

司法書士



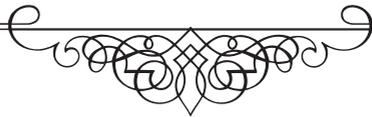
合格基本選書

①



民法 I

【総則・物権・担保物権】



℞ 〈公益社団法人 日本複製権センター 委託出版物〉

本書を無断で複写複製（電子化を含む）することは、著作権法上の例外を除き、禁じられています。本書をコピーされる場合は、事前に公益社団法人 日本複製権センター（JRRC）の許諾を受けてください。

また本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内での利用であっても一切認められておりません。

JRRC 〈<https://www.jrcc.or.jp> メール：info@jrcc.or.jp 電話：03-3401-2382〉

はしがき

本書は、民法を理解し、司法書士試験の短期合格を目指す受験生のために書かれた民法の基本書であり、次に述べるような特長がある。

① 初学者、独学者にも理解できるように書かれていること

初学者が法律の学習を始めるにあたってまず直面するのは法律の難解さであるが、初学者がゼロから学べて理解できる基本書は今までなかった。多くの基本書は、予備校の講義を受けることを前提として書かれていたり、ある程度学習の進んだ者を対象としたりしたものであり、初めて学習する者がそれだけで理解できるものではなかった。逆に、わかりやすく書かれているものは入門的なもので、到底司法書士試験の難関に立ち向かえるだけのレベルには達していないものばかりであった。

本書では、司法書士試験に合格できるレベルを保ちながらも初学者の方が民法を理解できるように噛み砕いて説明した。特に理解が困難と思えるところには、具体的な事例を豊富に入れて理解しやすくした。

② 民法の本質論（基本）から説明されていること

何年も学習している方や成績が伸び悩んでいる方に話を聞いてみると、基本である本質論を理解していない方が非常に多いのに驚く。基本を理解しないで知識を暗記していたら、成績が伸び悩むに決まっている。ちょっとひねられたり、現場思考型の問題が出題されたら対応できないからだ。しかし、受験生を責めるわけにはいかない。予備校も単に知識を整理して提供しているだけだし、基本書にも何が本質か書いていないのだから。誰も本当に重要なことを教えてくれない。

本書では、民法の基本的な考え方を記述し、すべての説明を一貫させ、有機的なつながりを持たせた。また、制度趣旨や体系についても詳しく解説し、自然と民法の考え方や本質から発想できるように工夫した。本書を読むことで、知識の丸暗記でなく、民法を本質から考えることができるようになるであろう。

③ 司法書士試験合格のために必要十分な情報量が提供されていること

いくらわかりやすく書かれていても、合格できるレベルに達していなければ

ば意味がない。また、情報が多すぎるとは短期合格のためにはかえって害になるだろう。

本書では、司法書士試験の本試験を徹底的に分析し、必要十分な情報量を提供している。本書の記述に無駄な部分はなく、逆に、本書に記述されていない知識は、合格にとっては不要なものである。

本書は合格への最短距離を示したものであり、安心して使ってほしい。

本書を徹底的に活用して、民法を基本から理解して、短期合格を勝ち取っていただきたい。健闘を祈る。

東京法経学院 編集部

目 次

全体構造編	1
第1編 総 則	15
第1章 私権の主体～人～	17
第1節 権利能力	17
第2節 意思能力	20
第3節 行為能力	21
第4節 住所・不在者・失踪宣告	35
第2章 権利の客体～物～	39
第3章 法律行為	43
第4章 意思表示	45
第1節 意思表示の意義	45
第2節 意思の欠缺	47
第3節 瑕疵ある意思表示	55
第4節 意思表示の効力の発生	58
第5章 無効と取消し	61
第1節 無効と取消し	61
第2節 無 効	63
第3節 取消し	64
第4節 原状回復の義務	69
第6章 代 理	71
第1節 代理制度	71
第2節 無権代理	81
第3節 表見代理	88
第7章 条件・期限	91
第1節 条 件	91
第2節 期 限	95
第8章 時 効	97
第1節 時効の意義と存在理由	97
第2節 取得時効	98

第3節	消滅時効	101
第4節	時効の効果～援用・放棄～	103
第5節	時効の完成猶予及び更新	107
第6節	時効と類似する制度～除斥期間～	112
第2編	物 権	113
第1章	物権の考え方	115
第2章	物権総論	121
第1節	物権の客体	121
第2節	物権的請求権	123
第3章	物権変動	127
第1節	物権変動総論	127
第2節	不動産物権変動(1)～対抗要件～	129
第3節	不動産物権変動(2)～不動産登記制度～	141
第4節	動産物権変動(1)～対抗要件としての引渡し～	144
第5節	動産物権変動(2)～即時取得～	147
第6節	立木の物権変動～対抗要件としての明認方法～	152
第7節	物権の消滅	154
第4章	占有権	159
第1節	占有権総説	159
第2節	占有権の成立とその態様	160
第3節	占有権の承継	164
第4節	占有権の効力	165
第5節	占有権の消滅	173
第5章	所有権	175
第1節	所有権の意義・内容	175
第2節	相隣関係	176
第3節	所有権の取得	180
第4節	共有	186
第5節	建物の区分所有	192
第6章	用益物権	195
第1節	地上権	195
第2節	永小作権	201
第3節	地役権	202

第4節 入会権	207
第3編 担保物権	209
第1章 担保物権総論	211
第1節 担保とは何か	211
第2節 担保物権の効力	216
第2章 留置権	219
第3章 先取特権	227
第4章 質権	237
第5章 抵当権	249
第1節 抵当権総説	249
第2節 抵当権設定	250
第3節 抵当権の効力(1)～効力の及ぶ範囲～	253
第4節 抵当権の効力(2)～抵当権侵害に対する効力～	263
第5節 抵当権と不動産利用権との調和の制度	266
第6節 抵当権と第三取得者との調和	275
第7節 抵当権の処分	279
第8節 共同抵当権	288
第9節 抵当権の消滅	295
第6章 根抵当権	297
第1節 根抵当権総論	297
第2節 根抵当権の変更	301
第3節 根抵当権の処分	304
第4節 根抵当権者・債務者の相続・合併	309
第5節 根抵当権の元本の確定	312
第6節 共有根抵当権・共同根抵当権	316
第7節 根抵当権の消滅	319
第7章 非典型担保	321
付録 法人の考え方の基本	331
判例索引	339
INDEX	343

* 本書では、原則として下記の表記（略記）とした。

1. 判 例

まず裁判所名と判決・決定の別を、つづけて、年月日を略記した。

- (例) 大判 = 大審院判決
大連判 = 大審院連合部判決
最決 = 最高裁判所決定
最大判 = 最高裁判所大法廷判決
東京高判 = 東京高等裁判所判決
(昭和41・4・20 = 昭和41年4月20日)



全体構造編

民法の全体像

1 民法とは何か

(1) 市民社会のルール

私たちは、自由主義社会のもとで、社会生活を送っているが、これを秩序あるものにするためには、一定のルールが必要である。これが、民法である。つまり、民法は、私たちが社会生活を送るためのルールなのである。

(2) 法律の分類

法律には、いくつかの分類法がある。

① 公法と私法

公法とは、国または地方公共団体とその構成員（国民、市民）との間の関係を規定する法である。

私法とは、国民と国民の間の関係を規定した法である。

民法は、先に述べたように市民社会のルールであるから、私法に属する。公法には、憲法・刑法・民事訴訟法などがあり、私法には、民法のほかに、商法・会社法などがある。

② 実体法と手続法

実体法とは、権利義務の発生・変更・消滅自体を規定する法である。

手続法とは、権利を実現するための訴訟などの手続を規定する法である。

民法は、ルールそれ自体であるから、実体法に属する。実体法には、民法のほかに、憲法・刑法などがあり、手続法には、民事訴訟法・行政事件訴訟法などがある。

③ 一般法と特別法

一般法とは、その対象を人・地域・事項などで限定しないで一般的に定めた法である。

特別法とは、その対象を特定の人・地域・事項などで限定し、その

対象だけに限定して適用される法である。

民法は、一般法である。一般法には、民法のほかに刑法などがある。特別法には、商人にだけ適用される商法や借地や借家だけに適用される借地借家法がある。

2 民法の全体構造

(1) 民法の構造

民法は、以下の5つの編から成り立っている。

- 第1編 総則 1条から174条まで
- 第2編 物権 175条から398条の22まで
- 第3編 債権 399条から724条の2まで
- 第4編 親族 725条から881条まで
- 第5編 相続 882条から1050条まで

このうち、第1編から第3編までがまとめて〈財産法〉と呼ばれ、第4編と第5編は、〈家族法〉と呼ばれる。

まず、財産法についてであるが、第1編は総則として、民法全体に通用する通則的な規定となっている。また、私たちの持つ財産は、物に対する〈物権〉と、人に対する〈債権〉に分かれており、それぞれ第2編、第3編で規定されている。

次に、家族法であるが、結婚、親子、扶養などの親族関係に関する規定が、第4編に親族として規定され、人が死亡した場合の財産などの承継に関する規定が第5編に相続として置かれている。

(2) 物権と債権

財産法には、物権と債権があることは、説明したが、この2つは何が違うのだろうか。

ここで、財産というものには、何があるか考えてほしいのだが、まず、思いつくのは、土地や車などを持っているということであろう。土地を持っている人は家を建てたり畑にしたり、自由に土地を使うことができるし、車を持っている人はその車を自由に使うことができる。このように〈物を支配できる権利〉を物権という。つまり、物権とは、〈物に対する権利〉といってもいいだろう。物権は、その物に対する支配形態によって、何種類にも分類されるが、ここでは、その代表的なものとして、

〈目的物を自由に使用したり, 収益したり, 処分したりすることのできる〉という「所有権」を理解しておけばいいだろう。先ほどの土地や車を持っている人は, 土地や車に対して所有権 (という財産) を持っていることになる。しかし, 財産は, 物に対するものだけではない。人に対するものもある。これが債権である。債権とは, 〈ある人に対し, 何かしてくれ, と請求できる権利〉である。つまり, 〈人に対する権利〉である。たとえば, ある人が有名な歌手に結婚式で歌を歌ってくれと約束したならば, その人は, 歌手に対して「歌ってくれ」という債権を持っていることになる。物に対するものでなくても財産といえることはわかるだろう。よく出てくる債権には, 物を引き渡せという「引渡債権」・代金を払えという「代金債権」がある。

(3) 財産法の構造～売買契約を例に(1)～

このような物権・債権を中心とした財産法は, どのような構造をしているのだろうか。基本的で身近な契約である売買契約を例に考えてみたい。

まずは, あなたが小説本を本屋で買った場合を想定してみよう。

あなたがまだレジに本を持って行ってない状態の法律関係を最初に考えてほしい。その小説本は, 本屋が持っていて売ってよいものであるから, 本屋がその本を所有している。つまり, その本の所有権は, 本屋にある, ということがわかる。

次に, あなたは, その本を選びレジに持って行く。そして, 「この本をください」とあなたは言う。「はい, いいですよ」と本屋は応えるだろう。これで売買契約成立である。契約は, 1人の申込みの意思表示ともう1人の承諾の意思表示の内容が合致することで成立するのであるが, あなたの「この本をください」というのが申込みの意思表示に当たり, それに対して本屋が「はい, いいですよ」とその内容を承諾しているので両者の意思表示の内容が合致し売買契約が成立するのである。

では, 売買契約が成立するとどうなるのか。

まず, 物権について考えると, 売買契約が成立した瞬間にこの本の所有権が本屋からあなたに移転する。つまり, 所有権移転という物権変動が生ずる。ここでこの本は, あなたのものになる。民法では, 意思主義(176条)という原則を採用しているので, 所有権が移転するのは契約が成立した瞬間である。代金の支払が済んでなくても, 契約が成立し

えすれば（つまり2人の意思が合致すれば）、所有権が移転するのである。

次に債権の面について考えよう。本屋は、本を売ってあげる代わりに代金を払ってくれという代金債権をあなたに対して取得する。つまり、本屋はあなたに対して代金を請求できるわけである。そして、あなたは本屋に対してその買った本を引き渡してくれという引渡債権を取得する。

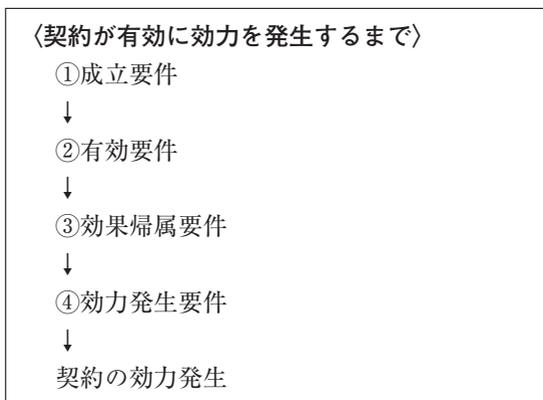
そして、あなたは、本屋に代金を払わなくてはいけない債務を負っているので、代金を払う。本屋も引き渡す債務を負っているので本をあなたに渡してくれる。債権は、その内容が実現すると消滅するので、これで、代金債務も引渡債務も消滅する。

これで、あなたは、本の所有権を取得でき、引渡しも受け、債権関係も消滅し、無事に本を買うことができたわけである。

以上見てきたように、売買契約によって、本屋とあなたは、互いに債権を取得し、本の所有権が移転した。このように、契約には、物権を變動させたり、債権を発生させたりする効力があるのである。

(4) 契約が効力を発生するまで～売買契約を例に(2)～

契約は、お互いの意思が合致することにより成立することは、すでに述べた。そして、売買契約が成立したことを前提にして、その効力を見てきた。しかし、実は、契約が成立し効力が発生するためには、いろいろクリアしなければならないことが多い。考えなければならないことがたくさんあるのである。以下の図のとおりである。



これらの要件を一つひとつ確認していこう。

① 成立要件

これは、簡単にいえば、〈意思表示が合致していなければならない〉ということである。本屋の例でいえば、申込みと承諾の内容が一致しているといえるので、この要件はクリアしている。しかし、定価のないものであったなら、意思表示の合致も容易でない。たとえば、値段のついてない骨董品があり、Aは「100万円で買いたい」と言い、持ち主Bは「200万円なら売る」と言った場合には、AとBの意思表示の内容は合致していない。このような意思表示では、契約の成立要件をクリアしているとはいえ契約は成立せず（契約不成立）、契約の効力は発生しない。

② 有効要件

成立要件を満たしたからといって、すぐに契約の効力が発生するわけではない。次に考えなければならないのは、有効要件である。これは、その契約が法的な観点から保護に値するかという要件である。この要件をクリアして、初めて契約は有効なものとして扱われる。この要件を満たしていない契約は、無効なものあるいは取り消すことができるものとして扱われる。この要件には、以下の図のようなものがある。

客観的有効要件

確定性

適法性

社会的妥当性

主観的有効要件

制限行為能力者

詐欺・強迫など（瑕疵ある意思表示）

心裡留保など（意思の欠缺）

まず、客観的有効要件についてである。

確定性とは、その契約内容が確定していなければならないということである。たとえば、「何かいいものをくれ」というような売買契約は、確定性がないことになり、有効要件をクリアしないので、契約は無効となり、この契約の効力は発生しない。

そして、たとえば、麻薬の売買契約は適法性がなく、妾契約は社会的妥当性がないので、これらの契約は法的保護に値せず無効である。

次に、主観的有効要件である。次のような事例を考えてほしい。

Aは、Bにだまされて、1,000円程度のツボを価値のあるツボと思って100万円でBから買い受けるという契約を結んだ。

たしかに、この事例の場合、AとBは、100万円でツボを買うという点で意思表示が一致しているから、成立要件は満たされている。しかし、Aは、その意思表示をする過程において、売主Bにだまされており、Aを救済する必要がある。そこで、このような場合、民法は、詐欺による契約（96条）としてAのために取り消すことができる契約となるものとした。つまり、Aは、この契約を取り消すことができるのである。

次に、未成年者や成年被後見人などを制限行為能力者とし、これらの者が結んだ契約も判断能力が十分でないことから、これらの者を保護するために、取り消すことができるものとした。たとえば、未成年者が、車を買ったとしても、親権者の同意がない限り、取り消すことができる契約となる。

制限行為能力者による契約、詐欺による契約のほか、取り消すことができる契約には、錯誤によるもの（95条）や強迫によるものがある。また、心裡留保（93条）・虚偽表示（94条）は、意思の欠缺として無効となることがある。

③ 効果帰属要件

契約が成立し、有効となる場合でも、その効果が本人に帰属するためには、効果帰属要件を満たす必要がある。これは、本人が代理人によって契約を結んだときには、代理人がきちんとその本人の代理人である（代理権がある）という場合にも、本人にその契約の効果を帰属させようというものである。代理人と名乗る者が実は、本人の代理人ではなかったという場合（無権代理）には、その本人はその契約の効果を受けない。

④ 効力発生要件

これは、契約が成立し、有効で、効果も本人に帰属する場合でも、

その契約に条件や期限が付いていた場合には、その条件や期限が満たされなければその契約の効果は発生しないということである。

たとえば、契約書に「この売買契約の効果は、来年の〇月に発生する」と書いてある場合、たとえ有効に売買契約が成立したとしても、この土地の所有権は来年〇月にならなければ移転しない。

(5) 債権の一生～発生から消滅まで～

① 債権の発生原因

売買契約によって、代金債権と引渡債権が発生することは、本屋の例ですでに述べたが、このように契約によって債権は発生する。しかし、契約だけが債権の発生原因というわけではなくて、そのほかに、事務管理・不当利得・不法行為によって発生する。

〈債権の発生原因〉

契約
事務管理
不当利得
不法行為

この4つが債権発生原因である。契約についてはすでに見てきたので、残りの3つについて説明する。

まず、事務管理であるが、これは、義務がないのに他人のためにその事務を管理することである（697条）。

たとえば、隣人の留守中にその家が台風で壊れ、危ないので頼まれていないが修理したなどという場合である。この場合、修理した人は隣人に修理にかかった費用を請求できる。つまり、費用償還請求権が発生するのである。

次に、不当利得とは、法律上正当な理由がないにもかかわらず、他人の財産または労務から利益をあげ、これによってその他人に損失を及ぼした場合には、損失を受けた者は受益者にその利得を請求できるということである（703条以下）。

たとえば、傘を間違えてもっていった人に傘の返還を請求できたり、売買契約が無効であるにもかかわらず（つまり、法律上正当な理由がない）、お金を払ってしまった場合にそのお金の返還を請求できると

いうものである。不当利得によって、返還請求という債権が発生するので、不当利得も債権発生原因の一つとなる。

最後に不法行為とは、不法に他人の権利または利益を侵害し、これによって相手に損害を与えることであるが、この場合、相手方は、不法行為をした者に対し、損害賠償債権を有することになる（709条）。

たとえば、殴られたり、車の事故でけがをしたりした人は、損害賠償を請求できるのである。

② 債権の消滅原因

本屋の例では、代金債権はお金を払うことで消滅したし、引渡債権は、実際に引き渡すことで消滅した。このように、債権は、その内容が満足することによって消滅する。これを弁済あるいは履行という。

原則として、弁済は第三者もすることができる（474条）。しかし、以前に出てきた「有名な歌手に歌を歌ってもらおう」という債権のように、権利の性質上第三者の弁済によっては消滅しない債権もある。

債権の内容が満足することによって消滅する場合としては、ほかに、代物弁済（482条）、相殺（505条）がある。

また、債権が満足せずに消滅する場合としては、消滅時効（166条）などがある。

③ 債務不履行

債権は、債務者に何か請求できる権利であり、債務者が弁済してくれない限り、その目的を実現することができない。

このように、債務者が弁済すべき時期がきているのにその責めに帰すべき事由により弁済してくれないことを〈債務不履行〉という。

債務不履行があったとき債権者は、その契約を実現するために履行の強制的な実現を裁判所に申し立てることができるし、また、契約の解除をすることができる。さらに、損害の賠償を請求することもできる。

3 民法の知っておくべき基本概念

(1) 民法の解釈

契約などの場面で問題がおき、裁判になったときには、裁判所は、民法の条文をその事件に適用して、解決するのであるが、その前提として、民法の条文を解釈する必要がある。なぜなら、民法の条文は、抽象的な

善意無過失				
-------	--	--	--	--

(3) 信義誠実の原則・権利濫用の禁止（1条）

権利は、信義誠実に行使する必要があるが、また、権利の濫用は禁止される。つまり、形式的には民法の条文に該当し適法に見える行為であっても、誠実な権利の行使とはいえない場合や権利の濫用といえる場合には、その権利行使は禁止される。

(4) 所有権の取得方法～承継取得の考え方を中心に～

① 所有権の取得方法

所有権は、どのように取得するのであろうか。所有権を取得する理論は大きく分けて2つある。1つは、自分で所有権を作り出す場合で、もう1つは、売買などによって、他人の所有権を譲り受ける場合である。前者を原始取得といい、後者を承継取得という。

原始取得の例は、川原で変わった形の石を見つけたので自分のものにしてしまうような場合である。誰のものでもなかった物に対して、自分で所有権を作り出したのである。

承継取得の例は、売買契約により、売主の所有権を受け継ぐことや相続により被相続人の所有権を受け継ぐことなどがあげられる。

② 承継取得の考え方～無から有は生じない～

次のような例を考えてみてほしい。

【例題1】 Aは土地を所有していたが、Bがその不動産を勝手に自己名義に登記した。そこで、その登記を見たCはBの土地だと思い、Bから大金で買い取った。Cは所有権を取得できるか。

この問題では、承継取得が問題となっている。承継取得というのは、権利（所有権）を引き継ぐことなので、権利をもっていない人からは受け継ぐことはできないのが大原則である。無から有は生じないのである。

Bは登記を具備してはいるが、所有権はもっていない。Bが勝手に登記しただけであり、AからBに所有権の承継はないからである。よ

って、Bは所有権に関して無権利であり、Cは無権利者であるBから所有権を取得することはできない。このように考えるのが原則である。

③ 権利外観法理・即時取得

権利をもっている人からしか権利は承継できないのが大原則なのがあるが、この原則にも例外がある。それが、権利外観法理と即時取得である。

(ア) 権利外観法理

土地の真の所有者Aに無断でその土地を自己名義に登記したBからはCは権利を承継できないのが原則であるが、以下の要件があれば、Cは権利を取得できる。

- ① 真の権利者に虚偽の外観を作り出した帰責性（落ち度）があること
- ② 虚偽の外観が存在すること
- ③ 第三者がその外観を信頼して取引をしたこと（善意）
これを権利外観法理という。

(イ) 即時取得

【例題2】 AはBに1日だけ時計を貸した。Bは、その時計をしていたが、それを見たCがその時計をBの物だと信じ、CはBからその時計を買い受けた。Cはその時計の所有権を取得することができるか。

たしかに、民法の原則を適用すれば、所有権について無権利者（1日借りているだけ）であるBからはCは所有権を取得できないのが原則である。土地や建物以外の財産（時計や本など）を動産というが、動産の場合には、不動産よりも頻繁に取引がなされる。また、真の所有者を調べる手段は乏しく、所持している人が所有権者だと信じるのが通常である。この場合に、売主（ここでいうB）が物を所持はしていたけれども所有権は持っていなかったことを理由に、いちいち真の所有者（ここでいうA）に買ったものを取り戻されてしまうのでは、経済活動に支障が出て動産売買が円滑に成り立たなくなってしまう。

そこで、動産については、取引の安全を守るために、売主が所有者でなくとも目的物を持っており（これを占有という）、買主がそ

の権利者としての外観を信じて買い受け、その動産の引き渡しを受けた場合は、所有権を取得するものとした（真の所有者は所有権を失う）。これを即時取得という。

例題では、Cは時計の所有権を取得することができることになる。



第1編 総則



第1章 私権の主体～人～

第1節 権利能力

1 権利能力の意義

権利能力とは、私法上の権利・義務の主体となることができる資格のことである。権利能力を有するのは、自然人と法人である。

権利能力とは、簡単にいえば、契約を結んだり、物を所有したりすることができる地位をいう。物権や債権などの権利を持つことができる地位ということである。

また、自然人とは要は〈人間〉のことである。人は、生きている限り権利能力がある。次に、法人とは〈自然人以外のもので法が権利能力を与えたもの〉である。

2 自然人の権利能力～始期と終期

自然人は、いつからいつまで権利能力を取得しているのか。その始期と終期が問題となる。

まず、始期についてであるが、自然人が権利能力を取得するのは、その出生の時である（3条1項）。出生の時とは、胎児が母体から全部露出した時と考えるのが通説である。

次に、終期についてであるが、自然人の権利能力は、死亡によって、消滅する（882条）。

つまり、自然人が権利能力を取得しているのは、出生から死亡までということになる。

3 胎児の権利能力

(1) 胎児が権利能力を有する場合

胎児は、まだ出生していないのであるから、権利能力をもたないのが原則である。しかし、近い将来生まれてくることが予想されることから、権利能力を否定すると不平等な結果をまねく場合がある。

たとえば、胎児が出生する前に、その父親が死亡した場合、胎児の姉はその父親の財産を相続できるのに、胎児は相続できないことになる。

そこで、民法は例外的に、①不法行為に基づく損害賠償請求（721条）、②相続（886条1項）、③遺贈（965条）については、胎児を生まれたものとみなし、権利能力を与えることにした。ただし、胎児が生きて生まれたことが前提である（886条2項）。

(2) 「既に生まれたものとみなす」の意味

胎児は、生きて生まれることを前提に、先述した3つの場面については、権利能力を取得するが、その意味について2つの考え方がある。

【論点】胎児は「既に生まれたものとみなす」の意味

A説 停止条件説（大判昭和7・10・6）

胎児は、胎児である間は権利能力がなく、生きて生まれれば、不法行為や相続の時点にさかのぼって権利能力を取得する。

理由 ① 民法上、胎児の法定代理人に関する規定はない。

② 胎児が出生するまでに要する期間は10か月前後にすぎないので出生するまで待っても保護に欠けるとはいえない。

B説 解除条件説（登記実務）

胎児は胎児でいる間にも権利能力を取得しているが、胎児が死体で生まれればさかのぼって権利能力を失う。

理由 ① 胎児保護のために胎児の母に法定代理人の地位を認めるべきである。

② 医療が進歩し、死産率が低下している現代においては、解除条件が成就することは多くない。

2つの説の違いは、胎児でいる間にその法定代理人が存在できるのか、という点に現れる。停止条件説では、胎児でいる間に権利能力がないため、法

定代理人は存在しえない。それに対し、解除条件説では、胎児でいる間も権利能力があるため、法定代理人も存在し、たとえば、遺産分割協議もできることになる。

第2節 意思能力

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、無効となる（3条の2）。

意思能力とは、自己の行為の結果を弁識するに足りるだけの精神能力のことである。

たとえば、本を買うときにはお金がいることや、買った本は、自分の所有物になるということがわかるということである。

子どもでいえば、一般的に7歳くらいの子どもの意思能力があるとされる。

逆に、7歳に至らないくらいの幼児、泥酔者、高度の精神病者、意思の自由を欠くほどに強迫された者は、意思無能力者とされ、この者のした法律行為は無効となる。契約でいえば、有効要件を満たさず無効となるのである。

第3節 行為能力

1 行為能力

行為能力とは、自らの行為によって、法律行為の効果を確定的に自己に対して帰属させることができる能力である。この能力がない者を制限行為能力者という。

2 制限行為能力制度の趣旨

たとえば、15歳くらいの未成年者は、意思能力はあるので、意思表示の合致である契約はすることができる。しかし、未成年者は、社会経験も少なく判断能力も不十分なため、悪い人間に不利な契約を結ばされかねない。そこで、このように判断能力が不十分な者の法律行為を制限し、保護監督者を付けて能力を補充し、また、制限された行為を本人が単独で行った場合に取消しを認めることで、このような者を保護していこうとする制度が制限行為能力制度である。

制限行為能力者は取引の安全のために定型化されており、未成年者・成年被後見人・被保佐人・被補助人がある。未成年者は年齢に基づくものであるが、成年被後見人・被保佐人・被補助人は、精神上の障害に基づくものである。また、それぞれに法定代理人・成年被後見人・保佐人・補助人という保護監督機関が付く。以下、この節では、この制限行為能力者を1つずつ確認していく。

《補充解説》

判断能力の不十分な者（認知症高齢者・知的障害者・精神障害者等）を保護するため、成年後見制度が設けられている。成年後見制度は、法定後見制度と任意後見制度に分けられる。

法定後見制度には、後見・保佐・補助があり、前述の成年被後見人・被保佐人・被補助人は、この制度によるものである。この法定後見制度は、法律の定めに従って家庭裁判所が保護機関を選任し、これに権限を付与するものである。

これに対し、任意後見制度は、契約によって本人が任意後見人を選任し、これに権限を付与するものである。

これは、たとえば、旅費・学費等目的を定めて処分を許した場合に未成年者がその目的の範囲内で契約を結ぶというようなことである。

- (ウ) 法定代理人が目的を定めずに処分を許した財産を処分する行為（5条3項後段）

これは、法定代理人が小遣いを渡した場合、未成年者が、それを自由に処分するというようなことである。

- (エ) 法定代理人から許された未成年者の営業に関する行為（6条1項）
たとえば、法定代理人からラーメン屋の営業を許可された場合、未成年者はその営業に関する行為を単独で有効に行うことができる。

営業の許可は、一種または数種の営業を、その種類の特定をすることが必要であり、一種の営業をさらに制限することはできない。

(3) 法定代理人の権利

① 同意権

法定代理人は、未成年者の行為を有効なものにするため、事前に同意を与えることができる（同意権）。

② 取消権・追認権

すでに述べたように未成年者が法定代理人の同意を得ずにしてしまった法律行為は、取り消すことができる（取消権）。しかし、未成年者の行った法律行為がすべて未成年者に不利益なわけではない。そこで、このような場合、法定代理人は、未成年者の行った法律行為を事後的に追認することもできる（124条2項1号）。つまり、法定代理人には追認権がある。法定代理人が追認すると未成年者の行った法律行為は有効なものとして確定することになる（122条）。

③ 代理権

未成年者が法律行為を有効にするためには、以上見てきたように、法定代理人の同意を得て、未成年者が行為したり、あるいは、未成年者が行為したうえで法定代理人に追認してもらったりする方法がある。しかし、それだけでなく、法定代理人は、未成年者に代わり自ら法律行為をすることができる。つまり、法定代理人には、代理権がある（824条、859条）。

4 成年被後見人

(1) 成年被後見人の意味

成年被後見人とは、精神上の障害により、事理弁識能力を欠く常況にある者であって、家庭裁判所の後見開始の審判を受けた者のことである（7条）。

(2) 後見開始の審判の要件

① 実質的要件

精神上の障害により、事理弁識能力を欠く常況にあることである。「事理弁識能力を欠く」というのは、日常的なことがわからなくなっていることであり、たとえば、家族の名前や住所がわからなかったり、日常の買い物で1人ではできなかつたりするような状態である。「常況にある」というのは、恒常的にそのような状態にあるということである。

② 形式的要件

本人・配偶者・4親等内の親族・未成年後見人・未成年後見監督人・保佐人・保佐監督人・補助人・補助監督人または検察官が、家庭裁判所に請求すること（7条）。

この請求権者からの請求が必要であり、家庭裁判所は職権で後見開始の審判をすることはできない。

③ 審判

以上の実質的要件と形式的要件を具備している場合には、家庭裁判所は必ず、後見開始の審判をしなければならない。

(3) 後見開始の審判の効果

後見開始の審判を受けた者は、成年被後見人となる。そして、成年被後見人に、その保護機関として成年後見人が付けられる（8条）。

※成年後見人は、法人でもよい（843条4項かつこ書）。

※2人以上の成年後見人を選任することができる（859条の2）。

(4) 成年被後見人の行為能力

成年被後見人の行為は、原則として取り消すことができる（9条本文）。このことは、成年後見人の同意を得て行った行為についても同様であ

り取り消すことができる。成年被後見人は、事理弁識能力がなく、同意を与えたとしてもそのとおりの行動をすることは期待できず、本人の利益を害することになってしまうからである。これは、成年後見人には、同意権がないことを意味する。

ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、成年被後見人が単独で行った場合でも、取り消すことはできない（9条ただし書）。たとえば、毎日の食料品の買い物などである。

なお、一定の身分行為（婚姻・協議上の離婚）は、意思能力が回復している間になされたものであれば有効にすることができる（738条、764条）。

(5) 成年後見人の権利

成年後見人は、成年被後見人のした行為を取り消すことができる（取消権）（120条1項）。また、成年被後見人に代わって、行為を行うことができる（代理権）（859条）。しかし、前述のとおり、同意権はない。

また、成年後見人は、成年被後見人が単独で締結してしまった法律行為を事後的に追認し、有効なものとして確定させることができる（追認権）（124条2項1号）。

(6) 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（事理弁識能力を欠く常況でなくなったとき。保佐、補助開始の要件となる精神状態に回復したときを含む）は、本人・配偶者・4親等内の親族・後見人・後見監督人または検察官の請求があれば、家庭裁判所は、後見開始の審判を取り消さなければならない（10条）。その結果、後見開始の審判は将来に向かって効力を失う。

5 被保佐人

(1) 被保佐人の意味

被保佐人とは、精神上の障害により、事理弁識能力が著しく不十分な者であって、家庭裁判所の保佐開始の審判を受けた者のことである（11条本文）。

(2) 保佐開始の審判の要件

① 実質的要件

精神上の障害により、事理弁識能力が著しく不十分なことである(不十分を超えて事理弁識能力を欠く常況にあるときには成年後見開始の実質的要件を満たすことになる)。

② 形式的要件

本人・配偶者・4親等内の親族・後見人・後見監督人・補助人・補助監督人または検察官が家庭裁判所に請求すること。

(3) 保佐開始の審判の効果

保佐開始の審判を受けた者は、被保佐人となる。そして、保護機関として保佐人が必ず付けられる(12条)。

(4) 被保佐人の行為能力

被保佐人は、次に掲げる行為をするには、保佐人の同意を得なければならない(13条1項・2項)。これらの行為を保佐人の同意を得ずにした場合は、取り消すことができる行為となる(同条4項)。

同意を要する行為(13条記載事項)	具体例
元本を領取し、または利用すること(1項1号)	貸金の返済を受けること
借財または保証をすること(同項2号)	金銭消費貸借契約を結ぶこと(借金をするという事)。他人の保証人になること
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(同項3号)	土地や建物の売買契約を結ぶこと
訴訟行為をすること(同項4号)	民事訴訟の原告になって訴訟を遂行すること※1
贈与、和解、仲裁合意をすること(同項5号)	他人に対して贈与をすること※2
相続の承認もしくは放棄または遺産の分割をすること(同項6号)	相続の単純承認や放棄をすること
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、または負担付遺贈を承認すること(同項7号)	負担の付いている贈与を受けること※3

新築・改築・増築または大修繕をすること（同項8号）	建物の新築について注文主となり大工と請負契約を結ぶこと
民法602条に定める期間を超える賃貸借をすること（同項9号）	短期賃貸借でない賃貸借をするということである。山林10年，土地5年，建物3年，動産6か月の期間を超える賃貸借契約を結ぶこと
前各号に掲げる行為を制限行為能力者（未成年者，成年被後見人，被保佐人及び17条1項の審判を受けた被補助人をいう。）の法定代理人としてすること（同項10号）	未成年者Aの法定代理人Bが被保佐人であるときに，BがAを代理して前各号に掲げる行為をするとき。この場合は，保佐人Cの同意が必要となる
13条1項各号以外の行為で家庭裁判所の審判により保佐人の同意を要するものとされた行為（2項本文）	1項の1号から10号で規定する行為以外で家庭裁判所が定めた行為である

- ※1 相手方が訴えてきた訴訟に対し応訴し，被告になることは含まれない（民訴32 I）。
- ※2 贈与を受けることは含まれない。
- ※3 負担付でない贈与や遺贈を受けることは含まれない。
- ※この表の行為に当てはまるようなものであっても，日常生活に関するものである場合は，含まれず，保佐人の同意は不要である（13条1項ただし書・2項ただし書）。

(5) 保佐人の権利

① 同意権・取消権・追認権

保佐人は，13条1項・2項に掲げた行為のみ同意することができる（同意権）（13条1項）。それ以外の行為については，同意権は有しない。また，被保佐人が保佐人の同意を得ることなく13条1項・2項に掲げる行為をしたときは，保佐人はその行為について取り消すことができる（取消権）（13条4項，120条1項）。また，そのように同意なくしてした行為を事後的に追認することもできる（追認権）（122条）。

なお，保佐人の同意を要する13条1項・2項の行為について，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って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）。

② 代理権

保佐人は，原則として代理権は有しない。しかし，家庭裁判所は，保佐開始の審判請求権者または保佐人もしくは保佐監督人の請求によ

って、保佐人に特定の行為の代理権を与える旨の審判をすることができる（876条の4第1項）。このとき、被保佐人本人以外の者の請求によって、この代理権を与える旨の審判をするには、本人の自己決定権を尊重するため、本人の同意を得る必要がある（同条2項）。なお、代理権付与の対象となる特定の法律行為は、13条1項に列挙されているものに限定されない。

(6) 保佐開始の審判の取消し

保佐開始の審判の原因が消滅したとき（事理弁識能力が著しく不十分な状態でなくなったこと。補助開始の要件となる精神状態まで回復した場合を含む）は、本人・配偶者・4親等内の親族・未成年後見人・未成年後見監督人・保佐人・保佐監督人または検察官の請求があれば、家庭裁判所は、保佐開始の審判を取り消さなければならない（14条1項）。その結果、保佐開始の審判は将来に向かって効力を失う。

6 被補助人

(1) 被補助人の意味

被補助人とは、精神上の障害により事理弁識能力が不十分であって、家庭裁判所の補助開始の審判を受けた者のことである（15条1項本文）。

(2) 補助開始の審判の要件

① 実質的要件

精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分であること（不十分を超えて、著しく不十分になると保佐開始の審判の要件に該当することになる）（15条）。

② 形式的要件

本人・配偶者・4親等内の親族・後見人・後見監督人・保佐人・保佐監督人または検察官が家庭裁判所に請求すること。

本人以外の者の請求による場合は、本人の同意を得ることが必要である（15条2項）。本人の自己決定権を尊重するためである。

(3) 補助開始の審判の効果

① 補助開始の審判を受けた者は被補助人となる。そして、被補助人に

は、その保護機関として補助人が必ず付けられる（16条）。

- ② 家庭裁判所は、補助開始の審判をする場合、その審判とともに、補助人に同意権または代理権の一方または双方を付与する旨の審判をしなければならない（15条3項）。本人以外の者の請求によって、この審判をするには、本人の同意を得なくてはならない（17条2項、876条の9第2項、876条の4第2項）。

(4) 補助人の権利

前述したように、補助開始の審判とともに、補助人に同意権または代理権の一方または双方を付与する旨の審判をすることになるが、この審判の内容により、補助人の権利も変わってくる。つまり、補助人は、この審判の態様により、①同意権のみが与えられている者、②同意権と代理権が与えられている者、③代理権のみが与えられている者に分けられるのである。

① 同意権

補助人に同意権を与える旨の審判をしたときは、補助人に同意権が与えられる（17条1項）。補助人に同意権を与えることができる行為の範囲は、民法13条1項に規定する行為の一部、つまり、被保佐人が保佐人の同意を要する行為の一部に限られる（17条1項ただし書）。

また、補助人の同意を要する行為について、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、同意しないときは、家庭裁判所は、被補助人の請求によって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）。

② 取消権・追認権

審判によって、同意権を与えられた範囲で、補助人は、取消権と追認権も与えられる（120条1項、122条）。

③ 代理権

補助人に代理権を与える旨の審判をしたときは、補助人に代理権が与えられる（876条の9第1項）。補助人に代理権を与えることができる行為は、13条1項の行為に限定されない。

(5) 被補助人の行為能力

被補助人は、補助人に同意権が与えられた範囲で行為能力が制限され、同意を得ないでしたその範囲の行為は取り消すことができるものになる

(17条4項)。反対に、それ以外の行為については、単独で有効に行為をすることができる。このことから、補助人に代理権のみを与えた場合は、被補助人は、行為能力が制限されることなくすべての行為を単独で行うことができることになる。

(6) 補助開始の審判の取消し

補助開始の審判の原因が消滅したとき（事理弁識能力が不十分な状態でなくなったこと）は、本人・配偶者・4親等内の親族・未成年後見人・未成年後見監督人・補助人・補助監督人または検察官の請求があれば、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1項)。その結果、補助開始の審判は将来に向かって効力を失う。

〈制限行為能力者のまとめ〉

	未成年者	成年被後見人	被保佐人	被補助人
要件	20歳（令和4年4月1日以降は18歳）未満の者	精神上の障害により、事理弁識能力を欠く常況にあること 本人・配偶者・4親等内の親族・未成年後見人・未成年後見監督人・保佐人・保佐監督人・補助人・補助監督人または検察官が、家庭裁判所に請求すること	精神上の障害により、事理弁識能力が著しく不十分なこと 本人・配偶者・4親等内の親族・後見人・後見監督人・補助人・補助監督人または検察官が家庭裁判所に請求すること	精神上の障害により事理弁識能力が不十分であること 本人・配偶者・4親等内の親族・後見人・後見監督人・保佐人・保佐監督人または検察官が家庭裁判所に請求すること
保護者	法定代理人（親権者・未成年後見人）	成年後見人	保佐人	補助人

保護者の権能	代理権	○	○	△（付与の審判があれば与えられる）	△（付与の審判があれば与えられる）
	同意権	○	×	○（13条の行為について）	△（付与の審判があれば与えられる）
	追認権	○	○	○（13条の行為について）	△（同意権が与えられたときに存在する）
	取消権	○	○	○（13条の行為について）	△（同意権が与えられたときに存在する）

《補充解説》任意後見契約制度

以上、成年後見・保佐・補助の法定後見制度を説明してきたが、これらは、事理弁識能力が低下してから、家庭裁判所が保護機関を選任するものであるが、自己の判断能力の低下に備えて、本人が自分であらかじめ保護機関を選んでおこうというのが、任意後見契約の制度である。

任意後見契約とは、本人が、精神上の障害により事理弁識能力が不十分になった場合に備えて結ぶ委任契約であり、「自己の生活、療養監護及び財産の管理に関する事務の全部または一部」を受任者に依頼し、その事務を処理するための代理権を付与するものである（任意後見契約に関する法律2条1号）。

まず、この契約は、本人が代理人を監督できないという性質上、悪用を防ぐため、公証人の関与により、本人の意思を確実に確認し適法かつ有効な契約を担保するという観点から、公証人の作成する公正証書によることを要する（任意後見契約に関する法律3条）。

そして、有効な契約がなされると、公証人からの嘱託により自動的に任意後見契約の登記がなされる。任意後見契約が締結されると法定後見を開始することができないため、その公示をする必要があるからである。

また、この契約は、本人が事理弁識能力の衰えた状態で効力を発揮するので、代理人を監督するため、任意後見監督人を選任する必要があり、この任意後見監督人が選任されたときにはじめてこの契約は効力を生ずる（任意後見契約に関する法律2条1号）。

任意後見契約を締結した場合には、その本人について法定後見開始の審判がされても家庭裁判所は本人の自己決定権の尊重の観点から、本人のために特に必要があると認める場合でなければ、法定後見開始の審判をすることができない（任意後見契約に関する

る法律10条)。任意後見優先の原則が採用されているのである。

7 制限行為能力者と取引をする相手方の保護

(1) 制度趣旨

制限行為能力者の法律行為（たとえば、未成年者が法定代理人の同意を得ずにした売買契約）は、取り消すことのできる行為となるが、取り消すかどうかは、もっぱら制限行為能力者側の意思にかかっており、自由である。そのため、制限行為能力者と取引した相手方は、その契約が取り消されて無効なものとなるのか、取り消されずに有効な契約のままであるのかわからないという不安定な地位に置かれることになる。そこで、制限行為能力者と取引した相手方を保護するため、民法は、「催告権」（20条）と「制限行為能力者が詐術を使った場合の取消権の剥奪」（21条）について規定している。

(2) 相手方の催告権

制限行為能力者の相手方は、1か月以上の期間を定め、その期間内に取り消すことができる行為を追認するかどうかの確答を促す催告をすることができる。この期間内に制限行為能力者側からの確答を促して、相手方が不安定な地位から早期に脱することを目的としている。

そして、もし、制限行為能力者側が期間内に確答を発しない場合は、下図のように、追認か取消しをしたものとみなされる。

相手方は、誰に対して催告できるのか、期間内に確答を発しない場合の効果は追認になるのか取消しになるのかは、以下図のとおりである。

	行為能力者となった後		制限行為能力者である間	
	催告の相手方	確答がない場合の效果	催告の相手方	確答がない場合の效果
未成年者	本人	追認	法定代理人	原則：追認
成年被後見人			成年被後見人	原則：追認
被保佐人			本人	取消し
			保佐人	原則：追認
被補助人			本人	取消し
			補助人	原則：追認

まず、誰に対して催告できるか、ということであるが、「催告を受領する能力があり、かつ、取消しまたは追認をすることができる者」に対して催告をしていくことになる。本人が、行為能力者となったときには、本人のみが該当するので、本人に催告をしていくことになる。制限行為能力者である間は、基本的に、保護者に対して催告をすればよいが、被補助人と被保佐人は、98条の2で意思表示を受領する能力があるとされていることから、催告を受領する能力もあるとされている。よって、被保佐人と被補助人に対しては、本人に対して催告することができる。

次に、確答がない場合の效果であるが、催告を受けた者が単独で追認することができる者であるときは追認したものとみなされ、そうでない場合には取り消したものとみなされる。よって、行為能力者になった後の本人や制限行為能力者の保護者は単独で追認できるので、これらの者に対する催告の場合、確答がなければ原則追認とみなされる。反対に、単独で追認できない被保佐人・被補助人本人に催告した場合、確答がなければ、取り消したものとみなされる。なお、表の中で保護者から確答がないときの効果は「原則：追認」とされているが、例外は、この保護者に監督人がついている場合である。この場合は、監督人の同意を得なければ追認できないので、確答のない場合の效果は「取消し」となる。

(3) 制限行為能力者の詐術

① 意義

制限行為能力者が相手方に対し、自己が行為能力者であると誤信させるため、詐術を用いた場合、その行為を取り消すことができない(21条)。このような者は、制限行為能力者だからといって保護する必要

はなく、かえって信義則に反するからである。

② 要件

(ア) 「行為能力者であることを信じさせるため」詐術を使ったこと

行為能力者であると誤信させた場合だけでなく、同意権者の同意があったと誤信させた場合も含む（大判明治37・6・16）。

制限行為能力者が代理人であると偽った場合は含まない。「行為能力者であると信じさせるため」の詐術とはいえないからである。

(イ) 「詐術」を用いたこと

詐術といえるためには、行為能力者であると誤信させるような積極的な陳述をしたことが原則として必要になる（大判大正5・12・6）。したがって、単に制限行為能力者であることを黙秘しているだけでは詐術とはいえない。ただし、制限行為能力者であることを黙秘している場合であっても、それが制限行為能力者の他の言動などとあいまって相手方を誤信させ、または誤信を強めたと認められるときは、「詐術」があったものとされる（最判昭和44・2・13）。

また、詐術は、制限行為能力者自身が行うことが必要である。したがって、第三者の言動で相手方が制限行為能力者を行為能力者であると誤信しても、制限行為能力者は原則どおり、自己の行為を取り消すことができる。

(ウ) 相手方が詐術によって行為能力者である、または同意を得ていると信じたこと

③ 効果

制限行為能力者（法定代理人、保佐人、補助人を含む）は、その行為を取り消すことができなくなる。つまり、完全に有効な法律行為となる。

第4節 住所・不在者・失踪宣告

1 住所

人は、一定の生活の本拠を中心に法律関係を形成しているが、この生活の本拠のことを住所という（22条）。

2 不在者制度と失踪宣告制度の趣旨

人は、住所を中心に法律関係を形成しているが、この住所を離れて、行方不明になった場合に、その間、この者の財産を管理する必要が生じる。これが、不在者制度である。

また、この者が帰ってくる見込みがなくなった場合には、この者を死亡したものとみなし、住所で生じていた法律関係を終了させることができる。帰ってくる見込みもないのに住所で生じている法律関係をそのまま放置しておくことは、残された家族や債権者などの利害関係人のためにも好ましいものではないからである。これが失踪宣告の制度である。

3 不在者の財産管理制度

(1) 不在者の意義

不在者とは、住所を去って、容易に帰ってくる見込みのない者をいう。

(2) 不在者の財産の管理

不在者が自ら財産管理人を置かなかった場合には、国家が関与し、これを管理する必要が生ずる。そこで、不在者が自己の財産の管理人を置かなかった場合には、家庭裁判所は、利害関係人または検察官の請求により、不在者の財産の管理について、必要な処分を命じることができる（25条1項前段）。たとえば、財産管理人を置くことなどができる。

裁判所がその処分の一環として置いた財産管理人の権限は、103条に定める行為に限定される。つまり、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目的とする行為（管理行為）に限られる。この権限を超える行為をするには、

家庭裁判所の許可が必要となる（28条前段）。

4 失踪宣告

(1) 失踪宣告の意義

失踪宣告とは、不在者等に一定期間生死不明の状態が続き、死亡した可能性が高い場合に、推定相続人などの利害関係人のために、その失踪者を死亡したものとみなして、その者の従来住所を中心とする法律関係を確定させる制度である。

失踪宣告には、普通失踪と特別失踪がある。普通失踪は、一般的な生死不明の状態であるが、それに対し、特別失踪は、戦地に臨んだ者や沈没した船舶の中に在った者など、死亡の原因となるような危難に遭遇したため、特に死亡の蓋然性が高い状態のことである。

失踪宣告による死亡の擬制は、あくまで失踪者の従来住所を中心とした法律関係を確定させるためのものにすぎず、本人（失踪宣告を受けた者）が他の場所で生存していれば、権利能力を失うわけではない。

なお、失踪宣告の制度と不在者の財産管理人の制度は、別個の制度であるから、不在者の財産管理人が選任されているからといって、失踪宣告ができなくなるというものではない。

(2) 失踪宣告の要件

失踪宣告は、次の要件を満たすときに、家庭裁判所が審判によって、行う。

① 実質的要件

不在者の生死不明の状態が一定期間継続すること。その継続期間と起算点は下記のとおり。

(ア) 普通失踪の場合

不在者が生存していると知られた最後の時から7年間（30条1項）。

(イ) 特別失踪の場合

危難が去った時から1年間（30条2項）

② 形式的要件

利害関係人の請求があること。検察官は請求権を有しない。

(3) 失踪宣告の効果

失踪の宣告を受けた者は、死亡したものとみなされる（31条）。死亡したものとみなされる時期は下記のとおり。

① 普通失踪の場合

失踪期間（7年間）の満了した時。

② 特別失踪の場合

危難の去った時。危難が去ってから1年を経過した時ではない。

(4) 失踪宣告の取消し

① 要件

次の要件を満たすとき、家庭裁判所は、失踪の宣告を取り消さなければならない（32条1項前段）。

(ア) 実質的要件

失踪の宣告を受けた者が、生存していることが証明されたこと、または失踪の宣告によって死亡されたとみなされる時と異なる時に死亡したことが証明されたこと。

(イ) 形式的要件

本人または利害関係人の請求があること。

② 効果

(ア) 原則

失踪宣告の取消しが確定すると、はじめから失踪宣告がなかった場合と同様の効果を生じ（遡及効がある）、死亡したものとみなされたことから生じた身分上・財産上の権利変動はなかったものとみなされる。つまり、失踪宣告によって、権利を得た者はそれを失い、終了した婚姻関係は、復活することになる。

(イ) 例外

上記の効果を貫くと、失踪宣告を信じた者は不測の損害を受けることになってしまう。そこで、下記のような例外が設けられている（失踪宣告の取消しの遡及効が制限されているということである）。

(a) 失踪宣告によって、直接財産を得た者は、その取消しにより、権利を失うことになるが、現に利益を受けている限度においてのみ、その財産を返還すれば足りる（32条2項）。

「利益を受けている限度」とは、受け取った利益がそのままの形で、または形を変えて残っていることをいう。

たとえば、相続人が、相続によって得た利益をゲームセンターで無益に使ってしまった場合、使ってしまったお金は、形を変えても手元に残っていないので、その分の返還をする必要がないのである。

これに対して、生活費に使った場合は、財産が形を変えて残っていると見えるし、債務の弁済（大学の入学金など）に充てた場合には、その分自己の財産の支出を免れたのであるから、これらの場合は、返還をしなければならない。

なお、この条文は、取得者の善意・悪意を区別していないが、悪意者を保護する必要はないので、悪意の場合は、利益を受けている限度ではなくて、全額（さらに利息を付けて）の返還が必要だと解釈されている（704条）(多数説)。

- (b) 失踪宣告後、その取消し前に善意でした行為の効力は、取消しにかかわらず、その効力を妨げられない（32条1項後段）。失踪宣告を信じた者を保護するためである。

この場合、その行為が契約などの場合、当事者双方の善意が必要となる（大判昭和13・2・7）。たとえば、Aが失踪宣告を受けたことで、土地を相続したBが、その土地をCに売却した事例では、BC双方が善意であれば、その後に失踪宣告が取り消されても、この売買契約の効力は失われない。なお、双方善意で売買がなされた後に、悪意の者（転得者）が出現しても効力が否定されるわけではない。

この考え方は、婚姻についても当てはまる。たとえば、Aが失踪宣告を受けたことで、その配偶者BはCと婚姻をした。BC双方が善意であれば、その後に、Aの失踪宣告が取り消されても、BCの婚姻は効力を失わず、AB間の婚姻は復活しない。

逆に、BCの一方または双方が悪意であれば、失踪宣告の取消しにより、BC間の後婚は当然に効力を失うわけではないが、AB間の前婚が復活する。つまり、Bは、AともCとも婚姻している状態になる。この場合に、どのように処理していくかが問題になるが、前婚については、離婚原因（770条1項5号）、後婚については、取消原因（744条2項、732条）になる、とされている。

第2章 権利の客体～物～

1 物の意義

「物」は、物権の客体となるのであるが、その「物」とは、有体物のことである（85条）。有体物とは、有形的に存在する物のことであり、具体的には、固体・液体・気体のことである。

2 不動産と動産

(1) 不動産

不動産とは、土地及びその定着物のことである（86条1項）。土地の定着物として代表的なものは、建物である。建物は、常に土地とは独立した不動産とされる。

(2) 動産

動産とは、不動産以外の物である（86条2項）。つまり、有体物のうち、土地や建物などを除いたものは、すべて動産である。机・ペン・かばんなどは、すべて動産である。

3 主物と従物

(1) 主物・従物の意義

従物とは、独立の物でありながら、客観的・経済的に他の物（主物）に従属してその効用を高めている物である。従物は、主物の存在を前提にしてその価値を高めることに意味があるので、法律的にも主物と同一に扱い、従物の社会的効用を維持するのが望ましい。そこで民法は、主物・従物の制度を規定した。

(2) 従物の要件

- ① 主物から独立した物であること（独立性）。
- ② 主物の常用に供せられていること（常用性）。つまり，社会観念上，継続して主物の経済的効用を助けるものであること。
- ③ 特定の主物に付属すると認められる程度の場所的關係にあること。
- ④ 主物と同一の所有者に属すること（大判昭和10・2・20）。

(3) 効果（従物の取扱い）

従物は主物の処分に従う（87条2項）。たとえば，主物について，売買や賃貸借が行われた場合は，従物もその対象となるということである。なお，主たる不動産について登記があれば，その従物である動産についても第三者に対抗することができる（最判昭和44・3・28）。

従物とは，簡単にいえば，独立した物ではあるが，主物の価値を高めるために存在する物のことである。たとえば，ボールペンのキャップは，それ自体取外しもできる独立物であるが，それ自体では役に立たず，主物であるボールペンの価値を高めるために存在するので，ボールペンが主物であり，キャップはその従物となる。そして，従物であるキャップだけあっても意味がなく経済的効用もないので，ボールペンを買った場合，キャップも付いてくる。これが従物は主物の処分に従うということである。

ほかには，土地に対して，石灯籠や庭石が従物に当たる。また，建物という主物に対しては，障子や畳が従物になる。ベランダやシャッターは取外しができるわけではなく，独立性がないので従物ではなく，建物の一部となる。

4 果実

(1) 果実の意義

果実とは，物から生じる経済的利益のことである。この果実を産出する物を元物という。果実には天然果実と法定果実がある。

(2) 天然果実と法定果実

① 天然果実

天然果実とは，元物からその経済的用法に従って自然に収穫される

ものである（88条1項）。

たとえば、牛が出す牛乳、樹木から採れる果物、畑から採れる野菜、山林から伐採される木材などである。

② 法定果実

法定果実とは、元物を他人に使用させた対価として収取されるものである（88条2項）。

たとえば、家を貸した場合に得られる家賃、金銭を貸したときに得られる利息などである。

(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おいて、これを収取する権利を有する者に帰属する（89条1項）。

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、日割計算により取得する（89条2項）。

第3章 法律行為

1 法律行為の意義

民法の条文は、基本的に、一定の事実（法律要件と呼ぶ）があれば、権利の発生・変更・消滅などの一定の私権の変動が生ずる（法律効果）という構成で成り立っている。たとえば、売買契約が締結されると、所有権が移転したり、債権が発生したりするというのもこの構成である。

[法律要件]	⇒	[法律効果]
売買契約		所有権移転 代金債権・目的物引渡債権成立

この法律要件の中でも、意思表示を不可欠の要素とする法律要件のことを法律行為と呼ぶ。法律要件の中には、時効や相続など意思表示を含まないものもあるが、法律効果を生じさせようとする人の意思に基づいてなされる法律要件が、法律行為なのである。

契約も意思表示が不可欠であるから、法律行為の一つといえる。

2 法律行為の種類

法律行為には、単独行為・契約・合同行為がある。

① 単独行為

単独行為とは、単一の意味表示によって、構成される法律行為である。たとえば、取消しは、相手方に「取り消す」という意思表示をすれば成立し、それに対して、相手が承諾するということは不要である。

② 契約

契約とは、2つ以上の対立的意思表示の合致で成立する法律行為である。たとえば、売買契約は、売主の「売らしましょう」という意思表示と買主の「買いましょう」という意思表示の内容が合致することにより成立する。

③ 合同行為

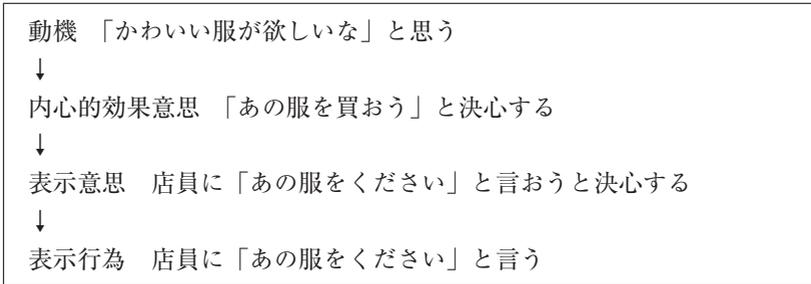
数人が共同して同一目的に向かってする意思表示の結合によって成立する法律行為である。たとえば、会社の設立は、「会社を設立する」という同一の意思表示の結合により成立する。

第4章 意思表示

第1節 意思表示の意義

1 意思表示の構造

意思表示の構造は、伝統的な説明方法では、下図のように分析される。



まず、人が、一定の法律効果を欲して意思表示をするには、動機があるのが通常である。しかし、この動機は、意思表示の内容ではなく、意思表示の前段階であると説明される。法律上の意思表示は、内心的効果意思から表示行為までなのである。

そして、その動機を前提に、一定の法律効果を欲する意思（内心的効果意思）が形成され、さらに、それを外部に表示しようとする意思（表示意思）が形成される。

そして、その意思を外形的行為（表示行為）で表現し、意思表示の完成となる。

2 意思の欠缺^{けんけつ}と瑕疵^{かし}ある意思表示

内心的効果意思と表示行為が一致しない場合を意思の欠缺という。つまり、考えていることと、口に出していることが違う場合である。具体的に

は、心裡留保、虚偽表示などがある。それぞれの詳細は後述する。

それに対して、瑕疵ある意思表示は、表示に対応する意思はあるので意思の欠缺には当たらないが、その意思の形成過程に瑕疵がある場合のことである。具体的には、詐欺による意思表示・強迫による意思表示がある。

第2節 意思の欠缺

1 心裡留保

(1) 心裡留保の意義

心裡留保とは、表意者が、表示行為に対応する内心的効果意思がないことを知りながらする意思表示、すなわち、真意でないことを自ら知っていてする意思表示である。売る意思がないのに「売る」と表示するような嘘や冗談がこれに当たる。

(2) 心裡留保の要件

- ① 内心的効果意思と表示（上の効果意思）が一致していないこと。
- ② その不一致を表意者が知っていること。

(3) 心裡留保の効果

① 原則

心裡留保による意思表示は、原則として有効である（93条1項本文）。内心の意思と表示が不一致であり、表示に対応する意思がないのであるから、意思主義の原則（表示に対応する意思がなければ意思表示は無効であるとの考え方）からは無効になるのが理論的である。しかし、心裡留保の場合、その不一致を表意者が知っているのであるから、表意者を保護する必要はなく、逆に、相手方を保護するため、意思主義を採用せず（表示主義の採用）、有効とした。

② 例外

相手方が、表意者の真意ではないことを知っていた場合（悪意）、または一般的に要求される注意をしていれば知ることができた場合（善意有過失）には、意思表示は無効となる（93条1項ただし書）。これは、相手方が嘘と見抜いて知っていたような場合であり、このような場合にまで、相手方を保護する必要はないので、意思主義の原則通り無効となる。

しかし、この無効は、善意の第三者に対抗することができない（93条2項）。たとえば、Aが、贈与する意思がないのに、自己が所有する土地をBに贈与する旨の意思表示を書面で行った場合に、Bは、そ

れがAの真意ではないことを知っていたが、これを承諾し、さらに、当該土地を善意のCに売却したときは、Aは、心裡留保による無効をCに対抗することができず、Cは、有効に当該土地の所有権を取得する。

2 虚偽表示

(1) 虚偽表示の意義

虚偽表示とは、相手方と通じて行った真意でない意思表示をいう。相手方との通謀がある点で心裡留保とは異なる。たとえば、債務者が債権者からの強制執行を免れるため、所有する土地を、売る気もないのに、友人と共謀のうえ、売買契約をして土地の登記名義を友人に移すようなことがこれに当たる。

(2) 虚偽表示の要件

- ① 内心的効果意思と表示（上の効果意思）が一致していないこと。
- ② その不一致を表意者が知っていること。
- ③ 相手方と共謀していること。

(3) 虚偽表示の効果

① 当事者間における効果

虚偽表示による意思表示は、当事者間においては無効である（94条1項）。

② 第三者に対する関係

虚偽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）。たとえば、AとBが虚偽表示により、Aの土地をBに売買し登記を移した場合、その売買が無効であることを知らずにCがBからその土地の売却を受けたという事例では、Aは、虚偽表示による無効をCに対抗することができないということである。この結果、Cは、この土地の所有権を取得することができる。

ア) 保護される「第三者」の範囲

善意の第三者であれば、どのような者でも保護されるというわけではない。第三者とは、虚偽表示の当事者及び一般承継人以外の者であって、虚偽表示による意思表示が有効であることを信じて、〈新

たに)〈独立した)〈法律上の)利害関係を有するに至った者に限られる(最判昭和42・6・29)。

具体的にどのようなものが第三者に当たり、保護されるのかを、具体的に見ていくことにする。

- (a) 第三者に該当する者
 - (i) 虚偽表示による不動産の仮装譲受人から、この不動産を譲り受けた者(最判昭和28・10・1)
 - (ii) 虚偽表示による譲受人の債権者でその目的物を差し押さえた者(最判昭和48・6・28)
 - (iii) 虚偽表示により債権を作り出した者からその仮装債権を譲り受けた者(大判昭和13・12・17)
- (b) 第三者に該当しない者
 - (i) 虚偽表示による土地の仮装譲受人が建築した建物を賃借した者(最判昭和57・6・8)
 - (ii) 虚偽表示により債権を譲り受けた者から、取立委任の目的でその債権を譲り受けた者(大決大正9・10・18)
 - (iii) 虚偽表示により債権が譲渡された場合の債務者(大判大正4・12・13)
 - (iv) 代理人・法人の代表機関が虚偽表示をした場合の本人や法人(大判大正3・3・16)
 - (v) 1番抵当権が仮装放棄された場合に、順位が上昇したと誤信した2番抵当権者
 - (vi) 虚偽表示による譲受人の一般債権者

94条2項の第三者に当たるかどうかは、「虚偽表示の当事者及び一般承継人以外の者であって、虚偽表示による意思表示が有効であることを信じて、〈新たに)〈独立した)〈法律上の)利害関係を有するに至った者」に当たるかどうかを考えればよい。つまり、その者に〈新たな)〈独立した)〈法律上の)利害関係があるかどうかを考えることになる。

(1) 第三者の「善意」

第三者の「善意」とは、第三者の地位を取得した時点において、その前提の法律行為が虚偽表示であることを知らないことをいう。

(ウ) 第三者の「無過失」の要否

第三者が保護されるためには、善意であることが必要であり、悪

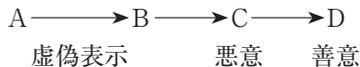
意の者は保護されないが、その善意者は無過失であることまで要求されるかが問題となるが、判例は、無過失であることは不要であるとしている（大判昭和12・8・10）。

(エ) 第三者の「対抗要件」の要否

第三者が保護されるためには、登記や引渡しなどの対抗要件を備える必要はない（最判昭和44・5・27）。詳しくは第2編物権第3章で学習する。

(オ) 第三者からの転得者の地位

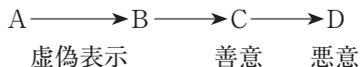
【例題1】 AがBと通謀して、A所有の土地をBに売却したかのように仮装したところ、Bはその土地を悪意のCに売却し、さらにCは善意のDに売却した。Aは、AB間の売買が無効であることをDに対抗し、Dに対して土地の明渡しを請求することができるか。第三者からの転得者であるDが94条2項の第三者に含まれ保護されるのかが問題となる。



Dは、94条2項の第三者に含まれ保護されるので、AはDに売買の無効を対抗することができない。

判例は、中間者が悪意であっても、最初に出現した善意者（転得者）は94条2項の第三者に含まれると考える（最判昭和45・7・24）。なぜならば、転得者であっても、保護すべき要請は、直接の第三者の場合と異なるからである。

【例題2】 AがBと通謀して、A所有の土地をBに売却したかのように仮装したところ、Bはその土地を善意のCに売却し、さらにCは悪意のDに売却した。Aは、AB間の売買が無効であることをDに対抗し、Dに対して土地の明渡しを請求することができるか。保護される善意の第三者からの悪意の転得者が保護されるのかが問題となる。



この例題に対しては、学説が対立していて、2つの考え方がある。

【論点】善意の第三者からの転得者は保護されるか。

A説 (判例・大判大正3・7・9)

善意の第三者であるCが絶対的・確定的に権利を取得し、その時点でAは確定的に権利を失ったといえるから、転得者のDは、たとえ悪意であってもCから有効に権利を取得できる。つまり、ひとたび善意者が出れば、その後の者は悪意であろうが保護されるということである。例題ではAはDに土地の明渡しを請求することはできない。

理由 ① 早期に法律関係を安定させるべきである。

② B説だとCがDから追奪担保責任を問われることになり、善意の第三者Cを保護した趣旨が没却される。

③ B説だと、Aは、いったん権利を失ったにもかかわらず、その後に権利が復活することになり、理論的に妥当でない。

B説

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ものであり、善意の第三者Cが出現しても、転得者Dが悪意であれば、保護されず、Dは、権利を有効に取得できない。例題では、AはDに土地の明渡しを請求することができると思えることになる。

理由 ① A説では、悪意の転得者が保護されることになるが、悪意者を保護するのは法的判断として妥当ではない。

② A説では、悪意者が善意者を「藁人形」として利用することにより、不当に目的物を取得できることになり、妥当でない。

(4) 94条2項類推適用

① 94条2項類推適用の意義

不動産の物権変動において、登記に公信力はないので、登記を信頼して取引をしても、その取引をした相手方が無権利者であれば、権利を取得することができないのが原則である。

しかし、真の権利者と異なる者に不動産の登記名義が存在し（虚偽の外観の存在）、その外観の作出において真の権利者に落ち度があり（真の権利者の帰責性）、第三者がその登記を信頼して取引をした（第三者の外観への信頼）場合には、真実の権利者の犠牲のもとにこの第三者を保護していくのである。これを権利外観法理という。

では、この権利外観法理の根拠条文はどこにあるのだろうか。実は、この権利外観法理を一般的に定めた条文はなく、個々の場合にその考え方が表れた条文が用意されているのみである。そこで、判例は、権利外観法理の典型的な適用例である94条2項を類推適用するという形で、権利外観法理の適用をしているのである。

つまり、個々の条文で規定されていないが、権利外観法理を適用する必要が生じた場合は、94条2項の類推適用という形でこの法理の条文上の根拠を求めるのである。

② 94条2項類推適用の要件

94条2項が類推適用されるための要件は、以下のとおりである。

- (ア) 真の権利者に虚偽の外観を作り出した帰責性（落ち度）があること。
- (イ) 虚偽の外観が存在すること。
- (ウ) 第三者がその外観を信頼して取引をしたこと（善意）。

③ 判例の事案

判例で認められた事案としては、次のようなものがある。

Aは、自己所有の不動産の登記名義をBが勝手にB名義に移したのを知りながら、B名義の登記の抹消を4年あまりにわたって放置しつつ、しかもその間、Aの債務を担保するために、B名義のまま当該不動産に根抵当権を設定したという場合、Aは、Bから当該不動産を善意で譲り受けたCに対し、Bに所有権が移転していないことを主張しえない（最判昭和45・9・22）。

④ 外形が真の権利者の意思を逸脱している場合

【例題】 AB間で通謀して売買予約をし、B名義の虚偽の仮登記が作出されたが、BがAの印鑑を無断使用し本登記に直し、Cに譲渡した場合、Cは所有権を取得できるか。

この場合の問題は、Aは仮登記の外観を作出した帰責性しかないのに、Bの背信行為により、その外観が大きくなってしまったということである。つまり、外観作出に対するAの帰責性が相対的に小さいのである。

判例は、虚偽表示をし、虚偽の外観が作出されたが、その後、相手方の背信行為により、さらに虚偽性の大きな外観が作出された場合、

94条2項, 110条の法意に照らし, 真の権利者は, 善意無過失の第三者に対抗できないとした(最判昭和43・10・17)。

94条2項類推適用では, 第三者は〈善意〉であれば, 保護されるのが原則であるのに対し, 本事例では, 第三者は保護されるために, 〈善意無過失〉がなければならないとされたのである。真の権利者(A)の帰責性が小さい分, 第三者(C)の保護要件を厳しくしたのである。

3 錯 誤

(1) 錯誤の意義

錯誤とは, 表示の内容と内心の意思とが一致しないことについて表意者の認識が欠けていることをいう。たとえば, 契約書に甲土地と記載すべきところを誤って乙土地と書いたような場合である。これを「表示の錯誤」という。また, 錯誤の態様としては, 表示の錯誤のほかに, 「動機の錯誤」がある。動機の錯誤とは, 意思表示をする動機に錯誤がある場合である。たとえば, 鉄道が敷かれ地価が上昇すると信じて土地を買い受けたが, 実際には鉄道が敷かれず, 地価が上昇しなかったような場合である。

(2) 錯誤の要件

意思表示が, 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こと(95条1項)。ただし, 下記(b)の錯誤は, その事情(動機)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(同条2項)。

(a) 意思表示に対応する意思を欠く錯誤(1項1号, 表示の錯誤)

(b) 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(同項2号, 動機の錯誤)

(a)の場合には, (i)表意者が錯誤がなければその意思表示をしなかったであろうと認められること, また, (ii)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こと, すなわち, 通常人であっても錯誤がなければその意思表示をしなかったであろうと認められることが必要である。さらに, (b)の場合には, (i)と(ii)の要件に加え, (iii)動機である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ることが要件とされる。たとえば, 離婚に伴う財産分与として土地を譲渡す

る場合において、分与をする者の側に課税されないことがその財産分与の前提とされていることが表示されているようなとき（分与する動機が課税されないことであることが表示されているようなとき）は、錯誤を理由とする意思表示の取消しが認められる（最判平成元・9・14）。

(3) 錯誤の効果

その意思表示を取り消すことができる（95条1項）。ただし、錯誤が表意者の重大な過失（重過失）によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、意思表示の取消しをすることができない（95条3項）。

(a) 相手方が表意者に錯誤があることを知り、または重大な過失によって知らなかったとき（1号）。

(b) 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき（2号）。

表意者に重過失があった場合には、錯誤を理由として意思表示を取り消すことはできないのが原則である。しかし、表意者が錯誤に陥っていることを相手方が知っていたか、または知らなかったことについて重過失があった場合や、当事者双方が同一の錯誤に陥っていた場合には、表意者に重過失があっても錯誤を理由として意思表示を取り消すことができる。

(4) 第三者の保護

錯誤を理由とする意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者には対抗することができない（95条4項）。

第3節 瑕疵ある意思表示

1 詐欺による意思表示

(1) 詐欺の意義

詐欺とは、人をだまして錯誤に陥れ、それに基づいて意思表示をさせることである。

たとえば、BがAに対して、1万円の価値しかない壺を高価なものであるとだまし、錯誤に陥らせることで、Aに対して100万円で壺を売る売買契約を締結することである。この場合、Aは、100万円で壺を買ったことに対する「100万円で壺を買おう」という内心的効果意思はあるが、その意思を形成する過程にだまされたという瑕疵があるので表意者保護のために詐欺による取消権を与えたのである。

(2) 詐欺による意思表示の要件

詐欺による意思表示といえるためには、以下の要件が必要である。

- ① 欺罔者に相手を錯誤に陥れ意思表示をさせようとする故意があること。
- ② 欺罔行為があること。
- ③ 欺罔行為によって表意者が錯誤に陥って意思表示をしたこと。
- ④ 欺罔行為に違法性があること。

(3) 詐欺による意思表示の効果

① 原則

詐欺による意思表示は取り消すことができる（96条1項）。取り消すことによって、意思表示は初めから無効であったものとみなされる（121条）。

② 例外

(ア) 第三者による詐欺

契約の相手方でなく第三者がした詐欺により意思表示をした場合には、相手方がその事実を知り、または知ることができたときに限り取り消すことができる（96条2項）。だまされた表意者には、ある程度落ち度があるので、その表意者の犠牲のもとで善意でかつ過

失がない相手方を保護するためである。

(イ) 善意無過失の第三者の保護

詐欺による取消しは、善意で過失がない第三者に対抗することができない（96条3項）。

AがBにだまされてBに不動産を売り渡し、そのBからCが事情を知らないで買ったという事例で考えてみよう。

このような場合、Aが詐欺を理由に意思表示を取り消すと、その意思表示はさかのぼって初めから無効であったものとみなされる。つまり、Bは初めから無権利者だったということになる。そして、Cはその無権利者から買ったことになり、この不動産を取得できないのが民法の原則である。

しかし、それでは、善意無過失の第三者に酷であり、取引の安全を害する。その一方で詐欺にかかった者はある程度落ち度があるといえるので、不利益を受けてもやむを得ない。

そこで、96条3項は、取消しによって、AB間の売買が無効になったことをCに対して主張することができないとして善意無過失の第三者の保護を図ったのである。

2 強迫による意思表示

(1) 強迫の意義

強迫とは、害悪を告知することで相手方を畏怖させ、意思表示させることをいう。

たとえば、BがAに対し、「買うまで帰さないぞ」と脅して、壺を売りつける行為である。この場合、詐欺の場合と同じく、Aは壺を買うという表示に対応した、「壺を買おう」という内心的効果意思はある。しかし、この内心的効果意思は、強迫による畏怖によって生じているので意思の形成過程に瑕疵があるといえ、表意者を保護する必要がある。そこで、この意思表示は取り消すことができることにしたのである。

(2) 強迫の要件

強迫による意思表示といえるためには、以下の要件が必要である。

- ① 強迫者に相手方を畏怖させ意思表示をさせようとする故意があるこ

- と。
- ② 強迫行為があること。
 - ③ 強迫行為によって表意者が畏怖を生じて意思表示をしたこと。
 - ④ 強迫行為に違法性があること。

(3) 強迫の効果

強迫による意思表示は常に取り消すことができる（96条1項）。

詐欺の場合と異なり、取引の相手方以外の第三者の強迫による場合でも、相手方が知っているか否か、また、知らないことにつき過失があるか否かにかかわらず、取り消すことができる（96条2項の反対解釈）。また、詐欺の場合と異なり、強迫による取消しは、善意無過失の第三者にも対抗することができる（96条3項の反対解釈）。この違いは、強迫の場合は、詐欺よりも表意者の落ち度が少なく、保護する必要性が高いことによる。

なお、相手方の強迫行為によって、完全に意思の自由を失って意思表示をした場合には、表示に対応する意思それ自体がないので、その意思表示は無効となる。この場合、表意者は強迫による取消しを主張してもいいし、無効を主張してもよい。取消しと無効の二重効が認められているのである（最判昭和33・7・1）。

第4節 意思表示の効力の発生

(1) 到達主義の原則

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）。この場合の到達とは、相手方が了知することができる客観的状态を生ずることをいい、相手方に直接手渡される必要はない。たとえば、郵便物がポストに投入されたり、同居の親族が受領した場合（大判明治45・3・13）にも、意思表示の到達があったこととなる。

(2) 相手方による到達の妨げ

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）。たとえば、相手方が内容証明郵便の不在配達通知書を受け取ったにもかかわらず、故意にその内容証明郵便を受領しなかったために、留置期間の経過により差出人に還付されたような場合には、到達したものとみなされる。

(3) 表意者の発信後の死亡等

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、または行為能力の制限を受けたときであっても、そのためにその効力を妨げられない（97条3項）。これは、意思表示の到達は、意思表示が相手方の支配圏内に入るという客観的な事実であって、その事実が生ずるために表意者が権利能力、意思能力または行為能力を有する必要はないと考えられるからである。

(4) 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また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）。ただし、相手方の法定代理人がその意思表示を知った後は、表意者は、その意思表示をもって相手方に対抗することができる（同条ただし書1号）。また、意思能力を有しなかった相手方が、その後意思能力を回復してその意思表示を知ったとき、または未成年者が成年に達し、もしくは

は成年被後見人が後見開始の審判が取り消されて行為能力者となってその意思表示を知った後は、表意者は、その意思表示をもって相手方に対抗することができる（同条ただし書2号）。

第5章 無効と取消し

第1節 無効と取消し

1 無効と取消しの意義

法律行為の無効とは、誰からの主張を待つまでもなく、初めからその法律行為の効果が生じないことである。

これに対して、取消しとは、法律行為の効果は一応有効に生じるが、取消権者の取消しの意思表示によって、その法律行為の効果を初めにさかのぼってなかったことにすることである。

2 無効と取消しの異同

無効と取消しには、以下のような異同がある

	無効	取消し
効力	初めから効力は生じない	取り消されなければ一応有効。 取り消されると初めにさかのぼって効力なし
主張権者	原則：誰でも主張できる	取消権者のみが主張できる
主張期間	期間制限はない	追認ができる時から5年間または行為の時から20年間の期間のみ主張できる
追認	原則：追認することはできない（119条本文） 例外：当事者が無効であることを知って追認したときは、新たな行為をしたものとみなされる（119条ただし書）	追認により、確定的に有効となる（122条）

具体例	意思表示が無効の場合	<ul style="list-style-type: none"> ①意思無能力（3条の2） ②心裡留保（93条1項ただし書） ③虚偽表示（94条1項） 	意思表示が取り消すことができる法律行為となる場合	<ul style="list-style-type: none"> ①錯誤（95条1項） ②詐欺（96条1項） ③強迫（96条1項）
	法律行為が無効の場合	<ul style="list-style-type: none"> ①内容不確定な法律行為 ②公序良俗に反する法律行為（90条） ③強行規定に反する法律行為（91条） ④既成条件付法律行為のある法律行為（131条） 	法律行為が取り消すことができる行為となる場合	制限行為能力者の行った法律行為

3 無効と取消しの二重効

無効と取消しの要件を双方満たしている場合には、当事者は、無効と取消しのどちらでも自由に選択して主張することができる（通説）。

たとえば、強迫によって完全に意思の自由を失って意思表示した場合、意思能力のない未成年者（たとえば、4歳の子ども）の場合、などがある。

第2節 無効

1 無効の効果

無効な行為からは、効力は発生しない。

2 無効行為の追認

無効な行為は、その法律行為をした者が追認しても有効にならないのが原則である（119条本文）が、当事者が無効であることを知って追認したときは、新たな行為をしたものとみなされる（同条ただし書）。

たとえば、虚偽表示による意思表示を追認した場合は、理論的に、初めから無効であるものを追認したからといって有効になるものではないが、無効であることを知って追認した場合には、追認時に同一内容の行為を新たに行ったものとみなされるのである。

ただし、公序良俗に反したり、強行法規に反したりすることから無効となる行為については、追認しても有効とはならない。追認が新たな行為とみなされても、新たな行為も公序良俗に反したり、強行法規に反したりすることに変わりはないからである。

3 無効な行為の転換

無効な行為の転換とは、無効の法律行為が他の法律行為の要件を備える場合に、後者の法律行為としての効力発生を認めることをいう。たとえば、秘密証書遺言の要件を欠いていても、968条に定める方式を具備しているときは、自筆証書遺言としての効力は認められる（971条）。また、父が非嫡出子を嫡出子として届け出たときは、認知としての効力が認められる（大判大正15・10・11、最判昭和53・2・24）。

第3節 取消し

1 取消権者

取消しをすることができる者は以下のとおりである（120条）。

(1) 行為能力の制限によって取り消すことができる行為の取消権者（同条1項）

- ① 制限行為能力者（未成年者・成年被後見人・被保佐人・被補助人など取り消される法律行為をした本人である。なお、制限行為能力者には、他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為にあつては、当該他の制限行為能力者が含まれる。たとえば、未成年者Aの親権者Bが被保佐人であるときのAが該当する。この者は意思能力がある限り、法定代理人や同意権者の同意を要せず単独で取り消すことができる。つまり、取り消すことのできる取消しにはならない）
- ② 制限行為能力者の代理人（親権者・未成年後見人・成年後見人）
- ③ 制限行為能力者の承継人（制限行為能力者が法律行為後、死亡した場合の相続人など）
- ④ 同意をすることができる者（保佐人・同意権の与えられた補助人）

(2) 錯誤・詐欺・強迫による意思表示の取消権者（同条2項）

- ① 瑕疵ある意思表示をした者
- ② 瑕疵ある意思表示をした者の代理人
- ③ 瑕疵ある意思表示をした者の承継人

2 取消しの方法

取消しをすることができる行為の相手方に対して、取消権者の一方的な意思表示によってする（相手方のある単独行為）（123条）。

3 取消しの効果

取り消された行為は、初めから無効であったものとみなされる（121条）。

4 追認

(1) 意義

追認とは、取り消すことのできる行為を確定的に有効なものとする一方的な意思表示のことである。つまり、取消権者が取り消さないものと決めることであり、取消権の放棄に当たる。

(2) 追認権者

取消権者と同じである（122条・120条）

(3) 追認の要件

追認の要件は以下のとおりである。

① 取消しの原因である状況が消滅した後であること（124条1項）。

たとえば、制限行為能力者が追認をするには、行為能力者になっている必要があり、詐欺や強迫によって法律行為をした者は、その状況を脱している必要があるということである。なぜなら、そうでないと、追認自体が取り消すことのできる追認となってしまう、法律関係が複雑となるからである。

ただし、法定代理人・保佐人・補助人が追認をする場合は、この要件は不要である（124条2項1号）。

また、この要件にかかわらず、未成年者は、行為能力者になる前でも（つまり、成年になる前でも）、法定代理人の同意を得れば有効に追認することはできる。被保佐人・被補助人も同様である。これに対して、成年被後見人は、法定代理人の同意を得ても有効な追認はできない（同項2号）。

② その行為が取り消すことのできるものであること（取消権を有すること）を知っていること（124条1項）。

追認は、取消権を放棄する意思表示であるから、その前提として、当該法律行為が取り消すことができること（取消権を有すること）を知っていなければならない。

(4) 追認の方法

取消しの場合と同じく、相手方に対する一方的な意思表示で行う（123条）。

なお、相手方が取り消すことができる行為によって取得した権利を第三者に譲渡している場合でも、元の相手方に対して追認しなければならない（大判大正14・3・3，大判昭和6・6・22）。

(5) 追認の効果

法律行為は有効であることに確定する（122条）。つまり、取り消せなくなるということである。

5 法定追認（125条）

(1) 意義

法定追認とは、取り消すことができる行為について、125条所定の行為がなされたときは、これにより追認があったものとみなして、以後取り消すことができないものとするものである。一定の行為があった場合には、相手方は追認があったものと信頼するものと考え、その信頼を保護しようとした制度である。

(2) 追認の要件

法定追認となるためには以下の要件が必要である。

- ① 125条所定の事実のうちどれか1つがあること（下記の(3)のとおり）。
- ② 追認権者によって行われること。
- ③ 追認のできる時以後にその行為が行われたこと。

ただし、未成年者または被保佐人が、法定代理人または保佐人の同意を得て125条所定の行為をしたとき、または法定代理人がこれらの行為をしたときは、この要件は不要である。

- ④ 異議を述べないで行ったこと。

125条の行為が行われてもその行為者が異議を述べたときは、法定追認とはならない。たとえば、強制執行を免れるために、一応弁済するのであり、追認をするものではないことを取消権者が明示した場合などである。

- ⑤ 行為が取り消すことのできるものであること（取消権を有すること）を知っていることの要否

成年被後見人は、取り消すことのできる行為であること（取消権を有すること）を知ったうえでなければ、法定追認にはならないが、

その他の追認権者については、取消しできる行為であることを知っている必要はない（大判大正12・6・11）。相手方の信頼を保護し、法律関係の早期安定により取引の安全を保護するためである。

〈行為が取り消すことのできるものであることを知っていることの要否のまとめ〉

	未成年者	成年被後見人	被保佐人	被補助人
追認 (124条)	○	○	○	○
法定追認 (125条)	×	○	×	×

○=知っている必要がある

×=知っている必要はない

(3) 125条の行為～法定追認事由～

125条に規定されている法定追認事由は、以下の表のとおりである。追認権者が債権者の場合と追認権者が債務者の場合に分けて、法定追認になるか否かを押さえること。

条 文	追認権者が債権者の場合	追認権者が債務者の場合
全部または一部の履行 (125条1号)	○（履行を受けたこと）	○（自分で履行をしたこと）
履行の請求 (125条2号)	○（履行の請求をしたこと）	×（請求を受けた場合は法定追認にはならない）
更改 (125条3号)	○（更改契約をしたこと）	○（更改契約をしたこと）
担保の供与 (125条4号)	○（供与を受けたこと）	○（供与をしたこと）
取得した権利の全部または一部の譲渡 (125条5号)	○（権利を譲渡したこと）	×（相手方が権利を譲渡した場合には法定追認にはならない）
強制執行 (125条6号)	○（強制執行をしたこと）	×（強制執行を受けた場合は法定追認にならない）

○=法定追認になる

×=法定追認にならない

(4) 法定追認の効果

追認したものとみなされ、以後取り消すことができなくなる。

6 取消権の消滅時効

取消権は、追認をすることができる時から5年間行使しない場合は、時効によって消滅する（126条前段）。また、行為の時から20年経過した場合も消滅する（同条後段）。法律行為の相手方を不安定な地位から解消し、法律関係の早期安定を図るためである。

なお、取消権を行使することで生じる不当利得返還請求権は、取消権とは別に取消権の行使の時から10年の消滅時効にかかる（大判昭和12・5・26）。

《補充解説》抗弁の永久性の理論

まず、次の例題を考えてみよう。

【例題】 Aは、Bから「その絵画を持っていると不幸になるから私がもらってあげよう」と言われ、Aは自己所有の100万円の価値のある絵画をBに贈与する旨の契約を締結し、その旨の書面を作成したが、その直後に、その契約の締結の際にBが詐欺を行っていたことに気づいた。しかし、Bから履行の請求がなかったうえBの行方もわからなかったため、そのままにしていたところ、8年経過後にBがAに対し、絵画の引渡しを求めてきた。Aは、詐欺を理由にこの契約を取り消すことができるか。

Aは、契約直後に詐欺に気づいており、この時から5年経過しているのであるから、Aの取消権は消滅時効によって消滅しているはずである。

しかし、Aは、履行の請求がなかったから取消権を行使しなかったのであり、Bからの履行の請求があれば、取消権を行使したであろうし、また一方、Bは、取消権の消滅時効を待ってAに対して履行を請求したとも思える。

そこで、このような事例では、取消権が消滅時効にかかっているとしてその行使を認めないのではAに酷ではないかとして、取消権が相手方からの請求に対して防御として働くような場合には取消権は時効消滅せず、その行使を認めようとする見解がある。この考え方を「抗弁の永久性の理論」という。

この理論は、取消権の行使を認めることが現状維持の方向に働くので、法律関係の早期安定を図るという時効の趣旨に反しないので認めるべきだという学説も有力であるが、判例は、法律上根拠がないことを理由に認めていない。

第4節 原状回復の義務

(1) 原則

無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる（回復させる）義務を負うのが原則である（121条の2第1項）。すなわち、給付受領者は、給付の返還義務を負うことになり、有償契約（当事者が、お互いに対価的關係を持つ契約）においては、現物返還が不可能になった場合でも、原状回復義務を免れず、価額で償還しなければならない。

(2) 無償行為の特則

無効な無償行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、給付を受けた当時その行為が無効であること（給付を受けた後に取消しにより初めから無効であったものとみなされた行為にあっては、給付を受けた当時その行為が取り消すことができるものであること）を知らなかったときは、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う（121条の2第2項）。

たとえば、贈与契約によって給付を受けた者は、当該贈与が無効であること、または取り消すことができるものであることを知らなかった場合は、受領した物が自分の財産に属すると考えており、費消や処分することも自由に行うことができると考えているから、原状回復義務を負うとなると、不測の損害を与えることになる。そこで、善意の給付受給者の返還義務を現存利益に限定することとしている。

「現存利益の返還」とは、行為によって得た利益のうち、原形のまま、またはその形を変えて残っているものを返還すれば足りることをいう。

(3) 意思能力を欠く者等の返還義務

行為の時に意思能力を有しなかった者や、行為の時に制限行為能力者であった者は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う（121条の2第3項）。

この規定も、意思無能力者や制限行為能力者を保護するために設けられている。制限行為能力者が、受け取った金銭を遊興費として使ってしまった場合には、現存利益はないものとされ、返還義務を負わない（最

第1編 総則

判昭和50・6・27)。

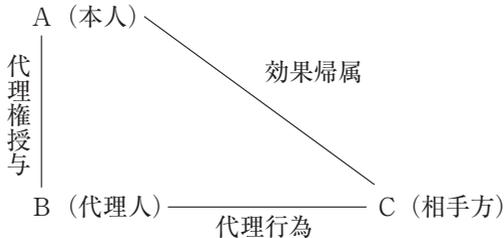
第6章 代理

第1節 代理制度

1 代理制度とその効果

(1) 代理制度の意義

代理制度とは、本人と一定の関係にある他人（代理人）が本人のために意思表示をなし、または意思表示を受けることによって、その法律効果が直接本人に帰属する制度である。



たとえば、A（本人）は、家を買いたいが経験がないので、B（代理人）に依頼した（代理権授与）。そして、BはAの代わりにC（相手方）と家の売買契約を結ぶ（代理行為）。その結果、BとCの意思表示で契約が成立したにもかかわらず、契約の効果はAC間に生じる（効果帰属）。つまり、代金支払債権はCからAに対し生じ、家の引渡債権はAからCに対し生じる。そして、家の所有権はAに帰属する。この三者の関係が代理の基本である。この三者の相互関係を押さえてほしい。

(2) 代理制度の種類と趣旨

① 法定代理

法定代理とは、本人の意思に基づかずに法律の規定によって代理権が発生するものをいう。

たとえば、未成年者に対して親権者は代理権があり（824条）、成年被後見人に対して成年後見人は代理権がある（859条）。

これは、本人が制限行為能力者等で自ら有効に法律行為をできない場合などに、本人の能力の補充を目的として本人に代わって法律行為を行う場合であり、「私的自治の補充」の役割を果たしているといえる。

② 任意代理

任意代理とは、当事者の意思に基づいて代理権が発生するものをいう。

たとえば、(1)で述べた事例がそれに当たり、AからBに代理権を授与することでBに代理権が発生する。

これは、法定代理と異なり、本人に法律行為をする能力はあるのだが、よりよい効果を求めて代理制度を利用する場合であり、「私的自治の拡張」の役割を果たしている。

(3) 代理の認められる範囲

代理は、意思表示に基づく法律行為についてすることが認められる。したがって、意思表示とは無関係な事実行為（拾得・発見等）には、認められない。

また、公序良俗に反するので、不法行為（709条以下）に関する代理は認められない。

そして、本人の意思表示を絶対的に必要とする行為（婚姻・認知・遺言等）についても認められない。

(4) 代理の要件

代理人の法律行為の効果が本人に帰属するためには、以下の要件が必要である。

- ① 代理人に代理権が存在すること
- ② 代理人が相手方に対して、本人のためにすることを表示すること（顕名）
- ③ 代理人の法律行為が代理権の範囲内にあること

これらの要件について考えていこう。

- ① 代理人に代理権が存在すること。

代理人の代理権は、法定代理であれば、法律の規定によって与えられ、任意代理であれば、代理権授与行為によって与えられる。

- ② 代理人が相手方に対して、本人のためにすることを表示すること（顕名）。

(ア) 顕名主義

代理行為は、本人のためにすることを示して、つまり、本人に効果帰属させる意思を表示してすることを要する（99条1項）。これを顕名主義という。

(イ) 顕名の方法

具体的な方法としては、「A代理人B」と表示するのが原則であるが、本人の名だけを「A」と表示した場合も顕名があったものとされる。

(ウ) 顕名がない場合の効果

顕名がない場合は、その意思表示は、原則として代理人自身のためにしたものとみなされる（100条本文）。つまり、その契約の効果が代理人と相手方との間に生ずることになるのである。相手方は、当該意思表示の効果は本人ではなく代理人に帰属するものと信頼するので、そのような信頼をした相手方を保護し、取引の安全を図る必要があるからである。

しかし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知っていた場合、または知ることができた場合は、その法律行為の効果は、直接本人に帰属する（100条ただし書）。このような場合は、相手方を保護する必要がないからである。

- ③ 代理人の法律行為が代理権の範囲内にあること。

代理人が行った法律行為が代理権の範囲でなければ、本人に効果は帰属しない。代理人の代理権の範囲は、法定代理であれば法律で規定されており、任意代理であれば代理権授与行為により定まる。

しかし、法律の規定や代理権授与行為で権限が定まらない代理人は、その代理権の範囲が法定されており、保存行為、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目的とする行為をする権限のみを有するとされる（103条）。

(5) 代理人の行為能力

代理人は、行為能力者であることを要しない。代理行為の効力は直接

本人に帰属し、制限行為能力者が害されるおそれがないからである。これは制限行為能力者を保護するために代理行為の取消しを認める必要はないということである。よって、制限行為能力者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができないこととなる（102条本文）。ただし、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合にも、その代理行為を常に有効にしてしまうと制限行為能力者制度の目的が十分に達せられないおそれがある。そこで、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為については、行為能力の制限の規定に従って、その行為を取り消すことができるとされている（同条ただし書）。つまり、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合には、当該法定代理人が自らを当事者としてしたとすれば行為能力の制限によって取り消すことができる行為についての取消しが認められる。

なお、注意を要するのは、行為能力がなくても有効になるのは、代理人と相手方との法律行為であり、その前提となる本人と代理人の代理権授与契約については、法定代理人等の同意がなければ、取り消すことができるものとなってしまふ点である。つまり、行為能力のない代理人は、同意等を得て、代理権授与契約が一度有効になってしまえば、相手方との法律行為は単独でできるということである。

(6) 代理行為の瑕疵

① 代理行為の瑕疵の原則

代理においては、法律行為をするのは代理人であり、代理行為の瑕疵は、原則として、代理人自身について判断すべきである。この点について101条は、代理人が意思表示をする場合（同条1項）と、代理人が相手方の意思表示を受ける場合（同条2項）とに区別をして規定を置いている。

(a) 代理人が意思表示をする場合

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、代理人について決する（101条1項）。

「意思の不存在」とは、心裡留保及び虚偽表示の場合のことであるが、代理人が心裡留保をした場合には、原則として、有効となり

(93条1項本文)、代理人が相手方と通じて虚偽の意思表示をした場合には、無効となる(94条1項)。また、代理人が錯誤に基づく意思表示をした場合において、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かどうかは代理人について決せられることになる(95条1項)。さらに、代理人が詐欺されたり、強迫されたりして意思表示をした場合には、本人は取り消すことができる(96条1項)。ある事情を知っていたことまた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とは、たとえば、即時取得の場合に、その要件としての善意無過失は、意思表示をした代理人が善意無過失かどうかによる。

(b) 代理人が相手方の意思表示を受ける場合

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また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、代理人について決する(101条2項)。たとえば、相手方が心裡留保をした場合に、その意思表示が相手方の真意ではないことを知り、または知ることができたかどうかは、代理人について決するわけである(93条1項)。

② 代理行為の瑕疵の例外

特定の法律行為をすることを委託された代理人がその行為をしたときは、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。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)。たとえば、AがBに対して、Cが所有する不動産の購買を委託し、代理権を授与したことにより、BがCとその不動産の売買契約を締結したが、実はその不動産は、Xが執行逃れのためにCと通じて一時的にC所有名義に移転登記をしていたものであった場合(虚偽表示であった場合)は、その事情について代理人Bが善意であっても、本人Aが悪意であるときは、Aは、Bが知らなかったことを主張することができない。つまり、X・C間の虚偽表示につきAは善意の第三者として保護されないこととなる(94条2項)。

(7) 代理行為の効果

代理人のした法律行為の効果は、直接本人に帰属する。たとえば、売

買契約の債権・債務や物権変動も本人に対して生じることになる。

また、解除権や瑕疵ある意思表示があった場合の取消権も本人に帰属する。代理人が取消権や解除権を行使することができるか否かはその代理人の代理権の範囲によって定まる。

(8) 代理権の消滅

代理権は以下の事由によって消滅する（111条，651条，653条）。

		法定代理	任意代理
本人	死亡	○	○
	破産手続開始の決定	×	○
	後見開始の審判	×	×
代理人	死亡	○	○
	破産手続開始の決定	○	○
	後見開始の審判	○	○
相互解除		○	

○=消滅する

×=消滅しない

2 復代理

(1) 復代理の意義

復代理とは、代理人が、自己の権限内の行為を行わせるため、代理人自身の名において、復代理人を選任し、本人を代理させることをいう。

(2) 復代理人の選任～復任権～

復代理人を選任できる代理人の権限を復任権という。この復任権がどのような場合に存在するのかは以下のとおりである。

① 任意代理の場合

原則として、復任権はない。任意代理人は、本人により信任されて選ばれており、代理人が自分自身で行うべきだからである。

ただ、例外的に、(ア)本人の許諾を得たとき、または(イ)やむを得ない事由があるときには、復任権がある（104条）。

② 法定代理の場合

法定代理人は、常に復任権がある（105条前段）。一般に法定代理人は、代理権の範囲が広範であり、辞任も容易ではなく、本人の信任を受けて代理人となったものではないからである。

(3) 復代理人を選任した場合の代理人の責任

① 任意代理の場合

任意代理人が復代理人を選任した場合において、復代理人の行為によって本人に損害が生じたときにおける任意代理人の本人に対する債務不履行責任については、債務不履行の一般原則に委ねられることになる。

② 法定代理の場合

原則として、復代理人のする行為について全責任を負う（105条前段）。この責任は、無過失責任である。法定代理人は常に復任権がある以上、全責任を負わせたのである。

例外として、やむを得ない事由により復代理人を選任した場合は、復代理人の選任及び監督についてのみ責任を負えばよい（同条後段）。

(4) 復代理人の地位

復代理人は、代理人の代理人ではなく、本人の代理人である（106条1項）。よって、復代理人は、本人の名において、代理行為をするのであり、顕名も本人の名を示せばよく、代理人の名を示す必要はない。

(5) 復代理人の代理権

復代理人は、本人及び第三者に対して、その権限の範囲内において、代理人と同一の代理権を有する（106条2項）。また、復代理人の代理権は、代理人の代理権を前提としているので、代理人の代理権が消滅すると、復代理人の代理権も消滅する。

なお、代理人は復代理人を選任しても、代理権がなくなるわけではなく、依然として代理権を有する。

(6) 復代理の効果

復代理人のした法律行為の効果は直接本人に帰属する。

復代理人は、その行為によって、相手方から受領した物があるときには、それを本人に引き渡す義務がある（最判昭和51・4・9）。ただし、

代理人に引き渡したときにはその義務を免れる。

3 自己契約及び双方代理

(1) 自己契約・双方代理の意義

自己契約とは、代理人自身が代理行為の相手方になって法律行為をすることである。双方代理とは、同一人が特定の法律行為の本人と相手方の双方の代理人となることである。

(2) 自己契約及び双方代理の効果

① 原則

自己契約及び双方代理を自由に認めると、本人に不利益を生ずるおそれが高いことから、同一の法律行為について、相手方の代理人（自己契約）として、または当事者双方の代理人（双方代理）としてした行為は、代理権を有しない者がした行為とみなされる（108条1項本文）。その結果、無権代理に関する113条から117条までが適用され、本人が自己契約及び双方代理を事後的に追認したり（113条）、相手方から本人に対して追認をするかどうかを確答すべき旨の催告をしたることができる（114条）。

② 例外

自己契約及び双方代理は、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、例外的に許容されている（108条1項ただし書）。債務の履行は新たな法律関係を創設するものではなく、本人の利益を害さないからである。具体的には、弁済期の到来した債務の弁済などがある。

(3) 代理人と本人の利益相反行為

形式的には自己契約及び双方代理に該当しない行為であっても、代理人と本人との利益が相反する行為については、代理権を有しない者がした行為とみなされる（108条2項本文）。たとえば、AがBに対して有する貸金債権を担保するために、Cが所有する不動産に抵当権を設定する契約を、BがCの代理人としてAとの間で締結する行為は、形式的には自己契約及び双方代理には該当しないが、代理人Bと本人Cとの利益が相反する行為であるため、(2)の場合と同様に、代理権を有しない者がし

た行為とみなされる。ただし、本人があらかじめ許諾した行為については、例外的に許容されている（同項ただし書）。

4 代理権の濫用

(1) 意義

代理権の濫用とは、代理人が形式的には代理権の範囲内で代理行為をしたが、内心では自己または第三者の利益を図る目的がある場合をいう。たとえば、本人AからA所有の土地の売却に関する代理権を与えられていたBが、売却代金を自己の債務の返済に充てる目的でCとの間で、Aの代理人として売買契約を締結したような場合である。

(2) 効果

代理人が代理権を濫用した場合も、外形上は全く正常な代理権の行使であり、原則として代理行為は有効となる。すなわち、本人に法的効果が帰属する。しかし、相手方が代理人の意図を知っていたか知ることができた場合には、相手方を保護する必要はない。

そこで、107条において、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす」と規定している。その結果、無権代理に関する113条から117条までが適用されることになり、本人が代理人の行為を事後的に追認したり（113条）、相手方が代理人に対する責任の追及をしたることができる（117条）。

5 代理に類似する制度～使者～

代理に類似する制度として使者がある。使者とは、本人の決定した効果意思を表示し、または完成した意思表示を伝達する者のことである。

効果意思を決定するのが本人であり、使者には裁量権がない点で、代理人と異なる。

〈代理と使者の違い〉

	使 者	代理人
効果意思の決定者	本人	代理人
意思能力	不要	必要（行為能力は不要）
法律行為の瑕疵	本人を基準に判断する	原則として代理人を基準に判断する
錯 誤	使者の表示と本人の意思が食い違うこと	代理人の表示と代理人の意思が食い違うこと
復任権	広く認められる	制限がある
本人に効力を生じる時	本人に意思表示を伝達した時	代理人が意思表示を受領した時

第2節 無権代理

1 無権代理の要件・効果

(1) 意義

無権代理とは、代理権がないにもかかわらず、代理人と称して法律行為をすることである。すなわち、代理効果の発生要件のうち、代理権の存在だけを欠き、顕名をして、相手方と法律行為をする、という他の要件は備えていることである。

無権代理には、代理権の全く無い場合と代理権の範囲を超えている場合がある。

また、代理権がないのに代理をした者を無権代理人と呼ぶ。

たとえば、AがBに何も頼んでもいないのに、Bが勝手にCに対して、「私はAの代理人で、Aの土地を売ります」と言って、契約してしまうのが無権代理である。そして、このBが無権代理人ということになる。

また、Aは、Bに土地の賃貸の代理権しか与えていないのに、Bは、その土地を売却してしまった場合も、売買の権限はないので無権代理となる。

なお、無権代理は、「代理権の存在」以外の代理の要件は備えている必要があり、顕名もない場合は、無権代理ではなく、他人物売買となる。

顕名	代理権の存在	
○	○	有権代理
○	×	無権代理
×	×	他人物売買

(2) 無権代理の一般的な効果

無権代理による法律行為の効果は、本人に帰属せず、一種の無効となる（113条1項）。また、無権代理人は、自分のために法律行為をしたわけではないので無権代理人自身に効果が帰属するわけでもない。ただし、後述するように本人は、追認をすることができ、追認した場合はさかのぼって効果は本人に帰属し、有効となる。無権代理による法律行為の効果は、このような有効か無効かわからない未確定な状態にある。

(3) 本人の採り得る手段

① 追認権

(ア) 追認の意義

追認とは、無権代理について、正当な代理権があった場合と同じ効果を生じさせ、本人がその効果を受けるとする本人の意思表示のことである。

無権代理行為であっても、必ずしも本人に不利益な内容とは限らず、本人がその効果の帰属を望むことがある可能性もあり、また、相手方も本人との間で効力を生じることが、本来期待していることであるから、追認を認めたのである。

(イ) 追認の方法

追認は単独行為であり、それに対する承諾がなくても効力は発生する。

また、追認は、無権代理人または相手方のどちらに対してしてもよい。ただし、無権代理人に対してなされた追認は、相手方が知るまでは、相手方に対して追認の効果を主張することができない（113条2項）。

追認は、明示のものでなくても黙示のものでよい（大判大正3・10・3）が、法定追認に関する民法125条の規定は、無権代理の追認には類推適用されない（最判昭和54・12・14）。

(ウ) 追認の効果

追認があると、契約の当初にさかのぼって正当な代理行為があったのと同様の法律効果が生じる（116条本文）。つまり、契約の効果は本人に帰属することになる。この遡及効（さかのぼるという効果）は特約により排除することができる。

ただし、第三者の権利を害することができない（同条ただし書）。

② 追認拒絶権

本人は、追認拒絶をすることもできる。追認拒絶の方法や相手方は、追認の場合と同じである。追認拒絶をすると、無権代理の効果が本人に帰属しないことに確定する。よって、以後、本人は追認できなくなる。

③ 何もしない

追認や追認拒絶は本人の権利であって、義務ではない。よって、本人は何もしないこともできる。

(4) 相手方の採り得る手段

① 催告権（114条）

相手方は、本人に対して、相当期間を定めて、その期間内に追認するかどうかを確答すべき旨を催告することができる（114条前段）。これが催告権である。相手方は、その行為の効果が本人に帰属するかどうかは本人の意思に委ねられており、不安定な地位にある。そこでこの不安定な地位から相手方を保護するために認められた制度である。

本人がその期間内に確答すれば、確答の内容に従って無権代理行為の効果が本人に帰属するかしないか確定する。しかし、この期間内に確答がない場合には、追認が拒絶されたものとみなされる（同条後段）。本人は、無権代理行為には関与していないので、積極的に確答しないのならば、追認の意思はないだろうと考えるのである。

なお、催告は、契約当時相手方が無権代理行為であることを知っていた場合でも認められる。つまり、善意者・悪意者を問わず、催告権を有するということである。

② 取消権（115条）

相手方は、無権代理による契約を取り消すことができる（115条本文）。追認されるかどうか分からない相手方に自ら取り消す権利を与えて保護したのである。

取消権は、本人が追認していない間にしか行使することができない。ただし、追認が無権代理人になされている場合は、相手方は、追認があったことを知らない限り取り消すことができる。

無権代理人になされた追認は相手方がそれを知らない間は相手方に対抗できないからである（113条2項）。

また、取消権は、契約当時、無権代理であることを知っていた者は行使することができない（115条ただし書）。このような者は取消権を与えて保護する必要はないからである。つまり、取消権は善意者のみ行使することができる（善意無過失である必要はない）。

取消権が行使されると、無権代理契約の効果は確定的に無効になり、本人は追認できなくなる。

③ 無権代理人の責任

(ア) 意義と効果

他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明したと

き、または本人の追認を得たときを除き、相手方の選択に従い、相手方に対して履行または損害賠償の責任を負う（117条1項）。代理権があると信じた相手方を保護し、取引の安全を図ろうとするものである。

ここでいう損害賠償には、履行されたならば得られたであろう利益（履行利益）が含まれる。ただし、次に掲げる場合は、この責任を負わない（同条2項）。

- (a) 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき（同項1号）。
 - (b) 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が過失によって知らなかったとき。ただし、他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知っていたときは、責任を負う（同項2号）。たとえば、代理人が代理行為をする直前に本人が死亡してその代理権を失った場合において（111条1項1号）、相手方が過失によってそのことを知らなかったときは、代理人がそのことを知らずに代理行為をしたのであれば、代理人は責任を負わないが、代理人がそのことを知りながら代理行為をしたのであれば、代理人は責任を負うことになる。
 - (c) 他人の代理人として契約をした者が行為能力の制限を受けていたとき（117条2項3号）。たとえば、AがBに対してA所有の甲土地を売却する代理権を与えたところ、Bが勝手にAの代理人としてCとの間でA所有の乙土地を売り渡す契約をした場合に、Aがその契約の追認を拒絶したときでも、Bが未成年者であるときは、Cは、Bに対して履行又は損害賠償の請求をすることができない。
- (i) 表見代理との関係

無権代理人の責任追及の要件と後で学習する表見代理の要件がともに存在する場合でも、相手方は、表見代理の主張をせずに、無権代理人の責任追及をすることができる（最判昭和33・6・17、最判昭和62・7・7）。また、無権代理人は、表見代理が成立することを理由に自己の責任を免れることはできない（最判昭和62・7・7）。

〈無権代理の相手方の主観的要件のまとめ〉

	善意		悪意
	無過失	有過失	
催告権	○	○	○
取消権	○	○	×
無権代理人の責任追及	○	×※	×

○=できる

×=できない

※無権代理人が、自己に代理権がないことを知っていたときは、責任追及ができる。

2 無権代理と相続

無権代理人や本人が死亡し相続が発生したときの効果を学習していく。

ここでのポイントは、無権代理行為が、相続が起こったことによって有効となってしまうのかどうかということである。相続により、有効となった場合は、それ以降追認拒絶ができなくなるので問題となるのである。

(1) 無権代理人が本人を単独で相続した場合

① 原則

【事例1】 Aの子Bは、Aを代理する権限がないのに、本人Aの代理人として、Dと契約した。その後、Aが死亡し、AをBが相続した。

この場合、Bは、本人Aの地位を相続しているので、本人の地位を使って、追認拒絶ができるかが問題となるが、無権代理行為は有効となり、追認拒絶はできない。判例（最判昭和40・6・18）は、無権代理人が本人を相続することにより、無権代理人と本人の地位が同一人物に融合するから、追認があったのと同じ効果が生じるとしている。

② 本人が追認拒絶した後に相続があった場合

【事例2】 Aの子Bは、Aを代理する権限がないのに、本人Aの代理人として、Dと契約した。その後、Aは追認拒絶をした後死亡し、AをBが相続した。

この場合には、無権代理行為は、相続においても有効にはならない（最判平成10・7・17）。なぜなら、追認拒絶により、無効が確定しているので、その後に相続があったからといって、追認拒絶の効果がくつがえることはないからである。

(2) 無権代理人が他の相続人とともに本人を相続した場合

【事例3】 Aの子Bは、Aを代理する権限がないのに、本人Aの代理人として、Dと契約をした。その後、Aが死亡し、AをBとCが相続した。

この場合は、相続によっても当然に有効とはならない（最判平成5・1・21）。相続人は、無権代理人だけではないからである。

無権代理行為を有効とするには、相続人全員で追認をする必要がある（追認の不可分性）。相続人のうち1人でも追認拒絶をしていたら、全体として有効とはならない。追認している者の相続分に相当する部分について有効となったり、無権代理人の相続分に相当する部分について有効となったりするわけではないのである。

しかし、他の相続人全員が、無権代理行為を追認している場合に、無権代理人が追認を拒絶することは信義則上許されない。

(3) 本人が無権代理人を相続した場合

【事例4】 Aの子Bは、Aを代理する権限がないのに、本人Aの代理人として、Dと契約した。その後、Bが死亡し、BをAが相続した。

この場合は、相続によって、無権代理行為が当然に有効となるわけではなく、無権代理人を相続した本人は、追認拒絶ができる（最判昭和

37・4・20)。本人は、被相続人の無権代理行為を追認拒絶しても何ら信義に反することはないからである。

ただ、本人は、無権代理人の地位を承継しており、無権代理人の責任追及を受ける余地はある。

(4) 無権代理人を本人とともに相続した者がさらに本人を相続した場合

【事例5】 Aの子Bは、Aを代理する権限がないのに、本人Aの代理人としてDと契約した。その後Bが死亡し、BをAとCが相続した。その後さらに、Aが死亡し、AをCが相続した。

この場合、二度にわたる相続が起こったことにより、無権代理行為は有効となり、追認拒絶できなくなる（最判昭和63・3・1）。[事例5]のCを基準に考えれば、Cはまず、無権代理人Bの地位を承継しており、その後本人Aの地位を承継しているから、無権代理人が本人を承継した[事例1]と同様に考えるのである。

なお、本人を無権代理人とともに相続した者がさらに無権代理人を相続した場合については、判例がまだ出ていないが、上記判例（最判昭和63・3・1）の考え方を応用すれば、本人が無権代理人を相続した[事例4]と同様に考えることになり、無権代理行為は当然に有効とはならず、追認拒絶ができるものと考えることができる。

第3節 表見代理

1 表見代理の意義

表見代理とは、代理権がないのに、代理行為をしたという意味で無権代理なのであるが、相手方が代理権の存在を信頼して取引をし、本人がこれに何らかの原因を与えていた場合に、代理行為の効果を本人に帰属させる制度である。つまり、無権代理であるにもかかわらず、一定の要件がある場合には、相手方は、有権代理と同様の効果を主張することができるのである。

これは、代理権があると推測される状況を作った帰責性のある本人を犠牲にし、代理権があると信頼した相手方を保護する制度であり、権利外観法理の表れである。

表見代理には、(1)代理権授与の表示による表見代理、(2)権限外の行為の表見代理、(3)代理権消滅後の表見代理の3種類がある。

2 代理権授与の表示による表見代理（109条1項）

以下の要件があれば、代理権授与の表示による表見代理が成立する。

- (1) 本人が第三者に対して、ある者に代理権を与えた旨を表示したこと。
- (2) 無権代理人がその表示された代理権の範囲内で代理行為をすること。
- (3) 相手方が代理権の不存在につき善意無過失であること。

なお、本条の表見代理と権限外の行為の表見代理の重畳適用が認められている（109条2項）。

3 権限外の行為の表見代理（110条）

これは、ある者に賃貸借の代理権を与えたら、その者が売買をしてしまったように、与えられた代理権の範囲を逸脱してなされた場合に成立する表見代理である。以下の要件があれば、権限外の行為の表見代理が成立する。

(1) 基本代理権が存在すること。

実際に代理人がした行為については代理権はないが、本人が代理人に何かしらの代理権を与えていたことが必要である。これを基本代理権という。権限外の行為をするような者に代理権を与えたという点に本人の帰責性を見出しているのである。

法定代理権も基本代理権となると考えられる（大判昭和17・5・20）。この判例に対しては、法定代理の場合、その者を代理人に選んだのは本人ではないため本人に帰責性はなく、法定代理権は基本代理権にはならないという批判が権利外観法理の要件を厳格に考える立場からは存在する。また、基本代理権は、私法上の代理権に限ると考えられているので、印鑑証明書下付申請行為の代理権のような公法上の代理権は基本代理権とはならないのが原則である（最判昭和39・4・2）。しかし、公法上の代理権も、登記申請行為の代理権のように特定の私法上の取引行為の一環としてなされたものに関しては、基本代理権となる（最判昭和46・6・3）。

(2) 代理権の権限外での代理行為があること。

基本代理権と実際になされた無権代理行為の間に関連性がある必要はない（大判昭和5・2・12）。

(3) その権限外の行為につき、代理権があると、相手方が信じ、かつ信じることに正当な理由があること。

つまり、無権代理であることにつき、相手方が、善意無過失であるということである。

関連判例

民法761条は、夫婦が相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することをも規定していると解すべきであるが、この代理権を基礎として110条の表見代理の成立を肯定すべきでない。

もっとも、夫婦の一方と取引をした相手方は、その行為がその夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときに限り、110条の趣旨を類推することにより、保護される（最判昭和44・12・18）。

4 代理権消滅後の表見代理（112条1項）

代理権が消滅して、代理人でなくなった者が、引き続き代理行為をした場合に、代理権が消滅していないと信じた相手方を保護するために認められた表見代理である。以下の要件があれば、代理権消滅後の表見代理が成立する。

- (1) 代理権が存在していたが、消滅したこと。
- (2) 無権代理人が消滅前の代理権の範囲内で代理行為をすること。
- (3) 相手方が代理権の消滅につき、善意無過失であること。

なお、本条の表見代理と権限外の行為の表見代理の重畳適用が認められる（112条2項）。

5 表見代理の効果

無権代理人の行為の効果が本人に帰属する。本人は、そのことを拒絶することができない。

なお、表見代理は、相手方が主張して初めてその効果が生じる。また、相手方は、表見代理が成立する場合でも、これを主張せずに、無権代理人に責任追及していくこともできることは、前述した。

第7章 条件・期限

第1節 条件

1 条件の意義

条件とは、法律行為の効力の発生または消滅を、将来発生するか否か不確実な事実にかからしめる付款（特約）である。

2 条件の種類

法律行為の効力の発生に関する条件を停止条件といい、法律行為の効力の消滅に関する条件を解除条件という。

たとえば、「司法書士試験に合格したらマンションをあげる」というような贈与契約は、合格して初めて、この契約の効力が発生する。つまり、贈与契約の効力の発生を試験の合格という不確実な事実にかからしめているので停止条件である。

また、「勉強部屋として、試験に合格するまでこの部屋を貸してあげよう」という使用貸借契約は、試験に合格するまでは、この契約は効力を有し、合格すると、効力が消滅する（返さなくてはならない）。つまり、使用貸借契約の効力の消滅を試験合格という不確実な事実にかからしめているので解除条件である。

3 条件付法律行為の効果～成就・不成就～

条件の成就とは、条件である事実が実現することであり、反対に、条件の不成就とは、条件である事実が実現しないことが確実になったことをいう。

(1) 停止条件付法律行為

停止条件付法律行為は、停止条件が成就すると、その時から効力が発生し、不成就に確定すれば効力は発生しない（127条1項）。

(2) 解除条件付法律行為

解除条件付法律行為は、解除条件が成就すると、発生していた効力はその時から消滅し、不成就に確定すると、効力は消滅せず持続する（127条2項）。

(3) 効力

条件成就の効果は、条件成就の時から生じるが、特約により、さかのぼらせて発生させることもできる（127条3項）。

	停止条件	解除条件
成就	その時から効力発生	その時から効力消滅
不成就	効力不発生	効力不消滅

4 条件付権利の保護

(1) 条件付権利の侵害の禁止

条件付権利も将来条件が成就すれば権利を取得できる可能性のある期待権としての性質があるので保護に値し、条件付法律行為の各当事者は、条件の成否が未定である間は、条件が成就した場合に、その法律行為から生ずべき相手方の利益を害することは禁止されている（128条）。

(2) 条件付権利の処分

条件付権利も財産権であるから、条件の成就が未定である間の当事者の権利義務は、処分したり、相続したり、保存したり、これに担保をつけたりすることができる（129条）。

(3) 条件の成就の妨害

条件が成就されることによって、不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方はその条件が成就したものとみなすことができる（130条1項）。条件付権利を保護し、当事者の公平を図る

ためである。

たとえば、先述の「AはBが司法書士試験に合格したら自分のマンションをBにあげる」という契約の場合、AがBの受験を邪魔したような場合は、Bは合格したとみなして、マンションをもらうことができるということである。

また、逆に、条件の成就によって、利益を受ける当事者が不正に条件を成就させた場合は、相手方は、条件が成就していないものとみなすことができる（130条2項）。なお、農地の売買契約について知事の許可が条件とされる場合、売主が故意にこの条件の成就を妨げたという事情がある場合でも、130条1項は適用されず、買主は、条件が成就したものとみなし、知事の許可がおりたとするはできない（最判昭和36・5・26）。この場合の条件は、法律上当然必要なことを約定した法定条件であり、ここでいう条件とは性質を異にするからである。

5 特殊な条件とその効力

民法には、条件となる事実がすでに確定していたり、不法なものであったりなど特殊なものを規定している条文がある。以下の表のとおりである。

	既成条件		不能条件	純粹随意条件		不法条件※
	条件成就がすでに確定している場合	条件不成がすでに確定している場合	実現が不可能であることを条件としている場合	条件が債務者の意思のみにかかる場合	条件が債権者の意思のみにかかる場合	不法な条件を付した場合（不法行為をしないうことを条件としている場合も含む）
停止条件	無条件	無効	無効	無効	有効	無効
解除条件	無効	無条件	無条件	有効	有効	
条 文	131条		133条	134条		132条

※不法の条件であっても、公序良俗に反せず、法律行為全体が不法性を帯びない場合は、その法律行為は無効とはならない（大判大正6・5・28）。

たとえば、当事者の一方が第三者に対して不法行為に基づく損害賠償責任を負ったときは、他方がその賠償責任を履行する旨の契約は、有効である。

いくつか例題をあげながら説明しよう。理解の参考にしてほしい。

【例題1】「死んだ息子を生き返らせたなら1億円やる」という贈与契約の効力を答えよ。

「死んだ息子を生き返らせる」という実現不可能なことを条件としているのでこれは不能条件であり、さらにその不能条件を停止条件としている事例であるから、この契約は無効である。

【例題2】「お前に1億円やるが、死んだ息子が生き返ったら返せ」という贈与契約の効力を答えよ。

これも「死んだ息子が生き返る」という実現不可能なことを条件としているので不能条件である。しかし、[例題1]と異なるのは、これを解除条件としていることである。よって、不能条件を解除条件とするものであるから、この契約は無条件なものとなる。

【例題3】「私の気が向いたら100万円やろう」という贈与契約の効力を答えよ。

「私の気が向く」という債務者の意思のみに係る純粹随意条件がついており、それを停止条件とする契約であるから、この契約は無効である。

【例題4】「お前が必要と感じたら100万円やろう」という贈与契約の効力を答えよ。

「お前が必要と感じる」という債権者の意思のみに係る純粹随意条件が付いており、それを停止条件とする契約であるから、この契約は有効である。

[例題3]と[例題4]の違いをきちんと押さえておくことが大切である。[例題4]と比べて[例題3]の契約は契約としての効力を生じさせる意味がないことがわかるだろう（気が向いてから契約をすればいいのだから）。

第2節 期 限

1 期限の意義

期限とは、法律行為の効力の発生・消滅または債務の履行期の到来を将来発生することが確実な事実にかからしめる付款（特約）である。

2 期限の種類

(1) 始期・終期

① 始 期

始期とは、法律行為の効力の発生を将来の確定した事実の発生にかからしめる期限をいう。

② 終 期

終期とは、法律行為の効力の消滅を将来の確定した事実の発生にかからしめる期限をいう。

(2) 確定期限・不確定期限

① 確定期限

確定期限とは、到来時期が確定している期限をいう。たとえば、「3月27日が来たら」などがある。

② 不確定期限

不確定期限とは、到来時期が不確かな期限をいう。たとえば、「私が死んだら」などがある。

3 期限の利益

(1) 期限の利益の意義

期限の利益とは、期限が到来するまでの間、法律行為の効力の発生・消滅または債務の履行が猶予されることによって、当事者が受ける利益のことである。

(2) 期限の利益の帰属

期限は、債務者の利益のためにあるものと推定される（136条1項）。
期限の多くは、債務者に履行の猶予を与えるものだからである。

(3) 期限の利益の放棄

期限の利益は、これを有する者が放棄することができる（136条2項本文）。放棄することによって、期限が到来したのと同様の効果が生じる。

ただし、期限の利益の放棄によって、相手方の利益を害してはならない（同項ただし書）。

たとえば、金銭消費貸借契約の借主は期限前に弁済することもできる。ただし、これが利息付きの場合は、相手方には、利息を受けるという利益があるので、これを害しないように、期限までの利息を付けなければ弁済することはできないということである。

(4) 期限の利益の喪失（137条）

期限の利益を有する債務者に、その信用を失わせるようなことが起きた場合には、まだ、期限が到来していなくても、それを主張できなくなり、直ちに弁済しなければならなくなる。これを期限の利益の喪失という。

期限の利益の喪失は、以下の3つの場合に起こる。

- ① 債務者が破産手続開始の決定を受けたとき（同条1号）。
- ② 債務者が担保を滅失させ、損傷させ、または減少させたとき（同条2号）。
- ③ 債務者が担保を供する義務を負う場合において、これを供しないとき（同条3号）。

第8章 時効

第1節 時効の意義と存在理由

1 意義

時効とは、ある事実状態が一定期間継続する場合に、その事実状態が真実の権利関係と一致するか否かを問わず、そのまま正当な権利関係として認めようとする制度である。

権利者としての事実状態がそのまま継続した場合に、その者を真実の権利者として取り扱うものとする取得時効と、権利不行使の事実状態が継続した場合に、その権利を消滅したものとして取り扱う消滅時効がある。

2 存在理由

① 永続した事実状態の尊重

長期間にわたって、一定の事実状態が存在する場合には、その事実状態を前提として、法律関係が作られており、その事実状態を尊重することで、法律関係・社会秩序の安定を図るということである。

② 証明の困難性の回避

長期間の経過により、証拠が散逸し、真実の立証が困難になることが多い。そこで、長期間その事実状態が続いたということは、それが真実である可能性が高いということから、立証困難による不都合を回避させ真の権利者を救済しようというものである。

③ 権利の上に眠る者は保護に値せず

長期間にわたって権利を行使しようとしなない者は、権利を失ってもやむを得ないという考え方である。

第2節 取得時効

1 意義

取得時効とは、他人の物を一定期間継続して占有する者に権利を取得させる制度である。

2 取得時効の範囲

時効取得できるのは、財産権に限られ、人格権や身分権は、時効取得できない。たとえば、一定の事実状態が続いても、婚姻関係や親子関係が生じるわけではないのである。

時効取得できる財産権は、以下のとおりである。

(1) 所有権（162条）

(2) 所有権以外の財産権（163条）

① 用益物権

地上権・永小作権・地役権（283条）は、時効取得ができる。

② 担保物権

占有を伴う質権については、時効取得ができる。留置権や先取特権といった法定担保物権、占有を伴わない抵当権は、取得時効できない。

③ 債権

債権は、原則として時効取得できない。ただ、判例（最判昭和43・10・8）は、対抗要件を備えていることを要件に、物権的効力が与えられている不動産貸借権の時効取得は認める。

3 所有権の取得時効

(1) 要件

①所有の意思をもって、②平穏かつ公然と③他人の物を④一定期間占有を継続すること（162条）。

① 「所有の意思」

所有の意思に基づく占有（自主占有）であることが必要である。所有の意思のない占有（他主占有）では、時効取得できない。たとえば、アパートの賃借人の占有は所有の意思のない占有である（大家に所有権があることを認めている）ので、いくら住み続けても自分のものにはならない。

この所有の意思の有無は、占有を取得したときの原因事実によって、外形的客観的に決定される（最判昭和45・6・18）。占有者の主観によって区別するとなると、外見から判断しえず、法的安定性を害するからである。アパートの賃借人は、賃貸借契約で占有を取得したのであり、その契約のときに、内心では、「これで俺の物だ」と思っていたとしても他主占有なのである。

② 「平穩かつ公然」

占有を取得したときに、暴行・強迫などの違法行為を用いたりせず、かつ占有を隠匿していないこと。

③ 「他人の物」

条文上、「他人の物」となっており、他人の所有に属する物であることが原則であるが、自己の所有物についても取得時効の援用が許される（最判昭和42・7・21）。

④ 「占有を継続すること」

一定期間継続的に占有を続けることである。自主占有であれば、必ずしも、自ら所持をする占有（直接占有）でなくても、他人の所持を介する占有（間接占有）であってもよい。

(2) 時効期間

占有者が占有を開始した時点で他人の物であることにつき善意無過失ならば、時効期間は10年である（162条2項）。

占有者が占有を開始した時点で他人の物であることにつき、悪意または善意有過失であるときは、時効期間は20年である（162条1項）。

なお、占有の開始の時点で善意無過失であれば、その後悪意となっても、10年間の占有で時効取得できる。

(3) 要件の推定

占有者は、所有の意思をもって、平穩かつ公然に占有をしていたと推定される（186条1項）。また、2つの時点で占有していたことが証明で

きた場合は、その間は、占有を継続していたと推定される（186条2項）。また、善意も推定される（186条1項）が、無過失は、推定されないので、10年間の時効取得を主張しようとする者は、自ら無過失を立証しなければならない。

要件	推定の有無
所有の意思	○（186条1項）
平穩かつ公然	○（186条1項）
善意	○（186条1項）
無過失	×
占有の継続	○（186条2項）

○＝推定される

×＝推定されない

(4) 効果

占有者は、所有権を取得する。この取得は原始取得である。この反射的效果として、所有者は権利を失う。また、承継取得ではないので、その物に対して、所有者が設定していた抵当権などの負担は消滅する。

4 所有権以外の財産権の取得時効

地上権・永小作権などの権利も自己のためにする意思をもって、平穩かつ公然に行使していれば、所有権に準じ、10年または20年で取得時効が完成する（163条・162条）。また、不動産賃借権は、①不動産の継続的な用益という外形的事実が存在すること、②その用益が賃借の意思に基づくことが客観的に表現されていること、という要件を満たす場合に、時効取得することができる（最判昭和62・6・5、最判昭和43・10・8）。