

体験受講用
見本

竹下貴浩著

司法書士直前チェック
試験に出る
論点総まとめ

①

民法I

(総則・債権)

新竹下合格講座 体験用テキスト

※無断複写・転載を禁じます。



権利の主体

Check Point

権利能力, 意思能力, 行為能力

1. 権利能力の意義をいえ。

□□□ (答) 私法上の権利義務の主体となることのできる地位または資格のこと。私権の享有は、出生に始まるので(民§3-I), 人は生まれれば当然に権利能力を取得する。生まれたばかりの子であっても、強度の精神障害のある者でも、権利能力を有する。

2. 誰に対して権利能力は認められるか。

□□□ (答) 自然人及び法人。自然人とは、人間のことである。法人とは、法律の規定によって法的な人格が認められた人の集まり、または財産の集まりのことである。

3. 胎児には、権利能力は認められるか。

□□□ (答) 私権の享有は出生に始まるので(民§3-I), 生まれる前の胎児には権利能力は認められない。ただし、次の場合は、例外的に胎児にも権利能力が認められる。

- ① 不法行為に基づく損害賠償請求権(民§721)
- ② 相続(民§886)
- ③ 遺贈(民§965)

4. 例外的に胎児が生まれたものとみなすとされる場合の法律構成に関する2つの説をあげよ。

□□□ (答) 停止条件説と解除条件説。前者は、「胎児の間は、権利能力は認められず、したがって、胎児の条件付権利を保全すべき代理人はいない。胎児が生きて生まれると、そこで取得した権利能力が相続開始や不法行為の時にさかのぼって存在したものとされるにすぎない」と解する。後者は、「胎児の間でも、生まれたものとみなされる範囲内では、その事実の生じた時から制限的な権利能力がある。このため、胎児も出生している人と同様に取り扱い、法律関係を処理する」と解する。

判例は、停止条件説に立ち、胎児を代理してされた和解契約の効力を否定している(大判昭7.10.6)。なお、登記の先例は、胎児名義とする相続登記を認めるが、これは解除条件説の立場に立ったものといえる。この場合、胎児の母が法定代理人的地位で登記手続に関与する。

5. 権利能力の終期はいつか。

□□□ (答) 死亡のときに限られる。なお、失踪宣告の効力は、被宣告者を「死亡したものとみなす」ものであるが(民§31), 被宣告者が他所において生存している限り、その者は権利能力を失わない。

6. 意思能力の意義をいえ。

□□□ (答) 自己の行為の結果を判断することのできる精神能力。正常な認識力と予期力とを含む。なお、意思能力の有無については、客観的な判断基準はない。

7. 意思無能力者がした法律行為の効果はどうなるか。

□□□ (答) 無効とされる。意思無能力者がした法律行為を無効とする明文の規定はないが、私的自治の原則からして当然のことであるとされている。

8. 意思無能力者は権利能力を有するか。

□□□ (答)有する。自然人は出生すれば当然に権利能力を取得するので、意思能力がなくても、権利義務の主体となることができる。すなわち、権利能力を有する。

9. 行為能力、制限行為能力者の意義をいえ。

□□□ (答)行為能力とは、権利義務をもつための行為を単独で完全にできる能力のこと。制限行為能力者とは、行為能力が制限された者のこと。

10. 民法が規定する制限行為能力者をあげよ。また、制限行為能力者が単独でした法律行為の効果はどうか。

□□□ (答)未成年者、成年被後見人、被保佐人、被補助人。制限行為能力者が単独でした法律行為は、取り消すことができる(民§5-II, 9本文, 13-IV, 17-IV)。

制限行為能力者①－未成年者

11. 未成年者は、どのようにして有効に法律行為をすることができるか。

□□□ (答)その法定代理人(親権者または未成年後見人)の同意を得て法律行為をする(民§5-I本文)。未成年者が法定代理人の同意を得ることなしに単独でした法律行為は、原則として取り消すことができる(民§5-II)。

12. 未成年者が単独で有効にすることができる法律行為をあげよ。

□□□ (答)①単に権利を得または義務を免れる法律行為(民§5-Iただし書), ②法定代理人によって処分を許された財産の処分(民§5-III), ③法定代理人に許された営業に関する行為(民§6-I)。

13. 未成年者は、債務を免除する旨の債権者からの申込みに対する承諾を単独ですることができるか。

□□□^{27-4-オ} (答)できる。単に義務を免れる法律行為だからである(民§5-Iただし書)。負担のない贈与を受けることや、借金の利子を下げてもらふことなども、未成年者の利益を害しないので、未成年者は単独ですることができる。

14. 未成年者は、単独で有効に債務の弁済を受けることはできるか。

□□□ (答)できない。これにより、既存の債権を失うからである。

15. 未成年者の法定代理人が営業を許可するについて、営業の種類を特定する必要があるか。

□□□ (答)特定する必要がある(民§6-I参照)。なお、1個の営業をさらに制限して許可することはできない。

16. 営業の許可は明示に行われる必要はあるか。

□□□ (答)明示に限らず、黙示に行われてもよい(大判明34.3.22)。例えば、未成年者の営業を当然熟知し何ら異議を述べていない場合は、黙示の許可があるものとして取り消すことができないと解される。

17. 未成年者の法律行為に対する法定代理人の同意は、相手方に対してすることができるか。

□□□ (答)できる。同意は、未成年者または未成年者がする当該行為の相手方いずれに対してしてもよいとされている。

制限行為能力者②－成年被後見人

18. 後見開始の要件をいえ。

□□□^{25-4-ウ前段} (答)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が、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、補助人、補助監督人または検察官の請求によって、家庭裁判所の審判を受けること(民§7)。

19. 成年被後見人の法律行為は、(①)。ただし、(②)については、この限りでない。

(答)①取り消すことができる、②日用品の購入その他日常生活に関する行為(民§9)。
25-4-ア前段

20. 成年被後見人が成年後見人の同意を得てした法律行為は有効となるか。

(答)有効とはならず、取り消すことができる法律行為となる。成年被後見人は、法定代理人である成年後見人に代理してもらわなければ、原則として法律行為が有効となることはない。未成年者は、意思能力がある限り、法定代理人の同意を得て有効に法律行為ができることと比較すること。
27-21-ア
19-6-エ

制限行為能力者③-被保佐人

21. 保佐開始の要件をいえ。

(答)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な者が、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)、後見監督人(未成年後見監督人及び成年後見監督人)、補助人、補助監督人または検察官の請求によって、家庭裁判所の審判を受けること(民§11)。

22. 被保佐人が(①)に掲げる行為をするには、その(②)を得なければならない。ただし、(③)については、この限りでない。

(答)①民法13条1項各号、②保佐人の同意、③日用品の購入その他日常生活に関する行為(民§13-I)。
25-4-ア後段
工前段

23. 被保佐人が保佐人の同意を得てすべき法律行為は、民法13条1項各号に掲げられた行為に限られるか。

(答)保佐開始の審判の請求権者、保佐人、保佐監督人の請求によって、家庭裁判所が、民法13条1項各号に掲げられていない行為について

も、保佐人の同意を要する旨の審判をすることができ(民§13-II本文)、当該審判がされた場合は、被保佐人が当該審判に係る行為をするには、保佐人の同意を要する。

24. 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、()。

(答)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(民§13-III)。

25. 被保佐人の行為のうち取り消すことができる行為はどのようなものか。

(答)保佐人の同意を得なければならない行為であって、その同意または同意に代わる許可を得ないでした行為(民§13-IV)。

26. 保佐人の権限をいえ。

(答)保佐人は、当然に、被保佐人のする一定の範囲の財産行為について同意をする権利(同意権)を有し、また、被保佐人が単独でした同意を要する行為について、取消権または追認権を有する(民§120-I, 122)。ただし、代理権は当然に有するものではなく、一定の者の請求によって、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がされたときに、当該法律行為について、被保佐人を代理する権限が認められる(民§876の4-I)。

制限行為能力者④-被補助人

27. 補助はどのような者をその保護の対象とするか。

(答)精神上の障害(認知症・知的障害・精神障害)により事理を弁識する能力が不十分な者のうち、後見・保佐の程度に至らない者(民§15-I)。
25-4-ウ
後段

28. 補助開始の審判をするについて、本人の同意は必要とされるか。

(答)本人以外の請求によって審判をするときは、本人の同意が必要となる(民§15-Ⅱ)。後見開始または保佐開始の審判をするときは、本人の同意は常に不要であることと比較すること(民§7, 11参照)。
25-4-オ

28-2. 補助開始の審判をするにあたり、補助開始の審判とともに、補助人に特定の法律行為について、代理権を付与する審判のみがされることあるか。

(答)ある。補助開始の審判は、民法17条1項の審判(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)、または同法876条の9第1項の審判(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)とともにしなければならない(民§15-Ⅲ)。したがって、補助開始の審判においては、これと同時に、下記のいずれかの審判をすべきことになり、代理権を付与する審判のみをする(下記②の場合)こともできる。

- ① 特定の法律行為について補助人に同意権を付与する(民§17-I)
- ② 特定の法律行為について補助人に代理権を付与する(民§876の9-I)
- ③ 特定の法律行為について補助人に同意権及び代理権を付与する

29. 補助開始の審判とともに、同意権を付与する審判がされた場合における被補助人が法律行為をするについて、どのような行為について補助人の同意が必要とされるか。

(答)当事者が申立てにより選択し、家庭裁判所が審判によって定めた「特定の法律行為」(民§17-I本文, 15-Ⅲ)について補助人の同意を要する。同意を要することとする特定の法律行為は、民法13条1項に規定する行為の一部に限られる(民§17-Iただし書)。
25-4-工 後段

30. 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、()。

(答)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(民§17-Ⅲ)。

31. 被補助人の行為のうち取り消すことができる行為はどのようなものか。

(答)補助人の同意を得なければならない行為であって、その同意または同意に代わる許可を得ないでした行為(民§17-Ⅳ)。

31-2. 特定の法律行為について補助人に代理権を付与する審判だけがされた場合(28-2の②の場合)、被補助人は、当該代理権が付与された特定の法律行為を単独で有効にすることはできるか。

(答)できる。補助人に代理権を付与する審判だけがされた場合、補助人は、当該代理権が付与された特定の法律行為について、被補助人を代理することができることは当然であるが、そのことによって、代理権が付与された特定の法律行為について、被補助人自身の行為能力が制限されるわけではない。被補助人の行為能力が制限されるのは、補助人に同意権が付与された場合における当該同意権の対象とされた「特定の法律行為」についてだけである。すなわち、代理権付与の審判だけがされた場合における被補助人は、制限行為能力者ではない(民§20-I かつこ書参照)。

32. 補助人の権限をいえ。

(答)特定の法律行為について同意権を付与する審判がされた場合における補助人は、被補助人のする同意を要する当該特定の法律行為について同意をする権利(同意権)を有し、また、被補助人が単独でした同意を要する行為について、取消権または追認権を有する(民§120-I, 122)。

特定の法律行為について代理権を付与する審判がされた場合における補助人は、代理権を付与する審判がされた当該特定の法律行為について、被補助人を代理する権限がある。

33. 補助人に代理権付与の審判をするときは、本人の同意は必要か。

(答)代理権付与の審判が本人の請求によるものでないときは、本人の同意が必要とされる(民§876の9-II, 876の4-II)。なお、本人以外の請求に基づいて保佐人に代理権付与の審判をするときも、本人の同意が必要とされることに注意すること(民§876の4-II)。

制限行為能力者の身分行為

34. 制限行為能力者は、婚姻をするについて、法定代理人または保佐人もしくは補助人の同意を得ることを要するか。

(答)いずれも不要である。制限行為能力者の行為能力が制限されるのは、財産的な法律行為についてであり、婚姻、離婚、養子縁組、離縁等の身分行為については、単独で有効にすることができる(民§738, 764, 799, 812)。なお、民法737条は未成年者の婚姻について父母の同意を要求しているが、これは婚姻の成立要件ではない。

制限行為能力者の相手方の保護

35. 制限行為能力者が行為能力者となった場合における制限行為能力者と取引をした相手方の催告権について述べよ。

(答)行為能力者となったもと制限行為能力者であった者に対し、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。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す(民§20-I)。

36. 制限行為能力者の能力の制限が継続中である場合における制限行為能力者(未成年者または成年被後見人であるものとする)と取引をした相手方の催告権について述べよ。

(答)未成年者または成年被後見人の法定代理人に対し、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る。この場合において、法定代理人が定められた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す(民§20-II)。

37. 36の場合において、相手方が未成年者または成年被後見人に直接催告をした場合の効果はどうか。

(答)未成年者または成年被後見人は、意思表示の受領能力がないので(民§98の2)、未成年者または成年被後見人に対して直接催告をしても何ら効果は生じない。

38. 制限行為能力者の能力の制限が継続中である場合における制限行為能力者（被保佐人または被補助人であるものとする）と取引をした相手方の催告権について述べよ。

□□□ (答) 次のいずれかの催告をすることができる。

- ① 保佐人または補助人に対し、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る。この場合において、保佐人または補助人が定められた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す(民§20-II)。
- ② 被保佐人または被補助人に対し、1か月以上の期間内にその保佐人また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。この場合において、その被保佐人また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す(民§20-IV)。

39. 民法21条の詐術について述べよ。

□□□ (答) 制限行為能力者が、自己が行為能力者であることを相手方に信じさせるため詐術を用いたときは、取消権が排除される。なお、自己が行為能力者であることを信じさせた場合だけでなく、保護者(法定代理人・保佐人・補助人)の同意があったと誤信させようとした場合も取消権は排除される。なお、制限行為能力者が単に制限行為能力者であることを告げなかっただけでは詐術とはならず(大判大5.12.6, 最判昭44.2.13参照)、取消権は否定されない。

40. 未成年者と取引をした相手方が第三者の詐欺により成年者と誤信して未成年者と法律行為をしたときは、未成年者の取消権は排除されるか。

□□□ (答) 排除されない。詐術は、制限行為能力者自身によってされるか、制限行為能力者が他人に詐術させることを要する。

41. 制限行為能力者が自己が行為能力者であると信じさせるために詐術を用いた場合において、相手方がその行為能力の制限を知っているときは、民法21条は適用されるか。

□□□ (答) 適用されない(最判昭44.2.13)。
19-6-オ

不在者及びその財産管理人

42. どのような者を不在者というか。

□□□ (答) 住所または居所を去って容易に帰ってくる見込みのない者。生死不明であるか否かは問わない。

43. 不在者の財産管理人の選任を請求することができる者をあげよ。

□□□ (答) 利害関係人または検察官(民§25-I)。利害関係人とは、不在者の債権者や相続人等をいう。

44. 不在者の財産管理人の地位をいえ。

□□□ (答) 不在者の財産管理人は、対外的には、不在者の法定代理人としての地位を有する。不在者と財産管理人との関係は、委任の規定に従うものとされている(家審法§16, 民§644, 646, 647, 650)。

45. 不在者の財産管理人の権限をいえ。

□□□ (答) 不在者の財産管理人の権限の範囲が明白でない場合は、財産管理人は、不在者の財産について、民法103条に規定された範囲内における権限を有するが、これ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なければならない(民§28前段参照)。

失踪の宣告

46. 普通失踪及び特別失踪の期間をいえ。

□□□ (答) 普通失踪の期間は、不在者の生存が確かめられる最後の時から7年間。特別失踪の期間は、危難が去った後から1年間(民§30)。

参考過去問

47. 失踪の宣告を受けた者が死亡したものとみなされる時期をいえ。

□□□ (答) 普通失踪の場合は、7年間の期間満了の時。特別失踪の場合は、
 危難が去った時(民§31)。

48. 失踪の宣告がされると、失踪者の権利能力は失われるか。

□□□ (答) 失踪の宣告は、失踪者本人の権利能力を剥奪するものではない。
 したがって、失踪者が他所で活動する場合には、そこには失踪の宣
 告の効果は及ばない。また、失踪者が後に失踪前の住所に帰来した
 場合にも、以前の法律関係は、宣告を取り消さない限り復活しない
 が、帰来後の新たな法律関係は、宣告を取り消さなくとも有効に成
 立する。

49. 失踪の宣告の取消しの要件をいえ。

□□□ (答) 失踪者が現に生存すること、または、死亡したものとみなされた
 時と異なる時に死亡していたことが証明されたこと、及び本人また
 は利害関係人の請求があること(民§32-I前段)。

50. 失踪の宣告の取消しの効果をいえ。

□□□ (答) 失踪の宣告によって変動した財産上・身分上の関係が復活するの
 が原則であるが、次の例外がある。
 ① 善意でした行為の効果は維持される(民§32-I後段)。当事者
 が複数の場合は、全員の善意が要求される(大判昭13.2.7)。
 ② 失踪の宣告を直接の原因として財産を得た者は、現存利益の範
 囲において、返還義務を負う(民§32-II)。

1. 後見、保佐及び補助に関する次のアからオまでの記述のうち、誤って
 いるものはどれか(15-4改)。
 ア 後見開始の審判及び補助開始の審判は、いずれも、本人が請求をす
 ることができる。
 イ 成年被後見人がした行為は、日用品の購入その他日常生活に関する
 行為であっても、取り消すことができる。
 ウ 家庭裁判所は、保佐開始の審判において、保佐人の同意を得ること
 を要する法定の行為に関し、その一部について保佐人の同意を得るこ
 とを要しない旨を定めることができる。
 エ 保佐人の同意を得ることを要する行為につき、保佐人が被保佐人の
 利益を害するおそれがないのに同意をしない場合には、被保佐人は、
 家庭裁判所に対し、保佐人の同意に代わる許可を求めることができる。
 オ 保佐人及び補助人は、いずれも、家庭裁判所の審判により、特定の
 法律行為についての代理権を付与されることがある。

誤っているものは、イ、ウである。

- ア ○ 民法7条, 15条1項参照。チェックポイント18, 21参照。
 イ × 民法9条ただし書参照。チェックポイント19参照。
 ウ × 被保佐人が保佐人の同意を得てすべき法律行為は、法定されている
 (民§13-I本文)。これに保佐人の同意を要する行為を追加することはでき
 るが(民§13-II), その一部について保佐人の同意を得ることを要しない旨
 を定めることはできない。
 エ ○ チェックポイント24参照。
 オ ○ チェックポイント26, 32参照。

2. Aの父Bが旅行中に船舶事故に巻き込まれたまま生死不明になった場合のAのとりうる措置に関する次の記述のうち、正しいものは、どれか(7-2改)。

ア Bが事故に遭遇してから1年が経過すれば、Aは、家庭裁判所に対し、Bについての失踪宣告を請求することができる。

イ Bが事故に遭遇してから1年が経過していなくても、Aは、家庭裁判所に対し、Bのために不在者の財産管理人の選任を請求することができる。

ウ Bが事故に遭遇して生死不明になったことを理由として、Aの請求により失踪宣告がされた場合には、Bは、事故から1年を経過した時に死亡したものとみなされる。

エ Bが事故に遭遇する前に既にBのために財産管理人が選任されている場合には、Aは、Bにつき失踪宣告の請求をすることができない。

オ Bが事故に遭遇して生死不明になったことを理由として、Bについて失踪宣告がされた後、Bが事故後も生存していたことが証明された場合には、Aは、失踪宣告によりAが相続したBの財産を善意で取得した者がいるときを除いて、失踪宣告の取消しを請求することができる。

正しいものは、ア、イである。

ア ○ 民法30条2項参照。

イ ○ 不在者が財産管理人を置かなかったときは、利害関係人または検察官は、家庭裁判所に財産管理人の選任の請求をすることができる(民§25-I前段)。不在者の財産管理人の選任の申立てには、失踪の宣告の要件が満たされていることを要しない。

ウ × 危難が去った時に死亡したものとみなされる(チェックポイント47参照)。

エ × 財産管理人が置かれている場合に、失踪の宣告の請求ができないとする規定はない。

オ × 本肢のように失踪の宣告の取消しの要件が満たされている以上、失踪の宣告について善意で行為をした者がいると否とにかかわらず、失踪の宣告の取消しの請求をすることはできる。

3. Aは、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。この事例に関する次の1から5までの記述のうち、正しいものはどれか(14-1)。

1 Bの生死が7年以上不明の場合、Aは、Bの失踪宣告を得ることができるので、婚姻を解消するためには、失踪宣告の申立てをする必要があり、裁判上の離婚手続によることはできない。

2 Bの失踪宣告がされた場合、Bが死亡したものとみなされる7年の期間満了の時より前に、Aが、Bが既に死亡したものと信じて行ったBの財産の売却処分は、有効とみなされる。

3 Bの失踪宣告がされた後、Bが家出した日に交通事故で死亡していたことが判明した場合、Bが死亡したとみなされる時期は、Bの失踪宣告が取り消されなくとも、現実の死亡時期にまでさかのぼる。

4 Bの失踪宣告がされた後、Bが生存していたことが判明した場合、Bの失踪宣告が取り消されない限り、Aは、相続により取得したBの遺産を返還する必要はない。

5 Bの失踪宣告がされた後、Aが死亡し、その後にBの失踪宣告が取り消された場合、Bは、Aの遺産を相続することはない。

正しいものは、4である。

1 × Aとしては、本肢のとおり、Bの失踪の宣告を得て、婚姻を解消することができるほか、「配偶者の生死が3年以上明らかでないとき」に該当するものとして(民§770-I③)、裁判上の離婚手続をとることもできる。

2 × 本肢は普通失踪の例であり、Bが死亡したものとみなされるのは、失踪の時から7年の期間が満了した時である(民§31)。その時点よりも前にAがしたBの財産の処分行為は、たとえBが既に死亡したものと信じて行ったとしても、無権限者のした財産の処分行為であり、無効である。

3 × 失踪の宣告によって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を主張するためには、必ず失踪の宣告を取り消さなければならない。

4 ○ Bの失踪の宣告によって、AはBの財産を相続することとなるが(民§890)、Bの失踪の宣告が取り消されると、相続の効果も否定され、取得した財産を返還する義務が生ずる(民§32-II参照)。相続した財産の返還は、失踪の宣告の取消しの効果であり、取消しがなければ、返還義務も生じない。

5 × Bの失踪の宣告が取り消されたのであれば、失踪の宣告に基づく身分上・財産上の変動はなかったものとされる。Bは、Aの死亡時においても生存していたのであり、Aの遺産を相続することができるのは当然である。

4. Aが失踪宣告を受け、Aの妻Bが生命保険金を受け取るとともに、Aの土地を相続した。Bは、受け取った生命保険金を費消し、また、相続した土地をCに売却した。その後、Aが生存することが明らかになったため、失踪宣告は取り消された。この場合の法律関係に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものはどれか(18-5改)。

ア Bが生命保険金を費消した際にAの生存について善意であったとしても、遊興費として生命保険金を費消した場合には、Bは、保険者に対し、費消した生命保険金の相当額を返還しなければならない。

イ Bが生命保険金を費消した際にAの生存について善意であり、かつ、生活費として生命保険金を費消した場合には、Bは、保険者に対し、費消した生命保険金の相当額を返還する必要はない。

ウ BがCに土地を売却した際にAの生存について悪意であったときは、Cが善意であっても、Aについての失踪宣告の取消しにより、Cは、当該土地の所有権を失う。

エ BがCに土地を売却した際、BとCがともにAの生存について悪意であった場合において、CがDに土地を転売したときは、DがAの生存について善意であったとしても、Aについての失踪宣告の取消しにより、Dは、当該土地の所有権を失う。

オ BがCに土地を売却した際、BとCがともにAの生存について善意であった場合において、CがAの生存について悪意であるDに土地を転売したときは、Aについての失踪宣告の取消しにより、Dは、当該土地の所有権を失う。

正しいものは、ウ、エである。

ア × 失踪宣告が取り消されたときは、失踪宣告によって財産を得た者は、たとえ善意であっても、現存利益の範囲で、その財産の返還義務を負う(民

§32-II)。Bは、生命保険金を遊興費として費消したので、現存利益はなく、結局何ら返還する必要はない。

イ × 生活費として費消した場合、負担すべき支出を免れたことになるので、利益は現存するため、費消した生命保険金の相当額を返還する義務がある。

ウ ○ チェックポイント50の①参照。本肢の場合、契約の一方の当事者であるBが悪意であるので、たとえCが善意であっても、契約の効力は失踪宣告の取消しによって消滅する。

エ ○ B及びCがともに悪意であるので、BC間の土地の売買契約の効力は失踪宣告の取消しにより失効することになり、結果的にDは、無権利者であるCから当該土地を買い受けたことになる。したがって、たとえDが善意であっても、失踪の宣告の取消しによって、CD間の売買契約の効力も失効することになり、Dは土地の所有権を失う。

オ × B及びCの双方が善意であるので、BC間の土地の売買契約は有効に効力を生じており、失踪宣告の取消しにかかわらず、Cの権利取得は確定的なものとなる。その後、Cが悪意のDに当該土地を売却し、失踪宣告が取り消されたとしても、CD間の契約は、失踪宣告の取消しの影響を受けることはない。

5. 不在者に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか(22-4改)。

ア 不在者Aが家庭裁判所から失踪宣告を受け、その相続人BがAから相続した不動産をCに売却して引き渡したが、その後、生存していたAの請求により当該失踪宣告が取り消された場合には、当該売買の当時Aの生存につきBが善意であってもCが悪意であったのであれば、Aは、Cに対し、当該不動産の返還を請求することができる。

イ 家庭裁判所が不在者Aの財産管理人としてDを選任した場合において、DがA所有の財産の管理費用に充てるためにAの財産の一部である不動産を売却するときは、Dは、これについて裁判所の許可を得る必要はない。

ウ 不在者Aが家庭裁判所から失踪宣告を受けた後に、AがEに100万円を貸し渡した場合は、当該金銭消費貸借契約は、当該失踪宣告が取

り消されなくても有効である。

エ 不在者Aが財産管理人Dを置いた場合において、DがA所有の財産の管理を著しく怠っているときは、家庭裁判所は、Aの生存が明らかであっても、利害関係人の請求により、管理人の任務に不適しい事由があるとしてDを改任することができる。

オ 不在者Aが家庭裁判所から失踪宣告を受け、その相続人BがAから相続した銀行預金の大部分を引き出して費消した後、生存していたAの請求により当該失踪宣告が取り消された場合には、それまでAの生存につき善意であったBは、現に利益を受けている限度において返還すれば足りる。

誤っているものは、イ、エである。

ア ○ チェックポイント50の①参照。本肢では、当事者の一方であるCが悪意なので、BC間の売買契約の効力は失効し、AはCに対して不動産の返還を請求することができる。

イ × 不在者の財産管理人が、不在者の財産について、民法103条に規定された範囲を超える行為をするときは、家庭裁判所の許可を得なければならない(チェックポイント45参照)。不在者の財産の一部である不動産を売却する行為は、民法103条に規定された範囲を超える処分行為なので、たとえその目的が不在者の財産の管理費用に充てるためであっても、家庭裁判所の許可は必要である。

ウ ○ チェックポイント48参照。失踪者が生存し、ある法律行為をしたのであれば、当該法律行為は、法律行為の一般的な有効要件を満たす限り、失踪宣告を取り消さなくても有効である。

エ × 不在者が財産管理人を置いている場合において、家庭裁判所が管理人を改任することができるのは、不在者の生死が明らかでないときに限る(民法§26参照)。

オ ○ 失踪宣告によって財産を得たB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」で返還すれば足りる(チェックポイント50の②)。

テーマ2

法律行為の意義、有効要件、無効及び取消し

Check Point

法律行為全般

1. 法律行為の意義をいえ。

(答) 意思表示を中心的な要素とし、人が一定の法律効果を発生させようとする意思に基づいてする行為のこと。

2. 法律行為にはどのようなものがあるか。

(答) 単独行為、契約(双方行為)、合同行為がある。

3. 法律行為の成立要件をいえ。

(答) ①当事者、②目的、③意思表示が存在すること。すなわち、ある当事者が、ある目的をもって意思表示をすることによって、法律行為は成立する。

4. 法律行為の一般的な有効要件をいえ。

(答) ①当事者が能力を有すること、②目的が適法で、社会的妥当性を有すること、③意思表示につき、意思と表示とが一致し、かつ、意思の成立過程に瑕疵がないこと。

5. 4の①の要件を満たさない法律行為の効果をいえ。

(答) 当事者が意思無能力者であれば、その者がした法律行為は無効で

あり、当事者が制限行為能力者であれば、その者がした法律行為は取り消すことができる法律行為となる(民§5-II, 9本文, 13-IV, 17-IV)。

6. 4の②の要件を満たさない法律行為の意義及び効果をいえ。

(答) 4の②の要件を満たさない法律行為とは、当該法律行為の目的が適法でないか、または社会妥当性を有しないということである。目的が適法でない法律行為とは、強行規定に違反する法律行為という意味であり、強行規定に違反する法律行為は無効である(民§91の反対解釈)。目的が社会的妥当性を有しない法律行為とは、当該法律行為が公序良俗に反するということであり、公序良俗に反する法律行為は無効である(民§90)。

7. 4の③の要件に関し、意思表示につき、意思と表示とが一致しない場合のことを、(①)といい、民法は、(②)の3つをその類型として規定している。

(答) ①意思の欠缺、②心裡留保(民§93)、通謀虚偽表示(民§94)、錯誤(民§95)。

8. 4の③の要件に関し、意思表示につき、意思と表示とは一致しているものの、その意思の成立過程に瑕疵がある意思表示のことを、(①)といい、これには、(②)とがある。

(答) ①瑕疵ある意思表示、②詐欺による意思表示と強迫による意思表示。

意思の欠缺①—心裡留保

9. 表意者が自ら表示行為と内心とが一致していないと知りながらした意思表示の効果はいえ。

(答)本例のように内心の意思と表示行為が不一致であり、その不一致を表意者自ら知っている意思表示のことを心裡留保という。心裡留保は、原則としてその意思表示の効果に影響を及ぼさないから、その意思表示は有効である(民§93本文)。表意者が、内心と異なる意思表示だと知っているのだから、これを保護する必要はなく、むしろ取引の安全をはかって、相手方を保護する必要があるからである。

10. 心裡留保による意思表示を受けた相手方が、表意者が真意ではないことを知っているときは、その効力はどうなるか。

(答)本例の場合のように、相手方が心裡留保であることを知っているか、または一般人の注意をもってすれば知ることができたときには、その意思表示は無効である(民§93ただし書)。この場合は、相手方を保護する必要がないからである。なお、表意者が民法93条ただし書の規定を援用して無効を主張するためには、自己の表示行為に表れた効果意思が真意と一致しないこと(または、それに対応する真意が存在しないこと)を立証し、かつ、相手方の悪意または有過失を立証しなければならない。

11. 民法93条は、単独行為、合同行為のための意思表示にも適用されるか。

(答)適用される。なお、身分上の行為(婚姻・養子縁組等)には、常に当事者の真意を必要とするから、同条本文の適用の余地がない(最判昭23.12.23参照)。また、株式の申込みには同条ただし書の適用がなく(会社§51-I, 102-III, 211-I), 会社法上の他の団体的行為についても同様に解される。

12. 民法93条ただし書の規定による無効は、善意の第三者に対抗することができるか。

(答)対抗できないと解されている。取引の安全の見地から、民法94条2項を類推適用する見解が支配的である。

意思の欠缺②—通謀虚偽表示

13. 相手方と通謀し、内心の意思を秘匿してそれと一致しない効果意思を表示して外形上の意思表示をつくりだした場合、当該意思表示の効果はどうなるか。

(答)原則として無効である(民§94-I)。本例のような意思表示を通謀虚偽表示という。相手方も不一致を知っている点で心裡留保と異なる。虚偽表示は、表意者と相手方が意思表示が虚偽であることを認識しているため、双方とも保護する必要がないからである。

14. 民法94条2項にいう善意の第三者とはどのような者を指すか。

(答)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、虚偽表示によって生じた法律関係について、別の法律原因によって新たな利害関係を有するに至った者を指す。この善意の第三者に対しては、通謀虚偽表示による無効を対抗できない(民§94-II)。表示行為の外形を信頼して法律関係に入った者を保護しなければならないからである。

15. 次に掲げる者が善意である場合には、その者は民法94条2項にいう「善意の第三者」といえるか。

- ① 不動産の仮装譲受人から、当該不動産を取得した者
- ② 1番抵当権が仮装で放棄され、順位が上昇したと誤信した2番抵当権者
- ③ 虚偽表示の目的物を差し押さえた仮装譲受人の債権者
- ④ 債権の仮装譲受人から取立てのために債権を譲り受けた者
- ⑤ 仮装による第三者のためにする契約の第三者
- ⑥ 仮装売買から生ずる買主の登記請求権を、それと直接関係のない債権に基づいて代位行使する債権者
- ⑦ 土地の仮装譲受人が、その土地上に建てた建物を賃借した賃借人
- ⑧ 仮装債権を譲り受けた者
- ⑨ 土地の賃借人(地上建物の所有者)が、地上建物を他人に仮装譲渡した場合における土地の賃貸人

- (答)① 善意の第三者といえる。
27-5-ウ、オ
 ② 善意の第三者といえない。権利関係の外形を信頼して新たな原因によって利害関係を有するに至った者ではないからである。
24-4-エ
 ③ 善意の第三者といえる(最判昭48.6.28)。
19-7-ア、エ、オ
 ④ 善意の第三者といえない(大判大9.10.18)。
 ⑤ 善意の第三者といえない。
 ⑥ 善意の第三者といえない(大判昭18.2.22)。
 ⑦ 善意の第三者といえない(最判昭57.6.8)。
 ⑧ 善意の第三者といえる(大判昭13.12.17)。
 ⑨ 善意の第三者といえない(最判昭38.11.28)。

16. A B間で不動産の売買が仮装され、Bがその事実を知るCに当該不動産を譲渡した後、CがA B間の通謀の事実を知らないDに当該不動産を譲渡した場合、Aは、Dに対して不動産の所有権を対抗することはできるか。

- (答)本例における転得者Dは、民法94条2項にいう「第三者」に含まれ、善意であれば、同項によって保護される。したがって、Aは、Dに対して不動産の所有権を対抗することはできない(最判昭45.7.24)。
27-5-イ
19-7-ウ

17. A B間で不動産の売買が仮装され、Bがその事実を知らないCに当該不動産を譲渡した後、CがA B間の通謀の事実を知るDに当該不動産を譲渡した場合、Aは、Dに対して不動産の所有権を対抗することはできるか。

- (答)対抗することはできない。判例は、善意の第三者Cが絶対的・確定的に権利を取得するので、その後の転得者はたとえ悪意であっても保護されると考える(大判昭6.10.24)。このような考え方を「絶対的構成」という。これに対して、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り、転得者が悪意であれば、保護されないとする見解(これを「相対的構成」という)もある。

18. 17の事例において、相対的構成をとった場合の問題点を指摘せよ。

- (答)① 悪意の転得者Dは保護されないことになるので、Dは善意の第三者であるCに担保責任(民§561)を問うことになるが、それでは善意者を保護しようとした民法94条2項の趣旨がそなわれる。
20-4-ア、ウ、エ、オ
 ② Dが悪意であると保護されないと解するので、Dは権利を取得しても、Aから追奪されてしまうため、そのことがわかって取引することは考えにくく、Cが目的物を処分することが著しく制限される。
 ③ 原権利者Aは、善意のCの出現によっていったん権利を喪失するが、悪意のDの出現によって再び権利を回復する結果となる。

19. 17の事例において、絶対的構成をとった場合の問題点を指摘せよ。

- (答)善意のCを介在させることによって、悪意者Dが不当に保護されるという結果が生ずることになる。
20-4-イ

意思の欠缺③—錯誤

20. 民法95条にいう錯誤による意思表示とはどのようなものか。

□□□ (答) 意思表示に至る過程または意思表示自体において事実と一致しない認識または判断を表意者自身気づかずに行い、それに基づいて意思表示をすることである。意思と表示の不一致を表意者自身知らないという点で心裡留保・虚偽表示と異なる。

21. 法律行為の要素に錯誤があるときの意思表示の効果はどうか。

□□□ (答) 無効である(民§95本文)。法律行為の「要素の錯誤」について、判例は、「もしその点について錯誤がなかったならば、その意思表示をしなかったと考えられ、かつ意思表示をしなかったことが一般取引上の通念に照らして至当と認められる、そのような意思表示の内容の主要部分を指す」としている(大判大7.10.3)。

22. 錯誤による無効を主張できないのはどのような場合か。

□□□ (答) 表意者に重大な過失があったとき(民§95ただし書)。
20-5-オ

23. 錯誤無効を主張できるのは、原則として誰か。また、第三者が主張できる場合はあるか。

□□□ (答) 原則として表意者のみが主張することができる。民法95条ただし書は、「表意者は、自ら」との文言を用いているので、相手方または第三者からは無効が主張できるかのように読めるが、これは否定的に解すべきである。錯誤による無効については、表意者に重大な過失があるか否かを問わず、相手方または第三者から無効を主張することは認められない(最判昭40.6.4)。錯誤の制度目的が表意者を保護することにあり、相手方及び第三者の保護は無効の制限という面ではかればよいからである。ただし、第三者に債権保全の必要性があり、表意者も錯誤を認めているときは、当該第三者も無効を主張することができる(最判昭45.3.26)。
17-4-ウ

24. 意思表示の動機に錯誤がある場合、内心的効果意思と表示行為との間に不一致はあるか。

□□□ (答) 不一致はない。例えば、ある土地が値上がりすると思ったから、
23-5-ウ その土地を買おうと思い、その土地を買う旨の意思表示をした場合、「値上がりすると思った」ことが意思表示の動機であるが、その土地を買うという意思は持っていたのであり、内心と表示行為に不一致はない。

25. 動機の錯誤がある場合、その意思表示の効果はどうか。

□□□ (答) 24で示したとおり、動機の錯誤においては、内心的効果意思と表示行為との間に不一致はないから、動機の錯誤は、要素の錯誤とはならず、表意者は無効主張ができないと一応解されている。ただし、
23-5-エ 錯誤の多くは動機の錯誤であり、また、動機の錯誤と他の錯誤との区別は必ずしも明瞭ではないので、動機の錯誤による無効主張を認めないとすると、表意者の保護に欠けることになる。一方、すべての動機の錯誤を無効とすれば、動機を知りえなかった相手方に不測の損害を与え、取引の安全が害されることになる。そこで、表意者の保護と取引の安全の調和を考えて、動機が明示あるいは黙示に表示されて法律行為の内容となり、それが要素にあてれば無効になるとするのが判例である(最判平1.9.14)。

26. 動機の錯誤に関する25のような判例の見解(動機表示説)に対して、どのような見解があるか。

□□□ (答) 動機が表示されると否とを問わず、表意者に「要素の錯誤」があったか否かによって無効主張の成否を決すべきとする見解(一元的構成説)。この見解では、錯誤とは、端的に「真意」(錯誤がなかったならば、有していたであろう意思)と表示行為との不一致に表意者自身が気付いていないことをいうものとされる。この見解では、錯誤無効を主張できる場合が広くなりすぎるおそれがあるため、それが「要素の錯誤」に該当するか否かを検討することによって妥当な結果を導こうとする。

27. 錯誤による無効は、善意の第三者に対抗することができるか。

□□□ (答)民法95条には、民法96条3項のような善意の第三者を保護する旨の規定が存在しないので、絶対的に無効であり、善意の第三者に対しても主張することができるとするのが判例である。これに対して、詐欺により錯誤に陥った場合、詐欺を主張するか、錯誤を主張するかで第三者の保護の扱いが異なるのは不合理であるなどを理由として、錯誤主張前の第三者は、民法96条3項の類推適用によって保護すべきであると解する見解もある。

26-4
23-5-オ

瑕疵ある意思表示

28. 詐欺または強迫による意思表示は、()。

□□□ (答)取り消すことができる(民§96-I)。

29. 法律の要素に錯誤を生じた原因が、相手方の詐欺によるものであるときは、表意者は無効、取消しのいずれを主張すべきか。

□□□ (答)表意者が任意に、錯誤による無効でも詐欺による取消しでも選択して主張できると解されている。

23-5-ア、イ

30. AとBとがCが製造した商品の売買契約を締結するにあたり、BがCから虚偽の説明を受け、Bがそれを真実だと誤信してAに同様の説明をし、AはBの説明によって錯誤に陥り、Cの製造した商品を購入した場合、Aは、詐欺を理由としてBとの売買契約を取り消すことはできるか。

□□□ (答)表意者が錯誤に陥って意思表示をしたとしても、相手方に表意者を欺罔する故意(相手方を欺罔して錯誤に陥らせ、かつ、その錯誤によって意思を決定させ、表示させようとする意思)がなければ、詐欺による意思表示があったとはいえず、表意者は取り消すことはできない。本例の場合、BにはAを欺罔する故意がないので、Aは、売買契約を取り消すことはできない。ただし、錯誤による無効を主張する余地はある。

31. Aは、Bとの間の契約を締結するに際して、Cに欺罔されてBに対して契約を締結する旨の意思表示をした。この場合、Aは、常に詐欺を理由としてBとの間の契約を取り消すことができるか。

□□□ (答)本例のように、欺罔者が意思表示の当事者でない場合を「第三者による詐欺」というが、第三者による詐欺が行われた場合、意思表示の相手方(本例ではB)が詐欺のあったことを知っているときに限り、表意者(本例ではA)は、その意思表示を取り消すことができる(民§96-II)。

18-6-オ

32. 詐欺による意思表示の取消しは、()に対抗することができない。

□□□ (答)善意の第三者(民§96-III)。この場合の「善意の第三者」については、民法94条2項の善意の第三者と同じように考えてよい。

18-6-ア、エ

33. 強迫により、完全に意思の自由を失った者がした意思表示の効果は、どうなるか。

□□□ (答)当然に無効とされる。強迫とは、相手方に意思表示をさせるため、不法に害悪を通知し、相手方がこれによって畏怖し、その畏怖によって意思を決定し、表示させようとする行為である(大判昭11.11.21)。強迫行為の程度がこうじて、表意者が完全に意思の自由を失ってした意思表示は、当然に無効であって(最判昭33.7.1)、取消しをしなくても相手方に原状回復の請求ができる。なお、このような場合であっても、意思の不自由と喪失との区別は不明確なものであるから、表意者は強迫による取消しを主張しても差し支えない。

34. 詐欺を理由とする取消しと強迫を理由とする取消しの違いをいえ。

- (答)① 第三者による詐欺の場合、相手方が詐欺の事実を知っていたときに限って取消しができるのに対して、第三者による強迫の場合は、そのような制限はない(民§96-II)。
- ② 詐欺による取消しの効果は善意の第三者に対抗することはできないが、強迫による取消しは善意の第三者にも対抗することができる(民§96-III)。

意思表示の到達と受領

35. 隔地者に対する意思表示は原則としていつその効力を生ずるか。また、その例外をあげよ。

- (答)相手方に到達した時(民§97-I, 到達主義)。例外(発信主義)は、契約の承諾の意思表示(民§526)、制限行為能力者の相手方がした催告に対する確答(民§20)、株主総会の招集通知(会社§299)。

36. 表意者が意思表示発信後死亡し、または行為能力を喪失したときは、その意思表示はどのように処理されるか。

- (答)死亡の場合は、意思表示の効果は相続人に承継される(民§97-II)。行為能力喪失の場合は、法定代理人の代理もしくは同意によって補完される。ただし、契約については、民法97条2項の重要な例外がある。すなわち、申込者が反対の意思を表示し、またはその相手方が申込者の死亡もしくは行為能力喪失の事実を知っていた場合は、到達してもその意思表示の効力は生じない(民§525)。

37. 制限行為能力者の意思表示の受領能力について述べよ。

- (答)未成年者と成年被後見人は受領無能力者であり、被保佐人・被補助人は完全な受領能力者である。なお、受領無能力者への意思表示は、その法定代理人が知ったときは、その時から表意者は意思表示のあったことを主張できる(民§98の2)。

無効な法律行為

38. 無効な法律行為にはどのようなものがあるか。

- (答)①意思無能力が単独でした法律行為(民法には明文の根拠はない)、②公序良俗に違反する法律行為(民§90)、③強行規定に違反する法律行為(民§91)、④心裡留保による法律行為で、相手方が悪意または有過失である場合(民§93ただし書)、⑤通謀虚偽表示による法律行為(民§94-I)、⑥錯誤による法律行為(民§95本文)。

39. 無効な法律行為の効果をいえ。

- (答)当事者が意図した法律効果は、初めから当然に発生しない。無効な行為を追認しても効力を生じないが、当事者が無効であることを知って追認した場合は、新たな行為をしたものとみなされる(民§119ただし書。非遡及的追認)。ただし、公序良俗に違反する法律行為、強行規定に違反する法律行為は、追認しても、その反社会性は変わらないので、民法119条ただし書の適用はない。

40. 無効を主張することができる者、無効を主張することができる相手方が限定される場合はあるか。

- (答)法律行為の無効は、原則として、誰からでも、誰に対しても主張することができる。ただし、錯誤による無効は、表意者以外の者は、原則として主張することができず、また、通謀虚偽表示による無効は、善意の第三者には主張することはできない(民§94-II)。

41. 無効を主張することができる期間に制限はあるか。

- (答)ない。いつでも無効を主張することができる。
20-5-イ 前段

取り消すことができる法律行為

42. 取り消すことができる法律行為にはどのようなものがあるか。

□□□ (答)①制限行為能力者が単独でした法律行為(民§5-II, 9, 13-IV, 17-IV)。②詐欺・強迫による意思表示(民§96-I)。なお、後見監督人の付された後見人が後見監督人の同意を得ないでした法律行為も、被後見人または後見人が取り消すことができる(民§865-I)。

43. 42の①②の法律行為の取消権者をいえ。

□□□ (答)①の法律行為の取消権者
25-5-ウ 制限行為能力者、またはその代理人、承継人もしくは同意をすることができる者(民§120-I)。
②の法律行為の取消権者
瑕疵ある意思表示をした者、またはその代理人もしくは承継人(民§120-II)。

44. AがBの詐欺によってBから物を買う契約をした後、Bが売買代金債権をCに譲渡した場合において、Aが詐欺を理由として売買契約の取消または追認をする場合、その意思表示の相手方は、BかCか。

□□□ (答)Bである。取消または追認の意思表示は、相手方に対してする必要があるが(民§123)、相手方とは、取り消すことができる法律行為の相手方のことである。Aの契約の当事者は、BでありCではない。

45. 制限行為能力者は、自分でした法律行為を単独で取り消すことができるか。

□□□ (答)意思能力のある限りできる。したがって、未成年者・成年被後見人
27-4-ア 人も意思能力があれば、自分でした取り消すことができる法律行為
23-4-イ を単独で取り消すことができる。

46. 取消しの効果をいえ。

□□□ (答)その法律行為は初めから無効であったものとみなされ(民§121本
19-6-ア 文)、履行されていない部分については、履行義務が消滅し、履行された部分については返還義務が生ずる。制限行為能力者の返還義務は現存利益に限られる(民§121ただし書)。

47. 現存利益の意義をいえ。

□□□ (答)現存利益とは、原物そのものまたはその価値変形物が現存する限
19-6-ア りにおける利益である。したがって、原物が損傷あるいは変質しても同一性が認められる状態で現存していれば、それを返還すればよい。原物を他に譲渡した場合には、残存している対価を返還すればよく(例えば、取り消すことができる法律行為によって金銭を取得した者が、その金銭で宝石を買ったのであればその宝石を返還する)、受益者の特別な手腕などによって増加した部分は返還しなくてもよい(株式投資や事業資金として用いて増殖した部分は返還不要、預金利息は自然の経過による増加であるので返還すべき)。

48. 債務の弁済、遊興費、生活費はそれぞれ現存利益といえるか。

□□□ (答)債務の弁済、生活費は現存利益。遊興費は現存利益とはいえない。

49. 行為能力の制限を理由とする取消しは、善意の第三者に対抗することはできるか。

□□□ (答)対抗することができる。強迫を理由とする取消しについても善意
19-6-ウ の第三者に対抗することができる。詐欺による取消しは、善意の第三者に対抗することができないことと比較すること(民§96-III)。

50. 取り消すことができる行為を追認したときの効果をいえ。

□□□ (答)それまでも一応有効であった法律行為が確定的に有効となり、以後取り消すことができなくなる(民§122本文)。つまり、取り消すことができる法律行為の追認は、取消権の放棄を意味する。

51. 追認権者及び追認の要件をいえ。

□□□ (答) 追認権者は取消権者と同一である(民§122本文)。追認は、制限
25-5-エ 行為能力者であった者がするときは、行為能力者となって、その行
23-4-ウ、 為を了知した後、瑕疵ある意思表示をした者は、詐欺・強迫を脱し
エ 後にしなければならない(民§124-I II)。法定代理人または制限
行為能力者の保佐人もしくは補助人にはこのような制限はない(民
§124-III)。

52. 未成年者または成年被後見人は、法定代理人の同意を得て有効に追認することができるか。

□□□ (答) 未成年者は法定代理人の同意を得て有効に追認することができる
が、成年被後見人は、法定代理人(成年被後見人)の同意を得て有効に
追認することはできない。したがって、成年被後見人が行為能力を
回復しない間は、常に法定代理人による追認しかありえない。また、
被保佐人または被補助人は、保佐人または補助人の同意を得て有効
に追認できる。

53. 被保佐人または被補助人が単独でした法律行為について、保佐人または補助人がその行為を取り消しまたは追認することはできるか。

□□□ (答) 取消権のあることは、民法120条1項が「同意をすることができる
者」に取消権を認めていることから明らかであり、また、追認権
のあることは、同法124条3項から明らかである。

54. 法定追認事由をあげ、それぞれ取消権者がする場合に限られるか否かについて述べよ。

□□□ (答) ① 全部または一部の履行
25-5-オ 取消権者が債務者として履行する場合だけでなく、債権者と
23-4-ウ して受領する場合も含む。
② 履行の請求
取消権者がする場合に限る。
③ 更改

取消権者が債権者であると債務者であることを問わない。

- ④ 担保の供与
取消権者が債権者として担保の供与を受けたときも含む。
- ⑤ 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または一部の譲渡
取消権者がした場合に限る。
- ⑥ 強制執行
取消権者が債権者として強制執行をした場合に限られる。債務者として強制執行を受けた場合は、法定追認事由に該当しないとするのが判例である(大判昭4.11.22)。

55. 取消権の行使期間をいえ。

□□□ (答) 追認をすることができる時から5年、行為の時から20年(民§
19-6-イ 126)。

56. Bに騙されてBに動産を売却したAは、売却直後に詐欺に気づき売買契約を取り消した。Aは、Bに対して売却した動産の返還をいつまでに請求すべきか。

□□□ (答) ①取消しによる返還請求権をも含めて追認することができる時から5年以内(または行為の時から20年以内)に行使すべきとする見解と、②民法126条の期間内に取消権が行使されれば、それに基づく返還請求権は保全され、返還請求権はその取消しの時から消滅時効の期間(10年)が進行すると解する見解がある。
民法126条は、法律関係の早期確定を図る趣旨であるから、①のように解すべきとする見解が有力であるが、判例は②の見解に立つと解される。

参考過去問

1. 民法第94条第2項の規定によって保護される善意の第三者からの転得者の地位について、次の二つの考え方があり、後記アからオまでの記述は、その一方の考え方から他方の考え方に対する批判である。各記述における「この説」が第1説を指すものはどれか(12-4改)。

第1説 善意の第三者が絶対的・確定的に権利を取得するので、転得者は、通謀虚偽表示について悪意であっても、有効に権利を取得する。

第2説 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り、転得者は、通謀虚偽表示について悪意であれば、権利を取得しない。

ア この説では、取引関係について綿密に調査した者が保護されず、逆に、調査を怠った者が保護される結果となる。

イ この説では、権利の譲渡性・流動性が大幅に制限される。

ウ この説では、善意の第三者は追奪担保責任を問われることになり、善意の第三者を保護した実質が失われることになる。

エ この説では、原権利者はいったん権利を喪失したにもかかわらず、その後、その権利が復活することになる。

オ この説では、他人を「隠れみの」として利用することを回避することができない。

第1説を示すものは、オのみである。

AとBを通謀虚偽表示の当事者、Bから権利を取得した善意の第三者をC、Cからの転得者をDとして検討する。本問はDの地位に関する問題である(チェックポイント17～19参照)。なお、第1説が絶対的構成、第2説が相対的構成である。

ア 第2説を指している。Dが取引関係について綿密に調査すれば、AB間

の通謀の事実を知ることになり、第2説によると、保護されないことになる。一方、調査を怠り、AB間の通謀の事実を知らなければ、第2説によると、保護されることになる。

イ 第2説を指している。Cは権利取得後にAB間の通謀の事実を知ることが珍しくないであろう。それでも、Cは取引当時善意であるから保護されるが、その権利をDに譲渡しようとする場合、第2説によると、Dが悪意であるときは、保護されないことになるため、そのようなDはCから権利を譲り受けようとは考えないであろう。すなわち、Cとしては、AB間の通謀の事実を秘した上で、善意の取引相手を探さない限り、権利を譲渡することができないことになる。そのことは、権利の譲渡性・流動性を大幅に制限することになる。

ウ 第2説を指している。Dが悪意である場合、第2説ではDは保護されないため、DはAからの権利の返還に依ぜざるを得ない。その場合、DはCに対して、CD間の契約の解除の意思表示をし(民§561前段)、原状回復を求めることができる(民§545-I)。そのようにすると、Cは保護されないのと同様の結果となり、民法94条2項によってCを保護した実質が失われることになる。

エ 第2説を指している。第2説によると、原権利者であるAは、善意のCが権利を取得した時点では、権利を喪失し、悪意のDに権利が移転した時点で権利を回復するということになる。

オ 第1説を指している。悪意のD自身がBから権利を取得すると、保護されないこととなるが、第1説によると、いったん善意のCを取引に加えることによって、Cに絶対的・確定的に権利を取得させることができ、その後DはCから権利を取得すれば、保護されることになる。このように第1説によると、Dが善意のCを「隠れみの」として取引に介在させて、確定的に権利を取得することを回避することができなくなる。

2. 虚偽表示によって権利者として仮装された者から直接に権利を譲り受けた第三者が善意であった場合において、その「善意の第三者」からの転得者等も民法第94条第2項によって保護されるか否かという問題については、「転得者等が善意の場合にのみ保護する」という見解がある。

次のアからオまでの記述のうち、この見解に対する批判として不適切なものはどれか(20-4改)。

- ア この見解によれば、転得者が前主である善意の第三者に対して担保責任を追及することができることとなって、善意の第三者に不利益が生じる可能性がある。
- イ この見解によれば、悪意の転得者も、いったん善意の第三者に権利を取得させた上で、この善意の第三者から権利を譲り受ければ、当該権利を取得することができることになる。
- ウ この見解によれば、善意の第三者が、悪意の第三者のために虚偽表示の対象となった財産に抵当権を設定した場合に、法律関係が複雑になるおそれがある。
- エ この見解によれば、善意の第三者が虚偽表示の対象となった財産を処分したり、当該財産に担保権を設定したりすることが、事実上大幅に制約されることになる。
- オ この見解によれば、保護の対象から第三者を例外的に除外することを検討しなければならなくなるが、その識別基準にあいまいなところがある。

不適切なものは、イ、オである。

1. と同様に、AとBを通謀虚偽表示の当事者、Bから権利を取得した善意の第三者をC、Cからの転得者をDとして検討する。本問は、Dが善意の場合にのみ保護されるとする見解(相対的構成)に対する批判として不適切なものを選ぶ問題である。

ア 適切である。 1. のウの解説参照。

イ 不適切である。 本枝のような結果となるのは、絶対的構成による場合である。すなわち、絶対的構成は、善意の第三者を介在させることによって、悪意の者が保護されることを認める結果となる。このことから、本枝の記述は、絶対的構成への批判であり、相対的構成への批判としては不適切である。

ウ 適切である。 本枝は、善意のCが不動産を取得した後、自己または第三者がDに対して負う債務を担保するために、悪意のDのために抵当権を設定した場合を問題とする。相対的構成によると、この場合、原所有者であるAは、Dの抵当権の無効を主張することができるが、その抵当権はAとの関係

では所有権を確定的に取得したCが設定したものであり、特に物上保証の場合は、債務者である第三者との関係で複雑な問題が生ずる。したがって、本枝の記述は、相対的構成への批判として適切である。

エ 適切である。 1. のイの解説参照。

オ 不適切である。 本枝における「第三者」が、Cを指しているのか、Dを指しているのか不明であるが、善意のCを例外的に保護の対象から除外することを検討する必要は、絶対的構成、相対的構成のいずれの説に立ってもないので(相対的構成による場合、結果的に善意のCが保護されない場合はあるが、それは結果であり、Cを例外的に保護の対象から除外するものではない)、本枝における「第三者」は、Dを指しているものと解される。転得者であるDが保護されるか否かは、相対的構成による場合、「善意の場合にのみ保護する」という立場なので、Dが善意である限り保護の対象となり、その保護の対象である善意のDを例外的に除外することを検討する必要はない。したがって、本枝の記述は、相対的構成に対する批判として適切ではない。

3. Aは、Bと協議の上、譲渡の意思がないにもかかわらず、その所有する甲土地をBに売り渡す旨の仮装の売買契約を締結した。この場合における次のアからオまでの記述のうち、判例の考え方に従うと、Aによる売買契約の無効の主張が認められるものはどれか(11-3改)。

ア Bに対して金銭債権を有する債権者Cが、A・B間の協議の内容を知らずに、その債権を保全するため、Bに代位して、Bへの所有権移転登記をAに請求した。そこで、Aは、Cに対し、A・B間の売買契約の無効を主張した。

イ Bは、甲土地上に乙建物を建築し、A・B間の協議の内容を知らないDに乙建物を賃貸した。そこで、Aは、Dに対し、A・B間の売買契約の無効を主張した。

ウ Bに対して金銭債権を有する債権者Eが、A・B間の協議の内容を知らずに、その債権に基づき、甲土地を差し押さえた。そこで、Aは、Eに対し、A・B間の売買契約の無効を主張した。

エ Bは、A・B間の協議の内容を知っているFに甲土地を転売し、さらに、Fは、その協議の内容を知らないGに甲土地を転売した。そこ