

第1部 本論に入る前に

I 民法とは何か

1. 民法は何を規律する法律か。

私人（しじん）相互間の生活関係を規律するために定められた法

* 私人＝公の場を離れた一個人

2. 民法と民法典

民法＝民法典＋民法典以外の一部の法律＋慣習民法＋判例民法＋その他

II 民法誕生の歴史

フランスの民法を模倣した旧民法が明治23年に公布、施行

日本の国情に合わせ家族制度を考慮した民法が明治31年に公布、施行。

戦後個人の尊重と男女平等を掲げ親族編、相続編の改正等がある。

III 民法の基本原則

所有権絶対の原則

所有権は絶対であり国家権力といえども侵害することができない

契約自由の原則

誰とどんなやり方でどんな内容の契約を結ぶのも自由

過失責任の原則

他人に損害を与えたとしても故意や過失がなければ損害を賠償しなくても良い

IV 私権の絶対性への制限

民法第1条＝「私権の社会性」の宣言

私権＝私法関係において認められる権利の総称。財産権・身分権・人格権・社員権など。私権の行使には社会的制約を伴う。

* 私法＝私的生活上の法律関係の規律。私人間の関係を規律する法。国家等の公権力と私人の関係を規律する法である公法（憲法・行政法）に対置される。

民法、商法などが代表的な私法の例。市民法と呼ばれることもある。

私法関係における権利を私権という。

公権＝法上の権利。公義務に対応する。国・公共団体などが国民に対してもつ刑罰権・財政権・警察権などの国家的公権と、国民が国・公共団体などに対してもつ自由権・参政権などの個人的公権とに分けられる。

民法第1条第1項＝「公共の福祉」

権利を行使する場合は社会共同生活全体の向上発展と調和を保たなくてはならない

民法第1条第2項＝「信義誠実の原則」（信義則）

権利を行使し義務を履行するに当たり、信義に従い誠実にこれを行うこと

民法第1条第3項＝「権利の乱用」

権利を乱用してはならない

Q1 民法とは何か

A1 民法とは私人相互間の生活関係を規律するために定められた法

Q2 民法は何によって構成されているか

A2 民法典＋民法典以外の一部の法律＋慣習民法＋判例民法＋その他

Q3 民法の基本3原則は何か

A3 所有権絶対の原則・契約自由の原則・過失責任の原則

Q4 私権の絶対性を制限するものは何か

A4 公共の福祉・信義誠実の原則・権利の乱用の禁止

民法 イントロ♪

民法は普段の生活に馴染みがあり、また、全ての法律の土台ともなっています。ですから、宅建試験のためだけでなく、きっと普段の生活にも役立つことでしょう。一度でも民法を勉強したことがある方なら、わかると思いますが、

非常に条文数も多く、また聞きなれない法律用語のオンパレードで大変な科目です。しかし宅建の民法は不動産に関連した、基本的な事柄しか出題がありませんので、そう過度な心配は不要です。ただ、宅建試験の全科目の中で難関となるのは、やはり、この権利関係であり、その中でも民法になります。険しい山には間違いありませんが、ココさえ乗り越れば、合格がぐっと近づいてきますのでがんばって乗り越えてください。

□
ここで1つ質問させてください。
あなたの最終目標は何ですか？

- ①. 宅建合格
- ②. 法律学者

なに言ってるの？

そんな声が聞こえそうですが、当然①ですよ。

でも民法の勉強を進めていたら、1つの条文に対しあれもこれもと勉強したくなるのです。それだけ奥が深い法律ですから、何処までやっても終わりません。あなたの最終目標が②でしたら、とことんやってください！最終目標が①の方は問題のレベルを考えながら先に先に進んでいきましょう。これが宅建で民法を制覇するコツです。

-
- 「権利能力平等の原則」
 - 「所有権絶対の原則」
 - 「私的自治の原則」
 - 「過失責任の原則」

これは民法の基本原則です。

民法は全条文、この基本原則を基に作られています。宅建試験には出ませんが、民法を勉強する上で、常識として頭の中に入れておいてください。問題を解くときにも、この基本原則を前提に解く練習をしてください。必ず力がついてきますよ。

□
基本原則について、ちょっとだけお話しておきますね。

1. 権利能力平等の原則

全ての人々は、職業や年齢等により差別されず、平等に権利・義務の主体となることができます。

民法1条の3に「私権の享有は出生に始まる」とあります。そうです、生まれさえすればよいのです。この原則により、自主独立の地位が保障されています。

2. 所有権絶対の原則

土地等の『物』を、自由に使用・収益・処分することができます。この原則により、人々は自らの創意・工夫により、拘束を受けることなく物を生産し、経済を発展させることができます。

3. 私的自治の原則

全ての個人は、自由な意思によらなくては権利を取得し、義務を負わされることはありません（不法行為という例外はあります）。この原則により、個人は自由に法律関係を築くことができ、これに国家が干渉することがなくなりました。

4. 過失責任の原則

人は、故意または過失により他人に損害を与えた場合にのみ、損害賠償責任を負うこととなります。つまり、意思がなくても過失があれば責任を負い、過失すらなければ責任を負う必要はありません。この原則により、自らの行為に注意さえしていれば責任を負わされることはない、人々の自由な行動が保障されています。

□

宅建過去問徹底攻略

第1条

(基本原則)

第一条 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。

解説

1条2項は信義誠実の原則とか信義則といわれる。取引関係に入った者は互いに相手の信頼や期待を裏切らないように誠実に行動することを求めるもの。

民法のいわば伝家の宝刀といったところで、法律行為(契約)の解釈基準となったり、取引関係に入った者相互の行為規範となったり、条文がないとか条文どおり当てはめると不都合な場合にでばってきたりする。

1条3項は権利の濫用を禁止している。

基本的には、権利があっても、自己に利益がないのに、他者に損害を与えるだけを目的にした権利行使は許されないという考え方。さらに進んで、行使したことによる自らの利益と他者の損害を比較衡量して権利の濫用に当たるかを判断することになる。

平成18年度 問1 民法(民法の基本原則)

次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 契約締結交渉中の一方の当事者が契約交渉を打ち切ったとしても、契約締結に至っていない契約準備段階である以上、損害賠償責任が発生することはない。

2 民法第1条第2項が規定する信義誠実の原則は、契約解釈の際の基準であり、信義誠実の原則に反しても、権利の行使や義務の履行そのものは制約を受けない。(信義則)

3 時効は、一定時間の経過という客観的事実によって発生するので、消滅時効の援用が権利の濫用となることはない。

4 所有権に基づく妨害排除請求が権利の濫用となる場合には、妨害排除請求が認められることはない。

解説

1. 民法415条 損害賠償責任

誤り。契約締結後の履行段階での債務不履行が損害賠償責任の対象になるのは当然。これに啞え、判例は契約準備段階での責任も認めている。つまり、契約に至る前までも双方は信義則上の注意義務を負う。これに違反する者は損害賠償責任を負う。

2. 民法1条2項 信義則

誤り。信義則はもともと権利行使や義務履行の基準。これに加え、判例は契約趣旨の解釈基準としての意義も認めている。

3. 民法1条3項。最判昭51.05.25 権利の乱用

誤り。消滅時効の援用が権利の濫用となることがありうる。

4. 民法1条3項。宇奈月温泉事件

正しい。所有権に基づく妨害排除請求が権利の濫用となる場合もありうる。この場合、妨害排除請求は認められない。

第2部 民法総則

1. 民法総則

5-1 民法総則とは何か

民法総則＝ 1編・総則＝他の4編の通則、権利の主体、権利の客体、権利の得喪
＋2編・物件＝所有権、占有権などの物に対する支配権
＋3編・債権＝人に対する請求権
＋4編・親族＝親族関係
＋5編・相続＝財産の相続や遺言（いごん）

第1編・総則＝

第1章・通則

- ＋第2章・人
- ＋第3章・法人
- ＋第4章・物
- ＋第5章・法律行為
- ＋第6章・期間の計算
- ＋第7章・時効

2. 人

6-1 権利能力とは何か

権利能力＝自然人（しぜんじん）や法人が権利や義務の主体となれる地位にあること

6-2 権利能力の取得と消滅

「私権の享有（**権利能力**）」とは権利義務の主体となり得る資格のことで、生まれることで権利能力を取得し、死ぬことでそれを喪う

* 享有（きょうゆう）＝権利・才能など無形のもの、生れながらに身に受けて持っていること

生まれる＝胎児が母親の体から全部出たとき（全部露出説）

ある一定の場合、胎児はすでに生まれたものとみなす（胎児の特則）

- ① 不法行為による損害賠償請求
- ② 胎児の認知・相続・遺贈

7-1 制限行為能力者とは何か

権利能力＝私法（個人間の私的生活関係を規律する法）上の権利・義務の帰属主体となり得る資格

意思能力＝正常な判断能力＝有効に**意思表示**をする能力⇔**意思無能力者**

行為能力＝単独で有効に法律行為（契約）をなす地位または資格⇔**制限行為能力者**

意思無能力者

＝意思能力のない者

＝民法第7条の「**事理を弁識する能力**」（**事理弁識能力**）とは、この意思能力を指す。意思無能力者の例としては、**幼児や重度の精神病患者、泥酔者**。その行為は無効とされる（判例による。なお条文上は意思能力の規定はない）。（**意思無能力者の行為の無効**）

* **権利能力者**＝**意思能力者**＋**意思無能力者**

制限行為能力者

＝意思能力の有無にかかわらず行為能力が制限される者

＝未成年者＋**青年被後見人**＋**被補佐人**＋**被補助人**

責任能力＝自分の法律行為（契約）の結果（お金の支払い）が理解できる

事理弁識能力＝自分に支払い能力があるかどうかを理解している。

自分のした法律行為（契約）の結果（お金を払わなければならない）が理解できる→責任能力。そこから、自分に支払い能力があるのかどうかまで理解しているか→事理弁識能力。成年被後見人は責任能力（10歳前後の判断能力）まで無いとは限らないが、事理弁識能力は欠いている。

7-2 未成年者とは（4～6条）

未成年者＝まだ成年に達しない者＝満20歳に達しない者

未成年者の保護＝「**未成年者が法律行為をするには法定代理人の同意が必要であり、これに反して法律行為をしても取り消せる**」（第5条2項）

ただし、**婚姻すると、成年者とみなされる**。（**成年擬制・せいねんぎせい**）20歳未満の未成年者も、**婚姻年齢に達すれば父母の同意を得て婚姻でき、未成年者でも婚姻すれば成年に達したものと見做される**（753条）

未成年者の法定代理人＝**親権者・未成年後見人**

法定代理人の同意が必要のない法律行為

- ① 単に権利を得、または義務を免れる法律行為
- ② 法定代理人が処分を許可した財産を処分する法律行為
- ③ 法定代理人が営業を許可した営業に関する法律行為

7-3 成年被後見人とは（7～10条）

成年被後見人＝家庭裁判所から後見開始の審判を受けた者で、精神上的の障害により事理を弁識する能力（判断能力）を欠く常況にある者。

後見開始の審判＝本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、補佐人、補佐監督人、補助人、補助監督人または検察官の請求により家庭裁判所が下す審判。後見開始の審判には本人の同意は必要ない。

成年被後見人の法定代理人＝成年後見人

「成年被後見人の法律行為は、取消すことができる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、この限りでない。」（民法第9条）

後見人＝未成年後見人＋成年後見人

■後見類型＝本人は法律行為は何もできない。すべて後見人が法定代理人として法律行為をする。後見の制度に同意権がないのは、成年後見人がつく者は、「自己の財産を管理・処分できない程度に判断能力が欠けている者、すなわち、日常的に必要な買い物も自分ではできず、誰かに代わってやってもらう必要がある程度の者」であるので、成年後見人に同意権を持たせる必要性がないから。成年後見人は広範な代理権を有し、同意権では対象外とされている「日用品の購入等日常生活に関する行為」についても代理権が与えられている。

■代理権

成年後見人の業務は大きく分けると財産管理業務と身上監護業務に分けられます。

特に成年被後見人は、常に判断能力を欠いている状況にあるものをいうので、後見人には包括的な代理権が与えられています。

包括的な代理権があるので、普通であれば、法律行為を代理人が行う場合には、委任（委任状）がなければなりません。後見人の場合には、これを必要としません。

□

ただし、この代理権は財産に関する法律行為に限定されます。というのは、例えば誰かと結婚する・離婚するとか誰かを養子にするといった行為を身分行為といいますが、これらは、あくまで本人の意思に基づき行われるべきものである。後見人といえども代理することができません。

また、遺言書を作成することも後見人は行うことができません。

□

■取消権

成年後見人は被後見人が行った法律行為を不利益なものだと判断すれば、取り消すことができます。

しかし、何でもかんでも取り消すことが認められているわけではなく、「日用品の購入その他日常生活に関する行為」については、認められていません。

□

これは、被後見人は判断能力がない状況のものをいいますが、身の回りのちょっとしたことや、何を食べるかなど、被後見人にとってさほど不利益にならないであろう事に関しては、自己決定権を尊重する趣旨からきています。

□

■同意権

成年後見人には、同意権はありません。

同意権とは、これから本人が契約しようとするときに同意を与えたり、同意を与えていない場合に、勝手にしてしまった契約を取り消すことができる権利のことをいいます。

□

被後見人の場合、たとえ同意を与えたとしても、そのとおりに法律行為をする可能性は著しく低いので、成年後見人には、同意権は不要であるため、認められていません。

7-4 被補佐人とは(11~13条)

被補佐人=家庭裁判所から補佐開始の審判を受けた者で、精神上的障害により事理を弁識する能力(判断能力)が著しく不十分な者。

補佐開始の審判=本人、配偶者、四親等内の親族、補佐人、補佐監督人、補助人、補助監督人または検察官の請求により家庭裁判所が下す審判。補佐開始の審判には本人の同意は必要ない。

被補佐人の保護者(法定代理人?)=補佐人

11条に規定された者または補佐人もしくは補佐監督人の請求によって**被補佐人のために**、特定の法律行為について補佐人に代理権を付与する審判を行うことができる(代理権付与の審判)。本人以外の請求により代理権付与の審判をする場合には本人の同意が必要。

「被保佐人が次に掲げる行為(12条1項)をするには、その保佐人の同意を得なければならない。ただし、第9条ただし書に規定する行為については、この限りでない」(第13条)

<民法12条1項>

1. 元本(賃料を生む不動産、利息を生む賃金等)を領収し、又は利用すること。
*賃料を生む不動産や利息を生む賃金などを受け取ったり利用すること
2. 借財又は保証をすること。
*借金をしたり保証人になること
3. 不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること。
*不動産やその他の重要な財産に関して権利を得たり失ったりすることを目的とする行為を行うこと。
4. 訴訟行為をすること。
*裁判を起こすこと
5. 贈与、和解又は仲裁合意(仲裁法(平成15年法律第138号)第2条第1項に規定する仲裁合意をいう。)をすること。
*他人に贈与したり、あるいは和解または仲裁合意(紛争の解決を第三者の仲裁に委ね、裁判所への訴訟提起はしないことを約する当事者間の契約)をすること
6. 相続の承認若しくは放棄又は遺産の分割をすること。
*相続を承認したり拒絶したりあるいは放棄したり、または遺産の分割をすること
7. 贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること。
*他人からの贈与を拒絶したり遺贈を放棄し、あるいは負担付き贈与の申し込みを承諾したり負担付き遺贈を受けることを承認すること。
8. 新築、改築、増築又は大修繕をすること。
9. 第602条に定める期間を超える賃貸借をすること。

保佐人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる。(第13条4項)

■**補佐類型**=本人がすべての法律行為を自分ですることができるが、民法12条1項に列挙された法律行為(財産に影響することの大きい種別の行為)及び家庭裁判所が特に定めた法律行為(12条2項)については、保佐人の同意を得なければならない。同意を得ずしてした法律行為は、本人や保佐人において取り消すことができる(12条4項)。保佐人は追認をすることができる(12条4条3項)。被補佐人が保佐人の同意を得る必要のある行為をするには、保佐人の同意を必要とする(**同意権**)。ただし、日用品の購入等日常生活に関する行為については除かれる。被補佐人が保佐人の同意を得ないでした行為については、保佐人及び本人はこれを取り消すことができる(**取消権**)。保佐人の同意権は、保佐の制度を利用する者の状況が全て同じであるとは限らず、それぞれであることから、必要に応じて保佐人の同意を得ることを要する行為を追加することができる(**追認権**)。ただし、保佐人の同意をが必要な行為については、補助の制度との区別をなくしてしまう関係上、取消しはできない。

保佐人の権限

保佐人は「同意権」「取消権」「追認権」を有し、代理権は、本人の同意を得て、家庭裁判所の審判を受けることによって与えられます。

間違えやすいのは、補佐開始の審判には本人の同意は不要です。

一方、

補助開始は本人の同意が必要です。

後見開始の審判

本人の同意は不要

保佐開始の審判

補助開始の審判

本人の同意が必要

細かい部分ですが、宅建試験に出題されてもおかしくない部分なので、対比して覚えておくとよいですね!

7-5 被補助人

被補助人＝家庭低裁判所から補助開始の審判を受けた者で、精神上的の障害により事理を弁識する能力(判断能力) **不十分な者**。

補助開始の審判＝本人、配偶者、四親等内の親族、後見人、後見監督人、補佐人、補佐監督人または検察官の請求により家庭裁判所が下す審判。補助開始の審判には**本人の同意が必要**。

被補助人の保護者(法定代理人?)＝補助人

同意権付与の審判＝被補助人が「特定の法律行為」をする場合には、補助人の同意が必要との審判をすることができる。

また特定の法律行為について補助人に代理権を付与する審判をすることもできる(代理権付与の審判)。本人以外の請求により代理権付与の審判をする場合には**本人の同意が必要**。

■補助類型＝本人がすべての法律行為を自分ですることができ、民法12条1項に列挙された法律行為の中から、家庭裁判所がチョイスした法律行為について、補助人の同意を得なければならない(16条1項)。同意を得ずしてした行為については、保佐類型の場合と同じように取消(16条4項)または追認(124条3項)ができる。

補助開始の審判＋同意権付与の審判

補助開始の審判＋代理権付与の審判

補助開始の審判＋同意権付与の審判＋代理権付与の審判

のいずれかの審判をすることになります。補助人がいかなる権能を有しているかは、どのような審判がなされたかによります。つまり、同意権の付与と代理権の付与は別個の審判ですから、たとえば、不動産の売買につき同意権だけ付与することも、代理権だけ付与することも、同意権及び代理権を付与することもあります。

また同意権の対象と代理権の対象は同一である必要はありませんので、不動産の売却については、同意権だけを付与し、動産の売却については、代理権だけを付与するという審判も法的には可能です。

この場合、補助人は不動産の売却につき代理権はありませんので(同意権しかない)、法定代理人として売却することはできません。(本人の委任を受けて任意代理人になるのはかまいませんが)

一方、動産の売却について、補助人は代理権しかありませんから(同意権はない)、本人が動産を売却しても、補助人はそれを取り消すことはできません。

■補佐人・補助人の代理権

保佐人及び補助人の代理権は、保佐及び補助開始の審判時に付与されるものではなく、申立権者の申立てがなければ付与されない。申立てが本人以外の者による場合には、本人の同意を要する。これは、自己決定の尊重の観点から、代理権の付与を必要な範囲内にとどめるためのものであり、家庭裁判所も申立てのない事項について代理権を付与することはできないとともに、申立てのあった事項についても、必要がないと判断すれば付与しないことになる。

代理権付与の申立ては、保佐及び補助開始の審判の申立時にも可能だが、開始の審判後に必要に応じた申立てをすることも可能。また、代理権の必要性がなくなった場合は、その一部又は全部を取り消すことも可能。

ただし、補助人の同意権及び代理権の全部を取り消す場合は、補助開始の審判を継続させる必要性がなくなるため、補助開始の審判を取り消す必要がある。

未成年者

20歳未満の者

保護者＝未成年者後見人

保護者の権能＝同意権＋代理権＋取消権＋追認権

取消権の範囲＝5条1項但し書き、第5条3項、第6条以外の親権者、未成年後見人の同意ナシにした法律行為

成年被後見人

家庭裁判所から後見開始の審判を受けた者で、精神上的障害により事理を弁識する能力（判断能力）を

欠く常況にある者

保護者＝成年後見人

保護者の権能＝代理権＋取消権＋追認権（成年被後見人は「代理権」が大きいので「同意権」は不要）

取消権の範囲＝日常生活に関する行為以外の法律行為

被補佐人

家庭低裁判所から補佐開始の審判を受けた者で、精神上的障害により事理を弁識する能力（判断能力）

が著しく不十分な者

保護者＝補佐人

保護者の権能＝同意権＋代理権＋取消権＋追認権

取消権の範囲＝日常生活に関する行為以外の、補佐人の同意ナシにした「第13条1項の行為」「申立の範囲内で家庭裁判所が定めた特定の法律行為」

被補助人

家庭低裁判所から補助開始の審判を受けた者で、精神上的障害により事理を弁識する能力（判断能力）

不十分な者

保護者＝補助人

保護者の権能＝同意権＋代理権＋取消権＋追認権

取消権の範囲＝同意権のある補助人の同意ナシにした「申立の範囲内で家庭裁判所が定めた特定の法律行為」

7-6 制限行為能力者と取引する者の保護（20条・21条）

① 制限行為能力者の相手方の催告権（20条）

一ヶ月以上の期間を定めてその期間内に取り消すか追認するかを確答せよとの通知を行い、返答が発せられない場合でも追認があったものと見なしたり、あるいは取り消したものと見なしたりすること。

* みなし＝ある事柄と性質が異なる事柄を法律上同一視すること

* 推定＝？

催告権の内容

制限能力者	催告の相手方	催告の内容	回答がない場合の効果
未成年者	当該未成年者が成年となった後本人に対して	追認するか否か	追認したものとみなされる ⇒当該行為は 有効 と確定し取消ができない
	法定代理人（親権者・未成年後見人）に対して	追認するか否か	追認したものとみなされる ⇒当該行為は 有効 と確定し取消ができない
	未成年者に対して	催告の受容能力がない	取消したものとみなされる ⇒当該行為は遡及的に 無効
成年被後見人	本人が行為能力者となった後本人に対して	追認するか否か	追認したものとみなされる ⇒当該行為は 有効 と確定し取消ができない
	後見人に対して	追認するか否か	追認したものとみなされる ⇒当該行為は 有効 と確定し取消ができない
	成年被後見人に対して	催告の受容能力がない	取り消したものとみなされる ⇒当該行為は遡及的に 無効
被保佐人 被補助人	本人が行為能力者となった後本人に対して	追認するか否か	追認したものとみなされる ⇒当該行為は 有効 と確定し取消ができない
	補佐人・補助人に対して	追認するか否か	追認したものとみなされる ⇒当該行為は 有効 と確定し取消ができない
	被保佐人・被補助人に対して	催告の受容能力がない	取消したものとみなされる ⇒当該行為は遡及的に 無効 となる

* 未成年者や成年被後見人には**催告の受領能力**がないので、相手方は未成年者や成年被後見人の法定代理人に対して追認するか取り消すかの催告を行う必要がある。

* 被補佐人や被補助人の制限行為能力者は、その法律行為が原則無効なので、相手方は補佐人や補助人の同意を得た上で追認するか取り消すかの催告を行う必要がある。

* 制限能力者のした法律行為（契約）は、制限能力者、保護者双方が取消することができ、実際に取り消すか取り消さないかは自由。実際に取り消すと、その契約は無効になる。一方、意思無能力者の契約ははじめから無効。

②制限行為能力者の詐術（さじゅつ）（21条）

制限行為能力者は行為能力者よりも判断能力に問題があるからこそ法律によって保護された。しかし、自ら偽って、その行為に制限の無い行為能力者であると信じ込ませた場合は、もはや法律によって保護するに値しない。

★催告の相手方が単独で追認できる状態の場合、もしくは単独で追認できる人の場合は期間経過後は追認と見なされる

★催告の相手方が単独で追認できない人の場合は取消と見なされる

7-8 任意後見制度とは

任意後見契約＝Aが将来判断能力がなくなった

ときに備え、B（任意後見人・任意代理人）に財産管理等の代理権を与えようとする場合に、その効力は家庭裁判所が任意後見監督人を選任した時からでないとは発生しないという契約（任意後見契約）を公正証書でもっておこなうこと。

A本人の意思尊重の立場から、Aが任意後見契約を結びその登記をしている時は、裁判所は後見、補佐、補助開始の審判を行わない。（10条）

* 後見制度＝法定後見制度＋任意後見制度

9 不在者の財産管理とは、失踪宣告とは？

9-1 不在者の財産管理

住所＝各人の生活の本拠

居所（きょしょ）＝住所のように生活の中心の場所ではないが実際に生活している場所

不在者＝財産、家族を放棄して住所や居所に帰ってこない者

財産管理制度＝不在者に対してその財産を保護する必要から、国家が設置する制度。

- ・法定代理人がいる場合＝法定代理人が不在者の財産を管理する。

- ・財産管理人（法定代理人）がいない場合＝家庭裁判所は利害関係人または検察官の

請求により、財産管理人を選任し、財産目録の作成や財産の保存に必要な行為を財産

管理人に行なわせることとなる

- ・財産管理人（法定代理人）はいるが、その権限が消滅した場合＝同上

- ・財産管理人（法定代理人）はいるが、不在者の生死が不明の場合＝財産保護の必要

性から、家庭裁判所は不在者が置いた財産管理人が権限を有している場合であっても、

利害関係人または検察官の請求により、財産管理人を改任し、適切な財産管理人を新

たに選任することができる

9-2 失踪宣告

ある者が不在者となって生死が分からなくなって一定期間経過すれば、利害関係人は家庭裁判所に失踪宣告をしてもらう事ができる。

①普通失踪＝不在者の生死が7年間明らかでない場合、生死が不明になってから7年後の時点で死亡したものと見なす。

②特別失踪＝
戦地へ行った場合戦争終了時点から
沈没した船に乗っていた場合船が沈没した時点から
生命の危険を伴う災害にあった場合その災害が去ってから
不在者の生死が1年間明らかでない場合、その災難が去った時点で死亡したものと見なす。

9-3 失踪宣告された人が生きていた場合（32条）

失踪宣告された人が生きていた＝家庭裁判所は利害関係人の請求により失踪宣告を取り消すことができる。

- ・失踪宣告からその取り消しまでの期間に行われた善意の行為（＝実は生きていたということを知らずになされた法律行為）の効力には影響を及ぼさない。

- ・失踪宣告によって財産を得た者については失踪宣告の取消によって権利を失うが、現存利益（＝まだ残っている範囲）で返還すれば足りる

9-10 同時死亡の推定

死亡した数人中、死亡の前後が不明の場合、同時に死亡したと推定する。

第3条

(私権享有)

私権の享有は、出生に始まる。

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

解説

権利能力とは、**権利**や義務の主体となる**能力**。自然人と法人にのみ認められる。

自然人の場合、出生に始まり死亡によってのみ消滅する。いかなる方法でも奪ったり制限したりすることはできない。

原則として胎児には権利能力はないが、例外的に、損害賠償請求権(721)、相続(886)、遺贈(965)については、すでに生まれたものとみなされる。

【関連】 意思無能力者

意思能力とは、行為の結果を弁識する能力。7歳から10歳くらいで備える。

意思無能力者の例としては、幼児や重度の精神病患者、泥酔者。その行為は無効とされる(判例による。なお条文上は意思能力の規定はない)。

本試験では無効を「取消できる」に変えて、誤りの肢としてよく出題される。

第4条～第6条

(成年)

第四条 年齢二十歳をもって、成年とする。

(未成年者の法律行為)

第五条 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 第一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)

第六条 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、第四編(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。

解説

婚姻による**成年擬制**がある。なお、いったん婚姻すれば協議離婚したとしても成年者のままである。

(婚姻による成年擬制)

第七百五十三条 未成年者が婚姻をしたときは、これによって成年に達したものとみなす。

「単に権利を得、又は義務を免れる法律行為」というのは、負担付でない贈与を受けたり、負担付でない債務免除を受けたりすること。

5条2項で「取消することができる」のは、未成年者自身と法定代理人である。未成年者自身が取消する場合に法定代理人の同意は要らない。

例えば、未成年者が法定代理人の同意なく、自己所有の家をとてても有利な条件(時価1,000万円のところ、代金3,000万円とか)で売買契約をしたとする。その後この未成年者は単独で制限行為能力による取消をした。これはOKなのか?

一見すると2,000万円儲けそこなうことになるが、民法的には、これはかまわないことになる。つまり、取消をすればなかったことになるので、未成年者の財産は減らない、つまり守られたことになるのである。

「目的を定めて処分を許した財産」 例、**学費**

「目的を定めずに処分を許した財産」 例、**こづかい**

保護者である法定代理人(親権者または未成年後見人)の権能としては、同意権・追認権・取消権・代理権。これら4つがデフォでついているのはこれだけ。成年後見人には同意権がない。また保佐人や補助人の場合、代理権はオプション設定である。

第7条～第10条

(後見開始の審判)

第七条 精神上の障害により事理を弁識する能力を**欠く常況**にある者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、後見開始の審判をすることができる。

(成年被後見人及び成年後見人)

第八条 後見開始の審判を受けた者は、成年被後見人とし、これに成年後見人を付する。

(成年被後見人の法律行為)

第九条 成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、この限りでない。

(後見開始の審判の取消し)

第十条 第七条に規定する原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、四親等内の親族、後見人(未成年後見人及び成年後見人をいう。以下同じ。)、後見監督人(未成年後見監督人及び成年後見監督人をいう。以下同じ。))又は検察官の請求により、後見開始の審判を取り消さなければならない。

解説

精神上の障害により事理を弁識する能力を**欠く『常況』**、常況がキーワード。

後見開始の審判を受けた者が、成年被後見人となる。「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」が自動的になるわけではない。

後見開始の審判、審判というのはいかにもいかめしく、なんだか裁かれているような感じであるが、ここでは、社会的弱者として保護すべき成年被後見人に認定することとイメージしておけばよい。

9条であるが、表現を変えれば、「**成年被後見人**は、たとえ成年後見人の同意があったとしても、単独では法律行為はできない」となる。つまり**成年被後見人**がなんらかの法律行為(契約)をしようと思ったら、保護者である成年後見人の代理によることになる(859)。

9条ただし書き、日用品購入等に限って有効な法律行為ができるとしているのは、この規定がなければ、成年被後見人のおじいちゃんがおなかをすかせてコンビニでお弁当を買おうと思っても売ってもらえなくなるから。これが取消せるとなると、空になった弁当を返すから、代金を返せといえることになり、誰もなにも売ってくれなくなる。

保護者である成年後見人の権能としては、追認権・取消権・代理権。特に同意権がないことに注意すること。成年被後見人はとてまたよらない人なので、同意をしてもそのとおりの行為ができないと考えられているわけ。例えば「テレビ買いたい」というので同意してもエアコンを買ってきてしまうから。

第11条、第12条

(保佐開始の審判)

第十一条 精神上の障害により事理を弁識する能力が**著しく不十分**である者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、四親等内の親族、後見人、後見監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、保佐開始の審判をすることができる。ただし、第七条に規定する原因がある者については、この限りでない。

(被保佐人及び保佐人)

第十二条 保佐開始の審判を受けた者は、被保佐人とし、これに保佐人を付する。

解説

事理弁識能力が、「**著しく不十分**」がキーワード。

被保佐人は、13条1項に規定する行為(重要な財産行為) + 保佐開始の審判でオプション設定した行為についてだけ、保護者である**保佐人の同意**が要る。

保護者である保佐人の権能としては、同意権・追認権・取消権・代理権。

ただし、代理権はデフォではなく審判でオプションとしてつける。またつけるには**本人の同意**が要る。

第13条

(保佐人の同意を要する行為等)

第十三条 被保佐人が次に掲げる行為をするには、その保佐人の同意を得なければならない。ただし、第九条ただし書に規定する行為については、この限りでない。

一 元本を領収し、又は利用すること。

二 借財又は保証をすること。

三 不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること。

四 訴訟行為をすること。

五 贈与、和解又は仲裁合意（仲裁法（平成十五年法律第百三十八号）第二条第一項に規定する仲裁合意をいう。）をすること。

六 相続の承認若しくは放棄又は遺産の分割をすること。

七 贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること。

八 新築、改築、増築又は大修繕をすること。

九 第六百二条に定める期間を超える賃貸借をすること。

2 家庭裁判所は、第十一条本文に規定する者又は保佐人若しくは保佐監督人の請求により、被保佐人が前項各号に掲げる行為以外の行為をする場合であってもその保佐人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる。ただし、第九条ただし書に規定する行為については、この限りでない。

3 保佐人の同意を得なければならない行為について、保佐人が被保佐人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、被保佐人の請求により、保佐人の同意に代わる許可を与えることができる。

4 保佐人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる。

解説

オレンジ色の3つは覚えておきたい。他は大きなお金が動くような場合とイメージ。

2項、まず1項各号の行為はデフォで同意を要するわけだが、それ以外にも保佐開始の審判で同意を要する行為を設定できるわけ。ただし、9条ただし書（日用品購入等）は同意を要する行為に設定できない。いちばん頼りない人である成年被後見人でも単独でできる行為なので当然。

3項、例えば、保佐人になっている息子がけちんぼで、いずれ自分のものになる財産が減るのがいやで、同意を与えないような場合の規定である。

第20条

(制限行為能力者の相手方の催告権)

第二十条

制限行為能力者（未成年者、成年被後見人、被保佐人及び第十七条第一項の審判を受けた被補助人をいう。以下同じ。）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、一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、前二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、被保佐人又は第十七条第一項の審判を受けた被補助人に対しては、第一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。

解説

制限行為能力者の相手方は、追認されるか取消されるかするまで、効力が確定しないため不安定な立場におかれることになるから、その救済のための規定。

この催告に対し、追認なり取消なりの返事があればそれで確定する。しかし返事がない場合もあるだろうから、そんなときどのように処理するかも規定されている。

これが長ったらしいが、簡単にまとめると

しっかりした人（いまや行為能力者になったかつての制限行為能力者とか、制限行為能力者の保護者）にした催告で、返事がなかったら追認で確定。

頼りない人（被保佐人や被補助人）に、「ちゃんと保護者の追認をもらってね」と催告をして返事がなかったら取消で確定。

3項は気にしなくてよい。後見人が後見監督人の同意を得て追認する場合のこと。

「1か月以上の期間を定めて」というのも覚えておいたほうがいいかも。

第21条

(制限行為能力者の詐術)

第二十一条 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。

解説

具体的には、未成年者が成年者であると嘘をつくとか、偽造した法定代理人の同意書をわたすとかである。

【判例】 単なる黙秘は詐術にはあたらないが、他の言動とあいまって相手方に誤信を与えた場合は詐術にあたる。

準禁治産者（昔の制度。だいたい、いまの被保佐人に相当）が、「私は十分に社会的信用もあるので安心して取引されたい」と言ったのが詐術にあたるとした。

類型	成年後見	保佐	補助
対象	精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者	精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分な者	精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な者
同意権	必要ない* してもしなくても同じ	あり 本人が民法13条1項に定める保佐人の同意が必要な行為を行う時には保佐人の同意が必要。	なし ただし、本人が民法13条1項に定めるの一部の行為を行う時には補助人の同意が必要。そして、同意権が必要かどうかは被補助人本人が判断し、本人の同意が必要。
取消権	日常生活に関する行為以外の行為は取り消せる	保佐人の同意なしで行った行為は本人も補佐人も取り消せる。	補助人の同意なしで行った行為は本人も補佐人も取り消せる。
代理権	財産に関する法律行為についての包括的な代理権と財産管理権	申立ての範囲内で、家庭裁判所が定める特定の法律行為の代理権。 ※本人の同意が必要	

んてことはできな

* 成年被後見人が痴呆症で、何もわからない老人だったら、事前の後見人から同意を得るないし、必要ない。

平成 15 年度 問 1 民法（意思無能力者/制限行為能力者）

意思無能力者又は制限行為能力者に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 意思能力を欠いている者が土地を売却する意思表示を行った場合、その親族が当該意思表示を**取り消せば**、取消しの時点から将来に向かって無効となる。（意思無能力者の行為の無効）
- 2 未成年者が土地を売却する意思表示を行った場合、その未成年者が婚姻をしても、親権者が当該意思表示を取り消せば、意思表示の時点に遡って無効となる。（成年擬制）
- 3 成年被後見人が成年後見人の事前の**同意を得て**土地を売却する意思表示を行った場合、成年後見人は、当該意思表示を取り消すことができる。
- 4 被保佐人が保佐人の事前の**同意を得て**土地を売却する意思表示を行った場合、保佐人は、当該意思表示を取り消すことができる。

解説

1. 規定なし 無効と取消

誤り。そもそも意思無能力者の行為は最初から無効である。取消しできるとかそういう話ではない。なお、取消すと契約時点に遡って無効となる。「取消しの時点から将来に向かって無効となる」のではない。

2. 民法 753 条 成年擬制

誤り。婚姻すると、成年者とみなされる。（成年擬制）20歳未満の未成年者も、婚姻年齢に達すれば父母の同意を得て婚姻でき、未成年者でも婚姻すれば成年に達したものと見做されるから、既に制限行為能力者じゃないので、親権者が意思表示を取り消すことはできない。

3 ○ 成年後見人には同意権はない。よって事前の同意があろうがなかろうが関係なく、成年被後見人やその保護者である成年後見人は取消できる。

4 × 被保佐人が保佐人の事前の同意を得ているなら、単独で有効に法律行為ができる。よって取消できない。

肢 3、4 で、成年後見人が同意を与えているにもかかわらず、自身が取消するのはおかしいと考える人もいるかもしれない。でも制限行為能力者制度は、成年被後見人などを保護する制度なので、保護者のせいで弱者保護がされないことになったら困るわけです。

制限行為能力者制度は保護者（親権者や後見人）から、弱者である制限行為能力者を守るためのもの！！だから悪意のある保護者が想定されている。

制限行為能力者＝未成年者＋青年被後見人＋被保佐人＋被補助人

平成 17 年度 問 1 民法（権利能力ほか）

自己所有の土地を売却する A の売買契約の相手方に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 買主 B が被保佐人であり、保佐人の同意を得ずに A との間で売買契約を締結した場合、当該売買契約は当初から無効である。

2 買主 C が意思無能力者であった場合、C は、A との間で締結した売買契約を取り消せば、当該契約を無効にできる。

3 買主である団体 D が法律の規定に基づかずに成立した権利能力を有しない任意の団体であった場合、D が A との間で売買契約を締結しても、当該土地の所有権は D に帰属しない。

4 買主 E が婚姻している未成年者であり、当該婚姻が E の父母の一方の同意を得られないままになされたものである場合には、E は未成年者であることを理由に当該売買契約を取り消すことができる。

解説

1. 民法 13 条 4 項 被保佐人

誤り。被保佐人が保佐人の同意を得ずに土地の売買契約をしたら、取り消すことができる。「当初から無効」なのではなくて「取り消すことができる」じゃないとダメ。制限行為能力者の法律行為は取り消すことができる。

2. 民法 121 条 意思無能力者の法律行為

誤り。意思能力とは、例えば泥酔している時のように、自己の行為の結果を判断することができる精神的能力のことをいう。この能力を欠く場合（意思無能力）、法律行為は無効とされる（条文はないが、判例上認められている）。「無効にできる」のではなくて、最初から無効。意思無能力者の法律行為は無効。ちなみに、法的に「取り消す」と言うことは、行為の時にさかのぼって、なかったことにすること。また、「無効」とはその行為が初めからなかったことにすること。さらに、「撤回」とは、将来に向かって、なかったとすること。

3. 規定なし 権利能力

その通り。団体 D は、権利能力を有しないから、権利義務の主体となることができない。したがって、A との間で売買契約を締結したとしても、土地の所有権は D に帰属しない。ちなみに、権利能力＝権利義務の主体となる地位・資格。自然人であれば、乳児・幼児であろうと、この世に生まれ出た者はみな権利能力を有している。

4. 民法 737 条 1 項、2 項 未成年者の婚姻と婚姻による成年擬制

誤り。未成年者の婚姻は、父母どちらかが同意していれば、婚姻は有効。父母の一方が同意しないときは、他の一方の同意だけで足りる。なぜなら、父母の一方の行方が知れないとき、死亡したとき、又はその意思を表示することができないときがあるから。未成年者が婚姻すれば、法的には成年者として扱われるので、E との売買契約は有効となり、取り消すことはできない。

平成 19 年度 問 1

A 所有の甲土地についての A B 間の売買契約に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 A は甲土地を「1,000 万円で売却する」という意思表示を行ったが当該意思表示は A の真意ではなく、B もその旨を知っていた。この場合、B が「1,000 万円で購入する」という意思表示をすれば、A B 間の売買契約は有効に成立する。(心裡留保)

2 A B 間の売買契約が、A と B とで意を通じた仮装のものであったとしても、A の売買契約の動機が債権者からの差押えを逃れるというものであることを B が知っていた場合には、A B 間の売買契約は有効に成立する。(通謀虚偽表示)

3 A が第三者 C の強迫により B との間で売買契約を締結した場合、B がその強迫の事実を知っていたか否かにかかわらず、A は A B 間の売買契約に関する意思表示を取り消すことができる。

4 A B 間の売買契約が、A が泥酔して意思無能力である間になされたものである場合、A は、酔いから覚めて売買契約を追認するまではいつでも売買契約を取り消すことができ、追認を拒絶すれば、その時点から売買契約は無効となる。(事理弁識能力)

解説

1. 民法 93 条 心裡留保＝冗談

誤り。真意でない A の意思表示は心裡留保。心裡留保による意思表示は原則有効だけど、相手方が表意者の真意を知っているか、または知り得た場合には無効。「B もその旨を知っていた」とあるので、無効。売主 A は「甲地を 1000 万で売る！」と冗談で言って、B さんも冗談か何かだと分かっていたのだから、A B 間の契約は成立しない。もし、B が冗談だと知らなかったら、有効に契約が成立する。つまり、心裡留保は相手方が善意無過失なら有効、悪意または善意有過失ならば無効。

2. 民法 94 条 1 項 通謀虚偽表示：当事者間の効果と第三者への対抗

誤り。A は債権者からの差押えを逃れるために、B と意を通じて土地を偽装売却した(通謀虚偽表示)。通謀による虚偽の意思表示は無効であり、A B 間の売買契約は無効となる。もし、善意の第三者がいたら、無効を主張(対抗)することはできない。逆に悪意の第三者には無効を主張できる。

3. 民法 96 条 2 項の反対解釈 強迫

その通り。このような問題で、強迫ときたら何も考えずに「取り消せる」。相手方や第三者が善意であろうと悪意であろうと関係なく、全て取消すことができる。ちなみに、詐欺と出てきたら、善意の第三者が登場すれば対抗できない。

4. 条文はないが、判例上認められている 意思無能力者の法律行為

誤り。意思無能力の状態で行った契約行為は無効。つまり、何もなかったことになる。何もなかったことを取り消したり追認したりはできない。売買契約を有効にしたければ、シラフの状態再度契約をすればいいだけ。

平成 25 年度 問 2

未成年者に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 父母とまだ意思疎通することができない乳児は、不動産を所有することができない。(自然人の権利能力)

2 営業を許可された未成年者が、その営業のための商品を仕入れる売買契約を有効に締結するには、父母双方がいる場合、父母のどちらか一方の同意が必要である。(未成年者の法律行為)

3 男は 18 歳に、女は 16 歳になれば婚姻することができるが、父母双方がいる場合には、必ず父母双方の同意が必要である。(婚姻年齢)

4 A が死亡し、A の妻 B と嫡出でない未成年の子 C と D が相続人となった場合に、C と D の親権者である母 E が C と D を代理して B との間で遺産分割協議を行っても、有効な追認がない限り無効である。

正解

1. 民法 3 条 1 項 権利能力

誤り。「不動産を所有することができる」、すなわち、法的権利の主体となるためには、その者が権利能力を有していることが必要である。そして、権利能力を獲得するのは、出生の時である。つまり、乳児・幼児であろうと、この世に生まれ出た者はみな権利能力を有している。すなわち、乳児であっても、不動産を所有することができる。父母と意思疎通できるかどうか、は無関係である。権利能力とは、権利義務の主体となる地位・資格という意味である。例えば、イヌやネコには権利能力がない。だから、不動産を取得したり、飼主の遺産を相続したりすることができない。

2. 民法 6 条 1 項 未成年者

誤り。営業を許可された未成年者は、その営業に関しては成年者と同一の行為能力を有する。例えば、文房具店を営むことを許可されたのであれば、その営業、すなわち文房具の仕入れや販売については、成年者として扱うのである。したがって、契約を締結するにあたって、法定代理人の同意は不要である。

3. 民法 737 条 2 項

誤り。男は 18 歳に、女は 16 歳になれば、婚姻(結婚のこと)をすることができる。未成年のうちに婚姻する場合には、父母の同意が必要である。しかし、父母の一方が同意しない場合には、他の一方だけの同意で構わない。

4. 民法 826 条 2 項 双方代理

正しい。一人の親権者が、数人の子に対して親権を行う場合、子の間で利益が相反する行為については、特別代理人の選任を家庭裁判所に請求しなければならない。つまり、親権者が子の双方を代理すること

は許されない。

平成28年度 問2 民法（制限行為能力者）

制限行為能力者に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 古着の仕入販売に関する営業を許された未成年者は、成年者と同一の行為能力を有するので、法定代理人の同意を得ないで、自己が居住するために建物を第三者から購入したとしても、その法定代理人は当該売買契約を取り消すことができない。
2. 被保佐人が、不動産を売却する場合には、保佐人の同意が必要であるが、贈与の申し出を拒絶する場合には、保佐人の同意は不要である。
3. 成年後見人が、成年被後見人に代わって、成年被後見人が居住している建物を売却する際、後見監督人がいる場合には、後見監督人の許可があれば足り、家庭裁判所の許可は不要である。
4. 被補助人が、補助人の同意を得なければならない行為について、同意を得ていないにもかかわらず、詐術を用いて相手方に補助人の同意を得たと信じさせていたときは、被補助人は当該行為を取り消すことができない。

解説

1. 民法5条1項本文、2項、120条1項 未成年者

誤り。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。でも、設問の未成年者が営業の許可を受けたのは、「古着の仕入販売に関する営業」だから、成年者と同一の行為能力があるのは「古着の仕入販売に関する営業」の範囲に限られる。それ以外の場面に関しては、単に未成年者として扱われる。「自己が居住するために建物を第三者から購入すること」は古着の仕入販売に関する営業とは無関係。だから、この未成年者は、単なる未成年者と扱われる。購入にあたって法定代理人の同意を得ていないなら法定代理人は売買契約を取り消すことができる。

2. 民法13条1項柱書 被保佐人

誤り。民法では、行為能力がない人が不利益にならないように保護している。だから、記述のような被保佐人が、贈与を拒絶することによる不利益に対しても、保護しなければならないと考えて、保佐人の同意を要求している。不動産の売却だけでなく、贈与の申し出の拒絶も重要行為の中に含まれている。もし保佐人の同意が必要な行為を同意なしに行った場合は、その行為を取り消すことができる。

3. 民法859条の3 成年被後見人

誤り。成年後見人が、成年被後見人に代わって、その居住の用に供する建物またはその敷地について、売却・賃貸・賃貸借の解除または抵当権の設定その他これらに準ずる処分をするには、家庭裁判所の許可を得なければならない。この規定は、後見監督人に準用されており、後見監督人の許可があっても、家庭裁判所の許可は必要。

4. 民法21条 制限行為能力者の詐術

正しい。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。詐術の典型は、制限行為能力者でないとして偽る場合である。これに加え、保護者の同意を得ていると信じさせるために詐術を用いた場合も、同様に扱われる。

平成26年度 問9 民法（後見人制度）

後見人制度に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

1. 成年被後見人が第三者との間で建物の贈与を受ける契約をした場合には、成年後見人は、当該法律行為を取り消すことができない。
2. 成年後見人が、成年被後見人に代わって、成年被後見人が居住している建物を売却する場合には、家庭裁判所の許可を要しない。
3. 未成年後見人は、自ら後見する未成年者について、後見開始の審判を請求することはできない。
4. 成年後見人は家庭裁判所が選任する者であるが、未成年後見人は必ずしも家庭裁判所が選任する者とは限らない。

解説

1. 民法9条、同法859条 成年被後見人

誤り。成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。例外的に取り消すことができないのは、日用品の購入その他日常生活に関する行為のみ。「建物の贈与を受ける契約」は、日常生活に関する行為には当たらないので、契約を取り消すことができる。取消権は、制限行為能力者だけじゃなく、その代理人にもあり、成年後見人は、被後見人の法定代理人なのだから、成年後見人が契約の取消しを行うことも可能。

2. 民法859条の3 成年被後見人の居住用不動産の処分についての許可

誤り。成年後見人が、成年被後見人に代わって居住用不動産を処分するには、家庭裁判所の許可を得なければならない。不動産の処分とは、売却・賃貸・賃貸借の解除・抵当権の設定その他これらに準ずる行為をいう。

3. 民法7条 未成年者の後見開始の審判

誤り。未成年後見人は、後見開始の審判を請求することができる。未成年の知的障害者が成年に達すると、法定代理人（成年後見人）がいなくなってしまう。この事態を防ぐため、未成年者も後見開始の審判の対象とされている。

4. 民法843条1項 成年被後見人

正しい。成年後見人は、後見開始の審判のときに、家庭裁判所が職権で選任する。したがって、成年後見人は、必ず、家庭裁判所が選任する者。一方、未成年後見人には、「①指定未成年後見人」と「②選定未成年後見人」の2種類がある。原則は、①指定未成年後見人であり、これは、未成年者に対して最後に親権を行う者が遺言で指定する（同法839条1項）。この①指定未成年後見人がないときには、家庭裁判所が②選定未成年後見人を選任する（同法840条1項）。

平成11年度 問1 民法（制限行為能力者）

次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

1. 満20歳に達した者は、成年とされる。
2. 満15歳に達した者は、父母の同意を得て、婚姻をすることができる。
3. 未成年者が婚姻をしたときは、成年に達したものとみなされる。
4. 満15歳に達した者は、父母の同意を得なくても、遺言をすることができる。

解説

1. 民法4条 未成年者

正しい。こう簡潔に訊かれると違うんじゃないかと疑ってしまうが、日本では20歳になれば、成人＝成年ですから、記述は正しい。「誤っているものはどれか」だから、もっと先。

2. 民法731条 未成年者の婚姻

誤り。男は18歳に、女は16歳にならなければ、婚姻をすることができない。但し、未成年者が婚姻する場合は、父母どちらかの同意が必要。「父母の」がダメ。

3. 民法753条 成年擬制

正しい。これもよく訊かれることです。未成年者が、成年者とみなされる場合は、2つしかありません。

① 未成年者が婚姻したとき

② 営業の許可を受けたとき

従って、記述は正しいとなります。

4. 民法961条 遺言能力

正しい。満15歳に達したものは、父母の同意がなくても遺言をすることができる。

女性婚姻18歳引き上げ検討 成人年齢改正に合わせ

毎日新聞 2016年9月2日 20時33分(最終更新 9月2日 23時46分)

親の同意があれば結婚できる女性の年齢の下限を定める民法の規定について、法務省が現行の16歳から18歳に引き上げる方向で検討していることが分かった。金田勝年法相は2日の閣議後記者会見で「民法の成人年齢引き下げとあわせて検討していく必要がある」と述べた。

法務省は成人年齢を現行の20歳から18歳に引き下げる民法改正案を来年の通常国会に提出する方針を固めている。同省幹部によると、条件が整えば、この改正案に女性の結婚年齢の下限引き上げも盛り込むことができないか検討しているという。

民法731条と737条は、未成年者でも親の同意があれば結婚できる年齢（婚姻適齢）を女性は16歳以上、男性は18歳以上と定めている。一般に女性のほうが身体的成熟が早いとされることから、2歳の差が設けられている。

婚姻適齢については、1996年に法制審議会（法相の諮問機関）が男女平等の観点から「男女とも18歳」とする民法改正案の要綱を当時の法相に答申したが、法改正には至っていない。成人年齢引き下げを検討した法制審が2009年にまとめた最終報告書は「民法の成人年齢を引き下げる場合には、婚姻適齢については男女とも18歳とすべきだ」としていた。

厚生労働省の人口動態調査によると、14年には1394人の女性が16、17歳で結婚（再婚を含む）している。

【鈴木一生】

意思能力と行為能力

▼ 判断力が不十分な者を保護する制度

すべての個人（自然人）は、平等に権利能力を有する。しかし、個人が実際に経済活動（取引行為）をする局面では、すべての個人を法的に全く平等に取り扱ってよいというわけにはいかない。子供や精神的な障害のある者のように十分な判断能力を有しない者も現実にいるのであり、そのような弱者を法的に保護しなければならないからである。

民法は、取引行為の効力が維持される（有効である）ための条件として、その行為について行為者に十分な判断力があることを要求する。そして、判断力の不十分な者がした取引行為の効力を否定することによって、そのような弱者を（取引から生じる義務に拘束されないという意味で）**消極的に保護**している。意思能力と行為能力という二つの制度がそれである。

意思能力と行為能力は、ともに判断力が不十分な者を保護するための制度であるが、個人の判断力の有無を決定するしかたが両者で異なる。意思能力においては、事案・行為ごとに個別具体的に判断力の有無を見定める。これに対して、行為能力においては、個別の事案とは切り離して、年齢や審判の有無といった形式的な基準によって画一的に取引をする資格を制限する。

→ □ 権利能力

▼ 意思能力とは

● 行為の結果を判断できる能力

意思能力とは、自らがした行為の結果を判断することができる精神的能力のことを言う。およそ7歳から10歳くらいの精神的能力であるとされる。

意思能力があるか否かは、個別の事案ごとに具体的に判断される。通常の状態では正常な判断力がある者でも、飲酒や薬物の服用によって判断力を欠くような状況が生じることがありうる。

● 意思無能力による無効の法理

意思能力を欠く者（意思無能力者）がした取引行為（法律行為）は無効である（大判明 38.5.11）。意思無能力者保護の観点から、取引をした意思無能力者以外の者がこの無効を主張することはできないと解されている。

意思無能力による無効は、民法にその旨の規定は存在しないが、私的自治の原則（人は、自由な意思によらなければ、法的に拘束されることはない）の帰結として解釈上認められているものである。

→ □ 法律行為とは

→ □ 無効

▼ 行為能力とは

● 単独で有効な取引ができる資格

行為能力とは、単独で完全に有効な取引行為（法律行為）をすることができる能力ないし資格のことを言う。

民法は、年齢や家庭裁判所の審判といった形式的な基準によって一定範囲の者を定め、それらの者の行為能力を制限する。たとえば、20歳未満の者を一律に「未成年者」と定めて（4条参照）、その取引を行う資格を制限している（5条）。

未成年者のように、行為能力が制限された者を制限行為能力者と呼ぶ。制限行為能力者には、未成年者のほかに、成年被後見人、被保佐人、被補助人がある。制限行為能力者の種類によって行為能力の制限の程度に差がある。

→ □未成年者

→ □制限行為能力者制度

● 行為能力制度（制限行為能力者制度）の必要性

行為能力ないし制限行為能力者という制度が必要とされる理由として、一般に次の二点が挙げられる。

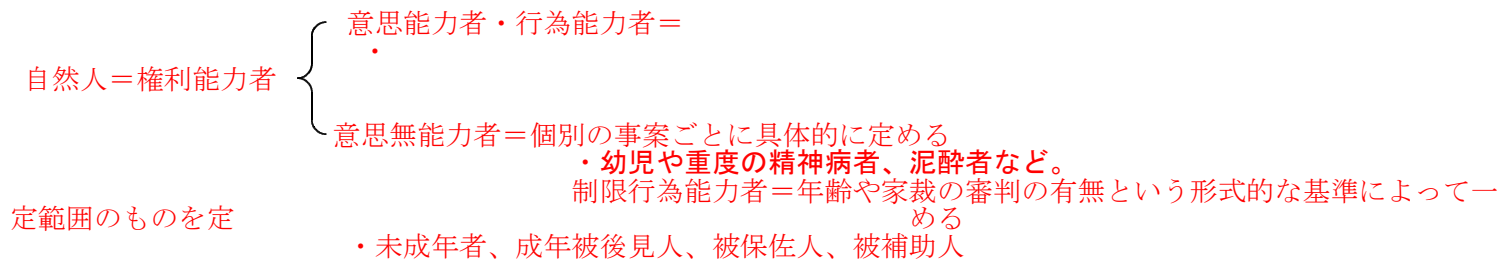
① 意思無能力者の保護（証明責任の軽減）

行為当時に意思能力がなかったことは、それを主張する者（すなわち意思無能力者）が証明しなければならない。しかし、取引をした後になって、実は取引当時に自分には意思能力がなかったことを主張したいと思っても、その事実を証明するのは決して容易なことではない。そこで、個々の行為ごとに判断力の有無を決める方法ではなく、あらかじめ判断力が不十分な者を画一的に定めておき、それらの者がした取引行為の効力を一律に否定するという方法によって保護することができるような制度が要請される。

② 取引の安全の確保

一度取引が成立した後に意思能力がないと判断されるとその取引は無効となるのであるから、取引の相手方は不測の損害を被るおそれがある。（このように、取引の相手方を不安定な状態に置くことを、「取引の安全を害する」と表現する。）そこで、取引を単独で行う資格がない者を画一的に定めておき、相手方がそれを容易に知りうるような方法を用意しておくことが必要となる。それによって、取引の相手方に警戒を促すことができ、相手方は後日に取引の効力を否定されないように保護者の同意を得るなどの予防措置を講ずることができるようになる。

→ □制限行為能力者制度



意思無能力者の法律行為は最初から無効である。
制限行為能力者の法律行為は取り消すことができる。

平成20年度 問1 民法（行為能力）

行為能力に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

- 1 成年被後見人が行った法律行為は、事理を弁識する能力がある状態で行われたものであっても、取り消すことができる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、この限りではない。
- 2 未成年者は、婚姻をしているときであっても、その法定代理人の同意を得ずに行った法律行為は、取り消すことができる。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、この限りではない。（成年擬制）
- 3 精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分である者につき、四親等内の親族から補助開始の審判の請求があった場合、家庭裁判所はその事実が認められるときは、本人の同意がないときであっても同審判をすることができる。
- 4 被保佐人が、保佐人の同意又はこれに代わる家庭裁判所の許可を得ないでした土地の売却は、被保佐人が行為能力者であることを相手方に信じさせるため詐術を用いたときであっても、取り消すことができる。

解説

1. 民法9条 成年被後見人

正しい。成年被後見人であれば、事理を弁識する能力がある（認知症が多少マシになった）状態で行われたものであっても、取り消すことができる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する（コンビニでの買い物）行為については、取り消すことはできない。

2. 民法753条 婚姻による青年擬制

誤り。未成年者は、法定代理人の同意を得ずに行った法律行為を取り消すことができる。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、婚姻の有無に関係なく、その法律行為を取り消すことはできない。さらに、未成年者が婚姻をした場合、成年者とみなされるので、その法律行為は取り消すことができない。

単に権利を得る行為＝土地を無償で譲渡される

単に義務を免れる行為＝借金を免除してもらう

3. 民法15条 補助開始の審判

誤り。精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分である者につき、本人、配偶者、4親等内の親族などから補助開始の審判の請求があった場合には、家庭裁判所では補助開始の審判をすることができる。ただし、本人以外の者の請求による場合には、本人の同意が必要である（民法15条）。成年被後見人や被保佐人の審判については、本人の同意は要件とされていない。（成年被後見人＞被保佐人＞被補助人）

4. 民法20条 被保佐人の詐欺

誤り。被保佐人が、保佐人の同意又は、これに代わる家庭裁判所の許可を得ないでした土地の売却は、取り消すことができる。でも、相手方を騙して行った行為まで保護する必要はないので、取り消しはもはやできない。

平成22年 問1 民法（制限行為能力者）

制限行為能力者に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

- 1 土地を売却すると、土地の管理義務を免れることになるので、婚姻していない未成年者が土地を売却するに当たっては、その法定代理人の同意は必要でない。
- 2 成年後見人が、成年被後見人に代わって、成年被後見人が居住している建物を売却するためには家庭裁判所の許可が必要である。
- 3 被保佐人については、不動産を売却する場合だけでなく、日用品を購入する場合も保佐人の同意が必要である。
- 4 被補助人が法律行為を行うためには、常に補助人の同意が必要である。

解説

1. 民法5条1項但書 未成年者

誤り。未成年者であっても、「単に権利を得、又は義務を免れる法律行為」については、法定代理人の同意なしで有効に行うことができる。設問の「土地を売却することにより管理義務を免れること」は土地の所有権という権利を失っているのであるから、「単に義務を免れる法律行為」とは言えないので、土地の売却に当たっては、法定代理人の同意が必要。法定代理人同意がいない（未成年者が単独で有効にできる）のは、「①負担付きでない贈与・債務の免除を受ける場合」、「②処分を許された財産の処分」、「③一定の営業を許された場合のその営業に関する行為」

2. 民法859条3項 成年後見人の代理売却

その通り。おじいちゃん（成年被後見人）の土地を息子（成年後見人）が勝手に売却したのではおじいちゃんが困ってしまうので、家裁の許可が必要。

3. 民法13条1項3号 保佐人の同意を要する行為等

誤り。おじいちゃん（被保佐人）が土地を売却するには息子（保佐人）の許可が必要だけど、コンビニで買い物をするのに一々息子の許可は不要。

4. 民法7条1項 補助人の同意を要する行為等

誤り。「常に」が間違い。被補助人の場合、同意が必要なのは、補助開始審判で決められた行為だけである。

平成18年度 問12 民法(相続)

成年Aには将来相続人となるB及びC(いずれも法定相続分は2分の1)がいる。Aが所有している甲土地の処分に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

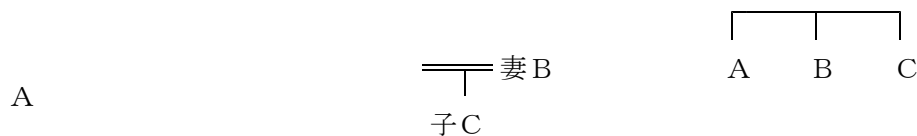
- 1 Aが精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況になつた場合、B及びCは(自動的に)Aの法定代理人となり甲土地を第三者に売却することができる。
- 2 Aが「相続財産全部をBに相続させる」旨の有効な遺言をして死亡した場合、BがAの配偶者でCがAの子であるときはCには相続財産の4分の1の遺留分があるのに対し、B及びCがAの兄弟であるときはCには遺留分がない。
- 3 Aが「甲土地全部をBに相続させる」旨の有効な遺言をして死亡し、甲土地以外の相続財産についての遺産分割協議の成立前にBがCの同意なく甲土地を第三者Dに売却した場合、特段の事情がない限り、CはBD間の売買契約を無権代理行為に準じて取り消すことができる。
- 4 Aが遺言なく死亡し、B及びCの協議により甲土地をBが取得する旨の遺産分割協議を有効に成立させた場合には、後になってB及びCの合意があっても、甲土地をCが取得する旨の遺産分割協議を成立させることはできない。

解説

1. 民法7条 後見開始の審判

誤り。おじいちゃん(成年被後見人)の息子B、Cは「自動的に」ではなく「家裁の後見開始の審判で」法定代理人になれる。

2. 民法1028条2号 Bが配偶者、Cが子



遺留分は、被相続人の兄弟姉妹にならないので、遺言通りBが全財産を相続してCには遺留分がない。後半部分は正しい。次に、遺留分の割合だけど、直系尊属だけが相続人のときだけ1/3で、それ以外の場合は1/2。設問は子の遺留分だから、子が相続できるのは1/2(法定相続分)で、遺留分はその1/2で、 $1/2 \times 1/2 = 1/4$ が子が受取れる相続財産となり、前半部分も正しい。

3. 民法909条、985条1項 遺産分割と対抗要件

遺言は、遺言者が死亡した時からその効力を生ずる。甲土地はAが死亡後、直ちにBに相続されたことになるから甲土地の所有者はBにあるので、所有者が第三者に自分の土地を売却するのに他の者から文句を言われる筋合いはない。

「甲土地以外の遺産分割の話し合い中」とあるが、甲土地とは関係のない部分の分割協議だから、甲土地売却の結論には変わりはない。

4. 民法907条 遺産分割協議

共同相続人は、既に成立している遺産分割協議につき、その全部又は一部を全員の合意により解除した上、改めて分割協議を成立させることができるので、いったん遺産分割協議で甲土地をBが取得することになったとしても、後に改めて分割協議をし、Cが取得することが可能。

3 法人

1 1-1 法人とは何か

法人 = 社団法人 + 財団法人

社団法人 = 一定の目的によって結集した人の集団

社団法人 = 法人格を有する社団法人

権利能力なき社団法人 = 社団法人としての実態はあるが、法律が権利能力を認めないもの

* 同窓会、町内会、学術団体は権利なき社団法人。権利なき社団法人をどこまで法人として扱うかが問題。

財団法人 = 特定の目的を持って結合された財産の集合体

財団法人 = 財産の集合体が、公益事業を行うために法人格を持ったもの

法人格 = 自然人と同様に、組織体が権利や義務の主体となる地位にあるもの

法人 = 営利法人 + 非営利法人

営利 = 法人が外部的経済活動によって得た利益をその構成員（社員）へ分配すること

営利法人 = 利益を目的とした団体で法人格を持つもの

非営利法人 = 利益を追求することのない団体で法人格を持つもの

* 営利社団法人のことを会社といい、会社法は株式会社、合名会社、合資会社、合同会社を定めている。

非営利法人 = 公益法人 + その他の法人

公益法人 = 公益（社会全体の利益）を目的とし営利を目的としない法人 = 公益社団法人 + 公益財団法人

その他の法人 = 公益も営利も目的としない法人

広義の公益法人 = 民法以外の特別法に基づいて設立される公益を目的とする法人 = 学校法人（私立学校法） + 社会福祉法人（社会福祉事業法） + 宗教法人（宗教法人法） + 医療法人（医療法） + 更生保護法人（更生保護事業法） + 特定非営利活動法人（特定非営利活動促進法）

民法 = 法人全体に適用される通則部分 + 公益法人（公益社団法人 + 公益財団法人）に適用される規定

↓
問題点あり

↓
公益法人は「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」と「公益社団法人及び公益財団法人に関する法律」で詳細に規定

外国法人 = 外国の法律に基づいて設立された法人 = 権利能力はないが不便

↓
「外国、外国の行政区画、外国会社、法律または条約の規定によって特に認許された外国法人」（36条1項）

1 1-2 民法の規定

① 法人法定主義 = 法人は「一般社団法人・財団法人法」「公益社団法人・財団法人法」「会社法」「農業組合法」「労働組合法」などの法律の規定によらなければ成立することができない（民法33条）

② 法人の権利能力の制限

- ・ 性質による制限 = 自然人の権利能力はない
- ・ 法令による制限 = 権利能力は法律により与えられるので、その範囲も法令（法律や命令）によって制限される。
- ・ 目的による制限 = 権利能力は定款その他の基本約款で定められた目的の範囲内に制限される。

定款（ていかん） = 法人の目的・組織並びにその業務執行に関する基本規則

約款（やっかん） = 法令・条約・契約などに定められた一々の条項。特に契約についていう。

11-3

一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（一般社団・財団法）
 公益社団法人及び公益財団法人に関する法律（公益社団・財団法）

2008年11月までは公益社団法人および公益財団法人は設立目的の分野を所管する主務官の許可を受けて設立された（民法第3章法人・34条）

庁

↓
 主務官庁の許可主義では公益法人になることが難しい
 何が公益であるのかの基準が不明確

↓
 民法の公益法人に関する規定の大幅見直し
 一般社団・財団法、公益社団・財団法の制定

* 許可主義＝法人設立を許可するかどうかは主務官庁の自由裁量にゆだねられる
 特許主義＝法律によって特に許されたものだけが法人となる
 認可主義＝法律の定める要件を満たせば樹無官庁は認可しなければならない
 準則主義＝法律の定める要件を満たせば主務官庁の認可を必要とせずに法人となれる

11-3-1 一般社団法人、一般財団法人とは
 一般社団法人、一般財団法人＝公益性の有無にかかわらず剰余金または残余財産の分配を目的としない社団または財団で、準則主義（登記）によって法人格が得られる。

一般社団法人＝2人以上の社員が定款を作成し公証人の認証を受け、登記することで成立。社員総会と理事会は必要だが理事会、監事または会計監査人は不要。

一般財団法人＝設立者が300万円以上を出し、定款を作成し、公証人の認証を受け、登記することで成立。評議員、評議員会、理事、理事会、監事は必要だが会計監査人は不要。

剰余金（じょうよきん）＝株式会社に固有のもので、自己資本額から法定資本金額を控除した残高。資本取引から生ずる資本剰余金と、損益取引から生ずる利益剰余金の二種類がある。
 残余財産（ざんよざいさん）＝特定の財産が清算されて後になお残った積極財産。法人または組合の解散、相続の限定承認の場合などに、その帰属が問題となる。

積極財産＝ある人に属する財産権の総体
 消極財産＝財産の構成部分として見た債務

11-3-2 公益社団法人、公益財団法人とは
 一般社団法人、一般財団法人

↓
 公益性の認定

↓
 公益社団法人、公益財団法人
 ○税制上の優遇 / × 行政庁からの監督

改訂前の民法（第3章34条）で設立された公益財団法人・社団法人は平成20年12月1日からは「特例社団法人・特例財団法人」として存続。

11-4 まとめ

法人	規定法律	
一般社団法人・一般財団	一般社団・財団法	非 営 利 法 人
公益社団法人・公益財団	公益社団・財団法	
学校法人	私立学校法	非 営 利 法 人
宗教法人	宗教法人法	
特定非営利活動法人	特定非営利活動促進法	
農業組合	農業組合法	
漁業組合	漁業組合法	
消費生活協同組合	消費生活協同組合法	
労働組合	労働組合法	
株式会社	会社法	
合名会社		
合資会社		
合同顔者		

4 物

1 2 - 1 物とは何か

物=有体物 (85 条)

有体物 (ゆうたいぶつ) =空間の一部に有形的に存在するもの

- ・ 気体・液体・固体のみで電気・熱・光は含まれない
- ・ 法律上排他的支配が可能なもので、気体・液体・固体・電気・熱・光すべてを含む

1 3 - 1 不動産・動産とは何か

物=動産+不動産

物=主物+従物

* 主物 (しゅぶつ) =独立して効用をなし、従物の付属させられたもの。畳・建具に対する家屋の類。

* 従物 (じゅうぶつ) =物の所有者が、その物の継続的な利用に供するために付属させる他の所有物。筆筒に対する鍵、家屋に対する畳の類。

物=元物+果実

* 元物 (げんぶつ) =果実を生ずる物。果樹・乳牛・鉱山の類。

* 果実 (かじつ) =元物から産出される収益物。天然果実と法定果実との別がある。前者には耕地の穀物、羊の毛など、後者には利息・家賃・地代・小作料などがある。

物=特定物+不特定物

* 特定物=取引に際して、当事者が物の個性に着目して具体的に定めた物。何区何町何番地の何平方メートルの土地という類。

不特定物=具体的な取引にあたって、当事者が取引する物の種類だけを指定して、その個性を問わないもの。馬一〇〇頭・酒一斗などはその例。

物=可分物+不可分物

* 可分物=物の性質および価値をそこなわずに分割できるもの。例えば、金銭・穀物・土地など。

不可分物=分割すれば物の性質および価値が著しく低下する物。一頭の馬・一台の自動車などがその例。

不動産=土地と土地の定着物 (86 条 1 項)

* 土地の定着物=建物、樹木、石垣、溝など

建物は土地とは別の独立した不動産

樹木、石垣、溝等は土地の一部

動産=不動産以外の物すべて (86 条 2 項)

債権は権利だから有体物ではないので動産でも不動産でもなはずだが、債権の取引は証券という有体物でなされるため動産とみなす (86 条 3 項)

* 無記名債権=無記名証券で表した債権。電車の切符、百貨店の商品券、映画の入場券などの証券上に債権者名が表記されていない債権

* 債権=財産権の一。特定人(債権者)が他の特定人(債務者)に対し、その行為(給付)を請求することを内容とする権利。債券と区別すること。

1 4 - 1 主物と従物とは何か

2 個の独立性を有する物が、お互いに経済的効用を補い合っている場合に、補われている物を主物、補っている物を従物と呼ぶ。(87 条 1 項)

特別の意思表示がない限り、従物は主物の処分に伴う (87 条 2 項)

1 5 - 1 元物と果実とは何か

果実=ある物から生じる収益

元物=果実を生じるそのある物

果実=天然果実+法定果実

天然果実=ある物[元物]の用法にしたがって取得される産出物 (88 条 1 項)

果実を元物より分離する際、それを取得する権利がある人のもの

となる (89 条 1 項)

法定果実=ある物[元物]を使用させた対価として受け取る物 (88 条 2 項)

収益[果実]の取得権は日割り計算 (89 条 2 項)

第 86 条

(不動産及び動産)

第八十六条 土地及びその定着物は、不動産とする。

2 不動産以外の物は、すべて動産とする。

3 無記名債権は、動産とみなす。

解説

石垣とかは、土地の一部となる。

一方、建物は土地とは別個の不動産と扱われる。

【判例】 建築中の建物は、屋根が葺かれ、壁ができたときに建物になる。

材料という動産の集合体が、建物という不動産（一個の所有権）に生まれ変わるのが、いわば風雨をしのげる状態になったときとしているわけ。

第 87 条

(主物及び従物)

第八十七条 物の所有者が、その物の常用に供するため、自己の所有に属する他の物をこれに附属させたときは、その附属させた物を従物とする。

2 従物は、主物の処分に従う。

解説

主物と従物の例としては、腕時計本体とバンド、絵画と額縁とか。

もちろん、反対の意思があればそれに従う。「売るのは絵だけで額縁はつけないよ」とか。

権利に準用される。

【判例】 賃借地上の建物について売買契約がされた場合には、特段の事情がない限り、敷地の賃借権も譲渡したものと認められる。

5 法律行為

16-1 法律行為とは何か

法律行為＝法律効果を発生させようとする行為で、意思表示によって行われるもの

法律行為＝人が私法上の権利の発生・変更・消滅（法律効果＝私権の変動）を望む意思（効果意思）に基づいてする行為であり、その意思表示の求めるとおりの法律効果を生じさせるものをいう。

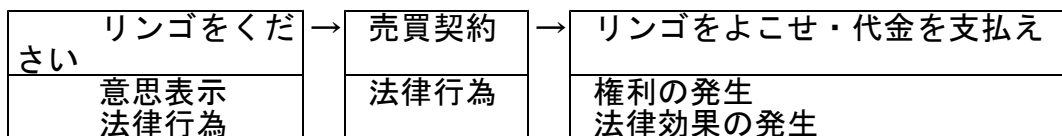
法律行為（意思表示）→発生→法律効果（権利の発生・変更・消滅＝私権の変動）

- * 私法＝私人間の関係を規律する法。民法、商法など。
- * 公法＝国家等の公権力と私人の関係を規律する法。憲法、行政法など。

法律効果＝権利の発生・変更・消滅＝私権の変動＝具体的な事実が法律要件を充足することによって生じる、法規範が定める法的な効果である。

法的要件＝一定の法律効果を生じるため要求される事実

* 法規範＝規範（きはん）とは、「～である」と記述される事実命題に対し、「～べきである」と記述される命題ないしその体系をいう。法規範や社会規範がその典型であり、道徳や倫理も規範の一種である。



第1節 総則

第5章 { 第2節 意思表示
法律行為 第3節 代理
第4節 無効・取消
第5節 条件・期限

16-2 法律行為の種類

{ 単独行為・契約という分類法
法律行為 要式行為・不要式行為という分類法
債券行為・物権行為という分類法

<数>

- * 単独行為＝一人の人間の一個の意思表示によって成立する法律行為
- * 契約＝相対立する2個以上の意思表示の合致によって成立する法律行為

<形式>

- * 要式行為＝意思表示に一定の形式が必要な法律行為
- * 不要式行為＝意思表示に一定の形式を必要としない法律行為

<権利>

- * 債券行為＝債権を発生させる法律行為
- * 物権行為＝物件の発生・変更・消滅を生じさせる法律行為

17-1 法律行為の解釈とは何か

法律行為の解釈＝はっきりしない法律行為の内容を明確にすること＝慣習・信義則・条理を考慮したり、任意規定を適用して当事者の真意の探求すること

* 慣習＝ある集団に共有される日常的な反復行為

* 信義則＝信義誠実の原則（しんぎせいじつのげんそく）のことで、相互に相手方の信頼を裏切らないよう行動すべきであるという法原則。

* 条理＝社会生活における物事の道理、筋道

* 任意規定＝公の秩序に関しない規定で、当事者の意思表示が優先される規定。契約などによって変更することが認められている規定。債券の契約に関する条文に多い。

* 強行規定＝公の秩序に関する規定で、当事者の意思如何にかかわらず適用される規定。物件の契約に関する条文に多い。

* 公の秩序＝国家・社会の秩序ないし一般的な利益

法令の規定 { 強行規定（強行法規）
任意規定（任意法規）

* 公序良俗＝公の秩序または善良の風俗

* 善良の風俗＝社会の一般的な道徳・倫理についての考え方や規律

第90条

(公序良俗)

第九十条 **公の秩序**又は**善良の風俗**に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。

解説

公序良俗違反の例としては、殺人請負契約、愛人契約、暴利行為（原野商法）など要するに反社会的なもの。

本条違反の無効は**絶対的無効**。追認は許されないし、善意の第三者も保護されない。

履行されると原状回復が許されない。不法原因給付（708）となる。

【判例】 「賭博の返済目的のためにお金を貸して」と言われてお金を貸したら（金銭消費貸借契約）本条違反となる＝返してと言えない。**動機の不法**という。

【判例】 建築基準法に違反する建物建築請負契約を「著しく反社会的」として無効とした判例（H24）がある。最近の判例で宅建に関係があるので出題されるかも。

【判例】 公序良俗違反となるかどうかを判断する基準時は、その行為時である。

例えば、行為時に違反しなかったなら、その後、公序が変化して違反にあたることになったとしても有効である。

H6 問 2

H9 問 7

H6問2

Aは、「近く新幹線が開通し、別荘地として最適である」旨のBの虚偽の説明を信じて、Bの所有する原野（時価20万円）を、別荘地として2,000万円で購入する契約を締結した。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

- 1 Aは、当該契約は公序良俗に反するとして、その取消しを主張するとともに、Bの不法行為責任を追及することができる。
- 2 Aは、無過失のときに限り、法律行為の要素に錯誤があるとして、その無効を主張することができる。（誤謬による無効の主張）
- 3 Aは、当該契約の締結は詐欺に基づくものであるとして、その取消しを主張することができるが、締結後20年を経過したときは、取り消すことができない。（瑕疵ある意思表示の取り消し）
- 4 Aが被保佐人であり、保佐人Cの同意を得ずに当該契約を締結した場合、Cは、当該契約の締結にはCの同意がないとして、その無効を主張することができる。（制限行為能力者の法律行為の取り消し）

解説

1. 民法90条 公序良俗違反

誤り。20万円の原野を、うそをついて100倍の2,000万円で売却するのは、過剰な暴利行為なので、公序良俗に反する行為だと判断できる。民法では、公序良俗に反する行為は無効。無効と言うのは、売買契約そのものがなかったことに等しいと言うものだから、なかった行為を取り消すと言う主張はおかしい。また、Bは虚偽の説明をしたと言うことは、不法行為だから、その責任を追及することは当然に出来る。

2. 民法95条1項 錯誤：重過失がある場合

誤り。錯誤無効は表意者に重過失があれば、無効を主張することはできない。つまり、ちょっとした不注意程度の過失では、無効を主張することはできるので、「無過失のときに限り」がダメ。「～に限り」は怪しい。錯誤の主張をする要件は

1. その錯誤がどの段階で生じているか？ → 動機の錯誤は× 例外・動機が表示されている場合は○
2. その錯誤が重要な部分(要素)で起きているか？ → 軽微な勘違いは×
3. 本人に重大な過失はないか？ → 著しい不注意による勘違いも× 例外・相手方が悪意の場合、相手方の詐欺による錯誤の場合は○

3. 民法126条 取消権の期間の制限

正しい。取消権が時効によって消滅するのは、「①追認できる時から5年間行使しないとき」か「②行為の時から20年経過したとき」だから、契約締結後20年経過したときは、取り消すことができない。

4. 民法13条1項3号・4項 被保佐人

誤り。被保佐人が保佐人の同意を得ずに売買契約をした場合は、その契約を取り消すことができる。「無効を主張」することはできない。

平成9年度 問7 民法(不当利得)

不当利得に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 A所有の不動産の登記がB所有名義となっているため固定資産税がBに課税され、Bが自己に納税義務がないことを知らずに税金を納付した場合、Bは、Aに対し不当利得としてその金額を請求することはできない(不当利得の返還)。

2 建物の所有者Cが、公序良俗に反する目的でその建物をDに贈与し、その引渡し及び登記の移転が不法原因給付である場合、CがDに対しその返還を求めることはできないが、その建物の所有権自体は引き続きCに帰属する。(不法原因給付)

3 Eは、F所有のブルドーザーを賃借中のGから依頼されて、それを修理したが、Gが倒産したため修理代10万円の取立てができない場合、ブルドーザーの返還を受けたFに対し不当利得として10万円の請求をすることができる。(三角関係の不当利得)

4 土地を購入したHが、その購入資金の出所を税務署から追求されることをおそれて、Iの所有名義に(仮装)登記し土地を引き渡した場合は不法原因給付であるから、Hは、Iに対しその登記の抹消と土地の返還を求めることはできない。(通謀虚偽表示の当事者間の無効)

解説

1. 民法705条 不当利得

誤り。本来の納税義務者はAさんなのに、Aさんはその義務を免れている(「利益」の存在)。一方、Bさんは、固定資産税を納付している(「損失」の存在)。Bさんには、法律上の納税義務がなく、Bさんが納税したおかげで、Aさんがその義務を免れている(「因果関係」の存在)。だから、Bさんは、Aさんに対し、不当利得として納付した税金の金額を請求することができる。逆に、Bさんが自らに納税義務がないことを知っていて弁済をした場合には、返還を請求することができない。

2. 民法708条 不法原因給付

誤り。違法の賭け麻雀でDさんが勝って、借金の形に負けたCさんから建物を譲渡されたとき、不法原因給付だからDさんはCさんに建つてものの返還を要請できないし、その所有権も元には戻らない。

3. 民法703条 多数当事者(三角関係)の不当利益

正しい。人がたくさん出てくるときは物で見てみる。ブルドーザーの所有者はFさん。ブルドーザーの賃借人はGさん。賃借人Gからの依頼でブルドーザーを修理したのがEさんで、修理代10万円。Gが倒産して、Eは修理代を回収できない。ブルドーザーはFさんのところに帰ってきた。さて、ブルドーザーが修理されて喜んでいるのは誰でしょう?簡単ですね^^ 所有者のFさん。もしブルドーザーが壊れたままFに返還されていればFは次にブルドーザーを貸そうとする場合、修理する必要があります。それが、修理されて戻ってきているのです。喜ばないはずがありません。だったら、「その修理代払ってよ」とFに請求しても、バチは当たりません。

4. 民法94条 通謀虚偽表示

誤り。Hさんが所有する土地の名義を、脱税目的でIさんに貸そう登録したら、不法原因給付を理由にHさんはIさんに登記抹消と土地の返還を求められない。なぜなら、これは「不当原因給付」じゃなくて「通謀虚偽表示」だから、当事者間の無効が成立する。だからHさんはIさんに「返せ!」と言える。

平成10年問8の2

Aは、A所有の建物についてBに売却し、BはAから建物の売却を受けて入居したが、2ヵ月経過後に売買契約が解除された。この場合、Bは、Aに建物の返還とともに、2ヵ月分の使用料相当額を支払う必要がある。(不当利得)

【正解:○】

契約解除により、AB双方が原状回復義務を負う。契約解除までにBが建物を使用収益して得た利益は不当利得とみなされるので、Bには返還義務がある。

善意の不当利得者の不当利得返還債務の履行遅滞に陥る時期又は消滅時効の起算点は、債務者が履行の請求を受けたときである。

【正解:×】

不当利得の返還債務は、法律の規定によって生じる期限の定めのない債務だから、履行の請求を受けたときから履行遅滞に陥り、債務発生のおきから消滅時効の起算が始まる。

平成10年度 問8 民法（契約解除）

Aが、Bに建物を3,000万円で売却した場合の契約の解除に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Aが定められた履行期に引渡しをしない場合、Bは、3,000万円の提供をしないで、Aに対して履行の催告をしたうえで契約を解除できる。
2. Bが建物の引渡しを受けて入居したが、2ヵ月経過後契約が解除された場合、Bは、Aに建物の返還とともに、2ヵ月分の使用料相当額を支払う必要がある。
3. Bが代金を支払った後Aが引渡しをしないうちに、Aの過失で建物が焼失した場合、Bは、Aに対し契約を解除して、代金の返還、その利息の支払い、引渡し不能による損害賠償の各請求をすることができる。
4. 特約でBに留保された解除権の行使に期間の定めのない場合、Aが、Bに対し相当の期間内に解除するかどうか確答すべき旨を催告し、その期間内に解除の通知を受けなかったとき、Bは、契約を解除できなくなる。

解説

1. 最判昭29.07.27 債務不履行による解除

誤り。建物の売買契約の履行は、同時履行の関係にある。つまり、Bさんが3,000万円を提供しないでAさんに建物の引渡しを催促しても、Aさんから「そちらが先にお金の提供をしろ！」と同時履行の抗弁をされてしまうだけ。だから、Aさんに同時履行の抗弁をさせないためには、Bさんは先ず3,000万円の提供をして、それでもAさんが建物の引渡しをしないようなら、Aさんの債務不履行で契約解除することになる。もし、Aが定められた履行期に建物を引渡しがないことが「Aの責めに帰すべき事由」によるのなら、Bは、3,000万円の提供をしないで、Aに対して履行の催告をしたうえで契約を解除することができる。

2. 民法545条1項 解除：不当利得返還義務

正しい。契約が解除された場合、AB双方とも原状回復義務が課せられる。つまり、契約前の状態に戻しましょうと言うわけ。売主Aは、受取った売買代金をBに返還する、買主Bは建物を明け渡すとなる。さて、設問は契約履行後2ヵ月後に契約解除となっているので、Bは2ヵ月ほどの間、引渡を受けた建物に住んでいたわけだから、2ヵ月間タダでAの建物に住んでいたことになる。これでは、この契約によってBさんだけが得をしたことになってしまう。だから、その得した分をAに返還してやる必要がある。これを、民法では「不当利得の返還義務」と言う。

3. 民法543条 契約解除

正しい。Bが代金支払い義務を履行していますから、Aは本来、建物の引渡しの義務を履行しなければならない。しかし、Aの過失で建物が焼失しているため、建物の引渡しは不可能。と言うことは、Aは履行不能の状態だから、BはAの履行不能による契約解除をすることができる。また、契約解除による原状回復のため、支払った代金の返還とその間の利息、さらには損害賠償の請求も可能。

4. 民法547条 解除権の消滅

正しい。解除権の行使について期間の定めがないときは、相手方は、解除権を有する者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に解除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、その期間内に解除の通知を受けないときは、解除権は、消滅する。

第2部 民法総則

6 意思表示

■ 18-1 意思表示とは何か

【意思表示】一定の法律効果の発生を欲する意思を持ってそれを外部に口頭や文書で表示する行為

【意思表示】社会通念上一定の法律効果の発生を意図しているとみられる意思（効果意思）の表示行為

【効果意思】法律効果を発生させようという意思

* 夫が妻に「リンゴが欲しい」＝法律効果の発生を意図していない

* 果物屋が「リンゴはいらんか?」、果物屋に「リンゴが欲しい」＝リンゴに関する売買契約の成立と所有権の移転という法律効果の発生を意図している。

【意思の通知＝法律効果を要素としていない意思表示（準法律行為）。例えば「催告」「受領の拒絶」。

【観念の通知＝一定の事実の表明。例えば「債務の承認」「代理権授与表示」「債券譲渡通知」「承諾延着通知」。

■ 19-1 意思の欠缺（けんけつ）とは何か

欠缺＝適用すべき法の規定が欠けていること

意思の欠缺＝表意者の心中の「意思」と、外部に発した「表示」との食い違い

欠缺 ①心裡（しんり）留保
②通謀（つうぼう）虚偽表示
③錯誤

■ 19-2 心理留保（冗談のつもりで言ったこと・93条）

【原則】表意者が自分の意思と表示が食い違うことを知っている場合は有効＝冗談のつもりで言っても相手が本気にすると（善意無過失）冗談では済まされなくなる（有効）。

【例外】相手方が表意者の意思と表示の食い違いを知っている場合は無効＝相手が冗談であることを知っていたり（悪意）、うっかり信じた（善意有過失）場合は冗談で済ませられる（無効）。

* 「うっかり信じた」＝普段から虚言癖のある相手だと分かっていたが信じてしまった▲

【例外】この無効は善意の第3者に対抗できない。

* 「対抗できない」＝物権変動の効果を主張できないこと

【条文】（心裡留保）第93条

意思表示は、表意者がその真意ではないことを知っていたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。

【事例】宮島が冗談で藪下に「飯地の土地を100万で売る」と言っており、藪下がそれを冗談だと知っていたが「宮島から土地を買ってから水上さんに転売してあげよう」と話を持ちかけ転売の契約を結んだ場合、宮島は水上に「宮島藪下の契約は心裡留保で無効だから、飯地の土地は俺の！」と言っても、水上が善意であれば宮島は水上に対抗できない。でも、水上が悪意の場合は対抗できる。

■ 19-3 通謀虚偽表示（相手方と示し合わせて架空の契約をでっち上げること・94条）

【原則】表意者が相手方と通じて行った虚偽の意思表示は無効＝相手方と示し合わせて（通謀）ありもしない契約をでっち上げて（虚偽行為）、その契約は無効である。

【例外】この無効は善意の第3者には対抗できない。

【条文】（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。

【事例】広大な土地を所有する春日井出身の宮島代議士が入閣することになったが、恒例の資産公開でマスコミに騒がれたくないで藤山秘書と示し合わせて土地を藤山秘書に譲渡したことにした場合、宮島は藤山に土地を譲渡する意思はないので、宮島藤山の契約は単なるでっち上げとなり無効。藤山秘書が邪心を起こしてその土地の名義が自分のものになっているのを良いことに、これを藪下に売ってしまった場合、もし藪下が宮島藤山の契約がでっち上げだと知っていたら（悪意）宮島は藪下に「土地を返せ」と言える（対抗できる）。でも藪下が虚偽表示の事実を知らなかったら（善意）、宮島は藪下に「土地を返せ」とは言えない（対抗できない）。つまり、虚偽表示の無効は善意の第3者には対抗できない。宮島はけしからん人間だから、宮島藪下では断然藪下を保護すべきなので、藪下は善意であれば過失があっても宮島に勝てる。また藪下が所有権移転の登記をしていなくても藪下は宮島に勝てる。ただし、いつでも宮島は藤山に対してなら無効を主張できる。

事例 (転売以外の権利変動) 宮島は自分の土地を虚偽表示により藤山に譲渡し、藤山が藪下(第3者)から金を借りるためにその土地に抵当権を設定したとすると、藪下が善意ならば宮島は藪下の権利が無効であると主張できないが、悪意なら主張できる。つまり、転売以外のどんな権利の変動も善意の第3者には対抗できない。

事例 (当事者は善意でも保護されない) 藪下の飯地の土地に愛知銀行が1番抵当権を有し、イオン銀行が2番抵当権を有していた場合、愛知銀行が1番抵当権を放棄すればイオン銀行が2番から1番に繰り上がる。しかし、愛知銀行の権利放棄が虚偽表示で無効の場合は、イオン銀行は虚偽表示前から利害関係を持っていたので当事者とみなされ、たとえ善意であっても第3者として保護されず2番抵当権者のままとなる。つまり、当事者は善意であっても保護されない!

事例
 <善意の第3者>

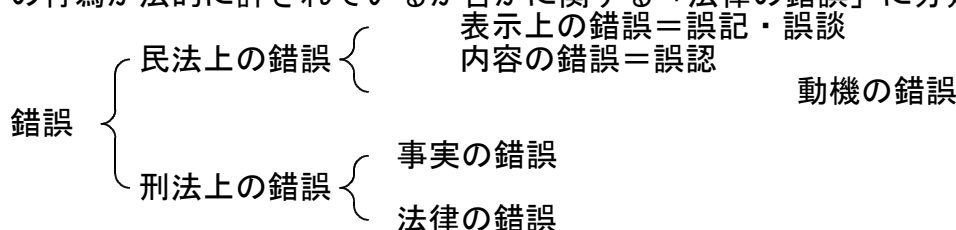
- ・第3者は善意であれば無過失でなくともかまわない。
- ・第3者は対抗要件を具備する必要はない。
- ・第3者は善意であることを立証する必要がある。
- ・第3者CがさらにDに転売した時、Cが善意でDが悪意であっても、Cが悪意でDが善意であっても、表意者AはCにもDにも無効を主張できない。
- ・身分行為について心裡保留や通謀虚偽表示があれば常に無効。

* 対抗要件=すでに当事者間で成立した法律関係・権利関係(特に権利の変動)を相手方の当事者又は第三者に対して対抗(主張)するための法律要件。例えば登記。
 * 身分行為=親族関係の変動を目的とする法律行為。婚姻・協議離婚・認知・養子縁組・協議離婚など。

19-4 思い違いの意思表示(錯誤)(95条)

錯誤=表意者が「効果意思」と「表示」の食い違いを知らないで、その法律行為の要素に錯誤があった場合(法律行為の内容のうち表意者にとって重要な意味を持つ部分に錯誤があった場合)に限り無効。心裡留保・通謀虚偽表示・錯誤=「内心的効果意思」と「表示上の効果意思」の食い違いが前提。但し、表意者に重大な過失がある場合には、法律行為の要素に錯誤があっても無効を主張できない。

民法の錯誤=動機から効果意思(内心的効果意思)に至る過程において錯誤が生じること
 刑法の錯誤=主観的認識と客観的な事実又は評価との不一致。犯罪事実に関する「事実の錯誤」と自分の行為が法的に許されているか否かに関する「法律の錯誤」に分類



動機の錯誤=動機から効果意思(内心的効果意思)に至る過程において、錯誤が生じること。民法95条にいう錯誤にあらず、意思表示(とそれに基づく契約)を無効にすることはできない。

19-5 瑕疵ある意思表示とは何か(詐欺・脅迫)(96条)

心裡留保
 通謀虚偽表示 } 表意者の内心的意思と表示との間に食い違い有り(意思の不存在)
 錯誤

- * 意思の不存在=意思の欠缺
- * 意思の不存在の場合は「無効」

詐欺 } 表面上は表意者の意思と表示との間に食い違い無し(瑕疵ある意思表示)

- 脅迫**
- * 瑕疵=傷、欠点、欠陥
 - * 瑕疵ある意思表示の場合は「取り消すことができる」=本人が取り消すまでは有効
 - * **ただし、締結後20年を経過したときは、取り消すことができない。**

<善意の第3者>

- ・AがBに**脅迫**されて土地を売却し、Bが善意の第3者Cにそれを売却した場合、AはCに対して無効を対抗(主張)できる。
- ・AがBに騙されて(**詐欺**)土地を売却し、Bが善意の第3者Cにそれを売却した場合、AはCに対して無効を対抗できない。
- * Aが脅迫された場合には気の毒だから無効にできるが、騙されたのなら騙された方がいけないのだから、善意の第3者の利益を擬制にしてまでAを保護する必要はない。

*無効と取消の比較

効果の発生	無効	一定の者の主張がなくとも法律行為の効果は生じない（最初から法律行為は効力を有しない）。
	取消	取消権を有するものの意思表示があって初めて法律行為の効力が遡って無効となる（取消の意思表示があるまで一応有効）
放置の効果	無効	放置しておいても効果は生じない。
	取消	一定の時間経過後、有効に確定する。
追認の効果	無効	追認によって有効にならない。
	取消	追認により確定的に有効となる。

	当事者間効力	第三者への効力
制限行為能力	取消	対抗できる
心裡留保	原則有効 例外的に無効	× 対抗できない
表示 通謀虚偽	無効	対抗できない
表示 錯誤	原則無効 例外的に有効	対抗できる ×
詐欺	取消	対抗できない
脅迫	取消	対抗できる

2 1 - 1 意思表示の効力

表白＝表意者が表示の意思を表面に出す（表意者が隔地者に手紙を書く）

↓

発信＝表白した意思の相手方へ向けての発信（ポストに投函する）

↓

到達＝発信した意思の相手方への到達（配達）

↓

了知＝到達された意思の相手方の理解（隔地者が手紙を読む）

{ 対話者に対する意思表示＝表白から了知までが同時に行われる
隔地者に対する意思表示＝意思表示の効力の発生が不明→到達主義

到達主義＝意思表示が相手方に到達した時点で効力が発生する

*手紙がポストに届いていれば相手方がそれを読んでいなくても意思表示の効力は発生しているという考え（97条1項）

*到達前に表意者が死亡したり制限行為能力者になったとしても、発信された意思表示の効力は妨げられない。

*意思表示をしたい相手方を知ることができず、その所在が不明の場合には公示の方法によって意思を表示できる（97条）

2 1 - 2 未成年者や成年被後見人にする意思表示

法定代理人が了知するまではダメ（98条）

第93条

(心裡留保)

第九十三条 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。

解説

読んで字のごとく、心の裡(うち)に留め保つ、である。なにを留め保っているかということ、本当の気持ち=真意である。心裡留保とは、表意者の真意と表示された意思に食い違いがあり、その食い違いがあることを表意者が知っていてなす意思表示である。(食い違いを知らずになす錯誤との相違点)

例えば、冗談で「私の土地(時価1億円)を1,000万円で売ってあげよう」と言った場合とか。
要するに、言った以上は約束を守れ=有効。でも相手も冗談だとわかっていた場合にまで守れというの
もなんなので、相手方が悪意または善意有過失なら無効、ということ。
相手方の善意・悪意の判定時期は行為時。

第94条

(通謀虚偽表示)

第九十四条 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。

解説

債権者による差押を免脱する目的で**仮装売買**をするのが典型例。
虚偽表示は当事者間では無効であるが、第三者保護の観点から2項。
無効は原則誰でも主張できるから、例えば債権者が無効を主張して、相手方から表意者に目的不動産(登記も)を戻させたいうで、差押することもできるわけである。

【判例】 「第三者」とは、**当事者及びその包括承継人以外の者で、虚偽表示による法律行為の存在を前提として利害関係に立った第三者をいう。**近年頻出。
包括承継人=他人の権利及び義務を一括して承継する者を意味する。一般承継人ともいう。

《第三者にあたる例》

- ・ 仮装譲受人からさらに譲り受けた者
- ・ 仮装譲受人の不動産について抵当権の設定を受けた者
- ・ 虚偽表示の目的物につき差押した者
- ・ 仮装債権の譲受人

《第三者にあたらぬ例》

- ・ 仮装売買の当事者の単なる債権者
- ・ 一番抵当権の仮装放棄で、一番になったと誤信した二番抵当権者
- ・ 土地の仮装譲受人が、土地の上に建物を建築し、それを賃貸した場合の建物の賃借人
- ・ 土地賃借人が、自己所有の借地上建物を仮装譲渡した場合の、土地賃借人

【判例】 第三者には、転得者も含まれる。

第三者が悪意、転得者が善意の場合、上の判例から無効主張できないのはわかる。では、第三者が善意、転得者が悪意の場合どうか?一見すると無効主張できるようにも思える。しかしここで無効主張できるとすると、ものを取り上げられた転得者は第三者(善意である)に対して代金を返せといえることになり、第三者が大迷惑をこうむることになってしまう。この場合、第三者(善意)のために無効主張は認められない。

というわけで結局のところ、**第三者、転得者(複数でもよい)**という場合には、その中の一人でも善意者がいれば、もはや無効主張できないと憶えておこう。

【判例】 善意かどうかの判断は、取得時を基準とする。

【判例】 第三者には、無過失は要求されない。また対抗要件も要求されない。(つまり第三者は、善意でありさえすればよい。)

転得者=第三者から転売によって購入した者を言います。

例えば、Aさんが、A所有の土地をBに売却したとします。その後、BがCに売却したとします。

そのCがDに売却した場合、Dが転得者になります。

表意者A→相手方B→第三者C→転得者D

①売買 ②売買 ③売買

第95条

(錯誤)

第九十五条 意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。

解説

市販の宅建参考書などでは、よくこの95条の錯誤を、**カン違いによる意思表示**といった説明をしているのを見かけるが、かえって誤解を招きそうに思えるので、もうすこしきちんと説明しておく。

われわれが一般にどのようにして意思を表示するに至るかを、以下の土地を買う例であげる。

家を建てるための土地が欲しいな 《動機》
と思い立ち、いろいろ見て回った結果気に入った土地が見つかった。
よし3番目に見たあの土地を買うことにしよう 《内心的効果意思》
あの土地はたしか甲土地だったな、よし買うって言うぞ。
「甲土地を買います！」 《表示》

ここで、3番目の土地は実は甲土地ではなく乙土地であった、という場合がこの95条の**錯誤**である。

すなわち、内心的効果意思（ほんとに買いたかったのは乙土地）と表示(甲土地を買うと言ってしまった)に食い違い（カン違い）があり、かつその食い違いを知らずになす意思表示が95条の**錯誤**である。（なお、食い違いを知ってなすと**心裡留保**になる）

さて、3番目の土地はたしかに甲土地であった。ところが甲土地は都市計画法等の規制により、家を建てることはできない土地であったといった場合、内心的効果意思と表示に食い違いはない（甲土地を買おうと思って、甲土地を買うと言っている）から95条の**錯誤**にはあたらない。これが**動機の錯誤**である。

この場合95条の**錯誤**にあたらないから無効主張はできないということになるが、現実的にはこっちのほうがよくある話で、なんとか取引安全と調和をとりながら表意者を保護してやりたいところである。

そこで、

【判例】 原則として動機の**錯誤**は95条の**錯誤**にはあたらないが、動機が明示的ないし黙示的に表示された場合には、95条の**錯誤**が成立する。

「法律行為の要素」とは、その法律行為の重要部分。一般に、その部分に**錯誤**がなければそのような意思表示をしなかったであろうと考えられるときに「**要素に錯誤**」があるといえる。

本来、無効は誰でも（表意者も相手方も第三者も）主張できるはずであるが、

【判例】 **錯誤無効**は、原則として表意者のみが主張できる。相手方や第三者は無効主張できない。表意者保護の制度であるからである。

ただし例外的に第三者が無効主張できる場合もある。

【判例】 第三者が表意者に対する債権を保全する必要がある場合で、かつ表意者自身が**錯誤**を認めている場合には、表意者に無効主張する意思がなくても、この第三者が無効主張できる。

95条は条文を見れば判るように、第三者を保護する規定はない。

【判例】 **錯誤無効**は、善意の第三者にも対抗できる。

「重過失」とは、普通の人ならやらないような、おおうっかり。重過失かただの過失（軽過失）かの判断は裁判官がすることなので気にしなくていい。問題文にはちゃんと書いてくれるはず。

第96条

(詐欺又は強迫)

第九十六条 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。

2 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。

3 前二項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。

解説

心裡留保、虚偽表示、**錯誤**は、表示に対応する意思が存在しないとして、「意思のけん欠」といわれる（そして有効・無効のはなしになる）のに対して、詐欺や強迫は、意思の形成過程に瑕疵があることから「**瑕疵ある意思表示**」とよばれ、取消の対象となる。

民法は、騙された人間にはいくばくかの落ち度がある（欲ばるからとか）が、おどされた人間には全く落ち度はない（チキンなのは罪はない）と考えているらしい。そのため、2項に見えるように、第三者による詐欺に規定はあっても、第三者による強迫の規定はない（第三者による強迫の場合も無条件で取消せる）。また3項の第三者保護規定も詐欺の場合だけである。

詐欺とは、人を欺罔（ぎもう）することにより**錯誤**に陥らせることをいう。

3項の「第三者」とは、詐欺による意思表示を前提として新たに利害関係に入った第三者をいう。

【判例】 この第三者とは、取消前の第三者であり、取消後の第三者を含まない。

取消後の第三者と、表意者の関係は177条で処理、対抗関係となる。

第三者は善意でありさえすればよい。無過失や登記は要求されない。

強迫とは、人に害意を示し、恐怖の念を生じさせることをいう。

【判例】 おどされて完全に意思の自由を失った場合には、強迫ではなく、意思表示は無効になる。強迫の場合は、第三者（取消前）が善意であっても対抗できる。それとは別に、取消後の第三者とは詐欺の場合と同様に 177 条で処理、対抗関係になることに注意。

第 99 条

（代理行為の要件及び効果）

第九十九条 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。

解説

「その権限内において」 代理権があり、その範囲内であること。
代理権には、授権行為による任意代理権と、法定代理権（例えば親権者や成年後見人）がある。
「本人のためにすることを示して」とは、「Aの代理人Bです」と名乗ることで「顕名」という。
代理行為の効果は、本人に『直接』に帰属する。また、錯誤無効の主張、その他取消権や解除権も本人に帰属する。

第 100 条

（本人のためにすることを示さない意思表示）

第一百条 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、前条第一項の規定を準用する。

解説

前条で、代理行為の要件とされる『顕名』をしなかった場合の処理方法である。
顕名がなされないと、相手方には代理人であることがわからないから、原則として代理人自身に効果が帰属することになっている。
例えば、AからA所有土地の売却の代理を頼まれた代理人Bが顕名をしないで相手方Cと契約を結ぶと、それは、BがAの土地についてCと他人物売買の契約をしたことになるのである。
ただし、相手方CがBがAの代理人であると知っていたとか、普通ならわかるでしょという場合、すなわち、悪意または善意有過失の場合には、有権代理として扱う。
このような場合には、本人Aに効果が帰属しても、別に誰が困るというわけでもないからである。

第 101 条

（代理行為の瑕疵）

第一百一条 意思表示の効力が意思の不存在、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 特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従って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。

解説

意思表示の諸問題（心裡留保・虚偽表示・錯誤・詐欺・強迫）や善意悪意、過失の有無などは原則として、代理人を基準にする。
2項について例をあげると、本人の指定した特定のものを買うことを代理人に頼んだ場合で、その指定したものに瑕疵があることを本人が知っているようなケースである。この場合には、代理人が瑕疵について善意でも、本人は売主に瑕疵担保責任を問うことはできない。

詐欺・強迫

宅建の試験において、この詐欺・強迫の出題は相手方や第三者が善意なのか悪意なのかで契約が取り消せるか、消せないのかを問う問題がほとんどですからその辺を注意しながら勉強をしていってください。

1. 詐欺

詐欺とは、他人をだます行為を言いますが、詐欺によって結ばれた契約は取り消すことができます。ただし、この取り消しは、善意の第三者には対抗することができません。

□

2. 強迫

強迫とは、他人に恐怖を与える行為を言いますが、強迫によって結ばれた契約は取り消すことができます。そして、この取り消しは、善意の第三者にも対抗することができます。

□

3. 詐欺・強迫による取消が第三者に与える影響

①詐欺

・ AがBさんに詐欺を行った場合Bさんは常にその意思表示を取り消すことができます。

・ AがBさんに（土地を）詐欺を行った後その土地をCさんに転売し登記も済ませた場合BさんはAとの契約を取り消すことは出来ませんが、CさんがAの詐欺行為を知らない場合、BさんはCさんに対して土地を返せとは言えません。（善意の第三者には、対抗できません）

取消による効果をもって、善意の第三者に対抗することはできません。取消し後に利害関係を持った第三者については、登記の先後で決まります。

②強迫

・ AがBさんに強迫を行った場合Bさんは常にその意思表示を取り消すことができます。

・ AがBさんに（土地を）強迫を行った後その土地をCさんに転売し登記も済ませた場合BさんはAとの契約を取り消すことは出来ます。CさんがAの詐欺行為を知らない場合でも、BさんはCさんに対して土地を返せと言えることができます。（善意の第三者にも、対抗できます）

強迫の場合は、善意の第三者が出てきても常に対抗できます。

平成27年 問2
平成24年 問1
平成23年 問1
平成19年 問1
平成17年 問2
平成16年 問1
平成14年 問1
平成13年 問2
平成12年 問4
平成10年 問7
平成7年 問4
平成6年 問2
平成5年 問3

平成27年度 問2 民法（通謀虚偽表示）

Aは、その所有する甲土地を譲渡する意思がないのに、Bと通謀して、Aを売主、Bを買主とする甲土地の仮装の売買契約を締結した。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定および判例によれば、誤っているものはどれか。なお、この間において「善意」又は「悪意」とは虚偽表示の事実についての善意又は悪意とする。

1 善意のCがBから甲土地を買い受けた場合、Cがいまだ登記を備えていなくても、AはA B間の売買契約の無効をCに主張することができない。

A → B → C（善意の第三者）
①売買 ②売買、未登記

2 善意のCが、Bとの間で、Bが甲土地上に建てた乙建物の賃貸借契約（貸主B、借主C）を締結した場合、AはA B間の売買契約の無効をCに主張することができない。

A → B → C（善意の借主）
①売買 ②甲地上の乙建物を賃貸し

3 Bの債権者である善意のCが、甲土地を差し押さえた場合、AはA B間の売買契約の無効をCに主張することができない。

A → B → C（債権者）
①売買 ②差し押さえ

4 甲土地がBから悪意のCへ、Cから善意のDへと譲渡された場合、AはA B間の売買契約の無効をDに主張することができない。

A → B → C（悪意の第三者） → D（善意の転得者）
①売買 ③譲渡

解説

1. 民法94条 通謀虚偽表示

その通り。AさんとBさんが共謀して、Aさんの甲地をBさんに売ったことを偽装した。Bさんは甲地を何も知らないCさんに転売したら、Aさんは「実はウソだったから、甲地を返して！」とCさんに言えない。意思の欠缺（不存在）は無効だけど、何も知らない第三者のCさんには勝てないから、AさんはCさんに甲地の所有権を主張できない。Cさんは登記は要らないし無過失である必要もない。

2. 民法94条 通謀虚偽表示

誤り。AさんとBさんが共謀して、Aさんの甲地をBさんに売ったことを偽装した。その甲地にBさんは家を建ててCさんに貸したら、AさんはCさんに「この売買はウソだ！」と主張しても仕方がない。なぜなら、CさんはBさんから家を借りているだけで、A B間の売買契約とは何の関係もないので、Cさんは「利害関係のある第三者」じゃない。

3. 民法94条 通謀虚偽表示

その通り。AさんとBさんが共謀して、Aさんの甲地をBさんに売ったことを偽装した。Bさんにお金を貸してるCさんは、Bさんがお金を返さないのだから、甲地を差し押さえたら、AさんはCさんに「甲地は俺のものだ！」と主張できない。Cさんは甲地に利害関係のある第三者だから、AさんはCさんに甲地の所有権を主張できない。

4. 民法94条 通謀虚偽表示

その通り。AさんとBさんが共謀して、Aさんの甲地をBさんに売ったことを偽装した。Bさんは甲地をCさんに、CさんはDさんに転売した。偽装の事実をCさんは知っていた（悪意）が、Dさんは知らなかった（善意）ら、AさんはDさんに「この契約はウソだから無効！」と言えない。途中で悪意のCさんがいても、Dさんが善意なら保護されるので、Aさんは契約の無効を主張できない。

平成24年度 問1 民法 (意思表示)

民法94条第2項は、相手方と通じてした虚偽の意思表示の無効は「善意の第三者に対抗することはできない」と定めている。次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、同項の「第三者」に該当しないものはどれか。

1 Aが所有する甲土地につき、AとBが通謀の上で売買契約を仮装し、AからBに所有権移転登記がなされた場合に、B名義の甲土地を差し押さえたBの債権者C

2 Aが所有する甲土地につき、AとBの間に債権債務関係がないにもかかわらず、両者が通謀の上でBのために抵当権を設定し、その旨の登記がなされた場合に、Bに対する貸付債権を担保するためにBから転抵当権の設定を受けた債権者C

3 Aが所有する甲土地につき、AとBが通謀の上で売買契約を仮装し、AからBに所有権移転登記がなされた場合に、Bが甲土地の所有権を有しているものと信じてBに対して金銭を貸し付けたC

4 AとBが通謀の上で、Aを貸主、Bを借主とする金銭消費貸借契約を仮装した場合に、当該仮装債権をAから譲り受けたC

解説

94条第2項にいう第三者とは、虚偽表示の当事者またはその一般承継人以外の者であって、その表示の目的につき法律上の利害関係を有するに至った者をいう(判例)。**【参照】** 94条

1. 民法94条 通謀虚偽表示

その通り。AさんがBさんと共謀してAさんの甲地をBさんが買ったように偽装した。Bさんにお金を貸しているCさんは、Bさんに登記のある甲地を差し押さえたら、Cさんは甲地に対して利害関係がある第三者。

2. その通り。「債権債務関係」とは「お金の貸し借り」、「転抵当」とは「抵当権に抵当権を設定すること」。本当はお金の貸し借りなんか無いのに、AさんとBさんが共謀して、Aさんは甲地に抵当権を設定してBさんを抵当権者にした。Bさんにお金を貸しているCさんは、お金を返してもらえなかったらいけないので、その抵当権に抵当権を設定した(転抵当)ら、Cさんは甲地に利害関係がある第三者になる。

3. 民法94条 通謀虚偽表示

誤り。AさんとBさんが共謀して甲地をAさんがBさんに売ったことにして、Bさんはそれを登記した。甲地がBさんの物だと思ったCさんはBさんにお金を貸しても、それは単にBC間の契約で、甲地とは何の関係もない。

4. 民法94条 通謀虚偽表示

その通り。AさんとBさんが共謀して、AさんがBさんにお金を貸したことにして、借用書(金銭消費貸借契約)を偽装した。その貸そう債権を譲ってもらったCさんは、AB間の契約に関わっているので利害関係がある第三者と言える。

やや難しい問題であるが、よく読めば、4肢の中の仲間はずれ(ここでは作出された虚偽の外観に関して直接どうこうしているかどうかの違い)に気がつき解けるはず。

「第三者」とは、当事者及びその包括承継人以外の者で、虚偽表示による法律行為の存在を前提として利害関係に立った第三者をいう。近年頻出。

包括承継人＝他人の権利及び義務を一括して承継する者を意味する。一般承継人ともいう。

《第三者にあたる例》

- ・ 仮装譲受人からさらに譲り受けた者
- ・ 仮装譲受人の不動産について抵当権の設定を受けた者
- ・ 虚偽表示の目的物につき差押した者
- ・ 仮装債権の譲受人

《第三者にあたらぬ例》

- ・ 仮装売買の当事者の単なる債権者
- ・ 一番抵当権の仮装放棄で、一番になったと誤信した二番抵当権者
- ・ 土地の仮装譲受人が、土地上に建物を建築し、それを賃貸した場合の**建物賃借人**
- ・ 土地賃借人が、自己所有の借地上建物を仮装譲渡した場合の、**土地賃貸人**

【判例】 第三者には、転得者も含まれる。

第三者が悪意、転得者が善意の場合、上の判例から無効主張できないのはわかる。では、第三者が善意、転得者が悪意の場合はどうか？一見すると無効主張できるようなにも思える。しかしここで無効主張できるとすると、ものを取り上げられた転得者は第三者(善意である)に対して代金を返せといえることになり、第三者が大迷惑をこうむることになってしまう。この場合、第三者(善意)のために無効主張は認められない。

というわけで結局のところ、第三者、転得者(複数でもよい)という場合には、その中の一人でも善意者がいれば、もはや無効主張できないと憶えておこう。

【判例】 善意かどうかの判断は、取得時を基準とする。

【判例】 第三者には、無過失は要求されない。また対抗要件も要求されない。(つまり第三者は、善意でありさえすればよい。)

金銭消費貸借契約＝住宅ローンと同じで、将来返す約束をした上で、お金を消費するために借り入れる契約。

平成23年度 問1 民法 (意思表示)

A所有の甲土地につき、AとBとの間で売買契約が締結された場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 Bは、甲土地は将来地価が高騰すると勝手に思い込んで売買契約を締結したところ、実際には高騰しなかった場合、**動機の錯誤**を理由に本件売買契約を取り消すことができる。(動機の錯誤)

A→B

①動機売却

2 Bは、第三者であるCから甲土地がリゾート開発される地域内になると**だまされて**売買契約を締結した場合、AがCによる**詐欺の事実を知っていた**としても、Bは本件売買契約を詐欺を理由に取り消すことはできない。(第三者による詐欺)

C

↓ ①詐欺

A→B

②売買

3 AがBにだまされたとして**詐欺**を理由にA B間の**売買契約を取り消した後**、Bが甲土地をAに返還せずDに転売してDが所有権移転登記を備えても、AはDから甲土地を取り戻すことができる。(取り消し後の第三者)

②取り消し

←

③転売

売り主A→相手方B→第三者D

①売却

4 BがEに甲土地を転売した後に、AがBの強迫を理由にA B間の**売買契約を取り消した場合**には、EがBによる強迫につき知らなかったときであっても、AはEから甲土地を取り戻すことができる。(取り消し前の第三者)

①強迫による売却

売り主A→相手方B→第三者E

③取り消し ②転売

解説

1. 民法95条 錯誤・動機の錯誤

誤り。Bさんは甲地が将来値上がりすると思ってAさんから甲地を買ったけど、実際には値上がりしなかったので、取り消せるわけがない。要は「当てが外れたから無効にしてよ！」って、これを許していたら投機的な取引は成立しない。また、動機の錯誤は、意思表示の内容をハッキリ相手に伝えれば有効になる場合があるけど、「当てが外れたら無効にしてね！」という条件を相手方が飲むわけがない。

2. 民法96条 詐欺・第三者の詐欺

誤り。BさんはCさんに甲地がリゾート開発計画があると欺かれて、Aさんから甲地を買ったら、AさんがCさんの詐欺を知っていたら、A Cさんは共犯だから、Bさんは契約を取り消せる。

3. 民法96条 詐欺・取消後の第三者

AさんはBさんに欺かれて甲地をBさんに売り、Aさんが詐欺を理由にその契約を取り消した後で、Bさんは甲地をAさんに返さずにDさんに転売したら、AさんはDさんに「甲地は俺の物だ！」とは言えない。取り消してすぐに登記をしないAさんが悪い。

4. 民法96条 強迫・取消前の第三者

その通り。BさんはAさんを強迫して甲地を手に入れ、それをEさんに転売した後でAさんは強迫を理由に契約を取り消したら、Aさんは「甲地は俺の物だ！」と主張できる。強迫されてやった契約は、第三者が何人出てきても、Aさんが善意でも悪意でも、第三者に所有権を主張できる。

平成19年度 問1 民法 (意思表示)

A所有の甲土地についてのA B間の売買契約に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、**正しい**ものはどれか。

- 1 Aは甲土地を「1,000万円で売却する」という意思表示を行ったが当該意思表示はAの真意ではなく、Bもその旨を知っていた。この場合、Bが「1,000万円で購入する」という意思表示をすれば、A B間の売買契約は有効に成立する。(心裡留保)
- 2 A B間の売買契約が、AとBとで意を通じた偽装のものであったとしても、Aの売買契約の動機が債権者からの差押えを逃れるというものであることをBが知っていた場合には、A B間の売買契約は有効に成立する。(通謀虚偽表示)
- 3 Aが第三者Cの強迫によりBとの間で売買契約を締結した場合、Bがその強迫の事実を知っていたか否かにかかわらず、AはA B間の売買契約に関する意思表示を**取り消す**ことができる。(瑕疵のある意思表示)
- 4 A B間の売買契約が、Aが泥酔して意思無能力である間になされたものである場合、Aは、酔いから覚めて売買契約を追認するまではいつでも売買契約を**取り消す**ことができ、追認を拒絶すれば、その時点から売買契約は無効となる。

解説

1. 民法93条 心裡留保
誤り。Aさんが冗談で1億の甲地を「1000万で売るぞ!」と言って、Bもそれが冗談だと分かっていたら、この売買契約は成立しない。心裡留保は相手が悪意又は善意有過失の場合は無効。Bさんが善意無過失なら成立する。
2. 民法94条 通謀虚偽表示
誤り。AとBが仕組んだ偽装工作の場合、Bが悪意でも売買契約は成立しない。A B 2人の偽装契約はBが善意でも悪意でも無効。
3. 民法96条 瑕疵ある意思表示
正しい。第三者Cに強迫されて、AはBに甲地を仕方なく売却したら、BがCの強迫を知っていても、知らなくても、その契約は取り消せる。強迫はBの善意、悪意に関わらず取り消せる。
4. 規定なし 意思無能力者の行為の無効
誤り。Aが酒に酔ってしてしたBとの売買契約は、意思無能力者のやったことなので無効。取り消せるかどうかの問題ではない。

平成17年度 問2 民法 (錯誤)

AがBに対し土地の売却の意思表示をしたが、その意思表示は**錯誤**によるものであった。この場合、次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 錯誤が、売却の意思表示の内容の重要な部分に関するものであり、法律行為の**要素の錯誤**と認められる場合であっても、この売却の意思表示が無効となることはない。(要素の錯誤)
2. 錯誤が、売却の意思表示をなすについての動機に関するものであり、それを当該意思表示の内容としてAがBに対して表示した場合であっても、この売却の意思表示が無効となることはない。(動機の錯誤)
3. 錯誤を理由としてこの売却の意思表示が無効となる場合、意思表示者であるAに**重い過失**があるときは、Aは自らその無効を主張することができない。(重過失)
4. 錯誤を理由としてこの売却の意思表示が無効となる場合、意思表示者であるAがその錯誤を認めていないときは、Bはこの売却の意思表示の無効を主張できる。(表意者のみの無効請求)

解説

1. 民法95条 錯誤・要素の錯誤
誤り。AさんがBさんに甲地を売ると言ったけど、要素の錯誤があったら、その売買契約は無効。
2. 民法95条 錯誤・動機の錯誤
誤り。AさんがBさんに甲地を売ると言ったけど、その表示に動機の錯誤があったら、それをちゃんとBさんに言ったら、売却の意思は無効になる。動機に錯誤があったら契約は成立するのだけれど、その旨をBさんに明示しているのが無効になる。「その動機が明示的ないし黙示的に表示された場合は、錯誤無効を主張できる」(判例)。
3. 民法95条 錯誤・重過失
その通り。AさんがBさんに甲地を売ると言ったけど、その表示に錯誤があったので無効になる。でも、Aさんに重過失があったら、Aさんは無効を主張できない。「重過失」というのはちょっと注意していれば気づくはずのことに気づかなかったことを指す。
4. 民法95条 錯誤・表意者のみの無効請求
誤り。AさんがBさんに甲地を売ると言ったけど、Aさんの勘違いで意思表示は無効なのだけれど、表意者のAさんが錯誤を認めていなければBさんは無効を主張できる? →錯誤無効を主張できるのは表意者のAさんだけなので、相手方のBさんは無効を主張できない。

平成13年度 問2 民法(錯誤)

Aが、Bに住宅用地を売却した場合の錯誤に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Bが、Aや媒介業者の説明をよく聞き、自分でもよく調べて、これなら住宅が建てられると信じて買ったが、地下に予見できない空洞(古い防空壕)があり、建築するためには著しく巨額の費用が必要であることが判明した場合、Bは、売買契約は錯誤によって無効であると主張できる。
2. 売買契約に要素の錯誤があった場合は、Bに代金を貸し付けたCは、Bがその錯誤を認めず、無効を主張する意思がないときでも、Aに対し、Bに代位して、無効を主張することができる。
3. Aが、今なら課税されないと信じていたが、これをBに話さずに売却した場合、後に課税されたとしても、Aは、この売買契約が錯誤によって無効であるとはいえない。
4. Bは、代金をローンで支払うと定めて契約したが、Bの重大な過失によりローン融資を受けることができない場合、Bは、錯誤による売買契約の無効を主張することはできない。

解説

1. 民法95条 錯誤・要素の錯誤

その通り。Bさんは、家を建てるために業者やAさんの話をよく聞いて、自分でもちゃんと調べて甲地を買ったけど、地下に空洞が見つかった家が建たないと分かったとき、Bさんは契約の無効を主張できる。ちゃんと調べて、重説もしっかり聞いていたので、Bさんには重大な過失はなく、家が建てられると思っていたのに建たないので要素の錯誤があるので、Bさんは契約の無効をAさんに主張できる。

2. 民法95条 錯誤・第三者の無効主張

誤り。AB間の契約に要素の錯誤があったのに、表意者のBさんは錯誤を認めず、無効も主張しないから、Bさんがお金を貸したCさんが契約の無効を主張して「貸したお金を返して!」と主張できない。第三者のCさんが錯誤無効を主張できるのは、Bさんが錯誤を認めてCさんが債権を保全する必要があるとき。ここではBさんは錯誤を認めていないのでダメ。もしBさんが錯誤を認めたら、無効を主張するつもり(意思)がなくてもCさんは契約の無効を主張できる。

3. 民法95条 錯誤・動機の錯誤

その通り。Aさんは高知を売っても今なら税金を払わなくてもよいと思ってBさんに売ったのに、後で課税されると知って、この契約が無効だとBさんに主張はできない。動機は口に出さないのが、本当にAさんがそう思っていたのか証明できない。だから、Aさんがちゃんと「今なら課税されなかった」とBさんに言ってたら、要素の錯誤になるけど、言ってないのでAさんは契約の無効をBさんに主張できない。

4. 民法95条 錯誤・要素の錯誤

その通り。Bさんはローンを組んでAさんから高知を買うつもりだったが、話をよく聞いていなくて(重大な過失)ローンが組めなくなったら、BさんはAさんに契約の無効を主張できない。Bさんに重大な過失があるので、契約の無効は主張できない。錯誤の無効は要素に勘違いがあって、重大な過失が表意者がないときに成立する。

平成16年度 問1 民法（瑕疵ある意思表示）

A所有の土地につき、AとBとの間で売買契約を締結し、Bが当該土地につき第三者との間で売買契約を締結していない場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

1 Aの売渡し申込みの**意思は真意ではなく**、BもAの意思が真意ではないことを知っていた場合、AとBとの意思は合致しているので、売買契約は有効である。（心裡留保・相手方に悪意）

2 Aが、強制執行を逃れるために、実際には売り渡す意思はないのにBと**通謀**して売買契約の締結をしたかのように装った場合、売買契約は無効である。（通謀虚偽表示）

3 Aが、Cの**詐欺**によってBとの間で売買契約を締結した場合、Cの詐欺をBが知っているか否かにかかわらず、Aは売買契約を取り消すことはできない。（第三者による詐欺）

4 Aが、Cの**強迫**によってBとの間で売買契約を締結した場合、Cの強迫をBが知らなければ、Aは売買契約を取り消すことができない。（第三者による強迫）

C
↓①詐欺・強迫
A→B
②売却

解説

1. 民法93条 心裡留保（くさい冗談＝心裡留保）

誤り。冗談でAが土地をBに売ってやると言って、Bもそれが冗談だと知っていたら、その契約は無効。冗談（心裡留保）は相手方が善意無過失だと有効だけど、相手方Bが冗談だと知っていたり（悪意）、冗談をうっかり信じてしまったり（有過失）した場合は無効。

2. 民法94条 通謀虚偽表示（奇しくも偽装＝通謀虚偽表示）

その通り。AとBが組んだ偽装契約は、相手方Bさんが善意でも悪意でも共犯だから無効。ちなみに、善意の第三者がいたらAさんは対抗できないが、悪意の第三者には対抗できる。

3. 民法96条 詐欺（苦しい詐欺や脅迫）

誤り。Cに欺かれて、AはBに土地を売ってしまったら、Bがそのことを知っていても、知らなくても、Aはこの契約を取り消せる？→詐欺に引っかかったら相手方が第三者の中に善意者がいたら取り消せる。でも、Bさんが悪意なので、この場合は取り消せない。

詐欺や脅迫による意思表示は、取り消すことができる。第三者Cによる詐欺や脅迫は、相手方（買い主B）がその事実を知っていた場合には、取り消すことができる。つまり、何も知らないで売り主Aの意思表示を有効と信じた買い主Bは保護される。

4. 民法96条 強迫

誤り。Cに強迫されて、AはBに土地を仕方なく売却したけど、Bがそれを知らなかったら、Aは契約を取り消せない？→強迫による契約は第三者、相手方の善悪にかかわらず、すべて取り消せる。

1. 売り主Aの「ピカソの絵を売ってあげる」と冗談で言っても、その意思表示は有効。相手方が冗談だと知っていたり、その冗談をうっかり信じてしまった場合には無効。相手方が冗談だとは知らなかった場合には有効。

2. 相手方と示し合わせて、ピカソの絵を売ったように装う場合、その意思表示は無効。買い主Bが何も知らない第三者にピカソの絵を売ってしまった場合、有効。

3. ピカソのレプリカの絵を第三者Cが「本物のピカソだ」とウソ（詐欺）を言って、買い主Bが売り主Aからレプリカを購入した場合、売り主AがCの詐欺を知っていたときには、買い主Bの「ピカソを買いたい」という意思表示は取り消すことができる。

4. ピカソの絵を第三者CがAを強迫してBに売った場合、BがCの強迫を知っていても知らなくても、売り主Aは売買契約を取り消すことができる。

*** 表意者と相手方のどちらが売り主と買い主かを区別するのがポイント。**

平成14年度 問1 民法(詐欺)

AがBの欺罔(きもう)行為によって、A所有の建物をCに売却する契約をした場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1 Aは、Bが欺罔行為をしたことを、Cが知っているときでないとして、売買契約の取消しをすることができない。(第三者による詐欺)

2 AがCに所有権移転登記を済ませ、CがAに代金を完済した後、詐欺による有効な取消しがなされたときには、登記の抹消と代金の返還は同時履行の関係になる。(同時履行の抗弁権)

3 Aは、詐欺に気が付いていたが、契約に基づき、異議を留めることなく所有権移転登記手続をし、代金を請求していた場合、詐欺による取消しをすることはできない。(法定追認)

4 Cが当該建物を、詐欺について善意のDに転売して所有権移転登記を済ませても、Aは詐欺による取消しをして、Dから建物の返還を求めることができる。(取消前の善意の第三者)

解説

第三者B

↓①欺罔行為

売主A→買主C

②売却

1. 民法96条2項 詐欺

Aさんは仲介業者Bの詐欺で建物をCさんに売ってしまった。Bさんの詐欺をCさんが知っているときじゃないと、Aさんは契約を取り消せない?→その通り。Bさんの詐欺を知っていたCさんは共犯だから、Aさんは契約を取り消せる。Cさんが知ってる時じゃないと取り消せない。ちなみに、違法の欺罔行為は「詐欺」と同じ。

2. 民法533条 同時履行の抗弁権

Aさんは仲介業者Bの詐欺で建物をCさんに売ってしまい、Cさんは登記をしてAさんに代金を完済した。その後、Aさんが詐欺を理由に契約を取り消したら、登記の抹消と代金の返還は同時じゃないといけない?→その通り。一見すると「取消前の第三者」のパターンに見えるけど、設問の第三者は悪人Bさん。契約の当事者はAさんとCさんだから、その契約が取り消されただけ。取り消しの意思表示がされると、契約締結時点に遡って(初めから)契約は無効になる。第三者の詐欺を理由に取り消された場合には、当事者双方の返還義務は同時に履行されなければならない。

3. 民法125条 法定追認

Aさんは仲介業者Bの詐欺に気が付いていたのに、建物をCさんに売却して登記し、Cさんに代金を請求したら、もうAさんはBの詐欺を理由に契約を取り消せない?→その通り。AさんがBの詐欺があったことを知った後(取消の原因の状況を脱した後)の契約行為を認める(追認)できる。Bの詐欺を知っていて、ちょうど建物を売りたいだったので欺されたふりをしてCさんに建物を売却し、「異議を留めることなく所有権を移転登記した」のは法定追認したのと同じことだから、取り消せない。

4. 民法96条 詐欺・取消前の第三者

Aさんは仲介業者Bの詐欺で建物をCさんに売却し、Cさんはその旨を登記した。そのあとで、Aさんが詐欺を理由に契約を取り消したら、Aさんは「この建物は俺のものだ!」と詐欺を知らないDさんに主張できる?→できない。「取消前の第三者」は脅迫なら第三者が何人出てきても、その第三者が善意でも悪意でも第三者に勝てる。でも、詐欺なら「善意の第三者」には勝てない。悪意の第三者には勝てる。設問はDさんが善意の第三者だから、AさんはBさんに対抗できない。

その通り。詐欺や脅迫によって意思表示した人は、取消の原因である状況を脱した後、つまり詐欺を知った後、あるいは強迫された後、その法律行為を追認する(有効であると認める)ことができる。追認すると、取消権を放棄したと見做され、法律行為が確定的に有効になる。

4. 誤り。第三者による詐欺でも、取消前の善意第三者には対抗できない。Aは相手方の買主Cが詐欺について悪意ならば詐欺による取消を主張できるが、善意の第三者Dから建物の返還を求めることはできない。

第三者B

↓①欺罔行為

売主A→買主C→善意の第三者D

②売却 ③転売

平成12年度 問4 民法（通謀虚偽表示）

Aが、債権者の差押えを免れるため、Bと通謀して、A所有地をBに仮装譲渡する契約をした場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。（通謀虚偽表示）

1. BがAから所有権移転登記を受けていた場合でも、Aは、Bに対して、AB間の契約の無効を主張することができる。（当事者間の無効）
2. Cが、AB間の契約の事情につき善意無過失で、Bからこの土地の譲渡を受けた場合は、所有権移転登記を受けていないときでも、Cは、Aに対して、その所有権を主張することができる。（善意の第三者に対抗できない）
3. DがAからこの土地の譲渡を受けた場合には、所有権移転登記を受けていないときでも、Dは、Bに対して、その所有権を主張することができる。（仮装譲渡の譲受人は無権利者）
4. Eが、AB間の契約の事情につき善意無過失で、Bからこの土地の譲渡を受け、所有権移転登記を受けていない場合で、Aがこの土地をFに譲渡したとき、Eは、Fに対して、その所有権を主張することができる。（二重譲渡の対抗関係の優劣）

解説

1. 民法94条 通謀虚偽表示

AはBと仕組んでAの甲地をBに偽装譲渡し、Bは登記したら、AはBに対して無効を主張できる？→その通り。AはBと共謀しているのだから、そんな契約がないことは2人とも承知している。登記してもしなくても、A、B双方とも無効を主張できる。

2. 民法94条2項 善意の第三者

AはBと仕組んでAの甲地をBに偽装譲渡し、Bはそのを知らない第三者に譲渡したがCは登記しなかった。CはAに「甲地は俺のものだ！」と主張できる？→できる。通謀虚偽表示はそれを知らなかった第三者の勝ち。

3. 民法94条2項 仮装譲渡の譲渡人

AはBと仕組んでAの甲地をBに仮装譲渡し、そしてAはDにも甲地を譲渡したら、DはBに「甲地は俺のものだ」と主張できる？→できる。一見するとAを中心とするBDへの二重譲渡みたいだけど、通謀しているAB間の譲渡は無効だから、Bさんは無権利者。だからBDは対抗関係にはなっていないので、Dさんは登記がなくても甲地の所有権を主張できる。

4. 民法177条 二重譲渡の対抗関係の優劣

AはBと仕組んでAの甲地をBに偽装譲渡し、Bは善意の第三者Eに、Aは第三者Fに甲地を二重譲渡した。Eには登記がなくてもEはFに対して「甲地は俺のものだ！」と主張できる？→できない。二重譲渡の対抗関係が成立したら、登記がある方が勝ち。Eには登記がないとかいてあるので、Fに登記があるかどうか不明だけど、登記のないEが「甲地は俺のものだ！」と主張できない。

平成10年度 問7 民法（意思表示）

Aが、A所有の土地をBに売却する契約を締結した場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

1. AのBに対する売却の意思表示がCの詐欺によって行われた場合で、BがそのCによる詐欺の事実を知っていたとき、Aは、売却の意思表示を取り消すことができる。（第三者の詐欺）
2. AのBに対する売却の意思表示がBの強迫によって行われた場合、Aは、売却の意思表示を取り消すことができるが、その取消しをもって、Bからその取消し前に当該土地を買い受けた善意のDには対抗できない。（強迫による意思表示）
3. Aが、自分の真意ではないと認識しながらBに対する売却の意思表示を行った場合で、BがそのAの真意を知っていたとき、Aは、売却の意思表示の無効を主張できる。（心裡留保）
4. AのBに対する売却の意思表示につき法律行為の要素に錯誤があった場合、Aは、売却の意思表示の無効を主張できるが、Aに重大な過失があったときは、無効を主張できない。（重過失のある表意者の誤謬）

解説

1. 民法96条2項 詐欺

第三者Cの詐欺によって、AがBに甲地を売却したとき、BがCの詐欺を知っていたら、Aはこの契約を取り消せる？→取り消せる。瑕疵のある意思表示の詐欺は取り消せる。当事者が詐欺師でも、第三者が詐欺師でも、相手方Bが悪意の時は取り消せる。ちなみに、「詐欺」は善意の人が出てきたら取り消せない。！

2. 民法96条2項 強迫

相手方Bに強迫されて、AはBに甲地を売却したら取り消せるが、取消前にBがDに甲地を売却してしまったらAは甲地を「この土地は俺のものだ！」と主張できない？→できる。強迫なら、当事者・第三者の善悪に関係なく取り消せる。だからAはDに対抗できる。ちなみに、詐欺の場合は善意の第三者には対抗できない。詐欺に引っかかるバカは保護しないということ。でも、強迫の方は詐欺よりも犯罪性が高いってこと。

3. 民法93条 心裡留保

本当は売るつもりはなかったのに、AがBに「土地を売るぞ！」と言ったら、Bがそれを冗談だと分かっていたら、Aは無効にできる？→できる。冗談だと相手方のBが知っていたら無効。いい大人が冗談で「売るぞ！」と言ってるのだから、原則有効。でも、相手も冗談だと分かっているから無効。

4. 民法95条 錯誤

Aがちょっとした勘違いで土地をBに売ってしまったら、Aに重大な過失（勝手な思い込み）がない場合で、要素の錯誤なら無効にできる。でも、Aに重大な過失（勝手な思い込み）があればできない。法律行為の要素に錯誤があって、相手方に動機をハッキリと伝えて（又は暗示して）いけば、重大な過失がなければ無効にできる。動機は表意者（本人）Aさんにしか分からないことだから、Aの都合でどうにでもなる。動機の錯誤（本当は売るつもりはなかった）を認めて無効にすると、ほとんどすべての契約が無効になり、社会が混乱するので、動機の錯誤は無効にできない。でも、動機を相手方Bにハッキリ言った（又はそれとなく伝えた）なら、重大な過失がなければ無効にできる。

重大な過失なし＝自分でちゃんと調べて、業者の重説もしっかり聞いたから、勝手な思い込みはなかったということ。

重大な過失あり＝自分で調べもせず、業者の重説もろくに聞いていなかったの、自分で勝手に思い込んでいたということ。

平成7年度 問4 民法 (通謀虚偽表示)

AとBは、A所有の土地について、所有権を移転する意思がないのに通謀して売買契約を締結し、Bの名義に移転登記をした。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Bがこの土地にCに対する抵当権を設定し、その登記をした場合で、CがA B間の契約の事情を知っていたときは、Aは、Cに対して抵当権設定行為の無効を主張することができる。
2. Bがこの土地をDに売却し、所有権移転登記をした場合で、DがA B間の契約の事情を知らなかったことについて過失があるときは、Aは、Dに対してこの土地の所有権を主張することができる。
3. Aの債権者Eは、自己の債権を保全するため、Bに対して、A B間の契約の無効を主張して、Aの所有権移転登記抹消請求権を代位行使することができる。
4. BがFに、さらにFがGに、それぞれこの土地を売却し、所有権移転登記をした場合で、A B間の契約の事情について、Fは知っていたが、Gが知らなかったとき、Gは、Aに対しこの土地の取得を主張することができる。

解説

1. 民法94条 通謀虚偽表示：第三者への対抗

正しい。相手方と通じてした虚偽の意思表示(通謀虚偽表示)は無効。でも無効は善意の第三者に対抗することができない。通謀虚偽表示の条文は、暗記しておくこと。設問のCは第三者だから、CはA B間の契約の事情を知っていたわけだから、悪意の第三者。悪意の第三者Cは、Aに対抗できない。

2. 民法94条 通謀虚偽表示：第三者への対抗

誤り。通謀虚偽表示で、第三者は善意・悪意だけを見ます。過失の有無は見ません。従って、Dは善意の第三者ですから、AはDに対してこの土地の所有権を主張することができない。

3. 民法94条1項、民法423条1項 債権者代位権の転用

正しい。A B間の契約は、通謀虚偽表示によるものだから無効。したがって、AはBに対して所有権移転登記の抹消を請求することができる。もしAがこの権利を行使しないなら、Aの債権者であるEが債権者代位権に基づいてAの登記抹消請求権を代位行使することができる。

4. 民法94条 通謀虚偽表示：第三者への対抗

正しい。Fは悪意の第三者だから、AはFに「土地は俺のものだ!」と主張できる。でも、Gは善意の第三者だからAはGに「土地は俺のものだ」とは言えない。もし善意のGから悪意のHに転売された場合、Gまでの転売は有効となっているので、その後悪意のHが現れても、AはHには対抗できないので注意すること。

昭和58年度 問6の2 民法 (強迫)

他人(相手方)の強迫により締結した契約は取り消すことができるが、善意の第三者には取消をもって対抗することはできない。(×)

解説

AがBにだまされて(詐欺) A所有の甲地をBに売却し、Bがそれを善意の第三者(詐欺を知らない) Cに売却したとき、AはCに甲地を返してくれとは言えない。Aがだまされる方が悪い。

AがBに強迫されて、A所有の甲地をBに売却し、Bがそれを善意の第三者(強迫を知らない) Cに売却したとき、AはCに甲地を返してくれと言えない。強迫されたAがかわいそう。

②売却③売却

A→B→C

①詐欺・強迫

Aが第三者Dにだまされて(詐欺) A所有の甲地をBに売却した場合、Bが悪意の第三者(詐欺を知っていた)ならAはBに甲地を返してくれと言えない。

Aが第三者Dに強迫されてA所有の甲地をBに売却した場合、Bが善意でも悪意でも(強迫を知っていても知らなくても) AはBに甲地を返してくれと言えない。

D

↓①詐欺・強迫

A→B

②売却

平成15年度 問3 民法（対抗関係）

Aは、自己所有の甲地をBに売却し引き渡したが、Bはまだ所有権移転登記を行っていない。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

- 1 Cが、A B間の売買の事実を知らずにAから甲地を買い受け、所有権移転登記を得た場合、CはBに対して甲地の所有権を主張することができる。（対抗関係の優劣は登記の先後）
- 2 Dが、Bを欺き著しく高く売りつける目的で、Bが所有権移転登記を行っていないことに乗じて、Aから甲地を買い受け所有権移転登記を得た場合、DはBに対して甲地の所有権を主張することができない。（背信的悪意者）
- 3 Eが、甲地に抵当権を設定して登記を得た場合であっても、その後Bが所有権移転登記を得てしまえば、以後、EはBに対して甲地に抵当権を設定したことを主張することができない。（対抗関係の優劣は登記の先後）
- 4 AとFが、通謀して甲地をAからFに**仮装譲渡**し、所有権移転登記を得た場合、Bは登記がなくとも、Fに対して甲地の所有権を主張することができる。（通謀虚偽表示）

解説

1. 民法177条 二重譲渡の対抗関係

Aさんは自分の甲地をBさんに譲渡したけど、Bさんは登記しなかった。CさんがAとBの契約を知らずに、Aさんから甲地を譲り受けて登記した。CさんはBさんに「この土地は俺のものだ！」と主張できる？→できる。二重譲渡の対抗関係は、善意・悪意に関係なく（背德的悪意者は別）登記がある方が勝ちなので、登記のあるCさんの勝ち。

2. 民法177条 背信的悪意者

AさんはBさんに甲地を譲渡したけど、Bさんが登記しなかったのをいいことにDさんがAさんから甲地を買ってBさんに高く売りつけてやろうと思って登記したら、DさんはBさんに「この土地は俺のものだ」と主張できる？→できない。二重譲渡の対抗関係は善意・悪意に関わらず、登記をした方が勝つ。でも、背信的悪意者なんか守ってやる必要はないので、DはBに甲地の所有権を主張できない。

3. 民法378条 抵当権付きの土地の第三取得者

AさんがBさんに甲地を譲渡したけれど、登記する前にEさんが甲地に抵当権を設定し登記したとき、EさんはBさんに「抵当に入れたよ！」と主張できる？→できる。Bさんの所有権移転登記よりもEさんの抵当権登記の方が先だから、Bさんは甲地に抵当権が付いていることを知ってて甲地を買っているのだから、当然EさんはBさんに抵当権を主張できる。

4. 民法94条 通謀虚偽表示の無効

AさんがBさんに甲地を譲渡したけど登記しなかった。AさんとFさんが共謀して甲地をFさんに偽装譲渡して登記したら、BさんはFさんに「この土地は俺のものだ！」と主張できる？→できる。通謀虚偽表示は無効だから、Fさんの登記も無効。BさんとFさんは対抗関係じゃないので、登記がなくともBさんの勝ち。

平成6年度 問2 民法（無効と取消）

Aは、「近く新幹線が開通し、別荘地として最適である」旨のBの**虚偽の説明**を信じて、Bの所有する原野（時価20万円）を、別荘地として2,000万円で購入する契約を締結した。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち、**正しいもの**はどれか。

1. Aは、当該契約は**公序良俗**に反するとして、その取消しを主張するとともに、Bの**不法行為責任**を追及することができる。
2. Aは、無過失のときに限り、法律行為の**要素に錯誤**があるとして、その無効を主張することができる。
3. Aは、当該契約の締結は**詐欺**に基づくものであるとして、その取消しを主張することができるが、締結後**20年**を経過したときは、**取り消す**ことができない。
4. Aが被保佐人であり、保佐人Cの同意を得ずに当該契約を締結した場合、Cは当該契約の締結にはCの同意がないとして、その**無効を主張**することができる。

解説

1. 民法90条 公序良俗違反

誤り。Bさんは20万円の原野をウソをついて100倍の2,000万円で売却しているので、これは過剰な暴利行為だと判断でき、公序良俗に反する行為と主張してもよい。でも、民法では、公序良俗に反する行為は「無効」。「取消」ができるとかできないの問題ではない。また、虚偽の説明は不法行為だから、その責任を追及することはできるから、後半は正しい。

2. 民法95条1項本文 錯誤：重過失がある場合

誤り。錯誤無効は表意者に重過失があれば無効を主張することはできない。逆に「ちょっとした不注意程度の過失」なら無効を主張することができるので、「無過失のときに限り」がダメ。「限り」は要注意。

3. 民法126条 取消権の期間の制限

正しい。取消権が時効によって消滅するのは、追認できる時から5年間行使しないとき、行為の時から20年経過したときのいずれかだから、契約締結後20年経過したときは、取り消すことができなくなる。

4. 民法13条1項3号・4項 被保佐人

誤り。被保佐人が保佐人の同意を得ずに売買契約をした場合はその契約を取り消すことができる。「無効を主張」することはできない。

平成5年度 問3 民法(通謀虚偽表示)

Aが、その所有地について、債権者Bの差押えを免れるため、Cと通謀して、登記名義をCに移転したところ、Cは、その土地をDに譲渡した。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

- 1 AC間の契約は無効であるから、Aは、Dが善意であっても、Dに対し所有権を主張することができる。
- 2 Dが善意であっても、Bが善意であれば、Bは、Dに対して売買契約の無効を主張することができる。
- 3 Dが善意であっても、Dが所有権移転の登記をしていないときは、Aは、Dに対し所有権を主張することができる。
- 4 Dがその土地をEに譲渡した場合、Eは、Dの善意悪意にかかわらず、Eが善意であれば、Aに対し所有権を主張することができる。

解説

1. 94条2項 通謀虚偽表示：善意の第三者には対抗できない

誤り。BさんはAさんにお金を貸している。BさんはAさんがお金を返してくれないので甲地を差し押さえようとしたが、AさんとCさんが共謀してA所有の甲地をCに譲渡したように見せかけた。さらにCさんは甲地をDさんに転売したら、AC間の契約は通謀虚偽表示で無効だから、Dさんが偽装を知らなくてもAさんはDさんに「甲地は俺のものだ！」と主張できる？→できない。AC間の契約は通謀虚偽表示で無効だけど、善意の第三者Dさんには対抗できない。だからAは「甲地は俺のものだ！」と主張できない。

2. 判例 善意の第三者は無敵

誤り。BさんはAさんにお金を貸している。BさんはAさんがお金を返してくれないので甲地を差し押さえようとしたが、AさんとCさんが共謀してA所有の甲地をCに譲渡したように見せかけた。さらにCさんは甲地をDさんに転売したら、BさんもDさんも善意なら、Bさんは「その売買契約は無効だよ！」とDさんに主張できる？→できない。判例によれば、当事者のAさんだけでなく、Aの債権者Bさんも善意の第三者には対抗できない。ちなみに、Bさんの善意・悪意は関係ない。ただの引っ掛け。

3. 判例 善意の第三者は、登記がなくてもAに対抗できる

誤り。判例では、善意の第三者として保護されるには、ただ単に善意でありさえすればよく、登記がなくても、過失があっても大丈夫。

4. 判例 善意の第三者

正しい。通謀虚偽表示による無効は、善意の第三者には対抗できない。判例によれば、この善意の第三者には転得者(その後さらに譲り受けた者)も含まれており、Dの善意・悪意に関わらず、Eは善意であればAに対して所有権を主張することができる。

平成4年度 問2 (未成年の代理人・第三者の詐欺)

Aが未成年者Bに土地売却に関する代理権を与えたところ、Bは、Cにだまされて、善意のDと売買契約を締結した。しかし、Aは、Bがだまされたことを知らなかった。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

- 1 Aは、Bが未成年者で、法定代理人の同意を得ないで契約を締結したことを理由に、当該契約を取消することができる。
- 2 Aは、自らがだまされたのではないから、契約を取消することができない。
- 3 Aは、BがCにだまされたことを知らなかったのであるから、契約を取消することができる。
- 4 CがBをだましたことをDが知らなかったのであるから、Aは、契約を取消することができない。

解説

1. 民法833条 制限行為能力者が代理人

誤り。AさんはBが制限行為能力者であることを承知で代理権を与えたのだから、Bが未成年者だという理由で契約を取り消すことはできない。

2. 第96条1項 代理人が詐欺に遭った場合

誤り。代理行為の瑕疵は、代理人を基準に判断する。つまり、代理人のやったことは本人のやったこと。代理人が詐欺に遭ったら、本人が詐欺に遭ったのと同じこと。もし、詐欺を理由に取消権が発生したときには、代理人が詐欺に遭えば、本人が詐欺に遭ったかどうかに関係なく、本人が取り消すことができる。「自分がだまされたのではないから」がダメ。

3. 第96条2項 相手方が善意なら、第三者による詐欺では、本人から取り消すことはできない

誤り。Aが契約を取り消すことができるのは、相手方Dが悪意の場合。本人Aさんが善意かどうかは関係がない。

4. 96条2項 相手方が善意なら、第三者による詐欺では、本人から取り消すことはできない

その通り。設問3の真逆。Aさんは善意の第三者Cさんには対抗できない。ちなみに、第三者の詐欺による法律行為は、どちらかの一方が詐欺の事実を知っている悪意者(詐欺の共犯者かも?)であれば、善意者の保護が必要であり、善意者側から取消することができる。でも、契約の当事者同士が、第三者による詐欺の事実を知らなかったとき、つまり詐欺につき善意者であれば、両者はマッタク対等であるため、その両者のバランス上、双方の意思表示通りの効果が生じ、お互いに取り消すことはできません。??

平成3年度 問2 民法(強迫)

Aがその所有地をBに譲渡し、移転登記を完了した後、Cが、Bからその土地を賃借して、建物を建て、保存登記を完了した。その後、AがBの強迫を理由としてAB間の売買契約を取り消し、Cに対して土地の明渡し及び建物の収去を請求した場合、民法及び借地借家法の規定によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

- 1 Cは、借地権に基づき、Aの請求を拒むことができる。
- 2 Cは、Bの登記名義を善意無過失に信じたとして、Aの請求を拒むことができる。
- 3 Cは、AがBから強迫を受けたことを知らないことについて善意無過失であるとして、Aの請求を拒むことができる。
- 4 Cは、Aの請求を拒むことができない。

解説

1. 民法604条 借地権

誤り。Cさんは昨地上の建物に保存登記をしているので、Cさんの借地権は第三者に対抗できる。でも、借地権はBさんが土地の所有者であることが前提なのだけど、Aさんの取消でBさんはただの無権利者になっているので、借地権を主張できない。

2. 判例 登記の公信力

誤り。登記に公信力はない。だから、Cさんが登記の名義人から甲地の所有者をBさんだと善意無過失に信じて取引しても、何の保護も得られない。

3、4. 民法96条2項 強迫

強迫されてやった契約は、第三者が何人出てきても、Aさんが善意でも悪意でも、第三者Cさんに所有権を主張できる。設問3と4は真逆だから、4が正解。

平成20年度 問2 民法(意思表示)

所有権がAからBに移転している旨が登記されている甲土地の売買契約に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 CはBとの間で売買契約を締結して所有権移転登記をしたが、甲土地の真の所有者はAであって、Bが各種の書類を偽造して自らに登記を移していた場合、Aは所有者であることをCに対して主張できる。(背信的悪意者)(登記の公信力)
- 2 DはBとの間で売買契約を締結したが、AB間の所有権移転登記はAとBが通じてした仮装の売買契約に基づくものであった場合、DがAB間の売買契約が仮装であることを知らず、知らないことに無過失であっても、Dが所有権移転登記を備えていなければ、Aは所有者であることをDに対して主張できる。(通謀虚偽表示)
- 3 EはBとの間で売買契約を締結したが、BE間の売買契約締結の前にAがBの債務不履行を理由にAB間の売買契約を解除していた場合、Aが解除した旨の登記をしたか否かにかかわらず、Aは所有者であることをEに対して主張できる。(対抗関係の優劣は登記の先後)
- 4 FはBとの間で売買契約を締結して所有権移転登記をしたが、その後AはBの強迫を理由にAB間の売買契約を取り消した場合、FがBによる強迫を知っていたときに限り、Aは所有者であることをFに対して主張できる。(強迫)

解説

1. 民法96条 詐欺・脅迫による意思表示

Bさんは勝手に書類を偽造して(背信的悪意者)、Aさんの甲地を自分のものにして登記したら、Bさんからその土地を買ったCさんにAさんは「その土地は俺のものだ!」と主張できる?→詐欺による意思表示は無効だから、Bさんには甲地の所有権はない(無権利者)。権利のないBさんから譲渡されたCさんも無権利者なので、Aさんは登記しなくても土地の所有権をCさんに主張できる。我が国の登記には公信力がないので、登記を信じて買っても保護されない。

2. 民法94条1項 通謀虚偽表示

AさんはBさんと共謀して甲地を偽装譲渡して、BさんはDさんにその土地を売却してDさんは登記しなかったら、Aさんは「その土地は俺のものだ!」とDさんに主張できる?→通謀虚偽表示は当事者のAB間では無効。でも、悪いのはABさんだから、善意の第三者Cさんは保護してあげないといけないので、Aさんは甲地の所有権を主張できない。Dさんは善意であれば登記がなくても良い。

3. 民法177条 物権変動の対抗要件・解除後の第三者

AさんはBさんに甲地を売却して、Bさんは登記したけれど、Bさんがお金を払わないので、AさんはBさんとの契約を解除した。その後、BさんはEさんに甲地を売却する契約をしたら、Aさんが契約解除を登記してもしなくても、AさんはEさんに「この土地は俺のものだ」と主張できる?→できない。一番悪いにはお金を払わず、契約解除後に甲地を売ったBさん。そして、そのBさんを中心にしてAさんEさんは二重譲渡の関係になっている。だから、先に登記をした方が勝ち。「解除の登記にかかわらず」がダメ。AさんはEさんより先に登記をしないとEさんに対抗できない。

4. 民法96条 強迫・取消前の第三者

BさんはAさんを強迫して甲地を手に入れた。そしてBさんは甲地をFさんに転売し、Fさんは登記した。その後Aさんは強迫を理由に契約を取り消したら、FさんがBさんの強迫を知っていたら、AさんはFさんに「甲地は俺のものだ!」と言える?→言える。強迫されたAさんは第三者が何人出てきても、悪意善意に関係なく、土地の所有権を主張できる。なお、本問ではFは強迫による取消し前の第三者であるが、取消し後の第三者の場合(「AがAB間の契約を取消したあとに、BF間で売買契約・移転登記があった」と書かれていたら)には、対抗関係となるので注意すること。

つまり、「Bさんに欺かれて(詐欺)Aさんが甲地をBさんに売った。そしてBさんは甲地をGさんに

転売した。その後、Aさんは詐欺を理由に契約を取り消しても、Gさんがそのことを知らなかった（善意）なら、AさんはGさんに対抗できない」

平成22年度 問4 民法（対抗要件）

AがBから甲土地を購入したところ、甲土地の所有者を名のるCがAに対して連絡してきた。この場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 CもBから甲土地を購入しており、その売買契約書の日付とBA間の売買契約書の日付が同じである場合、登記がなくても、契約締結の時刻が早い方が所有権を主張することができる。（対抗関係の優劣は登記の先後）

①売却

B→A

↓①売却

C

2 甲土地はCからB、BからAと売却されており、CB間の売買契約がBの強迫により締結されたことを理由として取り消された場合には、BA間の売買契約締結の時期にかかわらず、Cは登記がなくてもAに対して所有権を主張することができる。（取り消し前の第三者）

C → B → A

①売却（強迫）②売却

3 Cが時効により甲土地の所有権を取得した旨主張している場合、取得時効の進行中にBA間で売買契約及び所有権移転登記がなされ、その後、時効が完成しているときには、Cは登記がなくてもAに対して所有権を主張することができる。（時効完成前の第三者）

C

↓①占有③時効完成

B→A

②売却

4 Cは債権者の追及を逃れるために売買契約の実態はないのに登記だけBに移し、Bがそれに乗じてAとの間で売買契約を締結した場合には、CB間の売買契約が存在しない以上、Aは所有権を主張することができない。（通謀虚偽表示）

C → B → A

①虚偽 ②売却

解説

1. 民法177条 二重譲渡の対抗要件

AさんがBさんから甲地を買ったら、やっぱりBさんから甲地を買ったCさんがいて、もし契約した日と同じなら、登記がなくても契約時刻の早いほうが勝ち？→勝たない。AさんとCさんはBさんを中心とする二重譲渡の関係にある。二重譲渡は登記がある方が勝ちで、両方に登記があれば早いほうが勝ちだから、契約時刻とは関係がないのでダメ。

2. 民法96条強迫・取消前後の第三者

CさんはBさんに強迫されて甲地をBさんに売り、BさんはそれをAさんに転売した。その後、CさんがBさんに強迫されたから契約を取り消したら、BさんがAさんといつ契約をしたかに関係なく、Cさんは登記がなくても、Aさんに「甲地は俺のものだ！」と言える？→言えない。強迫の場合、取消前の第三者には、第三者が何人出てきても、本人が善意でも悪意でも、登記の有無に関係なく、取り消して所有権を主張できる。でも、取消後の第三者とは対抗関係になるので、登記をした方が勝ち。設問には「BA間の売買契約の時期にかかわらず」や「登記がなくても」とあるのでダメ。

3. 民法126条 取得時効・時効完成前の第三者

甲地をCさんが占有していて、時効が完成する前に甲地の所有者BさんがAさんに売って、Aさんは登記をしたら、Cさんは時効が完成すれば登記がなくても「甲地は俺のものだ！」とAさんに主張できる？→できる。取得時効には登記は不要。登記は所有権者がやれることで、占有しているCさんにはもともと登記はできない。だから、登記は不要。第三者Aさんは売買でBさんの立場を引き継ぐだけだから対抗関係にない。だから、占有者Cさんは登記がなくてもAさんに甲地の所有権を主張できる。

4. 民法94条 通謀虚偽表示

CさんはBさんと共謀して甲地をBさんに譲渡する契約を偽装して登記した。Bさんは登記があることをいいことに、甲地を何も知らないAさんに売ってしまったら、Aさんは「甲地は俺のものだ！」と主張できない？→できるからダメ。CB間は通謀虚偽表示で無効だけど、この無効は善意の第三者Aさんには主張できない。したがってAさんが善意であればAさんは甲地の所有権を主張できる。

<取り消し前（後）の第三者との対抗問題>

詐欺によってAは土地をBに売却し、さらにその土地をBが第三者Cに売却した場合どうなるのかを考えましょう。

A → B → C
①売却（詐欺） ②売却

Cが取り消し前の第三者の場合

A B間の契約は有効に行われており、それをCが適法に購入しているため物権（所有権）はCまで移転しています。その後、詐欺を理由にAが取り消しをすると、もし、Aが詐欺を受けていたことを第三者Cが知らない（善意）場合、第三者Cはかわいそうですよね。なので、第三者Cが詐欺について善意であればCが保護され、Aは取り消しを理由にCに対抗できません。しかし、第三者CがAの詐欺について知っていた（悪意）場合、Cよりも、Aを保護すべきなので、Aは取り消しを理由に、第三者Cに対抗できます。

Cが取り消し後の第三者の場合

A B間の契約は取り消されているため、契約は契約時にさかのぼって（遡及的に）無効となり、所有権（物権）はAに戻ります（B→A）。その後、Bが土地をCに売却したら所有権はCに移転します（B→C）。つまり、Bを中心にAとCに所有権が移転していることとなります（二重譲渡）。二重譲渡の場合、先に登記をして対抗要件を備えた者に物権が移転します。

<取得時効完成前（後）の第三者との対抗問題>

取得時効完成前の第三者B

Aが所有する土地をCが善意無過失で占有を開始。占有時効完成前にAは土地をBに売却し、Bが所有権の移転登記をおこなった。その後もCは占有を続け、時効が完成した。この場合、Bが先に登記をしているのだが、その後に取得時効が完成したCは所有権をBに主張（対抗）できる。占有者Cは取得時効が完成すれば、占有者Cに登記がなくてもBに対抗できる。

C
↓ ①占有、③時効完成
A→B
②売却、登記

取得時効完成後の第三者B

Aが所有する土地をCが善意無過失で占有を開始。占有時効完成後に、Aがその土地をBに売却した。この場合、時効完成によって土地の所有権は占有者Cに移転していて、Aがその土地をBに売却したら、Aを中心としてBとCに二重譲渡したことになる。よって、先に登記をした方が相手方に対抗（所有権を主張）できる。

C
↓ ①占有、②時効完成
A→B
③売却

平成 21 年度 問 1 民法 (錯誤)

民法第 95 条本文は、「意思表示は、法律行為の要素に**錯誤**があったときは、無効とする。」と定めている。これに関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 意思表示をなすに当たり、表意者に**重大な過失**があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。(表意者の重大過失と錯誤無効)
- 2 表意者自身において、その意思表示に**瑕疵(かし)**を認めず、民法第 95 条に基づく**意思表示の無効を主張する意思がない**場合は、第三者がその意思表示の無効を主張することはできない。(表意者以外の錯誤無効条件)
- 3 意思表示をなすについての**動機**は、表意者が当該意思表示の内容とし、かつ、その旨を相手方に明示的に表示した場合は、法律行為の要素となる。(動機錯誤の成立条件)
- 4 意思表示をなすについての**動機**は、表意者が当該意思表示の内容としたが、その旨を**相手方に黙示的に表示した**にとどまる場合は、法律行為の要素とならない。(動機錯誤の成立条件)

解説

1. 民法 95 条 錯誤・表意者の重過失

その通り。表意者の意思表示に要素の**錯誤**があれば無効だけど、その人に**重大な過失**があれば無効を主張できない。

2. 民法 95 条 錯誤・表意者のみの無効請求

その通り。表意者自身が**錯誤**を認めず、無効を主張する**意思**がなければ、第三者が無効を請求できない。錯誤無効を主張できる第三者要件は「①表意者が**錯誤**を認めていること」、「②第三者に保全すべき債権があること」。設問は①に該当しない。

3. 民法 95 条 錯誤・動機の錯誤

その通り。動機の**錯誤**でも、表意者がその動機を意思表示の内容としてハッキリと相手に伝えたら、要素の**錯誤**となって無効主張ができる。

4. 民法 95 条 錯誤・動機の錯誤

誤り。動機の**錯**でも、ちょっと考えれば表意者の動機が意思表示の内容として相手に分かる場合(黙示的表示)には**錯誤無効**を主張できる。

平成 25 年度 問 1 民法 (民法の規定)

次の記述のうち、民法の条文に規定されているものはどれか。

- 1 意思表示に法律行為の**要素の錯誤**があった場合は、表意者は、その意思表示を**取り消す**ことができる旨(錯誤の無効)
- 2 贈与者は、贈与の目的である物又は権利の**瑕疵(かし)**又は不存在を知りながら受贈者に告げなかった場合は、その物又は権利の**瑕疵(かし)**又は不存在の責任を負う旨(贈与物の瑕疵や不存在の贈与者の責任)
- 3 売買契約の目的物に隠れた**瑕疵(かし)**がある場合には、買主は、その程度に応じて代金の減額を請求することができる旨(売り主の**瑕疵担保責任**)
- 4 多数の相手方との契約の締結を予定してあらかじめ準備される契約条項の総体であって、それらの契約の内容を画一的に定めることを目的とするものを**約款**と定義する旨(約款の定義)

解説

1. 民法 95 条 錯誤

表意者に要素の**錯誤**があったら、表意者は取り消せる? → 取り消せない。意思の欠缺の心裡留保、通謀虚偽表示、**錯誤**は原則無効。取り消せるかどうかではない。

2. 民法 551 条 贈与者の瑕疵担保責任

A さんが B さんに時計をあげたとき、時計が後で故障しても B さんは A さんに文句は言えない。でも、初めから故障して使い物にならないことを A さんが知っていて B さんにあげたら、**悪意**のある A さんには担保責任がある。

3. 民法 570 条 売主の瑕疵担保責任

建物が雨漏りするのを知らずに買った B さんは、A さんに代金を減らせと請求できない。売り物に目に見えない欠陥がある場合、契約の解除か損害賠償しか請求できない。だって、どれだけ減額してよいか計算できないから。

4. 民法に規定なし 改正後は?

2016 年の国会で民法改正案が通り、3 年以内に施行される見込みだが、まだ何も決まっていない。約款は条文上規定はない。改訂後は、約款に法的拘束力を認められる。なぜなら、約款を個別契約の内容とする当事者の合意に求める「**契約説**」などがある。

平成10年度 問7 民法(意思表示)

Aが、A所有の土地をBに売却する契約を締結した場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

1 AのBに対する売却の意思表示がCの詐欺によって行われた場合で、BがそのCによる詐欺の事実を知っていたとき、Aは、売却の意思表示を取り消すことができる。(第三者の詐欺)

第三者C
↓詐欺

売主A → 買主B

2 AのBに対する売却の意思表示がBの強迫によって行われた場合、Aは、売却の意思表示を取り消すことができるが、その取消しをもって、Bからその取消し前に当該土地を買い受けた善意のDには対抗できない。(取り消し前の第三者)

①Bの強迫による売却

売主A → 買主B → 善意の第三者D

→ ②売却

③取り消し

3 Aが、自分の真意ではないと認識しながらBに対する売却の意思表示を行った場合で、BがそのAの真意を知っていたとき、Aは、売却の意思表示の無効を主張できる。(心裡留保)

4 AのBに対する売却の意思表示につき法律行為の要素に錯誤があった場合、Aは、売却の意思表示の無効を主張できるが、Aに重大な過失があったときは、無効を主張できない。(要素の誤謬)

解説

1. 民法96条2項 詐欺

第三者Cさんの詐欺によって、AがBに甲地を売ったら、BさんがCさんの詐欺を知っていたら、Aさんはその契約を取り消せる。瑕疵ある意思表示の「詐欺」は、当事者が詐欺師でも、第三者が詐欺師でも、相手方が悪意の時は取り消せる。

2. 民法96条2項 強迫・善意の第三者

相手方Bさんに強迫されてAさんはBさんに甲地を売却したら取り消せるが、取消前にBがDさんに甲地を売ってしまっていたら、Aさんは甲地を取り返せない? → 強迫なら当事者、第三者の善意・悪意にかかわらず、取り消せる。だから、AさんはDさんから甲地を取り返せる。一方、詐欺による意思表示は取り消しをもって善意の第三者に対抗できない。詐欺に引っかかる方がアホということ。

売主A ← 強迫 → 買主B ← 善意の第三者C

↓取消

3. 民法93条 心裡留保

本当は売るつもりはないのにAがBに「土地を売るぞ!」と言ったら、Bが冗談だと知っていたら、Aは無効にできる? → それが冗談だと相手方Bさんが知らなかったら有効になるが、Bさんが知っていたので無効。表示意思がウソ、冗談だったら心裡留保。相手方がそれがウソ、冗談だと知らなかったら(善意)、その意思表示の有効。もし、相手方がウソ、冗談だと知っていたら(悪意)、あるいはちょっと考えればウソだと分かる場合は(有過失)表意者は無効を主張できる。

4. 民法95条 錯誤

Aがちょっとした勘違いで土地をBに売ってしまったら、Aに重大な過失(勝手な思い込み)がない場合で、要素の錯誤なら無効にできるが、Aの勝手な思い込みならできない? → できる。法律行為の要素の錯誤があって、相手方に動機をハッキリ伝えて(又は暗示して)いて、重大な過失がなければ無効。動機は表意者(本人)にしか分からないことだから、本人Aさんの都合でなんとでもなる。動機の錯誤(本当は売るつもりはなかった)を認めて無効にすると、ほとんどすべての契約が無効となり社会が混乱するので、動機の錯誤は無効にできない。でも、動機を相手方にハッキリ言った(又は暗示した)ときには、重大な過失がない限り、無効にできる。重大な過失というのは、自分で調べもせずに重説も聞かずに自分で勝手に思い込むこと。

7 代理

22-1 代理とは何か

代理＝本人に代わって別の人間が意思表示を行うことにより法律行為（契約等）を行い、その効果が本人に帰属する制度

* 代理行為成立条件＝顕名（本人のためにする意思を相手方に示すこと）。顕名を怠ると自分のためにしたものと思われる（100条）

* 顕名主義＝代理行為に顕名を要求する制度

A が B と売買契約を交わす際に C が A の代理となる場合、C が A の代理人であることを B に示さなければ、その売買契約は BC 間に成立する。

相手方 B が、C が A の代理人であることを知っていたり、周囲の事情から判断して当然知りうるような場合は AB 間の契約は成立する。（100条但し書き）

代理人のした意思表示の効果は、直接本人に帰属する。（99条1項）ただし、代理人の意思表示に

①意思の不存在があったかどうか、

②詐欺、脅迫を受けたものであったかどうか

③知らなかったことに過失があるかどうか（不知・無過失）

等の意思表示の心理的な事柄が問題となったときは、本人ではなく代理人を基準として判断する（101条1項）つまり代理人の行った意思表示に何らかの瑕疵がある場合、本人は相手方に対して取消や無効を主張できる。

A が B と売買契約を交わす際に C が A の代理となる場合、C が B に騙されているなら A は詐欺を理由に売買契約を取り消すことができる。ただし、売買契約の目的物に欠陥があっても、A がそれを知っていて代理人 C が知らなくても A は B に瑕疵担保責任を追及することはできない。

* 瑕疵担保責任＝売買契約の目的物（宅地または建物）に、契約の締結当時に既に欠陥・キズ（隠れた瑕疵）があった場合、売主が買主に対して負う責任のこと。

22-2 制限行為能力者でも代理人になれる（102条）

法定代理人は行為能力者でなければならない。また代理人が途中から成年被後見人となった場合はその代理権は消滅する。（111条1項2号）

22-3 代理人の権限（103条）

代理権の範囲 { 法定代理人＝各種の規定により決定
任意代理人＝本人と代理人間の授権行為の内容で決定

* 授権行為＝権利・権限・資格などを他人に授ける行為

権限の定められていない代理人の権限の範囲（103条） { 保存行為
利用・改良行為

* 保存行為＝現状を維持する行為

* 利用行為＝収益を図る行為

* 改良行為＝価値を増加させる行為

22-4 復代理とは何か

復代理制度＝代理人が復代理人を選び、自分と同等の立場の代理人として活動してもらう * 復代理人＝代理人が自分の名で選任しその権限内の行為を行わせる本人の代理人（107条）

①自分の名で選任

代理人が本人を代理して選任するのではないこと。代理人が復任権を行使して行うもの。

* 復任権＝代理権とは別で、代理人が自分の名で復代理人を選任する権利

<復任権の範囲>

・法定代理人はいつでも復代理人を選任できる（106条）

・任意代理人は本人の承諾を得た場合か、やむを得ない事情がなければ復代理人を選任できない（104条）

<復代理人の行為に対する代理人の責任>

・法定代理人は復代理人の過失につき常に全責任を負う（106条）

・任意代理人は任意代理人の選任・監督に過失があった場合に限り責任を負う（105条）復代理人が不適任・不誠実であることを知りながら本人に知らせず、解任しなかった場合に限り責任を負う（105条2項）

②その権限内の行為を行わせる

③本人の代理人である

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

22-5 自己契約・双方代理は禁止（108条）

自己契約＝同一の法律行為について、当事者の一方が他方の代理人となること

* 土地を買う代理権を B から与えられた A が、A 自身が所有する土地を B に売る場合、代理人 A が本人 B の利益を考えずに A 自身の利益を図る可能性が強い。

双方代理＝同一の法律行為について、同じ人が両当事者の代理人となること

* 土地の売主 A と土地の買主 B の両方の代理人 C になる場合、第二人 C がどちらか一方の当事者に有利になるように誘導する可能性が強い。

共同代理＝何人かの代理人が共同して代理行為を行うこと

*親権者である父母がその子に対して持つ法定代理権（818条）

22-6 代理権の消滅

<任意代理>

- ①本人の死亡
- ②代理人の死亡、代理人が破産手続開始の決定や、後見開始の審判を受けた場合
- ③本人と代理人間における代理権を与える契約が解除されたとき

<法定代理人>

- ①本人の死亡
- ②代理人の死亡、代理人が破産手続開始の決定や、後見開始の審判を受けた場合
- ③各法定代理に特有の消滅原因がある場合（835条）

23-1 無権代理とは何か

無権代理＝代理権のない者が代理行為を勝手にすること（113条）

無権代理人の代理行為に対して本人がとれる態度

- ①本人が追認する
- ②本人が追認を拒絶する
- ③本人が追認も、追認の拒絶もしない

<本人が追認する>

*追認の訴求効（そきゅうこう）＝本人が追認するとはじめから代理権があったことになること（116条）

*訴求効の例外＝それとは異なる意思表示をした場合（？）第三者の権利を害する場合

*追認は本人が相手方および無権代理人に対して行うが、無権代理人にだけ行った場合は相手方が追認の事実を知るまでは追認の事実を主張することはできない。（113条2項）

<本人が追認を拒絶する>

本人が追認を拒絶すると、無権代理行為の無効が確定し、無権代理人の相手方に対する契約の履行責任または損害の賠償責任が発生する。

*相手方が無権代理人に代理権がないことを知っていたか過失によって知らなかった場合、無権代理人が制限行為能力者である場合を除く（117条2項）

<本人が追認も追認の拒絶も行わない場合>

本人には無権代理人に対する追認や追認の拒絶を意思表示する義務はないが、それにより相手方が不利な立場にたたされるので相手方の「催告権」と「取消権」とを認めている。

*相手方の催告権＝「追認するかしないかを〇〇日以内に回答せよ」と本人に問い合わせる権利。本人がその期間内に回答しなければ追認を拒絶したこととする。（114条）ここで本人が無権代理人の追認を拒絶したなら無権代理人の責任を追及できる。

*相手方の取消権＝本人が追認しない間は、相手方は本人との契約を取り消すことのできる権利。ただし、契約当時無権代理人に代理権がないことを本人が知っていた場合は取り消せない。

■例題

息子が親の土地を勝手に売り飛ばす → 息子＝無権代理人
親が死んで息子が相続人となる → 息子＝相続権を持つ本人
（バカ息子としてはこのままでは相続できる土地はないので、本人として「追認の拒絶」によって無権代理行為の無効を主張し土地の売買がなかったことにしたい。土地を買った相手方は不利。

地位の混同＝同一人物が当該契約の本人にも無権代理人にもなること

地位の混同による無権代理行為は有効であるか否か？

□判例1（大判昭和2年3月22日）

無権代理人が単独で相続した場合、無権代理行為は有効。土地の売買が成立し、相続できる土地はなくなる。本人の資格で追認を拒絶することはできない。

□判例2（最判平成5年1月21日）

無権代理人が他の相続人と共同で相続した場合、共同相続人全員が追認すれば代理行為は有効だが、土地の売買が成立してしまい共同相続人は相続ができないので、当然共同相続人は追認を拒絶することになり無権代理行為は有効にはならない。土地を買った相手方は困る？

□判例3（最判昭和37年4月20日）

本人はその資格において追認を拒絶できる。しかし117条により無権代理人が相手方に対して債務を負っている場合は、追認を拒絶できるからといって、その債務を免れることはできない。

23-2 表見代理とは何か（109条・110条・112条）

表見代理＝無権代理人の行為に対して本人が何等かの原因を与えている場合、相手方を保護する必要から、本人は代理権のある代理人が代理行為をした場合と同じ責任を負わねばならない場合の無権代理。

- ①AがBに代理権を実際は与えていないのに、相手方Cに対して与えたように表示した場合。（109条）
- ②BがAから与えられている代理権の範囲を越えて代理行為を行った場合。（110条）
- ③Bは過去においてAから代理権を与えられていたが、その代理権が消滅した後で代理行為を行った場合。（112条）

①②③の場合に、CはBには本当に代理権があると信じ（Cの善意）、そう信じたことに過失がない（Cの無過失）場合にAはBに正当な代理権があったのと同じ責任をCに対し負わねばならない。

第99条

(代理行為の要件及び効果)

第九十九条 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。

解説

「その権限内において」 代理権があり、その範囲内であること。
代理権には、授権行為による**任意代理権**と、**法定代理権**（例えば親権者や成年後見人）がある。
「本人のためにすることを示して」とは、「Aの代理人Bです」と名乗ることで「**顕名**」という。
代理行為の効果は、本人に『**直接**』に帰属する。また、**錯誤無効の主張**、その他**取消権**や**解除権**も本人に帰属する。

第100条

(本人のためにすることを示さない意思表示)

第一百条 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、前条第一項の規定を準用する。

解説

前条で、**代理行為の要件**とされる『**顕名**』をしなかった場合の処理方法である。
顕名がなされないと、相手方には代理人であることがわからないから、原則として代理人自身に効果が帰属することになっている。
例えば、AからA所有土地の売却の代理を頼まれた代理人Bが顕名をしないで相手方Cと契約を結ぶと、それは、BがAの土地についてCと他人物売買の契約をしたことになるのである。
ただし、相手方CがBがAの代理人であると知っていたとか、普通ならわかるでしょという場合、すなわち、**悪意または善意有過失**の場合には、**有権代理**として扱う。
このような場合には、本人Aに効果が帰属しても、別に誰が困るというわけでもないからである。

第101条

(代理行為の瑕疵)

第一百一条 意思表示の効力が意思の不存在、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 特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従って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。

解説

意思表示の諸問題（心裡留保・虚偽表示・錯誤・詐欺・強迫）や善意悪意、過失の有無などは原則として、**代理人を基準**にする。

2項について例をあげると、本人の指定した特定のものを買うことを代理人に頼んだ場合で、その指定したものに**瑕疵があることを本人が知っている**ようなケースである。この場合には、代理人が瑕疵について善意でも、本人は売主に瑕疵担保責任を問うことはできない。

第102条

(代理人の行為能力)

代理人は、行為能力者であることを要しない。

解説

代理人は制限行為能力者であってもかまわない。そのような頼りない人を自分の代理人にして損をするのは本人であるから。

制限行為能力者を代理人にした場合、制限行為能力を理由とする取消はできない。制限行為能力者制度は、制限行為能力者という社会的弱者を守る制度であって、そのような者を自己の代理人にした本人を保護する制度ではないから。

宅建試験では、たいてい未成年者を代理人にするケースで出題される。

第104条～第107条

(任意代理人による復代理人の選任)

第一百四条 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。

(復代理人を選任した代理人の責任)

第一百五条 代理人は、前条の規定により復代理人を選任したときは、その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う。

2 代理人は、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、前項の責任を負わない。ただし、その代理人が、復代理人が不適任又は不誠実であることを知りながら、その旨を本人に通知し又は復代理人を解任することを怠ったときは、この限りでない。

(法定代理人による復代理人の選任)

第一百六条 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、前条第一項の責任のみを負う。

復代理人の権限等)

第一百七条 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、代理人と同一の権利を有し、義務を負う。

解説

復代理人の選任は、任意代理人の場合は、本人の許諾か、やむを得ない事情が要る。一方、法定代理人は自由に復代理人を選任できる。

復代理人は、代理人の代理人ではなく、直接に本人の代理人である。

復代理権は、代理人の代理権に基礎を置くから、その範囲を超えることはできないし、代理権が消滅すると復代理権も消滅する。また、復代理人を選任しても代理人は代理権を失わない。

「やむを得ない事情」の例としては、急病とか本人の所在不明で連絡が取れないなど。

105条や106条はやや細かいところだが、ほぼ条文どおりに聞かれるので、押さえておこう。復代理人がなにかやらかしたとき、代理人の責任はどうなるか。

	任意代理	法定代理
原則	選任・監督を怠ったとき責任を負う	過失がなくとも責任を負う
例外	本人の指名の場合、復代理人の不適任・不誠実を知りながら本人に通知や解任をしなかったとき責任を負う	やむを得ない事由がある場合には、選任・監督を怠ったとき責任を負う

第108条

(自己契約及び双方代理)

第一百八条 同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。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。

解説

自己契約とは、代理人が契約の相手方となること。

A (本人)

↓ 代理権

B (代理人) → B (代理人)

双方代理とは、一人の者が双方の代理人となること。

本人の利益が害されるおそれがあるので、原則禁止とされている。本条違反の自己契約・双方代理は、無権代理として処理されることになる。

本人の利益が害されないための規定であるから、a.債務の履行(やることはきまっているから)、b.あらかじめ本人の許諾あるとき、は許される。

特に、移転登記申請。一般的に、売主・買主の双方が、一人の司法書士に依頼することになる。

【参照】双方代理と自己契約

第109条、第110条、第112条

(代理権授与の表示による表見代理)

第百九条 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

(権限外の行為の表見代理)

第百十条 前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

(代理権消滅後の表見代理)

第百十二条 代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。

解説

代理は、まず、まともな代理である『**有権代理**』と、そうでない『**広義の無権代理**』に分けられ、『**広義の無権代理**』は、箸にも棒にもかからない『**狭義の無権代理**』と、取引安全の見地から特に本人に効果が及ぶとした『**表見代理**』に分かれる。

授權表示、権限ゆ越、代理権消滅後のいずれかに該当することと、相手方の『善意無過失』が表見代理の要件。 条文の表現はばらばらであるが、相手方(条文上では第三者)の要件は、**善意無過失**で憶えておけばよい。

【判例】代理権消滅後に、その代理権の範囲を超えて代理行為をした場合には、110条と112条の重畳適用となる。

【判例】夫婦の一方が日常家事代理権の範囲を超えて第三者と法律行為をした場合、日常家事代理権(761)を基礎として110条の表見代理が成立するものではないが、相手方に当該夫婦の日常家事の範囲内であると信じるにつき正当の理由がある場合には、110条の趣旨が類推適用される。

表見代理も広義の無権代理であるので、相手方は、表見代理成立の主張をしてもよいし、無権代理人の責任(117)を追及してもよい。自分の都合のいいほうを選択主張すればよいのである。もちろん取消権(115)を行使してもよい。

■無権代理の効果

無権代理人が結んだ契約は無効であり、原則として本人に効力は生じない！
(代理人にも効力は生じません)

■本人の追認権

本人が無権代理行為を追認すると、原則として「契約時」に遡って有効な代理行為があったことになる！(遡及しない旨の特約も有効)

本人は、無権代理行為(=契約)を追認して、正当な代理によってなされた場合と同じ効果を生じさせることができます。

追認をするのに、無権代理人や相手方の同意は必要なく、また、追認の相手方は、無権代理人でも契約の相手方でも構いません。

ただし、無権代理人に対して追認をした場合は、相手方が追認の事実を知らないと、相手方に対しては追認の効果を主張することができません。

以前解説した、「黙示の追認」も認められることも覚えておいてください。

■本人の追認拒絶権

追認権は「権利」であって、「義務」ではない！
無理に追認をする必要もありません。

■相手方の催告権

相手方は相当の期間を定め、本人に対して追認をするか否か確答すべき旨を催告することができ、確答がなかった場合は、「追認拒絶」があったものとみなされる！

相手方は、契約が有効なのか無効なのか不安定な状態に置かれています。そこで民法は、相手方に「催告権」と「取消権」を与えています。

この催告権は、契約当時に、その契約が無権代理であることを知っていた場合にも認められるということも覚えておいてください。

■相手方の取消権

相手方は、当該契約を取り消すことができる！

これには重要な要件が2つあります。

契約時に無権代理であることを知らなかった(過失の有無は問わない)

本人がまだ追認をしていない

この2つの要件を満たせば、相手方は契約を取り消すことができます。

■無権代理人と相手方の間の効果

相手方が「善意無過失」ならば、無権代理人に対して、契約の履行または損害賠償請求をすることができる！

履行か損害賠償かは、相手方の選択によります。

ただし、無権代理人が制限能力者である場合は、これらの請求はできません。

■表見代理の効果

代理権授与の表示による表見代理

＝本人が契約の相手方に対して、ある者に代理権を与えたと表示した
実際には代理権を与えていないのに、口頭や書面等でウソを言った場合です。

権限超越による表見代理

＝基本権限はあるが、それが代理権限の範囲を逸脱してなされた
賃貸契約の代理を頼んだのに、それを売却してしまった場合等です。

権限消滅後の表見代理

＝代理権が消滅して、もはや代理人でない者が代理行為をなした
かつては代理権が存在し、かつて有した代理権の範囲内で代理行為を行った場合です。

これらの表見代理が行われた場合、「善意無過失」の相手方は、

- ・表見代理を主張して本人の責任を問う（催告し契約を履行させる）！
- ・無権代理として無権代理人の責任を問う！
- ・無権代理行為として取り消して、契約を白紙に戻す！

という3つの方法のうち1つを自由に選択して主張することができます。

■本人の地位と無権代理人の地位が同一人に帰した場合

本人と無権代理人が親子だった場合などのお話です。

[本人が死亡し、無権代理人が本人を相続した場合]

単独相続＝当然に有効となる！

共同相続＝相続人全員による追認権の行使により有効となる！

無権代理人は自業自得であり、
契約は有効となって、相手方の請求を拒むことができなくなります（追認拒絶不可）。

ただし、他にも相続人がいる場合は、他の相続人を保護するために、
当然に有効とはなりません。

[無権代理人が死亡し、本人が無権代理人を相続した場合]

当然には有効とならず、追認を拒絶することができる！

もともと本人は、追認を拒絶できる立場にあったのですから当たり前ですね。

第111条

（代理権の消滅事由）

第百十一条 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。

解説

代理権の消滅原因

		死亡	破産手続開始決定	後見開始
任意代理	本人	消滅	消滅	消滅しない
	代理人	消滅	消滅	消滅
法定代理	本人	消滅	消滅しない	消滅しない
	代理人	消滅	消滅	消滅

※1 法定代理の本人に「破産」がないことに注意。

※2 法定代理・任意代理ともに本人の「後見開始の審判」がないのは、代理権を与えた時点では事理弁識能力があったからである。

なお例外的に、本人の死亡では、不動産登記の申請の代理権（司法書士に与えた代理権）は消滅しない（不登法）。

ちょっと下品ですが、ライオンのおしりの穴がしわしわなところを想像してもらって、

「獅子はこう、しわしわの肛門」

し（本人の死亡）し（代理人の死亡）はこう（代理人の破産・後見開始）、

しは（本人の死亡・破産）しはのこうもん（代理人の死亡・破産・後見開始）

第113条

(無権代理)

第百十三条 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ければ、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ければ、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。

解説

無権代理行為は原則として、本人に効果が帰属しない。効果の帰属を求める本人に、それをできるように追認を認めた。追認は、相手方または無権代理人に対してできる。しかし無権代理人に対してした場合には、相手方がそれを知るまでは、相手方に対して効果を主張できない。この条文に関しては、『無権代理と相続』という論点があり、宅建試験でもその重要判例がよく問われている。

【判例】 単独相続で、無権代理人が本人を相続した場合、無権代理人は本人の地位に基づく追認拒絶権を行使できない(無権代理行為は当然に有効になる)。信義則に反するから。

【判例】 単独相続で、本人が無権代理人を相続した場合には、追認拒絶権を行使できる(無権代理行為は当然に有効となるわけではない)。信義則に反しないから。

ただし、無権代理人の責任を負うことになる。※

【参考】 ※無権代理人の責任は、履行又は損害賠償である。ここで通説は、相手方に履行請求を認めると本人に追認拒絶権を認めた意味がなくなることから、履行請求を認めず損害賠償請求のみなすとする。しかし判例はまだないので、試験に出るとしても、「この場合、追認拒絶権を行使できるが、無権代理人の責任を負う」で正しい、と処理すればよい。

【判例】 共同相続で、無権代理人が本人を相続した場合、追認権は共同相続人に不可分に帰属するから、a.他の共同相続人全員が追認している場合に無権代理人が追認拒絶することは信義則上許されない、b.他の共同相続人全員の追認がない限り、無権代理人の相続分に相当する部分についても当然に有効となるものではない。

第114条、第115条

(無権代理の相手方の催告権)

第百十四条 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、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)

第百十五条 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、契約の時ににおいて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。

解説

114条の**催告権**については、相手方は悪意であっても使えるという点が重要。つまり、無権代理人と知っていながら、あえて契約をし、本人に追認するかどうか尋ねるのはOKなわけ。「ダメもと、あわよくば」と思うのは、別に悪いことではない。

相手方の催告に対して本人から返事(確答)がなかったら、追認を拒絶したことになる。「返事がなかったら追認したことになる」といったふうに誤りの肢にしてくる可能性があるので注意。また、追認権や追認拒否権は、権利であって義務ではない。

まともな代理人だと思って契約したのに、ふたをあけてみたらそいつは代理人じゃなかった(無権代理人だった)といった場合、普通の人は「ああ無権代理人と知っていたら契約なんかしなかったのに。めんどくさいな。なかったことにしたいな。」と思うのがあたりまえであろう。そこで民法は、このような場合に取消権を認めている。

115条の取消権は、相手方が善意のときだけ使える。契約時点で善意でさえあれば、過失の有無は問わない。

また、取消権が行使できるのは、相手方が追認があったことを知るまでの間である。つまり、本人から自分に対して追認があったら取消できなくなるし、本人が無権代理人に対して追認をしている場合には、そのことを知ったら取消できなくなる。

昔はよくきかれるところだったが、最近はあまり出ていない。しかし油断は禁物。

	取消権	催告権	追認/追認拒絶権
本人	×	×	○
相手方	○ *	○	—
無権代理人	×	×	—

＊ただし、契約時に無権代理であることを知らない時に限る。本人が追認するまでなら可能。一方、無権代理を知っていても催告権はある。

第116条

(無権代理行為の追認)

第百十六條 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。

解説

「契約の時にさかのぼって」というところが大事。つまり追認があったら無権代理行為は最初から有効な代理行為だったことになるのである。

【ヒッカケ注意】 「追認があると、**その追認のときから**有効となる。」×
宅建試験では、「〇〇のときから(まで)」をすりかえて誤りの肢にすることがよくある。
ただし書きは、気にしなくてもよい。

第117条

(無権代理人の責任)

第百十七條 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することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかつたときは、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、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、若しくは過失によって知らなかつたとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかつたときは、適用しない。

解説

相手方は、善意無過失である必要がある。

相手方は、**履行請求**か、**損害賠償請求**を選択することになる。「又は」であって「及び」ではないので、この点もヒッカケに注意がいると思う。

【判例】 無権代理人は、表見代理の成立を理由に、この責任を免れることはできない。

これは裏を返せば、相手方は表見代理成立の主張をできるときであっても、それをせず、無権代理人の責任を追及できる(好きなほうを選択主張すればよい)ということ。

「他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかつたとき」、宅建試験では、無権代理人が未成年者のケースで出題される(被保佐人や被補助人だと話がややこしくなる場合があるから)。無権代理人が**未成年者**であるときは、無権代理人の責任は追及できない。弱者保護(財産を守る)の要請から。

代理

宅建の試験において、本日お話しする代理の箇所は、非常に重要で、ほぼ出題があると考えておいてください。代理人は誰のために、法律行為をやっているかを中心に勉強しておいてください。

1. 代理とは

代理とは、本人に代わって法律行為等の意思表示をする場合、その効果が直接本人に帰属することを言います。

□

2. 代理権

代理には、任意代理と法定代理があります。①任意代理とは、本人と代理人との契約により代理権が発生するものを言います。

②法定代理とは、本人が未成年など法律によって代理権が発生するものを言います。

□

3. 代理人が詐欺・強迫にあったら？

代理人自身が詐欺や強迫にあつて契約をさせられてしまった場合、その契約の取消権は、あくまでも本人にあります。なぜなら、契約の効果は、直接本人に及ぶからです。

□

4. 代理人の顕名主義

代理人が代理行為をする場合「〇〇さん（本人）のためにすることを示して行う」ことをしなければなりません。これを代理における顕名主義といいます。もしこれを、しないで行なった行為は、本人に帰属せず、代理人自身の行為となってしまいます。しかし、相手が〇〇さん（本人）のためとわかっていた場合は、本人に帰属します。

□

5. 未成年者等でも代理人になれるのか？

結論から先に言うと、未成年者等の制限行為能力者でも代理人になれます。なぜかと言うと、代理人が行なった行為は、本人に直接帰属しますから、代理人自体には何の影響もないためです。

なお代理人である未成年者が行なった契約を理由に、取り消しの主張はできませんので注意してください。

□

6. 代理権の範囲

通常は何の代理権を与えるか、具体的に決めるものですが、その範囲を決めなかった場合、民法では、3つの行為だけを認めています。

- ①保存行為（例：家を修理）
- ②利用行為（例：家を貸す）
- ③改良行為（例：家の模様替え）

□

7. 禁止行為

代理人は、以下の2つの行為が禁止されています。①自己契約自己契約とは、例えばAがBに自分の土地を売るとして代理権を与えたとします。このとき代理人B自身が、買主になることを自己契約と言っています。代理人は本人の利益を上げるために最大限努力しなければなりません。自分が買主になってしまつては、代理人自身自分のために安く買うことが目的となりますから、本人のためにならないということになって禁止になっています。

②双方代理

双方代理とは、例えば、売主の代理人にも買主の代理人にもなってしまふことです。これも考えが相反する両者の代理人になることは、両者の期待を満足させることは、不可能であるため禁止になっています。

ただし、

- ・ 弁済期の到来した債務の弁済
- ・ 売買に基づく登記申請行為
- ・ 本人の承諾がある場合

この場合は、例外として、認められています。

□

8. 復代理

復代理とは、代理人が何らかの事情で、代理人として法律行為等の遂行ができない場合など、さらに代理人を定めることを言います。注意することは、復代理は代理人の代理でなく、あくまでも本人の代理人とすることを忘れないでください。

復代理のポイントは以下の3つ

- ①復代理人を選任しても代理人は代理権を失わない。
- ②復代理人は代理人の代理権の範囲を超えることはない。
- ③代理人の代理権が消滅すれば、復代理人の代理権も消滅する。

~~平成26年問2~~
~~平成24年問2~~
~~平成22年問2~~
~~平成21年問2~~
~~平成19年問2~~
~~平成18年問2~~
~~平成17年問3~~
~~平成16年問2~~
~~平成14年問2~~
~~平成13年問8~~
~~平成12年問1~~
~~平成11年問7~~
~~平成9年問1~~
~~平成8年問2~~
~~平成6年問4~~
~~平成5年問2~~
~~平成4年問3~~
~~平成3年問3~~

平成26年(2014年)問2民法(代理)

代理に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはいくつあるか。

ア 代理権を有しない者がした契約を本人が追認する場合、その契約の効力は、別段の意思表示がない限り、追認をした時から将来に向かって生ずる。(追認の効力)

イ 不動産を担保に金員を借り入れる代理権を与えられた代理人が、本人の名において当該不動産を売却した場合、相手方において本人自身の行為であると信じたことについて正当な理由があるときは、表見代理の規定を類推適用することができる。(権限踰越による表見代理)

ウ 代理人は、行為能力者であることを要しないが、代理人が後見開始の審判を受けたときは、代理権が消滅する。(制限行為能力者が代理人)(代理権の消滅)

エ 代理人の意思表示の効力が意思の不存在、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、本人の選択に従い、本人又は代理人のいずれかについて決する。(代理人の意思表示の効果)

- 一つ
- 二つ
- 三つ
- 四つ

解説

ア. 民法116条 追認の効力

Aさんの無権代理を本人Bさんが追認すると、その契約は追認したときから生ずる?→誤り。本人Bさんが契約を承認するとその契約の時点に遡って効力が生じる。設問の「追認した時から将来に向かって」という部分が誤り。

イ. 民法110条 権外(権限踰越=けんげんゆえつ)の表見代理

Aさんは甲地を担保におけ根を借りる代理権しかBさんから与えられなかったのに、「俺はBの代理人だ!」と言ってCさんに甲地を売却したら、CさんがAさんの言ったことを信じても仕方のない正当な理由があれば、表見代理規定の類推適用が可能?→その通り。相手方が権限外の行為に「善意無過失」だったら、表見代理を主張できる。

ウ. 民法102条 制限行為能力者が代理人

制限行為能力者でも代理人になれるが、後見開始の審判を受けると、代理権が消滅する?→その通り。代理人の代理権は、「死亡」、「後見開始」、「破産手続開始」で消滅する。

		死亡	破産手続開始決定	後見開始
任意代理	本人	消滅	消滅	消滅しない
	代理人	消滅	消滅	消滅
法定代理	本人	消滅	消滅しない	消滅しない
	代理人	消滅	消滅	消滅

エ. 民法101条1項 代理人の意思表示の効果

代理人の意思表示の効果が意思の不存在(欠缺=心裡留保、通謀虚偽表示、錯誤)、瑕疵ある意思表示(強迫、詐欺)、あるいは滋養を知っていたり、知らなかったりすることに過失があつて影響される場合、その事実があつたかどうかは本人と代理人のどちらを基準に決める?→代理人の意思表示の瑕疵や過失は代理人を基準に考える。例外として、代理人が詐欺や強迫を受けていることを本人が知っている(悪意の)場合には、本人は契約を取り消すことはできません。

平成24年度 問2 民法（代理）

代理に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 未成年が代理人となって締結した契約の効果は、当該行為を行うにつき当該未成年者の法定代理人による同意がなければ、有効に本人に帰属しない。（未成年者が代理人）
- 2 法人について即時取得の成否が問題となる場合、当該法人の代表機関が代理人によって取引を行ったのであれば、即時取得の要件である善意・無過失の有無は、当該代理人を基準にして判断される。（代理の瑕疵）
- 3 不動産の売買契約に関して、同一人物が売主及び買主の双方の代理人となった場合であっても、売主及び買主の双方があらかじめ承諾をしているときには、当該売買契約の効果は両当事者に有効に帰属する。（双方代理と自己契約）
- 4 法定代理人は、やむを得ない事由がなくとも、復代理人を選任することができる。

解説

1. 民法102条 未成年者が代理人
未成年が代理人として結んだ契約は、未成年者の法定代理人の合意がなかったら、本人が契約したことにならない？→契約は成立する。代理人は行為能力者でなくてもOKだから、本人が未成年の息子を代理人にするのも本人の勝手。契約は本人の責任だし、保護者の同意がなくても成立する。制限行為能力者制度は、制限行為能力者という弱者保護の制度であり、そのような者をあえて自己の代理人にした本人を保護する制度ではない。
2. 民法101条 代理の瑕疵
契約の時の善意・悪意、あるいは過失の有無は本人を基準に判断するのではなく、代理人を基準に判断する？→その通り。意思表示の瑕疵等（善意無過失であるかどうか）については、原則として代理人を基準にして判断される。即時取得の成否はただの問題背景。
3. 民法108条 自己契約と双方代理
同一人物が売主と買主の代理人になっても、双方の承諾があれば契約は成立する？→成立する。双方代理は無効だけど、当事者の承諾があれば有効。
4. 民法106条 復代理
法定代理人は仕方のない理由がなくとも、復代理人を選任できる？→その通り。法定代理人はいつでも復代理人を選任できる。一方、任意代理人は本人の承諾かやむを得ない事由がないと復代理人を選任できない。

*「即時取得」

取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意無過失のときは、即時にその動産について行使する権利を取得することを「即時取得」と言います。

本人Aの代理人Bが、C所有のパソコンを代理購入したのだが、そのパソコンは真の所有者Dが一時的にCに預けていただけのとき、代理人Bが善・無過失であれば（Dが本当の所有者だと知らなかったとき）代理人Bはパソコンの所有権を「即時取得」できる。

借り主Aが所有者Bから時計を借りた。その後、借り主Aは金が必要になって時計を第三者Cに売却した。その際、Cは時計の所有者がAだと思い込んでいた（善意無過失）場合、第三者Cが時計の所有権を「即時取得」する。

平成22年度 問2 民法（代理）

AがA所有の甲土地の売却に関する代理権をBに与えた場合における次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。なお、表見代理は成立しないものとする。

- 1 Aが死亡した後であっても、BがAの死亡を知らず、かつ、知らないことにつき過失がない場合には、BはAの代理人として有効に甲土地を売却することができる。（本人死亡による代理権の消滅）
- 2 Bが死亡しても、Bの相続人はAの代理人として有効に甲土地を売却することができる。（々）
- 3 18歳であるBがAの代理人として甲土地をCに売却した後で、Bが18歳であることをCが知った場合には、CはBが未成年者であることを理由に売買契約を取り消すことができる。（制限行為能力者が代理人）
- 4 Bが売主Aの代理人であると同時に買主Dの代理人としてAD間で売買契約を締結しても、あらかじめ、A及びDの承諾を受けていれば、この売買契約は有効である。（双方代理）

解説

1. 民法111条1項1号 代理権の消滅
売主Aさんが死んでも、代理人のBさんがそれを知らずに、注意をしても分からなかったら、BさんはAさんの代理人として甲地を売却できる？→できない。本人Aさんが死んだら、任意代理人のばあい代理権は消滅する。
2. 民法111条1項2号 代理人死亡による代理権の消滅
代理人のBさんが死んでも、Bさんの相続人がAさんの代理人として甲地を売却している？→できない。代理人が死亡したら、任意代理も法定代理も代理権は消滅する。
3. 民法102条 制限行為能力者が代理人
未成年のBさんがAさんの代理人として甲地をCさんに売却したら、Cさんが後でBさんが未成年だと知って毛いっやっ区を取り消せる？→取り消せない。未成年でも代理人になれるので、Cさんは取り消せない。Cさんが取り消せるのは表見代理（＝無権代理）のときだけ。
4. 民法108条 双方代理
BさんがAさんとDさんの代理人としてAD間の売買契約を成立させても、AさんとDさんのOKがあ

れば、この契約は有効？→有効。双方代理は無権代理行為だから原則禁止だけど、AさんとDさんの承諾があれば有効。

平成21年度 問2 民法（代理）

AがA所有の土地の売却に関する代理権をBに与えた場合における次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

- 1 Bが自らを「売主Aの代理人B」ではなく、「売主B」と表示して、買主Cとの間で売買契約を締結した場合には、Bは売主Aの代理人として契約しているとCが知っていても、売買契約はB C間に成立する（顕名と相手方の悪意、善意有過失）
- 2 Bが自らを「売主Aの代理人B」と表示して買主Dとの間で締結した売買契約について、Bが未成年であったとしても、AはBが未成年であることを理由に取り消すことはできない。（制限行為能力者が代理人）
- 3 Bは、自らが選任及び監督するのであれば、Aの意向にかかわらず、いつでもEを復代理人として選任して売買契約を締結できる。（任意代理・復代理人の選任条件）
- 4 Bは、Aに損失が発生しないのであれば、Aの意向にかかわらず、買主Fの代理人にもなって、売買契約を締結することができる。（双方代理）

解説

1. 民法100条 顕名の相手方の悪意・善意有過失

BさんはAさんの代理人としてではなく、売主としてCさんに甲地を売却する契約をして、CさんがBさんのウソをしっていたら（悪意）、BC間の契約は成立する？→Cさんは、Bさんが売主でないことを知っていて契約したのだから、売買契約は有効に成立する。でも、成立するにはAC間の契約であってBC間ではないので×。

土地所有者A



代理人B→買主C（悪意）

2. 民法102条 制限行為能力者が代理人

未成年のBさんが「私はAの代理人です」と言って（顕名）Dさんと契約しても、AさんはBさんが未成年だからと言って契約を取り消せない？→取り消せない。未成年を含む制限行為能力者を代理人にしたのはAさんなのだから、AD間の契約は善悪に関係なく成立する。制限能力者制度は、未成年者など制限能力者の財産を守る制度であり、未成年者を自らの代理人にした本人を守る制度ではない。

A（本人）



B（代理人）- D（相手方）

未成年

3. 民法104条 任意代理、復代理人の選任条件

Bさんが自分で選んで責任を取れば、Aさんの承認がなくても、いつでもEさんを自分の代理（代理人の代理人=復代理人）にすることができる？→できない。Bさんは「①Aさんが承認する」か「②Aさんが行方不明になって連絡が取れない（やむを得ない事由）」時には自分の代理人としてEさんを立てることができる。任意代理人は原則、復代理人を選任できない。なぜなら、本人はその人を見込んで自分の代理人になってもらっているから。でも、設問は「Aの意向にかかわらずいつでも」と言ってるのでダメ。もしBさんがAさんの任意代理人じゃなくて法定代理人だったらEさんをいつでも代理人にできる。

4. 民法108条 双方代理には本人の承諾が必要

BさんはAさんが困らなければ、Aさんの意向を無視して、Fさんの代理人にもなれる？→なれない。利益の相反するAさんとFさん2人の代理は原則禁止（双方代理）。でも、AさんがOKを出せば双方代理でも許される。設問には「Aの意向にかかわらず」とあるのでダメ。

平成 25 年度 問 2 民法 (未成年者)

未成年者に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 父母とまだ意思疎通することができない乳児は、不動産を所有することができない。(自然人の権利能力)
- 2 営業を許可された未成年者が、その営業のための商品を仕入れる売買契約を有効に締結するには、父母双方がいる場合、父母のどちらか一方の同意が必要である。(未成年者の法律行為)
- 3 男は18歳に、女は16歳になれば婚姻することができるが、父母双方がいる場合には、必ず父母双方の同意が必要である。(婚姻年齢と成人年齢)
- 4 Aが死亡し、Aの妻Bと嫡出でない未成年の子CとDが相続人となった場合に、CとDの親権者である母EがCとDを代理してBとの間で遺産分割協議を行っても、有効な追認がない限り無効である。(双方代理の禁止)(代理人の利益相反行為)

正解 4

1. 民法3条1項 自然人の権利能力

乳児は自分の言いたいことをちゃんと伝えられない(事理弁識能力がない=意思無能力者)だから、法律行為は無効で、不動産も所有できない?→できる。意思能力はないけど、権利能力は生まれたときに獲得するので、不動産を所有することができる。

2. 民法6条1項 未成年者の営業の許可

営業を許可された未成年者は、父母が両方とも存命ならば、父母のどちらか一方の同意があれば売買契約ができる?→「父母のどちらか一方の同意があれば」がダメ。「父母のどちらか一方の同意」は未成年者が婚姻をする場合の条件。一方、婚姻している未成年者、あるいは営業を許可された未成年者は成年者と見做されるので(青年擬制)、未成年者が単独で法律行為ができる。

3. 民法731条 婚姻年齢

男は18歳、女は16歳になれば結婚でき、父母双方がいるのなら必ず父母双方の同意が要る?→要らない。どちらか一方の同意があれば良い。未成年者の婚姻も婚姻年齢者の婚姻も「父母どちらか一方の同意」。

4. 民法826条2項 双方代理の禁止

Aさんが死亡して、先妻Eとの間にできた子CDと、妻Bが相続人になった。CDの母EがCとDとを代理して現在の妻Bとの遺産分割協議をやっても、CDの追認がないと無効?→「有効な追認がない限り」というのが双方代理の追認のこと。CとDとは利益が相反するので、EはCDにとって双方代理となるので、Eは無権代理だから無効。CとDの追認があれば有効。設問の記述通りだから○。消去法でなんとか解ける問題。

双方代理=同一の法律行為について、同じ人が両当事者の代理人となること

平成 19 年度 問 2 民法 (復代理人)

Aは不動産の売却を妻の父であるBに委任し、売却に関する代理権をBに付与した。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

- 1 Bは、やむを得ない事由があるときは、Aの許諾を得なくとも、復代理人を選任することができる。(復代理人の選任)
- 2 Bが、Bの友人Cを復代理人として選任することにつき、Aの許諾を得たときは、Bはその選任に関し過失があったとしても、Aに対し責任を負わない。(復代理人を選任した代理人の責任)
- 3 Bが、Aの許諾及び指名に基づき、Dを復代理人として選任したときは、Bは、Dの不誠実さを見抜けなかったことに過失があった場合、Aに対し責任を負う。(々)
- 4 Bが復代理人Eを適法に選任したときは、EはAに対して、代理人と同一の権利を有し、義務を負うため、Bの代理権は消滅する。(代理権の消滅)

解説

1. 民法104条 復代理人の選任

代理人のBさんは、仕方のない(やむを得ない事由がある)ときは、AさんのOKがなくても自分の代理人を立てられる?→立てられる。任意代理人のBさんは復代理人を立てられないけど、①本人AさんのOKがあるとき、又は②やむを得ない事由があれば、復代理人を選任できる。ちなみに、法定代理人は、自己の責任で自由に復代理人を選任できる。ただし復代理人を自由に選任できるが、彼の行為の全責任を負う。

2. 民法105条 復代理人を選任した代理人の責任

代理人のBさんが自分の友人Cさんを、AさんのOKをもらって復代理人にしたら、Cさんが不誠実で適任でないとき(選任に過失があったとき)でも、BさんはAさんに対して責任がない?→ある。任意代理は①復代理人の選任と監督に過失があったり、②復代理人が不誠実で不適任だと知っていてAさん本人に知らせなかったら、Aさんに対して責任を負う。

3. 民法105条 代理人の責任

代理人Bさんは、Dさんが不誠実で適任じゃないとは知らずに、Dさんを復代理人に選んだ場合(善意有過失)、BさんはAさんに対して責任がある?→ない。Aさん本人の指名に従って復代理人Dさんを選んだとき、実はDさんが不誠実で不適任だとBさんが知っていてAさんに知らせなかったらダメだけど、それを見抜けなかった(善意有過失)ことには責任はない。設問では「不誠実さを見抜けなかったことに過失があった場合」とあるが、過失があっても不誠実を知らなかった(善意有過失)のであるから責任を負わない。

4. 民法111条 代理権の消滅

代理人のBさんが自分の代理人としてEさんを立てたら、Eさんは本人Aさんに対してBさんと同じ権

利と義務があるので、Bさんの代理権はなくなる？→なくなる。代理人の代理権は復代理人を立てても消滅しない。

平成18年度 問2 民法（無権代理）

AはBの代理人として、B所有の甲土地をCに売り渡す売買契約をCと締結した。しかし、Aは甲土地を売り渡す代理権は有していなかった。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

本人B（甲地所有）

↓
無権代理人A→相手方C

1 BがCに対し、Aは甲土地の売却に関する代理人であると表示していた場合、Aに甲土地を売り渡す具体的な代理権はないことを過失により知らなかったときは、BC間の本件売買契約は有効となる。（授權表示の表見代理）

2 BがAに対し、甲土地に**抵当権を設定する代理権**を与えているが、Aの**売買契約締結行為は権限外の行為**となる場合、甲土地を売り渡す具体的な代理権がAにあるとCが信ずべき正当な理由があるときは、BC間の本件売買契約は有効となる。（権限踰越の表見代理）

3 Bが本件売買契約を追認しない間は、Cはこの契約を取り消すことができる。ただし、Cが契約の時に、Aに甲土地を売り渡す具体的な代理権がないことを知っていた場合は取り消せない。（相手方の取消権）

4 Bが本件売買契約を追認しない場合、Aは、Cの選択に従い、Cに対して契約履行又は損害賠償の責任を負う。ただし、Cが契約の時に、Aに甲土地を売り渡す具体的な代理権はないことを知っていた場合は責任を問われない。（無権代理人の責任追及）

解説

1. 民法109条 授權表示の表見代理

本人Bさんが買主Cさんに「Aは甲地売却の代理権がある」かのように知らせていたのに実際にはなかったら、第三者の買主Cさんがそのことを過失により知らなかった（善意有過失）なら、BC間の契約は有効？→無効。表見代理が成立して契約が有効になるのは、第三者Cさんが善意無過失のときだけ。ここではCさんはちょっと考えればAが代理人じゃないと分かるのだから、表現代理は成立せず無効。

2. 民法110条 権限外（権限踰越）の表見代理

売主Bさんは代理人Aさんに抵当権設定の代理権しか与えられていなかったのに、Aさんは買主Cさんに甲地を売却したら、Cさんが代理人Aさんに売買契約を結ぶ代理権があると信じる正当な理由があれば（善意無過失）、BC間の契約は有効？→有効。第三者の買主Cさんが善意無過失なら、表見代理が成立して、契約は有効。

3. 民法115条 無権代理の相手方の取消権

本人の売主Bさんが、BC間の契約を追認しない間は、相手方の買主Cさんは契約を取り消せる。でも、Cさんが代理人Aさんに売買契約の締結の代理権がないことを知っていたら取り消せない？→悪意の場合は取り消せない。

無権代理行為による契約は本人が追認しない間は、相手方Cさんが善意無過失なら取り消せるし無権代理人Aさんに対する損害賠償請求もできる。でもCさんが悪意なら、「早く追認しろよ！」と催促することしかできない。一方、Cさんがちょっと注意すれば見破ることができた（善意有過失）なら、代理人Aさんに損害賠償は請求できないけど、本人Bさんが追認するまでに取り消したり催告したりはできる。無権代理の相手方の取消権は、相手方の善意が要件。過失があっても善意であればよいことに注意。

4. 民法177条1項 無権代理人の責任

本人Bさんが無権代理行為を追認しない間、Aさんは契約を履行するか損害を賠償するかのCさんの判断に従って責任を負う。でも、もしCさんがAさんの無権代理を知っていたら、Aさんは責任を問われることはない？→その通り。無権代理人の責任をCさんが追求するには、Cさんが善意じゃないといけない。善意無過失なら取消も損害賠償も請求でき、善意有過失でも取り消せる。

* 「過失」とは、「不注意」を意味し、「有過失」は、「注意していなかった」、「無過失」は「注意していた」という意味になります。

平成17年度 問3 民法（代理）

買主Aは、Bの代理人Cとの間でB所有の甲地の売買契約を締結する場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはいくつあるか。

ア CがBの代理人であることをAに告げていなくても、Aがその旨を知っていれば、当該売買契約によりAは甲地を取得することができる。（顕名の相手方の悪意、善意有過失）

イ Bが従前Cに与えていた代理権が消滅した後であっても、Aが代理権の消滅について善意無過失であれば、当該売買契約によりAは甲地を取得することができる。（代理権消滅後の表見代理）

ウ CがBから何らの代理権を与えられていない場合であっても、当該売買契約の締結後に、Bが当該売買契約をAに対して追認すれば、Aは甲地を取得することができる。（無権代理行為の追認）

- 1 一つ
- 2 二つ
- 3 三つ
- 4 なし

解説

ア. 民法100条 顕名の相手方の悪意・善意有過失

CさんがBさんの代理人であることをAさんに言わなくても、Aさんが分かっていたら、契約が成立してAさんは甲地が手に入る？→入る。本当はCさんはAさんに「私はBの代理人だ！」と言わないといけない（顕名）。でも、Aさんがそうだと知っていたら（悪意）、あるいは、ちょっと考えれば分かるくらいバレバレなのに不注意で気が付かなかっただら（善意有過失）契約は成立する。

イ. 民法112条 代理権消滅後の表見代理

Cさんの代理権が消滅した後でも、AさんがCさんを代理人だと思って契約したら、Aさんは甲地が手に入る？→手に入る。AさんはCさんを代理人っぽく見えてしまい、代理人だと信じて（善意無過失）契約した場合は、Aさんは責任を取って契約を成立させないといけないので、契約は成立し、Aさんは甲地が手に入る。代理人っぽくみえることを「表見（＝パッと見）代理」と言う。

ウ. 民法113条 無権代理の追認

代理人の権利を持たないCさんがBさんの為に何かやっても、Bさんにはかきの影響もない（有効とも無効とも言えない状態）。でも、Aさんが取り消さずにBさんがCさんの契約を認めたら（追認）、契約が成立してAさんは甲地が手に入る？→手に入る。無権代理でも、追認すれば契約が成立する。ちなみに、追認した時点から有効になるのではなく、行為時に遡って有効な代理行為であったことになる点に注意。

* 表見代理＝表面的に無権代理人に代理権が存在するかの様に見えること。

平成14年度 問2 民法(代理) 2

AがBの代理人としてCとの間で、B所有の土地の売買契約を締結する場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

売主B

↓

代理人A→買主C

1 Bは、Aに対してCとの間の売買契約を委任したが、Aが、DをCと勘違いした要素の錯誤によってDとの間で契約した場合、Aに重過失がなければ、この契約は無効である。(代理の瑕疵—錯誤)

2 Bが、AにB所有土地を担保として、借金をすることしか頼んでいない場合、CがAに土地売却の代理権があると信じ、それに正当の事由があっても、BC間に売買契約は成立しない。(表見代理の権限超越)

3 Bは未成年者であっても、Aが成年に達した者であれば、Bの法定代理人の同意又は許可を得ることなく、Aに売買の代理権を与えて、Cとの間で土地の売買契約を締結することができ、この契約を取消することはできない。(本人が未成年者)

4 AがBに無断でCと売買契約をしたが、Bがそれを知らないでDに売却して移転登記をした後でも、BがAの行為を追認すれば、DはCに所有権取得を対抗できなくなる。(追認による二重譲渡)

正解】

1. 民法101条1項 代理人の瑕疵

Bの代理人のAさんは、DさんのことをCさんだと思って売買契約を結んでしまったら、Aさんに重大な過失がなかったら、BさんはDさんに対して無効を主張できる?→できる。要素の錯誤は無効。でも、Aさんに重過失があれば主張できない。問題文では重過失がないと言っているのだから、代理人の瑕疵は代理人を基準に判断するから無効を主張できる。

(別解)

その通り。代理人の意思表示が「瑕疵ある意思表示」かどうか、善意悪意かどうか、過失はあるかどうかは代理人を基準に判断される。ここでの代理人Aの意思表示は重過失のない、要素の錯誤なので、売主Bは買主Dに対して錯誤による無効を主張できる。

売主B

↓

代理人A→買主D (AがCだと錯誤)

2. 民法110条 表見代理

BさんはAさんに甲地を担保にお金を借りてくれと頼んだのに、Cさんは甲地を売却できる代理権があると思って、CさんはAさんと売買契約を結んでも、BC間では契約は成立しない?→成立する。AさんがBさんの代理権を超えた代理行為をしても、Cさんにそれを信じる正当な理由があれば(善意無過失) Cさんを守るために表見代理が成立し、契約が有効になる。

(別解)

誤り。本人から授与された代理権をの範囲を超えた代理行為は、相手方が善意無過失の場合、相手方を保護するために、表見代理が成立し、本人に代理行為の効果が生じる。ここでも、表見代理の権限超越でありながら、相手方Cは土地売却の代理権が代理人Aにあると信じていて、それに正当な事由があるわけだから、相手方Cは善意・無過失なので、表見代理が成立する。

本人B (借金)

↓

代理人A→相手方C

(売買契約)

3. 民法4条2項 未成年が本人

本人Bさんが未成年でも、代理人のAさんが成人で、Bさんの法定代理人(成年後見人)の許可がなくても、AさんはCさんと甲地の売買契約ができて、Bさんや法定代理人はこの契約を取り消せない?→取り消せる。未成年者が法定代理人の同意なしにやった行為は、本人も法定代理人も取り消せる。

(別解) 本人Bさんはまだ小さいのをいいことに、悪の叔父さんのAがBさんの土地をCさんに売ってしまった。民法はそんな未成年のBさんを守ってやらないといけない。代理というのは本人に帰属させるのが仕事。つまり、叔父さんが未成年のBの代理でやった行為は、結局未成年者Bがやった行為となるので、成年後見人の同意や許可がなければ、本人Bさんも後見人も取り消すことができる。

売主B (未成年者)

↓

代理人A (成人)→買主C

4. 民法177条 追認による二重譲渡

AさんがBさんに無断で(無権代理) Cさんに甲地を売却し、それを知らないBさんは甲地をDさんに売却して登記した。その後BさんはAさんのやったことを認めたら(追認)、DさんはCさんに「甲地は俺のものだ!」と主張できない?→無権代理でもBさんがこれを追認したので、AC間の契約は成立する。本人Bさんの売買契約も有効に成立しているのだから、二重譲渡状態。この場合、先に登記をしたDさんが勝ちだから、DさんはCさんに所有権取得を主張できる。

(別解)

誤り。代理人Aによる無権代理をBが追認すれば、BC間の売買契約は契約締結時に遡って有効になる。また、追認前にBはDに売却しているので、Bを中心としてDとCへの二重譲渡が成立する。二重譲渡では、登記の先後でその優劣を決するので、Dは移転登記を得ているので、DはCに対して土地の所有権を主張できる。

売主B→第三者D

↓ ②売却・移転登記
代理人A→買主C
①売買契約→③Bによる追認

平成13年度 問8 民法(代理)

Aが、B所有の建物の売却(それに伴う保存行為を含む。)についてBから代理権を授与されている場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 Aが、Bの名を示さずCと売買契約を締結した場合には、Cが、売主はBであることを知っているも、売買契約はAC間で成立する。(顕名)
- 2 Aが、買主Dから虚偽の事実を告げられて売買契約をした場合でも、Bがその事情を知りつつAに対してDとの契約を指図したものであるときには、BからDに対する詐欺による取消はできない。(代理の瑕疵—相手方が虚偽の事実を告げたことを本人が知っている場合)
- 3 Aが、買主を探索中、台風によって破損した建物の一部を、Bに無断で第三者に修繕させた場合、Bには、修繕代金を負担する義務はない。(保存行為)
- 4 Aは、急病のためやむを得ない事情があってもBの承諾がなければ、さらにEを代理人として選任しBの代理をさせることはできない。(複代理人の選任—任意代理人)

解説

1. 民法100条 賢明の明示がないとき

Aさんが「私はBの代理人だ!」とハッキリ言わずにCさんと契約したら、Cさんが売り主をBさんだと知っていても(悪意)AC間の契約が成立する?→Cさんが、Aさんが代理人で本当の売り主がBさんだと知っていたり(悪意)、不注意で気付かなかったけど、ちょっとちゅういすれば分かった(善意有過失)なら、BC間の契約は成立するけど、AC間じゃない。代理人の行為は本人に帰属するのでACじゃない。

(別解)

誤り。代理人の法律行為を本人に帰属させるには「本人による代理権の授与」と「代理人が本人の名前を示して法律行為をすること(顕名)」が要件。でも、顕名がなくても相手方がAが代理人だと知っていたり、注意をすれば分かる場合には、代理人の法律行為は本人に帰属する。だから、この場合はCが売主がBであることを知っていたので、BC間の売買契約が成立する。でもAC間ではない。

B(本人)

|
A(代理人)—C(相手方)

2. 民法101条 2項 代理の瑕疵

AさんはDさんに欺かれて契約しても、Bさんがそのことを知っていたら、Bさんは詐欺を理由にDさんに契約の取消を主張できない?→取り消せない。Dさんの詐欺をBさんは知っていて、Aさんに契約しろと言ったのだから、Bさんは取り消せない。代理人が詐欺や脅迫(瑕疵ある意思表示)を受けたら、本人が受けてなくても取り消せる。でも、本人が詐欺や脅迫を知っていたら取り消せない。

(別解)

その通り。代理人が本人の指示に従って法律行為を行い、本人がDの詐欺に対して善意有過失の場合、本人は相手方に対して詐欺による取消は主張できない。

B(本人)

| ←①虚偽の事実
A(代理人)—D(相手方)
②→売買契約

3. 民法99条 保存行為

Aさんが建物を買ってくれる人をBさんに頼まれて探しているとき、台風で建物の一部が壊れたのでAさんが修理したら、その代金をBさんは支払う義務はない?→義務はある。Aさんの修理は代理権の範囲に入っているから、Bさんが修理したのと同じことだから、支払わないといけない。

(別解)

誤り。代理人Aの代理権の中には保存行為も含まれている。台風による破損した建物の保存の為の修繕は、本人Bが知らなくても、Aの代理権の範囲内。だから、第三者との修繕契約の効果は本人Bに帰属し、本人Bが修繕代金を負担する義務がある。

4. 民法104条 復代理人の選任

Aさんが急病なので、BさんがOKすれば自分の代わりにEさんを代理人にできない?→できる。AさんはBさんが勝手に代理権を与えた任意代理人だから、復代理人を立てることはできないが、①本人BさんのOKがあり、②仕方のない理由があったら、Eさんを代理の代理にできるので×。

(別解)

誤り。任意代理人Aは、復代理人を選任することはできない。でも、本人Bの承諾がある場合ややむを得ない事由がある場合は復代理人を選任できる。

売り主B

|
代理人A — 複代理人E
(急病)

平成12年度 問1 民法(代理)

Aが、Bに代理権を授与してA所有の土地を売却する場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

本人A

↓
代理人B→買主C
売却

1. Bが未成年者であるとき、Bは、Aの代理人になることができない。(未成年者の代理人)
2. Bは、自己の責任により、自由に復代理人を選任することができる。(復代理人の選任)
3. Bは、Aの同意がなければ、この土地の買主になることができない。(自己契約)
4. Bは、Aが死亡した後でも、Aの代理人としてこの土地を売却できる。(代理権の消滅)

解説

1. 民法102条 未成年者が代理人

Bさんが未成年者だったら、代理人になれない?→なれる。代理人は行為能力者じゃなくてもいいから、未成年者のBさんでも代理人になれる。

(別解)

誤り。任意の代理人は制限行為能力者でもよい(代理人にしたAの勝手)。でも、法定代理人の場合には行為能力者であることが要求されることがある。

2. 民法104条 復代理人の選任

Bさんは自分の責任で自由に自分の代理人を選任できる?→できない。BさんはAさんの任意代理人だから、自由に自己責任で自分の代理人を立てられない。法定代理人だったらOK。

(別解)

誤り。法定代理人は自己の責任により自由に復代理人を選任できるが、任意代理人は本人の承諾かやむを得ない事由が必要。

3. 民法108条 自己契約

代理人のBさんはAさんの同意がなければ、甲地の買い主にはなれない?→Aさんの同意があればなれる。代理人のBさんは本人Aさんの不利益にはなってはならないので、利益相反する売主=買主になることはできないが、AさんがOKならば買主になれる。

(別解)

その通り。代理人の自己契約は禁止。でも、本人が事前に同意したり、本人から事後追認があれば効果が生じる。自己契約や双方代理は本人の利益が不当に侵害されるので無権代理行為。

4. 民法111条 代理権の消滅

Aさんが死んでもBさんは代理人として甲地を売却できる?→できない。本人Aさんが死亡すると、Bさんの代理権も消滅する。

代理権の消滅

	死亡	破産手続き開始	後見開始の審判
本人	消滅	任意代理人=消滅 法定代理人=○	○
代理人	消滅	消滅	消滅

平成11年 問7 民法（無権代理）

Aが、A所有の1棟の賃貸マンションについてBに賃料の徴収と小修繕の契約の代理をさせていたところ、Bが、そのマンションの1戸をAに無断で、Aの代理人として賃借人Cに売却した。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

本人A（マンション所有）

↓

無権代理人B→賃借人C

①売却

- 1 Aは、意外に高価に売れたのでCから代金を貰いたいという場合、直接Cに対して追認することができる。（追認）
- 2 Cは、直接Aに対して追認するかどうか相当の期間内に返事をくれるよう催告をすることができるが、Cがこの催告をするには、代金を用意しておく必要がある。（催告）
- 3 Aが追認しない場合でも、CがBに代理権があると信じ、そう信じることに正当な理由があるとき、Cは、直接Aに対して所有権移転登記の請求をすることができる。（権限超越による表見代理）
- 4 Cは、Bの行為が表見代理に該当する場合であっても、Aに対し所有権移転登記の請求をしないで、Bに対しCの受けた損害の賠償を請求できる場合がある。（無権代理人の責任追及）

解説

1. 民法113条1項 本人の追認

本人Aさんが以外に高く売れたので、その代金をもらいたければ買主Cさんに直接追認することができる？→できる。無権代理は原則無効だけれど、代理人Bさんか相手方Cさんのどちらかに、本人Aさんが追認すれば契約時に遡って有効。

2. 民法114条 相手方の催告

相手方のCさんは宙吊りの状況を何とかしようと、Aさんに追認するかどうか催告できるが、代金を用意しておく必要がある？→ない。相手方には催告権があって、相当の期間を定め無権代理人の行為を追認するかどうか確答するように催告できる。でも、代金は用意しておく必要はない。

3. 民法110条 表見代理

本人Aさんが追認しなくても、Bさんが代理権を超えた代理行為（表見代理）をしたら、CさんがBさんに代理権があると信じていて、そう信じるのに正当な理由があれば（善意無過失）、Cさんは本人Aさんに対して登記を請求できる？→できる。Cさんが善意無過失なら、Cさんを守るために表見代理が成立するので、Cさんはマンションの所有権を手に入れる。

（別解）

その通り。代理人Bが授權されたのは「賃料の徴収と小修繕の契約」なのに「マンションの1戸を賃借人Cに売却」したのは権限の超越で、Cは善意無過失だから表見代理が成立し、Bの販売行為はAに帰属する。

4. 民法117条1項 無権代理人の責任

相手方Cさんは、代理人Bさんの出会い履行委が表見代理でも、本人Aさんに登記を請求せずに、Bさんに損害の賠償を求められる？→求められる。BさんがAさんからマンションを買い取ってCさんに売却しても良いが、Bさんが損害を賠償するケースがほとんど。Cさんは本人に登記を要求しても、代理人に損害賠償を請求してもかまわない。

（別解）

その通り。相手方Cは、本人Aに債務の履行を請求をしないで、無権代理人Bの責任を追及し、Bに債務を履行するか、損害を賠償するように請求することができる。無権代理人Bは本人Aから買い取ってCに引き渡すことはできないので、結局は損害賠償を請求される。

司法書士平成14年度 問2

Aは、代理権がないにもかかわらず、Bのためにすることを示して、Cとの間でB所有の土地・甲を売却する旨の契約を締結した。CがAに対し、無権代理人としての責任を追求した。この場合、Aは、自己の代理行為につき表見代理が成立することを主張して無権代理人としての責任を免れることができる。

B（本人）

|

A（表見代理人）－ C（相手方）

解説

誤り。表見代理が成立するのはCさんを保護するためで、本人Aを保護するものではない。代理人Aの行為は本人Aに帰属するので、Aの責任は免れない。Cさんが善意無過失なら、CさんはAさんに所有権を請求できる。あるいは、無権代理人AさんがBさんからマンションを買い取ってCさんに売却するか、AさんがCさんに損害を賠償するかのどちらか。

平成9年度 問1 民法（無権代理）

Aが、Bの代理人としてB所有の土地をCに売却する契約を締結した場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。なお、Bは、Aに代理権を与えたことはなく、かつ、代理権を与えた旨の表示をしたこともないものとする。（無権代理）

本人B（甲地）



無権代理人A→相手方C

- 1 契約は、B又はCのいずれかが追認したときは、有効となる。
- 2 Aは、Bの追認のない間は、契約を取り消すことができる。
- 3 AがBに対し追認をするかどうか確答すべき旨催告し、Bが確答をしないときは、Bは追認を拒絶したものとみなされる。
- 4 Bが追認を拒絶したときは、Aは自ら契約を履行する責任を負うことがある。

解説

1. 民法113条1項 本人の追認

代理人の資格のないAさんがCさんに甲地を売却した。本人BさんはAさんに代理権を与えておらず、代理権を与えた表示もしていないとき、契約はBさんかCさんのどちらかが追認すれば有効？→本人のBさんが「ちょうど甲地を売りたいかった！」と認めたら（追認）、契約は有効。でも、買主Cさんは本人Bさんに追認するように催告はできるけど、追認権はない。無権代理を追認できるのは本人だけで相手方にはない。

2. 民法115条 相手方の取消権

無権代理人のAさんは、本人Bさんの追認しない間に契約を取り消せる？→無権代理人は取り消せないし、追認も何もできない。無権代理は「効果不帰属無効」。これは「代理人の行った法律行為が本人に帰属するが、無権代理人が行った法律行為の効果は誰にも帰属しないので無効」ということ。一般的な「公序良俗違反は無効」というのとは違う。本人が後で追認すれば有効になるので、いつ有効になるか不安定な「無効」ということ。取り消せるのは不安定で宙吊り状態の相手方で、相手方には「取消権」と「催告権」が認められている。でも、無権代理人自身は取り消せないし催告も、追認もできない。

3. 民法114条 相手方の催告権

無権代理のAさんは、Bさんに対して「追認するかどうかはっきり答えろ！」と催告しても、Bさんが返事をしないなら、Bさんは追認を拒否したと見做される？→無権代理人のAさんには催告権がないから、設問の記述はダメ。相手方のCさんが本人Bさんに催告して、Bさんが返事をしなかったら追認拒否というのなら正しい。

4. 民法117条1項 無権代理人の責任

本人Bさんが追認を拒否したら、AさんはCさんとの契約を実行する責任を負う？→負う。Bさんが追認を拒否したら、Cさんが善意無過失なら、AさんはBさんから甲地を買ってCさんに売却することで契約を履行するか、損害賠償を支払うことになる。

無権代理人の勝手な行為に対して本人、無権代理人、そして契約の相手方は、何ができるか表にしてみました。

	取消権	催告権	追認/追認拒絶権
本人	×	×	○
相手方	○ *	○	—
無権代理人	×	×	—

*ただし、契約時に無権代理であることを知らない時に限る。本人が追認するまでなら可能。無権代理人が勝手にしたことだから、本人は追認/追認拒絶の意思表示義務はない。放置してもOK。でも、相手方の立場を守るために、相手方に取消権と催告権（追認するかしないかの意思表示要求）を認めた。

平成8年度問2民法(代理)

Aが、Bの代理人として、Cとの間でB所有の土地の売買契約を締結した場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. AがBから土地売買の代理権を与えられていた場合で、所有権移転登記の申請についてCの同意があったとき、Aは、B及びC双方の代理人として登記の申請をすることができる。(同意)
2. AがBから抵当権設定の代理権を与えられ、土地の登記済証、実印、印鑑証明書の交付を受けていた場合で、CがBC間の売買契約についてAに代理権ありと過失なく信じたとき、Cは、Bに対して土地の引渡しを求めることができる。(表見代理)
3. Aが、Bから土地売買の代理権を与えられ、CをだましてBC間の売買契約を締結した場合は、Bが詐欺の事実を知っていたと否とにかかわらず、Cは、Bに対して売買契約を取り消すことができる。
4. Aが、Bから土地売買の委任状を受領した後、破産手続開始の決定を受けたのに、Cに当該委任状を示して売買契約を締結した場合、Cは、Aが破産手続開始の決定を受けたことを知っていたときでも、Bに対して土地の引渡しを求めることができる。

本人B



代理人A→相手方C

解説

1. 民法108条本文、同条但書 自己契約・双方代理

正しい。同一の法律行為について、当事者双方の代理人になること(双方代理)は、原則禁止。ただし、「①本人があらかじめ許諾した行為」と「②債務の履行」の場合は例外的に双方代理が許されている。設問の場合は、「所有権移転登記の申請」はBC双方にとって何の利益の増減もない行為で、普通は司法書士が行うもの。それをAさんがやっただけの話。また、「Cの同意があった」とあるので、①を満たしているから双方代理も可能。

2. 民法110条 表見代理

正しい。代理人Aは、本人Bから抵当権設定の代理権しか与えられないにも係わらず、Cと売買契約を締結しています。ですから、Aが売買契約を行った行為は、無権代理行為だとなりませんが、Cから見た場合、Aは土地の登記済証、実印、印鑑証明書を持っていることから、Aに売買契約締結の代理権があると考えても不思議ではありません。(正当な理由がある)そのCに対して、Aは無権代理だから売買契約の履行ができないとしたら、可哀そうですね。ということで、民法ではCが代理権につき「善意無過失」で、代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときは、Cは、Bに対して土地の引渡しを求めることができるとしています。記述は、「CがBC間の売買契約についてAに代理権ありと過失なく信じたとき」となっているため、正しいとなります。

3. 民法101条1項、民法96条1項 代理行為の瑕疵

正しい。代理行為の意思表示に瑕疵があるかどうかは、代理人を基準に決定する。設問では代理人Aを基準にして考えるので、「代理人Aの意思表示が詐欺によるものだった」=「本人Bの相手方Cに対する意思表示が詐欺によるものだった」となる。詐欺によって意思表示をしたCは、その意思表示を取り消すことができる。代理人Aの相手方Cに対する意思表示に関し、本人Bは意思表示をした本人と同視されるのであり、「第三者」には該当しない。したがって、本肢は、善意の第三者の詐欺のケース(同条2項)ではない。

4. 民法111条1項2号 代理権の消滅事由

誤り。代理人Aが破産手続開始の決定を受けたことにより、Aの代理権は消滅している。ただし、代理権が消滅した場合であっても、相手方Cが善意無過失の場合には、表見代理が成立し、有効な代理行為があったものとされる(民法112条。代理権消滅後の表見代理)。でも、設問に登場するCは、「Aが破産手続開始の決定を受けたことを知っていた」というのだから、代理権消滅後の表見代理は成立せず、単なる無権代理。だから、BC間の売買契約は無効であり、CがBに対して土地の引渡しを求めることはできない。

平成6年度問4民法(代理)

Aは、Bの代理人として、Bの所有地をCに売却した。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち、正しいものはどれか。

1. Aが未成年者であって、法定代理人の同意を得ないで売買契約を締結した場合、Bは、Aに代理権を与えても、その売買契約を取り消すことができる。(未成年者が代理人OK)
2. BがAに抵当権設定の代理権しか与えていなかったにもかかわらず、Aが売買契約を締結した場合、Bは、Cが善意無過失であっても、その売買契約を取り消すことができる。(Cが取り消せる)
3. Aに代理権がないにもかかわらず、AがBの代理人と偽って売買契約を締結した場合、Bの追認により契約は有効となるが、その追認はCに対して直接行うことを要し、Aに対して行ったときは、Cがその事実を知ったとしても、契約の効力を生じない。(追認はAにしても良い)
4. Aが代理権を与えられた後売買契約締結前に破産すると、Aの代理権は消滅するが、Aの代理権が消滅しても、Cが善意無過失であれば、その売買契約は有効である。(代理権が消滅しても表見代理が成立する)

甲地
本人B
↓
代理人A→買主C

解説

1. 民法102条 代理人の行為能力

誤り。代理人は、行為能力者である必要はないから、未成年者でも代理人になることができる。もちろん、未成年者である代理人がした行為は確定的に有効になる。言い換えれば、未成年者であることを理由に取り消すことはできない。なぜなら、代理行為の効果は、本人に帰属されるから。未成年者Aさんの行った売買契約の効果は、Bさんに帰属されるということ。帰属されるということは、未成年者Aの行った売買契約において発生する、履行義務等の責任は、Aが負うのではなく、Bが負うということ。未成年者なんかそんな大事なことは任されん！と考えるなら、本人Bが代理権をAに与えなければいけない話ですから、それをあえて、未成年者であるAに代理権を与えて、売買契約を締結させているのでしたら、その責任を取るのには、本人だということになり、売買契約を取り消すことはできないとなるわけです。

2. 民法110条 表見代理

誤り。代理人Aは、抵当権設定の代理権しか与えられていないにも関わらず、土地の売買契約を締結している。つまり、権限外の行為をしている(権限超越)。このような場合であっても、相手方Cに「代理権がある」と信ずべき正当な理由がある場合には、本人Bが責任を負う。すなわち、表見代理が成立した結果、契約は有効となるので、Bは売買契約を取り消すことはできない。

(別解)

記述のように、「〇〇代理権しか与えていなかったにもかかわらず」等のフレーズが出てきたら、(権限愉悦の)表見代理の問題だと考えて、表見代理の成立要件を思い出してください。

表見代理の成立要件

代理人に基本代理権が存在すること

代理人がその代理権の範囲をこえて代理行為をなすこと

相手方において代理人に権限があると信じるべき正当な理由があること

記述のAは、表見代理の成立要件に該当しますので、Aの表見代理が成立します。

従って、Bは、その売買契約を取り消すことはできないとなります。

3. 民法113条1項同項但書 無権代理行為の追認

誤り。「Aに代理権がないにもかかわらず」となっていますから、Aは無権代理人だとわかります。無権代理行為は、原則、無効ですが、本人が追認すれば、有効となります。さて、記述は、その追認のやり方について訊いて来ています。以下の条文に書かれていますが、直接Cに追認の意思を示すのが原則ですが、Aを通じて、Cが追認の事実を知ったときであっても、契約は有効に成立することになります。知らなかった！

4. 民法112条 代理権消滅後の表見代理

正しい。代理権の消滅は、善意無過失のCに対抗することができないため、その売買契約は有効となります。代理人Aが破産手続開始の決定を受けたことにより、Aの代理権は消滅するのだけど、代理権が消滅した場合でも、相手方Cが善意無過失の場合には、表見代理が成立して、有効な代理行為があったものとされる。

平成5年 問2 民法(代理)

Aの子BがAの代理人と偽って、Aの所有地についてCと売買契約を締結した場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 Aが売買契約を追認するまでの間は、Cは、Bの無権代理について**悪意**であっても、当該契約を**取り消す**ことができる。(C悪意なら取り消せない)
- 2 Aが売買契約を追認しないときは、Cは、Bの無権代理について**善意**であれば、**過失の有無に関係なく**、Bに対し**履行の請求**をすることができる。
- 3 Cは、Bの無権代理について**善意無過失**であれば、Aが売買契約を追認しても、当該契約を取り消すことができる。(Cは欲しいんだから変)
- 4 Aが死亡してBがAを単独で相続した場合、Bは、Aが売買契約を追認していなくても、Cに対して当該土地を引き渡さなければならない。(Bは売りたいんだから変)

本人A
↓
子=代理人B→買主C

解説

1. 民法115条但し書き

誤り。代理権がないのに代理行為をするBは、無権代理。その相手方Cは、本人Aの追認があるまでは不安定な状態にあり、相手方が善意のときには、その不安定な状態から保護する必要があり、本人の追認または拒絶権に対し、善意の相手方には**取消権**が与えられています(民法第115条本文)。でも、相手方Cが悪意の(無権代理と知っている)ときはその不安定な状態はCが承知の上であるため、法律で保護する必要などなく、悪意のCにつき、取消権は認められません。

2. 第117条2項 無権代理人の責任を追及

誤り。相手方Cさんは善意無過失でなければ無権代理人の責任を追及できない。相手方CがBの無権代理について善意であっても、そのことについて、Cに過失(普通の注意を払えば無権代理と気づくのに)があれば、そのような者は法律によって保護する必要もなく、ウツカリ者のCが、Bに対して履行の請求をすることができません。損害賠償と履行請求は究極の請求だということ。

3. 第116条、1条2項 本人が追認した後の取消

誤り。本人が追認した後は相手方は取り消すことができない。本人Aが追認すると、Cの当初の意思表示が合致したことになり、契約は有効に成立します。たとえCが無権代理行為につき善意無過失であっても、Aが追認した以降は信義則(道義的)にも反するため、Cは取消できません。

4. 判例 本人を無権代理人が相続

正しい。本人が死亡して無権代理人が本人の地位を相続したとき、本人自ら法律行為をしたと同様に扱うべき(判例)であり、この場合相続人である無権代理人が追認を拒絶することは道義的にも許されず、相続人Bは、Cに対して当該土地を引き渡さなければなりません。

相手方ができること	相手方が無権代理について		
	善意無過失	善意有過失	悪意
催告 (本人に対して 相当の期間を定めて) ・期限までに確答がないときは追認拒絶とみなす。 ・期間内に確答があれば、無権代理契約は、有効または無効なものとして効果が確定。	○	○	○
取消 (無権代理人または本人に対して) 本人がまだ追認していないことが要件。 (本人が追認した場合はその事実を了知するまでの間) ・取消権の行使があると本人は追認できなくなる。 ・遡及効により契約は最初からなかったことになるので無権代理人の責任追及は、不法行為に基づく損害賠償請求ができることになる。(民法709条)	○	○	×
履行請求or 損害賠償請求 (無権代理人に対して) (本人が追認をしないこと・代理人が代理権を証明できないこと・相手方が無権代理につき善意無過失・無権代理人が制限能力者でないこと・取消権を行使していないことの5つが要件。) なお、無権代理人の責任は無過失責任です。	○	×	×

平成4年度 問3 民法(代理)

Aの所有する不動産について、Bが無断でAの委任状を作成して、Aの代理人と称して(背信的悪意者)、善意無過失の第三者Cに売却し、所有権移転登記を終えた。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. Cが善意無過失であるから、AC間の契約は、有効である。
2. AC間の契約は有効であるが、Bが無断で行った契約であるから、Aは、取り消すことができる。
3. Cは、AC間の契約を、Aが追認するまでは、取り消すことができる。
4. AC間の契約は無効であるが、Aが追認をすれば、新たにAC間の契約がなされたものとみなされる。

解説

1. 113条1項 宙吊り状態

誤り。(◎重要) 設問では、相手方が善意無過失でも表見代理の要件を満たしていないので、ふつうの無権代理の問題です(代理権の授与表示、権限逾越、代理権消滅の要件がない)。そして、相手方Cは善意無過失ですが、これは問題を解く上では単なるノイズになっています。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ければ、本人に対してその効力を生じない(113条1項)ので、無権代理人がした契約は効果を生じず、有効とも無効とも確定しない宙吊り状態になっています(無権代理行為は本人にも無権代理人にもその効果は帰属しない。)(113条1項)。だから、追認も取消(or 追認拒絶)もなされない間は、AC間の契約は、有効ともまた無効とも確定していません。それが113条1項での『その効力を生ぜず』の意味です。結局、『Cが善意無過失であるから、AC間の契約は、有効』とする本肢の記述は×になります。ちなみに、この宙吊り状態は、本人と相手方双方のアクションによって解消されます。そのアクションには以下のものがあります。

有効とも無効とも確定しない宙吊り状態からの脱却手段

- ①『本人による追認』[契約の有効が確定]
- ②『善意の相手方からの取消』、『本人の追認拒絶』[契約の無効が確定]
- ③『相手方から本人への催告』[契約が有効 or 無効を確定させるためのきっかけ]

2. 判例 本人による取消

誤り。効果不帰属(宙吊り)の状態、本人による取消はありえない。まず『AC間の契約は有効』というのは、追認も追認拒絶もなされない間は、この契約は本人には効果不帰属なので誤りです。また『Bが無断で行った契約であるから、Aは取り消すことができる』というのもアヤシイ表現です。無権代理を理由とする取消は、契約の効力を無効にするために相手方が行います。いったん有効に成立した契約を詐欺・強迫、制限能力などで取り消すことはできませんが、『本人が無権代理を理由に取り消す』ということはありません。(取り消すためにはその契約がもともと有効に成立していなければなりません。)

3. 民法115条 相手方の取消

正しい。取消は、催告とともに無権代理の相手方から宙吊り状態の決着をつけるアクションの一つです。無権代理人の相手方は、過失の有無を問わず、無権代理について善意であれば、本人の追認のない間は取り消すことができます。この取り消しは、本人・無権代理人のどちらに意思表示しても構いません。ここでいう『取消』は、無権代理での有効か無効かわからない宙吊り状態を脱却するために、無権代理行為での契約を確定的に無効にするものです。したがって、もともと有効に成立していた契約についてなされる『詐欺・制限能力での取消』により契約成立時に遡って無効になるのとは違うことに留意しておいてください。この『無権代理を理由とする取消』は、本人の追認のない間のみできますが、無権代理においても相手方から『詐欺・行為能力の制限での取消』をすることは可能です。つまり、本人の追認があっても『無権代理を理由とする取消』はできませんが、『詐欺・行為能力の制限での取消』をすることはいつでもできることに注意しましょう。

4. 民法116条 追認の効果

誤り。追認や追認拒否は、本人から宙吊り状態の決着をつけるアクションです。本人が相手方に追認することで契約は契約成立時に遡って有効であることが確定し、本人に効果が帰属します。[相手方が取り消す前であることが必要] 設問では、『新たにAC間の契約がなされたものとみなされる』とあるので×になります。無権代理行為を本人が相手方に追認すると、反対の意思表示がなされない限り、契約成立のときに遡って本人との間で有効な契約が締結されたこととなります。

「代理」の問題は厄介！！

平成3年度 問3 民法(代理)

AがBから代理権を与えられて、契約を締結し、又は締結しようとする場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 Aが未成年者である場合、Bは、親権者の同意がないことを理由として、Aが締結した契約を取り消すことができる。(BがAを代理人にした×)
 - 2 AがCにだまされて契約を締結した場合においても、Bは、Cの詐欺を知っていたときは、その契約を取り消すことができない。(悪意○)
 - 3 AがBからB所有地の売却の代理権を与えられている場合、Aは、Bの同意がなければ、自ら買主となることができない。(本人同意の自己契約○)
 - 4 AがBからB所有建物の賃貸の代理権を与えられている場合、Aは、B及び賃借人Dの同意があれば、Dの代理人にもなることができる。(同意があれば○)
- 本人B

代理人A→C

解説

1. 民法102条 未成年の代理人

誤り。代理人は、意思能力さえあればよくて、行為能力者でなくてもよいので、制限行為能力者を代理人にすることもできる(法定代理人では、行為能力が要求されることがある)。したがって、本人Bは、親権者の同意がないことを理由として、Aが締結した契約を取り消すことができません。

2. 民法101条1項 代理の瑕疵—相手方の詐欺を本人が知っていた場合

正しい。代理人の意思表示に瑕疵があった場合、心裡留保・虚偽表示・錯誤・詐欺・強迫の存否、特定事情についての善意悪意、過失の有無は、代理人を基準に判断されます。たとえば、代理人が詐欺・強迫を受ければ、本人が詐欺・強迫を受けていなくても、本人は取り消すことができます。もて、本人が代理人の意思表示の瑕疵に気が付いていたら(悪意)取り消せない。

3. 任意規定, 108条 自己契約

正しい。自己契約や双方代理は、本人の利益が不当に害される恐れがあり、無権代理行為とされ、原則として禁止されています。ただし、本人が予め代理人の自己契約を承諾していたときは有効な代理行為として、本人に効果が帰属します。自己契約や相貌代理は「①債務の履行に関するもの」「②前もって本人の承諾」「③双方代理の当事者同士の同意」「④本人が後日追認」とすると有効に成立する。

4. 任意規定, 108条 双方代理

正しい。双方代理となることについて、当事者双方(B,D)の同意を得ているときは、Aは双方の代理人になることができます。

平成20年度 問3

AがBの代理人としてB所有の甲土地について売買契約を締結した場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 Aが甲土地の売却を代理する権限をBから書面で与えられている場合、A自らが買主となって売買契約を締結したときは、Aは甲土地の所有権を当然に取得する。(自己契約)
- 2 Aが甲土地の売却を代理する権限をBから書面で与えられている場合、AがCの代理人となってB C間の売買契約を締結したときは、Cは甲土地の所有権を当然に取得する。(双方代理)
- 3 Aが無権代理人であってDとの間で売買契約を締結した後に、Bの死亡によりAが単独でBを相続した場合、Dは甲土地の所有権を当然に取得する。(無権代理人が本人を単独相続)
- 4 Aが無権代理人であってEとの間で売買契約を締結した後に、Aの死亡によりBが単独でAを相続した場合、Eは甲土地の所有権を当然に取得する。(本人が無権代理人を単独相続)

解説

1. 民法108条 自己契約

Bさんの代理人Aさんが自分が買主になって契約したら(自己契約)、Aさんは甲地を所有できる? → できない。自己契約は原則禁止だから、無権代理となり、Aさんは甲地を所有できない。

本人B(甲地所有)

↓

代理人A → 買主A

2. 民法108条 双方代理

Bさんの代理人Aさんが、Cさんの代理人にもなってBC間の売買契約をしたら、Cさんは「甲地は俺のものだ!」と主張できる? → できない。双方代理も原則禁止だから、Cさんは甲地を所有できない。

「双方代理と自己契約は原則禁止」と覚えておこう

3. 民法896条 相続における無権代理

息子のAさんには代理権がないのに(無権代理)AさんはDさんに甲地を売った。その後、お父さんのBさんが死んで、Aさんが相続人となったら、Dさんは「甲地は俺のものだ!」と主張できる? → できる。無権代理行為は本人が追認すれば有効。本人Bさんが死んで、Aさんが本人を相続するので、Aさんは自分の無権代理を本人として追認できるから、AD間の契約が成立し、Dさんは甲地の所有権を主張できる。

本人B(甲地所有) ②死亡

↓

無権代理人A → 買主D

③甲地相続 ①売買

4. 民法896条 相続における無権代理

ドラ息子のAが父Bの土地を勝手にEさんに売ってしまった。その後でドラ息子が交通事故で死んでしまい、父Bが息子Aを相続したら、Eさんは「甲地は俺のものだ!」と主張できる? → 当然にはそう言えない。無権代理を本人が相続したら、本人が追認するか、追認を拒否するかを選ぶことができる。設問のように「当然に取得する」わけではない。

(別解)

誤り。肢3とは反対に、本人が無権代理人を相続した場合は、本人Bは追認拒絶できる(判例)。本人が自分自身の地位に基づいて追認拒絶権を行使するのは、信義則に反しないからである。ただしこの場合、本人Bは無権代理人Aの地位を承継することになり、無権代理人の責任を負うことになる。つまり、契約を履行するか、損害を賠償しなくてはいけなくなる。どちらにしても「無権代理人を相続」は大変。

本人B(甲地所有)

↓ ③Aを相続

無権代理人A → 買主E

②死亡 ①売買

無権代理

- ・代理人と称して行為をした者に、実は代理権がなかった場合
 - ・代理人が与えられた代理権の範囲を超えた行為をした場合
 - ・以前は代理権があったが、行為時には消滅していた場合
- そして無権代理行為であっても、それがまるで本当に代理権があるように見えるときは、表見代理となります。

本人が無権代理人を相続したときのまとめ

無権代理人の相手方	無権代理人を相続した本人
善意無過失	無権代理行為について追認を拒絶できる地位にあったことを理由として、無権代理人の債務を免れることはできない
善意有過失	本人は無権代理人の責任を負わない
悪意	本人は無権代理人の責任を負わない

司法書士・平成6年・問4

本人が無権代理人を相続した場合であっても、無権代理行為の追認を拒絶したときは、本人は、無権代理人が相手方に対して負うべき履行または損害賠償の債務を相続することはない。

解説

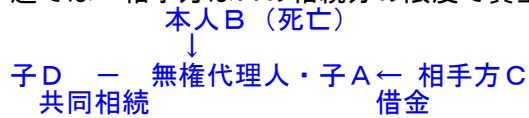
誤り。相手方が無権代理について善意無過失ならば、無権代理人の責任を追及して、その選択により、履行または損害賠償を請求することができる。

司法書士・平成13年・問3

Aが、実父Bを代理する権限がないのに、Bの代理人と称してCから金員を借り受けた。この事例において、Bが死亡し、AがBの子Dと共にBを相続した場合、Dが無権代理行為の追認を拒絶しているとしても、Cは、Aに対して、Aの相続分の限度で貸金の返還を請求できる。

解説

誤り。登場人物の配置が全く同じ。違うのは、宅建試験では「土地の売買」だったのがこの問題では「金銭消費貸借」、宅建試験では「ほかの共有者が追認を拒絶してもAの相続分については契約は有効」であることの正誤を問う、この問題では「相手方はAの相続分の限度で貸金の返還を請求できる」かの正誤を問う設定。

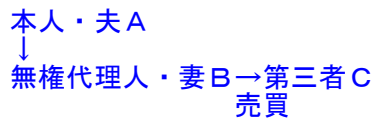


司法書士・平成6年・問4

妻が夫の代理人として第三者とした法律行為は、妻が夫から特に代理権を与えられておらず、かつ、その法律行為が日常の家事に関するものでない場合であっても、第三者においてその行為がその夫婦の日常の家事に関する法律行為に属すると信ずるにつき正当の理由があるときは、夫に対して効力を生ずる。

解説

その通り。



平成24年度 問4 民法（無権代理）

A所有の甲土地につき、Aから売却に関する代理権を与えられていないBが、Aの代理人として、Cとの間で売買契約を締結した場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。なお、表見代理は成立しないものとする。

本人A（甲地所有）

↓

無権代理人B→相手方C

売買

- 1 Bの無権代理行為をAが追認した場合には、AC間の売買契約は有効となる。（追認）
- 2 Aの死亡により、BがAの唯一の相続人として相続した場合、Bは、Aの追認拒絶権を相続するので、自らの無権代理行為の追認を拒絶することができる。（無権代理人が本人を相続）
- 3 Bの死亡により、AがBの唯一の相続人として相続した場合、AがBの無権代理行為の追認を拒絶しても信義則には反せず、AC間の売買契約が当然に有効になるわけではない。（本人が無権代理人を相続）
- 4 Aの死亡により、BがDとともにAを相続した場合、（Bは当然追認するとしても）DがBの無権代理行為を追認しない限り、Bの相続分に相当する部分においても、AC間の売買契約が当然に有効になるわけではない。（無権代理人が本人を共同相続した場合）

本人A（甲地所有・死亡）

↓

子D — 無権代理人・子B → 相手方C

共同相続

売買

解説

1. 民法113条 無権代理行為の追認
その通り。無権代理は無効。でも本人が自分の利益になると思えば追認し有効にできる。なお、この場合、契約時に遡って有効となるので、追認のときから有効になるというヒッカケに注意。
2. 判例 無権代理と相続・無権代理人が本人を相続
誤り。本人が無権代理人が相続した場合、本人の追認権や追認拒否権も相続するのだけれど、無権代理人BはCをだましているのだから、本人の地位に基づく追認拒絶権は、信義則上行使できない。（判例）
3. 判例 本人が無権代理人を相続
その通り。2の場合とは異なり、無権代理人を本人が相続した場合には、自己の追認拒絶権を行使できる。相続人自身が無権代理行為に直接関与していないので信義則に反しないからである。（判例）
なお、通説的見解では、この場合、本人は無権代理人の責任を負うことになるが、相手方は損害賠償請求のみなしうると考えられる。履行請求を認めると、本人に追認拒絶権を認めた意味がなくなるからである。
4. 判例 無権代理人が本人を共同相続した場合
その通り。共同相続人全員が共同して追認しないと無権代理行為は有効にならない。だから、Dが追認しないと、無権代理人の相続分に相当する部分においても当然に有効とはならない。（判例）頻出。

8 無効と取消

24-1 無効とは何か

無効＝原則として何人の主張も待たずに初めから当然に法律行為の効果がないこと

無効

- 公序良俗違反
- 意志無能力者の法律行為
- 心裡留保の例外
- 通謀虚偽表示
- 錯誤
- 無権代理
- 強行規定に反する法律行為
- 実現不可能なことを目的とする法律行為

24-2 無効行為の転換とは何か

無効行為の転換＝当事者の目的とした法律行為としては無効でも、それが他の法律行為としては有効である場合、有効である法律行為の効果を生じさせても良い。

25-1 取消と追認

取消＝法律行為の効力は生じて有効であるが、取消権者が取消の意思表示をすれば初めから無効であったのと同じになること

追認＝法律行為の効力は生じて有効であるが、取消権者が追認の意思表示をすれば有効のまま確定すること

25-2 取り消すことのできる人＝取消権者 (120条)

取消権者

- 行為能力の制限による取消
 - 制限行為能力者
 - その代理人
 - その承継人
 - その同意権者
- 詐欺・脅迫による取消
 - 瑕疵のある意思表示をしたもの
 - その代理人
 - その承継人

25-3 取り消したらどうなる (121条)

取消権者が取消の意思表示をした場合、その法律行為は初めからなかったことになる(無効)(121条)
* 制限行為能力者に対してはそれを保護する趣旨から現に利益を受ける限度で返せばよい(121条ただし書)

25-4 取消を行える時期 (126条)

追認できるようになってから 5 年、行為の時から 20 年を経過すると取消権は時効により消滅する。(126条)

追認できるようになる＝取消の原因となっていた状況が消滅する
＝未成年者が成年者になる
＝脅迫を受けなくなる

25-5 取り消さず追認した場合 (120条・122条～125条)

取消権者は取消権を放棄してその法律行為を追認することができる(追認権)。

追認すること

- 一応有効であった法律行為が確定的に有効になる
- 第3者の利害を害しない限り初めから有効だったことになる

追認は「取消の原因となっていた状況が消滅した後」でなくてはならない。(124条1項)

法定代理人や制限行為能力者の補佐人・補助人が追認する場合には制限はない(124条)

成年被後見人が追認の意思表示をするには、その法律行為が取り消しうることを知っていることが必要(124条)

取消の原因となっていた状況の消滅＝成年被後見人が行為能力者になる

＝瑕疵ある意思表示をしたものが詐欺・脅迫を脱する

25-6 追認と見なされる場合 (125条)

法定追認＝追認権者が追認できる状況になってから一般的に追認したのであろうと思われるような行為をしたとき、特に反対の意思を表示しない限りは追認したものと見なす(125条)

法定追認

- ①全部または一部の履行
- ②履行の請求
- ③更改
- ④担保の供与
- ⑤取り消すことのできる行為によって取得した権利の全部または一部の譲渡
- ⑥強制執行

■具体例

A は B にだまされて土地を B に売却した場合であっても、A が B に騙されたことに気がついた後、B に対してその土地の代金を請求(履行の請求)した場合、法定追認と見なされ、A は売買契約を取り消すことはできない。

第 126 条

(取消権の期間の制限)

第二百二十六条 取消権は、追認をすることができる時から五年間行使しないときは、時効によって消滅する。行為の時から二十年を経過したときも、同様とする。

解説

例えば、未成年者が同意を得ないでした法律行為について取消せるのは、自分で追認をすることができる20歳になってから5年間だから、25歳のうち(26歳になるまで)である。ちなみに、不法行為による損害賠償請求権の期間の制限が、これとよく似ているので、セットで憶えておくとよいと思う。

724条 不法行為による損害賠償の請求権は、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から三年間行使しないときは、時効によって消滅する。不法行為の時から二十年を経過したときも、同様とする。

【参考】

条文には、「時効によって消滅する」とあるが、消滅時効期間か除斥(じよせき)期間かは判例上明らかでない。有力説は、5年・20年ともに除斥期間であるとする。条文趣旨から中断を認めるべきでないから。

除斥期間と消滅時効との相違点

除斥期間は、一定期間が経過した後権利が消滅するという点において消滅時効と類似する。しかし、それ以外の諸点において消滅時効とは異なっている。

- ① 時効のような中断がない。
- ② 当事者の援用がなくても裁判所は権利消滅の判断をしなければならない。(当事者は利益を放棄することもできない。)
- ③ 起算点は、権利が発生した時である。
- ④ 権利消滅の効果は遡及しない。

第 127 条

(条件が成就した場合の効果)

第二百二十七条 停止条件付法律行為は、停止条件が成就した時からその効力を生ずる。

2 解除条件付法律行為は、解除条件が成就した時からその効力を失う。

3 当事者が条件が成就した場合の効果とその成就した時以前にさかのぼらせる意思を表示したときは、その意思に従う。

解説

法律行為の効果の発生や消滅を、将来の不確定な事実の成否にかからしめるのを、条件という。なお、将来起こるのは確実だがいつ起こるかわからない場合は、不確定期限である。たとえば、「阪神タイガースが優勝したら家を売る」というのは条件であり、「親がなくなったら家を売る」というのは、不確定期限である。

停止条件は、スイッチが入るタイプ。たとえば、「大学に合格したら車を買ってやる」

解除条件は、スイッチが切れるタイプ。たとえば、「留年したら学費の支給をやめる」

原則は、条件成就のときに効果が発生するが、特約により効果を遡及させることもできる(3項)。条件が成就した場合の効果は、その成就した時点より前にはさかのぼることはないのだけれど、当事者が「さかのぼる」と特約(特別な条件のついた約束)をした場合にはさかのぼれるということ。

(2) 原則としては、条件が成就した場合の効果は、その成就した時以前にさかのぼらないのが原則ですが、当事者が「さかのぼるものとする」と特約した場合は、遡及効が生じるのです。

例えば、「借入金の返済を延滞したら、年5%利息の利息を取る」という場合は、延滞するまでは無利息で、延滞したとき以降元金残高に対して返済まで年5%の利息を払う事になるのが原則です。

「借入金の返済を延滞したら、貸付の最初にさかのぼって年5%利息の利息を取る」という場合は、延滞するまでは無利息ですが、延滞したときは、延滞するまでの間も元金残高に対して返済まで年5%の利息が生じ、追い払いする事になります。

第 128 条～第 130 条

(条件の成否未定の間における相手方の利益の侵害の禁止)

第二百二十八条 条件付法律行為の各当事者は、条件の成否が未定である間は、条件が成就した場合にその法律行為から生ずべき相手方の利益を害することができない。

(条件の成否未定の間における権利の処分等)

第二百二十九条 条件の成否が未定である間における当事者の権利義務は、一般の規定に従い、処分し、相続し、若しくは保存し、又はそのために担保を供することができる。

(条件の成就の妨害)

第二百三十条 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる。

解説

【判例】 取引業者に仲介を依頼した不動産の買主が、契約成立を停止条件として報酬を支払う約束をしていたのに、業者を排除して直接売主との間で売買契約を結んだ場合には、当該業者は買主に対して約定の報酬を請求しうる。

まあ普通、宅地建物であれば宅建業法 34 条の 2 書面で、違約の場合の措置を定めているはずなんです。が、農地や山林とかで宅建業法上宅地に該当しなくて、宅建業者でないケースもあるわけで、その場合特に違約について約定していなくてもこのように民法のほうで請求できるということ。

第 131 条～第 134 条

(既成条件)

第二百三十一条 条件が法律行為の時に既に成就していた場合において、その条件が停止条件であるときはその法律行為は無条件とし、その条件が解除条件であるときはその法律行為は無効とする。

2 条件が成就しないことが法律行為の時に既に確定していた場合において、その条件が停止条件であるときはその法律行為は無効とし、その条件が解除条件であるときはその法律行為は無条件とする。

3 前二項に規定する場合において、当事者が条件が成就したこと又は成就しなかったことを知らない間は、第二百二十八条及び第二百二十九条の規定を準用する。

(不法条件)

第二百三十二条 不法な条件を付した法律行為は、無効とする。不法な行為をしないことを条件とするものも、同様とする。

(不能条件)

第二百三十三条 不能の停止条件を付した法律行為は、無効とする。

2 不能の解除条件を付した法律行為は、無条件とする。

(随意条件)

第二百三十四条 停止条件付法律行為は、その条件が単に債務者の意思のみに係るときは、無効とする。

解説

131 条 1 項、たとえば既に大学に合格しているのに、「大学に合格したら車を買ってやる」(停止条件)と言ったら**無条件**となり「車を買ってやる」になる。既に落第しているのに、「落第したら学費の支給をやめる」(解除条件)と言ったら、学費の支給という約束(契約)が**無効**となる。2 項は 1 項の正反対のパターン。

132 条、「不倫関係を清算してくれるなら手切れ金 100 万円払う」といった**手切れ金の契約**には本条の適用はない。不倫は悪いことだが、不倫関係を終わらせるのは良いことだから。

133 条、**不能条件**の例としては、「太陽が西から昇ったら」とか。

134 条、**無効となる随意条件**の例としては、「債務者が気が向いたら返済する」とか。

第 135 条、第 136 条

(期限の到来の効果)

第百三十五条 法律行為に始期を付したときは、その法律行為の履行は、期限が到来するまで、これを請求することができない。

2 法律行為に終期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に消滅する。

(期限の利益及びその放棄)

第百三十六條 期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する。

2 期限の利益は、放棄することができる。ただし、これによって相手方の利益を害することはできない。

解説

期限とは、法律行為の効力の発生や消滅、債務の履行を、将来到来することが確実な事実の発生にかからしめる法律行為の付款をいう。

期限には、**確定期限**（例：10月末日までに返済する）と、**不確定期限**（例：親がなくなったら不動産を売る）がある。

期限の利益：期限が到来するまでの間、法律行為の効力の発生や消滅、債務の履行が猶予されることによる当事者の利益。

期限の利益は、**債務者の利益**のためにあると推定される。

例えば、「代金は10月末日までに支払う」という約束である場合、買主（債務者）はその到来までは代金を払わなくてよいという利益があるわけ。

136条2項、「代金は10月末日までに支払う」という約束であっても、9月に支払ってもかまわない。買主が自分の利益を放棄するのは自由だから。

ただし、**相手方の利益**は害せない。

【判例】 弁済期前に借金を返済する場合でも、利息は弁済期までの分すべてを支払う必要がある。（早く返済したのだから、その分の利息は払わない、とは言えない。）

停止条件関連

平成27年 問8
平成24年 問8
平成23年 問2
平成22年 問6
平成18年 問3
平成15年 問2
平成15年 問9
平成14年 問7
平成14年 問8
平成12年 問7
平成11年 問6
平成11年 問9
平成10年 問8
平成8年 問9
平成6年 問6
平成5年 問7
平成4年 問8
平成4年 問7

平成 27 年度 問 8 民法（同時履行の関係）

同時履行の抗弁権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはいくつあるか。

ア. マンションの賃貸借契約終了に伴う賃貸人の敷金返還債務と、賃借人の明渡債務は、特別の約定のない限り、同時履行の関係に立つ。

イ. マンションの売買契約がマンション引渡し後に債務不履行を理由に解除された場合、契約は遡及的に消滅するため、売主の代金返還債務と、買主の目的物返還債務は、同時履行の関係に立たない。（成り立つ）

ウ. マンションの売買契約に基づく買主の売買代金支払債務と、売主の所有権移転登記に協力する債務は、特別の事情のない限り、同時履行の関係に立つ。（成り立つ）

- 一つ
- 二つ
- 三つ
- なし

解説

1. 判例 同時履行の抗弁：建物明渡しと敷金返還

誤り。敷金と言うのは、賃貸借において発生した、賃借人の債務の一切を担保するために、賃借人が賃貸人に預けているお金のことです。賃借人の債務とは、家賃、物件の修繕費等がこれに当たります。ここからが重要です！では、賃貸借契約が解除され、敷金を賃借人に返還するタイミングはいつでしょうか？答えは、賃借人から賃貸人へ物件の明渡し完了した後です。なぜなら、賃貸人は物件を明渡ししてもらえないと、物件のコンディションがどうなっているかわかりません。つまり、物件を確認して、修繕等必要ないかを確認してから敷金を返還することになります。と言うことは、敷金返還請求権が発生するのは、賃貸人が物件を確認した後になります。ですから、賃借人の明渡債務が先で、敷金返還債務が後と言うことで同時履行の関係には立たないことになります。

2. 民法 546 条、533 条 同時履行の抗弁：契約の解除・取消し

誤り。売買契約において、何らかの理由で契約解除となった場合は、お互い契約前の状態に戻す必要があります。つまり、受取っている代金があれば返金する、目的物の引渡しを受けているのであれば、それを返還すると言った具合です。これを、原状回復と言っています。例えばあなたが、記述の売主、わたしが買主だったとしましょう。わたしが、あなたに対して早く支払った代金を返せ！と言ったらあなたはどうしますか？ □当然、だったら引渡したマンションをさっさと返せよ！って言い返しますよね。代金が先、マンションが先・・・これを言い合っているのは永遠に解決しそうにないですから、同時に行うしかないようです。□ですから、記述のケースにおける原状回復は、同時履行の関係にあると言えます。

3. 民法 533 条 同時履行の抗弁：基本構造

正しい。売買契約において、買主は代金支払義務があります、一方売主は、目的物の引渡義務がありますが、当然両者は、同時履行の関係にあります。ですが、売買の目的物が動産であれば、売主は目的物を売主へ引き渡すだけで義務を果たすことにはなりますが、目的物が記述のような不動産の場合は、はいどうぞと手渡しはできませんから、それに代わって登記に協力するという事になります。従って、登記に売主が協力すると言うことは、引き渡し債務と同じことにはなりますから、代金支払債務とは同時履行に關係だと言うことにはなりません。

同時履行の関係になる契約を双務契約と言っていますが、双務契約の場合、当事者双方が「同時履行の抗弁権」と言う権利をもっています。抗弁権と言うぐらいですから、文句が言える権利だと思ってください。つまり、当事者双方ともに、相手方に対して文句を言える権利を持っていると言うことです。

例えば、あなたが、アイスクリームを買おうとした場合、代金を払って、アイスクリームを持って帰りますよね。相手方は、代金を払わなければ、「そのアイスは渡せないよ」と言えます。逆にあなたは、「そのアイスを渡さないと、代金は払えない」と言うことができます。

言い合いを続けてもらちがあきません。

その解決方法として、同時に代金の支払いとアイスの引き渡しを行えば、お互い丸く収まると言うのが、同時履行の関係です。

平成 24 年度 問 8 民法(債務不履行)

債務不履行に基づく損害賠償請求権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. A が B と契約を締結する前に、信義則上の説明義務に違反して契約締結の判断に重要な影響を与える情報を B に提供しなかった場合、B が契約を締結したことにより被った損害につき、A は、不法行為による賠償責任を負うことはあっても、債務不履行による賠償責任を負うことはない。(債務は履行している)
2. AB 間の利息付金銭消費貸借契約において、利率に関する定めがない場合、借主 B が債務不履行に陥ったことにより A が B に対して請求することができる遅延損害金は、年 5 分の利率により算出する。
3. AB 間で B 所有の甲不動産の売買契約を締結した後、B が甲不動産を C に二重譲渡して C が登記を具備した場合、A は B に対して債務不履行に基づく損害賠償請求をすることができる。(できる)
4. AB 間の金銭消費貸借契約において、借主 B は当該契約に基づく金銭の返済を C から B に支払われる売掛代金で予定していたが、その入金がなかった(B の責めに帰すべき事由はない。)ため、返済期限が経過してしまった場合、B は債務不履行には陥らず、A に対して遅延損害金の支払義務を負わない。(A B間の債務不履行)

解説

1. 判例 債務不履行の発生

正しい。債務不履行と言うのは、契約によってなされた約束を果たさなかったときに言うものです。設問はその契約をする前の段階で説明義務違反を追及されているわけですから、契約そのものの約束違反について問われているわけではありません。ですから、A は、説明義務違反(不法行為)による賠償責任を負うことはあっても、債務不履行(契約違反)による賠償責任を負うことはないこととなります。

2. 民法 419 条 1 項、民法 404 条 金銭債務の特則

正しい。利息が発生する債権で、特に意思表示がないときは、その利率は法定利息の年 5 分になる。民法とはスゴイ法律ですよ。金銭債務の利息まで、きちんと明記されています。

3. 判例 債務不履行の発生・二重譲渡

正しい。二重譲渡の場合は、先に登記を得た方が勝つ！だったですよ。設問は C に登記が移っているわけですから、もはや、A には甲不動産の所有者となることはできません。となると、A B間の売買契約は B が A に甲不動産を引き渡せないのですから B の債務不履行となります。よって、A は B に対して債務不履行に基づく損害賠償請求をすることができるとなり、問題文は正しいです。

4. 民法 419 条 3 項 金銭債務の特則

誤り。これが、○だったらお金を借りる方はラクでいいですが、認められませんよね。金銭の返済のために、予定していたお金が入ってこないため払えませんでした・・・はいそうですか！とは常識的に考えてもなりません。金銭債務の債務不履行の場合、理由の有無に関係なく、遅延損害金が発生します。

平成 23 年度 問 2 民法(停止条件)

A は、自己所有の甲不動産を 3 か月以内に、1,500 万円以上で第三者に売却でき、その代金全額を受領することを停止条件として、B との間で B 所有の乙不動産を 2,000 万円で購入する売買契約を締結した。条件成就に関する特段の定めはしなかった。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

1. 乙不動産が値上がりしたために、A に乙不動産を契約どおり売却したくなくなった B が、甲不動産の売却を故意に妨げたときは、A は停止条件が成就したものとみなして B に A B間の売買契約の履行を求めることができる。(できる)
2. 停止条件付法律行為は、停止条件が成就した時から効力が生ずるだけで、停止条件の成否が未定である間は、相続することはできない。(相続できる)
3. 停止条件の成否が未定である間に、B が乙不動産を第三者に売却し移転登記を行い、A に対する売主としての債務を履行不能とした場合でも、停止条件が成就する前の時点の行為であれば、B は A に対し損害賠償責任を負わない。(債務不履行で賠償)
4. 停止条件が成就しなかった場合で、かつ、そのことにつき A の責に帰すべき事由がないときでも、A は B に対し売買契約に基づき買主としての債務不履行責任を負う。(成就しなかったら負わない)

解説

1. 民法 130 条 条件の成就の妨害

正しい。これは、常識的に見ても故意に妨げてますから、成就したことになる。民法の規定は「条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる」

2. 民法 129 条 条件の成否未定の間における権利の処分・相続

誤り。条件の成否が未定である間における当事者の権利義務は、一般の規定に従い、処分し、相続し、若しくは保存し、又はそのために担保を供することができる。

3. 民法 128 条 相手方利益の侵害の禁止

誤り。民法では、停止条件が成就するまでの時期についても、害してはいけませんよとなっています。つまり、期待していたことについて、その期待に応えてくれないような場合は、損害賠償責任が発生することがあるということです。

4. 民法 415 条 債務不履行の発生

誤り。債務不履行責任を負うのは、債務者に帰責性(故意または過失)がある場合に限られる。設問の場合、停止条件が成就しなかったことについて、A の帰責事由はないのだから、債務不履行責任を問うことはできない。

平成 22 年度 問 6 民法 (債務不履行)

両当事者が**損害の賠償**につき特段の合意をしていない場合において、債務の不履行によって生ずる損害賠償請求権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、**正しいものはどれか。**

1. 債権者は、債務の不履行によって通常生ずべき損害のうち、契約締結当時、**両当事者がその損害発生を予見していたものに限り**、賠償請求できる。(超能力者か?)
2. 債権者は、**特別の事情によって生じた損害のうち**、契約締結当時、**両当事者がその事情を予見していたものに限り**、賠償請求できる。(?)
3. 債務者の責めに帰すべき債務の履行不能によって生ずる損害賠償請求権の消滅時効は、**本来の債務の履行を請求し得る時から**その進行を開始する。
4. 債務の不履行に関して**債権者に過失があった**ときでも、**債務者から過失相殺**する旨の主張がなければ、裁判所は、損害賠償の責任及びその額を定めるに当たり、債権者の過失を考慮することはできない。

解説

1. 民法 416 条 1 項 損害賠償の範囲

誤り。「債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする」が条文。損害賠償の範囲を定める規定には、「予見していたものに限り」とは書いていない。

2. 民法 416 条 2 項

誤り。「特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる」が条文。設問は「予見していたもの」だけで「予見することができた」が抜けてるのでダメ。か? 「予見したもの」と「予見することができた」ってどこが違うの? それに「契約締結当時」には「予見したもの」しか書けない。

3. 判例 消滅時効の進行

正しい。債務者の履行不能によって生じた損害賠償請求権は、本来の履行請求権と法的には同一のものであるので、履行不能による損害賠償義務の消滅時効は、**本来の債務の履行を請求し得る時から**進行を始める。債務者の責めに帰すべき債務の履行不能」とは、例えば建物の引き渡し債務を負っている者が、地震などによって建物が「なくなってしまったような場合」。

4. 民法 418 条、判例 過失相殺

誤り。債務者から過失相殺する旨の主張がなくても、客観的事実と照らし合わせて、損害賠償の責任及びその額を定めます。交通事故の裁判などを、イメージされるといいと思います。よって問題文は間違いとなります。

平成18年度 問3 民法（停止条件）

Aは、Bとの間で、A所有の山林の売却について買主のあっせんを依頼し、その売買契約が締結され履行に至ったとき、売買代金の2%の報酬を支払う旨の**停止条件付きの報酬契約**を締結した。この契約において他に特段の合意はない。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 **あっせん期間が長期間に及んだことを理由として、Bが報酬の一部前払を要求**してきても、Aには報酬を支払う義務はない。（停止条件付法律行為の効力・第127条1項）
- 2 Bがあっせんした買主Cとの間でAが当該山林の売買契約を締結しても、売買代金が支払われる前にAが第三者Dとの間で当該山林の売買契約を締結して履行してしまえば、Bの報酬請求権は効力を生ずることはない。（条件の成就の妨害（二重売買）・第130条）
- 3 停止条件付きの報酬契約締結の時点で、既にAが第三者Eとの間で当該山林の売買契約を締結して履行も完了していた場合には、Bの報酬請求権が効力を生ずることはない。（停止条件が成就しないことが確定しているとき・131条2項）
- 4 **当該山林の売買契約が締結されていない時点**であっても、Bは停止条件付きの報酬請求権を第三者Fに譲渡することができる。（条件の成否未定の間の権利義務・第129条）

解説

1. 民法127条1項 条件が成就した場合の効果

その通り。「売買契約が締結され履行に至ったとき、売買代金の2%の報酬を支払う旨停止条件付きの報酬契約」であるから、あたりまえ。停止条件が成就してない以上、斡旋期間が長期化しても報酬を支払う義務はない。

2. 民法130条 条件の成就の妨害

誤り。故意に条件の成就を妨げた場合は、その条件が成就したとみなすことができる。したがって、Bは自己の報酬請求権を主張できる。Aがした二重売買はとても容認できない汚いやり方。

3. 民法131条2項 既成条件

正しい。条件が成就しないことが法律行為の時に既に確定していた場合（既成条件）において、その条件が停止条件であるときはその法律行為は無効とする（民法131条2項）。設問では、AB間の報酬契約締結の時点で、AはEとの間で売買契約を締結していたというのだから、「条件が成就しないことが既に確定」している。したがって、報酬契約自体が無効となり、Bの報酬請求権も効力を生じることはない。「停止条件付きの報酬契約締結の時点で」がミソ。それより前にAE間の売買契約が成立しているわけだ。

4. 民法129条 条件の成否未定の間の権利義務

正しい。「**当該山林の売買契約が締結されていない時点**」というのは「条件の成否が未定である間」ということ。条件の成否が未定である間における当事者の権利義務は、一般の規定に従い、処分し、相続し、若しくは保存し、又はそのために担保を供することができる（民法129条）。だから、Bは停止条件付きの報酬請求権を第三者Fに債権譲渡することができる。

平成15年度 問2 民法（停止条件付契約）

Aは、Bとの間で、B所有の不動産を購入する売買契約を締結した。ただし、AがA所有の不動産を平成15年12月末日までに売却でき、その代金全額を受領することを**停止条件**とした。手付金の授受はなく、その他特段の合意もない。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち**正しいもの**はどれか。

1. 平成15年12月末日以前でこの停止条件の成否未定の間は、契約の効力が生じていないので、Aは、この売買契約を解約できる。（できない）
2. 平成15年12月末日以前でこの停止条件の成否未定の間は、契約の効力が生じていないので、Bは、この売買契約を解約できる。（できない）
3. 平成15年12月末日以前でこの停止条件の成否未定の間、Aが死亡して相続が開始された場合、契約の効力が生じていないので、Aの相続人は、この売買契約の買主たる地位を相続することができない。（できる）
4. Aが、A所有の不動産の売買代金の受領を拒否して、故意に停止条件の成就を妨げた場合、Bは、その停止条件が成就したものとみなすことができる。

解説

1. 判例 相手方利益の侵害の禁止

誤り。停止条件の成否未定の間は、契約の効力は生じていないけど、拘束力は既に生じています。だから、Aが売買契約を解約することはできません。平成15年12月末日までに、Aの不動産が売れて、その代金全額を受け取れたら、Bとの契約を進めていきたいと思いますので、平成15年12月末日以前に、Aの条件が成就していないから、このBとの（停止条件付）契約を止めますと言うのは、Bから言わせたら、まだ平成15年12月末日まで時間があるじゃないかとなります。もっとわかりやすく言うと、AB間で交わした（停止条件付）契約は、**AがB所有の不動産をどうしても欲しいが、自分の不動産が売れないと買えないために、平成15年12月末日まで待つて欲しい**とお願いしている契約なのです。なぜなら、Bにとっては、平成15年12月末日まで、他の人が買いたいと申し込まれても、Aとの契約に拘束されて、売れるものも売れないと言う状況になってしまうためです。それを、Aの方から平成15年12月末日の期日が来てもいないのに、契約解除しますなんて言うことは、許されるはずがないことは、理解していただけたらと思います。

2. 判例 相手方利益の侵害の禁止

誤り。設問1と全く同じで、停止条件の成否未定の間は、契約の効力は生じていないけど、拘束力は既に生じているので、Aが売買契約を解約することはできません。AB間の契約は、AがB所有の不動産を、どうしても欲しいが、今は、手持ちのお金がないため、自分の不動産が売って、その代金を当てれば、買えるので、平成15年12月末日まで待つて欲しいとお願いしている契約なのです。この契約の効果は、Bを平成15年12月末日まで拘束することになります。つまり、平成15年12月末日まで、他の人が買いたいと申し込んできても売れないとなるのです。ですから、契約の効力が生じていないわけではありませんから、AB共に、契約の解除はできません。

3. 民法129条 条件の成否未定の間における権利の処分

誤り。条件の成否が未定である間における当事者の権利義務は、一般の規定に従い、処分し、**相続**し、若しくは保存し、又はそのために担保を供することができる。したがって、Aの相続人は、この売買契約の買主たる地位を相続することができる。

4. 民法130条 条件の成就の妨害

正しい。条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる。

平成15年度 問9 民法（同時履行の関係）

同時履行の関係に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. 動産売買契約における目的物引渡債務と代金支払債務とは、同時履行の関係に立つ。(立つ)
2. 目的物の引渡しを要する請負契約における目的物引渡債務と報酬支払債務とは、同時履行の関係に立つ。(立つ)
3. 貸金債務の弁済と当該債務の担保のために経由された抵当権設定登記の抹消登記手続とは、同時履行の関係に立つ。(?)
4. 売買契約が詐欺を理由として有効に取り消された場合における当事者双方の原状回復義務は、同時履行の関係に立つ。(立つ)

解説

1. 民法533条 同時履行の抗弁：基本構造

正しい。同時履行の関係になる契約を双務契約と言っていますが、双務契約の場合、当事者双方が「同時履行の抗弁権」という権利をもっています。抗弁権と言うぐらいですから、文句が言える権利だと思ってください。つまり、当事者双方ともに、相手方に対して文句を言える権利を持っているということです。例えば、あなたが、アイスクリームを買おうとした場合、代金を払って、アイスクリームを持って帰りますよね。相手方は、代金を払わなければ、「そのアイスは渡せないよ」と言えます。逆にあなたは、「そのアイスを渡さないよ、代金は払えない」と言うことができます。だったら、同時に代金の支払いとアイスの引き渡しを行えば、お互い丸く収まりますねと言うのが、同時履行の関係です。従って、アイスは動産に当たりますから、記述は同時履行の関係に立つこととなります。

2. 判例 同時履行の抗弁：請負契約

正しい。目的物の引渡しを要する請負契約とは、例えば、注文住宅と言った大工さんに住宅の建築を依頼するような場合が、これに当たります。注文主は、「建物が完成しないと代金を払わない」と言いますよね。逆に、大工さんは「代金を払わないと建物を引き渡さない」と言うはずですが、文句を言っていますね。従って、記述は同時履行の関係に立つこととなります。

3. 判例 同時履行の抗弁：債務弁済と抵当権抹消登記

誤り。この様な場合、債務者が「抵当権を抹消しなければお金は返済しない」と債権者に言った場合、「返済しないと抵当権は抹消しないよ」と言ってくれるでしょうか？言ってくれるかもしれませんが、通常は「返済しないのなら、抵当権を実行するだけだ」となると思います。こう言われたら、債務者は、返済しないわけにはいきません。つまり、債務者がまずは返済しないと、債権者は抵当権を抹消しないという関係になっています。これは、同時履行の関係ではありませんね。

4. 民法533条、判例 同時履行の抗弁：契約の解除・取消し

正しい。相手方が詐欺師だから、一方的に文句が言えそうですが、この場合は、相手方が詐欺を働いたから、契約解除になったと言う解除原因だけの話なのです。ですから、契約解除以降の話は、相手方が何であれ、特に関係がありませんから、惑わされないようにしてください。話が少しそれてしまいました。契約解除に伴う原状回復と言うのは、契約の前の状態に戻しましょうと言うものです。つまり、受取っているお金があれば、相手方に返金して、受取っている品物があれば、相手方に返却しましょうというのが原状回復です。この場合、どちらか一方が文句を言って履行しないしていると相手方も、じゃあこちも履行しないとなると思います。ですから、この場合も同時に履行しないと原状回復ができないこととなりますから、同時履行の関係に立つこととなります。

平成14年度 問7 民法（損害賠償額の予定）

A B間の土地売買契約中の履行遅滞の賠償額の予定の条項によって、AがBに対して、損害賠償請求をする場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. 賠償請求を受けたBは、自己の履行遅滞について、**帰責事由のないことを主張・立証**すれば、免責される。（悪くなければ払わない）
2. Bが、Aの過失を立証して、過失相殺の主張をしたとき、裁判所は損害額の算定にその過失を考慮することができる。（できる）
3. 裁判所は、賠償額の予定の合意が、**暴利行為として公序良俗違反となる**場合でも、賠償額の減額をすることができない。（間違ってる）
4. Aは、賠償請求に際して、Bの履行遅滞があったことを主張・立証すれば足り、**損害の発生や損害額の主張・立証**をする必要はない。（賠償予定条項があるから不要）

解説

1. 民法420条 損害賠償額の予定

正しい。損害賠償義務は、履行遅滞があった場合に限って発生する。このことは損害賠償額の予定条項があったからといって変わるものではない。したがってBは、自己に帰責事由のないことを主張・立証すれば免責される。「自己の履行遅滞について、**帰責事由のないこと＝履行遅滞がないこと**」と解釈できるから。一方、これを「履行遅滞があっても、帰責事由なければ」と解釈すると結論が違ふ。そうなると、売主と買主の設定がどちらなのかが、書かれていないため、○とでも×とでもなる問題です。まず、Bが売主だったらと仮定して見ます。売主が、履行遅滞となるケースを想像して見ると、土地の引渡し債務が遅れていることが考えられます。この場合は、引渡し債務が遅れているのは、売主が強盗に襲われ、怪我をして入院した為などと言う理由があれば、買主も、それはしょうがないですねとなると思います。ですから、Bが売主である場合は、記述は正しいとなります。では、Bが買主だったらと仮定して見て行きましょう。買主が、履行遅滞となるケースを想像して見ると、代金の支払いが遅れていることが考えられます。金銭債務の場合、どんなに自分は悪くないと言ったところで、損害賠償から逃れられることはできないことになっています。民法419条「金銭の給付を目的とする債務の不履行の損害賠償については、債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない。」ですから、Bが買主である場合は、記述は誤りとなります。このケースで、もう一步、条件を付けて見ましょう。もし、売主A、買主Bが同時履行の抗弁権で対立して、どちらも、履行が遅れている状態だったとしましょう。この場合は、買主Bは金銭債務が履行遅滞だからと言って、無条件に損害賠償の請求はされませんので、そこは注意しておいてください。なぜかと言いますと、同時履行を主張している限り、民法上は遅行遅滞とはならないためです。ですから、無条件に損害賠償の請求はされないということなのです。なお、「履行遅滞の賠償額の予定の条項」と記述にあります。通常、損害賠償は、実損額を立証して、その実損額を請求するとなりますが、賠償額の予定をした場合、実損額を立証することなく、その予定額が、自動的に賠償金となるというものです。ただ、この問題においては、賠償額の予定をしていようが、いまいが、結論に変わりはありません。

2. 民法418条、判例 過失相殺

正しい。これは、Aから損害賠償を請求された際、Bが「Aさんあなたも、こんなところが悪かったですから、その分はオマケしてよ」と言うものです。あなたが裁判官だとしたら、オマケしませんか？Bが悪いが、Aも悪いところがあったから、その分を指し引くことに違和感はないと思います。ですから、記述は正しいとなります。

3. 民法420条1項 損害賠償額の予定

誤り。通常、民法ではお互い合意する内容にまで踏み込んで、「それはダメです」とまでは言いません。原則論でいいますと「契約自由の原則」となります。ですから、賠償額の予定をすると、その予定額について、裁判所も、口を挟むことはできないと規定されています。ただ、その予定額が公序良俗違反になるほどのものであれば話は別となります。これを許しては、法治国家ではありません。ですから、裁判所としては、その損害賠償の予定額自体を無効にするか、他の関連する法律と照らし合わせて、その一部を無効にして、減額とするかの判断をすることになります。従って、記述は誤りとなります。

4. 判例 損害賠償額の予定

正しい。設問1と同様で、賠償額の予定がなければ、損害の発生や損害額の主張・立証をしなければなりません。設問では賠償額の予定をしているため、損害の発生や損害額の主張・立証をしなくても、予定した賠償額を受け取ることができます。ですから、記述は正しいです。なお、実損が予定した賠償額より多くても、少なくても、それを立証したとしても、予定した賠償額しか受けることはできないとするのが、賠償額の予定の条項となります。

平成14年度 問8 民法（契約解除）

Aは、A所有の土地を、Bに対し、1億円で売却する契約を締結し、手付金として1,000万円を受領した。Aは、決済日において、登記及び引渡し等の自己の債務の履行を提供したが、Bが、土地の値下がり（値下がり）を理由に残代金を支払わなかったため、登記及び引渡しはしなかった。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

1. Aは、この売買契約を解除せず、Bに対し、残代金の支払を請求し続けることができる。（できる）
2. Aは、この売買契約を解除するとともに、Bに対し、売買契約締結後解除されるまでの土地の値下がりによる損害を理由として、賠償請求できる。（できる）
3. Bが、AB間の売買契約締結後、この土地をCに転売する契約を締結していた場合、Cがやはり土地の値下がり（値下がり）を理由としてBに代金の支払をしないとき、Bはこれを理由として、AB間の売買契約を解除することはできない。（できない）
4. Bが、AB間の売買契約締結後、この土地をCに転売する契約を締結していた場合、Aは、AB間の売買契約を解除しても、Cのこの土地を取得する権利を害することはできない。（できる）

解説

1. 判例 債務不履行による解除

正しい。契約解除の理由が発生した場合、必ず契約解除しなければいけないというものではなく、解除してもいいし、そのまま履行を催促してもいいということになりますから、記述は、正しいとなります。

2. 民法545条3項 解除：損害賠償請求

正しい。AB間の売買契約締結時には、A所有の土地の価値は1億円だと考えたからこそ、Bは契約したはず（はず）です。その後、何らかの社会情勢で、土地の相場が下落したのでしょうか。ですが、このことで買主Bが残代金の支払いを拒む理由とはならないと、あなたも理解していただけたらと思います。また、1億円で契約したと言うことは、売主は1億円で売ります、買主は1億円で買いますと約束したと言うことです。設問は、土地が値下がり（値下がり）したとしていますが、逆に土地が値上がり（値上がり）することも十分考えられますから、リスクとしては売主、買主は半々の関係になります。それを、自分にリスクが傾いたから、履行を拒むのは、大人のやることではないとなるはず（はず）です。となれば、売主Aは買主Bを信頼する気持ち（気持ち）になれないとなり、契約解除（解除）をすることは致し方ない（致し方ない）でしょう。さらに、売主Aとしては、AB間の売買契約締結時（締結時）では、1億円の価値（価値）だったものが、契約解除後（後）に再度売ろう（売ろう）と考えても土地の値段（値段）は下がってしまっている（下がってしまっている）のですから、当然、1億円では売れない（売れない）こと（こと）になります。これは誰のせい（せい）でしょうか？ どう考えても、買主Bとなる（なる）のは明らか（明らか）です。なぜなら、買主Bが、約束通り（約束通り）買って（買って）いれば、そんな損害（損害）の発生（発生）もなかった（なかった）はず（はず）です。ですから、Bに対して、土地の値下がり（値下がり）による損害（損害）を理由（理由）として、賠償請求（賠償請求）することは、可能（可能）だ（だ）となる（なる）のです。

3. 民法557条1項、最判昭40.11.24 債務不履行による解除

正しい。AB間の契約（契約）の中で、「Cに転売（転売）できない（できない）場合は、契約（契約）を解除（解除）できる」と言う（言う）ような停止条件（停止条件）が（が）付いて（付いて）いた（いた）なら、AB間の売買契約（売買契約）は解除（解除）しても問題（問題）ない（ない）でしょう（でしょう）が、記述（記述）には、その（その）ような（ような）もの（もの）が一切（一切）ありません（ありません）。と言う（言う）ことは、AB間（AB間）、BC間（BC間）の売買契約（売買契約）は無関係（無関係）だ（だ）となり（なり）ます。売主（売主）Aから（から）すれば、Cが（Cが）売買代金（売買代金）を払（払）う（払）わない（払）ない（ない）は、一切（一切）関係（関係）のない（ない）話（話）となる（なる）のです。従（従）って、買主（買主）Bが（Bが）Cを（Cを）理由（理由）として、AB間（AB間）の売買契約（売買契約）を解除（解除）する（する）なんて（なんて）こと（こと）は（は）でき（でき）ない（ない）となり（なり）ます。また、買主（買主）の手付解除（手付解除）なら（なら）できる（できる）んじゃない（んじゃない）かと（かと）考える（考える）かも（かも）知れ（知れ）ませんが、買主（買主）Bの（Bの）相手方（相手方）、売主（売主）Aは、「登記（登記）及び引渡し（引渡し）等の自己（自己）の債務（債務）の履行（履行）を提供（提供）した」と（と）あり（あり）ます。言い換（言い換）えます（ます）と、相手方（相手方）が履行（履行）に着手（着手）して（して）いる（いる）と言（言）っている（のです）から、も（も）はや（はや）買主（買主）は手付解除（手付解除）も（も）でき（でき）ない（ない）状況（状況）だ（だ）となり（なり）ます。

4. 民法545条1項但書、判例 解除前の第三者

誤り。設問3（設問3）で解説（解説）した（通り）、AB間（AB間）、BC間（BC間）の売買契約（売買契約）は無関係（無関係）です。と言う（言う）ことは、Aにと（と）って（C）は（C）第三者（第三者）と（と）言う（言う）こと（こと）になり（なり）ます。Aと（Aと）第三者（第三者）である（C）の優越（優越）は、登記（登記）を備（備）えている（者）の勝（勝）ち（だ）となり（ま）す（ので）、登記（登記）を備（備）えている（方）は、A（A）です（から）、C（C）は（A）に（対）して（対）抗（抗）でき（でき）ない（という）結論（結論）になり（ま）す。従（従）って、A（A）は、AB間（AB間）の売買契約（売買契約）を解除（解除）しても、C（C）の（この）土地（土地）を（取得）する（権利）を（害）する（こと）は（でき）ると（なり）ます。記述（記述）は、誤（誤）っている（と）なり（ま）す。

平成12年度 問7 民法（解約手付）

買主Aと売主Bとの間で建物の売買契約を締結し、AはBに手付を交付したが、その手付は解約手付である旨約定した。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. 手付の額が売買代金の額に比べて僅少である場合には、本件約定は、効力を有しない。（契約）
2. Aが、売買代金の一部を支払う等売買契約の履行に着手した場合は、Bが履行に着手していないときでも、Aは、本件約定に基づき手付を放棄して売買契約を解除することができない。（相手方が履行に着手してないのでできる）
3. Aが本件約定に基づき売買契約を解除した場合で、Aに債務不履行はなかったが、Bが手付の額を超える額の損害を受けたことを立証できるとき、Bは、その損害全部の賠償を請求することができる。（損害があれば賠償請求できる）
4. Bが本件約定に基づき売買契約を解除する場合は、Bは、Aに対して、単に口頭で手付の額の倍額を償還することを告げて受領を催告するだけでは足りず、これを現実に提供しなければならない。

解説

1. 民法557条 手付解除

誤り。手付の額について特に制限はない。

したがって、売買代金の額に比べて手付の額が僅少であっても、解約手付の約定をすることができる。解約手付について、額の制限はございません。極端に言えば、手付の額が1円でも構わないということです。ただ、手付の額が1円であれば、容易に手付解除が行われる危険がございます。ですから、実務においては、売買価格の1割ぐらいを目途に、金額を設定しています。

2. 民法557条1項、判例 履行の着手と手付解除

誤り。自らが履行に着手していても、相手方が履行に着手していなければ、解約手付による解除をすることができる。したがって、Bが履行に着手していなければ、Aが着手していたとしても、Aから解約することは可能である。なぜかと言いますと、契約の履行に着手している状態で、手付解除がなされると、その履行に着手している部分が損害となります。ですから、損害が出ないように契約の履行に着手すれば、手付解除ができないと、条文は規定しているのです。

ただ、自分の方だけが履行に着手している状態で、相手方が履行に着手していなければ、自分が手付解除しても、相手方に損害を与えることはありません。むしろ履行に着手している自分の方だけが損害を被るということになり、自分だけが損害を被ってでも、手付解除したいというなら、それは、認めてもいいのではないかとというのが、裁判所の考えなのです。ですから、記述は、Aだけが履行に着手している状態ですから、Aの方から、手付解除はできるとなります。手付解除については、民法557条を鵜呑みにしないよう十分注意してください。

3. 民法557条 手付解除

誤り。解約手付による解除があった場合、当事者は相手方に対して損害賠償を請求することはできない。手付解除と言うのは、そもそも買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を償還して、契約の解除をすることによって損害賠償されないシステム。

4. 判例 手付解除とは

正しい。売主が手付けの倍額を償還して売買契約を解除するためには、買主に対して現実の提供をすることを要する。受領を催告するだけでは、解除の効果は生じない。買主は、手付を現実に売主に提供していますから、売主も、手付解除を行おうとするのであれば、買主へ現実の提供をしなければ、不公平と言うものです。

平成11年度 問6 民法（停止条件）

←これから

AとBは、A所有の土地をBに売却する契約を締結し、その契約に「AがCからマンションを購入する契約を締結すること」を停止条件として付けた（仮登記の手続きは行っていない）場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

C

↓停止条件「AがCからマンションを購入する契約を締結すること」

売主A→買主B
土地売却

1. 停止条件の成否未定の間は、A B間の契約の効力は生じていない。
2. A B間の契約締結後に土地の時価が下落したため、停止条件の成就により不利益を受けることとなったBが、A C間の契約の締結を故意に妨害した場合、Aは、当該停止条件が成就したものとみなすことができる。（故意にその条件の成就を妨げる行為）
3. 停止条件の成否未定の間は、Aが当該A所有の土地をDに売却して所有権移転登記をしたとしても、Aは、Bに対して損害賠償義務を負うことはない。（債務不履行と「期待権—条件付権利」）
4. 停止条件の成否未定の間、Bが死亡した場合、Bの相続人は、A B間の契約における買主としての地位を承継することができる。（条件付法律行為での権利義務の相続）

解説

なぜ、このような停止条件付契約なんてするのでしょうか？AがCのマンションを購入してから、A Bの契約をすればいいと思いませんか？理由をひとつあげるなら、BがAの土地を欲しくてたまらないと言った場合が考えられます。AがCのマンションを購入した後に、Aの気が変わって、土地を売らないとか、B以外の第三者に土地を売るとかできないようにするために、BはAとの間で「停止条件付契約」を結んでいるのです。

解説

1. 民法127条1項 停止条件付法律行為の効力

正しい。停止条件付法律行為は、停止条件が成就した時からその効力を生ずる。逆に言えば、条件成就未定の間には効力は生じていない。AがCからマンションを購入できたら、AはBに土地を売りますと言う条件を付けたA B間の契約を「停止条件付契約」と言います。なぜ、このような停止条件付契約なんてするのでしょうか？AがCのマンションを購入してから、A Bの契約をすればいいと思いませんか？理由をひとつあげるなら、BがAの土地を欲しくてたまらないと言った場合が考えられます。AがCのマンションを購入した後に、Aの気が変わって、土地を売らないとか、B以外の第三者に土地を売るとかできないようにするために、BはAとの間で「停止条件付契約」を結んでいるのです。

そして、その停止条件付契約とは、以下のように効力が発生します。AがCのマンションを購入していない時点では、A B間の土地売買契約の効力は、原則ないということです。AがCのマンションを購入した時点で、自動的に、A B間の土地売買契約の効力が発生するということになります。

2. 民法130条 条件の成就の妨害

正しい。契約後に土地の相場が下落するのは買主Bのリスク。逆に土地の相場が上昇すればAのリスクになる。土地相場を予測することはできないので、売主も買主もリスクは対等で有利不利はない。それなのに、Bは不利になりそうだから犯則技を使ったら、停止条件は成就したとみなされる。

3. 民法128条 相手方利益の侵害の禁止

誤り。「停止条件付契約」で、条件が成就するまでは、その停止条件付契約の効力は、原則発生しない。では、記述のように、条件が成就していなければ、売主は何をしてもいいのとなれば、買主は気が気ではありません。Bにしてみれば、条件が成就すれば、Aの土地が手に入ると期待して、停止条件付契約を結んでいるのです。その期待を裏切る行為を容認することはできませんね。ですから、このような場合は、売主の裏切り行為だとして、買主は損害賠償請求することができます。

（別解）

誤り。停止条件が成就していなければ、売主Aは何をしてもいいわけではない。買主Bの期待を裏切る行為を容認することはできない。ここでも売主Aの裏切り行為に対して買主Bは損害賠償請求ができる。

4. 民法129条 条件の成否未定の間における権利の処分

その通り。相続人は、相続開始の時点で、被相続人の財産に関するすべての権利義務を継承するので、買主Bが死亡しても、Bの相続人が買主としての立場も相続するので、A B間の契約は有効。

平成11年度 問9 民法（不法行為・使用者責任）

Aの被用者Bが、Aの事業の執行につきCとの間の取引において不法行為をし、CからAに対し損害賠償の請求がされた場合のAの使用者責任に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Bの行為が、Bの職務行為そのものには属しない場合でも、その行為の外形から判断して、Bの職務の範囲内に属するものと認められるとき、Aは、Cに対して使用者責任を負うことがある。（ある）
2. Bが職務権限なくその行為を行っていることをCが知らなかった場合で、そのことにつきCに重大な過失があるとき、Aは、Cに対して使用者責任を負わない。（追わない）
3. Aが、Bの行為につきCに使用者責任を負う場合は、CのBに対する損害賠償請求権が消滅時効にかかったときでも、そのことによってAのCに対する損害賠償の義務が消滅することはない。（ない）
4. AがBの行為につきCに対して使用者責任を負う場合で、AがCに損害賠償金を支払ったときでも、Bに故意又は重大な過失があったときでなければ、Aは、Bに対して求償権を行使することができない。（できる）

解説

1. 民法715条1項。最判昭36.06.09 使用者責任の成立要件

正しい。Aの会社が、宅建業者だとし、そこでBが働いていて、実はBの担当部署は「賃貸」であるにもかかわらず、お客さんCと不動産売買契約を成立させ、その結果Cが損害を被ったとしましょう。宅建業者の事務所で働いてはいますが、Bの担当は賃貸ですから、職務の範囲外のことをCが行いましたので、使用者Aの責任ではありませんと、なり得ますか？ どう考えても、なり得ないと思えます。

2. 民法715条1項。最判昭42.11.02 使用者責任の成立要件

正しい。Cが宅建業者の事務所を訪れた時、「賃貸部門」と表示された大きいボードが天井から吊り下がっており、さらに、Bが差し出した名刺にも、賃貸担当と書かれていたとしましょう。このような状態の中で、Bを「売買担当」なんだと思う方がアホですよ。ですから、CがBに職務権限がないことを知っていたあるいは、知らなかったことに重大な過失があった場合は、使用者責任を問えないことになっています。

従って、記述は正しいです。

3. 規定なし 不真正連帯債務

正しい。使用者責任は、不法行為により損害を被った被害者に対して、加害者だけでは、その損害を賠償できないような事態にならないために、その使用者にも、損害を賠償させることができるというものです。つまり、ABはCに対して連帯債務を負っているということになります。ただ、不法行為による連帯債務は、通常の連帯債務と違って、より強力な「不真正連帯債務」となります。通常の連帯債務は、債務者の一人が、何か事由が生じたりした場合、その事由が、他の連帯債務者にも影響を及ぼしますが、不真正連帯債務の場合は、弁済以外の事由は、他の連帯債務者に影響を及ぼさないというものです。ですから、CのBに対する損害賠償請求権が消滅時効にかかったときでも、他の連帯債務者には、影響を及ぼさないのですから、AのCに対する損害賠償の義務が消滅することはないとなるのです。従って、記述は正しいです。

4. 民法715条3項 使用者から被使用者に対する求償権

誤り。不法行為により損害を被った被害者に対して、加害者だけは、その損害を賠償できないような事態にならないために、その使用者にも、損害を賠償させることができるというのが、使用者責任でした。ですが、現実には不法行為を行って、Cに損害を与えたのはBです。ですから、一番責められるのは、Bということになります。と考えれば、Aが、Bの代わりにCに損害賠償したと言う、理論も成り立つと思います。「あなたの代わりに支払ったのだから、その分返してよ」と言うのは、決しておかしくはない話だと理解できると思います。従って、Aは、Bに対して求償権を行使することができるとなります。

よって、記述は正しいです。なお、Bに故意や重過失の有無は問われません。なぜなら、故意や重過失でない不法行為により、損害を与えた場合であれば、賠償額で調整される話であって、求償できないとする話ではないからです。

平成10年度 問8 民法（契約解除）

Aが、Bに建物を3,000万円で売却した場合の**契約の解除**に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、**誤っている**ものはどれか。

1. Aが定められた履行期に引渡しをしない場合、Bは、3,000万円の提供を**しないで**、Aに対して履行の催告をしたうえで契約を解除できる。（できる）
2. Bが建物の引渡しを受けて入居したが、2ヵ月経過後**契約が解除**された場合、Bは、Aに建物の返還とともに、2ヵ月分の使用料相当額を支払う必要がある。（ある・原状回復）
3. Bが代金を支払った後Aが引渡しをしないうちに、**Aの過失で建物が焼失**した場合、Bは、Aに対し契約を解除して、代金の返還、その利息の支払い、引渡し不能による損害賠償の各請求をすることができる。（できる）
4. **特約**でBに留保された**解除権**の行使に期間の定めのない場合、Aが、Bに対し相当の期間内に解除するかどうか確答すべき旨を催告し、その期間内に解除の通知を受けなかったとき、Bは、契約を解除できなくなる。

建物3000万
売主A→買主B

解説

1. 判例 債務不履行による解除

誤り。双方の給付が同時履行の関係にある場合、反対給付の提供をしないで催告をしたとしても、その催告にもとづく契約解除は効力を生じない（最判昭29.07.27）。設問で、Bは自らの債務（3,000万円の支払い）の履行を提供し、売主Aの同時履行の抗弁権を消滅させない限り、契約を解除することができない。つまり、Bさんが3000円を提供して、Aさんの同時履行の抗弁権が使えないようにしないとダメ。3000万円を払わずに「家をよこせ!」といっても、「先に金を払え!」と言われるだけ。

2. 民法545条1項、判例 解除：不当利得返還義務

正しい。まず、契約が解除された場合、AB双方とも原状回復義務が課せられます。契約前の姿に戻しましょうと言うものです。つまり、売主Aは受取った売買代金をBに返還する、買主Bは建物を明け渡すことになる。さて、問題文は契約履行後2ヵ月後に契約解除となっています。と言うことは、Bは2ヵ月ほどの間、引渡を受けた建物に住んでいたということです。Aから原状回復として、売買代金の全額の返還をBが受けたとしたら、**2ヵ月間タダでAの建物に住んでいた**ということになります。これでは、この契約によって、Bだけが得をしたことになってしまいます。ですから、その得した分をAに返還してやる必要があると言うことです。これを、民法では不当利得の返還義務と言っています。従って、Bは、Aに建物の返還するとともに、2ヵ月分の使用料相当額を支払う必要があるとなるのです。

3. 民法543条、同法545条1項・2項 履行不能による契約解除

正しい。Bが代金支払い義務を履行していますから、Aは本来、建物の引渡しの義務を履行しなければいけません。しかし、Aの過失で建物が焼失していますから、建物の引渡しは不可能です。と言うことは、Aは**履行不能の状態**です。

ですから、BはAの履行不能による契約解除をすることができます。また、契約解除による、**原状回復**のため、支払った代金の返還とその間の利息、さらには損害賠償の請求も可能です。

4. 民法547条 解除権の消滅

4 正しい。解除権の行使について期間の定めがないときは、相手方は、解除権を有する者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に解除を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、その期間内に解除の通知を受けないときは、解除権は、消滅する。

平成8年度 問9 民法（契約解除）

Aが、B所有の建物を代金8,000万円で購入し、即日3,000万円を支払った場合で、残金は3か月後所有権移転登記及び引渡しと引換えに支払う旨の約定があるときに関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

1. Aは、**履行期前**でも、Bに残金を提供して建物の所有権移転登記及び引渡しを請求し、Bがこれに応じない場合、売買契約を解除することができる。（約束があるからダメ）
2. Bが、**履行期**に建物の所有権移転登記はしたが、**引渡しをしない**場合、特別の合意がない限り、Aは、少なくとも**残金の半額**2,500万円を支払わなければならない。（全部払って抗弁権封じ）
3. Bが、Aの代金支払いの**受領を拒否**してはいないが、履行期になっても**建物の所有権移転登記及び引渡しをしない**場合、Aは、Bに催告する**だけ**で売買契約を解除することができる。（残金払って抗弁権封じ）
4. Aが、履行期に残金を提供し、相当の期間を定めて建物の引渡しを請求したにもかかわらず、Bが建物の引渡しをしないので、AがCの建物を賃借せざるを得なかった場合、Aは、売買契約の解除のほか、損害賠償をBに請求することができる。（できる）

甲建物 8000万円（3000万支払い済み）
売主B→買主A（残金3ヶ月後所有権移転時）

解説

1. 民法412条1項 債務不履行による解除

誤り。設問では、売主Bが所有権移転登記と引渡しをする時期につき、「3か月後」と明確に定めている。このように確定期限がある場合、その期限が来るまで、売主の義務が履行遅滞となることはない。だから、買主AはBの債務不履行を理由として契約を解除することができない。Bは、3か月後まで売主の債務を履行する義務を負わない。言い換えれば、その期間は、建物を自由に利用することができる。これを「期限の利益」という（同法136条1項）。

2. 民法533条 同時履行の抗弁：基本構造

誤り。設問の売買契約では、売主の所有権移転及び引渡しの義務と、買主の残金支払義務との間に同時履行の関係があるから、Bが所有権移転登記のみをしたが、引渡しをしない場合、Aは一切の支払いをする必要がない。設問の「半額を支払わなければならない」というのがダメ。

3. 民法533条、他 債務不履行による解除

誤り。設問の売買契約では、買主の代金支払義務と売主の登記移転及び引渡しの義務は同時履行の関係にある。そして、同時履行の関係にある場合、反対給付の提供をしないで催告をしたとしても、その催告にもとづく契約解除は効力を生じない。だから、Aはまず代金の支払いについて履行の提供をして、Bの同時履行の抗弁権を消滅させ、その後催告を行わない限り、契約を解除することができない。ちなみに、**相手方があらかじめ弁済の受領を拒絶している場合**には、弁済の提供をしなくとも催告さえすれば、解除が可能である（最判昭34.08.28）。

（別解）判例そのままの問題で、わかりにくいと思いますが、ポイントは「Bが、Aの代金支払いの受領を拒否していない」という点です。Aが単に、Bに「契約の履行をしろ」と叫んでも、Bから「だったら残金を支払え」とAに、抗弁してきます。ですから、AはBから抗弁されないように、残金をBに提供して抗弁権を消滅させた上で、Bに履行を催促し、それでも履行しないようなら、最終手段として契約解除となります。従って、記述はAは、Bに催告するだけで売買契約を解除することができるとなっていますから、誤りだとなります。なお、「**Bが、Aの代金支払いの受領を拒否している**」場合は、残金の提供をしても受取るはずがないのですから、この場合は、Aは、Bに催告するだけで売買契約を解除することができます。

4. 民法545条3項 解除：損害賠償請求

正しい。解除権を行使したときでも、損害賠償の請求をすることができる（民法545条3項）。「引渡しを受けられない間、建物を賃借せざるを得なかった」というのであれば、その家賃相当額を損害として賠償する必要がある。

（別解）Aは、〇月〇日までに、Bから建物の引渡しを受けて、そこに住もうと考え、Bと契約＝約束をしたのです。Aは、今まで住んでいた賃貸アパートを解約していたかも知れませんが、だとすると、約束の日に建物を引渡ししてくれなければ、Aは住む場所を失うのです。住む場所を失えば、引渡してもらえない日まで、ホテルを借りるなど、本来使わなくていいお金を使わざるを得なくなってしまいます。これって、誰が原因ですか？ 誰の責任ですか？ 引渡の約束を破ったBの責任に決まっていますね。ですから、その損害は当然Bに請求することになるはずですが、また、どうしても引渡しをしないのであれば、Bとの契約は解除するしかありませんので、この場合は、損害賠償請求と契約解除を行わないと腹の虫が収まりませんよね。従って、記述は正しいとなります。

平成6年度 問6 民法（手付金と違約金）

Aは、Bから土地建物を購入する契約（代金5,000万円、手付300万円、違約金1,000万円）を、Bと締結し、手付を支払ったが、その後資金計画に支障を来し、残代金を支払うことができなくなった。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

1. 「Aのローンが某日までに成立しないとき、契約は解除される」旨の条項がその契約にあり、ローンがその日までに成立しない場合は、Aが解除の意思表示をしなくても、契約は効力を失う。（解除される＝自動的に失効する）
2. Aは、Bが履行に着手する前であれば、中間金を支払っていても、手付を放棄して契約を解除し、中間金の返還を求めることができる。（履行前ならできる）
3. Aの債務不履行を理由に契約が解除された場合、Aは、Bに対し違約金を支払わなければならないが、手付の返還を求めることはできる。（できる）
4. Aの債務不履行を理由に契約が解除された場合、Aは、実際の損害額が違約金よりも少なければ、これを立証して、違約金の減額を求めることができる。（できない）

甲地

売り主B→買い主A（代金5000万、手付300万、違約金1000万）

解説

1. 民法127条2項 条件が成就した場合の効果

正しい。実務をされている方は、簡単に判断できると思います。「Aのローンが某日までに成立しないとき、契約は解除される」旨の条項を、実務では「ローン特約」と言っています。これは、ローンの承認が得られない場合は、契約を解除されるという、解除条件を付けている契約だとなりますが、このような知識はこの問題では必要なくて、単に国語の問題です。もし、「契約は解除できる」となっていれば、解除するのかもしれないのは、Aの意思表示が必要となりますが、記述の条項は「契約は解除される」となっており、Aの意思表示に関係なく、ローンが某日までに成立しないときは、自動的に契約が解除されると判断できます。「解除される」なら自動的に効力を失う。「解除できる」なら意思表示が必要。

2. 民法557条1項。最判昭40.11.24 履行の着手と手付解除

正しい。条文は、当事者の一方（売主、買主のどちらか）が契約の履行に着手すれば、手付解除ができないと解すこともできます。ただ、最高裁は自分が履行に着手していても、相手方が、契約の履行に着手していなければ手付の解除はできると結論付けたのです。なぜ、最高裁はこのような判決を出したかと言いますと、手付解除によって、履行に着手している部分は損害となります。相手方の損害がない状態で、自分の損害だけを犠牲にして、手付解除をしたいとそこまで言うなら、それは、認めましようと言うことです。ですから、Aは中間金を支払うと言う履行に着手していても、Bが履行に着手する前であれば、手付解除が行えることとなります。また、買主Aが手付解除する場合は、差し出した手付金300万円のみを放棄すれば、行えます。手付解除となれば、売主、買主双方に原状回復義務が発生しますので、売主は中間金を受取っているのでしたら、返還する義務があるとなるのです。

3. 民法420条 手付解除とは

正しい。債務不履行により契約が解除された場合、Aは、もちろん予定した違約金を支払う必要がある。でも、手付は手付解除に備えて交付されているのであって、債務不履行に対するペナルティではない。したがって、債務不履行を理由に契約が解除された場合は、手付は不当利得となる。Bは、それを返還しなければならない。

4. 民法420条 損害賠償額の予定

誤り。損害賠償額の予定をした場合は、実際の損害額の多い少ないに関わらず、予定額の賠償額において清算される。実際の損害額が違約金より少ないとしても、その減額を求めることはできない。つまり、記述の場合は、違約金1,000万円と契約（約束）しています。ですから、実損額が少なくても、逆に、多くても、違約金1,000万円となります。従って、記述は誤りです。もし、違約金1,000万円と契約（約束）していなかった場合は、実損額を計算して、その額が違約金となります。ただ、この実損額を計算することが、大変な作業ですし、相手があることですからトラブルになるケースがままあります。その対策として、記述のように、契約において、あらかじめ、違約金の額を予定しておくケースが実務的には多いのです。

平成5年度 問7 民法(契約解除)

Aがその所有する土地建物をBに売却する契約をBと締結したが、その後Bが資金計画に支障を来し、Aが履行の提供をしても、Bが残代金の支払いをしないため、Aが契約を解除しようとする場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 Aは、Bに対し相当の期間を定めて履行を催告し、その期間内にBの履行がないときは、その契約を解除し、あわせて損害賠償の請求をすることができる。(できる)
- 2 AがBに対して履行を催告した場合において、その催告期間が不相当に短いときでも、催告の時より起算して客観的に相当の期間を経過して、Bの履行がないときは、Aは、改めて催告しなくても、その契約を解除することができる。(できる)
- 3 Aは、Bに対して契約を解除したときは、その後これを撤回することはできない。(できない)
- 4 AがBに対し相当の期間を定めて履行を催告した際、あわせて『催告期間内に履行がないときは、改めて解除の意思表示をしなくても、契約を解除する』との意思表示をし、かつ、その期間内にBの履行がない場合でも、Aがその契約を解除するには、改めて解除の意思表示をする必要がある。(ない)

解説

1. 民法第541条 解除権の行使と損害賠償請求

正しい。売主Aは、買主Bに、相当の期間を定めて履行の催告の後、履行がなければ、“契約の解除”をすることができます。そのために損害が発生していれば、あわせて“損害賠償の請求”をすることもできます(第545条3項)

2. 民法第541条 「相当な期間」とは

正しい。「相当な期間」は、それぞれの取引内容に応じて、債務の性質など具体的・客観的事情をみて見て決めることとなります。判例では、「①代金引き替えの約束で送付した商品の残代金約60万円について2日間」、「②1年分の延滞賃料支払いについて12月末日から1月10日まで」というのは、いずれも相当な期間であるとされています。その催告期間が不相当に短いときであっても、催告の時より起算して客観的に相当な期間を経過していれば、両者のバランス上の観点から、相当な期間内に履行がなされなかったとみなされ、売主Aは、「改めて催告することなく」「契約の解除」をすることができます。

3. 第540条1、2項 解除の撤回

正しい。解除権の行使は、相手方に対する一方的な意思表示でなされるため、相手方の利益の保護も考えなければならず、解除権を行使した後に撤回をすることはできません。また、原則として、条件を付すこともできません。

4. 第127条1項 停止条件付き解除の意思表示

誤り。売主Aは、買主Bに相当の期間を定めて履行の催告をしたとき、期間内にBの履行がないことを「停止条件(第127条1項)」とする契約解除の意思表示をしています。わかりやすくいえば、「期間内にBの履行があれば契約は続行し、期間内にBの履行がなければ契約は解除する」ということです。その結果として、Bの当該催告期間内の債務の不履行と同時に、“自動的に”解除の効力は生じるため、改めて催告の必要はありません。判例によれば、相手方を特に不利益にするものでなければ、解除の意思表示に条件をつけることは許されています。(大審院・明治43.12.9など)

どんなときに解除できるか—債務不履行による解除を見る視点

契約から生じる様々な債務のうち「中心的なものの不履行」だけが、解除権を発生させるという考え方を判例はとっている。〔大村敦志・基本民法2/有斐閣, 2003〕

①「履行遅滞による解除」→判例では債務者による帰責事由が必要だとしている。

当事者の一方がその債務を履行しないときは相手方は相当の期間を定めてその履行を催告し、もしその期間内に履行がないときは契約の解除をすることができる。(541条)

②「履行不能による解除」

履行の全部または一部が債務者の責に帰すべき事由によって不能となったときは債権者は契約の解除をすることができる。(543条)

(註) 履行不能、または債務不履行になった債権に着目して「債権者」、「債務者」という言葉を用いている。

平成4年 問8 民法(契約解除)

居住用不動産の売買契約の解除又は取消に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 当該不動産に隠れた瑕疵がある場合、居住の用に支障がなくても、買主は、当該契約を解除することができる。(契約の目的達成不能)
2. 買主が支払期日に代金を支払わない場合、売主は、不動産の引渡しについて履行の提供をしなくても、催告をすれば、当該契約を解除することができる。(履行しないとダメ)
3. 買主のローン不成立のときは契約を解除することができる旨の定めが当該契約にある場合において、ローンが不成立となったときは、売主がその事実を知っていても、買主が解除の意思表示をしないう限り、契約は解除されない。(することができる=意思表示必要)
4. 当該契約の締結は、第三者の詐欺によるものであったとして、買主が契約を取消した場合、買主は、まず登記の抹消手続きを終えなければ、代金返還を請求することができない。(同時履行)

解説

1. 民法第570条 隠れた瑕疵による解除

誤り。隠れた瑕疵では、「契約の目的を達成できない場合」に限り、解除することができる。売買契約の目的物に「隠れた瑕疵(キズ)」があり、そのために「契約の目的が達成できないときに限り」買主は「契約の解除」ができます。

しかし、曲がりなりにもその目的が達成(=居住の用に支障がない)できていれば、契約の解除はできず、「損害賠償の請求」にとどまります。

2. 民法533条 同時履行の抗弁権

誤り。「債務不履行による解除」では、債務の本旨に従った履行の提供をして、相手方の同時履行の抗弁権を失わせておく必要がある。売買契約は「双務契約(お互いに引渡義務と代金支払義務がある契約で、同時に履行する義務がある:第533条)」であり、相手方が履行の提供をするまでは、自己の債務の履行を拒むことができます。しかし、たとえ買主が支払期日に代金を支払わなくても、売主は少なくとも不動産引渡しの履行の提供をしなければ、両者のバランス上において、買主は履行の遅滞とはなりません。したがって、本肢の設定では、売主は契約の解除をすることはできません。売主が履行の提供をしないで買主に代金支払いの催告をしても、買主に同時履行の抗弁権があり、買主が履行遅滞に陥っていない場合は、売主は契約を解除することはできない(最高裁・昭和51.12.2)。

3. 民法540条 解除権を持っている場合の意思表示

正しい。「解除することができる」=「意思表示が必要」という日本語の問題。法律的には、債務不履行による解除は、要件を満たした場合に債権者に解除権が成立し、この解除権を行使する解除を「法定解除」といい、類似したほかの制度と区別しています。(法定解除としては、「債務不履行」によるもののほかに、「瑕疵担保責任」や「法律が個別に解除権を定めている場合」など幾つかあります。設問のように、当事者の合意によってあらかじめ解除権を留保しておき、この留保していた解除権を行使することによって解除することを約定解除といいます。「買主のローンが不成立のときは契約を解除することができる旨の定め」を特約ですることができます。この特約では買主が解除権を留保しているので、「解除権留保型のローン特約」と呼ばれます。この場合の買主は、ローンを予定していた金融機関から融資が得られなくても、例えば「親から融資を受けられた」、「たまたま大金が入った」その他など、当該契約を続行したい場合もあります。このため、ローン不成立であっても解除しなくてもいいようにしているのです。しかし、この「解除権留保型のローン特約」があっても、解除するには、相手方に対する意思表示によらなければなりません。(契約または法律の規定によって当事者の一方が「解除権」を持っているとき)(第540条)

4. 民法96条、判例 詐欺による取消しでの「登記の抹消手続」と「代金返還」は同時履行の関係

誤り。取消しでの「登記の抹消手続」と「代金返還」は同時履行の関係に立つ。第三者の詐欺により意思表示した場合、相手方がそのことに悪意なら、表意者は取り消すことができます。法律行為(契約)が取り消されるとその効力は、遡及効により、初めから生じなかったものとみなされ(121条)、履行されているものがあれば返還する義務が生じます。[履行されていなければ履行の必要がなくなるだけです。]判例によれば、売買契約が第三者による詐欺で取消されたとき、登記の抹消手続と代金返還は「同時履行」の関係に立つ、とされています。(最高裁・昭和47.9.7)←本肢はこの判例をソノママ出題しています。知るか!?

平成4年度 問7 民法(契約解除)

不動産の売買契約における手付に関する次の記述は、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 当該契約が宅地建物取引業者の媒介によるものであるときは、契約に別段の定めがあっても、手付は解約手付となる。
- 2 解約手付の契約は、売買契約と同時に締結しなければ、効力を生じない。
- 3 買主が手付を交付した後、契約に基づいて中間金の支払いを済ませた場合でも、契約に別段の定めがなく、売主が履行に着手していなければ、買主は、手付を放棄して、当該契約を解除することができる。
- 4 買主が手付を交付した後、売主の責めに帰すべき事由により売主の債務が履行不能となった場合において、損害賠償額の定めがないときは、その額は手付の倍額とされる。(手付は無関係)

解説

1. 判例 解約手付の推定と別段の定め

誤り。「宅地建物取引業者の媒介」というのは、この取引が非・宅建業者間のものであることを暗示しており、この問題全体としては宅建業法の規定ではなく、“民法の規定及び判例”に従うことになりません。手付の交付は当事者間に定めがない場合は「解約(かいはく)手付」と推定(判例)されますが、契約を締結した証拠としての「証約(しょうやく)手付」、債務不履行の場合の「違約(いやく)手付」などの「別段の定め」があればその定めに従います。

2. 判例 手付契約の締結時期

誤り。「解約手付」の契約は、売買契約にもとづいた「別の特約」であり、当該売買契約が終了しないうちは、売買契約と異なる時期に解約手付の契約をすることもでき、その効力に変わりありません。なお、売買契約と同時に締結しないと効力を生じないのは、「買戻しの特約(第579条)」です。

3. 判例 手付放棄による解除の時期

正しい。自らが契約の履行に着手していても、相手方が着手前であれば、「買主は、手付を放棄して」、「売主は、手付の倍額を支払うことによって」解除できる。解約手付による解除については、条文規定(第557条)によれば、当事者の一方が履行に着手するまで解約できるとなっています。しかし、判例によれば、解約手付が交付されたとき、自己が履行に着手していても、相手方が履行に着手するまでの間は、手付解約をすることができる、とされています。(最高裁・昭和40.11.24)(判例では、“当事者の一方”を「解除される側」を意味すると解釈しています。つまり、『履行に着手した者に対しては手付による解除はできない』ということです。)本肢の場合、解除しようとしている買主が、“中間金支払い”という履行に着手していても、相手方の売主はまだ履行に着手していないので、相手方の立場を裏切るものとは解されず、また別段の定めもないため、この場合の買主は手付放棄で解除できます。

4. 第416条 債務不履行(履行不能)による解除での損害賠償

誤り。本肢での損害賠償は債務不履行によるものであり、手付の倍戻しを規定している民法第557条の規定とは別のものです。損害賠償額の予定をしていなかったとき、原則として債務者は通常生ずるべき範囲内の実際の損害額を賠償することになります(第416条)。したがって、民法の規定および判例のどちらによっても、損害賠償額と手付金額とは連動していませんから、本肢は×になります。

平成27年	問8
平成24年	問8
平成23年	問2
平成22年	問6
平成18年	問3
平成15年	問2
平成15年	問9
平成14年	問7
平成14年	問8
平成12年	問7
平成11年	問6
平成11年	問9
平成10年	問8
平成8年	問9
平成6年	問6
平成5年	問7
平成4年	問8
平成4年	問7

9 条件と期限

26-1 条件とは何か

条件＝法律行為の効力の発生や消滅を将来の成否不確定な事実にかからせる意思表示
条件付法律行為＝条件がつけられた法律行為

26-2 停止条件と解除条件

法律行為の効力の発生を将来の成否不確定な事実にかからせる意思表示＝**停止**条件
法律行為の効力の消滅を将来の成否不確定な事実にかからせる意思表示＝**解除**条件

- * 停止条件が成就すれば法律行為はその時点で効力を発生する（127条1項）
- * 解除条件が成就すれば法律行為はその時点で効力を消滅する（127条2項）
- * 当事者の合意でその効力の発生・消滅を条件成就以前に遡らせることができる（127条3項）

・「建設条件付き土地」や「借地権付き土地」などの売買契約が停止条件に当たる。

・「停止」の命名がおかしいね

26-3 条件をつけられない場合

- ①条件をつけると「強行法規」や「公序良俗に反する」場合
- ②単独行為の場合（条件をつけても相手方に著しく不利にならない場合は条件を付けられる・通説）
 - * 強行法規＝法令の規定のうちでそれに反する当事者間の合意の如何を問わずに適用される規定で強行規定ともいう。
 - * 任意法規＝契約などによって変更することが認められている規定で任意規定ともいう。
 - * 単独行為＝一人の人間の一方的な意思表示で成立する法律行為

法律行為 { 契約
 単独行為＝契約の解除、債務の免除、放棄、遺言
 合同行為＝社団法人の設立、会社総会による定款の設立・解散

26-4 当事者の期待権

期待権＝条件付法律行為において、条件が成就すれば一定の利益を受けるとの当事者の期待
条件が成就するかどうか不明の間に相手方の利益を害することをしてはいけない（128条）
条件の成就によって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨害した場合には、相手方はその条件を成就したものとみなすことができる（130条）
条件付権利義務は一般の規定に従い処分、相続、保存、担保することができる（129条）

* 担保する＝ほぼ等価のもので保証すること

26-5 既成条件、不法条件、不能条件、純粹随意条件（131～134条）

既成条件＝すでに確定している過去の事実を条件とする場合。「条件」とは「将来の成否不確定な事実にかからせる意思表示」じゃなければならないので本来の条件の意味からはずれる。
・昨日東京に雨が降ったならば

不法条件＝そのために法律行為自体が不法性を帯びるような条件

・Aを殴ってきたならば

不能条件＝実現できないことが確定している事実を内容とする条件

・エジソンをここに連れてこれたら

純粹随意条件＝条件の成否が単に一方の当事者の意志のみにかかるような条件

- ①停止条件の成否が債務者の意志のみにかかる場合
- ②解除条件の成否が債務者の意志のみにかかる場合
- ③停止条件の成否が債権者の意志のみにかかる場合
- ④解除条件の成否が債権者の意志のみにかかる場合

債務者＝権利を失ったり、債務を負担する（お金の支払いを要求される）ことになる者。

債権者＝権利を取得（お金を出す）したり、債権を持つ（お金を貸して、そのお金の支払いを要求できる）者

①Aが家をBに贈与する（Aは家の所有権を失うので「債務者」、Bは家の所有権を得るので「債権者」）場合、「将来Aが与えようと思ったときに与える」という条件を付けること。

②Aが家をBに贈与する場合、「将来Bが返そうと思ったときには返す」という条件を付けること。
（？Bは債権者では？）

③AがBに家を買ってくれと申し込んだ（Bはお金を払って所有権を取得するので「債権者」、Aは家の所有権を失うので「債務者」）場合、Bが「その家を調査した後、気に入ったら買う」という条件を付けること。

④Aが家をBに贈与する場合、「将来Aが返却して欲しいと思ったときには返す」という条件を付けること。（？Aは債務者では？）

27-1 期限とは何か

期限＝法律行為の効力の発生や消滅または法律行為から生じる債務の履行を将来到来することが確実な事実の発生にかからせる意思表示

(条件＝法律行為の効力の発生や消滅を将来の成否不確定な事実にかからせる意思表示)

始期(しき)＝法律行為の効力の発生または法律行為から生じる債務の履行

終期(しゅうき)＝法律行為の効果の消滅

確定期限＝到来時期が確定しているもの

- ・ 来年の5月5日

不確定期限＝到来時期が不確定なもの

- ・ 来年札幌に初雪が降ったとき

27-2 期限をつけられない場合

効果が直ちに発生する必要があるもの

- ・ 婚姻や養子縁組などの**家族編上**の行為

(条件をつけられない場合)

- ・ 条件をつけると「強行法規」や「公序良俗に反する」場合
- ・ 単独行為の場合(条件をつけても相手方に著しく不利にならない場合は条件を付けられ

27-3 期限の利益とは何か(136条・137条)

期限のつけられた法律行為は、その効力の発生や消滅または債務の履行は期限が来るまで猶予(延期)される。

期限の利益＝期限をつけた結果当事者が受ける利益

「期限の利益」は「特約」がない限りは債務者側にあるものと推定する(137条)

- * 特約＝当事者間で特別になされた合意や約束

期限の利益の喪失

- ・ 債務者が破産手続き開始の決定を受けたとき
- ・ 債務者が担保を消失させたり、損傷させたり、またはこれを減少させたとき
- ・ 債務者が担保を提供する義務があるのに提供しないとき

* 期限の利益は放棄しても良いが、それにより相手方の利益を害することはできない(136条2項)

例 Bに借金を返さねばならないAが「来年3月末日までに返せばよい」という期限を付けてもらう場合。Bは期限の利益を放棄できるが、利息を支払うことになっている場合にはAの利益が損なわれるので、Bは利息を支払わねばならない。

10 期間の計算

28-1 起算点と満了点

期間＝ある時点からある時点までの継続した時の区分

①時・分・秒を単位とする計算＝即時より起算点になる（139条）

②日・週・月・年を単位とする計算＝初日が完全に24時間あるとき以外は初日を数えない（140条）

★平成21年1月8日午前0時から起算

例平成21年1月8日午後1時に「今から3日間」＝初日が24時間ないので、初日を数えず1月9日午前0時が起算点、1月11日が末日としその午後12時が満了点となる。

③月・年で期間を定めたら

日数に換算せずに暦に従って計算する（143条）

月または年の最初から期間を起算しない場合は、起算日に相当する日の前日を末日とする。

（143条2項）★平成21年1月1日午前0時から起算

例平成21年1月8日午後1時に「今から3ヶ月間」＝1月の最初から起算できないので、1月9日午前0時を起算点、3月9日の前日である3月8日を末日としその午後12時が満了点となる。

例平成21年1月8日午後1時に「今から1年後」＝21年の1月1日から起算できないので、1月9日午後0時を起算点、暦で平成21年1月8日に相当する1年後日は平成22年1月8日、その前日1月7日を末日とし、その午後12時が満了点となる。

④末日が日曜・祝日・その他の休日に当たるときで、その日には取引をしない慣習であれば、その次の日を末日にする（142条）

28-2 年齢の数え方

年齢計算に関する法律＝初日も数える

例平成21年1月8日午後11時59分に生まれた人が二十歳になるのは、例え1分であっても初日も数えるので、平成41年1月7日午後12時。

第2部 民法総則

1 1 時効

■ 29-1 時効とは

【時効】ある状態が一定期間続いた場合、たとえその状態が真実の利権関係とは違っていてもそれを認めようとする制度

時効 { 取得時効=権利を取得する場合
消滅時効=権利が消滅する場合

事例 Aが土地を放置している場合、Bが一定期間所有の意志をもって平穩かつ公然と占有することにより土地の所有権をAから取得すること=取得時効

事例 AがBに金を貸していて、Aが一定期間返せと言わずに放置している場合、Aに金を返せと言う権利が消滅してしまうこと=消滅時効

*一定期間が経過して時効が完成する場合、<権利の取得>は時効完成時ではなく時効期間開始時に遡る(144条)

条文 (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。

*時効制度の必要性

- ① **長く続いた状態**を社会一般の人が正当なものだと信賴し、その上に様々な法律関係を築き、それを壊すことは社会の法律関係を不安定にするから、
- ② **長く続いた状態**は、それが真実ではなくても、それを証明するのは困難であるから。
- ③ **権利の上に眠る者**は保護されない=権利を行使せずに放置する者は保護する価値はない。

原則 (取得時効)

他人の物を自分の所有物にする意思で次の期間占有し続けると、所有権等(地上権・地役権)の権利を起算日にさかのぼって取得することができる。

- ① 人の物だということを占有開始時に全く知らなかったら(善意無過失) 10年
- ② それ以外なら(悪意・善意有過失) 20年

*①の場合について、善意無過失でないといけないのは占有開始時だけであり、その後悪意になっても、占有期間は20年に延長されない。

*時効の効力は、時効の期間が満了し、時効が完成すると、時効完成時ではなく起算日(占有を開始した日)にさかのぼって発生する。

条文 (所有権の取得時効) 第162条

20年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得する。

2 10年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その所有権を取得する。

事例

飯地の土地を水上が善意無過失で7年間占有し、その後水上が兼信に3年間賃貸した場合、水上は飯地の土地を時効取得できる(善意無過失の占有期間10年=占有7年+賃貸3年)。

事例

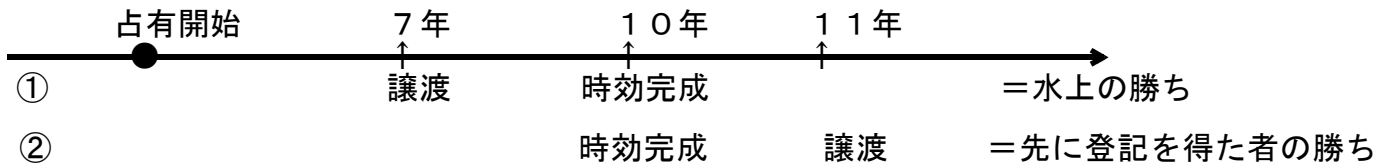
水上が藪下の飯地の土地を自分の所有物にする意思で7年間占有し、その後水上がこの土地を兼信に譲渡した場合、兼信がこの土地を時効取得しようとする時、

水上	兼信	取得時効完成まであと何年	備考
善意無過失	善意無過失	3年	占有開始時に善意無過失なら、その後悪意になっても占有期間は10年で良い。
	悪意か善意有過失	3年	
悪意か善意有過失	善意無過失	10年	占有開始時に悪意なら20年だから、7年を引いて13年占有する必要がある。でも自分が善意無過失なら自分だけの10年で良い。
	悪意か善意有過失	13年	

事例

水上が藪下の飯地の土地を時効取得する場合、水上が善意無過失で占有を開始して7年後に藪下が土地を兼信に譲渡し、その3年後に時効が完成したとき、兼信が所有権の移転登記をしてもしなくても、飯地の土地は水上の物になる。

一方、水上が善意無過失で占有を開始して10年が経ち、水上の時効が完成して1年後に藪下が土地を兼信に土地を譲渡したとき、飯地の土地は水上か兼信のうち先に登記を行った者のものになる。



事例

29-2 援用権者の「時効の援用」

時効が完全な効力を生じるためには、「時効によって利益を受ける者」(＝援用権者)が「時効の成立を主張」(＝時効の援用)しなくてはならない(145条)

29-3 時効の利益の放棄(146条)

時効の利益の放棄は、「時効期間進行前」や「時効期間進行中」ではなく、「時効完成后」でないとできない(146条)

時効期間は延長契約は結べないが、短縮することはできる(通説)

29-4 時効の中断(147条～157条)

時効の中断＝時効によって権利を失う前に打つ時効の成立を防ぐ手段
＝完成しつつある時効の進行を中断すること

時効が中断すること＝それまで進行してきた時効期間の効力が失われ、全く新たな時効が1から進行する(157条1項)

時効を中断できる事由(中断事由)

- ① 請求
- ② 差押え、仮差押、仮処分
- ③ 承認

- 請求 {
- 裁判上の請求(149条)
 - 支払督促(150条)
 - 和解の申立(151条)
 - 調停の申立(151条)
 - 破産手続参加(152条)
 - 催告(153条)

裁判上の請求を行っても、その訴えが却下された場合は中断の効力は生じない(149条)

裁判上の請求によって中断した時効は、裁判が確定するまで中断状況が続き、確定した時点から新たな時効が1から進行する(157条2項)

催告は「裁判外での請求」だから、「裁判上の請求」がなされない限り中断の効力は生じない(153条)

承認＝債権の存在を知っている旨を相手方に表示すること

29-5 時効の停止(158条～161条)

時効の停止＝特定の場合に時効の完成を一定期間猶予すること。今まで進行してきた時効期間が無効にはならない。

<特定の場合>

- ・法定代理人のいない未成年者や成年被後見人に対する権利の場合(158条1項)
- ・財産管理者に対する未成年・成年被後見人の権利の場合(158条2項)
 - ・夫婦間の権利の場合(159条)
 - ・相続財産に関する権利の場合(160条)
 - ・天災事変の場合(161条)

30-1 所有権の取得時効

* 所有権の取得時効＝他人の物を所有の意思を持って(自主占有)、一定期間、平穩にかつ公然と占有することによって所有権を取得する制度。預かる意思や借りている意思(他主占有)で占有しているだけでは取得時効にはならない。

一定期間＝①占有を始めたときに自分に所有権があると信じ(善意)、かつそう信じたことに過失のない(無過失)時には10年。②悪意または有過失の時には20年

* 所有権以外の取得時効＝所有権以外の財産権を、自己のためにする意思をもって、一定期間、平穩にかつ公然と行使することによりその財産権を取得する制度（163条）

- 占有を伴う権利では占有（自己のためにする意思をもって）
- 占有を伴わない権利では事実上の権利行使（準占有）

一定期間＝①財産権の行使を始めたとき、その財産権が自分の物であると信じ（善意）、かつそう信じたことに過失のない（無過失）ときは10年。②悪意または有過失の時には20年。

所有権以外の財産権

- 地上権＝他人の所有する土地を使用する権利
- 永小作権＝他人の土地で小作料を払い耕作又は牧畜をする物権
- 地役権＝他人の土地を利用する権利
- 賃借権＝賃貸借契約に基づいて賃借人が目的物を使用収益できる権利＝住居の所有者が変わっても賃借権により保護される

3 1 - 1 消滅時効の進行

消滅時効＝権利を行使できるにもかかわらず行使しない状態が一定期間続いたため、これまで持っていた権利が消滅する制度で、権利を行使することができる時から進行する。

- ①確定期限のある債権＝期限の到来したとき
- ②不確定期限のある債権＝期限の到来したとき
- ③期限の定めのない債権＝債権の成立したとき
- ④停止条件付債券＝条件成就のとき

3 1 - 2 消滅時効になるまでの期間

債券＝原則として10年で消滅時効にかかる（167条）

債券以外の財産＝20年（167条2項）

* 債権＝ある人が別のある人に対してお金の支払いなどの特定の要求をできる権利。

* 債権者＝債権を持つ人

* 債務者＝債権によって要求を受ける人

* 債権は目に見えない"権利"を表す言葉。債権を目に見えるようにしたのが債券

<例外>

5年＝年またはこれより短い時期をもって定めた正規給付債券（169条）

3年＝医者の治療費など（169条）

2年＝弁護士・弁護士法人・公証人の費用、学校の授業料（172条・173条）

1年＝月以下の期間を定めた使用人の給料や労働報酬、運送費、旅館の宿泊料、料理店などの飲食料（174条）

確定判決やそれと同一の効力を持つ裁判上の和解や調停によって確定した権利は、権利そのものとしては10年よりも短い消滅時効期間の定めがあっても、その消滅時効期間は10年となる（174条の2第1項）。ただし確定当時まだ弁済期がきていない債券は除く（174条の2第2項）

例 飲食料は、飲食店が1年間請求しなければ消滅時効になるが、飲食店側が客を相手に料金支払いの訴訟を起こし、それに勝訴した場合は時効期間は10年に延長される。

3 1 - 3 消滅時効にかからない権利

消滅時効にかからない権利＝所有権、占有権、質権

自己所有の土地を長期間にわたって使用せずに放置していたとしても、この土地の所有権が消滅時効にかかることはない。取得時効の反射的效果として所有権を失うことはあるが、消滅時効によって所有権を失うことはない（民法167条2項）。

取得時効完成前（後）の第三者との対抗問題

<取得時効完成前の第三者B>

Aが所有する土地をCが善意無過失で占有を開始。占有時効完成前にAは土地をBに売却し、Bが所有権の移転登記をおこなった。その後もCは占有を続け、時効が完成した。この場合、Bが先に登記をしているのだが、その後に取得時効が完成したCは所有権をBに主張（対抗）できる。占有者Cは取得時効が完成すれば、占有者Cに登記がなくてもBに対抗できる。

C
↓ ①占有、③時効完成

A→B

②売却、登記

<取得時効完成後の第三者B>

Aが所有する土地をCが善意無過失で占有を開始。占有時効完成後に、Aがその土地をBに売却した。この場合、時効完成によって土地の所有権は占有者Cに移転していて、Aがその土地をBに売却したら、Aを中心としてBとCに二重譲渡したことになる。よって、先に登記をした方が相手方に対抗（所有権を主張）できる。

C
↓ ①占有、②時効完成

A→B

③売却

第 144 条

(時効の効力)
第百四十四条 時効の効力は、その起算日にさかのぼる。

解説

時効の起算点は、消滅時効の場合「権利を行使できる時」であり、取得時効の場合「占有を開始した時点」である。
時効には遡及効がある。
消滅時効の場合、例えば借金について消滅時効が完成すれば起算日にさかのぼって、それはなかったことになるので、利息や遅延損害金を払わなくてもよくなる。
取得時効の場合には、起算日からその権利(所有権とか)をもっていたことになる。また、これは原始取得※になる。つまり、土地を時効取得したら、たとえその土地に抵当権等の担保権などが付着していたとしても、それらのない土地の所有権を取得することになる。
※ 原始取得とは、ある権利を他人の権利に基づかないで取得すること。

第 145 条

(時効の援用)
第百四十五条 時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない。

解説

時効が完成すれば、自動的に借金がなくなったり、所有権が手に入ったりするわけではない。**時効の援用**(時効消滅なり時効取得なりの主張)をして、はじめてそうなる。
例えば、Aから15年前に借金していたBが返済を求められ、払わないでいたところAは裁判を起こしたとする。ここでBが何も言わないと裁判官は、「確かにBはAから借金をしている。よって返済を命じる。」と判決を下す。一方、Bが「Aからの借金は15年前なので消滅時効の成立を主張します(時効の援用)。」と言え、裁判官は、「Aからの借金は時効により消滅した。よって返済しなくてもよい。」と判決するわけ。
時効の援用権者について、時々出題がある。

【判例】 時効の援用権者は、時効により直接に利益を受ける者をいう。
通説では、「時効により直接又は間接に利益を受ける者」なので、これをヒッカケ的に誤りの肢にしてくる可能性がある。

《時効の援用権者にあたる具体例》

- ・債務者
- ・(主たる債務の時効が完成したときの)保証人、連帯保証人、物上保証人、抵当不動産の第三取得者(判例)

《時効の援用権者にあたらぬ具体例》

- ・先順位抵当権者の被担保債権の消滅について後順位抵当権者(判例)
- ・土地所有権の取得時効について、その土地上の家屋賃借人(判例)

【判例】 消滅時効完成後に債務承認をしたら、たとえ時効完成を知らずにしたとしても、もはや信義則上※、時効の援用はできなくなる。

時効完成を知らないでうっかり、「そのうち払う」とか「次のボーナスまでまって」とか言っちゃたり、「いま持ち合わせがないのでとりあえずこれだけ払う(一部弁済)」なんてしちゃったら、もう時効援用はできませんということ。

もちろん、その後あらたに時効が完成すれば話は別。承認後、再度時効が完成すればそれは援用できる。
※ 債権者からすると、時効が完成しているのに、債務者が「払います」とか「待ってくれ」とか言う(債務承認する)ということは、債務者には時効の援用をする気はないのだなという期待を持つことになるから、その期待を裏切るとは信義則に違反することになるわけ。

【判例】 時効の援用の効果は相対的である。他の援用権者には影響しない。

第 146 条

(時効の利益の放棄)
第百四十六条 時効の利益は、あらかじめ放棄することができない。

解説

この規定がないと、債権者は債務者に事前放棄を求めることになるのが当然であり、そうなると時効制度の趣旨が没却してしまう。
時効完成後に放棄をすることは 145 条の趣旨にも合致し、有効である。
放棄の効果は相対的であり、放棄したものだけが援用権を失う。たとえば、主たる債務者が放棄をしても、その保証人や物上保証人は時効援用できる。
なお、前条のところでふれた「時効完成後の債務承認」と、この時効利益の放棄がごっちゃになりやすいので、べつものと理解しておくこと。
時効利益の放棄は、時効の完成を知ってなすものである。したがって、時効完成後に、それを知ってなす債務承認は、時効利益の放棄となりうる。
一方、時効完成後に、それを知らずになす債務承認は時効利益の放棄にはならない。しかし、時効完成後に債務承認があった場合に、時効の援用の認めるのは、前述のとおり債権者の期待を害することになるので具合が悪い。そこで知っていようが知らなかりうが「時効完成後の債務承認」をしてしまったら、信義則上時効の援用を許さないことにしている（前条であげた判例）。

第 147 条

(時効の中断事由)
第百四十七条 時効は、次に掲げる事由によって中断する。

- 一 請求
- 二 差押え、仮差押え又は仮処分
- 三 承認

解説

時効が中断すると、一時停止するのではなく、振り出しに戻る。つまり、「はい、また 20 年がんばりましょう」とかになる。

請求には、a.裁判上の請求（訴えを提起するなど）と、b.裁判外の請求（払ってよと言うとか、請求書を送りつけるとか）、がある。そして、ここで b.裁判外の請求は催告（153）となり、弱い中断効しかない。

承認とは、権利の不存在（取得時効）や権利の存在（消滅時効）を権利者に対して表示すること。たとえば、取得時効の場合、私のものではないと認める。消滅時効の場合、借金があることを認める。

【判例】 一部弁済する、利息の一部を払う、弁済の猶予を頼むなどは承認にあたる。

未成年者が単独でした債務承認は、取消できる。

あと、おおざっぱに、裁判上の請求などは、却下とか取下げとか、なにかけちがついたら中断効がなくなるとだけ覚えておこう。下にいちおう条文をあげておくが逐一憶えなくてもいい。

なお取得時効には、上記以外にも、占有の中止等が時効中断事由となる。

(占有の中止等による取得時効の中断)

第百六十四条 第百六十二条の規定による時効は、占有者が任意にその占有を中止し、又は他人によってその占有を奪われたときは、中断する。

H7 問 3

H21 問 3

【参考】

(裁判上の請求)

第百四十九条 裁判上の請求は、訴えの却下又は取下げの場合には、時効の中断の効力を生じない。

(支払督促)

第百五十条 支払督促は、債権者が民事訴訟法第三百九十二条に規定する期間内に仮執行の宣言の申立てをしないことによりその効力を失うときは、時効の中断の効力を生じない。

(和解及び調停の申立て)

第百五十一条 和解の申立て又は民事調停法（昭和二十六年法律第二百二十二号）若しくは家事事件手続法（平成二十三年法律第五十二号）による調停の申立ては、相手方が出頭せず、又は和解若しくは調停が調わないときは、一箇月以内に訴えを提起しなければ、時効の中断の効力を生じない。

(破産手続参加等)

第百五十二条 破産手続参加、再生手続参加又は更生手続参加は、債権者がその届出を取り下げ、又はその届出が却下されたときは、時効の中断の効力を生じない。

(差押え、仮差押え及び仮処分)

第百五十四条 差押え、仮差押え及び仮処分は、権利者の請求により又は法律の規定に従わないことにより取り消されたときは、時効の中断の効力を生じない。

第 153 条

(催告)

第一百五十三条 催告は、六箇月以内に、裁判上の請求、支払督促の申立て、和解の申立て、民事調停法若しくは家事事件手続法による調停の申立て、破産手続参加、再生手続参加、更生手続参加、差押え、仮差押え又は仮処分をしなければ、時効の中断の効力を生じない。

解説

我々が日常語で請求といえ、ば、「お金はらってよ」「お金かえしてよ」と言ったり、請求書を送りつけたりすることであるが、これらは裁判外の請求であり、ここではこの催告にあたる。条文のとおり、いわば6ヶ月の猶予期間が与えられ、その期間内に法的な強力な手段にうったえてはじめて、催告時点における中断がおこる。

【判例】 催告後6ヶ月以内に、再度催告しただけなら時効は中断しない。(時効は完成してしまう)

第 162 条

(所有権の取得時効)

第一百六十二条 二十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得する。

2 十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その所有権を取得する。

解説

所有の意思とは、目的物を自分の物として取り扱うこと。他人の物を借りている場合には、所有の意思はないことになる。

他人の土地の占有者がその土地を第三者に賃貸しているときも、間接占有として、占有継続が認められる。

占有開始時点で、善意無過失であれば、その後悪意になったとして10年で時効取得する。

【判例】 2項に「他人の物」とあるのは、一般的な例示であり、自分の物を時効取得できないという意味ではない。自己物も時効取得できる。

【判例】 物の一部(たとえば一筆の土地の一部)についても時効取得できる。

第 163 条

(所有権以外の財産権の取得時効)

第一百六十三条 所有権以外の財産権を、自己のためにする意思をもって、平穩に、かつ、公然と行使する者は、前条の区別に従い二十年又は十年を経過した後、その権利を取得する。

解説

所有権以外の財産権で時効取得が認められるものとして、

1. 地上権、地役権、質権など

2. 不動産賃借権(判例)

不動産賃借権を時効取得するという状況がイメージしにくいと思うので、例で説明する。

Aは甲土地とそれに隣接する乙土地を所有していた。AはBと甲土地の賃貸借契約を結んだ。Bは、甲乙両土地あわせて甲土地と思い違いをして、両土地にまたがる家を建てて住んでいた。その後相当の期間が経過してからAが現地を見たところ、貸していない乙土地の上にも建物が建っているのを見つけ、怒ったAは乙土地上の建物を収去せよ(乙土地の所有権に基づく妨害排除請求)とBに請求した。困ったBは、乙土地の賃借権について時効による取得を主張した。そこで裁判所はBの主張を認めた。

第 166 条、第 167 条

(消滅時効の進行等)

第百六十六条 消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する。

2 前項の規定は、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、その時効を中断するため、いつでも占有者の承認を求めることができる。

(債権等の消滅時効)

第百六十七条 債権は、十年間行使しないときは、消滅する。

2 債権又は所有権以外の財産権は、二十年間行使しないときは、消滅する。

解説

「権利を行使できる時」とは、
確定期限の債権は、期限到来時
不確定期限の債権は、期限到来時 (履行遅滞の「知ったとき」と混乱しないこと)
期限の定めのない債権は、原則として債権成立時 ※
債務不履行の損害賠償請求権は、本来の履行を請求できるとき
不法行為による損害賠償請求権は、被害者又は法定代理人が損害及び加害者を知ったとき

※ 期限の定めのない債権の典型は、売買で代金の支払期限を定めなかった場合とか。このとき債権成立時、すなわち売買契約の成立時から時効は進行する。なお「出世したら借金を返す」というような場合は、債権成立から相当期間経過後。

2項は気にしなくてよい。(消滅時効と取得時効はそれぞれ別個の制度ですよとっている。)

所有権は消滅時効にかからない。

債権は10年間の不行使で消滅する。

債権でも所有権でもない権利(地上権とか地役権とか)は20年間の不行使で消滅。

抵当権は、債務者・抵当権設定者に対しては、被担保債権と同時になければ時効消滅しない(396)ので注意。

第 174 条の 2

(判決で確定した権利の消滅時効)

第百七十四条の二 確定判決によって確定した権利については、十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、十年とする。裁判上の和解、調停その他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も、同様とする。

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。

解説

いわゆる短期消滅時効の債権も、確定判決まで出たら10年物になるという規定。証拠力が強固になるから。

短期消滅時効については、「飲み屋のツケは1年」などがよく知られていると思うが、逐一憶える必要はない。ただ169条の定期給付金の5年というのは、マンション管理費がこれにあたる(つまり、区分所有者が管理組合に払うマンション管理費は5年で消滅時効にかかる)という判例があり、宅建的にはちょっと気になるところ。

【参考】

(定期給付債権の短期消滅時効)

第百六十九条 年又はこれより短い時期によって定めた金銭その他の物の給付を目的とする債権は、五年間行使しないときは、消滅する。

時効

時効は、非常にややこしい個所ですが、宅建の試験においては、本日記載した内容程度を知っておけば、十分回答できるレベルの問題ばかりですので、最低限、以下の内容を覚え込んでおいてください。

1. 時効とは

時効とは、時間の経過により、法律関係の効力が変化し、これまで持っていなかった権利を取得したり、これまで存在した権利が消滅することを言います。時効は大きく分けて2つに分けられます。他人のものを長い間、自分のもののように使っていた結果、そのものをが自分のものになることを、**取得時効**と言います。

逆に自分の権利を主張しなかったため、その権利がなくなってしまうような時効を、**消滅時効**と言います。

2. 取得時効

(1) 成立要件

取得時効が成立する要件は、以下の2点を満たさなければなりません。

- ・ **所有の意思をもって平穩かつ公然に占有する。**
- ・ **占有者が占有のはじめ善意無過失のときは10年、そうでないときは20年占有する**

例えば、賃貸アパートに20年間、平穩かつ公然に住み続けてもアパートは決して自分のものになりません。なぜなら、**自分のものにすると考えて住んでいない**ためです。また「占有者が占有のはじめ」善意無過失のときは10年、善意有過失、悪意は20年占有すれば取得時効が成立することになっていますが、占有のはじめだけを言っていますので、**善意無過失のあと悪意になったとしても10年で取得時効できる**こととなります。

さらに時効期間を自分自身で直接やる必要はありません。例えば、自分が3年、Xが4年、Yが10年、Zが8年でも取得時効は成立します。

(2) 効果

例えばAの土地を善意無過失のBが、所有の意思をもって平穩かつ公然に10年間使用した場合、Bは、時効が完成するため、Aの土地はBのものになります。そして、時効が完成した効果は、占有を開始したときに遡って発生することになります。つまり、時効完成日からBのものになるのではなく、Bが土地を使い始めた日に遡ってBの土地だったとなります。

(3) 第三者

【例題】

BがAの土地を時効取得するケースで、

① Aがこの土地をBの時効完成前に、Cに譲渡しその後Bの時効が完成した土地は、BCどちらのものになるか？

② Aがこの土地をBの時効完成後にCに譲渡した、土地は、BCどちらのものになるか？

【回答】

① 登記に関係なくBが勝ちます！AからCに譲渡した時点ではBの時効は完成していないのですから譲渡人Cは、誰からも文句を言われれることなく、自分のものだと、公言（登記）することが出来るはずです。それを行わない間に、Bの時効が完成したのならCはBの時効の完成を見過ごしていたこととなります。つまり容認していたと考えられます。よってBが勝つということになります。

② BCの内、先に登記をした方が勝ちます。時効が完成しているBは、この土地は自分の物だといつでも公言（登記）することが出来るはずです。一方Cも、自分がAから譲り受けたことを、いつでも公言（登記）することが出来るはずです。よってBもCも対等の立場であると言えます。対等な立場である以上、いち早く自分の土地だと公言（登記）した方が、勝つこととなります。

3. 消滅時効

(1) 成立要件

所有権以外の権利は、次の期間行使しない場合消滅します。

- ① 債権は、原則10年（例外有り）
- ② 地上権、抵当権等は、20年

(2) 起算日

消滅時効は、権利を行使できるときから進行します。以下具体的に言います。

①**確定期限付債権**⇒期限が到来した時から進行

1/1に支払う

⇒1/1が起算日でここから時効がスタートする。

②**不確定期限付債権**⇒期限が到来した時から進行

父親が死んだら払う

⇒父親が死んだ日が起算日でここから時効がスタートする。

③**条件付債権**⇒条件が成就した時から進行

会社に就職できたら払う

⇒就職日が起算日でここから時効がスタートする。

④**期限の定めがない債権**⇒直ちに進行

いつ支払うか決めていない

⇒契約日が起算日でここから時効がスタートする。

時効の進行は当事者が知る、知らないという意思に関係なく進行します。

時効の利益は、あらかじめ放棄がすることはできません。なぜなら、時効と言うものは当事者の意思であらかじめコントロールすべき性質のものではないためです。

(3) 時効の中断

時効は、以下の場合に中断します。

時効の中断とは、それまで進行した時間をゼロに戻すことを言います。

①請求

債権者（貸主）が「金を返せ！」と催促し、この**催促後6ヶ月以内に裁判所に訴え**、勝訴を得ることで催促の時に遡って時効は中断します。

②承認

債務者（借主）が「金は借りている」と認めれば中断します。これは**口頭認めるだけ**で直ちに中断の効力が発生します。訴えなど必要ありません。

平成27年 問4
平成26年 問3
平成22年 問3
平成21年 問3
平成17年 問4
平成16年 問5
平成12年 問2
平成10年 問2
平成9年 問4
平成7年 問3
平成4年 問4

平成27年度 問4 民法 (取得時効)

A所有の甲土地を占有しているBによる権利の時効取得に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

(甲地)
所有者A－占有者B (賃貸権相続)

1 Bが父から甲土地についての賃借権を相続により承継して賃料を払い続けている場合であっても、相続から20年間甲土地を占有したときは、Bは、時効によって甲土地の所有権を取得することができる。(所有の意思・162条)

(甲地)
所有者A－占有者B (賃貸権相続)

↑
Bの父親

2 Bの父が11年間所有の意思をもって平穩かつ公然に甲土地を占有した後、Bが相続によりその占有を承継し、引き続き9年間所有の意思をもって平穩かつ公然に占有しているも、Bは、時効によって甲土地の所有権を取得することはできない。(占有の継承・187条)

(甲地)
所有者A－父親 (11年間占有)

↓占有継承
B (9年間占有)

3 Aから甲土地を買ったCが所有権の移転登記を備えた後に、Bについて甲土地所有権の取得時効が完成した場合、Bは、Cに対し、登記がなくても甲土地の所有者であることを主張することができる。(取得時効完成前の第三者・162条)

(甲地) ②売買
売主A→買主・第三者C③登記

↑
占有者B
①占有④取得時効完成

4 甲土地が農地である場合、BがAと甲土地につき賃貸借契約を締結して20年以上にわたって賃料を支払って継続的に耕作しているも、農地法の許可がなければ、Bは、時効によって甲土地の賃借権を取得することはできない。

解説

1. 民法162条1項 取得時効：所有の意思がない場合

誤り。時効取得ができるのは、20年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得する。つまり、時効取得するためには、「所有の意思をもって」占有(自主占有)する必要がある。設問でBは、賃借権を相続し賃料を払い続けている。所有の意思をもって賃貸する人なんていないので、所有の意思がないということになり、所有権を時効取得することはできない。

2. 民法162条1項 占有の承継

誤り。取得時効は、リレーすることが可能です。つまり、記述のように父から子にバトンタッチすることが可能だということです。Bの父が所有の意思をもって、11年間甲土地を占有しています。その後Bがさらに9年間甲土地を占有していますから、Bは父からのバトンタッチで合計20年、甲土地を占有したことになります。民法162条には、20年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得するとなっていますから、Bは所有権を取得することになります。従って、記述は誤りとなります。

3. 判例 時効完成前後の第三者

正しい。所有権の移動を見れば、一目瞭然です。所有権はA⇒C⇒Bと移っていることは理解していただけますか？「Cが所有権の移転登記を備えた後に、Bについて甲土地所有権の取得時効が完成した」となっていますね。これを、踏まえて見て行くと、登記と言うのは、第三者に対抗するための道具です。重要なので、もう一度繰り返しますね。登記を備えると言うのは、第三者に対抗するために備えるのです。Bから見てCは、第三者ですか？C⇒Bと所有権が移っているのですから、売買で例えるとC売主、B買主と言う構図となり、つまり、当事者の関係だと言うことがわかっていただけたと思います。当事者同士でしたら、登記の有無は関係ありませんから、Bは、Cに対し、登記がなくても甲土地の所有者であることを主張することができるとなり、正しいと判断できます。ついでですから、Bの時効完成後に、Cが所有権移転登記を備えた場合を見ておきます。所有権の流れは、A⇒B、A⇒Cとなります。これ、Aが二重譲渡している関係となり、Bから見てCは第三者に当たります。ですからこの場合は、登記が必要だとなるのです。

4. 民法163条、判例 農地の時効取得

誤り。まず、(土地の)賃借権という債権が時効取得できるかどうかですが、これは平成22年問3(肢1)の出題でありました通り、時効取得が可能です。問題は、農地法の許可の有無です。結論から言いますと、記述のケースでは、農地法の許可は不要とされています。これは、農地法の趣旨が、耕作をしない人に農地を占有されては困るため、農地の取得等の権利の移転又は設定を規制し、耕作者の地位の安定と農業生産力の増進を図ろうというもの。この農地法の趣旨をBに照らした場合、Bは20年以上の長きにわたって、継続的に耕作を行っており、農地法の趣旨から逸脱しているものではないということになります。そこで、判例は土地の賃借権の時効取得を認めるための要件が満たされた場合において、その者の継続的な占有を保護すべきものとして賃借権の時効取得を認めることは、農地法による規制の趣旨に反するものではないというべきであるから、農地法の許可は、時効により賃借権を取得する場合には含まれないと解すべきであるとしたのです。

平成26年度 問3 民法(時効取得)

権利の取得や消滅に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 売買契約に基づいて土地の引渡しを受け、平穩に、かつ、公然と当該土地の占有を始めた買主は、当該土地が**売主の所有物でなく**ても、売主が無権利者であることにつき**善意で無過失**であれば、即時に当該不動産の所有権を取得する。
- 2 **所有権**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消滅し、その目的物は国庫に帰属する。(債権等の消滅時効・167条2項)
- 3 買主の売主に対する瑕疵担保による損害賠償請求権には消滅時効の規定の適用があり、この消滅時効は、買主が売買の目的物の引渡しを受けた時から進行する。(債権の消滅時効・167条1項)
- 4 20年間、平穩に、かつ、公然と他人が所有する土地を占有した者は、占有取得の原因たる事実のいかんにかかわらず、当該土地の所有権を取得する。(所有の意思・162条)

解説

1. 民法192条 即時取得

誤り。AさんはBさんからパソコン(動産)を借りていて、Aさんはお金に困ってそのパソコンをCさんに売ってしまった。AさんとCさんは売買契約にもとづいて、パソコンをCさんに引き渡し、平穩かつ公然と甲地の占有を始めた。Bさんがパソコンの本当の所有者じゃない(無権利者)ことをCさんが知らなければ(善意・無過失)、Cさんはパソコンを即時取得(善意取得)することができる。所有者Bさんは可哀想だけど、買ったパソコンの本当の所有者がいきなり現れて返せ!と言われるCさんを保護しないと、経済が成り立たなくなる。取引の安全を守るために無権利者Aさんと取引をしたCさんを守るわけだ。でも、パソコンの所有者Bさんも、貸してる間にパソコンがなくなったのだから可哀想。だからCさんは善意・無過失じゃないといけない。でも、問題文の場合、AさんはBさんから甲地(不動産)を借りていて、Aさんはお金に困ってその土地をCさんに売ってしまった。AさんとCさんは売買契約に基づいて、甲地をCさんに引き渡し、平穩かつ公然と甲地の占有を始めた。Bさんが甲地の本当の所有者じゃない(無権利者)ことをCさんが知らなくても(善意・無過失)、Cさんは甲地を即時取得することはできない。10年間の占有で時効取得できる。パソコンは比較的価値が低いので、本当の所有者Bさんを犠牲にしても取引の安全を守るのだけど、不動産は高価だから、即時取得は成立しない。なぜ、不動産は即時取得を認めないのかと言う疑問が湧いてくると思うが、これは不動産が例外ではなくて、動産の即時取得が例外。と言うのも、無権利者から権利を取引しようとすることに無理がある。だから、無権利者から権利取得を目的とした取引を行ったとしても、権利を取得することができないのが原則。でも、動産の場合は、取引の安全を目的に、即時取得を認めている。

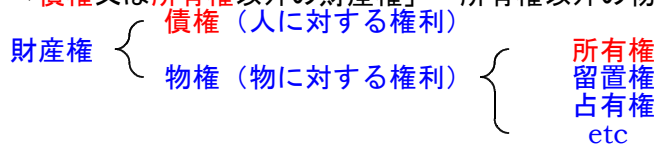
2. 民法167条2項 債権等の消滅時効

誤り。「債権又は**所有権以外**の財産権」という条文の日本語が曖昧でわかりにくい。第1項は「債権」、第2項は「債権、所有権以外の財産権」のことを言っている。本当なら「債権以外」が不要で「所有権以外の物権」と言わないといけない。債権の消滅時効は10年、所有権以外の物権の消滅時効は20。つまり、所有権には消滅時効がないと言ってるだけ。

3. その通り。損害賠償請求権は債権だから、10年で消滅時効が完成する。買主が目的物に瑕疵を見つけたのは、それを売主から引き渡されたとき。10年以上立ったら、経年変化による瑕疵と区別がつかない。

4. 誤り。「占有取得の原因たる事実のいかんにかかわらず」がダメ。「所有の意思」が必要。たとえば土地新貸借契約などの「賃貸」には所有の意思はない。

「債権又は**所有権以外**の財産権」=所有権以外の物権



平成22年度 問3 民法（取得時効）

所有権及びそれ以外の財産権の取得時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 土地の賃借権は、物権ではなく、契約に基づく債権であるので、土地の継続的な用益という外形的かつ客観的事実が存在したとしても、時効によって取得することはできない。
- 2 自己の所有と信じて占有している土地の一部に、隣接する他人の土地の筆の一部が含まれていても、他の要件を満たせば、当該他人の土地の一部の所有権を時効によって取得することができる。
- 3 時効期間は、時効の基礎たる事実が開始された時を起算点としなければならないが、時効援用者において起算点を選択し、時効完成の時期を早めたり遅らせたりすることはできない。
- 4 通行地役権は、継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り、時効によって取得することができる。

解説

1. 民法163条、判例 賃借権の時効取得

誤り。取得時効とは、物を一定期間占有したとき、その物の権利を取得することができるというものであるが、民法では、所有権の取得時効を規定しているだけでなく、地上権・地役権などの物権の取得時効も規定されています。更に問題文の（土地の）賃借権という債権についても、取得時効が成立するかについて、取得時効は「物」を支配するという事実状態を尊重するもので、債権は取得時効の対象にはならないとする考えもできますが、判例は、不動産賃借権は地上権と同様に不動産を占有する権利であるので、民法第163条の財産権に含まれ、取得時効が成立するものとしています。

2. 民法162条 取得時効の要件・効果

その通り。隣接する他人の土地の一部（一筆）も時効取得できる（判例）。ここでは「自己の所有と信じて」とあるので、10年間平穩かつ公然とその土地の一部を占有すれば、時効によってその土地の一部の所有権を取得することができる。5年後にその土地が隣地の土地と知っても（悪意者になっても）、10年で取得時効となる。

3. 判例 時効完成時点の決定

その通り（判例）。時効完成時点を自由にできることになれば、つまり借金の時効がどうにでもなれば、社会は混乱するので、時効完成時期を早めたり遅らせたりすることはできない。特に、第三譲受人との関係（時効完成前・後で異なる）などに影響することになる。

4. 民法183条 所有権以外の取得時効

その通り。1の説明の通り。民法の条文（183条）どおり。なお、「継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り」と厳しい限定をつけているのは、好意で隣人の通行を黙認していたら突然、通行地役権（物権という強力な権利である）の時効取得を主張されたなどということが起きないようにである。

平成21年度 問3 民法（消滅時効）

Aは、Bに対し建物を賃貸し、月額10万円の賃料債権を有している。この賃料債権の消滅時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 Aが、Bに対する賃料債権につき支払督促の申立てをし、さらに期間内に適法に仮執行の宣言の申立てをしたときは、消滅時効は中断する。
- 2 Bが、Aとの建物賃貸借契約締結時に、賃料債権につき消滅時効の利益はあらかじめ放棄する旨約定したとしても、その約定に法的効力は認められない。
- 3 Aが、Bに対する賃料債権につき内容証明郵便により支払を請求したときは、その請求により消滅時効は中断する。
- 4 Bが、賃料債権の消滅時効が完成した後にその賃料債権を承認したときは、消滅時効の完成を知らなかったときでも、その完成した消滅時効の援用をすることは許されない。

解説

1. 民法150条 支払督促

その通り。大家のAさんは店子のBさんに建物を月10万で貸していて、Bさんが家賃を払わないとき、Aさんは家賃の支払督促と仮執行の宣言を簡易裁判所に申し立てれば、家賃の時効消滅は中断する。

（別解）支払督促の申立てとは、債権者が金銭その他の代替物又は、有価証券の一定の数量の給付を目的として、裁判所書記官に書面を債務者に出してくれというものです。ただ、この支払督促は、書面を発しただけでは時効中断の効力はなくて、支払督促の申立てをした後、30日以内に仮執行の宣言の申立てをして初めて消滅時効は中断するとなっています。よって、問題文は、支払督促の申立てをし、さらに期間内に適法に仮執行の宣言の申立てをおこなっているとなっていますから、消滅時効は中断するとなります。なお、仮執行の宣言とは、債務者が支払督促の送達を受けた日から2週間以内に督促に対して異議の申立てをしないときは、裁判所書記官は、債権者の申立てにより、支払督促に手続の費用額を付記してする宣言を言います。

2. 民法146条 時効の利益の放棄

その通り。大家のAさんと店子のBさんがする建物の賃貸借契約の中で「大家のAさんが払えと言わなくて時効になっても絶対お金は払います」と約束（約定やくじょう）してもその約束は法的効果はない。時効の利益は前もって放棄できない。

3. 民法153条 内容証明郵便による催告

誤り。大家のAさんが店子のBさんに内容証明郵便で家賃の支払いを請求（催告）しただけでは時効は中断せず、催告から6ヶ月以内に裁判上の請求をしないとダメ。

（別解）内容証明郵便により支払を請求というのは、「催告」に当たります。催告の場合、時効の中断について、民法では以下のように規定しています。「催告は、六箇月以内に、裁判上の請求、支払督促の申立て、和解の申立て、民事調停法若しくは家事事件手続法による調停の申立て、破産手続参加、

再生手続参加、更生手続参加、差押え、仮差押え又は仮処分をしなければ、時効の中断の効力を生じない。」よって、内容証明郵便により支払を請求しただけでは、消滅時効は中断しません。

問題文は誤りとなります。

4. 民法 145 条、146 条、判例 時効の中断事由：承認

その通り。店子のBさんが家賃（賃料債務）の時効が消滅した後でその債務を承認したら、Bさんが消滅時効のことを知らなくても、時効の利益を受ける意思があると（時効の援用）言うことができない。「金を払う（承認）」と言ったり「金は払わない（援用）」と言ったりするのは、信義則に反するからダメ。（別解）時効の効果を享受するかしないかは、当事者が自由に決めることができます。もっと言うと、当事者しか決められないと言うことです。代わって裁判所が援用してくれたり、第三者が援用してくれたりということはないと言うものが、時効の援用です。また、時効と言うのは法によって自動的に進行し、完成するものですから、本人がその時効の進行や完成をコントロールできるものではないため、本人が知る知らないは、関係ないこととなります。ですから、問題文のように、消滅時効が完成しているにも係わらず、賃料債権を承認したと言うことは、Aの立場から考えるとBは時効を援用しないんだと考えるのが普通です。もし、後になってBがやっぱり時効を援用していいとなれば、Bが時効を援用しないのだろうというAの期待感を踏みにじる行為だと最高裁は、結論づけたのです。よって問題文の記述は正しいとなります。

大家＝賃貸人（ちんたいにん）

店子＝賃借人（ちんしゃくにん）

支払督促＝大家のAさんが家賃を払え！という支払命令書を簡易裁判所から店子のBさんに送ってもらうこと

仮執行宣言＝支払督促状を簡易裁判所から受け取った日から2週間以内に店子のBさんが文句（督促異議申立）を言わなければ、「差し押さえなどの強制執行を本当にやるゾ」と宣言すること

時効の中断事由（時効期間を中断させる手段）

請求	<p>■裁判上の請求 裁判所に訴えたと、訴えた時点で時効が中断します。ただし、訴えが却下されたり、取り下げたりすると、時効中断の効果は生じません（中断しなかったことになる）。</p>
	<p>■裁判外の請求（催告） 例えば、内容証明郵便等で催告した場合です。この場合、催告しただけでは、時効は中断せず、催告してから6ヶ月以内に裁判上の請求をすると、時効は中断します。そして、この場合、催告をした時点にさかのぼって時効中断の効果が生じます。</p>
差押、仮差押、仮処分	いずれも裁判所の手続きとなり、申し立て時に時効が中断します。
承認	時効によって利益を受ける者（上記例では、お金を借りたB：債務者）が自らの債務を認めた場合、時効が中断します。この承認は裁判外でも有効です。

宅建の受験生で苦手な方も多いですが、ここで落とすと合格できないでしょう！絶対覚えてください！

平成17年度 問4 民法(消滅時効)

Aが有する権利の消滅時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 Aが有する**所有権**は、取得のときから20年間行使しなかった場合、時効により消滅する。
- 2 AのBに対する債権を被担保債権として、AがB所有の土地に抵当権を有している場合、被担保債権が時効により消滅するか否かにかかわらず、設定時から10年が経過すれば、抵当権はBに対しては時効により消滅する。
- 3 AのCに対する債権が、CのAに対する債権と**相殺できる状態であったにもかかわらず**、Aが相殺することなく放置していたためにAのCに対する債権が時効により消滅した場合、Aは相殺することはできない。
- 4 AのDに対する債権について、Dが消滅時効の完成後にAに対して債務を**承認**した場合には、Dが時効完成の事実を知らなかったとしても、Dは完成した消滅時効を援用することはできない。

解説

1. 民法162条 所有権の消滅時効

誤り。所有権は使わなくても消滅しない。でも、他人が一定期間占有すると取得時効で所有権がなくなることある。

2. 民法396条 抵当権と被担保債権の消滅時効

誤り。これは何を言っているかと言いますと、AがBにお金を貸して(被担保債権)、その担保としてBの所有地に抵当権を設定しています。そして、AB間の債権債務の消滅に関係なく、抵当権の設定から、10年が経過すれば、抵当権は時効により消滅すると言っています。これは、おかしいと判断できますね。例えば15年の住宅ローンを組んでいる場合、ローンの完済を待たずに抵当権だけが時効で消滅するなんてことになったら、銀行は、バカらしくてお金なんて貸してくれなくなってしまいます。このような場合は、被担保債権と抵当権は一心同体となります。つまり、被担保債権が消滅すれば、抵当権も消滅するとなるのです。よって、問題文は誤りとなります。

(別解)債権者Aは債務者Bにお金を貸している。お金が返ってこないと困るので、B所有の土地に抵当権(物権)を設定してもらって、貸金債権を被担保債権(債権)にした。債権者Aにとって、もし貸金債権(お金を返してもらう権利)だけ残って抵当権(土地を競売してお金を取り戻す権利)だけが消滅すると困るので、債務者Bの設定した抵当権の消滅時効と被担保債権の消滅時効は同時じゃないといけない。

3. 民法508条 債権の相殺

誤り。AさんがBさんに10万貸していて、BさんもAさんに10万貸している。Aさんの貸金債権が時効で消滅しても、その債権が相殺できる状態(相殺適状)なら、Cさんに相殺してもらうことができる。なぜかと言いますと、相殺と言うのは**当事者が相殺できると互いに期待している**のに、それを消滅時効によって相殺できないようにするのは、可愛そうだと言う考えです。ですから、消滅時効にかかった後でも相殺をしても構いませんよとしているのです。よって問題文は、誤りとなります。

4. 156条、判例 時効完成後の債務の承認

その通り。債権者Aさんは債務者Bさんにお金を貸していて、返済期限を6月末日にして、その貸金債権の時効が7月1日から始まり、10年が経過するとその債権は時効消滅した。時効前にBさん(時効によって利益を受ける人)が債務を認めたら(債務の承認)時効は消滅する。でも時効消滅後に債務を承認したら「お金を返します」と言うようなもので、Aさんはホッとするのだけど、時効完成を知って「やっぱり返しません」(時効の援用)というのは信義則に反するのでダメ。

平成16年度 問5 民法（取得時効）

A所有の土地の占有者がAからB、BからCと移った場合のCの取得時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 Bが平穩・公然・善意・無過失に所有の意思をもって8年間占有し、CがBから土地の譲渡を受けて2年間占有した場合、当該土地の真の所有者はBではなかったとCが知っていたとしても、Cは10年の取得時効を主張できる。

2 Bが所有の意思をもって5年間占有し、CがBから土地の譲渡を受けて平穩・公然に5年間占有した場合、Cが占有の開始時に善意・無過失であれば、Bの占有に瑕疵があるかどうかにかかわらず、Cは10年の取得時効を主張できる。

3 Aから土地を借りていたBが死亡し、借地であることを知らない相続人Cがその土地を相続により取得したと考えて利用していたとしても、CはBの借地人の地位を相続するだけなので、土地の所有権を時効で取得することはない。

4 Cが期間を定めずBから土地を借りて利用していた場合、Cの占有が20年を超えれば、Cは20年の取得時効を主張することができる。

解説

1. 民法187条 占有の継承

その通り。占有の承継があった場合に取得時効が成立するためには、第一走者が大切。占有を開始するときに最初の占有者が善意無過失だったら、途中で人が代わってもずっと善意無過失が継承される。第一走者のBが平穩・公然・善意・無過失だったら、Cが悪意でも10年経ったら取得時効が成立する。

2. 民法187条 占有の継承

誤り。取得時効の期間は第1走者で決まる。占有開始者はBさんだから、Bさんに瑕疵があれば（悪意だったら）それがずっと引き継がれるので、取得時効が成立するためには20年経たないといけない。「Bの占有に瑕疵があるかどうかにかかわらず」が誤り。

3. 民法185条 他主占有の自己占有への転換

誤り。取得時効には「所有の意思」が必要だけど、Bさんはただの賃借人（他主占有）だから取得時効のカウントダウンは始まらない。でも、Cさんは甲地を相続（自主占有）してるので「所有の意思」がある。このまま平穩かつ公然と占有を続ければ10年、もしくは20年で時効取得できる。

甲地

賃借人A—賃借人B（死亡）

↓
相続人C

4. 民法162条1項 取得時効：所有の意思がない場合

誤り。Cさんはただの賃借人だから所有の意思がないので、Cさんが取得時効できない。

平成12年度 問2 民法(消滅時効)

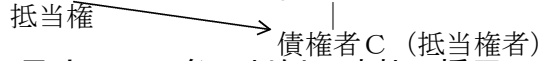
Aは、BのCに対する金銭債務を担保するため、A所有の土地に抵当権を設定し、物上保証人となった。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

- 1 Aは、この金銭債務の消滅時効を援用することができる。
- 2 Aが、Cに対し、この金銭債務が存在することを時効期間の経過前に承認した場合、当該債務の消滅時効の中断の効力が生じる。
- 3 Bが、Cに対し、この金銭債務が存在することを時効期間の経過前に承認した場合、Aは、当該債務の消滅時効の中断の効力を否定することができない。
- 4 CからAに対する不動産競売の申立てがされた場合、競売開始決定の正本がBに送達された時に、この金銭債務の消滅時効の中断の効力が生じる。

解説

父親Aが子供Bが借金できるように、自分の土地に抵当権を設定して半歩提供者になった。

物上保証人(父)A—債務者(子)B



1. 民法145条、判例 時効の援用
その通り。父親Aは債権者Cに対して時効が成立したことを主張して、消滅時効の利益を受ける意思表示(時効の援用)ができる。時効を当事者以外の人が援用しても効果がない。時効を援用できるのは物上保証人、保証人、抵当不動産の第三者取得者で、父親Aは物上保証人だから○。
(別解)判例は、消滅時効の援用によって、直接法的利益を受ける者が、当事者として時効の援用ができるとしています。債務者Bは、借金が消えるのですから、援用できることはわかると思います。物上保証人Aも消滅時効を援用することで、抵当権の負担が消えますから、直接法的利益を受ける者となります。ですから、記述は正しいです。なお、債務者、物上保証人以外に、消滅時効が援用できる者として、保証人や抵当不動産の第三取得者も挙げられます。
2. 民法156条 債務の承認
誤り。お父さん(物上保証人)が債権者Cに対して、金銭債務があることを時効が成立するまえに認め、利息を払ったり代金の一部を弁済しても、子供Bの借金の消滅時効は中断しない。物上保証人は「債務の承認」ができないから。
(別解)この関係を、債権者Cを中心に見てみましょう。CとBの関係は、金銭を貸し借りしている『金銭消費貸借契約』に基づく関係です。CとAの関係は、Bの主たる債務を担保するための『物上保証契約』に基づく関係です。つまり、CBとCAの関係は、別契約による関係だと気が付いて欲しいのです。そうすると、Bは、主たる債務の消滅時効を待っていて、Aは、物上保証債務の消滅時効を待っていることになり、2つの消滅時効が存在しているのです。主たる債務と(物上)保証債務の関係は、主従関係だと考えるようにしてください。「主」がないと「従」もない、逆に、「従」がなくても、「主」はあ**ると言う関係**です。主たる債務が、消滅時効等で、消えてしまえば、保証する債務が無くなるのですから、当然、保証債務も消えるということです。ですが、逆に、保証債務が消えたとしても、主たる債務は残ります。これは、理解していただけますよね。保証人が逃げていなくなったから、借金がチャラになるなんて聞いたことないと思いますし、あり得ない話なのです。従って、債務者Bが、主たる債務を承認すれば、当然、主たる債務の消滅時効は中断し、従であるAの物上保証債務も時効で中断するとなります。逆に、物上保証人Aが、主たる債務を承認しても物上保証債務の時効は中断しますが、主たる債務の時効は中断しないとなるのです。よって、記述は誤りとなります。
3. 民法156条 債務の承認
その通り。設問2で解説した通り。主たる債務と保証債務は主従関係にあると解説しました。このことは、主たる債務に係ることは、物上保証人Aに及ぶことを意味します。つまり、主たる債務がなくなれば、物上保証人Aの保証債務も消えると言った具合に、主たる債務が中断すれば、その中断も物上保証人Aに及ぶということです。これを付随性と言っています。従って、記述は正しいとなります。
4. 147条判例 消滅時効の中断
その通り。時効の中断事由を覚えているでしょうか? 「①請求」、「②差押え、仮差押え又は仮処分」、「③承認」の3つです。ここで、注目してもらいたいのが、「②差押え」です。記述で言う、競売開始決定と言うのは、A所有の土地を差押えた上で、競売にかけると言うことですから、中断理由となり得ることになります。問題は、債務者本人の所有物でなくて、物上保証人の所有物でも良いのかと言う点です。この点については、そもそも物上保証人は、主たる債務を担保するため、債権者に対して担保を提供しています。言い換えるなら、債務者のために担保を提供している人だとなり、債務者本人の担保だとみなしても、何ら問題はないこととなります。ですから、判例も債務者本人に対する差押と対比して、**彼此差等(かれこれさとう)**を設けるべき実質上の理由はないとしています。そして、債務者Bがその事実を知ったとき、つまり、競売開始決定の正本がBに送達された時に主たる債務の消滅時効は中断するとしています。従って、記述は正しいとなります。

平成10年度 問2 民法(取得時効)

所有の意思をもって、平穩かつ公然にA所有の甲土地を占有しているBの取得時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. Bの父が15年間所有の意思をもって平穩かつ公然に甲土地を占有し、Bが相続によりその占有を承継した場合でも、B自身がその後5年間占有しただけでは、Bは、時効によって甲土地の所有権を取得することができない。
2. Bが2年間自己占有し、引き続き18年間Cに賃貸していた場合には、Bに所有の意思があっても、Bは、時効によって甲土地の所有権を取得することができない。
3. DがBの取得時効完成前にAから甲土地を買受けた場合には、Dの登記がBの取得時効完成の前であると後であるとを問わず、Bは、登記がなくても、時効による甲土地の所有権の取得をDに対抗することができる。(取得時効完成前の第三者)
4. 取得時効による所有権の取得は、原始取得であるが、甲土地が農地である場合には、Bは、農地法に基づき許可を受けたときに限り、時効によって甲土地の所有権を取得することができる。

解説

1. 民法187条 占有の継承

誤り。お父さんの占有を引き継いだBさんは、「①自己の占有のみ」か「②自己の占有に前の占有者の占有者を併せて」のどちらかを主張できる。②を選んだ場合、Bさんはお父さんの占有期間15年と合わせて5年間占有すれば時効が成立する。

2. 民法181条 代理占有

誤り。取得時効は、占有開始時が大事です。Bは、甲土地の占有を開始するにあたって、「所有の意思をもって」となっています。ですから、平穩かつ公然に甲土地を占有していれば、時効によって甲土地の所有権を取得することができます。さて設問には、甲土地をCに賃貸しているとなっています。出題者が、訊きたいことは、賃貸人Cが占有している期間を、Bの占有期間に算入してもいいのか？と云うことです。そして、民法では代理占有が認められており、Bの占有期間に算入してもOKとなります。従って、Bの占有期間2年と賃貸人Cの占有期間18年を足すと20年となるため、Bは甲土地の所有権を取得することができるとなります。

3. 判例 時効完成前後の第三者

その通り。Bさんの取得時効が完成する前に、Aさんは甲地をDさんに売却したら、Dさんの登記が時効の前でも後でも、Bさんに登記がなくても、BさんはDさんに勝てる。これは詐欺や脅迫の「取り消し前の第三者」と同じ構図。第三者のDさんには悪いけど、取得時効の権利を主張したBさんの勝ち。

甲地 ①占有開始 ③取得時効完成

売り主A—占有者B

↓②売却

買主D(第三者)

でも、時効完成後にAさんがDさんに甲地を譲渡した場合には、Bさんが登記をしていなければ、Dさんの勝ち。

甲地 ①占有開始 ②取得時効完成

売り主A—占有者B

↓③売却

買主D(第三者)

(別解)この問題は、よく出題されますが、詳しく説明すればするほど混乱すると思いますので、単純に暗記した方が得策だと思います。

Bが取得時効完成前 ⇒ Bに登記がなくても、Dに対抗できる。

Bが取得時効完成後 ⇒ Bに登記がなければ、Dに対抗できない。

覚え方としては、取得時効完成前にBに登記ができるはずがない。逆に、取得時効完成後であれば、Bは登記をして、権利を確実なものにする必要がある。取得時効完成前のBは、Dから見て第三者に該当しないから、Bは登記が必要はないなど、理屈はあるのですが、なかなかイメージしづらいと思います。理屈については、宅建に合格してから、ゆっくりやった方が得策だとわたしは考えます。従って、記述は「Bの取得時効完成前」のことを訊いていますから、Bは、登記がなくても、時効による甲土地の所有権の取得をDに対抗することができるとなります。

4. 判例 農地の時効取得

誤り。取得時効と農地法は無関係。確かに農地の権利移動には農地法第3条または第5条の許可が必要だけど、取得時効とは関係ない。

取得時効のポイント

① 所有の意思を持って占有を開始しているか？

② 占有開始時に善意か善意か？ → 善意(10年で時効完成)・悪意(20年で時効完成)

* 問題文に善意・悪意の記載がない場合は、悪意と考える。

* 占有開始時に善意の者は、悪意者にはならない。

③ 時効取得は、原始取得

④ 占有が承継される場合は、そのまま引き継げる。

⑤

・取得時効完成前 占有者 登記なくして対抗できる。

・取得時効完成後 占有者 登記がなければ対抗できない。

平成9年度 問4 民法(消滅時効)

AがBに対して有する100万円の貸金債権の消滅時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. Aが**弁済期を定め**ないで貸し付けた場合、Aの債権は、いつまでも時効によって消滅することはない。
2. AB間に裁判上の和解が成立し、Bが**1年後に100万円を支払う**ことになった場合、Aの債権の消滅時効期間は、**和解成立の時から**10年となる。
3. Cが自己所有の不動産にAの債権の担保として抵当権を設定(物上保証)している場合、Cは、Aの債権の消滅時効を援用してAに抵当権の抹消を求めることができる。
4. AがBの不動産に抵当権を有している場合に、Dがこの不動産に対して強制執行の手続を行ったときは、Aがその手続に**債権の届出**をただけで、Aの債権の時効は中断する。

解説

1. 民法166条1項 消滅時効の進行

誤り。いつまでも時効によって消滅することはないのでしたら、時効と言う制度をわざわざ作った意味がないと思いませんか? ここだけで読んでも、記述は誤りだと判断できます。民法166条1項「消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する。」大事なことは、いつから消滅時効が進行するかです。設問のように、**弁済期を定めな**なかつた場合は、**債権が成立した時点**より消滅時効が進行し、**弁済期を定めた場合は、その期限が到来した時点**から、消滅時効が進行します。

2. 民法166条1項 判決で確定した権利の消滅時効

誤り。和解だとか、時効の期間だとかは、この問題を難しく見せるためのものに過ぎません。宅建試験で、このような個所は訊いて来ないので。裁判所が仲介して、**〇月〇日(和解より1年後)に100万円を支払う**と言うことは、**弁済期を、〇月〇日(和解より1年後)に定めた**と言うことですね。弁済期を定めた場合は、**その期限が到来した時点**から、消滅時効が進行すると言いました。つまり、**〇月〇日(和解より1年後)から、消滅時効はスタート**します。従って、記述は誤りです。

3. 判例 時効の援用権者: 物上保証人

正しい。Bが借金100万円を支払い、Aの債権がなくなった場合、Cの物上保証は、残りますか? 消えますか? 簡単ですね^^当然、物上保証も消えなくては、Aは、BからもCからも100万円を支払ってもらえることになっちゃいます。つまり、Cは、主たる債権が消滅したことにより、物上保証しなくてもいいと言う「利益を得た」こととなります。これと同じで、Bの借金が消滅時効でなくなれば、Cの物上保証も当然になくなります。ただ、記述はそこを訊いているのではなく、**主たる債務者Bが消滅時効を援用するのではなくて、物上保証人Cが援用してもいいのか**という点です。これについて、民法条文では、以下のようになっています。民法145条「時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない。」時効を援用するのは、「当事者」だとなっています。では、この「当事者」とは「時効により直接に利益を受ける者」、つまり、**物上保証人、保証人、**抵当不動産の第三者取得者****を指している。前述しましたが、物上保証人はこの債権が消えると、物上保証が消えると言う利益を得る者です。ですから、物上保証人もこの当事者に含まれ、時効の援用ができるとなっているのです。従って、記述は正しいとなります。

4. 判例 債権の提出による時効中断

誤り。Aが、消滅時効の中断をしようとした場合、下記のどれかに該当しなくてははいけません。民法147条「請求」、「差押え、仮差押え又は仮処分」、「承認」。さて、「**債権の届出**」が、請求に当たるでしょうか? 「**債権の届出**」と言うのは、**債権額はいくらありますと裁判所に知らせるためのものです。この債権届出に従って、裁判所は競売物件の最低落札額や各債権者の配当を決める資料としているのです。**「請求」に当たると考える方もいれば、当たらないと考える方もいると思います。判例は、時効中断事由に当たらないとなっており、記述は、誤りだとなります。こんなのは判例を知らないと解けない。

甲地←強制執行D
A ——— B
抵当権者 抵当権設定者
債権者 債務者

この3人の関係が良く分からん

AはBにお金を貸していて、返してくれないと困るのでBの甲地に抵当権を設定してもらった。BはDにもお金を借りていてBが返してくれないので強制執行の手続きに入った。Aが持つる債権、抵当権が時効消滅しないように中断するに、強制執行の手続きのために「**債権の提出**」、つまり債権額を裁判所に提示した。

平成7年度 問3 民法（時効の中断）

AのBに対する債権（連帯保証人C）の時効の中断に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

債権者A→債務者B

↓
連帯保証人C

1 AがCに対して訴訟により弁済を求めた場合、Bの債務については、時効中断の効力は生じない。

債権者A→債務者B

↓弁済訴訟

連帯保証人C

2 AがBに対して訴訟により弁済を求めても、その訴えが却下された場合は、時効中断の効力は生じない。

3 AがBに対して訴訟により弁済を求めた場合、Cの債務についても、時効中断の効力を生じる。

4 BがAに対して債務の承認をした場合、Bが被保佐人であって、保佐人の同意を得ていなくても、時効中断の効力を生じる。

解説

1. 民法458条 連帯保証人への請求と時効の中断

間違い。連帯保証人は債務者と同じ。Cさんへの弁済の訴訟は、債務者Bさんにも効力が及ぶ。もしCさんへの履行請求の効力がBさんに及ばないのなら、債務者Bさんは消滅時効が成立して、Cさんに借金を肩代わりしてもらっているのに、自分だけ借金がなくなるというのは不公平。

2. 民法149条 訴訟の却下

その通り。裁判による請求は、その訴えが却下されたり取り下げられたりしたら、時効は中断しない。

3. 民法457条1項 連帯債務規定

その通り。主たる債務が無くなれば、保証債務も無くなるという具合に、主たる債務と保証債務は、主従の関係にあります。ですから、主たる債務の時効が中断すれば、保証債務も時効が中断します。

4. 民法156条 時効の中断事由：承認

その通り。債務者Bさんが被保佐人で、補佐人の同意を得ずに債務を承認しても、時効は中断する。なぜなら、「債務の承認」は補佐人の同意が必要な行為ではないから。補佐人の同意が必要な行為は、持っている権利を放棄したり、新たに義務を負担する行為。「債務の承認」は現にある権利や義務を認めるだけだからそれに当たらない。

債権者A→債務者B（被保佐人）

↓
連帯保証人C

平成04年度 問04 民法（取得時効）

AがBの所有地を長期間占有している場合の時効取得に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Aが善意無過失で占有を開始し、所有の意思をもって、平穩かつ公然に7年間占有を続けた後、Cに3年間賃貸した場合、Aは、その土地の所有権を時効取得することはできない。（できる）

2. Aが善意無過失で占有を開始し、所有の意思をもって、平穩かつ公然に7年間占有を続けた後、その土地がB所有のものであることを知った場合、Aは、その後3年間占有を続ければ、その土地の所有権を時効取得することができる。

3. Aが善意無過失で占有を開始し、所有の意思をもって、平穩かつ公然に7年間占有を続けた後、BがDにその土地を売却し、所有権移転登記を完了してもAは、その後3年間占有を続ければ、その土地の所有権を時効取得し、Dに対抗することができる。

4. Aが20年間平穩かつ公然に占有を続けた場合においても、その占有が賃借権に基づくもので所有の意思がないときは、Bが賃料を請求せず、Aが支払っていないとしても、Aは、その土地の所有権を時効取得することができない。

解説

1. 民法181条 代理占有

誤り。占有権は、代理人によって取得することができ、これを代理占有という。そして、他人に賃貸し、賃借人に占有させることも、「代理占有」に該当する。したがって、Aは、A自身の占有期間（7年間）に、賃借人の占有期間（3年間）、を加算することができ、占有期間は合計10年間となる。Aは、占有開始時に善意無過失だったのだから、10年の経過により所有権を時効取得することができる（民法162条2項）。

2. 民法162条2項 占有の承継

正しい。短期取得時効成立の要件となる善意無過失は、「占有開始の時」について判定する。逆にいえば、占有の途中で悪意になったとしても、何ら影響はない。したがって、合計10年間の占有を続ければ、土地を時効取得することができる。

3. 判例 時効完成前後の第三者

正しい。AにとってDは、時効完成前の第三者にあたる。この場合、AとDの関係は対抗関係ではなく、Aは登記なくしてDに所有権を対抗することができる（最判昭41.11.22）。B→D→Aと順次所有権が移転したに過ぎず、対抗関係は生じていないからである。時効完成後の第三者の場合には、対抗問題になる。比較して整理しておくこと。

4. 民法162条1項・2項 取得時効：所有の意思がない場合

正しい。取得時効は、「所有の意思をもって」占有（自主占有）した場合に限り、認められる。「所有の

意思がない」占有（他主占有）をいくら続けても、時効取得することはできない。設問のAの占有は、「賃借権に基づくもので所有の意思がない」というのだから、20年間継続したとしても、土地を時効取得することはできない。

平成22年度 問6 民法（債務不履行）

両当事者が損害の賠償につき特段の合意をしていない場合において、債務の不履行によって生じる損害賠償請求権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 債権者は、債務の不履行によって通常生ずべき損害のうち、契約締結当時、両当事者がその損害発生を予見していたものに限り、賠償請求できる。（損害賠償の範囲・416条1項）
- 2 債権者は、特別の事情によって生じた損害のうち、契約締結当時、両当事者がその事情を予見していたものに限り、賠償請求できる。（損害賠償の範囲・416条2項）
- 3 債務者の責めに帰すべき債務の履行不能によって生ずる損害賠償請求権の消滅時効は、本来の債務の履行を請求し得る時からその進行を開始する。（消滅時効の起点・166条）
- 4 債務の不履行に関して債権者に過失があったときでも、債務者から過失相殺する旨の主張がなければ、裁判所は、損害賠償の責任及びその額を定めるに当たり、債権者の過失を考慮することはできない。（過失相殺・418条）

解説

1. 誤り。「通常生ずべき損害」を賠償させるのが目的。つまり、常識的に考えられる損害を賠償しろと言ってる。決して「当事者が予見したものに限る」とは言ってない。
2. 誤り。1項が常識の範囲内で考えられる損害。2項が常識の範囲を超えている損害。それが「特別事情によって生じた損害」。そのときに、債務者がその特別な事情を予見できたことを債権者は立証しなければならない。両当事者じゃなくて債務者が予見するんだから×。「予見していたもの」以外に「予見できる可能性があったもの」も含まれるので×。
3. その通り。消滅時効の起算点は、「権利を行使できる時」。「債務者の責めに期すべき債務の履行不能」というのは、例えば建物の引き渡し債務を負っている債務者が、地震などによって建物がなくなってしまったような場合。
4. 債務不履行（不法行為）の原因が債務者だけでなく債権者の過失にもあるのなら、双方の過失の割合を考慮して損害賠償額を減額する（過失相殺）。過失相殺は当事者の主張によって行われる物ではなく裁判所が勝手にやるので×。

1. 時効とは

時効とは、時間の経過により、法律関係の効力が変化し、これまで持っていなかった権利を取得したり、これまで存在した権利が消滅することを言います。

時効は大きく分けて2つに分けられます。

他人のものを長い間、自分のもののように使っていた結果、そのものをが自分のものになることを、**取得時効**と言います。

逆に自分の権利を主張しなかったため、その権利がなくなってしまうような時効を、**消滅時効**と言っています。

2. 取得時効

(1) 成立要件

取得時効が成立する要件は、以下の2点を満たさなければなりません。

- ・ **所有の意思をもって平穩かつ公然に占有する。**
- ・ **占有者が占有のはじめ善意無過失のときは10年、そうでないときは20年占有する**

例えば、賃貸アパートに20年間、平穩かつ公然に住み続けてもアパートは決して自分のものになりません。なぜなら、自分のものにすると考えて住んでいないためです。

また「占有者が占有のはじめ」**善意無過失**のときは10年、**善意有過失**、悪意は20年占有すれば取得時効が成立することになっていますが、占有のはじめだけを言っていますので、善意無過失のあと悪意になったとしても10年で取得時効できることになります。

さらに時効期間を自分自身で直接やる必要はありません。

例えば、自分が3年、Xが4年、Yが10年、Zが8年でも取得時効は成立します。

(2) 効果

例えばAの土地を善意無過失のBが、所有の意思をもって平穩かつ公然に10年間使用した場合、Bは、時効が完成するため、Aの土地はBのものになります。

そして、時効が完成した効果は、占有を開始したときに遡って発生することになります。つまり、**時効完成日からBのものになるのではなく、Bが土地を使い始めた日に遡ってBの土地だった**となります。

(3) 第三者

【例題】

BがAの土地を時効取得するケースで、

- ① Aがこの土地をBの時効完成前に、Cに譲渡しその後Bの時効が完成した土地は、BCどちらのものになるか？
- ② Aがこの土地をBの時効完成後にCに譲渡した、土地は、BCどちらのものになるか？

【回答】

① 登記に関係なくBが勝ちます！

AからCに譲渡した時点ではBの時効は完成していませんので譲渡人Cは、誰からも文句を言われることなく、自分の者だと、公言（登記）することが出来るはずですが、それを行わない間に、Bの時効が完成したのならCはBの時効の完成を見逃していたこととなります。つまり容認していたと考えられます。よってBが勝つということになります。

□

② BCの内、先に登記をした方が勝ちます。

時効が完成しているBは、この土地は自分の物だといつでも公言（登記）することが出来るはずですが、一方Cも、自分がAから譲り受けたことを、いつでも公言（登記）することが出来るはずですが、よってBもCも対等の立場であると言えます。対等な立場である以上、いち早く自分の土地だと公言（登記）した方が、勝つこととなります。

□

3. 消滅時効

(1) 成立要件

所有権以外の権利は、次の期間行使しない場合消滅します。

- ① 債権は、原則10年（例外有り）
- ② 地上権、抵当権等は、20年

(2) 起算日

消滅時効は、権利を行使できるときから進行します。

以下具体的に言います。

① 確定期限付債権⇒期限が到来した時から進行

1/1に支払う

⇒1/1が起算日でここから時効がスタートする。

② 不確定期限付債権⇒期限が到来した時から進行

父親が死んだら払う

⇒父親が死んだ日が起算日でここから時効がスタートする。

③ 条件付債権⇒条件が成就した時から進行

会社に就職できたら払う
⇒就職日が起算日でここから時効がスタートする。
④期限の定めがない債権⇒直ちに進行
いつ支払うか決めていない
⇒契約日が起算日でここから時効がスタートする。

時効の進行は当事者が知る、知らないと言う意思に関係なく進行します。

時効の利益は、あらかじめ放棄がすることはできません。
なぜなら、時効と言うものは当事者の意思であらかじめ
コントロールすべき性質のものではないためです。

(3) 時効の中断

時効は、以下の場合に中断します。

時効の中断とは、それまで進行した時間をゼロに戻すことを言います。

①請求

債権者に金を返せと催促し、この催促後6ヶ月以内に裁判所に訴え、
勝訴を得ることで催促の時に遡って時効は中断します。

②承認

債務者が金は借りている認めれば中断します。
これは口頭認めるだけで直ちに中断の効力が発生します。
訴えなど必要ありません。