

司法書士

竹下貴浩 著

新版 **直前チェック**

1

民法 I (総則・債権)
〈第3版〉

早稲田経営出版

はしがき

本書は、司法書士試験の受験対策用のサブテキストとして、これまで多くの受験生にご利用いただいていた『直前チェックシリーズ』のリニューアル版である『新版 直前チェックシリーズ』の民法版です。なお、本書では民法の総則と債権を扱い、物権は「新版 直前チェック民法Ⅱ」で、親族及び相続は「新版 直前チェック民法Ⅲ」で扱います。

本書は、「直前チェック」というタイトルではありますが、個々の知識をチェックすることに終始するだけでなく、基本書的な性質も併せ持っています。したがって、必ずしも直前期の受験生だけでなく、初学者にも有益な情報を収録しています。

本書では、民法の総則及び債権について、重要だと思われるテーマを総則では5個に、債権では9個に分類し、各テーマごとに「チェックポイント」「参考過去問」を収録しています。

「チェックポイント」では、そのテーマにおいてどうしても知っておかなければならない事項、各テーマにおける代表的な判例・学説及びその背景となるものの考え方等を問いの形で掲げました。これらは本来基本書等で修得すべき事項なのですが、よほど高度な注意力をもって読んでいかなければ、問題点が明らかにならないとの考慮から、単純な知識の確認以外の制度趣旨等も含めて、問い及びその解答の形式で構成しました。このような形式でそれぞれのテーマについての問題点を確認することが、受験生の問題意識を高めることになり、知識の定着にも非常に有効な手段であると考えたからです。

「参考過去問」は、そのテーマに関連する過去問の中から代表的なものを多く収録しました。そのテーマのチェックポイントで確認した制度や知識を本試験の過去の出題例を通してより実践的に理解していただくことが目的です。実際の過去問を解いた上で再びチェックポイントを確認したり、基本書等で知識を整理することは非常に有効な知識定着の方法となるはずです。

民法の総則及び債権に関しては、本書で扱ったテーマからそのほとんどが出題されるはずです。本書に掲げられた事項につき、記憶すべきところは正確に記憶し、考えるべきところは自分の頭で納得のいく結論を導くという作業を繰

り返してってください。必ず合格に必要な得点ができるようになるはずです。

2009年10月

竹 下 貴 浩

第3版発刊にあたって

今回の改訂は、平成24年度の過去問のうち参考となるものを加入するとともに、数個の新たなチェックポイントを追加し、また、チェックポイントの一部を補充的に修正することを目的とするものです。

2012年9月

竹 下 貴 浩

本書の使用方法

本書で提供している情報は、司法書士試験合格のために必要不可欠なものであるといえます。すべてのチェックポイント、参考過去問について知識を確実なものにしておいてください。

本書は、民法の総則と債権をそれぞれ第1部、第2部として収録しています。物権をこれらと別冊にしたのは、司法書士試験における出題の傾向との関係です。司法書士試験においては、総則と債権からの出題の合計の量と物権からの出題の量がほぼ同等であり、また、物権は不動産登記法との関連も強い分野ですので、別冊にしました。

本書には、いくつかの工夫がありますが、この使用方法を通して合格に必要な情報を効率よく確実に自分のものとしてください。

(1) 各テーマ配列等について

第1部は5個、第2部は9個のテーマから構成されています。その配列は、司法書士試験の受験用の基本書として、多くの受験生にご利用いただいている『新版 デュープロセス 民法・不動産登記法Ⅰ』（竹下貴浩著 早稲田経営出版）の配列におおむね従っています。ですから、まず、基本書であるデュープロセスを読んで基本事項を確認した上で、本書を併せて利用すると、より効率的な学習をすることができます。

(2) チェックポイントの利用について

「チェックポイント」が問題形式になっていることから、基本的かつ合格に不可欠な知識の確認とともに試験で要求される思考パターンの修得ができます。各チェックポイントの下に解答が掲げられていますので、その部分を隠し、その問いに対する答えを考えてください。

また、各チェックポイントの横の部分にはチェック欄（□□）を設けました。この欄には、そのチェックポイントを確認するごとに何らかの印を付けていくことができます。単に鉛筆でチェックするのもよいでしょうし、例えば、試験までは確認する必要のないものは青、注意すべきものについては黄色、試験までには必ずもう一度は確認すべきものについては赤というように、マーカーで色分けしてチェックするのもひとつの方法でしょう。

(3) 参考過去問

「参考過去問」にも同じようにチェック欄(□)を設けました。これもチェックポイントと同じように使用してください。また、過去問をやった後に再びチェックポイントをやることも有効な手段であるといえます。チェックポイントには過去問を踏まえて、今後出題の予想される部分も掲げられているからです。

(4) 記憶の定着度の確認

本書の情報がどこまで自分のものになっているか、客観的に判断できるように各テーマの見出しの部分には、の記号が付いていますが、これはそのテーマをチェックした日付を記入するために設けたものです。この日付の記入によってそのテーマをいつチェックしたかを確認し、記憶の定着度を測ることができます。

第1部 テーマ1 権利の主体

テーマ1 権利の主体

過去に出題された論点、今後出題が予想される論点を問いの形式で掲げました。(答)の部分を隠して考えてみましょう。

チェックポイント

《権利能力、意思能力、行為能力》

- 権利能力の意義をいえ。
□□ (答)私法上の権利能力とは、法律上の権利の主体となる能力のことである。
- 誰に対して権利能力があるのかを述べよ。
□□ (答)自然人的権利能力は、出生時から存在する。法人的権利能力は、法人格取得時から存在する。
- 胎児には、権利能力があるのかを述べよ。
□□ (答)胎児は、権利能力を有する。母の腹中に在る間は、母の腹中の胎児として扱われる。出生後は、独立した権利能力を有する。

「権利能力」は、法律上の権利の主体となる能力のことである。出生時から存在する。法人格取得時から存在する。胎児は、権利能力を有する。母の腹中に在る間は、母の腹中の胎児として扱われる。出生後は、独立した権利能力を有する。

そのテーマをチェックした日付を記入して、記憶の定着度を確認しましょう。

各テーマに関連する実際の出題例です。

参考過去問



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

平成15年度第4問で出題されたことを表します。

誤っているものは、イ、ウである。

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

過去問を問いたあと、再びチェックポイントを確認してみましょう。

凡例

(1) 条文の表記について

本文中に根拠となる条文を掲げるときは、かっこを付して、次の基準に従って表記した。

ア. 条文の前には § を付した。

イ. ローマ数字の I II III 等は、条文の項と対応する。

ウ. ①②③等は、条文の号と対応する。

例えば、(民 § 13- I ①) は、民法第13条第1項第1号を示している。

(2) 参考過去問の表記について

参考過去問として掲げた問題文の末尾には、かっこ書で (19-10-1) のように表記してある。これはその過去問の出題年度、問題の番号及び当該問題における選択肢の番号を示している。例えば、(19-10-1) は、平成19年度の第10問の選択肢の1番目を示している。

目 次

直前チェック 民法 I

第 1 部 総 則

テーマ ① 権利の主体	2
テーマ ② 法律行為の意義, 有効要件, 無効及び取消し	22
テーマ ③ 代 理	62
テーマ ④ 条件, 期限	100
テーマ ⑤ 時 効	110

第 2 部 債 権

テーマ ① 契約総論	140
テーマ ② 売 買	162
テーマ ③ 消費貸借, 使用貸借, 賃貸借	180
テーマ ④ その他の契約	196
テーマ ⑤ 事務管理, 不当利得, 不法行為	210
テーマ ⑥ 債権の目的, 効力	228
テーマ ⑦ 多数当事者の債権及び債務	264
テーマ ⑧ 債権の譲渡	292
テーマ ⑨ 債権の消滅	306
参考過去問索引	i

第 1 部

総 則

テーマ 1 権利の主体

チェックポイント

《権利能力，意思能力，行為能力》

1. 権利能力の意義をいえ。

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

2. 誰に対して権利能力は認められるか。

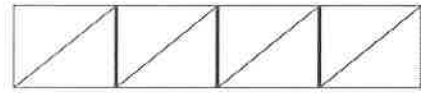
- ☐ (答)自然人及び法人。自然人とは，人間のことである。法人とは，法律の規定によって法的な人格が認められた人の集まり，または財産の集まりのことである。

3. 胎児には，権利能力は認められるか。

- ☐ (答)私権の享有は出生に始まるので(民 § 3-I)，生まれる前の胎児には権利能力は認められない。ただし，次の場合は，例外的に胎児にも権利能力が認められる。
- ① 不法行為に基づく損害賠償請求権(民 § 721)
 - ② 相続(民 § 886)
 - ③ 遺贈(民 § 965)

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

- ☐ (答)停止条件説と解除条件説。前者は，「胎児の間は，権利能力は認められず，したがって，胎児の条件付権利を保全すべき代理人はいない。胎児が生きて生まれると，そこで取得した権利能力が相続開



始や不法行為の時にさかのぼって存在したものとされるにすぎない」と解する。後者は、「胎児の間でも、生まれたものとみなされる範囲内では、その事実の生じた時から制限的な権利能力がある。このため、胎児も出生している人と同様に取り扱い、法律関係を処理する」と解する。

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

5. 権利能力の終期はいつか。

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

6. 意思能力の意義をいえ。

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

7. 意思無能力者がした法律行為の効果はどうなるか。

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

8. 意思無能力者は権利能力を有するか。

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

9. 行為能力、制限行為能力者の意義をいえ。

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

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

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

《制限行為能力者①－未成年者》

11. 未成年者は、どのようにして有効に法律行為をすることができるか。

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

12. 未成年者が単独で有効にすることができる法律行為をあげよ。

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

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

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

14. 未成年者は、単独で有効に債務の弁済を受けることはできるか。

- ☐ (答)できない。これにより、既存の債権を失うからである。

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

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

16. 営業の許可は明示に行われる必要はあるか。

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

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

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

《制限行為能力者②—成年被後見人》

18. 後見開始の要件をいえ。

- ☐ (答)精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者が、本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人または検察官の請求によって、家庭裁判所の審判を受けること(民§7)。

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

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

20. 成年被後見人が成年後見人の同意を得てした法律行為は有効となるか。

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

《制限行為能力者③－被保佐人》

21. 保佐開始の要件をいえ。

☐☐ (答)精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分な者が、本人、配偶者、1親等内の親族、後見人(未成年後見人及び成年後見人)、後見監督人(未成年後見監督人及び成年後見監督人)、補助人、補助監督人または検察官の請求によって、家庭裁判所の審判を受けること(民§11)。

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

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

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

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

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

24. 保佐人の同意を得なければならない行為について、保佐人が被保佐人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、()。

☐ (答)家庭裁判所は、被保佐人の請求により、保佐人の同意に代わる許可を与えることができる(民§13-III)。

25. 被保佐人の行為のうち取り消すことができる行為はどのようなものか。

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

26. 保佐人の権限をいえ。

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

《制限行為能力者④－被補助人》

27. 補助はどのような者をその保護の対象とするか。

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

28. 補助開始の審判をするについて、本人の同意は必要とされるか。

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

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

- ☐ (答) ある。補助開始の審判は、民法17条1項の審判(被補助人が特定の法律行為をするには、その補助人の同意を得なければならない旨の審判)、または同法876条の9第1項の審判(被補助人のために特定の法律行為について補助人に代理権を付与する旨の審判)とともにしなければならない(民 § 15-Ⅲ)。したがって、補助開始の審判においては、これと同時に、下記のいずれかの審判をすべきことになり、代理権を付与する審判のみをする(下記②の場合)こともできる。

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

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

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

30. 補助人の同意を得なければならない行為について、補助人が被補助人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、()。

☐☐ (答)家庭裁判所は、被補助人の請求により、補助人の同意に代わる許可を与えることができる(民§17-Ⅲ)。

31. 被補助人の行為のうち取り消すことができる行為はどのようなものか。

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

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

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

32. 補助人の権限をいえ。

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

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

33. 補助人に代理権付与の審判をするときは、本人の同意は必要か。

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

《制限行為能力者の身分行為》

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

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

《制限行為能力者の相手方の保護》

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

☐☐ (答)行為能力者となったもと制限行為能力者であった者に対し、1 か

月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、その者がその期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなす(民§20-I)。

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

☐☐ (答)未成年者または成年被後見人の法定代理人に対し、その権限内の行為について、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、法定代理人が定められた期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなす(民§20-II)。

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

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

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

☐☐ (答) 次のいずれかの催告をすることができる。

- ① 保佐人または補助人に対し、その権限内の行為について、1 か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、保佐人または補助人が定められた期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなす(民 § 20-II)。
- ② 被保佐人または被補助人に対し、1 か月以上の期間内にその保佐人または補助人の追認を得るべき旨の催告をすることができる。この場合において、その被保佐人または被補助人がその期間内にその追認を得た旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなす(民 § 20-IV)。

39. 民法21条の詐術について述べよ。

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

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

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

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

☐☐ (答)適用されない(最判昭44.2.13)。

《不在者及びその財産管理人》

42. どのような者を不在者というか。

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

43. 不在者の財産管理人の選任を請求することができる者をあげよ。

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

44. 不在者の財産管理人の地位をいえ。

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

45. 不在者の財産管理人の権限をいえ。

☐☐ (答)不在者の財産管理人の権限の範囲が明白でない場合は、財産管理人は、不在者の財産について、民法103条に規定された範囲内における権限を有するが、これを超える行為を必要とするときは、家庭裁判所の許可を得なければならない(民§28前段参照)。

《失踪の宣告》

46. 普通失踪及び特別失踪の期間をいえ。

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

47. 失踪の宣告を受けた者が死亡したものとみなされる時期をいえ。

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

48. 失踪の宣告がされると、失踪者の権利能力は失われるか。

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

49. 失踪の宣告の取消しの要件をいえ。

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

50. 失踪の宣告の取消しの効果をいえ。

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

テーマ 2

法律行為の意義、有効要件、無効及び取消し

チェックポイント

《法律行為全般》

1. 法律行為の意義をいえ。

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

2. 法律行為にはどのようなものがあるか。

☐ (答) 単独行為、契約(双方行為)、合同行為がある。

3. 法律行為の成立要件をいえ。

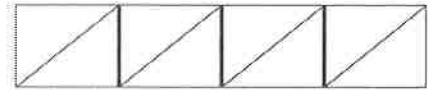
☐ (答) ①当事者、②目的、③意思表示が存在すること。すなわち、ある当事者が、ある目的をもって意思表示をすることによって、法律行為は成立する。

4. 法律行為の一般的な有効要件をいえ。

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

5. 4の①の要件を満たさない法律行為の効果をいえ。

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



6. 4の②の要件を満たさない法律行為の意義及び効果をいえ。

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

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

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

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

- ☐☐ (答)①瑕疵ある意思表示、②詐欺による意思表示と強迫による意思表示。

《意思の欠缺①－心裡留保》

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

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

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

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

11. 民法93条は、単独行為、合同行為のための意思表示にも適用されるか。

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

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

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

《意思の欠缺②—通謀虚偽表示》

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

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

14. 民法94条2項にいう善意の第三者とはどのような者を指すか。

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

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

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

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

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

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

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

☐ (答)対抗することはできない。判例は, 善意の第三者Cが絶対的・確定的に権利を取得するので, その後の転得者はたとえ悪意であっても保護されると考える(大判昭6.10.24)。このような考え方を「絶対的構成」という。これに対して, 処分行為の効力は当事者ごとに相対的・個別的に判断すべきであり, 転得者が悪意であれば, 保護されないとする見解(これを「相対的構成」という)もある。

18. 17の事例において, 相対的構成をとった場合の問題点を指摘せよ。

☐ (答)① 悪意の転得者Dは保護されないことになるので, Dは善意の第三者であるCに担保責任(民8561)を問うことになるが, それでは善意者を保護しようとした民法94条2項の趣旨がそこなわれる。

② Dが悪意であると保護されないと解するので, Dは権利を取得しても, Aから追奪されてしまうため, そのことがわかって取引することは考えにくく, Cが目的物を処分することが著しく制限される。

③ 原権利者Aは, 善意のCの出現によっていったん権利を喪失するが, 悪意のDの出現によって再び権利を回復する結果となる。

19. 17の事例において, 絶対的構成をとった場合の問題点を指摘せよ。

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

《意思の欠缺③－錯誤》

20. 民法95条にいう錯誤による意思表示とはどのようなものか。

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

21. 法律行為の要素に錯誤があるときの意思表示の効果はどうなるか。

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

22. 錯誤による無効を主張できないのはどのような場合か。

- ☐ (答) 表意者に重大な過失があったとき(民§95ただし書)。

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

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

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

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

25. 動機の錯誤がある場合、その意思表示の効果はどうなるか。

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

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

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

27. 錯誤による無効は、善意の第三者に対抗することができるか。

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

《瑕疵ある意思表示》

28. 詐欺または強迫による意思表示は、()。

☐☐ (答)取り消すことができる(民§96-I)。

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

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

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

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

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

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

32. 詐欺による意思表示の取消しは、()に対抗することができない。

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

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

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

34. 詐欺を理由とする取消しと強迫を理由とする取消しの違いをいえ。

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

《意思表示の到達と受領》

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

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

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

☐☐ (答)死亡の場合は、意思表示の効果は相続人に承継される(民§97-Ⅱ)。

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

37. 制限行為能力者の意思表示の受領能力について述べよ。

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

《無効な法律行為》

38. 無効な法律行為にはどのようなものがあるか。

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

39. 無効な法律行為の効果をいえ。

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

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

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

41. 無効を主張することができる期間に制限はあるか。

☐ (答)ない。いつでも無効を主張することができる。

《取り消すことができる法律行為》

42. 取り消すことができる法律行為にはどのようなものがあるか。

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

43. 42の①②の法律行為の取消権者をいえ。

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

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

☐ (答)Bである。取消しまたは追認の意思表示は、相手方に対してする

必要があるが(民§123), 相手方とは, 取り消すことができる法律行為の相手方のことである。Aの契約の当事者は, BでありCではない。

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

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

46. 取消しの効果をいえ。

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

47. 現存利益の意義をいえ。

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

48. 債務の弁済, 遊興費, 生活費はそれぞれ現存利益といえるか。

☐ (答)債務の弁済, 生活費は現存利益。遊興費は現存利益とはいえない。

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

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

50. 取り消すことができる行為を追認したときの効果をいえ。

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

51. 追認権者及び追認の要件をいえ。

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

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

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

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

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

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

□□ (答) ① 全部または一部の履行
取消権者が債務者として履行する場合だけでなく、債権者として受領する場合も含む。
② 履行の請求
取消権者がする場合に限る。
③ 更改
取消権者が債権者であると債務者であるとを問わない。
④ 担保の供与
取消権者が債権者として担保の供与を受けたときも含む。
⑤ 取り消すことができる行為によって取得した権利の全部または一部の譲渡
取消権者がした場合に限る。
⑥ 強制執行
取消権者が債権者として強制執行をした場合に限られる。債務者として強制執行を受けた場合は、法定追認事由に該当しないとするのが判例である(大判昭4.11.22)。

55. 取消権の行使期間をいえ。

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

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

□□

(答)①取消しによる返還請求権をも含めて追認することができる時から5年以内(または行為の時から20年以内)に行使すべきとする見解と、②民法126条の期間内に取消権が行使されれば、それに基づく返還請求権は保全され、返還請求権はその取消しの時から消滅時効の期間(10年)が進行すると解する見解がある。

民法126条は、法律関係の早期確定を図る趣旨であるから、①のように解すべきとする見解が有力であるが、判例は②の見解に立つと解される。

テーマ 3 代理

チェックポイント

《代理の意義，機能等》

1. 代理は(①)と一定の関係にある(②)が，本人のために，(③)との間で意思表示をし，またはこれを受けることによって，法律効果を(④)制度である。

☐☐ (答)①本人，②代理人，③相手方，④直接本人に帰属させる。

2. 代理制度には，どのような機能があるか。

☐☐ (答)①私的自治の拡張(本人の処理できない専門的事務を他人に依頼する場合等がその例である)，②私的自治の補充(成年後見人が成年被後見人を代理して契約を締結する場合等がその例である)。

3. 任意代理と法定代理の違いをいえ。

☐☐ (答)代理権の発生が本人の意思に基づくか否かによる区別であり，任意代理とは，本人の信任を受けて代理権を与えられたものであり，法定代理とは，法律の規定によって代理権を与えられたものである。

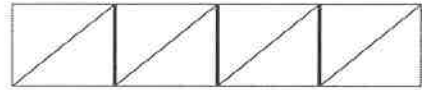
4. 能動代理，受動代理の意義をいえ。

☐☐ (答)能動代理とは，代理人が本人に代わって相手方に意思表示をする場合の代理のことで，受動代理とは，代理人が相手方の意思表示を本人に代わって受ける場合の代理のことである。

《代理と使者》

5. 使者の意義をいえ。

☐☐ (答)他人(本人)の決定した効果意思を表示するもの(表示機関)，または，完成した意思表示を伝達するもの(伝達機関)のこと。



6. 代理においては、(①)が意思決定をするが、使者は、本人が決定した効果意思を(②)するだけである。

☐☐ (答)①代理人、②表示または伝達。

7. 代理人によって法律行為をする場合、本人及び代理人に意思能力・行為能力は必要か。また、使者によって法律行為をする場合、本人及び使者に意思能力・行為能力は必要か。

☐☐ (答)代理人によって法律行為をする場合は、本人には、意思能力も行為能力も不要であり、代理人には、意思能力は必要であるが、行為能力は不要である(民§102)。使者によって法律行為をする場合は、本人には、意思能力も行為能力も必要であり、使者には、行為能力だけでなく、意思能力も不要である。

8. 使者は、他人に任務をさせることはできるか。

☐☐ (答)使者は、特に制限はなく、他人に任務をさせることができる。任意代理人は、復任権が制限されること(民§104)と比較すること。

《代理行為の法律関係》

9. 代理が本来の効果を生ずるためには、どのような要件が必要か。

☐☐ (答)①本人のためにすることを示すこと、②代理人が意思表示をし、または受けること、③代理人の行為が代理権の範囲内であること。

10. 受動代理の場合には、本人のためにすることを示さなければならないのは誰か。

☐☐ (答)相手方(民§99-Ⅱ参照)。

11. 代理人が、本人のためにすることを示さないでした意思表示の効果はどうなるか。

☐ (答)代理人自身のためにしたものとされる(民§100本文)。ただし、相手方が、代理人が本人のために意思表示を知っているか、または知ることができたときは、本人との間に代理の効果が帰属する(民§100ただし書)。

12. 親権者が意思能力のない子に代わって、直接子の名で契約書に署名した場合、有効な代理行為がされたといえるか。

☐ (答)親権者が子に代わって契約書に署名する場合、本来ならば、子の名を示したうえで、「上記代理人親権者何々」のように親権者も署名すべきであるが、代理人に代理意思があると認められる限りは、代理行為は有効である。

《代理行為の瑕疵等》

13. 代理行為に瑕疵がある場合とはどのような場合か。

☐ (答)意思の不存在、詐欺・強迫による意思表示、ある事情を知りまたは知らないことにつき過失あるため、代理行為の効力が影響を受けるべき場合(民§101-I参照)。

14. 代理行為の瑕疵は、本人・代理人のいずれを基準に判断するのが原則か。

☐ (答)代理人(民§101-I)。

15. 14の例外をいえ。

☐ (答)ある特定の行為をすることが、本人の意思によって決定された場合には、本人が自分で知っていたかまたは過失によって知らなかった事情について、代理人の不知や無過失を主張することができない(民§101-II)。

16. 本人Aの代理人として、相手方Cとの間で契約をしたBが、Cの詐欺によって意思表示をした場合、Aが詐欺の事実を知っていたとしても、Aはその代理行為を取り消すことができるか。

☐☐ (答)代理行為における意思表示の瑕疵は、代理人について決するので(民§101-I), 代理人が相手方の詐欺によって意思表示をした以上, 本人Aは取消権を行使することができる。ただし, Aが特定の法律行為をBに指示し(漫然とある種類の動産の購入を指示するのではなく, 特定の動産を指示した上でその動産の購入を委託した場合等), その指示に基づいてBがCと契約をしたなどの事情があれば, 民法101条2項の趣旨に照らして, Aは取消権を行使することはできないと解される。

17. 本人Aの詐欺によって、相手方Cが代理人Bに意思表示をした場合において、Bが詐欺の事実を知らなかったときは、Cはその意思表示を取り消すことはできるか。

☐☐ (答)本人Aが、民法96条2項に規定されている「第三者」に該当するか否かの問題である。形式的には、本例におけるAも「第三者」といえるが、同項は、第三者の行った詐欺について無関係かつ善意の相手方に対する取消権を制限することによって、その意思表示の相手方を保護する趣旨なので、自分自身で詐欺を行ったAを保護する必要はない。したがって、CはBが詐欺の事実を知らなかったときでも、取消権を行使することができる。

《代理人の行為能力》

18. 制限行為能力者は代理人となることができるか。

- ☐ (答)なることができる。代理人は、意思能力者であれば足り、行為能力者であることを要しない(民§102)。代理の効果はすべて本人に帰属し、代理人の行為能力の制限によっても、代理人自身は不利益を受けないからである。本人は制限行為能力者であることを承知で代理人にするのであるから、代理制度・制限行為能力者制度の趣旨に反することはない。

19. 未成年者が法定代理人の同意を得ないで他人の代理人となる契約をしたときは、その契約は取り消すことができるか。

- ☐ (答)取り消すことができる。代理人は行為能力者であることを要しないが、そのことは、その制限行為能力者が代理権授与行為の基礎となる本人と代理人との間の内部的な委任その他の契約まで単独で完全にすることができることを意味するものではない。つまり、本人から未成年者への代理権授与行為が、本人と未成年者との委任契約等を基礎として発生しているとすれば、代理権の基礎である委任契約を取り消すことは可能である(民§5-II)。

20. 制限行為能力者である代理人がした代理行為を、行為能力の制限を理由に取り消すことはできるか。

- ☐ (答)できない。制限行為能力者である代理人がした代理行為を、行為能力の制限を理由に取り消すことができないのは、民法102条の規定がある以上、当然である。つまり、制限行為能力者である代理人と相手方との間の法律行為を行為能力の制限を理由に取り消すということとはありえない。このことと上記19の問題とは別問題である。代理権授与行為の基礎である契約を行為能力の制限を理由に取り消すこともあり、その場合、代理権授与行為が遡及的に消滅するとすると、既にされた代理行為は無権代理となり、相手方に不測の損害を与えることになる。そこで、このような場合、代理権の消滅は遡

及せず、既にされた代理行為の効力には影響がないと解されている。

《代理権の範囲等》

21. 代理人の代理権の範囲はどのように定められるか。

☐ (答)法定代理人の場合は、法律で定められ、任意代理人の場合は、代理権を与える契約等によって定められる。代理権の範囲が明らかでないときは、民法103条の規定による。同条の代理権の範囲は、保存行為及び代理の目的である物または権利の性質を変えない範囲内の利用改良行為である。

22. 民法103条に規定された範囲の代理権しか有しないとされる法定代理人の例をあげよ。

☐ (答)不在者の財産管理人(民 § 28), 相続財産管理人(民 § 943- II, 953)。

23. 22の代理人が処分行為を行う場合は、()が必要とされる。

☐ (答)家庭裁判所の許可(民 § 28, 943- II, 953)。

24. 代理人が自己または第三者の利益を図るために(本人の利益のためではない、すなわち、権限の濫用の場合)、権限内の行為をした場合、本人は、相手方からの効果帰属の主張に対して、代理行為の無効を主張することはできるか。

☐ (答)本例のような場合でも、原則として代理行為は有効であり、本人は、代理行為の無効を主張することはできない。ただし、相手方が、代理人の権限濫用の意図を知り、または知ることができた場合は、民法93条ただし書を類推適用して、本人は代理行為の無効を主張することができる(最判昭42.4.20)。

《復代理》

25. 復代理人は、誰の代理人か。

- ☐ (答)本人の代理人である(民 § 107- I 参照)。代理人の代理人となるのではない。なお、復代理人の選任は、代理人がその名において行うものであり、代理行為の一環として行うものではないので、復代理人を選任するに際して、代理人は本人のためにすることを示す必要はない。

26. 復代理人の権限について述べよ。

- ☐ (答)復代理人は、本人及び第三者に対して代理人と同一の権利義務を有する(民 § 107- II)。なお、復代理人の代理権の範囲は、原代理人の代理権の範囲を超えるものではない。

27. 復代理人を選任すると代理人は代理権を失うか。

- ☐ (答)失わない。復代理人を選任しても、それは代理権の全面的譲渡ではないので、原代理人は代理権を失うことはない。したがって、原代理人と復代理人はともに同等の立場で本人を代理する(大判大10.12.6)。代理人が増えるのと同じ関係に立つ。

28. 復代理人が代理行為を行うにつき、代理人の名を示す必要があるか。

- ☐ (答)必要はない。復代理人は本人の代理人であって、代理人の代理人ではないので、復代理人が代理行為をするにつき、本人のためにすることを示すべきであり、代理人の名を示す必要はない(大判明38.10.5)。

29. 任意代理人が復代理人を選任するための要件及び責任をいえ。

- ☐ (答)要件は、本人の許諾を得たときまたはやむを得ない事由があるとき(民 § 104)。その場合、選任及び監督について責任を負う(民 § 105- I)。なお、任意代理人が本人の指名に従って復代理人を選任した

ときは、その不適任または不誠実であることを知りながら、その旨を本人に通知し、または復代理人を解任することを怠った場合にのみ責任を負う(民§105-II)。

30. 法定代理人が復代理人を選任するための要件及び責任をいえ。

- ☐☐ (答)いつでも自由に復代理人を選任することができる(民§106前段)。ただし、選任した復代理人の行為によって本人に損害が生じたときは、常にその賠償の責任を負う(無過失責任)。しかし、法定代理人がやむを得ない事由によって復代理人を選任したときは、選任及び監督についての責任を負う(民§106後段, 105-I)。

31. 任意代理人と法定代理人の復任権の広狭及び責任の差異はなぜあるのか。

- ☐☐ (答)法定代理人の代理権は法律の規定によって生ずるので、任意代理人のように本人と代理人との間の個人的信頼関係は必ずしも強いとはいえない。また、法定代理人の権限は親権者におけるように広範であることが多く、辞任が容易ではなく、本人に許諾の能力がない場合が多い。したがって、法定代理人はいつでも自由に復代理人を選任できるとすべきである。これに対して任意代理人は、本人の信任に基づいて代理人となっているので、本人の許諾を得たときまたはやむを得ない事由がなければ、復代理人を選任できないのである。このように法定代理人に復任権を容易に認めていることから、その責任は任意代理人のそれよりも重くなる。

32. 原代理人の代理権が消滅すると、復代理人の代理権は消滅するか。

- ☐☐ (答)消滅する。復代理人の代理権は原代理人の代理権を基礎とするものだからである。

33. 本人と代理人が委任関係にある場合、復代理人は本人に対して受任者としての権利義務を有することになるか。

☐ (答)なる。復代理人と本人との間では、別に選任行為があるわけではないが、民法は、両者の便宜を考慮して、本人と復代理人とは本人と代理人の関係に立つとしている(民§107-II)。したがって、本人と代理人が委任関係にあるときは、復代理人も本人に対して受任者としての権利義務を有することになる。

《自己契約及び双方代理》

34. 自己契約、双方代理の意義をいえ。

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

35. 自己契約・双方代理が禁止される理由及び例外的に許容される場合をいえ。

☐ (答)自己契約及び双方代理が禁止されるのは、事実上、代理人が1人で契約をすることになって、本人の利益を害するおそれがあるからである。例外的に許容されるのは、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為についてである(民§108ただし書)。例えば、弁済期が到来した代金の支払い、所有権移転登記申請等は債務の履行の例であり、自己契約または双方代理が認められる。

36. 自己契約または双方代理の禁止に違反してされた行為の効力をいえ。

☐ (答)無権代理行為となる。したがって、本人が追認することによって有効とすることができるなど、民法113条以下の規定の適用がある。

37. AとBとが法律行為をするに際して、Aが自分の代理人の選任をBに委任した場合、当該委任契約の効力はどうか。

☐ (答)当事者間で既に取り決められた契約を公正証書にするために一方

当事者の委任状に基づいて、他方当事者が前者の代理人を選任したとしても、当該委任契約は民法108条には違反しない(最判昭26.6.1)。しかし、法律行為の内容や委任契約がされた経緯などから、本例のような代理人の選任の委任が無効とされる場合がある。例えば、和解交渉のための代理人の選任を相手方に委任する委任契約を無効とする判例(大判昭7.6.6)がある。

《無権代理の効果等》

38. BがAから代理権を与えられていないにもかかわらず、Aの代理人としてCとの間で契約を締結した場合、BC間及びAC間に契約の効力は生ずるか。

- ☐ (答)いずれにも原則として効力は生じない。本例において、Bは無権代理人であるが、①BC間においては、Bに本人のためにする意思(代理意思)があるために、売買契約の効力は生じない(もし、Bが自己のためにする意思で契約をすれば、BC間に効力が生ずる)。②AC間においては、AB間に代理権授与関係がないので、売買契約の効力は生じない(ただし、本人Aの追認がある場合または表見代理が成立する場合は、効力が生ずる)。以上のような結果、無権代理行為は、本人に対して効力を生じないのが原則である(民§113-I)。したがって、原則として、CはAにもBにも履行の請求ができない。

39. 無権代理行為の効果をいえ。

- ☐ (答)本人が追認すれば有効となるが、本人の追認がなければ、本人に対してその効力を生じない(民§113-I)。このような無権代理行為の効果のことを、「不確定無効」という。