

第1部

総 則

1 代理とは

■趣旨

代理という制度には、以下の2つの存在理由があります。

私的自治の拡張 自己の活動圏の拡大のための制度（任意代理の存在意義）

私的自治の補充 制限行為能力者等が法律関係を結ぶための制度（法定代理の存在意義）

■分析

代理の要件は以下のとおりです（民法99条1項・2項）。

1. 代理人が意思表示をすること。（または第三者が代理人に意思表示をすること）
2. それが、代理権の範囲内の意思表示であること。
3. 本人のためにすることを示すこと。（顕名）

《関連事項》 顕名の方式

「本人のためにすることを示すこと」とは、代理行為の効果を本人に帰属させる意思を示すことをいいます。

必ずしも、本人の利益を図る意思を要しません。

→このため、代理人の権限の濫用（代理人または第三者の利益を図るための代理行為）は、有権代理であると解され、民法93条ただし書の類推適用の問題として処理される。（下記に判例を引用）

また、顕名について、民法上、その形式は問われません。必ずしも本人を明示しなくても、周囲の事情から本人が誰であるかを明らかにできればよいとされています。

参考判例

代理人が、自己または第三者の利益を図るために権限内の行為をしたときは、相手方が代理人の意図を知り、または、知ることができた場合に限り、民法93条ただし書の類推によりその効力を生じない（最判昭42.4.20）。

●展開● 訴訟代理権

民法上は、代理権の授与行為を書面で行わなければならないという規定はありません。

しかし、民事訴訟法においては、手続安定の見地から、法定代理権・訴訟代理権は書面で証明すべきものとされています。

法定代理権について→民事訴訟規則15条前段

訴訟代理権について→民事訴訟規則23条1項

なお、訴訟代理権については、その権限を証する書面が私文書であるときは、裁判所は、公証人その他の認証の権限を有する公務員の認証を受けるべきことを訴訟代理人に命じることができるという規定があります（民事訴訟規則23条2項）。

法定代理権については、これに類する規定はありません。その理由は、法定代理権を証明する文書としては、もともと、戸籍謄本や成年後見登記の登記事項証明書などの公文書しか考えられないからです。

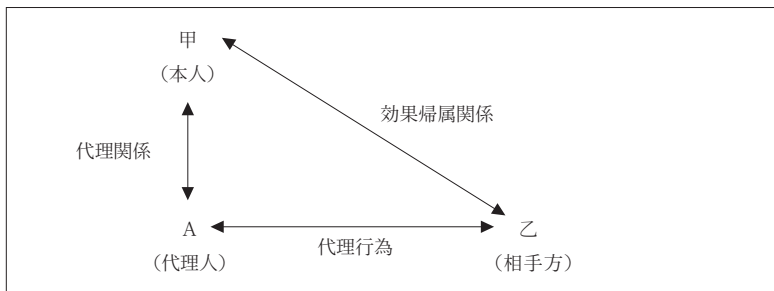
●展開● 代理権限を証する情報

不動産登記法において、登記申請時の添付情報を書面で提供するとき、代理権限を証する情報は、私文書のケース、公文書のケースのいずれもあります。

この場合、私文書には作成期限の定めはないが、代理権限を証する情報が公文書であるときは、登記の申請の時に限って作成後3か月以内のものでなければなりません（不動産登記令17条1項、7条1項2号）。

→他に、同様の作成期限の定めが、不動産登記令16条3項、18条3項、17条1項、7条1項1号にある。

代理の法律効果は、法的三面関係を生じることです。



→たとえば、Aと乙の間で、甲所有の不動産の売買契約をした場合、売主は甲、買主は乙となります。

売主	甲	
上記代理人	A	㊟
買主	乙	㊟

《関連事項》 使者

使者は、本人の決定を表示し、またはこれを伝達する者をいいます。

代理との相違は、意思の決定は本人がするということです。

このため、使者には意思能力を要しません。

たとえば、伝書バトも使者となりえます。

また、使者が、本人の指示と異なる表示をしたときは、錯誤の問題となります。

したがって、使者の口上違いは、それが本人の意思の内容と「要素の錯誤」が認められ、かつ、本人に重過失がない場合には、無効主張をすることができます。

この点、使者が故意に口上違いをした場合も同様の処理がされ、表見代理の規定（民法110条）が類推適用されることはありません。

また、使者が別の使者に依頼をすること（復任）は原則として可能です。

◆一問一答◆

問 未成年の子Aの法定代理人Bは、Cとの契約で、直接Aの名で契約をした。契約書にBの名は記されていない。Bの代理行為は有効であるか？

答 代理人の名を出さず、直接に本人の名で契約をするケースを署名代理という。

署名代理は、原則として有効であり、前後の事情から代理人であることが明らかであれば、代理の効果が生じる。

2 本人のためにすることを示さない意思表示の効果について

設問1

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？

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ます（民法100条本文）。

この仕組みの趣旨は、相手方の保護にあります。

相手方は、代理人が本人のためにすることを示さないため、取引の主体を代理人であると誤信します。その信頼を保護するために代理人に責任を負わせるのです。

設問2

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が本人に帰属することはあるか？

次のいずれかに当たる場合には、本人に効果が帰属します（民法100条ただし書、99条1項）。

1. 相手方が、代理人が本人のためにすることを知っていたとき
2. 相手方が、代理人が本人のためにすることを知ることができたとき

このケースは、相手方が取引の主体を本人であると見抜くことができますから、代理本来の姿に戻ります。

もともと、代理人には、自己に法律効果を帰属させる意思はありませんから、その意思に従うこととなります。

◆一問一答◆

問 商行為の代理人が、本人のためにすることを示さないでした行為は本人に対して効力を生ずるか？

答 原則として、効力を生ずる（商法504条本文）。

→商法においては、顕名主義は採用されない。

ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知らなかったときは、本人ではなく、代理人に対して履行の請求をすることもできる（同条ただし書）。

3 無権代理について

■趣旨

代理権が欠けた場合、あるいは、代理人が権限の範囲外の行為をした場合、代理行為の効果は、本人には帰属しません。

民法99条1項が規定する、代理の効果発生の要件のうち「代理人がその権限内において…した意思表示」の要件を欠くためです。

設問 1

相手方が、無権代理人の責任を追及することができるのは、いかなる場合か？

無権代理人の責任を追及するためには、以下の、4つの要件をすべて満たす必要があります（民法117条1項・2項）。

1. 代理人が自己の代理権の証明をすることができないこと。
2. 本人の追認を得ることができないこと。
3. 相手方が、代理権を有しないことについて善意無過失であったこと。

4. 代理人が制限行為能力者ではないこと。

→このほか、以下の「発展」を参照。

以上です。

なお、上記の要件に「代理人が自己の代理権の不存在について過失があったこと」という事項がありません。

したがって、無権代理人の責任は、自己に代理権がないことを知らず、知らないことに過失のない代理人についても発生します。

→無権代理人の責任は無過失責任である。

設問2

無権代理人の責任の内容は、民法においてどのように規定されているか？

無権代理人は「履行または損害賠償の責任」を負います。

これは、選択債権ですから、両方の責任を負うことはありません。

なお、上記の「損害賠償の責任」の範囲は、履行利益です（最判昭32.12.5）。

→履行に代わる損害賠償の意味をもつわけだから、当然のことといえる。

発展 相手方が取消権を行使した場合

相手方が、無権代理人との契約を取り消した場合（民法115条）には、当該契約はさかのぼって無効となるから、無権代理人に「履行または損害賠償の責任」は生じない。

参考判例

株式会社の設立準備中の者が、その設立登記の前にその会社の代表取締役として、第三者と会社の設立に関する行為に属しない契約をしたときは、民法117条の類推により、第三者への責任を負う（最判昭33.10.24）。

●展開● 同時審判の申出

共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが法律上併存しえない関係にある場合において、原告の申出があったときは、弁論および裁判は、分離しないでしなければなりません（民事訴訟法41条1項）。

この規定の適用がある典型例が次のケースです。

1. 被告A（本人）に対して契約の効果の帰属を主張
2. 被告B（代理人）に対して無権代理人の責任を追及

この場合、原告は、本人Aについては、「代理人Bには代理権があった」という主張を、代理人Bについては「代理人Bには代理権がなかった」という主張をします。これが「法律上併存しえない関係」の典型例です。

仮に、同時審判の申出をしなければ、裁判所が2つの事件を分離して審理したときに、原告VS本人Aの審理においては代理権が否定され、原告VS代理人Bの審理においてはこれが肯定され、いずれも敗訴の憂き目を負う可能性が生じます。

このため、かかる原告の不利益を防ぐ見地から、同時審判の申出の制度が設けられています。

なお、同時審判の申出は、控訴審の口頭弁論終結の時までにしなければなりません（民事訴訟法41条2項）。

宿題 1 | なぜ、同時審判の申出は、控訴審の口頭弁論終結の時までにしなければならぬのか？

設問 3

無権代理行為が、有効となる場合はあるか？ あるとすればいかなる場合か？

無権代理行為が有効となるケースは、次の2点が考えられます。

1. 本人が追認した場合
2. 表見代理が成立する場合

以下、上記について順を追って述べます。

4 追 認

■趣旨

無権代理の効果は、**不確定無効**と表現されます。

これは、本人が追認することにより、無権代理行為は有効となるためです。

代理権のない者が、本人の名を騙って法律行為をした場合でも、その効果の帰属を本人が望むのであれば、これを拒む必要がないというのが制度の趣旨です。

なお、追認は、別段の意思表示がなければ、契約の時にさかのぼってその効力を生じます（民法116条）。

本人が、追認を拒絶したときは、無権代理行為は確定的に無効となります。

宿題 2 | なぜ、追認の効果は、さかのぼることを原則としているのか？

なお、本人の追認と、相手方の取消権は、「早いもの勝ち」の関係にあります。

代理権を有しない者がした契約は、本人が追認しない間は、相手方が取り消すことができると民法が規定するためです（民法115条本文）。

相手方が取り消すことができるのは本人が追認しない間に限られることとなり、取消し後には本人に追認の余地がありません。

《関連事項》本人が代理人に対して追認をした場合の法律関係

本人が、代理人に対してした追認は有効です。

しかし、相手方がその事実を知らないときは、これを相手方に対抗することができません（民法113条2項）。

このことから、本人が、代理人に対して追認をしても、相手方がこれを知らずの間は、相手方による取消権の行使は妨げられないことになります。

■分析 催告権と取消権の要件

催告権と取消権は、いずれも、無権代理の相手方の対抗手段です。

催告権は、本人に対して追認をするかどうかを聞く権利です（民法114条）。その要件は、以下のとおり。

1. 相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを催告することができる。
2. 本人が、その期間内に確答をしないときは、追認を拒絶したものとみなされる。

→権利性が弱い。本人に催告を無視されると、法律効果の不帰属が確定してしまう。

→相手方にとってのメリットは、とりあえず、本人が追認するかどうかかわからないという不安定な状況を脱することができる点にある。

取消権は、無権代理行為を無効に確定する権利です。その実質は、本人の追認権を封じることにあります（民法115条）。

その要件は、以下のとおり。

1. 本人が追認しない間に限る。
2. 契約の時において代理権を有しないことを相手方が知らないこと。

→権利性が強いので、悪意の相手方には認められない。この点が、催告権については悪意者がこれを行することができることとの相違である。

→なお、相手方の過失は問題にならない。相手方が、代理権を有しないことを知らないことにつき過失があったとしても、取消権の行使は可能である。民法が悪意者の取消権を封じた理由は、悪意であることへのペナルティーの意味合いであるため、過失は問題とされないのである。

→取消しの意思表示は、本人、無権代理人のいずれに対してしてもよい。

●展開● 自己契約・双方代理の効果

同一の法律行為については、相手方の代理人となり、または当事者双方の代理人となることができません（民法108条本文）。

→ただし、債務の履行および本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない（同条ただし書）。

この条文の趣旨は、本人の利益の保護にあるとされます。

このため、自己契約・双方代理による法律行為は、無効とはされません。無権代理として、その法律効果は、不確定無効であるという考え方をします。これは、形式上、自己契約・双方代理に該当する行為であっても、その内

容が本人の利益に合致することも十分に考えられるため、一律に無効と考えるのではなく、これを追認することによって、本人に法律効果を帰属させる道を残すための解釈です。

参考先例

登記申請については、民法108条の規定の適用はなく、当事者の一方が相手方の代理人となり、同一人が双方の代理人となることができる（大14.9.18-8559）。

◆一問一答◆

問 代理人が代理権を有しなかったことについて、悪意の相手方は、次の権利を行使することができるか？ 善意だが過失のある相手方はどうか？

1. 催告権
2. 取消権

答 1. いずれも、催告権を行使することができる。

2. 悪意の場合、取消権を行使することができない。善意有過失のときは、取消権を行使することができる。

◆一問一答◆

問 本人Aが無権代理人Bに対して追認の意思表示をしたが、相手方がこの事実を知らない場合、善意の相手方は取消権を行使することができるか？

答 できる。

◆一問一答◆

問 本人が、無権代理人から売買代金の一部を受領したときは、本人は追認をしたものとみなされるだろうか？

答 みなされる（H14-2-ア）。

この場合、黙示の追認がなされたものとみることができる。

→追認は、必ずしも、明示されることは要しないのである。

→なお、民法125条は無権代理に類推適用されない（最判昭54.12.14）。本事例は、黙示の追認の事例である。

5 表見代理

■趣旨

表見代理は、いわゆる外観法理の現れです。

表見代理は無権代理の一種ではありますが、代理権があるように見える外観の作出について、本人に帰責性があり、かつ、相手方が、代理権が存在しないことについて善意でかつ過失がない場合に、代理本来の効果を認め本人に法律効果を帰属せしめる制度です。

■分析

表見代理には、次の3種があります。

それぞれの法律要件を以下に示します。

① 代理権授与の表示による表見代理（民法109条）

1. 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を本人が表示したこと。
2. その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間で行為をすること。
3. 第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知らず、かつ知らなかったことに過失がなかったこと。

宿題 3 | 法定代理について、代理権授与の表示による表見代理は成立することがあるか？

② 権限外の行為の表見代理（民法110条）

1. 代理人が権限外の行為をしたこと。
2. 第三者が、代理人の権限があると信ずべき正当な理由があること。
→上記「正当な理由」は、第三者の善意無過失と同じ意味であると考えてよい。

「代理人が権限外の行為」をする前提として、「**基本代理権**」の存在が前提となります。

「基本代理権が存在する」→「その基本代理権の権限外の行為がされた」という流れが、権限外の行為の表見代理において必要とされるパターンなのです。

このため、いかなる代理権が、民法110条の表見代理の要件としての基本代理権となるかという点が問題になります。

この点については、本人の保護を図るため、本人が代理人に授与した代理権と代理人がした行為に「質的な相違」がある場合には、その代理権は基本代理権となることはなく、したがって、民法110条の表見代理は成立しない（本人は責任を負わない）と考えればよろしいです。

基本代理権とはならないもの

1. 公法上の行為をするための権限

印鑑証明書下付申請行為をする権限を基本代理権とする表見代理は否定される（最判昭39.4.2）。

公法上の行為と私法上の行為（私人間の売買等）は、「質的に相違」するためである。

→なお、登記の申請をする権限は、公法上の意味のほか、私人間の債務（登記申請義務）の履行という意味合いがあるため、これを基本代理権とする表見代理は肯定される。

2. 事実行為（金員の借入れの勧誘行為）をする権限を基本代理権とする表見代理は否定される（最判昭35.2.19）。

事実行為と法律行為は「質的に相違」するためである。

基本代理権となるもの

1. 法定代理権

法定代理権を基本代理権とする表見代理の成立は肯定される（大判昭17.5.20）。

法定代理の場合、本人に帰責性がないのであるが、法定代理人の行為により本人は利益を受けるのだからリスクも負担すべきであるとされ、また、

帰責事由が本人の過失によって生じることは表見代理成立の要件とはされていないため、法定代理権を基本代理権とする表見代理の成立は肯定されるものと考えられている。

→民法761条の日常家事債務についての連帯責任の規定は、夫婦の一方に他の一方の法定代理権を与える規定であるとされている。

しかし、この法定代理権を基本代理権とする民法110条の表見代理の成立は否定されている。

たとえば、妻が夫の資産を無断で売却したような場合、判例は、相手方に当該法律行為が「日常家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるについての正当な理由」があれば、夫への法律効果の帰属を認めるものとしている。

これは、その資産が不動産のように高価なものである場合には、とても日常家事に関する法律行為の範囲内に属するとは思えないから、夫は責任を負わなくてもよいという趣旨の判例である。

参考判例

代理人が、直接本人の名で権限外の行為をしたときであっても民法110条が類推適用される(最判昭44.12.19)。

本人に過失がなかったとしても、第三者が代理人の権限ありと信ずべき正当な理由があれば、本人は民法110条の責任を免れない(最判昭34.2.5)。

③ 代理権消滅後の表見代理(民法112条)

1. 代理権が消滅したこと
2. 第三者が過失によってその事実を知らなかったものではないこと

第三者が、代理権の消滅の前に代理人と取引をしたことがあることは、代理権消滅後の表見代理が成立するための要件とはされません(最判昭44.7.25)。

過去において、代理人と取引をしたことがない第三者についても、代理権消滅後の表見代理が成立し、本人が責任を負うことがあります。

発展 表見代理規定の重畳適用

以下のケースは、いずれも、表見代理の成立が肯定されている。

1. 民法109条と110条の重畳適用

第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した後に、その他人が表示された権限外の行為をした場合。

2. 民法110条と112条の重畳適用

代理権の消滅後に、代理人がその権限外の行為をした場合。

●展開● 訴訟上の代理権と表見代理

民事訴訟法においては、代理権は「ある」か「ない」かの二者択一です。

したがって、表見代理の規定が適用されることはありません。

いかに代理人らしい外観をしている者であっても、代理権が「ない」のであれば、その訴訟行為は全く無効です。

なお、法定代理権または訴訟行為をするのに必要な授權を欠くとき、訴訟代理権を欠くときは、裁判所は期間を定めて、その補正を命じなければならないものとされており（民事訴訟法34条1項前段、59条）、その後、これらの権限を有する者が追認したときは、行為の時にさかのぼってその効力が生じます（同法34条2項、59条）。

→民事訴訟法に、表見代理の仕組みはないが、追認ということはある。

論点 転得者と表見代理

無権代理人Aから不動産を買い受けたBがさらにこれをCに転売した事例を考えましょう。

この場合、Bについて表見代理が成立しないときに、Cについて表見代理が成立することはありません（最判昭36.12.12）。

つまり、転得者が表見代理の規定により保護されることはないのです。

これは、Cは無権代理人Aと直接契約をしたわけではないため、Aの権限があると信ずべき正当な理由の有無を検討する前提を欠くためです。

参考判例

表見代理と無権代理人の責任は互いに独立した制度であるため、相手方は

表見代理の主張をすることなく直ちに無権代理人の責任を問うことができ、これに対して、無権代理人が表見代理の成立を主張することによって自己の責任を免れることはできない(最判昭62.7.7)。

宿題の解答▼

宿題 1

たとえば、代理権が「ある」とか「ない」という事実認定の問題は、事実審において確定されるべき問題です。

だから、法律審である上告審（事実認定はしない）に至った段階においては、同時審判の申出をすることができるわけがないのです。

宿題 2

相手方は、もともと、契約時から契約が有効なものと思っているのだから、これに合わせて追認の効果はさかのぼるものとしたのです。

宿題 3

代理権授与の表示による表見代理の規定は、法定代理には適用がありません。法定代理とは、文字通り、法律の規定により付与される代理権のことであり、私人が法定代理権の表示をするという事態が考えられないためです。

◆一問一答◆

問 本人は、契約をさかのぼって有効とするか、将来に向かってのみ有効とするかを選択して追認をすることができるだろうか？

答 できない（H 9-3-4）。

民法116条本文の「別段の意思表示」によって、追認の遡及効を制限するためには、本人の意思表示だけでは足りず、その他に、相手方の同意を要するものと解される。

6 代理権の消滅について

設問

代理権の消滅の事由には、いかなるものがあるか？

■分析

民法111条1項に、代理権の消滅の事由として、次の規定があります。

1. 本人の死亡
2. 代理人の死亡、破産手続開始の決定、後見開始の審判

以上です。

このほか、委任による代理権は、委任の終了によっても、消滅します（民法111条2項）。

このため、任意代理の場合には、本人についての破産手続開始の決定によっても、代理権は消滅するものとされています。

→委任の終了事由は、民法651条、653条参照。

●展開● 代理権の消滅事由の特則

試験対策として、次の特則に注意すべきです。

1. 不動産登記法17条

登記の申請をする者の委任による代理人の権限は、次に掲げる事由によっては、消滅しません。

1. 本人の死亡
2. 本人である法人の合併による消滅
3. 本人である受託者の信託に関する任務の終了
4. 法定代理人の死亡またはその代理権の消滅もしくは変更

甲→乙の所有権移転登記について、甲が司法書士Aに登記申請の委任をした後に死亡した場合の登記手続は以下のとおりです。

- 申請情報の内容として、登記義務者として「亡甲相続人何某」と相続人を記載する。

・添付情報として、次の情報等を提供する。

① 代理権限証明情報は、甲の委任状でよい。印鑑証明書も甲のものでよい。

② 甲の相続関係を証する情報の提供を要する。

登記申請代理人の権限が、本人の死亡により消滅しないということの実質的な理由は、本人甲の授権の意思を承継した相続人全員の代理人として司法書士が登記の申請をすることができることを意味します。

このため、上記のような申請形態になるわけです。

→不動産登記法に死者の代理人という制度があるわけではない。

→なお、書面により添付情報を提供する場合、生前に甲から受領した印鑑証明書（作成後3か月以内）を添付すべきである。

2. 民事訴訟法58条

訴訟代理権は、次に掲げる事由によっては、消滅しません。

1. 当事者の死亡または訴訟能力の喪失
2. 当事者である法人の合併による消滅
3. 当事者である受託者の信託に関する任務の終了
4. 法定代理人の死亡、訴訟能力の喪失またはその代理権の消滅もしくは変更

上記は、弁護士に代表される訴訟代理人の代理権が消滅しないとする特則です。このため、訴訟代理人がある場合には、上記の4つの事由が生じた場合でも、訴訟手続は中断しないこととなります（民事訴訟法124条2項）。

このほか、民事訴訟法においては、手続安定と相手方当事者の保護の要請から、代理権の消滅について次の特則もあります。

すなわち、法定代理権、訴訟代理権の消滅は、いずれも、本人または代理人から相手方に通知をしなければ、その効力を生じません（民事訴訟法36条1項、59条）。

3. 商法506条

商行為の委任による代理権は、本人の死亡によっては、消滅しません。

このため、商人が支配人を選任した場合、その商人が死亡しても支配人の代理権は消滅しないことになります。

7 代理行為の瑕疵について

■問題の所在

意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫また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いて過失があったことによって影響を受ける場合に、その事実の有無は、代理人について決めるのか、それとも本人について決めるのかという問題があります。

たとえば、ある商品（特定物）を甲の代理人乙が買い受けた場合に、その商品に瑕疵があったとしましょう。

この場合、甲が相手方に対して瑕疵担保責任（民法570条）を問うためには、その瑕疵が「隠れた瑕疵」であることを要します。

「隠れた瑕疵」とは、この場合の買主の善意無過失を意味するとされていますが、では、誰が善意無過失であればよいのか、本人甲であるか代理人乙であるかという問題が生じます。

この点については、代理行為は代理人が行うのであるから、代理人について決するということが原則となります（民法101条1項）。

すなわち、代理人乙が善意無過失であれば、本人甲は売主の瑕疵担保責任を問うことができます。

《関連事項》 瑕疵担保責任（売主の責任）の内容

1. 瑕疵により、契約をした目的を達することができないときは解除
 2. 解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみ（信託利益）
- 強制競売の場合は、売主（競売事件の債務者）等の瑕疵担保責任は生じない。

設問

代理行為の瑕疵について、例外的に本人の善意・悪意や過失の有無が問題となるのは、いかなる場合であるか？

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、本人は、自らが知っていたこと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ません。

また、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す（民法101条2項）。

この規定は、たとえば、本人甲がA商品を買えということを代理人に委任した場合に、その商品の瑕疵を本人が知っていた場合には、本人を保護する必要はなく、代理人が善意無過失であっても相手方の責任を追及することはできません、という趣旨です。

→民法101条2項は、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたことを要件の1つとするが、判例は、本人の指図は要せず、本人が特定の行為を委託すれば足りるものとしている（大判明41.6.10）。

◆一問一答◆

問 本人甲、代理人乙、相手方丙の場合。

1. 甲の詐欺により、丙が乙と契約をした場合、乙が善意であっても丙は契約を取り消すことができるか。
2. 丙の詐欺により、乙が丙と契約をした場合、乙は契約を取り消すことができるか。

答 1. 取り消すことができる。甲の行為は民法96条2項の第三者詐欺に当たらない。

2. 取消権を取得するのは、法律効果の帰属主体である甲である。乙が取り消すことができるかどうかは、代理権の範囲の問題であり、当然に取り消すことができるとはいえない。

8 代理人の権限について

代理人の権限は、任意代理の場合は代理権の授与行為により本人の意思に基づいて決まります。

法定代理権については、法令の定めるところにより決まります（民法28条、824条以下、859条以下、953条）。

《関連事項》

法定代理権を基本代理権とする表見代理の成立は肯定されています。

しかし、上記のように、法定代理権の範囲は法令において決められているため（条文を読めばわかることだから）、相手方の代理人の権限があると信ずべき正当な理由は認定されにくい傾向にあります。

設問 1

権限の定めのない代理人が有する権限の範囲はどのように規定されているか？

民法103条に規定があり、次の権限のみを有します。

1. 保存行為
 2. 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において、その利用または改良をする行為
- 以上、略して、保存・利用・改良行為です。

権限の定めのない代理人は、処分行為をすることができません。

処分行為とは、財産の売却等の譲渡行為や、担保権の設定行為がその代表例です。

設問 2

不在者の財産管理人および相続財産管理人（相続人不存在のケース）の権限については、どのように規定されているか？

不在者の財産管理人は不在者の、相続財産管理人は相続財産法人の、法定代理人です。

その権限は、原則として、民法103条が規定する権限の定めがない代理人の権限と同じであり、すなわち、保存・利用・改良行為に限られます（民法28条、953条）。

●展開●

不在者の財産管理人や相続財産管理人（以下、不在者の財産管理人等とい

う)が、不在者や相続財産法人(以下、不在者等という)の不動産を処分するときは、家庭裁判所の許可を要します。

このため、不在者等の不動産を不在者の財産管理人等が処分するケースにおいては、不動産登記の手続において次の添付情報の提供を要します。

1. 家庭裁判所の許可情報

登記原因についての第三者の許可、同意、承諾情報として添付を要します(不動産登記令7条1項5号ハ)。

2. 家庭裁判所の選任を証する情報

代理人の権限を証する情報として添付を要します(不動産登記令7条1項2号)。

◆一問一答◆

問 相続財産管理人が、家庭裁判所の許可を得て、相続財産法人に属する不動産を売却する登記の申請をするときに、被相続人が所有権を取得した際の登記識別情報の提供を要するか？

答 要しない(質疑登研606)。

許可情報を提供することによって、登記の真正を担保することができるためとされている。

設問3

代理人が制限行為能力者である場合、代理人と相手方がした契約を、本人は制限行為能力を理由として取り消すことができるか？

取り消すことはできません。

代理人は、行為能力者であることを要しないからです(民法102条)。

→意思能力は要する。

《関連事項》

代理権が委任契約により授与された場合、制限行為能力者である代理人が、委任契約を取り消すことはできません。

ここで、取消し前にされた代理行為の効力はどうなるかという問題が生じ

ます。

次の順で問題を整理してみましょう。

1. 取消しの効果はさかのぼるだろうか？

委任契約はさかのぼって無効となります（民法121条本文）。

2. 代理行為の効力はどうなるか？

代理権がさかのぼってなかったことになるため、無権代理の問題になるとも考えられます。

しかし、代理行為が有効であってもその効果は本人に帰属することとなり、代理人に損害が生じるケースではないため、代理行為の効力は妨げられないものと解されています（通説）。

宿題 1 | 上記の取消しのケースに関連する事項を考えてみよう。

委任契約が解除された場合には、解除前の代理行為の効力はどうなるかと解されるだろうか？

宿題 2 | 制限行為能力者が委任契約を取り消すことができる理由は、委任契約における受任者にはさまざまな法的義務が生じるためである。

では、受任者が委任者に負うべき義務として民法にはいかなる規定があるか？

9 復代理について

■趣旨

代理人が選任した者が、直接に本人を代理して法律行為をする仕組みです。

甲（本人）が乙（代理人）を選任します。

乙（代理人）が丙（復代理人）を選任します。

その結果、丙（復代理人）は、その権限内の行為について、甲（本人）を代表します（民法107条1項）。

この仕組みが復代理です。

復代理人は、本人および第三者に対して、代理人と同一の権利を有し、義

務を負います（同条2項）。

→復代理の仕組みを使う場合、甲（本人）がハンコについて乙に委任状を交付する。

そして、乙がハンコについて丙に委任状を交付するのである。

→丙が代理行為をする場合、甲のためにすることを示してすればよいのであり、乙の名を示すわけではない。丙の代理行為の効果は直接甲に帰属するのである。

宿題の解答▼

宿題1

委任契約の解除は、将来に向かってのみその効力を生じます（民法652条、620条）。

したがって、解除前の代理行為の効果が解除により影響を受けることはありません。

なお、解除の効果が、将来に向かってのみ生じる契約は、委任のほかには次のものがあります。

- ① 賃貸借（民法620条）
- ② 雇用（民法630条）
- ③ 組合（民法684条）

宿題2

受任者の義務にはさまざまな規定があります。

1. 善良な管理者の注意義務（民法644条）
2. 委任事務の処理状況等を報告する義務（民法645条）
3. 委任事務を処理するに当たって受け取った金銭その他の物、收取した果実を委任者に引き渡し、自己の名で取得した権利を委任者に移転する義務（民法646条1項・2項）

これらの義務に違反した場合には、債務不履行による損害賠償責任を問われることになり（民法415条）、委任者に引き渡すべき金額またはその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときには、民法647条の賠償責任を負います。

◆一問一答◆

問 復代理人が、代理行為をするときに、代理人の名を示すことを要するだろうか？

答 要しない（H 4-2-1）。

復代理人は、代理行為をするときに、本人の名を示せば足り、代理人の名を示すことを要しない。

「復代理人は、その権限内の行為について、本人を代表する」ためである（民法107条1項）。

10 復代理人を選任した場合の法律関係

甲（本人）、乙（代理人）、丙（復代理人）とします。

復代理人を選任した場合でも、代理人乙が代理権を失うことはありません。甲→乙という代理権の授与の効力には影響がないのです。

しかし、乙→丙の代理権（復代理）は、甲→乙の代理権の存在が前提条件です。

したがって、復代理人の権限が代理人の権限の範囲よりも広いことはありません。

また、代理人の権限が消滅した場合には、復代理人の権限も消滅します。
→親亀がコケたら子亀もコケる。

◆一問一答◆

問 本人Aが代理人Bを選任し、Aの許諾に基づいてBは復代理人Cを選任した。

Bが死亡したとき、CはAを代理することができるか？

答 できない。

代理人の死亡は代理権の消滅事由である（民法111条1項2号）。

→親亀がコケると子亀もコケる。

設問 1

甲が本人、乙が代理人である場合、どういう場合であれば乙は復代理人を選任することができるか？

この問題は、乙の代理権が、任意代理権であるか、法定代理権であるかによって結論が相違します。

1. 乙が任意代理人の場合

次のいずれかのケースにおいて、乙に復任権（復代理人を選任する権限）が生じます（民法104条）。

- ① 本人の許諾を得たとき
- ② やむを得ない事由があるとき

→登記実務において、司法書士乙が復代理人を選任する場合、本人甲の司法書士乙に対する委任状には、委任事項として「復代理人選任の件」の記載を要することになっている。これは「本人の許諾を得た」ことを証するためである。

2. 乙が法定代理人の場合

代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができます（民法106条前段）。

これは、自由に選任してもかまわないという意味です。

法定代理の場合には、本人の許諾を得ることができないことが通常であるため（たとえば、本人が幼児のケース）です。

設問 2

甲が本人、乙が代理人であり、乙が復代理人を選任した場合、復代理人の行為により本人に損害が生じたときに、代理人が本人に対して責任を負うべきときは、どういう場合であるか？

この設問も、乙が任意代理人であるか、法定代理人であるかによって結論が相違します。

この場合の考え方は、「自由は責任を伴う」ということであり、復代理人の選任が容易な制度設計になっている法定代理のケースのほうが代理人に重い責任が生じます。

1. 乙が任意代理人のケース

代理人は、復代理人の選任および監督について本人に対して責任を負います（民法105条1項）。

しかし、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、代理人は選任および監督の責任を負いません（同条2項本文）。

→復代理人の選任の主体は形式的には代理人であるが、復代理人を指名したのは本人であるから実質的な選任権は本人にあったと考えられるため、この点のリスクは本人が負うべきなのである。

ただし、その復代理人が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または復代理人を解任することを怠ったときは、代理人は、選任および監督の責任を負います（同項ただし書）。

→たとえ本人の指名に従って復代理人を選任した場合でも、選任の主体はあくまでも代理人であるから、これを解任すべきであるのも代理人である。「代理人が本人の指名によって復代理人を選任した場合、その代理人は復代理人を解任することができない。」と出題されたら、答えは「×」である。

2. 乙が法定代理人の場合

復代理人の行為については、本人に対して全責任を負います。

これは、法定代理人は自由に復代理人を選任できるのだから、これにより生じた責任については、全責任を負うべきだという考え方によります。

しかし、やむを得ない事由があるときは、責任の根拠となる自由度が下がるので、選任および監督の責任のみを負うこととなります（民法106条後段）。

参考判例

復代理人は、特別の事情がない限り、相手方から受領した物を本人に対して引き渡す義務のほか、代理人に引き渡す義務を負うが、代理人にこれを引き渡したときは、本人に対する受領物の引渡義務も消滅する（最判昭51.4.9）。

11 無権代理と相続

■問題の所在

相続により、本人の地位と無権代理人の地位が同一人に帰属した場合の法的効果については、次の2つの考え方があります。

1. 資格融合説（当然有効説）

本人が自ら法律行為を行ったのと同様の効果が生じ、法律行為は当然に有効なものとされる。

2. 資格併存説（非当然有効説）

相続によっても、無権代理人のした法律行為は当然に有効となることはなく、本人の立場としての追認権・追認拒絶権と無権代理人の責任が併存することになる。

以下、判例の見解を整理しましょう。

設問 1

甲（本人）が死亡し、乙（無権代理人）がこれを相続した場合、無権代理行為は有効となるだろうか？

いわゆる、無権代理人相続型です。

判例は、このケースは、本人自らが法律行為をしたのと同様な法律上の地位が生じ、相続により法律行為は当然に有効になるとしています（最判昭40.6.18 資格融合説）。

設問2

乙（無権代理人）が死亡し、甲（本人）がこれを相続した場合、無権代理行為は有効となるだろうか？

本事例は、本人相続型です。

この場合の本人は、無権代理行為の被害者の地位にあるため、相続により無権代理行為を当然に有効と解することは適当ではありません。

そこで、資格併存説が判例の結論となります（最判昭37.4.20）。

具体的には、本人甲は、本人の地位として追認拒絶権を行使することができます。

しかし、甲は無権代理人の地位を相続しているため、この場合、相手方は一定の要件を満たせば、甲に対して無権代理人の責任（民法117条1項）を追及することができます（最判昭48.7.3）。

参考判例

他人物の売主を真の所有者が相続したときは、信義則に反する特別の事情がない限り、その者は売買契約上の履行義務を拒絶することができる（最判昭49.9.4）。

◆一問一答◆

問 無権代理人が代理権を有しないことを知らなかったことについて過失のある相手方は、無権代理人の地位を相続した本人に対して、無権代理人の責任を問うことができるだろうか？

答 できない。

民法117条2項前段の要件を満たしていない。

設問 3

甲（本人）が死亡し、乙（無権代理人）およびその他の相続人がこれを相続した場合、無権代理行為は有効となるだろうか？

無権代理人相続型（共同相続）のケースです。

本事例では、判例は資格併存説の立場です。

すなわち、無権代理行為は、乙（無権代理人）が相続をした限度においても当然に有効となるものではありません（最判平5.1.21）。

この場合、他の共同相続人が追認をすれば、信義則上、乙（無権代理人）が追認を拒絶することは認められませんから、無権代理行為は有効となり、相手方に法律行為の効果が帰属します。

しかし、他の共同相続人が追認を拒絶した場合には、追認権は不可分のものであると考えられるため、乙（無権代理人）が単独で追認をすることはできず、無権代理行為は全体として追認拒絶により確定的に無効となります。

この結果、相手方は、乙（無権代理人）に対して、無権代理人の責任の追及（民法117条1項）をするしか、法的手段がないことになります。

参考判例

無権代理人が本人を共同相続した場合には、共同相続人全員が共同して無権代理行為を追認しない限り、無権代理人の相続分に相当する部分においても、無権代理行為が当然に有効となるものではない（最判平5.1.21）。

設問 4

乙（無権代理人）を本人とともに相続した甲が、その後、さらに本人を相続した場合、無権代理行為は有効となるだろうか？

この事例は、甲は、まず無権代理人の地位を相続し、その後に本人の地位を相続しています。

このため、無権代理人が本人を相続した場合と同視して、甲が追認を拒絶することはできません（最判昭63.3.1）。

したがって、無権代理行為は有効なものとなります。

設問5

甲（本人）が追認を拒絶した後に死亡し、乙（無権代理人）がこれを相続した場合、乙は相手方に対して追認拒絶の主張をすることができるか？

本事例では、本人が生前に追認を拒絶していますから、その時点で、無権代理行為はすでに確定的に無効とされています。

したがって、その無効を乙（無権代理人）が相手方に主張することができます。

これに対して、相手方は、一定の要件を満たせば、乙（無権代理人）に対して、無権代理人の責任（民法117条1項）を追及することができます。

参考判例

事実上の後見人として未成年者の財産について無権代理行為をした者が、後に後見人となったときは、信義則上、自己がした無権代理行為の追認を拒絶することは許されず、追認の事実がなくても、その行為は未成年者本人について効力を生じる（最判昭47.2.18）。

☞トークタイム 早起きのすすめ

私が受験時代に、毎日やったことが早起きです。毎朝4時起きは、寒い北海道の冬にはちょっとした苦勞ではありましたが、「朝の気は陽」といって、太陽がぐんぐん昇るこの時間帯は、静かでもあり、一日のうちでもっとも勉強がはかどりました。

しかも、朝食くらいのタイミングまでにまとまった学習をすると、その後の一日のペース配分が楽で精神的にも安心できます。夕方5時には学習を終わり、テレビを見て笑って8時には寝るといってきわめて健康的な生活でした。みなさんにもおすすめです。

1 時効とは

■趣旨

一定の事実状態が永続するときに、それが真実の権利関係と一致するかどうかを問わずに、これを権利関係として認めようとする制度です。

「それが真実の権利関係と一致するかどうかを問わず」という部分がポイントであり、たとえば、他人の土地を故意に越境して占有しても、時の経過により、この所有権を取得することができます（取得時効）。

また、権利があっても、それを行使しないことにより、権利が消えてしまうこともあります（消滅時効）。

■分析

取得時効の要件は、以下のとおりです（民法162条1項）。

1. 20年間
2. 所有の意思、平穩かつ公然
3. 他人の物を占有

→占有者の善意は、要件とされない。悪意の占有者も時効取得をすることができる。

取得時効の法律効果は、「その所有権を取得する」です。

宿題 1 B所有の不動産を、悪意のAが時効により取得した場合、占有開始時から時効取得のときまでにAが当該不動産から取得した果実をBに返還すべきであろうか？

●ポイント

1. 20年間の占有は継続を要する
以下の場合、時効は中断します（民法164条）。

- ・占有者が任意にその占有を中止したとき。
- ・占有者が他人によってその占有を奪われたとき。

宿題2 | 占有者が他人によってその占有を奪われたとき、占有者には何か
| 対抗手段はあるだろうか？

《関連事項》占有権と相続

占有権は相続されます。

たとえば、被相続人が占有を継続していた不動産がある場合、その相続人が遠隔地に居住していたとしても、時効は中断することなく時効完成をもって相続人が時効の援用をすることができます。

2. 所有の意思について

所有の意思は、権原の性質により客観的に定まります。

たとえば、売買を権原とする占有には所有の意思があります。

賃貸借を権原とする占有には所有の意思がありません。

→この点、占有者の主観を問わない。

→占有者が、目的不動産を第三者に賃貸した場合でも、「所有の意思ある占有」といえる。賃貸という行為は、所有の意思を前提とするからである。

すなわち、代理占有によって時効取得をすることは可能である。

3. 他人の物の占有について

自己の物の占有を継続した場合にも、時効取得をすることができます（最判昭42.7.21）。

《関連事項》

占有の態様については、有名な推定規定があります。

すなわち、占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有をするものと推定されます（民法186条1項）。

したがって、時効取得を主張する者は、「所有の意思、平穩かつ公然」の要件を立証する必要がありません。

また、占有の継続についても次の推定規定があります。

前後の両時点において占有をした証拠があるときは、占有は、その間、継続したものと推定されます（同条2項）。

この規定により、占有者が20年間の占有の継続を立証することが容易となります。

◆一問一答◆

問 解除条件付の売買によってA土地を占有するXは、解除条件が成就した後に占有を継続しても、所有の意思を失ったためにA土地を時効取得することはできないと解されるだろうか？

答 時効取得をすることができる。

所有の意思は、権原の性質により客観的に定まるところ、「売買」を権原とする占有は、所有の意思ある占有の典型である。

設問1

B所有の不動産をAが20年間の占有の継続により時効取得した。占有開始の日は、平成2年10月1日、Aが時効を援用した日は平成22年11月1日である。当該不動産に平成15年8月1日を設定日とするC名義の1番抵当権の登記があるとき、いかなる登記を申請することができるか？

時効取得の効果は、原始取得であります。

原始取得は、承継取得の場合と異なり、新権利者は前主のもとの制限には一切拘束されません。

したがって、本事例では、以下の登記を申請すべきです。

1 / 2

登記の目的	所有権移転
原因	平成2年10月1日時効取得
権利者	A
義務者	B

登記の目的	1 番抵当権抹消
原因	平成2年10月7日所有権の時効取得
権利者	A
義務者	C

注意すべきは、登記原因の日付です。時効の効力は、その起算日にさかのぼる（民法144条）ため、日付は「起算日」となります。

《関連事項》債務者または設定者の時効取得

債務者または抵当権設定者が、抵当不動産について、取得時効に必要な占有をしても、抵当権は消滅しません（民法397条）。

参考判例

時効期間は、時効の基礎である事実が開始されたときを起算点として計算すべきであり、時効を援用する者が起算点を選択し、時効期間の時期を早めたり、遅らせたりすることはできない（最判昭35.7.27）。

取得時効の援用により不動産の所有権を取得してその旨の登記を有する者は、取得時効の完成後に設定された抵当権に対抗することができず、その設定登記の時を起算点とする再度の取得時効を援用することができない（最判平15.10.31）。

農地を農地以外のものにするために買い受けた者は、農地法5条所定の許可を得るための手続が執られなかったときでも、特段の事情のない限り、代金を支払って農地の引渡しを受けたときに、所有の意思による農地の占有を始めたものと解される（最判平13.10.26）。

→なお、年月日時効取得を原因とする農地の所有権移転登記の申請をする場合、農地法の許可は不要である。

甲が時効取得した不動産について、乙がその時効完成後に当該不動産の譲

渡を受けて所有権移転登記を了した場合でも、乙がその譲渡を受けたときに、甲が多年にわたりその不動産を占有していたことを知っており、甲の登記の欠缺を主張することが信義に反する事情があるときは、乙は背信的悪意者である（最判平18.1.17）。

●展開●

取得時効に関連する登記先例を紹介しましょう。

参考先例

時効の起算日前に、原所有者である所有権の登記名義人（A）が死亡しているときは、時効取得による所有権移転登記をする前提登記として、原所有者の相続登記をすることを要する（質疑登研455）。

例 Aの相続人を嫡出子XY、時効取得者をBとすれば、以下の申請をする。

1 / 2

登記の目的	所有権移転
原因	年月日相続
相続人（被相続人A）	持分2分の1 X
	2分の1 Y

2 / 2

登記の目的	共有者全員持分全部移転
原因	年月日時効取得
権利者	B
義務者	XY

時効取得者が占有を開始した後に、原所有者である所有権の登記名義人（A）が死亡した場合、時効取得による所有権移転登記をする前提登記として、原所有者の相続登記をすることを要しない（質疑登研401）。

例 Aの相続人を嫡出子XY、時効取得者をBとすれば、以下の申請をする。

1 / 1

登記の目的	所有権移転
原因	年月日時効取得
権利者	B
義務者	亡A 相続人 X
	同 Y

AおよびBの共有名義となっている不動産について、A持分について「時効取得」を原因とする時効取得者への持分移転登記をすることができる（質疑登研547）。

不在者の所有する不動産について、不在者の財産管理人が時効取得を原因とする所有権移転登記の申請をするときは、申請情報と併せて家庭裁判所の許可を証する情報を提供することを要する（質疑登研548）。

時効取得者の出生前の日付を登記原因として、時効による所有権移転登記の申請をすることができる（質疑登研603）。

設問 2

B所有の不動産をAが20年間の占有の継続により時効取得した。占有開始の日は、平成2年10月1日、Aが時効を援用した日は平成22年11月1日である。当該不動産に平成22年10月15日を設定日とするC名義の1番抵当権の登記があるとき、いかなる登記を申請することができるか？

平成2年10月1日時効取得を原因とする所有権移転登記のみを申請することができます。

Cは、時効完成（平成22年10月1日の満了をもって時効が完成する）後の第三者であるため、Aは登記なくしてこれに対抗することができないためです。

参考判例

時効が完成しても、その登記をしなければ、時効完成後に利害関係に入った第三者に対して時効による権利の取得を対抗することができないが、第三者が利害関係に入った後に時効が完成した場合には、登記をしなくてもその第三者に時効取得を対抗することができる（最判昭35.7.27）。

→上記の、「利害関係に入った」時は実体法のレベルの問題であり、登記申請の時期とは無関係である。

たとえば、平成21年10月15日に時効が完成した場合、同月10日に目的不動産を買い、その旨の登記を同月20日に申請した第三者がいるとしよう。

この場合、第三者が「利害関係に入った」時は10月10日（時効完成前）だから、時効取得者は登記がなくても所有権の取得をその第三者に対抗することができる。

道路のような公共の用に供せられるべき物は、公用廃止のない限り、取得時効によりその所有権を取得することはできない（大判大8.2.24）。

→公用の廃止（黙示でもよい）があれば、私人が公物を時効取得することは可能である。

不動産の二重売買において、第二の買主が登記をしたときは、第一の買主は当初からまったく所有権を取得していなかったことになるから、取得時効の起算点は、その不動産の占有開始時となる（最判昭46.11.5）。

不動産の取得時効が完成したがその旨の登記をしないうちに第三者が所有権移転登記を経由した場合、占有者は、その登記のときからさらに時効取得に必要な期間、占有を継続したときには、登記を経由しなくてもその第三者に対抗することができる（最判昭36.7.20）。

参考先例

時効完成後に第三者が目的不動産を原所有者から譲り受け、その所有権移転登記がされているときは、時効取得者は譲受人に対して時効による所有権の移転を対抗することができず、時効取得を原因とする所有権移転登記を申請することはできない（昭57.4.28-2986）。

宿題の解答▼

宿題1

返還の必要はありません。

時効の効力は、その起算日にさかのぼる（民法144条）ため、起算日以降、時効取得をしたAが当該不動産の所有者であったこととなります。

自己所有の不動産からの果実を自己が取得できるのは当然の話です。

宿題2

占有者は、占有回収の訴え（民法200条1項）を提起することができ、これに勝訴し、占有を回復すれば占有権は消滅しません（民法203条ただし書）。これにより、占有者は、占有が継続したものとして時効取得の主張をすることができます。

■分析

短期取得時効の要件は、以下のとおりです（民法162条2項）。

1. 10年間
2. 所有の意思、平穩かつ公然
3. 他人の物を占有
4. 占有の開始の時に善意かつ無過失

その法律効果は、「その所有権を取得する」です。

●ポイント

1. 所有の意思、善意、平穩かつ公然は推定される（民法186条1項）。
同条では、無過失のみ推定されていません。
2. 「善意かつ無過失」という占有者の内心は、「占有の開始の時」に問題となる。
占有の開始の時に、「善意かつ無過失」であれば、その後に悪意となっても、10年間の短期取得時効が妨げられることにはなりません。
このことは、占有が承継された場合も同様です。

参考判例

遺留分減殺の対象となる贈与を受けた者が、取得時効の要件を満たした場合であっても、その物の遺留分権利者への帰属は妨げられない（最判平11.6.24）。

→遺留分減殺請求権を優先させる趣旨である。

◆一問一答◆

問 Xは甲所有の不動産を売買により取得し、善意無過失で引渡しを受けた。しかし、その後、甲は同じ不動産をYに二重譲渡しその旨の登記を了した。Xがその事実を知ったときは、Xは悪意占有者となるため、10年間の短期の取得時効を主張することはできないものとも思われるが、この点、どうだろうか？

答 Xは、占有開始の時から10年の短期取得時効を主張することができる。民法162条2項は「占有の開始の時」に善意無過失であることを短期取得時効の要件としており、占有継続中に悪意となっても短期取得時効の主張は妨げられないのである。

2 占有の承継の問題

■趣旨

占有者の承継人は、その選択に従い、自己の占有のみを主張し、または自己の占有に前の占有を併せて主張することができます（民法187条1項）。

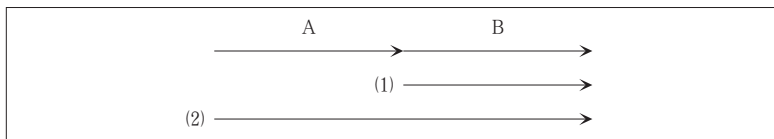
そして、前の占有者の占有を併せて主張する場合には、その瑕疵をも承継します（同条2項）。

なお、民法の規定からは、瑕疵のないことが承継されるかどうかは定かではありませんが、判例は、瑕疵のないことも承継されるとしています。

以上を具体論で示します。

ある不動産の、前の占有者をA、これを承継した者をBとします。

民法187条1項について



上記のように占有が承継された場合、Bは自己の占有のみを主張(1)することもできます。また、前の占有者の占有を併せて主張(2)することもできます。

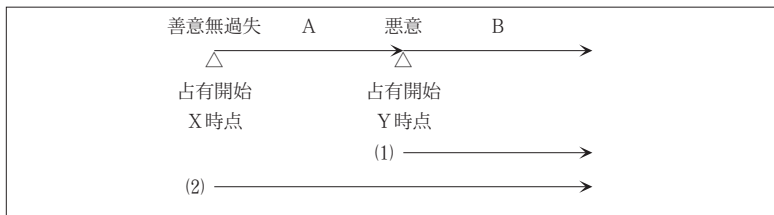
上記のいずれかにおいて、時効取得の要件を満たせば、Bは目的不動産の所有権を取得します。

たとえば、Bが占有の開始の時に善意無過失であり、(1)の占有期間が10年以上であれば、Bは「自己の占有のみ」を主張して目的不動産を時効取得することができるわけです。

民法187条2項について

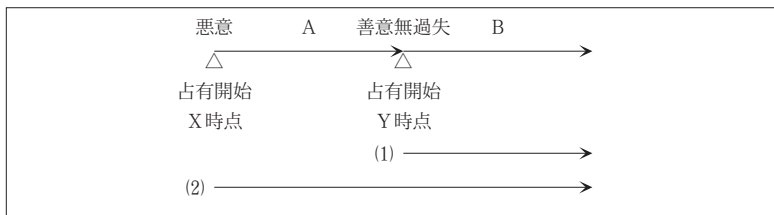
前の占有者の占有を併せて主張するときは、その瑕疵をも承継します。また、瑕疵のないことをも承継します。

以下、実例を挙げます。



上図において、AがX時点において善意無過失ですから、(2)の占有期間が10年以上であれば、Bは前主Aに「瑕疵がなかった」ことを承継するため、B自身が占有開始の時に悪意であっても、目的不動産を時効取得することができます。

また、Bが自己の占有のみを主張する場合には、その占有の開始の時であるY時点でBは悪意ですから、(1)の占有期間が20年以上であることが時効取得の要件となります。



上図において、AがX時点において悪意ですから、(2)の占有期間が20年以上でなければ、B自身が占有開始の時に善意無過失であっても、前主Aに「瑕疵があった」ことを承継したBが、目的不動産を時効取得することはできません。

また、Bが自己の占有のみを主張する場合には、その占有の開始の時であるY時点でBは善意無過失ですから、(1)の占有期間が10年以上であれば時効取得をすることができます。

3 所有権以外の権利の時効取得

■趣旨

所有権以外の財産権を、自己のためにする意思をもって、平穩に、かつ、公然と行使する者は、民法162条の区別に従い、20年または10年を経過した後、その権利を取得します（民法163条）。

→所有権の取得時効のケースと同様に、一般論として時効期間は20年間であるが、占有開始の時に善意無過失であれば10年間の短期取得時効となる。

■分析

時効取得の要件は、占有の継続であるため、原則として占有を伴う財産権がその対象となります。

具体的には、次のように考えられます。

用益物権（地上権、永小作権、地役権）

→地役権は占有を伴う権利とは、必ずしもいえないが、民法283条が「継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り、時効によって取得する