

DUE PROCESS

司法書士

竹下貴浩 著

新版 デュープロセス

1

民法・不動産登記法 I

サンプル

レイアウトを一新して
読みやすくなった!
内容がいちだんと
分かりやすくなった!

早稲田経営出版

第 1 部

序 説

第
1
部

序
説

第1章

司法書士試験のための 法学入門

第1節 ● 試験の全体像

1. 試験の分類

(1) 筆記試験と口述試験

司法書士試験は、筆記及び口述の方法によって行われる。ただし、口述試験は、筆記試験に合格した者について行われるが(書士 § 6 - II 参照)、口述試験を受験した者が、不合格となることはほとんどないので、事実上筆記試験のみで合否が確定しているといつてよい。

(2) 午前の部の試験と午後の部の試験

司法書士試験は、毎年1回以上、法務大臣が行うものと定められているが(書士 § 6 - I)、筆記試験は、現在のところ毎年1回、おおむね7月上旬の日曜日に実施されている。そして、試験には、筆記試験の試験当日の午前に行われる試験(現在のところ試験時間は2時間)と午後に行われる試験(現在のところ試験時間は3時間)とがあり、前者を「**午前の部**」、後者を「**午後の部**」と呼ぶ。

(3) 択一式試験と記述式試験

司法書士試験は、択一式試験と記述式試験とに分けられる。択一式試験は、多肢択一式であり、原則として5つの選択肢の中から正解をマークする方式で行われる。午前の部は、択一式試験のみの全35問で構成され、午後の部は、択一式試験全35問と記述式試験2問で構成される。記述式試験は、司法書士が登記に関する業務を行うのに必要な知識と能力を問うものである。具体的な事例が示され、その事例に基づく登記の申請書(または申請情報の内容)の一部の記載を求めるとともに、その事例に基づく事件を処理する上で考察すべき点などの記載を求めるものである。不動産登記法と商業登記法から各1問ずつ出題される。

(4) 実体法科目と手続法科目

① 午前の部の受験科目は実体法

午前の部の出題科目は、憲法(出題数は3問)、民法(出題数は20問)、刑法(出題数は3問)、商法(出題数は9問)の4科目であるが、いずれも「**実体法**」と呼ばれる法律科目で構成されている。

② 午後の部の受験科目は手続法

午後の部の受験科目は、民事訴訟法(出題数は5問)、民事保全法(出題数は1問)、民事執行法(出題数は1問)、司法書士法(出題数は1問)、供託法(出題数は3問)、不動産登記法(出題数は択一式で16問、記述式で1問)、商業登記法(出題数は択一式で8問、記述式で1問)の7科目であるが、いずれも「**手続法**」と呼ばれる法律科目である。

③ 実体法と手続法の違い

実体法と手続法の違いを知ることは、司法書士試験を攻略する上で非常に重要である。実体法とは、事柄の実体を規定した法あるいは法律関係の内容を定める法のことである。この実体法によって形成されたものを実現する手段を規定しているのが手続法である。例えば、「お金を借りた者はこれを返す義務がある」というのは、実体法の規定であり、これを返してもらえない場合に返してもらえる権利を強制的に実現する手続を定めたのが手続法である。以下、2.において、実体法と手続法との関係を示し、主要な受験科目の概要について説明する。

2. 実体法と手続法の関係

(1) 民法と民事訴訟法等

例題 1-1

AはBに弁済期は1年後と定めて金1,000万円を貸し付けた。Bはお金を借りてから1年経過しても、その金銭を返してくれない。Aはどうすれば貸金の回収ができるだろうか。



① AがBに対してもつ権利

例題1-1のように返還の約束をして金銭の授受がされると、貸主Aは、借主Bに対して弁済期に貸金の返還を請求することができる。つまり、AはBに対して貸したお金の返還を請求する権利(このような権利

のことを「**債権**」という)をもつことになる。このことは、Bからみれば、Aに対して借りたお金を返すべき義務(このような義務のことを「**債務**」という)を負うことでもある。

② 法律要件と法律効果

例題1-1の事例は、「返還の約束のある金銭の授受」という事実に基づいて、金銭を交付した者(貸主)が、金銭の交付を受けた者(借主)に対して権利を取得するという事例であるが、このように一定の法律的に意味のある事実に基づいて、法律的な効果が生ずる。権利や義務は、様々な原因で発生し、消滅し、または変更したりするが(このような権利または義務の発生、消滅、変更のことを、「**権利変動**」という)、そのような権利変動をもたらす原因となる事実の総体のことを、「**法律要件**」といい、法律要件を備えることによって生ずる権利変動のことを、「**法律効果**」という。例題1-1の事例は、「返還約束のある金銭の授受」という法律要件から、AがBに対して貸金返還請求権を取得するという法律効果が生じた事例である。

③ 実体法が規定しているもの

実体法は、事柄の実体を規定した法である。実体法の代表的なものが民法であり、例題1-1においてAがBに対して貸金返還請求権を取得すると規定しているのは民法である。このように実体法である民法は、どのような法律要件があれば、どのような法律効果が生ずるのかという事柄の実体関係そのものを規定している法律である。このように実体法の代表である民法は、権利変動のシステムそのものを規定していると考えればよい。

④ 実体法に規定された権利の実現手段

例題1-1では、AはBに対して貸金返還請求権をもっているが、Bは、弁済期が到来しても、任意に弁済をしてくれない。このように、実体法に規定された権利(このような権利のことを、「**実体法上の権利**」または単に「**実体上の権利**」ということがある)は、常に義務者によって任意に履行されるとは限らない。実体法は権利が任意に実現されない場合の手続については規定しておらず、その手続は、手続法に規定されている。例題1-1では、AはBを相手にして貸金の返還を求める訴えを提起して、貸金の回収をはかることができる。この場合の裁判のやり方などを定めているのが**民事訴訟法**である。さらに、Aが裁判に勝ったと

しても、Bが現実にお金を返してくれるとは限らない。その場合には、AはBの財産を差し押さえて、競売をして、その売却代金から満足を得る方法がある。このような手続のことを、「強制執行」といい、強制執行等の手続を規定しているのが**民事執行法**である。また、Aが、訴えを提起する前、または裁判で争っている間にBが財産を隠すなどして、将来の強制執行を困難にさせるようなことがないようにするために、Bの財産に仮差押え等をするときの手続を定めているのが**民事保全法**である。

⑤ まとめ

以上のことから、民法は実体法であり、民事訴訟法、民事執行法、民事保全法は手続法であることが理解できるだろう。民法は午前の部の受験科目であり、民事訴訟法等は午後の部の受験科目である。

(2) 民法と不動産登記法

例題 1-2

AはBに対して、Bの所有する甲土地を金3,000万円で売ってくれないかとの申込みをし、Bはその値段で甲土地を売ることを承諾した。この場合、AはBに対して、また、BはAに対して、どのような権利を取得するか。さらに、Aは買った甲土地の所有権を誰に対しても主張するためにはどうすればよいか。

① 実体法からみた法律関係

例題1-2の事例では、Aが売買の申込みをし、Bがその申込みに対して承諾をしているので、売買契約が有効に成立している(民§555)。売買契約が有効に成立すれば、当事者(ある法律関係に関与した人のことを「**当事者**」という)間には、様々な権利または義務が生ずるが、その代表的なものは、買主であるAがBに対して不動産の引渡しを請求する権利を取得することであり、売主であるBがAに対して売買代金の支払いを請求する権利を取得することである。このほか、売買の目的物に瑕疵(欠陥、キズのこと)があるときは、当事者にどのような権利や義務が生ずるかについても民法には詳細な規定がある(民§560以下)。これらは、一定の法律要件に基づいて一定の法律効果が生ずることを規定する、実体法である民法が規定するところである。

② 不動産の所有権を主張する方法

例題1-2における買主であるAは、原則として売買契約が成立した

時に甲土地の所有権を取得するが(民§176参照)、所有権は物に対する直接的な支配権なので、自分が所有者だということを誰に対しても主張することができるものでなければならない。民法177条は、例題1－2のような不動産の売買などを代表とする物権の変動(この意義については後述する)については、不動産登記法その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができないと規定している。「**第三者に対抗する**」とは、大雑把に言えば、当事者以外のすべての者に対して権利を主張するということである。つまり、甲土地の所有権を取得したAとしては、「自分が甲土地の所有者になった」ということを、誰に対しても主張できなければ困るが、そのことを主張したければ、登記をしておく必要があると民法は規定しているのである。その場合の登記の手続については、実体法である民法は規定しておらず、手続法である不動産登記法その他の法令が不動産登記の手続について規定している。

③ まとめ

不動産登記法では、実体法である民法その他の法律に規定された数種の権利について、民法その他の実体法の規定によって形成された様々な権利変動を、どのようにして登記に反映させるかを学ぶ。不動産登記法は手続法であり、午後の部の受験科目の中心をなすものである。

(3) 商法及び商業登記法

① 司法書士試験における商法

司法書士試験における商法は、その出題の対象のほとんどは、会社に関する事項である。会社に関する法律関係については、「**会社法**」という法典があるので、司法書士試験における商法は、そのほとんどが会社法から出題されるといってもよい。

② 権利または義務の主体となりうるもの

権利や義務の主体となることができるのは人である。人には、自然人(生身の人間のこと。法人に対してこのような語を用いる)と法人がある。法人とは、一定の目的をもって結合した人の集まり(これを「**社団**」という)または一定の目的にささげられた財産(これを「**財団**」という)であって、権利または義務の主体となることを法律によって認められたもののことである。

③ 会社法が規定している事項

会社は、法人の代表的なもので(会社 § 3)，人の集まりであって、その構成員とは別の人格を与えられ、権利または義務の主体となることが認められるものである。自然人は、生まれれば当然に権利または義務の主体となることができるが(民 § 3-I)，会社は会社法に定められた一定の手続を経て権利または義務の主体となる地位を認められる。会社法には、どのような手続をとれば、会社の成立が認められるかという事項をはじめとして、会社内部の構成員相互の関係、会社の意思決定や対外的な関係、会社の規模を大きくしたり小さくしたりするときの方法、会社が消滅するときの決まりなど、会社の成立から消滅に至るまでの様々な法律関係について規定されている。なお、会社法は民法に対する**特別法**という側面をっており、民法の理解が会社法の理解には欠かせない部分がある。

④ 商法(会社法)と商業登記法との関係等

会社は、会社法に定められた規定に従って所定の手続を履践し、登記をすることによって成立する(会社 § 49, 579)。そして、会社はその成立後においても、その登記事項に変更が生じた場合は、逐一変更の登記をしていかなければならない。それらの設立の登記や変更の登記に関する手続を定めているのが**商業登記法**である。すなわち、会社に関する実体的な面を規定しているのが会社法であり、その手続的な面を規定しているのが商業登記法である。以上のことから、実体法である商法(会社法)は午前の部の受験科目であり、手続法である商業登記法は午後の部の受験科目である。なお、商業登記法は、会社に関する登記以外の事項についても規定している。

● 補充解説

一般法と特別法について

適用範囲の限定された法を特別法といい、限定されない法を一般法といいます。つまり、特別法は、一般法よりも狭い範囲の人・場所または事柄に適用される法です。例えば、民法は国民全部に適用されるのに対して、商法は主に商人に適用されます。この場合、民法が一般法であり、商法が特別法となります。

例えば、民法は、1000条を超える法典ですので、その中に会社に関する事

項や民事訴訟の手続、不動産登記の手続に関する規定を置くと膨大になりすぎて不便でわかりにくくなるので、基本的なことを民法に規定しておいて、特別なことや手続的なことは別の法律に規定しています。

特別法は、一般法に優先して適用され、特別法の規定がない場合には、一般法が適用されます。

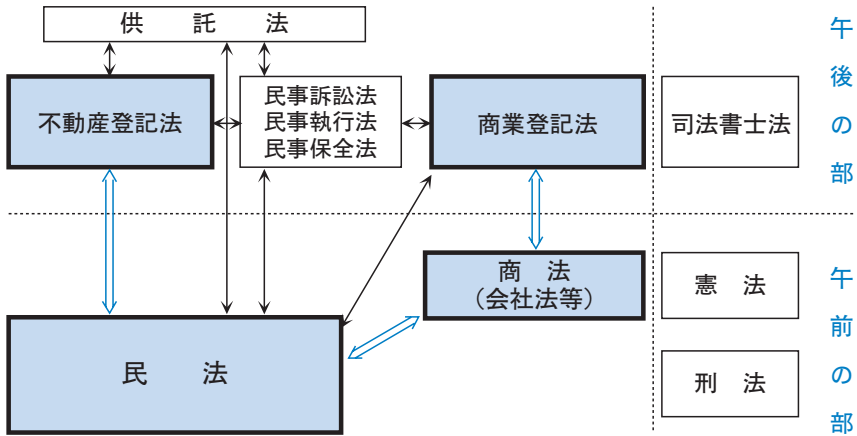
3. 主要4科目の意義及び受験科目の関連性

(1) 主要4科目の意義等

司法書士試験においては、民法、不動産登記法、商法、商業登記法の4科目を、「**主要4科目**」と呼ぶことがある。主要4科目からの出題は、記述式試験も含めると、全体の約8割を占める。また、出題数が多いだけでなく、その他の科目を理解する上での基礎となる科目であり、司法書士試験に合格するには、主要4科目の正確な理解が不可欠である。

(2) 主要4科目以外の受験科目

主要4科目以外の受験科目には、2.の(1)で紹介した民事訴訟法、民事保全法、民事執行法のほか、憲法、刑法、供託法、司法書士法がある。これらの科目のことを主要4科目に対して、「**マイナー科目**」と呼ぶことがある。マイナー科目のうち、供託法は、民法や民事訴訟法、民事保全法、民事執行法と関連する部分がある。また、供託法は手続法であるが、その手続を不動産登記法と比較すると理解しやすい部分がある。これまでの説明でわかるとおり、民法、民事訴訟法、民事保全法、民事執行法、不動産登記法、商法、商業登記法、供託法は、それぞれ相互に関連性があり、ある科目を学ぶことが他の科目の理解の助けになるという部分が多くある。これを図式化すると次のようになる。



(3) 受験科目の構成

① 各科目の関連性

図にある横の点線の下側に掲げたのが、実体法である民法、商法、憲法、刑法であり、点線の上側に掲げたのが、手続法である不動産登記法、民事訴訟法、民事保全法、民事執行法、商業登記法、供託法、司法書士法である。また、太い枠で示した4科目が主要4科目と呼ばれているものであり、縦の点線で区切った左側に民法を基盤とした複数の科目が積み重なっており、その相互の関連性を矢印でつないで示した。図を見てわかるように、民法が主要な科目の理解の基礎となる。なお、縦の点線の右側には、憲法、刑法及び司法書士法を配置したが、これらの科目は、他の科目との関連性があまりない科目である。ただし、これらの科目を軽視するわけにはいかないので注意すること。

② 受験科目の多さについて

司法書士試験は、受験科目が11科目もあり、そのことだけで難しい試験だと考えられる場合があるが、各科目は相互に関連しあっているもので、それらを有機的に結合させて学習していけば、決して受験科目が多いことが試験の難解さを意味するものではないことに気付くはずである。各科目の関連性を意識してバランスよく学習していくことが受験生には求められる。

第2節 ● 学習の対象となるもの

1. 何を学ぶのか

(1) 法律が規定しているもの

① 規範の意義等

我々は、他人とのかかわり合いの中で生活しているが、その生活関係の中には、様々な守るべきルール(これを以下、「**規範**」という)がある。それらの規範の中には道徳・宗教・慣習などもあるが、これらの規範に違反した場合、その違反者は法律的な拘束力をもって義務を履行させられたり、損害賠償を命じられたり、刑罰等の制裁を科されたりする場合がある。一方、ある規範に違反しても、他人の信頼を失い、人間関係を悪くする場合や、道義的には非難されるが、法律的な制裁を受けない場合もある。

② 法律関係の意義

①でみたように、規範に違反した者に対して、法律的に不利益な処分が科される場合とそうではない場合があるが、法律的に不利益な処分が科される場合、すなわち、規範の違反者に対しては、裁判に訴えてでも義務を履行させることができるなど国の強制力が背後に存在する生活関係のことを、「**法律関係**」という。その法律関係を規律する基準が法律である。

(2) 実体法科目における学習テーマ

① 学習テーマ

実体法科目を出題の対象とする午前の部の試験における各科目の学習テーマは、各法令の各条文が、どのような生活関係に関してどのような規範を設け、それぞれの規範がどのように解釈されているのかを研究することである。

② 法の解釈について

我々は、国家や私人間との関係で日常的に生活しているものであり、そのような生活関係の中では、何らかの紛争が生ずることは避けられない。そのような紛争が生じた場合に、当該紛争の解決の基準となるのが法である。紛争を具体的に解決するには、現実起きた事象に法の条文をあてはめる必要があるが、一般的・抽象的な法の条文を、個別的・具体的な現実の事象にあてはめるためには、各条文の意味内容だけでなく、

その目的や社会的機能をも考慮したうえで、あてはめる必要がある。このように法の条文を現実の事象にあてはめる作業のことを「法の解釈」という。

(3) 手続法科目における学習テーマ

手続法科目を出題の対象とする午後の部の試験における各科目の学習テーマは、各法律の解釈及びそれらがどのように実務で運用されているのかを知ることである。司法書士試験は、司法書士の業務を行うのに必要な知識及び能力についても問われるので(書士 § 6 - II ③), 手続法においては、各手続法が現実になどのように運用されているのかを知ること非常に重要である。

2. 法の解釈・実務上の運用を知る手段

(1) 法の条文

① 条文の重要性

法は一定の規範を定めたものであり、その法規範を生み出しているもの、法規範の表現形式を「法源」という。つまり、法源の研究解明が試験における最大の課題であるといっていよい。その法源の中で最も重要なものが法の条文である。例えば、民法を学ぶ場合の民法典である。したがって、六法に収録されている民法典が、民法においては最も重要な研究対象となる。その他の科目についても、商法における会社法典・商法典や民事訴訟法における民事訴訟法典のように、法の条文が重要な役割を果たすことになる。

② 六法について

様々な法律の条文を収録しているのが六法であり、試験に関係のある条文は常に手許において学習を進めていかなければならない。どの六法が司法書士試験に適しているかは一概にはいえないが、憲法・民法・刑法においては、判例をベースにした出題が多く見られることから、必ず判例付きの六法を使用すべきである。

(2) 判例

① 判例の意義

判例とは、裁判の事例のことである。裁判は、法を適用して行われるが、法は抽象的・一般的な規定方法をとっており、紛争解決の基準を示してはいるが、実際に起こる様々な法律問題についての具体的な解決は、

その法の解釈による。裁判所は、具体的事件に関して法を解釈し、適用して紛争を解決する。このようなことから、判例は、裁判官が具体的な事件に関して、特定の条文を解釈したうえであてはめて、当該事件を解決した事例であるので、適用された条文の解釈の基準となるものといえる。

② 判例の拘束力

裁判は、個々の事件について提起された訴えについて、裁判所が法の条文等をあてはめて行われるので、個々の判決は、本来その提起された訴えに係る事件の解決方法としての意味しかもたないはずである。しかし、判決は先例に従って次第に統一される傾向をもつものである。つまり、同じ種類の事件が後に裁判所に出てきたときは、裁判所は前の判決におけると同様の判断をする可能性が強い。それは、判例が統一性を保ち、みだりに変更されないことが法的安定性から要請されるためでもある。また、最高裁判所が自己の判例を変更するには、15人の裁判官全員で構成する「大法廷」で裁判をしなければならない(裁判所法 § 10③)。したがって、下級裁判所はもとより、最高裁判所自体も、たやすく従来の判例を破ることはできない。このような意味で最高裁判所の判例は、事実上法律の条文と同じような拘束力をもつことになる。

③ 試験における判例の役割

以上のように、判例は、条文の解釈の基準を示す機能を果たしており、試験においては、特に憲法、民法及び刑法において重要な役割を果たす。これらの科目においては、「判例の趣旨に照らして正しい(または誤っている)ものはどれか」などの問い方をする問題が非常に多い。したがって、受験生としては、主要な判例は必ず覚えておかなければならない。ただし、単に判例の結論を知るだけでなく、そのような判決がされた理由、その結果的妥当性を考慮することも非常に重要である。

(3) 登記及び供託事務に関する先例

① 登記及び供託の事務について

司法書士試験においては、不動産登記法及び商業登記法並びに供託法が出題されるが、これらの登記・供託の事務は、法務局等(実際の事務を行うのは、「登記所」「供託所」)が担当する行政事務である(不登 § 6-I, 商登 § 1 の 3, 供託 § 1 参照)。登記または供託(以下、「登記等」という)の申請をするには、当事者が法令に定められた情報を、法令に

定められた方法によって、登記所または供託所(以下、「登記所等」という)に提供することによってする。しかし、場合によっては、法が予定していない登記等の申請がされることがあり、そのような申請については、それを受理すべきか否かの判断が困難な場合がある。

② 行政事務を統一的行う要請

受理すべきか否かの判断の困難な登記等の申請がされた場合、登記所等としては、独自の見解でそれを受理するか否かを定めるわけにはいかない。そのようにすると、同じ登記等の申請をしたにもかかわらず、ある登記所等ではその登記等の申請が受理され、他の登記所等ではその登記等の申請が却下されるという事態が起きかねないからである。そこで、それらの判断基準として、「回答」、「通達」等の「先例」と呼ばれるものがある。

③ 回答の意義

「回答」とは、個々の具体的な事務処理や法令の解釈運用について、法務局長等から照会があった場合に、民事局長等が回答したものである。具体的には、下記のような受理すべきか否かを決めかねる登記等の申請がされた場合に、当該登記等の事務にたずさわる法務局長等から法務省の民事局長等に「照会」がされ、それに対して、民事局長等が「その申請は受理すべきである」とか「その申請は特定の補正をしない限り却下すべきである」などと回答したものである。

〔平成14年12月18日民商3044号民事局商事課長回答の例〕

(照会)

登記の申請書に電話会議の方法による別紙の取締役会議事録を添付した申請があった場合には、同議事録は、出席取締役が一堂に会するのと同等の相互に充分な議論を行うことができる会議の議事録として、適式な取締役会議事録と認められるので、本件登記の申請については、これを認めて差し支えないものと考えますが、いささか疑義がありますので、照会します。

別紙(省略)

(回答)

本月10日付け日記第643号をもって照会のありました標記の件については、貴見のとおりと考えます。

④ 通達の意義

「通達」とは、登記等の事務が全国的に統一的に運用されるよう、これらの行政に関する上級官庁である法務省民事局長等が、登記等に関する法令の解釈や運用についての統一的基準を示すためのものである。例えば、法律が改正された場合には、それに伴って登記等の手続も変更になることがあり、そのような場合に各登記所等に事務処理の基準となるべきものが示される。

⑤ 先例の役割

先例は、法令ではないが、事実上、登記・供託事務は、膨大な先例によって運用されているともいわれている。つまり、登記法や供託法を学ぶ上では、それぞれの法典そのものも重要ではあるが、むしろ、先例の方がより重要であるともいえる。手続法科目においては、実務の運用自体を知ることが重要である点是指摘したが、先例は実務の運用の指針を示すものであるので、試験においても、非常に重要である。

第2章

民法・不動産登記法の
全体像

第1節 ● 民法の構成及び出題範囲

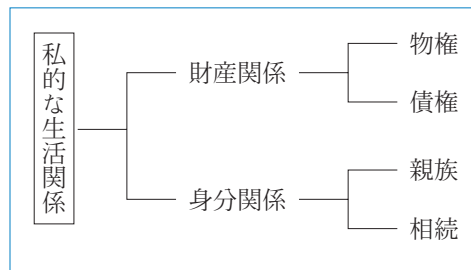
1. 民法の意義及び民法典の構成

(1) 民法の意義

民法は、「**私法の一般法**」であるとされる。**私法**とは、公法に対して用いられる概念である。**公法**とは、公権力のありかた(構造)とその行使方法を規定した法であると解する立場が有力である。憲法、公職選挙法、刑法等がこれに属するとされるが、国家と一般私人とが関わる中で生ずる問題について規定している法であるということができる。これに対して、私法とは、公権力とは関わりなく展開されていく私人間の様々な生活関係を規律するルールを定めた法であるということができる。民法は、私的な生活関係のすべての面について一般的に適用される法規範であることから、私法の一般法と呼ばれる。

(2) 私的な生活関係の分類

我々の私的な生活関係は、大きく**財産関係**と**身分関係**とに分けることができる。さらに、財産関係をごく大雑把に分類すると、物を直接に支配することによって成立する財産関係と、物と物との交換を



約束すること等によって成立する財産関係があるということができる。前者が「**所有権**」に連なる財産関係であり、後者が「**契約**」に連なる財産関係である。つまり、財産関係には、その主要なものとして、物を直接に支配し、その物を使用・収益・処分することを目的とするものと、他人との関わり合いの中で、一定の約束をすることによって成立し、その約束の中から様々な権利・義務が発生するものがある。前者のような財産関係の

ことを、「物権」といい、所有権がその代表的な権利である。また、後者のような財産関係のことを、「債権」といい、契約がその代表的なものである。

(3) 民法典の構成

わが国の民法典は、全体が「総則」、「物権」、「債権」、「親族」、「相続」の5つの編に分けられている。第2編の物権編と第3編の債権編は、(2)で示したような財産関係についての物権と債権という2大類別に従った規定方法をとっている。この両編は、もっぱら私的な財産関係の規制をその目的としている。そして、第4編の親族編は、夫婦関係や親子関係について規定し、第5編の相続編は、相続人や相続の効力、遺言等について規定している。この両編は、我々の私的な生活関係のうち身分関係について規定している。第1編の総則編は、以上の4つの編の冒頭に位置し、全体に通ずる通則を定めたものである。ただし、親族編及び相続編にそのまま適用しては不当な結果を生ずることが多いことに注意しなければならない。なお、物権編及び債権編を「財産法」(総則編を含めて財産法ということもある)、親族編及び相続編を「身分法」または「家族法」と呼ぶことがある。

2. 試験における民法の出題範囲等

(1) 出題傾向からみた民法の分類及び本書の構成

司法書士試験においては、民法からの出題数が最も多いが(午前の部の出題35問中20問を占める)、どのような構成で各編から出題されるかを知ることが重要である。出題は、おおむね次の3つのグループに分けて考えることができる。各編について、本書のどの部分で説明するかも併せて示しておく。

① 総則編及び債権編からの出題

この両編は、司法書士試験で出題の中心となる民法の物権編及び不動産登記法を理解するための基礎となる部分である。出題数は、総則編から4問、債権編から4問が目安である。試験において必要とされる部分はある程度限られており、その部分の条文及び基本判例をしっかりと理解するよう心がけるべきである。民法典の配列としては、総則編の次は物権編となるが、初学者にとっては、総則編から債権編へ移行するほうが理解しやすいと考えられるので、本書では、総則編のあと債権編の説明をする。この両編については、本書で説明する。

② 物権編からの出題

物権編からの出題が最も多く、おおむね8問が出題の目安である。物権は不動産登記法と密接に関連するので、司法書士試験の民法においては、他の編に比べると重要である。物権編をさらに狭義の物権(第2編第1章から第6章)と担保物権(第2編第7章から第10章)とに分類することがあるが、両分野からの出題比率はほぼ同数といってよい。物権編のうち、総則から所有権(第2編第1章から第3章)までを、『新版デュエプロセス 民法・不動産登記法Ⅱ』(以下、Ⅱ巻という)で、地上権から抵当権(第2編第4章から第10章)までを、『新版デュエプロセス 民法・不動産登記法Ⅲ』(以下、Ⅲ巻という)で説明する。物権編は、登記することができる物権については、登記手続を含めて理解する必要があるもので、本書では、民法上の問題と不動産登記手続上の問題をできる限り併せて説明するようにしている。

③ 親族編及び相続編からの出題

この両編からは、条文からの出題が中心であるが、代表的な判例や戸籍実務等からの出題も一部ある。出題数は各2問ずつ、合計4問が目安である。財産法からの出題と異なり、どちらかというところある事項を知っていれば解答できる問題が多い点に特徴がある。本書では、Ⅱ巻で、物権編に入る前にこの両編について説明する。

(2) 受験対策について

(1)で示したように、司法書士試験において最も出題数の多い民法においても、各出題グループによってその受験対策が異なることを認識しておく必要がある。財産法からの出題については、分野によって学説の対立等を含めたかなり深い理解を要する出題が見られるのに対し、身分法からの出題については、条文中心の形式的な出題が多い。民法以外の科目についても、それぞれの科目に特有の対策をとる必要がある。各科目または同一科目の各分野に合った学習方法をとっていかなければ、効率的に試験全体を攻略することは難しい。

第2節 ● 物権と債権

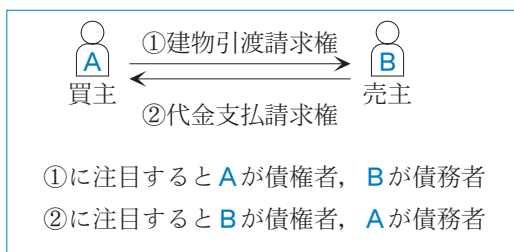
1. はじめに

民法の財産法は、既に示したとおり、財産関係を「物権」と「債権」とに大きく分けて規定している。この物権と債権は、それぞれどういう権利であり、どのような違いがあるのかを理解することが、民法さらには不動産登記法を理解するうえで非常に重要なポイントとなる。そこで、2.において債権について、3.において物権についてそれぞれその概要を説明し、4.で両者の違いをまとめておく。

2. 債権について

(1) 債権の意義、債権者及び債務者の意義

債権とは、特定人に対して、一定の給付を請求できる権利のことである。相手方に対して、一定の給付をするよう請求することができる側の者のことを「**債権者**」、債権者



に対して、一定の給付をすべき側の者のことを「**債務者**」という。例えば、BがAに建物を売ったとすると、売主であるBは、買主であるAに対して代金を支払うよう請求することができる。別の言い方をすると、BはAに対して、「**代金支払請求権**」という債権をもつ。この場合、Bが債権者、Aが債務者である。一方、買主Aは売主Bに対して、建物を引き渡すよう請求することができる。別の言い方をすると、AはBに対して、「**建物引渡請求権**」という債権をもつ。この場合、Aが債権者、Bが債務者である。このように、債権者と債務者の関係は、どの債権を基準とするかによって、異なることに注意しなければならない。

(2) 債権の発生原因

債権は、「特定人の特定人に対する請求権」であるが、このような請求権は、どのような原因で発生するのだろうか。(1)で示した例では、建物の売買という「**契約**」によって代金支払請求権と建物引渡請求権という2つの債権が発生した。このように契約が有効に成立すると、債権は発生する。

「売買」は、最も代表的な契約である。債権の発生原因としては、契約が最も重要であるが、他の重要な債権の発生原因として、**「不法行為」**がある。例えば、CがDにわざと大けがを負わせたような場合は、DはCに対して損害賠償を請求する権利をもつ

債権の発生原因

契約
不法行為
事務管理
不当利得

(民§709)。この場合のCの行為を、「不法行為」というが、このように不法行為によっても、損害賠償請求権という債権が発生する。このほかの債権の発生原因には、**「事務管理」**及び**「不当利得」**がある。

3. 物権について

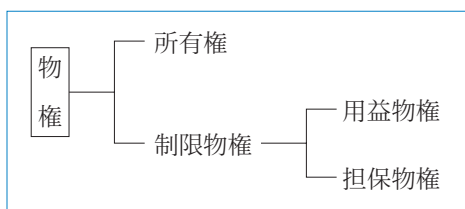
(1) 物権の意義

2. で示したAとBとの建物の売買の例では、Aは原則として、売買契約が成立した時に、建物の所有者となる(民§176参照)。このAの「建物所有権」(これは物権である)とAがBに対してもつ「建物引渡請求権」という債権の違いを検討することで、物権と債権の違いが明らかになるはずである。まず、AがBに対してもつ「建物引渡請求権」という債権は、AがBに対してだけ主張できる性質のものである。すなわち、売買契約の当事者以外の者、例えば、CやDに対しては、Aは、「自分に建物を引き渡せ」と主張することはできない。なぜなら、債権は「特定人」に対する請求権であり、B以外のCやDとの間には債権は発生していないからである。これに対して、「建物所有権」という物権については、Aは、当事者であるBに対して建物の所有者だと主張できることはもちろんのこと、B以外のすべての者に対しても主張できなければ困るはずである。つまり、Aの建物所有権は、Bに対しては主張できるが、CやDに対しては主張できないなどということはない。Bに対しては所有者だが、CやDに対しては所有者ではないという現象は起こりえないからである。このように特定人に対してだけでなく、誰に対しても主張することができる権利が物権である。すなわち物権は、**「物に対する直接・排他的な支配権である」**と定義される。「所有権」は物権の代表的なものである。

(2) 物権編の内容

物に対する直接的な支配権は、所有権だけではない。所有権は、物に対する完全な支配権であるが、所有権のもつ支配権の一部だけをもつ物権も

存在する。例えば、他人の土地を借りて、その使用・収益権だけを支配する権利があり、これを「**用益物権**」という。また、物を使用・収益するのではなく、物の交換価値を把



握する権利があり、これを「**担保物権**」という。用益物権と担保物権は、所有権の有する権能の一部が制限された物権であること、また、所有権を制限する物権であるという意味から、「**制限物権**」と呼ばれる。担保物権の意義が、現状では理解不能だと思われるが、抵当権をその代表とするものであり、司法書士試験における出題の中心であるということを認識しておけば足りる。

4. 物権と債権の違い

(1) 支配権と請求権

物権は、権利者が、物に対して直接使用・収益・処分をすることができる権利であって、権利の内容を実現するのに他人の行為や助力を必要としない。これに対して、債権は、労務の提供や物の引渡しのように、債務者の行為を媒介としなければ、その権利の内容を実現できない。このように、物権は物に対する支配権であり、債権は特定人に対する請求権である。

(2) 排他性の有無

物権においては、ある物に対して1個の物権が成立すると、それと両立しない物権の併存は許されない。例えば、ある不動産がAの所有であると同時にBの所有でもあるという状態は起こらない。所有権は、1個のものについては複数存在することがない権利だからである(ただし、一時的にやむを得ず生ずる状態であるとされる「共有」という権利状態はある)。これに対して債権は、事実上両立し得ない内容の給付であっても、無数に成立しうるし、各債権相互間に優劣がない。例えば、甲がある日の午後6時に東京でA社主催の講演会に出席して講演をするという契約をしておきながら、同じ日の午後6時に大阪でB社主催の講演会に出席して講演をするという契約をすることはできる。もし、甲がA社の講演会において講演をしたとすれば、甲はB社との契約を果たせないことになるが、その場合は、B社の甲に対する債権は損害賠償請求権に変ずるのであり、そのこと

は両立しない複数の契約をすることの妨げとはならない。このようなことから、物権には排他性があるのに対して、債権には排他性がないということが出来る。

(3) 物権法定主義と契約自由の原則

物権には直接排他的な支配権という性質があることから、物権は、民法その他の法律で定められたものに限られ、当事者が任意に創設することはできない(民§175)。このような原則のことを、「**物権法定主義**」という。なお、民法に規定されている物権は、全部で9種類である。これに対して債権は、「**契約自由の原則**」という民法の基本原則があり、その内容の決定は自由である。なお、契約自由の原則とは、個人の契約関係は、契約当事者の自由な意思によって決定されるのであり、国家であっても、不当に干渉してはならないという原則である。また、私人に関する様々な法律関係は、各個人の自由な意思決定によって形成されるとする原則(このような原則のことを、「**私的自治の原則**」という)といってもよい。

(4) 公示の必要性

物権については、**公示手段**が必要であるのに対して、債権には、原則として公示手段は必要ではない。それは、これまで説明してきたような物権と債権の違いに由来する。つまり、物権は絶対権であり、誰に対しても主張できるものであるので、物権者は、自分が物権をもっているということを「公示」しておく必要がある。これに対して、債権は相対権であり、例えば、BがAに代金債権をもっている場合でも、Bがその権利をもっていることは、AとBとの間で認識していれば足りるのであり、そのことを第三者に公示して知らせる必要はない。

第3節 ● 不動産登記制度

1. 物権の公示の意義、目的、必要性

(1) 公示の意義

「公示」とは、読んで字のごとく、「公に示す」ということである。公に示す対象となるのは、物権の変動の内容等である。物権の変動とは、物権の発生、変更、消滅等のことであり、これらの物権の変動に関して、その原因や当該物権の内容、当該物権の権利者が誰であるかなどを公示する。

(2) 公示の目的

物権の変動を公示する目的は、「物権の内容を第三者が容易に識別できるようにする」ことである。物権の公示手段は、公示すべき物権が動産を目的とするものであるか不動産を目的とするものであるかによって異なる。動産に関する物権の公示手段は、「引渡し」であり(民§178参照)、不動産に関する物権の公示手段は、「登記」である(民§177参照)。なお、動産であっても、自動車・船舶・航空機等のように、登記・登録を公示手段とするものもある。

(3) 公示の必要性

物権の公示がなぜ必要かという問題は、なぜ「物権の内容を第三者が容易に識別できるようにする」必要があるのかという問題に置き換えられる。物権は物に対する直接排他的な権利であるから、その権利の内容が容易に識別できなければ、第三者に不測の損害を与え、取引の安全を害するおそれがある。このような理由から物権の公示が必要とされる。

2. 不動産登記の意義等

(1) 不動産登記の意義

不動産は財産的価値が高く、また、複雑な権利関係が発生することも多く、権利関係を誰にでもわかるように明白に公示することが必要である。例えば、建物の所有者であるAが、他人から「これは誰の建物か」と問われたときに、「これは私の建物だ」と主張できなければ困るはずである。主張できるとしても、問われるたびに、個別に答えるのは煩雑である。そこで、建物の所有者であるAは、登記制度を利用して公示をする。Aは、自分が所有する建物の登記簿(不動産の登記簿は、不動産ごとに設けられる)に、自分が所有者であると登記をしておけばよい。そのような登記を

しておけば、Aは、原則として誰に対しても「これは私の建物だ」と主張できる。実体法である民法等によって認められた不動産に関する物権の変動を誰に対しても主張できるための公示手段が「**不動産登記**」である。そして、不動産登記の具体的な内容、手続等を規定している法が不動産登記法である。

(2) 不動産登記の種類とその目的

(1)では、不動産に関する「権利関係」を登記する場合を示した。不動産に関する権利関係を公示することは、不動産登記の重要な目的の1つである。しかし、権利の対象となる不動産の「物理的現況」が正確なものでなければ、権利関係だけを正確なものとしても意味がない。物理的現況とは、土地においては、その土地がどこにあるのか(所在)、その土地の番号(地番)は何か、面積は何平米か(地積)、種類は何か(地目)というような事項のことであり(不登§34参照)、建物においては、所在、家屋番号、種類、構造、床面積などのことである(不登§44参照)。このような不動産の物理的現況を公示するための登記のことを、「**表示に関する登記**」といい(不登§2③)、権利関係の公示を目的とする登記である「**権利に関する登記**」(不登§2④)と区別される。不動産登記制度は、不動産の表示及び不動産に関する権利を正確に公示することによって、国民の権利の保全を図り、そのことによって、不動産取引の安全と円滑に奉仕する制度である(不登§1参照)。

3. 試験における不動産登記法

(1) 出題の対象とされる登記

2.で示したとおり、不動産登記は表示に関する登記と権利に関する登記とに分けられるが、司法書士は、このうち権利に関する登記をその業務の対象とすることから(表示に関する登記をその業務の対象とするのは土地家屋調査士である)、司法書士試験における出題範囲は、権利に関する登記についてである。不動産登記法は、択一式だけでなく、記述式でも出題される。

(2) 学習の対象

不動産登記法上登記できる権利は9個であり、登記できる物権変動は、権利の保存、設定、移転、変更、処分制限、消滅の6種類である(不登§3)。つまり、9個の権利の6種類の権利変動について(ただし、すべて

の権利について6種類の権利変動の登記が問題になるわけではない), それぞれどのような登記手続をとるべきかを学ぶことになる。

(3) 学習姿勢等

不動産の権利に関する登記は, 民法等の実体法において形成された権利関係を登記簿に公示するものなので, 民法の知識がその理解の基礎となる。出題範囲は権利に関する登記のほぼ全般にわたる。民法の基本的理解の上に, 不動産登記の基本理論, 条文・基本先例を正確に理解しておくことが重要である。

第2部

民法総則

第1章 民法総則編の構成

1. 民法の総則編が規定しているもの

(1) 権利の主体と客体、権利変動の原因

民法の総則編は、大雑把に言えば、①権利の主体、②権利の客体、③権利変動の原因となるべきものの中で重要なもの(法律行為及び時効)について規定している。

<総則編における各章>

第1章	通則
第2章	人
第3章	法人
第4章	物
第5章	法律行為
第6章	期間の計算
第7章	時効

(2) 第1章から第4章まで

第1章の「通則」は、民法の基本原則と解釈の基準を規定し、第2章の「人」及び第3章の「法人」は、権利の主体、すなわち、権利を取得し、義務を負うことができるものについて規定しており、第4章の「物」は、権利の客体の中で最も重要なものについて規定している。

(3) 権利変動の原因その1－法律行為

人の権利関係は、様々な原因で発生し、消滅し、または変更するが、このような権利変動の原因となる事実のうち、最も重要なものが、第5章で規定されている「法律行為」である。民法の総則編は、権利の主体と客体を明らかにした上で、そこに発生する権利変動の原因のうち、最も重要な「法律行為」を規定している。

(4) 権利変動の原因その2－時効

法律行為によらないで権利変動が生ずる原因として重要なものに、時効と相続があるが、このうち、「時効」について、第7章は規定している。また、時効は時の経過によって権利が発生し(これを「取得時効」という)、あるいは時の経過によって権利が消滅する(これを「消滅時効」という)ものであるから、その時の計算方法の一般原則を示すために、第6章の「期間の計算」の規定がある。

2. 総則編の構成のまとめと本書の構成

1. で示したように、総則編はそれなりにシステマティックな配列になっていることがわかる。本書も民法典の配列にほぼ沿った形で、次章以下において、権利の主体及び客体、法律行為、時効及び期間の計算の順に説明をしていく。ただし、法律行為及び時効に関しては、よりわかりやすく理解するために、解説の順番を条文の順番にあわせていない部分もある。

● 補充解説

法人について

権利の主体として民法が規定しているのは、人(自然人のことです)と法人ですが、法人に関する民法の規定は、33条から37条までの5か条で、法人全体の原則規定と外国法人についての規定があるだけです。

法人を営利法人と非営利法人に分類することがありますが、大雑把にいうと、営利法人である会社については「会社法」が、非営利法人である一般社団法人及び一般財団法人については、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」(以下、「一般法人法」といいます)が規定しています。このうち、公益活動を行っているものについては、「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」(以下、「認定法」といいます)による公益認定を受けて公益法人となることができます。つまり、法人について学習するということは、会社法及び一般法人法、認定法等を学習するということになります。

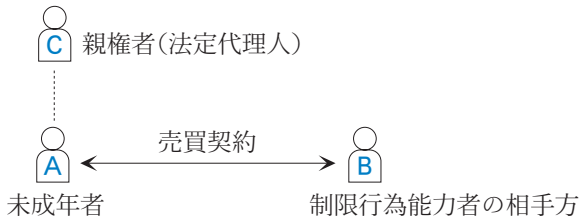
会社法は、独立した受験科目として出題の対象となりますので、『新版デュープロセス 会社法・商法・商業登記法』で説明します。一般法人法や認定法に関する規定が民法で問われる可能性があります。一般社団法人及び一般財団法人の組織に関する規律は、会社法が基本となっていて、会社法に類似する規定が少なくありませんので、会社法を学習した後に学習するのが効率的です。また、一般社団法人及び一般財団法人に関する登記手続が商業登記法で問われることがあります。これも会社に関する登記手続と類似するものですので、商業登記法を学習した後に学習すべきです。このようなことから、一般法人法、認定法等の法人に関する法律及びこれらに基づく登記手続については、『新版デュープロセス別冊 法人』で説明します。

第2章 権利の主体と客体

第1節 ● 権利能力、意思能力及び行為能力

例題 2-1

未成年者であるAが、その所有する甲土地について、その親権者であるCの同意を得ないで買主B（行為能力者であるものとする）との間で売買契約を締結した。A・B間の契約は有効か。



1. 権利能力

(1) 権利能力の意義

権利能力とは、私法上の権利義務の主体となることのできる地位または資格のことをいう。「権利義務の主体となることができるか」ということの意味を、例題2-1にあてはめていうと、「Aが売主としての権利を取得することができるか」、または、「Aが売主としての義務を負うことができるか」ということである。より具体的にいえば、未成年者であるAがBに対して代金の支払を請求する権利を取得するのか、また、Bに対して甲土地の引渡しをする義務を負うのかということである。

(2) 権利能力の始期

私権の享有は、出生に始まる(民§3-1)。「**私権**」とは、私法上認められる権利のことである。つまり、人は生まれてきた以上、すべて私法上の権利義務を享受することができる。したがって、生まれたばかりの子でも権利能力はあり、契約当事者となることができる。ただし、その者が契約

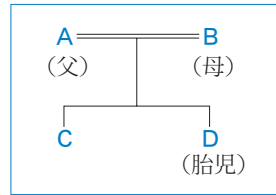
当事者となることができるということと、単独で当該契約を有効に締結することができるかということとは別次元の問題である。したがって、例題2-1におけるAは、未成年者ではあるが、甲土地の売主としての資格はあることになる。しかし、Aが単独で締結した契約が有効であるかについては、別に考察しなければならない(第2節参照)。

(3) 権利能力の終期

人の権利能力の終期は死亡に限られる。つまり、人は生まれてから死ぬまで権利能力を持ちつづけることになる。したがって、例えば、高齢になり、判断能力が著しく低下した者でも、契約の当事者になることができる。

(4) 胎児に権利能力はあるか

権利能力は、出生によって認められるのだから(民§3-I)，生まれる前の状態である胎児には権利能力は認められないことになる。しかし、近い将来生まれてくる可能性が高いにもかかわらず、生まれる時期がわずかに遅いというだけで、一切の権利を認めないと、均衡を失う場合がある。例えば、右の図において、胎児に一切の権利能力を認めないとすると、Aが死亡した当時、Dがまだ生まれていなければ、Aの相続人は、BとCになる(民§887-I，890)。Aが死亡した翌日にDが出生したとしても、同様である。それでは、同じAの子であるCとDとの間で不公平が生ずるので、民法886条1項は、「胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす」と規定している。この相続の場合を含めて、民法は、次の3つの場合を、胎児に権利能力を認める例外として規定している。



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

(5) 「既に生まれたものとみなす」の意味

例外的に、胎児が生まれたものとみなすとする場合の法律構成については、次のような説の対立がある。

① 停止条件説(人格遡及説・判例・通説)

胎児の間は、権利能力は認められず、したがって胎児の条件付権利を保全すべき代理人はいない。胎児が生きて生まれると、そこで取得した

権利能力が相続開始や不法行為の時にさかのぼって存在したものとされるにすぎない。

② 解除条件説(制限人格説)

胎児の間でも、生まれたものとみなされる範囲内では、その事実の生じた時から制限的な権利能力がある。このため、胎児も出生している人と同様に取り扱い、法律関係を処理することになる。

● 補充解説

反対解釈の意義など

民法は、私権の享有は、出生に始まる(民§3-I)と規定していますが、胎児には権利能力はない、と明確に規定しているわけではありません。しかし、生まれた時に権利能力を取得するという規定から、生まれる前の胎児は権利能力を有しないと解釈することができます。このように、類似した2つの事実のうち、一方のみに関する規定がある場合に、他方について、規定のあるものと反対の結果を認める解釈方法のことを、「**反対解釈**」といいます。なお、上記(5)で停止条件・解除条件の用語が出てきましたが、詳しくは、第5章第1節を参照してください。

2. 意思能力

(1) 意思能力の意義

意思能力とは、自己の行為の結果を判断することのできる精神能力をいい、正常な認識力と予期力とを含むものと解されている。別の言い方をすると、自分がした意思表示によって、どのような権利変動が生ずるのかを理解することができる能力ということができる。意思能力を備えていない者のことを、「**意思無能力者**」という。

(2) 意思能力の有無の判断

意思能力があるか否かは、その表意者(意思表示をした人のこと)、取引の態様等を総合的に考慮して判断すべきである。例えば、6歳前後の子が駄菓子屋で駄菓子を買う行為については、その子には意思能力があると解されるが、13歳の子が相続した数億円相当の不動産を他人に売却する行為については、その子に意思能力があるとは考えにくい。すなわち、意思能力の有無については、明確な基準はない。

(3) 意思無能力者の行為の効果

意思無能力者のした行為は無効である。意思無能力者は、自己の行為の結果を判断する能力を欠いているのだから、そのような者の意思表示によって、その者自身を拘束すべきではなく、また、その者から意思表示を受けた相手方も拘束すべきではないからである。意思無能力者の行為は無効であるとする明文の規定は民法にはないが、私的自治の原則からして当然のことであるとされている。

(4) 例題2－1の考察

例題2－1のケースでは、Aの年齢等は明らかではないが、Aの精神年齢や取引の態様等において、売買契約の締結当時、Aが意思能力を有していなかったことが立証されれば、売買契約は無効となる。

● 補充解説

意思無能力者は権利能力をもたないのか

例題2－1のケースで、Aが意思無能力者であれば、Aは単独で売買の意思表示をしたとしても、売主としての地位を取得することはできません。しかし、権利能力の説明のところでは、未成年者であっても、売主になれると説明しました。このことに矛盾を感じる方がいるかもしれません。契約は、自分自身でやらなければならないわけではありません。他人に代わってやってもらうこともできます。これを「代理人による契約」といいます。Aは、権利能力は有していますので、その法定代理人であるCに代理して売買契約を締結してもらえば、売主としての地位を取得することができます。意思無能力者であっても、当然に権利能力をもっていますので注意してください。

3. 行為能力

(1) 行為能力、制限行為能力者の意義

行為能力とは、権利義務をもつための行為を単独で完全にできる能力をいう。その能力を制限された者を**制限行為能力者**といい、民法は、**未成年者**、**成年被後見人**、**被保佐人**、**被補助人**を制限行為能力者としている。

(2) 制限行為能力者制度の意義など

意思無能力者の行為は無効であるが、意思能力の有無の判断には客観的基準がなく、行為当時の意思無能力を立証するのは困難である。通常人よりも合理的・打算的判断力の劣る者が、正確な判断によらずに取引をした

場合、取引時における意思無能力を立証しなければ、契約の無効を主張することができないとすれば、その者の保護に欠けることになる。そこで、一定の画一的な基準を設け、その基準に達しない者(それが制限行為能力者である)のした行為は、「**取り消すことができる行為**」とした。制限行為能力者またはその保護者は、制限行為能力者がした契約が当該制限行為能力者にとって有利だと判断すれば、追認して完全に有効とすることができ(民§122参照)、不利だと判断すれば、取り消して初めから無効とすることもできる(民§121)。

(3) 制限行為能力者制度の趣旨

制限行為能力者制度は、判断能力が通常人よりも劣る者を保護するための制度である。すなわち、(2)で示したとおり、制限行為能力者が単独でした行為については、事後に、制限行為能力者またはその保護者において、追認または取消しを選択することができるので、そのことによって、契約の内容等を再考することができ、制限行為能力者の保護を図ることができる。

第2節 ● 制限行為能力者制度

1. 未成年者

(1) 成年時期

年齢20歳をもって、成年とする(民§4)。年齢は、出生の日から起算し(年齢計算に関する法律①)、暦に従って日をもって計算する。なお、未成年者でも婚姻すれば成年に達したものとみなされる(民§753)。

(2) 未成年者の行為能力

① 原則

未成年者は原則として単独で有効に法律行為をすることができない。未成年者が法律行為をするには**法定代理人**の同意を要し、同意を得ないでした法律行為は取り消すことができる(民§5-I本文・II)。なお、未成年者の法定代理人は、1次的には親権者(民§818, 819)、親権者がいないときは未成年後見人(民§838～842参照)である。未成年者の保護者は、法定代理人である。

② 例外として単独ですることができる法律行為

(ア) 単に権利を得または義務を免れる法律行為(民§5-Iただし書)

負担のない贈与を受けることや、借金の利子を下げてもらふことなどは、未成年者の利益を害しないので、未成年者が単独ですることができる。なお、弁済を受けることは、債権を失うことになり、単に権利を得ることにはならないので、未成年者は単独ではできない。

(イ) 法定代理人により処分を許された財産の処分(民§5-III)

旅費・学費など一定の目的を定めて処分を許した財産や、小遣金など目的を定めずに処分を許した一定の財産については、当該財産について、法定代理人が包括的な同意を与えたものと考えられるので、未成年者が単独で処分することができる。なお、全財産についての処分の許可は許されない。

(ウ) 法定代理人により許されたその営業に関する行為(民§6)

営業とは、営利を目的とする継続的事業をいい、商業に限らない。法定代理人の営業許可は、営業の種類を特定することを要するとともに、1個の営業をさらに制限して許すことはできない。また、営業許可は明示に限らず黙示でもよい。したがって、未成年者の営業を当然

熟知し何ら異議を述べていない場合は、黙示の許可があるものとして取り消すことができないと解される。なお、「成年者と同一の行為能力を有する(民§6-I)」とは、未成年者が単独で営業することができるということであり、法定代理人の代理権は、この範囲で消滅する。また、法定代理人は、未成年者がその営業に堪えることができない事由があるときは、その許可を取り消しまたは制限することができる(民§6-II)。

(3) 例題2-1の再考

例題2-1のケースでは、未成年者Aが法定代理人Cの同意を得ないで契約をしているので、行為当時の意思能力の有無を問題とすることなく、取り消すことができる法律行為となる。もし、契約締結当時、Aに意思能力がなかったことが立証されれば、取り消すまでもなく無効となるが、実際には、意思無能力の立証は困難なので、制限行為能力者制度がある。このように制限行為能力者制度は画一的な基準によって判断能力の劣る者を保護することに役立つ。なお、例題2-1の結論を端的にいうと、「A・B間の契約は、取り消すことができる契約であり、場合によっては無効な契約である」となる。

2. 成年被後見人

(1) 意義、審判の要件

成年被後見人とは、精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者であって、一定の請求者の請求に基づいて、家庭裁判所により後見開始の審判を受けた者である(民§7)。

- ① 実質的要件……精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にあること
- ② 形式的要件……本人・配偶者・4親等内の親族・未成年後見人・未成年後見監督人・保佐人・保佐監督人・補助人・補助監督人または検察官から家庭裁判所へ請求をすること

(2) 後見開始の審判の効果

成年被後見人の法律行為は、原則として取り消すことができる(民§9本文)。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、単独で有効にすることができる(民§9ただし書)。なお、成年被後見人の保護者は、**成年後見人**である(民§8)。成年後見人は、成年被後見人の法

定代理人である。

(3) 審判の取消し

① 民法10条の規定による取消し

後見開始の審判の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人・配偶者・4親等内の親族・後見人(未成年後見人及び成年後見人をいう。以下同じ)・後見監督人(未成年後見監督人及び成年後見監督人をいう。以下同じ)または検察官の請求により、後見開始の審判を取り消さなければならない(民§10)。

② 他の審判との調整による取消し

後見開始の審判を受けている本人(成年被後見人)の判断能力が保佐または補助開始の要件に該当する程度にまで回復した場合において、保佐開始または補助開始の審判をするときは、家庭裁判所は、その本人に係る後見開始の審判を取り消さなければならない(民§19-II)。

3. 被保佐人

(1) 意義、審判の要件

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あって、一定の請求者の請求に基づいて、家庭裁判所により保佐開始の審判を受けた者である(民§11)。

① 実質的要件……精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分であるが、その能力を欠く常況にまでは至っていないこと(民§11ただし書参照)

② 形式的要件……本人・配偶者・4親等内の親族・後見人・後見監督人・補助人・補助監督人または検察官から家庭裁判所へ請求をすること

(2) 保佐開始の審判の効果

① 保佐人の同意を要する行為

被保佐人の保護者は、**保佐人**であるが(民§12)、被保佐人は、民法13条1項各号に掲げられた行為または13条2項の規定によって保佐人の同意を得なければならない行為をする場合に、保佐人の同意を要する。すなわち、成年被後見人のように、原則としてすべての財産行為について制限されるのではなく、一定の範囲の財産行為についてだけ行為能力が制限され、保佐人の同意を要する。

② 保佐人の同意に代わる許可

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

③ 保佐人の同意なしに被保佐人がした行為の効果

保佐人の同意を得なければならない行為であって、同意またはこれに代わる許可を得ないで被保佐人が単独で行った行為は、取り消すことができる(民§13-Ⅳ)。

④ 保佐人の権限

保佐人は、当然に被保佐人のする一定の範囲の財産行為について同意をする権利(同意権)を有するが、当然には代理権を有するものではない。しかし、一定の者の請求によって、被保佐人のために特定の法律行為について、保佐人に代理権を付与する旨の審判がされたときは、保佐人に被保佐人を代理する権限が認められる(民§876の4-I)。

(3) 審判の取消し

① 民法14条による取消し

(ア) 保佐開始の審判の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人・配偶者・4親等内の親族・未成年後見人・未成年後見監督人・保佐人・保佐監督人または検察官の請求により、保佐開始の審判を取り消さなければならない(民§14-I)。

(イ) 家庭裁判所は、(ア)に掲げた者の請求によって、民法13条2項の規定によって同条1項の規定以外の行為であって、保佐人の同意を要するものとした審判の全部または一部を取り消すことができる(民§14-II)。

② 他の審判との調整による取消し

保佐開始の審判を受けている本人(被保佐人)の判断能力が後見開始の要件に該当する程度にまで至った場合において、後見開始の審判をするときは、家庭裁判所は、その本人に係る保佐開始の審判を取り消さなければならない(民§19-I)。また、保佐開始の審判を受けている本人(被保佐人)の判断能力が補助開始の要件に該当する程度にまで回復した場合において、補助開始の審判をするときは、家庭裁判所は、その本人に係る保佐開始の審判を取り消さなければならない(民§19-II)。

4. 被補助人

(1) 意義、審判の要件

① 被補助人の意義と審判の一般的な要件

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あって、家庭裁判所の補助開始の審判を受けた者である(民§15-I)。

- (ア) 実質的要件……精神上の障害によって事理を弁識する能力が不十分であるが、その能力を欠く常況またはその能力が著しく不十分という程度にまでは至っていないこと(民§15-I ただし書参照)

- (イ) 形式的要件……本人・配偶者・4親等内の親族・後見人・後見監督人・保佐人・保佐監督人または検察官から家庭裁判所へ請求をすること

② 補助開始の審判に特有の要件

本人以外の者の請求により補助開始の審判をするためには、本人の同意がなければならない(民§15-II)。また、補助開始の審判は、それ自体では何ら本人の行為能力を制限する内容を含まず、同時に民法17条1項の審判(特定の法律行為について補助人の同意を得なければならない旨の審判)または同法876条の9第1項の審判(特定の法律行為について補助人に代理権を付与する旨の審判)をすることによって、はじめて本人の行為能力を制限することになる。したがって、補助開始の審判は、必ず民法17条1項の審判または同法876条の9第1項の審判とともにしなければならない(民§15-I III)。

(2) 補助開始の審判の効果

① 補助人の同意を要する行為

被補助人の保護者は、**補助人**であるが(民§16)、被補助人は、家庭裁判所の審判によって定められた「特定の法律行為」をする場合に、その補助人の同意を得なければならない(民§17-I 本文参照)。

② 同意を要する「特定の法律行為」の定め方

被補助人が行為をする際に補助人の同意を要する「特定の法律行為」は、補助開始の審判の請求ができる者または補助人もしくは補助監督人の請求によって、家庭裁判所が審判によって定める(民§17-I 本文参照)。その「特定の法律行為」は、民法13条1項に規定する行為の一部に限られる(民§17-I ただし書)。すなわち、被保佐人が民法13条1項に掲げ

られたすべての行為をするについて制限を受けるのに対して、被補助人は、同項に掲げられた行為のうち、審判によって定められた一部の行為についてだけ制限を受ける。なお、本人以外の者の請求により審判をするには、本人の同意がなければならない(民§17-II)。

③ 補助人の同意に代わる許可

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

④ 補助人の同意なしに被補助人がした行為の効果

補助人の同意を得なければならない行為であって、同意またはこれに代わる許可を得ないで被補助人が単独で行った行為は、取り消すことができる(民§17-IV)。

⑤ 補助人の権限

補助人は、当然に被補助人のする同意を要する特定の法律行為について同意をする権利(同意権)を有するが、当然には代理権を有するものではない。しかし、一定の者の請求によって、被補助人のために特定の法律行為について、補助人に代理権を付与する旨の審判がされたときは、補助人に被補助人を代理する権限が認められる(民§876の9-I)。

(3) 審判の取消し

① 民法18条による取消し

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

(イ) 家庭裁判所は、(ア)に掲げた者の請求により、補助人の同意を要する「特定の法律行為」とした審判の全部または一部を取り消すことができる(民§18-II)。

(ウ) 特定の法律行為について補助人の同意を要する旨の民法17条1項の審判及び補助人に代理権を授与する旨の審判をすべて取り消す場合には、家庭裁判所は、補助開始の審判を取り消さなければならない(民§18-III)。

② 他の審判との調整による取消し

補助開始の審判を受けている本人(被補助人)の判断能力が保佐または後見開始の要件に該当する程度にまで至った場合において、保佐開始または後見開始の審判をするときは、家庭裁判所は、その本人に係る補助開始の審判を取り消さなければならない(民§19-IⅡ)。

5. 制限行為能力者制度のまとめ

<制限行為能力者制度>

	保護者	同意または代理を要する行為
未成年者	親権者または未成年後見人	原則としてすべての法律行為 (例外あり, 5条1項ただし書・3項, 6条)
成年被後見人	成年後見人	日常生活に関する行為以外の法律行為
被保佐人	保佐人	13条1項各号所定の行為, なお2項参照
被補助人	補助人	13条1項各号のうちの特定の法律行為

(1) 未成年者について

未成年者が単独でした法律行為については、民法5条1項ただし書、同条3項、6条1項に掲げられている行為を除いて、すべて取り消すことができる。未成年者は、当該未成年者に意思能力がある場合は、その法定代理人(親権者または未成年後見人)の同意を得なければ有効に法律行為をすることはできない(民§5-I本文)。なお、当該未成年者に意思能力もない場合は、法定代理人に代理してもらわなければ有効に法律行為をすることはできない。

(2) 成年被後見人について

成年被後見人が単独でした法律行為は、日常生活に関する行為以外のすべての法律行為は取り消すことができる(民§9)。成年被後見人は、その法定代理人である成年後見人に代理してもらわなければ、有効に法律行為をすることはできない。なお、成年被後見人は、成年後見人の同意を得ても、単独では有効に法律行為をすることができないことに注意すること。意思能力のある未成年者は、法定代理人の同意を得れば、有効に法律行為ができることと比較すること。

(3) 被保佐人について

被保佐人は、民法13条1項各号に掲げられている行為をするときは、保

佐人の同意、またはこれに代わる家庭裁判所の許可が必要であり、同意等なしにそれらの行為をすると、当該行為は、取り消すことができる(民§ 13-IV)。なお、保佐人には、特定の法律行為について代理権付与の審判がされることがあり、その限りにおいて保佐人が被保佐人を代理して法律行為を行うことができる。

(4) 被補助人について

被補助人は、民法13条1項各号のうち家庭裁判所が審判によって定めた特定の法律行為をするときは、補助人の同意、またはこれに代わる家庭裁判所の許可が必要であり、同意等なしにそれらの行為をすると、当該行為は、取り消すことができる(民§ 17-IV)。なお、補助人には、特定の法律行為について代理権付与の審判がされることがあり、その限りにおいて補助人が被補助人を代理して法律行為を行うことができる。

(5) 身分行為について

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

6. 制限行為能力者の相手方の保護

例題 2-2

成年被後見人であるAは、単独でCとの間で、その所有する甲土地をCに売却する契約を締結した。Aの成年被後見人はBである。AC間の契約は取り消すことができる契約であるが、Cは、契約が取り消されるかどうかを早く確定させたいと考えている。どのような方法があるか。

(1) 取消または追認の意義

取り消すことができる法律行為は、一応は有効であるが、取り消されると初めから無効な行為とされる(民§ 121本文)。このようにさかのぼって無効となることを、「そきゆうてき遡及的無効」という。また、取り消すことができる法律行為を追認することもできるが、追認するとは、一応有効な法律行為を、完全に有効な法律行為として認めることであり(民§ 122本文)、取り消す余地をなくすことである。