

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「“^{すべ}総”てに関する“^{ルール}則”」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、念頭に置いておいてください。

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が、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。最初の条文である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^{きんはんげん}禁反言の原則

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。

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. 法で所持や譲渡などが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）。

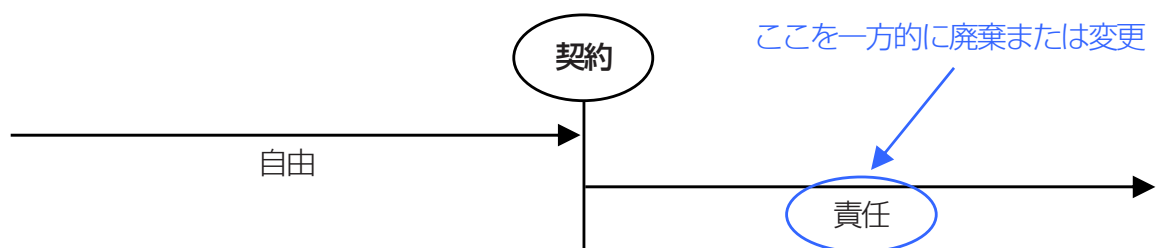
自ら法を犯しておいて、法の保護を要求することはできないということです。

クリーンハンズの原則は、Ⅲのテキスト第8編第2章⁴3.で不法原因給付（民法708条）を学習する際に登場します。

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、受講料を支払う必要があります。

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.では「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）

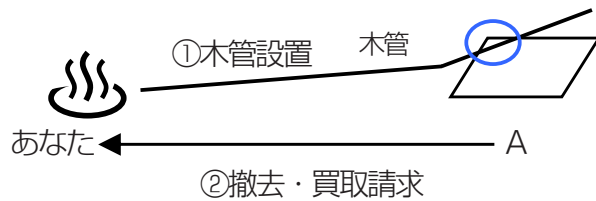
権利濫用の禁止：形式的には正当な権利に基づく行使であっても、実質的に見れば社会性に反する場合には、その行使は認められないとされること（民法1条3項）

権利があっても、常に行使できるわけではないということです。

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（30円の土地を20,000円で）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。

ここまでのが、通常の方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〕）。

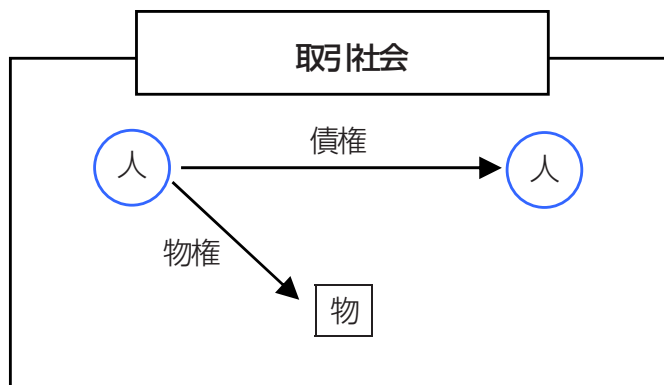
裁判所が裏ワザでひっくり返したということです。

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が、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。



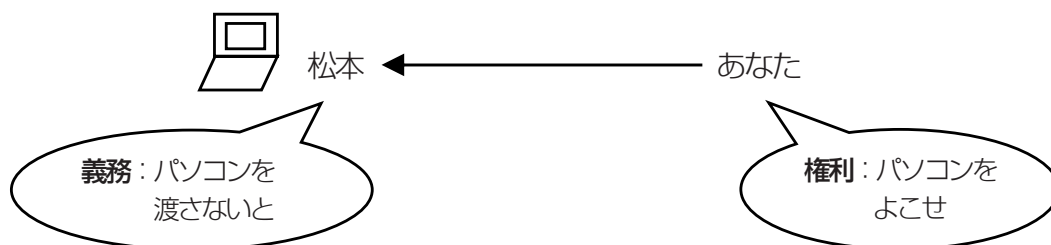
主体（メンバー）について，「権利能力」（第1節），「意思能力」（第2節）および「行為能力」（第3節）の3つの能力から考えていきます。

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，上記の図にある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
- ・ 株式会社辰巳法律研究所

権利能力を有するのは、以下の①②の者です。

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、人間のことです。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。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巳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。辰巳法律研究所は人の集まりではありますが、「辰巳法律研究所」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となります）、権利能力が認められています。よって、上記 Case の「株式会社辰巳法律研究所」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

第2章 人（主体）

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、そのほとんどが他の法律（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、どんなに高齢の方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）。

cf. 刑法

刑法では、出生を体が母体から一部露出した時点と考えます（一部露出説）。よって、頭だけ母体から出た時点で殺害した場合、墮胎罪ではなく、殺人罪となります（大判大8.12.13）。

(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となります。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、P191～192¹で説明していますが、P191～192¹の前に無効や取消しは何度も登場しますので、先にP191～192¹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

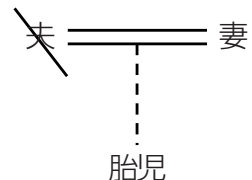
しかし、以下の3点だけは、胎児でも例外的に生まれたものとみなされます（権利能力があるとみなされます）。

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、妊婦の方が道を歩いていたところ自動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。妻が妊娠中に夫が死亡しました。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ます。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。

第2章 人（主体）

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。

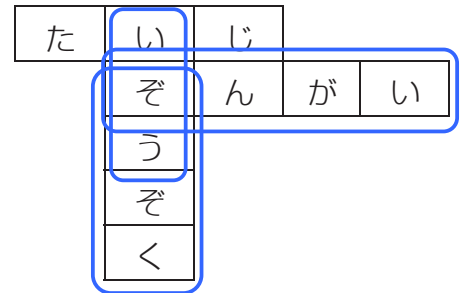
……と言われても、「では、なんでこの3つだけ？」と思う方もいるでしょう。そこで、右のクロスワードを使って思い出せるようにしてください。

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、P208～219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となります（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）

電柱運搬をしていた内縁の夫が、鉄道会社の運転手の過失で電車にひかれて（不法行為によって）死亡しました。妊娠していた内縁の妻は鉄道会社と、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	<p>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。</p> <p>損害賠償 請求権発生</p> <p>出生</p> <p>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。</p>	<p>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。</p> <p>損害賠償 請求権発生</p> <p>出生</p> <p>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。</p>
出生後	<p>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)。</p> <p>損害賠償 請求権発生</p> <p>出生</p>	<p>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となります(さかのぼる点は解除条件の例外です)。</p> <p>損害賠償 請求権発生</p> <p>死産</p>
理由	<p>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。</p>	<p>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。</p>

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）が行方不明になったら

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。）を置かなかつたときは、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）。不在者の財産管理人には、弁護士、司法書士などが選任されます。弁護士、司法書士が選任された場合、報酬は月額1～5万円程度になることが多いですが、報酬を与えるかどうかは、家庭裁判所の判断によります（民法29条2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なくなってしまいます。そうすると、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であろう子供などが困ります。利害関係人といえども、他人の財産を勝手に管理できません。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。

他には、遺産分割協議をするために、この制度が使われることがあります。遺産分割協議は相続人全員である必要があるため、相続人に行方不明の者がいると困ってしまいます。そういったときに、家庭裁判所に不在者の財産管理人を選任してもらい、他の相続人と不在者の財産管理人で遺産分割協議をします。

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、「私の物は私の物」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ので（みんなにとって不利益になるので）**、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よいよね」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。

よって、家庭裁判所が不在者の財産管理人を選任した後でも、不在者本人が管理人を置いたときは、家庭裁判所は、その管理人、利害関係人または検察官の請求を受けて、選任などの命令を取り消します（民法25条2項）。

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。この場合、財産を管理する者が必要となりますよね。

上記①②は、要は「財産管理人がいないとき」ということです。

※「不在者の生死が不明であること」は、要件とはされていません。

（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。

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ので(みんなにとって不利益になるので)、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せん。

①保存行為(民法28条, 103条1号)

財産を維持する行為です。

ex. 家屋の修繕, 消滅時効の更新(P236~246⁷)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。民法28条, 103条2号)

財産を基に収益を得る行為です。

ex. 物の賃貸, 現金の預貯金

=P151

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。民法28条, 103条2号)

財産の価値を増加する行為です。

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う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条前段)。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, 遺産分割

（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ため、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もあります。

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、それが「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、日本では重婚は認められていないので、ダンナさんが行方不明である奥さんは、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、残念ながら亡くなって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「財産管理」のための制度であり、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、親族は、被相続人が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（民法732条参照）、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ある。

*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ときです（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。

=P80

(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となりますので「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「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が活着し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が実は活着し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？

③取消し
①失踪宣告

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または異なる時に死亡したもの）と扱われます。つまり、失踪者は死亡したとみなされた時点では死亡していなかったことになるのです。

ii 例外

上記 i の原則どおりですと、失踪者は死亡したとみなされた時点では死亡していなかった扱いになり、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となります。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となります。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」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 が活着し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」と考えたこととなります。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。

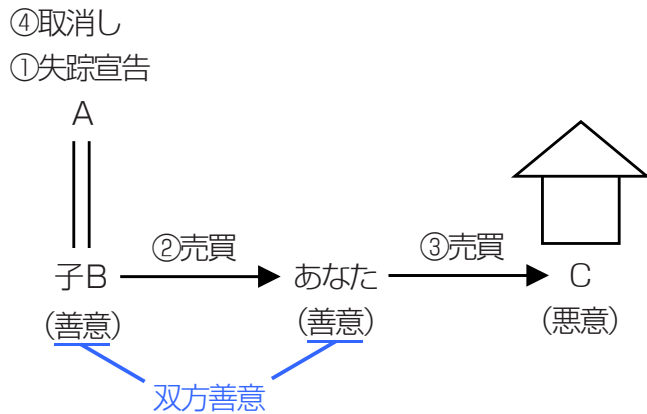
双方善意を探せ

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」がないかを探してください。「双方善意」があれば、有効で確定します。**その後、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、問題を解くとき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 が活着し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。



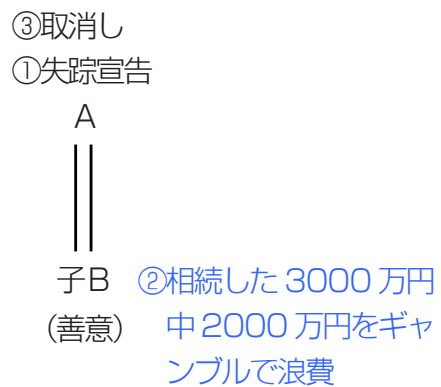
Bとあなたが善意だと、建物の所有権が確定的にあなたに移転するからです。よって、その後に登場したCは、悪意でも問題がないのです。

※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のでしょうか。どういうことかという、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、P195※の現存利益と同じ意味です（よって、詳細はP195※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。

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、物事の分別がつかめますので、「これを買いたい」と言えます。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、第2節と第3節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。

民法3条の2

法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効とする。

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

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歳の子供にはわかりません。

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。ヒドく酔っ払っている方だと、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。家にも帰れないほど酔っ払っている方もいますしね……。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法律行為は無効です（民法3条の2）。

ex. 3歳の子供と契約をしても、その契約は無効です。

無効となるのは、あまりにヒドい瑕疵（とんでもない問題）があるからです。

用語解説 — 「枝番」

意思能力の条文は「民法3条の2」となっています。このように「の2」などとなっている条文を「枝番」といいます。これは、その法律ができた当初はなかったのですが、途中で加えられた条文です。意思能力の条文は、平成29年の改正で追加されました。「4条」としてしまうと、その後の条文がすべてズれてしまいます。そうすると、世の中の契約書などには条文番号が多数書かれているので、すべての契約書などを直さなくてはいけなくなります。よって、「枝番」で加え、条文番号をズレないようにするのです。

なお、条文を削除し、そこに新しい条文を加えると枝番になりません。よって、枝番でないからといって、法律ができた当初からある条文とは限りません。

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

行為能力を制限されていない者が、「行為能力者」です（民法20条1項前段かっこ書）。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を理由に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（民法13条1項10号かっこ書）、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

第2節で説明した「意思能力」は、意思能力がないとして法律行為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、認知症の症状がひど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。それが、「制限行為能力者」という制度です。

「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に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り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はありませんか。これらは、そういったことから判断能力が弱くなったお年寄りなどを守るための制度です。

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、P80～85⁴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

制限行為能力者が単独でした行為は、原則として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）。

なお、制限行為能力者が意思無能力のときに意思表示をした場合、取消しの主張も無効の主張もどちらもすることができると解されています（通説）。制限行為能力者側が主張しやすいほうを主張すればよいわけです。そちらのほうが制限行為能力者の保護になるからです。

*以下、「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

18歳未満の者が未成年者です（民法4条）。

*18歳未満の者が未成年者となるのは、令和4年4月1日からです。

※成年擬制

かつては、「成年擬制」という制度がありました。成年擬制とは、未成年者が婚姻した場合に成年に達したものとみなすという制度です。しかし、令和4年4月1日か

ら、「未成年者が婚姻した」ということがあり得なくなるので、成年擬制という制度もなくなります。かつては、20歳未満の者が未成年者であり、男は18歳、女は16歳になれば婚姻することができました。よって、未成年者が婚姻することがありました。しかし、令和4年4月1日から、18歳未満の者が未成年者となり（民法4条）、男も女も18歳からしか婚姻できなくなります（民法731条）。成年になる年齢と婚姻できる年齢が一致するので、「未成年者が婚姻した」ということがあり得なくなるのです。

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）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）。

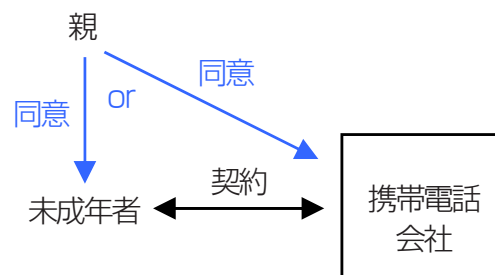
*「法律行為」について詳しくは、P93～97で説明します。民法は、法律行為のメインは契約であると考えていますので、現時点では「法律行為=契約」というイメージを持っていただければ結構です。

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たりすることがあります。

※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。

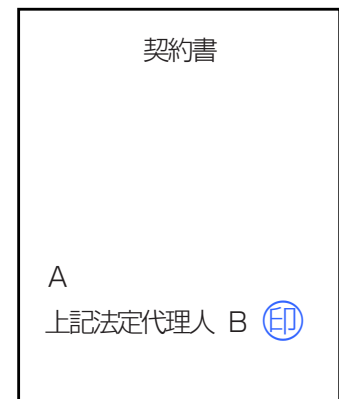


(b) 代理

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、P144～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ときは、契約書に右のように記載します。Bの横に「印」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。



(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（民法5条1項ただし書）。

「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**一部は不利**といえる
→該当しない



<p>該当するもの (未成年者が単独でできる)</p>	<p>該当しないもの (法定代理人の同意が必要である)</p>
<p>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が。</p>	<p>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 贈与ですが、負担の部分（面倒をみる部分）が一部不利といえます。</p>
<p>②債務の免除を受けること 債務の免除とは、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。</p>	<p>②債務を承認すること（大判昭 13.2.4） 債務の承認は、時効の更新事由です（民法 152 条。P243～244（6））。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。</p> <p>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ないというのも、法定代理人の同意が必要である理由の1つです。</p> <p>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。</p>

(b) 法定代理人が目的を定めて処分を許した財産・目的を定めなくて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。目的を定めなくて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（民法5条3項前段）

ex. 学費

②法定代理人が目的を定めなくて処分を許した財産（民法5条3項後段）

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。未成年者も1人で買い物に行ったりするのは、これが根拠なんです。いずれも「処分を許した」と要件が付きまますので、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。かつては、家計を助けるために商売をする未成年者も多くいました。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しまうと煩雑であるため、「営業」という形で許すことができます。

i 「営業」

「営業」とは、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 「一種又は数種の」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、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。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の親ですが、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、親権者が死亡したりしていない場合、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指定・選任されます。

P71=

未成年後見人は、かつては、1人の未成年者について1人しかならず、また、自然人しかありませんでした。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（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、P201～206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りフォーム契約を締結させられるといったことがあります（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りフォーム契約などを取り消すことができる制度が設けられました。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	精神上的の障害により、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。	精神上的の障害により、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。	精神上的の障害により、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 —

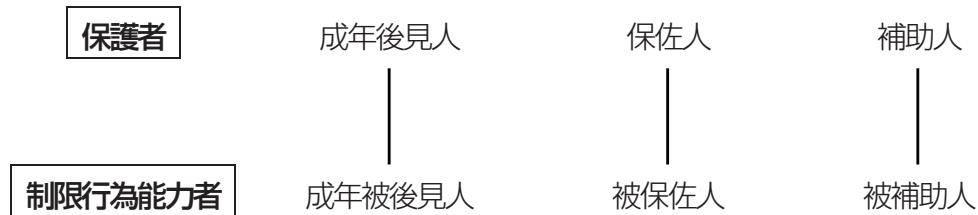
成年後見・保佐・補助は、上記のような表で説明していきます。

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ide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. 開始の手續

判断能力の程度により、開始の要件・手續が異なる点があります（同じ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。たとえば、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、六法でサラッと条文を確認する程度で結構です。申立権者はほとんど同じです。

年後見人の代理権があります。P77（1）で学習したとおり、成年被後見人は同意を得て法律行為をすることさえできないため、成年後見人には財産に関するあらゆる法律行為の代理権が付与されます（民法 859 条 1 項）。

（2）権限の定めのない代理人

上記（1）のように、通常は代理権の範囲が決まっているのですが、「権限の定めのない代理人」もいます。これは、以下の①または②のいずれかの場合のハナシです。

- ①代理人に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
 - ②代理人に代理権があることは明らかであるが、特に範囲を決めていない
- ex. 外国に長期出張する者が、家族に「留守を頼む」とだけ言い残して出かけた場合、家族が代理人であることは明らかですが、代理権の範囲が決まっています。

上記①または②の場合、代理権の範囲が明らかではありません。ですが、代理人ではあります。そこで、権限の定めのない代理人が何ができるか民法が規定しています。上記①または②の場合に備えた規定です。権限の定めのない代理人は、以下の3つの行為をすることができるとされています。

①保存行為（民法 103 条 1 号）

財産を維持する行為です。

ex. 家屋の修繕，消滅時効の更新（P236～246⁷）で扱います）

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。民法 103 条 2 号）

財産を基に収益を得る行為です。

ex. 物の賃貸，現金の預貯金

=P45

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。民法 103 条 2 号）

財産の価値を増加する行為です。

ex. 家屋に電気・ガスの設備を施す。無利息の貸金を利息付にする。

※処分行為（ex. 売却，抵当権の設定）は含まれません。財産がなくなることにつながるからです。

P45（6）でみた「不在者の財産管理人の権限」と同様です。この民法 103 条が民法 28 条で不在者の財産管理人に準用（P145）されているからです。

第7章

無効と取消し

「通謀虚偽表示は無効」(P110), 「詐欺による意思表示は取り消せる」(P131) など, 法律行為が無効となる, 取り消すことができるものとなるというハナシがありました。この第7章では, この「無効」「取消し」とは何なのかをみていきます。まず第1節で, 無効と取消しとは何なのかイメージをつかんでください。

第1節 無効とは？ 取消しとは？

1 意義

無効：法律行為の効力が初めから生じないこと

ex. 意思無能力 (民法3条の2), 公序良俗違反 (民法90条), 心裡留保 (相手方が悪意または有過失である場合。民法93条1項ただし書), 通謀虚偽表示 (民法94条1項)

取消し：取消権者の意思によって, いったん発生した効果を遡及的に無効にすること (民法121条)

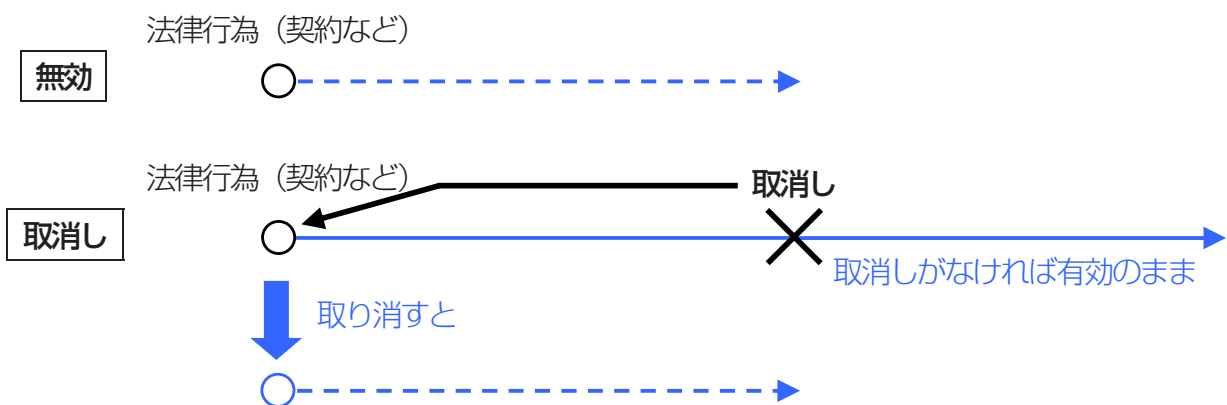
ex. 制限行為能力 (民法5条2項, 9条本文, 13条4項, 17条4項), 錯誤 (民法95条1項), 詐欺・強迫 (民法96条1項)

用語解説 — 「遡及」

そきゅう
「遡及」とは, さかのぼるということです。

無効は, 「初めから何もなかった」ということです。

それに対して, 取消しは, 「取り消すことによって, 初めから何もなかったことになる」(「取消しの遡及効」といいます) ということです。



まだ無効と取消しが同じに思えるかもしれませんが、同じに思える原因は、「取消しは、取り消されると無効とほとんど変わらなくなる」ということにあります。しかし、**取り消すまでは無効と違いがあるのです。**

【取り消すまでの違い】

	無効	取消し
何もしなかった場合	無効のまま	有効
主張期間の制限	なし (いつでも主張可)	あり (P207 ⁶)
主張できる者	誰でも主張できる	特定の者のみ主張できる (P201~202 ⁴)

記憶の補強

無効が、何もしなくても無効のまま、主張期間の制限もなく、主張権者の限定もないのは、瑕疵の程度が重大、つまり、**とんでもない問題がある**からです。

それに対して、取消しが、何もしなければ有効となり、主張期間の制限があり、主張権者の限定があるのは、瑕疵の程度が軽微、つまり、**問題が少し軽い**からです。



用語解説 — 「瑕疵」

「^{かし}瑕疵」とは、何かしらの欠点・欠陥があるということです。

未成年者の例で考えてみましょう。3歳の子が自分で契約をした場合、意思能力がないということで無効となります（民法3条の2）。それに対して、17歳の未成年者が法定代理人の関与なく契約をした場合、取り消すことができるものとなります（民法5条2項）。3歳の子には意思能力がない、つまり、とんでもない問題があるので、「無効」となるのです。それに対して、17歳の未成年者は、行為能力は制限されていますが、意思能力はある、つまり、問題が少し軽いので、「取り消すことができるもの」となるのです。