

2023 年合格目標 司法書士講座

基礎マスター & 択一式対策講座【理論編】

テキスト

民法 I

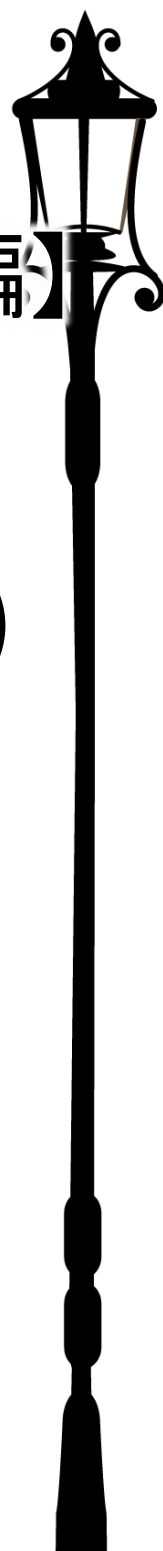
無料体験
受講用

(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 Chapter2
において扱う部分を掲載し
ています。

TAC



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）【R2-4-エ（保存行為であれば裁判上の行為でも家裁の許可^{不要}）】。

⇒ 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）【R2-4-オ, H28-4-5（以上、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☐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【R2-4-7】。

⇒ 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)【R2-4-1】。

⇒ 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)【H7-2-7】。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【H7-2-1】。

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)【H7-2-9】。

(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【H7-2-10】。

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

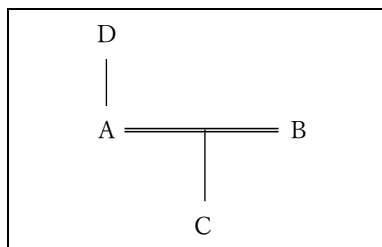
失踪の宣告が取り消された場合においても、その取消しは、失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない（32 条 1 項後段）。ここでいう「善意」とは、契約については、契約当時に当事者双方が善意でなければならない（大判昭 13.2.7）【R2-4-ウ, H22-4-ア, H18-5-ウ・エ】。契約当時に当事者双方が善意であれば、その後に出現した者が悪意であっても、その行為の効力には影響を及ぼさない（通説）【H18-5-オ】。

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 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

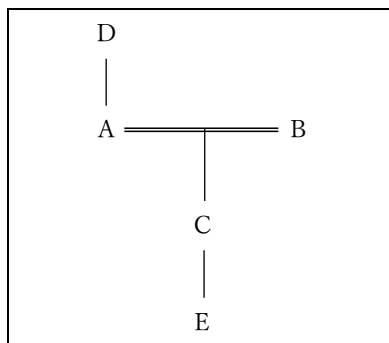
先に死亡したとすると、A の相続人は、B と D であり（887 条、890 条）、その相続分は、B 3 分の 2、D 3 分の 1 である（900 条 2 号）。

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 $\frac{2}{3}$ 、D $\frac{1}{3}$ 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 意義等

(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ために必要な行為は、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イイうためには、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、土地に固定的に附着して容易に移動することができない物で、取引観念上、継続的に土地に附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、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、觀念の通知である【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

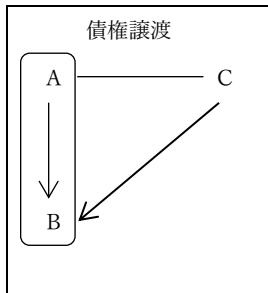
虚偽表示による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない(94 条 2 項)。つまり、善意の第三者との関係では、虚偽による意思表示は、有効と扱われる。虚偽表示による意思表示が有効と扱われることは、第三者にとって有利であるため、善意であることは、第三者が立証する必要がある(最判昭 35.2.2)。

(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。

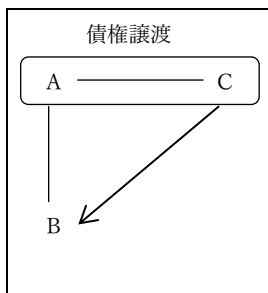
(b) 虚偽表示の目的物の譲受人（最判昭 28.10.1）【H30-4-オ, H9-10-2】

⇒ 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】

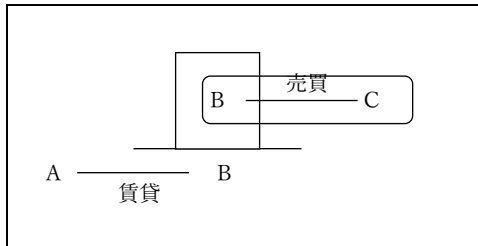
例えば、A は、B に対して貸金債権を有していたところ、A と C とが通謀して、当該貸金債権を C に譲渡したかのように仮装した。B は、債権譲渡が無効であるとして、C からの貸金債権の支払請求を拒むことができる。

(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）

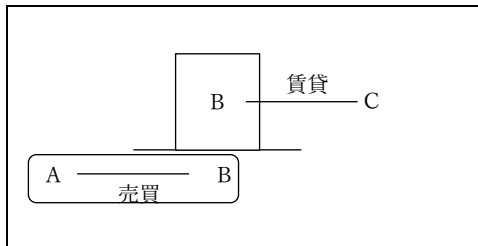
- (d) 土地の賃借人がその所有する地上建物を仮装譲渡した場合の土地賃貸人（最判昭 38.11.28）

【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、建物からの退去による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)。

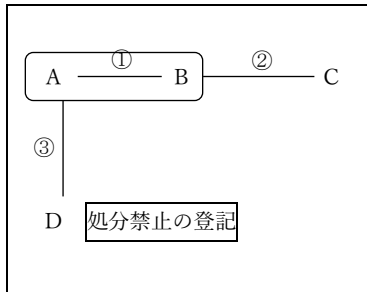
(注) 94条2項の第三者の善意の存否は、同項の適用の対象となるべき法律関係ごとに当該法律関係につき第三者が利害関係を有するに至った時期を基準として決すべきであるとするのが判例である（最判昭 55.9.11）。この最判昭 55.9.11に関連する判例として、「通謀虚偽の売買契約における買主が当該契約の目的物について第三者と売買予約を締結した場合において、その目的物の物権取得の法律関係につき、予約権利者が民法第94条第2項にいう善意であるかどうかは、その売買予約成立の時ではなく、当該予約完結権の行使により売買契約が成立する時を基準として定めるべきである。」とした最判昭 38.6.7がある。

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】。

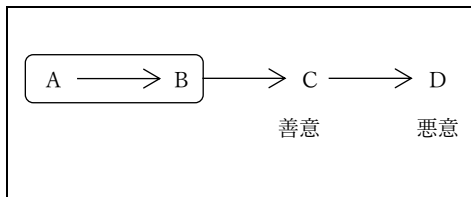
(注) この判例は、仮装の登記名義を作出した真の所有者と仮装の登記名義人からの善意の譲受人との関係は、177 条の対抗関係ではないとしたものである。



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-オ】。

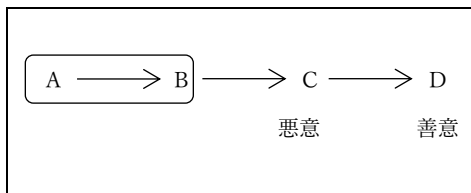
a 絶対的構成

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使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い受けた善意・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ら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