

2021 年合格目標 司法書士講座

無料体験

受講用

基礎マスター & 択一式対策講座【理論編】

<テキスト>

民法 I (総則・物権・担保物権)

※無断複写・転載を禁じます。

※「択一式対策講座【理論編】民法」の第1回講義
Chapter1において扱う部分を掲載しています。

TAC

目 次

第 1 編 総則

序章 民法の基礎	2
1 民法の意義	2
2 民法の原理	4
3 民法典の構成	5
4 民法の法源と解釈	6
5 私権	8
第 1 章 人	11
1 権利能力	11
2 意思能力及び行為能力	13
3 不在者の財産の管理及び失踪の宣告	25
4 同時死亡の推定	28
第 2 章 法人	30
1 法人	30
2 権利能力なき社団	37
第 3 章 物	39
第 4 章 法律行為	42
1 意思表示	42
2 代理	59
3 無効及び取消し	84
4 条件及び期限	91
第 5 章 期間の計算	97
第 6 章 時効	99
1 総則	99
2 取得時効	117
3 消滅時効	120

第 2 編 物権

第 1 章 総則	126
1 物権の意義等	126
2 物権の効力	127
3 物権変動総論	132
4 不動産の物権変動	134
5 動産の物権変動	157
6 混同	161
第 2 章 占有権	164
1 占有権の意義	164
2 占有権の取得	166
3 占有権の効力	172
4 即時取得	178
5 占有権の消滅	184
6 準占有	185
第 3 章 所有権	186
1 所有権の限界	186
2 所有権の取得	192
3 共有	197
第 4 章 地上権	210
第 5 章 永小作権	214
第 6 章 地役権	216

第 3 編 担保物権

第 1 章 総論	222
第 2 章 留置権	224
第 3 章 先取特権	232
1 総則	232
2 先取特権の種類	234
3 先取特権の順位	239

4 先取特権の効力	240
第4章 質権	244
1 総則	244
2 動産質	249
3 不動産質	250
4 権利質	252
第5章 抵当権	255
1 総則	255
2 抵当権の効力の及ぶ範囲	257
3 抵当権の効力	260
4 抵当権に対する侵害	262
5 物上代位	264
6 抵当権の処分（順位の変更を含む。）	274
7 代価弁済及び抵当権消滅請求	277
8 抵当権者の同意の登記がある場合の賃貸借の対抗力	282
9 法定地上権（抵当地の上の建物の競売を含む。）	283
10 共同抵当	294
11 抵当建物使用者の引渡しへの猶予	306
12 抵当権の消滅	308
第6章 根抵当権	310
1 意義等	310
2 根抵当権の変更、元本確定期日の定め	312
3 根抵当権者又は債務者の相続、合併又は会社分割	313
4 根抵当権の処分及び譲渡	316
5 共同根抵当	317
6 元本の確定	318
7 極度額の減額請求、根抵当権の消滅請求	320
第7章 譲渡担保	322
1 意義	322
2 法律構成	324
3 効力	326
4 実行	330

5 集合物譲渡担保	334
第 8 章 所有権留保, 仮登記担保及び代理受領	338
1 所有権留保	338
2 仮登記担保	339
3 代理受領	340

第 1 編 総 則

序 章

民法の基礎

1 民法の意義

民法は、私人間の法律関係を規律する一般法・私法であり、実体法である。

1 公法と私法

社会を規律する法を大別すると、公法と私法がある。

公法とは、公権力（国家や地方公共団体）の構造や公権力と国民との関係を規律する法であり、憲法、刑法、裁判所法、民事訴訟法、刑事訴訟法等がこれに属する。

これに対して、私法とは、私人^{用語解説}間の法律関係を規律する法であり、民法、商法、借地借家法等がこれに属する。

^{用語解説} 私人とは、国家あるいは公共という立場を離れ、私的な立場からみた一個人をいう。

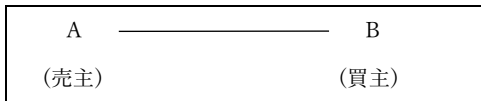
2 一般法と特別法

一般法とは、事項・地域・人について限定せずに広く一般的に適用される法であり、民法は、私人間の法律関係を規律する一般法である。これに対して、特別法は、事項・地域・人について限定して適用される法であり、一般法を補充・訂正するものである。民法の特別法としては、商法、借地借家法、利息制限法等がある。

ある法律関係について特別法が存在するときは、特別法が優先的に適用され、その限度で、一般法の適用は排除されることとなる。これを、「特別法は、一般法に優先する。」という。例えば、通常、売買契約には、一般法である民法が適用されるが、商人間の売買契約には、特別法である商法が適用される。

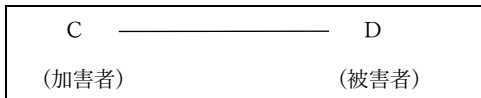
以下は、一般法である民法が適用される主要な場面である。

① 売買契約



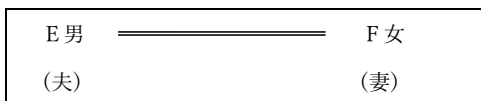
A が、その所有する家（不動産）を B に売る契約をした場合、A は売主、B は買主になる。

② 不法行為



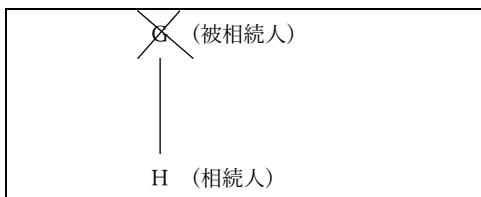
C が、誤って D に怪我をさせた場合、C は加害者、D は被害者になる。

③ 婚姻



E 男と F 女が結婚した場合、E 男は夫、F 女は妻となる。

④ 相続



G と H が親子である場合において、G が死亡したときは、G は被相続人、H は相続人となる。

3 実体法と手続法

実体法とは、権利義務の発生、変更、消滅等の要件と効果等の法律関係について規律する法をいう。民法は、私人間の法律関係につき、その存否や内容を定めるものであるため、実体法である。

手続法とは、権利や義務等の実現のために執るべき手続や方法を規律する法をいう。民法で定められた権利や義務を具体的に実現するための民事訴訟法や民事執行法は、手続法である。

2 民法の原理

1 三原則

近代の私法は、市民革命によって封建主義が否定されて築き上げられた近代の資本主義経済社会に成立したものであり、全ての人間の自由・平等という市民法原理を内在するものである。

この市民法原理は、(a)権利能力平等の原則、(b)所有権絶対の原則、(c)私的自治の原則の三原則としてあらわれる。民法も、基本的には、この三原則に従うものである。

(1) 権利能力平等の原則

権利能力平等の原則とは、全ての自然人は、等しく権利義務の主体となる資格である権利能力を有するという原則である。

3条1項は、「私権の享有は、出生に始まる。」と規定し、この原則を宣言している。

(2) 所有権絶対の原則

所有権絶対の原則とは、所有権は、何人に対しても主張することができ、国家を含む他人は、その所有物に対する支配に干渉することはできないという原則である。所有権絶対の原則は、資本主義社会の存立を法的に保障するものである。

憲法 29 条 1 項は、「財産権は、これを侵してはならない。」と規定し、これを受け、民法 206 条は、「所有者は、…自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。」と規定している。

(3) 私的自治の原則

私的自治の原則とは、私法的な法律関係については、個人は自らの自由意思に基づいて、自由に法律関係を形成することができるという原則である。この原則は、(a)契約自由の原則と(b)過失責任の原則を含む。

契約自由の原則は、契約を締結するか否か、誰と契約を締結するか、どのような内容の契約を締結するか、どのような方式で契約を締結するか等について、自由に決定することができるとする原則である。

過失責任の原則は、他人に損害を与えた加害者に損害賠償責任を負わせるためには、加害者に故意又は過失がなければならないとする原則である。

2 三原則の修正

全ての人間の自由・平等を原理とする市民法原理は、個人を封建的拘束から解放し、自由な経済活動を保障したため、これにより資本主義が飛躍的に発展した。

しかし、資本主義の高度化に伴い、資本家と労働者の階級的対立、大企業の出現、公害問題の発生等により、市民法原理は修正を迫られることとなった。

(1) 所有権絶対の原則の修正

民法は、所有権の内容に「法令の制限内において」という限定を加え（206 条）、また、1 条 1 項は「私権は、公共の福祉に適合しなければならない。」と、1 条 3 項は「権利の濫用は、これを許さない。」と、それぞれ規定し、所有権の内容及び行使が、社会一般の利益、すなわち「公共の福祉」と適合するように制約されることが明らかにされている。これにより、所有権の内容及び行使を制約する法律が多数制定されている。

(2) 私的自治の原則の修正

資本主義が高度化し、著しい貧富の差が生ずると、契約自由の原則は、経済的実力が対等である関係でのみ妥当すると認識されるようになり、経済的弱者を保護するために、国家が契約の締結を強制したり、契約の内容を制限したりするようになる。

また、資本主義社会の高度化・複雑化に伴って、公害問題や大事故の発生により多くの被害者が生じて社会問題化した。そして、これらの被害者の保護の問題が生じ、「企業活動によって利益を得ている者は、これによる損害も負担すべきである」との報償責任や「危険な活動をする者は、その危険によって生じた損害を賠償すべきである」との危険責任により、故意又は過失がなくても損害賠償責任を負わせるという無過失責任を認める立法（原子力損害賠償法、大気汚染防止法等）が登場するようになった。

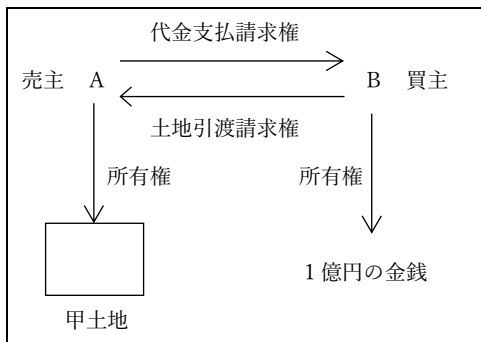
3 民法典の構成

1 民法典の構成

民法典は、総則編、物権編、債権編、親族編及び相続編の 5 編から成り立っている。

民法典の構成上の特徴は、共通する項目（総則）を前に出すという作業を繰り返して編成されている点にある。すなわち、民法典には、法典全体の「総則」があるほか、全ての編においても、「総則」が置かれている。このような体系のことを、パンデクテン体系という。

2 物権と債権



「物権」とは、人が直接物を支配する権利である。これに対して、「債権」とは、人が人に対して特定の行為を要求できる権利である。

民法は、権利を物に対する権利である物権と、人に対する権利である債権に大きく区別して規定している。

例えば、甲土地を有するAと1億円の金銭を有するBとが売買契約を締結したとする。ここでいう「有する」というのが、Aの甲土地に対する所有権であり、Bの1

億円の金銭に対する所有権である。このように、物権は、その物を直接的に、つまり、他人の行為を介さずに支配し、その物やそこから生ずる利益を自己に帰属させ得る権利である。

他方、A B間の売買契約に基づいて、AのBに対する1億円の代金支払請求権とBのAに対する甲土地の引渡請求権が、それぞれ発生する。これらの権利は、1億円の金銭や甲土地という物に関係する権利ではあるが、あくまで請求することができる側の人（債権者）が、請求される側の人（債務者）に対して特定の行為（1億円の代金の支払、甲土地の引渡し）を要求することができる権利である。債務者が任意に履行しない場合には、裁判所を介して、強制執行が認められるにすぎない。

4 民法の法源と解釈

1 法源

法源とは、法が存在する形をいう。

(1) 成文法

成文法とは、条文の形で定められている法のあり方をいう。民法は、成文法である。

(2) 判例法

成文法としての民法のほかに、条文の形で定められていない不文法がある。その一つが判例法である。判例法とは、裁判所の判断が蓄積されることにより形成されるルールである。

裁判所法4条は、「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する。」と規定するため、最上級の裁判所である最高裁判所の判断は、「その事件」以外の他の事件について、下級審の裁判所を拘束しない。

しかし、下級審の裁判所は、事実上類似の事件について、最高裁判所の判断を尊重する。また、最高裁判所による判例変更は大法廷で裁判をすることとされている（裁判所法 10 条 3 号）。

そのため、判例は、事実上、法として機能している。

(3) 慣習法

不文法には、判例法のほかに、慣習法がある。92 条は、「法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う。」と規定しており、慣習が法となることがある。

(4) 条 理

条理とは、物事の道理をいう。法令等が整備されている現在においては、条理による裁判の必要はないとされる。

2 解 釈

解釈とは、条文の意味を明らかにすることをいう。解釈技術には、次のようなものがあるが、民法の解釈に当たっては、法的安定性と具体的妥当性という時として矛盾する 2 つの要請をどのように調整するかが問題となる。

(1) 文理解釈

文理解釈は、その条文に用いられている文字を普通の常識的な意味に従ってする解釈である。

文理解釈は、法的安定性を重視した解釈である。

(2) 拡張解釈

拡張解釈は、民法全体の論理的体系の構成のために、条文の文理を拡張してする解釈である。

拡張解釈は、具体的妥当性を重視した解釈である。

(3) 縮小解釈

縮小解釈は、民法全体の論理的体系の構成のために、条文の文理を縮小してする解釈である。

例えば、177 条は、「不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成 16 年法律第 123 号）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、特に第三者を限定していないが、判例は、第三者について、「当事者及びその包括承継人以外の者であって、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者に限られる。」との縮小解釈をしている（大連判明 41.12.15）。

(4) 反対解釈

反対解釈は、ある条文に規定されていない事項について、規定されていないことを理由として、規定された効果と反対の効果を認める解釈である。

反対解釈は、法的安定性を重視した解釈である。

例えば、146 条は、「時効の利益は、あらかじめ放棄することができない。」と規定して、時効の完成前の時効の利益の放棄を禁止しているが、時効の完成後の時効の利益の放棄については規定がないことから、許されると解釈する。

(5) 類推解釈

類推解釈も、反対解釈と同様、ある条文に規定されていない事項についてのものであるが、それによって反対の効果を認めるのではなく、類似の事項を取り扱う条文を基礎として、それと同様の効果を導く解釈であり、反対解釈の逆を行う。

類推解釈は、具体的安定性を重視した解釈である。

5 私 権

1 意 義

法律上保護すべき利益を権利というが、私権とは、私法上の法律関係について認められる権利であり、一般的な社会生活（私的生活）における利益を享受することのできる法律的な力である。

2 私権の種類

私権は、様々な視点から分類することができる。

ここでは、(a)内容による分類と(b)作用による分類を行う。

(1) 内容による分類

内容による分類は、私権の内容である権利者の享受する社会生活上の利益による分類である。

① 財産権

財産権は、経済的価値を有する財貨による生活上の利益を内容とする。

財産権は、物権と債権を中心とするが、特許権や漁業権等も財産権である。

② 身分権

身分権は、配偶者、子、親及び親族といった身分的地位に伴う生活上の利益を内容とする。

③ 人格権

人格権は、人の生命、身体、自由、名誉及びプライバシーといった人の人格そのものと分離することのできない生活上の利益を内容とする。

④ 社員権

社員権は、団体の一員としての地位である。

例えば、株式会社の株主、持分会社の社員、一般社団法人の社員の地位である。

(2) 作用による分類

作用による分類は、法律上の力による分類である。

① 支配権

支配権は、法律的な力として、他人を介することなく、権利者が直接にその権利の内容である生活上の利益を享受することができる権利である。物権がその典型である。

② 請求権

請求権は、特定の人に対して、ある行為を要求することによって、その権利の内容である生活上の利益を享受することができる権利である。債権がその典型である。

③ 形成権

形成権は、新たな法律関係を形成するという法律的な力である。取消権や解除権等がその典型である。

3 私権行使の基本原則

1 条は、私権の内容及び行使についての基本原則を規定している。

(基本原則)

第 1 条 私権は、公共の福祉に適合しなければならない。

2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

3 権利の濫用は、これを許さない。

(1) 私権の公共性の原則

私権を行使する場合には、公共の福祉、すなわち社会共同生活全体の向上発展と調和を保たなければならない(1 条 1 項)。

(2) 信義誠実の原則

権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない(1 条 2 項)。これは、私権の行使や義務の履行は、社会生活上一般に期待されている信頼を裏切らないよう、相互に誠意をもって行わなければならないとするものである。

(3) 権利の濫用

権利の濫用は、これを許さない(1 条 3 項)。これは、外形的には権利の行使のようにみえるが、それが社会的に容認され得る一定の枠を超えるものである場合には、権利の行使としての効果が与えられないことをいう。

権利の濫用の法理を明らかにした判例として、宇奈月温泉事件がある。

【判例】 宇奈月温泉事件（大判昭 10.10.5）**（事案）**

富山県黒部川の上流にある宇奈月温泉は、更にその上流にある黒薙温泉から木管により引湯したものである。Y 会社は、大正 6 年頃に、その全長約 7,500 メートルの引湯管を設置し、大正 10 年頃から、宇奈月温泉郷の営業用に使用されてきた。ところが、Y は、引湯管を設置する際、A 所有の土地のうち約 2 坪分に、A に無断で引湯管を敷設した。この A の土地は、黒部川に沿った急傾斜の荒地で、農耕にも植林にも適さないため、A はこれを放置しており、A は、Y 会社による上記の無断利用に際して、何ら異議を唱えなかった。

しかし、上記の事実を知った X は、A から上記の土地を譲り受け、この土地と隣接する X 所有の土地を併せて総額 2 万円（時価の数十倍に相当）で買い取ることを Y 会社に請求した。Y 会社がこの請求を拒否すると、X は、土地所有権に基づく妨害排除請求として、引湯管の撤去及び土地への立ち入り禁止を求めて訴えを提起した。

（要旨）

所有権の侵害があっても、それによる損失の程度がいうに足りないほど軽微であり、しかもこれを除去するのに莫大な費用をする場合に、第三者が不当な利得を企図し、別段の必要がないのに侵害に係る物件を買収し、所有者として侵害の除去を請求することは、社会観念上所有権の目的に違背し、その機能として許されるべき範囲を超脱するものであって、権利の濫用になる。

第 1 章

人

1 権利能力

1 意 義

権利能力とは、私法上の権利義務の帰属主体となることができる資格をいう。

権利能力は、いわば権利や義務を入れる受け皿である。受け皿であるため、権利能力を取得しても権利を取得したことにはならない。また、受け皿である以上、権利能力を有しない場合には、権利を取得することはない。つまり、権利能力は、権利取得のための前提条件として必要不可欠なものである。

権利能力が認められるのは、自然人（人間）と法人（会社等）である。

2 権利能力の始期及び終期

(1) 権利能力の始期

私権の享有は、出生に始まる（3条1項）。すなわち、権利能力は、出生の時に取得する。

「出生」とは、母体から胎児が全部露出した時である（通説）。

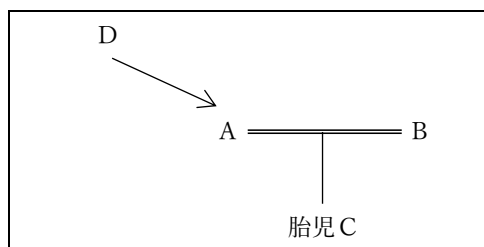
(2) 胎児の権利能力の例外

胎児とは、母胎内にあってまだ出生していないものをいう。

胎児は、出生してないため、権利能力を有しないこととなる（3条1項）。

ただし、次に掲げる場合には、胎児は既に生まれたものとみなされる。これは、次に掲げる場合には、いずれも権利の発生が法によって認められる時点に、胎児が生まれていたか否かという偶然的の事情の介在によって、権利を取得できたりできなかったりする的不合理であるからである。

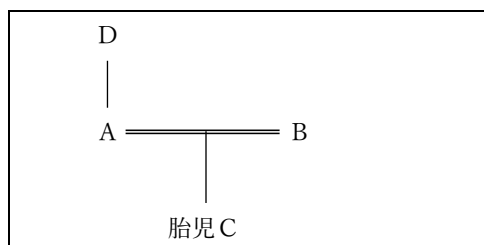
① 損害賠償の請求権



胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなされる（721条）。

Cは、DのAに対する不法行為の時点で胎児であったとしても、出生後に、Dに対して、損害賠償の請求をすることができる。

② 相続



胎児は、相続については、既に生まれたものとみなされる（886条1項）。

Cは、Aの死亡の時点で胎児であったとしても、Aを相続することができる。

③ 遺贈

遺贈とは、遺言によって遺産の全部又は一部を他人に処分することをいう（964条）。

胎児は、遺贈については、既に生まれたものとみなされる（965条、886条1項）。

(3) 「既に生まれたものとみなす」の意義

① 学説

a 停止条件説

胎児のままでは権利能力は認められず、生きて出生した場合に不法行為又は相続の開始の時にさかのぼって権利能力が認められる。

b 解除条件説

胎児の段階で権利能力が認められ、仮に死産であった場合には不法行為又は相続の開始の時にさかのぼって権利能力が失われる。

② 判例

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

(4) 権利能力の終期

権利能力は、死亡によって消滅する。

なお、失踪の宣告があった場合でも、失踪の宣告を受けた者の権利能力は消滅しない【H22-4-ウ】。

3 外国人の権利能力

外国人とは、日本国籍を有しない自然人である。

外国人は、法令又は条約の規定により禁止される場合を除き、権利能力を有する（3条2項）【H5-1-1】。

2 意思能力及び行為能力

1 意義

(1) 意思能力

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

法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効である（3条の2）。これは、私的自治の原則の現れとして、人が契約などの法律行為をするには、行為の結果を判断するに足るだけの精神能力が必要であるからである。このルールにより、判断能力の低下した高齢者等が不当に不利益を被ることを防止することができる。

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

(2) 行為能力

行為能力とは、法律行為を単独で行うことができる法律上の能力をいう。

2 制限行為能力者の意義

制限行為能力者とは、次に掲げる者をいう（13条1項10号参照）。これに対し、行為能力の制限を受けない者を、行為能力者という（13条1項10号参照）。

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

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

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

3 制限行為能力者制度の意義

前記 1 の(1)のとおり、法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効であるが(3条の2)、この無効を主張するためには、意思能力がなかったことを立証しなければならないが、この立証が困難な場合がある。

そこで、民法は、意思能力を有しない者やそれが不十分な者を、画一的に制限行為能力者として扱い、その者が単独でした法律行為を取り消すことができるものとしている。

4 未成年者

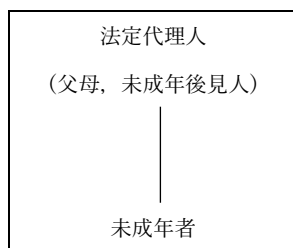
(1) 意義

未成年者は、年齢が20歳未満の者をいう(4条(注))。未成年者は、意思能力を有しないか、又は意思能力が不十分であるため、制限行為能力者とされている。

(注) 平成30年に成立した「民法の一部を改正する法律」(平成30年法律第59号)により、成年年齢は、20歳から18歳に引き下げられる(施行日:令和4年(2022年)4月1日)。

(2) 未成年者の法律行為

① 原則



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

法定代理人は、第一次的には、親権者である父母であり(818条, 819条)、親権者がいない場合又は親権者が管理権を有しない場合は、第二次的に、未成年後見人である(838条から841条まで)。法定代理人で

あるため、未成年者の代理人として法律行為をすることもできる(824条, 859条)。

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

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

この取消しは、法定代理人のほか、未成年者も、法定代理人の同意を得ないで、することができる(120条1項)【H27-4-7, H23-4-イ, H2-14-7, S63-1-5, S57-2-4】。

法定代理人は、未成年者の法律行為の追認(確定的に有効とすること)をすることもできる(124条1項・2項1号)。

⇒ 未成年者も、法定代理人の同意を得て、追認(法定追認を含む。)をすることもできる(124条2項2号参照)【H6-7-オ, H5-8-2, H2-14-イ】。

	同意権・取消権・追認権	代理権
法定代理人	有	有

② 例 外

次に掲げる法律行為については、法定代理人の同意を要しない。すなわち、未成年者は、単独で完全に有効にすることができる。

a 単に権利を得、又は義務を免れる法律行為（5条1項ただし書）

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

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

【H31-4-ア】

「目的を定めて処分を許した財産」とは、学費や特定の旅費等であり、「目的を定めなくて処分を許した財産」とは、お小遣い等である。

c 1種又は数種の営業を許された場合におけるその営業（6条1項）

1種又は数種の営業を許された未成年者は、その営業に関しては、成年者と同一の行為能力を有する（6条1項）。

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

なお、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、その法定代理人は、その許可を取り消し、又はこれを制限することができる（6条2項）。

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

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

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

5 成年被後見人

(1) 成年後見制度

成年後見制度とは、精神上の障害により判断能力が不十分であるため契約等の法律行為における意思決定が困難な者について、成年後見人等の機関がその判断能力を補う制度であり、判断能力の程度に応じて、後見、保佐及び補助の3類型がある。そして、その判断能力を補うことによって、その判断能力が不十分な者の生命、身体、自由、財産等の権利を擁護することを目的としている。

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

(注) 知的障がい者や精神障がい者等が未成年者である間に、成年に達した時点で直ちに成年後見制度に移行することを目的として後見開始の審判等が申し立てられる場合や、未成年後見人とは別に特定の財産行為のみについて権限を有する補助人等を選任する場合等が想定される。

(2) 後見開始の審判



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

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

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

(3) 成年被後見人の法律行為

	同意権	取消権・追認権	代理権
成年被後見人	無	有(日常生活行為以外)	有

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

この取消しは、成年後見人のほか、成年被後見人もすることができる(120条1項)。

成年後見人は、成年被後見人の法律行為の追認をすることもできる(124条1項・2項1号)。

また、成年後見人は、成年被後見人の法律行為を代理することができる（859 条 1 項）【H29-4-オ, H25-4-イ】（注）。

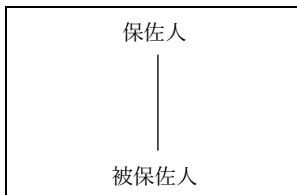
（注） 取消権の対象から除外される日用品の購入その他日常生活に関する行為も、成年後見人の代理権の対象から除外されていないため、成年後見人は、日用品の購入その他日常生活に関する行為についても、本人である成年被後見人を代理することができる。

（4）後見開始の審判の取消し

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

6 被保佐人

（1）保佐開始の審判



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

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

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

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

（2）保佐人の同意を要する行為

	同意権・取消権・追認権	代理権
保佐人	有（13 I 限定）	付与可

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

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

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

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

- ⑤ 贈与，和解又は仲裁合意をすること。【H25-4-エ(贈与)】

「贈与」には，被保佐人が贈与を受ける場合は含まれない。

- ⑥ 相続の承認もしくは放棄又は遺産の分割をすること。【H30-22-オ，H7-21-エ(以上，遺産の分割)，S60-1-4(相続の承認又は放棄)】。
- ⑦ 贈与の申込みを拒絶し，遺贈を放棄し，負担付贈与の申込みを承諾し，又は負担付遺贈を承認すること。
- ⑧ 新築，改築，増築又は大修繕をすること。
- ⑨ 602 条に定める期間(注)を超える賃貸借をすること。

(注) 602 条に定める期間は，次のとおりである。

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

- ⑩ ①から⑨までに掲げる行為を制限行為能力者の法定代理人としてすること。

C	————	B	————	A
保佐人		法定代理人		未成年者
		(被保佐人)		

法定代理人である被保佐人が保佐人の同意を得ないで上記①から⑨までに掲げる行為をした場合には，保佐人は，その行為を取り消すことができる。

家庭裁判所は、保佐開始の審判の請求権者又は保佐人もしくは保佐監督人の請求により、被保佐人が上記①から⑩までに掲げる行為以外の行為をする場合（日用品の購入その他日常生活に関する行為をする場合を除く。）であってもその保佐人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる（13条2項）。

(3) 保佐人の同意に代わる許可

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

(4) 保佐人の同意又はこれに代わる許可を得ないでした行為

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

この取消しは、保佐人のほか、被保佐人も、保佐人の同意を得ないで、することができる（120条1項）【H30-4-ア, H5-8-5】。

保佐人は、被保佐人の法律行為の追認をすることもできる（124条1項・2項1号）。

(5) 保佐人に代理権を付与する旨の審判

家庭裁判所は、保佐開始の審判の請求権者又は保佐人もしくは保佐監督人の請求によって、被保佐人のために特定の法律行為について保佐人に代理権を付与する旨の審判をすることができる（876条の4第1項）【H29-4-オ, H25-4-イ, H15-4-オ】。

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

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

(6) 保佐開始の審判等の取消し

保佐開始の審判の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官の請求により、保佐開始の審判を取り消さなければならない（14条1項）。また、家庭裁判所は、保佐開始の審判の取消しの請求権者の請求により、被保佐人が前記の(2)の①から⑩までに掲げる行為以外の行為をする場合（日用品の購入その他日常生活に関する行為をする場合を除く。）であってもその保佐人の同意を得なければならない旨の審判（13条2項）の全部又は一部を取り消すことができる（14条2項）。

7 被補助人

(1) 補助開始の審判



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

より事理を弁識する能力が著しく不十分である者については、後見開始の審判や保佐開始の審判をすべきであるため、補助開始の審判をすることができない（15条1項ただし書）。

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

	同意権・取消権・追認権	代理権
補助人	付与可（13 I 一部限定） ※	付与可

※ 補助人に同意権が付与されると、被補助人は制限行為能力者となる。

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

補助開始の審判を受けた者は、被補助人とされ、補助人が付される（16条）。

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

(2) 補助人の同意を要する旨の審判

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

⇒ 被補助人が贈与をする場合には、贈与することについて補助人の同意を得なければならない旨の審判がなければ、補助人の同意を得ることを要しない【H25-4-エ】。

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

なお、補助人の同意を要する旨の審判を受けていない被補助人（補助人に代理権を付与する旨の審判のみを受けた被補助人）は、制限行為能力者ではない（13 条 1 項 10 号参照）【H22-pm36-(2)】。

(3) 補助人の同意に代わる許可

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

(4) 補助人の同意又はこれに代わる許可を得ないでした行為

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

この取消しは、補助人のほか、被補助人も、補助人の同意を得ないで、することができる（120 条 1 項）。

補助人は、被補助人の法律行為の追認をすることもできる（124 条 1 項・2 項 1 号）。

(5) 補助人に代理権を付与する旨の審判

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

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

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

(6) 補助開始の審判等の取消し

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

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

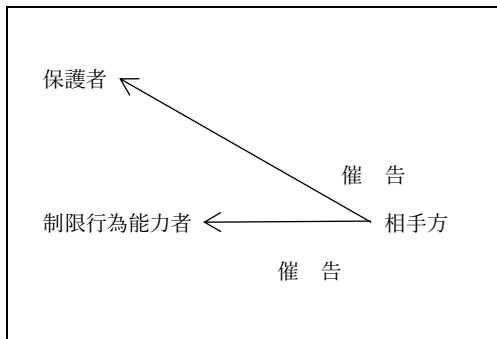
補助人の同意を要する旨の審判及び補助人に代理権を付与する旨の審判を全て取り消す場合には、家庭裁判所は、補助開始の審判を取り消さなければならない（18 条 3 項）。

〔後見、保佐及び補助の制度の概要〕

		後見開始の審判	保佐開始の審判	補助開始の審判
要件	判断能力	精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況	精神上の障害により事理弁識能力が著しく不十分	精神上の障害により事理弁識能力が不十分
開始	申立権者	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、補助監督人又は検察官	本人、配偶者、4親等内の親族、後見人、後見監督人、補助人、補助監督人又は検察官	本人、配偶者、4親等内の親族、後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官
	本人の同意	不要	不要	必要
機関	本人	成年被後見人	被保佐人	被補助人
	保護者	成年後見人	保佐人	補助人
	監督者	成年後見監督人	保佐監督人	補助監督人
同意権・取消権	対象	日常生活に関する行為以外の行為 (同意権なし)	13条1項所定の行為	家庭裁判所が定める特定の法律行為(13条1項所定の行為の一部)
	手続	後見開始の審判	保佐開始の審判	補助開始の審判 + 同意権付与の審判 + 本人の同意
	取消権者	本人・成年後見人	本人・保佐人	本人・補助人
代理権	対象	財産に関する全ての法律行為	家庭裁判所が定める特定の法律行為	家庭裁判所が定める特定の法律行為
	手続	後見開始の審判	保佐開始の審判 + 代理権付与の審判 + 本人の同意	補助開始の審判 + 代理権付与の審判 + 本人の同意
責務	身上配慮義務	意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮する義務		

8 制限行為能力者の相手方の保護

(1) 制限行為能力者の相手方の催告権



① 行為能力者となった者に対する催告

制限行為能力者の相手方は、その制限行為能力者が行為能力者となった後（未成年者が成年に達した場合や各種審判が取り消された場合（10条、14条1項、18条1項）等）、その者に対し、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる（20条1項前段）。

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

② 法定代理人（未成年者及び成年被後見人の保護者）、保佐人又は補助人に対する催告

制限行為能力者の相手方が、制限行為能力者が行為能力者とならない間に、その法定代理人、保佐人又は補助人に対し、その権限内の行為について、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができ、この場合において、その者がその期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなされる（20条2項）【H29-4-ア（成年被後見人・保佐人）、H23-4-オ（未成年者の親権者）】。

③ 未成年後見監督人がある場合における未成年後見人に対する催告

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

④ 被保佐人又は補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人に対する催告

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

この場合において、その被保佐人又は被補助人がその期間内にその追認を得た旨の通知を發しないときは、その行為を取り消したものとみなされる（20 条 4 項後段）【H29-4-イ, S63-3-3（以上、保佐）】。

⑤ 未成年者又は成年被後見人に対する催告

未成年者又は成年被後見人は、意思表示の受領能力を有しないため（98 条の 2 本文）、未成年者又は成年被後見人に対する催告は、無効である【H29-4-イ（成年被後見人）、H2-14-ウ（未成年者）】。ただし、未成年者又は成年被後見人の法定代理人がその意思表示を知った後は、その意思表示をもって対抗することができる（98 条の 2 ただし書 1 号）。

(2) 制限行為能力者の詐術

制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない（21 条）【H29-4-ウ, H9-1-4（以上、成年被後見人・被保佐人）】。これは、このような場合に制限行為能力者に取消権を与えて保護する必要がある反面、行為能力があると信じた取引の相手方を保護する必要があるからである。

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

① 「詐術」の意義

21 条の「詐術」とは、制限行為能力者が相手方に行為能力者であることを信じさせるために積極的な手段を用いることである（大判大 5.12.6）。例えば、成年被後見人が契約を締結するに当たって、成年後見に関する登記記録がない旨を証する登記事項証明書を偽造して相手方に交付する行為である【H19-6-オ】。また、保護者の同意があったと誤信させる場合も含まれる。

② 相手方が悪意である場合

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

③ 制限行為能力者であることを黙秘することと 21 条の「詐術」

単なる黙秘は、21 条の「詐術」に当たらないが【H23-4-ア, S63-3-5】、他の言動等とあいまって、相手方を誤信させ、又は誤信を強めたものと認められるときは、詐術に当たる（最判昭 44.2.13）。

3 不在者の財産の管理及び失踪の宣告

民法は、不在者の財産の管理の制度と失踪の宣告の制度を置いている。

不在者の財産の管理の制度が、本人が生存していることを前提に、換言すれば、近い将来帰来することを前提に、財産を管理するものであるのに対して、失踪の宣告の制度は、本人が死亡していることを前提に、死亡したものとみなし、利害関係人を保護するものである。

1 不在者の財産の管理

(1) 不在者の意義

不在者とは、従来の住所又は居所を去った者をいう（25 条 1 項）。失踪者と異なり、生死が不明であることを要しない。

(2) 不在者の財産の管理

ここでは、不在者が財産の管理人を置かなかった場合と置いた場合とに分けて説明する。

① 不在者が財産の管理人を置かなかった場合

a 管理の命令

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

⇒ 失踪の宣告の要件を充足していない場合でも管理人を選任できる【H7-2-1】。

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

b 管理の命令の取消し等

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

c 管理人の権限

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

⇒ 例えば、管理人が不在者の不動産を売却する場合には、その売却代金をその不在者の財産の管理費用に充てる目的であっても、家庭裁判所の許可を得なければならない【H22-4-1】。

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

d 管理人の担保提供及び報酬

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

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

② 不在者が財産の管理人を置いた場合

不在者が自ら財産の管理人を置いた場合には、原則として、家庭裁判所が管理人を選任する必要はない。

ただし、本人の不在中に管理人の権限が消滅したとき（管理人が死亡したときや、管理期間が満了したとき）は、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、その財産の管理について必要な処分を命ずることができる（25 条 1 項後段）。また、不在者が管理人を置いた場合において、その不在者の生死が明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、管理人を改任することができる（26 条）【H28-4-1, H22-4-エ】。

なお、不在者の生死が明らかでない場合において、その管理人が不在者が定めた権限を超える行為を必要とするときは、家庭裁判所の許可を得なければならない（28 条後段）。

2 失踪の宣告

(1) 意 義

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

この制度は、失踪した者が従来の住所で形成していた法律関係を一定の時点で清算することを目的として、その手段として死亡を擬制するものである。そのため、失踪の宣告があった場合であっても、失踪の宣告を受けた者の権利能力が消滅することはない【H22-4-ウ（失踪の宣告を受けた者がその失踪の宣告後に金銭消費貸借契約を締結することの可否）】。

(2) 普通失踪

不在者の生死が 7 年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる（30 条 1 項）。検察官は、請求することはできない。

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

この失踪の宣告を受けた者は、7 年間の期間が満了した時に、死亡したものとみなされる（31 条）。

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

(3) 特別失踪

戦地に臨んだ者、沈没した船舶の中に在った者その他死亡の原因となるべき危難に遭遇した者の生死が、それぞれ、戦争が止んだ後、船舶が沈没した後又はその他の危難が去った後1年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる(30条2項)【H7-2-ア】。これは、死亡の蓋然性が高いからである。

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

この失踪の宣告を受けた者は、その危難が去った時に、死亡したものとみなされる(31条)【H7-2-ウ】。

(4) 失踪の宣告の取消し

① 失踪の宣告の取消し

失踪者が生存すること又は死亡したものとみなされた時と異なる時に死亡したことの証明があったときは、家庭裁判所は、本人又は利害関係人の請求により、失踪の宣告を取り消さなければならない(32条1項前段)【H14-1-3】。失踪の宣告の取消しの請求は、失踪の宣告によって財産を得た者から更に当該財産を善意用語解説で取得した者がある場合でも、することができる【H7-2-オ】。

用語解説 「善意」とは、ある事実を知らないことをいう。ある事実を知っていることをいう「悪意」に対する概念である。いずれも、日常用語とは異なり、道徳的意味を含まない。

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

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

② 失踪の宣告の取消しの効果

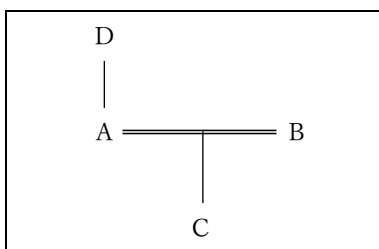
失踪の宣告が取り消された場合においても、その取消しは、失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない(32条1項後段)。ここでいう「善意」とは、契約については、契約当時に当事者双方が善意でなければならない(大判昭13.2.7)【H22-4-ア, H18-5-ウ・エ】。契約当時に当事者双方が善意であれば、その後に出現した者が悪意であっても、その行為の効力には影響を及ぼさない(通説)【H18-5-オ】。

失踪の宣告によって財産を得た者は、その取消しによって権利を失うが、現に利益を受けている限度においてのみ、その財産を返還する義務を負う（32 条 2 項）。

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

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

4 同時死亡の推定



A には、配偶者 B、子 C 及び直系尊属 D があり、A と C が旅行中に同一の事故によって死亡したとする。

この場合に、A が C により先に死亡したとすると、A の相続人は、B と C であり（887 条、890 条）、その相続分は、B 2 分の 1、C 2 分の 1 である。そして、C の死亡により、その相続分は、B が取得する（889 条 1 項）。これに対して、C が A より先に死

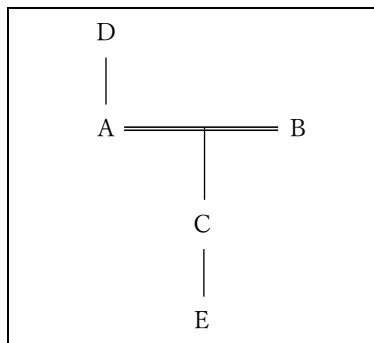
亡したとすると、A の相続人は、B と D であり（887 条、890 条）、その相続分は、B 3 分の 2、D 3 分の 1 である（900 条 2 号）。

このように、相続関係にある者が同一の事故によって死亡した場合に、どちらが先に死亡したかによって財産の帰属が大きく異なる結果となるが、どちらが先に死亡したかを証明することは不可能に近く、結局、遺産をいち早く占有し、自己に有利な既成事実を作り上げた方が得をすることになる。

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

（注） 32 条の 2 は、死亡が同一の事故による場合に限定していないため、上記の事例において、A が事故で死亡し、C が病気で死亡した場合であっても、両者の死亡の前後が明らかでないときは適用されることとなる。

これにより、上記の事例において、A と C は同時に死亡したものと推定されるため、A と C の間には相続は生じず、A の遺産は、B 3 分の 2、D 3 分の 1 の割合で相続されることになる。



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

（注） これに対し、遺贈は、遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したときは、その効力を生じないため（994 条 1 項）、遺言者と受遺者の同時死亡の推定がされる場合には、遺贈はその効力を生じない。

例えば、A と C は同時に死亡したものと推定される場合でも、

C の子 E が代襲相続人となる。

第2章

法人

1 法人

1 意等義

(1) 意 義

法人とは、自然人以外で、法律によって権利能力を認められたものをいう。

法人は、権利義務の主体となることができる。

(2) 社団と財団

法人となることができるのは、社団と財団である。

① 社 団

社団とは、人の集団である団体である。

社団が法人とされることにより、その構成員とは独立した存在として、権利義務の帰属主体として取り扱われる。

② 財 団

財団とは、財産の集合体である。

財団が法人とされることにより、これが一定の目的を遂行するために組織的に運営され、独立の権利義務主体として取り扱われる。

(3) 権利能力の主体としての法人

① 権利の帰属

権利は、法人自体に帰属し、構成員や管理者には帰属しない。

不動産は、法人名義で登記することができる【H11-1-ア】。

② 義務の帰属

義務は、法人自体に帰属し、構成員や管理者には帰属しない。

法人が義務を履行しない場合でも、原則として、法人の財産をもって責任を負い、構成員は責任を負わない【S61-1-5】。法人の債権者は、構成員や代表者の財産を差し押さえることができず【H11-1-ウ】、また、構成員の債権者は、法人の財産を差し押さえることができない【H11-1-イ】。

③ その他

法人は、法人自体の名で、法律行為や訴訟行為をすることができる。

2 法人の本質

法人の本質については、次に掲げる見解の対立がある。

(1) 法人実在説

この説は、法人は法の擬制したものではなく、自然人と同様の独立した1個の社会的実在であるとする見解である。

(2) 法人擬制説

この説は、権利義務の帰属主体となることができるのは自然人だけであり、自然人以外で権利義務の帰属主体となることができる法人は、単に法律が技術的に擬制したものにすぎないとする見解である。

(3) 法人否認説

この説は、法人が社会的実在であることを否認する見解である。

3 法人の種類

(1) 社団法人と財団法人

この区別は、法人となることができる本体の相違によるものである。

法人となることができるのは、社団と財団であり、社団で法人とされたものが社団法人、財団で法人とされたものが財団法人である。

(2) 一般社団法人と一般財団法人

一般社団法人は、剰余金の分配を目的としない社団であって、一般社団・財団法人法によって設立された法人であり、一般財団法人は、剰余金の分配を目的としない財団であって、同法によって設立された法人である（同法1条）。

なお、公益目的事業を行うことを主たる目的とし、公益認定を受けた一般社団法人を公益社団法人といい（公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律2条1号）、公益目的事業を行うことを主たる目的とし、公益認定を受けた一般財団法人を公益財団法人という（同条2号）。

(3) 営利法人

営利法人は、営利事業を営むことを目的とし、構成員が法人の企業利益の分配を受ける法人であり、会社法により設立が認められる。

この営利法人は、社団について認められ、財産については認められない。

(4) 内国法人と外国法人

内国法人は、日本法に準拠して設立された法人であり、外国法人は、外国法に準拠して設立された法人である。

4 法人の設立に関するルール

(1) 法人法定設立主義

どのような社団や財団に法人格を付与するかは、国家の政策によるものである。

民法 33 条 1 項は、「法人は、この法律その他の法律の規定によらなければ、成立しない。」として、法人法定設立主義を採用している。これは、法人の法律関係を明確にし、これと取引をする者の安全を考慮したものである。

そして、民法 33 条 2 項は、「学術、^レ技芸、慈善、祭祀、宗教その他の公益を目的とする法人、営利事業を営むことを目的とする法人その他の法人の設立、組織、運営及び管理については、この法律その他の法律の定めるところによる。」と規定し、これに基づき、一般社団・財団法人法、公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律、会社法、宗教法人法等が定められている。

(2) 法人の設立方式

法人の設立方式については、法人の種類又は性質に応じて分類される。

① 許可主義

許可主義は、法律の定める一定の組織を備えた上で、設立を許可するか否かを主務官庁の自由な裁量に委ねるものである。

② 認可主義

認可主義は、法律の定める一定の要件を具備した上で、主務官庁の認可を受けることによって法人の設立が認められるものである。

認可主義が採られているものとして、学校法人（私立学校法 3 条、30 条、31 条）、医療法人（医療法 39 条、44 条、45 条）、地縁による団体（地方自治法 260 条の 2）等がある。

③ 認証主義

認証とは、一般に、一定の行為又は文書の記載が正当な手続によってされることを公の機関が確認・証明することであり、認証主義は、法人格の取得に関して、所轄庁の認証を要するものである。

認証主義が採られているものとして、宗教法人（宗教法人法 12 条から 14 条まで）等がある。

④ 準則主義

準則主義は、法律の定める一定の要件を具備することによって法人の設立を認めるというものである。

準則主義が採られているものとして、会社（会社法 3 条, 49 条, 910 条）、司法書士会（司法書士法 52 条, 55 条, 56 条）、一般社団法人、一般財団法人等がある。

⑤ 強制主義

強制主義は、国家が法律によって法人の設立又は法人への加入を強制するものである。

強制主義が採られているものとして、司法書士会（司法書士法 52 条, 55 条, 56 条）等がある。

⑥ 特許主義

特許主義は、特別の法律によって法人を設立するものである。

特許主義が採られているものとして、日本銀行、日本航空株式会社等がある。

⑦ 当然設立主義

当然設立主義は、法律上当然に法人とされるものである。

当然設立主義が採られているものとして、相続人が不存在である場合の相続財産（951 条）がある。

5 法人の能力

(1) 権利能力

法人がどのような範囲の権利義務を享有することができるかが問題となる。この点、民法 34 条は、「法人は、法令の規定に従い、定款その他の基本約款で定められた目的の範囲内において、権利を有し、義務を負う。」と規定し、自然人と異なる制限をするが、法人については、このほかに、性質による制限がある。

① 性質による制限

法人は、財産権（物権、債権、無体財産権等）を享有することはできるが、その性質上、身分法上の権利義務や自然人の生命や身体を前提とするような権利義務を享有することはできない。例えば、法人は、親権者になることができない。

また、法人は、相続人となることができない（886 条以下）。これに対して、特別縁故者として財産の分与を受けることはでき（958 条の 3）、受遺者となることはできる。

② 法令による制限

法人の権利能力は、法令によって制限することができる（34 条前段）。

③ 目的による制限

法人は、定款そのほかの基本約款で定められた目的を中心として存立するものであるため、権利能力の範囲も、この目的によって制限される（34 条後段）。ただし、目的自体のみならず、目的である事業を遂行するに必要な行為は、目的の範囲内の行為とされる。

判例は、会社について、目的の遂行に必要な行為の範囲を緩く解している。すなわち、判例は、「会社は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有するわけであるが、目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接または間接に必要な行為であれば、すべてこれに包含されるものと解するのを相当とする。そして必要なりや否やは、当該行為が目的遂行上現実必要であつたかどうかをもつてこれを決すべきではなく、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならない。」としている（最大判昭 45.6.24(注)）。

(注) この判例は、会社は、公共の福祉に反しないかぎり、政治的行為の自由の一環として、政党に対する政治資金の寄附の自由を有するとしたものである。

(2) 行為能力

法人は、その目的の範囲内においてのみ権利能力を有し、行為能力を有すると解されている。

(3) 不法行為能力

一般社団・財団法人法は、一般社団法人について、「一般社団法人は、代表理事その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。」と規定し（同法 78 条）、この規定を一般財団法人に準用している（197 条）。会社法も、株式会社について、「株式会社は、代表取締役その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。」と規定している（同法 350 条）。これらは、法人の不法行為能力を規定したものと解されている。

6 登 記

法人は、民法その他の法令の定めるところにより、登記をするものとされる（36 条）。

7 外国法人

(1) 意 義

外国法人とは、外国法に準拠して設立された法人をいう。

(2) 認 許

① 原 則

外国法人は、原則として、その成立を認許されない（35 条 1 項本文）。

認許とは、外国法人が日本国内において活動する場合に、権利義務の主体として認めることをいう。

② 認 許

外国法人は、次に掲げる場合には、その成立が認許される。

a 国、国の行政区画及び外国会社（35 条 1 項本文）

b 法律又は条約の規定により認許された外国法人（35 条 1 項ただし書）

(3) 権利能力

① 原則

認許された外国法人は、日本において成立する同種の法人と同一の私権を有する（35 条 2 項本文）。

② 例外

外国人が享有することのできない権利及び法律又は条約中に特別の規定がある権利については、権利能力を有しない（35 条 2 項ただし書）。

(4) 登記

認許された外国法人（35 条 1 項ただし書の外国法人に限る。）が日本に事務所を設けたときは、3 週間以内に、その事務所の所在地において、一定の事項を登記しなければならない（37 条 1 項）。

なお、外国法人が初めて日本に事務所を設けたときは、その事務所の所在地において登記するまでは、第三者は、その法人の成立を否認することができる（37 条 5 項）。

8 その他

(1) 一般社団法人、権利能力なき社団及び民法上の組合の比較【H11-1】

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

(2) 一般社団法人又は一般財団法人の代表理事の行為に関する判例

① 代表理事の権限濫用の行為と旧 93 条ただし書

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

* 民法(債権関係)改正により、代理権の濫用に関する 107 条の規定が新設された。

② 代表理事の行為と 110 条

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

③ 代表理事がした職務権限外の行為についての相手方の悪意・重大な過失

代表理事がした職務権限外の行為が外形からみてその職務行為に属するものと認められる場合であっても、その行為が代表理事の職務行為に属さないことを知らなかったことについて相手方に重大な過失があるときは、法人は、その行為について一般社団・財団法人法 78 条及び 197 条の損害賠償責任を負わない(地方公共団体に関する最判昭 50.7.14)【H10-1-3】。

④ 被用者がした職務権限外の行為についての相手方の悪意・重大な過失

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

⑤ 715 条 2 項の「使用者に代わって事業を監督する者」の意義

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

⑥ 即時取得と法人の善意・無過失

代表理事が代理人により動産購入の取引をしたところ、その取引の当時その動産が売主の所有に属さなかった場合において、その代理人が善意・有過失であるときは、その代表理事が善意・無過失であっても、法人は、その動産の所有権を即時取得することができない（最判昭 47.11.21）【H30-8-エ, H10-1-5, H6-3-2】。これは、192 条における善意・無過失の要件は、法人については、第一次的にはその代表機関について決すべきであるが、その代表機関が代理人により取引をしたときは、その代理人について判断すべきことが 101 条の趣旨から明らかであるからである。

2 権利能力なき社団

1 意義

権利能力なき社団といいうためには、①団体としての組織を備えていること、②多数決の原則が行われていること、③構成員の変更にかかわらず団体が存続すること、④その組織における代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確立していることを要する（最判昭 39.10.15）。

⇒ 権利能力のない社団が規約に従い総会の決議によってした構成員の資格要件を変更する旨の規約の改正は、特段の事情がない限り、その決議について承諾をしていない構成員に対しても、その効力を有する（最判平 12.10.20）【H16-4-ウ】。

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

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

2 権利能力なき社団の権利義務の帰属

権利能力なき社団がその名においてその代表者により取得した資産は、構成員に総有的に帰属する（前掲最判昭 39.10.15）。権利能力なき社団の資産が構成員に総有的に帰属するとは、その資産の利用収益権は各社員に属するが、各社員は持分権を有せず、したがって各社員は当然には分割請求権を有せず【H16-4-イ】、その資産の管理処分は、定款の定めるところにより、総会の議決に従って行われるものであるということである。

なお、権利能力なき財団の場合には、構成員を想定することができないため、資産は財団自体に帰属する（最判昭 44.6.26）。

3 権利能力なき社団の登記名義

権利能力なき社団の資産である不動産については、社団の代表者が、社団の構成員全員の受託者たる地位において、個人の名義で所有権の登記をすることができるにすぎず(注)、社団を登記名義人とする登記をし、又は、社団の代表者である旨の肩書きを付した代表者個人名義の登記をすることは許されない(最判昭 47.6.2)。

(注) 代表者でない構成員も、構成員全員のために登記名義人となることができる(最判平 6.5.31)【H3-4-4】。

また、権利能力なき社団の資産である不動産につき、登記名義人となった代表者がその地位を失い、これに代わる新代表者が選任されたときは、新代表者は、旧代表者に対して、当該不動産につき自己の個人名義に所有権の移転の登記を請求することができる(前掲最判昭 47.6.2(注))。

(注) このように、権利能力なき社団の代表者は自己の個人名義に所有権の移転の登記手続をすることを求める訴訟を提起することが認められているが、これに加えて、権利能力なき社団自身も原告となって当該社団の代表者の個人名義に所有権の移転の登記手続をすることを求める訴訟を提起することができる(最判平 26.2.27)。

なお、登記実務も、権利能力なき社団を登記名義人とする登記の申請は、受理されないとし(昭 23.6.21 民事甲 1897 号)、また、登記名義人を当該社団代表者何某とする登記をすることはできないとしている(昭 36.7.21 民三発第三課長)。

4 権利能力なき社団の民事訴訟の当事者能力

権利能力なき社団で代表者の定めがあるものは、その名において訴え、又は訴えられることができる(民訴法 29 条)。権利能力なき財団についても、同様である。もっとも、権利能力なき社団の代表者は、個人として、当該社団のために訴訟当事者となることもできる(前掲最判昭 47.6.2 等参照)【H3-4-オ】。

5 権利能力なき社団の債務と構成員の責任

権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、社団の構成員全員に 1 個の義務として総有的に帰属し、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し個人的債務ないし責任を負わない(最判昭 48.10.9)【H16-4-ア, H3-4-ウ】。

また、権利能力なき社団の代表者は、個人責任を負わない(権利能力なき財団に関する最判昭 44.11.4 参照)【H16-4-ア, H3-4-エ】。

第3章

物

1 意義

民法第1編第4章は、「物」として、物権の客体である「物」について定義し（85条）、その「物」を不動産と動産とに分類している（86条）。

また、主物と従物との関係（87条）や果実の種類（88条）とその帰属（89条）について規定している。

2 物の定義

民法において「物」とは、有体物をいう（85条）。

有体物とは、無体物に対するもので、有形的に存在する空間の一部を占める外界の物質（固体、液体及び気体）をいう。

3 不動産及び動産

(1) 不動産

不動産は、土地及びその定着物である（86条1項）。

① 土地

土地とは、一定の範囲の地面と、正当な範囲における地面の上下（空中・地下）を含むものである。

② 定着物

定着物とは、土地に固定的に付着して容易に移動することができない物で、取引観念上、継続的に土地に付着して利用されることが認められるものをいう。例えば、石垣、敷石、樹木等が定着物であるが、石灯籠等は、定着物ではなく、動産である。

なお、建物は、土地とは別個独立の不動産である（370条本文、不登法2条1号・5号）。

(2) 動産

動産は、不動産以外の物である（86条2項）。

4 主物及び従物

(1) 意義

2個以上の独立の物が、客観的に、その経済的効用において、一方（従物）が、他方（主物）の効用を助ける機能を有する場合には、他人の権利を侵害しない限り、両者を同一の法律的運命に置くことが、物の社会経済上の意義を全うさせる観点からすると望ましい。

物の所有者が、その物の常用に供するため、自己の所有に属する他の物をこれに附属させたときは、その附属させた物を従物とする（87条1項）。そして、従物は、主物の処分に従う（87条2項）。

(2) 従物の要件

① 主物とは別個独立のものであること。

従物は、主物の経済的効用を助けるものであり、経済的に附属させたものであるため、主物の構成部分であってはならない。

例えば、庭園に配置された石灯籠は、土地の従物であり（大判昭 15.4.16）、また、建物の障子、襖、畳は、建物の従物である（大判昭 5.12.18）。これに対して、樹木や取り外しが困難な庭石は、宅地の構成部分であり、従物ではなく（最判昭 44.3.28）、また、雨戸は、建物の構成部分であり、従物ではない（大判昭 5.12.18）。

なお、従物は、動産に限らず、不動産であってもよい。例えば、家屋に対する物置小屋や農場に対する納屋は、いずれも従物である。

② 主物の常用に供せられること。

「常用に供する」（87条1項）とは、従物に、社会観念上継続して主物の経済的効用を助ける働きをさせることである。

③ 特定の主物に附属すると認められる程度の場所的関係にあること。

従物が主物に附属させられた物である以上、特定の主物に附属すると認められる程度の場所的関係になければならない。

④ 主物と同一の所有者に属すること。

主物と従物とを同一の法律的運命に従わせる以上、従物が主物と同一の所有者に属するものでなければならない。

(3) 効果

従物は、主物の処分に従う（87条2項）。すなわち、主物の処分の効力は、従物に及ぶ。

この規定は任意規定であるため、当事者は、別段の意思表示をすることができる。

5 果 実

(1) 意 義

果実とは、元物から生ずる経済的収益である。

果実は、収益権者に帰属するが、その範囲のほか、果実の生ずる時点までに収益権者に変動があった場合における果実の分配等について、民法は、規定を置いている。

(2) 種 類

果実には、天然果実と法定果実とがある。

① 天然果実

天然果実とは、物の用法に従い収取する産出物をいう（88 条 1 項）。「物の用法に従い」とは、元物の経済的目的に従ってという意味である。

例えば、果樹の実、野菜、牛乳、家畜の子、羊毛等は、天然果実である。これに対して、乳牛の子は、天然果実ではない。

② 法定果実

法定果実とは、物の使用の対価として受けるべき金銭その他の物をいう（88 条 2 項）。

例えば、土地使用の対価である地代（大判大 5.3.17）、家屋使用の対価である家賃（大判大 14.1.20）、金銭使用の対価である利子（大判明 38.12.19）等である。

(3) 果実の帰属

① 天然果実

天然果実は、その元物から分離する時に、これを収取する権利を有する者に帰属する（89 条 1 項）。これは、天然果実は、元物から分離する時に独立の動産になるため、その時の収取権者にその所有権が帰属するとされたものである。

収取権者としては、元物の所有者のほか（206 条）、地上権者（265 条）、永小作人（270 条）、不動産質権者（356 条）、使用借主（593 条）、賃借人（601 条）等が挙げられる。

この規定は任意規定であるため、当事者は、別段の意思表示をすることができる。

② 法定果実

法定果実は、これを収取する権利の存続期間に応じて、日割計算によりこれを取得する（89 条 2 項）。

この規定は任意規定であるため、当事者は、別段の意思表示をすることができる。

第 4 章

法律行為

1 意思表示

1 意 義

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

(注) 例えば、契約の申込み（申込みの誘引は意思表示ではない【H22-6-オ】）、承諾及び遺言等は、意思表示であるが【H22-6-ア】、債務の履行の催告（150 条、412 条 3 項、541 条）は、意思表示ではなく、意思の通知である【H22-6-イ】。また、遺失物の拾得（240 条）は、意思表示ではなく、事実行為である【H22-6-ウ】。更に、指名債権の譲渡の債務者に対する通知（467 条）は、意思表示ではなく、観念の通知である【H22-6-エ】。

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

2 意思主義と表示主義

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

民法は、後記のとおり、両者の折衷的な立場を採用している。

(1) 意思主義

意思主義は、表意者を保護するため、内心的効果意思を重視する立場である。

(2) 表示主義

表示主義は、取引の安全を保護するため、表示行為を重視する立場である。

3 心裡留保

(心裡留保)

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

2 前項ただし書の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

(1) 意 義

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

(2) 要 件

93 条 1 項の要件は、次のとおりである。

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

(3) 効 果

① 原 則

意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない (93 条 1 項本文)。すなわち、意思表示は有効である。

なお、93 条 1 項本文は、相手方保護の規定であるため、相手方は、無効を主張することができる。

② 例 外

相手方がその意思表示が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は無効である (93 条 1 項ただし書)【H3-8-7】。これは、その意思表示が真意と異なることを相手方が知っていれば、相手方を保護する必要性は乏しいからである。

③ 第三者との関係

心裡留保による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない (93 条 2 項)。これは、真意でないことを知りながら真意と異なる意思表示を行った表意者には、そのような無効な意思表示を行ったことについて責められるべき事情があることから、善意の第三者が出現したときは、表意者よりもその第三者を保護すべきだからである。

なお、第三者は、無過失であることを要しない。

4 虚偽表示

(虚偽表示)

第 94 条 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

2 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

(1) 意義

虚偽表示とは、相手方と通じてした虚偽の意思表示をいう(注)。

(注) 通謀による虚偽の意思表示は、必ずしも双方行為に限らず、相手方のある単独行為についても成立し得る(最判昭 31.12.28 [法定解除に関する判例])。

(2) 要件

94 条 1 項の要件は、次のとおりである。

- ① 虚偽の外形が存在すること。
- ② 相手方との通謀があること。

(3) 効果

① 当事者間

相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効である(94 条 1 項)。

⇒ そのため、A B 間で A の所有する土地を B に売却する旨を仮装した後、B が事情を知らない C に転売した場合でも、A は、B からのその土地の引渡しの請求を拒むことができる【H3-8-4】。

② 第三者に対する関係

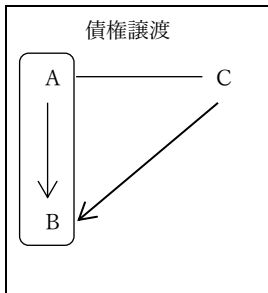
虚偽表示による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない(94 条 2 項)。つまり、善意の第三者との関係では、虚偽による意思表示は、有効と扱われる。虚偽表示による意思表示が有効と扱われることは、第三者にとって有利であるため、善意であることは、第三者が立証する必要がある(最判昭 35.2.2)。

(4) 94 条 2 項の第三者

① 94 条 2 項の第三者の意義

94 条 2 項の第三者とは、虚偽表示の当事者又はその一般承継人以外の者であって、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至った第三者をいう(大判大 9.7.23, 最判昭 45.7.24)。

a 第三者に該当するとされた例



(a) 仮装債権の譲受人（大判昭 13.12.17）【H19-7-オ, H15-5-エ, H14-17-ア】

例えば、A B間の仮装の契約に基づくAのBに対する金銭債権を善意のCが譲り受け、AがBに対して当該債権譲渡の通知を行った場合に、Bは、Cからの請求に対し、A B間の債権が虚偽表示に基づくことを理由として、支払を拒むことはできない。

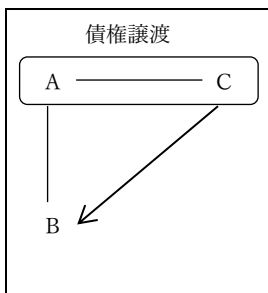
(b) 虚偽表示の目的物の譲受人（最判昭 28.10.1）【H30-4-オ, H9-10-2】

⇒ Cがその所有する不動産をBに対して虚偽表示により贈与した後に、Bがその不動産を善意のAに売却した場合において、AがBに代位してCに所有権の移転の登記を請求したときは、Cは、Aに対して、虚偽表示による無効を主張することができない【H2-5-5】。

(c) 虚偽表示の目的物に抵当権等の設定を受けた者（大判昭 6.10.24）

(d) 虚偽表示の目的物を差し押さえた一般債権者（最判昭 48.6.28）【H27-5-ウ, H19-7-エ, H15-5-オ, H11-3-ウ】

b 第三者に該当しないとされた例



(a) 虚偽表示により債権が譲渡された場合の当該債権の債務者（大判大 4.12.13）【H24-4-エ, H15-5-ウ】

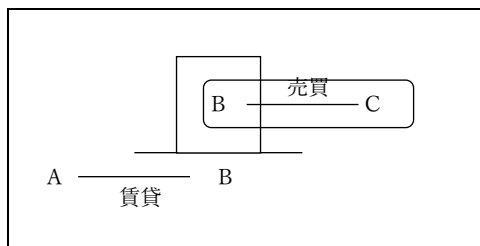
例えば、Aは、Bに対して貸金債権を有していたところ、AとCとが通謀して、当該貸金債権をCに譲渡したかのように仮装した。Bは、債権譲渡が無効であるとして、Cからの貸金債権の支払請求を拒むことができる。

(b) 仮装名義人に金銭を貸し付けた一般債権者（前掲大判大 9.7.23）

(c) 債権が仮装譲渡された場合の譲受人から取立てのために当該債権の譲渡を受けた者（大決大 9.10.18）

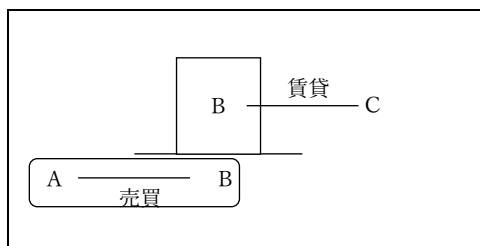
- (d) 土地の賃借人がその所有する地上建物を仮装譲渡した場合の土地賃貸人（最判昭 38.11.28）

【H27-5-オ】



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

- (e) 土地の仮装譲渡がされた場合において、土地の仮装譲受人から地上建物を賃借した者（最判昭 57.6.8）【H15-5-ア, H11-3-イ】



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

- (f) 土地が仮装譲渡された場合において、土地の仮装譲受人に代位して所有権の移転の登記請求権を代位して行使した債権者（大判昭 18.12.22）【H11-3-ア】

② 無過失であることの要否

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

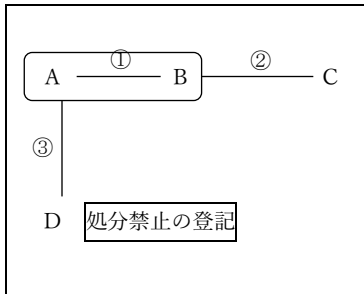
（注） 94 条 2 項の第三者の善意の存否は、同項の適用の対象となるべき法律関係ごとに当該法律関係につき第三者が利害関係を有するに至った時期を基準として決すべきであるとするのが判例である（最判昭 55.9.11）。この最判昭 55.9.11 に関連する判例として、「通謀虚偽の売買契約における買主が当該契約の目的物について第三者と売買予約を締結した場合において、その目的物の物権取得の法律関係につき、予約権利者が民法第 94 条第 2 項にいう善意であるかどうかは、その売買予約成立の時ではなく、当該予約完結権の行使により売買契約が成立する時を基準として定めるべきである。」とした最判昭 38.6.7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

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

③ 登記を経由していることの要否

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

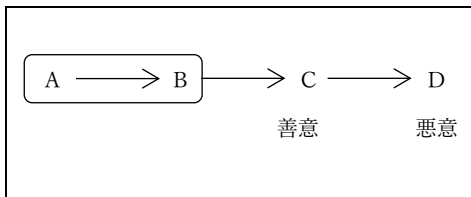
(注) この判例は、仮装の登記名義を作出した真の所有者と仮装の登記名義人からの善意の譲受人との関係は、177 条の対抗関係ではないとしたものである。



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

(5) 第三者の範囲

① 善意の第三者からの転得者が悪意である場合【H20-4, H12-4】



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

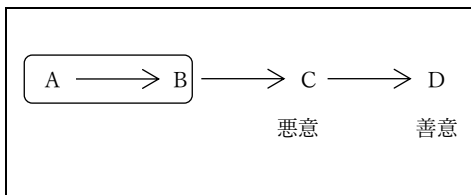
a 絶対的構成

この説は、法律関係の安定及び取引の安全を重視し、94 条 2 項により善意の第三者が絶対的・確定的に権利を取得するため、転得者は、虚偽表示について悪意であっても、有効に権利を取得し、原権利者からの目的物の追奪を受けないとするものである。

b 相対的構成

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

② 悪意の第三者からの転得者が善意である場合



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

(6) 94 条 2 項の類推適用

① 意義

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

② 類型

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

a 意思外観対応－自己作出型

A → B → C
 登記 by A

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

b 意思外観対応－他人作出型

A → B → C
 承諾 登記 by B

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

この類型に該当するものとしては、最判昭 45.9.22 等がある。すなわち、最判昭 45.9.22 は、不動産の所有者 A が、その不知の間に A から B に対する所有権の移転の登記が経由されたことを知りながら、

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

c 意思外観非対応型

A → B → C

仮登記 by A B

本登記 by B

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

この類型に該当するものとしては、最判昭 43.10.17 がある。すなわち、最判昭 43.10.17 は、不動産について売買の予約がされていないにもかかわらず、相通じて、その予約を仮装して所有権の移転請求権保全の仮登記手続をした場合において、外観上の仮登記権利者

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

③ 類型ごとの第三者の保護要件

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

④ 新しい類型

登記関係書類の交付

X → A → Y
善意・無過失

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

にわたって A に預けたままにし、A の言うままに上記印鑑登録証明書を交付した上、A が X の面前で登記申請書に X の実印を押捺したのにその内容を確認したり用途を問いただしたりすることなく漫然とこれを見ていたなどの事情の下では、X には、不実の所有権の移転の登記がされたことについて自らこれに積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い帰責性があり、X は、94 条 2 項、110 条の類推適用により、A から当該不動産を買受けた善意・無過失の Y に対し、A が当該不動産の所有権を取得していないことを主張することができない(最判平 18.2.23)。

この判例においては、X が A に対する所有権の移転の登記という虚偽の外観の作出自体に自ら積極的に関与したという事実は認定されておらず、X が虚偽の登記の存在を知りながらこれを承認したという事実も認められなかった。しかし、判例は、従来の理論構成を基本的に維持しなが

ら、虚偽の外観作出について権利者の積極的な関与又は承認がある場合に加えて、権利者にこれらと同視し得るほど重い帰責性が認められる場合にも、94 条 2 項、110 条を類推適用すべき基礎があり、善意・無過失の第三者が保護されることを示したものである。

⑤ その他の判例

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

土地賃借人 A が土地上に B 名義で建築確認申請をして建物を建築し、B 名義での家屋補充課税台帳への登録を事後的に承認していたところ、B が A に無断で建物につき所有権の保存の登記を経由した上、当該登記を過失なく信頼した C との間で抵当権の設定契約を締結した場合において、当該抵当権に基づく不動産競売手続により建物を買収した D は、94 条 2 項、110 条の法意により建物の所有権を取得しても、その土地の賃借権についてこの法意により保護されるなどの事情がないときは、その土地の賃借権を取得しない（最判平 12.12.19）。

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

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

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

5 錯 誤

(錯誤)

第 95 条 意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が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、取り消すことができる。

① 意思表示に対応する意思を欠く錯誤

② 表意者が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

2 前項第 2 号の規定による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。

3 錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、第 1 項の規定による意思表示の取消しをすることができない。

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。

② 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。

4 第 1 項の規定による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。

(1) 意 義

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

(2) 態 様

錯誤の態様は、次のとおりである。

① 表示の錯誤 (95 条 1 項 1 号)

意思表示に対応する意思を欠く錯誤であり、表示の錯誤は、言い間違いや書き間違い等のように真意と意思表示とが一致していない場合である。

② 動機の錯誤 (95 条 1 項 2 号)

表意者が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であり、真意と意思表示とが一致しているもののその基礎となった事実誤解がある場合である。

(3) 要 件

錯誤による取消しを主張するための要件は、次のとおりである (95 条 1 項・2 項)。

① 意思表示が錯誤に基づくものであること (主観的な因果関係の存在)。

② その錯誤が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 (客観的な重要性の存在)。

③ 動機の錯誤の場合には、表意者が法律行為の基礎とした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こと。【H23-5-エ】

意思表示の動機となった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は、その事情が法律行為の当然の前提となっていることが相手方に表示されていた場合であり、黙示的に

表示されていた場合も含まれる。

* 旧 95 条における動機の錯誤を題材とする過去問として、H23-5-ウ及び H13-2 がある。

なお、婚姻等の身分行為には、95 条の規定は適用されない【H29-5-エ（養子縁組）】。これに対し、相続の放棄に法律上の無効原因が存在する場合には、その取消し主張することができる（最判昭 40.5.27）【H29-5-オ、H17-4-オ】。

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

要素の錯誤（上記①と②の要件に相当する）に関する判例（いずれも旧 95 条に関するもの）は、次のとおりである。

- (a) 保証契約は、保証人と債権者との間に成立する契約であって、他に連帯保証人があるかどうかは、通常は、保証契約を締結する動機にすぎず、当然にはその保証契約の内容とならないため、要素の錯誤ではない（最判昭 32.12.19）。
- (b) 保証契約は、特定の主債務を保証する契約であるから、主債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容であるため、いわゆる空クレジット契約とは知らずにされた立替払契約に基づく債務について連帯して保証する旨の意思表示は、要素の錯誤となる（最判平 14.7.11）。
- (c) 家屋の賃貸人が自ら使用する必要があるとして、賃借人を相手方として家屋明渡しの調停を申し立て、その結果、賃貸借契約を合意により解除し、家屋を賃貸人に明け渡す旨の調停が成立した場合においては、仮に、その後、賃貸人に家屋を必要とする事情のなかったことが明らかになったとしても、賃貸人において家屋を必要とする事情が合意解除又は明渡しの合意の内容となっていないときは、その調停に要素の錯誤があるものということとはできない（最判昭 28.5.7）【H17-4-エ】。

(4) 効 果

① 原 則

錯誤による意思表示は、取り消すことができる（95 条 1 項(注)）【H20-5-ア】。

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

⇒ 手形の裏書人が、額面 1,000 万円の手形を額面 100 万円の手形と誤信し、100 万円の手形債務を負担する意思で裏書をした場合には、その裏書人は、裏書人に額面どおりの手形債務負担の意思がないことを知って手形を取得した悪意の取得者に対し、その手形金のうち 100 万円を超える部分に限り、錯誤を理由に手形金の償還義務の履行を拒むことができる（1,000 万円ではない。最判昭 54.9.6）【H17-4-イ】。

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

② 例 外

錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、錯誤による意思表示の取消しをすることができない（95 条 3 項）【H20-5-オ】。

もっとも、次に掲げる場合には、相手方を保護すべき要請は低いため、錯誤による意思表示の取消しをすることができる（95 条 3 項）。

a 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。

【H30-4-エ（相手方が悪意であるとき）】

b 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき（共通錯誤）。

③ 第三者との関係

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）【H26-4 参照，H23-5-オ，H4-15-イ，S57-19-3】。これは、錯誤による意思表示を前提として第三者が出現した場合に、その第三者が錯誤について善意であり、かつ、過失がないときは、錯誤に陥って意思表示をした表意者には責められるべき事情がある以上、表意者によりもその第三者を保護すべきだからである。

(5) 錯誤による取消しを主張することができる者

錯誤の効果は、無効ではなく、取消しであるため、取消しを主張することができるのは表意者に限られる（120 条 2 項）。

* 錯誤の効果が無効であることを前提とする判例として最判昭 40.6.4 及び最判昭 45.3.26 があり、過去問として H17-4-ウ，H12-7-ウ，H3-21-ア及び H3-21-ウがある。

6 詐 欺

（詐欺又は強迫）

第 96 条 詐欺…による意思表示は、取り消すことができる。

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

3 前 2 項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。

(1) 意 義

詐欺とは、人を騙して、その者を錯誤に陥れることをいう。

(2) 要 件

96 条の要件は、次のとおりである。

① 詐欺をした者に故意があること。

相手方を錯誤に陥らせる故意と錯誤によって意思表示をさせる故意が必要である（二段の故意。大判大 6.9.6）【H23-5-7, H13-1-4】。

⇒ B が、C 社の従業員から甲薬品はガンの予防に抜群の効果があるとの虚偽の説明を受け、これを信じて A に同様の説明をし、A がこれを信じて甲薬品を購入した場合、A は、B との間の売買契約を取り消すことができない【H13-1-4】。

② 欺罔行為が違法であること。

欺罔行為は、作為であるか不作為であるかを問わず、沈黙も、信義則上の告知義務違反がある場合には、欺罔行為となる（大判昭 16.11.18）【H23-5-4】。

③ 表意者が錯誤に陥り意思表示をしたこと。

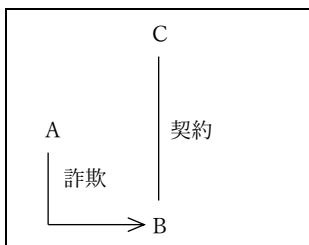
④ ②と③に因果関係があること。

(3) 効 果

① 当事者間

詐欺による意思表示は、取り消すことができる（96 条 1 項）。

⇒ 表意者の相手方（詐欺を行った者）には、制限行為能力者の相手方と異なり、催告権は認められない（20 条参照）【H10-4-7】。



ただし、相手方(C)に対する意思表示について第三者(A)が詐欺を行った場合においては、相手方(C)がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、表意者(B)は、その意思表示を取り消すことができる（96 条 2 項）【H18-6-オ, H13-1-ウ, H7-7-エ】。第三者が詐欺を行ったことを相手方が「知ることができたとき」にも、その意思表示を取り消すことができるとされているのは、第三者が詐欺を行ったことを相手方が

現に知らなくても、これを知ることができたときは、相手方の信頼は保護に値しないからである。

② 第三者に対する関係

詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない（96 条 3 項(注)）【H23-5-オ, S63-14-4】。虚偽表示の場合と異なり、表意者は、過失がある第三者には対抗することができる。これは、自ら虚偽の外観を作出して虚偽の意思表示をした表意者（94 条）と比較して、詐欺による意思表示をした表意者は、責められるべき事情が小さいため、詐欺による意思表示を前提として出現した第三者は、虚偽の意思表示を信頼した第三者より保護されるべき事情が大きいものでなければ保護に値しないからである。

（注） 善意・無過失の第三者がいる場合であっても、表意者は、詐欺による意思表示を取り消すことはできない【H18-6-エ, S59-2-2】。また、善意・無過失の第三者がいる場合であっても、表意者は、詐欺を行っ

た者に対して、登記の抹消を請求することはできる【H10-4-エ】。

(4) 96 条 3 項の第三者

① 意義

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

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

例えば、1 番抵当権者が詐欺によって当該抵当権を放棄した場合における 2 番抵当権者（大判明 33.5.7）【H18-6-7, S59-2-5】や連帯債務者の 1 人が詐欺により代物弁済をした場合における他の連帯債務者（大判昭 7.8.9）は、96 条 3 項の第三者に該当しない。

② 第三者の出現時期

判例は、96 条 3 項は取消しの遡及効から第三者を保護するための制度であるという理解から、その適用は取消前の第三者に限られるとした上で、取消後の第三者の保護を拒絶し、取消後については、登記の先後で決すべきとの理論を採用している（対抗問題説。大判昭 17.9.30, 最判昭 32.6.7）【H18-6-4, H13-5】。

③ 無過失であることの要否

96 条 3 項の第三者は、善意であるだけでは足りず、無過失であることを要する。

④ 登記を経由していることの要否

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

(5) 錯誤との関係

詐欺（96 条）と錯誤（95 条）の要件の双方が充たされる場合には、表意者は、いずれの規定でも選択することができる（通説）【H29-5-7, H23-5, H6-5-7, H3-21-4, S59-2-1】。なぜなら、いずれも、表意者を保護するための制度であるからである。

* 錯誤の効果が無効であったことを前提として、錯誤と詐欺の差異を問う過去問として、H6-5 がある。

7 強 迫

（詐欺又は強迫）

第 96 条 強迫による意思表示は、取り消すことができる。

2・3 （省略）

(1) 意義

強迫とは、人に害悪を告知して、その者を畏怖させることをいう。

(2) 要件

96 条の要件は、次のとおりである。

① 強迫をした者に故意があること。

相手方を畏怖させる故意とその畏怖によって意思表示をさせる故意が必要である（二段の故意。大判昭 11.11.21）。

② 強迫行為があること。

③ 表意者が畏怖に陥り意思表示をしたこと。

④ ②と③に因果関係があること。

強迫による意思表示が成立するためには、表意者が、畏怖の結果、完全に選択の自由を失ったことを要するものではない（最判昭 33.7.1）。

(3) 効果

強迫による意思表示は、取り消すことができる（96 条 1 項）。

相手方に対する意思表示について第三者が強迫を行った場合においては、相手方がその事実を知らず、又は知らないことにつき過失がなくても、その意思表示を取り消すことができる（96 条 2 項の反対解釈）【S59-2-4】。

また、強迫による取消しの意思表示は、善意・無過失の第三者に対しても、対抗することができる（96 条 3 項の反対解釈）【H30-4-ウ, H18-6-ウ, H10-14-ウ, S63-14-ウ】。このことは、第三者が登記を経由している場合でも、同様である【H30-4-ウ, H10-14-ウ, H3-8-ウ】。

なお、表意者が、畏怖の結果、完全に意思の自由を失った場合は、その意思表示は、当然に無効であり、96 条の規定は適用されない（前掲最判昭 33.7.1）。そのため、表意者は、その意思表示を取り消すことなく、目的物の返還を請求することができる【S59-2-3】。

〔第三者の保護要件〕

種 類	第三者の保護要件
93 条（心裡留保）	善意（93 条 2 項）
94 条（虚偽表示）	善意（94 条 2 項）
95 条（錯誤）	善意・無過失（95 条 4 項）
96 条（詐欺）	善意・無過失（96 条 3 項）
96 条（強迫）	保護されない。

8 意思表示の効力発生時期等

(1) 意思表示の効力発生時期

① 到達主義

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(97条1項)。このように、民法は、隔地者に対する意思表示と対話者に対する意思表示とで区別することなく、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としている。

「到達」とは、相手方又は相手方から受領の権限を付与されていた者によって直接受領され、又は了知されることを要するものではなく、意思表示又は通知を記載した書面が、それらの者のいわゆる支配圏内(相手方の了知可能な状態)におかれることをもって足りる(最判昭36.4.20)【H24-4-ウ】。

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

そのため、会社に対する催告書が使用者によって持参された時、たまたま会社事務室に代表取締役の娘が居合せ、代表取締役の机の上の印を使用して使用者の持参した送達簿に捺印の上、当該催告書を机の引出しの中に入れておいたという場合には、同人に当該催告書を受領する権限がなく、また同人が社員にその旨を告げなかったとしても、催告書の到達があったものと認められる(前掲最判昭36.4.20)。

② 到達が妨害された場合

相手方が正当な理由なく意思表示の通知が到達することを妨げたときは、その通知は、通常到達すべきであった時に到達したものとみなされる(97条2項)。これは、正当な理由がない場合には、意思表示が到達しないことによる不利益を表意者に負わせるのは相当ではないからである。

③ 発信主義

97条1項の到達主義の例外として、発信主義が採用されている場合がある。

(a) 制限行為能力者の相手方の催告権の確答(20条)

(b) 株主総会の招集の通知(会社法299条3項)

なお、承諾の通知についても97条1項の規定が適用されるため、承諾の通知が申込者に到達した時点で契約が成立する(旧526条1項参照)。

(2) 表意者が通知をした後に死亡した場合等

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るときであっても、そのためにその効力を妨げられない(97条3項)【H24-4-エ(契約の解除の意思表示)、H3-8-エ】。

⇒ Aがその所有する土地をBに騙されて売却した後、売却の意思表示を取り消す旨を記載した手紙を出した

場合において、その手紙が到達する前にAが死亡したときは、取消しの効果は生ずる【H3-8-エ】。

ただし、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、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、その効力を有しない（526 条）【H8-5-オ】。

9 公示による意思表示

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

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

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

10 意思表示の受領能力

意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に意思能力を有しなかったとき又は未成年者もしくは成年被後見人であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができない（98 条の 2 本文）【H3-8-カ】。

⇒ 意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に未成年者であったときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができる【H31-4-イ：×】。

ただし、次に掲げる者がその意思表示を知った後は、その意思表示をもってその相手方に対抗することができる（98 条の 2 ただし書）。これは、後になって相手方に法定代理人が選任された場合や、意思能力を回復し、又は行為能力者となった相手方が意思表示を認識した場合には、意思表示の効力を相手方に及ぼすべきだからである。

① 相手方の法定代理人【H24-4-イ】

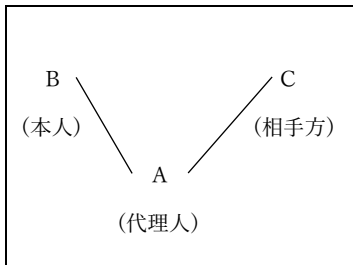
② 意思能力を回復し、又は行為能力者となった相手方

被保佐人や補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人は、意思表示の受領能力を有する。

2 代理

2-1 代理一般

1 代理の意義



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

代理制度には、私的自治の拡張と私的自治の補充の2つの存在理由がある。

2 代理の種類

(1) 任意代理と法定代理

① 任意代理

任意代理とは、本人の意思に基づいて代理人となるものをいう。

② 法定代理

法定代理とは、本人の意思に基づかないで代理人となるものをいう。

(2) 能動代理と受動代理

① 能動代理

能動代理とは、代理人が意思表示をするものをいう。

② 受動代理

受動代理とは、代理人が意思表示を受けるものをいう。

(3) 有権代理と無権代理

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

3 代理の要件

(1) 代理の要件

代理の要件は、法律行為一般の要件のほか、次のとおりである。

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

(2) 顕 名

① 意 義

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

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

② 顕名しない場合

代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のためにしたものとみなされるため（100 条本文(注)）、代理行為の効果は、原則として、代理人に帰属することになる。

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

ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、又は知ることができたときは、本人に対して直接にその効力を生ずる（100 条ただし書, 99 条 1 項）【H26-5-イ, H22-5-イ, H18-4-ウ, H5-4-4, S60-20】。

(3) 代理行為の瑕疵

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

① 原則（代理人を基準に判断）

a 代理人が相手方にした意思表示

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もしくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決せられる（101 条 1 項）【H18-4-イ, H12-3-5, H9-2-ウ・オ, S57-3-2・4】。これは、相手方に対して、現実に意思表示を行うのは、代理人だからである。

b 相手方が代理人にした意思表示

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には、その事実の有無は、代理人について決せられる（101 条 2 項）。

② 例外（本人を基準に判断）

特定の法律行為をすることを委託された代理人が行ったときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない（101 条 3 項前段）【H30-5-オ, H9-2-イ, H5-4-1】。このことは、本人が過失によって知らなかった事情についても、同様である（101 条 3 項後段）。なぜなら、代理人が特定の法律行為をすることを委託された場合には、代理人は、本人が行った意思決定の内容を単に相手方に伝えるだけの役割しか果たさなくなるため、本人を基準に判断すべきであると考えられるからである。

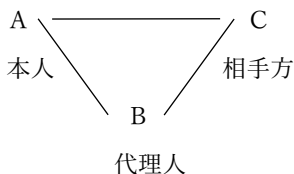
なお、特定の法律行為を委託すれば足り、本人の指図を要しない（旧 101 条 2 項参照）。

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

⇒教授： A と B との間で、A の代理人として C の占有する高名な乙絵画を買い受ける契約を締結する権限を B に与える委任契約を締結していたものとします。B が、A の指図に従い C との間で乙絵画の売買契約を締結してその引渡しを受けたものの、C が乙絵画について無権利者であった場合に、A は乙絵画を即時取得することができますか。

学生： C が無権利者であることについて、B が善意無過失であったとしても、A が善意無過失でなければ、A は乙絵画を即時取得することができません【H30-5-オ（本人を基準にするため即時取得できない。）】。

③ 代理と詐欺



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

a 相手方が代理人に詐欺を行った場合

代理行為の瑕疵の有無は、代理人を基準に判断するため（101 条 1 項）、本人は、その代理行為を取り消すことができる（96 条 1 項）【S57-3-3】。これに対し、代理人は、その代理行為を取り消すことができない（99 条 1 項、120 条 1 項参照）【H22-5-ウ】。