

# 司法書士



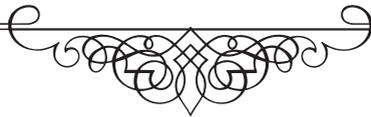
合格基本選書

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（JIRC）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。

JIRC 〈<https://www.jirc.or.jp> メール：info@jirc.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

|                     |    |
|---------------------|----|
| <b>全体構造編</b>        | 1  |
| <b>第1編 総 則</b>      | 15 |
| <b>第1章 私権の主体～人～</b> | 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 |
| <b>第2章 権利の客体～物～</b> | 39 |
| <b>第3章 法律行為</b>     | 43 |
| <b>第4章 意思表示</b>     | 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 |
| <b>第5章 無効と取消し</b>   | 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 |
| <b>第6章 代 理</b>      | 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 |
| <b>第7章 条件・期限</b>    | 91 |
| 第1節 条 件             | 91 |
| 第2節 期 限             | 95 |
| <b>第8章 時 効</b>      | 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 |
| <b>第2編</b> | <b>物 権</b>             | 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 |

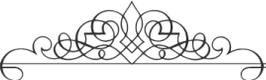
|            |                        |     |
|------------|------------------------|-----|
| 第4節        | 入会権                    | 207 |
| <b>第3編</b> | <b>担保物権</b>            | 209 |
| 第1章        | 担保物権総論                 | 211 |
| 第1節        | 担保とは何か                 | 211 |
| 第2節        | 担保物権の効力                | 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 |
| <b>付録</b>  | <b>法人の考え方の基本</b>       | 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いった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いく。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行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、物権を変動させたり、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。

〈契約が有効に効力を発生するまで〉

①成立要件



②有効要件



③効果帰属要件



④効力発生要件



契約の効力発生

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に、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）という場合にのみ、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

文言で記載されており、解釈をしないと意味内容が確定しないからである。また、制定から時間がたったことによって、民法の予定していない事実が発生することもあるため、解釈によって、その事実に関するルールを作らなければならないからである。

解釈の方法としては、以下のものを押さえておけばよい。

|      |   |
|------|---|
| 文理解釈 | その条文に使われている言葉を、通常の用法・文法に従って解釈すること                       |
| 反対解釈 | 類似した2つの事実のうち、1つだけ規定がある場合、規定がないほうの事実について、その反対の解釈をすること    |
| 類推解釈 | 類似した2つの事実のうち、1つだけ規定がある場合に、規定がないほうの事実についても、それと同様の解釈をすること |
| 拡張解釈 | ある条文で規定されている意味を広げて解釈すること                                |
| 縮小解釈 | ある条文で規定されている意味を一般的意味よりも狭く解釈すること                         |

## (2) 善意・悪意という概念

善意・悪意という言葉も法律を学ぶうえでよく出てくるので、今のうちに知っておく必要がある。

善意とは、ある事実を知らないことであり、悪意とは、ある事実を知っていることである。たとえば、中古車の売買をしたときに、その車に隠れた傷があったとする。買った人がその傷について知らなければ（善意）、何らかの保護が必要である。しかし、知っている人であれば（悪意）、それを承知で買ったのであるから保護の必要がないことになる。

このように、善意者のほうが保護の必要性が高いことが多い。また、善意者は、過失なく知らなかった者（善意無過失）と、注意をすれば知ることができたのに知らなかった者（善意有過失）に分けられ、前者のほうが保護の必要性が高い。

さらに、善意有過失の者は、その不注意の程度により、不注意が重い場合が重過失、軽い場合が軽過失と分けられる。

|    | 善意      |     |     | 悪意 |
|----|---------|-----|-----|----|
|    | 無過失     | 有過失 |     |    |
|    |         | 軽過失 | 重過失 |    |
| 善意 | ←—————→ |     |     |    |

|       |  |  |  |  |
|-------|--|--|--|--|
| 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だが、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、胎児の姉妹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、胎児の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たり、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、高度の精神病患者、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、成年被後見制度が設けられている。成年被後見制度は、法定被後見制度と任意被後見制度に分けられる。

法定被後見制度には、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。この法定被後見制度は、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、任意被後見制度は、契約によって本人が任意被後見人を選任し、これに権限を付与するものである。

### 3 未成年者

#### (1) 未成年者の意味

民法は、20歳（令和4年4月1日以降は18歳）に達した者を成年としているので（4条）、未成年者とは、20歳（令和4年4月1日以降は18歳）に達していない者のことである。

#### (2) 未成年者の行為能力の範囲

##### ① 原則

未成年者が、契約などの法律行為をするには、その保護監督機関である法定代理人の同意が必要となる（5条1項本文）。そして、法定代理人の同意を得ないで単独で行った法律行為は、取り消すことができる（5条2項）。

(ア) 法定代理人になるのは、基本的には、未成年者の親権者である（818条・819条）。親権者がいない場合などは、家庭裁判所等が未成年後見人を選任する（838条1号・839条・840条）。

(イ) 法定代理人の同意は、未成年者自身に対してしても、相手方に対してしてもよい。

(ウ) 未成年者が単独でした法律行為は取り消すことができるが、この取消しは未成年者本人もすることができる（120条1項）。この場合、未成年者は取り消すことについては法定代理人の同意は必要ない。つまり、取消しという法律行為は単独であることができる。

##### ② 例外

次の法律行為は、未成年者に不利益を及ぼすおそれが少なく未成年者を保護する必要がないものであるため、未成年者が法定代理人の同意を得ずに単独であることができる。つまり、単独でしたとしても有効な行為となり、取り消すことができない。

(ア) 単に権利を得、または義務を免れる行為（5条1項ただし書）

〔該当するもの〕 負担のない贈与を受けること

債務の免除を受けること

〔該当しないもの〕 負担付贈与を受けること

貸金の弁済を受けること

(イ) 法定代理人が目的を定めて処分を許した財産をその目的の範囲内で処分する行為（5条3項前段）

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、その種類の特定をして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、日常の買い物が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項かっこ書)。

※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ぬ(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                                  |
|---|--------------------------------------|
| 元本を領収し、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   | 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                            | 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・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 | 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 | 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<br>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、精神上的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     | 確答がない場合の効果 | 催告の相手方      | 確答がない場合の効果 |
| 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、確答がない場合の効果であるが、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、確答のない場合の効果は「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、その者の従来の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の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。