

宅建士
2023

宅地建物取引士講座

民法等

基本テキスト

TAC

宅建士

宅地建物取引士講座

2023

民法等

基本テキスト

053-1901-1007-16

TAC

民法等 Contents

目次 & 進度表

	基本講義	実力完成講義	チャレンジ講義
第1章／入門 1			
第1節 基本用語の意味 2			
第2節 契約 7	①		①
第2章／契約の有効要件 13			
第1節 意思表示 14			
第2節 行為能力 22			
第3章／売買契約 33	②		②
第1節 債務不履行 34			
第2節 契約の解除 39			
第3節 手付 42			
第4節 売買の契約内容不適合 (売主の担保責任) 等... 43			
第5節 危険負担等 48	③		
第4章／代理 57			
第1節 代理 58			
第2節 無権代理 65			③
第5章／時効制度 73	④		
第1節 時効 74			

	基本講義	実力完成講義	チャレンジ講義
第6章／債権の譲渡・消滅…………… 83			
第1節 債権譲渡…………… 84		P.91 まで	
第2節 債権の消滅…………… 88			
第3節 債権者の保護…………… 96			④
<hr/>			
第7章／連帯債務と保証債務…………… 101			
第1節 連帯債務…………… 102		⑤	
第2節 保証債務…………… 106			
<hr/>			
第8章／さまざまな契約・不法行為等…………… 115			
第1節 委任…………… 116			
第2節 請負…………… 120			⑤
第3節 贈与等…………… 123			
第4節 不法行為等…………… 124		⑥	
<hr/>			
第9章／物権…………… 133			
第1節 物権の特徴…………… 134			
第2節 物権変動の対抗要件…………… 136			
第3節 所有権と共有…………… 143			⑥
第4節 用益物権…………… 149		⑦	
第5節 占有権…………… 152			
<hr/>			
第10章／担保物権…………… 159			
第1節 担保物権の性質…………… 160			
第2節 抵当権…………… 163		⑧	⑦
第3節 質権…………… 176			
第4節 法定担保物権…………… 178			

	基本講義	実力完成講義	チャレンジ講義
第 11 章／相続…………… 185			
第 1 節 相続…………… 186	⑦		
第 12 章／不動産の公示制度（不動産登記法）…………… 199			
第 1 節 登記の仕組みと公開…………… 200			⑧
第 2 節 登記の手続き…………… 204	⑨		
第 3 節 さまざまな登記Ⅰ…………… 209			
第 4 節 さまざまな登記Ⅱ…………… 212			
第 13 章／賃貸借契約等・借地借家法…………… 223			
第 1 節 賃貸借契約等（民法）…………… 224	⑩		⑨
第 2 節 借地権…………… 234			
第 3 節 借家権…………… 242			
第 4 節 地代及び家賃…………… 248			
第 14 章／建物区分所有法…………… 259			
第 1 節 区分所有建物…………… 260	⑪		⑩
第 2 節 区分建物の登記（不動産登記法）…………… 263			
第 3 節 集会の決議…………… 266			

(注) ・基本講義・実力完成講義の④は、第 6 章第 2 節②の弁済までとします。
 ・基本講義・実力完成講義の⑦は、第 9 章第 3 節～第 5 節及び第 11 章となります。

検索用目次 (索引としてお使い下さい)

第1章／入門	1
第1節 基本用語の意味	2
第2節 契約	7
1 契約とは	7
2 契約の種類と分類	8
3 契約の有効・無効・取消し	9
POINT	11
<hr/>	
第2章／契約の有効要件	13
第1節 意思表示	14
1 契約の有効性と意思表示の欠陥	14
2 心裡留保	15
3 通謀虚偽表示	16
4 錯誤	17
5 強迫	18
6 詐欺	19
7 追認	20
8 法律関係安定のための制度	21
第2節 行為能力	22
1 能力とは	22
2 制限行為能力者制度	23
3 未成年者	23
4 成年被後見人	24
5 被保佐人	25
6 被補助人	26
7 制限行為能力者の取消しと第三者	27
8 取引の相手方の保護のための制度	28
POINT	30
<hr/>	
第3章／売買契約	33
第1節 債務不履行	34
1 契約成立の効果	34
2 債務不履行	35
3 損害賠償の範囲と予定	37
4 金銭債務の特則	37

第2節 契約の解除	39
1 解除できる場合	39
2 解除の方法	39
3 解除の効果	40
4 解除権の消滅	41
第3節 手付	42
1 手付の性質	42
2 解約手付による解除	42
第4節 売買の契約内容不適合（売主の担保責任）等	43
1 売主の担保責任の性質	43
2 売主の担保責任の内容	43
3 担保責任に関する特約	45
4 権利の全部が他人に属する場合	46
第5節 危険負担等	48
1 危険負担	48
2 履行遅滞中等の履行不能と帰責事由	49
3 停止条件	49
4 買戻し特約	50
POINT	53

第4章／代理	57
第1節 代理	58
1 代理のしくみ	58
2 代理権の発生と範囲	59
3 代理人の行為能力	60
4 代理権の消滅	60
5 自己契約・双方代理・利益相反行為	61
6 代理行為	61
7 復代理	63
第2節 無権代理	65
1 無権代理行為	65
2 表見代理の成立	65
3 （狭義の）無権代理	66
4 表見代理と無権代理	67
POINT	69

第5章／時効制度	73
第1節 時効	74
1 時効制度	74

2 取得時効	75
3 消滅時効	76
4 時効の完成猶予と更新	77
5 時効完成の効力	78
POINT	81
<hr/>	
第6章／債権の譲渡・消滅	83
第1節 債権譲渡	84
1 債権の譲渡	84
2 債権譲渡の對抗要件	85
3 債務者の抗弁等	86
第2節 債権の消滅	88
1 債権の消滅	88
2 弁済	89
3 相殺	92
第3節 債権者の保護	96
1 債権者の保護規定	96
2 債権者代位権	96
POINT	99
<hr/>	
第7章／連帯債務と保証債務	101
第1節 連帯債務	102
1 連帯債務とは	102
2 連帯債務の効力	103
第2節 保証債務	106
1 保証人とは	106
2 保証債務の性質	107
3 連帯保証	110
4 共同保証	110
POINT	113
<hr/>	
第8章／さまざまな契約・不法行為等	115
第1節 委任	116
1 委任と準委任	116
2 受任者の義務と権利	116
3 委任契約の終了事由	118
4 委任契約の解除の効果	119
第2節 請負	120
1 請負契約とは	120

2 契約内容不適合の場合の請負人の担保責任	120
第3節 贈与等	123
1 贈与契約	123
第4節 不法行為等	124
1 一般の不法行為	124
2 特殊の不法行為	124
3 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効	126
POINT	129

第9章／物権	133
第1節 物権の特徴	134
1 物権の性質	134
第2節 物権変動の対抗要件	136
1 物権変動の対抗要件	136
2 第三者の範囲	137
3 登記が必要な物権変動	138
第3節 所有権と共有	143
1 所有権の性質	143
2 所有権と相隣関係	143
3 共有	145
第4節 用益物権	149
1 地上権	149
2 永小作権	150
3 地役権	150
第5節 占有権	152
1 占有権とは	152
2 占有訴権	152
POINT	155

第10章／担保物権	159
第1節 担保物権の性質	160
1 担保物権の種類	160
2 担保物権の性質	160
3 担保物権の対抗要件	162
第2節 抵当権	163
1 抵当権の設定	163
2 抵当権の効力	164
3 抵当権の実行	165
4 抵当目的物の処分	168

5 賃貸借の保護	169
6 根抵当権	170
第3節 質権	176
1 質権	176
第4節 法定担保物権	178
1 留置権	178
2 先取特権	179
POINT	182

第11章／相続	185
第1節 相続	186
1 相続とは	186
2 法定相続人と法定相続分	186
3 欠格と廃除	189
4 相続の承認と放棄	189
5 遺言	190
6 遺留分	191
7 相続財産の帰属	192
POINT	196

第12章／不動産の公示制度（不動産登記法）	199
第1節 登記の仕組みと公開	200
1 不動産登記法の目的	200
2 登記のしくみ	200
3 登記の公開	202
第2節 登記の手続き	204
1 登記手続の原則と例外	204
2 申請情報と添付情報等の提供	205
3 登記の受付と完了	207
第3節 さまざまな登記Ⅰ	209
1 表示に関する登記と権利に関する登記	209
2 土地の分筆・合筆の登記	209
3 建物の分割・合併の登記	211
第4節 さまざまな登記Ⅱ	212
1 登記の種類	212
2 仮登記	214
POINT	216
〔資料Ⅰ〕 登記記録・表題部（土地・建物）	219
〔資料Ⅱ〕 登記記録・権利部（建物・甲区）	220

〔資料Ⅲ〕 登記記録・権利部（建物・乙区）	221
〔資料Ⅳ〕 登記識別情報サンプル	222

第 13 章／賃貸借契約等・借地借家法	223
第 1 節 賃貸借契約等（民法）	224
1 賃貸借契約	224
2 存続期間と更新等	226
3 賃借権の譲渡・転貸	227
4 敷 金	228
5 使用賃貸借契約	230
第 2 節 借地権	234
1 借地権とは	234
2 借地権の存続期間	235
3 借地権の更新	235
4 裁判所による借地条件の変更及び増改築の許可	236
5 借地上の建物の再築	236
6 借地権の譲渡・転貸	237
7 建物買取請求権	238
8 借地権の対抗要件	239
9 定期借地権	240
10 強行規定	241
第 3 節 借家権	242
1 借家権とは	242
2 存続期間と更新等	242
3 借家権の譲渡・転貸	243
4 造作買取請求権	244
5 借家権の対抗要件	244
6 借地上の建物の賃貸借	245
7 居住用建物の賃貸借の承継	245
8 定期建物賃貸借等	246
9 強行規定	247
第 4 節 地代及び家賃	248
1 増減額請求	248
参考 借地・借家に関する法律の沿革と適用の関係	249
POINT	252

第 14 章／建物区分所有法	259
第 1 節 区分所有建物	260
1 区分所有建物	260

2 専有部分と共用部分	260
3 敷 地	261
第 2 節 区分建物の登記（不動産登記法）	263
1 区分建物の登記	263
2 区分建物の登記申請	264
第 3 節 集会の決議	266
1 区分所有者の意思決定の方法	266
2 規 約	270
3 義務違反者に対する措置	271
4 共用部分の管理等	272
5 区分所有建物の復旧・建替え	272
POINT	275
〔資料V〕 一棟の建物の表題部	278
〔資料VI〕 専有部分の表題部	279
〔資料VII〕 敷地の権利部（甲区）	280

はじめに

■ 民法とは

民法とは我が国で生活する人が、「人」と「人」との間で争いがおこった場合の処理の仕方を定めたものである。また、争いが起こらないように、あらかじめ法律でルールを定めておいたともいえる。明治31年（1898年）から施行されて今日に至っているため、現在の我々の社会生活にとって合わないものは、少しずつ何度も改正されてきている。そして、民法は122年ぶりに大改正され、令和2年（2020年）4月1日施行となった。さらに令和5年（2023年）4月1日までに施行される重要な改正もある。

それでもなお、我々の生活は、民法の成立した当時とは全く違ってきており、民法だけではカバーしきれなくなっているのが現状である。そこで、この民法を、私法の考え方の基本となる**一般法**と呼び、民法の対応しきれない部分或いは個別の原因によって民法とは別の取扱いをしなければならないものについては、**特別法**を定めて対応している。ちなみに、代表的な民法の特別法としては商法があげられる。また、宅建士の本試験に直接登場する特別法としては、借地借家法、建物の区分所有等に関する法律などがあり、いずれも民法の特別法である。

特別法と一般法の関係は、特別法に定められていることに関しては特別法が優先し、特別法で触れていないことについては一般法が適用されることになっている。

特別法は、一般法に優先する、と言われるのはこのためである。

■ 民法の構造

民法は総則・物権・債権・親族・相続の5編から成り立っている。総則編は社会生活の主人公としての人や法人が法律行為をすることにより、いろいろな権利を取得したり、消滅させたりするルールが示してある。また、権利の取得、消滅は時間の経過によっても生ずるので、時効制度を付け加えてある。

次に、権利といっても無数にあるので、民法は権利の性質によって、物権と債権に分類している。以上の総則・物権・債権を財産法といい、婚姻・相続等の家族等に関する定めである親族・相続、すなわち家族法と区別される。

■ 宅建士本試験における民法等

民法等は、宅建士の本試験に登場する科目のうちで、最もボリュームのある科目である。民法のみで1000条を超え、本試験の民法等という科目では、さらにこれに特別法等が加わることになる。これを全部マスターすることは、不可能であると言ってもよく、幸いにしてその必要も無い。というのは、とりあえず、本試験に出題される

所は、不動産取引に何らかの関連を持つ部分に限られているため、ある程度出題範囲が限定されているのである。ただし、近年になって、判例問題等が多く出題されるようになり、繰り返し出題されている分野では、かなりレベルが高くなってきていることに注意しなければならない。

■ 本書の特徴

このテキストは目次をみるとわかるように、民法の条文の順序にはなっていない。契約（とくに売買契約）を中心に章を進め、次に物権を説明している。こちらの方が初学者にとっては理解しやすいのではないかという配慮をしたつもりである。

■ 民法は何故必要か

民法が人と人との関係を規定した法律ならば、我々は民法を知らなくては困るはずである。しかし、大部分の人は民法を知らないし、知らなくても少しも困っていない。何故だろうか。その理由は「国民同士が決めたことに、国家は口出しをしない」からである。これを私的自治の原則という。お互いに納得して決めたことなら、当事者が守ってくれれば、それでよいのである。

そうすると、民法は特に必要ないということになってしまうが、国民同士でどのようなことを決めていいといっても、決め忘れることもあるし、すべてを決めていない場合もある。また大人と子供で決めると子供にとって不利になることも多い。その他にも殺人契約のように、常識で考えてもあってはならないこともある。このように、民法には、国民同士で決め忘れた場合や、弱者を保護するため、また公序良俗に反する行為を許さない等のために、規定がおかれているのである。

■本書の利用の仕方■

- ① 本テキストは宅建士本試験の出題範囲の7項目のうち、「土地および建物についての権利および権利の変動に関する法令に関すること」を扱っています。

	試験の項目	T A C呼称
1	土地および建物についての権利および権利の変動に関する法令に関すること	民法等
2	土地および建物についての法令上の制限に関すること	法令上の制限
3	宅地および建物についての税に関する法令に関すること	その他 関連知識
4	宅地および建物の価格の評定に関すること	
5	宅地建物取引業法および同法の関係法令に関すること	宅建業法
6	宅地および建物の需給に関する法令および実務に関すること	その他 関連知識
7	土地の形質、地目および種別ならびに建物の形質、構造および種別に関すること	

- ② 民法等を14の章に分けて、各章ごとに「学習項目と出題傾向」→「解説」→「ポイント整理」の構成になっていますので、単に暗記をするのではなく、問題提起→理解→記憶へと体系的に学習することができます。

本節での学習項目と本試験での出題傾向

これから学習する内容が「本節での学習項目」として明示されています。また、過去10年間の出題傾向をつかんでもらうために、「本試験での出題傾向」も掲載しています。今年の本試験での重要度を判断し、出題予測にお役立てください。

ここで何を学ぶのか、何に重点をおいて学習したらよいのか、確認しながら取り組みましょう。

本文（理解）

- ① 各節の「見出し」に★★★→★★→★の重要度が示してあるので、学習する場合の目安にして下さい。最低限、★★★ランクはマスターすることです。★★ランクは合格するために理解しておきたいところです。

★★★ランク～ほぼ毎年出題される

★★ランク～2年から4年に一度出題される

★ランク～5年から10年に一度出題される

- ② 重要事項についてはゴシック体（太字）で記してあります。

POINT

章の**重要項目**や**ポイント**を公式化して箇条書きにまとめてあります。ここで取り上げた項目はすべて重要なものですから、章の内容を正しく理解し、記憶できているかどうか、ここでもう一度章の**学習内容**を振り返って**復習**をして下さい。

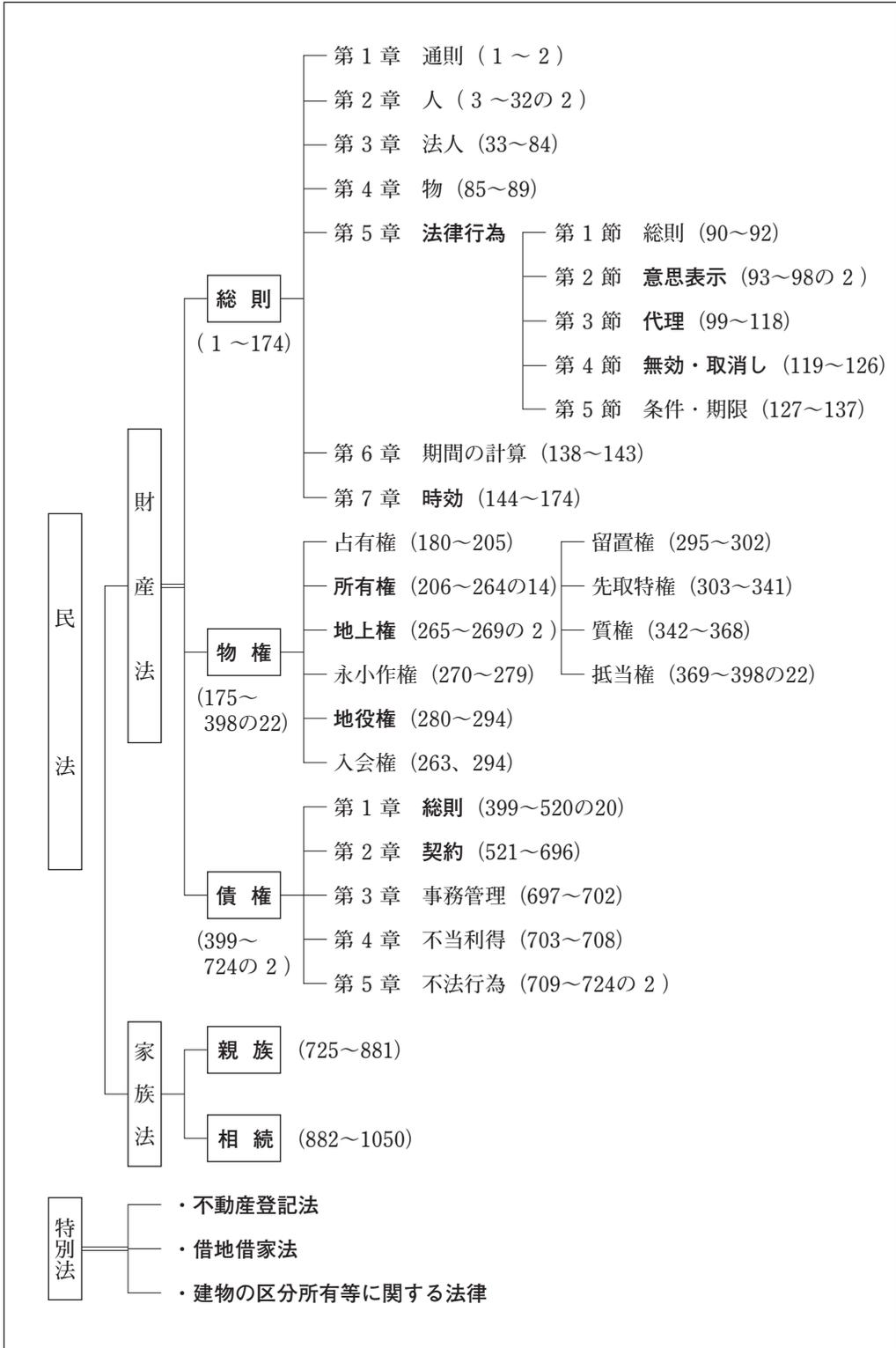
なお、本文の⇒の次の番号は、POINT 番号に対応しています。

Advanced Study

今まで出題されたことのある内容や、それに関連した内容で、**多少レベルの高い内容**や、判例等を解説しています。各項目毎に、**★★★**、**★★**、**★**のランクがついています。**★★★**ランクは、レベルの高い内容ではありますが、出題傾向から言って押さえておいていただきたいものです。**★★**ランクは過去において出題頻度は少ないものの出題可能性のある論点、**★**ランクはこれに対して出題が稀であると考えてもよいでしょう。短期決戦（速修等）の方は、時間の都合によって**★**ランクは省略してもかまいません。

民法等の体系

※数字は条文



第1章 入門

さあ、これから講義開始！

重要ポイントにカラフルなマーカーを引くなど、
この基本テキストを
皆さんオリジナルの学習アイテムにしていきましょう！

さて、いよいよ民法の学習がスタートします。民法は「人」と「人」
との関係を規定した法律ですが、中には普段聞き慣れない言葉が多
く出てきます。ここでは、民法に登場してくるいろいろな用語を掲
載していますので、辞書がわりに使ってください。

また、私達の社会ではさまざまな約束や取り決めが行われていま
す。これを「契約」といいますが、契約はどのように成立し、どん
な契約があって、その契約はどんな性質をもっているのでしょうか。

この章では、これから民法という法律を学んでいくにあたって、
基本的な知識を学習します。

第1節

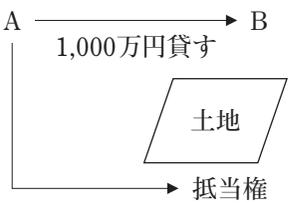
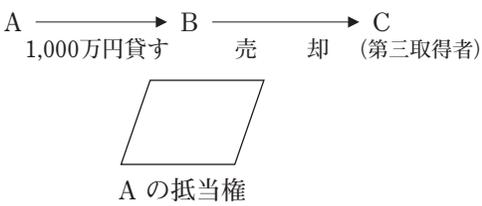
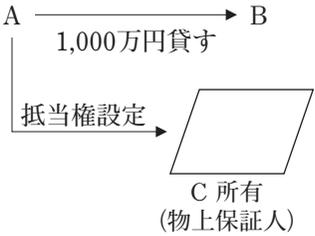
基本用語の意味

これから民法という法律を学んでいくが、民法の条文の中には我々の普段の生活では使われないような法律用語がたくさん登場してくる。ここではこういった用語の意味を一覧表にまとめたので、意味を確認しながら学習を進めていこう。

用 語	意 味
(1) 善 意	ある事実や事情を知らないこと。 例) 物にキズがあることを知らないで買った買主を「善意の買主」という。
(2) 悪 意	ある事実や事情を知っていること。
(3) 過 失	不注意、落ち度のこと。 過失には、軽過失と、重大な不注意である重過失（不注意の程度が著しい場合）とがある。
(4) 善意無過失	知らなかったことについて不注意・落ち度がないこと。
(5) 善意有過失	知らなかったことについて不注意・落ち度があること。 例) 物の表面にキズがあり、注意すれば気付くことはできたが、気付かず知らないで買ったような場合。
(6) 無 効	はじめから法律行為の効力が生じないこと。
(7) 取 消 し	取り消すまでは有効、取り消されてはじめて無効になる。
(8) 履 行	実際に行うこと、実行すること。
(9) 債 権	特定の人が特定の人に対し、一定の行為を請求する権利。
(10) 債 務	履行しなければならない義務。
(11) 債 権 者	契約した内容の履行を請求する権利をもつ者。
(12) 債 務 者	契約した内容を履行する義務を負う者。 例) 債務者——（物の引渡し）——→債権者 売主A —— 売買契約 —— 買主B 債権者←——（代金の支払い）——債務者 売買契約において、物の引渡しについては売主が債務者、代金の支払いについては買主が債務者となる。
(13) 当 事 者	契約をした場合であれば、契約をした双方の者。
(14) 第 三 者	当事者以外の者。ただし、当事者の包括承継人（相続人等）は該当しない。
(15) 対 抗	自分の権利であること、自分のものであることを主張すること。
(16) 対 抗 要 件	自分の権利・ものであることを主張する場合の根拠となるもの。
(17) 瑕 疵	種類又は品質に関して契約の内容に適合していないこと。欠陥。

(18) 遡 及 効	ある時点までさかのぼって効力を及ぼさせること。
(19) 条 件	到来することが不確実なもの。 例) 子供が生まれたら～、転勤が決まったら～
①停止条件	条件が成就することによって法律行為の効力が発生するもの。 例) 転勤が決まったら家を売る→停止条件付き売買契約
②解除条件	条件が成就することによって法律行為の効力が消滅するもの。 例) 子供が生まれたら借りていた家を明け渡す→解除条件付き賃貸借契約
(20) 期 限	到来することが確実なもの。
①確定期限	到来する時期が定まっているもの。 例) 10月15日に代金を支払う、1年後に借金を返す
②不確定期限	到来することは確実だが時期は未定のもの。 例) 祖父が死んだら代金を支払う
(21) 期限の利益	例えば、AがBへお金を貸し返済の日を10月20日と定めた場合、BはAに10月20日までお金を返さなくてよい。これを「期限の利益」という。期限の利益は放棄することができるが、相手方に不利益を与えることはできない。 また、債務者が破産手続開始の決定を受けたとき等は、期限の利益を主張できなくなる。
(22) 推定する	当事者間に取り決めのない場合や反対の証拠がない場合に、ある事柄について法が一応の判断を下すこと（もし、反対の証拠の提出があればその判断を覆すことができる）。
(23) み な す	法がそのように決めてしまうこと（たとえ反対の証拠の提出があったとしてもその判断を覆すことができない）。
(24) 追 認	行為のされた後でその行為を認めること。
(25) 催 告	催促すること。
(26) 不 動 産	土地及びその定着物（建物等）。
(27) 動 産	不動産以外の物。
(28) 特 定 物	土地や建物、中古車など、特定の取引において、当事者が物の個性に着眼して取引した物。
(29) 不 特 定 物	本、新車など、特定の取引において、当事者が物の個性にこだわらないで取引した物。
(30) 天 然 果 実	物の用法に従って取収される、生み出された物をいう。 例) 農産物、鉱物、ニワトリの卵
(31) 法 定 果 実	物の使用の対価として受けるべき金銭等をいう。 例) アパートの家賃、地代等。

第1章 入門

(32) 表意者	意思表示をした者。
(33) 援用	主張すること、その権利を使うこと。
(34) 保存行為	財産の現状を維持する行為。
(35) 利用行為	収益をもたらす行為。
(36) 改良行為	価値を高める行為。
(37) 管理行為	一般的には、保存行為、性質を変えない範囲内での利用・改良行為を総称している。保存行為を除いて、利用・改良行為を指すこともある。
(38) 故意	わざと。
(39) 善管注意義務	社会の一般人として取引上要求される程度の注意義務。これより程度の低い注意義務に「自己の財産に対するのと同じの注意義務」という注意義務もある。
(40) 差押え	裁判上の法的手続きで、債務者の財産を勝手に処分できないようにしてしまうこと。これにより借金を支払わざるを得なくなる。
(41) 抵当権	 <p>AがBに1,000万円貸し、その担保としてB所有の土地について抵当権の設定を受けた。もしBがAに1,000万円返済できなければ抵当権が実行され、それによってAが弁済を受けられるというシステムである。</p>
(42) 第三取得者	 <p>抵当権付きの土地・建物を取得した者等をいう。</p>
(43) 物上保証人	 <p>借金をしたのはBであるが、Cがその債務について所有地に抵当権を設定した場合、このようなCのことを物上保証人という。</p>

(44) 競 売	売主が多数の者に対して買受けの申出を行わせて、最高価格の申出をした者に承諾を与える売買の方法。競り売り・入札等。競売手続きを国家（裁判所）が管理するのが一般的である。
(45) 破 産	債務者がその債務を完済することができない場合に、債務者の総財産をすべての債権者に公平に弁済することを目的とする裁判上の手続き。その手続きは破産法という法律によって規定され、裁判所によって破産手続開始の決定がなされると「破産者」となる。
(46) 供 託	債権者が弁済を受領することができないような場合、供託所（法務局等）に現金等を預けること。これでお金等を支払ったことになる。
(47) 被担保債権	例えばAがBから1,000万円の金を借りA所有の土地に抵当権を設定したとする。この抵当権は何を担保しているのかというとBのAに対する債権である。このように抵当権や質権等によって担保されている債権のことを被担保債権という。
(48) 登 記	不動産の所在や権利関係（所有者は誰か、誰かが使用する権限を有しているか、担保は付いているか等）などを登記所（法務局等）にある登記簿という帳簿に記録し、取引の安全を図るためのもの。
(49) 相 続	人が死亡した場合において、その者の生前の意思や法律の規定によって、その者が有していた財産上の権利や義務を特定の者に包括的に承継させる制度。
(50) 被相続人	死んだ人、相続財産を承継される者。
(51) 直系尊属	父母、祖父母、曾祖父母といった、自分より目上の直系の親族。
(52) 直系卑属	子、孫、ひ孫、といった自分より目下の直系の親族。
(53) 嫡出子	法律上の婚姻関係にある男女を父母として生まれた子。
(54) 非嫡出子	嫡出子以外の子。父子関係は認知が必要。
(55) 国 庫	国の財産を保管する機関。
(56) 代襲相続	相続を受けるべき者が死亡等によりいない場合、その者の子が、親の受けるべき相続分を受けること。
(57) 包括承継人	相続、合併等によりその者の権利義務を一切承継する者。
(58) 特定承継人	売買等によりその者の権利義務の一部を承継する者。
(59) 転 貸	又貸しをすること。例えばAから家賃8万円でアパートを借りているBがこの部屋をCに10万円で貸したような場合。
(60) 任意規定	法律上一応の定めはあるが、当事者の取り決めで異なる定めをした場合はその取り決めに従うことができる規定。

第1章 入門

(61) 強行規定	法律上の定めに従わなければならない規定。当事者が特約でそれに反する取り決めをした場合は、その特約は無効となる。
(62) 区分所有建物	1つの建物の中に複数の独立した所有権が存在する建物。分譲マンションが代表例。この独立した所有権を「区分所有権」、区分所有権を有する者を「区分所有者」という。
(63) 敷地利用権	マンション（専有部分）を所有するために、その敷地を利用するための権利。所有権と借地権がある。
(64) 管理者	管理組合の理事長等。管理人のことではない。

第2節

契約★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①*	2年②*	3年①*	3年②*	4年
1 契約とは			○			○						
2 契約の種類と分類												
3 契約の有効・無効・取消し					○	○						

※ 「2年①」は令和2年10月実施分、「2年②」は令和2年12月実施分
「3年①」は令和3年10月実施分、「3年②」は令和3年12月実施分（以下同様）

1 契約とは

契約とは、簡単に言うと「約束」である。売買契約を例に取ってみよう。

Aは、自己所有の土地を1,000万円でBに売る売買契約を締結した。

⇒1 これは、Aを売主、Bを買主とする売買契約である。売買契約は、「売りましょう」という「申込み」と「買いましょう」という「承諾」（逆に、「売って下さい」という「申込み」と「売りましょう」という「承諾」）の2つが一致すること（合意）によって成立する。つまり、契約は、原則として、「申込み」と「承諾」という当事者の意思表示の合致によって成立する（これを諾成契約という。522条1項）。契約書の作成は、契約の成立とは関係がない（522条2項）。

AとBがこの契約を締結することによって、Aは、Bに自分の土地を引き渡さなければならない、他方、Bは、Aに代金を支払わなければならないのである。このようにして、契約というものが成立すると、契約をした当事者間にいろいろな権利や義務が発生することになる。

⇒2 なお、契約の成立のためには、契約書の作成は不要であるが、後のトラブルを防止するために契約書を作成する場合が多い。契約書には印紙を貼り付ける等、費用がかかる場合があり、こういった費用は、当事者間で取り決めがない場合、双方が等しい割合で負担する（558条）。契約によって、双方ともに利益を受けるのが通常だからである。

2 契約の種類と分類

1. 契約の種類

契約の種類	内 容	分類・補足
売 買 契 約	財産権を相手方に移転することを約束し、相手方がそれに代金を支払う契約。	諾成、双務、有償契約
交 換 契 約	財産権を相互に交換する契約。	諾成、双務、有償契約
贈 与 契 約	財産権を無償で与える契約。	諾成、片務、無償契約
賃 貸 借 契 約	物を使用収益させることを約束し、相手方がそれに賃料を支払う契約。	諾成、双務、有償契約
使用貸借契約	ある物を引き渡すことを約束し、相手方が受け取った物を無償で使用収益して契約終了後に返すことを約束する契約。	諾成、片務、無償契約
消費貸借契約 (書面とする消費貸借契約を除く)	種類、品質及び数量の同じ物を返すことを約束して、相手方より金銭その他の物を受け取る契約。 借主は、借りたものをいったん使ってしまう、それと種類・品質・数量の同じ物を返す。	要物、片務、原則無償。 特約で有償
委 任 契 約	法律行為をすることを相手方に委託し、相手方が承諾する契約。	諾成、片務、原則無償。 特約があれば有償で後払い →この場合は双務
寄 託 契 約	ある物を保管することを相手方に委託し、相手方が承諾する契約。	諾成、片務、原則無償。 特約で有償→この場合は双務
請 負 契 約	仕事を完成することを約束して、相手方がその仕事の結果に対して報酬を与える契約。	諾成、双務、有償契約

2. 契約の分類

(1)

	諾成契約	要物契約
⇒1 内容	当事者の合意だけで成立する契約	合意の他に物の引渡し等の行為がないと成立しない契約
例	売買契約・賃貸借契約・委任契約等 (ほとんどの契約は諾成契約)	質権設定契約等

(2)

	双務契約	片務契約
内容	契約の当事者双方がそれぞれ対価的な義務を負う契約	契約の当事者の一方だけが義務を負う契約等
例	売買契約・賃貸借契約・請負契約等	贈与契約・使用貸借契約等

(3)

	有償契約	無償契約
内容	契約の内容に対価の支払いなどのあるもの	契約の内容に対価の支払いなどのないもの等
例	売買契約・賃貸借契約・請負契約等	贈与契約・使用貸借契約等

3 契約の有効・無効・取消し

1. 有効・無効・取消し

契約が“有効”、つまり、法律上の効力が認められた場合は、法律が、その契約の内容の実現に力を貸してくれたり、債務の履行を受けることを保護してくれる。

有効という言葉がある以上、無効という言葉もある。法律上、無効とは、その法律上の行為（たとえば、契約）から、何ら当事者の望んだ効果が生じないことを意味する。つまり、法律が、その契約の内容の実現には力を貸してくれないのである。

その結果、無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、原則として、相手方を原状に復させる義務を負う（121条の2。ただし、後で学習する意思無能力者や制限行為能力者等は、現に利益を受けている限度で返還すればよい）。

これに対し取消しとは、法律上、行為者等に法律上の行為の効力を否定することを認めるものである。取り消すまでは一応有効とされ、取り消してはじめて、最初にさかのぼって無効とされる（121条）。主張できる者は限られており、放置しておくことで確定的に有効になる。追認によって、確定的に有効とすることもできる。

第1章 入門

2. 契約の有効要件

法律の理念に反する場合や一方にとって不当な結果になるような場合、法律が、その契約の実現に力を貸すことには問題がある。そこで、法律上無効である、又は取り消しうるとされるのである。取り消しうる場合は、おおまかにいえば、一方にとって不当な結果になるような場合であり、その不利を甘んじて受けようとするのだったら、それはそれでよいというものである。無効は、法律の理念からみて、当事者の意思がどうであろうと効力を認めるべきでないと考えられる場合である。

法律上、契約が有効とされるのは、当事者が十分な能力をもって、真意にもとづいて意思表示をした場合であって、その契約の内容の実現可能性、確定性、適法性、社会的妥当性が満たされる場合である。

3. 公序良俗違反の契約

⇒3 契約の内容が「公の秩序、善良の風俗」に反する契約（例えば賭博、妾契約など）は無効である（90条）。このような契約には、社会的な妥当性がないからである。要するに、常識に反する契約の効力は認めないということである。

また、この無効は絶対的な無効であり、善意の第三者にも対抗することができる。

※ 法律上ある事実を知らないことを「善意」という。逆に、知っていることを「悪意」という。「第三者」についても、第1章第1節「基本用語の意味」参照。



第2節 契約

1. 契約は、原則として、「申込み」と「承諾」という当事者の意思表示の合致によって成立する（諾成契約）。契約書の作成は、契約の成立とは関係がない。
2. 契約費用は、当事者間で取り決めがない場合、双方が等しい割合で負担する。
3. 契約の内容が「公の秩序、善良の風俗」に反する契約は無効である。この無効は絶対的な無効であり、善意の第三者にも対抗することができる。

第2章

契約の有効要件

私たちの生活にはさまざまな契約が存在します。しかし、その法的意味を無条件に認めてよいのでしょうか。

例えば、契約を締結するにあたって、相手方にだまされたり脅されたりすることがあります。また、大人と子供が契約を締結した場合、子供は世の中を知らない分ハンディを負うことになります。

このような場合、必ずしも自分の意思で契約を結んだとはいえないとも考えられます。

本章では、こうしたときのために民法が用意した救済措置について学習します。

第1節

意思表示 ★★★

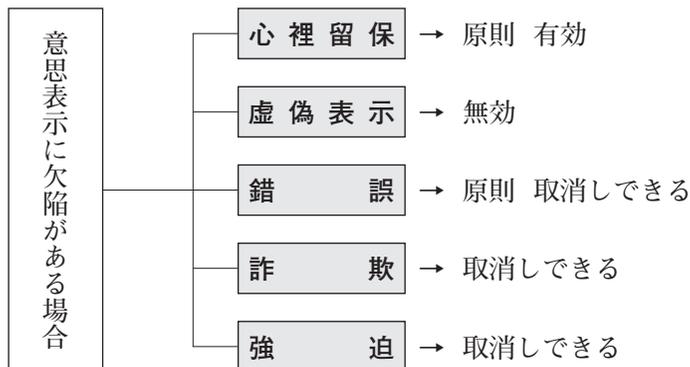
《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 契約の有効性と意思表示の欠陥												
2 心裡留保												
3 通謀虚偽表示			○			○						
4 錯誤	○			○		○	○	○	○			
5 強迫					○							
6 詐欺				○		○	○					
7 追認												
8 法律関係安定のための制度												

1 契約の有効性と意思表示の欠陥

法律上の行為（特に契約）は意思表示を中心的な要素として含む。契約は当事者間の合意であるから、意思表示は契約にとって重要な位置を占める。そこで、契約が有効とされるためには、完全な意思表示が必要である。この完全な意思表示とは、自由な意思に基づいた真意と一致する意思表示である。

民法は、意思と表示が食い違っている場合や、完全に自由に形成された意思に基づいてなされたものでない意思表示について、無効や取り消しうるとしている。ただし、第三者等を保護するために、無効・取消しの主張が制限されることがある。



2 心裡留保

- ⇒1 当事者の一方が、わざと真意と異なる意思表示を行った場合を心裡留保という。
 心裡留保による契約は、相手方の保護のため、原則として有効だが、相手方が真意ではないことを知っていた場合（悪意）か注意すれば知ることができた場合（善意有過失）は、無効となる（93条1項）。
 また、無効となるときでも、事情を知らない（善意の）第三者に対しては無効を主張（対抗）できない（93条2項）。

$$A \xrightarrow[\text{有効}]{\text{心裡留保}} B \begin{array}{l} \text{善 意} \\ \text{無過失} \end{array}$$

$$A \xrightarrow[\text{無効}]{\text{心裡留保}} B \begin{array}{l} \text{悪 意} \\ \text{又は} \\ \text{善 意} \\ \text{有過失} \end{array}$$


ケース・スタディ 1

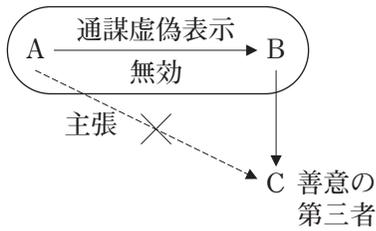
Aは、土地を売るつもりは全くないにもかかわらず、冗談でBに土地を売却する契約を締結した。Aの意思表示は、有効だろうか。



ケースの場合、原則として有効。ただし、BがAの言葉を冗談だと知り、又は、知ることができたときは無効となる。

3 通謀虚偽表示

⇒1



当事者が通謀して、真意と異なる意思表示をした場合を通謀虚偽表示という。この場合、当事者間では無効となるが(94条1項)、第三者保護の点から善意の第三者に対して無効を対抗することはできない(94条2項)。なお、この第三者とは、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いて法律上利害関係を有するに至った者をいう(判例)。そして、第三者は、善意であればよく、過失の有無は問わないし、登記を備えている必要もない(判例)。



ケース・スタディ 2

Aは債権者からの差押えを免れるため、知り合いのBと相談をして、Bに土地を売ったとする架空の契約書を作成し、Bに登記を移転した。このとき、AのBに対する意思表示は有効だろうか。



通謀虚偽表示であり、無効となる。



ただし、この無効は善意の第三者には対抗できない。

※ 転得者がいる場合



権利を取得した第三者(C)から、さらに権利を取得した者(D)を転得者という。転得者に関する問題としては、次の2つのケースが考えられる。

(1) Cが悪意でDが善意の場合

Cが悪意である場合、AはCに対して虚偽表示の無効を対抗できることはもちろんである。しかし、転得者Dが善意であれば、AはDに対して虚偽表示の無効を対抗できない(判例)。

(2) Cが善意でDが悪意の場合

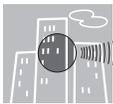
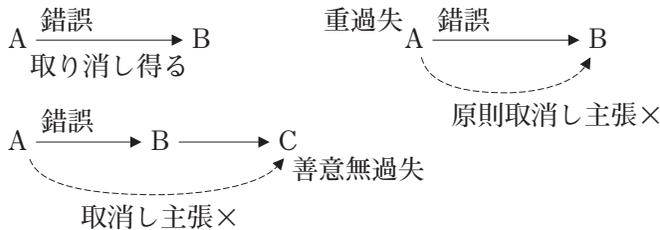
Cが善意である場合、AがCに対して虚偽表示の無効を対抗できないのはいうまでもない。では悪意のDをどのように考えるかである。このような場合、善意者Cのところで虚偽表示の有効が確定したと考え、悪意者Dといえども保護されると考えられている(判例)。

4 錯誤

⇒1 意思表示をした者の意思や真意と表示に食い違いがありそれを知らずに意思表示をした場合、これを錯誤（勘違い）による意思表示という。錯誤には、①意思表示に対応する意思を欠く錯誤（表示錯誤）と、②表意者が契約等の法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤（動機の錯誤）の2種類がある（下記のケース・スタディは「表示錯誤」のケースである）。

そして、いずれの錯誤の場合も（ただし、動機の錯誤の場合は、下記のように表示が必要）、その錯誤が契約などの法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、表意者（錯誤により意思表示をした本人）は取り消すことができる（95条1項）。しかし、表意者に重大な過失（重大な不注意）がある場合は、取り消すことができない（95条3項。ただし、表意者に重大な過失があっても、①相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったときや、②相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたときは、取消しをすることができる）。

また、錯誤による意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない（95条4項）。



ケース・スタディ 3

AがBに土地を1,000万円で売るつもりだったのに、ついうっかりして書面に100万円と書いてBに渡してしまったというように、表意者が勘違いをして意思と表示の食い違いを知らない場合、Aは、100万円と引き換えに土地をBに引き渡さなければならないのだろうか。



ケース・スタディの場合、表意者Aが食い違いを知らないので、心裡留保や虚偽表示とちがって、表意者を保護しなければならない。



Aは、意思表示を取り消せば、100万円と引き換えに土地を引き渡す必要はない。

⇒2 上記ケースの書き違いのような錯誤と異なって、たとえば「売る」とか「買う」という売買契約の意思表示そのものに錯誤があるのではなく、売買契約に至る動機に錯誤がある場合（「今なら課税されない」と思って売却するような場合）を、動機の錯

誤と呼ぶ。この場合は、取消しを主張される相手方の保護を考慮する必要がある。そこで、動機に錯誤がある場合の意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、することができる（95条2項）。つまり、「表示」を要求することによって、相手方の安全を図っているのである。そして、判例は、動機の表示に関して、明示又は黙示の表示（黙示の表示とは、言葉で直接明示したわけではないが、周囲の事情や行動などから表示があったと判断される場合）でよいとしている。

5 強 迫

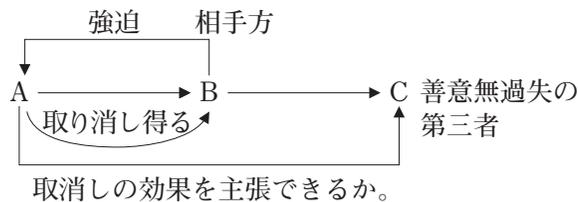
⇒1 脅されてなした意思表示（強迫による意思表示）は取り消すことができる（96条1項）。

強迫の場合は、誰に対しても取消しをもって対抗でき、表意者の保護が徹底されている（96条3項の反対解釈）。



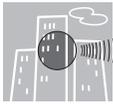
ケース・スタディ 4

AはBに強迫されて自己所有の土地をBに売却した。Bはこの土地を不注意なく事情を知らないCという第三者に転売した。その後、Aは、強迫を理由としてBに対する意思表示を取り消した。この場合、Aは、善意無過失の第三者であるCに対しても取消しの効果を主張できるだろうか。



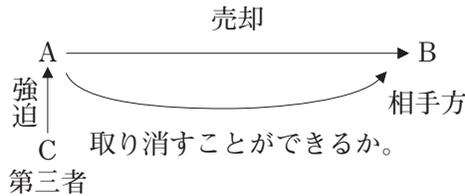
Aは、善意無過失の第三者であるCに対しても、取消しの効果を主張できる。

⇒3 第三者が強迫を行った場合は、相手方が善意無過失であっても取り消すことができる（96条2項の反対解釈）。



ケース・スタディ 5

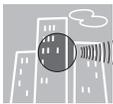
AはCに強迫されて自己所有の土地をBに売却した。このように第三者Cが強迫を行った場合でも、Aは、当該契約を取り消すことができるだろうか。



Aは、たとえBが善意無過失であっても、強迫を理由に、Bに対する売却の意思表示を取り消すことができる。

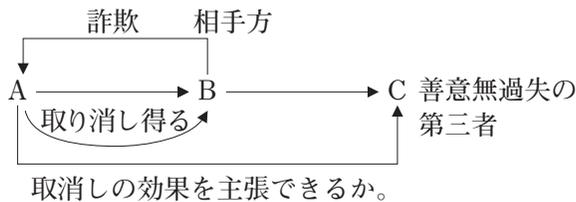
6 詐欺

⇒1 だまされた結果、思いちがい（錯誤と異なり、重要な思いちがいであってもよい）をしてなした意思表示（詐欺による意思表示）は取り消すことができる（96条1項）。ただし、詐欺による取消しの場合、善意無過失の第三者には取消しをもって対抗できない（96条3項）。



ケース・スタディ 6

AはBにだまされて自己所有の土地をBに売却した。Bはこの土地を不注意なく事情を知らないCという第三者に転売した。その後、Aは、詐欺を理由としてBに対する意思表示を取り消した。この場合、Aは、善意無過失の第三者であるCに対して取消しの効果を主張できるだろうか。



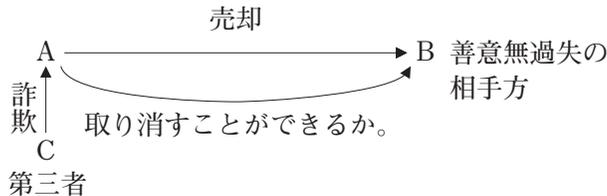
Aは、善意無過失の第三者であるCに対しては、取消しの効果を主張できない。

⇒3 第三者が詐欺を行った場合は、相手方がその事実を知り（悪意）、又は知ることができた（有過失）ときに限り、取り消すことができる（96条2項）。



ケース・スタディ 7

AはCにだまされて自己所有の土地をBに売却した。このように、第三者Cが詐欺を行った場合、相手方Bがその事実を知らず、知ることでもできなかったときであっても、Aは、相手方のBに対して取り消すことができるだろうか。



相手方のBがその事実を知らず、知ることでもできなかったときなら、Aは、売却の意思表示を取り消すことができない。

7 追認

「取り消すことができる行為」は、追認することができる。追認とは、取り消すことのできる行為（取り消されない限り有効な行為）について、取消権を放棄して、完全に有効にすることである。つまり、追認があると、以後、取り消すことができなくなる（122条）。

追認は、「取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、取消権を有することを知った後にしなければ」その効力を生じない（124条1項。ただし、法定代理人が追認する場合等を除く。124条2項）。「取消しの原因となっていた状況が消滅した後」とは、詐欺の場合はだまされたことを知った後、強迫の場合は強迫の状態が終わった後をいう。

8 法律関係安定のための制度

⇨4 1. 取消権の期間の制限（126条）

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、時効によって消滅し、行為の時から20年を経過したときも、同様である。つまり、いずれか早い時が経過すると、もはや取り消すことができなくなる。取消権が消滅すれば、契約は完全に有効となり、法律関係を安定化させることができる。

⇨5 2. 法定追認（125条）

「追認」という意思表示をしなくても、追認をすることができる時以後に、追認権を有する者が、異議をとどめることなく、追認したと思わせるような行為をすることによって、追認とみなされる。これを法定追認という。これも法律関係の安定を目的とする。法定追認となる事由は、次のとおりである。

- ① 債務の一部又は全部の履行
- ② 相手方に履行を請求した場合
- ③ 担保を提供したり担保の提供を受けた場合
- ④ 取得した権利の一部又は全部の譲渡をした場合
- ⑤ 更改をした場合
- ⑥ 強制執行をした場合

Advanced Study

1. 意思表示の効力発生時期等（97条1項・3項）★

- (1) 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）。
- (2) 意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失し、又は行為能力の制限を受けたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。

2. 申込者の死亡等（526条）★

申込者が申込みの通知を発した後に死亡し、意思能力を有しない常況にある者となり、又は行為能力の制限を受けた場合において、①申込者がその事実が生じたとすればその申込みは効力を有しない旨の意思を表示していたとき、又は、②その相手方が承諾の通知を発するまでにその事実が生じたことを知ったときは、その申込みは効力を有しない。

3. 承諾の期間の定めのない申込み（525条1項）★

承諾の期間を定めなかった申込みは、（申込者が撤回をする権利を留保したときを除き、）申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができない。

第2節

行為能力 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 能力とは	○					○				○		
2 制限行為能力者制度												
3 未成年者	○	○		○					○	○		
4 成年被後見人		○		○							○	○
5 被保佐人				○								○
6 被補助人				○								
7 制限行為能力者の取消しと第三者												
8 取引の相手方の保護のための制度				○								

1 能力とは

契約を完全に有効に行うためには一定の能力が必要である。この能力には3つある。

1. 権利能力…権利や義務の主体となりうる資格

人は出生により権利能力を取得し（3条1項）、死亡によって失う。

↓

胎児は原則として権利能力を有しないが、以下については認められている。

- ① 相続、遺贈を受ける権利（886条、965条）
- ② 不法行為に基づく損害賠償請求権（721条）

⇒6 2. 意思能力…法律行為（たとえば契約など）を行うために必要な判断能力
意思能力のない者（例：泥酔者、精神病者等）の行った法律行為は、無効となる（3条の2）。

3. 行為能力…単独で完全に有効な法律行為を行うことができる能力

弱者救済のため、民法で、一定の者の行為能力を制限し、保護するための規定を定めている。

一般に能力とは行為能力のことであり、行為能力の制限されている者を制限行為能力者（未成年者、成年被後見人、被保佐人、被補助人）という。

2 制限行為能力者制度

例えば幼児には、意思能力はないに等しい。ところで幼児の行った行為をいちいち意思能力の欠如を立証して無効にするには手間がかかる。そこで民法では、「法律行為」に関して一人歩きのできない者を「制限行為能力者」とし、その者が単独で行った法律行為について、意思能力の欠如をいちいち立証することなく「取り消すことができる行為」としてその者たちの財産保護を図っている。ただ、特に認知症や知的障害などのある成年者について、判断能力の程度に応じて、本人の自己決定を尊重する必要もある。人間なら自分の考え通りに行動したいものである。そこで、本人の保護とその自己決定の尊重との調和の観点から、**成年後見制度**（成年被後見人、被保佐人、被補助人）が設けられている。

制限行為能力者には保護者がつけられるが、それぞれの保護者の果たす役割も類型によって異なる。

3 未成年者

1. 未成年者とは

⇒7 年齢 18 歳未満の者である（4 条）。なお、婚姻は、男女とも 18 歳にならなければ、することができない（731 条）。

2. 未成年者の保護者

親権者又は未成年後見人である。これらの者を法定代理人という。

⇒7 3. 法律行為の効果

未成年者は、法定代理人の同意を得て、又は、法定代理人が未成年者を代理して行うことにより、完全に有効な法律行為ができる（5 条 1 項本文、824 条本文）。

未成年者が法定代理人の同意を得ず単独で法律行為をした場合、原則として、取り消すことができる（5 条 2 項）。ただし、次の 3 つの行為については単独で行っても取り消すことはできない。

- | |
|--|
| ① 単に権利を得又は義務を免れる行為（5 条 1 項ただし書）
（→ たとえば、負担付きでない贈与を受けたり、借金をタダにしてもらう行為） |
| ② 法定代理人が処分を許した財産（目的が定められていなくても財産さえ一定していれば足りる）の処分行為（5 条 3 項）
（→ たとえば、おこづかい、旅費、学費を処分する行為） |
| ③ 許可された営業に関する行為（6 条 1 項）
（→ たとえば、法定代理人から青果店を営むことを許可された未成年者が、その営業に関し、野菜を売る行為） |

⇒8 4. 保護者の権限

同意権、代理権、取消権、追認権

追認は、制限行為能力の場合は、行為能力者となった本人か法定代理人が行う(124条)。

⇒9 5. 取り消すことができる者

未成年者本人、法定代理人、行為能力者になった本人

4 成年被後見人

1. 成年被後見人とは

精神上の障害によって事理を弁識する能力を欠く常況にある者で、一定の者(本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、保佐人、補助人、検察官など)の請求によって家庭裁判所より「後見開始の審判」を受けた者をいう(7条、8条)。成年後見制度に関する3種類の制限行為能力者の中で、一番判断能力の程度が低い者が対象である。

なお、成年被後見人が家庭裁判所より「後見開始の審判の取消し」を受けることにより、行為能力者になる(10条)。

2. 成年被後見人の保護者

成年後見人である。家庭裁判所は、後見開始の審判をするときに、職権で、成年後見人を選任するが、成年後見人となる者の職業及び経歴並びに成年被後見人との利害関係の有無等その他一切の事情を考慮しなければならないとされている(843条1項・4項、なお、保佐人、補助人の選任についても同様である。876条の2第1項・2項、876条の7第1項・2項)。

未成年者の保護者と同様、**法定代理人**である。

⇒7 3. 法律行為の効果

成年被後見人が完全に有効な法律行為を行うには、成年後見人が**代理**して行わなければならない(859条1項)。

⇒10 ただし、成年後見人が、成年被後見人に代わって、その居住している建物又はその敷地について、**売却、賃貸、賃貸借の解除又は抵当権の設定**その他これらに準ずる処分をするには、**家庭裁判所の許可**を得なければならない(859条の3、なお、この制約は、保佐人・補助人についても、代理権が付与されているときには準用される)。

成年被後見人が行った行為(ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為は除く)は**取り消すことができる**(9条)。成年後見人の同意を得て行った行為も、**取り消すことができる**。

⇒8 4. 保護者の権限

代理権、取消権、追認権

⇒9 5. 取り消すことができる者

成年被後見人本人、成年後見人、行為能力者になった本人

5 被保佐人

1. 被保佐人とは

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で、一定の者（本人、配偶者、四親等内の親族、後見人、補助人、検察官など）の請求によって家庭裁判所より「保佐開始の審判」を受けた者をいう（11条、12条）。

なお、家庭裁判所より「保佐開始の審判の取消し」を受けることにより、行為能力者となる（14条）。

2. 被保佐人の保護者

保佐人という。

⇒7 3. 法律行為の効果

重要な財産上の行為のみ（ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為は除く）保佐人の同意を必要とする（13条1項・2項）。それ以外の行為は単独で完全に有効な法律行為を行うことができる。

重要な財産上の行為

- ① 利息・賃料などを生ずる財産（元本）の返還をうけ、又は貸与すること
- ② 借財又は保証をすること
- ③ 不動産（土地、建物）その他重要な財産（自動車等）を得たり、手離したりすることを目的とする行為
- ④ 民事訴訟において原告となって訴訟を遂行する一定の行為
- ⑤ 他人に物を贈与すること、和解契約・仲裁合意をすること
- ⑥ 相続を承認し、もしくは相続を放棄すること、又は遺産の分割をすること
- 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・増築又は大修繕を目的とする契約をすること
- ⑨ 土地（山林を除く）について5年を超える、建物について3年を超える賃貸借をすること（いいかえれば土地について5年以内、建物について3年以内の賃貸借は同意は不要である）
- ⑩ ①から⑨の行為を制限行為能力者の法定代理人としてすること

※ その他、家庭裁判所が一定の者の請求により特に保佐人の同意を必要とする旨の審判をした行為（日常生活に関する行為を除く）

※ なお、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、その行為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、被保佐人の請求にもとづいて、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）。

保佐人の同意を得なければならない行為で、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）。

⇒8 4. 保護者の権限

（重要な財産上の行為について）同意権、取消権、追認権

代理権は一般的には認められていないが、一定の者の請求による家庭裁判所の審判（本人以外の者の請求のときは本人の同意が必要）により、特定の法律行為について、保佐人に代理権を与えることができる（876条の4第1項・第2項）。

⇒9 5. 取り消すことができる者

被保佐人本人、保佐人、行為能力者になった本人

6 被補助人

1. 被補助人とは

精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な者で、一定の者（本人、配偶者、四親等内の親族、後見人、保佐人、検察官など）の請求（本人以外の者の請求のときは本人の同意が必要）によって家庭裁判所より「補助開始の審判」を受けた者（15条）。通常は大丈夫だが、不安が残るとい程度の判断能力の人が対象。

なお、家庭裁判所より「補助開始の審判の取消し」を受けることにより、行為能力者となる（18条）。

一定の者の請求による家庭裁判所の審判（本人以外の者の請求のときは本人の同意が必要）で決められた「特定の法律行為」（同意権・取消権の対象となる行為については、たとえば不動産の処分など本節⑤3.の「重要な財産上の行為」の範囲内であり、また、日常生活に関する行為は除かれている）についてのみ補助される（17条、876条の9）。

2. 被補助人の保護者

補助人という。

⇒7 3. 法律行為の効果

「特定の法律行為」に関して補助人に同意権（補助人は、同時に取消権・追認権を取得。120条1項、122条）ないし代理権の一方又は双方が与えられたときに、その行為についてのみ補助人の同意（被補助人の不利益になるおそれがないのに同意しないときは家庭裁判所の許可）ないし補助人の代理が必要である。同意を得なければならないにもかかわらず、同意（又はこれに代わる許可）を得なかったときは、取り消すことができる（17条4項、120条1項）。

⇒8 4. 保護者の権限

本人の希望により、①、②、③いずれかのタイプがある。

- ① 審判により与えられた「特定の法律行為」についての代理権
- ② 審判により与えられた「特定の法律行為」についての同意権（取消権・追認権）
- ③ ①の代理権と②の同意権（取消権・追認権）の双方

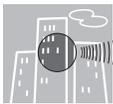
⇒9 5. 取り消すことができる者

被補助人本人、補助人、行為能力者となった本人

7 制限行為能力者の取消しと第三者

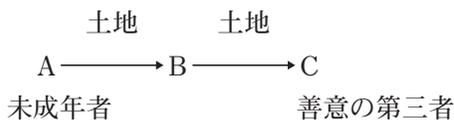
契約が取り消されると、契約をしたときにさかのぼって無効になる（121条）。つまり、取消しによって全く契約がなされなかったことになる。

⇒11 制限行為能力者の取消しは、善意の第三者にも対抗することができる。



ケース・スタディ 8

未成年者であるAは自己所有の土地を、法定代理人の同意を得ずに、Bに売却し、さらにBは善意の第三者であるCにその土地を転売し、移転登記も完了した。その後、AはCに対して、土地の返還を請求することができるだろうか。



このケースにおいて、Aが未成年を理由に売買契約を取り消したとき、この取消しは、善意の第三者であるCに対しても主張できる。したがって、AはCに土地の返還を請求することができる。

8 取引の相手方の保護のための制度

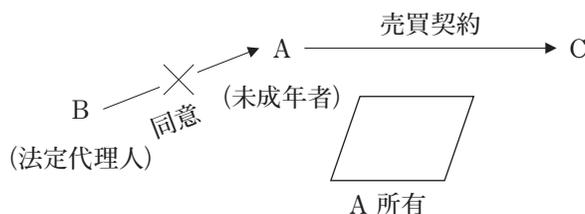
1. 相手方の催告権

次のケースを見てみよう。



ケース・スタディ 9

未成年者Aは法定代理人Bの同意を得ないで、CとA所有の土地について売買契約を締結した。Cはどんな立場に置かれるだろうか。民法は、Cが安心できるような手段を用意していないのだろうか。



この場合、取引の相手方Cは大変不安定な立場に置かれる。

Aの方で取り消すまでは契約は一応有効であるが、Cがもし土地に家を建てた後で取り消されたら、Cには土地の返還義務が発生するので、家を取り壊して土地を返還しなければならない。また、「こんな土地はいやだ」と言ってDという人に転売したとしても、制限行為能力者の取消しは善意の第三者にも対抗することができるので、Dは土地を返還しなければならず、この場合CはDから文句を言われてしまう。

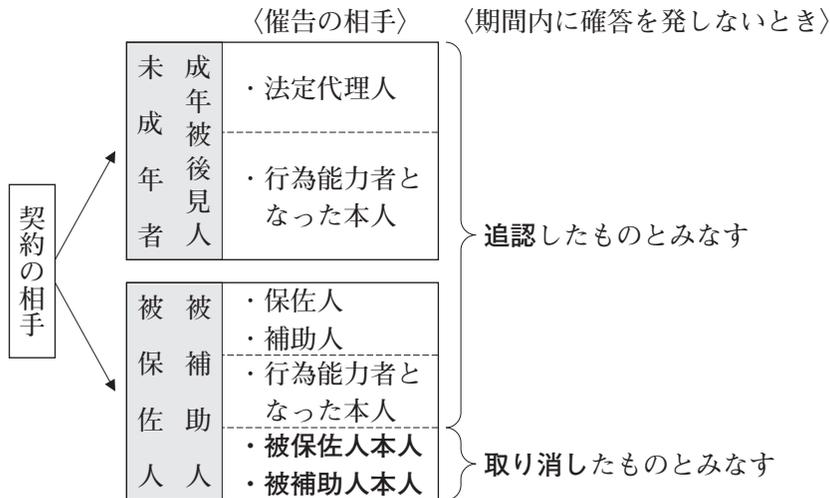
そこで、民法ではCに催告権を認めている。

⇒12 つまり、Cは、1ヵ月以上の期間を定めて、「取り消すのか、追認するのか」制限行為能力者側に催告をすることができる(20条)。

ここでは、誰に対して催告をするのか、期間内に返事がなかった場合の効果について注意を要する(次表中、被補助人については、同意権付与の審判がなされた場合に限る)。

なお、意思能力のない者や、未成年者・成年被後見人は、理解する能力に乏しいといえることから、それらの者に対する意思表示をしても、その意思表示をもって未成年者等に対抗できないとされている(98条の2。ただし、未成年者の法定代理人等がその意思表示を知った後は対抗できる)。したがって、未成年者や成年被後見人本人は「催告の相手」とはされていない。

⇒13



⇒14 2. 詐術等を行った場合 (21条)

制限行為能力者が、自分を行為能力者であると偽ったり、書類を偽造したりして、行為能力者であると信じさせるため詐術（同意権者の同意を得たと偽ることも含まれる。判例）を用いた場合は、制限行為能力を理由にその行為を取り消すことはできない。このような者は保護に値せず、むしろ相手方を保護すべきだからである。

Advanced Study

1. 未成年後見人 ★

児童虐待の防止等のために、すでに未成年後見人がいる場合でも、家庭裁判所は、必要があると認めるときは、一定の者の請求や職権によって、更に未成年後見人を選任することができる（840条2項）。また、法人も未成年後見人になることができる（840条3項）。なお、未成年後見人は、家庭裁判所が一定の者の請求により選任する（840条1項）ほか、未成年者に対して最後に親権を行う者の遺言により指定されること（839条）もある。

2. 失踪宣告 ★

不在者の生死が7年間明らかでないとき等は、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告（不在者を法律上死亡したものとみなす宣告）をすることができる（30条）。

その後、失踪者が生存すること等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が、その取消しは、失踪の宣告後その取消し前に善意（行為の当事者双方とも善意）でした行為の効力に影響を及ぼさない（32条1項、判例）。



第1節 意思表示

1. 意思の不存在・瑕疵ある意思表示

種類	当事者間	対第三者
心裡留保	原則 有効	
	例外 無効 相手方が悪意又は有過失の場合	善意の第三者に対抗できない
虚偽表示	無効	善意の第三者に対抗できない ※ 1
錯誤	原則 取り消すことができる (①重要な錯誤 ②表意者に重過失なし ※ 2)	取消し前の善意無過失の第三者に対抗できない
強迫	取り消すことができる	取消し前の善意無過失の第三者にも対抗できる
詐欺	取り消すことができる	取消し前の善意無過失の第三者に対抗できない

※ 1 虚偽表示における「第三者」として保護されるには、善意であればよく、過失の有無は問わないし、登記を備えている必要もない（判例）。

※ 2 表意者に重大な過失があっても、①相手方が、表意者に錯誤があることを知っていたとき、又は、重大な過失で知らなかったときや、②相手方も表意者と同一の錯誤に陥っていたときは、取り消すことができる。

2. 動機に錯誤がある場合の意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、することができる。そして、動機の表示に関しては、明示又は黙示の表示でよい（判例）。
3. 第三者による強迫の場合は、相手方が善意無過失でも取り消すことができるが、第三者による詐欺の場合は、相手方がその事実を知り（悪意）、又は知ることができた（有過失）ときに限り、取り消すことができる。
4. 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、時効によって消滅し、行為の時から20年を経過したときも、同様である。
5. 追認をすることができる時以後に、追認権を有する者が、異議をとどめることなく、債務の履行や相手方に請求等を行うことによって追認とみなされる。

第2節 行為能力

6. 意思能力のない者の行った法律行為は、無効となる。

7. 制限行為能力者の4つの類型

	単独で完全に有効にできる行為 ※1	取り消すことができる行為	保護者	
			代理権者	同意権者
成年被後見人	日常生活に関する行為	自ら行った（法定代理人の同意の有無にかかわらず）行為	法定代理人（成年被後見人）	—
未成年者（18歳未満）※2	①単に権利を得又は義務を免れる行為 ②法定代理人が処分を許した財産の処分行為 ③営業の許可があるときは営業に関する行為	法定代理人の同意を得ないで行った行為（左の行為は除く）	法定代理人（親権者—通常父母両方、未成年被後見人）	法定代理人
被保佐人	右の行為以外の行為	重要な財産上の行為（5年を超える土地の賃貸借、3年を超える建物の賃貸借、不動産の取得・処分、贈与の申込みの拒絶など。ただし、日常生活に関する行為は除く）のうちで、保佐人の同意（又はこれに代わる許可）を得ないで行った行為	（特定の行為について審判があるときは、保佐人）	保佐人
被補助人	右の行為以外の行為	審判で同意を要すると定められた特定の行為（日常生活に関する行為は除く）で、補助人の同意（又はこれに代わる許可）を得ないで行った行為	（特定の行為について審判があるときは、補助人）	（特定の行為について審判があるときは、補助人）

※1 なお、取り消すことができる行為の取消しも単独でできる。

※2 婚姻は、男女とも18歳にならなければ、することができない。

8. 保護者の権限 ○…あり、×…なし、△…一定の場合あり

	取消権	追認権	同意権	代理権
成年被後見人の法定代理人	○	○	×	○
未成年者の法定代理人	○	○	○	○
被保佐人の保佐人	○	○	○	△※
被補助人の補助人	△※	△※	△※	△※

※ 審判で定められた特定の法律行為について

9. 制限行為能力者の権利 ○…あり、×…なし、△…一定の場合あり

	取消権	追認権	同意権	代理権
成年被後見人	○	×	—	—
未成年者	○	△※ ²	—	—
被保佐人	○	△※ ²	—	—
被補助人※ ¹	○	△※ ²	—	—

※¹ 審判で同意を要すると定められた特定の法律行為について

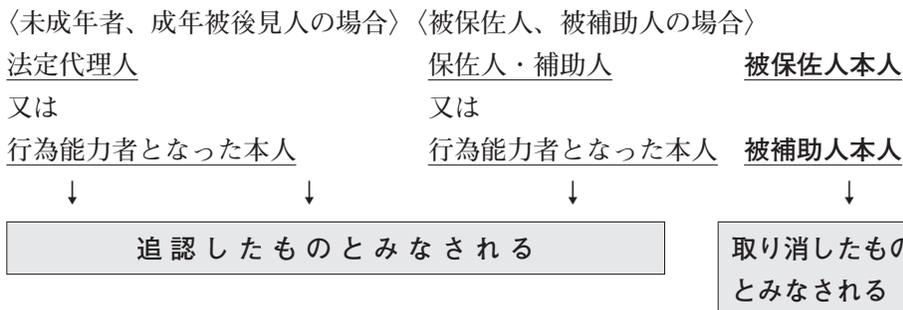
※² 保護者の同意を得れば追認できる。

10. 成年後見人は、成年被後見人に代わって、その居住している建物又はその敷地について、売却、賃貸、賃貸借の解除等をするには、家庭裁判所の許可を得なければならない（保佐人・補助人についても、代理権が付与されているときは同様）。

11. 制限行為能力者の取消しは、善意の第三者にも対抗することができる。

12. 制限行為能力者と取引をした相手方は、1ヵ月以上の期間を定めて催告をすることができる。

13. 催告の相手方と期間内に確答がなかった場合の効果



14. 制限行為能力者が、行為能力者であると信じさせるため詐術（同意権者の同意を得たと偽ることも含まれる。判例）を用いた場合は、制限行為能力であることを理由にその行為を取り消すことはできない。

第3章 売買契約

本章では、まず、契約が結ばれたのに、約束が守られなかったらどうなるのか、といったことについて学習します。さらに、売買契約を結んだ後で、当事者のせいではない理由で、約束が守られなかった場合はどうでしょう。例えば、買った家が、その引渡しを受ける前に、地震でこわれてしまったというような場合です。

また、折角買った家に欠陥があった場合はどうでしょう。例えば、梅雨になってはじめて雨漏りがするのに気がついて屋根を調べてみたら、屋根に穴が開いていたというような場合です。このような場合に、売主の責任を追及することはできないのでしょうか。

この章では、最も一般的な契約である売買契約を通してさまざまな規定について学習していきます。

第1節

債務不履行 ★★★

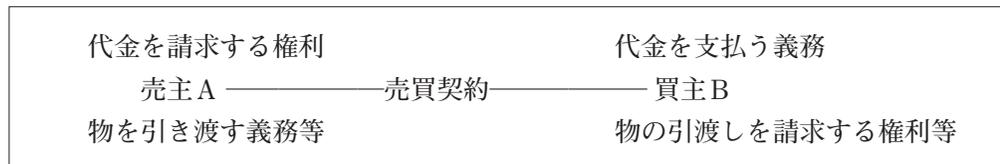
《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 契約成立の効果			○		○	○	○					
2 債務不履行		○						○	○			
3 損害賠償の範囲と予定		○	○									
4 金銭債務の特則				○					○			

1 契約成立の効果

契約が成立すると、当事者の間には権利や義務が発生する。約束をしたのだから当事者は契約に拘束され、自分の義務を果たさなければならない。また、勝手にやめることもできなくなる。

⇒1 1. 同時履行の抗弁権 (533条)



売買契約のような双務契約は、契約が成立すると当事者双方に義務が生じる。それぞれの義務は対等であり、原則として、当事者双方は**同時履行の抗弁権**を有する。これは、お互いの義務は同時に行うべきであり、相手方が義務を果たさないのなら（債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行をしない場合も含む）自分も義務を果たさないという抗弁権である。上記の例でいえば、Aが自分は物の引渡しや登記（売主は、買主に対し、**登記等の売買の目的である権利の移転についての対抗要件を備えさせる義務**を負う。560条）もしていないのにBに対して代金の請求をした場合、Bは同時履行の抗弁権を主張して代金の支払いを拒むことができる。それが公平だからである。

なお、判例は、不動産の売買契約において、**買主の売買代金支払義務と、売主の所有権移転登記協力義務**との同時履行の関係を認めている。また、判例は、未成年等を理由として契約が取り消されたときの**契約当事者双方の返還義務**についても、同時履行の関係を認めている。

2. 契約の拘束力

義務を負う者がその義務を怠ると、**債務不履行**となる。また、債権者は一定の場合を除き、その履行（強制履行）を裁判所に請求することができる。

さらに、当事者間で契約の解除について取り決めを行っている場合を除き、法律で定められた事実に該当しなければ、契約の解除を行うことはできない。

2 債務不履行

債務不履行とは、例えば、売買契約において、売主が、引き渡すべき時に目的物を買主に渡さない等、債務者が**債務の本旨に従った履行をしないこと**をいう（415条）。この場合、債権者は、損害賠償請求ができ、契約の解除ができる。

⇒2 まず、**損害賠償請求**に関する注意点。その債務の不履行が、災害等による場合等、契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして**債務者の責めに帰することができない事由**によるものであるときは、**損害賠償請求はできない**（415条1項ただし書）。つまり、債務者に帰責事由がなければ免責される。

また、**解除**に関する注意点であるが、債務不履行による**解除**は、債務不履行の憂き目にあった**債権者を契約の拘束力から解放するための制度**であり、債務者の責任を追究するための手段ではない。従って、解除をするためには、**債務者の責めに帰すべき事由（帰責事由）は必要ではない**（なお、例えば、特定の物の売買において、買主が目的物を壊したので、売主が目的物を引き渡せなくなったような場合、つまり、債務不履行が**債権者の責めに帰すべき事由**によるものであるときは、債権者に解除のチャンスを与える必要はないことから、債権者は、**解除をすることができない**。543条）。

そして、債務不履行は、**履行遅滞、履行不能、不完全履行**の3つに分けることができる。

1. 履行遅滞

(1) 履行遅滞となる要件

- ①履行が可能であること
- ②**履行期を過ぎていること**

～履行期を過ぎるとは～（412条）

債務の履行期の種類	遅滞となる時期
確定期限付債務 (ex. 2023年10月1日に代金を支払う)	期限の到来時
不確定期限付債務 (ex. 父が死んだら代金を支払う)	期限の到来した後に、債務者が、履行の請求を受けた時、又は、期限の到来したことを知った時のいずれか早い時
期限の定めのない債務 (ex. 売買目的物の引渡し時期を定めていない)	債務者が履行の請求を受けた時

③不履行が違法であること

同時履行の抗弁権等があれば債務不履行とならない。

(2) 効果

⇒3 債権者は、債務者に対して、**相当の期間を定めて履行の催告**をし、その期間内に履行がなされなければ**契約の解除**ができる（541条。なお、**催告による解除**一般に当てはまる話であるが、相当の期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして**軽微**であるときは、**解除できない**）。ラストチャンスを与えるためである。例外として、例えば、定期行為（クリスマスケーキのように履行期限に遅れて履行されたのでは意味がないような行為）の場合は、催告なしに解除することができる（542条1項4号）。

⇒5 さらに、履行遅滞により解除をするしなにかかわらず、債権者は、損害を被ったのであれば、債務者に対して**損害賠償の請求**をすることができる（415条、545条4項）。

2. 履行不能

(1) 履行不能となる要件

①履行期に**履行が不可能**であること

不能（不可能）かどうかは、契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして判断する（412条の2第1項）。

②履行不能が違法であること

(2) 効果

⇒4 債権者は、債務者に対して、催告なしに**直ちに契約の解除**をすることができる（542条1項）。

⇒5 併せて**損害賠償の請求**をすることができる（415条、545条4項）。

3. 不完全履行

(1) 不完全履行となる要件

①履行が不完全であったこと（履行遅滞、履行不能のどちらにも属しない不完全な履行）

②不完全履行が違法であること

(2) 効果

・追完が可能な場合

完全な履行が可能な場合は、完全な履行を請求できる（562条1項）。損害賠償の請求も併せてできる（415条）。

・追完が不可能な場合

⇒5 直ちに**契約の解除**ができる。損害賠償の請求も併せてできる（415条、545条4項）。

3 損害賠償の範囲と予定

1. 損害賠償の範囲（416条、417条）

損害賠償は、特約がない限り、金銭でその額を定めるものとされている。

当事者間で下記3.の取り決めがない場合は、損害賠償の額は**実損額**とされる。この範囲は、不履行から**通常生ずべきと考えられる損害**（相当因果関係に立つ損害、416条1項、判例）であるとされている。そして、相当性の判断にあたっては、通常の事情のほか、債務者が債務不履行のときに予見すべきであった特別な事情を基礎として判断される（416条2項、判例）。

2. 過失相殺（418条）

⇒6 債務の不履行又はこれによる損害の発生・拡大に関して**債権者に過失**があったときは、裁判所は、これを考慮して、**損害賠償責任及びその額を定める**（418条）。債権者に落ち度があるのだから、考慮されるのが公平だからである。そして、この過失相殺は、債務者の主張がなくても、裁判所が**職権**ですることができる（ただし、債権者の過失となる事実については、債務者において立証しなければならない。判例）。以上のことは、次の損害賠償額の予定がある場合においても、同様である（判例）。

3. 損害賠償額の予定（420条）

⇒7 当事者間で、あらかじめ損害賠償請求権が発生した場合に備えて、損害賠償の額を定めておくことができる。これを**損害賠償額の予定**という。損害賠償額の予定がなされたときは、債権者は損害の発生とその額を証明しなくとも**予定した賠償額**を請求することができる（判例）。なお、損害賠償額の予定が公序良俗違反となるときは、その全部又は一部が無効となるとされている（判例）。また、**違約金**は損害賠償額の予定と**推定**される（420条3項）。

⇒8 4 金銭債務の特則

金銭の給付を目的とする債務（代金債務、貸金債務等）の不履行については、金銭の特殊性から、特別の規定がある（419条）。

1. 要件の特則

- (1) 金銭債務は履行不能となることはなく、**履行遅滞のみ**しか認められない。
- (2) 債務者は、**不可抗力**によることを証明しても、**責任を負わなければならない**（債務者の帰責事由は不要）。
- (3) 債権者は、**損害の証明**をすることなく損害賠償を請求できる。

2. 効果の特則

金銭債務では実際の損害は問題とされず、遅延利息というかたちで損害賠償がなされる。損害賠償請求できる金額は、債務者が遅滞の責任を負った最初の時点における法定利率による。ただし、約定利率が法定利率よりも高いときは約定利率による。

なお、法定利率は年3%と規定されており（404条2項）、3年に一度見直しがなされる（404条3項）。

Advanced Study

1. 原始的不能 ★

契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であった場合（このことを原始的不能と呼ぶ）でも、契約はこれを理由としては無効にならず、債務不履行の規定（415条）に従って、その履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することができる（412条の2第2項）。

2. 代償請求権 ★

債務者が、その債務の履行が不能となった（ex. 借家が焼失し借借人が返還できなくなった）のと同じ原因により債務の目的物の代償である権利又は利益を取得した（ex. その借借人が保険会社から保険金を受け取った）ときは、債権者は、その受けた損害の額の限度において、債務者に対し、その権利の移転又はその利益の償還を請求することができる（422条の2）。

3. 選択債権 ★

選択債権（債権の目的が数個の給付の中から選択によって定まる債権）の選択権は、債務者に属するのが原則であるが、特約で債権者又は第三者を選択権者とすることもできる（406条）。

第三者が選択をすべき場合には、その選択は、債権者又は債務者に対する意思表示によってする。この場合において、①第三者が選択をすることができず、又は②選択をする意思を有しないときは、選択権は、債務者に移転する（409条）。

債権の目的である給付の中に不能のものがある場合において、その不能が選択権を有する者の過失によるものであるときは、その残存するものが給付の目的物となる（410条）。

第2節

契約の解除 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 解除できる場合			○									
2 解除の方法								○				
3 解除の効果			○								○	
4 解除権の消滅												

1 解除できる場合

売買契約が成立した後、「売る気がなくなった」とか「他にいい物件があるから、これをやめてそっちを買おう」等と言うことは許されない。契約を解除できる事由には3つのパターンがあり、合意解除以外は、解除権を有する者からしか解除できない。

- (1) 法定解除…法律の規定により解除権が発生する。
例) 債務不履行、売買の契約内容不適合（売主の担保責任）等
- (2) 約定解除…当事者の特約によって解除権を発生させる。
例) 解約手付、買戻し特約、「ローン不成立のときは契約を解除できる」旨の特約等
- (3) 合意解除…当事者間の合意によって契約の効力を初めからなかったものにする。

2 解除の方法

1. 解除の意思表示

⇨9 解除権を有する者が、解除の意思表示をすることによって解除される。解除は、相手方に対する一方的な意思表示によって効果が発生し、相手の承諾は不要である（540条1項）。



ケース・スタディ 10

Aが自己所有の土地をBに売却する売買契約が成立した。AはBに土地を引き渡したが、Bは代金の支払いをしない。AはBに対して相当の期間を定めて催告したが、Bは履行しなかった。このとき、Aが解除するのにBの承諾は必要だろうか。

↓
Aに法定解除権が発生する。
↓

解除権を有するAがBに対して「契約を解除する」旨の意思表示をするだけで、この契約は解除されてしまう。Bの解除に対する承諾は不要。

- ⇒9 解除の意思表示をしたら、それを撤回することはできない（540条2項）。
また、当事者の一方が複数いるときは、解除は、**全員**から、又は、**全員**に対して行わなければならない（解除権の不可分性、544条1項）。

⇒10 2. 催告解除と無催告解除

債務不履行の場合、相手方が相当の期間を定めてその履行の**催告**をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる（541条）。なお、その期間を経過した時における債務不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、**解除できない**。

ただし、次のような場合は、債権者は、**催告をすることなく、直ちに契約の解除**をすることができる（542条1項）。一言でいうと、債務不履行によって**目的達成ができなくなったような場合**である。

- ① 債務の全部の履行が不能であるとき。
- ② 債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- ③ 債務の一部の履行が不能である場合又は債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示した場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき。
- ④ 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合（このような行為を定期行為と呼ぶ）において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。
- ⑤ そのほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者が催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき。

3 解除の効果

1. 原状回復義務

- 解除がなされると契約は**初めからなかったもの**として処理される（判例）。したがって、両当事者は**原状回復義務**を負うことになる（545条1項本文）。この原状回復義務も同時履行の関係にたつ（546条）。
- ⇒11

(1) 利息等の返還

返還すべきものが**金銭**のときは、**受領の時から**の利息を付けて返還しなければならない(545条2項)。また、金銭以外の物を返還するときは、その**受領の時に**生じた**果実**(そのものを人に貸して得た賃料など)をも返還しなければならない(545条3項。使用利益も同様。判例)。

⇒12 (2) 返還すべきものが転売されている場合

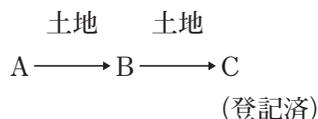
契約の解除による原状回復によって、**第三者の権利を害することはできない**(545条1項ただし書)。

原状回復によって返還すべきものが不動産の場合、それが第三者に転売され、その第三者が権利保護の要件として**登記**を備えているときは、返還を請求することはできない(判例)。



ケース・スタディ 11

売主Aから買主Bが買った土地をさらにCに転売し、Cは登記も済ませたとする。



その後、Bの代金不払いを理由にAがA B間の契約を**解除**したとき、AはCに対して土地の返還を請求することはできるだろうか。



ケースの場合、AはCに対して土地の返還を請求することはできない。なお、この場合のCは**善意・悪意を問わない**(判例)。

2. 損害賠償

解除をしても損害が生じていれば、**損害賠償の請求**ができる(545条4項)。

4 解除権の消滅

⇒13 1. 催告による解除権の消滅

解除権の行使について期間の定めがなく、解除権を有する者が解除しないときは、その相手方から相当の期間を定めて「解除をするかどうか」**催告**をすることができ、その期間内に解除の通知を受けないときは、**解除権は消滅**する(547条)。

2. 解除権の不可分性

解除権を有する者が複数いる場合において、そのうち1人の解除権が消滅すると、他の者の解除権も消滅する(544条2項)。

第3節

手付 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 手付の性質												
2 解約手付による解除					○			○			○	

1 手付の性質

手付は契約を結ぶ際に相手方に渡す金銭等で、その目的は3つ考えられる。

- ①証約手付——契約が成立したことの証拠とする。これはどんな手付金にも認められる。
- ②解約手付——契約が成立しても、相手方が契約の履行に着手するまでは契約を解約（正確には解除）できるようにするために手付金が授受される。一種の約定解除権である。
- ③違約手付——当事者の一方の債務不履行に備えて交付される手付である。

⇒14 手付の目的は当事者間の取り決めによるが、特に目的を定めなかった場合は、**解約手付と推定**される（557条1項、判例）。また、手付には複数の目的をもたせることもできる。

2 解約手付による解除

⇒15 相手方が契約の履行に着手するまでであれば

〔 買主から…手付の放棄
 売主から…手付の倍返し 〕により契約の解除ができる。

ただ、売主から解除するには、手付の倍額を**現実**に提供する必要がある（557条1項）。

契約の履行とは、例えば

〔 買主…手付金以外の代金の一部又は全部の支払い
 売主…引渡し、登記の移転（不動産の場合）

などである。

解約手付による契約の解除は、債務不履行による解除と異なるから、解除しても**損害賠償の問題は生じない**（557条2項）。

逆に、解約手付が交付されている場合であっても相手方に債務不履行があれば、債務不履行による契約の解除をすることができる。このとき、原則として解約手付の額に関係なく損害賠償を請求することができ、また、解約手付を交付した者は手付の返還を求めることもできる。

第4節

売買の契約内容不適合^(売主の担保責任)等 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 売主の担保責任の性質					○		○					
2 売主の担保責任の内容	○	○		○	○		○		○	○	○	
3 担保責任に関する特約							○					
4 権利の全部が他人に属する場合				○	○						○	

1 売主の担保責任の性質

⇒16 債務不履行に関してはすでに学習したが、民法は、特に重要な売買に際して、その目的物などが契約内容に適合しない場合の債務不履行の特則を設けている（これを売主の担保責任という）。

なお、ここで学習する担保責任に関する民法の定めは、後に学習する請負契約や賃貸借契約など他の有償契約に準用されている（559条）。

⇒17 2 売主の担保責任の内容

1. 引き渡された目的物が種類・品質に関して契約の内容に適合しないものであるとき



ケース・スタディ 12

建売住宅を買ったが、契約時に屋根に穴があいていて、住んでみると雨漏りがする。



買主はどんなことを主張できるだろうか。



上記のケースが、「引き渡された目的物が種類・品質に関して契約の内容に適合しないもの」のケースに該当するときは、買主は、次のようなことを主張できる。

(1) 買主の追完請求権 (562条)

売主は不完全な履行をしたことになるから、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。なお、「売主の責めに帰すべき事由」は、追完請求権の要件ではない。

ただし、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。

なお、不適合が、買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、上記の追完請求をすることができない。

(2) 買主の代金減額請求権 (563条)

買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないときは、買主は、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる。なお、「売主の責めに帰すべき事由」は代金減額請求権の要件ではない。

ただし、次の場合には、買主は、催告をすることなく、直ちに代金の減額を請求することができる。

- ① 履行の追完が不能であるとき。
- ② 売主が履行の追完を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- ③ 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合（このような行為を定期行為と呼ぶ）において、売主が履行の追完をしないでその時期を経過したとき。
- ④ そのほか、買主が催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき。

なお、不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、代金の減額請求をすることができない。

(3) 買主の損害賠償請求及び解除権の行使 (564条)

上記のケースは債務不履行だから、債務不履行のところで学習した通り、買主は、原則として、損害賠償の請求 (415条) や解除権の行使 (541条・542条) もできる。

したがって、売主（債務者）の責めに帰することができない事由によるものであるときは、損害賠償請求はできないし（415条1項ただし書）、解除権の行使に、売主（債務者）の責めに帰すべき事由は必要ではないが、買主（債権者）の責めに帰すべき事由によるときは、買主は、解除できない（543条）。

(4) 担保責任の期間の制限 (566条)

いつまでも責任を問われるのは売主に酷であることから、買主がその不適合を知った時から1年以内にその旨を売主に通知しないときは、買主は、その不適合を理由として、上記の履行の追完の請求等を行うことができない（なお、この期間の制限を受けるのは、1.～3.の「契約不適合」の場合のうち、種類又は品質に関して契約不適合の場合だけであり、次の2.3.の場合は適用されない）。

ただし、売主が引渡しの時にその不適合を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この期間の制限を受けない。

2. 引き渡された目的物が数量に関して契約の内容に適合しないものであるとき



ケース・スタディ 13

坪単価 10 万円で 100 坪と明示された売買により土地を取得した買主が、その土地を実測したところ、90 坪しかなかった。



買主はどんなことを主張できるだろうか。



上記のケースが、「引き渡された目的物が数量に関して契約の内容に適合しないもの」のケースに該当するときは、1. と同様、買主は、次のようなことを主張できる。

- (1) 買主の追完請求権（562 条）
- (2) 買主の代金減額請求権（563 条）
- (3) 買主の損害賠償請求及び解除権の行使（564 条）

3. 売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しない場合



ケース・スタディ 14

土地を買ったが、その土地に地上権や質権が設定されていた。また、300m²の土地の売買契約が成立したが、その土地のうち、100m²が売主のものでなかった。



買主はどんなことを主張できるだろうか。



上記のケースが、「移転した権利が契約の内容に適合しない場合（権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しないときを含む）」のケースに該当するときは、1. と同様、買主は、次のようなことを主張できる（565 条）。

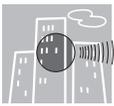
- (1) 買主の追完請求権（562 条）
- (2) 買主の代金減額請求権（563 条）
- (3) 買主の損害賠償請求及び解除権の行使（564 条）

3 担保責任に関する特約

⇒18 特約により、担保責任を免除したり、責任の内容を変えることができる。

ただし、売主が知っていながら買主に告げなかった事実、第三者に対し自ら設定し又は譲り渡した権利については、責任を免れることはできない（572 条）。

⇒17 **4 権利の全部が他人に属する場合**



ケース・スタディ 15

ある土地について、A を売主、B を買主とする売買契約が成立した。ところが、その土地の所有者は C であった。



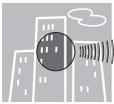
買主Bはどんなことを主張できるだろうか。



この売買契約は無効ではなく、**有効**である。〈Cに、A B間の契約締結時から他に売却する意思がなくとも有効である（判例）〉



AはCからその土地の所有権を取得して、これをBに移転する義務を負う（561条）。売主がその義務を果たさないときは、**債務不履行一般の規定に従って処理**される（損害賠償請求や解除権の行使）。



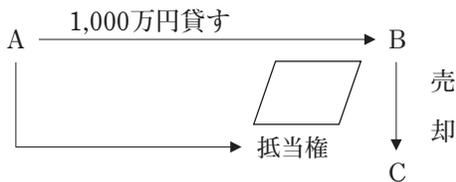
ケース・スタディ 16

Bは、Aから1,000万円を借入れ、自己所有の土地に抵当権を設定し、その登記もした。

その後、Bは、この土地をCに売却したが、抵当権の実行によりCがこの土地の所有権を失ってしまった。



買主Cはどんなことを主張できるだろうか。



抵当不動産の売主Bは、買主Cに対して、その不動産の所有権を移転する義務を負うが、抵当権の実行によりCがその不動産の所有権を失ったときは、Bは、Cに対して、その**所有権移転義務を果たすことができなかった**ことになる。この場合、**債務不履行一般の規定に従って処理**され、Cは、原則として、Bに対して損害賠償請求や解除権を行使することができる。

Advanced Study

一般の消滅時効の規定の適用 ★

現行の「引き渡された目的物が種類・品質に関して契約の内容に適合しないものであるとき」に該当する、旧「瑕疵担保責任」に基づく損害賠償請求権には消滅時効の規定の適用があり、買主が売買の目的物の引渡しを受けたときから、10年の消滅時効（旧167条1項）に服するとする判例がある。つまり、例えば、買主が損害賠償請求をするためには、消滅時効の規定の期間内に請求の意思表示をする必要がある。

第5節

危険負担等 ★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 危険負担					○			○	○		○	
2 履行遅滞中等の履行不能と帰責事由												
3 停止条件						○						
4 買戻し特約											○	

1 危険負担

家屋の売買契約がなされた際、例えば、類焼や地震など当事者双方の責めに帰することができない事由によって、その家屋が焼けたり倒壊したような場合、買主は代金の支払いを拒むことができるのかというのが危険負担の問題である。特約がなければ、次のようになる。

⇒19 1. 危険負担の原則

民法は、公平の観点から、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者（上記の例なら家屋の引渡しを受ける権利を持っている買主）は、反対給付の履行を拒むことができることを原則としている（536条1項。なお、買主等債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。536条2項）。

この規定を前提とすると、上記の家屋の売買のケースなら、買主は代金の支払いを拒むことができるのが原則ということになる。しかし、次の2.に要注意。



2. 売買の場合の危険の移転（売買の場合の特則）

危険負担が最も問題となる売買契約に関しては、売主が買主に特定した目的物を引き渡した場合において、その引渡しがあった時以後に、前述のように、その目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができず、この場合、買主は、代金の支払を拒むことができない（567条1項）。つまり、引渡し以後は、買主が危険を負担することになる。

なお、売主が契約の内容に適合する目的物をもって、その引渡しの債務の履行を提供したにもかかわらず、買主がその履行を受けることを拒んだような場合（受領遅滞という）も、同様に扱われる（567条2項）。つまり、買主が危険を負担することになる。

2 履行遅滞中等の履行不能と帰責事由

次のような場合は、直接には当事者双方の責めに帰することができない事由による不能でも、異なる扱いをされる（413条の2）。

⇒20 1. 履行遅滞中の履行不能

債務者がその債務について遅滞の責任を負っている間に、当事者双方の責めに帰することができない事由によってその債務の履行が不能となったときは、その履行の不能は、債務者の責めに帰すべき事由によるものとみなされる。

2. 受領遅滞中の履行不能

債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合（このようなことを、受領遅滞と呼ぶ）において、履行の提供があった時以後に当事者双方の責めに帰することができない事由によってその債務の履行が不能となったときは、その履行の不能は、債権者の責めに帰すべき事由によるものとみなされる。

3 停止条件

⇒21 停止条件付の契約とは、契約の効力の発生を不確実な事実にかからせる契約のことをいう。例えば、AとBとの間で、A所有の家屋について、「Aの転勤が決まったらBに売る」という内容の売買契約が締結されたような場合である。停止条件付の契約は、当事者が、条件が成就した場合の効果を成就した時以前にさかのぼらせる意思を表示したときを除いて、停止条件が成就した時からその効力を生じる（127条1項・3項）。つまり、停止条件付契約が有効に成立しても、停止条件の成否未定の間は、契約としての効力は生じていない。ただし、条件の成就によって利益を受ける当事者は、条件の成否未定の間でも、その利益に対する期待をもっている（一種の期待権といえる）。

⇒21 1. 条件付権利の侵害禁止

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、条件の成就によってその法律行為から生ずる相手方の利益を害してはならない（128条）。条件付きの法律行為においては、条件の成就によって利益を受ける当事者は、条件の成否が未定である間でも、その利益に対する期待を持っているからである。

⇒22 2. 条件付権利の処分など

条件の成就によって利益を受ける当事者は、条件の成否が未定である間でも、その利益に対する期待を持っている。そこで、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、普通の権利と同様に、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）。

⇒23 3. 条件成就妨害の効果

条件の成就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1項）。なぜなら、条件成就を妨げるという信義に反する行為をした者に、それによって不利益を免れさせるのは不当だからである。同様に、条件の成就によって利益を受ける当事者が不正にその条件を成就させたときは、相手方は、その条件が成就しなかったものとみなすことができる（130条2項）。

4. 不能条件

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）。実現不可能だからである。

4 買戻し特約



ケース・スタディ 17

Aは、Bとの間で、自己所有の土地建物を3,000万円で売却する契約を締結したが、10年後にこの土地建物を自分に買い戻させてくれという特約を付けた。このようなことは可能なのだろうか。



ケースの場合、10年後に、AはBから土地建物を買い戻すことができる。このように買戻し特約は、自分が一度売った不動産を買い戻すことによって売買契約前の状態に戻るのもので、一種の約定解除権の設定である。一般に債権担保の目的で用いられる。

なお、Aは、A B間の売買契約と同時に買戻しの特約を登記していれば、その後その不動産をBから取得した第三者にも対抗することができる（581条1項）。

Advanced Study

1. 買戻し特約の要件 ★

- (1) 不動産に限られている (579 条)。
- (2) 売買契約と同時にしなければならない (579 条)。
- (3) 買戻しの期間

定めた場合は、10 年以下で定めなければならない。10 年を超えて定めた場合は、10 年に短縮される (580 条 1 項)。また、一度定めた期間を後で伸長することもできない (580 条 2 項)。他方、定めなかった場合は、5 年以内に買戻さなければならない (580 条 3 項)。

- (4) 買戻し代金

当事者間に特約がない限り、売買代金に契約の費用を加えた額とされている (579 条)。つまり、原則として、売買代金と契約の費用を支払えば、買戻しができる。

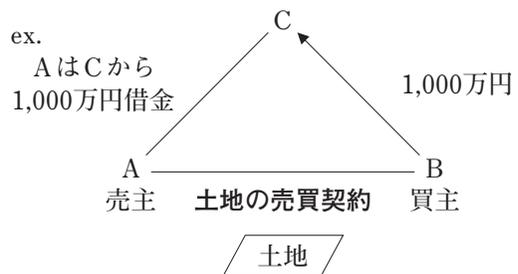
2. 売買予約 ★

売買予約とは、将来当事者間に本契約を締結させることを目的とする契約をいう。民法が定める売買の一方の予約の場合、売買予約で定められた予約権利者が、予約完結権を行使する (本契約を成立させる意思表示をする) ことによって、相手方の承諾がなくても、売買契約が成立する (556 条 1 項)。

また、この予約完結権という権利は、自由に譲渡することができる。

3. 第三者のためにする契約 ★

契約により、当事者の一方 (ex. 下記のケースの買主 B) が、第三者 (ex. C) に対して、ある給付をすること (ex. 本来売主 A に支払うべき代金 1,000 万円を支払うこと) を約したときは、その第三者は、債務者 (ex. B) に対して直接にその給付を請求する権利を有するとされている (537 条 1 項)。給付手続きを簡略化する目的で、契約から発生する権利を第三者 (受益者という) に直接取得させる内容の契約を認めたものである。なお、この第三者の権利は、その第三者が債務者に対して当該契約の利益を享受する意思表示した時に発生するものとされている (537 条 3 項)。



4. 期間の計算（138条～143条）★

- (1) 日、週、月又は年によって期間を定めたとき（午前0時から始まるときを除く）は、期間の初日は、算入しない（初日不算入の原則）。
- (2) 週、月又は年によって期間を定めたときは、その期間は、暦に従って計算する。週、月又は年の初めから期間を起算しないときは、その期間は、最後の週、月又は年においてその起算日に応当する日の前日に満了する。ただし、月又は年によって期間を定めた場合において、最後の月に応当する日がないときは、その月の末日に満了する。
- (3) 期間の末日が日曜日・祝日等に当たるときは、（その日に取引をしない慣習がある場合に限り、）期間は、その翌日に満了する。



第1節 債務不履行

1. 売買契約のような双務契約においては、原則として、当事者それぞれの義務は同時履行の関係にあり、当事者双方は同時履行の抗弁権を有する。なお、不動産の売買契約において、買主の売買代金支払義務と、売主の所有権移転登記協力義務とは同時履行の関係にあり（判例）、また、未成年等を理由とした契約の取消しによる双方の返還義務も、同時履行の関係にある（判例）。
2. 債務不履行が、契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、損害賠償請求はできない。他方、債務不履行による解除をするためには、債務者の責めに帰すべき事由（帰責事由）は必要ではない（なお、債務不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、解除をすることができない）。
3. 履行遅滞の場合、債権者は、原則として、相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がなされないときに、契約を解除することができる。
4. 履行不能の場合は、直ちに契約を解除することができる。
5. 債務不履行では、履行がなされた場合であっても、契約を解除した場合であっても、損害賠償の請求をすることができる。
6. 債務の不履行又はこれによる損害の発生・拡大に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、職権で、これを考慮して、損害賠償責任及びその額を定めることができる（判例）。
7. 損害賠償額の予定が定められているときは、実損額にかかわらず（損害の発生と額の証明は不要）、原則として、その予定額により損害賠償がなされる（判例）。
8. 金銭債務は履行不能とはならず、不可抗力をもって抗弁とすることもできない。また、損害賠償額の予定が定められていない場合であっても、損害の証明をすることなく、原則として、債務者が遅滞の責任を負った最初の時点における法定利率によって遅延利息を受領できる。

第2節 契約の解除

9. 解除権の行使は相手方に対する一方的意思表示によってなされるが、それを撤回することはできない。
10. 債務不履行の場合、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる（軽微であるときは、解除できない）。ただし、債務者がその債務の履行をせず、債

権者が催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき等、債務不履行によって目的達成ができなくなったような場合は、債権者は、**催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。**

11. 契約が解除されれば、両当事者は、**原状回復義務**（契約当事者の原状回復義務は**同時履行の関係**にある）を負うが、返還すべきものが**金銭**の場合は**受領の時からの利息**を付けて、また、金銭以外の物を返還するときは、その受領の時以後に生じた**果実**や**使用利益**（判例）をも返還しなければならない。
12. 解除による原状回復によって**第三者の権利を害することはできない**。第三者は、**善意・悪意を問わない**が、不動産の場合には**登記を備えている必要がある**（判例）。
13. 解除権の行使について期間の定めがないときは、相手方は、解除権を有する者に相当の期間を定めて「解除するかどうか」**催告**をすることができ、その期間内に解除の通知を受けないときは、**解除権は消滅**する。

第3節 手付

14. 手付について特に**約定がない**ときは、**解約手付と推定**される。
15. 解約手付を交付しているときは、**相手方が契約の履行に着手するまで**であれば、**買主からは手付の放棄**、**売主からは手付の倍返し**（現実の提供必要）をすることによって**契約の解除**ができる。また、解約手付による契約の解除の場合は、別に**損害賠償を請求することはできない**。

第4節 売買の契約内容不適合（売主の担保責任）等

16. 民法は、**売買に際して**、その目的物などが**契約内容に適合しない場合の債務不履行の特則**を設けている（**売主の担保責任**）。この定めは、**請負契約や賃貸借契約等の有償契約に準用**される。

17. 売買の契約内容不適合（売主の担保責任）のまとめ

	内 容	1年の 期間制限
①目的物が種類・品質に関して契約内容不適合	(1) 買主の追完請求権 目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、売主には、変更権あり。	あり
②目的物が数量に関して契約内容不適合	不適合が、買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、追完請求できない。	なし
③権利が契約内容不適合	(2) 買主の代金減額請求権 買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないとき、代金の減額を請求できる（ただし、追完が不能であるとき等は、直ちに代金減額請求できる）。 不適合が、買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、代金減額請求できない。 (3) 買主の損害賠償請求及び解除権の行使 ①②③は債務不履行だから、損害賠償の請求（売主の責めに帰することができない事由によるものであるときは、損害賠償請求はできない）や解除権の行使（売主の責めに帰すべき事由は必要ではないが、買主の責めに帰すべき事由によるときは、買主は、解除できない）もできる。	

※他人物売買契約は有効である。〈売買契約締結時から、所有者に他に売却する意思がなくとも有効である（判例）〉。そして、売主が目的物の移転義務を果たさないときは、債務不履行一般の規定に従って処理される（損害賠償請求や解除権の行使）。

18. 特約で担保責任に関して免除・軽減をすることができるが、売主が知っているながら買主に告げなかった事実や、第三者に対して自ら設定し又は譲り渡した権利については責任を免れない。

第5節 危険負担等

19. 当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者（例えば、家屋の買主）は、原則として、反対給付の履行を拒むことができる。

20. 債務者がその債務について遅滞の責任を負っている間に、当事者双方の責めに帰することができない事由によってその債務の履行が不能となったときは、その履行の不能は、債務者の責めに帰すべき事由によるものとみなされる。

21. 停止条件付の契約とは、契約の効力の発生を不確実な事実にかからせる契約

のことをいい、停止条件付の契約は、原則として、**停止条件が成就した時からその効力を生じる**。つまり、**停止条件付契約は、契約として有効に成立しても、条件の成就未定の間は契約の効力は生じていない**。ただし、各当事者は、条件の成否が未定である間、条件が成就した場合にその法律行為から生ずべき**相手方の利益を害してはならない**。

22. **条件の成否未定の間**における権利義務は、普通の権利と同様に、これを**処分・相続・保存**し、これに担保を供することができる。

23. 条件の成就によって不利益を受ける当事者が**故意に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。逆に、条件が成就することによって利益を受ける当事者が**不正にその条件を成就させた**ときは、相手方は、その条件が**成就しなかったもの**とみなすことができる。

第4章 代理

現代のように複雑な社会においては、すべての事を自分1人で処理するのは難しいことです。無理をして自分で処理しても、あまり知識のないことだと、却ってトラブルに巻き込まれたりすることも珍しくありません。そこで、現代の社会においては、自分の代わりに誰かに契約などの法律行為をしてもらうという可能性もでてきます。たとえば、家主が忙しいので、入居者との契約を宅建業者に依頼する場合です。このように「自分の代わりに他人に契約などをしてもらい、その効果を受ける」というしくみを「代理」といいます。

この章では、「代理」の要件や、「代理」によってなされた行為の効果などについて学習していくことになります。

第1節

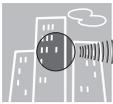
代理 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 代理のしくみ												
2 代理権の発生と範囲					○							
3 代理人の行為能力		○				○						
4 代理権の消滅		○				○						
5 自己契約・双方代理・利益相反行為						○			○			
6 代理行為		○										
7 復代理					○							

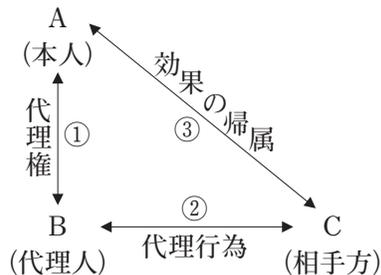
1 代理のしくみ

1. 代理とは



ケース・スタディ 18

AはBに、Aの代理人としてA所有の土地を売却するよう依頼をした。Bは、土地の購入を希望していたCと会って交渉し、AC間に売買契約を締結させた。



- ① AがBに代理権を与える（委任契約に基づく場合は委任状を交付するのが一般的である）。
- ② BはAに代わって本人のためにすることを示して（顕名という）法律行為（契約など）を行う。これを代理行為という。

⇒1 ③ Bが行った行為は、すべてAに対して直接にその効力が生じる（99条）。したがって、BC間の合意によって、AC間に売買契約が成立する。



2. 代理の種類

代理には任意代理と法定代理がある。任意代理というのはケース・スタディのように本人の意思に基づいて代理権が与えられる場合であり、法定代理というのは制限行為能力者の法定代理人のように、法律上代理権が与えられる場合である。任意代理と法定代理とは異なる点があるので注意すること。

2 代理権の発生と範囲

1. 代理権の発生

法定代理→法律の規定による。

任意代理→本人が代理権を与える旨の意思表示をすることによって発生する。

2. 代理権の範囲

法定代理→法律の規定による。

任意代理→代理権授与の際に定められた範囲となる。

⇒2

範囲が定められていない場合（権限の定めのない代理人という）は、次の行為しか行うことができない（103条）。

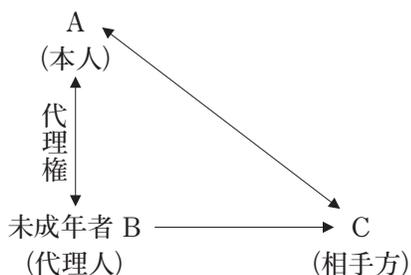
- ① 保存行為…現状を維持する行為
- ② 物又は権利の性質を変えない範囲での利用行為…収益をもたらす行為
- ③ 物又は権利の性質を変えない範囲での改良行為…価値を高める行為

3 代理人の行為能力

制限行為能力者が、代理人としてした行為は、制限行為能力を理由として取り消すことができるのだろうか。



ケース・スタディ 19



Aは未成年者Bに代理権を与え、自己所有の土地の売却を依頼した。Bは法定代理人の同意を得ずに相手方Cとの間で売買契約を締結したが、この契約はAにとって不利な契約となった。Aは、Bが未成年者であることを理由に、この売買契約を取り消すことができるであろうか。



制限行為能力者制度というのは制限行為能力者の財産保護を図るための制度である。ところで、代理人のした行為の効果はすべて本人に帰属するので、今このBが不利益になる行為をしたとしても損害を被るのはAであって、Bには何の影響もない。また、未成年者をあえて代理人に選んだのはAであるから、Aを保護する必要もない。したがって、Aはこの売買契約を取り消すことはできない。

⇒3 以上のように、制限行為能力者が**任意代理人**としてした行為は、行為能力の制限によっては**取り消すことができない** (102条本文)。ただし、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為については、取り消すことができる (102条ただし書き)。本人が代理権を与えたわけではないし、本人保護の必要があるからである。

4 代理権の消滅

本人・代理人に一定の事由が生じると、代理権は消滅する。消滅事由は法定代理と任意代理とは異なり、委任契約に基づく**任意代理**の場合は、**委任の終了事由**がそのまま適用される (111条、解除も含む)。

⇒4

	本人	代理人
法定代理	死亡	死亡・破産手続開始の決定 ・後見開始の審判
任意代理	死亡・破産手続開始の決定	死亡・破産手続開始の決定 ・後見開始の審判

※ 任意代理の場合、成年被後見人や破産手続開始の決定を受けた者を代理人にたてることはできるが、行為能力者である代理人が後見開始の審判を受けたり、代理人が破産手続開始の決定を受けたときは、代理権は消滅する。

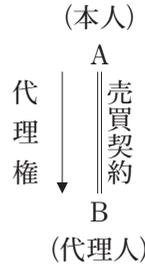
5 自己契約・双方代理・利益相反行為

1. 自己契約・双方代理

(1) 自己契約とは

代理人が相手方になること。

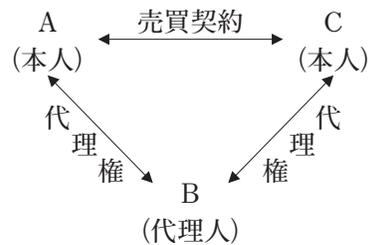
右図では、Aから土地の売却を依頼された代理人Bが自分を買主としてA B間に売買契約を締結させたという事例になっている。



(2) 双方代理とは

双方の代理人となること。

右図では、Aから土地の売却を依頼された代理人Bが、Cからも土地の購入の代理権を授与され、A C間に売買契約を締結させたという事例になっている。



⇒5 (3) 自己契約・双方代理の効果

自己契約や双方代理は、本人に不利益を与えるおそれがあるので、**原則**として、**無権代理行為**とみなされるが、次の場合には**例外的**に本人に効果が帰属する(108条1項)。

(例外)

- ① 本人があらかじめ許諾した行為
- ② 本人に不利益を生じさせるおそれのない単なる**債務の履行**

⇒5 2. 利益相反行為

自己契約や双方代理のほか、代理人にとって利益となるが、本人にとっては不利益となるような、**代理人と本人との利益が相反する行為**についても、**原則**として、**無権代理行為**とみなされる(108条2項)。

(例外) 本人があらかじめ許諾した行為

6 代理行為

代理制度の本質は、**実際に行動するのは代理人であり、代理人の行為の結果はすべて本人に及ぶ**というところにある。

⇒6 1. 顕名

代理人が代理行為を行う場合は、相手方に「**本人のためにする**」ことを示して行わなければならない。本人のためにすることを示さずに行った行為の結果は、**原則として本人に帰属しない**(代理人が自分自身のために行ったとみなされる、100

条本文)。ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知っていたとき、又は、知ることができたときは、行為の効果は本人に帰属する（同条ただし書）。

⇒7 2. 代理行為の瑕疵

代理人が相手方に対してした意思表示の効力が意思の不存在、錯誤、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若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には、実際に行動するのは代理人であるから、その事実の有無は、**代理人について決するのが原則**である（101条。なお、例えば、相手方が代理人を相手に心裡留保によって意思表示をした場合のように、相手方が代理人に対してした意思表示の効力が意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又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も、その事実の有無は、代理人について決するのが原則である）。ただし、**特定の法律行為の委託**がある場合、**本人が悪意や有過失であれば、代理人の善意や無過失を主張できない**（同条3項）。

一方、効果を受けるのは本人だから、本人側が取り消すことができる場合には、代理人ではなく**本人が取消権をもつ**。もちろん、代理人に取消権の代理権まで与えている場合には、代理人も取り消すことができる。



ケース・スタディ 20

1. Aの代理人Bが、Cの強迫により、Cと土地の売買契約を結んだ場合、BC間の売買契約は取り消すことができるものとなる。では、誰が取り消せるのだろうか。
2. A（本人）が、C（相手方）の家屋の買入れをB（代理人）に依頼し、BがCと売買契約を結んで、登記もCからAに移転したが、実はこの家屋は、Dが債権者の差押えを免れるため、Cと通謀して、Cに仮装譲渡していたものだった場合、Bがそのことについて善意でも、Aが悪意であったときは、Aは、この家屋を取得できるのだろうか。



1. の場合、代理人のした意思表示の効果は直接Aに帰属するので、強迫を理由とする取消権もAに帰属する。
2. の場合、Aは、悪意であるから、Bが善意であることを主張できず、悪意の第三者としてDに対抗できない。したがって、Aは、この家屋を取得することができない。

7 復代理

復代理人というのは代理人が選任する本人の代理人のことである（106条）。例えば未成年者の親権者が病気のため、復代理人を選任し、復代理人が未成年者のために代理行為を行うと、その効果は本人である未成年者に帰属する。

⇒4 1. 復代理人の選任と責任

復代理人を自由に選任できるかどうか、また、代理人が復代理人のした行為についてどの程度責任を負うかについては、法定代理と任意代理とで異なる。

(1) 法定代理

選任…いつでも自由に選任することができる。

責任…全責任を負う。この場合において、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のみ責任を負えばよい（105条）。

(2) 任意代理

選任…原則として選任することはできない。

信頼できると思った人をわざわざ代理人としたからである。

ただし、次のいずれかの場合には選任できる（104条）。

- ・本人の許諾があった場合
- ・やむを得ない事由がある場合

責任…復代理人の不始末に関しては、代理人は、本人に対して、本人と代理人との間の事務処理契約の債務不履行として責任を負うことになる。

2. 復代理人の立場

⇒8 復代理人はあくまでも本人の代理人であって、代理人の代理人ではない。したがって、復代理人のした行為の効果は、直接本人に帰属する（106条1項）。復代理人の代理権の範囲は、代理人の代理権の範囲を越えることはない。また代理人の代理権が消滅すると、復代理人の代理権も消滅する。

なお、復代理人を選任しても、代理人は代理権を失わない。

Advanced Study

1. 日常家事債務 ★

日常家事に関しては、夫婦は、相互に代理権を有する（761条、判例）。日常家事とは、夫婦の共同生活に必要な一切の事項のことである。そこで、夫婦の一方は、個別に代理権の授権がなくとも、日常家事に関する事項について、他の一方を代理して法律行為をすることができると思われる。

2. 復代理人の義務 ★

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、特別の事情がないかぎり、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、もし復代理人が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消滅する（106条2項、判例）。

3. 代理権の濫用 ★★

Aが、自己所有の甲土地の売却に関する代理権をBに授与し、BがCとの間で、Aを売主、Cを買主とする甲土地の売買契約を締結した場合、Bが売買代金を着服する意図でこの契約を締結し、Cが契約の締結時点でそのことを知っていたときであっても、この契約の効果はAに帰属するだろうか。それとも代理権がないものと扱われるのだろうか。

このようなBの行為を代理権の濫用と呼ぶ。

民法は本人保護の見地から、代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなすとしている（107条）。

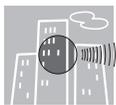
⇒9 2. 表見代理の効果

相手方は、表見代理の成立を主張して、**本人に履行を求めることができる。**

代理人であるような外観の作出について落ち度のある本人よりも、代理人であると正当に信頼した相手方を保護してあげる必要があるからである（外観を正当に信頼した者を保護してあげようという考え方を**外観法理**という）。

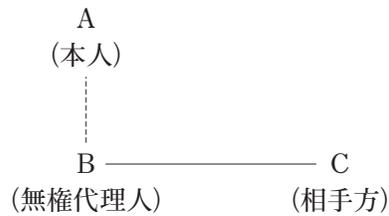
3 (狭義の) 無権代理

無権代理人の行った行為は、表見代理が成立する場合を除いて、その行為の効果は本人に及ばないのが原則である（なお、「無権代理と相続」に関する法律関係については、後出の Advanced Study 参照）。



ケース・スタディ 21

BはAの代理人と称して、Cとの間でA所有の土地の売買契約を締結した。AはBに代理権を与えた旨の表示をした事実はなく、また、Bは何らの代理権も有していなかった。このような場合、本人や相手方はどんなことができるのだろうか。



⇒11 1. 本人の追認権

本人にとって、無権代理人の行った行為が有利に働くような場合、本人は**追認**して無権代理人の行った行為の効果を受けることができる（113条1項）。

上記のケースでは、Aは、Bの無権代理行為を追認することができる。追認をすると、その効果は、原則として、**行為をした時にさかのぼる**（116条）。つまり、BがCとの間で無権代理行為を行った時にさかのぼって**確定的に有効**となる。ただし、それによって第三者の権利を害することはできない（116条ただし書）。

追認は、相手方又は無権代理人のどちらに対してしてもよいが、**無権代理人に対して追認したときは、相手方がこれを知るまでは、本人は、相手方に対して追認の効果**を主張できない（113条2項）。また、追認は、善意の相手方が取消権を行使すると、もはやできなくなる。→後述 2.(2)参照

⇒15 2. 相手方の保護規定

無権代理人と取引をしたCは、不安定な立場におかれる。そこで、CにはBが無権代理人であることを知っていたかどうかによって、以下のような権利が与えられる。

⇒12 (1) 催告権（114条）

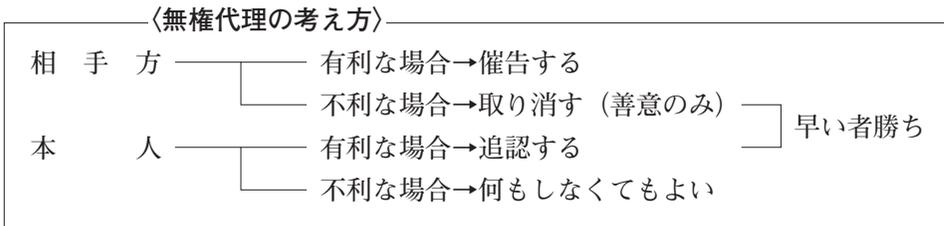
Cは、Aに対して、**相当の期間を定めて「追認するか、追認を拒絶するか」**を確答すべき旨の**催告**をすることができる。この場合において、その期間内にAか

らの確答がない場合は、Aは、追認を拒絶したものとみなされる。

この催告権は、Cが悪意であっても行使することができる。

⇒13 (2) 取消権 (115条)

Cが善意であれば、この契約を取り消すことができる。ただし、この取消しは本人が追認をすると、もはや行使することはできない。つまり、本人の追認と善意の相手方の取消しは早い者勝ちということになる。



⇒14 (3) 無権代理人への責任追及権 (117条)

Bは、自己の代理権を証明したとき、又は、Aの追認を得たときを除き、Cの選択に従い、Cに対して履行又は損害賠償の責任を負う。

ただし、以下のいずれかに該当すれば、Bは責任を負わない。

- ① Bが代理権を有しないことをCが知っていたとき
- ② そのことをCが過失によって知らなかったとき (ただし、Bが自己に代理権がないことを知っていたときは、Bは責任を負う)
- ③ Bが制限行為能力者であったとき

4 表見代理と無権代理

表見代理が成立する場合でも、同時に無権代理であることに変わりはないので、狭義の無権代理に関する規定も適用対象となる。

⇒15 したがって、表見代理が成立する場合であっても (相手方は善意無過失であるので)、相手方は、取消権や無権代理人に対する責任追及権を**選択的**に行使することができる (判例)。

Advanced Study

1. 無権代理人が本人を単独で相続した場合 ★★

無権代理人Bが本人Aを単独で相続し、本人と代理人の資格が同一人に帰した場合には、本人自ら法律行為をしたと同様な法律上の地位を生じ、本人を相続した無権代理人Bは、本人としての地位に基づいて、無権代理行為による契約の効力を否定することはできないとする判例がある。つまり、当然にBに効果が帰属する。

2. 本人が無権代理人を単独で相続した場合 ★★

本人Aが無権代理人Bを単独で相続した場合、本人としての地位と無権代理人の地位が併存することになり、相続人たる本人Aが、被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反しないから、追認拒絶することができるとの判例がある（なお、本人は無権代理人の相続人として、無権代理人の責任を負うことがある。判例）。



第1節 代理

1. 代理行為の効果は、すべて本人に帰属する。
2. 権限の定めのない代理人は、保存行為（現状を維持する行為）、物又は権利の性質を変えない範囲での利用行為・改良行為（収益をもたらしたり、価値を高める行為）のみ行うことができる。
3. 制限行為能力者が任意代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができない。ただし、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為については、取り消すことができる。
4. 法定代理・任意代理の消滅事由と復代理

	代理権の消滅原因	復代理人選任が可能な場合	復代理人についての責任
法定代理	<ul style="list-style-type: none"> ・本人の死亡 ・代理人の死亡、破産手続開始の決定、後見開始の審判 	いつでもできる	すべての責任（やむを得ない場合は選任・監督責任）
任意代理	法定代理の原因に加え、委任契約の終了（本人に破産手続開始の決定、解除）	<ul style="list-style-type: none"> ・本人の許諾あるとき ・やむを得ない事情のあるとき のいずれか	本人・代理人間の事務処理契約の債務不履行としての責任を負う

5. 自己契約・双方代理は、原則として無権代理行為とみなされるが、本人があらかじめ許諾した行為や、本人に不利益を与えるおそれのない債務の履行については、例外的に本人に効果が帰属する。また、代理人と本人との利益相反行為についても、本人があらかじめ許諾した行為を除いて、無権代理行為とみなされる。
6. 代理行為を行う場合は顕名しなければならず、顕名をしなかった場合、相手方が、代理人が本人のためにすることについて善意無過失のときは、効果は本人に帰属せず、代理人が自分のために行ったものとみなされる。
7. 意思表示の瑕疵や善意・悪意等は、代理人を基準に判断する。ただし、特定の法律行為の委託がある場合、本人が悪意や有過失のときは、代理人の善意や無過失を主張できない。また、取消権は本人に帰属する。
8. 復代理人は本人の代理人であって、その行為の効果は本人に帰属する。また、復代理人の代理権の範囲は代理人の代理権の範囲を越えることはなく、代理人の代理権が消滅すると復代理人の代理権も消滅する。ただし、復代理人を選任

しても、代理人は代理権を失わない。

第2節 無権代理

9. 表見代理が成立すると、無権代理人の行った行為の効果は本人に及び、相手方は本人と有効に取引をしたことになる。

10. 表見代理の成立要件

①相手方が善意無過失（権限があると信ずる正当の理由がある）であり、かつ②次の(a)から(c)のいずれかにあたる場合である（(a)や(c)の場合で、表示された代理権の範囲を越えたときや、消滅前の代理権の範囲を越えたときも含む）。

(a)実際には代理権を与えていないのに、他人に代理権を与えたと本人が表示し、その他人がその代理権の範囲内において代理行為をした場合

(b)代理人が与えられた代理権の範囲を越えて代理行為をした場合

(c)代理権が消滅した後、代理人だった者が、その代理権の範囲内で代理行為をした場合

11. 無権代理人が行った代理行為は、表見代理が成立する場合を除き、本人に効果は及ばないが、本人が追認をすると、原則として、行為の時にさかのぼって契約が確定的に有効となる。この追認は、相手方又は無権代理人のどちらに対してしてもよいが、無権代理人に対して追認したときは、相手方がこれを知るまでは、本人は相手方に対して追認の効果を主張できない。

12. 相手方（善意・悪意を問わず）は、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、期間内に本人の確答がない場合は、本人は追認を拒絶したものとみなされる。

13. 行為時

本人の追認まで



善意の相手方は契約を取り消せる

14. 無権代理人への責任追及

無権代理人は、自己の代理権を証明したとき、又は、本人の追認を得たときを除き、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。ただし、次のいずれかに該当すれば責任を負わない。

① 相手方が悪意のとき

② 相手方が過失によって知らなかったとき（ただし、無権代理人が自己に代理権がないことを知っていたときは、無権代理人は責任を負う）

③ 無権代理人が制限行為能力者であったとき

15. 無権代理の相手方が保護される場合のまとめ（相手方の善意・悪意等）※1
○…保護される場合、×…保護されない場合

	善意		悪意
	無過失	有過失	
催告権	○		○
取消権	○		×
無権代理人への責任追及権	○	×※2	×
表見代理	○	×	×

※1 相手方は、要件を満たせば選択的に行使できる（判例）。

※2 ただし、無権代理人が自己に代理権がないことを知っていたときは、無権代理人は責任を負う。

第5章 時効制度

「時効」という言葉から、皆さんはどんなことを思い浮かべるでしょうか。刑事ドラマの未解決事件等が思い浮かぶかもしれません。

ところで、こういった時効制度というのは刑事関係の時効制度の話ですが、民法にも時効制度があります。借金をして長い間返さな
いでいると、もう返さなくてよくなったり、他人の物を使っているとそれが自分のものとなったりする制度です。

この章では民法の時効制度について学習していきます。

第1節

時効 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 時効制度												
2 取得時効		○	○					○				○
3 消滅時効		○	○					○				
4 時効の完成猶予と更新							○		○			
5 時効完成の効力					○	○			○			

1 時効制度

一定の事実状態が、一定期間継続した場合に、その継続した事実状態を権利関係に高める制度である。

1. 時効の種類

- (1) 取得時効…今までもっていなかった権利をもつ（無→有）。
ex. 他人の土地を一定期間使っていると、その土地が自分のものになる。
- (2) 消滅時効…今までもっていた権利や負っていた義務がなくなる（有→無）。
ex. 借金は一定期間経つとなくなり、もう返さなくてよくなる。

2. 時効制度の必要性

- (1) ある状態が長く続くと、人々はそれを正当なものと信頼し、その上に種々の法律関係が築かれる。
- (2) 時が経つと、ある状態がたとえ真実でないとしても、それを証明するのが困難になる。
- (3) 権利を長い間行使しなかった者を法は保護しない。

したがって、一定期間の途中で、取得時効については、権利をもっている者が「これはわたしの土地だから出ていけ」と言えば、残りの期間が経過しても取得時効は完成しないし、消滅時効については、お金を貸している者が「借金を返せ」と言えば、残りの期間が経過しても消滅時効は完成しないことがある。

2 取得時効

どんな権利をどれだけの期間で時効により取得することができるのであろうか。

1. 取得時効にかかる権利

所有権、地上権、永小作権、地役権（継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限る）、賃借権

⇒1 2. 時効期間

占有開始時の状態が

善意無過失…10年（162条2項）

悪意又は善意有過失…20年（同条1項）

あくまでも占有開始の時の状態であり、善意無過失で占有を開始した者が、その後事実を知ったとしても、10年で時効取得できる（判例）。

⇒1 3. 所有権の取得時効

所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有することが要件である（162条。所有の意思のある占有を自主占有、所有の意思のない占有を他主占有という）。そして、判例によれば、所有の意思の有無は、主観的ではなく、占有取得の原因事実により外形的・客観的に判断され、例えば、他人の権利の売買における買主の占有にも所有の意思があるとされる。したがって、家を借りて住んでいる者は所有の意思を持っていないので、何年たっても所有権を時効で取得することはできない。なお、土地の一部の占有及び時効取得も可能である（判例）。

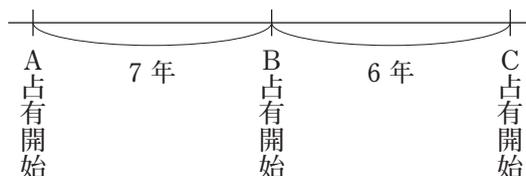
⇒2 4. 占有の承継

占有については、自分より前に占有していた人たち（相続における被相続人も含む。判例）の占有期間及び占有開始の状態を承継することができる（187条）。



ケース・スタディ 22

Aは、甲所有の土地について悪意で占有を開始した。7年後、Aはこの土地をBに売却した。Bは、この土地が実は甲の所有であることを過失なくして知らなかった。Bはこの土地を6年間占有した後、悪意のCに売却した。Cはあと何年この土地の占有を続ければ、時効取得することができるのであろうか。





- ① Cは悪意で占有を開始したので、20年経過しないと取得できない。
- ② Aからの占有を承継すると、AとBの占有期間を合計して13年。
ただし、Aの占有開始の状態（悪意）も承継するので（187条2項）、Cはあと7年占有を続ければ、時効取得できる。
- ③ Bからの占有を承継すると、Cが悪意であってもBの占有開始の状態（善意無過失）も承継できるので、Cはあと4年占有を続ければ時効取得できる（判例）。



3 消滅時効

1. 消滅時効にかかる権利

所有権以外の財産権（地上権、永小作権、地役権）、債権（貸借権など）

※ 所有権は消滅時効にはかからない。また、債務者等が債務の弁済等をしない
 において、抵当権の時効消滅を主張するのは信義に反することから、抵当権も、
 債務者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時になければ、消
 滅時効にかからない（396条）。ただし、第三取得者等との関係では、抵当権は、
 20年で消滅時効にかかる（判例）。

2. 時効期間と起算点（166条～168条）

⇒3 (1) 消滅時効期間

① 債権（原則）	① 債権者が権利を行使することができることを知った時から、5年 ② 権利を行使することができる時から、10年（人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権については20年）※
② 債権又は所有権以外の財産権（地上権・永小作権・地役権など）	権利を行使することができる時から、20年

⇒4 ※ 「権利を行使することができる時」とは、客観的起算点のこと。

- ⇒4 (2) 各種債権の消滅時効の起算点
客観的起算点については、以下のようになる。

履行期による債権の分類	消滅時効の起算点
確定期限ある債権 (ex. 2023年10月1日に代金を支払う)	期限到来時
不確定期限ある債権 (ex. 父が死んだら代金を支払う)	期限到来時
期限の定めのない債権 (ex. 売買目的物の引渡し時期を定めていない)	債権の成立・発生時

3. 確定債権の時効期間

- ⇒5 確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって確定した権利の消滅時効期間は、10年より短い時効期間のものであっても10年となる(169条1項)。公に確定された以上、短期消滅時効に服させる根拠に乏しいからである。なお、確定の時に弁済期の到来していない債権については、伸長されない(169条2項)。

⇒6 ⇒7 4 時効の完成猶予と更新

時効の完成猶予とは、その間、時効が完成しないことをいう。例えば、時効の進行中に、訴えが提起され、権利行使の意思が明らかになった場合等に認められる。他方、時効の更新とは、時効が新たにその進行を始めることをいう(それまで進行していた期間は、リセットされる)。例えば、確定判決によって権利が確定した場合等に認められる。以下は、代表的なもの。

	時効の完成猶予	時効の更新
裁判上の請求・支払督促等(147条)	裁判上の請求等の手続き事由が終了する(確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定することなくその事由が終了した場合にあっては、その終了の時から6か月を経過する)までの間は、時効は、完成しない。	確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定したときは、時効は、裁判上の請求等の事由が終了した時から新たにその進行を始める。
承認(152条)		権利の承認があったときは、その時から新たにその進行を始める。 なお、承認をするには、相手方の権利についての処分につき行為能力の制限を受けていないこと又は権限があることを要しない。

仮差押え等 (149条)	仮差押え等が終了した時から6か月を経過するまでの間は、時効は、完成しない。	
催告 (裁判外での請求) (150条)	催告の時から6か月を経過するまでの間は、時効は、完成しない。 なお、催告によって時効の完成が猶予されている間にされた再度の催告は、時効の完成猶予の効力を有しない。	
協議を行う旨の合意 (151条)	権利についての協議を行う旨の合意が書面又は電磁的記録でされたときは、一定の時（例えば、合意があった時から1年を経過した時）までの間は、時効は、完成しない。	
その他 未成年者等 (158条等)	例えば、時効の期間の満了前6か月以内の間に未成年者又は成年被後見人に法定代理人がないときは、その未成年者等が行為能力者となった時又は法定代理人が就職した時から6か月を経過するまでの間は、その未成年者等に対して、時効は、完成しない。	

5 時効完成の効力

⇒8 1. 時効の援用

時効が完成しても、当然にその権利を取得したり、債務が消滅するわけではない。

時効は、当事者（消滅時効にあっては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む）が、その利益を受けるべきことを主張（援用という）しなければ、時効完成の効力は生じない。裁判になっても、時効によって利益を受ける者から「時効が完成している」ということを主張しないと、裁判所の方から「時効になっていますよ」ということは言ってくれない（145条）。

なお、民法の基本原則として、権利の濫用はこれを許さないとされている（1条3項）ことから、消滅時効の援用について、一定の事情が認められる場合には、その援用が権利の濫用となり認められないことがある（判例）。

⇒9 2. 援用の効果

時効を援用すると、その効果は起算日にさかのぼる（144条）。

例えば、所有権の取得時効の場合は占有開始時からその者が所有していたことになり、貸金の消滅時効の場合は、通常返すべき時から借金がなかったことになる。

3. 時効の利益の放棄

⇒10 時効完成後、時効の利益を受けることを希望しない者は、**時効の利益の放棄**をすることもできる。ただし、時効の利益の放棄は、**時効完成前に行うことはできない**（146条。したがって、時効完成前になされた、時効の利益を放棄する旨の特約も無効である）。**時効の利益の放棄**をしても、**再び時効は進行を開始する**。

⇒11 また、**時効の完成を知らずに債務を承認した場合も、相手方はもはや援用しない**と思うので、その相手方の信頼を守ってあげるために、**援用することができなくなる**（判例）。

Advanced Study

1. 賃借権の時効取得 ★

賃借権は、債権ではあるが、占有を伴い、継続的に使用するものだから、**継続的用益**という外形的事実が存在し、賃借の意思に基づくことが客観的に表現されているときは、地上権と同様に、時効取得が認められる（判例）。なお、これは、所有権の時効取得ではなく、**賃借権の時効取得の話**であることに注意。

2. 新権原 ★

取得時効が認められるためには、**所有の意思が必要**である（162条）。この所有の意思に関しては、もともとは**所有の意思のない占有**でも、その占有者が、**新たな権原（新権原）**によりさらに**所有の意思をもって占有を始めれば、所有の意思のある占有**に変わるとされている（185条）。そして、判例は、**所有の意思のない占有者を相続した場合、相続人が相続財産の占有を承継しただけでなく、相続財産を新たに事実上支配することによって占有を開始し、その占有に所有の意思があるとみられるときは、相続人は、新権原により所有の意思をもって占有を開始したことになる**とする。

3. 時効の援用権者（後順位抵当権者）★

時効の効果を受けるためには、当事者（消滅時効にあっては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について**正当な利益**を有する者を含む）の援用が必要である（145条）。そして、**後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができなくとも、目的物の価格から抵当権の順位**

に応じて弁済を受けることができるという後順位抵当権者の地位が害されることはなく、権利の消滅について正当な利益を有する者にはあたらないと解される。したがって、後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができない（判例）。



第1節 時効

1. 所有権の取得時効の成立には、**所有の意思**ある（判例によれば、所有の意思の有無は、**占有取得の原因事実により外形的・客観的に判断**される。たとえば、**賃借権に基づく占有は、所有の意思なし**）・**平穩・公然の占有**（土地の一部の占有・時効取得も可能。判例）が必要であり、**占有開始時の状態が、善意無過失であれば10年（途中で悪意に転じても10年。判例）、悪意又は善意有過失であれば20年で完成する。**
2. 占有については、自分より**前の占有者**（相続における**被相続人も含む**。判例）の**占有期間及び占有開始の状態を承継**することができる。
3. **消滅時効**にかかる期間は、**債権又は所有権以外の財産権は、権利を行使することができる時から20年、債権は、原則として、**
 - ① **債権者が権利を行使することができることを知った時から5年**
 - ② **権利を行使することができる時から10年（人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権については20年）**
4. **消滅時効の客観的起算点と履行遅滞となる時期の比較**

	履行期による債権・債務の分類	消滅時効の起算点 (権利を行使できる時)	履行遅滞の時期
(1)	確定期限ある債権 (ex. 2023年10月1日に代金を支払う)	その期限の到来時	その期限の到来時
(2)	不確定期限ある債権 (ex. 父が死んだら代金を支払う)	その期限の到来時	期限の到来した後に、債務者が、履行の請求を受けた時、又は、期限の到来したことを知った時のいずれか早い時
(3)	期限を定めない債権 (ex. 売買目的物の引渡し時期を定めていない)	債権成立・発生時	債務者が履行の請求を受けた時

5. **確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって確定した債権の消滅時効期間は、10年より短い時効期間のものであっても10年となる。**
6. **時効の完成猶予事由**としては、裁判上の請求、仮差押え、催告、協議を行う旨の合意などがある。例えば、**裁判上の請求の場合、その手続き事由が終了するまでの間等は、時効は、完成しない。また、催告の場合、催告の時から6か月を経過するまでの間は、時効は、完成しない。**
7. **時効の更新事由**としては、裁判上の請求や承認などがある。例えば、**承認の**

場合、時効は、承認の時から新たにその進行を始める。

8. 時効の利益は、当事者（消滅時効にあつては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む）が援用しなければ、受けることができない。
9. 時効を援用すると、その効果は起算日にさかのぼる。
10. 時効の利益の放棄は、時効完成前にすることはできない。
11. 時効の完成を知らないで債務を承認した場合、援用することができなくなる（判例）。

第6章 債権の譲渡・消滅

契約を締結すると、当事者間に権利（債権）・義務（債務）が発生します。債権とは相手に一定の行為を請求する権利のことをいいますが、この債権は普通の物のように売ったり買ったりすることができます。

ところで、この債権や債務はいつなくなるのでしょうか。前章で時効制度という特殊な制度を学びましたが、基本的には契約の目的が達成されると、債権や債務は消滅します。つまり、その権利に対する義務が果たされたとき、権利や義務は消滅します。

この章では、そのようなことについて学習していきます。

ったときは、Bは、その債務の履行を拒むことができ、かつ、Aに対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってCに対抗することができる（466条3項。ただし、Bが債務を履行しない場合において、CがBに対して相当の期間を定めてAへの履行の催告をし、その期間内にAへの履行がないときは、Bは、Cへの債務の履行を拒むこと等はできない。466条4項）。なお、当該債権が、預貯金債権である場合に関しては、Advanced Study 参照。

(2) 債権の性質が譲渡に適さない場合（466条1項ただし書）

例) 画家に肖像画を描かせる債権

(3) 法律上禁止されているとき

例) 扶養請求権（881条）

2. 債権譲渡の成立要件

債権譲渡は、譲渡人と譲受人の合意（AとCの合意）によって成立する。

2 債権譲渡の対抗要件

⇒2 1. 債務者への対抗要件（467条1項、判例）

債権譲渡はAとCとの合意によって成立するが、Cが新債権者であることをBに主張するためには、次の対抗要件（いずれか1つでよい）を備えることが必要である（将来の債権の譲渡の場合も同様）。通知などによって債権譲渡の事実を債務者が知っていれば、債務者が二重に弁済してしまうおそれなくなるからである。

(1) A（譲渡人）からB（債務者）への通知

(2) B（債務者）の承諾→Aに対してでもCに対してでもよい。

⇒3 2. 二重譲渡の場合の譲受人間の対抗要件（467条2項）



ケース・スタディ 24

AはBに対する1,000万円の債権（弁済日は10月1日）をCへ900万円で譲渡した後、Dに対しても900万円で譲渡した。10月1日が到来し、C及びDはそれぞれBに対し弁済を要求した。CとDのどちらがBから弁済を受けることができるだろうか。



上記のケースのような債権の二重譲渡の場合、**確定日付のある証書による通知あるいは承諾**が対抗要件である（467条2項）。ごまかしを防ぐために確定日付が求められている。その結果、債務者は優先権のある譲受人のみを債権者と認め、その者に対して弁済しなければならない。

- (1) 一方のみが確定日付のある証書による通知あるいは承諾を具備している場合
確定日付のある証書による通知あるいは承諾のある方が弁済を受けられる。
 - ア) AからBへの通知の場合→内容証明郵便で通知する。
 - イ) Bの承諾の場合→Bの承諾書に公証役場で確定日付をもらう。
- (2) 両方とも確定日付のある証書による通知あるいは承諾を具備している場合
 - (1)のア)の場合
確定日付のある**通知が債務者Bに到達した日時** (ex. 内容証明郵便の配達時)
の早い方が弁済を受けられる (判例)。
 - (1)のイ)の場合
確定日付のある債務者Bの**承諾の日時の早い方が優先する** (判例)。
- (3) (2)で、同時の (たとえば通知が同時に到達した) 場合
各譲受人は、債務者に対して全額の弁済を請求することができ、債務者は、他の譲受人に弁済したなど債務の消滅事由がない限り、弁済を拒絶することはできない (判例)。この場合、債務者はいずれかに弁済すれば債務を免れる。

⇒4

3 債務者の抗弁等

1. 通知 (or 承諾) の効果 (468 条)

通知を受けた (又は承諾をした) 債務者 (B) は、通知を受ける (又は承諾。つまり、**対抗要件具備時**) までに譲渡人 (A) に対して主張できたこと (たとえば、Aに弁済をしたという事実) を、**譲受人 (C) に対しても主張することができる**。債務者の関与しない債権譲渡によって、債務者が不利益を受けるいわれはないからである。

2. 債権譲渡における債務者の相殺権 (469 条)

債務者のBは、**対抗要件具備時より前に取得した譲渡人Aに対する債権による相殺**をもって、譲受人Cに対抗することができる。

また、債務者Bが**対抗要件具備時より後に取得した譲渡人Aに対する債権**であっても、その債権が**対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権**であるとき等は、相殺をもって譲受人Cに対抗することができる (ただし、債務者Bが**対抗要件具備時より後に他人の債権を取得したときは、相殺をもって譲受人Cに対抗することはできない**)。

※ なお、1.2.のいずれに関しても、**譲渡禁止・制限特約付き債権が譲渡された場合**について特則が設けられているが、重要ではないのでここでは省略する。

Advanced Study

1. 譲渡制限・禁止の特約がなされた債権の譲渡と債務者の供託権（466条の2）★★

債務者は、譲渡禁止・制限の特約がなされた金銭債権が譲渡されたときは、その債権全額に相当する金銭を債務の履行地の供託所に供託することができる。この場合、供託をした債務者は、遅滞なく、譲渡人及び譲受人に供託の通知をしなければならない。

2. 譲渡制限の意思表示がされた債権の差押え（466条の4）★

債務者は、譲渡禁止・制限の特約をもって、強制執行をした差押債権者に対しては、対抗することができない。ただし、差押えをしたのが、悪意・重過失の譲受人の債権者であった場合は、債務者は、その債務の履行を拒むこと等ができる。

3. 預貯金債権に係る譲渡制限・禁止の特約の効力（466条の5）★

預貯金債権についての譲渡禁止・制限の特約は、その特約を知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対抗することができる（ただし、預貯金債権に対する強制執行をした差押債権者に対しては、債務者は、特約をもって対抗できない）。

4. 債務引受 ★

債務引受とは、債務を、債務者以外の他人が引き受けることである。この債務引受には、次の2種類がある。

併存的債務引受の場合、その引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担する（470条1項）。それに対して、免責的債務引受の場合は、その引受人は債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担するが、債務者は自己の債務を免れるというものである（472条1項）。

第2節

債権の消滅★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 債権の消滅												
2 弁済	○						○					
3 相殺				○		○						

1 債権の消滅

債権とは、ある特定の者（債権者）がある特定の者（債務者）に対して持つ一定の行為の請求権であり、契約によって発生するのが通常である。ただし、不法行為による損害賠償請求権のように、契約以外でも発生する場合がある。

このように発生した債権はどのような理由で消滅するのか。債権が消滅する原因には、既に学習した契約の取消し・解除・時効のほかに、弁済・代物弁済・供託・更改・免除・混同・相殺などがある。弁済、相殺については詳しく学習する。

1. 弁済（473条以下）

履行と同じ意味で、例えば借金をした場合に約束どおりに返済する、というように、債務の内容である給付を、その債務の本旨に従って実現する行為をいう。

⇒5 2. 代物弁済

弁済をすることができる者（「弁済者」）が、債権者との間で、債務者の負担した給付に代えて他の給付（金銭に代えて、動産・不動産・第三者に対する債権等の給付）をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において（諾成契約）、その弁済者がその他の給付をしたときに、債権の消滅という効果が発生することをいう（482条）。

⇒6 3. 供託

弁済の目的物を供託所に預けることによって債務を免れること（494条）。

供託は、弁済の提供をした場合において、債権者が弁済の受領を拒んだときや、債権者が弁済を受領することができないとき等、一定の場合に行うことができる。

4. 更改

旧債務と異なる新債務を成立させることにより旧債務を消滅させる契約（例えば、金銭の支払いに代えて家屋を引き渡す債務を負担する場合のように、従前の給付の

内容について重要な変更をする場合等)で、いわば債務の切り替えをいう(513条以下)。

5. 免除

債務者の意思にかかわらず、債権者が単独で無償で債権を消滅させる行為をいう(519条)。

6. 混同

債権者と債務者が同一になることによって債権が消滅すること(520条)。

7. 相殺

お互いに債権を有している場合に、その対当額でお互いの債権債務を消滅させること(505条以下)。

2 弁済

1. 弁済できる者(474条)

債務の弁済は、債務者以外の**第三者**でもすることができる。債権者は、通常弁済を受ければそれで満足だからである。しかし、次の場合は第三者の弁済は許されない。

(1) 債務の性質が許されないとき→ ex. 歌手のコンサート、学者の講演

(2) 当事者間で第三者には弁済させないという**特約**があるとき

⇒7 (3) 弁済することにつき**正当な利益を有しない第三者**による弁済で、下記のとき。

① **債務者の意思に反するとき**(ただし、債務者の意思に反することを債権者が知らなかったときは、弁済は有効となる)。

② **債権者の意思に反するとき**(ただし、その第三者が債務者の委託を受けて弁済をする場合において、そのことを債権者が知っていたときは、弁済は有効となる)。

なお、ここでいう正当な利益を有する第三者とは、物上保証人や担保に入れられた不動産の取得者(第三取得者)である(判例)。物上保証人とは、自己所有の財産を他人の債務の担保に供する人のことである。兄や親友というだけでは、正当な利益を有する第三者にはあたらない。

⇒8 2. 弁済の相手

弁済は、原則として、**弁済受領権者**(債権者やその代理人等、債権者及び法令の規定又は当事者の意思表示によって弁済を受領する権限を付与された第三者)に対して行わなければならない。ただし、弁済受領権者以外の者に対して行った弁済が有効になる場合もある。

(1) 受領権者としての外観を有する者に対する弁済

受領権者以外の者であって取引上の社会通念に照らして**受領権者としての外観を有するもの**に対してした弁済をいい、例えば、他人の預金通帳と印鑑の所持人や受取証書の持参人などへの弁済である。この場合、弁済をした者が**善意無過失**であれば、その弁済は**有効**となる（478条）。

(2) (1)以外の弁済受領権者以外の者に対する弁済

原則として無効であるが、債権者がこれによって利益を得た場合は、その**利益を受けた限度**において**有効**となる（479条）。

⇒9 3. 弁済による代位（法定代位と任意代位）

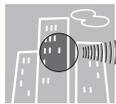
弁済による代位とは、弁済が第三者や保証人などによってなされたときに、弁済をした者の求償権を確保するために、債務者について消滅したはずの債権者の一切の権利（担保も含む）が、債務者に対する求償権の範囲内（保証人の1人が他の保証人に対して債権者に代位する場合には、自己の権利に基づいて当該他の保証人に対して求償をすることができる範囲内）等で弁済をした者に移転するとする制度である（499条、501条）。

(1) 「正当な利益を有する者」が弁済した場合

弁済をすることについて法律上**正当な利益を有する者**が弁済した場合、**債権者に代位**し、債務者に対して権利を行使することができる。

(2) 「正当な利益を有する者」以外の者が弁済した場合

「正当な利益を有する者」**以外の者**が弁済した場合も、**代位**することができる。ただ、このときは、債権者から債務者への**通知**又は債務者の**承諾**がなければ、債務者**に対抗**することができない（500条、467条）。



ケース・スタディ 25

AのBに対する金銭債権を担保するため、Cがその所有地に抵当権を設定した。Bの保証人Dや、弁済をすることについて正当な利益を有しないEが弁済したとき、DやEはどのようにして代位できるか。



・ 保証人Dが弁済した場合

当該債権について保証人としてDがいる場合、DがAに弁済したときは、DはAに代位し、C所有の土地に設定された抵当権を実行することもできる。

・ 正当な利益を有しないEが弁済した場合

Eも、Aに代位することができる。このときは、対抗要件として、AからBへの通知又はBの承諾を得ることが必要である。

⇒10 4. 特定物の引渡し (483条)

債権の目的が特定物の引渡しである場合において、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状で引き渡せば足りる。ただし、契約によって目的物が定まる売買契約については、この規定は適用されない（売買の規定が準用される有償契約も同様）。

5. 弁済の提供 (492条・493条)

弁済の提供とは、債務者単独では債務が履行できないとき、つまり債務の履行に債権者の協力が必要である場合に、債務者が債務の履行に必要な準備をして債権者の協力を求めることをいう。

(1) 弁済の提供の効果

⇒11 債務者は、弁済の提供を行えば、以後、債務を履行しないことによって生ずる責任を負わない。また、相手方の同時履行の抗弁権を失わせる（533条）。したがって、相手方が履行しないときは、一度弁済の提供をすれば、相手方の同時履行の抗弁権を封じたことになり、相手方の不履行は違法となるので、これを継続しなくても契約を解除できる。

(2) 弁済の提供の方法

⇒12 弁済の提供は、債務の本旨に従って現実に（金銭債務の場合、銀行の自己宛小切手等と異なって、自分振出しの小切手を債権者の所に持参しても、支払いの確実性がないので、原則として、現実の提供とはならない。判例）しなければならないのが原則だが、債権者があらかじめ受領を拒んでいる場合などは、口頭の提供（現実の提供をするのに必要な準備をし、その旨を通知して、その受領を催告すること）でよい。

6. 弁済の充当

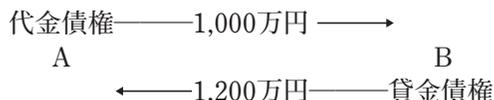
債務者が、同一の債権者に対して、同種の給付を目的とする数個の債務を負担している場合（ex. 借金が数口ある場合）、弁済として提供した給付（ex. 金銭）がすべての債務を消滅させるのに足りないときは、弁済をする者は、給付の時に、一方的意思表示によって、その弁済をどの債務に充当するかについて指定することができる（指定充当、488条1項）。当事者が弁済の充当を指定しないときは、法定充当になる（488条4項）。いずれの場合も、費用→利息→元本の順に充当する（489条）。なお、弁済の充当は、まず、弁済をする者と弁済を受領する者との間に弁済の充当の順序に関する合意があるときは、その順序に従って、その弁済を充当する（合意充当、490条）。つまり、合意があるときは、合意充当が最優先である。

3 相 殺



ケース・スタディ 26

AはBに自己所有の家屋を売却し、1,000万円の代金債権を有している。他方、BはAに対して1,200万円の貸金債権を有している。BはAに1,000万円を、AはBに1,200万円を現実に支払わなければならないだろうか。



ケースの場合において、要件をみれば、AがBに又はBがAに「相殺する」旨の意思表示をすることによって、AとBの債権債務は対当額（重なり合う限度）で消滅する（結局BがAに残り200万円を請求することになる）。こうすれば、AとBは簡単に決済できる。

1. 自働債権と受働債権

「相殺しよう」と言う側の有する債権を**自働債権**、その反対債権を**受働債権**という。上記のケースで、Aの方から「相殺しよう」という意思表示をする場合、代金債権が自働債権、貸金債権が受働債権となる。

2. 相殺適状（相殺の要件）

次の事由すべてに該当すれば、相殺をすることができる（505条1項）。

- (1) 双方の債権が**弁済期**にあること。

⇒13 ただし、**自働債権が弁済期**にあれば、受働債権については弁済期が到来していなくても、受働債権の期限の利益を放棄して、相殺することができる（判例）。

- (2) それぞれが互いに**同種の対立した債権**を有していること。

⇒14 ただし、**消滅時効が完成した債権**であっても**完成前に相殺適状**になっていれば、相殺をすることができる（508条）。相殺適状にあれば既に決済されていると考えて、時効消滅を意識せず、結局、相殺のチャンス逃すことになるのは酷であることから、消滅時効完成後の相殺を認めたものである。

- (3) 債権の性質が**相殺を許す**ものであること。

自働債権に抗弁権（同時履行の抗弁権など）がついている場合は、相手の抗弁権を奪うことになるので、相殺をすることはできない（判例）。

3. 相殺できない場合

次のような場合は、相殺をすることができない。

- (1) 当事者間に**相殺禁止・制限特約**があり、そのことにつき**第三者が悪意又は重過失**の場合（505条2項）。

⇒15 (2) **受働債権が一定の不法行為等によって発生した債権である場合**（509条）。

不法行為の誘発を防ぐため、及び、被害者の救済を図るため、以下の債務の債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない（ただし、その債権者がその債務に係る債権を他人から譲り受けたときは、相殺をもって対抗できる）。

① **悪意**（この場合は、損害を与える意欲があることが必要）による**不法行為**に基づく損害賠償の債務

② **人の生命又は身体の侵害**による損害賠償の債務（不法行為だけでなく、債務不履行による損害賠償債務も含む。①に該当する場合は、①による）

⇒16 (3) **自働債権が受働債権の差押え後に取得された債権である場合**（511条、条文上は、相殺をもって差押債権者に対抗することができないとされている）。

この場合に相殺が認められると、差し押さえた意味がなくなってしまうからである。したがって、逆に、自働債権が受働債権の**差押え前に取得された債権なら相殺できる**。

なお、**差押え後に取得した債権が差押え前の原因**に基づいて生じたものであるときは、その第三債務者は、その債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができる（ただし、第三債務者が差押え後に他人の債権を取得したときは、相殺をもって対抗できない）。

4. 相殺の方法

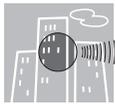
⇒17 相殺は、相手方に対する**一方的な意思表示**によって行われる（506条1項前段）。つまり「相殺をする」旨の意思表示をするだけで相殺され、相手方の同意等は不要である。

また、相殺の意思表示に**条件や期限を付けることはできない**（同条1項後段）。

⇒18 **履行地が異なる場合であっても相殺できるが**、それによって相手方に損害を与えた場合は、相殺をした者が損害賠償責任を負う（507条）。

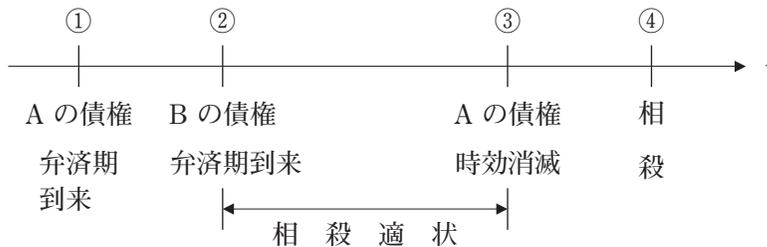
5. 相殺の効力

⇒19 相殺をすると、相殺適状になった時にさかのぼってその効力が生ずる（506条2項）。



ケース・スタディ 27

1. AがBに500万円の代金債権を有し、BがAに1,000万円の貸金債権を有する場合、AがBに対して相殺の意思表示をすると、両債権は対当額の500万円だけ消滅し、BのAに対する500万円の債権だけが残る。相殺の意思表示をしたAの債権を自働債権、相殺された側のBの債権を受働債権という。
2. 上記のAの債権が時効消滅しても、それ以前に相殺適状にあったときは、Aは、相殺することができる。この場合、②にさかのぼって相殺の効力が生ずる。



Advanced Study

1. 第三者弁済（借地上の建物賃借人）★

借地上の建物賃借人は、家主が、土地賃貸借の賃料の支払いを怠ると、土地賃貸借の解除により建物が取去され、建物賃借人は建物賃借権を行使することができなくなることから、家主である土地賃借人の賃料の弁済について**正当な利益**（旧法上の「法律上の利害関係」）を有するとされる（474条、判例）。

2. 弁済による代位の効果（代位者相互の関係、501条）★

(1) 第三取得者と保証人及び物上保証人の間

第三取得者（債務者から担保の目的となっている財産を譲り受けた者をいう）は、保証人及び物上保証人に対して債権者に代位しない。

(2) 第三取得者相互の間

各財産の価格に応じて代位する。

(3) 物上保証人相互の間

各財産の価格に応じて代位する。

(4) 保証人と物上保証人との間

保証人と物上保証人との間においては、その数に応じて債権者に代位する。このときに、物上保証人が複数人いるときは、保証人の負担部分を除いた残額について、各財産の価格に応じて代位の範囲を決める。

(5) 第三取得者や物上保証人からの譲受人

第三取得者から担保の目的となっている財産を譲り受けた者は、第三取得者とみなし、物上保証人から担保の目的となっている財産を譲り受けた者は、物上保証人とみなして、上記の規定を適用する。

3. 弁済の提供（提供の継続の要否）★

契約を解除する場合と異なって、相手方の履行を求めるときは、一度弁済の提供をしても、相手方の義務履行に対して、自分の義務も履行しなければならないのであるから、再度の提供を要求するのが公平である。そこで、**相手方の履行を求めるときは、一度弁済の提供をしても、相手方は同時履行の抗弁権を失わないとするのが判例である。**その結果、履行を求める訴訟の判決も、無条件の給付を命ずる判決ではなく、**引換給付判決**がなされる。

4. 受取証書の交付請求等 ★

弁済をする者は、弁済と引換えに、弁済を受領する者に対して**受取証書**（領収書）の**交付**を請求することができるが、弁済を受領する者に不相当な負担を課するものであるときを除き、この受取証書の交付に代えて、その内容を記録した**電磁的記録の提供を請求**することができる（486条）。

第3節 債権者の保護 ★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 債権者の保護規定												
2 債権者代位権		○										

1 債権者の保護規定

債権者にとって債務者の所有する財産は債権の最後のよりどころであり、債務者が財産を無責任に減らそうとするときは、それを防ぐ必要がある。その手段として、民法は、債権者代位権や詐害行為取消権（→ Advanced Study）の制度を設けたのである。

2 債権者代位権



ケース・スタディ 28

AはBに500万円貸している。Bには唯一の財産として500万円相当の土地しかない。しかも、長い間放ったらかしにしているため、Cがその土地を時効取得する寸前である。債権者のAとしては、どうすればよいだろうか。



AはBに代わってCによる時効の完成を阻止して、Bが土地を失うのを防ぐことができる（所有権の取得時効は、占有者が任意にその占有を中止し、又は他人によってその占有を奪われたときは、それまでの時効期間の経過がゼロになる）。

債権者が、債務者の財産を保全することを目的に、その債務者に属する権利（被代位権利）を自己の名で行使できるとしたものが、**債権者代位権**である。

⇒20 その行使の要件については、次のように考えられている（423条）。

(1) 債権の**保全の必要**があること。

債権を保全しなければ、債権の満足を得られなくなること、つまり**債務者の無資力を要件とするのが原則**である。

ただし、判例は、通常**の金銭債権保全の場合と異なり、特定債権の保全の場合には、この無資力要件を要しない**としている。

なお、民法は、**登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗**

することができない財産を譲り受けた者は、その譲渡人が第三者に対して有する登記手続等をすべきことを請求する権利を行使しないときは、その権利を代位行使することができるとしている（423条の7）。

- (2) 債務者自らが被代位権利を行使しないこと（判例）。
- (3) 債権が原則として履行期にあること。

保存行為の場合が例外である。保存行為とは、債務者の有する権利の現在の状態を保存する行為である。未登記の権利の登記などがこれにあたる。

- (4) 被代位権利が、債務者の行使上の一身専属権に属するものでないこと、また、差押えを禁じられた権利でないこと。

一身専属権としては、身分法上の権利（夫婦間の契約取消権など）が代表的であるが、債権譲渡の通知なども含まれる。

- (5) 保全される債権が、強制執行により実現できるものであること。

債権者代位権は、裁判上でも、裁判外でも行使できることに注意しておきたい。

Advanced Study

詐害行為取消権（債権者取消権）★

詐害行為取消権は、債務者が、その責任財産の不足することを知りながら、財産を減少する行為（詐害行為）をした場合、その行為の効力を否定して、責任財産の維持をはかることを目的とするものである。例えば、Aが、唯一の財産として500万円相当の土地しかないBに500万円貸している場合において、BがAに借金の返済ができなくなるのを知りながらその土地をCに贈与してしまったとき、Aが、その行為の取消しを、裁判所を介して、受益者C又は転得者（Cから土地を譲り受けた者）に対して請求するものである（詐害行為取消請求）。

その行使の要件は、次の2つである（424条～）。

- (1) 債務者が債権者を害する行為をしたこと。

債権者の債権は、詐害行為の前の原因に基づいて生じたものである場合に限る。履行期が到来している必要はない（判例）。なお、保全される債権は、強制執行により実現できるものであることが必要。

債務者が相当の対価を取得して売却した場合、不動産の金銭への換価等その処分による財産の種類の変更によって、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害することとなる処分（隠匿等の処分）をするおそれを現に生じさせるものであること等一定の要件に該当する場合に限って、詐害行為取消請求をすることができる（424条の2）。

また、財産権を目的としない行為は、詐害行為とならない。

(2) 債務者が詐欺の意思を有すること、及び、受益者・転得者が悪意であること。

この他に、以下のようなことに注意すべきである。

詐害行為の対象となる目的物が不動産の場合、債権者は、詐害行為となる売買契約を取り消して、直接自分に対して所有権移転登記をするよう求めることはできない（判例）。

詐害行為取消権は、必ず裁判によって行使しなければならない。

詐害行為取消請求に係る訴えは、債務者が債権者を害することを知って行為をしたことを債権者が知った時から2年を経過したときは、提起することができない。行為の時から10年を経過したときも、同様である（426条）。

第1節 債権譲渡

1. 債権者Aと債務者Bとの間に、債権の譲渡禁止・制限の特約がある場合であっても、Aから譲受人Cへの債権譲渡は効力を妨げられない（有効）。ただし、Cがこの特約につき悪意、又は、重大な過失があったときは、Bは、原則として、その債務の履行を拒むことができ、かつ、Aに対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってCに対抗することができる（なお、預貯金債権について特則あり）。
2. 債権譲渡の債務者に対する対抗要件は、譲渡人から債務者への通知、又は債務者の承諾（承諾の相手は譲渡人又は譲受人）である（判例。将来債権の譲渡の場合も同様）。
3. 債権の二重譲渡の場合は、確定日付のある証書によって通知又は承諾がなされた者が優先する。ただし、双方に通知があるときは、通知の到達が早い方が優先する（判例）。
4. 通知を受けた（又承諾をした）債務者Bは、通知を受ける（又は承諾。つまり、対抗要件具備時）までに譲渡人Aに対して主張できたことを、譲受人Cに対しても主張することができる。また、債務者のBは、対抗要件具備時より前に取得した譲渡人Aに対する債権による相殺をもって、譲受人Cに対抗することができる。さらに、債務者Bが対抗要件具備時より後に取得した譲渡人Aに対する債権であっても、その債権が対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権であるとき等は、原則として、相殺をもって譲受人Cに対抗することができる。

第2節 債権の消滅

5. 代物弁済とは、弁済をすることができる者が、債権者との間で、債務者の負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において（諾成契約）、その弁済者がその他の給付をしたときに、債権の消滅という効果が発生することをいう。
6. 供託は、弁済の提供をした場合において、債権者が弁済の受領を拒んだときや、債権者が弁済を受領することができないとき等、一定の場合にでき、それにより債務が消滅する。
7. 単に兄や親友というだけの正当な利益を有しない第三者は、原則として債務者や債権者の意思に反して弁済をすることはできない。
8. 弁済は、原則として、弁済受領権者（債権者やその代理人等）に対して行わなければならない。受領権者としての外観を有する者に対する弁済は、弁済をした者が善意無過失であれば、有効になる。

9. 弁済をするにつき**正当な利益を有する者**（例えば、保証人）だけでなく、**正当な利益を有しない者**が弁済した場合も代位できるが、正当な利益を有しない者が弁済した場合は、債権者から債務者への通知又は債務者の承諾が対抗要件である。
10. 債権の目的が特定物の引渡しである場合において、契約等債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の**品質を定めることができないときは、その引渡しをすべき時の現状**で引き渡せば足りる。
11. 債務者は、**弁済の提供**を行えば、以後、**債務を履行しないこと**によって生ずる責任を負わず、また、相手方の同時履行の**抗弁権**を失わせる。
12. 弁済の提供は、原則として、債務の本旨に従って**現実にする必要がある**（金銭債務の場合、銀行の自己宛小切手と異なり、**自分振出しの小切手**を持参しても、**現実の提供とはならないのが原則**である。判例）。
13. **自働債権が弁済期**にあれば、受働債権の期限の利益を放棄して、**相殺**をすることができる（判例）。
14. **消滅時効が完成した債権**であっても、**完成前に相殺適状**にあれば、**相殺**をすることができる。
15. ①**悪意による不法行為**に基づく損害賠償の債務や、②**人の生命又は身体の侵害**による損害賠償の債務の債務者は、**相殺**をもって債権者に対抗することができない（これらの債権は、受働債権とできない。ただし、その債権者がその債務に係る債権を他人から譲り受けたときは、**相殺**をもって対抗できる）。
16. **自働債権**が受働債権の**差押え後**に取得された債権である場合は、原則として、**相殺**できないが、**自働債権**が受働債権の**差押え前**に取得された債権である場合は**相殺**できる。
17. **相殺**は、相手方に対する**一方的な意思表示**によって行われる。
18. **履行地が異なる場合**であっても**相殺**できるが、それによって相手方に損害を与えた場合は、**相殺**をした者が損害賠償責任を負う。
19. **相殺**をすると、**相殺適状**になった時に**さかのぼって**その効力が生ずる。

第3節 債権者の保護

20. 債権者代位権行使の要件

要件	注意点
(1) 債権保全の必要性（債務者の 無資力 ）	特定債権の保全のために登記請求権 を代位行使するとき等は、この 無資力要件 を要しない（判例）。
(2) 債務者が 被代位権利 を行使しないこと	—
(3) 債権が、原則として 履行期 にあること	保存行為の場合、 履行期の到来 は不要。
(4) 行使上の 一身専属権 でないこと	債権譲渡の通知 なども 一身専属権 に含まれる。

第7章 連帯債務と保証債務

例えば100万円のお金を1人で借りたとすれば、1人で返済するのが当たり前です。しかし、このお金、友達3人で借りたとしたらどうでしょうか。このような場合には、いろいろなケースが考えられます。

また、「保証人」という言葉を聞いたことはあるかと思います。ドラマなどを見ても、あまりいいイメージはありません。それもそのはず、おおまかに言ってしまうと、借金した当の本人が借りたお金を払えなくなった場合、代わりに支払わなければならなくなるからです。この章では、債務者が複数いる場合の「多数当事者の債務関係」、「連帯債務」と「保証債務」について学習します。

第1節 連帯債務 ★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 連帯債務とは					○							
2 連帯債務の効力					○					○		

1 連帯債務とは



ケース・スタディ 29

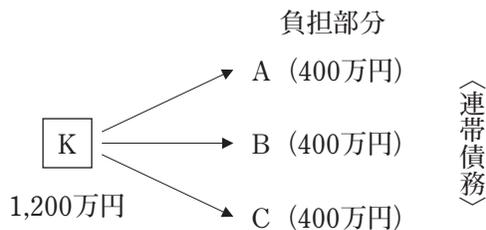
A・B・Cはお金を1人400万円ずつ負担して、Kから伊豆の別荘を買うことにした。契約では、売主は買主のうち誰に対しても全額請求できるという特約がついていた。債権者のKは、誰に対していくら請求できるだろうか。



上のようなケースの場合、何も特約がなければ、KはAに全額の1,200万円を支払えとはいえ、A・B・C各自に400万円ずつ請求するのが原則であり、これを分割債務という(427条)。

⇒1 ところが、連帯債務にするという特約や法令の規定があれば、Kは、A・B・Cの1人に対し、又は、同時もしくは順次に全員に対して、1,200万円の全部又は一部の支払いを求めることができる(436条)。また、誰か(1人に限らない)が1,200万円を支払った場合には、3人すべてがもはやKに対してお金を払う義務を負わなくなるのである。

このように、連帯債務とは、同じ内容の給付について、債権者に対して、債務者がそれぞれ独立に、全部弁済をしなければならないという債務を負担し、1人が全部弁済すれば、他の債務者はもはや弁済しなくてよいというものである。



※ 負担部分

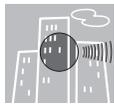
連帯債務者の内部において、それぞれが分担すべきことになっている割合を負担部分という。例えば、連帯債務者の1人が債務全額を弁済すると他の連帯債務者は債務を免れるが、それぞれに負担部分がある場合は、内部問題としての**求償権**が生じる（442条）。つまり、AがKに1,200万円全額を弁済すると、AはBやCに対して「400万円ずつ支払え」と請求できるのである。なお、債務の一部を弁済した場合、弁済した額が自己の負担部分を超えないときでも、他の連帯債務者に対してその負担部分の割合に応じた額につき求償することができる。そして、免責があったとき以後の法定利息や避けることができなかつた費用、その他の損害賠償についても求償できる。

2 連帯債務の効力

⇒2 1. 相対的効力

原則として、1人の連帯債務者について生じた事由は、他の連帯債務者に**影響を与えない**（441条）。

相対効の主なもの…取消し、無効、請求、承認、免除、期限の猶予、時効の完成等



ケース・スタディ 30

A・B・Cは1人400万円ずつの負担で、Kから伊豆の別荘を買い、代金1,200万円全額について連帯債務を負っている。連帯債務者の1人であるAが未成年者で法定代理人の同意を得ていないことを理由に、当該売買契約を取り消した。BやCは、依然、債権者のKに対して債務を負っているだろうか。



このケースの場合、Aは取消しによってこの連帯債務関係から離脱するが、他の連帯債務者B・Cの連帯債務は影響を受けない。したがって、B・CはKに対して1,200万円の連帯債務を負うことになる（ただし、当初の3人の負担部分はそれぞれ400万円ずつであるが、Aの取消しによって、B・Cの負担部分は600万円ずつになる）。

⇒2 2. 絶対的効力

例外として、1人の連帯債務者について生じた事由の効力が他の連帯債務者に対して**影響を与える**場合がある。また、下記以外の場合でも、債権者及び他の連帯債務者の1人が別段の意思を表示したときは、絶対的効力とすることができる（441条ただし書）。

(1) 弁済・代物弁済・供託等

連帯債務者の1人が弁済等をして債務を消滅させると、他の連帯債務者も債務を免れる。

(2) 相殺等 (439条)

連帯債務者の1人が債権者に対して反対債権を有している場合、相殺をすると弁済をしたのと同じ効果が生じるので、その分だけ他の連帯債務者は債務を免れる。

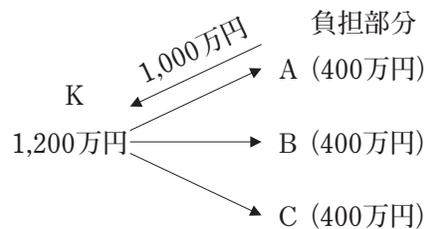
⇒3

また、他の連帯債務者は、反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度において、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。



ケース・スタディ 31

A・B・CはKに対して1,200万円の連帯債務を負っている。各連帯債務者の負担部分は等しいものとする。一方、AはKに対して1,000万円の貸金債権を有している。A・B・Cは、どんなことができるだろうか。



ア) Aが反対債権全額で相殺をした場合 (439条1項)

B・Cは、1,000万円について債務を免れ、残り200万円についてA・B・Cが連帯債務を負う。

イ) Aが相殺をしない場合 (439条2項)

B・Cは、Aの負担部分400万円について債務の履行を拒むことができる。

(3) 更改 (438条)

連帯債務者の1人が債権者との間で当該連帯債務について更改契約 (新しい債務を成立させることにより旧債務を消滅させる契約) を行くと、連帯債務は消滅し、他の連帯債務者は債務を免れることになる。

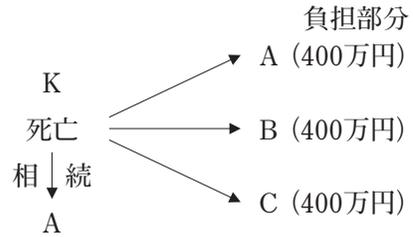
本節の冒頭のケースにおいて、AがKとの間で、この代金支払いの連帯債務を、特定の土地所有権移転債務に更改すると、代金支払いの連帯債務は消滅し、B・Cは連帯債務を免れる。

(4) 混同 (440条)



ケース・スタディ 32

Kが息子のAとその友人B・Cに伊豆の別荘を売却し、代金1,200万円については、連帯債務とした。代金支払い前にKが死亡し、Aは単独で当該別荘の代金債権を相続した。このときBやCは、依然、債務を負っているだろうか。



このケースの場合、Aは、Kを相続することにより、連帯債務者の1人でありながら債権者としての立場に立つことになる。そのため、**混同**によりAの負っていた債務は消滅し、他の連帯債務者B・Cはこの連帯債務について債務を免れることになる（あとはAがB・Cに対して負担部分を求償することになる）。

第2節

保証債務 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

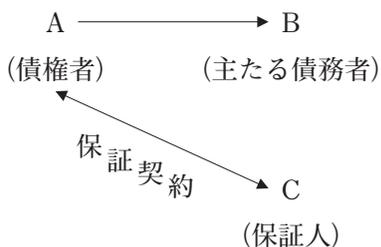
	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 保証人とは	○		○									
2 保証債務の性質						○		○				
3 連帯保証								○				
4 共同保証												

1 保証人とは

保証制度は、本来の債務者の債務に関して、第三者が担保する制度である。つまり保証人は、本来の債務者（「主たる債務者」という）が債務を履行しないときに債務を履行することになり、債権者は、債務の履行をより確実に受けることができる（446条1項）。もちろん、保証人が弁済した場合は、保証人は主たる債務者に求償することができる（459条、462条）。



ケース・スタディ 33



BはAからA所有の家屋を買い受け1,000万円の代金債務を負っている。この債務についてCはBの保証人となった。

⇒4 1. 保証人となるための要件

主たる債務を担保するための制度であるから、主たる債務の存在が必要である（付従性）。

さらに、保証人となるためには、保証人となろうとする人と債権者との間で保証契約が締結されていることが必要である。

Bから「保証人になってくれ」と頼まれただけでは、Cは保証人とはならない。債権者のAと保証人となるCとの間で保証契約を締結していなければならないのである。

つまり、Cが保証人になるには、Bから委託を受けている場合でも、委託を受けていない場合でも（たとえBの意に反しても）、Aとの間に保証契約を締結すればよい。

なお、この保証契約は、書面か、その内容を記録した電磁的記録でなければ、その効力を生じない（446条2項・3項）。

2. 保証人の資格

保証人の資格については何ら制限はない。ただし、

(1) 主たる債務者が保証人を立てる義務がある場合

弁済の資力があり、かつ、行為能力者でなければならない（450条1項）。

保証人になった後で保証人に弁済の資力がなくなった場合は、債権者は要件を備えた他の保証人を立てるよう請求することができる（450条2項）。

(2) 債権者が保証人を指名した場合

保証人の資格に制限はない（450条3項）。

⇒5 3. 保証債務の範囲

保証債務は、元本のほか、利息、違約金、損害賠償、その他主たる債務に従たるすべてのものを包含する（447条1項）。契約解除による原状回復義務についても、保証債務の範囲に含まれる、とするのが判例である。ただし、保証債務が主たる債務より重くなることはない（付従性）。

主たる債務 ≥ 保証債務

また、保証人は、保証債務についてのみ、違約金又は損害賠償の額を約定することができる（同条2項）。

2 保証債務の性質

1. 保証債務の付従性

(1) 主たる債務がなくなれば、保証債務もなくなる。

⇒6 (2) 主たる債務が減縮されると、保証債務も減縮される。

ただし、保証人になった後で主たる債務が増えても、保証債務は変わらない（448条2項。根保証を除く。Advanced Study 参照）。

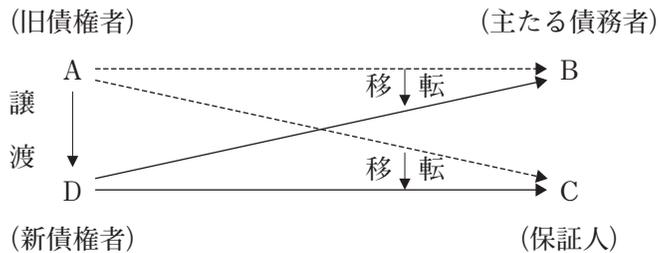
2. 保証債務の随伴性

主たる債務が移転すれば、保証債務もそれに伴って移転する。



ケース・スタディ 34

AがBに対して1,000万円の貸金債権を有しており、CがBの保証人となっている。Aはこの債権をDへ譲渡し、Bの承諾を得た。Dは、保証人のCに対して債務の履行を請求することができるだろうか。



Dは、Bが弁済できないときは、Cに対して保証債務の履行を求めることができる。

3. 保証人が主張できること

⇒7 (1) 催告の抗弁権、検索の抗弁権を有する（保証債務の補充性。連帯保証は除く）。

ア) 催告の抗弁権（452条）

債権者が主たる債務者に催告せず直接保証人に請求した場合、保証人は、「まず主たる債務者に催告せよ」と主張することができる。ただし、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたり、行方不明である場合には、この抗弁権は使えない。

イ) 検索の抗弁権（453条）

債権者が主たる債務者に催告をした後であっても、保証人は、次の事実を証明することにより、「まず主たる債務者の財産から執行せよ」と主張することができる。

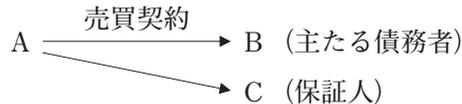
- 1) 主たる債務者に弁済をする資力があること
- 2) 執行が容易であること

- (2) 主たる債務者の有する抗弁をもって債権者に対抗することができる（457条2項）。



ケース・スタディ 35

Aは自己所有の家屋を1,000万円でBに売却したが、その代金債務につきCが保証人になっている。AがBに家屋を引き渡していないのにCに対して保証債務の履行を請求してきたとき、Cは無条件に支払わなければならないのだろうか。



このケースの場合のように、AがBに家屋を引き渡していないのにCに履行を求めてきたときは、CはBの有する**同時履行の抗弁権**を使って、Aへの支払いを拒否することができる。

- (3) 主たる債務者について消滅時効が完成した場合、**保証人は消滅時効を援用**することができる（145条。主たる債務者が時効の利益を放棄しても、保証人は消滅時効を援用して保証債務を免れることができる）。
- ⇒8 (4) **主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有する**ときは、これらの権利の行使によって主たる債務者がその債務を免れるべき限度において、**保証人は、債権者に対して債務の履行を拒む**ことができる（457条3項）。
- ⇒9 4. **主たる債務者について生じた事由の効力**
- ⇒10 主たる債務者について生じた事由は、原則として保証人に効力を及ぼす（付従性）。例えば、主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の完成猶予及び更新は、保証人に対しても、その効力を生ずる（457条1項）。
また、債権者が債権譲渡をした場合も、譲受人が主たる債務者についてのみ対抗要件を備えると、その効力は保証人にも及ぶ。
- ⇒9 5. **保証人について生じた事由の効力**
- ⇒10 保証人について生じた事由は、その主たる債務者を消滅させる事由（弁済、代物弁済、相殺、更改等）のみ主たる債務者にも効力を及ぼすが、それ以外は及ばない（連帯保証には例外がある）。
例えば、保証人に対する履行の請求その他の事由による時効の完成猶予及び更新は、主たる債務者に対しては、その効力を生じない。

3 連帯保証

連帯保証とは、主たる債務者と連帯してその債務を保証することをいう。連帯保証も保証の一種であるから普通の保証と同様の性質を有するが、次の2点において異なる。

⇒7 1. 催告の抗弁権、検索の抗弁権を有しない。

連帯保証人は、催告の抗弁権や検索の抗弁権を有しないので(454条)、債権者から連帯保証債務の履行を求められた場合は、直ちにそれを履行しなければならない。

⇒9 2. 連帯保証人について生じた一定の事由は、主たる債務者に効力を及ぼす。

⇒10 主たる債務を消滅させる事由(弁済、代物弁済、相殺、更改等)の他に、混同についても主たる債務者に効力を及ぼす。

※ 連帯保証人には連帯債務の絶対効の規定が準用されている(458条)。

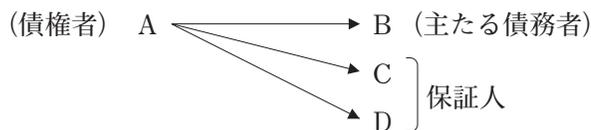
⇒11 4 共同保証

保証人を立てる場合、1人とは限らない。複数の者が1つの主たる債務の保証をする場合がある。これを共同保証という。



ケース・スタディ 36

AはBに2,000万円を貸し、そのBの債務についてCとDが保証をしている。債権者のAは、CやDに対していくら請求することができるだろうか。連帯保証であるときはどうか。



1. C・Dがそれぞれ普通の保証人の場合

普通の保証人には、分別の利益がある。C・Dは、それぞれ2,000万円を頭割りした額(1,000万円ずつ)を支払えばよい(456条)。

2. C・Dが連帯保証人の場合

連帯保証人は分別の利益を有しない(判例)。したがって、Aは、C・Dどちらでも弁済の資力のありそうな方に全額の請求をすることができる。

また、この場合の各連帯保証人間では、求償権を行使することができる(465条)。

Advanced Study

1. 売買契約の解除による原状回復義務と保証人の責任 ★★

特定物の売買契約における売主のための保証人は、特に反対の意思表示のないかぎり、売主の債務不履行により契約が解除された場合における原状回復義務についても、保証の責任を負う（判例）。

2. 保証人に対する情報提供義務 ★★

保証人の保護のために、次のような情報提供義務が定められている。

(1) 主たる債務の履行状況に関する情報の提供義務

保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、保証人の請求があったときは、債権者は、保証人に対し、遅滞なく、主たる債務の元本・利息等についての不履行の有無等に関する情報を提供しなければならない（458条の2）。

(2) 主たる債務者が期限の利益を喪失した場合における情報の提供義務

主たる債務者が期限の利益を喪失したときは、債権者は、個人である保証人に対し、その利益の喪失を知った時から2か月以内に、その旨を通知しなければならない（458条の3）。

(3) 事業債務に係る保証契約締結時の情報の提供義務

主たる債務者は、事業のために負担する債務を主たる債務とする保証等の委託をするときは、委託を受ける個人に対し、財産・収支の状況等の情報を提供しなければならない（465条の10）。

3. 保証人の求償権の範囲 ★

保証人が弁済した場合は、主たる債務者に求償できるが、求償できる額は以下の類型により異なる。

(1) 主たる債務者の委託を受けて保証人になった場合は、弁済額等のほか弁済後の利息及び必要不可欠な費用等を求償できる（459条）。

(2) 委託を受けないが、主たる債務者の意思に反するものではない場合は、弁済時に主たる債務者が利益を受けた限度で求償できる（462条1項）。

(3) 主たる債務者の意思に反して保証人となった場合は、主たる債務者が求償時において現に利益を受けている範囲で求償できる（462条2項）。

4. 個人根保証契約 ★

根保証契約とは、一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約のことをいう。

この根保証契約であって、保証人が法人でないもの（「個人根保証契約」）の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他

その債務に従たる全てのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る**極度額を限度**として、その履行をする責任を負う。そして、個人根保証契約は、**極度額を定めなければ、その効力を生じない**とされている。この極度額の定めは、**書面か電磁的記録**でしなければならない(465条の2)。例えば、Aを貸主、Bを借主として、1,000万円の金銭の貸借がなされるにあたって、Cが保証人となった場合において、A C間の契約が1,500万円を極度額とする根保証契約であるときは、その後にBが追加的に借りた金銭についても、Cは、1,500万円の限度額内で保証債務を負うことになる。

5. 事業に係る債務についての保証契約の特則

事業のために負担した**貸金等債務**を主たる債務とする**保証契約等**は、その契約の締結に先立ち、その締結の日前1か月以内に作成された**公正証書**で保証人になろうとする**個人が保証債務を履行する意思を表示していなければ、その効力を生じない**(465条の6)。

ただし、主たる債務者が法人である場合のその理事、取締役、執行役又はこれらに準ずる者が保証人となる場合等は公正証書の作成は不要(465条の9)。



第1節 連帯債務

1. 連帯債務においては、債権者は、連帯債務者の1人に対し、又は、同時もしくは順次に全員に対して、債務の全部又は一部の履行を請求することができる。
2. 連帯債務では、1人の連帯債務者に生じた事由は、他の連帯債務者に影響を与えないのが原則であるが（相対的効力）、例外的に一定の事由は影響を与える（絶対的効力）。その絶対的効力事由は、弁済等、相殺、更改、混同その他特約で定めた場合である。
3. 連帯債務者の1人が債権者に対して債権を有する場合において、その連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分の限度において、他の連帯債務者は、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。

第2節 保証債務

4. 保証人となるには、保証人となろうとする人と債権者との間で保証契約が締結されていることが必要である。この保証契約は、書面か、その内容を記録した電磁的記録でなければ、その効力を生じない。
5. 保証債務は、元本のほか、利息、違約金、損害賠償等を包含する。
また、保証人は、保証債務についてのみ、違約金又は損害賠償の額を約定することができる。
6. 主たる債務が減縮されると、保証債務も減縮される（付従性）。ただし、保証（根保証ではない）人になった後で主たる債務が増えても、保証債務は変わらない。
7. 保証人は、催告の抗弁権（主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき等を除く）、検索の抗弁権を有する（補充性）。ただし、連帯保証人は、催告の抗弁権、検索の抗弁権を有しない。
8. 主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者がその債務を免れるべき限度において、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。
9. 主たる債務者について生じた事由は、原則として保証人に及ぶが（付従性）、保証人について生じた事由は、主たる債務を消滅させる事由（弁済、代物弁済、相殺、更改等）を除いては、主たる債務者に及ばない。ただし、連帯保証人について生じた事由は、主たる債務を消滅させる事由の他、混同についても主たる債務者に効力を及ぼす。

10. 主たる債務者又は保証人について生じた事由の効力

(○は影響あり、×は影響なし)

	弁済等	請求	更改	免除	混同	時効	承認
主たる債務者 → 保証人 連帯保証人	○	○	○	○	○	○	○
普通の保証人 → 主たる債務者	○	×	○	×	×	×	×
連帯保証人 → 主たる債務者	○	×	○	×	○	×	×

11. 共同保証の場合、普通の保証人は分別の利益を有するが、連帯保証人は分別の利益を有しない (判例)。

第8章

さまざまな契約・不法行為等

売買はもっとも重要な契約の種類のひとつです。しかし、契約はもちろん売買だけではありません。

例えば、手持ちの土地を誰かに売却してくれと依頼するときは、頼む人と頼まれる人との間で「委任」契約が結ばれます。

また、手持ちの土地に家を建ててもらおうという約束をする場合は、「請負」という契約になります。

さらに、他人からただで物をもらう契約は「贈与」になります。

これらの契約の種類と並んで、他人から不法に損害を与えられた場合どんな請求を行うことができるのか、といった不法行為についても学習していきます。

第1節 委任★★

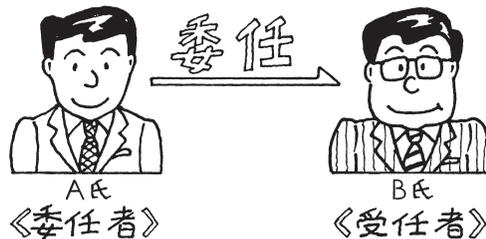
《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 委任と準委任												
2 受任者の義務と権利								○				
3 委任契約の終了事由								○		○		○
4 解除の効果												

1 委任と準委任

自分で不動産取引を行うことは手間もかかるし、危険もともなうから、専門家である宅建業者に取引を代わってしてもらうことが多い。このような、法律上の行為を他人に行ってもらおう契約を**委任契約**という。例えば、A氏がB氏に売買契約を代わってしてもらうという約束がA氏とB氏との間に交わされたとする。それによって、委任契約が成立したことになる、依頼者であるA氏は**委任者**、B氏は**受任者**とよばれるようになる。

このような法律上の事務の委託に対して、不動産の管理などの事実上の行為を他人に行ってもらおう契約を**準委任契約**という。これには、委任契約の規定が準用される(656条)。



2 受任者の義務と権利

⇒1 委任契約は、原則として片務・無償の諾成契約である(643条、648条1項)。受任者は仕事をする義務を負うが、委任者はその仕事に対して報酬を支払わなければならないという義務は、民法では規定されていない。

しかし、当事者間に報酬を支払う旨の特約があれば**双務・有償**の契約となる。この報酬が支払われる場合の委任には、事務処理を行ったことに対して報酬が支払われる**履行割合型**の委任と、事務処理により得られた成果に対して報酬が支払われる**成果完**

成型の委任がある。

委任契約は法律上の行為を他人に代わって行ってもらうものだから、人的な信頼関係を欠くことはできない。そこで、受任者には次のような義務や権利が規定されている。

1. 受任者の義務

⇒2 (1) 善管注意義務

受任者は、**善良な管理者の注意**をもって委任事務を処理しなければならない(644条)。報酬を請求できる場合もできない場合も変わらない。

⇒2 (2) 自己執行義務

受任者は、委任事務を自ら行わなければならないのが原則であり、**委任者の許諾**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、**復受任者**を選任することができない(644条の2第1項)。

(3) 報告義務

受任者は、委任者の**請求があるときは、いつでも**委任事務の処理状況を報告し、また**委任事務終了後は、遅滞なく**その経過及び結果を報告しなければならない(645条)。

(4) 受取物引渡義務

受任者は、委任事務を行うにあたって受け取った金銭、物等を委任者に引き渡さなければならない(646条1項)。また、委任者のために受任者の名前で取得した権利も移転しなければならない(同条2項)。

(5) 金銭消費責任

受任者は、委任者に引き渡すべき金銭等を自分のために使ったときは、その使った日以後の利息を支払わなければならない。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負う(647条)。

2. 受任者の権利

⇒1 (1) 特約があれば報酬を請求する権利

① **原則**として、委任契約は無償なので、受任者は委任者に報酬を請求できないが、**特約があれば**、請求することができる(648条1項)。

② 報酬支払時期

(i) 履行割合型の委任の場合

当事者間に特に定めがなければ、**後払い**となる(同条2項)。

(ii) 成果完成型の委任の場合

その成果が引渡しを要するときは、受任者は、その**成果の引渡しと同時に**、委任者に対して報酬の支払いを請求することができる(648条の2第1項)。

③ 割合に応じた報酬請求権

(i) 履行割合型の委任の場合

受任者は、①委任者の責めに帰することができない事由によって委任事務の履行をすることができなくなった場合、又は、②委任が履行の途中で終了した場合には、既にした履行の割合に応じて、委任者に対して報酬を請求することができる（648条3項）。

(ii) 成果完成型の委任の場合

①委任者の責めに帰することができない事由によって委任事務の履行をすることができなくなった場合、又は、②委任が成果完成前に解除された場合、受任者が既にした事務処理の結果のうち、可分な部分の給付によって委任者が利益を受けるときは、その部分は、得られた成果とみなされる。そして、この場合、受任者は、委任者が受ける利益の割合に応じて、委任者に対して報酬を請求することができる（648条の2第2項、634条）。

(2) 費用前払請求権

受任者が委任事務のため費用を要する場合、受任者からの請求があったときは、委任者は前払いをもって受任者に支払わなければならない（649条）。

(3) 費用償還請求権

必要費について受任者が立替払いをしたような場合、受任者はその費用及び支出した日からの利息の償還を請求することができる（650条1項）。

(4) 弁済・担保の供与の請求（650条2項）

受任者が委任者に代わって、委任事務を処理するために債務を負ったときは、弁済期が到来しているとき→弁済をすることを請求することができる。

弁済期が到来していないとき→相当の担保を提供させることができる。

(5) 損害賠償請求権

受任者が委任事務を処理するにあたって、自分に過失がないのに損害を受けたときは、委任者に対してその損害の賠償を請求することができる（650条3項）。

3 委任契約の終了事由

委任契約には、一般の契約と異なる独特の終了事由がある。委任契約というのは、当事者間の信頼関係によって成り立っている契約であるので、信頼関係がなくなるような場合には終了するのである。

ただし、委任が終了した場合でも、**急迫の事情**があるときは、受任者又はその相続人もしくはその法定代理人は、委任者又はその相続人もしくはその法定代理人が委任事務を処理することができるようになるまで、**必要な処分**をしなければならない（654条）。

⇒4 また、委任の終了事由は、これを相手方に通知したとき、又は、相手方がこれを知っていたときでなければ、これをもってその相手方に対抗することができない（655条）。したがって、そのときまで当事者は委任契約上の義務を負う。

⇒3 1. 告知による契約解除

委任契約は相手方に債務不履行等がなくても、委任者・受任者双方からいつでも自由に解除することができる（651条1項）。

ただし、解除をした者は、①相手方に不利な時期に委任を解除した場合、又は、②委任者が受任者の利益（専ら報酬を得ることによるものを除く）をも目的とする委任を解除した場合には、やむを得ない場合を除き、相手方の損害を賠償しなければならない（同条2項）。

⇒3 2. 委任者・受任者に一定の事由が生じた場合

次の事由が生じると委任契約は終了する（653条）。

委任者	死亡	破産手続開始の決定	後見開始の審判
受任者	死亡	破産手続開始の決定	

4 委任契約の解除の効果

契約の多くは、解除をすると契約時にさかのぼってその効果がなくなるが、委任契約を解除してもその効果は遡及しない（652条、620条）。つまり、解除をしたときに将来に向かってその効果がなくなるにすぎない。委任契約は継続的な関係だから、遡及させると法律関係がややこしくなるからである。したがって、解除前の行為に影響しない。

Advanced Study

注意義務 ★

(1) 「善良な管理者の注意義務」	特定物の引渡しの場合の注意義務（400条、たとえば賃借人・使用借主・有償の受寄者）、受任者の注意義務（644条）等
(2) 「自己の財産に対するのと同一の注意義務」「固有財産における同一の注意義務」（より低い程度の注意義務）	無報酬の受寄者（659条）・相続人（918条1項）・相続放棄者（940条1項）・限定承認者（926条1項）の注意義務等

第2節

請負★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 請負契約とは							○					
2 契約内容不適合の場合の請負人の担保責任		○			○		○					

1 請負契約とは

請負契約は、請負人がある仕事を完成することを約束し、注文者とその仕事の結果に対して報酬を支払うことを約束する契約である（632条）。

1. 請負人の義務

- ① 仕事を完成させる義務
- ② 担保責任を負う義務

⇒5 2. 注文者の義務

報酬を支払う義務（注文者は、請負人の仕事が完成した後に報酬を支払えばよい。そして、物の引渡しが必要なときは、請負人の目的物引渡義務と注文者の報酬支払義務とは、同時履行の關係に立つ。633条本文、判例）。

なお、①注文者の責めに帰することができない事由によって仕事を完成することができなくなった場合、又は、②請負が仕事の完成前に解除された場合、請負人が既にした仕事の結果のうち、可分な部分の給付によって注文者が利益を受けるときは、その部分は、仕事の完成があったものとみなされる。そして、この場合、請負人は、注文者が受ける利益の割合に応じて、報酬を請求することができる（割合的報酬請求権、634条）。

⇒6 3. 注文者の契約解除権

注文者は、請負人が仕事を完成させる前であれば、いつでも損害を賠償して請負契約を解除することができる（641条）。

2 契約内容不適合の場合の請負人の担保責任

1. 目的物の種類・品質に関する担保責任

請負契約は有償契約であるため、売買における目的物の契約内容不適合の規定が準用されており（559条）、請負人が、種類・品質に関して契約の内容に適合しな

い仕事の目的物を注文者に引き渡した等の場合、注文者は、請負人に対して、次のような主張をすることができる。

⇒7 (1) 追完請求権 (562条の準用)

注文者は、原則として、請負人に対して、目的物の修補、代替物の引渡し等による履行の追完を請求することができる。なお、契約不適合が重要なものではないのに、修補に過分の費用がかかる場合など、取引上の社会通念等に照らして追完が不能であるときは、追完請求は認められない(412条の2第1項)。

⇒8 (2) 報酬減額請求権 (563条の準用)

注文者が相当の期間を定めて履行の追完の催告をしても、その期間内に履行の追完がないときは、注文者は、原則として、その不適合の程度に応じて報酬の減額を請求することができる。

⇒9 (3) 損害賠償請求権及び解除権 (564条の準用)

注文者は、原則として、請負人に対して、契約内容不適合を理由として、損害賠償を請求することができる(415条)。したがって、注文者は、追完請求に代えて、あるいは、追完請求とともに、損害賠償を請求することが可能である。

また、注文者は、原則として、請負契約を解除することができる(541条、542条)。

⇒10 2. 担保責任の制限

請負人が、種類・品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した場合(その引渡しを要しない場合にあつては、仕事が終了した時に仕事の目的物が種類・品質に関して契約の内容に適合しないとき)、注文者は、注文者が提供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じた不適合を理由として、履行の追完請求、報酬の減額請求、損害賠償請求及び契約の解除をすることができない(636条本文)。

ただし、請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったときは、請負人は責任を負う(同条ただし書)。

⇒11 3. 担保責任の期間の制限

請負人が、種類・品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した場合(その引渡しを要しない場合は、仕事が終了した時に仕事の目的物が種類・品質に関して契約の内容に適合しないとき)、注文者がその不適合を知った時から1年以内にその旨を請負人に通知しないときは、注文者は、その不適合を理由として、履行の追完請求、報酬の減額請求、損害賠償請求及び契約の解除をすることができない(637条1項)。

ただし、仕事の目的物を注文者に引き渡した時(その引渡しを要しない場合は、仕事が終了した時)に、請負人がその不適合を知り、又は、重大な過失によって知らなかったときは、この期間の制限を受けない(同条2項)。

⇒12 4. 担保責任を負わない旨の特約

請負人は、仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合における担保責任を負わない旨の特約をすることができる。ただし、請負人が知りながら告げなかった事実等については、その責任を免れない（559条、572条）。

Advanced Study

1. 住宅品質確保促進法 ★

新築住宅の取得契約（請負・売買）の場合、住宅品質確保促進法によって、住宅の構造耐力上主要な部分（基礎や壁・柱など）と雨水の浸入を防止する部分（これらを基本構造部分と呼ぶ）について、10年間の瑕疵担保責任が義務づけられている。

以下がそのポイントである（品確法94条～97条）。

- ① 新築住宅の請負契約と売買契約に適用される。
- ② 住宅の基本構造部分（構造耐力上主要な部分等）の瑕疵に限る。
- ③ 瑕疵担保期間は引渡しから10年。ただし、特約で20年まで伸長できる（この特約は、基本構造部分に限らない）。
- ④ 注文者、買主に不利な特約は無効。
- ⑤ 一時使用目的が明らかな住宅には適用されない。

第3節

贈与等 ★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 贈与契約	○					○		○				

1 贈与契約

贈与は、当事者の一方（贈与者）がある財産を無償で相手方に与える意思表示し、相手方（受贈者）がこれを受諾することによって成立する契約である（549条）。

(1) 解除

⇒13 書面によらない贈与は、履行の終わった部分を除いて、各当事者が解除することができる（550条）。不動産の贈与について、判例は、不動産の引渡しがあれば登記がなされていなくても履行の終了と認める。また、引渡しはないが、移転登記がなされた場合も、履行があったとされている。

(2) 贈与者の引渡義務

⇒14 贈与者は、贈与の目的物を、その目的として特定した時の状態で引き渡すことを約束したものと推定される（551条1項）。したがって、贈与者は、原則として、目的物が特定された時の状態でこれを引き渡せばよく、その場合、担保の責任を負わない。ただし、負担付贈与の場合は、贈与者は、負担の限度において、売主と同じ担保の責任を負う（同条2項。負担付贈与については、その性質に反しない限り、双務契約に関する規定が準用される。553条）。

(3) 定期贈与

在学中は生活費を与えるなどというような、定期的に財産を与える定期贈与契約は、贈与者又は受贈者の死亡によってその効力を失う（552条）。当事者その人に重きがおかれているからである。

Advanced Study

組合 ★

組合契約とは、各当事者が出資をして、共同の事業を営むことを約することによって成立する契約である（667条）。この場合、各組合員の出資その他の組合財産は、総組合員の共有に属する（668条）。なお、組合員が死亡等したときは、組合を脱退する（679条）。

第4節

不法行為等 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 一般の不法行為	○	○		○		○	○		○			
2 特殊の不法行為	○			○			○		○	○		
3 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効		○		○					○	○		

⇒15 1 一般の不法行為

たとえば、人をだまして損害を与えたり、不注意による自動車事故によって人にケガをさせたような場合には、加害者は被害者に損害賠償金を支払う必要がある。つまり、故意又は過失によって他人の権利や法律上保護される利益を侵害した者は、その損害を賠償しなければならない（709条）。被害者を救済するために認められている。なお、不法行為による損害賠償債務は、損害の発生と同時に遅滞となる（判例）。

2 特殊の不法行為

⇒16 1. 使用者責任

ある事業のために他人を使用する者（使用者）は、使用されている者（被用者）がその事業の執行について他人に損害を与えた場合、その損害を賠償する責任を負う（使用者の債務と被用者の債務は不真正連帯債務。判例）。使用者は従業員を使うことによって活動範囲を広げ利益を得ているのだから、その事業から生じる被用者の不法行為による他人の損害についても賠償するのが公平だからである（このような考え方を報償責任の原理という）。ただし、使用者が被用者の選任や事業の監督について相当の注意を払っていたこと、又は、相当の注意を払っていても損害の防ぎようがなかったことを証明した場合は、責任を免れる（715条1項、判例）。

(1) 「事業の執行につき」の判断

事業の執行についてといえるためには、事業の範囲内であり、職務の範囲内であることが必要である。職務の範囲内に属するか否かについては、行為の外形を基準に客観的に判断する（外形標準説）というのが判例である。ただ、職務権限に関して悪意又は重過失のある被害者は、使用者責任を問うことができない（判例）。

(2) 使用者の求償権

使用者が損害を賠償したときは、その不法行為をした被用者に対して求償権を行使できる（同条3項）。しかし、無制限に求償権の行使を認めると被用者にと

って酷な結果となることが多い。そこで、判例は、損害の公平な分担という見地から、損害賠償債務を負担したことにより損害を被った使用者は、信義則上相当と認められる限度において求償をすることができるとしている。つまり、求償権が制限されることがある。



ケース・スタディ 37

宅建業者Aの従業員Bは、その業務の中で客Cに対して不法行為による損害を与えた。Cは、誰に対して損害賠償を請求することができるだろうか。



- ・ Cは、Aに責任がない場合を除き、Aに対してもBに対しても（判例）損害賠償の請求ができる。
- ・ Aは、Cに対して損害の賠償をしたときは、Bに対してその求償をすることができる。

⇒17 2. 共同不法行為

複数の者が共同して、不法行為により他人に損害を与えたときは、それらの者は各自連帯して、その損害を賠償する責任を負う（不真正連帯債務。719条1項、判例）。



ケース・スタディ 38

売主Aは宅建業者Bに、買主Cは宅建業者Dにそれぞれ媒介の依頼をしたが、宅建業者B及びDは共同して不法行為を行い、売主Aが損害を被った。Aは、誰に対して損害賠償を請求することができるだろうか。



この場合Aは、自分が依頼した業者BのみならずDに対しても、損害の全額について賠償を請求することができる。

⇒18 3. 工作物責任

土地の工作物（建物等）の設置又は保存に瑕疵（欠陥）があったために他人に損害を与えた場合は、その工作物の占有者（実際に使っている者）がその被害者に対して損害を賠償する責任を負う。ただし、占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意を尽くしていたことを証明したときは、その工作物の所有者が損害を賠償しなければならない（717条1項）。つまり、この所有者の責任は無過失責任である。また、損害の原因について他に責任を負う者があるときは、占有者や所有者は、その者に対して求償権を行使することができる（717条3項）。

3 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効

- (1) 損害賠償請求権の長期・短期の消滅時効
- ⇒19 不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないときは、時効によって消滅する。また、不法行為の時から20年間行使しないときも、時効によって消滅する（724条）。
- (2) 人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効
- ⇒20 人の生命又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から5年間行使しないとき、又は、不法行為の時から20年間行使しないときは、時効によって消滅する（724条の2、724条2号）。

Advanced Study

1. 近親者の慰謝料請求権 ★

不法行為によって他人の生命を侵害した者は、被害者の父母、配偶者及び子に対しては、その財産権が侵害されなかった場合においても損害の賠償をしなければならない（711条）。これは、生命が侵害されたときの近親者固有の慰謝料請求権を定めたものである。

2. 損害賠償請求権の相続 ★★

交通事故によって即死したようなときでも、被害者自身に損害賠償請求権（慰謝料請求権を含む）が発生し、その請求権が相続によって相続人へ承継されるとするのが判例である。そうでないと、重傷後死亡した場合との不均衡が生じるからである。

3. 不真正連帯債務 ★

使用者責任における使用者と被用者の債務・共同不法行為者の債務は、不真正連帯債務とされている（判例）。不真正連帯債務は、主に、同一の損害について、複数の者がそれぞれ補填すべき義務を負う場合に生じるもので、連帯債務と異なり、それぞれの債務者の債務が主観的に共同の目的をもっているものではなく、その間に緊密な関係がない。しかし、民法改正により、請求・免除・時効が相対的効力事由となったため、連帯債務との違いは、ほとんどなくなった。

4. 被用者側からの求償（逆求償）★★

被用者が、使用者の事業の執行について第三者に損害を加え、その損害を賠償した場合、被用者は、使用者の事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防又は損失の分散についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、**損害の公平な分担という見地から相当と認められる額**について、使用者に対して求償することができる（715条3項、判例）。

5. 過失相殺・被害者側の過失 ★

不法行為にあたって被害者に過失があるときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる（過失相殺、722条2項）。この制度は、裁判所の裁量によって、加害者と被害者の損害の公平な分担を図るためのものであるから、被害者に過失があるときには、加害者からの過失相殺の主張がなくとも、**裁判所は職権によって過失相殺をすることができる**（判例）。また、被害者本人が幼児である場合には、被害者に対する監督者である父母など、**被害者と身分上ないしは生活関係上一体をなすとみられるような関係にある者に過失があれば、被害者側の過失として、過失相殺が考慮されうる**（判例）。

6. 損益相殺 ★

損益相殺とは、不法行為の被害者が、**損害を被ったのと同一の原因によって利益**を受けた場合、この利益の額を**加害者の賠償すべき損害額から控除**することである。**損失と利得の同質性**がある場合に認められる（判例）。しかし、家屋焼失による損害について、**火災保険契約に基づき給付される保険金は、既に払い込んだ保険料の対価としての性質を有しており、損害賠償額の算定に際し、いわゆる損益相殺として控除されるべき利益にはあたらない**（判例）。

7. 名誉毀損における原状回復と人格権に基づく差止め ★

他人の**名誉を毀損した者**に対しては、裁判所は、被害者の請求により、損害賠償に代えて、又は、損害賠償とともに、**名誉を回復するのに適当な処分**を命ずることができる（723条）。また、**名誉を違法に侵害された者は、上記の処分のほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は、将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求め**ることができる（判例）。

8. 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効における「損害を知った」の意味 ★

不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないときは、時効によって消滅するが（724条1号）、この被害者が損害を知った時に関しては、被害者が**損害の発生を現実に認識した時**をいうとの判例がある。被害者保護のためである。

9. 事務管理 ★

義務なく他人のために事務の管理を始めた者（以下「管理者」という）は、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理（以下「事務管理」という）をしなければならない（697条1項）。この事務管理が認められる場合、管理者は、善良な管理者の注意をもって管理しなければならないとされているが、本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるために事務管理がなされる緊急事務管理の場合は、管理者は、悪意又は重大な過失があるのでなければ、生じた損害を賠償する責任を負わない（698条）。また、本人のために有益な費用を支出したときは、本人に対し、その償還を請求することができる（702条1項）。そして、事務管理が認められるためには、本人の意思に反せず、また、本人に不利であることが明らかでないことが要件とされている（700条参照）。なお、管理者が本人の意思に反して事務管理をしたときは、本人が現に利益を受けている限度においてのみ、有益な費用の償還を請求することができる（702条3項）。

例) 倒壊しそうな他人所有の建物について、所有者が倒壊防止の措置をとらないため、その隣人が所有者のために倒壊防止の措置をとるような場合。

10. 不当利得 ★

法律上の原因がないにもかかわらず、他人の財産又は労務により利益を受け、それによって他人に損失を及ぼした者は、受けた利益を返還する義務がある（703条、704条）。

例) A所有の家屋をBが賃借していたが、Bはその家屋について修繕を施した。Bが支出した修繕費は必要費と呼ばれAが負担するべきものだが（→第13章）、賃貸借契約終了時になってもAは償還しなかった。Bは留置権（→第10章）に基づき家屋の引渡しを拒むことができるが、家賃相当額は不当利得としてAに支払わなければならない（判例）。



第1節 委任

1. 委任契約は、特約がある場合を除き、片務・無償の諾成契約である。
2. 受任者には報酬を受ける旨の特約の有無にかかわらず、善管注意義務がある。また、受任者は、委任者の許諾を得たとき、又は、やむを得ない事由があるときでなければ、復受任者を選任することができない。
3. 委任契約の終了事由は、一般の契約共通の事由のほか、次の事由によっても終了する。

委任者→死亡・破産手続開始の決定

受任者→死亡・破産手続開始の決定・後見開始の審判

また、当事者は、いつでも委任契約を解除することができる。ただし、解除をした者は、相手方に不利な時期に委任を解除した場合、又は、委任者が受任者の利益（専ら報酬を得ることによるものを除く）をも目的とする委任を解除した場合には、やむを得ない場合を除き、相手方の損害を賠償しなければならない。

4. 委任契約の終了事由は、これを相手方に通知したとき、又は、相手方がこれを知っていたときでなければ、その相手方に対抗することができない。

第2節 請負

5. 請負契約では、注文者は、請負人の仕事が完成した後に報酬を支払えばよく、物の引渡しが必要なときは、目的物引渡義務と報酬支払義務とは、同時履行の関係となる（判例）。
6. 注文者は、仕事の完成前であれば、いつでも損害を賠償して請負契約を解除することができる。
7. 請負人が、種類・品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した等の場合、注文者は、原則として、請負人に対して、目的物の修補、代替物の引渡し等による履行の追完を請求することができる。なお、取引上の社会通念等に照らして追完が不能であるときは、追完請求は認められない。
8. 請負人が、種類・品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した等の場合、注文者が相当の期間を定めて履行の追完の催告をしても、その期間内に履行の追完がないときは、注文者は、原則として、その不適合の程度に応じて報酬の減額を請求することができる。
9. 請負人が、種類・品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した等の場合、注文者は、原則として、請負人に対して、契約内容

不適合を理由として、損害賠償を請求することができる。したがって、注文者は、追完請求に代えて、あるいは、追完請求とともに、損害賠償を請求することが可能である。また、注文者は、原則として、請負契約を解除することができる。

10. 請負人が、種類・品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した等の場合、注文者は、原則として、注文者が提供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じた不適合を理由として、履行の追完請求、報酬の減額請求、損害賠償請求及び契約の解除をすることができない。
11. 請負人が、種類・品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した等の場合、注文者がその不適合を知った時から1年以内にその旨を請負人に通知しないときは、注文者は、請負人がその不適合について悪意又は重過失であるときを除き、その不適合を理由として、履行の追完請求、報酬の減額請求、損害賠償請求及び契約の解除をすることができない。
12. 請負人は、仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合における担保責任を負わない旨の特約をすることができるが、請負人が知りながら告げなかった事実等については、その責任を免れない。

第3節 贈与等

13. 書面によらない贈与は、履行の終わった部分（不動産については、引渡し又は移転登記）を除いて、各当事者が解除することができる。
14. 贈与者は、原則として、贈与の目的として特定した時の状態で目的物を引き渡せば足り、その場合、担保の責任を負わない。ただし、負担付贈与の場合は、負担の限度において、売主と同じ担保の責任を負う。

第4節 不法行為等

15. 故意又は過失によって他人の権利や法律上保護される利益を侵害した者は、その損害を賠償しなければならない。不法行為による損害賠償債務は、損害の発生と同時に遅滞となる（判例）。
16. 被用者が事業の執行について（外形を基準に判断。判例）不法行為を行い他人に損害を与えた場合は、使用者がその被用者の選任や事業の監督について相当の注意を払っていた場合等を除き、使用者もその損害を賠償しなければならない（使用者の債務と被用者の債務は不真正連帯債務。判例）。この場合、使用者が損害を賠償したときは、不法行為をした被用者に対して、信義則上相当な限度で求償権を行使できる（判例）。
17. 数人の者が共同して、不法行為により他人に損害を与えた場合、それらの者は各自連帯（不真正連帯債務。判例）して、その損害を賠償しなければならない。

18. 土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があったために他人に損害を与えた場合、**第1次的**にはその工作物の**占有者**が、占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意を尽くしていたことを証明したときは、**第2次的**に、その工作物の**所有者**が損害を賠償しなければならない（所有者の責任は、**無過失責任**）。また、損害の原因について**他に責任を負う者**があるときは、占有者や所有者は、その者に対して**求償権**を行使することができる。
19. 不法行為による損害賠償請求権は、被害者又はその法定代理人が**損害及び加害者を知った時から3年間**行使しないとき、又は、**不法行為の時から20年間**行使しないときは、**時効**によって消滅する。
20. 人の**生命又は身体**を害する不法行為による損害賠償請求権は、被害者又はその法定代理人が**損害及び加害者を知った時から5年間**行使しないとき、又は、**不法行為の時から20年間**行使しないときは、**時効**によって消滅する。

第9章 物権

前章までは主に契約という形で、債権について学習してきました。民法には、この債権の他に物権が規定されています。では物権とはどのようなものでしょう。誰かと何かを約束する、のではなくて、誰に対しても同じ何かを主張できるという権利が身近にあります。例えば所有権です。自分の家ならば、誰かに、ではなく、誰にでも、自分の家だと言えます。これが代表的な物権というわけです。そして、この物権に関する移転などの変動を第三者に対して主張するためには、不動産の場合は登記が必要であるとされています。

この章では、不動産の物権変動の対抗要件である登記について、どんな場合に登記が必要であるかを学び、さらに「所有権」「地上権」「地役権」「占有権」などの物権全般について学習していくことになります。

第1節

物権の特徴 ★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 物権の性質												○

1 物権の性質

物権は物を直接に支配する排他的な権利である。排他的であるとは、同一のものに対しては同一内容の物権は2つ以上成立せず、1つしか成立しないということである（一物一権主義）。

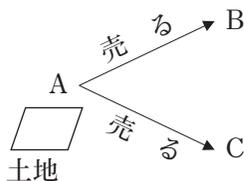
1. 物権と債権

ここで、債権と物権を比較しておこう。債権は、特定の者に対する一定の行為の請求権であり、物権は、排他的な（つまり誰に対しても主張できる）権利である。

そして、債権と物権のこの差異から、「二重売買」などの代表的なケースが生じるのである。



ケース・スタディ 39



土地の所有者であるAは、まずBに土地を売った。そして、その後、さらに同じ土地をCにも売った。何故このようなことができるのだろうか。



ケースのような事態が生じるのは、債権と物権の差からきているのである。

AB間の売買契約も、AC間の売買契約も債権を発生させる契約（債権契約）である。そして、債権は、特定の者に対する特定の行為の請求権であり、B・Cとも、Aに対して土地を引き渡せと請求できるだけである。このような意味で、二重にも、三重にも、売買契約を結ぶことが可能なのである。

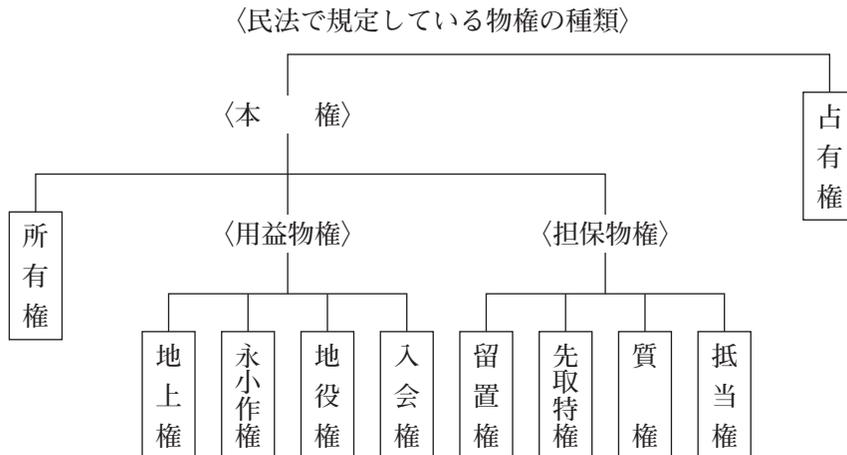
物権は、そうはいかない。上記の場合、物権である「土地の所有権」は、1つしかなく、最終的にはB・Cどちらか1人にしか帰属しえないのである。

そして、どちらにこの所有権が帰属するかを決めるために、「対抗要件」という制度が設けられている。この対抗要件については、次節の「物権変動の対抗要件」で、

詳しく学習することになる。

2. 物権法定主義

このように物権は非常に強い権利であるため、民法やその他の法律で定められたもの以外は創設することはできない（175条）。また、物権の内容を勝手に決めることもできない。



3. 物権的請求権

物権は、直接に物を支配することができる排他的な権利とされている。そこで、権利者以外の者が支配を侵害した場合に、侵害を生じさせている者に対して、権利者はその物権の実現のための請求権をもつとされている。この請求権は、物権的請求権といわれ、その内容は以下の3つである。なお、所有権に基づく妨害排除請求が権利の濫用となる場合には、妨害排除請求そのものが否定されることになる（判例）。

(1) 返還請求権

他人が権原なく、目的物の不動産を不法占拠するなどして、物権が完全に妨害された場合に、当該目的物の引渡しを求める権利である。

(2) 妨害排除請求権

他人が権原なく、目的物の一部を占有するなどして、物権の行使が部分的に妨げられている場合に侵害をやめることを請求する権利である。

(3) 妨害予防請求権

侵害が未だ現実のものではなく、将来侵害が発生する可能性が強い場合に、その妨害を予防すること（状況の改善など）を請求する権利である。

第2節

物権変動の対抗要件 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 物権変動の対抗要件				○	○							○
2 第三者の範囲				○			○				○	○
3 登記が必要な物権変動			○			○	○				○	○

1 物権変動の対抗要件

物権の変動、たとえば所有権の移転は、当事者の意思表示のみによって生ずる（176条。そこで、判例は、売主が所有する特定物を目的とする売買では、特約がない限り、直ちに買主への所有権移転の効力が生じるとする）。しかし、第三者に対して、物権の変動を主張するためには対抗要件が必要とされ、物権変動の公示が要求されている。

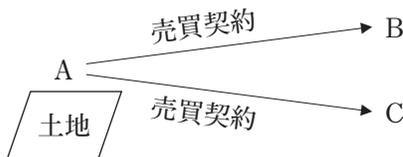
⇒1 つまり、不動産の物権変動は、登記をしなければ第三者に対抗することができない（177条）。これは、物権のような排他的効力をもつ権利については、第三者に認識させるような外形をつくらせるのが第三者保護のために必要だからである。

そこで、この対抗要件は第三者に自分の権利を主張でき、自分の権利を認めさせることができるための要件であるといえる。対抗要件は、不動産については登記（177条）、動産については引渡しである（178条）。原則として、先に対抗要件を備えた者が自分の権利を主張できる（例外：不動産保存・不動産工事の先取特権、339条）。



ケース・スタディ 40

Aは自己所有の土地を、B及びCへ二重に売却した。この場合、BとCのいずれが土地の所有権を主張することができるだろうか。



この場合、売買契約は二重に成立するが、土地の所有権は1つしかないのでB・Cのいずれか一方しか取得できない。どちらか先に所有権移転登記を済ませた方が、この土地の所有権を主張することができる。

2 第三者の範囲

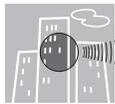
⇒1 不動産の物権変動は、登記をしなければ**第三者**に対抗することができない(177条)。

1. 登記なくして対抗できない第三者

ここにいう**第三者**とは、物権変動の**当事者**及びその**相続人**など**包括承継人以外**の者すべてをいうのではなく、登記が欠けていることを主張することについて**正当な利益を有する者**のことである(判例)。たとえば、不動産の二重譲渡における**第二譲受人**や、譲渡された不動産の**賃借人**等である。

⇒2 次のような者は、ここにいう「**第三者**」に含まれず(判例等)、これらの者に対しては、**登記をしなくても対抗することができる**。

(1) 全くの無権利者



ケース・スタディ 41

各種の書類を偽造しA所有の土地を自分名義に登記をしたBが、この土地をCに売却したとき、Aは登記がないとCに対して所有権を主張することができないのだろうか。



B及びBから譲り受けたCは無権利者であるから、Aは登記がなくてもCに対して所有権を主張することができる。

※ 登記と公信力

動産の占有には**公信力**(外観を信じて取引をした者が保護される力)が認められるが、不動産の登記には**公信力**はない。

(2) 不法行為者・不法占拠者



ケース・スタディ 42

AがBからB所有の家屋を買い受けたが、まだ**所有権移転登記**をしていない。この家は**全くの無権利者**(賃借権等も有しない者)Cによって**不法に占拠**されていた。この場合、Aは登記がないとCに対して**立退き**を請求することができないのだろうか。



ケースの場合、Cは**不法占拠者**であるから、Aは登記がなくてもCに対して**所有権**を主張し、**立退き**を請求することができる(また、登記がなくても、**不法行為**を理由として、**損害賠償**を請求することもできる)。

第9章 物権

(3) 背信的悪意者



ケース・スタディ 43

AがBに土地を売った後、さらにCに売った場合において、Cが先に登記をすれば、BはCに対抗できない（たとえ、Cが二重譲渡の事実を知っていたとしても）。

これに対し、Bを困らせてやろうという目的で、AとCが共謀して契約した場合、Bは、登記なくしてCに対抗できるだろうか。



後段のCは、単なる「悪意者」ではなく、信義則に反するような悪意者（すなわち、背信的悪意者）となり、Bは登記がなくてもCに対抗できる。

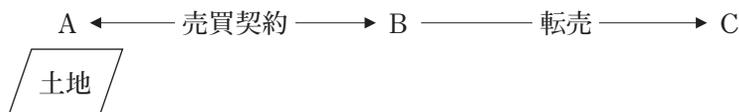
- (4) 詐欺又は強迫によって登記申請を妨げた者（不登法5条1項）
- (5) 他人のために登記申請をする義務のある者（不登法5条2項）

3 登記が必要な物権変動

⇒3 1. 解除と登記



ケース・スタディ 44



Aが自己所有の土地をBに売却し、さらにBはCへ当該土地を転売した。

Bが代金を支払わないので、AはBの債務不履行を理由にA B間の売買契約を解除した。この場合、Aは、Cに対して、土地の所有権を主張することができるだろうか。

(1) 解除前の第三者

～B C間の売買契約締結後、Aが解除した場合～

契約を解除すると、一定の契約を除いては遡及効があるので、当事者に原状回復義務が生じるが、「解除による原状回復は、第三者の権利を害することができない」とされている（545条1項ただし書）。そして、この第三者の権利が保護されるためには、第三者が登記（権利保護要件としての登記と呼ぶ）を備えていることを必要とする（判例）。また、Cが所有権移転登記を済ませている場合は、Cの善意、悪意にかかわらず、AはCに対して土地の返還を請求できない（判例）。これに対して、Cが登記を備えていなければ、Aは返還請求ができる。

(2) 解除後の第三者

～AがA B間の売買契約を解除した後、BがCへ譲渡した場合～

(i) AがA B間の売買契約を解除した。

この場合、解除の遡及効により、Aは登記を取り戻せるはずである。

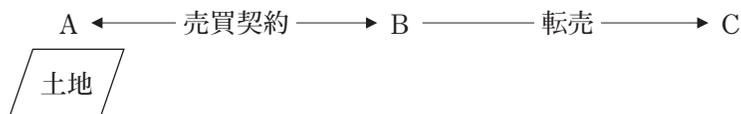
(ii) ところがBがCに転売してしまった。

Aは解除後、Bの所にある登記を自己に取り戻せるはずであるのに、それをせず放置した責任を問われるべきである。そこで、この場合、Bを中心にして、AとCとに二重譲渡があったのと同様に考え、**対抗問題**として処理するのが妥当である。よって、AとCは先に登記を備えた方が所有権を主張できることになる(判例)。

⇒4 2. 取消しと登記



ケース・スタディ 45



AがBの詐欺によりその所有する土地をBに売却し、BがさらにこれをCに売却した。Aは、Bの詐欺を理由にA B間の売買契約を取り消した。この場合、Aは、Cに対して、土地の所有権を主張することができるだろうか。

(1) 取消し前の第三者

～B C間の売買契約締結後、Aが取り消した場合～

上記のケースは詐欺の事例であるから、

第三者Cが悪意又は善意有過失→AはA B間の取消しの効果をCに主張できる。

第三者Cが善意無過失→AはA B間の取消しの効果をCに主張できない。

AとCの関係は**対抗問題とはならず**、善意無過失のCは保護される(96条3項)。

(2) 取消し後の第三者

～AがA B間の売買契約を取り消した後、BがCへ譲渡した場合～

(i) AがA B間の売買契約を取り消した。

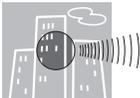
この場合、取消しによる遡及効により、Aは登記を取り戻せるはずである。

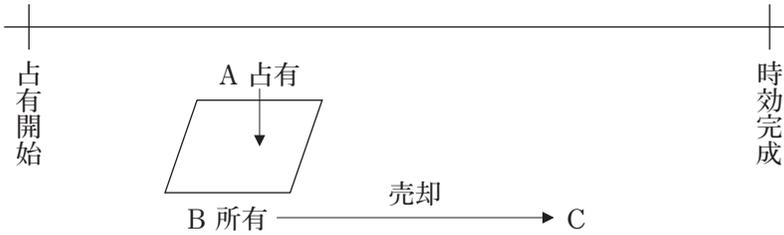
(ii) ところがBがCに転売してしまった。

Aは取消し後、Bの所にある登記を自己に取り戻せるはずであるのに、それをせず放置した責任を問われるべきである。そこで、この場合、Bを中心にして、AとCとに二重譲渡があったのと同様に考え、**対抗問題**として処理するのが妥当である。よって、AとCは先に登記を備えた方が所有権を主張できることになる(判例)。

⇒5 3. 時効と登記

(1) 時効完成前の第三者

 **ケース・スタディ 46**

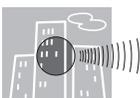


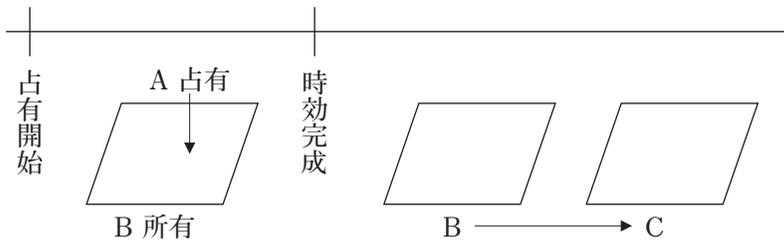
AはB所有の土地を占有し時効が完成したが、時効完成前にBはCに当該土地を売却し、登記も移転していた。Aは、登記なくして、時効完成による所有権の取得をCに主張することができるか。



CがBから権利を取得した後、Aの占有を排除すれば別だが、CもそのままAに占有を続けさせていたならば、Aは時効期間の経過によって当該土地を時効取得する。そして、AとCとは、取得時効によって権利を取得するAと権利を失うCという意味で**当事者どうしの関係**にあることから、AとCの関係は**対抗問題**ではなく、Aは、Cに対して登記なくして時効完成による所有権の取得を主張することができる（判例）。

(2) 時効完成後の第三者

 **ケース・スタディ 47**



AはB所有の土地の占有を続け時効が完成したが、時効完成後Bがその事実を知らないCへ当該土地を売却し、所有権移転登記を完了させた。Aは、登記なくして、時効完成による所有権の取得をCに主張することができるか。



Aは時効が完成したのだから援用してA所有の登記を備えることができたにも

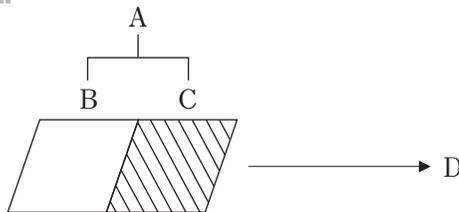
かかわらず、それを怠ったといえる。そこで、この場合も、BがAとCに二重に
 売買したのと同様に考え、**対抗問題として処理されることになるのである(判例)**。
 したがって、Aは、登記なくして、時効完成による所有権の取得をCに主張する
 ことはできない。

4. 相続・遺産分割と登記

⇒6 (1) 遺産分割前の第三者



ケース・スタディ 48



Aが死亡し、それぞれ2分の1の相続分を持つAの子B・Cが共同相続した。
 この場合に、相続財産である土地につき、遺産分割前に、Bが、Cの同意なくB
 単独名義への所有権移転登記をし、この土地全部をDに譲渡し、所有権移転登記
 をしたとき、Cは、自己の相続分を、登記なくしてDに主張できるだろうか。

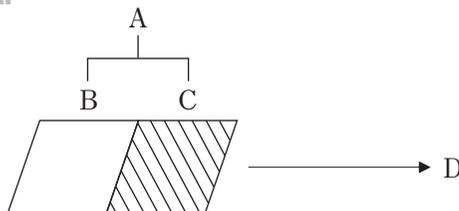


Bは、Cの相続分に関しては無権利者であり、Bからこれを譲り受けたDも無
 権利者である。したがって、**Cの相続分に関しては、対抗問題とならず、Cは、**
 自己の相続分を、登記なくしてDに主張することができる(判例)。

⇒7 (2) 遺産分割後の第三者



ケース・スタディ 49



Aが死亡し、それぞれ2分の1の相続分を持つAの子B・Cが共同相続した。
 この場合に、相続財産である土地につき、B・Cが持分各2分の1の共有相続
 登記をした後、遺産分割によりBが単独所有権を取得したとき、その後にCが、
 登記上の持分2分の1をDに譲渡し、所有権移転登記をしても、Bは、単独所
 有権を、登記なくしてDに主張できるだろうか。



この場合については、**Cの登記上の持分**は、遺産分割によってBに移転し、他方、譲渡によってDに移転することから、**対抗問題**であるとするのが判例である。また、この場合、遺産分割が終わっている以上、最終的な決着がついているのだから、Bに登記を要求しても酷ではない。したがって、Bは、Dに対して、登記なくしてCの登記上の持分の取得を対抗できず、その結果、単独所有権をDに主張することはできない。

Advanced Study

1. 二重譲渡における損害賠償請求 ★

不動産の二重譲渡において、売主が不動産を第三者に譲渡して、その第三者への所有権移転登記がなされた場合、当初の買主に対する売主の債務は、特段の事情のないかぎり、**第三者に対する所有権移転登記が完了した時に、履行不能**となる（415条、判例）。したがって、当初の買主は、二重に譲渡した売主に対して、債務不履行に基づく損害賠償請求をすることができる。

2. 第三者（相続人からの譲受人）★★

AがBに甲地を売却した後、Aの死亡によりCがAを単独相続した場合、Bは、Aの相続人Cに対して、登記なくして、甲地の所有権を対抗することができる。しかし、CがDに甲地を売却した場合、**Cから譲り受けたDとBとの関係は、二重譲渡と同様の関係になり、対抗問題**となる。したがって、Bは、Dに対しては、登記なくして甲地の所有権を対抗することはできない。

3. 背信的悪意者からの転得者 ★

背信的悪意者からの転得者は、**その者に背信性がない限り、登記がなければ対抗できない「第三者」**（177条）にあたる。したがって、背信性のない転得者に対しては、登記なくして対抗できない。

4. 虚偽表示の規定の類推適用 ★★

判例は、登記に公信力を認めるわけではないが、真の所有者（A）が、債権者の追及を逃れるために売買契約の実態はないのに登記だけ他人名義（B名義）に移したり、他人名義（B名義）に登記されていることを知っていながら放置していたような落ち度のある場合において、虚偽表示の規定（94条2項）を類推適用し、真の所有者（A）はBから譲り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。

第3節

所有権と共有 ★★★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 所有権の性質											○	
2 所有権と相隣関係	○				○			○			○	
3 共有					○	○			○			

1 所有権の性質

所有権は物に対する全面的な支配権であり、所有者は法令の制限内において所有物を自由に使用・収益・処分することができる（206条）。

そして、土地の所有権は法令の制限内においてその土地の上下に及ぶ（207条）。

2 所有権と相隣関係

所有者は法令の制限内では、所有物を自由に使用、収益、処分できる。しかし、所有者が無制限に自分の土地を利用すれば、隣接地所有者との関係でいろいろな問題が生ずる。そこで、隣接地相互の権利関係を規定し、利用を調整することが必要になる。この相隣関係（隣接する土地所有者どうしの関係）は、法律上当然に認められる権利である。なお、これらの規定は地上権者についても準用される（267条）。

⇒8 1. 公道に至るための他の土地の通行権

他の土地に囲まれて公道に通じない土地（袋地）の所有者には、公道に至るために、その土地を囲んでいる他の土地を通行する権利がある（210条）。そして、袋地の所有者は、その土地を囲んでいる他の土地の所有者に対して、袋地の所有権取得の登記なくして、通行権を主張することができる（判例）。



ただし、通行の場所及び方法については、通行権を有する者のために必要であり、かつ、他の土地のために損害が最も少なくなるようにしなければならない（211条1項）、その通行する他の土地の損害に対して、償金を支払う必要がある（212条）。

また、袋地が分割や一部譲渡により生じたときは、他の分割された土地や残余地だ

第9章 物権

けを通行でき、これについてはたとえ損害が生じても償金を支払う必要はない(213条)。

⇒9 2. 隣地使用権

(1) 土地の所有者は、次の①～③の目的のため必要な範囲内で、隣地を使用することができる。ただし、住家については、その居住者の承諾がなければ、立ち入ることはできない(209条)。

- ① 境界又はその付近における障壁、建物その他の工作物の築造、収去又は修繕
- ② 境界標の調査又は境界に関する測量
- ③ 下記3.(5)②～④による枝の切り取り

(2) (1)の場合には、使用の日時、場所及び方法は、隣地所有者及び隣地を現に使用している者(以下「隣地使用者」という)のために損害が最も少ないものを選ばなければならない。

(3) 隣地所有者・隣地使用者の承諾は不要であるが、(1)により隣地を使用する者は、あらかじめ、その目的、日時、場所及び方法を隣地所有者及び隣地使用者に通知しなければならない。ただし、あらかじめ通知することが困難なときは、使用を開始した後、遅滞なく、通知することをもって足りる。

(4) (1)の場合において、隣地所有者又は隣地使用者が損害を受けたときは、その償金を請求することができる。

3. その他の相隣関係

(1) 土地の所有者は、他の土地に設備を設置し、又は他人が所有する設備を使用しなければ電気、ガス又は水道水の供給その他これらに類する継続的給付を受けることができないときは、継続的給付を受けるため必要な範囲内で、他の土地に設備を設置し、又は他人が所有する設備を使用することができる(213条の2第1項)。

(2) 隣地から水が自然に流れて来るのを妨げてはいけない(214条)。

⇒10 (3) 境界には境界標を設置することができ(223条)、境界標設置等の費用は双方が2分の1ずつ負担するが、測量費用は面積に応じて分ける(224条)。

(4) 建物は、境界線から50cm以上へだてて建てなければならない(234条1項)。

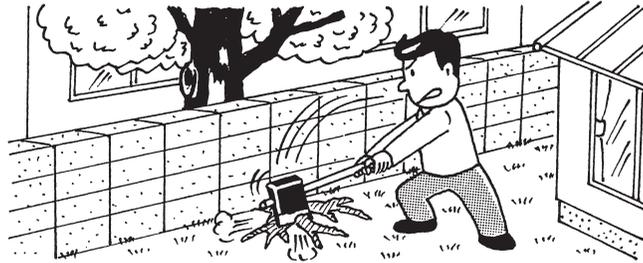
⇒11 さらに、境界線から1m未満の距離のところ他人の宅地を見通すことのできる窓や縁側(ベランダを含む)を設ける時は、目隠しを付ける必要がある(235条1項)。別な慣習があれば、それに従う(236条)。

⇒12 (5) 土地の所有者は、隣地の竹木の「枝」が境界線を越えるときは、その竹木の所有者に、その「枝」を切除させることができるのが原則であるが(233条1項)、隣地の竹木の「根」が境界線を越えるときは、その「根」を切り取ることができる(233条4項)。

なお、上記原則の例外として、次の①～④の場合、土地の所有者(①の場合は「各共有者」)は、その「枝」を切り取ることができる(233条2項・3項)。

- ① 竹木が数人の共有に属するとき。

- ② 竹木の所有者に枝を切除するよう催告したにもかかわらず、竹木の所有者が相当の期間内に切除しないとき。
- ③ 竹木の所有者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。
- ④ 急迫の事情があるとき。



3 共有

1つの物には1個の所有権しか存在しないことは前に述べた。

ただし、1個の所有権を数人が共同して所有することはできる。このような所有の形態を「共有」という。



ケース・スタディ 50

A・B・Cの3人がそれぞれ1,000万円ずつ出しあって、軽井沢の別荘を買った。この別荘は、A・B・Cの共有とし、3人はそれぞれ1/3ずつの割合で所有権を有することにした。

1. 持分

⇒13 上記のケースで、A・B・Cの所有権の割合は1/3である。この割合を**持分**
 ⇒14 という。そして、**自己の持分を処分することは自由である**（206条）。持分は、当
 事者間で定められたり、法律の規定（相続等）で定められたりするが、**持分が不明**
 の場合は**等しいものと推定される**（250条）。

⇒15 各共有者は、**持分に応じて、共有物全部の使用をすることができる**（249条）。
 つまり、各共有者は、**自己の持分に基づいて共有物の占有権限を有する**。したがっ
 て、他の共有者との協議に基づかないで、**共有物を単独で使用している共有者**対
 して、また、ある共有者から共有物の占有使用を承認された第三者に対して、他の
 共有者は、当然には**共有物の明渡しを請求することができない**（判例）。

2. 共有物の管理・処分

共有物は単独所有と違って、各共有者が単独で（勝手に）行ってもよい行為、相
 談して行わなければならない行為がある。

第9章 物権

- ⇒16 (1) 各共有者が**単独**で行うことができる行為 (252条5項)
保存行為 (現状を維持する行為)
 例) **修繕、不法占拠者への明渡請求** (→損害賠償の請求については持分の割合に限られる。判例) 等
- ⇒17 (2) **持分の過半数**の同意が必要な行為 (252条1項)
管理 (利用・改良) 行為 (利用したり価値を高めたりする行為)・**軽微変更行為**
 例) **賃貸借契約の解除** (判例)、共有物管理者の選任・解任等
- ⇒18 (3) 共有者**全員**の同意が必要な行為 (251条1項)
重大変更行為 (共有物全部を処分したり共有物について重大変更を施す行為)
 例) 共有物全部の**売却、増築・改築** (その形状又は効用の著しい変更を伴わないものを除く) 等



ケース・スタディ 51

A・B・Cが別荘を共有している (各人の持分は等しいものとする)。
 Aは、B及びCの同意を得ないで、当該別荘をDに譲渡することができるだろうか。



Aは、自己の持分である1/3の所有権をDに譲渡することは単独でできるが、BとCの賛成がない限り、別荘自体の譲渡をすることはできない。

- (4) その他の規定 (令和5年4月1日施行)
- ア 共有者が**他の共有者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、裁判所は、共有者の請求により、**当該他の共有者以外の他の共有者の同意を得て共有物に変更を加えることができる旨の裁判をすることができる** (251条2項)。
- イ 裁判所は、次の①②に掲げるときは、①②に規定する他の共有者以外の共有者の請求により、**当該他の共有者以外の共有者の持分の価格に従い、その過半数で共有物の管理に関する事項を決することができる旨の裁判をすることができる** (252条2項)。
- ① 共有者が他の共有者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。
- ② 共有者が他の共有者に対し相当の期間を定めて共有物の管理に関する事項を決することについて賛否を明らかにすべき旨を催告した場合において、当該他の共有者がその期間内に賛否を明らかにしないとき。
- ウ 上記(2)・(4)イによる決定が、共有者間の決定に基づいて共有物を使用する共有者に**特別の影響を及ぼすべきときは、その承諾を得なければならない** (252条3項)。

エ 共有者は、上記(2)・(4)イ・(4)ウの規定により、共有物に、次の①～④に掲げる賃借権その他の使用及び収益を目的とする権利（「賃借権等」）であって、当該①～④に定める期間を超えないものを設定することができる（252条4項）。

- ① 樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃借権等 10年
- ② ①に掲げる賃借権等以外の土地の賃借権等 5年
- ③ 建物の賃借権等 3年
- ④ 動産の賃借権等 6か月

オ 不動産が数人の共有に属する場合において、共有者が他の共有者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、裁判所は、共有者の請求により、その共有者に、当該他の共有者（「所在等不明共有者」）の持分を取得させる旨の裁判をすることができる。この場合において、請求をした共有者が2人以上あるときは、請求をした各共有者に、所在等不明共有者の持分を、請求をした各共有者の持分の割合で按分してそれぞれ取得させる（262条の2第1項）。

3. 共有物に関する費用・債権

- ⇒19 各共有者は、その持分に応じて共有物の管理費用を支払い、共有物に関する負担をしなければならない（253条1項）。共有者が1年以内にこの義務を行わないときは、他の共有者は、相当な償金を支払ってその者の持分を取得することができる（同条2項）。
- ⇒20 また、他の共有者に対して債権を有する共有者は、その特定承継人（共有持分を譲り受けた者など）に対してもその権利を行使できる（254条）。

4. 持分の帰属

- ⇒21 共有者の1人がその持分を放棄したとき、又は死亡して相続人がいないときは、その持分は、他の共有者に帰属する（255条）。
- ただし、相続人がいないときでも、特別縁故者（相続人ではないが被相続人の療養看護に努めた者など、被相続人と特別の関係にある者→第11章第1節[7]）がいるときは、特別縁故者に対する財産分与の規定（958条の3）が優先適用され、その者が持分を取得する（判例）。

5. 共有物の分割請求

- ⇒22 各共有者は、いつでも共有物の分割を請求することができる（256条1項本文）。
- (1) 分割の方法
- 共有者からの分割請求に基づき協議をする。分割の方法としては、現物分割（共有物を量的にそのまま分割する）や代金分割（共有物を売却しその代金を分ける）、さらに、全面的な価格賠償（共有者の1人が共有物を取得し、他の共有者に金銭を支払う）もある（判例）。



第9章 物権

協議が調わないとき又は協議をすることができないときは裁判所に分割の請求を行う（258条1項）。

裁判所は、次の①②に掲げる方法により、共有物の分割を命ずることができる（258条2項）。

① 共有物の現物を分割する方法

② 共有者に債務を負担させて、他の共有者の持分の全部又は一部を取得させる方法

この①②に規定する方法により共有物を分割することができないとき、又は分割によってその価格を著しく減少させるおそれがあるときは、裁判所は、その競売を命ずることができる（258条3項）。

裁判所は、共有物の分割の裁判において、当事者に対して、金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命ずることができる（258条4項）。

(2) 分割の効果

分割された場合、各共有者は他の共有者が分割によって取得した物につき、それぞれ持分に応じて売主と同じ担保責任を負う（261条）。

(3) 不分割特約

⇒23 共有者は全員で、5年以内の期間を定めて分割しない旨の特約をすることができる（256条1項ただし書）。この特約は更新できるが、更新後の期間もやはり5年以内とされる（同条2項）。

Advanced Study

1. 自動車による通行を前提とする、公道に至るための他の土地の通行権の成否 ★

この通行権の内容として自動車による通行が含まれるか否かについては、公道に至るため他の土地について自動車による通行を認める必要性、周辺の土地の状況、自動車による通行を前提とする通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る不利益等の諸事情を総合考慮して判断される（判例）。

2. 土地・建物の管理制度の創設（264条の2～264条の14）★

(1) 裁判所は、所有者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土地・建物（土地・建物が数人の共有に属する場合にあっては、共有者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土地・建物の共有持分）について、必要があると認めるときは、利害関係人の請求により、その請求に係る土地・建物又は共有持分を対象として、「所有者不明土地管理命令」・「所有者不明建物管理命令」をすることができる。

(2) 裁判所は、所有者による土地・建物の管理が不相当であることによって他人の権利又は法律上保護される利益が侵害され、又は侵害されるおそれがある場合において、必要があると認めるときは、利害関係人の請求により、当該土地・建物を対象として、「管理不全土地管理命令」・「管理不全建物管理命令」をすることができる。

第4節

用益物権 ★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 地上権												○
2 永小作権												
3 地役権	○								○			

1 地上権

⇒24 地上権は、他人の所有する土地において、工作物又は竹木を所有するためその土地を使用する物権である（265条）。

1. 地上権の成立

地上権は、当事者の地上権設定契約によるほか、相続、時効によっても取得でき、また、一定の要件を満たすと法律の規定に基づいて発生する（法定地上権）。

存続期間については、借地権に該当する場合（建物所有を目的とする地上権）を除き、自由に定めることができ、永久と定めることもできる。

また、無償でも有償でもよい。

2. 土地賃借権との相違

他人の土地を利用できる権利の中には、債権である土地賃借権がある。これは、土地について賃貸借契約を締結することにより借主に生じる権利である。地上権は物権（土地を使うという支配力がある）なので、この権利を地主の承諾なく譲り渡したり賃貸（地上権者が他人に賃貸するのは、転貸借ではなく、賃貸借である）することができるが、賃借権は債権（地主に対して土地の使用を請求する権利）なので、地主の承諾がなければ譲り渡したり転貸することは原則としてできない。なお、建物所有目的の地上権と土地の賃借権に関しては、借地借家法に特則が設けられている（第13章で学習する）。

	地 上 権	土 地 賃 借 権
権 利	物 権	債 権
譲渡・転(賃)貸	地主に無断でできる	原則として地主の承諾が必要
登 記	地主に協力義務あり	地主に協力義務なし
存 続 期 間	(建物所有目的) →借地借家法 (上記以外) →規定なし	(建物所有目的) →借地借家法 (上記以外) →50年以内

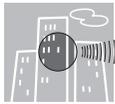
2 永小作権

永小作権は、小作料を支払って、他人の所有する土地において耕作又は牧畜を行う物権である（270条）。永小作人は必ず小作料の支払義務を負う。

永小作権は契約によって設定され、特約で禁じない限り、この権利を他人に譲り渡したり、土地を賃貸することができる（272条）。

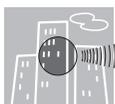
3 地役権

⇒25 地役権は、設定契約で定めた目的にしたがって、他人の土地を自分の土地の便益のために用いる権利である（280条）。地役権者の土地で、他人の土地から便益を受けるものを要役地といい、地役権者以外の者の土地で、要役地に便益を与えるものを承役地という。



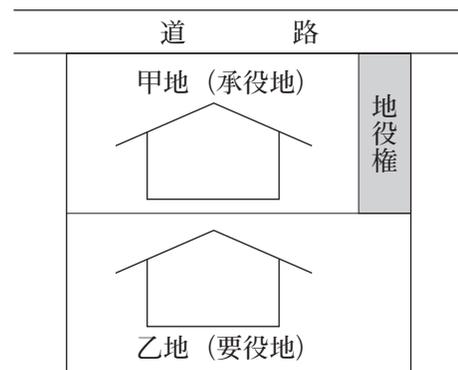
ケース・スタディ 52

海岸を見渡せるホテルが眺望を確保するため、前の土地について3階以上の建物は建てないという内容の地役権を設定することができる。これを眺望地役権という。



ケース・スタディ 53

乙地の所有者は、甲地について、通行するのに最も便のよい部分に地役権を取得し、通行させてもらっている。これを通行地役権という。



このように、地役権の設定の目的はさまざまである。

また、要役地と承役地は隣接している必要はなく、さらに、1つの土地について複数の地役権が存在することもありえる（通行地役権を設定している甲地の上に眺望地役権を設定することもできる）。

1. 地役権の成立

⇒26 地役権設定契約によるほか、相続、時効等によっても取得できる。ただし、時効による取得については、**継続的に行使され、かつ、外形上認識**することができるものに限る（283条。通行地役権における「継続」といえるためには、承役地たるべき土地に**通路を開設することが必要**であり、また、この**通路の開設は要役地所有者**によってなされることが必要であるとするのが判例である）。

2. 地役権の性質

(1) 地役権の付従性

⇒27 地役権は要役地の所有権に従属してしまうので、**要役地の所有権が移れば**（特約のない限り）**地役権もそれに伴って移る**（281条1項）。この場合、譲受人は、要役地について所有権移転登記をすれば、地役権の取得を承役地所有者に対抗することができる（判例）。また、**要役地から分離して、地役権だけを単独で譲り渡したり、地役権を目的として担保を設定したりすることもできない**（同条2項）。

(2) 地役権の不可分性

要役地、承役地について土地の分割や一部の譲渡があった場合でも、原則として、地役権はその**各部のために、又は、その各部について存続する**（282条2項）。

第5節

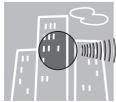
占有権 ★

《本節での学習項目と本試験での出題傾向》

	25年	26年	27年	28年	29年	30年	元年	2年①	2年②	3年①	3年②	4年
1 占有権とは			○									○
2 占有訴権			○									○

1 占有権とは

占有権は、自己のためにする意思をもって、物を所持（事実上の支配）することによって取得される権利である（180条）。占有権は、代理人によって取得することもできる（181条）。これを代理占有といい、占有代理人の具体例としては、賃借人、受寄者、地上権者等があげられる。



ケース・スタディ 54

どろぼうが他人の時計を盗み、それを身につけているとする。そのどろぼうは、民法上どのような権利を取得するだろうか。



もちろん、どろぼうには、時計に対する所有権や賃借権はない。しかし、占有権を取得する。

2 占有訴権

上記のケースで、もしこのどろぼう（Aとする）からさらに別のどろぼう（Bとする）が時計を奪ったらどうなるであろうか。Aはそもそも所有者ではないから何も文句を言えなくなってしまうのだろうか。

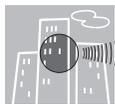
⇒29 民法では、本当の権利（ここでは、所有権）を有するか否かを問わず、占有権を有している者が占有を奪われたり、妨害されたような場合、占有権を保護するために、占有訴権という権利が認められている。この占有訴権は、占有に対する侵害の態様に応じて、次の3つに分かれる。

1. 占有訴権の種類と内容（198条～201条）

	占有保全の訴え	占有保持の訴え	占有回収の訴え
内容	占有を他人に妨害されるおそれのある場合	占有を他人が妨害する場合	占有を他人に奪われた場合
請求	妨害の予防又は損害賠償の担保の請求	妨害の停止及び損害賠償の請求	返還請求及び損害賠償の請求
行使期間	妨害の危険が生じている間	・妨害されている間 ・妨害が消滅した後1年以内	奪われた時から1年以内
備考	上記の妨害が工事によるものであるときは、 ・工事着手後1年以内 又は ・工事完成まで		善意の特定承継人に対しては訴えを提起できない。

2. 本権の訴えとの関係

⇒29 占有権に基づく訴えと、本権に基づく訴え（例えば所有権に基づく返還請求等）は別ものである。したがって、同時にあるいは別々に提起することができるし、占有権に基づく訴えに関しては占有権の有無が問われるのであって、本権の有無は裁判に影響しない（202条）。



ケース・スタディ 55

- ① BはA所有の家屋を占有している。この家屋をAが奪い返した。Bは、どうすればよいか。それに対して、Aはどんなことができるだろうか。
- ② Cは自己所有の家屋を占有している。これをDが侵奪した。Cは、どんなことができるだろうか。

- (1) まず、BはAに対して占有回収の訴えを提起することができる。この訴えでは、Bが占有を奪われたのでBの勝訴となる。一方、AはBに対して所有権に基づく返還請求の訴えを提起できる。ここでAが勝訴すると、BはAにこの家屋を返還しなければならない。
- (2) Cは、Dに対して、占有回収の訴え及び所有権に基づく返還請求の訴えを、それぞれ別個に提起することができる。

Advanced Study **指図による占有移転 ★**

占有代理人によって占有するときに、本人が占有代理人に対して、以後は第三者のためにその物を占有することを命じ、第三者がこれを承諾したときは、その第三者は占有権を取得する（指図による占有移転、184条）。つまり、引き渡すべき物を占有代理人の下においたまま、本人から第三者に引き渡すことができる。



第2節 物権変動の対抗要件

1. 不動産の物権変動は、登記をしなければ**第三者**（判例によれば、物権変動の**当事者及びその相続人など包括承継人以外の者**で、登記が欠けていることを主張することについて**正当な利益を有する者のこと**。不動産の二重譲渡における**第二譲受人**や、譲渡された不動産の**賃借人等**が含まれる）に**対抗**することができない。
2. 善意者に対してはもちろん、**単なる悪意者**に対しても、登記なくして対抗できないが、**全くの無権利者、不法行為者・不法占拠者、背信的悪意者、詐欺又は強迫によって他人の登記申請を妨げた者、他人のために登記申請をする義務のある者**に対しては、登記なくして対抗できる（判例等）。
3. 契約を解除した場合、登記を備えた**解除前の第三者の権利を害すること**はできないが、**解除後の第三者との関係は、対抗問題**である（判例）。
4. 取消しをした者と**取消し後の第三者との関係は、取消し前の第三者との関係と異なり、対抗問題**である（判例）。
5. **取得時効完成前**と異なって、**取得時効完成後**に不動産が第三者に譲渡されたときは、時効取得者と第三者との関係は、**対抗問題**となる（判例）。
6. Aが死亡しBとCが**共同相続**した場合において、BからCの法定相続分を**遺産分割前に譲り受けた第三者D**とCとの関係は、**対抗問題**ではなく、Cは、登記なくして相続分をDに主張できる。
7. Aが死亡しBとCが**共同相続**した場合において、Bが遺産分割によりCの法定相続分を取得したとき、法定相続分を取得しなかったCからその相続分を譲り受けた**遺産分割後の第三者D**とBとの関係は、**対抗問題**となる（判例）。

第3節 所有権と共有

8. 袋地の所有者は、公道に至るために、通行の場所・方法が**必要かつ損害が最も少なくなるような範囲で、その土地を囲んでいる他の土地の通行権**をもつが、通行する他の土地の損害に対して**償金を支払わなければならない**。ただし、袋地が土地の分割や一部譲渡により生じた場合は、**他の分割された土地や残余地だけを通行でき、償金を支払う必要はない**。
9. 土地の所有者は、境界又はその付近における障壁、建物その他の工作物の築造、取去又は修繕等のため**必要な範囲内で、隣地を使用することができる**。隣地所有者・隣地使用者の**承諾は不要**。ただし、住家については、その居住者の承諾がなければ、立ち入ることはできない。
10. 境界には**境界標**を設置することができ、設置等の費用は**双方が2分の1**ず

つ負担する。ただし、測量費用は面積に応じて分ける。

11. 境界線から1m未満の距離のところに窓や縁側（ベランダを含む）を設ける時は、目隠しを設ける必要がある。別な慣習があれば、それに従う。
12. 土地の所有者は、隣地の竹木の「枝」が境界線を越えるときは、その竹木の所有者に、その「枝」を切除させることができるのが原則であるが、隣地の竹木の「根」が境界線を越えるときは、その「根」を切り取ることができる。
13. 各共有者は、他の共有者の同意を得ることなく、自己の持分を処分することができる。
14. 共有物について持分が不明な場合は、等しいものと推定される。
15. 各共有者は、持分に応じて、共有物の全部について使用をすることができる。その結果、他の共有者との協議に基づかないで、共有物を単独で使用している共有者に対して、また、ある共有者から共有物の占有使用を承認された第三者に対して、他の共有者は、当然には共有物の明渡しを請求することができない（判例）。
16. 各共有者は、単独で、共有物の保存行為（例えば、不法占拠者への明渡請求。ただし、損害賠償請求については持分割合のみ。判例）をすることができる。
17. 共有物について管理行為（例えば、賃貸借契約の解除、共有物の管理者の選任・解任）・軽微変更行為をするには、持分の過半数の同意が必要である。
18. 共有物の重大変更行為（その形状又は効用の著しい変更を伴わないものを除く）には、全員の同意が必要である。
19. 共有者は、持分に応じて管理費用を負担し、その義務を1年以内に履行しない者に対しては、相当な償金を支払ってその者の持分を取得できる。
20. 他の共有者に対して債権を有する共有者は、その特定承継人に対しても権利を行使することができる。
21. 共有者の1人が自己の持分を放棄したとき、又は死亡して相続人（及び特別縁故者）がいなるときは、その持分は、他の共有者に帰属する（判例）。
22. 各共有者は、いつでも共有物の分割を請求することができる。分割の方法としては、現物分割、代金分割、価格賠償がある（判例）。
23. 共有者は、共有物につき5年以内の期間を定めて不分割特約を締結することができる。この特約は更新することができるが、更新後の期間も5年以内で定めなければならない。

第4節 用益物権

24. 地上権は、工作物又は竹木を所有するため、他人の土地を使用する権利である。
25. 地役権は、設定契約で定めた目的にしたがって、他人の土地（承役地）を自分の土地（要役地）の便益のために用いる権利である。

26. 地役権は、**継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるもの**に限り、**時効**によって取得することができる。そして、**通行地役権**における「**継続**」といえるためには、**承役地たるべき土地に通路を開設することが必要であり、また、この通路の開設は要役地所有者によってなされることが必要である**（判例）。
27. **要役地の所有権が移転すれば、特約のない限り、地役権もそれに伴って移転するが、地役権は要役地と分離して譲り渡すことができず、また、地役権のみを他の権利の目的とすることもできない。**

第5節 占有権

28. 占有権は、**代理人**によって取得することができる（**代理占有**）。
29. 占有者は、いかなる権原に基づいて占有しているかを問わず、**占有回収の訴え・占有保持の訴え・占有保全の訴え**を提起できる。**占有権に基づく訴えと本権に基づく訴えは別個のものであり、別々に又は同時に提起することができる。**