

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

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

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。

正解 4

- 1 × 契約準備段階の過失の理論(判例理論)により、損害賠償責任が発生することがある。
2 × 権利の行使や義務の履行そのものも制約を受ける。
3 × 消滅時効の援用が権利の濫用となることもある。
4 ○ そのとおり。

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。

「被補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あることができるが、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るが、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

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、精神上の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、精神上の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＝ある事柄と性質が違う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もたよりない人なので、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つは憶えておきたい。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」というのも憶えておいたほうがいいのかも。

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	

* 成年被後見人が痴呆症で、何もわからない老人だったら、事前に後見人から同意を得るなんてことはできないし、必要ない。

平成15年度 問1

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いても、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。

正解 3

1 × 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 × 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(753条)

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

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。

正解 3

1 × 被保佐人が保佐人の同意を得ないでした土地の売買契約は「当初から無効」ではなく、取消すことができる、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。

2 × 意思無能力者(例えば泥酔者)の意思表示は、「無効にできる」のではなく、最初から無効である。意思無能力者の法律行為は無効である。

3 ○ 権利能力(権利義務の主体となりうる能力)は自然人と法人のみ認められる。権利能力を有しない団体は、それがないのであるから当然、所有権が帰属したりしない。

4 × 父母の一方の同意があれば婚姻できるので、この場合Eは成年とみなされる。

【参照】3条

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)

正解 3

1 × 心裡留保による意思表示は原則有効だが、相手方が悪意・善意有過失のときは無効。【参照】93 条

2 × 通謀虚偽表示による意思表示、無効。【参照】94 条

3 ○ 第三者による強迫の場合も、強迫による意思表示は取消できることにかわりない。そしてこの場合、相手方の善意・悪意は問わない。【参照】96 条

4 × 意思無能力者のした契約は無効。取消しできる、ではない。【参照】3 条下のほう

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 4

1 × 自然人の場合、権利能力(権利義務の主体となる能力)は出生から。

2 × (法定代理人=親権者、未成年後見人から) 営業の許可を受けた場合には、その営業のための法律行為は、未成年者が単独でできる。

3 × 婚姻年齢に達している場合、「父母双方の同意」ではなく、父母どちらか一方の同意で足る。成人年齢に達している場合は父母の同意不要。

【類出】H 17 問 1 肢 4

4 ○ そのとおりであるが、細かい。

母 E が C と D をともに代理するのは、利益相反行為となる(C と D のどちらか一方が有利になったりする可能性がある)ので、本来、E は請求により家庭裁判所に特別代理人を選任してもらわないといけない。(826 条 1 項)そして、これに反する本肢のような場合には、一種の無権代理となり、成年に達した後、本人が追認しないとその効力は本人(つまり C や D)に及ばない(判例)。

消去法でなんとか解ける問題か。

cf.

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ずる資格を制限する。

→ □ 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

自然人＝権利能力者

- 意思能力者・行為能力者＝
- 意思無能力者＝個別の事案ごとに具体的に定める
 - ・幼児や重度の精神病患者、泥酔者など。
- 制限行為能力者＝年齢や家裁の審判の有無という形式的な基準によって一定範囲のものを定める
 - ・未成年者、成年被後見人、被保佐人、被補助人

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

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。

正解 1

- 1 ○ そのとおり。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ことができる。
- 2 × 婚姻による成年擬制。
- 3 × 本人の同意がないと補助開始の審判はできない【参照】15条～17条。一方、後見開始、補佐開始の審判には本人の同意は必要ない。(成年被後見人>被保佐人>被補助人)
- 4 × 制限行為能力者が詐術を用いたときは取消しできない。【参照】21条

平成 22 年度 問 1

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。

正解 2

- 1 × 同意が必要
同意がいらない(未成年者が単独で有効にできる)のは、
 - a. 負担付きでない贈与・債務の免除を受ける場合
 - b. 処分を許された財産の処分
 - c. 一定の営業を許された場合のその営業に関する行為
- 2 ○ その通り。消去法でこれが残り、「おじいちゃん(成年被後見人)の家が、お金に目のくらんだ息子(成年後見人)に勝手に売られたら困るだろうなあ」と想像できればよい。
- 3 × 同意は不要。被保佐人の場合、重要な財産行為(民法13条で掲げられた行為)については、保佐人の同意が必要。そもそも「日用品を購入する」という成年被後見人ですら単独でできる行為に同意がいるわけがない、と考えればよい。
- 4 × 「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(上記の重要な財産行為のうちから選択して決める)だけである。

平成18年度 問12

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が精神上的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B・D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。

正解 2

- 1 × 法定代理人（成年後見人）になるには、家庭裁判所で後見開始の審判が要る。
- 2 ○ そのとおり。兄弟姉妹には遺留分がないことも憶えておこう。
- 3 × 普通に読めば、常識的判断でわかるはず。BのものをBがDに売ったに過ぎない。
- 4 × できないわけではない。（できないとする規定はないから）

3 法人

1 1-1 法人とは何か

法人＝社団法人＋財団法人

社団＝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

権利能力なき社団＝社団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。権利なき社団をどこまで法人として扱うかが問題。

財団＝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
 て設立された（民法第3章法人・34条）

庁の許可を受け

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

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。

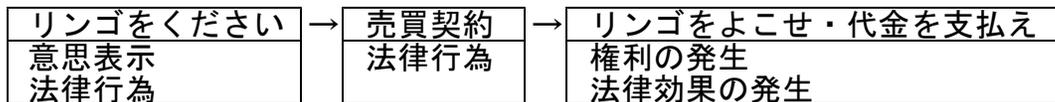
法律行為（意思表示）→発生→法律効果（権利の発生・変更・消滅＝私権の変動）

- * 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5章 法律行為 {
第1節 総則
第2節 意思表示
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

法律行為 {
単独行為・契約という分類法
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（H 24）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、行為時に違反してなかったなら、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。（公序良俗は無効）
- 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）

正解 3

解説

1. 公序良俗に反する行為は無効。取り消しができない問題ではない。
2. Bの法律行為の要素（内容）に錯誤があり、Aに重大な過失がなければ、無効を主張できる。つまり、Aは重過失がなければ、無過失である必要はない。
錯誤の主張をする要件
 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. その通り
4. 被保佐人が、保佐人の同意を得ずに行った法律行為（契約）は取り消すことができるが、無効ではない。無効なのは意思無能力者の法律行為だけ。

H9問7

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。（三角関係的不当利得）
- 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. 不当利得は返還しなければならない。また返還を請求することができる。
2. 公序良俗に反する不法な売買契約によって上げた利益は不当利益となるが、不法の原因のため給付した者は、その給付を返還請求できない。ただし、不法の原因が受益者にのみあるときには別。
3. その通り
4. 不法原因給付をした者は給付の返還請求ができないが、この通謀虚偽表示は不法原因給付には当たらず、通謀虚偽表示の当事者間の無効が成立し、登記の抹消と土地の返還を請求できる。

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、A B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。

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三者に対抗できない。

* 「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。

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、飯地の土地は俺のだ!」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も（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三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三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。

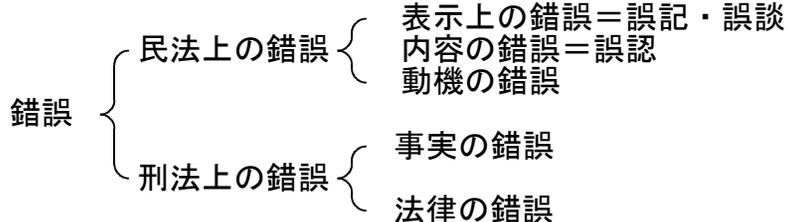
事例 (当事者は善意でも保護されない) 藪下の飯地の土地に愛知銀行が1番抵当権を有し、イオン銀行が2番抵当権を有していた場合、愛知銀行が1番抵当権を放棄すればイオン銀行が2番から1番に繰り上がる。しかし、愛知銀行の権利放棄が虚偽表示で無効の場合は、イオン銀行は虚偽表示前から利害関係を持っていたので当事者とみなされ、たとえ善意であっても第3者として保護されず2番抵当権者のままとなる。つまり、当事者は善意であっても保護されない!

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」の食い違いを知らずに、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。
 心裡保留・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)
 心裡保留
 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意思表示があつ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3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
通謀虚偽表示	無効	対抗できない
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

21-1 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つたとしても、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）

21-2 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)を戻させたいうえで、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。

【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**が成立しうる。

「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。

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。(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。

正解 3

1 × 心裡留保による意思表示は原則有効だが、相手方が悪意または善意有過失のときは無効。【参照】93条

2 × 通謀虚偽表示による意思表示、無効。【参照】94条

3 ○ 第三者による強迫の場合も、強迫による意思表示は取消できることにかわりない。そしてこの場合、相手方の善意・悪意は問わない。【参照】96条

4 × 意思無能力者のした契約は無効。取消しできる、ではない。【参照】3条下のほう

平成10年度 問7

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った善意の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. ○

第三者の詐欺により意思表示をした者は、その相手が詐欺の事実を知っている(悪意がある)場合、その意思表示を取り消すことができる。

2. ×

強迫による意思表示は取消せる。善意の第三者にも対抗できる。(詐欺による意思表示の取り消しは、善意の第三者に対抗できない。詐欺にひっかかるバカは保護しない。強迫の方が犯罪性が強い。)

3. ○

心裡留保の場合、相手に悪意があり過失があれば(冗談だと知っていれば)、その法律行為は無効になる。善意無過失の場合その意思表示は有効。

4. ○

誤謬(うっかりミスや勘違い)があった場合、その表意者は無効を主張できる。でも、表意者に重過失(重大な過失)があった場合には無効を主張することはできない。

平成16年度 問1

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. 心裡留保(冗談)は原則有効だが、この場合相手方が悪意(冗談だと知っていた)または善意有過失(冗談をうっかり信じた)であるので無効。ただし、相手方が善意無過失(冗談だとは知らなかった)の場合は有効となる。
2. その通り。通謀虚偽行為は無効。
3. 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. 第三者の強迫による意思表示は、相手方(買い主B)の善意・悪意にかかわらず、表意者は取り消すことができる。

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。

昭和58年度 問6の2

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る。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る。

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る。

D
↓①詐欺・強迫
A→B
②売却

平成12年度 問4

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. その通り。通謀虚偽表示による契約は、当事者間では無効。
2. その通り。通謀虚偽表示の無効は、善意の第三者に対して主張(対抗)できない。
3. その通り。通謀虚偽表示の仮装譲渡の譲受人は無権利者だから、DがAから譲渡を受ければ、所有権移転登記を受けていなくても土地の所有権を主張できる。
4. 通謀虚偽表示に対して善意無過失のEも、Aから土地を譲渡されたFも、土地の所有権を主張できるので、二重譲渡。EとFは対抗関係に立っているので、優劣はどちらが先に登記を得たかで決まる。

平成15年度 問3

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、AB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 ○ BとCは対抗関係に立つから、先に登記を備えたCの勝ち。なお、Cが知っていたとしても背信的悪意者に該当しない限り、やはりCの勝ち。
- 2 ○ そのとおり。「Bを欺き著しく高く売りつける目的」とあるから、Dは背信的悪意者にあたる。Bは登記なくして所有権をDに主張できる。
- 3 × 登記を備えた抵当権は、第三者にも対抗できるから、新所有者であるBにも当然対抗できる。(Bは抵当権付の土地を買ったというだけのはなし)
- 4 ○ 通謀虚偽表示は無効であり、よってFは無権利者である。無権利者に対しては、登記なくして主張できる。

平成 20 年度 問 2

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、A B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A B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、B E間の売買契約締結の前にAがBの債務不履行を理由にA B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A B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 ○ そのとおり。偽造登記は背信的悪意者だから無権利者。無権利者のBからの譲受人Cも当然に無権利者であり、Aは登記なくして対抗できる。わ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 × 通謀虚偽表示による無効は、善意の第三者に対抗できない。善意であればいいので、第三者Dが登記を備えている必要はない。

3 × 表意者と、解除後の第三者との関係は、対抗関係になり、登記の早いほうが勝つ。したがってAはEより先に登記を備えないと所有権を対抗できない。

4 × 「FがBによる強迫を知っていた場合に限り」が誤り。強迫による意思表示の取消しは、第三者の善意悪意に関係なく主張できる。

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A B間の契約を取消したあとに、B F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。

平成 22 年度 問 4

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B A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、C B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、B A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B A間で売買契約及び所有権移転登記がなされ、その後に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、C B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 × Bを基点とする2重譲渡。A Cは対抗関係に立つ。登記の早い者勝ち。
- 2 × 「B A間の売買契約締結の時期にかかわらず」が誤り。脅迫による意思表示は取消すことができ、この取消は第三者の善意悪意に関係なく主張できるが、ここでいう第三者は**取消前の第三者**であり、**取消後の第三者**とは対抗関係に立つことになる。
- 3 ○ AはCの取得時効完成時の甲土地所有者であり、当事者であるから、AとCは対抗関係に立たない。したがってCは登記なくして主張できる。
- 4 × C B間は通謀虚偽表示で無効であるが、この無効は善意の第三者に主張できない。したがってAが善意であればAは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 24 年度 問 1

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 ○ 「B名義の甲土地を差し押さえたBの債権者C」は、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といえる。
- 2 ○ 「Bから（甲土地の抵当権について）転抵当権の設定を受けた債権者C」は、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といえる。
- 3 × 「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」は、甲土地がB名義であることをあてにして金銭を貸し付けたに過ぎないから、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とはいえない。
- 4 ○ 「当該仮装債権をAから譲り受けたC」は、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といえる。

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。）

平成 27 年度 問 2

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 ○ 虚偽表示の無効は、取消前の善意の第三者に対抗できない。この場合、第三者は、善意でありさえすればよい、登記や無過失は要求されない。

2 × 94条の第三者とは、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 (判例)。虚偽表示の対象は甲土地であり、Cは同地上に建てられた乙建物についての賃借人にすぎないから、第三者にあたらない。

3 ○ 虚偽表示の当事者の、単なる債権者は第三者にあたらない。

4 ○ 転得者も、第三者に含まれるから、善意のDには無効主張できない。

【参照】 94条

【類題】 平成 24 年度問 1

肢 2 と肢 3 については、作出された虚偽の外観 (つまり、ウソでBのものになっている甲土地) に関して直接どうこうしているわけではないから、第三者にはあたらないと考えればよい。

平成13年・問2

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。（要素の**錯誤**）

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。（第三者の無効主張）

3 Aが、今なら課税されないと信じていたが、これをBに話さないで売却した場合、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。（**動機**の**錯誤**）

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。（要素の**錯誤**）

解説

1. その通り。錯誤の無効は、要素の**錯誤**があり（それが分かっていたらそんな意思表示はしなかった）、**重過失**がない（業者の説明を聞いて自分でもちゃんと調べたが**予見**できなかった）ときに主張できる。

2. 第三者が無効を主張するためには、表意者が**要素の錯誤**を認め、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。この設問では、表意者が**要素の錯誤**を認めていないので、第三者は無効を主張できない。

3. 他の設問ではBの**錯誤**を言っているのに、設問3だけはAの**錯誤**。宅建試験でよくあるハメ方。Aは土地の売却に課税されないから売却したので、Aの**動機**に**錯誤**がある。動機の**錯誤**は原則として無効は主張できない。もし、動機が明示、または黙示されていて、相手方Bがこれを知っている場合には、動機が意思表示の内容になっているので、動機の**錯誤**が**要素の錯誤**として主張できた。

4. その通り。錯誤の無効は、要素の**錯誤**があり、**重過失**がない場合に主張できる。

●参考問題

1. 「民法上、**錯誤**の場合には、**無効を主張することができる期間**についての定めはないが、詐欺の場合には、**取消権**を行使することができる期間についての定めがある。」(司法書士・平成6年・問5・工)

【正解：○】

錯誤・・・無効の主張には期間の制限はない。(95条)

詐欺・・・追認することができる時から5年間、または行為の時から20年間行使しないと**取消権**は消滅する。(126条)

2. 「**錯誤**の場合には、表意者Aはすべての第三者に対して、**無効**を主張することができるが、詐欺の場合には、表意者Aは、すべての第三者に対して**取り消し**を主張できるわけではない。」(司法書士・平成6年・問5・才)

【正解：○】

錯誤・・・すべての第三者に対して主張することができる。(95条)

詐欺・・・**取り消し**前の善意の第三者には主張できない。(96条3項)

平成 17 年度 問 2

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 × 錯誤無効となる。
- 2 × 動機の錯誤も、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 ○ そのとおり。表意者に重過失があるときは、錯誤無効を主張できない。
- 4 × 錯誤無効は、原則、表意者だけが主張できる、相手方や第三者は主張できない(判例)。表意者保護の制度だから。
【参照】95条

平成 21 年度 問 1

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 ○ 錯誤無効は表意者に重過失あるときは主張できない。
- 2 ○ 錯誤無効は表意者保護の制度であるから、原則として表意者のみ主張できる。例外的に表意者以外の者が無効主張できるための要件として、a.表意者自身がその意思表示に瑕疵を認めていること、b.債権保全の必要性があること。(判例) 本肢では a がないので、原則どおり無効主張できるのは表意者のみということになる。
- 3 ○ 動機の錯誤は、本来 95 条の錯誤にはあたらないが、特に、その動機が意思表示の内容として明示的ないし黙示的に表示された場合には 95 条の錯誤と同様に扱う、つまり無効主張を認める。(判例)
- 4 × 同上。

平成 23 年度 問 1

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 に返還せずに 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 × そもそも錯誤は無効主張できるのであって、「取消できる」ではないのでこの部分だけで誤り。また、「動機の錯誤」は動機が明示的ないし黙示的に表示された場合に 95 条の錯誤として扱われる。

【参照】95 条

2 × 第三者による詐欺は、相手方が悪意の場合には取消できる。

3 × D は**取消後の第三者**であるから、A と D は対抗関係に立つ。よって登記を備えた D が勝つことになり、A は取り戻せない。

4 ○ そのとおり。E は**取消前の第三者**であり、強迫による取消は第三者の善意悪意に関係なく主張できるから。なお、もしも E が取消後の第三者であれば肢 3 と同様、対抗問題となることに注意。

【参照】96 条

平成 25 年度 問 1

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 × 錯誤は無効である。取消できるではない。

2 その通り。贈与物または権利の瑕疵(欠陥)や不存在について、贈与者は責任がない。でも、瑕疵や不存在を知りながら受贈者に言わなかった(悪意)場合には責任を負う。

3 × 売買契約の目的物に瑕疵がある場合、買主が売主に請求できるのは契約解除と損害賠償請求の 2 つだけ。代金減額請求権なんかない。

4 × 約款は条文上規定はない。

【参考】約款に法的拘束力を認める根拠としては、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

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. その通り。第三者の詐欺により意思表示をした者は、その相手方が詐欺の事実を知っていたとき(悪意)、その意思表示を取り消すことができる。

2. 誤り。強迫による意思表示は取消しをもって善意の第三者に対抗できる。一方、詐欺による意思表示は取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. その通り。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. 要素の誤謬は無効。ただし、表意者に重大な過失がある場合には無効を主張できない。

平成14年度 問1

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。

第三者B

↓①欺罔行為

売主A → 買主C

②売却

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限り、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

1. その通り。違法の欺罔行為は「詐欺」と同じ。相手方が詐欺を行った場合には表意者はいつでも取り消すことができる。でも、第三者による詐欺は、相手方が悪意の場合は取り消せるが、善意の時には取り消すことができない。

2. その通り。取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. 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

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・不誠実であるの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、箆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。

権限踰越による表見代理

=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）しはこのようもん（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うとする。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、普通の人には「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。

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 × 自然人の場合、権利能力(権利義務の主体となる能力)は出生から。
- 2 × (法定代理人=親権者、未成年後見人から) 営業の許可を受けた場合には、その営業のための法律行為は、未成年者が単独でできる。
- 3 × 婚姻年齢に達する場合、「父母双方の同意」ではなく、父母どちらか一方の同意で足る。
【類出】H 17 問 1 肢 4
- 4 ○ そのとおりであるが、細かい。
母EがCとDをともに代理するのは、利益相反行為となる(CとDのどちらか一方が有利になったりする可能性がある)ので、本来、Eは請求により家庭裁判所に特別代理人を選任してもらわないといけない。(826条1項)そして、これに反する本肢のような場合には、一種の無権代理となり、成年に達した後、本人が追認しないとその効力は本人(つまりCやD)に及ばない(判例)。
消去法でなんとか解ける問題か。

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 17 年度 問 3

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 その通り。顕名がなくとも、相手方が知っていた(悪意)または知ることができた(善意有過失)の場合は、有効な代理行為になる。
- イ その通り。相手方が善意無過失なので、表見代理(権限消滅後の表見代理)が成立。
- ウ その通り。本人が追認すれば有効な代理行為となる。なお、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。
- 以上より、3つ全て正しく、正解は3
- * 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 21 年度 問 2

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 × 相手方Cが知っている（悪意）の場合は、代理行為は有効となり契約はA C間で成立する。

土地所有者A
↓
代理人B→買主C（悪意）

2 ○ 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。ちなみに制限行為能力者を代理人にすることは可能（民法102条）

A（本人）
↓
B（代理人）← D（相手方）
未成年

3 × 任意代理の代理人は原則、復代理人を選任できない（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）。なお、例外的に選任できる場合は、a本人の許諾、bやむを得ない事由。

4 × 双方代理は原則禁止。例外的にA本人の承諾があれば双方代理は可能だが、「Aの意向にかかわらず」とあるので例外にあたらぬ。

平成13年度 問8

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A C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 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、B C間の売買契約が成立するのであって、A C間ではない。

B (本人)

|
A(代理人)— C(相手方)

2 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の詐欺に対して悪意有過失の場合、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 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 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。

平成14年度 問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。(表見代理の権限踰越)

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2重譲渡)

正解】

1. 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. 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、表見代理の権限踰越でありながら、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. 誤り。制限行為能力者(未成年者)が法定代理人の同意や許可なしにした法律行為は、未成年者、法定代理人どちらからも取り消すことができるし、取消前の善意の第三者に対抗できる。代理人が成年かどうかに関わらず、法定代理人Aの同意や許可がなければ、本人Bは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. 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24年度 問2

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. 誤り。代理人には特に資格要件はなく、また制限行為能力者が代理人であっても代理行為を行うことができる。そして、代理した契約は有効に本人に帰属する。別に保護者の同意は必要ない。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. 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. その通り。双方代理は原則無効。でも、当事者の承諾があるときには有効となる。【参照】双方代理と自己契約
4. 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12年 問1

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)

1. 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. 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. 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. 誤り。本人Aが死亡した場合、代理権が消滅するので、本人の代理行為は不能。

平成 22 年度 問 2

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. 誤り。本人が死亡すれば、任意代理人も法定代理人もその代理権は消滅する。
2. 誤り。代理権は代理人の死亡により消滅する。
【参照】 代理権の消滅原因
3. 誤り。代理人には誰でもなれるので、未成年者でもBは立派な代理人。相手方Cに取消権があるのはBが無権代理人の場合である。
4. その通り。双方代理は無権代理行為として原則禁止。でも、あらかじめAD双方の承諾があるので例外。

平成 19 年度 問 2

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. その通り。任意代理人の場合、委任による代理人が復代理人を専任できるのは、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。一方、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. 誤り。任意代理の場合、本人の許諾を得て復代理人を選任したときは、その選任及び監督について責任を負う。ちなみに、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通知しなかったり解任しない場合にも責任を負う。
3. 誤り。本人の指名にしたがって復代理人を選任したときは、復代理人が不適任・不誠実であることを知りながら、本人に通知することや解任することを怠った場合だけ責任を負う。本肢では「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)なので責任を負わない。
4. 誤り。代理人が復代理人を選任しても、代理人の代理権は消滅しない。復代理は本人から見ると、自分の代理人が増えるということ。
【参照】 104条～107条

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. 誤り。自己契約は原則禁止であり、すれば無権代理として処理される。

本人B (甲地所有)

↓

代理人A → 買主A

2. 誤り。双方代理も原則禁止。【参照】双方代理と自己契約

3. その通り。本人が無権代理人が単独で相続した場合、無権代理行為は有効になる。Aが本人の資格で追認を拒否することは、信義則上もはや行使できない(判例)。

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. 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

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

平成9年度 問1

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. 誤り。追認するのは本人Bだけ。相手方に追認権はない。
2. 誤り。無権代理人Aには取消権はない。（催告権も追認/追認拒否権も何もない）。また、相手方は無権代理を理由に取り消すことができる。
3. 誤り。無権代理人Aには催告権はない。あるのは相手方。
4. その通り。本人が追認を拒絶したとき、あるいは催告に従わなかったとき、相手方が善意無過失なら、無権代理人Aは契約の履行または損害を賠償する責任を負う。

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11年 問7

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、そう信じることについて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。（権限踰越による表見代理）
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. その通り。本人Aは無権代理を追認すると、契約成立のときに遡って本人との間で契約が有効となる。
2. 誤り。相手方には催告権があつて、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. 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」したのは権限の踰越で、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. 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。表見代理が成立していても、相手方Cは、無権代理を主張して無権代理人Aの責任を追及することができます。

平成 16 年度 問 2

B 所有の土地を A が B の代理人として、C との間で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。

本人 B (甲地所有)
↓ 夫婦
無権代理人 A → 相手方 C
 売買

1 A と B とが夫婦であり契約に関して何ら取り決めのない場合には、不動産売買は A B 夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内ないと C が考えていた場合も、本件売買契約は有効である。(表見代理の規定の類推)

2 A が無権代理人である場合、C は B に対して相当の期間を定めて、その期間内に追認するか否かを催告することができ、B が期間内に確答をしない場合には、追認とみなされ本件売買契約は有効となる。(無権代理の追認拒絶)

3 A が無権代理人であっても、B の死亡により A が D とともに B を **共同相続** した場合には、D が追認を拒絶していても、A の相続分に相当する部分についての売買契約は、相続開始と同時に有効となる。(無権代理と相続)(無権代理人が本人を **共同相続** した場合)

4 A が無権代理人であって、A の死亡により B が単独で A を相続した場合には、B は追認を拒絶できるが、C が A の無権代理につき善意無過失であれば、C は B に対して損害賠償を請求することができる。(無権代理と相続)(本人が無権代理人を相続した場合)

解説

1. 誤り。相手方 C がその行為が日常家事の範囲内にあると信じるにつきに正当の理由がある(善意の場合に、日常家事代理権を基本代理権とする表見代理(権限超越)の規定が類推適用される。でも、この場合 C は「この不動産売買は A B 夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内でない」と考えていたので、C は悪意となり、表見代理の規定の類推は適用されない。これは頻出。

2. 誤り。本人が期間内に追認しない場合は、追認拒絶とみなされ、本件売買契約は無効。

3. 誤り。**共同相続人全員**が共同して追認しない限り、無権代理行為は有効にはならない(判例)。なお単純相続の場合には、無権代理人が本人を相続した場合には、信義則上、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(判例)、つまり無権代理行為は有効となるわけであるが、共同相続の場合には他の共同相続人の利益を考える必要があるから。

本人 B (死亡)
↓
D — 無権代理人 A → 相手方 C
共同相続 売買

4. その通り。前段部分、無権代理人を本人が相続した場合には、本人は自己の地位に基づいて相手方 C の催告に対して追認を拒絶することができる。信義則に反しないからである。後段部分、一方本人は相続により無権代理人の責任(債務)を負うことになるから、相手方は善意無過失であれば、損害賠償請求することができる。なお、この場合には相手方は履行請求をすることはできないとするのが通説的見解である。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。

本人 B (単独相続)
↓
無権代理人 A (死亡) — 相手方 C
 売買

	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。

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

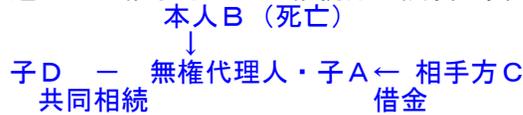
誤り。相手方が無権代理について善意無過失ならば、無権代理人の責任を追及して、その選択により、履行または損害賠償を請求することができる。

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。

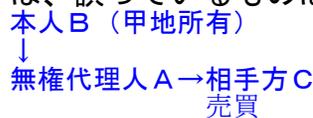
解説

その通り。



平成18年度 問2

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。



- 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、B C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、B C間の本件売買契約は有効となる。（権限超越の表見代理）
- 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. 誤り。表見代理（ここでは授權表示の表見代理）の成立には、相手方の善意無過失が要求される。本肢では相手方Cが有過失であるから、表見代理は成立せず売買契約は無効となる。
2. その通り。権限超越の表見代理が成立する。
3. その通り。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. ○ そのとおり、無権代理人の責任追及は、相手方の善意無過失が要件。

* 「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26年(2014年)問2

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. 誤り。無権代理人の行為について本人が追認すれば、契約の時点にさかのぼってその効力を生じます。なので、本問の「追認した時から将来に向かって」という部分が誤り。

イ. その通り。「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」とは権限外の行為と考えられます。そして、権限外の行為の場合、相手方がこの権限外の行為について「善意無過失」であれば表見代理を主張できます。

ウ. その通り。制限行為能力者を代理人することはできません。そして、代理人が後見開始の審判を受けた時は代理権は消滅します。代理権は「死亡」「破産手続き開始」「後見開始」のどの場合でも消滅すると覚える。

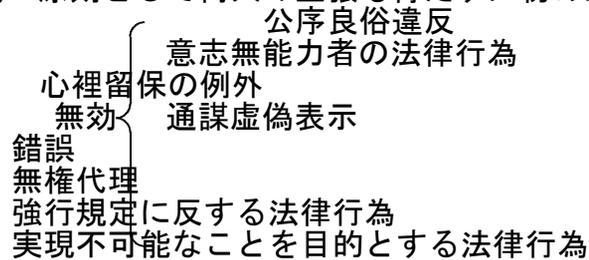
		死亡	破産手続き開始決定	後見開始
任意代理	本人	消滅	消滅	消滅しない
	代理人	消滅	消滅	消滅
法定代理	本人	消滅	消滅しない	消滅しない
	代理人	消滅	消滅	消滅

エ. 誤り。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つて影響を受けるべき場合、その事実の有無は、原則、直接本人に帰属、つまり代理人の認識を基準に考えます。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。

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



24-2 無効行為の転換とは何か

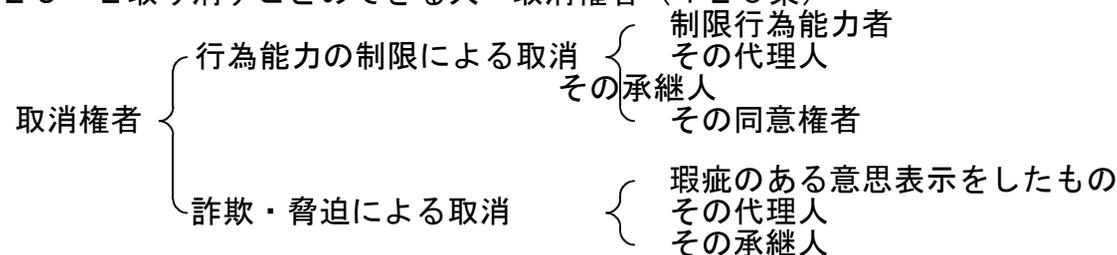
無効行為の転換=当事者の目的とした法律行為としては無効でも、それが他の法律行為としては有効である場合、有効である法律行為の効果を生じさせても良い。

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)



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
第三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)

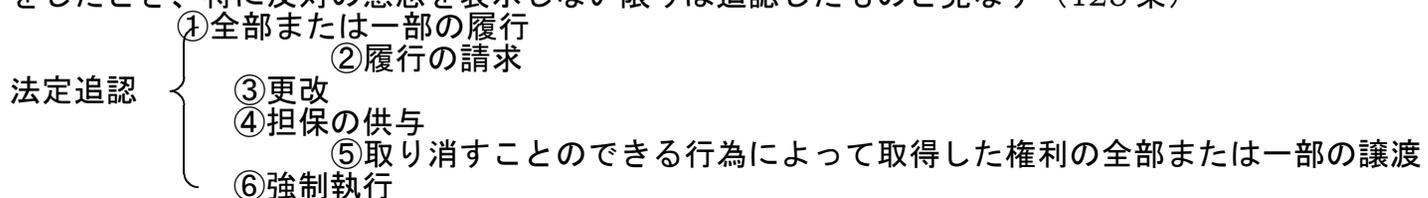
成年被後見人が追認の意思表示をするには、その法律行為が取り消しうることを知っていることが必要(124条)

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)



■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はその成就した時以前にさかのぼらせる意思表示をしたときは、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。）

平成11年度 問6

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。（停止条件付法律行為の効力）
- 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中に、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。

1. その通り。当事者が特約で条件成就の効果を遡及させることはできますが、特約がなければ条件成就の効果は原則として遡及することはありません。
2. その通り。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. 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. 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15年度 問2

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。
- 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。
- 3 平成15年12月末日以前でこの停止条件の成否未定の中に、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る。（条件の成否未定の間における権利の処分・民法129条）
- 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。（条件の成就の妨害・第130条）

解説

1. 誤り。停止条件が成就していなくても契約は有効に成立している。AはBの土地が欲しいから、A所有の土地が売れないと買えないからH15年12月まで待ってくれとお願いしているのだから、そのAが売買契約を解約できるのはおかしい。
2. 誤り。停止条件が付いているので、Bはこの契約にH15年12月まで縛られることになる。
3. 誤り。同じく、Bはこの契約にH15年12月まで縛られるし、Aの相続人はAの買主の地位も相続継承することになる。
4. その通り。Aは停止条件を成就できる立場なのに、わざと成就させないのはBの物件が欲しくなくなったということだから、これを許すと停止条件付契約が成り立たなくなる。Aが裏切った時点で停止条件が成就したことにしないと不公平。

平成 18 年度 問 3

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

- 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。
- 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。
- その通り。「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」とあるので、もはやBがだれかにあっせんをすることは不可能である。このような条件を『不能条件』といい、契約は無効となる。
- その通り。まず、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、処分できる(129)。そして一般の規定として、債権は原則として譲渡できる。例外は、a 債権の性質がこれを許さないとき、b 譲渡禁止特約、c 法律上の譲渡禁止債権。

平成 23 年度 問 2

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。(条件の成就の妨害・第130条)

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。(条件の成否未定の間における権利の処分・民法129条)

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。(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 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。

解説

- その通り。
- 誤り。原則、当事者の権利義務は、相続をすることができる。
- 誤り。停止条件の成否が未定である間、相手方の利益を害してはいけない。だからBは損害賠償責任を負う。
- 誤り。金銭債務以外の債務不履行責任は、債務不履行について債務者の故意・過失がある場合に負う。よって「Aの責に帰すべき事由がない」のなら負わない。

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

取得時効 = 権利を取得する場合
時効
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頼し、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

- 裁判上の請求(149条)
- 支払督促(150条)
- 請求<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

31-1 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

31-2 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。

31-3 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)。」と言えば、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らうが「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、「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。

平成 22 年度 問 3

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。(賃借権の時効取得・第163条・判例)
- 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。(取得時効の要件・効果・第162条)
- 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、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。(時効完成時点の決定・判例)
- 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。(所有権以外の取得時効・第183条)

解説

1. 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す。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. 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年間平穏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. 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. 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 17 年度 問 4

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。(所有権の消滅時効・162条)

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。(抵当権と被担保債権の消滅時効・396条)

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。(債権の相殺・508条)

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。(時効完成後の債務の承認・156条、判例)

解説

1. 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はある。

2. 誤り。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、賃金債権を被担保債権(債権)にした。債権者Aにとって、もし賃金債権(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. 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さんの賃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。

4. 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、その賃金債権の時効が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 21 年度 問 3

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。(支払督促・民法150条)
- 2 Bが、Aとの建物の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。(時効の利益の放棄・民法146条)
- 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. 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。
2. 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. 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。
4. 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。

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 裁判所に訴えると、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7年度 問3

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。（連帯保証人への請求と時効の中断・民法458条）

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。（訴訟の却下・民法149条）

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。（連帯債務規定・民法458）

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. 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. 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. その通り。債権者Aさんが債務者Bさんに弁済を請求したら、債務者Bさんの時効だけでなく連帯保証人Cさんの時効も中断する。

4. 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10年度 問2

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自身が生後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。(占有の継承・187条)
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。(代理占有・181条)
3. DがBの取得時効完成前にAから甲土地を買い受けた場合には、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、農地法に基づく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. 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. 誤り。Bさんが甲地を2年間占有して、Bさんに甲地を貸してもらった賃借人Cさんが18年間代理占有したら、占有期間を合わせて20年になってBさんは甲地を時効取得できる。

3. 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)

4. 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 占有開始時に悪意か善意か？ → 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16年度 問5

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。(占有の継承・187条)
- 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。(占有の継承・187条)
- 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。(他主占有の自己占有への転換・185条)
- 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. 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ー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. 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. 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
賃貸人A—賃借人B(死亡)

↓
相続人C

4. 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 26 年度 問 3

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。(即時取得・192条)
- 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

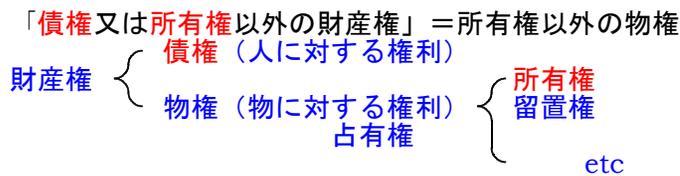
1. 誤り。AさんはBさんからパソコン(動産)を借りていて、Aさんはお金に困ってそのパソコンをCさんに売ってしまった。AさんとCさんは売買契約にもとづいて、パソコンをCさんに引き渡し、平穩かつ公然と甲地の占有を始めた。Bさんがパソコンの本当の所有者じゃない(無権利者)ことをCさんが知らなければ(善意・無過失)、Cさんはパソコンを即時取得(善意取得)することができる。所有者Bさんは可哀想だけど、買ったパソコンの本当の所有者がいきなり現れて返せ!と言われるCさんを保護しないと、経済が成り立たなくなる。取引の安全を守るために無権利者Aさんと取引をしたCさんを守るわけだ。でも、パソコンの所有者Bさんも、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。

2. 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。



平成 27 年度 問 4

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ても、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 から甲土地を買い受けた 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 C ③ 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ても、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. 誤り。A 所有の甲地を平穩占有している B が、その父から賃借権を相続して甲地の賃料を支払っているなら、「所有の意思を持って占有」していることにならないから。

2. 誤り。B の父親が所有の意思を持って平穩かつ公然と 11 年占有した後、B がそれを引き継ぎ所有の意思を持って平穩かつ公然と甲地を 9 年占有したら、B は占有期間を継承して 20 年占有したことになる。第一走者の B の父親が、占有開始時に善意無過失でも、悪意有過失でも、20 年占有が継承されれば甲地を時効取得できる。

3. その通り。取得時効に登記は不要。登記は所有権者がやれることで、占有者 B さんには最初から無理。第三者 C さんは A さんの立場を引き継ぐだけで、所有権が A → C → B と移るに過ぎない。だから占有者 B さんは C さんに登記がなくても勝てる。一方、時効完成後の第三者 C さんは占有者 B さんに登記があれば勝てる。取得時効後所有権を手に入れた B さんが登記しないのが悪い。登記をした C さんの勝ち。

(甲地) ③ 売買
売主 A → 買主・第三者 C ④ 登記
↑
占有者 B
① 占有 ② 取得時効完成

4. 誤り。取得時効できるのは所有権だけでなく地上権や地役権の物権も含まれる。賃借権は物権ではなくて債権だから取得時効できないと思うかも知れないけど、判例により賃借権も取得時効可能。<判例> A さんがウソの地主の B さんと土地賃貸借契約を結び、A さんは土地に建物を建て、地代を B さんに 10 年支払った。A さんは賃借権を取得時効でき、本当の地主 C さんに土地を貸してもらえ。一方、取得時効に農地法は関係がない。農地法は農業をやらない人に農地占有させない規定。問題文に「継続的に耕作して」とあるので

平成22年度 問6

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」とは言っていない。
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。