第１章　私権についての基本原理

ここからは，いよいよ民法１条から始まる「総則」に入っていきます。総則とは，その名のとおり「“総（すべ）”てに関する“則”（ルール）」です。民法全体に共通して当てはまるルールを定めたのが総則です。

ただし，Ｐ２～３で説明したとおり，財産法と家族法はかなり性質が異なるものとなっています。よって，この総則には，**「財産法には適用されるが家族法には適用されないルール」も多くあります**。その点は，念頭においてください。

総則の最初は，「私権についての基本原理」です。言葉からして，よくわからないですね……。

私権に関しては，民法は１条で基本原理（基本となる考え方）を定めています。

民法１条（基本原則）

１　私権は，公共の福祉に適合しなければならない。

２　権利の行使及び義務の履行は，信義に従い誠実に行わなければならない。

３　権利の濫用は，これを許さない。

これらはいずれも，その適用にあたり裁判官の広範な裁量が予定されています。これらは，他の民法の規定との対比で，一般条項といわれています。これらの一般条項は，他の民法の規定を適用したことにより不当な結論にいたる場合において，妥当な結果を得るための手段となります。

……と説明しましたが，わかりにくいですね。この民法１条が最も抽象的な規定となっており，わかりにくいです。

簡単にいうと，民法１条は裁判所が使える“最後の裏ワザ”です。たとえば，条文や判例をそのまま適用するとＡさんが勝つのですが，どう考えてもそれはおかしいことがあります。そのときに，**最後の裏ワザ**として条文や判例をひっくり返し，Ａさんの相手方であるＢさんを勝たせたいということがあります。この民法１条は，裁判官がそういったことができるようにするために用意されたものなのです。たとえていうなら，この民法１条を使うと，裁判官は法律家から正義のヒーローであるアンパンマンに変身します。

「裁判官は，困ったら裏ワザが使えていいな〜」と思ったかもしれません。しかし，本当に困ったときにしか使えません。条文や判例をひっくり返しますので，安易に使うのは慎むべきであるとされています。よって，弁護士や司法書士が，裁判について「信義則（民法１条２項）で攻めるしか方法がないか……」などと言ったときは，「負けるだろうな……」という思いが裏にあります。民法には１条にありますが，実務では，他の規定では勝てない場合に使う最後の手段なのです。

それでは，民法１条の１項から３項までを１つ１つみていきましょう。ただし，非常に抽象的な規定である点はご了承ください。

1 公共の福祉（民法１条１項）

公共の福祉：私権（物権や債権など）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こと（民法１条１項，憲法 29 条２項）

簡単にいうと，権利を行使するのはその人の自由ですが，他の人に迷惑をかけるような行使をしてはいけませんよということです。

2 信義誠実の原則（信義則。民法１条２項）

１．意義

信義誠実の原則（信義則）：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のこと（民法１条２項）

２．派生原則（信義則の分身）

この信義則から，以下の派生原則が導き出されます。

①禁反言（きんはんげん）の原則

禁反言の原則：自分の行為と矛盾した態度をとることは許されないこと

簡単にいうと「１度言ったことは守れ！」ということです。この禁反言の原則は，この後，何回か登場します。

②クリーンハンズの原則

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こと

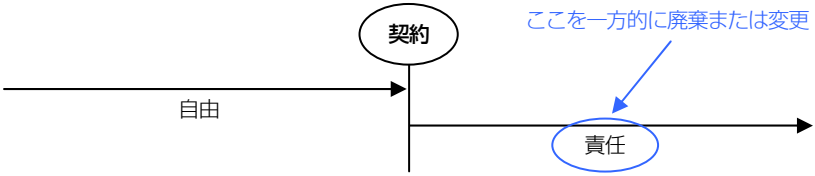
ex. 法で禁止されている麻薬を購入した者は，売主が麻薬を引き渡さないからといって，先に支払った代金の返還を求めることは許されません（民法 708 条本文）。

自ら法を犯しておいて，法の保護を要求することはできないということです。
クリーンハンズの原則は，Ⅲのテキスト第８編第２章4の３.の不当利得の学習（民法 708 条）の際に登場します。

③事情変更の原則

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，その廃棄または変更を一方的に請求することができること（契約の拘束力の例外）

ex. 予備校の講座を申し込んだ後，ものすごいデフレになったとします。その場合，受講生の方は受講料の値下げを一方的に請求できます。



これは，私的自治の原則からするとおかしいです。P18 で説明したとおり，私的自治の原則には義務の側面もあり，契約をしたからにはきちんと責任を果たす必要があります。上記 ex.でいえば，講座の申込みは受講生の方が自分の意思でしたのですから，受講料は支払う必要があるということになります。

しかし，契約締結後に，契約成立の基礎となった事情に著しい変動（上記の ex.でいえば「ものすごいデフレ」）が生じた場合には，契約の廃棄や変更を認めたほうが信義則にかないます。よって，この原則があるのです。

ただし，よっぽどのことがない限りは認められません。多少のデフレでは受講料の値下げを請求するのは厳しいでしょう。

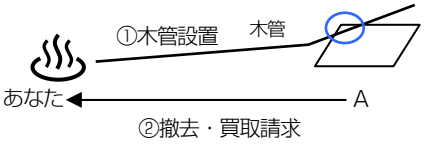
3 権利濫用の禁止（民法１条３項）

権利濫用の禁止：形式的には正当な権利に基づく行使であっても，実質的に見れば社会性に反する場合には，その行使は認められないとされること（民法１条３項）

以下が，権利濫用の禁止が問題となった有名な事案です。

Case

あなたが温泉を引き湯（温泉から湯を引くこと）した際，その引き湯を通した木管の一部がＡの土地をわずかに通っていた。そこで，Ａがその木管の撤去または木管が通っている土地を法外な値段で買い取るようあなたに請求した。Ａのあなたに対する請求は，認められるか？



Ａには土地の所有権があり，その土地をあなたの設置した木管が侵害しています。よって，形式的に権利の行使を認めれば，Ａは「木管を撤去しろ」または「それが嫌なら木管が通っている部分の土地を買い取れ」と要求できることになります。

ここまでが，通常の法をそのまま適用したハナシです。

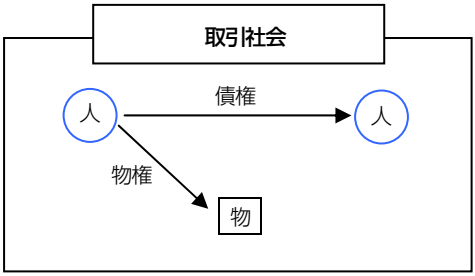
しかし，今回の木管による侵害によって生じた土地の損失は軽微なものであり，木管を除去することは著しく困難で莫大な費用を要します。また，実は，Ａはこの無理な請求をするために，木管がわずかに通っている土地に目をつけ，土地を購入しました。つまり，「シメシメ，この土地は使えるな」と考えて土地を購入したわけです。このような事情のもとでのＡの請求は，権利濫用にあたり，所有権に基づく妨害排除請求は認められないとされました（大判昭 10.10.５。宇奈月温泉事件）。

裁判所が裏ワザでひっくり返したということです。

やはり民法１条は非常に抽象的でしたね。理念的な規定でもありますので，フワッとしたイメージしか持てなかったでしょうが，民法１条はそれで構いません。

第2章　人（主体）

P4で説明したとおり，財産法が規定しているのは以下の社会でした。この第2章で扱うのは「人」です。つまり，取引社会の主体（メンバー）をみていきます。



主体（メンバー）について，「権利能力」（第1節），「意思能力」（第2節）および「行為能力」（第3節）の3つの能力から考えていきます。

第1節　権利能力

1 意義

権利能力：権利・義務の主体となることができる資格，つまり，権利を取得し，義務を負担することができる資格

たとえば，私が，あなたとの間で，「私があなたにパソコンをタダであげるよ」という贈与契約をしたとします。



この贈与契約が成立すると，上記のような権利と義務が発生します。このような権利を取得し，義務を負担することができる資格を「権利能力」といいます。

権利能力を有することは，まさに取引社会の主体（メンバー）であるということです。つまり，この第２章の冒頭の図の「人」であるということなのです。

２ 権利能力を有する者

では，この権利能力を有する者は誰でしょうか。

Case

以下の者のうち，権利能力を有する者は，誰か？

・１歳の赤ちゃん
・コンピューターを使いこなせるサル
・株式会社辰已法律研究所

権利能力を有するのは，以下の２人です。

①自然人

自然人とは，日常用語でいう「人」のことです。つまり，人間です。人間は，下記②の法人と違い，当然に「人」として扱われるので，「自然人」といいます。

自然人であるならば，すべて“誰でも”“同じように”権利能力を有しています。これを「権利能力平等の原則」といいます。かつては，貴族制度などがあり，すべての人間が平等とはいえませんでしたが，現在はその反省から，総理大臣であってもホームレスであっても同じように権利能力を有するとされています。

また，年齢も関係ありません。よって，上記 Case の「１歳の赤ちゃん」は権利能力を有しています。

②法人

法人とは，会社などのことです。たとえば，私が講義をしている株式会社辰已法律研究所は法人です。サラリーマンや OL の方が勤めているところも，たいていは法人です。法人は，自然人と異なり，物体として存在するわけではありません。辰已法律研究所は人の集まりではありますが，「辰已法律研究所」自体が歩いたり，食事をしたりするわけではありません。しかし，法人も取引社会で取引を行うなど活動をすることから（みなさんが予備校の講座を申し込んだ場合は法人である予備校と契約をしたことになります），権利能力が認められています。よって，上記 Case の「株式会社辰已法律研究所」は権利能力を有しています。

なお，法人は基本的には人の集まりなのですが，人が集まればすぐに法人となれるわけではありません。会社法・商業登記法で詳しく学習しますが，一定の要件（設

立の登記など）を充たすことで法人になることができます。つまり，法で認められる必要があるのです。このように自然人と異なり，「法」で特別に認められた「人」であるため，「法人」というのです。

権利能力を有するのは上記の「①自然人」「②法人」のみですから，上記 Case の「コンピューターを使いこなせるサル」は権利能力を有しません。1歳の赤ちゃんよりも知能は高いかもしれませんが，権利能力は知能とは関係がありません。取引社会の主体（メンバー）となれるか（権利能力を有するか）は，個々人の能力を問題とせず，画一的に決まります。

思い出し方

権利能力があるかどうかは，**「契約書に氏名・名称を書いて，有効かどうか」**という判断基準から考えてください。

赤ちゃんの氏名や法人の名称であれば契約書に書いても有効ですが，どんなに頭が良くてもサルの名前（ex.「サル・花子ちゃん」）では有効にはなりません。

※自然人と法人が権利能力を有するわけですが，以下では基本的に自然人のみを扱います。現在の民法には，法人の規定がほとんどないためです。法人の規定は，民法 33 条～37 条のみです。法人については，ほとんど他の法律（会社法など）で規定されており，それらは主に会社法・商業登記法で学習します。

3 権利能力の始期と終期

権利能力の始期と終期とは，「自然人」として認められるのはいつからいつまでなのかという問題です。上記2で「年齢は関係ない」と説明しましたので，生まれたばかりの赤ちゃんでも，余命いくばくもない老人でも権利能力を有するわけですが，ではそれは厳密にいうといつからいつまでなのかをみていきます。

1．始期

（1）始期は？

権利能力の始期は，「出生」です（民法3条1項）。出生とは，体が母体から全部露出した時点と考えられています（全部露出説・通説）。

（２）胎児

（ａ）原則

出生が分岐点となりますので，お母さんのお腹の中にいる胎児には権利能力がないことになります。胎児の間に，親が胎児の名義で契約をしても無効（＊）です。

＊「無効」「取消し」の意味は，P195～196 で説明していますが，P195～196 の前に無効や取消しは何度も登場しますので，先に P195～196 をお読みください。

（ｂ）例外

ｉ　権利能力を有するとされる事項

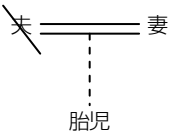
しかし，以下の３点だけは，胎児でも例外的に生まれたものとみなされます（権利能力があるとみなされます）。

①不法行為による損害賠償請求（民法 721 条）

不法行為については P21（３）で説明しましたが，たとえば，妊婦が道を歩いていたところ車にはねられたとします。それが原因で胎児が傷害を負った場合には，胎児でも損害賠償請求権を取得することができます。

②相続（民法 886 条）

たとえば，右の相続関係図のような家庭があったとします。奥さんが妊娠中にダンナさんが死亡しました。子がいなければ妻のみが夫を相続しますが（他に相続人がいない場合），子がいれば妻と子が相続します（民法 887 条１項，890 条）。



ここで，胎児が「子」として相続できるかが問題となりますが，胎児は相続については特別に権利能力があるとされますので，この場合は妻と子（胎児）が相続することになります。

③遺贈（民法 965 条）

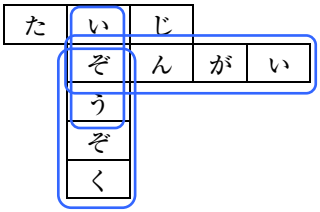
「遺贈」は，今の時点では「遺言によって自分の財産（相続財産）をあげること」くらいに考えていただければ結構です。相続人以外の者（愛人など）に遺贈することも，相続人に遺贈することも，どちらも可能です。

そして，胎児も遺贈を受けることができる，つまり，遺言書に「胎児に私の財産を遺贈する」と書いた場合，有効であるということになります。

上記①～③は，ちょっと生まれるのが遅かっただけで権利を有しないのはかわい

そうなので，胎児であっても権利能力を有するとされました。また，出産の時期が迫っていれば帝王切開などで出産の時期をコントロールできるため，厳格にお母さんのお腹の中から出てきているかを基準とする必要はないともいわれています。

クロスワードで思い出す



……と言われても，「では，なんでこの３つだけ？」と思う方もいるでしょう。そこで，右のクロスワードを使って思い出せるようにしてください。

いぞう　：「遺贈」
ぞんがい：「損害」
ぞうぞく：「相続」

問題文に「胎児」という用語は示されると思われますので，そこからクロスワードで連想して思い出していってください。

ii　胎児の代理の可否

＊このiiは，P211〜221で停止条件と解除条件を学習した後にお読みください。

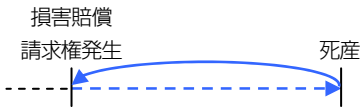
不法行為による損害賠償請求，相続，遺贈の場合に胎児に権利能力を認めるのは，「ちょっと生まれるのが遅かっただけで認められないのは，かわいそうである」という趣旨でしたので，胎児が実際に生きて生まれた場合にだけ権利能力を認めればOK です。そこで，胎児が出生しなかった（死産であった）場合には，胎児がお母さんのお腹の中にいた間の権利能力はなかったことになります（民法 886 条２項，965 条）。

そこで，胎児がお腹の中にいる間に，母が胎児を代理することができるかが問題となります。実際に，以下のような事例で問題となりました。

判例（大判昭7.10.6）

父親が不法行為で死亡しました。当時，妊娠していた母親は加害者と，胎児が有する不法行為による損害賠償請求権について和解契約を締結しました。そこで，この和解契約が有効であるかが問題となりました。

判例は，以下の２説のうち，停止条件説を採用しました。学説の中には，解除条件説を採るものもあります。

	停止条件説（大判昭7.10.6）→	← 解除条件説
胎児中	お腹の中にいる間は，権利能力はありません。よって，胎児の代理は認められません。  胎児である間に母親が締結した和解契約は，生まれてきた子に何ら効力を有しないものとなります。	生まれたものとみなされる範囲（不法行為による損害賠償請求，相続，遺贈）では権利能力を有します。よって，P39 の①～③の例外の範囲では，お腹の中にいる間でも代理は認められます。  胎児である間に母親が締結した和解契約は，生まれてきた子に効力を有するものとなります。
出生後	胎児が生きて生まれたときに，問題の時点（不法行為時や相続時など）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します（さかのぼる点は停止条件の例外です）。  	死産である場合には，さかのぼって権利能力がなかったことになります（さかのぼる点は解除条件の例外です）。 
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ため，胎児である間の代理を認めることができません。	胎児の母に法定代理人の地位を認めることで，胎児の権利が保護されます。

２．終期

自然人が権利能力を有するのは，「生まれてから死ぬまで」です。よって，終期は，以下の時点となります。

①死亡

死亡すると，権利能力はなくなります。よって，死者に権利能力はありません。

②失踪宣告（民法 30 条～32 条）

権利能力を有するのは「生まれてから死ぬまで」ですから，上記①は当たり前なのですが，特殊な権利能力の終期として「失踪宣告」というものがあります。これについては，項目を立てて別に説明します（P46～53 の 2.）。

4 主体（メンバー）が行方不明となったら

自然人は取引社会の主体（メンバー）なわけですが，ここではその主体（メンバー）が行方不明になった場合をみていきます。

1．不在者の財産管理

「不在者」とは，どのような者でしょうか。

世の中には，突然いなくなってしまう人がいます。いわゆる蒸発というやつです。「出稼ぎ先で別の女性と恋に落ち，妻子と音信不通になった」などという男性もいます。

このような場合に備えて，民法には以下の条文があります。

民法 25 条（不在者の財産の管理）

1　従来の住所又は居所を去った者（以下「不在者」という。）がその財産の管理人（以下この節において単に「管理人」という。）を置かなかったときは，家庭裁判所は，利害関係人又は検察官の請求により，その財産の管理について必要な処分を命ずることができる。本人の不在中に管理人の権限が消滅したときも，同様とする。

2　前項の規定による命令後，本人が管理人を置いたときは，家庭裁判所は，その管理人，利害関係人又は検察官の請求により，その命令を取り消さなければならない。

（1）意義

不在者の財産管理：不在者の財産管理人が不在者の財産を管理する制度

利害関係人または検察官の請求があると，家庭裁判所が不在者の財産管理人を選任し，不在者の財産管理人が不在者の財産を管理することになります（民法 25 条 1 項）。

（2）趣旨

なぜこのような制度があるのでしょうか。

ある人が不在になると，以下のような問題が生じます。

①本人，利害関係人の保護

たとえば，いなくなった人がアパートのオーナーだった場合には，アパートの管理をする人がいなくなってしまいます。それですと，いつか帰ってくるかもしれない不在者本人，アパートを借りている人，いなくなった人を将来相続しアパートの所有権を得る子供などが困ります。そこで，利害関係人（ex. アパートを借りている人）などの請求でアパートなどを管理する者を置くという制度が必要なのです。

②社会経済上の不利益の回避

「社会経済上の不利益の回避」とは？

民法の規定の趣旨として，「社会経済上の不利益」というものがよく出てきます。

まず，日本は共産主義の国ではありませんので，国民に財産権（所有権）が認められています。つまり，「オレの物はオレの物」と言うことができます。

しかし，**「国民の財産は，社会全体の財産である」という面もあります**。「社会全体の」とは，簡単にいうと「みんなの」ということです。特に不動産にこの考え方が当てはまります。国民個人が有している土地や建物は，国民個人が所有権を有していますが，それは社会全体（国家）の財産という面もあります。国家の１つの要素は「領土」ですが，領土は国民が有している土地をつなぎ合わせたものなのです。

よって，ここでも，「不在者の財産（特に不動産）が荒廃することは，**社会経済上の不利益になるため（みんなにとって不利益になるため）**，それを防止するために不在者の財産管理の制度があったほうがいいよね」となるのです。

（3）要件

利害関係人または検察官が，家庭裁判所に不在者の財産管理人の選任を請求するには，以下のいずれかの要件を充たす必要があります。

①不在者本人が財産管理人を置かなかったとき（民法 25 条１項前段）

不在者自身が財産管理人を置いたときは，その管理人が管理しますので，この制度は使われません。「不在者自身が財産管理人を置いた」とは，たとえば，不在者がかなりの資産家であり，自身の財産の管理を弁護士に任せておいた場合などがこれ

に当たります。

②財産管理人の権限が消滅したとき（民法 25 条 1 項後段）
　これは，不在者自身が財産管理人を置いていたが，その管理人の権限が消滅した場合です。たとえば，上記①の例のように弁護士に任せた場合に，弁護士との契約期間が切れたときなどがこれに当たります。

（4）請求権者

　家庭裁判所に請求できるのは，以下の者です（民法 25 条 1 項前段）。

①利害関係人
　上記（2）①で出てきた，アパートを借りている人やアパートのオーナーの子供（将来の相続人）などが，これに当たります。

P48

②検察官
　検察官も請求権者に含まれていることがポイントです。

検察官の登場場面

　民法で，**検察官は公益性が関係あるときに出てきます**。「公益」とは，社会全体の利益のことです。検察官は公益の代表である面があるのです。

　上記（2）②でみたとおり，不在者の財産管理の制度は，「社会経済上の不利益になるため（みんなにとって不利益になるため），それを防止するため」という趣旨，つまり，公益性の趣旨があるため，検察官も請求権者に含まれているのです。

（5）効果

　家庭裁判所が，不在者の財産管理人の選任など，必要な処分を命じます（民法 25 条 1 項前段）。

＊ここからは，不在者の財産管理人が置かれた後のハナシをみていきます。

（6）不在者の財産管理人の権限

　家庭裁判所が選任した不在者の財産管理人ができることは，以下の行為に限られます（民法 28 条，103 条）。

①保存行為
　財産を維持する法律行為です。
ex. 家屋の修繕，消滅時効の中断（P238〜245 7 で説明します）

②利用行為（物や権利の性質を変えない範囲で許されます）
　財産を基に収益を得る法律行為です。
ex. 現金の預金，物の賃貸

=P154

③改良行為（物や権利の性質を変えない範囲で許されます）
　財産の価値を増加する法律行為です。
ex. 家屋に電気・ガスの設備を施す。無利息の貸金を利息付きにする。

　つまり，その財産がなくなってしまわないことに限って認められているのです。

　それに対して，これらの範囲を超える処分行為をするときは，家庭裁判所の許可が必要となります（民法 28 条）。その財産がなくなることにつながるからです。
ex. 売却，抵当権の設定

（7）不在者自身が置いた財産管理人の改任

（a）意義

　上記（3）①で説明したとおり，不在者自身が弁護士などの財産管理人を置く場合があります。これは，そのときのハナシです。
　不在者が財産管理人を置いた場合において，その不在者の生死が明らかでないときは，家庭裁判所は，利害関係人または検察官の請求により，管理人を改任することができます（民法 26 条）。「改任」とは，別の者に替えるということです。

（b）趣旨

　不在者が弁護士などを置いたとしても，不在者の生死が明らかでないときは，不在者が管理人に対して十分な監督ができないため，管理が失当となる可能性があるので，家庭裁判所が介入できるようにしたのです。

※不在者の生存が明らかであるときは？

　上記の趣旨であるため，不在者の生存が明らかであれば，たとえ利害関係人など

が請求したとしても，家庭裁判所は管理人を改任することはできません。不在者の生存が明らかであるのならば，たとえば，電話で管理人である弁護士などに指示ができるからです。

2．失踪宣告

上記1.でみましたとおり，主体（メンバー）が行方不明となった場合には「不在者の財産管理」の制度がありますが，行方不明の期間が長期間となった場合に備えて，民法には以下の条文があります。

民法30条（失踪の宣告）

1　不在者の生死が7年間明らかでないときは，家庭裁判所は，利害関係人の請求により，失踪の宣告をすることができる。

2　戦地に臨んだ者，沈没した船舶の中に在った者その他死亡の原因となるべき危難に遭遇した者の生死が，それぞれ，戦争が止んだ後，船舶が沈没した後又はその他の危難が去った後1年間明らかでないときも，前項と同様とする。

（1）意義

失踪宣告：不在者の生死不明の状態が一定期間継続した場合に，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

用語解説 ――「擬制」

「擬制」という用語は，法律学習をしているとよく出てきます。これは，「～でないものを～として扱う」という意味です。一定期間行方不明であったことは「死亡」したことではありませんが，「死亡した」と扱われます。

条文では「みなす」という文言がよく出てきますが，擬制と同じ意味です。

（2）趣旨

いなくなった人が長期間行方不明であると，周りの人にさらに色々と不都合が生じるのです。たとえば，ダンナさんが行方不明である奥さんは離婚ができないため，再婚することができません。また，行方不明というだけでは死亡したことにはならないので，子供などが相続することもできません。

そこで，一定の期間経過後に，その人達からの請求で行方不明の人を死んだことにする制度が「失踪宣告」です。この失踪宣告がされると，奥さんは再婚ができる

ようになり，子供などは相続ができるようになります。

（3）要件

利害関係人が，家庭裁判所に失踪宣告を請求するには，以下の①および②の要件を充たす必要があります。

①不在者の生死が明らかでないこと（民法 30 条１項，２項）

これは，当たり前の要件ですね。

②生死不明の状態が一定期間継続すること

生死不明となった原因によって，利害関係人が失踪宣告の請求をできるようになるのに必要な期間が異なります。

ⅰ　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（民法 30 条１項）

下記 ii の特別失踪に当たらない場合は，このⅰの普通失踪となります。

ex. いわゆる「蒸発」は，普通失踪です。

蒸発しても数年後にふと帰ってくる人もいますので，「７年間」と失踪宣告の請求をできるようになるのに必要な期間が長くなっています。

ⅱ　特別失踪：戦争，船舶の沈没その他生命の危険を伴う危難が去った後から１年間生死不明である場合（民法 30 条２項）

戦争や船舶の沈没など，特殊な場合です。

これらの場合に，危難が去った（ex. 戦争が終わった）後１年間も帰ってこないのであれば，残念ながら死んでいるのだろうということです。

※不在者の財産管理人が選任されている場合に失踪宣告をすることの可否

不在者のために財産管理人が選任されていたとしても，失踪宣告の請求をすることはできます。

失踪宣告は「死亡」を擬制するための制度であるのに対して，不在者の財産管理は「財産を管理する」ための制度であり，この２つの制度は目的を異にするものだからです。

（4）請求権者

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す。上記（2）で挙げた例の奥さん（再婚することができるようになるという点で法律上の利害関係があります）や子供（相続できるようになるという点で法律上の利害関係があります）などが当たります。

P44
└

※検察官

失踪宣告の請求権者には，検察官は含まれていません。失踪宣告は，単に不在者の財産管理を行う制度ではなく，「死亡した」とまでみなしますので，それが公益（P44）とはいえないからです。人の死亡が公益とはいえないでしょう。

（5）効果

（a）死亡したとみなされる時点

上記（3）の要件を充たし，上記（4）の利害関係人の請求を受けて，家庭裁判所が失踪宣告をすると，以下の時点で死亡したものとみなされます（民法31条）。

i　普通失踪：失踪期間（7年間）満了時

思い出し方

「いつ」の候補になる時点は，以下の3つが考えられます。

①失踪した時
②失踪から7年間の期間満了時
③失踪宣告がされた時

これらを1つずつ潰していきます。

①は，自宅の玄関を出てすぐ死んだことになるのは変です。→ ×

③は，親族が請求する場合，好きなように相続開始時をずらすことができてしまい，請求者の都合のいいように悪用されかねません。Ⅲのテキスト第10編第2章1で詳しく学習しますが，相続においては，その人が死亡した時に生きている人しか相続人になれません。よって，いつ死亡したかによって，数千万円や数億円の財産がもらえるかもらえないかといった切実な違いが出てくるのです。→ ×

よって，②が妥当です。

ⅱ　特別失踪：危難が去った時

思い出し方

「いつ」の候補になる時点は，以下の４つが考えられます。

①戦地に行った時・航海に出た時
②戦争が終わった時・沈没した時（危難が去った時）
③戦争が終わってから１年経過した時・沈没してから１年経過した時（危難が去ってから１年経過した時）
④失踪宣告がされた時

普通失踪と同じように１つずつ潰していきます。戦争は第２次世界大戦の日本軍，沈没船はタイタニックで説明します。なお，民法は明治 31 年に施行された法律です。

①日本軍に神風特攻隊しかいないわけでもないですし，そんなに弱くないでしょう・出航してすぐ沈没したなら，港で見送っている家族がわかるでしょう。→ ×

③戦争が終わって帰還しないまま１年も生き延びる人はほとんどいないでしょう・映画『タイタニック』のローズのように漂流して生き延びる人もいますが，ジャックのようにすぐに死ぬのが普通でしょう。→ ×

④普通失踪と同様，親族が請求する場合，好きなように相続開始時をずらすことができてしまい，請求者の都合のいいように悪用されかねません。→ ×

よって，②が妥当です。

（ｂ）法律関係

ⅰ　もとの住所

失踪宣告により死亡したものとみなされることにより，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ます。具体的には，婚姻は解消され配偶者は再婚することができるようになり，相続が開始します（民法 882 条）。

ⅱ　本人の現在地

失踪宣告により死亡したものとみなされますが，実際にその人が死亡したとは限りません。そこで，どこかで生きていた場合，失踪宣告と同時に権利能力がなくなってしまうわけではありません。よって，失踪宣告をされた本人が失踪先においてした法律行為（ex. 本人が失踪先のスーパーで食料を買い入れる行為）は有効です。

権利能力がなくなってしまうことは，取引社会の主体（メンバー）でなくなって

しまうこと，つまり，動物などと同じ存在になってしまうということです。それでは，本人が生きていた場合に生活ができなくなりますので，権利能力がなくなることはないのです。

＊以上は失踪宣告がされた場合までのハナシですが，最後に下記（6）で，失踪宣告がされた後に失踪宣告が取り消される場合のハナシをみます。

（6）失踪宣告の取消し

（a）失踪宣告が取り消される場合

失踪宣告が取り消されるのは，以下のいずれかの証明がある場合に，本人または利害関係人が失踪宣告の取消しの請求を家庭裁判所にした場合です（民法 32 条 1 項前段）。下記②の場合は，本人が請求することはできませんが……。

①失踪者が生存することの証明

生きていた場合は，当然，取り消す必要があります。

②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

相続人となれるのは，被相続人の死亡時に生存している者のみです。そのため，死亡時期によって相続関係が大きく異なります。よって，実際の死亡時期が異なる場合は，失踪宣告の取消しが認められているのです。

注意していただきたいのは，上記①②のいずれも，家庭裁判所に請求があり，家庭裁判所の取消しが必要である点です。たとえば，失踪宣告がされた後に，本人が生きて帰ってきたとしても，それだけでは失踪宣告の効力は当然には失われません。

失踪宣告をしたのは家庭裁判所ですので，失踪宣告の取消しも家庭裁判所がする
P80＝ 必要があります。家庭裁判所の知らないところで，いつの間にか失踪宣告の効力が失われているということはありません。

（b）効果

失踪宣告がされると，婚姻が解消したり，相続が開始したりします。周りの人は死亡したと思っています。そこで，たとえば，相続人（＊）が相続したと思って失踪者の財産を売ってしまったりしている場合があります。

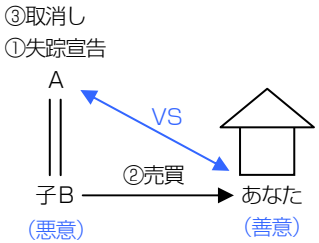
＊正確には相続が生じなかったことになりますので「相続したと思った人」などという表現が正しいのですが，それですと読みづらくなるので，以下では「相続人」と記載します。

その場合に，失踪宣告の取消しがされたとき，相続人がした売買などはどうなる

のでしょうか。以下の Case で考えてみましょう。

Case

Aにつき失踪宣告がなされ，Aは死亡したものとみなされた。Aを相続したAの子Bは，Aから相続した建物を第三者であるあなたに売った。その後，Aが生きていることの証明があったので，Aの失踪宣告は家庭裁判所によって取り消された。Bがあなたにその建物を売却した時点で，BはAが生きていることを知っていたが，あなたは知らなかった場合，あなたはその建物の所有権を取得できるか？



失踪宣告が取り消された場合の効力は，以下の民法 32 条が定めています。

民法 32 条（失踪の宣告の取消し）

1　失踪者が生存すること又は前条に規定する時と異なる時に死亡したことの証明があったときは，家庭裁判所は，本人又は利害関係人の請求により，失踪の宣告を取り消さなければならない。この場合において，その取消しは，失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない。

2　失踪の宣告によって財産を得た者は，その取消しによって権利を失う。ただし，現に利益を受けている限度においてのみ，その財産を返還する義務を負う。

ⅰ　原則

失踪宣告の取消しによって失踪宣告がなかったもの（死んでいなかったもの）と扱われます。つまり，失踪者は最初から生きていたことになるのです。

ⅱ　例外

上記ⅰの原則どおりですと，失踪者は最初から生きていた扱いになり，たとえば，相続人は失踪者の財産を相続していなかったことになります。よって，相続人（無権利者）から相続財産を譲り受けた人は，その財産を取得できないことになります。しかし，それでは影響が大きくなってしまうため（予想外の事態となってしまうため），失踪宣告の取消しは，「失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない」とされています（民法 32 条１項後段）。

ただ，条文には「善意でした」としか書かれておらず，誰が善意である必要があるのかが不明です。相続人なのか，第三者なのかが不明なのです。そこで解釈が必要となりますが，判例はこの「善意」（民法 32 条 1 項後段）とは，双方が善意であることとしました（大判昭 13.2.7）。「双方」とは，上記 Case でいえば，Bとあなたの双方がAの生存について善意である場合を指します。上記 Case はBが悪意ですので，あなたは建物の所有権を取得できません。

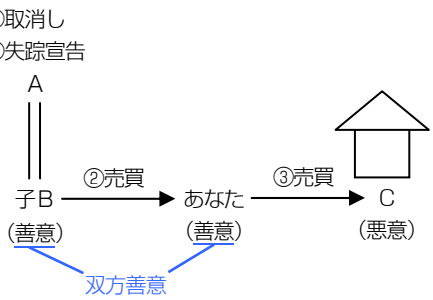
Bが善意でなければ，Bは，Aが生きていることを知りつつ「シメシメ，失踪宣告で死んだことになっているから，このスキに売ってやろう」と考えたことになります。また，あなたが善意でなければ，あなたを保護する必要はありません。よって，双方が善意である場合しかAを犠牲にできないのです。

双方善意を探せ

失踪宣告の取消しにより，すでにされた行為に影響がおよぶかという論点が出題された場合には，**とにかくどこかに「双方善意」がないか探してください。「双方善意」があれば，有効で確定します。**その後に，生存について悪意の者が出てきても，関係ありません。「ウォーリーを探せ」ではなく……，「双方善意を探せ」というフレーズを，問題を解く時に思い出してください。

1つ練習してみましょう。

ex. Aにつき失踪宣告がなされ，Aは死亡したものとみなされました。Aを相続したAの子Bは，Aから相続した建物を第三者であるあなたに売りました。Bがあなたにその建物を売却した時点で，Bとあなたは Aが生きていることを知りませんでした。そして，あなたがCにその建物を売りました。Cは，Aが生きていることを知っていました。その後，Aが生きていることの証明があったので，Aの失踪宣告は家庭裁判所によって取り消されました。この場合，Cは，その建物の所有権を取得できます。



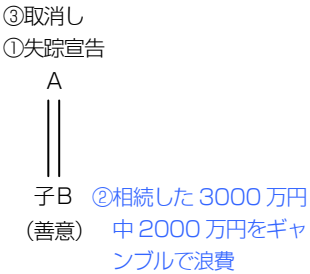
Cは悪意ですが，Bとあなたが善意であり，「双方善意」があるので，有効で確定するのです。

※返還義務

失踪宣告が取り消されると，失踪の宣告によって財産を得た者は，その財産を返還する必要があります（民法 32 条２項本文）。

この場合，どの範囲で返還する必要があるでしょうか。どういうことかというと，失踪者が死亡したと思っている者などは，自身が有効に財産を取得したと思い，財産を消費したり，処分したりしてしまっている場合があります。返還する範囲について民法 32 条２項ただし書は，「現に利益を受けている限度（現存利益）においてのみ……返還する義務を負う」としています。この現存利益は，P201～202（１）の現存利益と同じ意味です（よって，詳細は P201～202（１）で説明します）。

ex. Aにつき失踪宣告がなされ，Aは死亡したものとみなされました。Aを相続したAの子Bは，Aから相続した 3000 万円中 2000 万円をギャンブルで使ってしまいました。その後，Aが生きていることの証明があったので，Aの失踪宣告は家庭裁判所によって取り消されました。なお，Bは，Aが生きていることを知りませんでした。この場合，Bは，Aに 1000 万円を返還すれば足ります。2000 万円はギャンブルで使ってしまったので，1000 万円しか現存利益がないからです。



なお，現存利益の返還で済むのは，失踪者の生存について善意である者に限られると解されています（通説）。悪意者は現存利益では済みません。

5 権利能力なき社団

上記 4 までは，権利能力を有する者について，「始期と終期」や「行方不明となってしまった場合」などをみてきました。権利能力の説明の最後に，この 5 では，「ギリギリ権利能力を有しないもの」（権利能力なき社団）をみます。

１．意義

権利能力なき社団：社団としての実体はあるが，法人，すなわち「人」として認められていないことから権利能力が認められない団体

ex. 町内会，大学の同窓会

権利能力を有するのは自然人と法人（会社など）でした（P37①②）。この権利能力なき社団は，人の集まりという点では法人と同様なのですが，「法人まではいかない」のです。

権利能力なき社団のイメージ

法人まではいかない**中途半端な存在**

典型例は，町内会や同窓会です。町内会や同窓会は人の集まりという点では，法人と同様ですが，法人のように権利能力は認められません。以下の説明は，町内会または同窓会のどちらかイメージしやすいほうをイメージしながらお読みください。

※法人とは正反対の位置に存在するのか？

権利能力なき社団は権利能力がないため，権利能力のある法人とは正反対の位置に存在するようにも思えますが，存在位置が法人と正反対であるとはいえません。権利能力なき社団は，「法人格」を取得していないものの，実質的には法人とあまり変わらない組織を有し，社団としてそのメンバーから独立して行動しています。そこで，できる限り，一般社団法人（＊）と同様の扱いをすべきなのです。

＊一般社団法人は，会社法・商業登記法で学習します。今は，「法人の1つ」という程度の認識を持っていただければ結構です。

このように，法人と正反対の位置に存在するわけではないため，権利能力なき社団は，「法人まではいかない中途半端な存在」というイメージなのです。

2．要件

人の集まりですが，人の集まりだからといって，すべてが権利能力なき社団となるわけではありません。たとえば，みなさんが友人と「毎週土曜日は，このファミレスでお茶会をしよう」と決めても，それは人の集まりではありますが，権利能力なき社団ではありません。

権利能力なき社団といえるためには，以下の4つの要件を充たしていることが必要です（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（ex. 町内会の会員や同窓会の同窓生などメンバー）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

上記の４つの要件を充たすとは，「きちんとしたルールがあり（上記②④），組織となっている（上記①③）」ということです。

なお，権利能力なき社団の目的（何のための団体か）については，制限はありません（上記の要件にも入っていません）。

３．効果

上記２.の要件を充たし権利能力なき社団となると，以下の対内関係（社団内部の問題）と対外関係（社団外部との問題）が生じます。

（１）対内関係（社団内部の問題）

できる限り一般社団法人と同様の扱いをすべきですので，一般社団法人（＊）の規定が類推適用（P122）されます（通説）。

＊前述したとおり，一般社団法人は会社法・商業登記法で学習するので，以下の具体例は，会社法・商業登記法の学習後に理解できればOKです。

ex1. 権利能力なき社団の代表者は，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ます（最判昭 39.10.15）。

ex2. 権利能力なき社団が，総会において，会員の資格要件を定める規則を改正する旨の決議をした場合，その改正決議は改正手続に従い総会での多数決により会員の資格要件の定めを改正したものであるため，その改正規則は，特段の事情がない限り，改正決議について承諾をしていなかった者を含むすべての構成員を拘束します（最判平 12.10.20）。

ex3. 権利能力なき社団の構成員の死亡は，社団の脱退事由となりますが，相続人が社員たる地位を相続する旨を規則で定めることは可能です（法人法 29 条３号，11 条１項５号参照）。

（２）対外関係（社団外部との問題）

（ａ）財産の帰属

権利能力なき社団の財産の帰属について，町内会を例に考えてみましょう（同窓会でも結構です）。町内会の財産でないかと思われるものとして，たとえば，町内会館（不動産）や会員から集めた運営費があります。法人であれば権利能力がありますので，財産は法人に帰属するということで問題ありません。しかし，権利能力なき社団は，権利能力がなく，法人まではいかない中途半端な存在ですので（上記の「権利能力なき社団のイメージ」），財産を権利能力なき社団に帰属させることはで

きません。

そこで，財産が誰にどのように帰属するかが問題となります。

ⅰ　財産帰属形態の一般的法律関係

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します（最判昭 48.10.9 ・通説）。

ex. 町内会館や会員から集めた運営費は，町内会の会員みんなで所有しているということになります。

権利能力がないため，権利能力なき社団の構成員から切り離して財産を社団に帰属させることはできないのですが，できる限り法人に近づけるため，総有的に（＊）帰属するとされました。

＊総有とは，「みんなで持っている」ということですが，正確な意味はⅡのテキスト第３編第３章第４節6で説明します。

ⅱ　登記

不動産登記の登記名義人となることや，法人のように商業登記をすることができるかが問題となります。

（ⅰ）不動産登記

権利能力なき社団の不動産は，権利能力なき社団名義で登記することはできず，代表者の個人名義で登記するか，または，社団の構成員全員の共有名義で登記すべきです（最判昭 47.6.2 ・登記実務）。

ex. 町内会館を町内会名義で登記することはできず，町内会長名義で登記するか，または，町内会の会員全員の共有名義で登記すべきです。

権利能力なき社団名義で登記することができないのは，以下の理由によります。

①法人であれば，登記事項証明書（＊）または主務官庁の証明書で法人の存在を公的に証明することができます。それに対して，権利能力なき社団にはこのような方法がありません。

＊商業登記法で学習しますが，株式会社などは登記をすることによって成立します。登記をすると法務局に「登記事項証明書」の発行を請求できます。登記事項証明書には，その法人の基本的な情報が記載され，その法人が存在する公的な証明となります。

②競売（P25）を不当に免れるために使用されるおそれがあります。競売は，基本的には債務者が所有している不動産に対してしかできません。そこで，借金など

を返せなくなった債務者が，「このままでは家が競売されてしまう。それを避けるために，別の者の名義に移してしまおう。」と考え，不動産の登記を別の者に移してしまうということは，よくあるハナシです。権利能力なき社団は法人のように厳格な設立手続によってできるものではないため，競売を不当に免れるために利用される確率が高くなるのです。

（ⅱ）商業登記

株式会社などのように商業登記をすることはできません。そのため，上記（ⅰ）①で説明したとおり，登記事項証明書によって公的に存在を証明できず，不動産登記の登記名義人となれないのです。

（b）債務の帰属

権利能力なき社団も，実社会で取引などを行います（ex. 町内会が備品を購入する）。そこで，権利能力なき社団が債務を負うことがあるわけですが，この債務の責任を構成員が負うかが問題となります。

権利能力なき社団の債務につき，構成員は個人的には責任を負いません（最判昭48.10.9）。

構成員が個人的に責任を負わないのは，以下の理由によります。

①権利能力なき社団の財産が，構成員に総有的に帰属することとのバランスです。Ⅱのテキスト第３編第３章第４節6で説明しますが，「総有」とは，構成員が社団の財産を自由に処分することもできませんし，社団を脱退するとき（ex. 別の町に引っ越すとき）に「社団の財産から自分の分をよこせ」と言えないのです。引っ越したときに，町内会の財産を分けてもらったことがある方はいないでしょう。このように，権利能力なき社団の財産に対してほとんど権利がないことの裏返しとして，権利能力なき社団の債務について個人的な責任を負わないとされているのです。

②法人の代表者や構成員でさえ，原則として法人の債務について個人責任を負いません。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きます。

③権利能力なき社団の代表者や構成員を保証人とすることで，債権者の危険は回避できます。

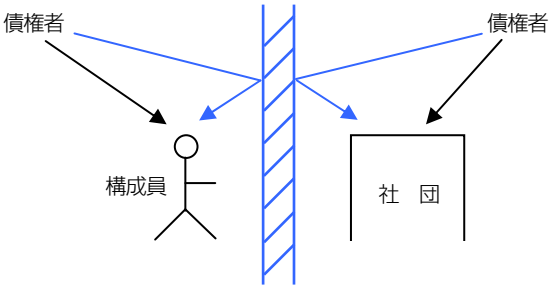
権利能力なき社団の代表者の責任が問題になった以下の判例があります（厳密には，この判例は「権利能力なき財団」の事案です）。

最判昭 44.11.4

権利能力なき社団の代表者が代表資格を表示して手形を振り出した場合でも，代表者は振り出した手形につき，個人的に責任を負いません。

また，逆に，構成員の債権者は，権利能力なき社団の財産を差し押さえることができません。

以上を図でまとめると，以下のようになります。



このように，構成員と権利能力なき社団との間にはシャッターがあるイメージです。

第２節　意思能力

前節で「権利能力を有することは，取引社会の主体（メンバー）であること」と説明しました。また，自然人の権利能力の始期は出生でしたので（P38（１）），０歳や１歳の赤ちゃんでも権利能力はあることになります（「権利能力」の問題）。

しかし，「実際に取引をする能力があるか？」ということは，権利能力とは別問題です。権利能力があっても，たとえば，０歳や１歳の赤ちゃんは物事の分別がつきませんので，「これを買いたい」などとは言えません（「意思能力」の問題）。

また，大体６～７歳くらいになれば，物事の分別がつきますので，「これを買いたい」とは言えます。しかし，能力に不安がある未成年者の場合は，成年者に比べて保護する必要性が高いです（「行為能力」の問題）。

このような理由から，「意思能力」「行為能力」という問題が生じます。つまり，ここで扱う意思能力と行為能力は，「権利能力はある（取引社会の主体〔メンバー〕ではある）が，物事の分別がつかない者や，保護する必要がある者をどう扱うか？」という問題なのです。

意思能力はこの第２節で，行為能力は次の第３節で説明します。

1 意義

意思能力：自分の法律行為の結果を弁識するに足るだけの精神能力（意思能力について明文規定はありません）

用語解説 ―― 「明文規定」

「明文規定」とは，条文があるということです。学説問題の肢（あし）の中で，「明文規定がある」「明文規定がない」という文言はよく出てきますので，意味がわかるようにしておいてください。

意思能力とは，要は「自分がした行為によって，どんな結果が起こるかがわかる能力」のことです。

思い出し方

意思能力があるかどうかは，**「コンビニのレジに商品を持って行ったら（商品の売買契約という法律行為），その商品の代金を支払う必要が生じること（効果）がわか**

るか」という判断基準から考えてください。

このことは，成年者でなくても，10歳くらいの子供であれば問題なくわかるでしょう。それに対して，3歳の子供にはわからないでしょう。
よって，6～7歳くらいが境目となると考えられています。就学前の幼児には意思能力は認められないでしょう。

また，年齢の問題だけではなく，泥酔者なども意思能力がないとされることがあります。ヒドい酔っ払いだと，レジに商品を持って行ったら，その商品の代金を支払う必要が生じることがわからないでしょう。家にも帰れない酔っ払いもいますしね……。

認知症の年配の方が，症状がヒドいときは意思能力がないとされることもあります。

2 効果

意思能力を欠いた者の行為は無効です（大判明38.5.11）。
ex. 3歳の子供と契約をしても無効です。

第３節　行為能力

1 行為能力全般のハナシ

１．意義

行為能力：自ら単独で完全に有効な法律行為をすることができる能力

行為能力を有する者が，「行為能力者」です。行為能力者は，親などの関与なく，完全に有効な法律行為（親などの関与がなかったことで取り消されることのない法律行為）を行うことができます。

それに対して，行為能力を制限された者がいます。民法は以下の４者を「制限行為能力者」とし，制限行為能力者は，一部の法律行為については，単独では完全に有効に行うことができないとされました。

①未成年者
②成年被後見人
③被保佐人
④被補助人

２．趣旨

前節で説明した「意思能力」は，意思能力がないとして契約が無効となるといっても，実際には証明が困難であることもあります。たとえば，認知症の症状がヒドかった場合には意思能力がなかったとして契約が無効となるのですが，契約の時点で認知症の症状が出ていたことを証明するのは困難です。よって，上記１.の①～④の４者を「保護する者」としてあらかじめ決めてしまったのです。

そこで，民法は「制限行為能力者」という制度を設けました。

「未成年者」はわかると思いますが，あとの３つは聞いたことがないかもしれません。「成年被後見人」「被保佐人」「被補助人」とは，たとえば，認知症などにより判断能力が弱くなったお年寄りがなることがあります。ニュース番組の特集コーナーなどで，認知症のお年寄りが，訪問販売で必要のない高額なリフォーム契約を締結させられたなどといったハナシを聞いたことがありませんか。これらは，そういったことから守るための制度なのです。

過度にひいき

制限行為能力者は，他の制度と比べても，**過度に保護されています。**

→ テクニック 択一でまったくわからない肢が出たら，**制限行為能力者が勝つ方向で**正誤を判断してください。そちらのほうが，正解する確率が高いです。

上記のように，制限行為能力者の制度は，制限行為能力者の保護という視点のみから説明されることが多いのですが，取引の安全を図る，つまり，制限行為能力者と取引をする相手方の保護の視点もあるということにもご注意ください。

たとえば，未成年者と，親などの関与なく契約をしてしまった場合には，契約が取り消されることがあるのですが，このことは民法であらかじめ規定されています。よって，取引の相手方は，「未成年者と取引をするときは気をつけよう」と注意することができるのです。

また，P80〜85 4 で説明しますが，明確に取引の相手方のために設けられた条文もあります。

3．効果

完全な行為能力を有しない者（制限行為能力者）のした行為は，取り消すことができます（民法5条2項，9条本文，13条4項，17条4項）。

それでは，4者の制限行為能力者についてみていきましょう。なお，「未成年者」（下記 2 ）と「成年被後見人・被保佐人・被補助人」（下記 3 ）で分けてみていきます。未成年者は年齢により当然になるものですが，成年被後見人・被保佐人・被補助人は家庭裁判所の審判手続が必要であるため，このように分けます。

2 未成年者

1．意義

（1）原則

20歳未満の者が未成年者です（民法4条）。これは常識ですね。よって，下記（2）のほうにご注意ください。

（2）例外

男は18歳，女は16歳になれば婚姻することができますが（民法731条），20歳未満の者でも婚姻したときは，成年に達したものとみなされます（民法753条）。本

来は成年でないものを成年とみなすので，これを「成年擬制」といいます。

これは，夫婦生活の自主独立性の尊重のためといわれています。20歳未満の者でも，婚姻しているのであれば「ママに頼むか？」ということです。奥さんがいるのに，携帯電話を購入するときに「ママ〜，契約するから同意（代理）して〜」と頼まないといけないのは，おかしいですよね。自分でできないと，奥さんが逃げていくでしょう……。

※成年擬制が生じた後に20歳になる前に婚姻が解消した場合

未成年者が婚姻をし成年擬制が生じた後に，20歳になる前に離婚などにより婚姻が解消した場合，制限行為能力者に戻るのでしょうか。

この場合，制限行為能力者には戻らず，婚姻の解消後も単独で完全に有効な法律行為ができます（通説）。

取引の相手方は，離婚したという事情を知らないことが多いので（「離婚しました」って言いづらいですし……），制限行為能力者に戻ってしまうと，取引の安全を害するからです。

2．未成年者の行為能力

（1）原則

（a）同意

民法5条（未成年者の法律行為）

1　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。

未成年者が法律行為（＊）をするには法定代理人（親などのことです）の同意が必要であり，同意なく行った法律行為は取り消すことができます（民法5条1項本文，2項）。

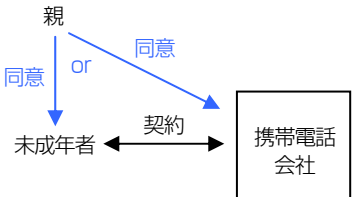
＊「法律行為」について詳しくは，P93〜98 で説明します。民法は，法律行為のメインは契約であると考えていますので，現時点では「法律行為＝契約」というイメージを持っていただければ結構です。

ex. 高校生が携帯電話の購入（契約）をするときは，親の同意書を要求されたり（携帯電話会社のパンフレットに記入用の同意書がついていることがあります），親に同意の確認の電話がされることがあります。

※同意の相手方

法定代理人の同意は，未成年者に「この法律行為をしていいよ」と同意するのが通常ですが，相手方に直接しても構いません。

ex. 上記 ex.でいえば，親は未成年者に同意書を渡しても，携帯電話会社に「同意しています」と直接連絡しても構いません。



（b）代理

上記（a）の同意以外に，法定代理人が未成年者を代理（＊）して法律行為を行うこともできます（民法 824 条本文，859 条 1 項）。同意の場合は契約などをするのは未成年者自身ですが，代理の場合は法定代理人が代わって契約などをします。

＊代理は，P146〜で詳しく説明します。現時点では，「代理人が代わりに契約をすること」くらいの認識をもっていただければ結構です。

ex. 未成年者がAであり，親がBである場合に，BがAの代わりに契約をする場合は，契約書に右のように記載します。Bの横に「㊞」とありますとおり，押印している（契約書を作成している）のはBです。

契約書

A
上記法定代理人 B ㊞

（2）例外

下記（a）〜（c）の3つの行為は，法定代理人の関与なく，未成年者が単独で完全に有効にすることができます。

（a）単に権利を得または義務を免れる行為（民法5条1項ただし書）

民法5条（未成年者の法律行為）

1　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。

未成年者制度の趣旨のメインは，未成年者の保護です。よって，未成年者にとって不利益のない，単に権利を得または義務を免れる行為については，法定代理人の関与が不要とされました。

「単に権利を得または義務を免れる行為」といえるか，以下の表の事項が問題となりますが，この判断基準で考えてください。

判断基準

未成年者にとって**一部でも不利といえない**
→該当する

未成年者にとって**一部でも不利といえる**
→該当しない

該当するもの （未成年者が単独でできる）	該当しないもの （法定代理人の同意が必要である）
①負担のない贈与を受けること 贈与（民法 549 条）は，「タダであげる」という契約です。未成年者がタダでもらうほうですから，一部でも不利といえません。	①負担付贈与を受けること 負担付贈与（民法 553 条）は，もらうほうも負担をする贈与契約です。 ex.「家をあげるから，その代わりに面倒をみてくれ」という贈与契約が負担付贈与です。 未成年者はタダでもらいますが，負担の部分（面倒をみる部分）が一部不利といえます。
②債務の免除を受けること 債務の免除（民法 519 条）とは，債権者が債務者に「もう返さなくていいよ」などと債務を免除してあげることです。債務者である未成年者は，債務がなくなる利益しかありませんので，一部でも不利といえません。	②債務を承認すること（大判昭 13.2.4） 債務の承認は，時効の中断事由です（民法 147 条 3 号。P242～243（3））。未成年者にとって，「承認をしなければ，債務が消滅時効で消えていたのに……」となりますので，未成年者に不利といえます。
	③債権の弁済を受けること 未成年者が弁済を受けると，利益しかないように思えますが，未成年者の持つ既存の債権が消滅してしまうという点を重視して，不利となる部分があるとされます。また，未成年者が金銭などを受け取ると，浪費してしまうかもしれません。
	④遺贈の放棄（負担の有無を問いません） 遺贈の放棄（民法 986 条）は，財産をもらう権利を放棄することですので，未成年者に不利といえます。

（b）法定代理人が目的を定めて処分を許した財産・目的を定めないで処分を許した財産を処分する行為（民法5条3項）

民法5条（未成年者の法律行為）

3　第1項の規定（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）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。目的を定めないで処分を許した財産を処分するときも，同様とする。

以下の財産を処分する行為は，未成年者は法定代理人の関与なくできます。

①法定代理人が目的を定めて処分を許した財産
ex. 学費
②法定代理人が目的を定めないで処分を許した財産
ex. 小遣い

親から許された学費の支払や，親から渡された小遣いの範囲内で物を買うことなどは，法定代理人の関与なくできます。いずれも「処分を許した」と要件がつきますので，同意しているようなものだからです。

（c）法定代理人から一種または数種の営業を許された未成年者のその営業に関する行為（民法6条1項）

民法6条（未成年者の営業の許可）

1　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。

たとえば，未成年者が親から許可を受けて，スポーツショップを営む場合のことです。みなさんの周りにいるかはわかりませんが，高校卒業後にすぐにお店を始めたりする未成年者もいるんです。このように未成年者が営業をするときに，1回1回の売買などについて，いちいち同意などをしていると煩雑であるため，「営業」という形で許すことができます。

ⅰ　「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です。「営利を目的にして」とは，利益を出すことを目的としているということです。「反復継続して」とは，1回きりの売買などではないということです。

なお，これは，自ら主体となって営業をすることが必要であり，未成年者が他人に雇われて働く場合（ex. 高校生のアルバイト）は含みません。

ⅱ　「一種または数種の」営業

一種または数種の営業の許可をすることができます。

ただし，以下の①または②の許可はダメです。

①一種の営業の一部に限定しての許可

たとえば，スポーツショップの営業は許可するが，10万円以上の商品の売却は同意を要する，とするのはダメです。スポーツショップにきたお客さんは通常は，店主がすべての商品を完全に有効に売ることができるだろうと思っていますので，一部に限定すると，お客さんが思いがけない不利益を受けてしまうからです。

②営業の種類を特定しない許可

上記①は狭すぎる許可はダメということですが，この②は逆に，広すぎる許可はダメということです。未成年者を保護する趣旨から，なんでもかんでも許可することは許されません。

3．保護者 ―― 法定代理人

未成年者の最後に，保護者（法定代理人）をみます。未成年者の法律行為について同意や代理をしたり，営業を許可したりする者です。

（1）法定代理人となる者

以下の者が，未成年者の法定代理人となります。①の者がいる場合は①の者，①の者がいない場合は②の者が法定代理人となります。

①親権者（民法818条）

親権者とは，実親または養親のことです。「養親」とは，養子縁組をした場合ですが，これはイレギュラーなので，今は実親（実の親）だけをイメージしてください。

②未成年後見人（民法838条1号）

未成年後見人は，親権者がいない場合，または，いても虐待などの理由により法

定代理人としてふさわしくない場合に選任されます。

P71＝

未成年後見人は，かつては，１人の未成年者に１人しかなれず，また，自然人しかなれませんでした。しかし，平成 23 年に改正され，未成年後見人は複数でもよく，法人でもよいとされました。ニュースで聞いたことがあると思いますが，未成年者に対する虐待が増加している現状をふまえ，より柔軟に対応できるようにするために改正されました。複数の者が未成年後見人となれるとされたのは，１人で引き受けるのは責任が重く，なり手が見つかりにくかったことが背景にあります。法人もなれるとされたのは，児童福祉施設が未成年後見人になれるようにするためです。

（2）権限

法定代理人には，未成年者について以下の権限があります。

①同意権（民法５条１項本文）

P63〜64（ａ）の同意をする権限のことです。

②代理権（民法 824 条本文，859 条１項）

P64（ｂ）の代理をする権限のことです。

③財産管理権（民法 824 条本文，859 条１項）

未成年者の財産を管理する権限があります。たとえば，原則として，未成年者名義の預金は法定代理人が管理します。

④取消権（民法 120 条１項）

⑤追認権（民法 122 条）

上記④⑤は，P204〜210 の 4 と 5 で説明します。

3 法定後見制度（成年被後見人・被保佐人・被補助人）

１．趣旨

よくある事例として，認知症のお年寄りが，訪問販売で必要のない高額なリフォーム契約を締結させられるなどということがあります（ニュースなどで聞いたことがあるでしょうか）。これは，私的自治の原則（P18）の考え方からすれば，自分で結んだ契約なので，自己責任となります（私的自治の原則の義務の側面）。

しかし，それではあまりにも不公平です。よって，あらかじめ家庭裁判所において，成年後見人・保佐人・補助人を選任しておけば（親族が選任されることも多いですが，司法書士や弁護士が選任されることもあります），上記の例のような高額なリフォーム契約などを取り消すことができる制度を設けました。それが，この「成年後見制度」「保佐制度」「補助制度」です。

２．制限行為能力者となる者

判断能力の衰えの程度により，以下の３つに分かれます。

	成年後見	保佐	補助
対象者	精神上の障害により，事理弁識能力を「欠く」常況にある者 →成年後見人が家庭裁判所で選任されると，「成年被後見人」となります。	精神上の障害により，事理弁識能力が「著しく不十分」である者 →保佐人が家庭裁判所で選任されると，「被保佐人」となります。	精神上の障害により，事理弁識能力が「不十分」である者 →補助人が家庭裁判所で選任されると，「被補助人」となります。

判断能力　低い ⟶ 高い

― Realistic ３　表の位置も記憶に活用 ―

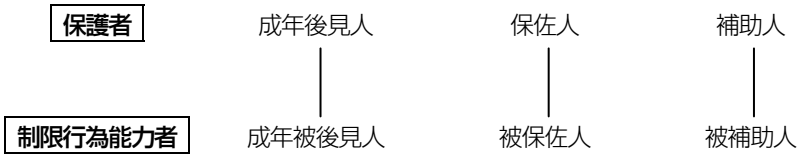
成年後見・保佐・補助は，上記のような表で説明していきます。

成年後見・保佐・補助の表は，すべて「成年後見・保佐・補助」の位置関係にしていますので，**表の位置も記憶に役立てて**ください。

成年被後見人になる方はかなり状態の悪い方も

事理弁識能力を「欠く」常況にある者が成年被後見人となるので，かなり状態の悪い方もいらっしゃいます。たとえば，「精神病院に入院中の方」や「病院で人工呼吸器を装着している方」もいらっしゃいます。そこまで状態の悪くない方も多いのですが，**「かなり状態の悪い方もいる」というイメージを持っておくと，成年後見の知識を記憶しやすくなります**。

成年後見人・保佐人・補助人が家庭裁判所で選任されると，以下のとおり，保護者と制限行為能力者の関係が生じます。いずれも，制限行為能力者のほうに「被」という文字がついています。「被」とは，「～される」という意味です。後見されるのが成年被後見人，保佐されるのが被保佐人，補助されるのが被補助人ということです。



なお，「成年被後見人」「被保佐人」「被補助人」のいずれになるかは，「この病名であれば，これ」など明確な基準があるわけではありません（立案者が示した具体例はありますが，試験では問われないでしょう）。実務では，成年被後見人が最も多いのですが，被保佐人となるか被補助人となるかは微妙な事例も多くあります。

3．開始の手続

判断能力の程度により，開始の要件・手続が異なる点があります（同様である点もあります）。

まず，成年後見・保佐・補助のいずれも，未成年者と異なり，家庭裁判所の開始の審判が必要です。認知症だからといって，当然に成年被後見人・被保佐人・被補助人となるわけではありません。

用語解説 ―― 「審判」

家庭裁判所は，主に家事事件を扱う裁判所ですが，その家庭裁判所がする判断のことを「審判」といいます。

次に，誰が家庭裁判所に申立てをするのかが問題となります。家庭裁判所に申立てをできるのは，以下の者です。

P80＝

	成年後見	保佐	補助
申立権者	本人，配偶者，4親等内の親族，検察官など（民法7条，11条，15条1項） これらの者が，家庭裁判所に申立てをし，家庭裁判所が開始の審判をすることによって，成年後見・保佐・補助が開始されます。		

上記の「など」の部分で少し違いはあるのですが，それは細かいので，六法でサラっと条文を確認する程度で結構です。よって，申立権者はほとんど同じです。

なお，成年後見であっても，成年被後見人となる本人自身も申立てができる点にご注意ください。実際には状態によって厳しい場合もありますが，申立てができる状況なのであれば可能です。

申立権者が家庭裁判所に申立てをし，家庭裁判所が開始の審判をすることによって開始するのですが，それらに加え「本人の同意」が必要となる場合があります。申立権者には本人以外（配偶者など）も含まれていますが，本人以外の者が申立てをする場合には，本人の同意が必要となるのです。

	成年後見	保佐	補助
本人以外の請求による場合の本人の同意	不要		必要 （民法15条２項）

補助の場合のみ，本人の同意が必要となります。被補助人は事理弁識能力が不十分であるにすぎない，つまり，あまり状態が悪くないため，被補助人の関与なしに補助が開始されることはありません。

４．保護者（成年後見人・保佐人・補助人）

成年後見・保佐・補助の開始の審判がされると，保護者（成年後見人・保佐人・補助人）が選任されます。

成年後見人・保佐人・補助人は，家庭裁判所が個々の事案で最も適任な者を選任します（民法843条，876条の２，876条の７）。

成年後見人・保佐人・補助人には，法人もなることができます（民法843条４項，876条の２第２項，876条の７第２項）。たとえば，司法書士法人（司法書士事務所が法人化したもの）がなることがあります。また，複数の者を選任することも可能です（民法843条３項，876条の２第２項，876条の７第２項）。たとえば，「財産管理は司法書士，介護は社会福祉士」など，専門家がそれぞれの領域ごとに担当することもあります。 =P68

なお，成年後見人・保佐人・補助人となれる者は，司法書士，弁護士などに限定されているわけではありません。親族が選任されることも多いです。

＊ここからは，成年後見人・保佐人・補助人が選任された後のハナシをみていきます。

まずは以下の大前提を理解することが極めて重要です。この後の規定を理解する

カギとなります。

大前提

判断能力の程度は「成年被後見人＜被保佐人＜被補助人」なのですが，もう少しつっこんでみていきましょう。「成年被後見人」と「被保佐人・被補助人」で大きく分かれます。

成年被後見人は，基本的に自分で法律行為を行うことができません。

それに対して，被保佐人・被補助人は，基本的に自分だけで法律行為を行うことができます。



成年被後見人は，**法律行為を行えない位置からのスタート**です。しかし，法律行為を行えないと社会生活で困ってしまいますので，どのように法律行為を行うのかが問題となります。

それに対して，被保佐人・被補助人は，**法律行為を行える位置からのスタート**です。自分一人で法律行為を行えるのですが，特定の重要な行為は行えない場合があります。

5．同意権

保護者に同意権があれば，同意権のある行為については，制限行為能力者は保護者の同意を得て相手方と法律行為（契約など）をすることになります。

（1）同意権付与の対象と同意権のない行為

そこで，成年後見人・保佐人・補助人に同意権があるかが問題となりますが，以下の Case を考えてみてください。

Case

成年被後見人が，所有している建物を売却するに際してあらかじめ成年後見人の同意を得た場合，その売却行為は取り消すことができないものとなるか？

<table>
<tr><th></th><th>成年後見</th><th>保佐</th><th>補助</th></tr>
<tr><td>付与の対象</td><td>成年後見人に同意権はありません。成年被後見人は事理弁識能力を“欠く”ため，同意を得て法律行為をすることさえできないからです。P69 の具体例でイメージしてください。</td><td>民法 13 条 1 項所定の行為（※）について，保佐人に同意権が付与されます（民法 13 条 1 項）。
さらにこれ以外でも同意が必要な行為を追加することができます（民法 13 条 2 項本文）。
なお，民法 13 条 1 項所定の行為（※）の一部について，保佐人に同意権を付与しないとすることはできません。そうすると，補助と同じになってしまうからです。</td><td>民法 13 条 1 項所定の行為（※）の一部について，申立ての範囲内で，補助人に同意権を付与することができます（民法 17 条 1 項）。つまり，民法 13 条 1 項所定の行為（※）の中から「選べる方式」なのです。
なお，民法 13 条 1 項所定の行為（※）の全部について，補助人に同意権を付与することはできません。そうすると，保佐と同じになってしまうからです。</td></tr>
<tr><td rowspan="2">同意権のない行為</td><td>同意権のない行為（財産に関するあらゆる行為です）は，成年被後見人は単独で行えず，行った場合には取り消すことができます（民法 9 条本文）。よって，上記 Case の場合は，売却行為を取り消すことができることになります。</td><td colspan="2">同意権のない行為は，成年被後見人と異なり，被保佐人・被補助人は単独で行えます。被保佐人と被補助人は，成年被後見人と異なり，「基本的には自分で法律行為を行えるが，重要な民法 13 条 1 項所定の（一部の）行為については，保佐人と補助人の同意が必要となる」からです。つまり，成年被後見人とそもそもの出発点が異なるのです。P72 の「大前提」を確認してください。</td></tr>
<tr><td colspan="3">日用品の購入その他日常生活に関する行為は，同意が必要とされず，同意なく行っても取り消せません（民法 9 条ただし書，13 条 1 項ただし書，17 条 1 項ただし書）。</td></tr>
</table>

Realistic rule

成年後見・保佐・補助の制度を利用していたとしても，**日用品の購入その他日常生活に関する行為**（ex. スーパーでの買い物など）**は取り消すことができません**。これまで取り消されては，さすがに世の中が回らなくなるからです。また，成年後見・保佐・補助の制度の背景に，ノーマライゼーションという発想があるからでもあります。「ノーマライゼーション」とは，できる限り健常者と同じ生活ができるようにするべきであるという考え方です。

※民法 13 条 1 項所定の行為

「民法 13 条 1 項所定の行為」とは，以下の①～⑨の行為です。保佐人には以下のすべての行為の同意権が与えられ，被保佐人が以下の行為を行うには保佐人の同意が必要となります。補助人には以下の一部の行為の同意権が与えられることがあり，被補助人が補助人に同意権が与えられたその一部の行為を行うには補助人の同意が必要となります。

①元本の領収または利用
②借財または保証
③不動産・重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為
④訴訟行為
⑤贈与・和解・仲裁合意
⑥相続の承認・放棄・遺産分割
⑦贈与の申込みの拒絶・遺贈の放棄・負担付贈与の申込みの承諾・負担付遺贈の承認
⑧新築・改築・増築・大修繕
⑨民法 602 条に定める期間（山林は 10 年，土地は 5 年，建物は 3 年，動産は 6 か月）を超える賃貸借

まだ学習していないハナシも多く含まれていますので，いきなりこれらをすべて記憶する必要はありません。まずは，「特に重要そうな行為が規定されているな～」と眺めておいてください。

（2）同意権の付与の審判の要否

家庭裁判所の審判により成年後見・保佐・補助が開始されますが，開始の審判をする際，開始の審判に加え同意権の付与の審判が必要でしょうか。以下のとおり，成年後見・保佐・補助で違いがあります。