

II 行為能力

第1 行為能力の意義

自ら単独で法律行為をすることができる能力

第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・被保佐人および被補助人を制限行為能力者と定め、これらの者が単独でした法律行為はこれを取り消すことができるものとした。

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、その者がした行為は取消しのできたものである。

第3 意思能力と行為能力との関係



論点02

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）

取り消し得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。

（批判）

- ① 相手方から無効主張されてしまうと、かえって制限行為能力者の保護に欠ける。
- ② 無効主張には取消しの場合のような期間制限が無いため法律関係がいつまでも安定しない。

（反論）

- ① 制限行為能力者保護という制度趣旨から、相手方からの無効主張は許さない。
- ② 意思無能力による無効にも126条を類推適用すれば足りる（近江）。

B 二重効否定説（舟橋）

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。

1 未成年者

(成年)

第4条 年齢20歳をもって、成年とする。

(未成年者の法律行為)

第5条 未成年者が法律行為をするには、その法定代理人の同意を得なければならない。ただし、単に権利を得、又は義務を免れる法律行為については、この限りでない。

2 前項の規定に反する法律行為は、取り消すことができる。

3 第1項の規定にかかわらず、法定代理人が目的を定めて処分を許した財産は、その目的の範囲内において、未成年者が自由に処分することができる。目的を定めずに処分を許した財産を処分するときも、同様とする。

(未成年者の営業の許可)

第6条 一種又は数種の営業を許された未成年者は、その営業に関しては、成年者と同一の行為能力を有する。

2 前項の場合において、未成年者がその営業に堪えることができない事由があるときは、その法定代理人は、第4編(親族)の規定に従い、その許可を取り消し、又はこれを制限することができる。

(親権者)

第818条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

2 子が養子であるときは、養親の親権に服する。

3 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。

第838条 後見は、次に掲げる場合に開始する。

一 未成年者に対して親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき。

二 [略]

(財産の管理及び代表)

第824条 親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。ただし、その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない。

(財産の管理及び代表)

第859条 後見人は、被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する。

2 第824条ただし書の規定は、前項の場合について準用する。

※ 平成30年6月13日の民法改正により、成年年齢が18歳に引き下げられる(改正民法4条、令和4年4月1日施行)。

第1 意義

20歳未満の者

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)

第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。

第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」を得なければならない(5条1項), その同意を得ないでなした法律行為は「取り消す」ことができる(5条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。

(1) 「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。

(2) 処分を許された財産の処分(5条3項)

本条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項の同意を不要とした。

ア 「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。

イ 「目的を定めなくて処分を許した財産」(小遣い等)は, 任意に処分できる。

(3) 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。

ア 「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。

イ 「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1個または数個

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, 一切の営業を許可することも認められない。

ウ 許可の取消し(2項)

「その営業に堪えることができない事由があるとき」は法定代理人は許可を取り消し, 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し得る。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条，9条，10条）。

(4) 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，120条1項）

(5) 身分行為

ex. 認知（780条），遺言（961条，15歳に達した者）

3 取消しの効果

(1) 行為の効力

ア 原則

取消しが行なされると，当該行為は初めから無効であったことになる（121条）。この場合の取消しは，いわゆる絶対的取消しであって，善意無過失の第三者の保護の規定（ex. 96条3項）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。

イ 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）。

(2) 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（121条の2第3項）。

第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），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

(1) 同意権（5条1項本文）

(2) 財産管理権 (824 条本文前段, 859 条 1 項前段)

(3) 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恐れが生じるため、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をすることになり、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)。

(4) 取消権 (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)。

(5) 追認権 (122 条)

5 制限行為能力者の相手方の保護

第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し得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(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取消権の時効消滅(126条)、④法定追認制度(125条)を用意している。

第2 相手方の催告権

(制限行為能力者の相手方の催告権)

第20条 制限行為能力者の相手方は、その制限行為能力者が行為能力者(行為能力の制限を受けない者をいう。以下同じ。)となった後、その者に対し、1箇月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、その者がその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す。

2 制限行為能力者の相手方が、制限行為能力者が行為能力者とならない間に、その法定代理人、保佐人又は補助人に対し、その権限内の行為について前項に規定する催告をした場合において、これらの者が同項の期間内に確答を発しないときも、同項後段と同様とする。

3 特別の方式を要する行為については、前2項の期間内にその方式を具備し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す。

4 制限行為能力者の相手方は、被保佐人又は第17条第1項の審判を受けた被補助人に対しては、第1項の期間内にその保佐人又は補助人の追認を得るべき旨の催告をすることができる。この場合において、その被保佐人又は被補助人がその期間内にその追認を得た旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなす。

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。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(20条1項)

本人に催告ことができ、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)

(1) 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, 補助人に催告ことができ、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なし得ない行為の場合（864条）などをいう。

② 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）に対して保佐人または補助人の追認を得よう催告することができ、その被保佐人、被補助人が期間内に追認を得た旨の通知を發しないときはその行為を取り消したものとみなされる（20条4項）。

第3 取消権の剥奪

（制限行為能力者の詐術）

第21条 制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない。

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。

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この場合に該当する。

② 詐術を用いたこと

「詐術」とは、積極的術策を用いた場合のみならず、普通に人を欺くに足りる言動を用いて相手方の誤信を誘発し、また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俟って、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」にあたりとされる（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、法定代理人も取り消せない。

ただ、相手方からの不法行為責任の追及は否定すべきとされる。

制限行為能力者制度は制限行為能力者保護を第一次的な趣旨としているからである。また、相手方としても取り消される可能性が無くなることで所期の目的を達し得るといえる。

第3節 (通謀) 虚偽表示 (94条)

(虚偽表示)

第94条 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

2 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

第1 意義

相手方と通じてした虚偽の意思表示

ex. 甲が債権者からの差押えを免れる目的で、乙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。

第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

第3 効力

1 原則

無効である (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

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。

反面、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

ア 意義

本条項にいう「第三者」とは、当事者およ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。

(ア) 「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さ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）

(イ) 「第三者」に当たらない例

- ① 債権の仮装譲受人から取立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（大判大 9. 7. 23）（当たる例④との違いに注意）
- ⑥ 1 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]）

イ 「第三者」には転得者も含まれるか。



論点01

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（判例・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。

ウ 善意の第三者からの転得者



論点02

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過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）

善意の第三者が債務不履行責任（541条、542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」と同一の問題である。

(3) 「善意」

ア 判断時期

第三者が法律上利害関係を有するに至った時

イ 無過失の要否

 **論点03**
第三者は「善意」で足りるのか、無過失をも要求されるのか。

A 善意で足りる（大判昭12.8.10・通説）

（理由）

- ①（形式的理由）条文上「善意」しか要求されていない。
- ②（実質的理由）第三者の要件は、表意者の帰責性との比較衡量によって決すべきところ、虚偽表示においては、表意者の帰責性が大きいのであるから、第三者の主観的要件は緩和されてよい。

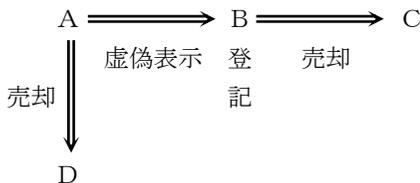
B 無過失をも要求すべき（有力説）

（理由）

- ① 同条項は表見法理に基礎を置くとするならば、第三者の信頼が正当である場合にだけ保護をすれば足りる。
- ② 他の表見法理の規定（112条、192条）との均衡。
- ③ 無過失を要求することによって、虚偽表示の無効を主張する者と第三者のどちらを保護すべきかを、具体的状況に応じてきめ細かに判断することが可能になる。

(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



ア 対抗要件としての登記（A－C間）

不要。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）

94条2項により、AからCに所有権が直接移転するので、AC間の対抗問題（177条参照）ではないと考えられるから。

イ 保護要件としての登記の要否**(ア) 真の権利者 (A) v. s. 第三者 (C)**

不要。Cは登記なくしてAに対して権利者であることを主張し得る。

(理由)

第三者の保護要件は、真の権利者と善意の第三者とのどちらをいかなる場合に保護すべきかという比較衡量の観点から決すべきところ、虚偽表示においては、真の権利者の帰責性が大きい以上、第三者の保護要件は緩和し取引の安全保護を優先させるべき。

(イ) 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間是对抗関係に立ち、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、原則通り177条によって優劣を決すべきである。

※ この立場では、厳密に言えば、保護要件としての登記ではなく、本来的対抗問題としての「対抗要件」として機能させているといえる。

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し得る。

(理由)

- ① D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。
- ② C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。

第4 94条2項の類推適用

1 権利外観法理

権利は不存在であるが、外観上あたかも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信頼どおりの効果が生ずべきとする法理

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

(1) 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
- ② 権利者の帰責性（意思的関与）
- ③ 第三者の正当な信頼

(2) 「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 (①)

(3) 「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 (②)

ア 本人の帰責性はどの程度のものが必要か。

単に虚偽の外観の存在を知っているだけでは足りず、積極的に承認したといえるだけの関与が必要である。

(理由)

94条2項の趣旨からすれば、本人に外観を作出したに等しい落ち度が必要である。

イ 権利能力なき社団の不動産の処分



論点04

権利能力なき社団の不動産が、構成員名義で登記されており、名義人個人の債権者が善意で当該不動産を差し押えた場合、94条2項類推適用により保護し得るか。権利能力なき社団に帰責性があるかが問題となる。

A 否定説

(理由)

権利能力なき社団は団体名義での登記はできないから、団体に帰責性は認められず、類推の基礎を欠く。

B 肯定説

帰責性は認められる。ただし、第三者保護の主観的要件として第三者に無過失まで要求する。

(理由)

- ① 団体名義の登記はできないとしても、構成員全員による共有名義での登記は可能である。
- ② 例えば、代表者が、団体の不動産が自己の名義で登記されていることを奇貨としてこれを自己の物として売却したような事案である場合、そのような者を代表者とした点に団体の帰責性が認められる。

(4) その外観を第三者が正当に信頼したこと (③)

	論点05 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）（後記、具体例参照）。

3 適用範囲

- (1) 法律行為の取消しにより原権利者と第三者の優劣が問題となる場合
 - ※ この場合を 94 条 2 項の類推適用により処理しようとする有力な学説がある（ただし、判例・通説はこのような処理はしない）。
- (2) 真実の権利者と異なる者に不動産の登記名義が存し、それが何らかの意味で真実の権利者の意思にかかわるものである場合

4 虚偽の外形作出の類型と判例

(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）

ア 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 甲が建物を新築したが、新築にあたり乙名義で資金を借り入れていた関係から乙名義で保存登記をしたところ、乙が丙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丙を保護した（最判昭41.3.18）。
- ② 不動産を買い受けた甲が、乙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乙名義への所有権移転登記を経由したところ、乙が当該不動産を丙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 乙を代理人として不動産を買い受けた甲が、乙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乙になっていたことから乙に所有権移転登記を受けさせたところ、乙が当該不動産を丙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 甲は乙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乙から抵当権の設定を受けた旨の登記をしていたところ、乙が当該不動産を丙に譲渡してしまったというケースで、善意無過失の丙を保護した（最判昭45.11.19）。

イ 外形他人作出型（外観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または黙示の承認をなした場合）

- ① 未登記建物の所有者甲が、乙にその名義で登記することを許容したところ、乙が丙名義で登記してしまい、甲がそれを承認したというケースで、丙からの善意の譲受人丁を94条2項の類推適用により保護した（最判昭45.4.16）。
- ② 不動産所有者甲が、乙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、乙と結婚するなどの事情によりこれを放置し、その間に乙名義で根抵当権設定登記がなされたというケースで、乙からの善意の譲受人丙につき同旨（最判昭45.9.22 百選I No.21）。
- ③ 未登記建物の所有者甲が、その建物が誤って固定資産課税台帳に夫たる乙名義で登記されたのを知りながら、乙名義で固定資産税を納入していたところ、乙の債権者丙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観ありと言えるのか、乙名義の登録の放置・乙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）

① 不動産所有者甲が、乙の信用を外観上増大させる目的でその不動産につき乙名義の仮登記を与えたところ、乙が甲の印鑑を無断使用して本登記に改め丙に処分した、というケースにおいて、94条2項、110条の法意に照らして善意無過失の丙を保護した（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。

② 不動産売買に際して不動産所有者甲が不動産会社の代表者乙に言われるままに土地登記済証等を交付し、乙が当該不動産を丙に売却してしまったという事案につき、甲に外観作出の意図はなく、外観を放置していたともいえないとして94条2項、110条の法意に照らしても甲は保護されるとした（最判平15.6.13）。

③ 不動産所有者甲が乙に言われるまま不動産登記済証を交付し、乙に売却する意思もないのに売買契約書に署名押印する等した結果、実体的な権利変動がないにもかかわらず乙に当該不動産の所有権登記が移転され、更に丙に売却され、当該不動産の所有権移転登記がされたという事案につき、甲の余りにも不注意な行為により外観が作出されたと述べ、甲の外観作出についての帰責性の程度が「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」として94条2項、110条の類推適用により甲を保護しなかった（最判平18.2.23 百選I No.22）。

第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。

第7章 代理

第1節 総説

(代理行為の要件及び効果)

第99条 代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。

2 前項の規定は、第三者が代理人に対してした意思表示について準用する。

(本人のためにすることを示さない意思表示)

第100条 代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のためにしたものとみなす。ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、又は知ることができたときは、前条第1項の規定を準用する。

(代理行為の瑕疵)

第101条 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、強迫又はある事情を知っていたこと若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ものとする。

2 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又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ものとする。

3 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、同様とする。

(代理人の行為能力)

第102条 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。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としてした行為については、この限りでない。

101条は、代理行為の瑕疵につき規律の対象を明確にするために、代理人が相手方に対してした意思表示に関する規律（同条1項）と、相手方が代理人に対してした意思表示に関する規律（同条2項）を分けて定める。

102条本文は、制限行為能力者が代理人としてした行為が行為能力の制限による取消し又は追認の対象とならないことを明確化しており、さらに、同条ただし書において、その例外として、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取消し可能という規律が置かれている。これは、制限行為能力者である本人を保護するために置かれたものである。

第1 代理の意義

本人と一定の関係にある他人（代理人）が本人のためにすることを示して意思表示をなし（A）、またはこれを受ける（B）ことによって、その法律効果が全面的に本人に帰属することを認める制度

※ Aを能動代理といい、Bを受動代理という。

1 代理の機能

(1) 私的自治の拡張

今日のように社会取引関係が複雑・多岐となり、その規模や範囲が拡大・発展してくると、自分1人ではそのすべてを処理できない場合が多くなるので、他人の助力・協力を取り付ける制度が必要となる。そこで、本人の代わりとして他人に事務を処理させ、本人がその結果を享受するという制度が社会的に要請される。この要請に応えるものが代理制度である。この場面で使われるのは任意代理である。

(2) 私的自治の補充

権利能力があっても、意思能力がない者や行為能力が制限されている者（未成年者・成年被後見人等）は、自分では取引ができないので、代わって取り引きしてくれる者が必要である。この必要を充たす制度として代理制度が活用される。この場面では、通常法定代理がこの機能を担っているが、任意代理が使われることもある。

2 代理の種類（法定代理と任意代理）

(1) 意義

本人の意思または信任による代理を任意代理といい、そうでない代理を法定代理という。

(2) 区別の実益

ア 任意代理は普通、個別代理であるが、法定代理は包括的代理であることが多い。

イ 復任権の範囲（104条、105条）

ウ 代理権の消滅事由（111条1項、2項）

第2 代理の理論的問題

1 他人効の根拠

	論点01 代理人の行為によって本人に法律効果が発生すること（他人効）の根拠は何か。
---	---

A 顕名説

代理行為は「顕名」を前提とするので（99条1項）、この「顕名」が代理意思（他人効発生の意味）の表明であり、その意思を法律が承認するところに他人効の根拠があるとす。

B 代理権説

代理（他人効）の基礎は、代理人を本人に媒介するところの代理権であり、顕名は代理の本質的要素ではないとする。

2 代理の法的構成（代理学説）



論点02

代理関係における行為者は誰かが問題となる。

A 代理人行為説（通説）

代理において法律行為を行うのは代理人であり、本人に効果帰属する根拠は代理人の効果意思（本人のためにする意思）に求められる。

（理由）

- ① 99条1項が、意思表示をするのは代理人であるとしている。
- ② 101条1項は、代理行為の瑕疵の事実の有無は代理人について決するものとしている。
- ③ 代理の実態に鑑みれば、代理人は単なる本人の意思の担い手でなく、自らの判断に基づいて意思決定を行う法律行為者というべきである。
- ④ 任意代理、法定代理ともに同じ法律構成で他人効を根拠付けることができる。

（批判）

私的自治の原則に反する。

※ この説によると、授權行為は代理行為の有効要件または効果帰属要件にすぎなくなる。

B 本人行為説

代理行為を行うのは本人であり、他人効の根拠は本人の効果意思（代理権授与）にある。

（理由）

- ① 私的自治の原則に合致する。
- ② 102条が代理人の行為能力を不要とするのは、本人の効果意思ゆえに効果が発生するからである。

（批判）

- ① 法定代理を説明できない（本人に効果意思があるわけでない）。
- ② 代理人が使者と変わらなくなる。

※ この説によると、授權行為は代理行為の成立要件であることになる。

C 共同行為説

代理効果発生根拠を本人の意思に求めつつ、法律行為を行うのは代理人のみでもなければ、本人のみでもなく、つねに両人が法律行為をなし、双方が法律行為の作成者である。

（理由）

本人、代理人とも、いずれも軽視すべきではない。

（批判）

法律行為の意思の分割が認められるとすれば、その効果である法律行為もまたその割合に応じて分割されなければならない。

第3 代理と類似の制度

1 間接代理

(1) 意義

他人（本人）の計算で、しかも自分の名とする法律行為
ex. 問屋（商法 551 条）、仲買人の取引

(2) 代理との違い

法律効果は、いったんすべて行為者（間接代理人）に帰属し、あらためて本人に帰属する。

2 使者

(1) 意義

本人以外の者で、本人の完成した意思表示をそのまま伝達する者（伝達機関としての使者）や、本人の決定した意思を表示してその意思表示を完成させる者（表示機関としての使者）をいう。

(2) 種類

ア 伝達機関としての使者

本人の完成した意思表示をそのまま伝達するもの（ex. 手紙を届ける）

イ 表示機関としての使者

本人の決定した意思を相手方に表示してその意思表示を完成させるもの（ex. 口頭で伝えさせる）

(3) 代理との違い

ア 概念整理

代理とは、他人の意思表示の効果が、直接に本人に帰属する制度である。すなわち、別人格者である代理人が効果意思を決定し、それを表示する。

これに対し、使者とは、本人の決定した効果意思を表示し（表示機関）、または、完成した意思表示を伝達する者（伝達機関）である。すなわち、効果意思を決定するのは本人であり、使者はそれを表示・伝達するにすぎない。

以上のことから、代理と使者の根本的な差異は、使者は意思決定の自由を有しない点に求められる。

イ 具体的差異

	代理	使者
能力	代理人→行為能力不要＋ 意思能力が必要 (102条) 本人→不要	使者→不要 本人→意思・行為能力 必要
法律行為の 要件(効力)	主として代理人について 決する(101条)	本人について決する
復任	制限あり(104条)	広く認めてよい(権能が 小さいから)
無権代理人 の責任	あり(117条)	なし(独立の意思決定を した者でないから)
仕事完了時	相手方の意思表示受領時	表示ないし伝達時

ウ 使者の表示と本人の意思とがくい違う場合



論点03

使者の場合、効果意思の決定者は本人である。したがって、本人の意思と使者の表示とがくい違う場合には、効果意思と表示行為との間に不一致が生じていることになり、表示上の錯誤(95条)に該当する。このことを前提として、相手方の保護を、95条3項の限度で図るべきか、代理との権衡を考慮して表見代理適用の可能性を認めることで図るべきか、が問題となる。

A 表見代理類推否定説(錯誤説)

(理由)

表見代理を、代理制度に対する社会的信頼を維持するための特則と位置づける。

B 表見代理類推肯定説

(理由)

- ① 使者と代理の区別は、実際には不明確である場合が多い。
- ② 相手方保護の必要性に変わりはない。

□判例 大判昭9.5.4

Bから借金するので連帯保証人になってくれとAに頼まれたCが、借用人の氏名が空欄だった連帯保証証書に署名捺印してAに交付したところ、Aは借主名をDと書いてBに渡したという事案に関し、AをCの使者とし、事態を表示機関による錯誤と構成して95条を適用した。

□判例 大判昭2.3.23

保証人Yが、金額の記載のない借用証書に署名捺印して借主Aに交付したところ、AがYの承認しない金額を記入して貸主Xに交付したという事案に関し、110条の適用を認めた。

3 代表

(1) 意義

代表者のなした行為が法人自体の行為とみなされる関係（法人と理事との関係）。

(2) 代理との共通点

法人は理事その他の代表機関の行為によって、直接権利・義務を取得する。

(3) 相違点

代表機関の行為はそのまま法人の行為とみられている点で、代理と異なる。また、準法律行為・不法行為についても認められる点においても、代理と異なる。

4 代理占有

(1) 意義

他人が所持することによってその効果である占有権が本人に帰属する場合をいう（181条）。

(2) 代理との相違点

他人が介在して本人に効果が生じる点では代理と共通するが、占有は意思表示ではない点で異なる（代理は法律行為ないし意思表示に限られる）。

第2節 代理制度の法律関係

第1 要件

1 代理権の存在

2 顕名

本人の為にすることを示すこと

3 代理行為

代理人と相手方との間の有効な法律行為

第2 効果

代理行為の効果は、物権的效果、債権的效果を問わず、すべて本人に帰属する。

本来の法律効果の他、法律行為の当事者としての地位（取消権、解除権など）も本人に帰属する。

I 代理権—本人・代理人関係

（権限の定めのない代理人の権限）

第103条 権限の定めのない代理人は、次に掲げる行為のみをする権限を有する。

- 一 保存行為
- 二 代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

（自己契約及び双方代理等）

第108条 同一の法律行為について、相手方の代理人として、又は当事者双方の代理人としてした行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。ただし、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、この限りでない。

2 前項本文に規定するもののほか、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す。ただし、本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

第1 代理の本質



論点01

代理人の地位ないし代理権限は「代理権」と呼ばれる。では、その「代理権」の本質は何か。

A 資格（地位）説

「代理権」は純粋な権利ではなく、代理人の本人に対する「法律上の地位ないし資格」と解する。

（理由）

「代理」の本体は、自分の行為によって本人に権利義務の変動を生じさせる地位であることに存し、この観念の中には、本人のために行為をなすべき義務が包含される余地はない。

B 適状説（要件説）

「代理権」の授与は、代理人の行為の効果が本人に及ぶことを認容する本人の意思表示（代理認容行為）であり、その授与行為は「代理適状」という法律事実（法律要件）を構成すると解する。

（理由）

「代理」効果（他人効）が承認されるのは、代理人と本人との間に一定の関係があること（代理人の属性）に基づいており、この属性は通常、「代理権」と呼ばれるが、しかし、それでは表見代理（無権代理）の場合の本人への効果帰属を説明できない。そこで、代理の意思表示の効果を本人に帰属せしめるための要件を総称して「代理適状」と呼ぶべきである。

C 管理権説

権利自体の譲渡と同様に、財産主体（本人）は、財産管理権（代理権・授権を包摂する概念）を他人に譲渡することができるのであり、代理権とはこの財産管理権の移転にほかならないとする。

第2 代理権の発生原因

1 法定代理権

- (1) 本人に対して一定の親族身分を有するため法律上当然に発生する場合（818条）
- (2) 本人以外の一定の者の協議による選任（819条1項）
- (3) 本人以外の者の指定（839条）
- (4) 法律の規定による裁判所の選任（25条、26条、819条2項、840条、843条）

2 任意代理権

本人が他人に代理権を授与することにより発生する。

- (1) 代理権授与行為の法的性質



論点02

代理権授与行為の法的性質をどのように理解するか。

A 授与行為の独自性を認める見解

代理権授与行為を、委任、雇用、請負等の事務処理契約（対内関係）とは別個独立の行為とみる。

(理由)

代理権の発生しない事務処理契約もあり得る。

A1 単独行為説

授權行為は本人からの一方的な単独行為である。

(理由)

代理人の制限能力や意思の瑕疵・欠缺によって代理権授与行為の効力が影響を受けることがなくなり、代理における取引の安全を図ることができる。

(批判)

代理人の承諾なしに代理権が授与されるとするのは不自然である。

A2 無名契約説

授權行為は、内部契約関係とは独立した、代理権授与のみを目的とする契約である。

代理人の同意が必要である点で、A1 説と異なる。

(批判)

取引安全への配慮が欠ける。

※ A説は、代理権授与行為の効力が事務処理契約の有効性により影響を受けるか否かという観点から有因的構成と無因的構成とに分けられる。この点、当事者の合理的意思を理由に有因と考える見解が有力である。

B 授權行為の独自性を否定する見解（事務処理契約説）

事務処理契約から直接に代理権が発生する。

(理由)

代理行為は他人の事務処理行為の一種であるから、代理権授与は事務処理契約の一内容をなすものであって、事務処理契約と別個独立の代理権授与行為というものを観念する必要はない。

(批判)

事務処理契約が、常に代理権授与を伴うとは限らない。

※ B説は、代理権は事務処理契約自体から直接発生するものと解するから、代理人の代理権の有無は、事務処理契約の有効性により影響を受けることは当然である。

(2) 代理権授与行為の法的性質と第三者の保護

代理権授与行為に無効・取消し事由が存在する場合の当該授権行為の効力、その代理人と取引をした第三者の保護について、授権行為の法的性質の理解と関連して問題になる。

ア 代理権授与行為の際、代理人の能力・意思表示に瑕疵が存した場合



論点03

代理権授与行為の際、代理人の能力・意思表示に瑕疵が存した場合、代理権授与行為は有効か。

A 授権行為の独自性を認める見解

A1 単独行為説

代理権授与行為は本人の単独行為であるから、代理人の能力・意思表示の瑕疵は問題とならず、代理権授与行為は常に有効である。

A2 無名契約説

代理権授与行為は、代理人に単に資格を与えるだけで、何らの拘束も不利益も与えるものではないから、被保佐人（13条）・未成年者（5条1項）たる代理人は制限行為能力を理由に代理権授与行為を取り消すことはできない。

成年被後見人や意思表示の瑕疵の場合、代理権授与行為が無効もしくは取り消され、代理権が遡及的に消滅してしまう結果（121条）、代理人のした行為は無権代理行為となってしまう。そこで、取引の安全をいかに保護すべきかが問題となる。この点、①相手方の保護の必要性、②代理権授与契約によっても代理人は何ら義務を負わないから代理権を遡及的に消滅させる必要はないこと、③代理人は行為能力者であることを要しないとする102条の趣旨、を理由に代理権は将来に向かってのみ消滅するとする見解が有力である。

B 事務処理契約説

事務処理契約と別個独立の代理権授与行為が存しないから、代理権授与行為自体の瑕疵は問題にならない。

イ 代理権授与行為の際、本人の能力・意思表示に瑕疵が存した場合の代理権授与行為の有効性



論点04

代理権授与行為の際、本人の能力・意思表示に瑕疵が存した場合、代理権授与行為は有効か。

A 授權行為の独自性を認める。

A1 単独行為説

※ 代理権授与行為は無効もしくは取り消され、代理権は遡及的に消滅する。相手方の保護は、取消し後も委任状を放置していた場合などに表見代理（112条）が成立する余地があるに過ぎない。なお、取消し前の相手方は原則として保護されないが、詐欺取消し前の第三者は96条3項適用の余地あり。

（理由）

- ① 121条は「取り消された行為は、初めから無効であったものとみなす。」と規定している。
- ② 代理人の行為の効果が本人に帰属する可能性がある以上、代理権を遡及的に消滅させる必要がある（代理人側からの取消しの場合とは異なる）。

A2 無名契約説

単独行為説と同じ（代理権は遡及的に消滅する）。

B 事務処理契約説

事務処理契約と別個独立の代理権授与行為が存しないから、代理権授与行為自体の瑕疵は問題にならない。

ウ 事務処理契約の際、本人あるいは代理人の能力・意思表示に瑕疵が存した場合



論点05

事務処理契約の際、本人あるいは代理人の能力・意思表示に瑕疵が存した場合、代理権授与行為は有効か。この点については、授權行為の独自性を認める見解（前述のA説）において、有因的構成を採るか、無因的構成を採るかで結論が分かれる。

A 無因的構成

代理権授与行為の効力は、事務処理契約の有効性により何ら影響を受けないので、事務処理契約が無効もしくは取り消されても代理人は代理権を失わず、その行為は有権代理である。ただし、事務処理契約が取り消されると、代理人の代理権はそれ以後消滅する（111条2項）。

B 有因的構成

代理権授与行為は、事務処理契約の無効もしくは取消しの影響を受け、遡及的に効力を失う。それまでの代理人の行為は無権代理行為となってしまう。そこで、このような場合に取引の安全をいかに保護すべきかが問題となるが、代理人の側の制限行為能力、意思表示の瑕疵・欠缺の場合と同様の理由で代理権は将来的にのみ消滅すると解する見解が有力である。

(3) 授権行為の認定

授権行為は一般に委任状の交付を伴う。委任状は、本人のみが署名捺印するのが通常であるから、委任契約または授権契約の証書というよりはむしろ代理権を授与したことの証拠であって、代理取引の相手方に向けられたものと考えられる。

もともと、代理権の存否は必ずしも委任状によって認定しなければならないものではなく、黙示の授権行為があったと認められる場合も少なくない。

第3 代理権の範囲

1 法定代理権

法定代理人に関する法律の規定（28条、824条以下など）によって決定されている。

2 任意代理権

代理権を授与する契約によって決まるのが原則である。

その他、授権行為の解釈によっても決定される。例えば、売買契約を締結するための代理権には、登記をする権限、売買不成立の場合には内金、手付金の返還を受ける権限、相手方から取消し意思表示を受ける権限などが含まれる。これに対して、売買代金取立のための代理権には、その売買契約を相手方と合意解除する権限は含まれない。

3 「権限の定めのない代理人」

代理権があることは明らかであるが、その範囲が不明である場合、または、特に範囲を決めていない場合の補充規定として、103条は、代理人は、管理行為（保存行為・利用行為・改良行為）をなし得るとする。ただし、利用行為および改良行為は、物または権利の性質を変えない範囲内でのみ許されるとしている。

(1) 保存行為（103条1号）

財産の現状を維持するための行為

ex. 家屋の修繕、未登記不動産の登記

(2) 利用行為（103条2号）

財産について収益を図る行為

代理人は、目的物・権利の性質を変えない範囲での利用行為ができる。

ex. 現金の預金、物の賃貸（無償で貸し付けることは利用に当たらない）

(3) 改良行為 (103条2号)

財産の経済的価値を増加させる行為

代理人は、目的物・権利の性質を変えない範囲での改良行為ができる。

ex. 家屋に電気・ガスの設備を施す，無利息貸金を利息付にする

4 共同代理**(1) 意義**

数人が同一事項につき代理権を有し，すべての代理人が共同してのみ代理行為をなし得る場合を，共同代理という（818条3項など）。

(2) 趣旨

代理権の濫用を防止し，本人を保護する。

(3) 効果

ア 全員の共同によらない代理は，完全な代理にはならず，その意味で，共同代理は各代理人にとって代理権の制限となる。

イ この制限に反して単独でなされた代理行為については，権限踰越の代理行為と解する説（110条による），無権代理と解する説（113条以下による）等がある。

第4 自己契約・双方代理の禁止**1 意義**

(1) 自己契約とは，同一の法律行為について当事者の一方が相手方の代理人となることをいう。

(2) 双方代理とは，同一人が同一法律行為の当事者双方の代理人となることをいう。

(3) 利益相反行為とは，代理人と本人との利益が相反する行為をいう。

※ 利益相反行為の解釈について判例・通説は，行為の外形に照らして定型的・外形的に判断され，代理人の動機・目的を考慮すべきでない（外形説。最判昭37.10.2，最判昭43.10.8）とする。

2 趣旨

自己契約・双方代理は，事実上，代理人が1人で契約を締結することになり，本人や当事者の一方の利益が不当に害されるおそれがあるため，これを禁止した。

利益相反行為は，形式的に自己契約・双方代理に当たらない場合であ

っても、代理人の行為で本人に一方的に不利な内容となる危険がある行為は、実質的に本人と代理人との利益が相反することとなることから、これを禁止した。

3 効果

(1) 原則

108条1項は、本人と代理人との間の自己契約及び双方代理を無権代理とみなすと規定し、同条2項は、本人と代理人との利益相反行為を無権代理とみなすと規定し、いずれも原則として本人に効果帰属しないとされた。

(2) 例外

ア 債務を履行する場合及び本人があらかじめ許諾した場合（108条1項ただし書、同条2項ただし書）

本人の利益を害するおそれがないからである。

※ 債務の履行であっても、本人を害するおそれがある場合、たとえば新たな契約である代物弁済や期限未到来の債務・争いのある債務の弁済については、本条ただし書は適用されない。

イ 形式的には自己契約・双方代理に該当する場合でも、真に利益相反が存しない場合や、一般の慣行が承認し、かつ要求する場合には許容すべきである。

ex. 代理人からの贈与

第5 代理権の濫用

代理人が私利を図るために代理権を濫用した場合、例えば、本人AからA所有の土地の売却について代理権を与えられていたBが、土地売買代金を着服する意図で相手方Cと売買契約をなし、代金を着服してしまったというような場合の代理取引の効力をどのように考えるか。

(代理権の濫用)

第107条 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。

1 意義

代理権が濫用されたとしても、それが代理権の範囲内の行為であれば本人にその効果が帰属するのが本来の帰結である。もっとも、取引の相手方が代理人の代理権濫用の目的を知り、又は知ることができた場合には、本人保護の要請を優先させ無権代理行為とみなすとした。

2 要件・効果

(1) 要件

① 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

の行為をしたこと

② 相手方がその目的を知り、又は知ることができたこと

(2) 効果

代理権の濫用の要件を充足した場合には、代理行為は無権代理とみなされる。したがって、代理行為の効果は本人に帰属することがないのが原則である（113条）。

無権代理とみなされる結果、無権代理に関する規定が適用されることとなる（114条～117条。これらの規定の詳細は、第3節を参照）。

3 具体的処理

(1) 相手方が善意・有過失の場合

107条の適用により、代理行為は無権代理と擬制され、本人にその効果が帰属することはない。

この場合、本人は追認（116条）・追認拒絶（113条2項）をすることができ、また相手方は催告権を行使できる（114条）。加えて、相手方は無権代理人の責任を追及することができる場合がある（117条2項2号ただし書）。

(2) 転得者の保護

107条により、代理権の濫用が無権代理とみなされた場合でも、代理権濫用行為の相手方からの転得者については、上記と同様、94条2項の類推適用や192条の即時取得などによって保護されると考えられる。

(3) 親権者の権限濫用

107条の適用がなされると考えられる。

□判例 最判平4.12.10 百選ⅢNo.49

「親権者は、原則として、子の財産上の地位に変動を及ぼす一切の法律行為につき子を代理する権限を有する（民法824条）ところ、親権者が右権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が右濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、〔注：旧〕民法93条ただし書の規定を類推適用して、その行為の効果は子には及ばないと解するのが相当である。」

「しかし、親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているものとみるべきである。……それが子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、親権者による代理権の濫用に当たると解することはできないものというべきである。」

第6 代理人の通謀虚偽表示



論点06

代理人が本人をだますつもりで相手方と通謀して虚偽表示をした場合、例えば、Aの代理人Bが相手方Cと通謀して虚偽の消費貸借契約を結んだ場合、AはCに貸金返還請求できるか。本人は新たな利害関係人ではないから94条2項にいう「第三者」に当たらないので、その保護が問題となる。

A 93条適用説（大判昭14.9.22等）

93条1項により本人が相手方の意思表示が真意でないことを知り、または知ることができたときでない限り、相手方の意思表示は有効である。

(理由)

代理人には相手方と通じて本人をだます権限などはなく、したがって、この場合は代理人としてでなく、むしろ単に相手方の心裡留保に基づく意思を本人に伝達する使者と構成すべきである。

(批判)

- ① 代理人と相手方間の虚偽表示を相手方のみ的心里留保とすることは現実の事態に適合しない。
- ② 相手方の心裡留保として構成するならば、それに対する本人の承諾の意思表示が必要なはずである。
- ③ 代理人の権限濫用の場合も、代理人にそのような権限はないはずである。

B 信義則説

代理人の虚偽表示行為は94条1項により無効行為として本人に効果帰属するのが原則である(101条1項)。ただし、代理人が本人を害するつもりで相手方と通謀して虚偽表示をし、本人がそのことについて善意無過失の場合には、相手方は信義則上(1条2項)、虚偽表示の無効をもって本人に対抗し得ない。

(批判)

信義則という一般条項からなぜ善意・無過失という要件が導かれるのか不明である。

第7 代理権の消滅

(代理権の消滅事由)

第111条 代理権は、次に掲げる事由によって消滅する。

- 一 本人の死亡
 - 二 代理人の死亡又は代理人が破産手続開始の決定若しくは後見開始の審判を受けたこと。
- 2 委任による代理権は、前項各号に掲げる事由のほか、委任の終了によって消滅する。

1 法定代理・任意代理共通の消滅原因

- (1) 本人の死亡 (111条1項1号)
- (2) 代理人の死亡・代理人の破産手続開始の決定・後見開始の審判を受けたこと (111条1項2号)

2 法定代理特有の消滅原因

特に規定が置かれている (ex. 25条2項, 26条, 834条, 835条等)

3 任意代理特有の消滅原因

- (1) 対内関係(授権行為の基礎となる委任その他の法律関係)の消滅(111条2項)
- (2) 授権行為の消滅
 - ア 本人が破産手続開始の決定を受けたこと
 - イ 解約告知(契約説から)または撤回(単独行為説から)

II 代理行為—代理人・相手方関係

(代理行為の要件及び効果)

第99条 代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。

2 前項の規定は、第三者が代理人に対してした意思表示について準用する。

(本人のためにすることを示さない意思表示)

第100条 代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のためにしたものとみなす。ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、又は知ることができたときは、前条第1項の規定を準用する。

(代理行為の瑕疵)

第101条 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、強迫又はある事情を知っていたこと若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ものとする。

2 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又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ものとする。

3 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、同様とする。

(代理人の行為能力)

第102条 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。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としてした行為については、この限りでない。

第1 顕名主義

1 意義

代理人がその行為の法律効果を本人に帰属させようとする意思（代理意思）を有していることを相手方に知らせること

民法は、代理人が自ら意思表示を行う場合（能動代理）、相手方の意思表示を受ける場合（受動代理）を問わず、代理行為をなす場合に顕名を要求する顕名主義に立っている（99条1項、2項）。

※ 顕名の理解については、意思表示における意思理論の立場から、この顕名こそが代理における他人効の根拠であり、代理における本質的要素であるとする立場と、代理における他人効の根拠は代理権であり、顕名は取引の安全の見地から効果帰属主体を明らかにするために要求されるにすぎないとする立場があるが、説明上の問題にすぎない。

2 非顕名のときの効果

(1) 原則

代理人が自己のためにした意思表示とみなされる（100条本文）。すなわち、代理人が錯誤による取消し（95条）を主張することは許されない。取引の相手が代理人本人であるという相手方の信頼を保護するためである。

(2) 例外

「本人のためにする」行為であること（代理意思のあること。代理権が存在することではない）を相手方が知り、または知ることができた場合には本人に効果が帰属する（100条ただし書）。

3 代理人が直接本人の名だけを示した場合

	論点 07
<p>代理人が直接本人の名だけを示した場合も顕名ありといえるか。 ex. Aから代理権を与えられたBが直接「A」と表示してCと取引する場合</p>	

→ 肯定（最判昭 39. 9. 15）

（理由）効果帰属主体を明らかにするという顕名の趣旨は満たされる。

第2 代理行為の瑕疵

1 代理人が相手方に対してした意思表示の効力

(1) 原則

代理行為の瑕疵の有無は、実際にその行為をした代理人について決する（101条1項）。

(2) 例外

特定の法律行為を委託された代理人が行為をしたときは、本人側の事情を斟酌する（101条3項）。

その趣旨は、実質的に本人が意思決定をし、代理人がそれに従って行為するにすぎないような場合には原則を修正し、当事者の公平を図ることにある。

ア 要件

本人が特定の法律行為をなすことを委託したこと

	論点 8
<p>いかなる場合に例外が認められるか。</p>	

A 判例

当該法律行為が本人の意思によって決定される場合であれば足りる。

B 学説

特定の法律行為を委託したことさえ不要であり、本人が代理人をコントロールし得る可能性さえあれば足りる。

（理由）

当事者間の公平を図るという101条3項の趣旨から。

イ 効果

本人は、自分が知っていた事情および過失によって知らなかった事情について代理人の不知を主張することはできない。

2 相手方が代理人に対してした意思表示の効力

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又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ものとする(101条2項)。

第3 代理行為と詐欺

本人(甲)

|

代理人(乙) — 相手方(丙)

1 相手方が代理人を詐欺した場合の処理(丙→乙)

原則として、本人は代理行為を取り消し得る(101条1項, 96条1項)。(取消しについて授權されていない限り、取消権を取得するのは本人である。)

例外的に、甲が詐欺の事実を知ることができた時は取り消せない(101条3項)。

2 相手方が本人を詐欺した場合(丙→甲)

(1) 詐欺に基づいて授權行為があった場合(丙が甲を詐欺した結果、甲が乙に代理権を授与した場合)



論点9

代理人が善意であった場合でも本人は授權行為を取り消し得るか、相手方が96条2項「第三者」にあたるか問題となる(第三者の詐欺)。

→ 相手方は「第三者」に当たらず、原則として、本人は授權行為を取り消し得る。

(理由)

- ① 形式的には96条2項適用の場面であるが、代理人には授權行為の効力が維持されることにつき固有の利益がない。
- ② 詐欺された本人の犠牲において、詐欺をした相手方を保護する必要はない。

(2) 代理行為の取消し



論点10

丙が甲を詐欺し、乙丙間で代理取引が行われた場合

→ 原則として、本人は代理行為を取り消し得ない。

ただし、本人が詐欺されたことで代理人に指図するなど、代理人の意思表示の内容が詐欺の影響を受けている場合、本人による代理行為の取消しを認め得る（101条3項）。

(理由)

- ① 本人が詐欺されても、代理人の意思表示に瑕疵がない以上、本人は代理行為を取り消せないのが原則である（101条1項）。
- ② もっとも、常に原則を貫くのは本人に酷であり、当事者間の公平を害する。

3 代理人が相手方を詐欺した場合（乙→丙）



論点11

相手方は、取り消すことができるか。

本人の善意悪意を問わず、相手方は常に取り消し得る（96条1項）。

(理由)

- ① 法律行為はあくまで代理人・相手方でなされるから、96条2項（第三者の詐欺）と構成することはできない（代理人行為説）。
- ② 代理人の事務処理によって利益を受ける本人は、代理人の詐欺によるリスクも甘受すべきである。
- ③ 本人は新たな利害関係人ではないから、96条3項の「第三者」にも当たらない。

※ 代理人が詐欺した場合は、101条1項、2項のいずれにも該当しないことから、旧法101条1項の問題とする旧法下の判例（大判明39.3.31）の先例的価値は失われている。

4 本人が相手方を詐欺した場合（甲→丙）



論点12

相手方は、取り消すことができるか。

→ 相手方は、代理人の善意悪意を問わず、取り消し得る。

(理由)

- ① 代理人行為説の立場からは、96条2項（第三者の詐欺）適用の場面であるが、詐欺をした本人を保護する必要はない。
- ② 取消しを認めても、代理人に不利益はない。

第4 代理人の能力

1 原則

代理人に行為能力は不要である。したがって、代理人は制限行為能力者であることを理由に代理行為を取り消すことはできない(102条本文)。

2 趣旨

代理行為の効果は直接本人に帰属するから(99条)、代理人に不利益が及ぶことはなく、制限行為能力者制度によって代理人を保護する必要はない。一方、制限行為能力者を代理人とした本人が後になって代理人が制限行為能力者であることを理由に取消権を行使するのを許すべきではない。

3 例外

制限行為能力者の法定代理人が他の制限行為能力者であった場合は、当該法定代理人の行為は取り消しうる(102条ただし書)。

その趣旨は、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、代理行為を取り消すことができないとすると、①本人の保護という行為能力制度の目的が十分に達成されないおそれがあること、②本人が代理人の選任に直接関与するわけではないから、代理人が制限行為能力者であることのリスクを本人に負担させるのは妥当でないことから、例外的に行為能力の制限を根拠とする代理行為の取消しを認める点にある。

Ⅲ 復代理制度

(任意代理人による復代理人の選任)

第104条 委任による代理人は、本人の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任することができない。

(法定代理人による復代理人の選任)

第105条 法定代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができる。この場合において、やむを得ない事由があるときは、本人に対してその選任及び監督についての責任のみを負う。

(復代理人の権限等)

第106条 復代理人は、その権限内の行為について、本人を代表する。

2 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、代理人と同一の権利を有し、義務を負う。

第1 意義

代理人が、自分の権限内の行為を行わせるため、自分の名でさらに代理人を選任して、本人を代理させること

代理人によって選任された代理人を復代理人という。

第2 復任権

1 意義

復代理人を選任する権限

2 選任

(1) 任意代理人の場合

本人の許諾を得た場合またはやむを得ない事由がある場合にのみ選任できる(104条)。

本人との信任関係が基礎にあることから、限られた範囲でのみ選任が許される。

(2) 法定代理人の場合

いつでも自由に選任できる(105条前段)。

①信任関係とは別個であり、②権限が広汎である一方、辞任が容易ではないことから、常に復任が認められる。

3 復代理人の過誤に対する代理人の責任

(1) 任意代理人の場合

復代理人を選任した任意代理人の本人に対する責任は、本人・代理人間の委任契約における債務不履行の一場面であり、任意代理人が責任を負うかどうかは、債務不履行の一般原則により判断される。

(2) 法定代理人の場合

原則として、全責任を負う（105条前段）。

例外として、やむを得ない事由で復代理人を選任した場合には、選任及び監督について責任を負う（105条後段）。

4 復代理の法律関係

(1) 復代理人・代理人間

ア 復代理人は、代理人の選任・監督に服し、その権限（復代理権）も代理人の権限内に限られる。

イ 復代理人選任後も代理人は代理権を失わない。

(2) 復代理人・本人間

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から（106条1項）、本人の名において代理行為をなし、その効果は直接本人に帰属する。復代理人は、本人に対して代理人と同一の権利義務を有し、第三者に対しても、代理人と同様の関係に立つものとされる（106条2項）。

(3) 代理人・本人間

従来どおり。ただし、前述のように責任関係が生ずる。

第3節 無権代理

I 狭義の無権代理

(無権代理)

第113条 代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、本人がその追認をしなれば、本人に対してその効力を生じない。

2 追認又はその拒絶は、相手方に対してしなれば、その相手方に対抗することができない。ただし、相手方がその事実を知ったときは、この限りでない。

(無権代理の相手方の催告権)

第114条 前条の場合において、相手方は、本人に対し、相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを確かすべき旨の催告をすることができる。この場合において、本人がその期間内に確答をしないときは、追認を拒絶したものとみなす。

(無権代理の相手方の取消権)

第115条 代理権を有しない者がした契約は、本人が追認をしない間は、相手方が取り消すことができる。ただし、契約の時に代理権を有しないことを相手方が知っていたときは、この限りでない。

(無権代理行為の追認)

第116条 追認は、別段の意思表示がないときは、契約の時にさかのぼってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない。

(無権代理人の責任)

第117条 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、又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又は損害賠償の責任を負う。

2 前項の規定は、次に掲げる場合には、適用しない。

- 一 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。
- 二 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、この限りでない。
- 三 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。

(単独行為の無権代理)

第118条 単独行為については、その行為の時に代理権を有しない者が、代理人と称する者が代理権を有しないで行うことに同意し、又はその代理権を争わなかったときに限り、第113条から前条までの規定を準用する。代理権を有しない者に対しその同意を得て単独行為をしたときも、同様とする。

第1 意義

代理人として行為した者に代理権がなかった場合を広義の無権代理といい、このうち表見代理が成立する場合を除いたものを狭義の無権代理という。

第2 効果

1 原則

(1) 代理行為の効果

本人への効果不帰属（無効）（113条1項）

(2) 無権代理人の責任 (117 条)

ア 意義

無権代理人が本人の追認 (113 条) を得られない場合、善意・無過失の相手方に対する無過失責任を認めた。また、相手方が善意・有過失であっても、代理人自身が代理権がないことにつき悪意の場合には同様の責任を認めた。

イ 趣旨

取引の安全を図り、代理制度の信用を維持することにある。

ウ 要件

- (ア) 「他人の代理人として契約をした」 こと
- (イ) 代理権の存在を証明できなかったこと
- (ウ) 本人の追認がないこと
- (エ) 相手方が取消権 (115 条) を行使していないこと
- (オ) 相手方が無権代理であることにつき、善意・無過失であること
※ ただし、相手方に過失がある場合であっても、代理人が自己に代理権がないことを知っていたときは、無権代理人の責任追及をなし得る (117 条 2 項 2 号ただし書)。
- (カ) 無権代理人が制限行為能力者でないこと

エ 表見代理が成立する場合の無権代理人の責任の追及の可否



論点 01

表見代理が成立する場合にも無権代理人の責任を追及できるか。

A 否定説

表見代理が成立する場合には、117 条の責任追及は認められない。

(理由)

- ① 表見代理が成立する場合には、相手方は予定していた効果をおさめ得るから、取引の安全のための 117 条の責任を生じさせる必要はない。
- ② 有権代理の場合でさえ本人が責任を負うだけなのに、表見代理の場合には本人、無権代理人のいずれにも責任を追及できるのは不当である。

(批判)

- ① 相手方が予定の効果をおさめ得るのは、まさに表見代理が認められた場合であって、その主張がなされていない場合にまでこれを理由とすることはできない。だとすれば、無権代理であるはずの表見代理を 117 条の適用からははずす根拠はなく、むしろ、113 条、115 条の適用が是認されているこ

とと不均衡が生じる。

- ② 表見代理の立証は一般に困難であり、無権代理人への責任追及も本人のすばやい追認で切り落とされる危険にさらされていることを考慮すれば、本人、表見代理人のいずれに対しても責任追及ができるとしても、相手方の保護は過大にならない。

B 肯定説（最判昭 62. 7. 7 百選 I No.34）

表見代理が成立し得る場合、表見代理の成立と無権代理人への責任追及の主張が選択的に認められる。

（理由）

- ① 表見代理と無権代理人の責任とは別個独立の制度であり、無権代理人の責任は表見代理が成立しない場合における補充的な責任ではない。
- ② 無権代理人が表見代理の成立を理由にその責任を免れるとするのは妥当でない。

オ 責任の内容

相手方の選択に従って、①履行または②損害賠償の責任を負う。

2 例外

取引の相手方保護を通じて代理制度の社会的信用を確保するため、民法は無権代理行為を無効なものと固定せず、以下の効果を定めている。

(1) 追認（113条, 116条）

ア 定義

代理権のない代理行為について、代理権があったのと同じに扱うという本人の意思表示

イ 効果（116条）

特約のない限り、代理行為の効果は契約の時にさかのぼって有効となる（116条本文）。

ただし、第三者の権利を害することはできない（116条ただし書）（もっとも、対抗要件の問題となることがほとんどで、適用されることはまれである）。

ウ 追認拒絶

追認拒絶とは、この追認を拒絶することである。
代理行為の効果は本人に帰属しないことに確定する。

エ 追認、追認拒絶の方法（113条2項）

相手方に対する意思表示による。無権代理人に対してすることもできるが、その場合、相手方が知るまではその効力を主張できない（相手方からの、追認があったことの主張は可能）。

(2) 催告権 (114 条)

相手方から本人に対し追認をするか否かを迫る手段をいう。
放置すると追認拒絶とみなされる。
悪意の相手方にも催告権が認められる。

(3) 取消権 (115 条)

ア 定義

無権代理行為の効果を無効なものとして確定するための、相手方による一方的意思表示

イ 要件

(ア) 相手方が、代理人に代理権がないことについて善意であること (115 条ただし書)。

(イ) 本人の追認がないこと (115 条本文)。

ウ 効果

取消しによって代理行為は初めからなかったことになる。
相手方は、他の手段 (催告、無権代理人の責任追及、表見代理) を採り得なくなる。

第3 本人と無権代理人の地位の同一化

1 無権代理人が本人を相続した場合 (無権代理人相続型)

無権代理人が本人を相続した場合の処理については以下の問題点がある。

(1) 本人と無権代理人の地位の理解

	論点02 本人と無権代理人の地位は併存するか。
---	-----------------------------------

A 地位融合説 (総合的立場) (最判昭 40. 6. 18 [単独相続の事案])

相続によって、本人としての地位と無権代理人としての地位が融合し、追認があったのと同様に無権代理が治癒される。

(批判)

共同相続人がいる場合、他の者の追認拒絶権を無視することになる。

B 地位併存説 (分析的立場) (最判平 5. 1. 21 百選 I No.36 [共同相続の事案])
はこれを前提としていると解される)

無権代理行為は、相続によって当然有効とはならず、無権代理人において本人の地位と無権代理人の地位が併存する。

そしてこの場合、相手方は、相続開始前と同様に取消権の行使や無権代理人の責任追及ができる。

(理由)

- ① 相続は、被相続人が生存しているのと同じ法律関係を、相続の前後を通じて維持しようとするものである。相続という偶然的事実で、利益や不利益を生じさせるべきではない。
- ② 相手方が取消権（115条）や無権代理人の責任追及（117条）を選択することが可能となり、相手方の利益保護の点でも妥当である。

(2) 地位併存説を前提とした無権代理人の本人の地位における追認拒絶権の行使の可否



論点03

地位が併存するとして、無権代理人は本人の地位において追認拒絶できるか。

B1 完全併存説

追認拒絶できる。

B2 信義則説（最判平5.1.21 百選I No.36〔共同相続の事案〕）

無権代理人は、信義則上、追認拒絶できない。

(理由)

追認拒絶は先行する無権代理行為と相容れない矛盾する行為である。

(3) 共同相続の場合における追認権の帰属



論点04

共同相続の場合、他の共同相続人が追認拒絶しても追認の効力が生じ無権代理行為が有効となるのか、追認権の帰属態様が問題となる。

B2-1 追認不可分説（最判平5.1.21 百選I No.36）

追認するかどうかを選択できる地位は性質上すべての相続人に承継される。したがって、共同相続人全員がそろって追認しない限り、無権代理行為は、無権代理人の相続分に相当する部分についても有効にならない。

B2-2 追認可分説

無権代理人の相続分の限度でのみ追認したものと扱う。

(批判)

追認はもとの契約を本人との関係で有効なものにするという効果を生じさせるものであるから、相続分の限度での追認の効果を認めることはできない。

(4) 本人が追認拒絶後に死亡した場合



論点05

本人が追認拒絶後に死亡し、無権代理人が本人を相続した場合の無権代理行為の効力はどうか。前述と同様に、無権代理人の追認拒絶は許されないとして有効になるのか。

→ 有効にはならない（最判平 10.7.17）。

（理由）

- ① 本人が追認を拒絶すれば無権代理の効力が本人に及ばないことが確定し、追認拒絶の後には本人であっても追認によって無権代理行為を有効にすることができない。追認拒絶の後に無権代理人が本人を相続したとしても、このような追認拒絶の効果に何ら影響はない。
- ② この場合、相続した無権代理人が本人の追認拒絶の効果を主張することがそれ自体信義則に反するものであるということとはできない。

2 本人が無権代理人を相続した場合（本人相続型）

本人が無権代理人を相続した場合の処理については以下の問題点がある。

(1) 無権代理人と本人の地位の理解



論点06

両者の地位は併存するのか。無権代理人が本人を相続した場合と同様の議論である。

A 地位融合説

B 地位併存説（最判昭 37.4.20 百選 I No.35）

両者の地位は併存し、さらにこの場合、本人の地位で追認を拒絶することは何ら信義に反するものではないから、本人は追認拒絶できる。

(2) 無権代理人の責任の取扱い



論点07

分析的立場を前提とした場合、無権代理人の責任（117条の義務）は本人に承継されるか。

A 無権代理人の責任は本人に承継されない。

（理由）

117条の責任を負わせたのでは、本人に追認拒絶権の行使を認めたことが無意味になる。

(批判)

他の共同相続人がいる場合、本人のみが責任を免れることになり不公平である。

B 本人は無権代理人の責任を、履行責任を含めて全面的に負う（最判昭48.7.3）。

(理由)

- ① 取引安全（相手方保護）のためにはこの責任を認める必要がある。
- ② 117条の責任を認めるためには相手方が一定の要件を具備することが必要であるから、これを認めても、本人に追認拒絶権を認めた意味は失われない。

C 本人は原則として無権代理人の責任を負うが、履行の目的物が特定物である場合は履行責任を負わない（名古屋高判昭58.8.10・多数説）。

(理由)

- ① 本来相手方は、本人が追認しない限り特定物を取得し得なかったのであり、無権代理人の死亡という偶然の事情によって不当に利する理由はない。逆に、本人も、代理人の死亡という偶然の事情によって不当に不利益に扱われる理由はない。
- ② 本人の当該特定物に対する愛着やその騰貴についての期待は、本人が被害者の立場にあることを考慮すると、十分に保護に値すると考えられる。

3 双方相続の場合



論点08

本人とともに無権代理人の地位を相続した者が、さらに本人の地位を相続した場合の処理。

→ 相続人は本人の資格で無権代理行為の追認を拒絶する余地はない（最判昭63.3.1）。

(理由)

無権代理人が本人の地位を相続した場合と同様の法律上の地位ないし効果を生じる。

(批判)

相続の先後関係は偶然に決まるものであり、相続人は何ら非難されるべき行為をしていないのだから、むしろ、本人が無権代理人を相続した場合と同様に扱うべきである。

4 無権代理人の後見人就任



論点09

無権代理行為の後、本人が後見開始の審判を受け、無権代理人が成年後見人に就任した場合、成年後見人は本人を代理して追認拒絶できるか。

→ 原則として追認を拒絶できる。ただし、信義則違反となるような極めて例外的な場合は追認拒絶できない（最判平 6.9.13 百選 I No.6 参照）。

(理由)

成年被後見人の利益を保護するという成年後見人の職責上、追認拒絶もやむを得ない。本人の保護を考える必要のない無権代理人の本人相続の場合と同様には考えられない。

第4 単独行為の無権代理（118条）

1 趣旨

単独行為において追認を認めることは、一方的意思によって本人の利益を偏重し、他人を不安定な地位におくことになるし、また、無権代理人の責任を認めることは不当な場合もあるため、このような不都合のないときだけ追認を認める。

2 効果

(1) 相手方のない単独行為の無権代理は常に無効

絶対的に無効であり、本人の追認に効力はなく、無権代理人の責任も生じない。

ex. 寄付行為、相続の承認・放棄、所有権の放棄

(2) 相手方のある単独行為

原則として無効であるが、以下の場合には契約に関する無権代理の規定を準用する。

① 能動代理の場合に、代理権なしに行為することに相手方が同意し、または代理権を争わなかったとき。

② 受動代理の場合に、無権代理人の同意を得てなされたとき。

ex. 契約の解除、債務の免除

第11章 時効

第1節 総説

第1 意義

1 時効制度の定義

一定の事実状態が永続する場合に、それを権利関係として認めようとする制度

2 分類

- (1) 権利者としての事実状態を根拠として、真実の権利者とみなす場合（＝取得時効）
- (2) 権利不行使の事実状態を根拠として、権利の消滅を認める場合（＝消滅時効）

3 趣旨

(1) 存在理由（制度趣旨）

ア 永続した事実状態の尊重

永続した事実状態を保護することによって社会の法律関係の安定を図り、公益に奉仕すること。

イ 立証の困難性の救済

永続した事実状態は通常真実の法律関係に合致していることが多いことを前提に、古い事実についての立証の困難を救済すること。

ウ 権利の上に眠る者は保護しない

永続した事実状態がたまたま真実の法律関係に反していても、権利の上に眠る者は保護に値しない。

(2) 時効観

上記の理由のうちどれを重視するかは、時効の法的構成（時効学説、後述）に関する理解と関連する。また、近時は、時効の種類ごとに重点を変えたとの見解もある。



論点01

民法は時効完成後の効果について、一方で、権利の得喪を生じるものと規定し（実体法的規定，162条，166条），他方で，当事者が援用しない以上，裁判の基礎とできないものとし（訴訟法的規定，145条），また時効完成後の時効利益の放棄を認めている（146条参照）。そこで，この一見矛盾する民法の態度をいかに調和的に理解するのか，時効の法的構成をいかに解するかが問題となる。

A 実体法説

時効は，権利の得喪を生じさせる実体法上の制度と捉える。

事実と権利が一致していないときに，一定の期間の経過により，権利を事実と合致させるというものであるから，存在理由のア・ウになじむ考え方といえる。

B 訴訟法説

時効制度を訴訟法上の証拠に関する制度と捉える。

事実と権利が一致しているときに，権利者の立証の困難を救済するというものであるから，存在理由のイになじむ考え方といえる。

4 類似の制度

(1) 除斥期間

ア 意義

一定の権利について権利関係を速やかに確定する目的で法律があらかじめ定めた期間

消滅時効同様，一定の時の経過に権利消滅の効果を認める制度である。

イ 趣旨

権利関係の速やかな確定

ウ 消滅時効との相違

(ア) 更新（147条等）がない。

(イ) 援用（145条）は不要である。

(ウ) 起算点は権利発生時である。

(エ) 効果が不遡及である。

エ 消滅時効との区別方法

民法上，除斥期間という語は存在しない。そこで，法律に権利行使の期間の定めがある場合，それを消滅時効とみるか除斥期間とみ

るか、区別が問題となる。この点、権利の性質や規定の趣旨から実質的に判断すべきとされる。

オ 除斥期間とされる例

① 形成権（取消権・解除権）

形成権はいったん行使されれば法律関係の変動を生ぜしめてそれ自体としては消滅する権利であり、行使による更新を考える必要はないからである。

② 請求権につき短期の期間制限がある場合（ex. 193条, 195条, 566条, 600条1項, 622条等）

③ 長短2つの期間制限がある場合の長期の消滅期間（ex. 126条）

これらの趣旨は、長期の期間の経過により絶対的に権利行使ができないものとして法律関係を確定させる趣旨と解される。

(2) 権利失効の原則

権利者が信義に反して長く権利を行使しないでいると、消滅時効や除斥期間を待つまでもなく、権利の行使が阻止されるという原則（最判昭30.11.22）

根拠は、信義則である（1条2項）。

第2 時効の一般的要件

1 時効の完成（時効期間の経過）

時効の完成とは、一定の事実状態が一定期間継続することをいう。

(1) 「一定の事実状態」

ア 取得時効

「占有」を基礎とする事実状態

イ 消滅時効

「権利の不行使」

(2) 「時効期間」

ア 取得時効では「占有」の態様により10年ないし20年、消滅時効では権利の種類により様々な期間が認められている。

イ 起算点は、取得時効においては「占有を開始したとき」、消滅時効においては、「権利を行使することができることを知った時」（166条1項1号）「権利を行使することができる時」（166条1項2号, 2項）である。

※ 占有開始時の任意選択を許す見解と許さない見解（最判昭35.7.27）とがある。この争いは、時効と登記の問題と関連するので、物権法で扱う。

2 時効の援用（145条）

（時効の援用）

第145条 時効は、当事者（消滅時効にあつては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。）が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判することができない。

(1) 意義

時効の利益を享受しようとする者が、その旨を主張する行為

時効の要件として、時効の完成のみならずその援用を要求した趣旨は、時効の利益を享受することを潔しとしない当事者の意思を尊重しようとした点にある。

(2) 法的性質



論点02

法は一方で、時効の完成により権利関係の変動が生ずるとしつつ、他方で当事者がそれを「援用」しなければ裁判所は時効により裁判し得ないとしているが、これら相矛盾する規定の関係をいかに解すべきか。時効の法的構成と関連し、援用の性質をいかに解するかが問題となる。

A 実体法説

A1 確定効果説

時効期間経過により権利の得喪は絶対的に生じ、援用は攻撃防御方法である。

A2 不確定効果説

A2-1 解除条件説

時効による権利の得喪は解除条件的に生じ、放棄により一応発生し消滅する。

A2-2 停止条件説（最判昭61.3.17 百選I No.41）

時効による権利の得喪は停止条件的に生じ、援用によりはじめて確定する。

B 訴訟法説（法定証拠説）

時効は、権利の得喪そのものを生じさせるものではなく、権利の得喪に関する訴訟上の証拠方法であり、援用は証拠の提出である。

(3) 援用の方法

ア 援用権者

(ア) 「当事者」(145条)の意義

援用権者が誰かは、「当事者」(145条)の解釈による。

145条かっこ書は、消滅時効における援用権者の範囲について、判例上認められている保証人、物上保証人、第三取得者を例示した上で、権利消滅について正当な利益を有する者を含むことを明示している。この「正当な利益を有する者」に当たるかの判断も、下記の「当事者」(145条)における判例の判断基準が妥当すると考えられる。



論点03

145条の「当事者」とは、いかなる者をいうか。

A 判例(大判明43.1.25)

時効により直接利益を受ける者に限る。

(理由)

145条は時効利益の享受を当事者の意思に委ねたのだから、その直接の当事者が時効の利益を受けるのを欲しない場合に、間接的に利益を受ける者が時効の利益に浴するのとは、145条の趣旨に反する。

※ ただし、判例は、このような一般命題は維持しつつも、具体的事例においては援用権者の範囲を拡張する傾向にある(後記(ii)参照)。

B 時効によって直接権利を得、義務を免れる者のほか、この権利または義務に基づいて権利を取得しまたは義務を免れる者も含まれる。

(理由)

時効の援用制度は、時効による一般的な法律効果の発生と個人の倫理観との調和を図ろうとする趣旨に出たものであり、よって、広く関係者のそれぞれに固有の援用権を認め、時効の効果を相対的、個別的に生じさせることがその制度趣旨に適するといえる。

(イ) 判例によってこれまで援用権者と認められた者

消滅時効の場合における、保証人、連帯保証人、物上保証人(最判昭42.10.27)、抵当不動産の第三取得者(最判昭48.12.14)、消滅時効における詐害行為の受益者(最判平10.6.22)。

(ウ) 判例によってこれまで援用権者と認められなかった者

一般債権者、借地上の建物賃借人(賃貸人の敷地所有権の取得時効につき、最判昭44.7.15)、後順位抵当権者(最判平11.10.21百選I No.42)、主債務者である破産者が免責決定を受けた場合の免責決定の効力の及ぶ債務の保証人(最判平11.11.9)。

イ 援用の場所



論点04

援用は裁判所でしなければならないか。

A 実体法説

A1 確定効果説（攻撃防御方法説）

援用は、裁判所でなければならない。

A2 不確定効果説

裁判外でも援用肯定（ただし弁論主義に基づいて裁判でも援用必要）。

B 法定証拠説

援用は、裁判所でなければならない。

ウ 援用の時期

第2審の口頭弁論終結前であればよい（大判大 12. 3. 26）。

時効を援用せず、後から別訴で援用することは許されない（大判昭 14. 3. 29）。

(4) 援用の効果の及ぶ範囲

ア 原則

援用の効果は人的範囲に関し相対的である。

援用権者が複数いる場合にそのうち1人が援用しても、その効果は他の者には及ばない(ex. 保証人が主債務の消滅時効を援用しても、その効果は主債務者には及ばない)。

相対効としたのは、時効を援用するか、時効の利益を放棄するかは各人の良心に委ねるべきという点に基づく。

※ もっとも、援用権者が援用したことを主張するのは誰でも可能である（大判昭 10. 12. 24）。

ex. 土地の占有者が取得時効を援用した場合に、土地をこの者から借りている賃借人が援用の事実を主張するような場合

イ 例外

主債務者の援用による主債務の消滅によって保証債務が消滅する場合（保証債務の附従性）

□判例 最判平 13. 7. 10

被相続人の占有により取得時効が完成した場合において共同相続人の1人が取得時効を援用することができる限度

【事案】

本件土地建物は、昭和35年6月28日、売買によりY名義の所有権移転登記がなされた。

ところが、Xの父である亡A（Yの兄）が昭和35年6月28日に、本件土地建物

について占有を開始し、その後20年経過後も占有していた。Aは昭和62年12月19日に死亡したので、Aの相続人の1人である二男のXが本件土地建物について取得時効を援用した。なお、他にAの相続人として、Aの妻B、長男C、長女Dも存在する。

Xは亡父Aの取得時効完成を理由に、Yに対して本件土地建物の所有権移転登記を請求した。第1審及び原審とも、亡Aの取得時効を認定し、Xの請求を全部認容。Yが上告した。

【判旨】

「時効の完成により利益を受ける者は自己が直接に受けるべき利益の存する限度で時効を援用することができるものと解すべきであって、被相続人の占有により取得時効が完成した場合において、その共同相続人の1人は、自己の相続分の限度においてのみ取得時効を援用することができるにすぎないと解するのが相当である。

これを本件についてみると、Aの法定相続人の間で本件不動産の全部をXが取得する旨の遺産分割協議が成立したなどの事情があれば格別、そのような事情がない限り、Xは、Aの占有によって完成した取得時効の援用によって、本件不動産の全部の所有権を取得することはできないものというべきである。」

【評価】

本判決は時効の援用をした当事者が直接に受けるべき利益の存する部分についてのみ効力を及ぶとした大判大8.6.24を確認したものといえる。なお、この大審院判例は時効の援用権の性質について、確定効果説にたっていたが、近時の最高裁（最判昭61.3.17 百選I No.41）は停止条件説を採るとしており、被相続人の占有により取得時効が完成した場合における共同相続人の1人が取得時効を援用することができる限度についての大審院判例の法理が停止条件説の下においても妥当することを確認したものといえる。

□判例 最判平11.2.26

譲渡担保権者から目的不動産を譲り受けた第三者と譲渡担保権設定者の清算金支払請求権の消滅時効の援用

【事案】

Yは昭和32年にAから52万円を昭和40年10月まで毎月5000円ずつ返済する約束で借り受け、この債務を担保するために自己所有の土地建物に譲渡担保権を設定し、贈与を原因とする所有権移転登記を設定した。しかし、Yは昭和38年5月以降、その返済を怠った。その後、昭和54年8月にYの義兄Xが、Aから本件土地の贈与を受け、所有権移転登記を経た上で、Yに対し所有権に基づく本件建物の明渡しを求める訴訟を提起した。

そして、YはAから清算金の支払を受けるまで本件建物の明渡しを拒絶すると主張したところ、Xは、YのAに対する清算金支払請求権は昭和54年8月から10年の経過により時効消滅しているから時効を援用すると主張した。

【判旨】

「譲渡担保権者から被担保債権の弁済期後に譲渡担保権の目的物を譲り受けた第三者は、譲渡担保権設定者が譲渡担保権者に対して有する清算金支払請求権につき、消滅時効を援用することができるものと解するのが相当である。ただし、民法145

条所定の当事者として消滅時効を援用し得る者は、権利の消滅により直接利益を受ける者に限定される（最判昭48.12.14参照）、右第三者は、所有権に基づき、目的物を占有する譲渡担保権設定者に対してその引渡しを求めても、譲渡担保権設定者が譲渡担保権者に対する清算金支払請求権を被担保債権とする留置権を主張したときには、無条件でその引渡しを受けることができず、また、留置権に基づく競売がされたときにはこれにより目的物の所有権を失うことがあるという制約を受けているが、清算金支払請求権が消滅することにより目的物の所有権についての右制約を免れることができる地位にあり、清算金支払請求権の消滅によって直接利益を受ける者に当たるということができるからである。譲渡担保権設定者は、右第三者に対する行為により清算金支払請求権の消滅時効を中断〔注：更新〕する方法を有しないが、債務者である譲渡担保権者に対してその消滅時効を中断する措置を講ずれば、被担保債権の存続する限り目的物を留置し得るといふ留置権の性質上、右第三者に対してもその効力が及ぶことになるから、右のように解しても譲渡担保権設定者に不当に不利益を及ぼすものではない。」

【評価】

本判決は、譲渡担保の目的である不動産の第三取得者Xに、留置権の被担保債権である清算金支払請求権の消滅時効の援用権を認めており、民法145条の「当事者」の範囲を拡張していくという、従来の判例の傾向に沿うものといえる。

第3 時効の効果

（時効の効力）

第144条 時効の効力は、その起算日にさかのぼる。

1 時効の遡及効

時効の効力は起算日にさかのぼる（144条）。時効は、永続した事実状態を真実に合致したものとし、あるいは、そのまま保護する制度であるからである。

2 具体的効果

（1）取得時効

時効期間中の占有は権限のある占有になる。

果実は時効取得者に帰属する。

時効期間中の権利侵害者は時効取得者に対して不法行為の責に任ずる。

（2）消滅時効

時効期間中の遅延損害金を支払う必要なし。

3 時効の利益の放棄

（時効の利益の放棄）

第146条 時効の利益は、あらかじめ放棄することができない。

(1) 時効利益の放棄

ア 意義

時効の利益を受けないこと

146条は、時効の完成前の放棄を否定する。時効による権利の得喪は1つの公益的制度であり、また債権の消滅時効の場合、債権者側による放棄の強制が考えられるからである。

ただ、同条の反対解釈から、時効完成後の放棄は自由になし得ることが導き出される。

イ 法的性質



論点05

時効利益の放棄の法的性質

A1 確定効果説

確定した時効の効力を消滅させる意思表示。

A2 不確定効果説

不確定であった時効の効力を発生しないことに実体法上確定させる意思表示。

ウ 要件

(ア) 相手方に対してなされなければならない。

(イ) 黙示でもよい。

時効完成を知ってなす債務の自認行為は、黙示の放棄である。

時効完成を知らずになす債務の承認については後述する。

(ウ) 権利についての処分の能力または権限のあること。

被保佐人は保佐人の同意を要し、後見人は後見監督人の同意を要する。

(エ) 時効完成後であること。

時効完成前にあらかじめ放棄することは許されない(146条)。

同様の趣旨から、時効期間を延長する特約も許されないと解されている。

エ 効果

(ア) 時効の援用権を喪失する。

(イ) 放棄の効果は、援用と同様に相対的である。

(2) 時効の完成を知らずに債務を承認した場合



論点06

時効完成後にそれを知らないで債務の承認をなした者は時効を援用することが許されるか。

A 旧判例（最判昭35.6.23）

時効利益の放棄とは意思表示である以上、放棄される権利の存在を知ってなされなければならない。もっとも、時効完成後には普通の間人は時効の完成を知っているものと推定されるから、特に時効完成を知らなかったとの証明なき限り、後の援用を認めない。

(批判)

- ① 債務者は、時効完成を知らないからこそ債務の承認をしているのであり、むしろ知っている方が異例と考えられる以上、かような推定は経験則違反となる。
- ② 時効完成を知らなかったことの立証に成功すれば後の時効の援用が認められることになり不都合である。

B 新判例（最大判昭41.4.20 百選I No.43）

時効完成の知不知を問わず、いったん債務承認をなしたのち時効援用することは信義則（1条2項）に反し許されない。

(理由)

- ① 時効完成後の債務の承認は、時効による債務消滅の主張と相容れない行為であり、相手方も債務者はもはや時効の援用をしない趣旨と考えるであろうから、その後の時効援用を認めないのが信義則上相当である。
- ② このように解しても、永続した社会秩序の維持を目的とする時効制度の存在理由に反しない。

第4 権利行使型の時効の完成猶予及び更新

(裁判上の請求等による時効の完成猶予及び更新)

第147条 次に掲げる事由がある場合には、その事由が終了する（確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定することなくその事由が終了した場合にあっては、その終了の時から6箇月を経過する）までの間は、時効は、完成しない。

- 一 裁判上の請求
- 二 支払督促
- 三 民事訴訟法第275条第1項の和解又は民事調停法（昭和26年法律第222号）若しくは家事事件手続法（平成23年法律第52号）による調停
- 四 破産手続参加、再生手続参加又は更生手続参加

2 前項の場合において、確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定したときは、時効は、同項各号に掲げる事由が終了した時から新たにその進行を始める。

(強制執行等による時効の完成猶予及び更新)

第148条 次に掲げる事由がある場合には、その事由が終了する（申立ての取下げ又は法律の規定に従わないことによる取消しによってその事由が終了した場合にあっては、その終了の時から6箇月を経過する）までの間は、時効は、完成しない。

- 一 強制執行

- 二 担保権の実行
- 三 民事執行法（昭和54年法律第4号）第195条に規定する担保権の実行としての競売の例による競売
- 四 民事執行法第196条に規定する財産開示手続

2 前項の場合には、時効は、同項各号に掲げる事由が終了した時から新たにその進行を始める。ただし、申立ての取下げ又は法律の規定に従わないことによる取消しによってその事由が終了した場合は、この限りでない。

（仮差押え等による時効の完成猶予）

第149条 次に掲げる事由がある場合には、その事由が終了した時から6箇月を経過するまでの間は、時効は、完成しない。

- 一 仮差押え
- 二 仮処分

（催告による時効の完成猶予）

第150条 催告があったときは、その時から6箇月を経過するまでの間は、時効は、完成しない。

2 催告によって時効の完成が猶予されている間にされた再度の催告は、前項の規定による時効の完成猶予の効力を有しない。

（協議を行う旨の合意による時効の完成猶予）

第151条 権利についての協議を行う旨の合意が書面でされたときは、次に掲げる時のいずれか早い時までの間は、時効は、完成しない。

- 一 その合意があった時から1年を経過した時
- 二 その合意において当事者が協議を行う期間（1年に満たないものに限る。）を定めるときは、その期間を経過した時
- 三 当事者の一方から相手方に対して協議の続行を拒絶する旨の通知が書面でされたときは、その通知の時から6箇月を経過した時

2 前項の規定により時効の完成が猶予されている間にされた再度の同項の合意は、同項の規定による時効の完成猶予の効力を有する。ただし、その効力は、時効の完成が猶予されなかったとすれば時効が完成すべき時から通じて5年を超えることができない。

3 催告によって時効の完成が猶予されている間にされた第1項の合意は、同項の規定による時効の完成猶予の効力を有しない。同項の規定により時効の完成が猶予されている間にされた催告についても、同様とする。

4 第1項の合意がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。）によってされたときは、その合意は、書面によってされたものとみなして、前3項の規定を適用する。

5 前項の規定は、第1項第3号の通知について準用する。

（承認による時効の更新）

第152条 時効は、権利の承認があったときは、その時から新たにその進行を始める。

2 前項の承認をするには、相手方の権利についての処分につき行為能力の制限を受けていないこと又は権限があることを要しない。

（時効の完成猶予又は更新の効力が及ぶ者の範囲）

第153条 第147条又は第148条の規定による時効の完成猶予又は更新は、完成猶予又は更新の事由が生じた当事者及びその承継人の間においてのみ、その効力を有する。

2 第149条から第151条までの規定による時効の完成猶予は、完成猶予の事由が生じた当事者及びその承継人の間においてのみ、その効力を有する。

3 前条の規定による時効の更新は、更新の事由が生じた当事者及びその承継人の間においてのみ、その効力を有する。

第154条 第148条第1項各号又は第149条各号に掲げる事由に係る手続は、時効の利益を受ける者に対してしないときは、その者に通知をした後でなければ、第148条又は第149条の規定による時効の完成猶予又は更新の効力を生じない。

1 意義

一定の事情が発生したことを理由として、時効期間が満了しても時効の完成が猶予され（完成猶予）、それまでの時効期間の経過をまったく無意味にして新たに初めから時効を進行させる（更新）こと

2 完成猶予事由

(1) 裁判上の請求等（147条）

ア 意義

義務の履行を請求することであり、権利行使の表れとして完成猶予事由とされた。147条の完成猶予事由は連動して更新事由が生じるものである（一体型）。

イ 具体例

- （ア）裁判上の請求（147条1項1号）
- （イ）支払督促（147条1項2号）
- （ウ）和解及び調停の申立て（147条1項3号）
- （エ）破産手続参加等（147条1項4号）

(2) 強制執行等（148条）

ア 意義

権利の具体的行使（実行）の現われとして、完成猶予事由とされた。148条の完成猶予事由は連動して更新事由が生じるものである（一体型）。

イ 具体例

- （ア）強制執行（148条1項1号）
 - ※ 執行力のある債務名義の正本を有する債権者がする配当要求は、差押えに準ずるものとして、配当要求に係る債権につき消滅時効を中断〔注：完成猶予〕する（最判平11.4.27）。
- （イ）担保権の実行（148条1項2号）
- （ウ）担保権の実行としての競売、形式的競売（148条1項3号）
- （エ）財産開示手続（148条1項4号）

(3) 催告（150条1項）

裁判外で履行請求する債権者の意思の通知であり、これにより、訴え提起などによることなく債権者が暫定的な権利保全（時効の完成猶予）をすることができる。連動して更新事由は生じない（非

一体型)。

催告によって時効の完成が猶予されている間に訴訟上の請求等(147条)や強制執行等(148条)を行うと、その手続に従って時効の完成猶予又は更新が生じる。

催告を繰り返しても最初の6か月という猶予期間が延長されるわけではない(150条2項)。また、催告による時効の完成猶予中における151条の協議合意は時効の完成猶予の効力を生じない(151条3項)。

※ 裁判上の催告

例えば、確定判決等による権利の確定なく147条1項の各事由が終了した場合に、その裁判手続中に権利主張がされたことを考慮して、その手続中は、「催告」が継続していると捉え、裁判最終後6か月を経過するまでは、時効完成猶予の効力を認めるもの(最判昭45.9.10等,147条1項括弧書き参照)。

(4) 仮差押え・仮処分(149条)

その意義は(2)アと同様であるが、裁判上の請求や強制執行とは異なり完成猶予の効力だけが認められ、更新事由は連動して生じない(非一体型)。

(5) 権利についての協議を行う旨の合意(151条)

ア 意義

(2)アと同様であるが、更新事由が連動して生じない点では(4)と同様である(非一体型)。

イ 具体例

151条1項ないし5項に規定されている。例えば、合意成立時から1年を経過した時(151条1項1号)、合意にあたり協議期間を定めた場合でその期間を経過した時(同項2号)、当事者の一方から相手方へ協議続行を拒絶する旨の通知が書面でなされ、通知の時から6箇月経過した時(同項3号)のいずれか早い時まで時効の完成が猶予される(151条1項柱書)。

協議合意を繰り返すことで、当初の時効が完成すべき時から最長5年間、時効の完成期間を延長することができる(151条2項)。

なお、協議合意による時効の完成猶予中における150条の催告は時効の完成猶予の効力を生じない(151条3項)。

3 時効更新事由

(1) 確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものにより権利が確定したとき(147条2項,一体型)

(2) 強制執行等が終了したとき(148条2項,一体型)

(3) 承認 (152 条)

時効の利益を受ける者が時効によって権利を失うべき者に対して、その権利を認めるような行為をすること。

ex. 債務の一部弁済, 利息の支払い, 支払猶予の申入れ

物上保証人が債権者に対して被担保債権の存在を承認した場合は、時効中断〔注：更新〕事由としての「承認」に当たらず、債務者との関係のみならず当該物上保証人との関係でも時効中断の効力を生じない（最判昭 62. 9. 3）。

承認は単なる事実の認識の表示ゆえ、処分につき行為能力又は権限は不要（152 条 2 項）（ただし、管理権限は必要）。

4 完成猶予と更新の効果

- (1) 裁判上の請求等や強制執行等による時効の完成猶予又は更新の効力は完成猶予又は更新の事由が生じた当事者およびその承継人の間にだけ生じる（153 条 1 項, 一体型の場合）。
- (2) また、仮差押え等、催告、協議による合意による時効の完成猶予の効力は完成猶予の事由が生じた当事者及びその承継人の間にだけ生じる（153 条 2 項, 非一体型の場合）。
- (3) さらに、承認による更新の効力は更新事由が生じた当事者及びその承継人の間にだけ生じる（153 条 3 項）。
- (4) ただし、例外として、主債務の完成猶予及び更新は保証債務に及ぶ（457 条 1 項）。

第 5 権利行使障害型の時効の完成猶予**(未成年者又は成年被後見人と時効の完成猶予)**

第 158 条 時効の期間の満了前 6 箇月以内の間に未成年者又は成年被後見人に法定代理人がないときは、その未成年者若しくは成年被後見人が行為能力者となった時又は法定代理人が就職した時から 6 箇月を経過するまでの間は、その未成年者又は成年被後見人に対して、時効は、完成しない。

2 未成年者又は成年被後見人がその財産を管理する父、母又は後見人に対して権利を有するときは、その未成年者若しくは成年被後見人が行為能力者となった時又は後任の法定代理人が就職した時から 6 箇月を経過するまでの間は、その権利について、時効は、完成しない。

(夫婦間の権利の時効の完成猶予)

第 159 条 夫婦の一方が他の一方に対して有する権利については、婚姻の解消の時から 6 箇月を経過するまでの間は、時効は、完成しない。

(相続財産に関する時効の完成猶予)

第 160 条 相続財産に関しては、相続人が確定した時、管理人が選任された時又は破産手続開始の決定があった時から 6 箇月を経過するまでの間は、時効は、完成しない。

(天災等による時効の完成猶予)

第 161 条 時効の期間の満了の時に当たり、天災その他避けることのできない事象のため第 147 条第 1 項各号又は第 148 条第 1 項各号に掲げる事由に係る手続を行うことができないときは、その障害が消滅した時から 3 箇月を経過するまでの間は、時効は、完成しない。

1 意義

時効の完成間際に権利行使による時効の完成猶予・更新を不能または困難ならしめる事情が発生した場合に、時効によって不利益を受ける者を保護して、その事情の消滅後一定期間が経過するまで時効の完成を猶予すること（158～161条）。

2 時効の完成猶予と被害者等の救済

□判例 最判平 26.3.14

「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ものの、まだ後見開始の審判を受けていない者については、既にその申立てがされていたとしても、もとより民法158条1項にいう成年被後見人に該当するものではない。しかし、上記の者についても、法定代理人を有しない場合には時効中断〔注：完成猶予〕の措置を執ることができないのであるから、成年被後見人と同様に保護する必要があるといえる。また、上記の者についてその後後見開始の審判がされた場合において、民法158条1項の類推適用を認めたとしても、時効を援用しようとする者の予見可能性を不当に奪うものとはいえないときもあり得るところであり、申立てがされた時期、状況等によっては、同項の類推適用を認める余地があるというべきである。

そうすると、時効の期間の満了前6箇月以内の間に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に法定代理人がない場合において、少なくとも、時効の期間の満了前の申立てに基づき後見開始の審判がされたときは、民法158条1項の類推適用により、法定代理人が就職した時から6箇月を経過するまでの間は、その者に対して、時効は、完成しないと解するのが相当である。」

第3節 消滅時効

(債権等の消滅時効)

第166条 債権は、次に掲げる場合には、時効によって消滅する。

- 一 債権者が権利を行使することができることを知った時から5年間行使しないとき。
- 二 権利を行使することができる時から10年間行使しないとき。

2 債権又は所有権以外の財産権は、権利を行使することができる時から20年間行使しないときは、時効によって消滅する。

3 前2項の規定は、始期付権利又は停止条件付権利の目的物を占有する第三者のために、その占有の開始の時から取得時効が進行することを妨げない。ただし、権利者は、その時効を更新するため、いつでも占有者の承認を求めることができる。

(人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効)

第167条 人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効についての前条第1項第2号の規定の適用については、同号中「10年間」とあるのは、「20年間」とする。

(定期金債権の消滅時効)

第168条 定期金の債権は、次に掲げる場合には、時効によって消滅する。

- 一 債権者が定期金の債権から生ずる金銭その他の物の給付を目的とする各債権を行使することができることを知った時から10年間行使しないとき。
- 二 前号に規定する各債権を行使することができる時から20年間行使しないとき。

2 定期金の債権者は、時効の更新の証拠を得るため、いつでも、その債務者に対して承認書の交付を求めることができる。

(判決で確定した権利の消滅時効)

第169条 確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって確定した権利については、10年より短い時効期間の定めがあるものであっても、その時効期間は、10年とする。

2 前項の規定は、確定の時に弁済期の到来していない債権については、適用しない。

第170条から174条まで 削除

第1 要件

1 消滅時効にかかる権利

(1) 債権 (166条1項)

(2) 債権または所有権以外の財産権 (166条2項)

ex. 地上権、地役権、永小作権

※ 消滅時効にかからないとされる権利には以下のものがある。

① 所有権

② 占有権

事実状態に随伴する。

③ 一定の法律関係に当然に伴う権利

ex. 物権的請求権、相隣権 (209条以下)、共有物分割請求権 (256条)、登記請求権、担保権 (被担保債権と別には時効にかからない。ただし、396条)

④ 法定解除権 (大判大6.11.14)

債権に準じて5年又は10年の時効に服する。

⑤ 抗弁権、ないし抗弁的に主張される権利は時効にかからない、という考え方もある。

2 権利の不行使と時効の起算点

(1) 起算点

時効期間は「債権者が権利を行使することができることを知った時」(主観的起算点, 166条1項1号), 「権利を行使することができる時」(客観的起算点, 166条1項2号) から進行する。

「債権者が権利を行使することができることを知った時」(主観的起算点) とは, 権利行使を期待されてもやむを得ない程度に債権者が権利の発生原因等を認識する必要がある。具体的には, 権利の発生原因についての認識のほか, 権利行使の相手方である債務者を認識することである。

法律上の障害(例えば, 条件・期限が付されていること)がある場合には, 条件の成就, 期限の到来の後, 権利者が成就, 到来の事実を認識していなければ, 「債権者が権利を行使できることを知った」とはいえない。

本条の趣旨は, 法律上権利行使し得るのにその行使を怠っている者は, 権利の上に眠る者として保護しないという点にある。したがって, 事実上の障害(権利者の病気・不在・不知, 制限行為能力者の法定代理人の不存在など)や債権者の意思によって除き得る法律上の障害(同時履行の抗弁権, 533条)は含まない。

(2) 時効の客観的起算点と履行遅滞(412条)の発生時

時効の起算点と履行遅滞(412条)の発生時とは無関係である。

	消滅時効の客観的 起算点	履行遅滞の時期
確定期限付債権	期限到来の時 ※1	期限到来の時 (412条1項)
不確定期限付債権	期限到来の時	期限到来後の履行請求時又は債務者が期限の到来を知った時のいずれか早い時期 (412条2項)
期限の定めのない債権	債権発生時	債務者が履行の請求を受けた時 (412条3項)
返還時期の定めのない消費貸借	債権成立から相当期間経過時	催告後相当期間経過時(591条1項)
不法行為に基づく損害賠償請求権	不法行為の時(724条2号) ※2	不法行為時 (最判昭37.9.4)

※1 主観的起算点についても, 一般的に, 期限の到来時となる。

※2 主観的起算点は, 被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時(724条1号)。

(3) 各種債権の消滅時効の客観的起算点

ア 債務不履行に基づく損害賠償請求権

(ア) 原則

本来の債務の履行を請求できる時（大判昭 18. 6. 15）

債務不履行に基づく損害賠償請求権は、本来の債務の内容が変更されただけで同一性は失われていないからである。

(イ) 安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権

□判例 最判平 6. 2. 22 百選 I No.44 [注：旧法下の判例]

炭鉱労働者のじん肺疾患（症状の重くなる特異の進行性疾患）について、損害賠償請求権は、じん肺罹患の事実を認める行政上の決定によって発生するところ、最初の行政上の決定からは10年以上経過していたが、より重い行政上の決定を受けた日からは10年以内に訴えが提起された事案で、時効の起算点をいつにするか、最初の行政上の決定の時点で権利行使が可能であることから争われた。

この点、じん肺に罹患した患者の病状が進行し、より重い行政上の決定を受けた場合においても、重い決定に相当する病状に基づく損害を含む全損害が、最初の行政上の決定を受けた時点で発生していたものではなく、重い決定に相当する病状に基づく損害は、その決定を受けたときに発生し、その時点からその損害賠償請求権を行使することが可能になったというべきであるとし、最終の行政上の決定を受けたときからじん肺に罹患したことを理由とする損害賠償請求権の消滅時効が進行するとした。

※ なお、現行法では、生命・身体侵害による損害賠償請求権の消滅時効について、長期間を20年としている(167条)。

イ 不当利得返還請求権

請求権発生時

ウ 停止条件付債権

条件成就時

エ 不作為債権

違反行為がなされた時

オ 割賦払債務に期限の利益喪失約款のある場合の時効期間の起算点



論点01

一回の弁済の不履行と同時に当然に期限の利益を失い、債権者の請求がなくても全額につき弁済期が到来するという趣旨である場合、支払遅滞時から全額について時効が進行することについて争いはない。では、債権者の請求によって期限の利益を失わせ、全額の支払を請求することができるという趣旨のものの場合、時効期間の起算点をいかに解するか。

A 債権者意思説（請求時説）（大連判昭 15. 3. 13）

債権者の請求があつて初めて全額についての時効が進行する。

（理由）

- ① 期限の利益喪失約款は債権者の利益のためにあるものであり、債権者は全額を請求しなければならないというものではなく、債権者は弁済期を変更させる形成権を取得したのであつて、これを行使しない限り弁済期は変更せず、時効は進行しない。
- ② 実質的には、債権者は全額請求し得るにもかかわらず、債務者のために、支払猶予しているのに、即時に全額についての時効が進行するというのは債権者の期待に反する。また、即時に進行するとなれば、債権者は全額の請求をすることになり、かえつて債務者に酷な結果となる。

B 即時進行説

支払遅滞の時点から全額について時効が進行する。

（理由）

- ① 消滅時効は債権の行使が可能となつたときから進行するのであり（166条1項）、債権者が請求するかどうかは履行遅滞の責任を生じさせるかどうかの問題である。
- ② 期限の定めのない債権においては、遅滞となるのは請求のあつたときからであるが、時効は債権成立のときから進行する。期限の利益喪失事由が生じたときも、債権者は直ちに期限の利益を失わせて弁済を請求することができるのであるから、その時から時効は進行すると解すべきである。
- ③ 実質的には、支払をしないまま債権者の請求もなく、10年以上経過したときは、債務者は既に時効により消滅したと考えるであろうから、債務者の保護になる。

カ 供託金取戻請求権

「権利の性質上、その権利行使が現実に期待できるものであることをも必要と解する」とし、供託時ではなく、紛争解決等供託者が免責の効果を受ける必要が消滅したときから時効が進行する（受領拒絶を理由とする供託について最大判昭 45. 7. 15、債権者不確知を理由とする供託について最判平 13. 11. 27 重判平 13 民法No. 3）。

キ 相続回復請求権

相続権侵害の事実の有無にかかわらず、相続開始の時から進行する（最判昭 23. 11. 6）。

3 時効期間の満了**(1) 債権****ア 一般債権**

主観的起算点から5年(166条1項1号)、又は客観的起算点から10年(166条1項1号、2号)

イ 人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権

主観的起算点から5年(166条1項1号),又は客観的起算点から20年(167条)

ウ 不法行為による損害賠償請求権

被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年(724条1号)又は,不法行為の時から20年(724条2号)

※ 人の生命又は身体を害する場合は,上記「3年」は,「5年」となる(724条の2)。

エ 定期金債権(168条)

金銭その他の代替物を定期給付する債権

本体たる債権を「基本債権」といい,それから派生する定期的な債権を「支分権」という。

定期金債権の時効期間は,各債権を行使できることを知った時から10年又は各債権を行使できる時から20年である(168条1項1号,2号)。

(2) 債権・所有権以外の財産権は20年(166条2項)

(3) 公に確定した権利(169条)

確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって確定された権利は,10年より短い期間の定めがある場合であっても,時効期間は一律に10年とされる(169条1項)。ただし,確定の当時に弁済期の到来していない債権については1項の適用はない(同2項)。

第2 効果

権利が遡及的に消滅する。

第2編 物権

第1章 総論

第1節 物権制度の内容

I 物権の意義・性質

第1 物権の意義

一定の物を直接に支配して利益を受ける排他的な権利

第2 物権の性質

1 目的たる物を直接に支配する権利

内容の実現に他人の行為の介在は不要である。

2 排他的な権利

同一物の上に同一内容を有する物権は並存しない。

3 債権との相違

債権では、債権者が満足を得るために、債務者の行為を必要とするが、物権では、実現のために他人の行為を必要としない。

cf. 債権とは、特定の人（債権者）が、特定の人（債務者）に対して、特定の行為をすること、またはしないことを請求する権利である。

債権では、たとえ事実上両立しないものであっても無数に成立し得る。物権では、同一の目的物の上に1個の物権が成立するときは、これと両立しない物権の存在は許されない（排他性）。

同一の目的物につき、債権が複数成立する場合には相互に優先しないが、地上権・抵当権については優先順位がある。

債務者の無資力の場合に、債権は最終的に金銭債権となり、債務者の一般財産から平等弁済を受けるにとどまる。これに対して物権は物権の対象となる物を取得ないしは優先的に権利行使できる。

第3 物権の客体

1 特定・独立・現存の有体物

物権の客体は、原則として「物」(206条等)であることを要し、物とは有体物をいう(85条)。ただし、担保物権には例外的に有体物以外のものを客体とするものもある。(306条, 362条, 369条2項)。

また、物権の客体は、現存・特定のものでなければならない。物権は、絶対的支配的権利であるから、どの物について誰のどのような支配が及んでいるかが明確にされないと権利関係が混乱してしまい、また、現存していない物の上に物権を認めることには実益がないからである。同様の理由から、物権の客体は、一個の独立した物でなければならない。

2 一物一権主義

1個の物には同一内容の物権は1つしか成立せず、逆に、1つの物権の客体は1個の物である、という原則

物権の基本的性格である支配権の排他性から導かれるものであり、「物」の特定性・独立性を確実にして公示主義を全うするための原則である。

(1) 物の一部分に物権は成立しない。

例外として、以下のものが挙げられる。

- ① 地役権は、土地の一部に設定される(282条2項ただし書参照)。
- ② 一筆の土地の一部につき、所有権の成立は可能。
一筆の土地の一部の譲渡は可能であり、また、時効取得も可能である(大連判大13.10.7 百選I No.10)。

(2) 数個の物の上に1つの物権は成立しない。

例外として、以下のものが挙げられる。

- ① 抵当権の効力は、従物にも及ぶ。
- ② 立木法上の立木と認められる樹木の集団は、不動産と看做され(同法2条1項)、一括して所有権および抵当権の目的となり得る(同法2条2項)。
「立木」とは、1筆の土地または1筆の土地の一部分に生立する樹木の集団で、所有者が所有権保存の登記を受けたものをいう(同法1条1項)。
- ③ 他の立木、未分離の果実、稲立毛は、伐採・収穫前であっても、明認方法を施すことにより土地から独立して取引の対象となる。
- ④ 動産の集合体であるいわゆる「集合動産」は、1個の「物」と認められ、譲渡担保の目的となり得る。

II 物権の種類

第1 物権法定主義

(物権の創設)

第175条 物権は、この法律その他の法律に定めるもののほか、創設することができない。

1 意義

物権は、法律（民法その他の特別法）で定められたもの以外は、創設することができない（175条）。

具体的には、次のような意味をもつ。

- (1) 民法および特別法で定めている以外の種類の物権を創設できない。
- (2) 民法および特別法で定めている種類の物権につき、それらの規定に定めるのとは異なった内容を与えてはいけない。

2 物権法定主義の採用理由

- (1) 土地上の封建的諸権利の整理と、これら封建的諸権利の復活の阻止

- (2) 公示制度の確立

物権のような強力な保護を与えられる権利は、反面において取引の安全を脅かすおそれも大きい。そこで、物権の種類を法によって限定し、どのような物権が存在し得るかを予め明らかにするとともに、特に不動産上の物権については、登記による公示を可能にしておく必要がある。

3 慣習法上の物権

民法施行法35条は、「慣習上物権ト認メタル権利ニシテ民法施行前ニ発生シタルモノト雖モ其施行ノ後ハ民法其他ノ法律ニ定ムルモノニ非サレハ物権タル効力ヲ有セス」として、民法施行前からある慣習上の物権の効力を否定している。しかし、流水利用権・温泉利用権・上土権等については、古くからの慣習に基づいて取引の対象とされており、実質的に考えて、物権としての効力を認めても良いのではないかが問題とされた。

判例は、温泉利用権（湯口権）につき認めたが、第三者に対抗するには物権としての対抗要件が必要だとした（大判昭15.9.18 百選I No.49）。また、流水利用権（水利権）について認めた判例もある。一方、上土権については、否定している（大判大6.2.10）。

民法施行後に生じた慣習法上の物権としては、譲渡担保権などがある。

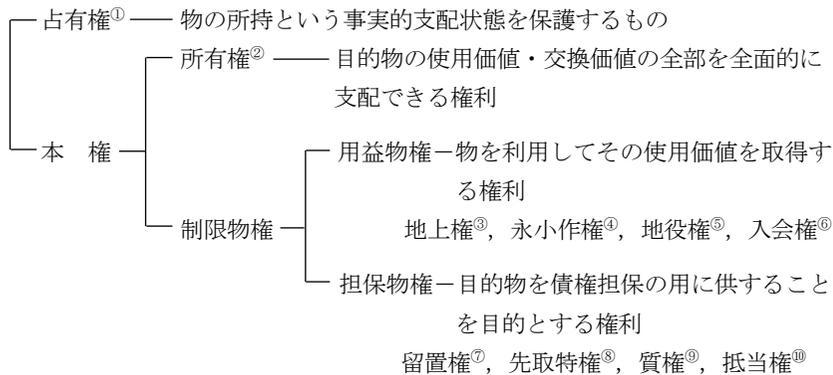


論点01

このように慣習法上の物権を認めるとして、その法的根拠をどのように解するべきか。

- A 175条・法例2条を無視して慣習上の物権を認めるべきとする見解
- B 175条の「法律」の内には、法の適用に関する通則法3条により法律と同一の効力を有するとされる「法令に規定されていない事項に関する」慣習法も含まれるとする見解
- C 慣習法は、175条の「法律」には含まれないが、法の適用に関する通則法3条によって慣習法上の物権が認められるとする見解（多数説）

第2 物権の分類



※ ①～⑩は民法典に規定のある10種類の物権

第2節 物権の効力

I 優先的効力

第1 意義

物権の客体にかかわる諸権利との関係でそれらに優先する効力

第2 物権相互間の優先的効力

内容の衝突する物権相互間においては、その効力は物権成立の順序に従う。

例外として、以下のものが挙げられる。

- ① 公示方法ないし対抗要件制度の備わる物権については、それを先に具備した方が優先する（177条，178条）。
- ② 占有権は、本権たる物権とは異なり、排他性を有しない。
- ③ 先取特権は、先取特権相互間および他の担保物権との関係についても優劣関係が法定されている。

第3 物権の債権に対する優先的効力

- 1 債権の目的となっているものに物権が成立するときは、物権が優先する。

例えば、AがBに賃貸している物をCに売却した場合、賃借人Bは買受人Cに賃借権に基づく使用を主張できない（「売買は賃貸借を破る」）。

例外として、以下の場合が挙げられる。

- ① 登記（対抗要件）を備えた不動産賃借権（605条，借地借家法10条1項，31条1項）

不動産賃借権は対抗要件〔登記（605条），建物保存登記（借地借家法10条1項），引渡し（借地借家法31条1項）〕を備えることにより物権と対等の地位に立ち、両者の優劣は対抗要件の先後により決せられる。

- ② 仮登記制度による修正

仮登記による順位を保全し得る債権，すなわち不動産の物権変動を目的とする請求権（債権）（不動産登記法105条2号）は，それによって物権に優先する効力を認められる。

- 2 特定の物が物権の目的となっている場合に、一般債権者がその物につき強制執行または換価手続をするときは、物権者はその執行を阻止し（第三者異議の訴え，民執38条），または債権者に優先して弁済を受けることができる（同法87条1項4号，133条参照）。

II 妨害排除的効力・物権的請求権

第1 意義

1 定義

妨害排除的効力とは、権利内容の実現過程において、直接客体に追隨して他人の干渉を排除する効力をいう。

物権的請求権とは、他人の行為や物によって物権による支配が妨害され、または妨害されるおそれのあるときに、物権者が、特定の相手に対して支配を可能にするために必要な作為・不作為または受忍を求める権利（占有訴権参照）をいう。

2 根拠

(1) 理論的根拠

①物権の絶対性に求めるもの、②直接支配性に求めるもの、③排他性に求めるもの、④権利の通有性としての不可侵性に求めるもの、⑤被侵害利益の強固さ・侵害行為の悪性の程度等の事情の相關的判断によつてとするものなどが対立している。

(2) 形式的根拠

ア 仮の権利ともいふべき占有権の妨害についてすら占有訴権を認めていることとの均衡（197条以下）を図る。

イ 占有の訴えのほか、「本権の訴え」を認めている（202条）。

ウ 特に物権的請求権によって保護する必要のない場合にはこれを否定する趣旨の規定がある（302条、333条、353条）。

3 法的性質



論点01

物権的請求権の法的性質

A 債権説

純粹の債権もしくは債権に準ずるものである。

B 独立請求権説

物権から派生して常に物権に依存する独立の請求権である。

C 物権効力説（通説）

物権の作用であつて独立の権利ではない。

(理由)

物権的請求権は、物権の支配権という性質から発生する請求権であるから、物権そのものの内容とは考えにくい。他方、物権に基づいて発生する請求権であるから、物権を離れて独自の存在をもつものでもない。

※ 物権的請求権は、物権とは独立に消滅時効にかからない（大判大 5. 6. 23, 大判大 11. 8. 21, 通説）。

4 態様

(1) 物権的返還請求権

物権の目的物を他人が占有するために、物権の内容を実現できない場合に、目的物の返還を求める権利

(2) 物権的妨害排除請求権

占有侵奪以外の方法で物権が妨害されている場合に、妨害物の除去ないし妨害行為の停止を求める権利

(3) 物権的妨害予防請求権

将来、物権に対する妨害状態が生ずるおそれ強い場合に、その原因を除去して妨害を未然に防ぐ措置を講ずるよう請求する権利

第2 要件

1 発生要件

物権の「侵害」

(1) 返還請求権

占有を全面的に排除されたこと
詐取・遺失であっても認められる。

(2) 妨害排除請求権

占有の剥奪・抑留以外の方法で物権の内容の実現に妨害があること

(3) 妨害予防請求権

物権が将来妨害されるおそれがあること

2 当事者

(1) 主体

侵害を受け、または侵害を受けるおそれのある物権を有する者

(2) 請求の相手方

現に他人の物権を客観的に侵害し、または侵害の危険を生じさせている者



論点02

土地に権原なく建物が建っている場合、建物収去土地明渡請求は登記名義人に対してなすべきか、建物の実質的所有者に対してなすべきか。建物が譲渡された場合に問題となる。

A 実質的所有者に対してなすべきである。

(理由)

無権原建物につき管理、処分権能を有しなければ建物収去請求の相手方になり得ない。

B 登記名義人に対してなすべきである。

(理由)

土地所有者と建物譲渡人は対抗関係に類似した関係にあり、建物譲渡人は登記名義を保有することに伴って、責任を負う。

C 原則として実質的所有者に対してなすべきだが、登記名義人が自らの意思で所有権取得の登記を経由した場合には、登記名義人に対してなすこともできる(最判平6.2.8 百選I No.51)。

(理由)

① A, B説の論拠

② 常に実質的所有者を相手方とすると、土地所有者はそれを探究する困難を強いられる反面、相手方は建物所有権を移転して明渡義務を免れることになり、不合理である。本当に所有権を移転したならば、登記を移転することは困難ではないのだから、登記を自己名義にしておきながら自らの所有権喪失を主張して収去、明渡し義務を否定することは信義にもとり、公平の見地から許されない。

□判例 最判昭35.6.17

「土地の所有権にもとづく物上請求権の訴訟においては、現実に家屋を所有することによって現実にその土地を占拠して土地の所有権を侵害しているものを被告としなければならない。」

最判昭47.12.7, 最判昭49.10.24もこの立場を踏襲している。

□判例 最判平6.2.8 百選I No.51

傍論で最判昭35.6.17, 最判昭47.12.7を引用しつつ、次のように述べる。

「もっとも、他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、たとえ建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできない。」

(理由)

① 「土地所有者が建物譲渡人に対して所有権に基づき建物収去・土地明渡しを請求する場合の両者の関係は、土地所有者が地上建物の譲渡による所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできない。」

失を否定してその帰属を争う点で、あたかも建物についての物権変動における対抗関係にも似た関係」といえ、「建物所有者は、自らの意思に基づいて自己所有の登記を経由し、これを保有する以上、右土地所有者との関係においては、建物所有権の喪失を主張できない」。

- ② 「登記に関わりなく建物の『実質的所有者』をもって建物取去・土地明渡しの義務者を決すべきものとするならば、土地所有者は、その探求の困難を強いられることになり、また、相手方において、たやすく建物の所有権の移転を主張して明渡しの義務を免れることが可能になるという不合理を生ずるおそれがある。」
- ③ 「建物所有者が真実その所有権を他に譲渡したのであれば、その旨の登記を行うことは通常はさほど困難なこととはいえず、不動産取引に関する社会の慣行にも合致するから、登記を自己名義にしておきながら自らの所有権の喪失を主張し、その建物の取去義務を否定することは、信義にもとり、公平の見地に照らして許されない。」

第3 効果

1 物権的請求権の内容（費用負担）



論点03

誰の費用負担により物権的請求権は実現されるか。

A 行為請求権説（大判昭5.10.31）

物権的請求権とは相手方の労力と費用で妨害排除、妨害予防措置を講ずることを請求する権利である。

（理由）

本来、物に対する直接支配を内容とする物権も、他人との関係を生ずることによって、その他人の行為を要求する権利に変更し、相手方に対して物権の直接的支配に対する障害の排除を請求できる。

（批判）

返還請求権と妨害排除請求権が競合する場合、先に訴えて勝訴判決を得て強制執行に踏み切った方が相手方に費用を負担させることになり、不合理である。

- ※ 行為請求権説に立ちながら、侵害状態ないしその危険が人為によらないものであったり、不可抗力によるものである時には相手方に積極的な行為義務はないとするのが判例（大判昭7.11.9, 大判昭12.11.19 百選I No.50）である（ただし、学説の判例についての評価は分かれる）。

B 忍容請求権説

物権の効力としては、物権侵害状態を自ら除去することを相手方に受忍させる権利にとどまり、費用も原則として請求者が負担する。

（理由）

物権的請求権は純粹に物に対する追及権で、人に対する権利ではない。

C 責任説

相手方の責任（ないし原因関与）の有無に応じて，行為請求権か忍容請求権か，および費用の負担について決めようとする。

（理由）

物権的請求権を物権保全機能と責任追及機能に分け，前者は物権的請求権の本質的内容をなすので責任の有無と無関係に決められるが，後者の側面では，民法の過失責任の原則が妥当する。

2 他の請求権との競合

(1) 不法行為責任との競合

競合する（争いなし）。

(2) 契約責任との関係

競合する（通説。この点につき法条競合説もある。）。

3 物権的請求権の拡張

物権特有の効力とされる物権的請求権を，人格的利益や他の支配権的内容をもつ権利の保護手段として拡張ないし転用することの可否が問題とされている。

判例（最判昭 28. 12. 18 百選ⅡNo.57 等）・通説は，債権たる不動産賃借権に一定の要件の下，妨害排除請求権を認めている（一定の要件については争いあり）。

無体財産権ないし知的所有権については特別法により侵害の排除や差止請求が認められている（特許法 100 条，著作権法 112 条等）。氏名権の侵害につき，岡山地判昭 38. 3. 26 は氏名・団体名の使用禁止を認めている。名誉毀損・信用毀損の場合，損害賠償・名誉回復措置（723 条，謝罪広告等）のほか，名誉侵害を予防するために文書の印刷・販売・頒布等の禁止を請求し得る（最大判昭 61. 6. 11 百選ⅠNo. 4）。

第3節 物権変動

I 序説

第1 意義

物権変動とは、物権自体からみれば、物権の発生・変更・消滅であり、物権をもつ側からみれば、物権の得喪（取得・喪失）・変更である。

1 （物権をもつ主体の側からみた）物権変動の種類

(1) 物権の取得

物権が特定の主体に帰属すること

ア 承継取得

既存の物権に依拠してなされる物権の取得

前主の物権上に成立していた権利や負担・瑕疵等もそのまま存続する。

(ア) 移転的承継

前主の物権をそのまま後主が譲り受けること（物権の主体の変更）

(イ) 設定的承継

既存の物権者の権利を基礎として内容の制限された別個の物権を設定・取得すること

ex. 地上権・永小作権・抵当権の設定

従来の主体（物権設定者）は依然権利を有するが、新たな物権により制限を受けることになる。

イ 原始取得

前主の権利とは無関係にまったく新しい物権を取得すること

ex. 無主物先占（239条1項）、遺失物拾得（240条）、埋蔵物発見（241条）、添付（242条以下）、時効取得（162条以下）、即時取得（192条）、公用徴収（土地収用法）

(2) 物権の喪失（消滅）

物権が従来の主体から離れること

ア 物権の絶対的喪失

目的物の滅失により物権自体が存在しなくなるような場合

イ 相対的消滅

物権の主体が変更する場合

「承継取得」を前主からみたものである。

ex. 混同（179条1項）

(3) 物権の変更

物権の同一性を失わない範囲で、物権の客体・内容が変わること

ex. 所有建物の床面積の増減、地上権の存続期間の延長

2 物権変動の原因

(1) 法律行為

契約・単独行為

(2) その他

時効・先占・遺失物拾得・埋蔵物発見・付合・混和・加工・混同・
公用徴収・没収

第2 物権変動の公示と公信

1 物権変動についての公示の原則

物権変動が生じたならば、それを外部から認識し得る一定の徴表を必要とするという原則

物権は物に対する直接的な排他的支配権であり、同一物につき他人の物権の成立を許さない強力な権利であるから、その所在・変動は物権者以外の者の利害に与える影響が大きい。そこで、物権の変動を第三者に公示する必要がある。民法においては、不動産物権につき「登記」（177条）、動産物権につき「引渡し」（178条）といった公示方法（手段）が規定されている。

2 物権の存在についての公信の原則

物権の存在の公示を信頼した者は、たとえその公示が真実の権利関係と異なっても、その信頼が保護されるとの原則

公信の原則が十分に貫徹されるためにはその基礎となる「公示」が完全でなければならない。しかし、わが国の登記制度では、登記官には登記申請の形式的な審査権限しか与えられておらず、実体関係についての審査権限を有しない。また、不動産登記には、動産に関する192条のような公信力を認める規定がない。そのため、わが国においては登記に公信力は認められず、不動産関係につき公信の原則は否定されている（ただし、94条2項を類推適用し得る場面では、登記に公信力が認められたのと同様の結果を生ぜしめている）。

II 物権変動の一般理論

第1 176条（物権変動）の基本的問題点

（物権の設定及び移転）

第176条 物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。

物権の変動を生じさせる原因の中でも特に重要なのが、不動産の売買契約のような法律行為（意思表示）である。

176条は意思表示による物権変動について規定しており、物権の変動は当事者の「意思表示のみによって、その効力を生ずる」とする。ここにいる当事者の「意思表示」とは、当事者間の「合意」（＝「契約」）を指し、同条は、物権の変動は、ほかに何らの形式を必要とせず、当事者の合意のみにより生じるということを表していると解される。

第2 物権行為の問題—物権変動に必要な行為（2つの立法主義）

1 意思主義と形式主義

物権変動の効力を生じさせるのに必要な行為は何であるかという問題につき、意思主義と形式主義という2つの立法主義が存在する。

物権変動が生じるには当事者の意思表示のみで足りるとする立法主義（フランス法）が意思主義である。これに対し、形式主義は、物権変動が生じるには当事者の意思表示のほかに一定の形式（登記・引渡し等）を必要であるとする（ドイツ法）。

わが民法は、176条の文言から、意思主義を採用したものと解され、登記・引渡しは対抗要件にすぎないものと解されている。

2 物権行為の独自性

「債権行為」とは別個に「物権行為」がなければ物権変動が生じないとする事



論点01

物権行為に独自の意味を認める必要があるか。

A 物権行為独自性否定説（大判大2.10.25・通説）

176条の「意思表示」を債権契約と解し、物権変動はこの当事者間の債権契約によって効力を生じる以上、「物権行為」の独自性を認める必要はない。

B 物権行為独自性肯定説

当事者間の契約（債権契約）は、単に当事者間の債権関係を発生させるにとどまり、物権変動の効果を発生させるためにはその契約とは別個の物権変動を目的とする意思表示、すなわち「物権行為」がなされなければならない。

3 物権行為の無因性—債権契約と物権契約の牽連関係

物権変動の原因となった債権行為が無効となった場合であっても物権変動は影響を受けないこと



論点02

債権行為（売買契約等）が無効となった場合、物権変動の効力も失われるか。

A 物権行為独自性否定説

A1 絶対的有因説

A2 相対的有因説

物権行為の独自性を認めない以上、物権変動は債権契約の効力として生ずることに鑑みれば、原則として無因説を採る理由はない。

ただ、当事者が特に物権変動の効果を売買契約から切断するとの特約を付すことは可能というべきであり、そのような特約がない限り、物権行為は有因であると考ええる。

B 物権行為独自性肯定説

B1 無因説（末川，篠塚）

物権変動の効果は債権契約の無効により影響を受けない。

（批判）

ドイツのように、債権契約の公証，登記の実質的審査主義を前提とする形式主義，登記への公信力の付与等，制度的機構によって債権契約と登記との不一致が極力防止されていなければ，本来の意義を発揮できない。

B2 有因説（近江，田山）

物権行為の独自性の肯定と無因性の肯定とは論理必然に結びつくものではない。物権取引における有因・無因の原則性は物権取引における一般意識から考えられるべきものであり，通常の取引では有因と考えられている。

第3 所有権の移転時期



論点03

物権変動が効力を生じる時期はいつか。

A 契約成立時説（最判昭 33. 6. 20 百選 I No.52, 特約のある場合につき最判昭 35. 3. 22・通説）

①原則として契約成立時, ②直ちに物権変動の効果を生じるのに支障があるときは, その支障がなくなった時, ③当事者が特別の定めをしていればそれに従う。

B 有償性説（代金支払時原則説）

契約の時に所有権が移転するという特別の意思表示がない限り, 後になされる登記・引渡・代金支払の時に所有権が移転する。

※ 物権行為の独自性を認める見解によれば, 登記・引渡し・代金の支払など外部的徴表行為がなされた時に原則として物権行為が成立し, 同時に物権変動が生ずると解しているが, 物権行為の独自性を否定する見解でも, 契約の有償性を理由に同様の結論を導き得る。

C なし崩しの移転説

取引のプロセスに応じてなし崩しの移転する。

契約当事者間では契約内容ないし契約上の規定によってすべて処理することが可能かつ妥当であり, 第三者に対する関係は, 対抗要件を具備しているかどうかが決定的に重要であり, 物権変動の有無は問題にならないとする。

(批判)

- ① 物権変動の時期を明確にしなければ解決できない問題がある。
- ② その機能主義的・実益論的方法に対する批判

Ⅲ 不動産の物権変動－177条論

(不動産に関する物権の変動の対抗要件)

第177条 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成16年法律第123号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

1 不動産登記制度

第1 不動産登記の意義

不動産に関する権利関係について、一定の国家機関が予め定められた手続にしたがって一定の公簿に記載すること、またはこのようにしてなされた記載そのもの

第2 登記簿

表題部・権利部により構成される。

- 1 表題部とは、登記記録のうち、表示に関する登記が記録される部分をいう（不動産登記法2条7号）。
- 2 権利部とは、登記記録のうち、権利に関する登記が記録される部分をいう（不動産登記法2条8号）。

第3 登記申請手続

1 登記の申請－共同申請主義

原則として登記権利者（例えば不動産の買主）と登記義務者（不動産の売主）が共同で申請しなければならない（不動産登記法60条）。

例外として、以下のものが挙げられる。

- ① 当事者の一方が登記申請に協力しない場合
他方は「登記請求権」に基づき登記申請の協力を訴求し、その判決を得たときは単独で登記をなし得る（不動産登記法63条1項）。
- ② 相続又は法人の合併による登記
登記権利者は単独で申請し得る（同法63条2項）。
- ③ 登記官の職権による登記
不動産の表示に関する登記は、登記官が職権をもってこれをなし得る（同法28条）。
- ④ 仮登記
仮登記義務者の承諾書または仮処分命令の正本を添付して仮登記権利者が単独申請し得る（同法107条1項）。

2 登記の審査－形式的審査主義

わが国の登記制度の下では、登記官は登記申請を受理するに際しては、書類の適法等形式的要件の具備のみを審査するにすぎず、実体上の権利関係を審査する権限をもたない。

第4 登記を必要とする物権の種類

1 登記を対抗要件とする物権

①所有権, ②地上権, ③永小作権, ④地役権, ⑤先取特権, ⑥質権,
⑦抵当権 (不動産登記法3条1号～7号)

2 物権以外の権利で登記を対抗要件とするもの

①不動産賃借権 (民法605条, 不動産登記法3条8号), ②配偶者居住権 (不動産登記法3条9号, 81条の2), ③採石権 (採石法4条, 不動産登記法3条10号), ④不動産買戻権 (同法96条参照)

3 登記を要しない不動産物権

①占有権, ②留置権, ③一般先取特権, ④入会権

4 登記に代わるものに対抗力を認めている特別法

①借地－建物自体の登記 (借地借家法10条1項), ②借家－引渡し (同法31条1項), ③農地－引渡し (農地法16条1項)。

2 177条の基本的問題点

第1 物権変動と公示の必要性

物権変動は意思表示のみによって効力を生ずるが（176条）、物権が排他的・絶対的な性質を有することから、物権変動が第三者の利害に与える影響は非常に大きい。そこで、これを第三者に公示する必要がある（公示の原則）、不動産の物権変動については「登記」、動産の物権変動については「引渡し」がなければ第三者に「対抗することができない」とされた（177条、178条）。

第2 対抗要件主義

AがBに土地を売却したにもかかわらず、Bに登記が移転していないことをよいことに、さらにCにも土地を売却してしまうということがある。

物権変動が意思表示のみによって生じるとすると（意思主義）、純理論的には、物権の二重譲渡という事態は考えられない。しかし、現実問題として、このような事態が生じることは無視し得ない。このような場合に、いかにして権利関係を決するかが問題となるが、民法は、対抗要件（登記・引渡し）を先に備えた方が優先するとする「対抗要件主義」を採用した（177条、178条）。

3 「対抗することができない」の意味

第1 「対抗問題」とは何か



論点04

いかなる場合に対抗関係にあるといえるのか。

- A 「対抗問題」とは、相矛盾する物権変動、換言すれば物権的支配ないし物の支配を相争う関係（食うか食われるかの関係）である（舟橋）。
- B 「対抗問題」とは予め何であるかを定めることはできず、登記の先後によって権利の優劣を決めるのが適当であるような問題を「対抗問題」として扱うべきである（通説）。

（理由）

登記懈怠者と登記を信頼して取引に入った者との間の利益衡量の上に妥当な解決を図り得る。

第2 「対抗」の法的構成



論点05

不動産が二重譲渡された場合の権利関係が対抗要件の具備の先後により決せられることは、どのような法的構成に基づくか。既に譲渡したはずの不動産所有権をさらに譲渡できることをいかに説明し得るかとあわせて問題となる。

A 不完全物権変動説（通説）

物権変動は登記のない限り完全な効力を生ぜず、その結果、第1譲渡をなした譲渡人には不完全な所有権が残り、これが第2譲受人に移転し登記を備えることにより完全な所有権となる。

B 第三者主張説

未登記の第1譲渡も完全な所有権移転の効力を生じることを前提としつつ、第2譲受人から一定の主張がなされると、その瞬間に未登記第1譲渡は効力を失い、第2譲受人に所有権が移転する。

C 法定証拠説

登記は物権変動の先後を決定する法定証拠である。

D 法定制度説

端的に二重譲渡の場合には、登記を先に備えたものが優先的に物権を取得するものとみなすという法定の制度である。

E 公信力説

第1譲渡によって譲渡人は無権利者となっており，第2譲受人が所有権を取得し得るのは実体に合致しない譲渡人名義の登記を真実のものと誤信して取引関係に入ったことが，法律により保護されるからにほかならない。

4 177条の「第三者」

第1 「第三者」の意義

? **論点06**
 一般に「第三者」とは、当事者およびその包括承継人以外のすべての者をいうが、177条の「第三者」は、そのように制限されない範囲の者をいうのか（無制限説。権限なく不動産を占有するような者も含む）、それとも、制限された者をいうのか（制限説）が問題となる。

A 無制限説

B 制限説（大連判明 41. 12. 15・通説）

（理由）

177条が登記を要求したのは、公示を徹底することによって取引の安全を図るためであり、そのような必要のない者（無権利者や不法行為者）についてまで登記を要求する趣旨ではない。

- B1 当事者もしくはその包括承継人にあらずして不動産に関する物権の得喪および変更の「登記欠缺を主張する正当の利益を有する者」とする見解（大連判明 41. 12. 15）
- B2 当該不動産に関して有効な取引関係に立った第三者とする見解（我妻）
- B3 物的支配を相争う相互関係に立ち、かつ登記に信頼して行動すべきものと認められる者とする見解（舟橋）

1 所有権取得者

同一不動産につき支配を争う関係にある以上登記は必要である。

2 制限物権（用益物権・担保物権）者・賃借権者

これらの者は判例（上記 B1 説）のいう「登記欠缺を主張する正当の利益を有する者」に当たる。したがって、判例によれば登記がなければこれらの者に対抗できない。

(1) 賃借権者

ただし、賃借権については2つの場合に分けて考える必要がある。

ア 新所有者が賃借人に対して明渡しを求める場合

登記が必要である。

イ 新所有者が賃貸借契約の存在を前提として、賃料請求・解約申入れをする場合

賃料請求・解約申入れの場合も登記が必要である(605条の2第3項, 605条の3後段)。

(理由)

この場合には賃貸人と賃借人の関係は両立し得るので対抗関係ではない。しかし賃借人の賃料の二重払の危険があるので、登記の権利資格保護機能, 事実証明機能を重視して登記を要求する。

(2) 地役権者

□判例 最判平 10. 2. 13 百選 I No.63

「通行地役権(通行を目的とする地役権)の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない。」

※ この判例は、後述の背信的悪意者排除論によったものではなく、177条の第三者に当たらない類型を新たに認めたものである。

3 一般債権者

一般債権者は債務者の全体財産を担保としているので、特定財産について利害関係を有しているとはいえず、登記は不要である。

4 差押債権者・配当加入権者

差押債権者は特定の財産に対して利害関係を有しているといえるので、登記が必要である(最判昭 39. 3. 6, 租税滞納処分による差押えにつき最判昭 31. 4. 24)。

5 転々譲渡の前主



論点07

不動産がA→B→Cと譲渡されたが、未だAに登記が残存している場合に、CはAに対して登記なくして所有権を主張し得るか。

→ 登記は不要である(最判昭 43. 11. 19)。

(理由)

AとCとは物的支配を相争う関係にない。

6 不法行為者・不法占拠者

登記は不要である（不法行為につき大判大 10. 12. 10, 不法占拠者につき最判昭 25. 12. 19 百選 I №62）。

7 実質的無権利者

登記は不要である（無効登記の名義人につき大判昭 5. 3. 31, 虚偽表示による取得者につき大判昭 5. 4. 17）。

第2 背信的悪意者排除論

1 悪意者も「第三者」に含まれるか。



論点08

「第三者」は悪意でもよいか。

A 悪意者包含説

「第三者」は善意・悪意を問わない。

(理由)

- ① 自由競争を建前とする現行法制の下では、悪意者といえども保護されるべきである。
- ② 177条は、善意・悪意を区別していない。
- ③ 善意・悪意を問題としないことが画一的処理に資する。
- ④ 取引の安全に資する。

B 悪意者排除説（内田）

悪意者は177条の「第三者」にあたらぬ。

B1 「第三者」は善意・無過失であることを要する。

(理由)

登記に公信力を認める見解を前提とすれば、善意・無過失が要求される。

B2 登記に匹敵する公示があれば、第2譲受人の悪意が擬制され、第1譲受人が優先するとする。登記に匹敵する公示とは、宅地の場合、建物の敷地としての利用である（これは建物の敷地の譲渡に関しては、第三者に善意・無過失を要求するに等しい）。

(理由)

悪意者包含説のいう自由競争原理は契約締結の段階のみで妥当する。先に契約をした者が契約の成立要件でない登記がなければ悪意者にも負けるというのは自由競争ではなく横領の奨励である。「第三者」は善意・無過失であることを要する。

(批判)

登記に公信力を認める見解を前提とすると、善意・無過失を要すると解される。

2 背信的悪意者排除論

悪意者であっても登記なくして対抗できないこととなるが、悪意者に信義則に反するような事情がある場合でも対抗できないのか。

□判例 最判昭43.8.2

「実体上物権変動があった事実を知る者において右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者であって、民法177条にいう第三者に当たらない。」

(1) 背信性の認定

単に登記簿の記載が名義上のものに過ぎず他に真実の権利者の存在を知りまたは知ることができたというだけでは足りず、登記の欠缺を主張する第三者の行為の態様、右第三者から否認される権利利益の種類内容等、諸般の事情からみて登記の欠缺を主張せしめることが、真実の権利者との関係において信義則に反すると認められる具体的事由が存するか否かで決する。

(2) 背信的悪意者の具体例

ア 第2譲受人に不動産登記法5条に類する行為あるいはその延長線上にあるような行為がある場合

イ 第2譲受人が不当な利益を得るために、譲渡人と共謀したり、第1譲受人に高値で売りつけるために譲渡人から売却済の不動産を買い受けたなど権利取得の方法が著しく信義に反する場合

ウ 第2譲受人が第1譲受人に対する害意を以て積極的に譲渡人に対し第1譲受人に売却済不動産を自己に売るよう働きかけ、第1譲受人の権利を侵害しようとする場合

(3) 背信的悪意者の排除



論点09

背信的悪意者を排除する理論構成

A 信義則違反（最判昭43.8.2・通説）

第2譲受人が第1譲受人の登記欠缺を主張することは信義則に反する。

B 90条違反

転得者はたとえ登記を備えても、真正な権利者である第1譲受人に対抗できない。90条違反は絶対無効と解される。

(4) 転得者の地位

ア 背信的悪意者からの転得者

転得者が背信的悪意者でなければ、登記なくして対抗できない(最判平8.10.29 百選I No.61)。

イ 背信的悪意者でない者からの転得者が背信的悪意者である場合



論点10

背信的悪意者でない者からの転得者が背信的悪意者である場合、その者に対して登記なくして対抗し得るか。

A 相対説

転得者が背信的悪意者であれば、その者に対して登記なくして対抗し得る。

(理由)

具体的妥当性

(批判)

転得者各人について背信性の有無が争われる可能性がある点で法的安定性が損なわれる。

B 絶対説

前者に背信的悪意者でない者がいる場合、それ以降の転得者は例え背信的悪意者であっても第三者に含まれる。

(理由)

法的安定性

(批判)

きわめて不当な結果が生ずる。

5 登記が要求される物権変動

第1 総説—登記なくして対抗できない物権変動



論点11

物権変動は、法律行為により生ずることが多いがその他に相続・時効によっても生じる。これらすべての物権変動に登記が必要かが問題となる。

A 無制限説（大連判明 41. 12. 15 百選 I No.54・通説）

一切の物権変動につき登記を必要とする。

ただし、登記が必要なのは「同一客体上の物的支配を相争う相互関係が生ずる場合」あるいは、「食うか食われるかの関係がある場合」である。

無制限説によると、売買などだけではなく、取得時効や相続であっても登記をすべきこととなる。

B 制限説

物権変動のうち意思表示によるものに限って登記を対抗要件とする。

第2 取消しと登記



論点12

取消後目的不動産を取得した第三者に対して、譲渡人は登記なくして対抗できるか。取消しの効果に関連して問題となる。

A 無権利説（公信カアプローチ）

取消しの遡及効により譲受人は絶対的無権利者となり、その者から取得した第三者も無権利者であるから、譲渡人は登記なくして、取消後の第三者に対抗できる。ただし、善意の第三者を保護する必要性から、以下のような主張がなされている。

A1 96条3項類推適用説

取消後に生じた第三者に対し、96条3項を類推適用する。

A2 94条2項類推適用説

自らなした行為が取り消し得べきものであることを了知し、かつその追認を有効になし得る状態に入った後に登場した者に94条2項を類推適用する。

A3 取消時基準時説

取消前に関しては、民法の用意した第三者保護の規定の存否により、取消後に関しては94条2項を類推適用する。

B 復歸的物權變動説（対抗問題アプローチ）（大判昭17.9.30 百選I No.55・通説）

取消前の第三者には、登記なくして自己の所有権を主張できるが、取消後の第三者との関係は対抗問題となる。

（理由）

売買等により1度不動産の所有権が移転するが、その後取り消されることにより、その所有権が再び復歸する（復歸的物權變動）。取消後の第三者との関係は二重譲渡と類似の対抗関係になる。

（批判）

- ① 取消しの前後において、遡及効に関する理解に一貫性がない。
- ② 177条の第三者は悪意でもよいとする今日の判例を前提とする限り、取消後の第三者は悪意でも保護されるのに対し、取消前の第三者は、詐欺の場合を除いて善意・無過失でも保護されない。
- ③ 第三者が登場するまで取り消さないでいた方が有利になってしまうが、取り消せるのに取り消さないでいた者を善意・無過失の第三者の犠牲において保護する必要はない。

（反論）

- ① 遡及効を貫徹させれば、第三者を害するし、一貫して遡及効を制限すれば、取消制度の趣旨を没却する。
- ② 背信的悪意者排除論の活用により対処し得る。
- ③ いつ取り消すかは取消権者の自由だから、かかる批判は当たらない。