. 11. 21）。

- ② 強迫行為があること。
- ③ 表意者が畏怖に陥り意思表示をしたこと。
- ④ ②と③に因果関係があること。

強迫による意思表示が成立するためには、表意者が、畏怖の結果、完全に選択の自由を失ったことを要するものではない（最判昭 33. 7. 1）。

### (3) 効果

強迫による意思表示は、取り消すことができる（96 条 1 項）。

相手方に対する意思表示について第三者が強迫を行った場合においては、相手方がその事実を知らないときであっても、その意思表示を取り消すことができる（96 条 2 項の反対解釈）【S59-2-4】。

強迫による取消しの意思表示は、詐欺の場合とは異なり、善意の第三者に対しても、対抗することができる（96 条 3 項の反対解釈）【H18-6-ウ, H10-14-ウ, S63-14-ウ】。このことは、第三者が登記を経由している場合でも、同様である【H10-14-ウ, H3-8-ウ】。

なお、表意者が、畏怖の結果、完全に意思の自由を失った場合は、その意思表示は、当然に無効であり、96 条の規定は適用されない（前掲最判昭 33. 7. 1）。そのため、表意者は、その意思表示を取り消すことなく、目的物の返還を請求することができる【S59-2-3】。

## 8 隔地者に対する意思表示

### (1) 隔地者に対する意思表示

#### ① 到達主義

隔地者に対する意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる（到達主義、97 条 1 項）。

到達とは、相手方又は相手方から受領の権限を付与されていた者によって直接受領され、又は了知されることを要するものではなく、意思表示又は通知を記載した書面が、それらの者のいわゆる支配圏内（相手方の了知可能な状態）におかれることをもって足りる（最判昭 36. 4. 20）【H24-4-ウ】。

⇒ 法人に対する意思表示を当該法人の使用人が受けた場合において、当該意思表示が効力を生ずるためには、当該使用人が当該法人から当該意思表示の受領権限を与えられていることを要しない【H24-4-ウ】。

そのため、会社に対する催告書が使者によって持参された時、たまたま会社事務室に代表

---

取締役の娘が居合せ、代表取締役の机の上の印を使用して使者の持参した送達簿に捺印の上、当該催告書を机の引出しの中に入れておいたという場合には、同人に当該催告書を受領する権限がなく、また同人が社員にその旨を告げなかったとしても、催告書の到達があったものと認められる（前掲最判昭 36. 4. 20）。

## ② 発信主義

97 条 1 項の到達主義の例外として、発信主義が採用されている場合がある。

- (a) 隔地者間の契約の成立時期（526 条 1 項）
- (b) 制限行為能力者の相手方の催告権の確答（20 条）
- (c) 株主総会の招集の通知（会社法 299 条 3 項）

## (2) 表意者が通知をした後に死亡し、又は行為能力を喪失した場合

隔地者に対する意思表示は、表意者が通知を發した後に死亡し、又は行為能力を喪失したときであっても、そのためにその効力を妨げられない（97 条 2 項）【H24-4-オ, H3-8-エ】。

⇒ Aがその所有する土地をBに騙されて売却した後、売却の意思表示を取り消す旨を記載した手紙を出した場合において、その手紙が到達する前にAが死亡したときは、取消しの効果は生ずる【H3-8-エ】。

ただし、契約における申込者が反対の意思を表示した場合又はその相手方が申込者の死亡もしくは行為能力の喪失の事実を知っていた場合には、申込みの効力は生じない（525 条）。

## 9 公示による意思表示

意思表示は、表意者が相手方を知ることができず、又はその所在を知ることができないときは、公示の方法によってすることができる（98 条 1 項）。

この公示は、公示送達に関する民事訴訟法の規定に従い、裁判所の掲示場に掲示し、かつ、その掲示があったことを官報に少なくとも 1 回掲載して行われる（98 条 2 項本文）。ただし、裁判所は、相当と認めるときは、官報への掲載に代えて、市役所、区役所、町村役場又はこれらに準ずる施設の掲示場に掲示すべきことを命ずることができる（98 条 2 項ただし書）。

公示による意思表示は、最後に官報に掲載した日又はその掲載に代わる掲示を始めた日から 2 週間を経過した時に、相手方に到達したものとみなされる（98 条 3 項本文）【H24-4-ア】。ただし、表意者が相手方を知らないこと又はその所在を知らないことについて過失があったときは、到達の効力を生じない（98 条 3 項ただし書）。

## 10 意思表示の受領能力

意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に未成年者又は成年被後見人であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができない（98 条の 2 本文）【H3-8-オ】。

⇒ 例えば、未成年者Aの法定代理人BからAにおいて土地を購入したい旨の申込みを受けたCが、これを売却する旨の意思表示を直接Aに対してした場合には、Cは売買契約の成立を主張することができない【H3-8-わ】。

ただし、その法定代理人がその意思表示を知った後は、その意思表示をもってその相手方に対抗することができる（98条の2ただし書）【H24-4-イ】。

なお、被保佐人や被補助人は、意思表示の受領能力を有する。

## 2 代理

### 2-1 代理一般

#### 1 代理の意義

代理とは、代理人の意思表示により、その法律効果が直接本人に帰属する制度である。

代理制度には、私的自治の拡張と私的自治の補充の2つの存在理由がある。

#### 2 代理の種類

##### (1) 任意代理と法定代理

###### ① 任意代理

任意代理とは、本人の意思に基づいて代理人となるものをいう。

###### ② 法定代理

法定代理とは、本人の意思に基づかないで代理人となるものをいう。

##### (2) 能動代理と受動代理

###### ① 能動代理

能動代理とは、代理人が意思表示をするものをいう。

###### ② 受動代理

受動代理とは、代理人が意思表示を受けるものをいう。

##### (3) 有権代理と無権代理

有権代理については後記3以下において、無権代理については後記 **2-3** において、それぞれ説明する。

### 3 代理の要件

#### (1) 代理の要件

代理の要件は、法律行為一般の要件のほか、次のとおりである。

- ① 顕名があること。
- ② 代理意思に基づく代理行為があること。
- ③ 代理権が授与されたこと。

#### (2) 顕名

##### ① 原則

代理人は、代理行為をするにあたり、本人のためにすることを示して意思表示をしなければならない（顕名主義。99条1項）。受動代理の場合は、第三者が、代理人に対して、本人のためにすることを示して意思表示をしなければならない（99条2項）。

Aの代理人Bが「A代理人B」という表示をせずに、「A」という表示をしたような場合も、有効な代理行為である（大判大9.4.27）【H26-5-7, H22-5-エ】。

##### ② 例外

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、自己のためにしたものとみなされるため（100条本文(注)）、代理行為の効果は、原則として、代理人に帰属することになる。

(注) 100条は、「自己のためにしたものとみなす」としているため、代理人は、代理行為の相手方について錯誤があったと主張することはできない。

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、本人に対して直接にその効力を生ずる（100条ただし書、99条1項）【H26-5-イ, H22-5-イ, H18-4-ウ, H5-4-4, S60-20】。

#### (3) 代理行為の瑕疵

代理行為の瑕疵を、本人を基準に判断するのか、それとも、代理人を基準にするかが問題となる。

##### ① 原則（代理人を基準に判断）

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も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（代理行為に瑕疵がある場合）には、その事実の有無は、代理人について決せられる（101条1項）【H18-4-イ, H12-3-5, H9-2-ウ・オ, S57-3-2・3・4】。これは、相手方に対して、現実に意思表示を行うのは、代理人であるからである。

② 例外（本人を基準に判断）

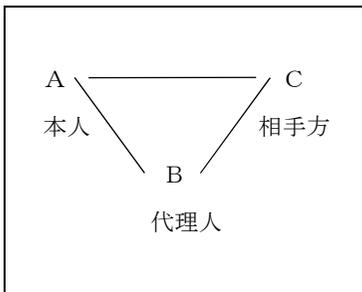
特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない（101条2項。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様である。）

【H9-2-イ, H5-4-1】。なぜなら、代理人が特定の法律行為をすることを委託された場合には、代理人は、本人が行った意思決定の内容を単に相手方に伝えるだけの役割しか果たさなくなるため、本人を基準に判断すべきであると考えられるからである。

101条2項の「指図」については、判例は、本人の指図がなくても、特定の法律行為を委託すれば足りるとしている（大判明 41. 6. 10）。

⇒ AがEに対しガン予防の『薬品』の購入を委任し、EがBから甲薬品はガンの予防に抜群の効果があるとの虚偽の説明を受け、これを信じてAの代理人として甲薬品を購入した場合、Aは、『甲薬品』がガンの予防に効果がないことを知っていたとしても、Bとの間の売買契約を取り消すことができる（101条1項、96条1項）【H13-1-エ】。なお、AがEに対しガン予防の『甲薬品』の購入を委任していた場合には、Aは、『甲薬品』がガンの予防に効果がないことを知っているため、Bとの間の売買契約を取り消すことができない。

③ 代理と詐欺



ここでは、代理行為において詐欺があった場合の扱いを説明する。なお、本人は、代理人に対して、特定の法律行為をすることを委託していないものとする。

a 相手方が代理人に詐欺を行った場合

代理行為の瑕疵の有無は、代理人を基準に判断するため（101条1項）、本人は、その代理行為を取り消すことができる（96条1項）【S57-3-3】。これに対し、代理人は、その代理行為を取り消す

ことができない【H22-5-ウ】。

b 代理人が相手方に詐欺を行った場合

101条1項を適用し、相手方は、本人の善意・悪意を問わず、取り消すことができる（大判明 39. 3. 31）【H12-3-4】。

c 相手方が本人に詐欺を行った場合

代理行為の瑕疵の有無は、代理人を基準に判断するため（101条1項）、本人の意思表示に瑕疵があっても、本人は、代理行為を取り消すことができない。ただし、本人が詐欺を受けた結果、代理人の意思決定に影響を及ぼした場合には、本人は、代理行為を取り消すことができると解されている。

d 本人が相手方に詐欺を行った場合

この場合は、96 条の問題であり、本人は同条 2 項の第三者に該当せず、また、代理人は同条 3 項の第三者に該当しないため、相手方は、同条 1 項により、取り消すことができる【H9-2-7】。

(4) 代理人の行為能力

代理人は、行為能力者であることを要しない（102 条。ただし、代理人として意思表示をする以上、意思能力は必要である。）【H22-5-オ, H14-4-1(復代理人), H13-1-オ, H12-3-1, H9-1-3, H5-4-2, S59-3-2, S57-2-2】。これは、代理人が制限行為能力者であっても、代理行為の効果は直接本人に帰属するため、制限行為能力者が不利益を受けることがないからである。

制限行為能力者である代理人が、制限行為能力を理由として、本人との代理権を授与する旨の契約（委任契約等）を取り消すことができるかが問題となる。

この点、本人との代理権を授与する旨の契約（委任契約等）を取り消すことはできるが【S59-3-1】、代理権は将来に向かって消滅し、既にされた代理行為の効果は失われないと解されている。

(5) 代理権

① 代理権の発生

a 任意代理の場合

任意代理の場合、代理権は、本人の意思に基づいて発生する。

b 法定代理の場合

法定代理の場合、代理権は、法律の規定によって発生する。

(a) 法律上当然に代理権が発生する場合

例えば、親権を行う父母（818 条, 824 条）である。

(b) 協議や指定によって代理権を取得する場合

例えば、父母の協議によって定める親権者（819 条 1 項）、未成年後見人の指定（839 条）である。

(c) 裁判所の選任による場合

例えば、不在者の財産の管理人（25 条, 26 条）、裁判上の離婚の場合の親権者（819 条 2 項）、成年後見人（843 条）、相続財産の管理人（918 条 3 項）である。

② 代理権の範囲

a 任意代理の場合

任意代理の場合、代理権の範囲は、代理権の授与行為によって定まる。

b 法定代理の場合

法定代理の場合、代理権の範囲は、法律の規定によって定まる。

c 権限の定めのない代理人の権限

権限の定めのない代理人は、次に掲げる行為のみをする権限を有する（103条）。

(a) 保存行為

(b) 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

したがって、権限の定めのない代理人は、いわゆる処分行為をすることができない。

③ 代理権の消滅

a 任意代理及び法定代理に共通の消滅事由

(a) 本人の死亡（111条1項1号）

本人の死亡を代理権の消滅事由とする111条1項1号の規定は、これと異なる合意の効力を否定する趣旨ではない（最判昭31.6.1）。

(b) 代理人の死亡【S59-3-4】又は代理人が破産手続開始の決定もしくは後見開始の審判を受けたこと（111条1項2号）

b 任意代理の場合

委任による代理権は、委任の終了によっても消滅する（111条2項）。

なお、委任の終了事由は、次のとおりである（653条各号）。

(a) 委任者【H9-21-ウ】又は受任者の死亡【H24-18-イ】

(b) 委任者又は受任者が破産手続開始の決定を受けたこと。

(c) 受任者が後見開始の審判を受けたこと。

⇒ 委任者が後見開始の審判を受けたことは、委任の終了事由ではない【S62-15-3, S57-6-3】。

c 法定代理の場合

法定代理の場合の代理権は、それぞれの法律の規定によって消滅する。

## 4 代理権の濫用

### (1) 意義

代理人が、客観的には代理権の範囲内の行為であるが主観的にはその行為による経済的利益を本人に帰属させる意思がなく、自己又は第三者の利益を図る意思で代理行為をした場合を、代理権の濫用という。

### (2) 判例の見解（93条ただし書類推適用説）

代理権が濫用された場合でも、代理行為は有効である。これは、この場合にも、代理意思（直接本人に効果を帰属させる意思）が存在するからである。もっとも、相手方が代理権の濫用の

---

事実を知り、又は知ることができた場合に、相手方を保護する必要はない。

そこで、判例は、代理人が権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が濫用の事実を知り又は知ることができたときは、93条ただし書を類推適用して、その行為の効果は本人には及ばないとしている（最判昭 42.4.20 等）【H26-5-ウ、H22-5-ア、H18-4-ア、H12-3-3、H9-2-エ、H6-4-ア】。この説の特徴は、過失ある相手方の保護が否定されるという点にある。

この説に対しては、代理行為が成立するために必要な代理意思としては、直接本人について行為の効果を生じさせようとする意思が存在すれば足り、本人の利益のためにする意思の存することは必要ではないところ、代理人が自己又は第三者の利益をはかることを心裡に留保したとしても、その代理行為が心裡留保となるとすることはできないとの批判がある。

### (3) 信義則説

信義則説も、代理権が濫用された場合でも、代理行為は有効であるとするが、信義則又は権利濫用（1条2項・3項）の法理により、相手方が悪意又は重過失のときのみ代理行為の効力を否定する。この説は、93条ただし書類推適用説よりも、取引の安全を重視するものである。

この説に対しては、代理権が濫用された場合の効果論を論ずるに当たっては、一般条項の導入は慎重であることを要するとの批判がある。

### (4) 表見代理説

表見代理説は、無権代理の意義を「本人の利益のために行動するという義務に反すること」と広く解し、代理人が自己又は第三者に利益を図る意思で代理行為を行った場合には、無権代理と構成する。この説によると、代理人の義務違反を権限外の行為の表見代理（110条）と捉えるため、相手方が表見代理の要件（善意・無過失）を充たせば保護されることになる（注）。

この説に対しては、無権代理の意義を広く解しているため、代理権の範囲が不明確かつ主観的すぎるとの批判がある。

（注） 善意・無過失の相手方が保護されるという点では、93条ただし書類推適用説と同じであるが、立証責任の点を考慮とすると、表見代理説の方が、相手方が保護されにくくなる。

## 5 代理行為の効果

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（99条1項）。すなわち、代理行為の効果は、直接本人に帰属する。このことは、第三者が代理人に対してした意思表示についても、同様である（99条2項）。

代理行為の一切の効果が本人に帰属するため、代理行為の瑕疵による効果も、直接本人に帰属する。

## 6 復代理

### (1) 意義

復代理とは、代理人が自己の名において代理人（復代理人）を選任し【H19-5-7】、その復代理人が、直接本人を代理することをいう【H5-4-5】。復代理人も、代理人と同様、行為能力者であることを要しない（102条）【H14-4-1】。代理人は、復代理人の選任後も、自己の代理権を失うものではない【H19-5-4, H4-2-ウ, S61-8-2】。

なお、代理人が本人の名において選任する者、すなわち、本人を代理して選任される者は、復代理人ではない。

### (2) 復代理人の選任

#### ① 任意代理の場合

委任による代理人は、本人の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任することができない（104条）【H4-2-ア, S61-8-1】。

⇒ 代理人が本人を代理して代理人を選任する場合には、任意代理人による復代理人の選任に関する104条の規定の適用はない【H14-4-2】。

#### ② 法定代理の場合

法定代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができる（106条前段）。

### (3) 復代理人を選任した代理人の責任

#### ① 任意代理の場合

##### a 原則

代理人は、復代理人を選任したときは、その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う（105条1項）【H4-2-エ, S61-8-3, S59-3-3】。

##### b 例外

代理人は、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、責任を負わないが、その代理人が、復代理人が不適任又は不誠実であることを知りながら、その旨を本人に通知し又は復代理人を解任することを怠ったときは、責任を負う（105条2項）【H14-4-3】。

⇒ 105条2項の規定から明らかなように、代理人は、復代理人を解任する権限を有する【H19-5-エ】。

#### ② 法定代理の場合

##### a 原則

代理人は、一切の責任を負う（106条前段）【S61-8-4】。

##### b 例外

代理人は、やむを得ない事由があるときは、その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う（106条後段）【H5-4-3】。

#### (4) 復代理人の権限等

##### ① 復代理人の権限

復代理人は、その権限内の行為について、本人を代表する（107条1項）。

⇒ このことは、復代理人が本人の許諾を得て選任されたか、又はやむを得ない事由があるため選任されたかを問わない【H14-4-4】。

復代理人の権限は、代理人の代理権を前提とするため、代理人の代理権が消滅した場合には、復代理人の代理権も消滅する【H19-5-オ, H4-2-オ】。

##### ② 本人及び第三者と復代理人との関係

復代理人は、本人及び第三者に対して、代理人と同一の権利を有し、義務を負う（107条2項）。

⇒ 復代理人の代理行為が本人に対して直接にその効力を生ずるためには、復代理人が本人のためにすることを示して意思表示をする必要があるが、代理人のためにすることを示して意思表示をする必要はない【H14-4-5, H4-2-イ, S61-8-5】。

##### ③ 復代理人が委任事務を処理するにあたり受領した物を代理人に引き渡した場合と復代理人の本人に対する受領物引渡義務

107条2項により、本人は、代理人に対しても、復代理人に対しても権利義務を有し、復代理人が代理行為による受領物を保管している場合には、復代理人に対して、その受領物の引渡しを請求することができる（大判昭13.3.10(注)）。

(注) この場合に、代理人に対してその受領物の引渡しを請求することはできない(大判昭10.8.10)。

ここで、復代理人が委任事務を処理するにあたり受領した物を代理人に引き渡した場合に、復代理人の本人に対する受領物引渡義務が消滅するかが問題となる。

この点について、判例は、復代理人が委任事務を処理するに当たり金銭等を受領したときは、復代理人は、特別の事情がない限り、本人に対して受領物を引き渡す義務を負うほか、代理人に対してもこれを引き渡す義務を負い、もし復代理人において代理人にこれを引き渡したときは、代理人に対する受領物引渡義務は消滅し、それとともに、本人に対する受領物引渡義務もまた消滅するとしている（最判昭51.4.9）【H19-5-ウ】。

## 7 使者

### (1) 意義

代理に類似する制度として、使者がある。使者とは、本人の決定した意思を表示するもの（表示機関）又は完成した意思表示を伝達するもの（伝達機関）をいう。

### (2) 代理と使者の比較

① 意思決定【H16-5-エ】

代理においては、代理人が意思決定をするが、使者においては、本人が意思決定をする。

② 意思能力及び行為能力【H16-5-ウ】

代理人は、意思能力は要するが、行為能力は要しない（102条）。

使者は、意思能力も、行為能力も要しない。

③ 意思表示の瑕疵の有無の判断【H16-5-イ】

代理においては、原則として、代理人を基準に判断するが（101条1項）、使者においては、本人を基準に判断する。

④ 錯誤【H16-5-ア】

代理における錯誤とは、表示と代理人の意思との不一致をいうが、使者における錯誤とは、表示と本人の意思との不一致をいう。

⑤ 復任【H16-5-オ】

委任による代理人は、本人の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときに限り、その任務を他の者に委ねることができるが（104条）、使者は、これらの事由がなくても、その任務を他の者に委ねることができる。

## 8 自己契約及び双方代理

### (1) 意義

自己契約とは、同一の法律行為について、当事者の一方が相手方の代理人となることをいい、双方代理とは、同一人が、同一の法律行為について、当事者双方の代理人となることをいう。

### (2) 自己契約及び双方代理の禁止

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（108条本文）。

108条の規定によって保護される利益は、不当な契約から生ずる損害を避ける当事者の利益であるため【H11-4-イ】、同条に違反した行為は、無権代理となる【H11-4-エ】。

⇒ 108条の規定によって保護される利益は、不当な契約を一般的に防止しようとする公益ではないため、同条に違反した行為は、絶対的無効ではない【H11-4-ア・ウ】。

### (3) 自己契約及び双方代理が許される場合

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、同一の法律行為であっても、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ができる（108条ただし書）。

例えば、登記申請行為は、「債務の履行」に該当する（最判昭43.3.8）【H11-4-キク, S59-3-5】。

なお、判例は、借家人が家屋の賃貸借契約を締結する際に、家主との間で紛争が生じた場合

には家主に借家人の代理人を選任することをあらかじめ委任する旨の契約を締結していた事案について、108 条の趣旨を援用し、当該委任を無効としている（大判昭 7.6.6）【H11-4-オカ】。

## 2-2 表見代理

### 1 意義

表見代理とは、代理権を有しない者がした行為を、その相手方を保護するために有効と扱う権利外観法理に基づく制度である。

民法は、表見代理が認められる場合として、次の 3 つの類型を定めている。

- ① 代理権授与の表示による表見代理（109 条）
- ② 権限外の行為の表見代理（110 条）
- ③ 代理権消滅後の表見代理（112 条）

### 2 代理権授与の表示による表見代理

（代理権授与の表示による表見代理）

第 109 条 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

#### (1) 趣旨

109 条は、権利外観法理に基づくものであるが、禁反言の原則にも基づくものである。

#### (2) 要件

##### ① 代理権を与えた旨を表示したこと。

判例は、この要件を拡張し、自分の名義や商号を使用することを他人に許容した場合に、広く 109 条の適用を認めている。なお、法定代理の場合には、代理権の授与はないため、109 条は、法定代理には適用されない。

この要件に関する判例は、次のとおりである。

##### a 「東京地方裁判所厚生部」のした取引と同裁判所の責任

一般に官庁の部局を表す文字である「部」と名付けられ、裁判所庁舎の一部を使用し、現職の職員が事務を執っていた「東京地方裁判所厚生部」は、東京地方裁判所の一部局としての表示力を有するものと認めるべきであり、東京地方裁判所当局が同部の事業の継続処理を認めた以上、これにより同裁判所は、「厚生部」のする取引が自己の取引であるか

のような外形を作り出したものといえるため、善意・無過失の相手方に対し、「厚生部」のした取引につき自ら責任を負わなければならない（最判昭 35. 10. 21）。

b 白紙委任状の交付

債務者 A が、債権者 B との間に、A 所有の不動産について抵当権の設定契約を締結し、A が B に対し、抵当権の設定の登記手続のため白紙委任状等の書類を交付して登記手続を委任した場合でも、特に何人が当該書類を行使しても差し支えない趣旨でこれを交付したものでない限り、B が、更に当該書類を C に交付し、C が当該書類を濫用して A 代理人名義で D との間に当該不動産について抵当権の設定契約を締結したときは、A は、109 条の「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者」に該当しない（最判昭 39. 5. 23）。

② 代理権の範囲を超えないこと。

代理権の範囲を超えた場合でも、直ちに 109 条の保護が拒絶されるわけではなく、110 条の表見代理が成立する場合がある（最判昭 45. 7. 28 参照。表見代理の規定の重畳適用については、後記 5 において説明する。）。

③ 相手方が善意・無過失であること。

表見代理が、権利外観法理に基づくものである以上、相手方は、善意・無過失でなければならない。

### 3 権限外の行為の表見代理

（権限外の行為の表見代理）

第 110 条 前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

(1) 趣旨

110 条は、権利外観法理に基づくものであるが、その成立には、いわゆる基本代理権の存在が必要であるため、本人の帰責性にも基づくものである。

⇒ 相手方は、本人が無権代理行為の追認を拒絶した場合でも、表見代理の成立を主張することができる【S62-2-2】。

(2) 要件

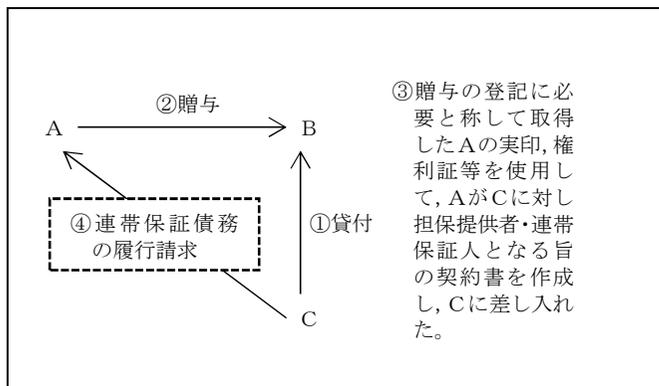
① 基本代理権があること。

110 条の表見代理が成立するためには、基本代理権がなければならない。

a 公法上の行為についての代理権

判例は、印鑑証明書下付申請手続を依頼された者が、勝手に本人所有の不動産につき抵当権設定契約の締結及びその登記をしたという事案において、「取引の安全を目的とする

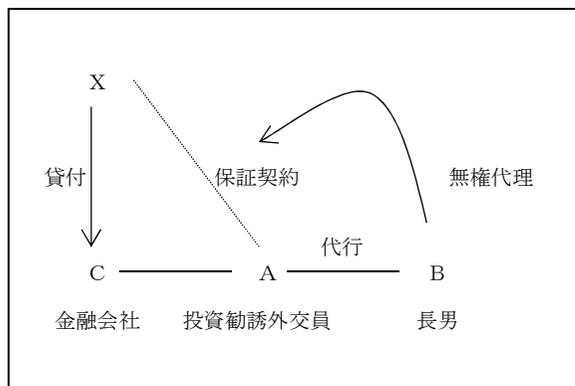
表見代理制度の本旨に照らせば、民法110条の権限踰越による表見代理が成立するために必要とされる基本代理権は、私法上の行為についての代理権であることを要し、公法上の行為についての代理権はこれに当たらない」とした（最判昭39.4.2）。



一方、基本代理権が登記申請行為の事案においては、「本人が登記申請行為を他人に委任してこれにその権限を与え、その他人が右権限をこえて第三者との間に行為をした場合において、その登記申請行為が本件のように私法上の契約による義務の履行のためになされるものであるときは、その権限を基本代理権として、右第三者との間の行

為につき民法110条を適用し、表見代理の成立を認めることを妨げないものと解するのが相当である。」とした（最判昭46.6.3）。

### b 事実行為の委託



判例は、勧誘外交員を利用して一般人を勧誘し、金員の借入をしていた会社Cの勧誘員Aが、事実上長男Bを一切の勧誘行為にあたらせていた事案において、BをAの代理人として、110条を適用することはできないとしている（最判昭35.2.19）。

### c 法定代理権

法定代理権が基本代理権となるかが問題となった判例は、最判昭44.12.18である。

この判例は、「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。ただし、第三者に対し責任を負わない旨を予告した場合は、この限りでない。」とする761条は、夫婦が相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することをも規定しているものと解すべきであるとした上で、夫婦の一方が同条所定の日常の家事に関する代理権の範囲を超えて第三者と法律行為をした場合においては、その代理権を基礎として一般

的に 110 条所定の表見代理の成立を肯定すべきではなく、その行為の相手方である第三者においてその行為がその夫婦の日常の家事に関する法律行為に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときに限り、同条の趣旨を類推して第三者の保護をはかるべきであるとした【H18-4-エ, H6-4-ウ】。

② 代理人がその権限外の行為をしたこと。

代理人がした行為が、基本代理権と異質のものであってもよい（大判昭 5. 2. 12）。

③ 第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があること。【H3-1-1・4】

ここでいう「正当な理由」とは、一般に、相手方において代理権があるものと信じ、かつ、信じることに過失がないことであるが【H12-3-2】、判例は、相手方の事情だけでなく、本人側の事情も考慮しているため、この要件は、表見代理の成立を認めるか否かの総合的な判断がされる要件であるとする見解が有力である。

本人が代理人に実印を交付した場合には、その権限外の行為につき正当な理由の存在が認定されることが多い（最判昭 35. 10. 18 等）。ただし、本人及び代理人の関係が同居の親族であるなどの特段の事情があれば、相手方には、本人に確認する義務があり、正当な理由の存在は認定されないこともある（最判昭 36. 1. 17）。

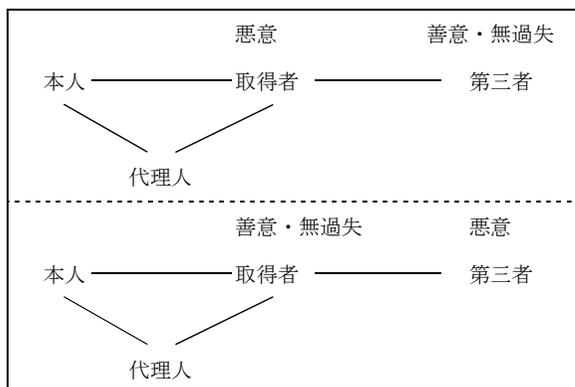
⇒ 無権代理人が無権代理行為の目的物を現実に所持していても、代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるとはいえない【S62-2-1】。

(3) 110 条に関するその他の問題

① 本人の過失の要否

110 条を適用するにあたって、「正当な理由」が本人の過失ないし作為・不作為に基づくものであることを要するかについて、判例は、本人の過失に基づくものであることを要せず、また、本人の作為・不作為に基づくものであることを要しないとしている（最判昭 28. 12. 3, 最判昭 34. 2. 5）。

② 110 条の第三者の範囲



代理人がその権限外の手形行為をし、取得者がその手形を更に第三者に譲渡し、第三者より本人に対して手形金を請求するという事案において、手形行為の直接の相手方が悪意で、第三者が善意・無過失の場合(上図)には、第三者は手形金を請求できないが(最判昭35.12.27)、手形行為の直接の相手方が善意・無過失で、第三者が悪意の場合(下図)には、第三者は手形金を請求できる(最判昭和36.12.12)。

③ 代理人が直接本人の名で権限外の行為をした場合

不動産を担保として金員を借り入れる代理権を与えられた代理人が、本人の名においてそれらの不動産を売却した事案において、代理人が本人の名において権限外の行為をした場合において、相手方がその行為を本人自身の行為と信じたときは、代理人の代理権を信じたものではないが、その信頼が取引上保護に値する点においては、代理人の代理権限を信頼した場合と異なることはないとして、相手方において、本人自身の行為であると信じたことについて正当な理由があるときは、110条の規定を類推適用することができる(最判昭44.12.19)。

④ 一般社団法人の代表理事の行為

第三者が代表理事の代表権に制限が加えられていることについて善意であるとはいえない場合であっても、第三者において、代表理事が当該具体的行為につき理事会の決議等を得て適法に一般社団法人を代表する権限を有するものと信じ、かつ、このように信じるにつき正当の理由があるときには、110条を類推適用し、一般社団法人は当該行為につき責任を負う(最判昭60.11.29)【H18-4-オ, H10-1-2】。

4 代理権消滅後の表見代理

(代理権消滅後の表見代理)

第112条 代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。

(1) 趣旨

112条は、権利外観法理に基づくものであるが、代理権が存在するかのような外観を撤回しない場合に成立するものであることから、本人の帰責性にも基づくものである。

## (2) 要件

### ① 代理人が代理権を有していたこと。

代理権の消滅前に相手方と代理人が取引をしたことがあるという事実は、112条の表見代理の成立要件ではなく、ただ相手方の善意・無過失に関する認定の一資料となるにすぎない（最判昭 44. 7. 25）【H6-4-エ】。

なお、法定代理の場合にも、112条は適用される。

### ② 代理権の範囲を超えないこと。

代理権の範囲を超えた場合でも、直ちに112条の保護が拒絶されるわけではなく、110条の表見代理が成立する場合がある（最判昭 45. 7. 28 参照。表見代理の規定の重畳適用については、後記 5 において説明する。）。

### ③ 相手方が善意・無過失であること。

表見代理が、権利外観法理に基づくものである以上、相手方は、善意・無過失でなければならない。

## 5 表見代理の規定の重畳適用

### (1) 意義

表見代理制度は、本人と無権代理人との間に、代理権が存在すると信じさせる外観がある場合に、その外観を信頼して取引関係に入った相手方を保護し、もって取引の安全を図るために、本人にその効果を帰属させる制度であるため、109条、110条及び112条の規定は、それぞれ重畳適用される場合がある。

### (2) 109条と110条の重畳適用を認めた判例

Aが、その所有の不動産を、Bに売り渡し、Bの代理人Cを介して白紙委任状、名宛人白地の売渡証書など登記関係書類を交付したところ、当該不動産の所有権を取得したBから、これをD所有の不動産と交換することを委任されて当該各書類の交付を受けたCが、これを濫用し、Aの代理人名義でDとの間で交換契約を締結したときは、DにおいてCに代理権があると信じたとに正当の理由があるかぎり、Aは、Dに対し、109条、110条によって、契約につき責任を負わなければならない（最判昭 45. 7. 28）。

### (3) 110条と112条の重畳適用を認めた判例

無権代理人Aが、Bの代理人と称して、Cと締結した抵当権の設定契約を、Bが追認した後、Aが、Bの代理人と称して、Dと抵当権の設定契約を締結した場合において、Dが、AにBを代理して抵当権の設定契約をする権限があると信ずべき正当の事由を有するときは、Bは、110条及び112条の類推適用により、Aのした抵当権の設定契約につき責任を負わなければならない

い（最判昭 45. 12. 24）。

## 6 表見代理の効果

表見代理の基本的効果は、代理行為の効果が、直接本人に帰属するということである。

ただし、有権代理の場合とまったく同じになるのではなく、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もできる（この場合に、無権代理人が表見代理の主張をし、その責任を免れることができないことについては、後記 **2-3** の **3** おいて説明する。）。

### 2-3 無権代理

#### 1 意義

無権代理とは、代理人に代理権がない場合をいう。

無権代理行為の効果は、原則として、本人に帰属しない。

#### 2 本人が採ることができる手段

##### (1) 追認又はその拒絶

無権代理行為は、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（113 条 1 項）。

⇒ 本人は、無権代理人が本人の利益を図る意思で無権代理行為をした場合でなくても、追認をすることができる【H9-3-2】。

⇒ A が、何ら権限もないのに、B の代理人と称して、C との間で B 所有の不動産を売却する契約を締結した場合において、A C 間の売買の合意が錯誤によって無効であるときでも、B は、A の無権代理行為を追認することができる【H7-4-1】。この場合には、B の追認により無権代理行為の効果が B に帰属した上で、代理行為の瑕疵（101 条）等の問題となる。

この無権代理行為の追認は、相手方又は無権代理人のいずれに対してもすることができ、必ずしも相手方に対してこれをするか、又は無権代理人に対する追認があった事実を相手方が知ったときでなければその効力がないものではない（最判昭 47. 12. 22）。ただし、追認又はその拒絶は、相手方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（113 条 2 項（注 1）（注 2））。相手方がその事実を知ったときを除く。）【H28-5-ア, S57-5-1】。

（注 1） 相手方において追認のあった事実を主張することは、何ら妨げられない（前掲最判昭 47. 12. 22）【S57-5-2】。

(注2) 本人が無権代理人に対して追認をした場合において、相手方がその事実を知らないときは、相手方は、取消権を行使することができる【H9-3-1, H7-4-ウ】。これに対し、本人が無権代理人に対して追認をした場合において、相手方がその事実を知っているときは、相手方は、取消権を行使することができない【S58-1-4】。

なお、本人には、そもそも追認又はその拒絶をする義務はない。

⇒ 本人は、いったん契約の追認を拒絶した場合には、改めて契約を追認することができない【H9-3-5】。

## (2) 追認による効力の発生

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（116条本文）【H16-6-(エ), H7-4-オ】。

⇒ 本人は、相手方の同意がなければ、契約を将来に向かってのみ有効とすることができない【H9-3-4】。

⇒ 本人は、追認後、無権代理人に対して無権代理行為の目的物の引渡しを請求することができるほか、損害賠償の請求（709条等）をすることができる【S62-2-3】。

ただし、第三者の権利を害することはできない（116条ただし書(注)）。

(注) もっとも、第三者との優劣（無権代理行為の相手方と本人からの譲受人との優劣）は、対抗要件の有無で決せられる【H23-6-ウ】。

## (3) 無権代理行為の追認と法定追認

無権代理行為には、法定追認に関する125条は適用されない（最判昭54.12.14）【H23-6-イ, H14-2-ア】。ただし、本人の行為が黙示の追認（116条）とされることはある（大判大3.10.3, 大判昭6.3.6）【S58-1-3】。

⇒ Aから代理権を与えられたことがないにもかかわらず、BがAの代理人としてCとの間で不動産を買い受ける旨の契約を締結した場合において、Aが、Cに対して、その契約の目的物の引渡しを請求したときでも、その契約を追認したことはない【S58-1-3: ×】。

⇒ Aが、代理権がないにもかかわらず、Bのためにすることを示して、Cとの間でB所有の甲土地を売却する旨の契約を締結した場合において、Bが、Aから甲土地の売買代金の一部を受領したときは、Bは、Aの無権代理行為を追認したものとみなされる【H14-2-ア: ×】。

⇒ 次の対話は、無権代理に関する教授と学生との対話である。

教授： Aの代理人であると称するBが、Cとの間で、Aが所有する甲建物の売買契約（以下「本件売買契約」という。）を締結したところ、Bが代理権を有していなかったという事例を考えてください。事例において、BがCから受け取った売買代金をA名義の預金口座に入金し、Aがこれを認識しながら6か月間そのままにしていたという場合には、Aは、なお追認を拒絶することができるでしょうか。

学生： 追認があったかどうかは問題になりますが、黙示の追認がなかったとしても、取り消すことが

できる行為の法定追認について定めた規定の類推適用により、本件売買契約を追認したものとみなされますので、Aは、もはや追認を拒絶することができなくなります。【H23-6-I：×】

### 3 相手方が採ることができる手段

無権代理行為があった場合、相手方は、次の手段を採ることができる。

#### (1) 催告権

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（114 条前段）【H23-6-ア】。相手方は、悪意であっても、催告をすることができる【H3-1-3】。

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、追認を拒絶したものとみなされる（114 条後段）【H28-5-イ, H9-3-3, H7-4-ア, S58-1-1】。

#### (2) 取消権

善意の相手方は、本人が追認をしない間は、取り消すことができる（115 条）【H26-5-オ, H23-6-ア, H14-2-エ, H3-1-2, S58-1-2】。

⇒ 善意の相手方は、過失があっても、取消権を行使することができる【S62-2-4】。

この取消権は、本人又は無権代理人に対してすることができる。

なお、相手方は、無権代理行為を取り消した場合には、当該行為は初めから無効となるため、無権代理人の責任を追及することができない【H14-2-イ】。また、本人は、相手方が無権代理行為を取り消した場合には、追認をすることができない【H7-4-エ】。

#### (3) 無権代理人の責任追及

無権代理人は、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、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う（117 条 1 項）【S62-2-5】。無権代理人の責任は、無過失責任である（最判昭 62. 7. 7）【H23-6-オ】。

なお、この損害賠償の責任は、履行利益の賠償の責任であり【H14-2-オ】、また、不法行為による損害賠償の責任（709 条）ではないため、3 年の消滅時効にかからない（最判昭 32. 12. 5）。

相手方が、無権代理人の責任を追及する場合の要件は、次のとおりである（注）。

（注） 正確には、いずれの要件も、無権代理人の側で立証することによって責任を免れることができるという要件である。

- (a) 無権代理であること。
- (b) 本人の追認がないこと（117 条 1 項）【S58-1-5】。
- (c) 取消権を行使していないこと（115 条）【H14-2-イ】。
- (d) 代理権がないことにつき善意・無過失であること（117 条 2 項）【H26-5-エ, H3-1-4】。

この要件に関しては、「無過失」を「無重過失」と読むべきかが争われたが、これについては、後記(5)において説明する。

(e) 無権代理人が制限行為能力者でないこと (117 条 2 項) 【H3-1-5】。

#### (4) 表見代理の主張

相手方は、表見代理の主張をすることができる。表見代理については、前記 2-2 を参照されたい。

#### (5) 無権代理と表見代理との関係【H17-5, H10-2】

表見代理を相手方保護のために代理権があったのと同様に扱う制度であると理解すると、表見代理が成立することにより追認があったのと同じことになるので、相手方としては、まずは、表見代理の主張をすべきことになる。

しかし、表見代理の成立には、相手方が善意・無過失であることが要求されているので、表見代理が成立しない場合とは、通常は相手方に過失があるときということになる。

過失がある相手方は、表見代理を主張することができなくなると、無権代理人の責任を追及することになるが、無権代理人の責任追及に関する 117 条 2 項は、無権代理人の責任追及をする場合も無過失であることを要求しているため、過失のある相手方は、無権代理人の責任を追及することもできないということになる。

そうすると、相手方に過失があることにより表見代理が成立しない場合には、無権代理人の責任追及もできないことになり、117 条の存在意義がなくなってしまう。

そこで、仙台高判昭 59.12.10 (後掲最判昭 62.7.7 の原審) は、117 条 2 項の「過失」は、「重過失」と読むべきであるとした。これにより、軽過失があったため、表見代理の主張が認められなかった相手方であっても、重過失がない限り、無権代理人の責任を追及することが可能となる。

この立場からすると、相手方は、まず本人に対し、有権代理又は表見代理を主張して、契約上の責任を追及すべきであり、その両者とも成立が認められないときにはじめて無権代理人の責任を追及することができる。また、相手方が有権代理又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してきたときは、無権代理人は、抗弁として、表見代理の成立を主張することができることとなる。つまり、原審は、無権代理人の責任を、表見代理の成立しない場合における補充的な責任であるとの理解に立っている。

しかし、最判昭 62.7.7 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、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、許されなかったとした

【H26-5-エ】。

そして、無権代理人の責任と表見代理との関係については、相手方は、表見代理による法律行為の効果の本人への帰属と無権代理人の責任を選択的に主張することができ、相手方が後者を選択して無権代理人の責任を追及する場合には、無権代理人が表見代理の成立することを抗弁として主張することは許されないとした【H14-2-ウ, H6-4-イ】。

その根拠としては、(a)相手方が表見代理の保護を拒否して、無権代理人の責任を追及することを禁止するものではないこと、(b)表見代理の立証は一般に困難であることが少なくないこと、(c)本人の責任と無権代理人の責任を選択的に追及することができることにより、相手方が有権代理の場合よりも厚い保護を受けることになっても問題はないこと、(d)無権代理人の側からみても、自ら代理権なくして代理行為をしておきながら、たまたま本人に表見代理を成立させるべき事情があったことを理由に自己の責任を免れることができるとするのは不合理であることなどを挙げるができる。

#### 4 単独行為の無権代理

##### (1) 相手方のない単独行為の無権代理

相手方のない単独行為の無権代理は、無効である。本人の追認によっても、有効となることはない【S57-5-3】。

##### (2) 相手方のある単独行為の無権代理

相手方のある単独行為の無権代理も、原則として、無効であるが、その行為の時ににおいて、相手方が、無権代理人が代理権を有しないで行為をすることに同意し、又はその代理権を争わなかったときは、無権代理の規定（113条から117条まで）が準用される（118条。無権代理人に対しその同意を得て単独行為をしたとき（受動代理）も、同様である。）。

⇒ 無権代理人がした契約の解除の意思表示は、その意思表示の当時、代理権のない者が意思表示をすることにつき、相手方が異義を述べた場合には、本人が追認をしても、その効力を生じない【S57-5-4】。

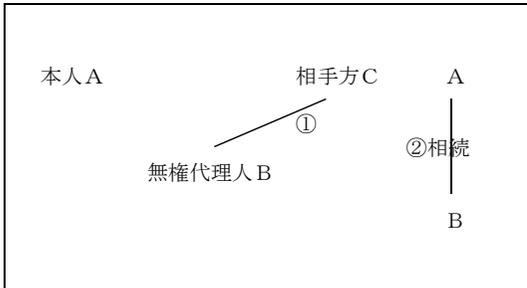
## 5 無権代理と相続

### (1) 意義

本人が無権代理人を相続した場合や無権代理人が本人を相続した場合等、本人又は無権代理人に相続が生じた場合に、本人又は無権代理人の相続人が無権代理行為の追認を拒絶することができるかが問題となる。

ここでは、無権代理と相続に関する判例を概観する。

### (2) 無権代理人が本人を単独で相続した場合



無権代理人が本人を単独で相続した場合（以下「無権代理人単独相続型」という。）においては、無権代理行為は、当然に有効となる【H13-3-ア, H11-16-ウ, H9-21-イ, H4-7-オ, S57-5-5】。

その理由付けについては、次の2つがある。

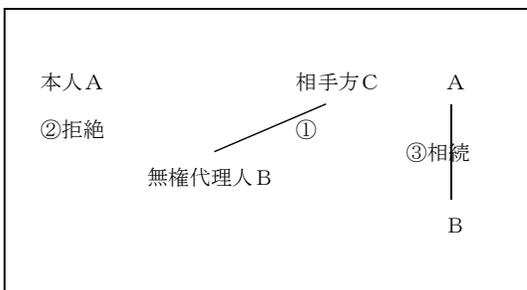
#### ① 資格融合を理由とする判例（最判昭 40. 6. 18）

最判昭 40. 6. 18 は、無権代理人が本人を相続し、本人と相続人との資格が同一に帰するに至った場合においては、本人自らが法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じたものと解するのが相当であるとしている【H20-6-ア】。これは、無権代理行為が有効となることの根拠を、相続によって本人と無権代理人の資格が融合したことにより、本人自らが法律行為をしたのと同様な法律上の地位が生ずるからであるという点に求めている。

#### ② 信義則を理由とする判例（最判昭 37. 4. 20）

最判昭 37. 4. 20(注) は、傍論においてであるが、無権代理人単独相続型においては、自らした無権代理行為につき本人の資格において追認を拒絶する余地を認めるのは信義則に反するとしている。これは、無権代理人が、無権代理人としての地位と本人から相続により承継した本人としての地位とを併有することを前提とするものである。

(注) 最判昭 37. 4. 20 は、本人相続型に関する判例でもある。

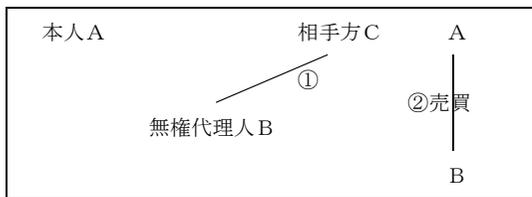


なお、本人が無権代理行為の追認を拒絶した場合には、その後に無権代理人が本人を相続したとしても、無権代理行為は有効とならない（最判平 10. 7. 17）【H28-5-ウ, H23-6-エ, H21-23-エ, H20-6-イ, H13-3-オ】。これは、無権代理人がした行為は、本人がその追認をしなければ本人に対してその効力

を生ぜず（113 条 1 項），本人が追認を拒絶すれば無権代理行為の効力が本人に及ばないことが確定し，追認拒絶の後には本人であっても追認によって無権代理行為を有効とすることができず，追認拒絶の後に無権代理人が本人を相続したとしても，追認拒絶の効果に何ら影響を及ぼすものではないからである。

**補足解説**

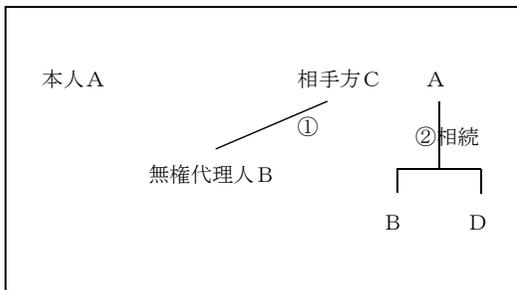
**無権代理人が本人から無権代理行為の目的物を譲り受けた場合**



無権代理人が本人から無権代理行為の目的物を譲り受けた場合に関して，判例は，無権代理人がした売買契約は，無効であるが，無権代理人は，117 条の定めるところにより，相手方の選択に従い履行又は損害賠償の責任を負い【H28-5-オ】，相手方が履行

を選択し，無権代理人が所有権を取得するに至った場合においては，当該売買契約が無権代理人自身と，相手方との間に成立したのと同様の効果を生ずるとしている（最判昭 41. 4. 26）。この判例は，無権代理人が譲渡により本人の権利を取得した場合においても，無権代理行為が当然に有効となるものではない旨を明らかにした点に意義があると評価されている。

**(3) 無権代理人が本人を共同相続した場合**



無権代理人が本人を共同相続した場合（以下「無権代理人共同相続型」という。）においては，無権代理行為が，無権代理人の相続分に相当する部分において当然に有効となるか否かが重要となるが，この点につき，資格融合説の見解に立つのか（前掲最判昭 40. 6. 18），それとも地位の併存を肯定する見解に立つのか（前掲最判昭 37. 4. 20）によって，

結論が左右される。

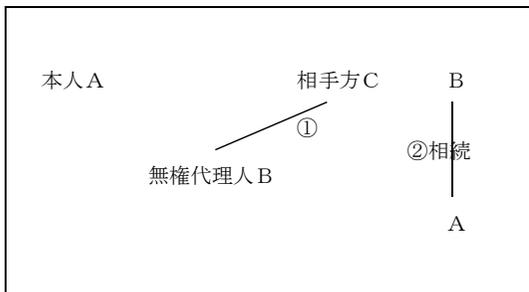
この点について，判例は，他の共同相続人全員が無権代理行為の追認をしている場合に無権代理人が追認を拒絶することは信義則上許されないとしても，他の共同相続人全員の追認がない限り，無権代理行為は，無権代理人の相続分に相当する部分においても，当然に有効となるものではないとした（最判平 5. 1. 21）【H28-5-エ，H20-6-ウ，H13-3-ウ・エ，H8-3】。

この判例は，無権代理人共同相続型においては，無権代理人の相続分に相当する部分においても，無権代理人としての地位と本人としての地位は融合せず，無権代理人としての地位と本

人としての地位の併存を肯定する見解に立っている。そして、無権代理人共同相続型においては、追認権の共有状態が生じ（264条）、追認は未確定的無効を有効化するという処分的効果を生じさせるものであるため、無権代理行為を有効とするには無権代理人を含む共同相続人全員の同意が必要である（251条）としている。ただし、無権代理人を除く共同相続人全員が無権代理行為を追認している場合には、信義則に照らし、無権代理人が追認を拒絶することは許されず、相手方は、無権代理行為の有効性を主張して、共同相続人全員に対して、無権代理行為に基づく義務の履行を請求することができるとしている。

なお、無権代理行為が連帯保証契約の締結である場合のように、無権代理行為から発生する債務が金銭債務である場合には、無権代理人が本人を共同相続した効果として、無権代理人の相続分に相当する部分において無権代理行為が有効となり、無権代理人には、当該部分における金銭債務の履行義務が発生するとも考えられるが、無権代理人共同相続型において無権代理人を含む共同相続人が本人から相続するのは、あくまで「無権代理行為である金銭債務を発生させた契約の追認ないし追認を拒絶することができる本人の地位」であって、無権代理行為によって発生する金銭債務自体ではない。したがって、無権代理行為が金銭債務を発生させる行為である場合であっても、当該無権代理行為は、無権代理人の相続分に相当する部分においても当然には有効とはならず、無権代理人には、当該部分における金銭債務の履行義務は発生しない。

#### (4) 本人が無権代理人を単独で相続した場合



本人が無権代理人を単独で相続した場合（以下「本人相続型」という。）においては、無権代理行為は、当然に有効となるものではない。その理由付けとして、前掲最判昭 37.4.20 は、本人相続型においては、相続人である本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反するところはないとしている【H20-6-エ, H13-3-イ,

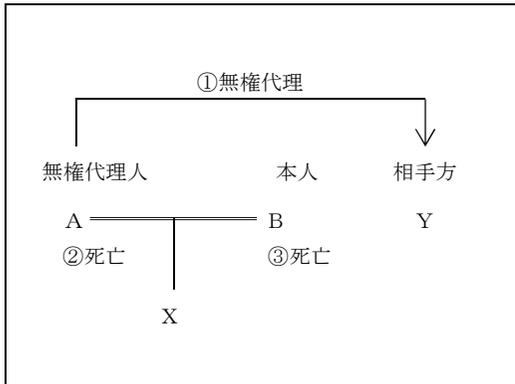
H2-18-3, S59-23-2】。この判例は、無権代理人としての地位と本人としての地位の併存を肯定したものと評価されている(注)。

(注) 無権代理行為が特定物の売買の場合には、本人が承継する無権代理人の責任は、損害賠償の責任に限られ、本人は履行責任を負わない(他人物売買に関する最大判昭 49.9.4 参照)。

なお、本人相続型においても、本人は、相続により無権代理人の債務(117条)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ったからといって当該債務を免れることはできない(最判昭 48.7.3)【H20-6-エ, H13-3-イ, H6-4-オ】。この判例は、本人相

続型においては、本人が、相続により承継した無権代理人としての地位と、本人としての地位とを併有することを前提として、本人に無権代理行為の追認を拒絶して無権代理人としての責任を履行するか、又は無権代理行為を追認して契約責任を履行するかを選択の自由を認めたものと評価されている。

(5) 無権代理人を本人と共に相続した者がその後更に本人を相続した場合ないし無権代理人を相続した者がその後更に本人を相続した場合



無権代理人を本人と共に相続した者がその後更に本人を相続した場合ないし無権代理人を相続した者がその後更に本人を相続した場合(注)においては、無権代理行為は、当然に有効となる(最判昭63.3.1)【H20-6-オ】。すなわち、いったん無権代理人を相続した者が、その後本人を相続した場合においても、無権代理人が本人を相続した場合において、本人の資格において無権代理行為の追認を拒絶することができないのと同様に、本人の資格で無権代理行為の追認を拒絶することはできない。

格で無権代理行為の追認を拒絶することはできない。

(注) なお、本人を相続した者がその後更に無権代理人を相続した場合に関する判例は、存在しない。

6 無権代理と他人物売買

	無権代理	他人物売買
	Aは、Bの承諾を得ないで、Bのためにすることを示して、B所有の絵画をCに売却した。	Aは、Bの承諾を得ないで、自己のものであるとして、B所有の絵画をCに売却した。
Bによる追認の可否	可(116本)	可(最判昭37.8.10)
Bの追認による効力の発生【H15-6-イ】	A C間の契約の時(116本)	A C間の契約の時(116類, 最判昭37.8.10)
Aによる契約の解消の可否【H15-6-オ】	不可	善意のAは可(562)
Cによる契約の解消の可否	善意のCは可(115)	可(561前)
Cによる即時取得の可否【H15-6-ア】	不可	可(192)
CのAに対する損害賠償請求の可否【H15-6-エ】	善意・無過失のCは可(117)	善意のCは可(561後) ※
BがAを相続した場合【H15-6-ウ】	追認拒絶可(最判昭37.4.20)	履行拒絶可(最大判昭49.9.4)
AがBを相続した場合	追認拒絶不可(最判昭40.6.18)	履行拒否不可
AがBから目的物を取得した場合	善意・無過失のCは無権代理人の責任追及として履行請求可(117)	AがBから目的物を取得すると同時にCに移転(最判昭40.11.19)

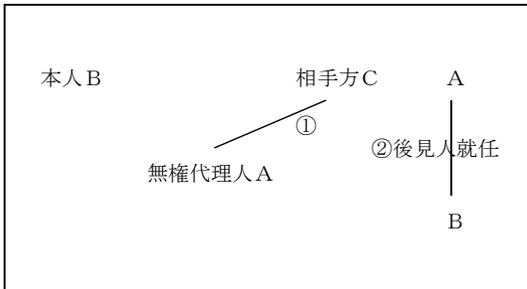
※ 悪意の買主は、担保責任の追及としての損害賠償の請求をすることができない（561 条後段）。ただし、他人の権利の売買における売主が、その責めに帰すべき事由によって、当該権利を取得してこれを買主に移転することができない場合には、買主は、売主に対して、561 条後段の適用上、担保責任としての損害賠償の請求をすることができないときでも、なお債務不履行の一般の規定に従って、損害賠償の請求をすることができる（最判昭 41.9.8）【H23-17-イ, H15-6-エ, S57-3-1】。

## 7 無権代理人が後見人に就任した場合

### (1) 意義

無権代理人が制限行為能力者である本人の後見人に就任した場合には、無権代理人単独相続型と同じような問題が生ずる。すなわち、無権代理人が制限行為能力者である本人の後見人に就任した場合を、無権代理人単独相続型と同様に解すべきか、すなわち、後見人による追認拒絶が認められないのかが問題となる。

### (2) 判例



判例は、未成年者の無権代理人が後見人となった場合において、先にされた無権代理行為の効果が本人に及ぶことがあることを認めている（最判昭 47.2.18）。この判例は、A が未成年者 B の後見人に就職する以前に後見人と称して売買契約をした場合において、A は後見人に就職する前から B のため事実上後見人の立場でその財産の管理にあ

たっており、これに対しては何人からも異議がなく、当該売買契約をするについて A B 間に利益相反の関係がないときは、当該売買契約は、A が後見人に就職するとともに、B に対して効力を生ずるとしている（注）。

（注） 最判平 6.9.13 は、前掲最判昭 47.2.18 の事案とは異なり、後見人に就職したのが無権代理人自身ではない者（無権代理行為に立ち会った無権代理人の姉）である事案において、後見人が就職前に無権代理人によって締結された契約の追認を拒絶することが信義則に反するか否かを判断するにつき考慮すべき要素を示し、前掲最判昭 47.2.18 に依拠し、追認を拒絶することが信義則に反するとした原審を破棄し、信義則違反の点について更に審理を尽くさせるため、原審に差し戻した。

## 3 無効及び取消し

### 1 無効

#### (1) 意義

無効とは、当事者の意図した法律効果が初めから生じないことをいう。

#### (2) 態様

##### ① 絶対的無効

絶対的無効とは、誰からでも、誰に対しても、主張することができる無効をいう。例えば、公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、絶対的無効である(90条)。

##### ② 相対的無効

相対的無効とは、特定の者からしか主張できない無効又は特定の者に対して主張できない無効をいう。例えば、相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効であるが、この無効は、善意の第三者に対抗することができず(94条(注))【H16-6-(ウ)】、法律行為の要素に錯誤がある場合の意思表示の無効は、表意者しか主張することができない(95条, 最判昭40.9.10参照)【H16-6-(ウ)】。

(注) これに対し、錯誤による無効は、第三者に対抗することができる【H4-15-イ, S57-19-3】。

##### ③ 一部無効

一部無効とは、法律行為の内容の一部が無効である場合をいう。一部無効の場合においては、その一部だけが無効となる場合と、全部が無効となる場合がある。

#### (3) 期間の制限

無効の主張には、期間の制限はない【H20-5-イ, H19-6-イ, H16-6-(イ)】。

#### (4) 無効な行為の追認

##### ① 原則

無効な行為は、追認によっても、その効力を生じない(119条本文)。このことは、強行規定や公序良俗に反することから無効である場合も、虚偽表示又は錯誤により無効である場合も同様である。

##### ② 例外

無効な行為であっても、当事者がその行為の無効であることを知って追認をしたときは、新たな行為をしたものとみなされる(119条ただし書)。

これは、虚偽表示や錯誤により無効である場合に、当事者がその行為の無効であることを知って追認をしたときは、当事者の意思を尊重し、新たな行為をしたものとみなされるとし

たものである。

新たな行為をしたものとみなされるため、その効果は遡及しない【H25-5-7, H16-6-(エ)】。

### ③ 判例

無効な行為の追認に関する判例は、次のとおりである。

#### a 他人の権利の処分と追認

他人物売買の場合にも、119条が適用されるため、他人物の所有者が追認をしても、その効力は遡及しないようにも思える。しかし、Aが、Bの権利を自己の権利であるとして処分した場合に、Bがこれを追認したときは、当該処分は、116条の類推適用により、処分するとき遡って、Bについてその効力を生ずる（最判昭37.8.10）【H15-6-イ】。

#### b 他人の子を実子として届け出た者の代諾による養子縁組の追認の許否

他人の子を実子として届け出た者の代諾による養子縁組も、養子が15歳に達した後に、これを追認することができ、適法に追認がされたときは、116条の類推適用により、縁組は、初めから有効となる（最判昭27.10.3）【H19-22-エ, H13-20-オ】。

#### c 届出の意思がないことによる婚姻の無効とその追認の効力

事実上の夫婦の一方が、他方の意思に基づかないで、婚姻届を作成し、提出した場合において、当時両名に夫婦としての実質的生活関係が存在しており、かつ、のちに他方の配偶者が届出の事実を知ってこれを追認したときは、婚姻は、116条の趣旨を類推し、追認により、その届出の当初に遡って有効となる（最判昭47.7.25）【H20-21-イ, H2-18-4】。

## (5) 無効な行為の転換

無効な行為の転換とは、当事者が意図した本来の行為としては無効である場合に、他の行為としての効果を認めることをいう。

### ① 方式に欠ける秘密証書遺言の効力

秘密証書による遺言は、その方式に欠けるものがあっても、自筆証書遺言の方式を具備しているときは、自筆証書による遺言としてその効力を有する（971条）【S62-21-4】。

### ② 嫡出でない子について父がした嫡出子出生届又は非嫡出子出生届と認知の効力

嫡出でない子について、父から、これを嫡出子とする出生届がされ、又は嫡出でない子としての出生届がされた場合において、各出生届が戸籍事務管掌者によって受理されたときは、各出生届には、父が、戸籍事務管掌者に対し、子の出生を申告することのほか、出生した子が自己の子であることを父として承認し、その旨を申告する意思の表示が含まれているため、その各届は、認知届としての効力を有する（最判昭53.2.24）【H16-24-オ, H12-20-オ, S63-18-3】。

ところで、養子とする意思で他人の子を嫡出子として出生届をした場合については、当該

届出に養子縁組の効力は認められない（最判昭 25. 12. 28, 最判昭 49. 12. 23, 最判昭 50. 4. 8）  
【H25-5-イ, H19-22-イ, H13-20-エ, S62-19-5】。

これらの判例の整合性が問題となるが、嫡出子出生届と養子縁組とは、子とするという点では共通であっても、本来相容れないものであり、これに対し、出生届と認知届とは、趣旨及び機能を異にするものではあるが、同一方向に向かったの届けであり、出生届に認知の効力を認めることは、嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めるような違和感はないため、これらの判例に整合性はあると評価されている。

## 2 取消し

### (1) 意義

取消しとは、一応有効とされる法律行為を遡及的に無効とする意思表示をいう。

行為能力の制限を理由とする取消し（5条2項, 9条本文, 13条4項, 17条4項）や強迫を理由とする取消し（96条1項）は、善意の第三者に対しても、対抗することができるが【H19-6-ウ, S63-3-2】、詐欺を理由とする取消し（同項）は、善意の第三者に対しては、対抗することができない（同条3項）【S63-14-イ】。

### (2) 取消権者

#### ① 行為能力の制限によって取り消すことができる行為

取消権者は、制限行為能力者又はその代理人、承継人もしくは同意をすることができる者である（120条1項）。制限行為能力者が取り消す場合であっても、法定代理人等の同意を要しないが【H23-4-イ, H5-8-5, H2-14-ア, S63-1-5, S57-2-4】、制限行為能力者は、法定代理人等が追認した行為を取り消すことができない【H9-1-5】。

補助人は、当然に同意をすることができる者となるのではなく、補助人の同意を要する旨の審判がされた場合（17条1項）に限って、同意をすることができる者となる。

なお、制限行為能力者の債務を保証した者は、取消権者ではない（大判昭 20. 5. 21）【H25-5-ウ, S63-3-4】。

#### ② 詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為

取消権者は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人もしくは承継人である（120条2項）。

### (3) 取消しの方法

取り消すことができる行為の相手方が確定している場合には、その取消しは、相手方に対する意思表示によってする（123条）。

### (4) 取消しの効果

① 原則

取り消された行為は、初めから無効であったものとみなされる（121 条本文）。

⇒ 取り消すことができる法律行為は、取り消されるまでは一応有効であるため、取り消されるまでは不当利得返還請求権は発生しない【H16-6-(7)】。

したがって、取得した利益がある場合には、不当利得として返還しなければならない（703 条、704 条）。

⇒ 善意の受益者は、その利益の存する限度における返還義務を負い（703 条）【H10-4-オ】、悪意の受益者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない（704 条前段）。

なお、売買契約が、行為能力の制限を理由として取り消された場合には、当事者双方の原状回復義務（不当利得返還義務）は、同時履行の関係にある（533 条類推適用、未成年者に関する最判昭 28.6.16）【H4-6-1, S61-9-5】。このことは、売買契約が詐欺を理由に取り消された場合も、同様である（最判昭 47.9.7）【H4-6-1】。

② 例外

制限行為能力者は、その行為によって現に利益を受けている限度（現存利益）において、返還の義務を負う（121 条ただし書。善意・悪意を問わない。）。

例えば、受領した金員を遊興費や賭博に消費したときは、現に利益を受けているとはいえないが（最判昭 50.6.27）【H6-7-ウ】、受領した金員を他人に対する債務の弁済又は必要な生活費に支出したときは、現に利益を受けているといえる（大判昭 7.10.26）【S62-3】。

⇒ 受領した金員を大学の入学金として支出したときも、現に利益を受けているといえる【H2-14-エ】。

これに対し、制限行為能力者が受領した目的物が天災により滅失した場合には、現に利益を受けているとはいえない【H19-6-ア】。

(5) 取り消すことができる行為の追認

① 追認の意義

追認とは、一応有効に成立している法律行為を、当初から確定的に有効であったものとする意思表示をいう【H5-8-4】。追認は、取消権の放棄を意味するため、取消権者が追認をしたときは、以後、取り消すことができない（122 条本文）。

なお、122 条ただし書は、「追認によって第三者の権利を害することはできない。」とするが、第三者との優劣は、対抗要件の有無で決せられることになる。

② 追認の要件

a 追認の要件

追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後になければ、その効力を生じない（124 条 1 項）。

「取消しの原因となっていた状況が消滅した後」とは、制限行為による取消権の場合には行為能力者となった後を、詐欺又は強迫による取消権の場合には詐欺又は強迫の状況を脱した後を、それぞれ意味する。

なお、未成年者は、法定代理人の同意を得て、追認（法定追認を含む。）をすることができる（通説）【H6-7-オ, H5-8-2, H2-14-イ】。

**b 成年被後見人が追認をする場合**

成年被後見人は、行為能力者となった後にその行為を了知したときは、その了知をした後でなければ、追認をすることができない（124条2項（注））。

（注）判例は、124条2項は注意規定であり、他の制限行為能力者も、その了知をした後でなければ、追認をすることができないとしている（大判大 5.12.28）【H25-5-エ】。もっとも、大判大 12.6.11 は、未成年者について、了知を要しないとす。

⇒ 制限行為能力者が行為能力の制限によって取り消すことができる行為によって生じた債務を行為能力者となった後に承認した場合であっても、当該行為が取り消すことができるものであることを当該制限行為能力者が知らないときは、当該行為を追認したものとはならない【H25-5-エ：○】。

**c 法定代理人等が追認をする場合**

法定代理人又は制限行為能力者の保佐人もしくは補助人が追認をする場合には、取消しの原因となっていた状況が消滅した後でなくても、追認をすることができる（124条3項）。このことは、法定追認の場合も同様である【H23-4-エ】。

**③ 追認の方法**

取り消すことができる行為の相手方が確定している場合には、追認は、その相手方に対する意思表示によってする（123条）【H12-1-イ】。

**④ 法定追認**

追認をすることができる時以後（＝取消しの原因となっていた状況が消滅した後）に【H23-4-ウ, H4-7-エ】、取り消すことができる行為について次に掲げる事実があったときは、追認をしたものとみなされる（125条本文）。

**a 全部又は一部の履行**

取消権者が、債務者として履行する場合【H25-5-オ, H23-4-エ（親権者による履行）, H16-6-（オ）】のほか、債権者として履行を受ける場合【H25-5-オ, H16-6-（オ）, H12-1-エ】を含む（大判昭 8.4.28）。

**b 履行の請求**

取消権者が、債権者として履行の請求をした場合【S57-3-3】に限られ、債務者として

履行の請求を受けた場合【H12-1-ウ】を含まない（大判明 39. 5. 17）。

c 更改

d 担保の供与

取消権者が、債務者として担保の供与をする場合【H4-7-イ】のほか、債権者として担保の供与を受ける場合を含む。

e 取り消すことができる行為によって取得した権利の全部又は一部の譲渡

取消権者が、債権者として権利の譲渡をした場合【H13-1-ア】に限られる。

f 強制執行

取消権者が、債権者として強制執行をする場合に限られ、債務者として執行を受ける場合を含まない（大判昭 4. 11. 22）。

ただし、異議をとどめたときは、上記 a から f までに掲げる事実があったとしても、追認をしたものとはみなされない（125 条ただし書）【H12-1-オ, H10-4-イ】。

なお、無権代理行為には、法定追認に関する 125 条は適用されない（最判昭 54. 12. 14）【H23-6-イ, H14-2-ア】。ただし、本人の行為が黙示の追認（116 条）とされることはある（大判大 3. 10. 3, 大判昭 6. 3. 6）【S58-1-3】。

## (6) 取消権の期間の制限

### ① 取消権の期間の制限

取消権は、追認をすることができる時から 5 年間行使しないときは、時効によって消滅する（126 条前段）【H19-6-イ, H16-6-(イ), H12-1-ア】。行為の時から 20 年を経過したときも、同様である（126 条後段）【H10-4-ウ】。

例えば、未成年者であることを理由とする取消権の消滅時効の起算点は、成年に達した時であるため、成年に達した時から 5 年間は、取消権を行使することができる【H6-7-エ】。

### ② 本人の取消権と法定代理人の取消権の関係

行為能力の制限によって取り消すことができる行為の取消権は、本人及び法定代理人のそれぞれに付与されるが、取消権の発生原因が同一であり、また、法律関係を早期に安定させるといふ 126 条の趣旨にかんがみ、法定代理人の取消権が消滅すれば、本人は、取消権を行使することができない（通説）。

### ③ 取消権の行使と不当利得返還請求権

判例は、追認をすることができる時から 5 年以内に取消権を行使すれば、取消しの時から 10 年間は不当利得返還請求権を行使することができるとしている（大判昭 12. 5. 28）【H5-8-ア】。

④ 抗弁権の永久性【H17-7】

取消権が、何人かの請求に対抗して防御的な形態で訴訟に表れた場合には、期間の制限に服することはないとする見解がある。この見解は、その根拠として、取消しの原因を作出した者が、取消権が消滅するのを待って契約の履行を求めることにより、相手方の取消権の行使を封じることができるような事態を防止する必要があることなどを挙げている。

## 4 条件及び期限

### 1 条件

(1) 条件の意義

条件とは、法律行為の効力の発生又は消滅を将来の成否が不確定な事実にかからせる附款をいう【H21-4-ア】。

(2) 停止条件と解除条件

① 停止条件

停止条件とは、条件の成就によって法律行為の効力を発生させる場合をいう。

② 解除条件

解除条件とは、条件の成就によって法律行為の効力を消滅させる場合をいう。

(3) 条件が成就した場合の効果

停止条件付法律行為は、停止条件が成就した時からその効力を生じ(127条1項)【H17-6-ア, H21-16-1】、解除条件付法律行為は、解除条件が成就した時からその効力を失う(127条2項)【H21-4-オ, H17-6-ア, S59-4-1】。つまり、条件が成就した場合の効果は、遡及しない。もっとも、当事者が、条件が成就した場合の効果とその成就した時以前にさかのぼらせる意思を表示したときは、その意思に従う(127条3項)。

(4) 条件の成否未定の間における相手方の利益の侵害の禁止等

① 条件の成否未定の間における相手方の利益の侵害の禁止

条件付法律行為の各当事者は、条件の成否が未定である間は、条件が成就した場合にその法律行為から生ずべき相手方の利益を害することができない(128条)【H24-5-オ】。

⇒ Yは、Xとの間で、Xが半年後に実施される資格試験に合格したら、Y所有の甲時計をXに贈与する旨を約した。その後、Yは、故意に甲時計を壊した。Xは、これを知り、当該資格試験に合格した後、Yに対し、不法行為に基づく甲時計の価額相当分の損害賠償を請求した。この場合、XのYに対する請求は認められる【H24-5-オ】。

② 条件の成否未定の間における権利の処分等

条件の成否が未定である間における当事者の権利義務は、一般の規定に従い、処分し、相続し、もしくは保存し、又はそのために担保を供することができる（129条）。

(5) 条件の成就の妨害

条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる（130条）【H24-5-ウ】。

⇒ Yは、Xとの間で、Yが交際中のAと結婚したら、Y所有の甲自動車にXに贈与する旨を約した。その後、Yは、Aから結婚の申込みを受けたが、仕事の都合から回答を保留し、これがきっかけとなって、結局、YとAとの関係が破綻し、YがAと結婚する見込みはなくなった。Xは、Yに対し、甲自動車の引渡しを請求した。この場合、XのYに対する請求は認められない【H24-5-ウ（Yは故意に条件の成就を妨げたわけではない。）】。

⇒ 条件が成就したものとみなすことができるのは、相手方であって、第三者ではない【H2-16-3】。  
ここでは、130条に関する判例を概観する。

① 農地の売主が故意に知事の許可を得ることを妨げた場合と130条の類推適用

知事の許可を得ることを条件として農地の売買契約をしたとしても、停止条件を付したものであるということとはできず、仮に、このような法定条件にも、その性質の許す限り、民法の条件に関する規定が類推適用されるとしても、農地の買主は、売主が、故意に知事の許可を得ることを妨げた場合であっても、条件が成就したものとみなすことはできない（最判昭36.5.26）【S59-4-5】。

② 条件の成就によって利益を受ける当事者が故意に条件を成就させたときと130条の類推適用

条件の成就によって利益を受ける当事者が故意に条件を成就させたときは、130条の類推適用により、相手方は条件が成就していないものとみなすことができる（最判平6.5.31）【H24-5-イ、H21-4-ウ】。

⇒ Yは、Xとの間で、X所有の甲カメラが壊れたら、Y所有の乙カメラをXに贈与する旨を約した。その後、Xは、Xの妻であるAに甲カメラを壊すように依頼し、Aが故意に甲カメラを壊した。Xは、甲カメラが壊れたとして、Yに対し、乙カメラの引渡しを請求した。この場合、XのYに対する請求は認められない【H24-5-イ】。

③ 停止条件の成就を故意に妨げたとして報酬請求権が認められた事例

山林の売却の斡旋依頼とともに、停止条件付報酬契約がされた場合において、委任者が受任者を介せずその山林を他に売却したときは、受任者は条件が成就したものとみなして、約定報酬の請求ができる（期待権侵害による不法行為。最判昭39.1.23）。

(6) 特殊の条件

① 既成条件

既成条件とは、条件に係る事実が過去に実現している場合における当該条件をいう。条件は、将来の成否が未定の事実にかからせるものでなければならないため、既成条件は、本来の意味における条件ではない。

- (a) 条件が法律行為の時に既に成就していた場合において、その条件が停止条件であるときはその法律行為は無条件であり、その条件が解除条件であるときはその法律行為は無効である（131条1項）【H17-6-オ】。
- (b) 条件が成就しないことが法律行為の時に既に確定していた場合において、その条件が停止条件であるときはその法律行為は無効であり【H2-16-5】、その条件が解除条件であるときはその法律行為は無条件である（131条2項）。

② 不法条件

不法条件とは、公序良俗に反する事実を条件とする場合における当該条件をいう。

- (a) 不法な条件を付した法律行為は、無効である（132条前段）【H21-4-イ】。  
不法な条件を付した法律行為であっても、その法律行為全体が不法性を帯びない場合には、その法律行為は無効ではない（大判大 6. 5. 28）。  
⇒ そのため、当事者の一方が第三者に対して不法行為に基づく損害賠償責任を負ったときは当事者の他方がその損害賠償責任を履行する旨の契約は、有効である【S59-4-3】。
- (b) 不法な行為をしないことを条件とする法律行為も、無効である（132条後段）【H21-4-イ, H17-6-イ, H2-16-4】。

③ 不能条件

不能条件とは、社会通念上、実現が不能である条件をいう。

- (a) 不能の停止条件を付した法律行為は、無効である（133条1項）【H17-6-エ, S59-4-2】。
- (b) 不能の解除条件を付した法律行為は、無条件である（133条2項）【H17-6-エ, S59-4-2】。

④ 随意条件

随意条件とは、債務者の意思のみに係る停止条件をいう。

停止条件付法律行為は、その条件が単に債務者の意思のみに係るときは、無効である（134条）【H17-6-ウ】。

なお、解除条件が債務者の意思のみに係る場合（最判昭 35. 5. 19 参照）【H17-6-ウ】や、停止条件又は解除条件が債権者の意思のみに係る場合【S59-4-4（解除条件が債権者の意思のみにかかる場合）】は、有効である。

### (7) 条件を付すことができない行為

法律効果が確定的に発生し、又は存続することが必要とされる法律行為には、条件を付すことができない。例えば、相殺の意思表示には、条件を付すことができない（506 条 1 項後段。なお、期限を付すこともできない。）【H2-16-2】。

## 2 期限

### (1) 期限の意義

期限とは、法律行為の効力の発生又は消滅を将来到来することが確実な事実にかからせる附款をいう【H21-4-7】。

### (2) 種類

#### ① 始期と終期

始期とは、法律行為の効力の発生に関する期限をいい、終期とは、法律行為の効力の消滅に関する期限をいう。

#### ② 確定期限と不確定期限

確定期限とは、到来する時期が確定しているものをいい、不確定期限とは、到来することは確実であるが、到来する時期が不確定であるものをいう。

### (3) 期限の到来の効果

法律行為に始期を付したときは、その法律行為の履行は、期限が到来するまで、これを請求することができず（135 条 1 項）、法律行為に終期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に消滅する（135 条 2 項）。つまり、期限の到来の効果は、遡及しない。

### (4) 期限の利益

#### ① 期限の利益の意義

期限の利益とは、期限が付されていることにより、当事者が受ける利益をいう。

期限は、債務者の利益のために定めたものと推定される（136 条 1 項）。

⇒ Xは、Yに対し、利息を年 1 割、元本及び利息の弁済期を契約時から 1 年後として、金銭を貸し付けた。Xは、Yに対し、契約時から半年を経過した日に、同日から弁済期までの半年分の利息の支払請求権を放棄して、当該貸金債権の元本と契約時から同日の前日までの半年分の利息の支払を請求した。この場合、XのYに対する請求は認められない【H24-5-エ】。

#### ② 期限の利益の放棄

期限の利益は、放棄することができるが、これによって相手方の利益を害することはできない（136 条 2 項）。

判例は、定期預金の返還時期が当事者双方の利益のために定められた場合であっても、債

務者である銀行は、その返還時期までの約定利息を支払うなど預金者の利益の喪失を填補すれば、期限の利益を一方的に放棄することができるとしている（大判昭 9. 9. 15）【H21-4-エ, H19-4-オ, H1-13-4】。

### ③ 期限の利益の喪失

次に掲げる場合には、債務者は、期限の利益を主張することができない（137 条）。

⇒ 債務者が抵当不動産を第三者に譲渡しても、債務者は、期限の利益を主張することができる【H19-4-イ】。

(a) 債務者が破産手続開始の決定を受けたとき。

(b) 債務者が担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたとき。【H13-12-エ, H9-12-ア】

担保の滅失、損傷又は減少は、債務者の行為によるものであれば足り、債務者の故意又は過失を要しない（通説）。

(c) 債務者が担保を供する義務を負う場合において、これを供しないとき。

この他、実際には、期限の利益喪失約款が付されることが多い。

### (5) いわゆる出世払債務の性質【H14-3】

判例は、消費貸借において、債務者が出世した時に履行する旨の約定（いわゆる出世払債務）は、不確定期限を付したものであって、停止条件付債務ではない（大判大 4. 3. 24（注））【H24-5-ア, H21-4-ア】。

#### (注) 関連判例

数社を介在させて順次発注された工事の最終の受注者 X と X に対する発注者 Y との間における「Y が請負代金の支払を受けた後に X に対して請負代金を支払う」旨の合意は、上記工事が一部事務組合から発注された公共事業に係るものであって、同組合からの請負代金の支払は確実であったなどの事情の下においては、X に対する請負代金の支払につき、Y が請負代金の支払を受けることを停止条件とする旨を定めたものとはいえず、Y が上記支払を受けた時点又はその見込みがなくなった時点で支払期限が到来する旨を定めたものと解すべきである（最判平 22. 10. 14）。これは、一般に、下請負人が、自らは現実に仕事を完成させ、引渡しを完了したにもかかわらず、自らに対する注文者である請負人が注文者から請負代金の支払を受けられない場合には、自らも請負代金の支払が受けられないなどという合意をすることは、通常は想定し難いからである。

⇒ X は、A に対する貸金債権を有していたところ、その弁済を A が結婚するまで猶予するため、A との間で、その弁済期を A が結婚する時と定めた。その後、A は、結婚しないまま、死亡した。X は、A の唯一の相続人である Y に対し、当該貸金債権の弁済を請求した。この場合、X の Y に対する請求は認められる【H24-5-ア】。