

序論

1 民法とは

形式的意義における民法：民法典

実質的意義における民法：実体私法の一般法

これから学ぶのは、実質的意義における民法である。これは、私人の日常生活（社会生活）を規律する最も基本的な法であり、主として私人の財産関係と家族関係を規律する。

2 民法の性格

1. 私法

民法は、平等な私人間の関係を規律する法である。

cf. 公法（国家統治権の発動に関する法 ex. 刑法）

2. 実体法

民法は、裁判をする際の紛争解決の基準となる法である。

cf. 手続法（裁判を進める方法や形式についての基準となる法 ex. 民事訴訟法）

3. 一般法

民法は、私法の分野における一般法であるから、人・事物・行為あるいは地域を限定せず、広く一般に適用される。

cf. 特別法（特定の人・事物・行為又は地域に限って適用される法）

この、一般法と特別法の区別は相対的なものである。例えば、商法は、民法に対しては特別法であるが、金融商品取引法などに対しては一般法である。

一般法・特別法の区別の実益は、法適用の順序に現れる。特別法は一般法に優先して適用される。

3 民法の法源

1. 民法典

現行民法典は、明治31年（1898年）に施行された。

ドイツ民法典とフランス民法典を混合的に継受したものであり、形式的に言えば、ドイツ民法典の体系（パンデクテン体系）に従っているが、実質的には旧民法以来のフランス式規定の多くが残っている。

パンデクテン体系は、個別具体的な事項を整理して体系化し、少数の公理より演繹される抽象的な論理体系を作り出すことによって法の適用を容易にしようとしている。

2. 民法典以外の成文民法法規

利息制限法、建物の区分所有等に関する法律、借地借家法、仮登記担保契約に関する法律等がある。

3. 慣習法

社会生活において一定の行為の様式が反復・踏襲され、社会規範として妥当するとき、このような行為の様式を慣習という。そして慣習が、社会の法的確

信（法として効力あらしめようとする意識）によって支えられ、国家の承認によって強行されるようになると、これを「慣習法」（法たる慣習）と呼び、その程度に至らないものを「事実たる慣習」と呼ぶ。

法の適用に関する通則法3条は、慣習に法としての効力を認める場合を規定している。

4. 判例

成文法主義のわが国では、判例の拘束力は制度的に保障されていない。しかし、同種の事件が後に裁判所に出てきたときには、裁判所は前の判決におけると同様の判断をする可能性が強い。この意味で、判例は、事実上の法源として強い拘束力を持っているといえる。このような拘束力に着目して、判例法という呼び方がなされることもある。

5. 条理

: 人間の共同体社会における、自然発露的な人間の道理

裁判において適用すべき法がない場合に、これを基準とすべきこととなる。

4 民法の指導原理

1. 権利能力平等の原則

: すべての自然人が差別されることなく、権利義務の主体になる資格（権利能力）をもつという原則（3条1項参照）

2. 所有権絶対の原則

: 人は所有物に対しては完全な支配権を有し、しかも神聖不可侵であるという原則（憲法29条1項）

3. 私的自治の原則

: 市民社会において人が義務を負うのは、自らの意思でそれを望んだときだけであるという原則
その内容として、契約自由の原則が挙げられる。

4. 過失責任の原則

: 人は故意又は過失があるときにのみ、他人に対して損害賠償の責任を負うという原則

5 法解釈の方法

1. 文理解釈

: 法規の文字のもつ意味を通常用語法に従って明らかにする解釈方法

2. 論理解釈

: 必ずしも個々条文の文理にこだわらず、法律が1つの論理的体系をなすように解釈する方法

法規の内容を論理の法則に従って明らかにする解釈という意味にも用いられる。その具体的技術として、反対解釈と類推解釈がある。

3. 目的解釈

: 法規をその立法の目的から解釈していく方法

※これらのほか、拡張解釈、縮小解釈などがあるが、これらは解釈の技術というよりも、論理解釈や目的解釈の結果、法規の意味内容が、文理解釈によって得られるところよりも広く、あるいは狭くなったことを示すものといえる。

第1編 総則

第1章 私権についての基本原理

出題傾向

私権についての基本原理だけの問題は出題されていません。しかし、肢の一つとして判例の事案等が出題される可能性はあります。民法を学習する際の基本原理ですので、押さえておきましょう。

1 公共の福祉（1条1項）

私権の行使については、社会的共同生活の利益に反してはならない（憲法 29 条2項参照）。

2 信義誠実の原則（信義則。1条2項）

1. 意義

：人は、具体的事情の下において相手方から一般に期待される信頼を裏切ることのないように、誠意をもって行動すべきであるとする原則

はじめは債権法を支配する原理であったが、やがて、物権法の領域でも妥当するとされ、さらには社会的接触関係に立つ者同士（例えば、これから契約関係に入ろうとする者同士）の間でも適用されると考えられるようになった。

2. 機能

①法律解釈の基準となる（最判昭 32. 7. 5）。

②社会的接触関係にある者同士の規範関係を具体化する。

③制定法の規定の存しない部分を補充し、又は制定法の形式的適用による不都合を克服する。

3. 派生原則（信義則の分身）

(1) 禁反言の原則

自己の行為に矛盾した態度をとることは許されない。

(2) クリーンハンズの原則

自ら法を尊重する者だけが法の尊重を要求できる（708条参照）。

(3) 事情変更の原則

契約締結当時の社会的事情や契約成立の基礎となった事情に、その後著しい変動を生じ、契約をそのまま強制することが信義公平に反するに至った場合には、不利益を受ける側は、その廃棄又は変更を請求することができる（契約の拘束力の例外）。

3 権利濫用の禁止（1条3項）

1. 意義

：形式的には正当な権利に基づく行使であっても、実質的に見れば権利の社会

性に反する行為は認められないとする法理

私権の行使に際して生じる他の法益との衝突を具体的公平の見地から調整するもの。

2. 要件

権利行使によって生じる権利者個人の利益と、相手方又は社会全体に及ぼす害悪との客観的な比較衡量による（判例・通説）。

3. 効果

権利に対する他人の侵害の排除を主張することが権利濫用となる場合には、排除の請求そのものが否定される。

第2章 人

第1節 権利能力

出題傾向

権利能力だけの問題は出題されていません。しかし、胎児や同時死亡の推定について、相続の問題に絡めて問うなどして、出題される可能性はあります。権利能力の始期、終期に意識しつつ、胎児の権利能力について、原則、例外を押さえておきましょう。

1 意義

: 権利義務の主体となることのできる資格

2 権利能力の始期

1. 原則—出生（3条1項）

出生時をいつとするかは、文言上明らかでないが、体が母体から全部露出した時点（全部露出説）とするのが通説である。

cf. 刑法 — 一部露出説

2. 例外 — 胎児についての特則

胎児は人ではないので、原則として権利能力は否定される。ただし、例外的に以下の場合には生まれたものとみなされる。

①損害賠償請求（721条）

②相続（886条）

③遺贈（965条）

なお、胎児に対する認知も可能である（783条1項）。

Q 「既に生まれたものとみなす」（721条、886条、965条）の意義

A 停止条件説（大判昭7.10.6）

胎児でいる間は原則どおり権利能力はないが、胎児が生きて生まれた時に、問題の時点（不法行為や相続時など）に生まれていたものとみなし、さかのぼって権利能力を取得する。

（理由）

現行法上、胎児の財産を管理する法定代理制度が存在しない。

B 解除条件説

胎児であっても生まれたものとみなされる範囲（損害賠償、相続など）では権利能力を有し、ただ、死産である場合には遡及的に権利能力が消滅する。

（理由）

①胎児の母に法定代理人たる地位を認めることができ、胎児の権利が保護される。

②特に相続をめぐる法律関係を速やかに確定できる。

※ この争いは、胎児の代理を認めることができるか、という問題として争われる。解除条件説はそれを肯定することができる点に特徴があるが、その場合で

平 2-23

も、代理が認められるのは上記例外の3つの範囲に限られる点に注意する必要がある（母が胎児を代理して売買契約を結ぶことは認められない）。

3 終期

1. 死亡（明文はないが、882条から推知される。）

2. 生死不明者と死体が発見されない場合の取扱い

(1) 失踪宣告（30条～32条）

：不在者の生死不明の状態が一定期間継続した場合に、一応その者の死亡を擬制して、従来の住所を中心とする法律関係を確定する制度
認定死亡と異なり、後に生存が確認されても直ちには生存者としては扱われない。

(2) 認定死亡（戸籍法89条）

：危難に遭遇して死亡したのは事実だが死体が発見されない場合に、その取調べをした官庁又は公署が死亡の認定を行う制度

3. 同時死亡の推定（32条の2）

(1) 意義

：数人の者が死亡した場合において、その死亡の先後が明らかでないときに同時に死亡したものと推定する制度

(2) 趣旨

数人が危難にあって死亡した場合、その先後によって相続関係は大きく異なる（相続分など）。そこで、死亡の先後が明らかでない場合の解決方法として同時に死亡したものとする推定規定を置いた。

(3) 要件—数人の者が死亡した場合において、その死亡時期の先後関係が不明であること。

次のような場合に適用がある。

- ①共に同一の危難に遭遇し、死亡の先後関係が不明である場合。
- ②別々の危難に遭遇したが、いずれの死亡時期も不明である場合。
- ③一方の死亡時期は明確であるが、他方の死亡時期が不明である場合。

(4) 効果

- ①同時死亡の推定が及ぶ者相互の間では相続が生じない。
- ②同時死亡の推定が及ぶ者相互の間では遺贈も効力を生じない（994条1項）。
- ③代襲相続は生じる（887条2項）。

平2-6
平17-23
平23-22

4 外国人の特則

外国人は、法令又は条約の規定により禁止される場合を除き、私権を享有する（3条2項）。

平5-1

第2節 意思能力と行為能力

出題傾向

意思能力だけの問題は出題されていません。しかし、法律行為の有効性を問う際に意思能力が出題される可能性はあります。意思能力のない者のした法律行為が無効であることを押さえておきましょう。

I 意思能力

：自己の法律行為の結果を弁識するに足るだけの精神能力

意思能力を欠いた者の行為は無効である（大判明 38. 5. 11）。明文規定はないが、私的自治の原則により、私人の法律行為は自己の意思に基づいてのみ行われなければならないことから、当然の前提とされている（通説）。

II 行為能力

出題傾向

未成年者に関する問題は、平成2年、6年、23年、27年に
出題されています。後見、保佐、補助に関する問題は、平成9年、15年、25年に
出題されています。制限行為能力者全体に関する問題は、平成5年、19年に
出題されています。いずれも条文や判例を問う知識問題です。

今後も知識問題として出題される可能性がありますので、条文、判例をしっかりと押さえておきましょう。

【関連過去問】平15-4、平19-6、平23-4、平25-4、平27-4

1 総説

1. 行為能力の意義

行為能力：自ら単独で法律行為をすることができる能力

2. 制限行為能力者制度の趣旨

民法は、未成年者・成年被後見人・被保佐人及び被補助人を制限行為能力者と定め、これらの者は単独で有効に法律行為を行ない得ないものとした。

意思能力（自己の行為の結果を弁識する精神能力）のない者の行為は本来無効となる。しかし、意思能力の存否の証明は容易でないことから、意思能力のない者・不十分な者を保護しつつ、取引の安全を図るべく、一定の者を画一的に制限行為能力者としたものである。

3. 意思能力と行為能力との関係

Q 制限行為能力者が同時に意思能力を欠いていた場合の行為の効力は認められるか。

A 二重効肯定説（判例・通説）

取り消すことができると同時に無効主張もできる。

（理由）

制限行為能力者制度は、意思無能力者に与えられたプラスアルファの保護で

あり、本来の保護である意思能力を欠くことを理由とする無効主張は当然に可能である。

B 二重効否定説

取消しのみ可能とする。

(理由)

意思能力の制度は行為能力の制度に客観的画一的に転化してしまっている。

2 未成年者

1. 意義

: 20歳未満の者(4条)

本条の例外は次の2つである。

①婚姻による成年擬制(753条)

20歳未満の間に婚姻が解消しても擬制の効果は存続する(通説)。

②特定の営業に関する成年擬制(6条)

2. 趣旨

未成年者は、幼児のように意思能力がない場合もあり、また意思能力があってもまだ取引に十分な判断能力がないので、この者を保護するとともに、取引の相手方を不測の損害から保護することをその趣旨とする。

3. 未成年者の行為能力

(1) 原則

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

(2) 例外

例外的に未成年者が単独でできる行為が法定されている。

(a) 「単に権利を得、又は義務を免れる法律行為」(5条1項ただし書)

ex. 負担付きでない贈与を受ける。債務の免除を受ける。

(b) 法定代理人が処分を許した財産の処分(5条3項)

本条項の財産については法定代理人の包括的同意があると解されるため、5条1項本文の同意を不要とした。

①「目的を定めて処分を許した財産」(学費, 下宿代等)は、その目的の範囲内でのみ処分できる。

②「目的を定めずに処分を許した財産」(小遣い等)は、任意に処分できる。

(c) 許可された営業に関する行為(6条1項)

営業の許可がある以上これに関する行為ができなければ営業できないから、許可された営業の範囲内で未成年者の行為能力に加えられた制限を解放するものである。

①「営業」: 営利を目的にして同種の行為を反復継続して行うこと

自ら主体となって営業をすることが必要であり、他人に従属してこれに労務を提供して賃金を得る場合(未成年者が他人に雇われて働く場合)は含まない。

②「一種又は数種の営業」: 取引社会において1単位と認められるものの

平 2-14

平 6-7

平 23-4

平 27-4

平 27-4

1 個又は数個

一種の営業の一部に限定しての許可は、相手方に不測の損害を与えるから許されない。また、営業の許可をするには、営業の種類を特定しなければならない。

③許可の取消し（6条2項）

法定代理人は、「その営業に堪えることができない事由があるとき」は許可を取り消し、又は制限できるが、遡及効が無い（厳密には撤回というべき）。

「取り消し」は善意の第三者にも対抗することができる。ただし、営業が商業である場合には登記による公示が必要である（商法5, 9, 10条）。

(d) 法定代理人の同意を得ないでした行為の取消し（5条2項, 現120条1項）

(e) 身分行為

ex. 認知（780条）、遺言（961条。ただし、15歳に達した者のみができる。）

(3) 取消しの効果

(a) 行為の効力

①原則

取消しがないと、当該行為は初めから無効であったことになる（現121条本文）。この場合の取消しは、いわゆる絶対的取消しであって、善意の第三者の保護の規定（現96条3項参照）がないから、すべての第三者に取消しの効果を主張することができる。

192条の即時取得の適用も否定される。これを認めてしまうと、制限行為能力者を取引から保護しようとした趣旨が没却されるからである。

②例外

転得者は、動産の場合は192条、不動産の場合は94条2項の類推適用によって保護され得る（通説）。

(b) 未成年者の返還義務

未成年者は現存利益の範囲でのみ返還義務を負う（現121条ただし書）。

4. 保護者 — 法定代理人

(1) 法定代理人の意義

未成年者の法定代理人は、未成年者が法律行為をする場合にその「同意」を与え（5条1項本文）、また、未成年者に代わってその法律行為を行う（824条、859条）。

(2) 法定代理人となる者

第1次的に親権者（818条）、第2次的に未成年後見人（838条1号）である。

(3) 権限

(a) 同意権（5条1項本文）

(b) 財産管理権（824条本文前段、859条1項前段）

(c) 代理権（824条本文後段、859条1項後段）

労働契約に関しては、親が子を食い物にするおそれが生じるため、代理権は認められない（労働基準法58条1項）。従って、子自身が雇主と労働契約の締結することになり、子が労働契約を締結する場合には、親の同意が必要である（5条1項本文）。

平2-14

(d) 取消権（現 120 条 1 項）

法定代理人の取消権が時効で消滅した場合（126 条），未成年者の取消権も消滅する（固有の取消権を行使できない）。

(e) 追認権（現 122 条）

3 法定後見制度①—後見（審判により開始する後見）

1. 成年被後見人の意義

: ①「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にあ」り，②家庭裁判所により後見開始の審判を受けた者（7 条）

成年後見は，後見開始の審判があったときに開始する（838 条 2 号）。

本人，配偶者，4 親等内の親族，未成年後見人，未成年後見監督人，保佐人，保佐監督人，補助人，補助監督人又は検察官の請求により，家庭裁判所が審判を行う（7 条）。このほかに，市町村長に請求権が認められている（老人福祉法 32 条等）。

2. 趣旨

精神上の障害（認知症・知的障害・精神障害等）により事理を弁識する能力を欠く常況にある者を保護の対象とする制度である。

3. 成年被後見人の行為能力

(1) 原則

成年被後見人が単独でした法律行為は，後見人の事前の同意があっても，原則として取り消すことができる（9 条本文）。

(2) 例外

以下の行為については単独で有効にすることができる。

(a) 日用品の購入その他日常生活に関する行為（9 条ただし書）

(b) 一定の身分行為（婚姻（738 条），協議離婚（764 条）等）

本心に復している間になされたものである限り，成年被後見人が単独で有効にすることができる。

(c) 取り消すことができる行為の取消し（9 条，現 120 条）

(d) 後見開始の審判の取消請求（10 条）

4. 保護者 — 成年後見人

後見開始の審判を受けた者は，成年被後見人となり，成年後見人の後見に付される（8 条）。

(1) 成年後見人となる者

家庭裁判所が，職権で，個々の事案で最も適任な者を成年後見人として選任する（843 条）。

その際には，①成年被後見人の心身の状態並びに生活及び財産の状況，②成年後見人となる者の職業及び経歴，③成年後見人となる者と成年被後見人との利害関係の有無，④成年被後見人の意見その他一切の事情を考慮しなければならない（843 条 4 項）。

法人も成年後見人となることができる（843 条 4 項）。

複数の成年後見人を選任することも可能である（843 条 3 項）。なお，成年後見人が数人あるときは，家庭裁判所は，職権で，数人の成年後見人が，共同して又は事務を分掌して，その権限を行使すべきことを定めることができる（859 条の 2）。

平 5-8

平 9-1

平 15-4

平 19-6

平 25-4

平 27-21

平 9-1

(2) 権限及び義務

①財産管理権 (859 条 1 項前段)

②代理権 (859 条 1 項後段)

同意権は原則として有しない。

③取消権 (現 120 条)

④追認権 (現 122 条)

⑤身上配慮義務 (858 条)

成年後見人には、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務等を含めた本人の心身の状態及び生活の状況に配慮すべき義務が課せられている。

⑥成年被後見人の居住用不動産の処分 (859 条の 3)

成年被後見人の居住用不動産を売却、賃貸、賃貸借の解除又は抵当権の設定その他これらに準ずる処分をするには、家庭裁判所の許可を得なければならない。

⑦後見監督人の同意を要する行為 (864 条)

成年後見人が、成年被後見人に代わって13条1項所定の行為(元本の領収を除く)をするには、後見監督人があるときは、その同意を得なければならない。

5. 後見監督人

家庭裁判所は、必要があると認めるときには、成年被後見人、その親族若しくは成年後見人の請求により又は職権で、成年後見監督人を選任することができる(849 条)。なお、後見人の配偶者、直系血族及び兄弟姉妹は、後見監督人になることはできない(850 条)。

後見監督人の職務は、①後見人の事務の監督、②後見人が欠けた場合の後見人選任請求、③急迫な事情がある場合の必要な処分、④後見人又はその代表する者と被後見人との利益相反行為について被後見人を代表すること、である(851 条)。

6. 後見開始の審判の取消し(10条)

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

4 法定後見制度② — 保佐

1. 被保佐人の意義

: ①「精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分」であり、②家庭裁判所により保佐開始の審判を受けた者(11 条)

保佐は、保佐開始の審判によって開始する(876 条)。

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、検察官の請求により、家庭裁判所が審判を行う(11 条)。このほかに、市町村長に請求権が認められている(老人福祉法 32 条等)。

2. 趣旨

精神上の障害(認知症・知的障害・精神障害等)により事理を弁識する能力

平 5-8

平 9-1

平 15-4

平 19-6

平 25-4

が著しく不十分である者を保護の対象とする制度である。

3. 被保佐人の行為能力

(1) 被保佐人は、以下で述べる保佐人の同意を要する場合以外には、行為能力の制限を受けない。

(2) 保佐人の同意を要する行為（13条）

(a) 下記のような日常の法律生活上特に重要な法律行為については、保佐人の「同意」を得なければならない（13条1項本文）。

※ただし、13条1項各号に該当する行為であっても日用品の購入その他日常生活に関する行為については、同意は必要ではない（13条1項ただし書、9条ただし書）。

- ①元本を領収し、又は利用すること
 - ②借財又は保証をすること
 - ③不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること
 - ④訴訟行為をすること
 - ⑤贈与、和解又は仲裁合意をすること
 - ⑥相続の承認若しくは放棄又は遺産の分割をすること
 - ⑦贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること
 - ⑧新築、改築、増築又は大修繕をすること
 - ⑨602条に定める期間（短期貸借）を超える貸借をすること
- 「同意」を得ないでした行為は取り消すことができる（13条4項）。

(b) 上述以外の行為でも、保佐開始の審判の請求権者、保佐人、保佐監督人の請求により、審判で保佐人の同意を必要とすることができる（13条2項本文）。ただし、日常生活に関する行為については同意を要する行為とすることはできない（13条2項ただし書、9条ただし書）。

4. 保護者 — 保佐人

保佐開始の審判を受けた者は、被保佐人となり、保佐人の保佐に付される（12条）。

(1) 保佐人となる者

家庭裁判所が、職権で、個々の事案で最も適任な者を保佐人として選任する（876条の2）。

その際には、①被保佐人の心身の状態並びに生活及び財産の状況、②保佐人となる者の職業及び経歴、③保佐人となる者と被保佐人との利害関係、④被保佐人の意見その他一切の事情を考慮しなければならない（876条の2第2項、843条4項）。

法人も保佐人となることができる（876条の2第2項、843条4項）。

複数の保佐人を選任することも可能である（876条の2第2項、843条3項）。なお、保佐人が数人あるときは、家庭裁判所は、職権で、数人の保佐人が、共同して又は事務を分掌して、その権限を行使すべきことを定めることができる（876条の3第2項、859条の2）。

(2) 権限及び義務

(a) 同意権（13条1項、2項）

被保佐人の利益を害するおそれがないにもかかわらず保佐人が同意しない

場合、家庭裁判所は代諾許可を与えることができる（13条3項）。

(b) 代理権（876条の4）

保佐人は原則として代理権を有しない。例外的に、本人等保佐開始の審判の請求権者、保佐人又は保佐監督人の請求によって、家庭裁判所が特定の法律行為について保佐人に代理権を付与する旨の審判をすることができる（876条の4第1項）。

保佐人が代理権をもつことは、被保佐人本人にとって重大な利害があるから、本人以外の者の請求によって代理権を付与する旨の審判をするには、本人の同意がなければならない（876条の4第2項）。

(c) 取消権（現120条1項）

(d) 追認権（現122条）

(e) 身上配慮義務（876条の5第1項）

身上面の保護が重要であるという点では保佐においても同様であることから、身上配慮義務等につき後見と同様の規定が置かれている。すなわち、保佐人は、保佐の事務を行うに当たっては、被保佐人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない。

(f) 被保佐人の居住用不動産の処分（876条の5第2項、859条の3）

保佐人に代理権が付与された場合であっても、被保佐人の居住用不動産を処分するには家庭裁判所の許可を得なければならない。

5. 保佐監督人（876条の3）

家庭裁判所は、必要があると認めるときは、被保佐人、その親族若しくは保佐人の請求により又は職権で、保佐監督人を選任することができる（876条の3第1項）。なお、後見監督人の欠格事由及び職務に関する850条及び851条の規定は、保佐監督人に準用されている（876条の3第2項）。

6. 保佐開始の審判の取消し（14条）

保佐開始の原因が消滅したときは、家庭裁判所は本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官の請求により保佐開始の審判を取り消さなければならない。

5 法定後見制度③ — 補助

1. 被補助人の意義

: ①「精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分」であり、②家庭裁判所により補助開始の審判を受けた者（15条1項）

補助は、補助開始の審判によって開始する（876条の6）。

補助開始の審判は、本人、配偶者、4親等内の親族、後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官の請求により、家庭裁判所が行う（15条1項）。このほかに、市町村長に請求権が認められている（老人福祉法32条等）。

ただし、本人以外の者の請求により補助開始の審判をするには、本人の同意がなければならない（15条2項）。本人には一定程度の判断能力があるから、自己決定を尊重する趣旨である。

2. 趣旨

精神上の障害（認知症・知的障害・精神障害等）により事理を弁識する能力

平15-4

平25-4

が不十分である者を保護の対象とする制度である。

3. 被補助人の行為能力

- (1) 補助開始の審判により被補助人の行為能力自体が制限を受けるわけではない。補助開始の審判のみでは、補助人は同意権・代理権のいずれも与えられない。そこで、同時に同意権付与の審判（17条1項）又は代理権付与の審判（876条の9第1項）をしなければならない（15条3項）。そして、特定の法律行為について同意権又は代理権を与えるのが適当であると認められる場合に、家庭裁判所は補助人に同意権・代理権の双方又は一方を付与する旨の審判をすることができる。
- (2) 特定の法律行為に同意権が与えられた場合は、同意を要する特定の法律行為に関しては、補助人の行為能力は制限される。

従って、補助人の同意を要する行為であるにもかかわらず、補助人の同意又は同意に代わる許可を得ないでした行為は、取り消すことができる（17条4項）。

これに対し、特定の法律行為に代理権のみが与えられた場合には、被補助人の行為能力は制限されない。

従って、被補助人は補助人に代理権の与えられた行為を含めすべての行為を有効にすることができる。

4. 保護者 ― 補助人

補助開始の審判を受けた者は、被補助人となり、補助人の補助に付される（16条）。

(1) 補助人となる者

家庭裁判所が、職権で、個々の事案で最も適任な者を補助人として選任する（876条の7）。

判断基準は成年後見人と同じである（876条の7第2項、843条4項）。

法人も補助人となることができる（876条の7第2項、843条4項）。

複数の補助人を選任することも可能である（876条の7第2項、843条3項）。

(2) 権限及び義務

(a) 同意権（17条）

家庭裁判所の審判により与えられる。

対象は13条1項に定める行為の一部に限られる（17条1項ただし書）。補助制度は、保佐制度を利用するほどに判断能力が不十分ではない者が利用することを予定した制度であり、単独ですることができる行為の範囲を被保佐人よりも広くする趣旨である。

※ この場合も、日用品の購入その他日常生活に関する行為は、同意を要する行為とはならない。

被補助人の利益を害するおそれがないにもかかわらず補助人が同意しない場合、家庭裁判所は代諾許可を与えることができる（17条3項）。

(b) 代理権（876条の9）

家庭裁判所は、補助の審判開始の請求権者（15条1項本文）又は補助人若しくは補助監督人の請求によって、「特定の法律行為」について補助人に代理権を付与する旨の審判をすることができる（876条の9第1項）。

補助人が代理権をもつことは、被補助人にとって重大な利害があるから、本人以外の者の請求によって代理権を付与する旨の審判をするには、本人の同意がなければならない（876条の9第2項、876条の4第2項）。

(c) 取消権 (現 120 条)

同意権が付与されている場合に取消権も付与される。

(d) 追認権 (現 122 条)

同意権が付与されている場合に追認権も付与される。

(e) 身上配慮義務 (876 条の 10 第 1 項, 876 条の 5 第 1 項)

(f) 被補助人の居住用不動産の処分 (876 条の 10 第 1 項, 859 条の 3)

補助人に代理権が付与された場合であっても、被補助人の居住用不動産を処分するについては家庭裁判所の許可を得なければならない。

5. 補助監督人 (876条の8)

家庭裁判所は、必要があると認めるときは、被補助人、その親族若しくは補助人の請求により又は職権で補助監督人を選任することができる (876 条の 8 第 1 項)。なお、後見監督人の欠格事由及び職務に関する 850 条及び 851 条の規定は、補助監督人に準用されている (876 条の 8 第 2 項)。

6. 補助開始の審判の取消し (18条)

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

補助人への同意権の付与の審判及び代理権付与の審判をすべて取り消す場合にも、家庭裁判所は補助開始の審判を取り消さなければならない (18 条 3 項)。この場合には、被補助人の判断能力が健全に復したといえないときでも、補助を継続する必要性、理由がなくなったということになるからである。

【制限行為能力者の概要】

		未成年者	成年被後見人	被保佐人	被補助人
対象者	審判	未成年者 (20歳未満の者) 例外—753条, 6条1項	精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者	精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分な者	精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な者
	請求権者		後見開始の審判	保佐開始の審判	補助開始の審判
開始の 手続	同意		本人、配偶者、4親等内の親族、検察官	本人、配偶者、4親等内の親族、検察官	本人、配偶者、4親等内の親族、検察官
	請求権者		未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助監督人	後見人、後見監督人、補助人、補助監督人	後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人
			任意後見受任者、任意後見人、任意後見監督人、市町村長	任意後見受任者、任意後見人、任意後見監督人、市町村長	任意後見受任者、任意後見人、任意後見監督人、市町村長
			本人の同意不要	本人の同意不要	本人の同意必要

		未成年者	成年被後見人	被保佐人	被補助人
行為能力		原則－法定代理人の同意が必要 例外－同意不要の行為①単に権利を得又は義務を免れるべき行為、②処分を許された財産の処分、③許可された営業に関する行為、④同意なくしてなされた行為の取消し、⑤身分行為	原則－成年後見人の同意があっても取り消すことができる 例外－①日用品の購入等の日常生活に関する行為、②一定の身分行為、③取り消すことができる行為の取消し、④後見開始の審判の取消請求	13条1項各号に列挙された法律行為及びそれ以外でも家庭裁判所の審判で保佐人の同意を必要とした行為については、保佐人の同意あるいはそれに代わる家庭裁判所の承諾が必要 ただし、日用品の購入等の日常生活に関する行為は同意不要	13条1項各号に列挙された法律行為の一部について家庭裁判所の審判により補助人の同意を必要とした場合には補助人の同意あるいはそれに代わる家庭裁判所の承諾が必要 ただし、日用品の購入等の日常生活に関する行為は同意不要
保護者、監督人		法定代理人 (親権者、未成年後見人) 未成年後見監督人	成年後見人 成年後見監督人	保佐人 保佐監督人	補助人 補助監督人
保護者の権限	同意権	有	無	有	有(個別の審判で付与される特定の法律行為についての同意権)
	代理権	有 (包括的な代理権)	有 (包括的な代理権)	有(個別の審判で付与される特定の法律行為についての代理権)	有(個別の審判で付与される特定の法律行為についての代理権)
	取消権	有	有	有	有
	追認権	有	有	有	有
	財産管理権	有 (包括的な財産管理権)	有 (包括的な財産管理権)	有(代理権に対応する部分的な財産管理権)	有(代理権に対応する部分的な財産管理権)

		未成年者	成年被後見人	被保佐人	被補助人
審判の取消	取消の原因		精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況でなくなつたこと（本人の事理を弁識する能力が保佐又は補助の開始の要件に該当する程度又はそれ以上にまで回復したと）	精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分ではなくなつたこと（本人の事理を弁識する能力が補助の開始の要件に該当する程度又はそれ以上にまで回復したと）	精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分ではなくなつたこと（本人の事理を弁識する能力が健全に回復したこと） ※
	取消権者		本人、配偶者、4親等内の親族、検察官		
			後見人、後見監督人	保佐人、保佐監督人・未成年後見人・未成年後見監督人	補助人・補助監督人・未成年後見人・未成年後見監督人

※ 補助人への同意権・代理権の付与の審判がすべて取り消されるとき、被補助人について後見開始の審判・保佐開始の審判がなされるときには、家庭裁判所の職権により補助開始の審判は取り消される。

6 制限行為能力者の相手方の保護

1. 総説

前記のような制限行為能力者の行為がいつまでも取り消すことができるものであるとすると、法律関係は依然として確定せず、相手方の地位は不安定となり、取引の安全が害されるおそれが生ずる。

このような観点から、民法は、制限行為能力者と取引をした相手方を保護する制度として、①法律関係を速やかに確定させるための催告権（現20条）、②制限行為能力者が詐術を用いた場合の取消権の剥奪（21条）、③取消権の行使期間の制限（126条）、④法定追認制度（現125条）を用意している。

2. 相手方の催告権

催告とは、ある人に対してある行為を要求・催促することをいう。現20条は不確定な状態にある制限行為能力者の相手方を保護するため、相手方に催告権を与えた。

(1) 制限行為能力者が行為能力者となった後の催告（現20条1項）

本人に対し、1か月以上の期間を定めて、その期間内に当該行為を追認するか否かを催告することができ、本人が期間内に確答を発しないときはその行為を追認したものとみなされる。

(2) 制限行為能力者が行為能力者となる前の催告（20条2項、3項、4項）

(a) 法定代理人、保佐人、補助人への催告

制限行為能力者の法定代理人、保佐人、補助人に対し、1か月以上の期間を定めて、その期間内に当該行為を追認するか否かを催告することができ、これらの者が期間内に確答を発しないときはその行為を追認したものとみな

される（20条2項）。

ただし、「特別の方式を要する行為」については、取り消したものとみなされる（20条3項）。「特別の方式を要する行為」とは、後見人が後見監督人の同意を得なければすることができない行為の場合（864条）などをいう。

(b) 本人への催告

本人（被保佐人又は同意権付与の審判を受けた被補助人）に対し、1か月以上の期間を定めて、その期間内に保佐人又は補助人の追認を得よう催告することができ、被保佐人、被補助人が期間内に追認を得た旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなされる（20条4項）。

3. 取消権の剥奪

(1) 意義

制限行為能力者が「詐術」を用いて取引の相手方に自分が行為能力者である旨を信じさせたような場合には、もはやその制限行為能力者はその行為を取り消すことができない（21条）。

制限行為能力者が相手方を欺いて行為能力を有すると誤信させた場合には、もはやこれを保護する必要がないため制裁として取消権を喪失させ、他方、行為能力者と信じた相手方の取引安全を図ったものである。

(2) 要件

①制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため

制限行為能力者でないとする詐術のみならず、法定代理人や保佐人の同意を得たとする詐術も本条の「詐術」に該当する。

②詐術を用いたこと

「詐術」とは、積極的に欺いた場合のみならず、普通に人を欺くに足りる言動によって相手方の誤信を誘発し、又は誤信を強めたと認められるときも含むとされる。

制限行為能力者であることを黙秘している場合、それだけでは「詐術」にはあたらないが、それが制限行為能力者の他の言動と相まって、相手方を誤信させ、又は誤信を強めたと認められるときは「詐術」に当たるとされる（最判昭44.2.13）。

③相手方が、行為能力者であることを信じたこと

「信じた」とは、一般に、善意かつ無過失を意味すると解されている。

(3) 効果

取消権を喪失する。制限行為能力者自身だけでなく、法定代理人や保佐人・補助人も取り消せない。

7 任意後見制度

（公的機関の監督を伴う任意代理制度・任意後見契約に関する法律）

1. 意義

本人が契約の締結に必要な判断能力を有している間に、精神上的の障害（認知症・知的障害・精神障害等）により判断能力が不十分な状況における後見事務について任意後見人に代理権を付与する「任意後見契約」を締結することにより、家庭裁判所が選任する任意後見監督人の下で任意後見による保護を受けることができる制度。

任意後見契約の締結にあたっては、①任意後見監督人が選任されたときから契約の効力が生ずる旨の特約を付すること（任意後見法2条1号）、②公証人に公正証書の契約証書を作成させることが必要である（同法3条）。

2. 趣旨

自己の後見のあり方を自らの意思で決定するという自己決定の尊重の理念に則して、法定後見制度と相互に補完しあう契約型の制度として創設されたものである。私的自治尊重の観点から、家庭裁判所の関与の仕方はより間接的な形態にとどめられている。

3. 任意後見契約の効力の発生

任意後見契約が登記されている場合において、精神上の障害により本人の判断能力が不十分な状況にあるときは、本人、配偶者、4親等内の親族又は任意後見受任者は、家庭裁判所に対し、任意後見監督人の選任の請求をすることができる。家庭裁判所は、精神上の障害により本人の判断能力が不十分な状況にあると認めるときは、任意後見監督人を選任し、任意後見契約の効力を発生させることになる（同法4条1項）。この任意後見監督人の選任にあたっては、本人がその意思を表示することができないときを除き、本人の請求又は同意が要件とされる（同法4条3項）。

4. 任意後見監督人の職務等

任意後見監督人は、任意後見人の事務を監督し、その事務に関し家庭裁判所に定期的に報告を行う（同法7条1項）。そして、家庭裁判所は、必要があると認めるときは、任意後見監督人に対し報告を求める等必要な処分を命ずることができる（同法7条3項）。任意後見人に任務に適しない事由があるときは、家庭裁判所はこれを解任することができる（同法8条）。

5. 任意後見契約の解除

任意後見監督人選任後に任意後見契約を解除するには、本人保護の観点から、正当な事由と家庭裁判所の許可が必要とされる（同法9条2項）。

第3節 住所

1 住所

1. 意義

：各人の生活の本拠（22条）

「生活の本拠」とは、人の生活関係の中心である場所をいう。

※公職選挙法上の住所が問題となった事案について、親元から離れて学生寮で生活する学生の住所は学生寮にあると判断された（最大判昭29.10.20）

2. 効果

- ①不在者（25条）、失踪（30条）の基準
- ②債務の履行場所（現484条）
- ③相続の開始地（883条）

2 居所

1. 意義

: 人が多少の期間継続して居住してはいるが、「生活の本拠」といえるまでには達していない場所

2. 効果

: 住所が知れない場合、日本に住所を有しない場合には、居所が住所とみなされる (23 条)。

3 仮住所

法律関係の当事者は、一定の取引行為について、住所、居所とは別に、その便宜のために一定の場所を仮住所として選定し、住所の代用とすることができる (24 条)。

第 4 節 不在者の財産管理及び失踪宣告

I 不在者の財産管理

1 意義

不在者：従来の住所又は居所を去って行方の明らかでない者

2 趣旨

- ①本人，利害関係人の保護
- ②国民経済上の不利益の回避

3 要件

1. 不在者本人が財産管理人を置かなかったとき (25条 1 項前段)

不在者が財産管理人を置いたときはその委任契約に従って財産が管理され、また、法定代理人がある場合にも法律の規定に従って財産が管理されるから特別の措置は不要である。なお、不在者が管理人を置いた場合でも、その不在者の生死が不明のときは、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、管理人を改任できる (26 条)。

2. 財産管理人の権限が消滅したとき (25条 1 項後段)

4 効果

家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により必要な処分を命じることができる (財産管理人の選任 (25 条 1 項) など)。

※不在者制度の公益性ゆえ、失踪宣告と異なり、請求権者に検察官が含まれている。

5 管理人の権限

家庭裁判所が選任した管理人の権限は、保存行為 (103 条 1 号) 及び物や権利の性質を変えない範囲での利用・改良行為 (103 条 2 号) である。これらの範囲を超える行為を必要とするときは、家庭裁判所の許可を必要とする (28 条)。

平 7-2
平 14-1
平 18-5
平 22-4
平 28-4

II 失踪宣告

1 意義

：不在者の生死不明の状態が一定期間継続した場合に、一応その者の死亡を擬制して、従来の住所を中心とする法律関係を確定する制度
認定死亡（戸籍法上の制度）と異なり、民法上の制度である。普通失踪と特別失踪とがある。

平 7-2
平 14-1
平 18-5
平 22-4
平 28-4

2 要件

1. 不在者の生死が明らかでないこと
2. 生死不明の状態が一定期間継続すること

(1) 普通失踪

不在者の生存が確かめられる最後の時（最後の音信があった時）から数えて7年間生死不明である場合（30条1項）。

(2) 特別失踪

戦争、船舶の沈没その他生命の危難を伴う危難が去った後、1年間生死不明である場合（30条2項）。

3. 利害関係人の請求

失踪宣告の請求をするにつき法律上の利害関係を有する者の請求が必要である（事実上の利害関係を有するだけでは足りない）。なお、失踪宣告の請求権者には、検察官は含まれない。（cf. 不在者の財産管理人の請求等）

4. 公示催告（家事事件手続法148条3項）

3 効果 — 死亡の擬制

普通失踪ならば失踪期間満了時、特別失踪ならば危難が去った時に死亡したものとみなされ（31条）、もとの住所を中心とする私法上の法律関係は死亡したのと同じ扱いがなされる（具体的には、相続が開始し（882条）、婚姻は解消し、配偶者は再婚することができる）。

あくまで、「もとの住所を中心とする」であって、現実その人が死亡したとは限らないから、どこかで生きている本人が、宣告と同時に権利能力を剥奪されるわけではない。

4 宣告の取消し

1. 意義

失踪宣告は、死亡の擬制であって推定ではないから、本人が生きて帰ってきたからといって宣告は当然には効力を失わない。本人又は利害関係人（検察官を含まない）が、家庭裁判所に失踪宣告の取消しを求めることによるのみ、その効力を失わせることができる（32条1項本文）。

2. 要件

①死亡擬制が事実と反することの証明

- i 失踪者が生存すること、又は、
- ii 宣告によって死亡とみなされた時と異なる時に死亡したことの証明がなされること、が必要である。

②本人又は利害関係人による失踪宣告取消しの請求

3. 効果

(1) 原則

取消しによって失踪宣告がなかったものと同じに扱われる。

(2) 例外

(a) 直接取得者の「現存利益」返還義務（32条2項）

失踪宣告によって「財産を得た者」は、宣告の取消しがあった場合でも「現に利益を受けている限度においてのみ」（現存利益）返還義務を負う。

Q 32条2項の「財産を得た者」は、善意悪意を問わないのか。

悪意であっても現存利益の返還で足りるのか、1項後段と異なり善意悪意を区別しておらず問題となる。

A 善意者のみ適用する。

悪意者は704条に基づき、受けた利益すべてに利息を付して返還することを要する。

（理由）

財産を得た者の返還義務の法的性質は不当利得返還義務であるところ、悪意者については一般の不当利得と区別する合理的理由がない。

B 善意悪意を問わない。

（理由）

条文が区別しておらず、一律的な取扱いを予定している。

(b) 「善意」でした行為は影響を受けない（32条1項後段）。

失踪宣告後その取消し前に「善意でした行為」はその効力に影響がない。

Q1 32条1項後段にいう「善意」は一方の善意で足りるか、双方の善意を要求するのか。

A 双方善意必要説（大判昭13.2.7）

失踪宣告後相続人となった者が相続財産を処分した場合、その契約が宣告取消しにかかわらず効力を有するには、契約当事者双方が善意であったことを要する。

（理由）

①「善意でした行為」という文言に素直な解釈である。

②失踪宣告の取消しは失踪者の静的安全保護のための制度であるから、例外は限定すべきである。

B 有力説

「善意」とは、権利取得者の善意を意味し、処分行為者の善意・悪意は問わない。

（理由）

善意者保護という同条項の趣旨に合致する。

Q2 善意の権利取得者からの悪意の転得者も有効に権利を取得できるのか。

A 絶対的構成（通説）

転得者は前主の地位の承継を主張でき、「善意」者からの転得者は悪意でも保護される。

（理由）

② 法律関係の早期安定を図る。

②相対的構成では、中間の善意者が追奪担保責任（現 561 条）を負う結果、善意者保護の実質が失われる。

B 相対的構成（少数説）

処分行為の効力は当事者ごとに相対的に決すべきであり、悪意の転得者は、「善意」者から取得しても保護されない。

（理由）

善意者が介在すれば悪意でも保護されるというのでは具体的正義に反する。

Q3 婚姻についても32条1項後段の適用があるか。

「行為」に婚姻が含まれるか、身分行為は当事者の意思を尊重すべきであり問題となる。

→ 含まれる。

（理由）

単に「行為」との文言からは、身分行為も含まれるとするのが素直である。

※結局、双方善意であれば後婚のみ残る。そうでない場合には重婚状態が生じ、失踪宣告の取消しは、前婚の離婚原因（770条1項5号）、後婚の取消し原因（744条、732条）となる。

第3章 法人

出題傾向

一般社団法人に関する問題は平成元年、2年、5年、6年、8年、10年に出题されています。権利能力なき社団に関する問題は平成3年、16年に出题されています。両方の比較を問う問題は平成11年に出题されています。いずれも条文や判例を問う知識問題です。

今後も知識問題として出题される可能性がありますので、条文、判例をしっかりと押さえておきましょう。

【関連過去問】平6-3, 平8-1, 平10-1, 平11-1, 平16-4

第1節 法人の意義

I 総説

1 意義

: 自然人以外のもので、法律上、独立して権利・義務の主体となることができるもの

2 趣旨

社団や財団が取引社会において現実には有する役割・地位にかんがみ、権利義務の帰属主体に昇格させる。

3 効果

1. 法人格を得た場合の効果

ある団体が法人格者である、ということの意味は次の点にある。

①権利は、代表者や構成員に帰属するのではなく、端的に団体に帰属する。

所有不動産について団体名で登記することができる。

②団体の義務は団体のみに帰属する。明文はないが、団体債務について、構成員は有限責任を負うにすぎないのが、原則である。

③取引及び訴訟において、自己の名で登場する。

2. 法人格否認の法理

: 法人とその事実上の設立者ないし構成員とを他人とみることが正義に反すると認められる場合、その規範の適用に関する限り、法人の形式を無視し、法人とその事実上の設立者ないし構成員との峻別を排除する法理

(1) 法人格の濫用

法人の形式を、法律の規定や契約上の義務を回避するために、又は、債権者を害するために濫用した場合（最判昭48.10.26）。

(2) 法人格の形骸化

法人形式の利用者と法人とが実質的・経済的に同一と見られるような場合（最判昭44.2.27）。

4 法人の本質

1. 法人学説

Q なぜ法人が権利主体と認められるのか、法人の本質と関連して問題となる(いわゆる法人学説)。

A 法人実在説 (通説)

法人は権利主体たるに適する1個の社会的実在である。

(理由)

資本主義経済社会の完成期における、団体設立の自由に対する時代の要望を反映する。

B 法人擬制説

権利・義務の主体となり得る実体は本来自然人に限られる。法人は、法律が特に自然人に擬制したものである。

(理由)

初期の資本主義社会における個人本位の思想に基づき法人の設立について特許主義がとられた反面、そのようにして設立された法人は保護してゆくべきであるという要請もあり、両者の要請の調和を反映する。

2. 法人学説の意味

法人実在説をとるか擬制説をとるかにより、以下のような相違が具体的に現れるといわれる。

	法人実在説	法人擬制説
機関(理事)の地位	代表者	代理人
法人法78条(法人の不法行為能力)の意味	当然の規定	政策的規定
理事の占有	補助占有	代理占有

しかし、今日のように、法人が重要な権利主体として活動し、それに関する技術的装置が完成している法体系のもとでは、法人学説は現実の問題を解決するための法解釈論には直結しない。その意味では本論争の意味は失われていると評価する立場もある。

II 法人の種類

1 公法人と私法人

1. 公法人

: 国家的公共の事務を遂行することを目的とし、公法に準拠して成立した法人
ex. 国, 地方公共団体, 土地改良区

2. 私法人

: 私人の自由な意思決定による任務のために、私法に準拠して設立された法人
ex. 会社, 私立学校

2 社団法人と財団法人

1. 社団法人

: その実体が、一定の目的のもとに結合した人の結合(社団)である法人

2. 財団法人

: その実体が、一定の目的に捧げられた財産の集合（財団）である法人

3 一般法人，公益法人，営利法人

1. 一般法人（一般社団法人・一般財団法人）

: 営利を目的としない社団・財団のこと

2. 公益法人

: 学術，技芸，慈善，祭祀，宗教その他の公益を目的とする事業を行う一般社団法人又は一般財団法人であって，行政庁から公益認定を受けたもの

3. 営利法人

: 営利事業を目的とする法人。構成員が法人の企業利益の分配に与ることを目的とする

ex. 会社

平元-1

平 2-1

平 5-2

平 6-3

平 8-1

平 10-1

III 法人の設立

1. 法人法定主義

法人は，民法その他の法律の規定によってのみ設立されるとする立法主義（33条）（⇔自由設立主義）

2. 設立方式の態様

(1) 特許主義

: 法人を設立するために特別の法律の制定を必要とするもの（ex. 日本銀行）

(2) 許可主義

: 設立を許可するか否かを主務官庁の自由裁量にゆだねるもの（ex. 公益法人）

(3) 認可主義

: 法律の定める要件を具備して主務官庁の認可を申請すれば，必ず認可を与えなければならないもの（ex. 各種協同組合，健康保険組合，学校法人）

(4) 準則主義

: 法律の定める組織を備え，一定の手続によって公示したときに法人の設立が認められるもの（ex. 会社，労働組合）

(5) 強制主義

: 国家が設立を強制するもの（ex. 健康保険組合，弁護士会）

第2節 法人の能力

I 法人の権利能力

1 権利・義務の帰属

1. 法人の名において権利を取得し、義務を負担する。
2. 自己の名において登記することができる。
3. 法人の財産や債務は、構成員や管理者の財産や債務とは直接の関係をもたない。ただし、合名会社の社員、合資会社の無限責任社員は会社の債務について直接・無限に責任を負う（会社法576条2項、3項、580条1項）。

2 権利能力の制限

1. 性質による制限

身分上の権利義務、肉体の存在を前提とする権利義務は法人には帰属し得ない。

また、精神的苦痛による損害賠償請求権（慰謝料請求権）も享有できない。ただし、人格権（名称権、名誉権など）は認められる（最判昭39. 1. 28）。

2. 法令による制限

法人の権利能力は法によって付与されたものであるから、法令による制限を受け得る（会社法476条、645条等）。

3. 目的による制限

(1) 「目的の範囲内」の意味

Q 34条の「目的」による制限とは何を制限したものか。

A 権利能力制限説（大判昭16. 3. 25・通説）

法人は「目的の範囲内において」のみ権利の主体性を承認され、その範囲外においては権利能力を有しない。

（理由）

①34条は「目的の範囲内において」のみ「権利を有し、義務を負う」としている。

②法人は、法律によってはじめて法的存在を与えられたものだから、その目的によって活動範囲を制限するのは当然である（法人実在説）。

B 行為能力制限説

法人は一般的権利能力を有する。すなわち、目的によって権利能力は制限されないが、行為能力が制限され、「目的の範囲内」において行為すべき制限を受ける。

（理由）

①法人は、その性質上又は法令によって制限される以外は、およそ法律上の権利義務を有する。

②法人が不法行為責任を負うこと（法人法78条）が説明できる。

(2) 目的の範囲内の判断

Q 「目的の範囲内」をいかなる基準で判断するか。

→ 以下のような基準による（最大判昭45. 6. 24）。

①定款に掲げられた事項に限らず、目的を遂行するうえで直接又は間接に必要な事項全般を含む。

②目的遂行に必要なか否かは、行為の客観的性質に即し、抽象的に判断する。

※ ただし、この判例は、営利法人についての判例である点に注意。34条が一般法人のみならず、営利法人にも適用されることを前提としている（商法学者には反対の見解が多い）。

(3) 具体的事例

(a) 会社（営利法人）による政治献金

→ 「目的の範囲内」とする（八幡製鉄事件 最大判昭45.6.24）

(b) 農業協同組合（非営利法人＝一般法人）による員外貸付

Q1 農業協同組合や信用協同組合が非組合員に資金を貸し付けた場合、その貸付は有効か。

→ 「目的の範囲」外の行為であって無効である（最判昭41.4.26）。

Q2 員外貸付が無効とされた場合、その担保として設定されていた抵当権も無効となるか。

→ 債権者（法人）の有する不当利得返還請求権（703条、704条）の担保としての意義を有し、協同組合が抵当権の無効を主張することは許されない（最判昭44.7.4）。

（理由）

①貸付による債務と貸付の無効による不当利得返還債務とは経済的には同一である。

②債務を弁済せずに、貸付の無効を理由に抵当権の無効を主張することは信義則上許されない。

3 権利能力なき社団

1. 意義

：社団としての実体を有しながら、法律上権利義務の帰属主体たり得ない団体（ex. 校友会、町内会自治会）

以下のようなものがこれに該当する。

- ①法人となる意思のない社団
- ②法人となる途中の（設立中の）社団

このような団体は、「法人格」を取得していないものの、実質的には法人と同様の組織を有し、構成員から独立して行動している。そこで、このような団体については、できる限り、一般社団法人と同様の扱いをすべきである。

2. 要件

法人格を取得していない団体といっても、その実体は千差万別であり、「組合」に近いものから実質的に「法人」と変わらないものまで存在する。後者のような団体で、できる限り法人と同様の扱いをされるべき「権利能力なき社団」とい得るためには、以下のような要件を具備していることが必要である（最判昭39.10.15）。

- ①団体としての組織を備えていること。
- ②多数決の原則が行われていること。
- ③構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続すること。
- ④代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定していること。

平3-4

平11-1

平16-4

3. 効果

(1) 対内関係

権利能力なき社団の対内関係については、その実体が社団であることから社団法人の規定を類推適用すべきである（通説）。

代表者は、社団の名において、社団の代表者として法律行為をすることができる（最判昭39.10.15）。

(2) 対外関係

(a) 財産の帰属

i 財産帰属形態の一般的法律関係

A 総有説（最判昭 48.10.9・通説）

権利能力なき社団の財産は、社団を構成する総構成員に総有的に帰属する。

従って、別段の合意がない限り、構成員の持分権や脱退に際しての財産分割請求権はない。

（理由）

法人格の不存在を反映しつつ、法人格が存在する場合と同じような結論を導き得る構成によるべきである。

B 合有説

財産や債務は構成員に「合有」（：「共有」と「総有」の中間にあり、構成員は潜在的な持分は有するものの、持分処分や目的物の分割請求をすることができないとする共同所有形態）的に帰属する。

共同所有の性質	使用・収益	持分の処分	分割の請求	潜在的持分
共有	○	○	○	—
合有	○	×	×	○
総有	○	×	×	×

ii 登記

Q 権利能力なき社団の資産たる不動産について、いかなる公示方法が採られるべきか問題となる。

→ 代表者個人名義説（最判昭 47.6.2・登記実務）

権利能力なき社団の不動産については、代表者の個人名義で登記するか、あるいは社団構成員全員の共有名義で登記すべきである。

社団の名称に代表者名を付記することも認めない。

（理由）

①法人が申請する場合には登記事項証明書又は主務官庁の証明書で代表者の代表権限の有無を認定でき、それによって法人の存在を公証することができるが、権利能力なき社団にはこのような方法がない。

②不当な財産隠しや執行逃れを防ぐことができる。

(b) 債務の帰属

Q 権利能力なき社団の債務につき、構成員が個人的に責任を負うことになるかが問題となる。

→ 否定説（最判昭 48.10.9）

権利能力なき社団の代表者が社団名義でした取引上の債務は、その社団構成員全員に総有的に帰属し、社団の総有財産だけがその責任財産となり、代表者や構成員各自は、直接には個人的債務ないし責任を負わない。

(理由)

①法人の代表者・構成員は法人・団体の債務について個人責任を負わない。代理人も本人の債務について個人責任を負わない。にもかかわらず、権利能力なき社団の代表者や構成員にのみ個人責任を負わせるのはバランスを欠く。

②代表者や構成員を保証人とすることで、危険は回避できる。

(c) 訴訟行為

法人でない社団又は財団であっても、代表者又は管理人の定めがあるものは、その名において訴訟行為をすることができる（民訴法 29 条）。

4 権利能力なき財団

社団に対応し、財団についても「権利能力なき財団」の理論を考えることができる。

権利能力なき財団においては、構成員なるものを想定することができないから、財団自体に財産が帰属するとされる（最判昭 44. 6. 26）。

また、権利能力なき財団の債務につき、理事はその責任を負わない（最判昭 44. 11. 4）。

II 法人の行為（行為能力）

理事その他代表機関の行為が法人自身の行為といえるか。

Q 「法人自身の行為」というものを観念することができるのか、法人の本質論（法人学説）と関連して問題となる。

A 肯定説（法人实在説）

法人も意思決定機関を通じて固有の意思を有し、その意思に基づいて行動する。

B 否定説（法人擬制説）

代理人である理事の行為があるにすぎず、法人は権利義務の帰属点となるにとどまる。

※従って、法人擬制説の立場からは、法人の行為能力というものは問題にならない

III 法人の不法行為

1 意義

法人法 78 条は、代表機関が職務行為について第三者に損害を与えた場合には、法人自身はその賠償責任を負うことを定める。

2 趣旨

Q 法人法 78 条が法人の不法行為責任を認めた趣旨はいかなる点にあるか。

A 法人实在説

法人自身の行為を認める実在説からは、理事の不法行為＝法人の不法行為であり、法人法 78 条は法人の自己責任を定めた当然の規定(注意規定)といえる。

B 法人擬制説から

法人自体の行為を認めない擬制説からは、法人の不法行為はあり得ず、法人法 78 条は、法人の代位責任(理事の責任を法人が代わりに負う)を定めた政策的規定といえる。すなわち、法人の代表機関のした行為につき、法人に対して報償責任・公平の見地などの政策的見地から責任を認めたもので、715 条とその性格を同じくする。

3 法人の不法行為の要件

1. 法人の代表機関の行為であること

代表機関でない被用者の行為については、法人は 715 条の使用責任を負う。

2. その行為が不法行為(709条以下)の要件を備えていること

3. 職務を行うについて他人に損害を加えたこと

(1) 「職務を行うについて」の判断基準

→ 外形標準説(大判大 7. 3. 27, 最判昭 41. 6. 21)

外形上職務に属する行為の他、職務行為と適当な牽連関係に立つ行為も含む。そして、職務行為かどうかは客観的に行為の外形から判断されなければならない。

ただし、当該行為が職務行為に属さないことを相手方が知っていたか、又はこれを知らないことにつき重大な過失があったときは、法人は責任を負わない(最判昭 50. 7. 14)。

(2) 代表者の越権行為と法人の責任—法人法 78 条と現 110 条

(a) 法人の責任を問う方法

法人の理事が、私利を図る目的で、権限を越えて不正な代表行為をした場合、法人の責任を問うための方法として以下のようなものが考えられる。

① 法人法 78 条

まず、このような不正行為によって相手方が損害を受けた場合には、法人法 78 条の不法行為責任を追及することが考えられる。もっとも、この場合には、外形標準説によって「職務を行うについて」なされたといえることが必要である。

② 現 110 条の(類推)適用

次に、現 110 条の適用ないし類推適用(代理でなく、代表行為であるから)が考えられる。すなわち、その権限があると信じることにつき、正当な理由があるといえる場合である。

そこで、法人法 78 条と現 110 条との適用順序が問題となる。

(b) 法人法 78 条と 110 条の要件・効果の違い

		法人法 78 条	現 110 条
要件		相手方が善意無重過失であること (軽過失でも成立。最判昭 50. 7. 14)	相手方の善意無過失が必要 (軽過失のときは成立しない)
効果	①請求の内容	損害賠償 (金銭賠償)	本来の履行責任
	②過失相殺	現 722 条 1 項 (不法行為責任だから)	条文上は規定なし
	③行為者の責任	あり	なし
	④消滅時効	3 年 (現 724 条)	10 年 (現 167 条 1 項)

※ なお、法人法 78 条は、715 条と異なり、免責規定がないことに注意。
代表機関の場合、それだけ法人の組織の中に深く組み入れられており、理事の行為は法人の行為そのものだともいえるからである。

4 効果

1. 法人の賠償責任

法人は理事が第三者に与えた損害を賠償する義務を負う。

2. 理事の個人責任

法人が不法行為責任を負う場合、機関個人も不法行為責任 (709 条) を負うか。
結論として、負うことに争いはない (法人と不真正連帯債務を負う)。

Q しかし、その理論構成について、法人の本質論と関連して争いがある。

A 法人実在説

機関の行為＝法人の行為であって、法人が責任を負う以上、機関個人の責任は生じないとも思える。しかし、機関の行為は、法人の行為を形成する側面と、機関個人の行為を形成する側面との二面性を有する。

B 法人擬制説

機関自身の行為であるから、機関が責任を負うのは当然である。

第4章 物（権利の客体）

第1節 物 — 総説

1 物とは何か

民法上の「物」とは有体物をいう（85条）。

ここに、有体物とは、空間の一部を占める外界の物質すべてをいう（固体・液体・気体）。

もっとも、以下に示すように、有体物がすべて民法にいう「物」というわけではない。権利の客体としてふさわしいことが必要である。

2 要件

- ①有体性
- ②支配可能性
大気、海面、月、太陽などは除かれる。
- ③非人格性

第2節 不動産と動産

1 不動産

1. 定義

: 土地及びその定着物（86条1項）

2. 種類

(1) 土地

(2) 土地の定着物

(a) 定着物

: 土地に固定されており、取引通念上継続的に固定されて使用されるもの

ex. 樹木や石垣、機械もそれが土地又は建物に据え付けられたときには定着物となる。

定着物は原則として土地の一部をなし、土地所有権に含まれるが、以下の2つの例外がある。

(b) 建物

建物は、常に独立の不動産とされている（現370条参照）。

建築中の物が、いつ独立の不動産としての建物となるかにつき、判例（大判昭10.10.1）は、木材を組み立てて屋根をふいただけでは建物といえないが、独立に風雨をしのげる程度、すなわち、屋根瓦がふかれ周壁として荒壁がぬられた程度に達すれば、床や天井が未完成でも「建物」といえるとする。

(c) 立木

立木法による登記をした立木は、土地とは独立の不動産とされ、また、明認方法をすることにより独立の物として扱われる。

2 動産

1. 定義

動産：不動産以外の物（86条2項）

2. 無記名債権

：権利者を名前によって特定せず、証券の所持人をもって権利者とする債権
無記名債権は動産とみなされる（現86条3項）。従って、債権ではなく動産として規律される。

ex. 商品券、乗車券

3. 金銭

金銭も形式的には動産にあたるが、支払手段としての価値表象物であるから、動産というよりも価値そのものであり、動産に適用される多くの規定（178条、192条等）が適用されない（192条につき、最判昭39.1.24）。

3 動産と不動産の区別

1. 両者を区別する趣旨

- ①歴史的に不動産の方が動産より重要な財産とされて、異なった規律に服してきた。
- ②動く動かないという自然の性質の差異に基づき、扱いが技術的に異ならざるを得ない。

2. 具体的差異

- ①公示方法の差異（177条、178条）
- ②公信の原則の有無（192条）
- ③その上に成立する権利の差異（369条等）
- ④経済的価値の差異からくる取扱いの差異（13条1項3号、864条）
- ⑤無主物の取扱い（239条）
- ⑥相隣関係（209条以下）の有無

第3節 主物と従物

1 定義

従物：独立の物でありながら、客観的・経済的には他の物に従属して、その効用を助ける物（87条1項）

主物：従物を付属させる対象となる物

ex. 刀に対して鞘は従物。レストランの建物を主物とすると、営業用のテーブル・イスは従物。

2 趣旨

物が独立性を有している場合、その処分も独立になされるのが原則であるが、2個の物の間に客観的・経済的な主従結合関係があるとき、これを法律的運命においても同一に取扱い、その結合を破壊しないように要請される場合が多い。かかる要請に応じて設けられたのが、87条2項である。

3 従物の要件

1. 継続的に主物の効用を助けること
2. 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
3. 主物と同一の所有者に属すること
4. 独立の物であること

一方が他方の構成部分となり、又は、合して単一の物として認められるだけになるときは、従物について別異の物としての地位を認めることはできない。

従物となるもの — 庭園に配置された石灯籠・取り外しのできる庭石・五重塔、ガソリンスタンドに備え付けられた地下タンク・洗車機（最判平2.4.19）、障子、襖、畳

従物とならないもの — 土地の構成部分と認められるほどに密着付合させられた石・砂利、建物の内外部を遮断するのに役立っている造作・建具

4 効果

従物は主物の処分に従う（87条2項）。ただし、本条は任意規定である。

5 従たる権利

従たる権利についても87条2項を類推する。

ex. 借地上の建物にとって、借地権は従たる権利である（最判昭40.5.4）。

第4節 元物と果実

1 定義

1. 元物：果実を生ずる物
2. 果実：物より生じる経済的収益
 - (1) 天然果実：物の経済的用途に従って有機的あるいは無機的に産出される物（88条1項）

ex. 牛乳，鉱物
 - (2) 法定果実：物の使用の対価として受ける金銭その他の物（88条2項）

ex. 家賃，利息

2 果実の帰属

1. 天然果実
それが元物から分離するときに、収取する権利を持っている者に帰属する（89条1項）。
2. 法定果実
収取権の存続期間を日割計算して帰属させる（89条2項）。

第5章 法律行為

出題傾向

法律行為のみを問う問題は出題されていません。しかし、意思表示、法律行為の成否、有効性が肢の一つとして出題される可能性はあります。具体的事例を意識しつつ、法律行為に関する知識を押さえておきましょう。

第1節 法律行為の意義

1 定義

：意思表示を要素とする私法上の法律要件

意思表示とは、当事者が法律効果を欲し、かつ、そのことを発表する行為をいう。法律要件とは、権利・義務を発生させる一定の社会関係をいう。

私権（権利・義務）は一定の事実を原因として変動（発生、変更、消滅）する。それゆえ、私法法規は、一般に「一定の事実（法律要件）があれば一定の私権の変動（法律効果）を生ずる」という命題の形で存在する。私的自治の原則が支配する近代法において、最も重要な機能を営む法律要件は、法律行為である。法律行為は、当事者が一定の法律効果を欲する旨を表示したことに基づいてその法律効果の発生することを認められる法律要件だからである。

2 法律事実

1. 意義

：法律要件を構成する個々の要素

この法律事実の中で、最も重要なものが意思表示である。

2. 法律事実の種類

(1) 容態（人の精神作用に基づく事実）

(a) 外部的容態（行為）：意思表示、準法律行為など

(b) 内部的容態：「善意」（32条1項、94条2項など）、「反対の意思」（現474条1項ただし書）

(2) 事件（人の精神作用に基づかないもの）

(a) 事件：人の生死、時の経過など、人の精神作用と関係のないもの

(b) 事実行為：物を破壊し、果実を分離するというような、人の行為でなくとも同一の効果を生ずる行為

法律事実 — 意思表示、時の経過、人の死亡、準法律行為

↓ 組成

法律要件 — 法律行為（単独行為、契約、合同行為など）

↓

3 準法律行為

1. 意義

：意思的要素を伴って法律効果を発生させる行為であるが，効果意思を伴わないもの

すなわち，意思表示を要素としない点で法律行為と異なる。

2. 種類

(1) 狭義の準法律行為

一定の意識内容を表現するもの

(a) 意思の通知

意思の発表であり，法はこれに対して一定の効果を付与するが，意思が法律効果の発生を内容としない。

ex. 催告（現 20 条等），受領の拒絶（493 条等）

(b) 観念の通知

一定の事実の通知であって，意思の発表という要素を含まないもの

ex. 代理権授与の表示（現 109 条）

(2) 非表現行為

ex. 先占（239 条 1 項），遺失物拾得（240 条），事務管理（697 条）

3. 効果

狭義の準法律行為に対しては，意思表示・法律行為に関する規定が類推適用され得る。

なぜなら，狭義の準法律行為は，当事者の意思や感情の表現に対して法が一定の効果を付与するものであり，特定の意識内容の表現であって，また，当事者は通常法定の効果を予期してこれを行うものであるから，この点で法律行為・意思表示に類似しているからである。

4 法律行為の種類・態様

1. 意思表示の態様による分類

(1) 契約

：複数当事者の関与によって彼らが相互に拘束されるという効果を発生させる法律行為

ex. 売買（555 条）

(2) 単独行為

：一方の者の 1 個の意思表示だけで成立することのできる法律行為

ex. 取消し（123 条），解除（540 条），遺言（960 条以下）

(3) 合同行為

：相対立しない複数当事者の内容と方向を同じくする複数の意思表示が合致することによって成立する法律行為

ex. 社団設立行為

※ 「法律行為」として説明されている部分のほとんどは「契約」に置き換えて理解してさしつかえない。

2. 債権行為・物権行為・準物権行為

債権行為：債権関係を発生させる行為

物権行為：物権の変動を直接に生じさせることを目的とする行為

準物権行為：物権以外の権利の変動を直接に生じさせることを目的とする行為

3. 有因行為・無因行為

有因行為：原因が存在しない場合には、その効力が生じない行為

無因行為：原因が存在しない場合であっても、効力が生じる行為

4. 有償行為・無償行為

有償行為：財産の出捐を目的とする行為のうち、対価のあるもの

ex. 売買（555条）、交換（586条）、賃貸借（現601条）、請負（632条）

無償行為：財産の出捐を目的とする行為であるが、対価のないもの

ex. 贈与（現549条）、使用貸借（現593条）

5. 要式行為・不要式行為

意思表示が一定の形式を伴うか否かで区別される

要式行為：その法律行為を組成する要素たる意思表示が、一定の方式、例えば書面の作成を要するもの

不要式行為：要式行為以外のもの

6. 生前行為・死後行為

死後行為（死因行為）：行為者の死亡によって効果の発生するもの

生前行為：死後行為以外のもの

第2節 法律行為の解釈

1 意義

①法律行為の意味を明らかにすること（狭義の法律行為の解釈）

②法律行為の内容の補充ないし修正をすること（補充的・修正的解釈）

2 解釈の基準

1. 狭義の法律行為の解釈

①当事者の付与した共通の意味（主観的意味）を確定する。

②共通の主観的意味を確定し得ない場合、表示の客観的意味を確定する。

当事者の用いた表示手段（言動・動作など）が、当該事情の下において、慣習や条理に従って判断した場合、相手方又は一般社会によってどのように理解されるかを標準とする。

2. 補充的・修正的解釈

(1) 慣習

任意規定と異なった慣習がある場合において、法律行為の当事者が、その慣習による意思を有するものと認められるときは、法律行為はその慣習に従って解釈される（92条）。

(2) 任意規定

：公の秩序に関しない規定

当事者が任意法規と異なった意思を表示した場合（91条）でない限り，法律行為の解釈の標準となる。

(3) 条理（信義則）

条理は制定法，判例法，慣習法などの礎えとなっているものであるから，法律行為の補充的，修正的解釈の標準となる。

第3節 法律行為の要件

1 法律行為の成立要件

1. 原則

法律行為は，当事者が法律行為を組成する意思表示をなすことによって成立する。契約の場合，両当事者の意思表示（申込みと承諾）が機能的に合致して初めて成立する。

2. 要式行為・要物契約

要式行為（手形行為など）や要物契約（質権設定契約，代物弁済契約，使用貸借契約など）では，さらに，方式や目的物の交付を必要とする。

2 有効要件

1. 内容の確定性

当事者の目的，慣習，任意規定，条理によって補充してもなお不確定な法律行為に対しては，法は助力を拒まざるを得ない。

2. 内容の実現可能性

内容の実現不可能な法律行為は，法的効果を帰属させても無意味であるから，無効とされる。

3. 内容の適法性—強行法規違反

(1) 適法性と強行法規

法律行為が有効に成立するためにはその内容が法律の精神に適ったものでなければならない。従って，法律行為が強行法規に反する場合は無効となる（91条の反対解釈）。

(2) 取締法規等との関係

取締法規とは経済政策や行政目的から，一定の行為を禁止又は制限する規定である。一方，強行法規は「公の秩序」維持を目的とするものであるから，取締法規とは目的の次元・観点を基本的に異にしている。もっとも，近時は取締規定に違反する契約自体を総合的に判断して契約が無効になるか否かを判断しようとする立場が有力である。

(3) 脱法行為

脱法行為とは強行法規が禁止する法律効果をその法規には抵触しない他の法律行為によって実現することである。実質的には強行法規違反であり，無効となる。

4. 契約内容の社会的妥当性・公序良俗違反（現90条）

(1) 公序良俗の意義

: 国家社会の一般的利益秩序（公の秩序）と社会一般の道徳的観念（善良の風俗）を併せたもの

(2) 公序良俗違反の態様

人倫に反するもの、正義の観念に反するもの、暴利行為、基本的人権を侵害する行為、射倖的行為等

3 効果帰属要件

例えば、他人の行った法律行為の効果が本人に帰属するためには、行為者が本人に対する関係で代理権を有することが必要である（後述、「代理」参照）。また、自己又は他人の物に対してなされた処分行為の効果がその物ないし他人に及ぶためには、処分者がその物について処分権を有することが必要である。

4 効力発生要件

1. 法定条件

: 有効に成立した法律行為がその本来の効果を生ずるために、法が特に一定の要件を要求する場合

ex. 遺言者より後まで受遺者が生きていること（994条1項）

2. 条件・期限

: 当事者の意思によって法律行為の効力の発生・消滅ないしその時期を左右するもの

第6章 意思表示

第1節 総説

出題傾向

意思表示について、意思の欠缺、瑕疵ある意思表示を含めて全般的に問う問題は、平成3年、22年、24年に出題されています。いずれも、条文や判例を問う知識問題です。

今後も知識問題として出題される可能性があります。条文や判例をしっかりと押さえておきましょう。

【関連過去問】平3-8, 平13-2, 平22-6, 平24-4

1 意思表示の意義・成立過程

意思表示：当事者が法律効果を欲し、かつ、そのことを表示する行為
意思表示を細かく分析すると、動機・(内心的)効果意思・表示意思・表示行為に分けられる。

例えば、ある土地（甲地とする）を買う場合

- 「甲土地上に家を建てたい」…………… 動機
- 「甲地を買おう」…………… 効果意思
- 「それを手紙で伝えよう」…………… 表示意思
- 「甲地を売ってください」という手紙を出す…………… 表示行為

平3-8
平13-2
平22-6
平24-6

2 意思主義と表示主義

1. 意思主義

：法律行為において、(内心的)効果意思と表示行為とが一致していない場合に、前者を重視して法律行為の効力を決定する立場

すなわち、行為者の内心を重視する考え方であり、本人の意思表示に欠缺（意思と表示の不一致）や瑕疵（欠陥）があった場合には、法律行為（契約など）を無効・取消しとする方向で考える。

2. 表示主義

：法律行為において、(内心的)効果意思と表示行為とが一致していない場合に、後者を重視して法律行為の効力を決定する立場

行為者の表示したところを重視する考え方であり、本人の意思表示に欠缺や瑕疵があっても法律行為（契約など）は有効とする方向で考える。

3. 民法の態度

意思表示のそもそもの出発点は個人の意思の尊重、私的自治の原則にあるが、取引の安全も重視する必要がある。そこで、民法は、意思主義、表示主義の両者を採用している（折衷主義）。

(1) 意思の欠缺**(a) 心裡留保**

: 原則は表示主義 (有効, 現 93 条本文), 例外は意思主義 (無効, 現 93 条ただし書)

(b) 虚偽表示

: 原則は意思主義 (無効, 94 条 1 項), 例外は表示主義 (有効, 94 条 2 項)

(c) 錯誤

: 原則は意思主義 (無効, 現 95 条本文), 例外は表示主義 (無効主張の制限, 現 95 条ただし書)

(2) 瑕疵ある意思表示**(a) 詐欺**

: 原則は意思主義 (取り消すことができる, 96 条 1 項), 例外は表示主義 (善意の第三者に取消しを対抗できない, 現 96 条 3 項)

(b) 強迫

: 意思主義 (取り消すことができる, 96 条 1 項), 例外はなし (善意の第三者にも取消しを対抗できる)

第 2 節 心裡留保 (現 93 条)**1 意義**

: 表意者 (表示行為をした者) が, そのなした表示行為に対応する真意のないことを知りながらする単独の意思表示

言い換えれば, 表示上の効果意思と内面的効果意思が符合しないことを表意者が知っている場合である。例えば, 売る気もないのに「このパソコンを 10 万円で売ってやる」という場合である。

原則として意思表示は有効なものとして扱われ, 例外的に相手方が悪意又は有過失であった場合に無効とされる。

2 趣旨

この場合, 相手方は, 一般的には表意者の言動を信用することが多いし, また, そのような虚言をなした者を保護する必要性は低いので, 表示主義を採用して, 当該表示行為に即した効果を付与するのが原則となる。ただ, 相手方がそのような虚言であることについて悪意又は有過失であるときには (友人同士の会話を想起せよ), そのような相手方を保護する必要性はなく, 意思主義的に考えて, 当該表示行為に即した効果は生じない, すなわち, 無効であるとするのが法の立場である。

3 要件**1. 表示行為の存すること**

ただし, 当事者の真意を問題とすべき身分上の法律行為は除く。

2. 表示上の効果意思と内心的効果意思が符合しないこと
3. 表意者がそのことを知っていること

4 効力

1. 原則 — 有効（表示主義）
2. 例外 — 無効（意思主義）

その表示を受けた者が、表意者の内心的意思について悪意又は有過失の場合（真実の内心的意思を知っていたか、又は、一般人の注意をもってすればその内心的意思を知ることができた場合）には、無効となる。

※ 現 93 条ただし書の無効は善意の第三者に対抗できるか。

Q 甲が、贈与の意思もないのに壺を乙に贈与する旨の意思表示をしたところ、乙がこれを自分の物として丙に売り渡した。甲の心裡留保について、乙が悪意、丙が善意であった場合、甲は、丙に贈与の無効を主張できるか。

→ 94 条 2 項を類推適用する（通説）。

（理由）

① 契約当事者双方が真意でない事を知っている点で、通謀虚偽表示（94 条）に類似する。

② 取引の安全のために一般第三者を保護する必要がある。

5 適用範囲

1. 当事者の真意を問題とすべき身分上の法律行為

このような行為については適用がない。

2. 代理人又は代表者の権限濫用

→ 現 93 条ただし書を類推適用する（最判昭 42. 4. 20, 最判平 4. 12. 10）。

第3節 (通謀) 虚偽表示 (94条)

出題傾向

94条2項によって保護される善意の第三者からの転得者の地位に関する学説問題が、平成12年と平成20年に出題されています。それ以外の年では、いずれも判例を問う知識問題として出題されています。

今後も学説問題として出題される可能性がありますので、それぞれ見解の内容、根拠、反対悦への批判をしっかりと押さえておきましょう。

【関連過去問】平11-3, 平12-4, 平15-5, 平19-7, 平20-4, 平27-5, 平30-4

1 意義

: 相手方と通じてした虚偽の意思表示

ex. Aが債権者からの差押えを免れる目的で、Bに土地を売却したような状況を作成した場合
心裡留保との違いは、相手方との通謀の有無である。

2 要件

1. 意思表示の存すること
2. 表示上の効果意思と内心的効果意思が符合しないこと
3. 表意者が自分でそのことを知っていること
4. 真意と異なる意思表示をすることについて相手方と通謀すること

3 効力

1. 原則 — 無効 (94条1項)
2. 例外

無効は「善意の第三者」に対抗することができない (同条2項)

「対抗することができない」とは、善意の第三者からは、無効を主張することも有効を主張することも許されるが、善意の第三者に対して無効を主張することは、当事者のみならず他の第三者も許されないということである。本条項は、第三者保護のための規定であるからである。

(1) 趣旨

- (a) 意思表示の外形を信じて取引関係に入った者を保護する必要がある。
- (b) 虚偽の意思表示をして真実を伴わない外形を作り出した者が、その権利を失う結果になってもやむを得ない (保護に値しない)。

(2) 「第三者」の範囲

(a) 意義

本条項にいう「第三者」とは、当事者及びその包括承継人以外の者で、虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったために、虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者をいう。

平11-3

平12-4

平15-5

平19-7

平20-4

平27-5

平30-4

i 「第三者」に当たる例

- ①不動産の仮装譲受人からの譲受人（最判昭 28. 10. 1）
- ②不動産の仮装譲受人から抵当権の設定を受けた者（大判大 4. 12. 17）
- ③原抵当権が仮装であることにつき善意で転抵当権の設定を受けた者（最判昭 55. 9. 11）
- ④虚偽表示の目的物を差し押えた仮装譲受人の債権者（最判昭 48. 6. 28）
- ⑤仮装債権の譲受人（大判昭 13. 12. 17）

ii 「第三者」に当たらない例

- ①債権の仮装譲受人から取立てのために債権を譲り受けた者（大決大 9. 10. 18）
- ②仮装売買から生じる債務者の登記請求権を、それと直接関係のない債権に基づいて代位行使する債権者（大判昭 18. 12. 22）
- ③土地の賃借人が借地上の建物を仮装譲渡した場合の土地賃貸人（最判昭 38. 11. 28）
- ④土地の仮装譲受人からその土地上の建物を賃借した者（最判昭 57. 6. 8）
- ⑤仮装譲受人の単なる債権者〔「第三者」に当たる例④との違いに注意〕
- ⑥1番抵当権が仮装放棄され、順位上昇を誤信した2番抵当権者
- ⑦代理人や法人の理事が虚偽表示した場合の本人や法人（大判大 3. 3. 16〔法人に関する〕、大判昭 16. 8. 30〔代理人に関する〕）

(b) 「第三者」には転得者も含まれるか。

Q 悪意の第三者から譲り受けた善意者は「第三者」に含まれるか。

→ 含まれる（最判昭 45. 7. 24・通説）。

（理由）

- ①転得者も虚偽表示を含む一連の法律行為に基づいて新たな法律関係に入ったといえる。
- ②外観信頼の点で直接の第三者とかわりがない。
- ③本人の帰責の点も何ら異ならない。

(c) 善意の第三者からの転得者は悪意でも保護されるか。

A 絶対的構成説（大判昭 6. 10. 24・通説）

悪意の転得者も保護される。

ただし、善意の第三者を傀儡として介在させたにすぎない場合は権利濫用として保護されない。

（理由）

- ①取引の安全のために法律関係の早期安定を図る必要がある。
- ②虚偽表示者は、善意の第三者に渡った時点で一時はあきらめており、酷ではない。

B 相対的構成説

「第三者」か否かは、その者ごとに相対的に判断する。すなわち、善意の第三者が出現しても、転得者が悪意であれば保護されない。

（批判）

善意の第三者が追奪担保責任（現 561 条）を負うのは、94 条 2 項の保護の趣旨を没却する。

※ 失踪宣告のところで扱った「絶対的構成・相対的構成」と同一の問題で

平 12-4

平 20-4

ある。

(3) 「善意」

(a) 判断時期

第三者が法律上利害関係を有するに至った時

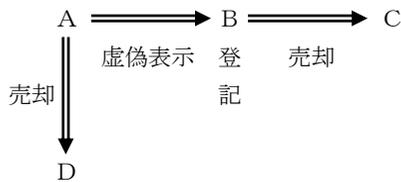
「通謀虚偽の売買契約における買主が当該契約の目的物について第三者と売買予約を締結した場合において、その目的物の物権取得の法律関係につき、予約権利者が民法第94条第2項にいう善意であるかどうかは、その売買予約成立の時ではなく、当該予約完結権の行使により売買契約が成立する時を基準として定めるべきである旨の原判示は、同条の法意に照し、正当である。」
(最判昭38.6.7)

(b) 無過失の要否

第三者は「善意」で足り、無過失までは要求されない(大判昭12.8.10・通説)。

(4) 第三者は対抗要件を具備することを要するか。

～「第三者」としての客観的要件の問題



(a) A-C間の対抗要件としての登記の要否

→ 不要(最判昭44.5.27)

Cは、Bに対してはもちろん、Aに対しても登記なくして自分が権利取得者であることを主張できる。

(理由)

A・C間は対抗関係(177条)にはない。

(b) 第三者(C) v. s. 真の権利者からの譲受人(D)

A 177条説(最判昭42.10.31・通説)

C・D間は対抗関係に立ち、先に登記を備えた者が優先する。

(理由)

94条2項は、Aとの関係で第三者を保護する規定であって、それ以外の者との関係では、原則どおり177条によって優劣を決すべきである。

B 94条2項説(有力説)

Cは登記なくしてDに対して権利を主張することができる。

(理由)

①Dに対する関係では、A→B→Cの譲渡は有効であり、Bに登記がある以上、DはBに対抗できず、その承継人たるCはDに優先する。

②Cを優先させることが94条2項の趣旨に合致する。

③登記をもたない者(A)から譲り受けたDよりも、登記をもつ者(B)から譲り受けたCの方が保護に値する。

4 94条2項の類推適用

出題傾向

94条2項類推適用に関する出題はされていません。しかし、重要判例が多いことを考えると、判例を問う問題として出題される可能性はあります。94条2項類推適用の可否、要件について判例をしっかりと押さえておきましょう。

1. 権利外観法理

：権利は不存在であるが、外観上それが存在しているかのようにみえる場合に、その存在を信じて取引関係に立った者はその信頼において保護されるべきであり、自ら虚偽の外観を作出した者は権利を失ってもやむを得ないとする法理

94条2項は権利外観法理の現れと見られるために、本来の虚偽表示の事案以外でも、権利外観法理を適用すべきだと考えられる場面では、同条を類推適用して取引の安全を図る考え方が、判例・学説上展開されている。

すなわち、通謀による虚偽表示がなくとも、真の権利者に虚偽の外観を作出したに等しい落ち度がある場合、その外観を信頼した者に対して責任を負うべきである、といえるからである。

2. 要件

抽象的には、以下の3つに要約できる。

①虚偽の外観の存在

→「意思表示」に基づくものではなくとも権利者らしい外観が存在すること

②権利者の帰責性（意思的関与）

→「通謀」はなくとも外観作出につき真の権利者に帰責事由があること

③第三者の正当な信頼

→その外観を第三者が正当に信頼したこと

Q 第三者の信頼の要件としてどの程度を要求するか。

→ 真実の権利者の帰責性に依じて利益衡量による。

帰責性が大きければ、保護要件は軽く（善意で足りる）、帰責性が小さければ、保護要件を重くする（無過失まで要求）。

3. 虚偽の外観作出の類型と判例

(1) 意思外形対応型（真実の権利者の意思と第三者の信頼の基礎となった外形が一致している場合）

(a) 外形自己作出型（真実の権利者が自ら外観を作出した場合）

① Aが建物を新築したが、新築にあたりB名義で資金を借り入れていた関係からB名義で保存登記をしたところ、BがCに当該建物を売却してしまった、というケースで、94条2項の類推適用を肯定し善意のCを保護した（最判昭41.3.18）。

② 不動産を買い受けたAが、Bにその所有権を移転する意思がないにもかかわらず前主からB名義への所有権移転登記を経由したところ、Bが当該不動産をCに売却してしまった、というケースにつき同旨（最判昭29.8.20）。

③ Bを代理人として不動産を買い受けたAが、Bにその所有権を移転する

意思がないにもかかわらず、契約書上買主名義がBになっていたことからBに所有権移転登記を受けさせたところ、Bが当該不動産をCに売却してしまった、というケースにつき同旨（最判昭37.9.14）。

- ④ AはBより不動産を譲り受けたが、所有権移転登記を経由せずにBから抵当権の設定を受けた旨の登記をしていたところ、Bが当該不動産をCに譲渡してしまったというケースで、善意無過失のCを保護した（最判昭45.11.19）。

(b) 外形他人作出型（外觀は他人によって作出されたものだが、後に真実の権利者が明示又は黙示の承認をした場合）

- ① 未登記建物の所有者Aが、Bにその名義で登記することを許容したところ、BがC名義で登記してしまい、Aがそれを承認したというケースで、Cからの善意の譲受人Dを94条2項の類推適用により保護した（最判昭45.4.16）。
- ② 不動産所有者Aが、Bがその不動産の登記名義を勝手に自己へ移転したのを知りながら、Bと結婚するなどの事情によりこれを放置し、その間にB名義で根抵当権設定登記がなされたというケースで、Bからの善意の譲受人Cにつき同旨（最判昭45.9.22）。
- ③ 未登記建物の所有者Aが、その建物が誤って固定資産課税台帳に夫たるB名義で登記されたのを知りながら、B名義で固定資産税を納入していたところ、Bの債権者Cがその建物に強制執行してきたというケースにつき同旨（最判昭48.6.28）。

※ この判決に対しては、固定資産課税台帳の記載のみで権利者らしい外觀ありと言えるのか、B名義の登録の放置・B名義での納税が権利を失ってもやむを得ないといえるほどの帰責事由に当たるのか、という疑問が呈されている。

(2) 意思外形非対応型（真実の権利者の意思と第三者の信頼の基礎となった外形とが対応を欠く場合）

不動産所有者Aが、Bの信用を外觀上増大させる目的でその不動産につきB名義の仮登記を与えたところ、BがAの印鑑を無断使用して本登記に改めCに処分した、というケースにおいて、94条2項・現110条の法意に照らして善意無過失のCを保護した（最判昭43.10.17）。

※ 意思外形対応型に比し真の権利者側の帰責性が低いため、それとの相関から第三者側の主観的要件を加重した（無過失まで要求している）ものと解される。また、判例は、一般的に94条2項は善意のみを要求しているという立場であるため、第三者に無過失を要求する意思外形非対応型では、同条項のみならず現110条（同条が適用されるには無過失まで必要とされる）をも援用したのではないかと思われる。

5 94条2項類推適用の機能

1. 動産取引に対する適用の有無

動産について94条2項は不要である。即時取得制度（192条）が存在し、不動産以上に取引の安全が保障されているからである。これを、占有に公信力がある、という。

2. 不動産についての公信力の有無

不動産については、登記に公信力はない。しかし、94条2項の類推適用により、公信力を認めたのと同じ機能を果たす。

ただし、本人の帰責性を要求する点で、動産についての192条とは異なる。