司法試験

入門講座（赤木クラス）
民　法
無料体験冊子①

LEC 東京リーガルマインド

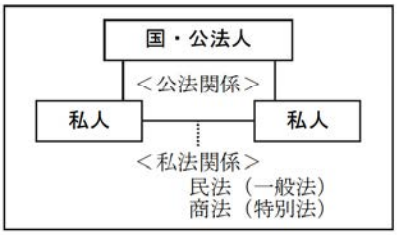
0 001221 204192
LU20419

第１編　民法総則

第１章　民法序説

第１節　民法入門

一　民法とは何か



民法とは、私法関係に適用される最も一般的な法律であり、**私法の一般法**と呼ばれている。

これだけでは、民法の具体的なイメージをもつことは難しい。そこで、１つずつ説明する。

まず、「**私法**」とは、**人と人との関係についてのルールを定めた法**のことをいう。これを難しく表現すると、私人間の法律関係を規律する法となる。「法律関係」とは、一方の人が他方の人に権利を有し、他方の人がこれに対応して義務を負うという、権利義務の関係のことである。

私達は、他の人と様々な関わり合いをもって生活している。たとえば、洋服を購入したり、飲食店でランチを食べたり、電車に乗って大学や会社に通うなどである。このような関係の連続が私達の日常の生活であるが、これらは権利と義務に置き換えることができる。先程の洋服を購入する例では、洋服を着る権利（所有権）を得る代わりに、その対価となる代金をお店に支払う義務が生じる、といった具合である。このような権利義務の関係のことを、「法律関係」という。

そして、「私法」は私人間の法律関係についてのルールを定めた法のことであるが、その対義語となるのは、「公法」である。「公法」とは、国家の組織や国家と国民の関係（公法関係）についてのルールを定めたもので、憲法・刑法などが挙げられる。

次に、「**一般法**」とは、**様々な分野に共通し、かつ一般的に適用される法律**のことをいう。対義語となるのは「特別法」であり、「特別法」とは、特定の分野について特別に規律した法律のことをいう。たとえば、一般人が互いに物を売ったり買ったりする関係と、商売のプロである商人同士が物を売ったり買ったりする関係を比較すると、後者では特別の配慮（取引の迅速化など）が必要になる。そこで、まずは「特別法」（商法・会社法など）が優先的に適用され、「特別法」に規定がない場合に「一般法」が適用されることになる。

以上を踏まえると、民法は、国と国民の関係についてではなく、対等な人と人との間に生じる権利義務の関係について、特別法に規定がない場合に適用される法律ということになる。

二　民法のかたち

１　はじめに

人は生まれ、生きて、そして死んでいく。その過程で人は外界の何物かを摂取して生活している。人にとって衣食住の大半は外界の存在物であり、この外界の存在物のことを人との関係で客体という。この客体に対して、主体となるのは人である。この主体と客体との関係のうち、法律関係が生じる場合には、これを**権利の主体・権利の客体**という。また、人は直接に他人と法律関係をもつ場合があり、客体を通じて他人と法律関係を形成する場合もある。

２　権利の主体と権利の客体

主体といえば人間のことである。しかし、歴史上、たとえば古代ローマやギリシャでは征服した国の人々を奴隷として使用していた。このような場合は、同じ人間であっても、奴隷は権利の主体にはなれず、人という主体と権利の主体とは違うものとされていた。近代国家は、自由な個人の活動を根本に据えて社会を作ってきたため、近代国家は国民に対して、生まれた瞬間から権利の主体（これを**権利能力者**という）となることを認めた。このことを定めたのが、民法３条１項の「私権の享有は、出生に始まる。」という規定である。したがって、生まれた瞬間の赤ん坊も権利能力者である。

権利の主体は人間の活動の必要上生まれた観念であり、人間以外の場合にも権利の主体を認める必要がある。つまり、多数の人間が協力して活動を行う場合には人々とは別に権利の主体を認めるのが便利である。これが**法人**である。

次に、権利の客体について説明する。客体と権利の客体とは同じではない。人間（自分と他人）以外のものはすべて客体であり、そのうち人間が自由に社会生活や経済活動を行ううえで必要かつ有益で支配可能な客体を特に権利の客体という。たとえば、火星上に存在する岩石は客体ではあるが、（現在のところ）人間の生活にとって必要かつ有益とはいえず、また支配することもできないので権利の客体ではない。

以上より、赤ん坊も自動車やマンションを所有することができる。赤ん坊は自動車も運転できず、マンションにおいて一人で生活することもできないが、民法は赤ん坊にこれらの物（権利の客体）を帰属（所有）させることを認めた。また、どんな人も火星上の物体を支配することはできず、火星上の岩石に何らの影響力も行使できないので、これに対して所有権は発生しない。

３　法律関係

権利の主体である人が作る法律関係について説明する。まず、**権利と義務**の関係について、次に**債権と物権**の関係について説明する。

⑴　権利と義務

民法は、市民社会における法律関係のすべてを、「**権利**」及びその裏返しとしての「**義務**」という概念を用いて表現している。

権利とは、一定の利益を享受することができる法律上正当に認められた力をいう。これによって、相手に対し「○○してくれ」とか「○○しないでくれ」と要求することができることになる。これに対して、相手方は権利に対応する義務を負うことになる。権利や義務は目に見えないものであるが、法律が定めた約束ごととして機能する。

たとえば、「ＸがＹ時計店と、ある時計を買う契約をした」という関係は、どういう法律関係になるのだろうか。この場合、Ｘは、Ｙから時計を渡してもらう「権利」を有し、Ｙに代金を支払う「義務」を負うことになる。

Ｙの側からいえば、Ｘに時計の代金を請求する「権利」を有し、Ｘに時計を渡す「義務」を負うことになる。

⑵　債権と物権

前述のＸやＹの権利は、契約の相手方に約束したことを守らせる権利であるが、一般的にいうと、「**ある人が、ある人に対して、特定の行為**（時計の引渡しや代金の支払）**を要求する権利**」ということができる。このような権利を「**債権**」とよぶ（「債権」に対応する相手方の義務を「**債務**」という）。

民法は、債権の他に「**物権**」という権利を設けている。これは、人が物に対して有する権利である。物権は**物を排他的、直接的に支配することができる権利**である。買った時計は誰に断ることなく使ったり、売ったりすることができ、誰に対しても自分のものだと主張することができる。これに対して、債権は、特定の人に対する請求権であるから、前述のＸはＹ時計店に対してのみ時計の引渡しを請求することができ、他の時計店に対しては同じ時計を渡してくれと請求することはできない。

⑶　法律関係の発生原因

それでは、法律関係はどのような原因によって発生するのだろうか。後ほど詳しく説明するが、ここではその典型的な発生原因を次の３つにまとめておく。

①　**人と人との間の合意**（これを**契約**という）
②　人の一方的な意思の表示（これを単独行為という）
③　法律上の定めがある場合

4　法律要件と法律効果

当事者（売買契約をした人）間に何らかの法律関係の発生原因があれば、それに応じて法律的な結果（債権や物権の発生・移転など）が生じるという関係は、法律的な要件と効果の関係ということができる。このような**法律的な効果を発生させる原因を法律要件**といい、**それにより生じた法律的な結果を法律効果**という。要約すると、**権利義務の変動（発生・変更・消滅）を生じさせる原因を法律要件、権利義務の変動の結果を法律効果**という。

前述の時計の売買の例では、時計の売買契約という法律要件によって、時計及び代金の引渡しに関する債権・債務の発生という法律効果が生じたということになる。

実際の訴訟の場を例にすると、ＸがＹ時計店と時計を買う約束をしたのに、Ｙ時計店が時計を渡さない場合、Ｘとしては最終的に訴訟で時計の引渡しを求めることになる。そして、Ｘは訴訟において時計の売買契約という法律要件を主張・立証し、売買契約の成立が認められた場合に時計の引渡請求権という法律効果が認められることになるのである。

法律要件は、私達の身の回りに起きる社会事象に基づく事実によって作られている。前述の例では、①権利の客体については社会的な価値のある財産権であること、②お互いに「売ります」という意思の表示、「買います」という意思の表示があることが法律要件である。時計が①に該当し、ＸＹの意思の表示が②に該当する。このように、法律要件は社会的事実によって作られているから、裁判所などの第三者（Ｘ・Ｙ以外の人）がこの法律要件が存在したか否かを客観的に判断することができる。どのような法律要件たる事実が当事者間に存在した場合に、どのような内容の権利義務を当事者に認めることができるのか、という判断を定めたものが法律である。

他の科目に例を求めれば幾何学や経済学も同様である。幾何学ではＸ・Ｙ・Ｚの条件が存在するならば、Ａ・Ｂ・Ｃの結果が生ずるという形式になっている。経済学もこれこれの前提条件の場合、これこれの経済効果が生まれるというように論理を展開している。法律の場合もこれと同様である。

ただ、法律の場合は自然科学とは異なり、法律要件たる事実の存在によって必ずそこに記載されている効果が発生するわけではない。法律は、当事者間に●●という法律効果を発生させるためには■■という法律要件を要求しようという国民の意思の現れである。そして、この国民の意思は近代国家では国会という立法機関によって合法的に制定されなければならない。条文はこのような法律要件と法律効果の組合せであり、条文の集まりである法律は、多数の法律要件・法律効果の集合体なのである。

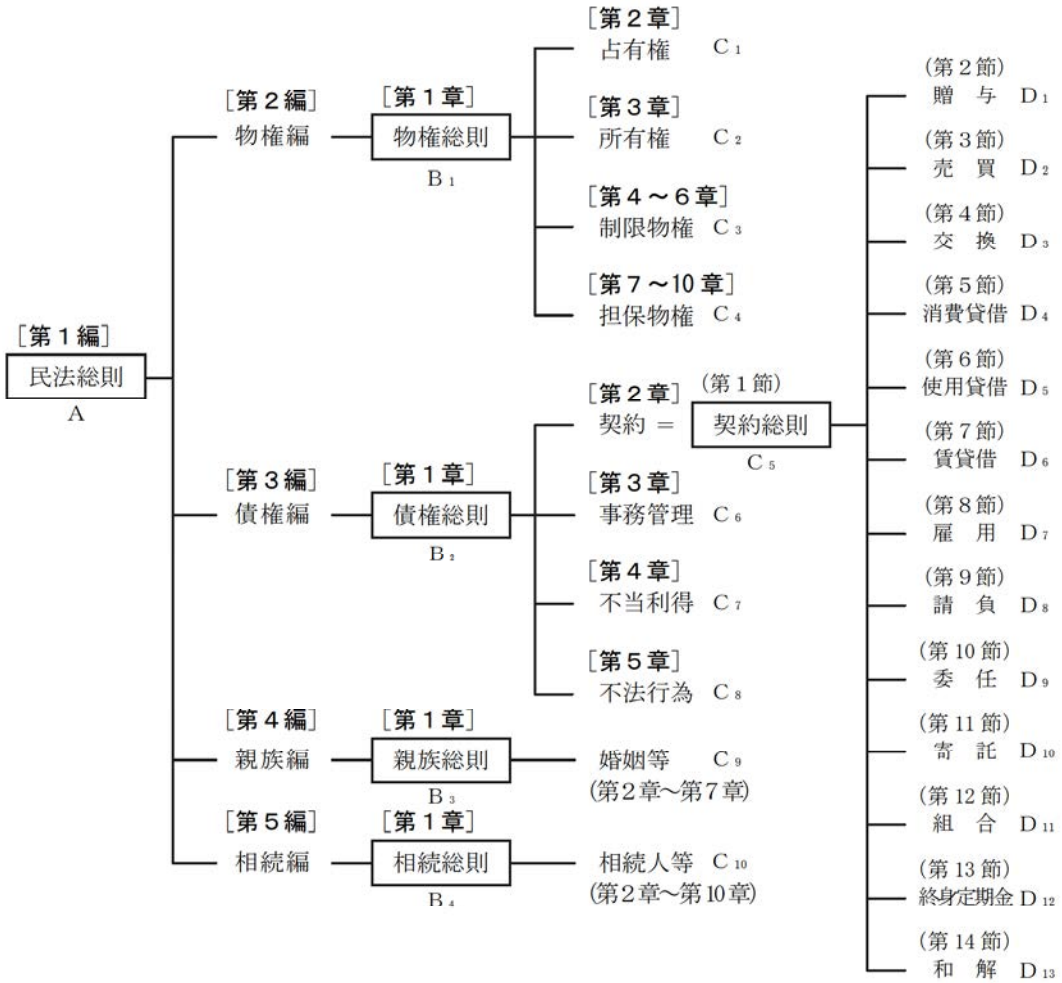
三　民法の構成（パンデクテン方式）

日本の民法典の構成は、ドイツの民法学の理論体系を参考に作られており、この構成の仕方を「**パンデクテン方式**」という。パンデクテン方式は、一般的なもの（共通性があるもの。「総則」、「総論」）が先に、個別的なもの（各論）が後にくる論理性を持っている。次の【民法の構成図】を見ながら説明する。

たとえば、民法は、占有権C_1・所有権C_2・制限物権C_3・担保物権C_4という個別的な物権関係すべてに共通する法律関係を物権総則B_1として定めている。同様に、民法は、物権・債権・親族・相続に共通する法律関係を民法総則Ａとして定めている。したがって、占有権とは、C_1＋B_1＋Ａよって成り立つといえる。しかし、占有権という章にはC_1だけしか規定されていない。したがって、占有権の全体を理解するためには、C_1だけでは不十分ということになる。

このようなパンデクテン方式は、条文の数と分量を少なくする点で合理的である一方、占有権C_1のみをみても全体がわからず不便な側面がある。民法の条文を勉強する場合には、常に共通項としてくくられている条文（～総則）に留意して、全体を把握するように注意しなければならない。たとえば、売買は、D_2＋C_5＋B_2＋Ａから成り立っている。

＜民法の構成図＞



＊　民法はこのような構成になっているが、実際の訴訟で争われて初めて、民法の規定が問題となることは意識しておくべきである。すなわち、訴訟において、所有権（C２）が誰にあるのか、売買契約（D２）が成立していたのかなどが争われたときに、民法の解釈が問題となる。

第２節　民法の全体図

第１款　契約の意義

一　はじめに

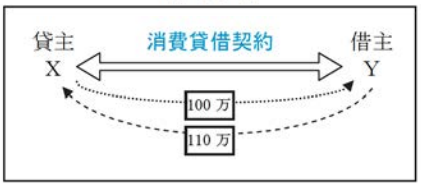
産業革命を経て成立した近代市民社会においては、主人公である市民が自由な意思を中心として経済活動や市民生活を形成した。この当事者の自由な意思は、法律上は**契約**という概念として発展した。そして、資本主義社会は財産権の取引とその対価である金銭の貸借を重要な要素として成立しているので、**売買**と**消費貸借**が重要な契約となっている。そこで、これらを［事例Ⅰ］・［事例Ⅱ］と設定した上で、以下の論述に使用していく。

［事例Ⅰ］　AはBと、Bの所有する甲建物を5,000万円で売買する契約を結んだ。

［事例Ⅱ］　XはYと、Yに100万円を貸して１年後に110万円を返してもらう契約を結んだ。

［事例Ⅰ］

［事例Ⅱ］



二　意思表示

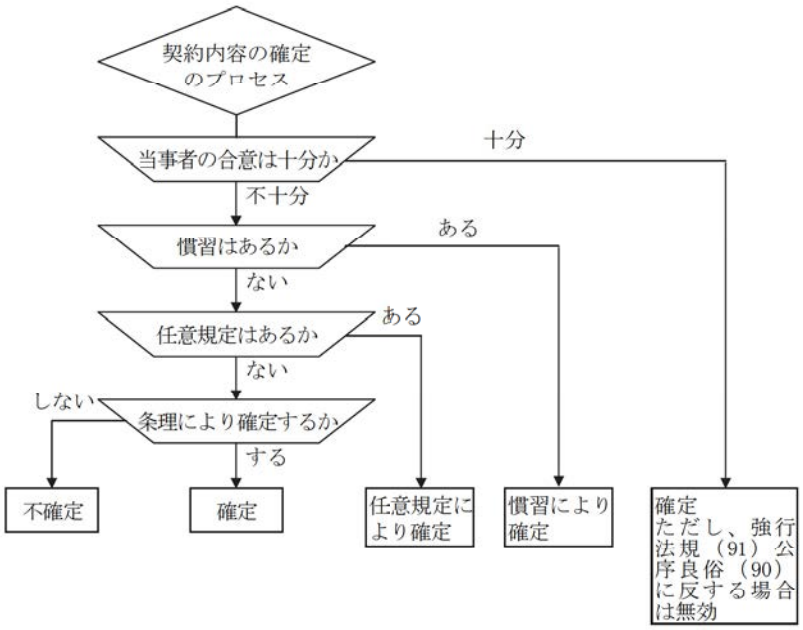
［事例Ⅰ］におけるBのAに対する「甲建物を売ります」という発言は、意思表示といわれる。同じくAのBに対する「甲建物を買います」という発言も意思表示である。BのAに対する「甲建物を売ります」という発言は、①Bの自己所有の甲建物をAに売ろうとする意思（**効果意思**）、②Bの自己所有の甲建物を売るとAに伝えようとする意思（**表示意思**）、③BのAに自己所有の甲建物を売ると伝えた（**表示行為**）の３段階を経て成立する。Aの発言についても同様である。このように、意思表示の構造は３つの要素に分析することができる。もっとも、Bの心理においては、まず甲建物が不要になったとか金銭が必要になったとかいう「**動機**」が生じて、この動機に導かれて前述の効果意思・表示意思・表示行為につながっていく。この動機は、通常Bの経済状態や生活上の必要に基づくもので、原則として法律外の要素である。したがって、意思表示は動機を除外した効果意思から後の要素（表示意思、表示行為）のみで構成されるが、その発端は動機にある。

三　契約と民法の規定・慣習との関係

市民の自由な意思の合意である契約と民法の規定とはどのような関係にあるか。市民社会の法律関係は、第一に市民の自由な意思の合意によって形成される。しかし、他人に迷惑をかけたり社会の秩序を侵害する当事者の意思や行為は認められない。このような他人に迷惑をかけ社会秩序を侵害する意思や行為は、あらかじめ禁止しておかなければならない。これが民法に規定されている強行法規や公序良俗違反の定めである。具体的には、91 条で**強行法規**を、90 条で**公序良俗違反**を定めている。このように当事者の合意は、当事者で自由に決めることができるが、強行法規や公序良俗に反することはできないわけである。

次に、当事者の合意である契約内容と民法のその他の規定（強行法規や公序良俗以外の規定を**任意規定**という）とが抵触した場合などはどうであろうか。当事者の合意といっても、詳しくかつ明確に合意をしたかどうかが不明な場合が多い。法律に精通していない一般人の場合は不完全な契約がなされることが多いであろうし、また後になって争いになった場合、意見が不一致になるのが一般的である。このような場合に備えて、民法は任意規定を定めて（民法の規定はほとんどがこの任意規定である）、当事者の契約の不備や不完全への対策を立てたのである。任意規定には、①当事者の契約を補充するもの（補充規定）や、②当事者の契約の不明確を補うもの（解釈規定）などがある。

当事者の契約の解釈においては、まず契約をした両当事者を含む社会の**慣習**が解釈規範として適用され、次に任意規定が適用される。本書では、民法の条文解釈技術を学ぶことを目的としていること、慣習といっても個別具体的でありテキストの事例にはなじみにくいことから、以下では慣習を省略して民法上の規定について解釈していく。



第２款　契約の成立と有効性

一　契約の成立

契約は、当事者間で**申込み**と**承諾**という意思表示が合致することにより成立する。

［事例Ⅰ］でAが、「Bさんの甲建物を 5,000 万円で売ってください」と申し込み、これに対してBが、「わかりました、甲建物を 5,000 万円で売りましょう」と承諾すると、売買契約が成立する。つまり、契約の成立要件は、契約の意思表示が、①外形的に買主Aと売主Bが表示されていること（これを主観的合致という）、②取引客体が何かを外形的に判別できること（これを客観的合致という）、というきわめて外形的・抽象的・一般的なレベルで合意されていれば足りる。

これに対して、Bが「建物を売ります」といい、Aは「自動車を買います」といった場合には、契約は不成立になる。なぜなら、契約の内容が外形的に建物と自動車とで不一致だからである。しかし、このようなことは現実にはほとんど争いにならず、また、争いになるとしてもほとんどは契約の有効要件の問題として争われるので、契約の成立要件はあまり論じられていない。

二　契約の有効性

１　はじめに

当事者間で契約が成立した場合、その契約の内容は約束したとおりに守られるものと考えるのが社会の常識である。しかし、契約が成立したかということと、契約が有効かということは別問題であり、契約が成立しても、必ずしも有効であるとは限らない。そこで、契約が有効となるための要件（契約の有効要件）を、以下説明する。

契約の有効要件は、契約の成立要件を参考にすることによって、次の３つに分けることができる。①**契約の当事者**についての有効要件、②**契約の客体ないし内容**についての有効要件、③契約をなす際の**意思表示**についての有効要件である。

２　契約の当事者についての有効要件

契約の当事者についての有効要件は、権利の主体である者に権利能力が備わっていることを前提として、その者がどのような要素を具備していれば契約の内容を有効と認めてよいかという段階で問題となる。

この有効要件は、①**意思能力**があること、②**行為能力**があることの２つである。これらは、契約が有効とされ、その効果が当事者に帰属することによる不利益の回避を目的とするための要件ということができる。

①　意思能力

意思能力とは、**自己の行為の結果を弁識するに足るだけの精神能力**をいう。言い換えれば、自分の行為によって自分の権利義務にどのような変動が生じるのかを理解することができる程度の能力である（およそ６～７歳の子どもの精神能力）。３～４歳くらいの子どもや、重度の精神障害者、泥酔者のように、たとえ行為の意識はあっても、意思表示をした時に最低限の判断能力を備えていなかった場合は、意思能力を欠くので、契約は無効となる（３の２）。

②　行為能力

行為能力とは、**自己の行為により法律行為の効果を確定的に自己に帰属させる能力**をいう。民法は、**未成年者、成年被後見人、被保佐人、特定の法律行為につき補助人の同意を要する被補助人**という類型を設け、これにあたる人は、画一的に（１人ひとりについて判断能力を調べて区別することをしないで）制限行為能力者として扱われ、制限行為能力者のした行為は取り消すことができ、また、それぞれについて民法は保護者を用意している。

３　契約の客体ないし内容についての有効要件

契約の客体ないし内容についての有効要件は、契約の取引の目的物に問題があったり契約の内容に問題があったりするために、そもそも客観的に契約自体を有効とすることができない場合に問題となるものであり、その意味で**客観的有効要件**といわれる。客観的有効要件は、意思能力や行為能力と異なり、契約が有効とされその効果が当事者に帰属することによる不利益の回避を目的とするものではないから、客観的有効要件については当事者の意思で有効とすることはできない。したがって、これに反する契約は、**無効**となる。

この有効要件は、確定性・適法性・社会的妥当性の３つに分けて論じられる。

① **確定性**

当事者が契約で合意した内容が不明確で内容が確定していない場合は、何が債務か、また債務者はどのような内容を履行すればよいかわからず、常に履行をめぐって争いになる。そこで、内容が確定していることが有効要件となる。問題は、どのようなことが定まっていれば内容が確定したと解することができるかである。一般的には、契約内容が「誰が、誰に、何を、いつ、どこで、どのようにすべきか」（いわゆる５Ｗ１Ｈ）を確定していれば足りるが、これらが確定しているかどうかについて争いがある場合は、契約の解釈をしなければならない。

契約の解釈は、次の順序でなされる。まず、①当事者が実際にどのような意思表示をし、どのような合意をしたのかを解釈する（**狭義の契約解釈**）。合意内容が不十分であるときは、**契約の補充的解釈**を行う。すなわち、②契約当事者を包む慣習・取引慣行、③任意規定、④条理・信義則という手順で解釈する。

［事例Ｉ］を少し変更して、ＡＢ間で、「Ｂが所有する財産を売却する」という内容の契約を締結したとすると、Ｂが数多くの財産を所有していれば、Ｂ所有の財産のうち何をＡに売却する物として契約したのか、契約の解釈によっても確定できない場合がある。このような場合には、契約内容が不確定であるから客観的有効要件を欠き、契約は無効となる。

したがって、Ａとしては、このように契約が無効となることがないように、契約内容を細かく定めて書面化して残しておくなど、訴訟になったときのために証拠を残しておくことが考えられる。これにより、契約内容の確定性が担保される。

② **適法性**

契約の内容は当事者の自由に委ねられている（**契約自由の原則**）。しかし、法令中の公の秩序に関する規定（**強行法規**）に反する意思を表示しても、その契約は無効となる（91）。

③ **社会的妥当性**

契約の内容が個々の強行法規に違反していなくとも、「**公の秩序又は善良の風俗**」に反する契約は無効となる（90）。

4　契約をなす際の意思表示についての有効要件

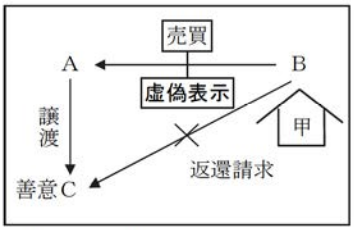
当事者が意思表示を行った時点でその表示に対応する効果意思（真意）が欠けていたり、意思表示を形成する過程に瑕疵があると、契約が無効とされたり、取消しの対象となることがある。これには、心裡留保、虚偽表示、錯誤、詐欺・強迫がある。以下、順次説明する。

① **心裡留保**

心裡留保とは、**表意者が表示行為に対応する真意のないことを知りながらする単独の意思表示**をいう（93Ｉ）。［事例Ｉ］でＡが本当は甲建物を買う気がないのにＢに売ってくれと言った場合などである。

民法は、表意者があえてそのような表示をしたのだから、真意でないということを知らない相手方を保護すべきであるとして、意思表示は有効であるとしている（93Ｉ本文）。ただし、相手方がその意思表示が表意者の真意でないことをを知っていた（法律上は悪意とよばれる）場合や、知ることができた（知らなかったことに過失がある）場合には、相手方を保護する必要はないから、意思表示は原則通り無効となる（93Ｉただし書）。

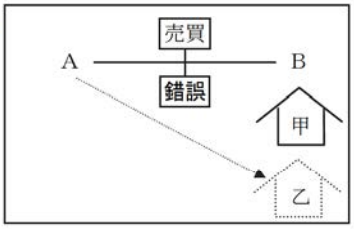
② **虚偽表示**



虚偽表示とは、**相手方と通じてなす真意でない意思表示**をいう（94）。［事例Ⅰ］でBが、債権者の追及を免れるため、売買を仮装して甲建物をAに売る場合などである。

虚偽表示は、真意を欠くから当然に無効となる。虚偽表示の事例で特に問題となるのは、AがさらにAB間の虚偽表示の事情を知らないCに甲建物を譲渡した場合である。この場合、民法は、善意の第三者を保護する必要から、BはCに対して家屋の返還を請求することはできないと規定している（94Ⅱ）。

③ **錯誤**



錯誤とは、**表示と意思とが一致しない意思表示であって、その不一致を表意者自身が知らないでなしたもの**をいう（95）。［事例Ⅰ］でAが買いたいと思っていた建物は、実はB所有の甲建物に隣接する別人所有の乙建物であった場合などである。

錯誤が成立するのは、意思表示が、意思表示に対応する意思を欠く錯誤（95Ⅰ①）、又は表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤（95Ⅰ②）に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときである（95Ⅰ柱書）。錯誤による意思表示は取り消すことができる（95Ⅰ柱書）。

④ **詐欺・強迫**

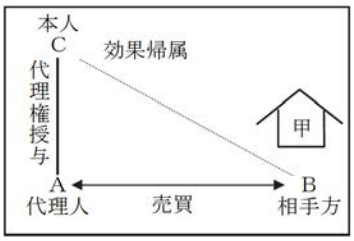
詐欺とは、**何らかの方法によって他人を錯誤に陥れ、それによって意思表示をさせること**をいう。また、強迫とは、**他人に畏怖を与え、その畏怖によって意思表示をさせること**をいう。両者はともに、表示に対応する意思はあるものの、意思を形成する過程に瑕疵があることから、かかる意思表示は取り消しうるものとされている（96）。

5　無効と取消し

以上のように、有効要件をみたさない場合の効果として、無効と取消しがある。無効と取消しにはいくつか違いがあるが、最も基本的な違いは次のとおりである。

無効は、特定人の行為を必要とすることなく、最初から当然に契約の効力が生じない。**取消し**は、特定人による取消しという行為があって初めて契約の効力が否定される。言い換えると、無効な行為は当然に法的保護に値しないのに対し、取消しの対象となる行為は、法的保護を受けるか否かが取消しをなしうる者（取消権者）の判断に委ねられている。それゆえ、取消しをなしうる行為は、取消権者の「追認」により確定的に有効とすることができる。

三　効果帰属要件



当事者間において契約が成立し、かつ有効要件を具備している場合、契約は有効に成立する。契約の効果は通常は当事者間に帰属する。これに対し、［事例Ⅰ］でＡＢ間の売買契約は有効であることを前提にして、たとえばＡがＣの代理人としてＢと契約を締結したとしよう。このような場合、ＡＢ間の有効な契約の効果はＣに帰属しなければならない（**代理制度**）。そこで、代理人が契約した場合、その効果が本人に帰属するための要件を考える必要がある。

効果帰属要件は、**①ＡＢ間において契約の成立要件・有効要件を具備した契約があること**、**②代理人Ａに代理意思と代理表示のあること（代理行為）**、**③Ａが代理権を有していること**、**④本人Ｃに権利能力があること**である。具体的には、代理人Ａが③の代理権の範囲内で、①の契約を②の意思表示をして行うことが必要である。

③を欠く、すなわち代理権のないＡの行為は効果帰属要件を欠くから本人Ｃに帰属しない。この場合、ＡＢ間では有効な売買契約が成立しているので単なる無効とは異なり、無権代理人Ａがこの契約の履行または損害賠償の責任を負うことがある。

また、②の意思表示がなければ、Ｂは契約の相手方をＡだと思ってしまうだろう。契約の相手方は契約の重要な要素であるから、ＡはＢに代理行為である旨を表示する必要がある。そこで、②がなければ原則としてＣには効果帰属しないとされている。

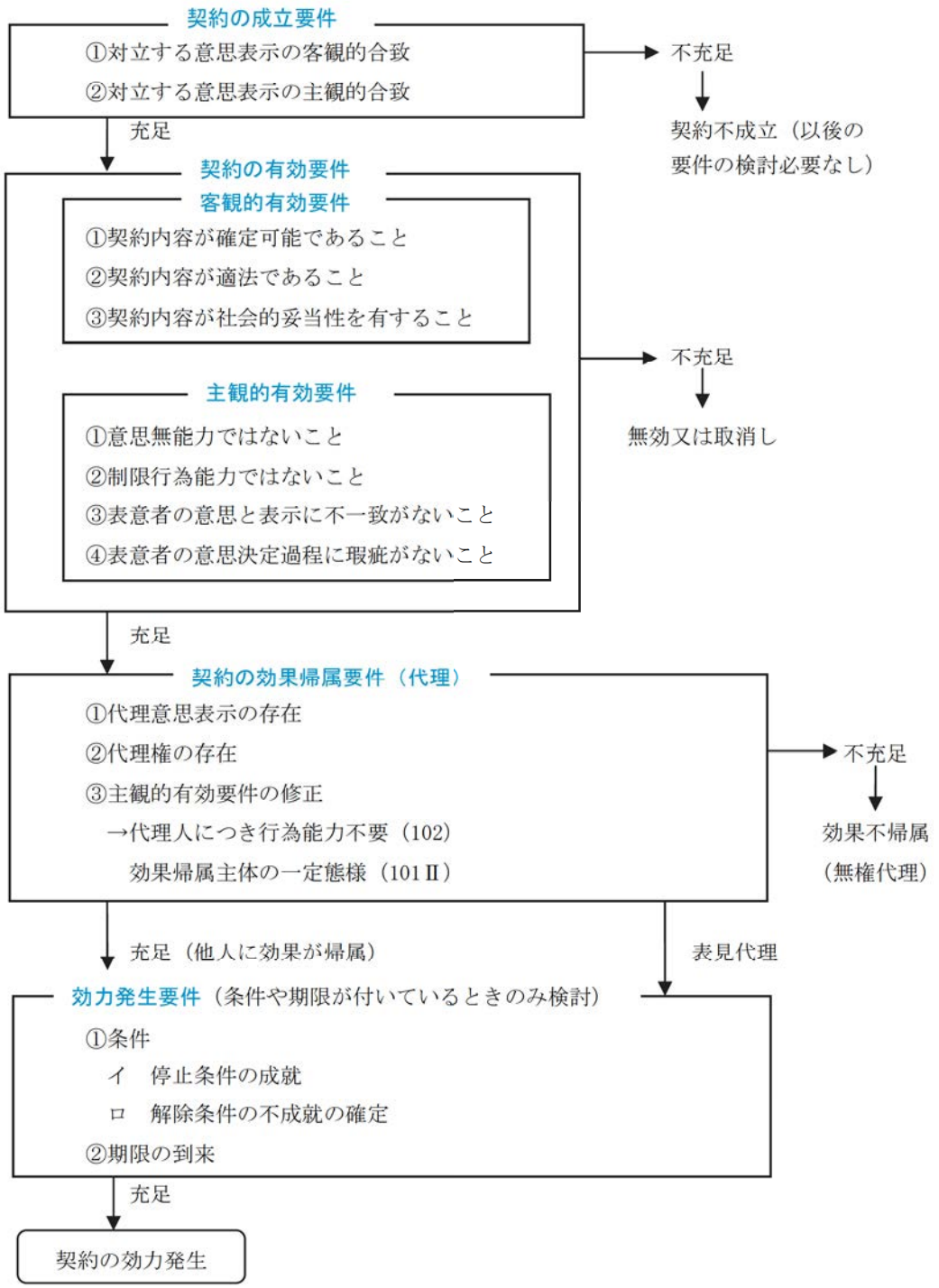
四　契約の効力発生要件

契約が成立し、無効・取消原因もない場合、その効力は契約成立と同時に発生するのが原則である。しかし、当事者の合意で、効力発生時期を遅らせたり、あるいはいったん効果が発生するが、一定の事情によって事後的に効力が消滅するものとすることができる。このような当事者間の合意の形態として、**条件・期限**というものがある。

たとえば、Ａが所有する時計についてＡとＢが○月×日を履行期として売買契約を締結したが、Ａが時計を渡してくれないとする。Ｂとしては訴訟において売買契約の成立を主張して時計の引渡しを請求することとなるが、相手方が履行期の合意の存在を抗弁として主張した場合には、改めて○月×日が来たことを主張しなければ時計の引渡請求は認められない。また、Ｃがその所有する家屋をＤに対して貸し渡したが、返還時期が到来したのでＤに対して明渡しを請求する場合にも、返還時期の到来をＣが主張することが必要である。

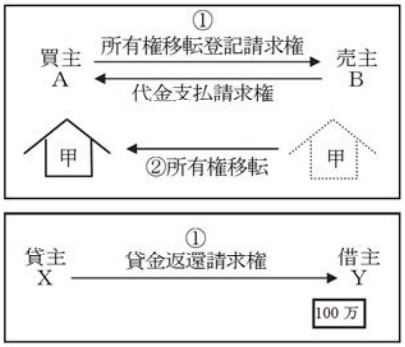
また、当事者の合意による条件や期限とは異なるが、似たものとして**期間**という概念がある。期間の計算方法については、民法に定めがある（138～143 参照）。

＜契約の成立から効力発生までのプロセス＞



五　有効な契約の効果

契約という法律要件が有効に効力を生じた場合、法律効果として、**①債権（債務）の発生**と**②物権の移転**の２つが問題となるが、［事例Ⅰ］の場合は①②ともに発生し、［事例Ⅱ］の場合は①のみの効果が発生する。



［事例Ⅰ］の場合、ＡＢ間の売買契約により、①については、Ａに甲建物の所有権移転登記請求権が発生し、Ｂに代金支払請求権が発生する。②については、甲建物の所有権がＢからＡに移転する。

［事例Ⅱ］の場合、ＸＹ間の消費貸借契約においては、ＹがＸから 100 万円の金銭を受け取って初めて契約が成立する（このような契約を要物契約という）。したがって、①について、Ｙに利息を含めた貸金返還債務（Ｘからみると貸金返還請求権）が発生するだけである。

第３款　物権変動

これまで契約の成立要件から契約の有効要件・効果帰属要件・効力発生要件まで述べてきた。契約が目的物の所有権の移転をその内容とするときは、その契約によって物権変動が生じる。以下では、この物権変動について説明する。なお、民法は、所有権のみならず多数の物権を定めている（**物権法定主義**）。民法はこのような多数の物権の成立要件などについて定めているので、物権の種類についても簡単に説明する。

一　物権の意義

民法は、物とは何かを定義している。そこで、物について説明し、次に所有権の客体となるための要件、物権法定主義と物権の種類、物権の効力について説明する。

１　物とは

物権の権利の客体は、原則として物である。

物とは**有体物**をいう。有体物とは有形的に存在するもの、すなわち空間の一部を占めるものをいう。これに対して、無体物とは、精神的産物である権利をいう。

金銭ももちろん物である。ただ、金銭は一般的には個性をもたず、一定額の価値を体現しているにすぎないという点で、通常の物とは異なる。たとえば、それ自体価値のある○○年の 500 円玉をコレクションの対象として取引する場合は、通常の物として扱われるが、一般的には交換「価値」として把握されるのである。

物は不動産と動産に分類される。**不動産**とは、**土地及びその定着物**をいい、これ以外のものを**動産**という。建物は土地の定着物であるが、日本の法制度では土地とは別個の不動産とされている。

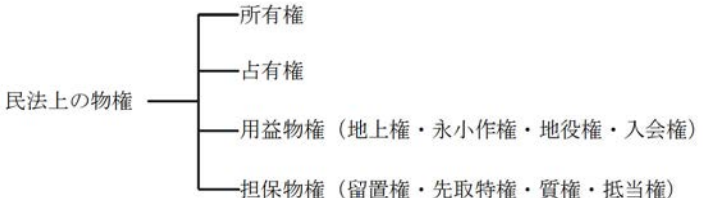
２　物権法定主義と物権の種類

⑴　物権法定主義

物権は、法律で定められたものに限って認められ、それ以外は自由に創設することが認められていない（物権法定主義）。これは、封建的な物権を否定し、近代的な所有権を確立するとともに、取引の安全を図ったものである。ただし、例外的に慣習法上の物権も存在している（水利権・温泉専用権・譲渡担保権）。

⑵　物権の種類

民法上の物権には、所有権、占有権、用益物権（地上権、永小作権、地役権、入会権）、担保物権（留置権、先取特権、質権、抵当権）がある。



⒜　**所有権**は、物（動産・不動産の区別を問わない）に対する全面的・包括的な支配を内容とする権利であり、物権法秩序の中心に位置している。

⒝　**占有権**は、物の事実的支配状態の保護のために、占有という事実に基づいて認められる権利（法律効果）である。占有とは、自己のためにする意思で物を所持することをいう（180 参照）。所有権や地上権が、物を現実に支配しているかどうかとは関係なく認められる権利で、いわば観念的なものであるのに対し、占有権は、物の現実の支配という事実状態に基づいて認められる権利である点で他の物権とは性質を異にする。

占有権以外の物権を「**本権**」という。本権のうち所有権が物の全面的な支配を内容とするのに対し、用益物権や担保物権は、物の支配の権能が一面的・部分的なものにすぎず、制限物権とよばれる。

⒞　**用益物権**として**地上権・永小作権・地役権・入会権**がある。地上権とは、工作物又は竹木を所有するために他人の土地を利用する物権をいう（265）。永小作権とは、耕作又は牧畜のために他人の土地を利用する物権をいう（270）。地役権とは、一定の目的に従ってある土地の便益のために他人の土地を利用する物権をいう（280 本文）。入会権とは、一定の地域の住民集団が山林原野などを共同で利用する慣習上の物権をいう。このように、これらはいずれも土地の利用のためにのみ認められる。

⒟　**担保物権**として留置権・先取特権・質権・抵当権がある。これらは債務の履行を確保するためのものである。担保物権は、目的物の交換価値を支配する権利であって、債権者が債務の弁済を得られないときに、担保物のもつ価値から他の債権者に優先して弁済を受けることができるという優先弁済的効力を有する（ただし、留置権は留置的効力のみ）。

それぞれの意義や特徴については、後述する（⇒「三　債権の担保」p. 28）。

３　物権の効力

物権の効力のうち、特に所有権の効力について説明する。

⑴　所有権は物に対する全面的・包括的な支配権であるが、全く自由に行使できるわけではない。法令による制限の範囲内で行使できるにすぎない。

⑵　所有権をはじめとする物権は、物を直接的・排他的に支配する権利であるから、その円満な支配状態が第三者に妨げられたり、そのおそれがある場合には、第三者に対して侵害の除去又は予防を請求することができる。この請求権を「**物権的請求権**」または「物上請求権」という。物権的請求権には、「**返還請求権**」、「**妨害排除請求権**」、「**妨害予防請求権**」がある。

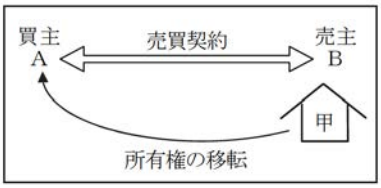
二　物権変動の意義と原因（意思主義）

［事例Ⅰ］で説明したように売買契約の合意の成立要件から効力発生要件までを具備していれば、甲建物の所有権という物権は、契約締結と同時にAに移転する。以下、この理論を説明する。

物権変動とは、**物権が発生・変更・消滅すること**をいう。これを物権をもつ主体の側からいえば、物権の取得・変更・喪失となる。

物権変動の最も典型的な場面は、売買契約による所有権の移転（買主が売主から所有権を取得する場合）であるが、時効によって物権変動が生じる場合もある。**時効**とは、ある事実状態が一定期間継続することにより、それを尊重して、その事実状態に即した権利関係が確定しうるとする制度であり、取得時効と消滅時効の２種類がある。

民法は、「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。」（176）と規定しており、これを「**意思主義**」という。この「意思主義」とは、物権変動を生じさせるには意思表示のみで足り、登記や占有などの何らの形式や表象も必要としないとする立法例をいい、フランス民法がこれを採用している。これに対して、ドイツ民法においては物権変動の意思表示の他にさらに物権変動を生じるために一定の形式・表象を必要とする。このような立法例を「形式主義」という。



ところで、日本民法の 176 条の意思主義の解釈として、売買契約のような所有権の移転を内容とする場合に、たとえば［事例Ⅰ］において、AとBが甲建物の売買契約をすること（これを**債権行為**という）と区別して、甲建物の所有権を移転する合意（これを**物権行為**という）も必要であると考えるべきであろうか。判例・通説は、物権行為の独自性を認めず、売買契約の効力として物権変動も生じると解している。ただし、債権行為が存在せず物権変動のみが問題となる場合、すなわち抵当権の設定のような場合には、物権の変動のみを目的とする契約が必要となる。物権行為という概念自体を認めることに異論はなく、その独自性の有無について争いがあるにすぎない。

三　物権変動の時期

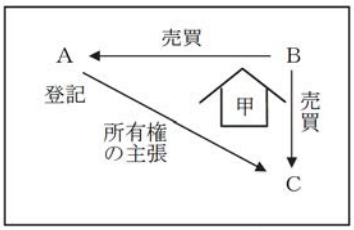
通説・判例は物権変動につき意思主義を採用し、さらに物権行為の独自性を否定するので、**有効な契約が成立した時点で、物権変動が生じる。**しかし、実際上は売主側に不利となる場合が多いので、有力説は、所有権の移転時期について①当事者間に移転時期について特約を定めた場合はそれによる、②特約がない場合は引渡し・登記・代金支払のいずれかがなされた時であるとする。この有力説は、実際の取引慣行や契約の際の当事者の合理的意思を根拠に、当事者の売買契約の解釈を行い所有権の移転時期を決定するものである。

四　対抗要件主義

民法は、物権変動が意思表示のみによって生じるとする一方で、物権の得喪及び変更は、不動産に関しては「**登記**」、動産に関しては「**引渡し**」がなければ、「第三者」に対抗できないとしている（「第三者」の意義については、後述する）。

これは、目に見えない物権の変動という法律観念を、目に見える形で「公示」し、この公示手段を備えなければ、第三者に対し物権変動を主張できないとするものであり、「**対抗要件主義**」という。

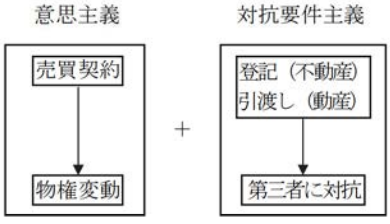
物権は、その**排他性**により、１つの物権が存在する物の上には、同じ内容の物権は成立しえないため、ＡＣのうちいずれか一方への所有権の移転のみを正当化せざるを得ない。そのため、第三者に物権変動を主張するためには、登記などの「公示」手段を備えなければならないとして、取引の安全を図っているのである。



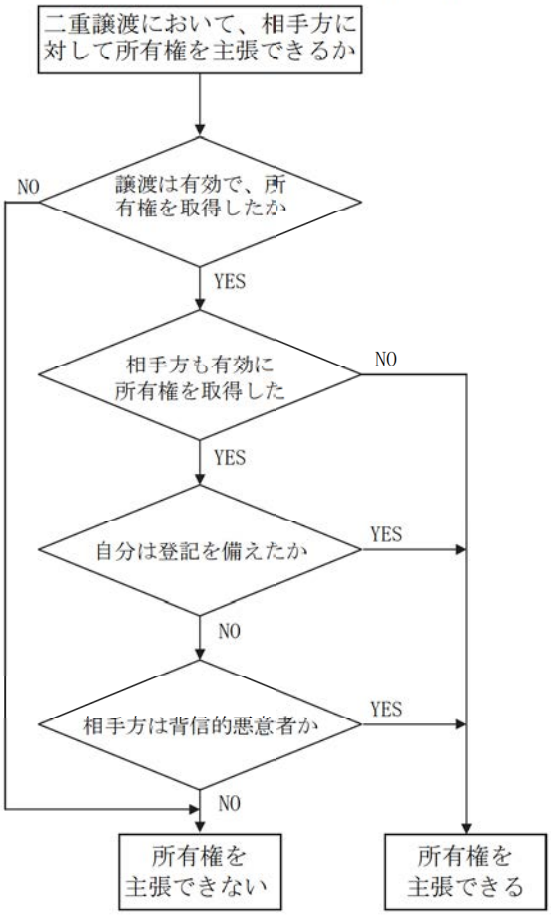
たとえば［事例Ｉ］においてＡＢ間で甲建物の売買契約がなされただけでなく、ＢＣ間でも甲建物の売買契約がなされた場合（このような状態を「**二重譲渡**」という）、Ａが、第三者であるＣに甲建物の所有権を主張するためには、甲建物の「登記」を備えなければならない。

なお、動産の場合は、「引渡し」＝占有の移転には観念的な方式も認められており、「公示」として不十分である。そのため、取引の安全のため「**即時取得**」という制度が定められている。このように、不動産と動産で制度的に異なる面があるため、以下において別々に説明する。

＜意思主義と対抗要件主義＞



＜二重譲渡に関するフローチャート＞



五　不動産物権変動における対抗要件

１　「登記」の意義

不動産物権変動の対抗要件となる不動産登記とは、不動産に関する権利関係について、国家機関（法務省法務局）が一定の手続に従って登記簿に記録すること、またはその記録そのものをいう。登記は不動産の所在地を管轄する登記所に備えられている登記簿（電磁的記録も含む）に必要な登記事項を記録するように申請することによりなされる。**登記の申請は原則として登記権利者と登記義務者とで共同でなされる（登記共同申請の原則）**。

［事例Ｉ］では、登記義務者であるＢと登記権利者であるＡが共同して、ＢからＡへの所有権移転の登記を申請することになる。その後、ＡがさらにＣに対し建物を売却した場合も、同様にＡからＣへの所有権移転登記がされることとなる。

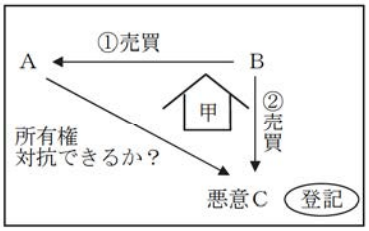
２　登記が必要な「物権の得喪及び変更」とは

「物権の得喪及び変更」の典型は当事者間の契約だが、これ以外に相続や取得時効などがある。また、売買契約が取り消されたり、解除された場合などのような物権の復帰的変動も「物権の得喪及び変更」に該当する。

判例は、このような一切の不動産物権変動において登記が対抗要件になるとしている。

３　「第三者」の意義

「**第三者**」とは、一般には、**当事者及びその包括承継人（相続人など）以外の者**をいい、177 条における「第三者」とは、正確には「**登記の欠缺（登記を備えていないこと）を主張する正当な利益を有する第三者**」をいう。たとえば単なる無権利者は、「正当な利益を有する第三者」にあたらず、この者に対しては、登記を具備していなくても物権を主張できる。



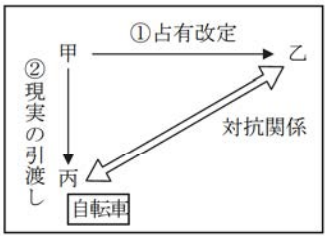
それでは、第三者の主観面は考慮すべきであろうか。［事例Ⅰ］で、ＡＢ間で甲建物の売買契約がなされたことを知っていながら、Ｃが甲建物につきＢと売買契約を結び、移転登記も備えた場合、登記のないＡは、Ｃに対して、甲建物の所有権を主張できるかという問題である。Ｃのような「悪意の第三者」であっても、資本主義的な「自由競争原理」のもとでは、保護に値するとして、「正当な利益を有する第三者」にあたるとするのが判例・通説である。ただし、自由競争の範囲を超え、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる者については、「第三者」にあたらない。たとえば、ＣがＡに不当に高い価格で売りつけるためにＢから甲建物を買い受けた場合などである。これを、「背信的悪意者排除論」という。なお、Ｃが背信的悪意者であるとしても、Ｃからさらに甲建物を譲り受けた者は、Ａとの関係で背信的でない限り、「正当な利益を有する第三者」である。

六　動産物権変動における対抗要件

１　「引渡し」の意義

動産物権変動の対抗要件となる「**引渡し**」とは、**占有の移転**をいう。

この占有の移転には、⑴**現実の引渡し**、⑵**簡易の引渡し**、⑶**占有改定**、⑷**指図による占有移転**の４種類がある。これら４種類の占有移転の原因は、当事者の合意である。⑴から⑷の占有は排他的ではなく、重畳的に認められる場合があるので、登記とは異なり、二重に引渡し（占有）がなされるケースがある。たとえば、甲が所有する自転車を、乙と丙に売却し、乙には占有改定で引き渡した後に、さらに丙に現実の引渡しをした場合、乙と丙のどちらも対抗要件を備えていることになる。この場合、178 条との関係では先に対抗要件を備えた乙が優先する。



２　公信の原則

日常頻繁に行われる**動産の取引**においては、より取引の安全を保護するため、「**公信の原則**」が採用されている。公信の原則とは、真の権利状態と異なる公示が存在する場合、その公示を信頼して取引した者に対し公示どおりの権利の取得を認めることをいう。民法は動産については占有に「公信力」を与え、「**即時取得**」の制度（192）を定めている。

即時取得の要件について先の自転車の例で説明する。即時取得は、甲が自転車を引き渡して無権利者となった後に、①自転車を占有している無権利者甲から、丙が②甲との有効な取引行為により、③甲が所有権者でないことを過失なく知らず（善意・無過失）、④自転車の「占有を取得」した場合、その自転車につき取引による権利を取得することができるとする制度である。丙は占有取得時に善意・無過失であることが必要であり、以上の要件を満たせば、丙は自転車の所有権を取得できる。

即時取得は、前者の無権利という瑕疵のみを治癒する制度であるから、甲丙間の契約は原則通り成立・有効要件を具備していなければならない。

３　明認方法

立木や未分離の果実のように土地に生育する物は、客観的にみてその土地の一部である。しかし、我が国においては、立木や未分離の果実が、土地に付着したまま土地とは独立して取引の対象となった慣行があるので、それらの所有権を公示する手段として「**明認方法**」が慣習上認められてきた。

具体的には、立木を削って所有氏名を墨書したり、立札を立てたりすることが「明認方法」にあたる。

第４款　債務の履行（正常な場合）

契約が成立し、有効要件・効果帰属要件・効力発生要件のいずれも満たした場合（後二者については定めがある場合に限る）、いよいよ契約の履行、すなわち債務の履行の問題となる。

一　債務の履行としての特定の問題

まず、現実に債務を履行するためには債務の内容が特定していなければならない。給付の目的物の性質からみて契約時にすでに特定している場合には問題ない。たとえば、特定の名画とか骨董品、売主がすでに所有している建物などはこれ以外の物を考える余地がないので、初めから特定している。これを性質上の**特定物**という。これに対して、契約時に多数同じ性質のものが存在している場合（**種類物**）や売主が複数の建物を所有しており契約時にはそのうちのどれという意味で特定していなかった場合には、履行のための特定が必要となる。

ここでの特定は、契約の有効要件としての確定性と同じ意味ではないことに注意を要する。すなわち、契約の有効要件としての確定性は、契約時においてどのような内容が合意されたかという問題であるのに対し、**債務を履行する要件としての特定性は、履行期の到来時において現実に給付すべき行為との関係で具体的に定まる**問題である。

たとえば、契約時にビール１ダースを売買すると定めた場合について考える。契約の内容は確定しており、契約の有効要件は問題なく満たす。次に、どの程度の品質にするかについて当事者で合意しなかった場合、401条１項の規定により、給付すべきビール１ダースは中等の品質のものとなる。そして、履行のための特定がされたというためには、当事者の合意による指定がないときは「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了」することが必要とされ（401Ⅱ）、債務者の履行すべき債務が持参債務（債権者の住所で履行すべき債務）である場合には、債務者が現実にビール１ダースを債権者の住所に届けたときに特定される。

債務の履行が完成するためには、債務者が**弁済の提供**をなす必要があるが、弁済の提供の方法について規定する493条によれば、債務者が現実にビール１ダースを債権者の住所に届けた時点で、特定と同時に弁済の提供がなされたことになる。

最後に、債務者の弁済の提供に応じて、債権者がビール１ダースを受け取れば、債務者の債務が消滅し、ビール１ダースの売買契約は円満に目的を達する。

二　弁済の構造

債務は**弁済**によって消滅する（473）。弁済とは、**債務の本旨に従って債務の内容である一定の給付を実現する債務者の行為**をいう。債務者側からみると債務の弁済となり、債権者側からみると債務の履行となる。両者は、「債務の本旨」に従ってなされる点において同じ内容である。この「債務の本旨」に従った履行であるかは、契約で合意した内容に従った履行であるかによって判断される。具体的には「誰が、誰に、何を、いつ、どこで、どのように」（５Ｗ１Ｈ）により判断される。次頁の図表は、５Ｗ１Ｈに関する民法上の原則と例外をまとめたものである。

＜５Ｗ１Ｈに関する民法上の原則と例外＞

５Ｗ１Ｈ	原　則	例　外
誰が（弁済をなす者）	債務者	第三者（474）
誰に（弁済受領者）	債権者	受領権者 受領権者としての外観を有する者（478）
いつ（弁済の期日）	弁済期（412）	弁済期前（136Ⅱ）
どこで（弁済の場所）	債権者の現在の住所（484Ⅰ）	（特定物について）債権発生当時その物の存在した場所（484Ⅰ）
何を（弁済の目的）	債権の目的（483）	
どのように（弁済の方法）	善管注意義務（400）	自己の財産に対するのと同一の注意義務（659、940等）

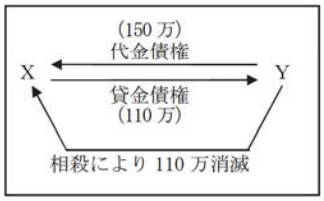
以上について、［事例Ⅰ］で弁済を説明すると、ＡはＢの住所地に赴いて代金を支払わなければならない（484Ⅰ）。なお、Ａの父親である第三者ＣがＡの債務をＢに支払うことも可能となる場合がある（474Ⅰ）。また、代金は債権者Ｂのように弁済の受領権者に対して支払わなければならないが、弁済の受領権者以外の者であっても、取引上の社会通念に照らして受領権者としての外観を有するもの（たとえば、必要な書類をすべて揃えているＢの代理人と自称する者）に支払ったような場合には、例外的に弁済が有効となる場合がある（478）。

一方で、Ｂの甲建物が引渡日の前日に大型台風で瓦 50 枚が飛んでなくなっていた場合、Ｂがこれをそのままの状態で引き渡した場合には、Ａは債務不履行責任（契約不適合責任）を追及することができる（562、563、564）。

三　債権（債務）の消滅～相殺

弁済がなされると、債権は目的を達して消滅する。

このような債権が消滅する場合としては、弁済の他にもいくつかあるが、ここでは相殺のみについて説明する。

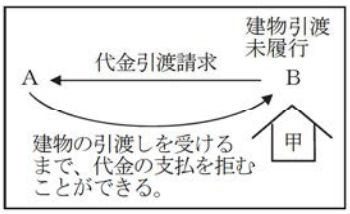


相殺とは、**債権者と債務者が相互に同種の債権・債務を有する場合に、その債権と債務とを対当額において消滅させる一方的意思表示**をいう（505Ⅰ本文）。［事例Ⅱ］でＹがＸに車を売却して 50 万円の代金債権を有していた場合、ＹがＸに自己の 110 万円の貸金返還債務と相殺する旨の意思表示をする 110 万円の対当額につき両債務が消滅し、Ｙには 40 万円分の代金債権が残ることになる。このとき、相殺の意思表示をしたＹの債権（150 万円）をＹからみて「**自働債権**」、相殺により消滅したＹの債務、すなわちＸの債権（110 万円）をＹの方からみて「**受働債権**」（反対債権ともいう）という。

相殺は、相殺する者にとっては、対当額において自己の債務を弁済するとともに自己の債権の弁済を受けた場合と同一の結果を生じさせるものである。そこで、特に銀行などの金融機関にとっては、相殺は、自己の債務を担保にして債権の満足を受けるという重要な**担保的機能**を果たしている。

四　双務契約の牽連性

売買契約のように、**契約の両当事者が相互に対価的な債務を負う契約**を**双務契約**という。そのため、各債務に、相互に牽連性（一方の債務があるからこそ他方の債務があるという関係）を認める必要がある。以下の２つについて説明する。



1　同時履行の抗弁権

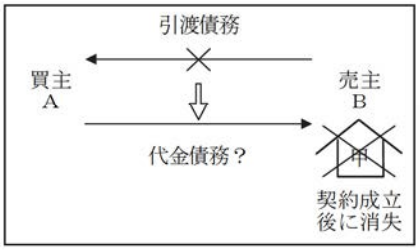
［事例Ⅰ］において、ＡはＢが履行期に甲建物を引き渡すまでは代金の支払を拒むことができる。したがって、Ｂの建物引渡債務の履行期が到来している場合において、Ｂが甲建物の引渡しのための弁済の提供をしない限り、Ａは代金支払を拒む権利、すなわち同時履行の抗弁権を有する。同時履行の抗弁権を有している間は、Ａは自己の代金支払債務について債務不履行にならないため、損害賠償責任を負わず、解除されることもない。

２　危険負担

⑴　契約成立時点では履行することが可能であった債務が、履行時に履行できない状態になることがある（これを**後発的不能**という）。この履行不能が、もし債務者の責めに帰すべき事由により生じたのであれば、債務者がその責任を負えばよいのであって、これは後述する債務不履行の問題となる。

これに対し、履行不能につき債務者に何らの責任がないのであれば、一方の債務が履行不能となった場合に、他方の債務の履行がどうなるのかという問題が生じる。これを「**危険負担**」という。

⑵　［事例Ⅰ］において、ＡＢ間の契約が成立後、履行期日の前日に隣家の失火により家屋が延焼してしまった場合、Ｂ（債務者）の家屋引渡債務は履行不能となる。この場合に、隣家の失火につきＡに帰責事由がない限り、Ａ（債権者）は代金支払債務の履行を拒絶することができる（536Ⅰ）。



第５款　債務の履行（正常でない場合）

一　はじめに

当事者の意図する通りスムーズに債務の履行がなされるのであれば何ら問題ない。しかし、現実には当事者の意思に反する正常でない事態がしばしば生じる。たとえば、［事例Ⅰ］で、Ｂが約束の期限を過ぎても、家屋の引渡しや登記の移転に応じてくれないとか、引き渡すべき家屋がＢの過失で焼失してしまったといったケースである。このように債務者が契約内容通りに債務の履行（債務の本旨に従った履行）をしない場合、債権者はどのような手段をとりうるであろうか。これは、債権の効力としていかなるものがあるかという問題である。

二　現実的履行の強制（強制履行）

債務者が任意に債権の目的である給付をしない場合、債権者としては、最終的に民事訴訟を提起してその給付を求めることになる。しかし、仮に債権者が勝訴判決を得たとしても、それが実現できなければ債権者にとって意味がない。そこで、民法・民事訴訟法が予定するところを実現するために強制的に給付を実現することが可能となっており、これらの実現方法については民事執行法が規定している。

履行を強制する手段としては、次の３つがある。

①　**直接強制**：債務者の財産に対して実力行使し、債務者の意思を無視して債権の内容を実現する方法

②　**代替執行**：他人に代わりに行為をさせてその費用を債務者から取り立てる方法

③　**間接強制**：履行しなければ「１日につき○○円払え」という一種の制裁金を課すことにより、債務者の履行を経済的に強制するという方法

三　債務不履行

１　はじめに

「債務の本旨」に従った履行がなされないことを債務不履行という。このとき、債権者は、債務者に対して、債務不履行を理由として損害賠償を請求することができる（415Ⅰ本文）。債務の本旨に従った履行か否かは、契約の有効要件によって確定した債務の内容（誰が、誰に、何を、いつ、どこで、どのように、すなわち５Ｗ１Ｈ）により判断される。

２　債務不履行の類型

債務不履行は、一般的に、以下の３つの類型に分類して説明される。

⑴　**履行遅滞**：履行が可能であるのに正当な理由なく履行しないまま履行期を徒過した場合

⑵　**履行不能**：債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能である場合

⑶　**不完全履行**：債務の履行として何らかの給付がなされたもののそれが不完全である場合

不完全履行はこのように定義されるが、現実的な取扱いとしては、履行遅滞・履行不能のいずれにも属さないものをすべて不完全履行と考えてよい。たとえば、不完全履行の典型としては、給付した物の一部に瑕疵があったり不足していた場合があげられるが、これ以外にも、本来の契約上の債務については完全に履行した場合であっても不完全履行となる場合がある。たとえば、購入したテレビを室内に設置した際に廊下の壁を傷つけたというケースは、不完全履行の一類型である。

３　要件

履行遅滞・履行不能・不完全履行それぞれの態様が生じた場合であっても、これらの債務不履行が「**契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由**」（415Ⅰただし書）によるものである場合には、債務者は損害賠償責任を負わない。そして、ここでの免責事由の判断については、債務発生原因に即して判断され、契約の場合には、契約の趣旨に照らして判断される。

なお、履行遅滞においては、債務者が債務の履行を遅滞している場合であっても、同時履行の抗弁権（533）等を有するために債務の履行をしないときは、債務者は債務不履行責任を負わない。この場合、「債務者が債務を履行しないことは違法ではない（同時履行の抗弁権によって違法性が否定される）」などと表現される。

４　効果～債権者がなしうる手段①（損害賠償請求）

⑴　債権者は、債務不履行によって生じた損害を債務者に対して請求することができる。

［事例Ⅰ］で、Ｂが甲建物を引き渡すのが期日より３か月遅れたため、その間Ａが住居としてアパートを借りなければならなかった場合、Ａは、そのために必要となった費用を損害としてＢに請求することができる。また、甲建物がＢの失火により焼失してしまった場合、Ａは建物の価額を損害としてＢに請求することができる。

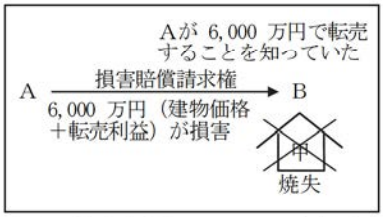
⑵　損害を賠償する方法は、**金銭**によるのが原則である。

賠償金額がいくらとなるかは、きわめて重要である。そのため、難しい問題がいくつもある。

まず、いかなる損害が賠償の対象になるか、すなわち**賠償すべき損害の範囲**が問題となる。この点について、判例・通説である**相当因果関係説**は、損害賠償の範囲について規定する 416 条の解釈について、**債務不履行によって現実に生じた全損害のうち、当該場合に特有の損害を除き、そのような債務不履行があれば通常生じるであろうと認められる範囲の損害**について賠償すべきであるとする。その趣旨は、一個の債務不履行と事実的因果関係（「あれなければこれなし」という関係）にある損害は無限に生じるおそれがあるため、**当事者間の公平を図ろうとする損害賠償制度の目的**から、社会通念上相当な損害に限定する点にあると解する。

この判例・通説の立場は、416 条を次のように解釈する。まず、同条１項は、通常の事情から通常生じる損害（**通常損害**）については当然に賠償すべきであることを定め、同条２項は「特別の事情」から通常生じる損害（**特別損害**）であっても、債務者が債務不履行時にその特別事情（またはそれによる損害）を予見すべきであった場合は、これを賠償すべきことを定めたものと解する。

特別損害の例としては、［事例Ⅰ］において、Ｂの失火により建物が焼失してしまった場合、Ｂが、ＡがＣとの間に時価を超える 6,000 万円で建物を転売する契約を結んでいたことを予見すべきであったということができれば、Ａは、Ｂに対して 6,000 万円を損害として請求できる。



次に、給付すべき目的物の価額は時とともに変動するものであるから、**どの時点における価額をもって賠償額を算定すべきか**が問題となる。判例は、原則として**債務不履行時**における価額をもって賠償額を算定すべきであると解しているが、たとえば、不動産のように価格の騰貴・下落が激しいものについて、最も高騰した時点の価格（中間最高価格）によって賠償請求できる場合を認めている。すなわち、目的物の価格が騰貴しつつあるという事情を「特別の事情」として、これにつき予見可能であれば騰貴時における価格を基準に損害賠償請求できるとする。ただし、価格がいったん騰貴しその後に下落する場合に、中間最高価格で損害賠償を求めるためには、中間最高価格の時点で転売その他の方法で確実に利益を収めたであろうという特別事情があり、その事情につき予見すべきであったことの主張立証を要するとしている。

⑶　当事者間の公平の観点から、賠償額の調整がなされる場合がある。

まず、債務不履行によって、債権者が損害を被るだけではなく、利益を受けた場合は、損害から利益を差し引いた残額が賠償額となる。これを「**損益相殺**」という。次に、債務不履行による損害の発生ないし拡大に関し、債権者に過失があった場合、裁判所は、債権者の過失に応じて賠償額を減額する。これを「**過失相殺**」という。

５　効果～債権者がなしうる手段②（解除権の行使）

⑴　契約の**解除**とは、**債権者が債務者の債務不履行を理由として、債務者に対する一方的意思表示によって契約を終了させること**をいう。

解除制度は、**債務の履行を得られなかった債権者を契約の拘束力から解放するための手段**として位置づけられているため、解除の要件として、債務者に帰責事由が存在することは必要でない。

⑵　解除権を行使するための手続要件

①催告、②必要な期間の経過、③解除の意思表示である。

履行遅滞の場合、まず、債務者に対して債務の履行を促すために、債権者がその旨を通知することが必要となる（①催告）。次に、催告の後に債務者が態度を改めて（翻意して）履行する可能性があるため、②相当期間の経過が必要となる。なお、債権者は、履行の催告をした後、相当の期間が経過した時における債務者の債務不履行が「**軽微**」であるときは、契約を解除することができない（541 ただし書）。「軽微」かどうかは、⒜債務不履行の態様の軽微性、及び⒝違反された義務の軽微性を考慮して判断される。

そして、債権者は、原則として上記①②のプロセスを経た後に、初めて③解除の意思表示をすることができる。なお、履行不能の場合、①催告をしても履行の可能性がない以上、手続として不要である（542 Ⅰ①参照）。また、不完全履行の場合、改めて履行を完成させることができるときには、①催告が必要であるが、もはや履行を完成させることができないときには、催告は不要である。

⑶　解除の効果

①　**未だ履行されていない債務は、履行する必要がなくなる。**

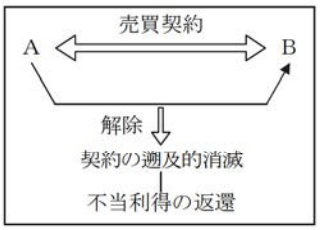
②　**既に履行された債務は、相互にこれを返還すべき義務を負う。**

③　①②によっても損害が残る場合は、これを賠償させる。

④　①②③の効果により、第三者の権利を害することはできない。

⑷　解除の効果の法的構成～直接効果説（判例）

解除によって、**契約は初めにさかのぼってなかったことになる（直接効果説）**。したがって、未履行の債務は当然に消滅する（上記①の効果）。また、既に履行された債務については、なされた給付が、契約の遡及的消滅により法律上の原因を欠いていたということになり、「不当利得」（703 以下）として返還すべきことになる（上記②の効果）。ただし、不当利得の返還範囲は「現存利益」に限られる（現に利益を受けている限度で返還すれば足りる）のに対し、解除の場合は、返還の範囲が「原状回復」まで拡大されているという違いがある。



また、損害賠償については、契約が遡及的に消滅したとはいえ、実際に債務不履行により既に生じている損害は解除しただけでは填補されないから、損害賠償請求を認める必要がある（上記③の効果）。

⑸　解除と第三者

545 条１項ただし書は、解除により第三者を害することはできないと定めている。直接効果説の立場から、この規定は、解除前にその契約に関与した第三者が、解除の遡及効により一方的に損害を被らないために遡及効を制限し、もって第三者を保護したものであると説明される。

四　受領遅滞

今までは債務者が約束どおりの履行をしない場合であったが、**受領遅滞**とは、**債務者が債務の本旨に従った弁済の提供をしたにもかかわらず、債権者が受け取ることを拒む（受領拒絶）か、又は受け取ることができないため（受領不能）に履行が遅延している状態**をいう。たとえば、期日に約束の物を持って行ったのに置き場所がないからといって受け取ってくれないとか、支払をしようと思うのに住所を教えてくれないといった場合である。

この場合、債務者は履行遅滞を理由とする債務不履行責任を負わない（492）。また、債務者の目的物保存義務の程度が、善管注意義務（400）から、自己の財産におけるのと同一の注意へと軽減される（413Ⅰ）。さらに、保管等に関して増加した費用を請求できる（413Ⅱ）。

五　担保責任（契約内容の不適合）

売買契約を例にすると、民法は、売主が買主に目的物を引き渡し、又は権利を移転したが、それが契約の内容に適合しない場合について、買主の**追完請求権**（目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完の請求のこと。562）、**代金減額請求権**（563）、**損害賠償請求権**（415、564 参照）、**解除権**（541・542、564 参照）を認めている。すなわち、売主は、買主に対して、売買契約に基づき、**種類・品質・数量に関して契約内容に適合した物や権利を供与すべき義務**を負っているところ、移転された目的物や権利が契約の内容に適合しないものであるときは、売主は不完全に義務を履行したことになり、売主は買主による追完請求、代金減額請求、損害賠償請求等に応じなければならない。売主が負うこれらの担保責任の法的性質は、**債務不履行責任**である。

契約内容の不適合の種類としては、引き渡された目的物が種類、品質、又は数量に関して契約の内容に適合しないものである場合（562～564）、売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しないものである場合（権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しない場合を含む）（565）がある。

［事例Ⅰ］で甲建物が実はＢの所有物ではなくＣの所有物であったためＣから取り戻された場合や、甲建物に雨漏りする等の欠陥があって十分に使用できなかった場合、民法は、買主であるＡに追完請求権・代金減額請求権・損害賠償請求権・解除権を与え、買主の保護を図っている。

第６款　債務の履行の確保

一　債務（債権）の履行の確保の必要性

［事例Ⅱ］でＸがＹに 110 万円の支払を請求しても、Ｙが任意に 110 万円を支払わなかった場合には、債権者であるＸが自ら債権を回収しなければ、Ｘは 110 万円の支払を受けることができない。ここで、Ｘが訴えを提起して勝訴判決を得ても、Ｙの手元に 110 万円に相当する財産がなければ、強制執行も空振りになってしまうおそれがある。

そこで、民法は債権者の債権の保全（債務者の責任財産の保全）をするための制度として、①債権者代位権と②詐害行為取消権を規定した。これらは、債権者の事実上の債権回収手段として用いられている。また、債権者としては、あらかじめ債権の担保として、債務者に保証人を立てるよう求めたり（③人的担保）、債務者の財産に担保権を設定する（④物的担保）などして、優先的に弁済を受けられるよう手立てを講じておくこともできる。以下、順次説明する。

二　責任財産の保全

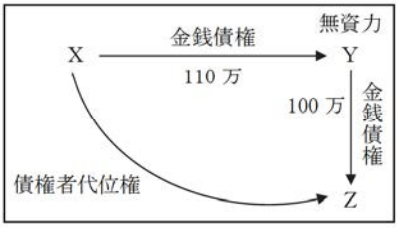
１　責任財産の保全総説

責任財産の保全とは、**債務者が債務を履行しない場合に、強制執行の準備として債務者の責任財産を確保すること**をいう。民法上、「**債権者代位権**」と「**詐害行為取消権**」がある。

保全の対象となる財産は債務者自身の財産であるから、差押えがなされない限り、その管理や処分は債務者の自由である。しかし、民法は、その原則に対する例外として、一定の範囲で、強制執行の準備のために、債権者が債務者の財産管理権に介入することを認めた。

２　債権者代位権

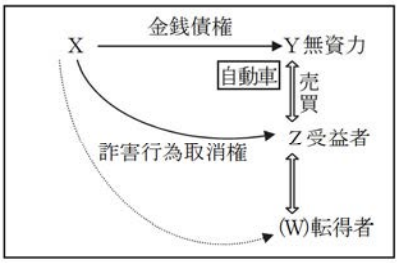
［事例Ⅱ］で、Ｘが履行期に 110 万円をＹから取り立てようとしたとする。Ｙは、Ｚに対する 100 万円の金銭債権をもっているが、他に何らめぼしい財産をもっていない。Ｘとしては、ＹがＺから債権を取り立てて、そのお金で自分に支払ってくれることを望むが、Ｙとしては結局Ｘに回収されてしまうので、自ら債権を取り立てるようなことはしない。



このような場合、Ｘは、自己の債権を保全するため、債務者Ｙの有する債権を、あたかもＸ自身が権利者であるかのように行使して、Ｚに対して、100 万円を支払うよう請求することができる。

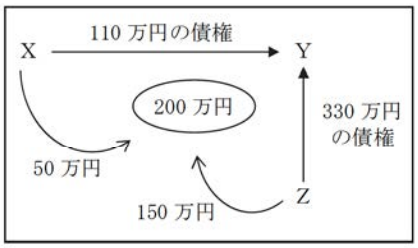
３　詐害行為取消権

［事例Ⅱ］で、Ｙが唯一の財産である自動車をＺに非常に安い価格で売ってしまったとする。Ｙはこのような処分をすることによって無資力となり、その結果ＸのＹに対する債権が満足を得られなくなるおそれが生じる。このような場合、Ｘとしては、債務者Ｙの行為を取り消して、債務者の責任財産を回復することができる。



三　債権の担保

１　債権者平等の原則

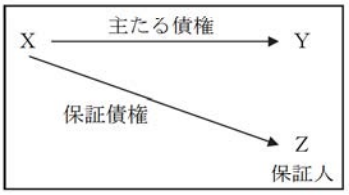


債権者代位権・詐害行為取消権という制度によって責任財産の保全を図ったとしても、いざ強制執行の段階になると、必ずしも債権者が十分に満足を得られるとは限らない。それは、強制執行において一般債権者が責任財産から弁済を受ける際には、差し押さえた財産を競売した代金から、債権額に按分した配当が受けられるにすぎないという「**債権者平等の原則**」があるからである。

［事例Ⅱ］で、Ｘの他に債権者ＺがＹに対して 330 万円の債権を有していた場合、Ｙが債務を弁済しないので、ＸがＹの唯一の財産である自動車に対して強制執行し、自動車が 200 万円に換価されたとすると、その 200 万円はＸとＺで、それぞれの債権額 110 万円と 330 万円に按分して分配される。よって、Ｘは 50 万円しか満足を得ることができない。

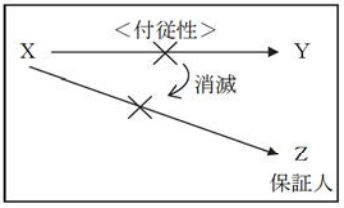
Ｘにしてみると、自己の債権全額について優先的に弁済を受けたいと思うはずである。そこで、債権者は、金銭債権について一般債権者に先立って債権を回収するための手段として「担保」を設定するのが通常である。担保には、債務者以外の第三者の一般財産から弁済を受ける「人的担保」と、債務者又は第三者の特定財産の換価代金から優先的に弁済を受ける「物的担保」の２種類がある。

２　人的担保～保証債務・多数当事者の債権債務



人的担保としては、保証制度と、機能的にみて多数当事者の債権債務関係がある。

⑴　人的担保の典型例は**保証**である。債権者に対して債務者が負担する債務を主たる債務といい、債権者側からみて被担保債権という。保証人は債権者と保証契約を締結し、保証人は債権者に対して主たる債務と同一内容の債務を負担する。［事例Ⅱ］で、ＺがＹのために保証人となった場合、ＹがＸに弁済できないときは、ＺはＹの債務と同一内容の債務を自らＸに弁済しなければならない。

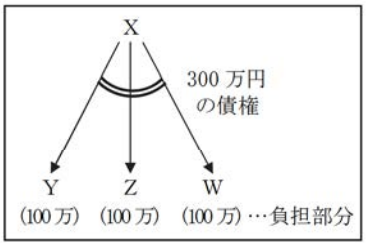


⑵　保証債務は、主たる債務の存在が前提となる。これを「**付従性**」という。付従性により、主たる債務が成立していなかったり、その契約が取り消されたりしたときは、保証債務も効力を生じず、主たる債務が弁済等で消滅したときは、保証債務も消滅する。

⑶　多数当事者の債権債務関係

多数当事者の債権債務関係とは、**２人以上の者が同一の給付につき、債権者又は債務者となる場合**をいう。民法は、分割債権・債務、不可分債権・債務、連帯債権・債務の３類型に分けて、多数当事者間の法律関係について規定している。今日の社会関係、たとえば家族関係、相続人間、共同事業者、同一の事故の多数の被害者間に発生する債権債務関係を正しく理解する上では、これらの多数当事者の債権債務関係に関する知識・理解が必要となる。ここでは、人的担保としての機能を有する連帯債務のみを説明する。

連帯債務とは、数人の債務者が、同一内容の給付について各々独立に全部の給付をなすべき義務を負い、そのうちの一人が給付をすれば他の債務者も債務を免れる多数当事者の債務関係をいう。平たくいえば、各自が全部の給付義務を負うものが連帯債務であり、これにより債務の弁済の確実性を高めることができるという点で、人的担保としての機能を果たしている。



３　物的担保

物的担保とは、特定の物を換価した代金から優先的に弁済を受ける担保をいう。

民法上、**留置権・先取特権・質権・抵当権**という４つの担保物権が規定されているが、抵当権が物的担保の典型である。

担保物権は、特定の債権を担保するために存在するものであるから、その被担保債権の発生や消滅に従う（**付従性**）。また、被担保債権が譲渡され第三者に移転すれば、担保物権も同様に移転する（**随伴性**）。さらに、被担保債権の全額の弁済を受けるまでは、担保物全部に対して権利を行使できる（**不可分性**）。

⑴　留置権

留置権は、**当事者間の公平の観点**から、特定の債権を担保するために、一定の要件をみたす場合に、法律上当然に成立する担保物権（**法定担保物権**）である（295）。債務が完済されるまで目的物を留置することにより、債務者に債務の弁済を間接的に強制する「留置的効力」を有する。たとえば、ＹがＸにカメラの修理を頼んだ場合、ＸはＹが修理代金を払うまでカメラを留置しておくことができる。

⑵　先取特権

先取特権も、法律の定める一定の債権について、債務者の財産から優先的に弁済を受けることができるように、法律上当然に成立する**法定担保物権**である（303～341）。公平の観念、**社会政策**的見地、当事者の意思の推測などを趣旨とする。

先取特権は、優先弁済権の目的となる物の種類に着目して次の３つに分けられる。

債務者の総財産を目的とした「**一般の先取特権**」、②債務者の特定の動産を目的とした「**動産の先取特権**」、③債務者の特定の不動産を目的とした「**不動産の先取特権**」である。

⑶　質権

質権は、債権者がその債権の担保として債務者又は第三者から受け取った物（質物）を債務の弁済があるまで占有し、弁済がない場合にはその物につき他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受けることができる**約定担保物権**である（342～366）。

質権は、質物の占有を質権者に移転する点で、非占有担保である抵当権と異なる。このため、質権は、「優先弁済的効力」に加え、債務が弁済されるまで質権者が目的物を留置できる効力（「留置的効力」）を有する。そのため、債務者たる質権設定者は目的物を利用することができない。これによって、債務者に弁済を間接的に強制することができる。

質権の目的物は、動産が典型であるが、不動産や権利（債権、株式、特許権等）も含まれる。

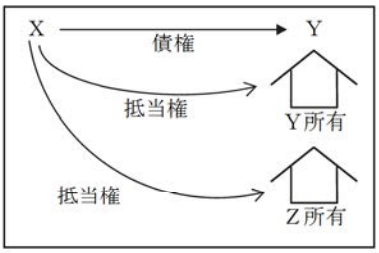
⑷　抵当権

⑷　**抵当権**は、債権者が、債権の担保として債務者又は第三者から占有を移転せずに提供を受けた不動産等につき、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受けることができる**約定担保物権**である（369～398 の 22）。

抵当権者は、抵当不動産の占有を抵当権設定者（抵当不動産を提供して債権者と抵当権設定契約を締結した者。債務者以外の第三者が抵当権設定者の場合は、その第三者を**物上保証人**という）の下にとどめたまま、抵当不動産の価値を支配し、他の債権者に優先して弁済を受けることができる。

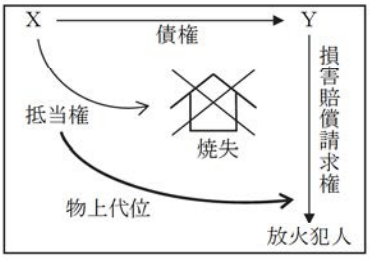
⑸　民法上、抵当権の目的物は「**不動産**」のほか、「地上権及び永小作権」のみである。

［事例Ⅱ］で、貸金債権を担保するため、ＸとＹの間でＹ所有の建物への抵当権設定契約を結んだとしても、Ｙはその家屋に住み続けることができ、また、ＸとＺとの間で、Ｙに対する貸金債権を担保するため、Ｚ所有の建物への抵当権設定契約を結ぶこともできる。



⑹　抵当権は、目的となった不動産に付加して一体となっている物（**付加一体物**）にも及ぶ。たとえば、土地に対する立木・庭石、建物に対する増築建物・付属建物にも抵当権の効力が及ぶ。

⑺　担保目的物の「交換価値」を支配する抵当権は、担保されている債権の履行がなされない場合に、競売手続に従って競落した者が支払った代金から抵当権者が優先的に満足を受けるという形で実現される。また、抵当目的物が滅失・損傷したような場合に、設定者が受けることのできる「金銭その他の物」に対しても、効力を及ぼすことができる。これを担保権の「**物上代位性**」という。



先の例でＹの建物が放火により焼失したときは、Ｙは犯人に対して不法行為に基づく損害賠償請求権を取得する。Ｘはこの損害賠償請求権に対して物上代位して、抵当権の効力を及ぼすことができる。

⑸　非典型担保

民法上規定がないが、実際上の必要から**譲渡担保**、**仮登記担保**、**所有権留保**などが行われている。譲渡担保は、譲渡担保設定者が担保物を利用して営業を続ける必要がある場合などに利用されている。仮登記担保については、仮登記担保法が定めている。

第７款　契約以外の債務の発生事由

一　はじめに

これまでの説明は、私人間の権利義務関係がまず第一に私的自治の原則（契約自由の原則）にしたがって形成されることから、当事者間の自由な意思に基づく契約（特に売買契約）を中心に説明してきた。もっとも、私人間の権利義務関係は、当事者間の自由な意思に基づくもののみならず、民法の規定によっても発生する。これを**法定債権**といい、民法は、①**事務管理**、②**不当利得**、③**不法行為**を定めている。

これらの債権債務は、当事者の合意に基づくわけではないので、法律が個別的に要件・効果を定めている。これらの制度を理解し、解釈する際には、それぞれの制度趣旨やその役割・機能に留意しなければならない。

二　事務管理

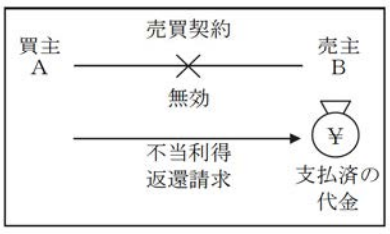
たとえば、隣人の長期海外出張中に隣人が居住する家屋の屋根が暴風雨で壊れたのをたまたま見つけたため、隣人に頼まれたわけではないが修繕してあげたというような場合には、事務管理が成立する。**事務管理**とは、**義務なくして他人のためにその事務（仕事）を管理（処理）すること**をいう（697）。

個人主義に基づけば、他人の生活への干渉はなるべく排除すべきであり、余計な世話を焼いた者はその費用も自分自身で負担すべきことになる。他方、相互扶助・社会的連帯の重要性と協調性を重視すれば、困っている人がいれば積極的に助けてあげるべきであり、親切にしてもらった人としても、必要な費用を返還し、親切に報いるべきだということになる。

民法は、このような個人主義と相互扶助の原則を調整する見地から、事務管理の規定を設けた。

三　不当利得

⑴　［事例Ⅰ］で、売買契約が無効であったり取り消されたりした場合、すでに引き渡した建物、支払った代金をそのままにしておいたのでは、契約が無効であったことや取り消したことの意味がなくなってしまう。そこで、これを元の持ち主に戻し、契約が初めからなかった状態に回復することが必要であり、そのために何らかの法律的手段が必要である。



そこで、民法は、**法律上正当な原因がないのに他人の財産または労務により利得を得て、逆に、その他人が損失を被る場合に、その是正を図る制度**として**不当利得**（703、704）制度を規定した。損失を被っている者は利得を得ている者に対して、その利得を返還せよと請求できる。

⑵　不当利得制度の趣旨は**公平の観点**にある。すなわち、形式的には正当視される財産的価値の移動が、正義・公平の理念からみて支持しえない場合、その調整を行うものである。

⑶　不当利得の要件は、次のとおりである。

①　他人の財産又は労務によって利益を受けたこと（「**受益**」）

②　そのために他人に損失を与えたこと（「**損失**」）

③　受益と損失の間に**因果関係**があること

④　**法律上の原因がないこと**

⑷　当事者の合意や民法の各条文の適用・類推などにより法律構成が可能であれば、それによる法的処理が先行し、これらの法的処理ができない場合にはじめて不当利得の条文の適用が問題となる。その意味で、「法律上の原因なく」の意味は、「当事者の合意や民法上の定めがない場合」と解すればわかりやすい。

⑸　不当利得の効果は、法律上の原因がないことを知らなかった善意の受益者は、「現存利益」を返還すれば足り、法律上の原因がないことを知っていた悪意の受益者は、利益の全額に利息を付けて返還しなければならない。

四　不法行為

⑴　民法は、ある人が有する権利や利益が、他の人から違法に侵害され、その結果、損害が生じた場合、一定の要件のもとで金銭賠償を請求する債権（賠償すべき債務）が発生することを認めた。この**不法行為**制度（709）の社会的な機能は極めて大きく、私的な喧嘩から交通事故、公害、薬害、さらには名誉毀損に至るまで、広範な領域で重要な役割を演じている。

不法行為責任とは、故意又は過失により、他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した場合、これによって発生した損害を賠償する責任を負うことをいう。その者に責任能力があること、故意又は過失に基づく行為と損害の発生との間に因果関係が存することを要する。

⑵　以上の説明は、**一般的不法行為**に関する説明であるが、不法行為には特別の要件で不法行為の成立が認められる「**特殊の不法行為**」も存在し、以下の類型がある。

①　責任能力を欠く者の監督者責任

②　使用者責任

③　工作物責任

④　動物占有者の責任

⑤　共同不法行為

①②は、ある人が他人に損害を加えた場合、その加害者を監督すべき地位にある者（監督者・使用者）に損害を賠償させるものである。③④は、ある物から他人に損害が生じた場合に、その物を支配管理する者（占有者又は所有者）に損害を賠償させるものである。⑤は、不法行為が複数の者により生じた場合、複数の加害者に連帯して損害を賠償させるものである。

⑶　不法行為の効果は、被害者に**損害賠償請求権が発生すること**である。金銭賠償が原則である。

損害には、精神的損害と財産的損害があり、精神的損害に対する賠償請求権を特に「慰謝料請求権」という。

第８款　家族法（身分法）

一　はじめに

これまでの説明は、主として講学上、**財産法**と呼ばれる分野についてのものであった。財産法と呼ばれる分野は、「第２編物権」（**物権法**）と「第３編債権」（**債権法**）をあわせたものである。

これから説明するのは、講学上、**家族法**（身分法）と呼ばれる分野である。家族法は、「第４編親族」（**親族法**）と「第５編相続」（**相続法**）をあわせたものである。

二　親族法

民法典は、第４編親族編において、親族の関係について定めている。民法上、**親族**とは６親等内の血族、配偶者、３親等内の姻族をいい（725）、血族関係は出生及び養子縁組により、配偶者関係（夫婦関係）は婚姻により、姻族関係は婚姻を媒介として夫婦の一方と他方の血族との間に、それぞれ生じる。

親族法は、夫婦の関係においては、①婚姻の成立から解消（離婚）までを、親子の関係においては、②実子・養子、及び③親権を、親族全体においては、保護を要する者に対する④後見・保佐・補助、及び⑤扶養を、それぞれ規定している。

三　相続法

民法典は、第５編相続編において、相続に関するルールを定めている。**相続**とは、自然人の財産法上の地位を、その者の死後に特定の者に継承させることをいい、相続の対象となる財産の従来の主体を「被相続人」、その者から財産上の地位を承継する者を「相続人」とよぶ。被相続人は、遺言によって、誰が何を相続するのかを自己の意思で定めることができるが（遺言自由の原則）、遺言がなされなかった場合であっても、法律の規定により相続は生じる（法定相続）。

相続法は、①法定相続人に関する事項、②相続の効力や③相続の承認・放棄の制度などを規定するとともに、④遺言に関する定めや⑤遺留分制度（相続人のために必ず相続財産の一定部分を保障する制度）を規定し、相続人の生活保護の観点から、被相続人の遺言の自由を一定の範囲で制約している。

第３節　民法の指導原理と私権

第１款　民法の指導原理

一　民法の指導原理

１　民法の指導原理とは

①　権利能力平等の原則
②　所有権絶対の原則
③　私的自治の原則
④　過失責任の原則

２　沿革

以上の原則は、西欧において、近代市民革命を通して成立してきたものである。すなわち、近代市民革命以前の封建社会においては、個人的生活関係も封建的な身分的階層秩序や封建的土地所有によって支配されていた。**近代市民革命はこのような身分的階層秩序や封建的土地所有を内容とする封建制を廃止することを目的としていた。**そこで、

①　特権的階層を否定して、すべての個人は自由平等に活動することができるとし、
②　これらの個人に何らの封建的拘束も受けない自由な所有権を承認し、
③　個人的生活関係の形成は、封建的秩序によるのではなく、個人の意思にゆだねられるべきである、としたのである。

これによって成立したのが前述の民法の指導原理である。

３　内容

⑴　権利能力平等の原則

すべての自然人は、国籍・階級・職業・年齢・性別等によって差別されることなく、平等に権利・義務の主体となることができるという原則。

個人について他人の支配に属さない自主独立の地位を保障するものであり、封建的身分制からの個人の解放を意味する。

⑵　所有権絶対の原則

近代的所有権は何らの人為的拘束を受けない、完全円満な支配権で、神聖不可侵であるという原則。

自由平等という近代法の大原則は、人を身分・土地・権力から解放したが、土地をも身分・権力から解放した。すなわち外界の物を全面的に使用・収益・処分し得る所有権を考え出したのである。これによって市民は自らの創意、工夫によって生産関係と流通過程において飛躍的な発展を図ることができるようになった。

⑶　私的自治の原則（契約自由の原則）

すべての個人は、自由な意思に基づいて自律的に法律関係を形成することができ、反面、自由な意思によらなくては、権利を取得し、義務を負わされることはないという原則。

私的自治の原則は、所有権絶対の原則とあいまって、自由主義経済社会の発展の礎となってきた考え方である。そして、私的自治の原則を具体化したものとして、契約自由の原則がある。

契約自由の原則とは、**個人の契約関係は、契約当事者の自由な意思によって決定され、国家はこれに干渉してはならないとする原則**をいう。

契約自由の原則は、一般的に、①**締結の自由**（契約を締結するかどうかについての自由）、②**相手方選択の自由**（どのような相手方と契約をするかについての自由）、③**内容決定の自由**（どのような内容の契約をするかについての自由）、④**方式の自由**（どのような方式による契約をするかについての自由）を含むとされている。

民法 521 条が、上記の契約自由の原則のうち、①締結の自由（契約を締結するかどうかについての自由）、③内容決定の自由（どのような内容の契約をするかについての自由）を明文で定めるとともに、これらの事由が法令の制限に服することを明示している。また、522 条も、④方式の自由（どのような方式による契約をするかについての自由）について、明文で定めるとともに、かかる原則が法令の制限に服することを明示している。

⑷　過失責任の原則

自己の行為により他人に損害が生じたとしても、故意又は過失がある場合にのみ責任を負うとする原則。

この点、私的自治の原則（契約自由の原則）が、法律関係の自由な創設を認めるものであるのに対し、過失責任の原則は、自己の行為について十分注意すれば責任を負わされることはないという意味で、人びとの社会における自由な行動を裏側から支えようとするものである。

過失責任の原則は、主として不法行為責任（709 参照）について妥当する原則である。

二　指導原理の修正

以上の指導原理は、近代市民革命以降の近代社会の原則であるが、今日では、資本主義の高度化により二つの側面から変容を受けている。第一は、**資本主義の普遍化・一般化により、企業法たる商法の理念が一般市民法たる民法の体系の中に浸透してきた**ことであり、これを「民法の商化」という。第二は、**資本主義の高度化により、経済的弱者保護のために、民法自体の中にも憲法の福祉主義の影響がみられる**ことであり、これを「民法の社会化」という。

1　民法の商化

民法の商化とは、資本主義の進展とともに、企業に関する商法が、市民法体系において主導権を握るようになり、民法もその影響を受けるようになったということを意味する。

⑴　表示主義の尊重

私的自治は当事者の真意に基づく法律効果を原則とするが、取引の円滑化のために、表示行為の社会通念上の意味が重視されるようになった。

⑵　財産に関する動的安全の保護

取引においては静的安全の保護が原則であるが、取引の安全を保護し、流通を促進するため、人が従来享有している利益よりも取引上の活動を保護する場面も生じた（動的安全の保護）。その最も顕著なものが公信の原則である。

2　民法の社会化

民法の社会化とは、憲法の福祉主義の影響を受けて、弱者保護を図るという観点である。すなわち、近代市民社会においては、一で述べたような原則が採用された結果、人々の自由な経済取引が保障されることとなり、資本主義が発展したが、今日２つの面で修正がなされている。１つは労働者と使用者との労働契約関係および消費者と事業者との間の情報の質ならびに交渉力の格差による弊害に対処するための修正であり、２つ目は経済的・社会的弱者・不適合者を保護するための修正である。

この結果、従来の自由・平等の内容も実質的なものとしてとらえ直さなくてはならなくなり、憲法においては、国家が福祉政策を行うことによって積極的に経済的弱者を保護しなくてはならないという福祉主義が採用され、民法自体の内部においても指導原理の社会化が進行した。

⑴　**人間像の修正**

かつての資本主義は、様々な身分階級に属する人間（具体的人間像）を打破し、法の下にすべての人間が自由かつ平等であるという理念（抽象的人間像）を前提としていた。しかし、現代の資本主義の下では、知識・経験・資力などの点で現実には様々な格差が存在しており、当事者間の力の不均衡という現実を直視して、法によって不均衡を是正する必要性が生じた。そこで、借地借家法９条・16 条、利息制限法１条・４条、消費者契約法８条・９条によって、当事者間の格差を前提にして弱者救済を図ることとしている。

⑵　**所有権絶対の原則の修正**

憲法 29 条が規定するように、財産権の内容は公共の福祉に適合するように法律で定めるべきものとされている。これを受けて、206 条は所有権の内容は法令の制限内で認められることを定めている。さらに、各種の特別法（利用権保護のための借地借家法や環境保護のための大気汚染防止法等）により、所有権の内容・行使に制限が加えられている。

⑶　**私的自治の原則の修正**

(a)　契約自由の原則の修正

経済的強者が定める約款に国家的監督を加えたり、一定の場合に契約締結を強制するなどして、社会的弱者の保護を図っている。

たとえば、利息制限法で利息の上限を定めたり、消費者契約法でクーリングオフ制度が設けられたりしている。

(b)　過失責任の原則の修正

現代の高度の危険性を有する企業活動により一般市民が犠牲になることを防止するため、特に不法行為法において無過失責任や代位責任、挙証責任の転換等を定め、民法自体が修正されている他、特別法による修正もなされている（自動車損害賠償保障法、製造物責任法等）。

第２款　私権

一　私権の意義と種類

１　私権の意義

私権とは、**私法上の権利**、すなわち個人的生活関係において個人が私的利益を享受する地位をいい、公法上の権利である公権と対比される概念である。私権と公権との中間に「社会権」がある。私権とは、さしあたり民法上の権利であると理解しておけば足りる。

２　私権の種類

(1)　私権の内容（権利者の享受する利益）による分類

(a)　人格権：人の人格的利益（ｅｘ．身体、自由、名誉）を目的とする私権

(b)　身分権：身分上の地位（ｅｘ．親、夫婦）に基づいて認められる権利

(c)　**財産権**：権利の内容が財産的価値を有するもの

(d)　**社員権**：社団を構成する社員が社員としての資格に基づき社団に対して有する包括的権利

(2)　私権の作用（権利者のなしうる行為）による分類

(a)　**支配権**：権利者の意思だけで権利の内容を実現することができる権利

ｅｘ．**物権**、無体財産権、人格権

(b)　**請求権**：他人に対してあることを請求することができる権利　ｅｘ．**債権**、物上請求権

(c)　**形成権**：権利者の一方的意思表示により法律関係の変動を生じさせることができる権利

ｅｘ．**取消権**、**解除権**、婚姻の取消し

(d)　**抗弁権**：他人の権利の行使を妨げる効力を持つ権利

ｅｘ．**同時履行の抗弁権**、保証人の催告・検索の抗弁権

(e)　管理権：財産的事務の処理をする権利　ｅｘ．相続財産管理人の管理権

(3)　私権の効力による分類

(a)　**絶対権**：権利の効力が**一般人に対して**及ぶもの　ｅｘ．**物権**、無体財産権

(b)　**相対権**：**特定の相手方に対してのみ**及ぶにすぎないもの　ｅｘ．**債権**

二　私権の公共性

債権や物権などの私権は、これらの権利者が全く自由に行使できるというものではない。民法の明文上の制約として、１条１項から３項までの３つがある。

１　公共の福祉

１条１項において「私権は、公共の福祉に適合しなければならない。」と定めている。「公共の福祉」とは、社会共同生活の全体としての向上・発展を意味する。すなわち、私権は個人の利益を実現するものであるが、社会の中で実現されるものである以上、私権の内容および行使は、社会共同の利益と調和するものでなければならない。１条１項はこうした私権の社会性を宣言したものである。人はすべて平等であるから、一人の私権の行使は、同等の他人の私権の行使と常に衝突している。その衝突した私権を調整する基準が必要となる。それが「公共の福祉」なのである。個人主義の暴走を抑止する機能を果たしている。

ｅｘ．自己の所有地を公道の拡張のために提供しなければならないこともあり得る（もちろん、補償を受けることができる、憲 29Ⅲ）

２　信義誠実の原則（信義則）

⑴　意義

１条２項においては、**「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。」**と定めている。信義誠実の原則（信義則）とは、**当該具体的事情のもとにおいて、相互に相手方から一般に期待される信頼を裏切ることのないよう誠意を持って行動すべきという原則**である。

⑵　妥当範囲

信義則は、私的取引関係における相互の信頼関係を要求するものであり、当初は緊密な関係に立つ債権者・債務者間を規律する**債権法を支配する原則であった。その後、それ以外の領域（物権法・家族法・訴訟法など）においても**、社会的接触関係に立つ者同士（契約関係に入ろうとする者同士、夫婦関係、相隣関係など）の関係を規律するものとして適用されるようになった。

⑶　機能

⑷　法律行為、特に**契約の解釈基準としての機能**

当事者間にどのような内容の契約が生じるかを決定（解釈）するに当たり、信義則がその解釈基準となることがある。

ｅｘ．約款の解釈に当たり、消費者保護の見地から制限解釈をする（最判昭 62.2.20／百選Ⅰ〔20〕）

⑸　**社会的接触関係に立つ者の間の規範関係を具体化する機能**

ｅｘ．①　契約締結上の過失
②　賃貸借契約の解除の制限（信頼関係破壊の理論）
③　雇用契約における安全配慮義務

(c)　法に明文のない場合や、形式的な法適用によって不都合が生じる場合の準則となる機能

イ　禁反言の原則

自己の行動に矛盾した態度をとることは許されないとする原則。

ロ　クリーン・ハンズの原則

自ら法を尊重する者だけが、法の尊重を要求することができるとする原則。

ハ　事情変更の原則

契約締結後の事情の変化等により、従来の契約を維持することが著しく信義公平に反するようになった場合に、契約内容の改訂または解除を請求することができる、とする原則。

ニ　権利失効の原則

長期間にわたり権利を行使しない場合には、その権利を失効させ、もはや権利としての効果を生じさせないとする原則。

＜信義則の機能に関する判例のまとめ＞

社会的接触関係に立つ者の間の規範関係を具体化する機能	**契約準備段階の過失**	契約準備段階に入った者は、信義則の支配する緊密な関係に立つから、相互に相手方の人格、財産を害しない信義則上の義務を負うとし、損害賠償責任を認めた	最判昭 59. 9. 18／百選Ⅱ〔３〕
	信頼関係破壊の理論	不動産の賃貸借において賃借人が賃貸人に無断で賃借物を転貸した場合に、賃貸人に対して背信的でない特段の事情があるときは、賃貸人は賃貸借契約を解除（612Ⅱ）できない	最判昭 28. 9. 25
	安全配慮義務	国が公務員に対し負っている安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として信義則上認められる	最判昭 50. 2. 25／百選Ⅱ〔２〕
明文のない場合、形式的な法適用では不都合が生じる場合の準則となる機能	**禁反言の原則**	抵当に入れた建物の所有者が敷地の賃借権を放棄しても、抵当権者には対抗できない	大判大 11. 11. 24
		賃貸人の承諾によって適法に成立した転借権を、賃貸人が賃借人と合意解除することによって消滅させることはできない	大判昭 9. 3. 7
		消滅時効完成後に時効完成を知らないで債務の承認をした者の時効援用は認められない	最大判昭 41. 4. 20／百選Ⅰ〔43〕
	事情変更の原則	事情の変更により当事者に解除権を認めるには、事情変更が客観的に観察して信義則上当事者を契約に拘束することが著しく不合理と認められることを要する	最判昭 30. 12. 20
	権利失効の原則	解除権を有する者が久しくこれを行使せず、相手方においてその権利はもはや行使されないものと信ずべき正当の事由を有するに至ったため、その後にこれを行使することが信義則に反すると認められるような特段の事由がある場合、解除は許されない	最判昭 30. 11. 22

３　権利濫用の禁止

⑴　意義・趣旨

１条３項において**「権利の濫用は、これを許さない」**と定めている。権利濫用の禁止とは、**外形上は正当な権利の行使のようにみえるが、具体的・実質的にみると権利の社会性に反し、権利の行使として是認することが妥当でない行為を禁止すること**をいう。

すなわち、権利の濫用を禁止した１条３項は、私権の行使に際して生じる他の法益との衝突を具体的見地から調整しようとするものである。

⑵　要件（判定の基準）

権利濫用の有無の判定基準については、権利を行使する者の主観的態様（害意など）を重視するか、それとも行使される権利がその社会的機能からみて保護に値するか否かという客観的基準（要するに、権利行使によって得られる権利者の利益と、相手方または社会全体に及ぼす損害との比較衡量によるということ）を重視するか、あるいはその両者を考慮するかという点で見解が分かれる。

判例には、**主観的態様と客観的基準の両面から**権利濫用としているものがある。

◆　宇奈月温泉事件（大判昭 10.10.5／百選Ⅰ〔１〕）

事案：　**Ｘは、宇奈月温泉を経営するＹ会社が、他人の土地２坪程をかすめて引湯管を設けているのに目を付け、その土地を買い受けてＹに不当に高額な価格での買取りを要求したが拒否された。そこで、ＸがＹに対し引湯管の撤去を請求した。**

判旨：　所有権の侵害による損失はいうに足らず、侵害の除去が著しく困難であり、それができるとしても莫大な費用を要すべき場合において、当該除去請求は単に所有権の行使たる外形を有するにとどまり、真に権利救済を目的とするものではないのであって、社会観念上所有権の目的に違背してその機能として許されるべき範囲を逸脱するものであり**権利の濫用にほかならない**、と判示し、Ｘの請求を棄却した。

◆　最判平 25.4.9／H25 重判〔１〕

事案：　本件建物は、繁華街に位置する建物であり、Ａ商事が所有していた。Ｙは、本件建物の地下１階部分（本件建物部分）でそば屋を営業し、遅くとも、平成８年９月までには本件建物部分について賃借権を得ていた。Ｙは、営業開始以来、Ａ商事の承諾を得て、本件店舗の営業のために、本件建物の地下１階への入口である１階部分の外壁等に看板等を設置していた。平成 22 年１月、Ａ商事は、本件建物をＢに売却し、同年４月、ＢはＸに本件建物を転売した。その際、作成された売買契約書には、本件建物の賃借権の負担等はＸに承継されること、本件建物に看板等があることが明記されていた。

Ｘは、Ｙに対し、所有権に基づく本件建物部分の明渡し、賃料相当額の損害金の支払、本件看板等の撤去を求めて訴えを提起した。原審は、本件建物部分の明渡し及び損害金の支払請求は棄却したものの、本件看板等の撤去請求については、本件建物部分の賃借権には本件看板等の設置権原が含まれておらず、Ｘの撤去請求が権利濫用に当たる事情もないことから、これを認容した。

判旨：　「本件看板等は、本件建物部分における本件店舗の営業の用に供されており、本件建物部分と社会通念上一体のものとして利用されてきた……。Ｙにおいて本件看板等を撤去せざるを得ないこととなると、本件建物周辺の繁華街の通行人らに対し本件建物部分で本件店舗を営業していることを示す手段はほぼ失われることになり、その営業の継続は著しく困難となることが明らかであって、Ｙには本件看板等を利用する強い必要性がある。」

「他方、上記売買契約書の記載や、本件看板等の位置などからすると、本件看板等の設置が本件建物の所有者の承諾を得たものであることは、Ｘにおいて十分知り得たものということができる。また、Ｘに本件看板等の設置箇所の利用について特に具体的な目的があることも、本件看板等が存在することによりＸの本件建物の所有に具体的な支障が生じていることもうかがわれない。」

したがって、「**上記の事情の下においては**、ＸがＹに対して本件看板等の撤去を求めることは、**権利の濫用に当たる**」。

⑶　効果

(a)　**権利本来の効力は認められない。**

イ　他人の形式的な侵害行為を排除することはできない。　ｅｘ．宇奈月温泉事件

ロ　形成権（解除権など）の場合、その行使によって生じるはずの法律関係は発生しない。

(b)　止当な範囲を逸脱して**他人に損害を与えたときには、不法行為として妨害除去あるいは損害賠償を命ぜられる場合がある。**

◆　信玄公旗掛松事件（大判大８.３.３／百選Ⅰ〔２〕）

事案：　**Ｘは、武田信玄が旗をかけたと言い伝えられる由緒ある松樹を所有していた**ところ、Ｙ（国）により松樹付近に鉄道の本線及び回避線が敷設された。Ｘは**煤煙による松樹の枯死**をおそれて線路の位置変更等をＹに申し入れていたが、受け入れられず、**結局松樹が枯死してしまったため、ＸはＹに対し不法行為に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した。**

判旨：　権利の行使に当たる行為であっても、**社会観念上被害者において認容すべきものと一般に認められる程度を超えた場合には**、権利行使の適当な範囲にあるものとはいえず、**不法行為が成立する**とした。

(c)　権利の濫用が著しいときは、**権利を剥奪される場合がある。**もっとも、この効果は、特別の規定がある場合に限定すべきである。　ｅｘ．親権の喪失（834）

＊　なお、権利濫用の禁止は、**一般条項**であり、その要件も不明確なので、民法の他の条文などによる救済が不可能な場合に、**補充的に最後の手段として**使うべきものである。

４　私権の実現

私権を有する者は、義務者に対して、義務の履行を要求し、権利を侵害する者に対しては、その侵害を排除し、または損害賠償を請求することができる。しかし、このように私権を実現するために他人の協力を必要とする場合に、その他人が協力しない限り、**裁判所に対して協力を求めなければならない。自分の力で権利の内容を実現するいわゆる自力救済**（例えば、自分の更地の上に知らない間に他人が建物を建ててしまったとき、それを壊して取り払ってしまうこと）**は原則として許されない**。これを認めると社会の秩序は保たれないからである。

もっとも、国家による保護を待っていたのでは権利救済が不可能あるいは著しく困難となる場合には、例外として、必要な限度で自力救済を認めてよい。

第２章　私権の主体

第１節　自然人

一　権利義務の主体

私権すなわち**権利義務の主体となり得る地位・資格のことを権利能力という**。すなわち、権利能力とは、ある者に対して金銭の支払を請求する債権を取得したり、ある物の所有権を取得し得る地位・資格のことである。このような権利能力を有する者を人といい、民法上、人には**自然人と法人**がある。

二　自然人

このうち自然人とは、我々人間のことである。**人間は生きている間はすべて権利能力者である。**民法は、３条１項で「私権の享有は、出生に始まる」と定めている。したがって、たとえ赤ん坊であっても、両親の財産を相続することなどにより土地の所有権や人に対する債権を有することが認められる。

しかし、権利能力が認められる者であっても、その者のした行為の効果がすべてその者に帰属することが妥当でない場合がある。例えば、いまだ３歳に満たない子供が両親から相続した土地を仲のいい友達にあげるといっても、それを贈与としてそのまま認めることは妥当ではない。そこで、ある者のした行為の効果がその者に帰属するためには**権利能力の他にさらに意思能力（３の２）や行為能力が必要**とされている。

第１款　権利能力

一　意義

権利能力とは、私法上の権利・義務の帰属主体となる地位・資格をいう。

３条１項は、すべての自然人は平等に差別されることなく権利能力を有するという**権利能力平等の原則**を定めたものである。

この原則は、個人が封建的身分制から解放されたことを意味する。すなわち、自然人であれば生きている限りだれでも権利能力が認められ、現在では、かつての奴隷のような私権の主体となり得ない者は存在しない。

＊　このように権利能力は人が生まれた時に発生し、死亡した時に終了する。

なお、この出生・死亡は事実上の問題であり、戸籍上の記載と実際の出生時期が異なる場合には、実際の出生時期から権利能力が認められる。

二　権利能力の始期

１　原則

自然人は、**出生時から**権利能力を取得する（３Ⅰ）。

→ここにいう「出生」とは、**生きて母体から完全に分離すること**をいう（全部露出説、通説）

（理由）

①　基準は明確であることが望ましい。

②　私法上権利の主体たり得るためには、独立の存在であることが必要である。

＊　この他に、胎児の母体からの一部露出時を基準とする一部露出説、独立して呼吸を開始した時を基準とする独立呼吸説などがある。刑法では一部露出説が判例・通説である。

２　例外：胎児の法律上の地位

⑴　権利能力の始期の例外

胎児はまだ人ではないので、権利能力を有しないのが原則である。しかし、やがて人となることが予想されながら、生まれるのがわずかに遅いという単なる偶然によって、一切の権利を否定されるというのは均衡を失する。

そこで、民法は以下の３つの場合に、胎児も出生したものと「みなす」ことにして、例外的に胎児の権利能力を肯定し、胎児の保護を図っている。

①　**不法行為に基づく損害賠償請求**（721）

②　**相続**（886）

③　**遺贈**（965）

＊　胎児については、認知の規定があるが（783Ⅰ前段）、これは父の側から認知することを認めたもので、胎児側からの認知請求を認めたものではないので、権利能力の例外ではない。

⑵　「既に生まれたものとみなす」（721、886、965）の意味

＜問題の所在＞

①胎児が出生すれば、胎児中の事件について主体として損害賠償請求でき、また、胎児中に死亡した被相続人の財産を相続し、あるいは遺贈を受けることができ、②死産の場合には損害賠償請求できず、また、相続することも遺贈を受けることもできない、という点については争いはない。

では、**胎児の間に、母が胎児を代理して損害賠償請求や示談・遺産分割などをすることができるか。胎児の法律上の地位と関連して問題になる。**

すなわち、「既に生まれたものとみなす」とは、①胎児中は権利能力はないが、ただ無事に生まれてくると胎児の時にさかのぼって権利能力があったものとして扱うという意味なのか（停止条件説、判例）、②胎児中でも生まれたものとみなされる範囲内ではいわば制限的な権利能力があり、死産の場合には胎児中までさかのぼって権利能力がなかったものとして扱うという意味なのか（解除条件説）、が問題になる。

＜考え方のすじ道＞～判例（停止条件説）

現行法上、胎児の財産を管理する法定代理人制度は存在しないので、胎児中に権利能力を認めても、胎児の利益保護を図ることはできない

↓よって

胎児中は権利能力はないが、無事に生まれてくると胎児の時にさかのぼって権利能力があったものとして扱うべきである

↓すなわち

胎児中には法定代理人は存在し得ず、母は胎児を代理して損害賠償請求や示談・遺産分割などをすることはできない

＜アドヴァンス＞

(a)　解除条件説（多数説）

胎児の間でも生まれたものとみなされる範囲内ではいわば制限的な権利能力があり、死産の場合にはさかのぼって権利能力がなかったことになる。

→出生までの間も権利能力があるので、胎児にも法定代理人を付けられる

（理由）

①　死産の事例がかつてより格段に少なくなっている今日では、配偶者と胎児とに相続させ、胎児が生きて生まれなかった場合に相続関係を改める方が適当である。

②　配偶者と胎児が相続人である場合に、胎児中は権利能力がないものとしてまず配偶者と直系尊属に相続させ、胎児が生まれた後に相続を回復させることは法律関係を複雑にする。

③　胎児に法定代理人を付けることによって、遺産の分配に参加させることが可能になる。

(b)　**停止条件説（判例）**

胎児の間は権利能力はないが、無事に生まれると相続の開始や不法行為の時にさかのぼって権利能力を取得する。

→出生までは権利能力がないので、胎児に法定代理人は付けられない

（理由）

胎児の出生まで遺産の分配を停止すると解する方が実際的だし、胎児に法定代理人を置くことが、必ずしも胎児の利益につながるとは限らない。

＊　ただし、母と胎児の財産的な利害が一致しないこともあることから、立法論としては胎児のために財産管理人を選任して胎児のために財産の管理に当たらせるべきだと解されている。また、解除条件説によって胎児に法定代理人が付けられるといっても、不法行為による損害賠償請求・相続・遺贈の３つの場面のみであることに注意すること。

◆　阪神電鉄事件（大判昭 7.10.6／百選Ⅰ［第６版］〔３〕）

電車事故で死亡したＡに、父と**妊娠中の内縁の妻**がおり、この両者が電鉄会社との間で、今後本件に関し一切の請求をしないという内容の和解契約を結び、親族縁者の総代としてＡの実父が胎児の分も含めて弔慰金の交付を受けたが、**その後、出生した子が損害賠償の請求をした事案で、この和解契約は後日出生した子に対し何ら効力はないと判示した。**

⑶　出生の証明と戸籍

戸籍法 49 条により出生後 14 日以内に届け出ることが義務付けられているが、戸籍上の記載はただの手続上の関係にすぎない。権利能力の取得という実体的関係は、出生という事実によって決せられるのであって、戸籍上の記載によって左右されるものではない。

三　権利能力の終期

１　総説

⑴　自然人

自然人の場合は、**死亡時**が権利能力の終期である。

なお、失踪の宣告によって死亡が擬制される（31）が、これは一定期間生死不明な者の従来の住所・居所を中心とする権利関係を確定するものであって、その者の権利能力がこれによって消滅するわけではない。

⑵　法人

法人の権利能力の終期は、**清算結了時**（一般法人 207）である。

２　同時死亡の推定

⇒「第７款　同時死亡の推定」（p. 60）

第２款　意思能力

一　意義

意思能力とは、**自己の行為の結果を弁識するに足るだけの精神能力をいう。**

すなわち、自分の行為によって自分の権利義務にどのような変動が生ずるのかが理解できる程度の能力である（法律行為によって異なるが、およそ６、７～10 歳の子供の精神能力）。

＊　意思無能力とは、例えば幼年、高度の精神病、あるいは泥酔により自分の行為による権利義務の変動の結果を理解できない場合をいう。

二　効果

法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は無効となる（３の２）。

→意思能力のない者が契約等の行為をしても、その者にその効果が帰属することはない。また意思無能力者は、現に利益を受けている限度において返還の義務を負う（121 の２Ⅲ）

∵　意思無能力者保護のため

＊　意思無能力による無効は、表意者本人の保護を目的とする制度であることから無効主張ができるのは意思無能力者たる表意者側のみであるという見解がある（相対的無効）。

第３款　行為能力

一　意義

１　行為能力

行為能力とは、自らの行為により法律行為の効果を確定的に自己に帰属させる能力をいう。

２　行為能力制度

⑴　意義

一般的・恒常的に能力不十分とみられる者を**一定の形式的基準で画一的に定め、行為当時に具体的に意思能力があったか否かを問わず、一律に法律行為を取り消すことができる**とする制度。

⑵　趣旨

私的自治の原則から、意思能力を欠く者の行為は無効

↓しかし

①　意思能力がなかったことの立証は困難であるから、意思無能力であったことの立証の困難を救済し**意思無能力者の保護を図る**必要がある

②　意思無能力の立証がされると、相手方の取引安全を害するから、意思能力のない者を定型化することにより注意を喚起し、**相手方の取引の安全を図る**必要がある

③　意思能力を有する者でも、取引の複雑な利害関係や仕組みに対処する能力を有せず、独立の経済人として取引するに適しない者も存在するから、このような者も保護する必要がある

↓そこで

画一的な基準で決まる行為能力制度を設けた

⑶　制限行為能力者とその保護者

①　未成年者→親権者・未成年後見人

②　成年被後見人→成年後見人

③　被保佐人→保佐人

④　被補助人→補助人

２　権利失効の原則

権利者は、信義に反して長く権利を行使しないでいると、信義則上その権利の行使が阻止されるという原則。

→消滅時効や除斥期間によって権利が消滅する以前でも、権利の行使ができなくなる

＊　消滅時効との違い

①　一定期間の権利不行使によって画一的に権利消滅の効果を結び付ける制度ではなく、具体的場面における当事者の利益状況にかんがみ、突然の権利主張が信義則に反すると認められる場合に、これを封ずる制度である点。

②　権利の消滅に関せず、その行使を封ずる抗弁権を発生させるにすぎないと考えられている点。

③　裁判所は職権をもって顧慮すべきである点。

◆　最判昭 30. 11. 22

一般論として「権利の行使は、信義誠実にこれをなすことを要し、その濫用の許されないことはいうまでもないので、解除権を有する者が、久しきに亘りこれを行使せず、相手方においてその権利はもはや行使せられないものと信頼すべき正当の事由を有するに至ったため、その後にこれを行使することが信義誠実に反すると認められるような特段の事由がある場合には、もはや右解除は許されないものと解するのを相当とする」としたが、事案の解決としては特段の事情があったとは認められないとして、解除権行使を認めた。

第２編　物権

第１章　物権総則

第１節　総則

一　物権とは

１　意義

物権とは、**物を直接的・排他的に支配する権利**をいう。

＊　物を**支配するとは、使用権能・収益権能・処分権能を総括的に指称するもの**である。

たとえば、ある物の所有者が、その所有権（206）に基づいて、自由にその物を使ったり（使用）、人に貸して賃料を得たり（収益）、売ったり（処分）することができることを、「物を支配する」という。

２　性質

⑴　**直接性：他人の行為を介在せずに、自己の意思のみに基づいて物を支配できること。**

たとえば、ひとたび地上権設定契約により地上権が設定されたならば、地上権者は地上権そのものに基づいてその土地を使用しうるのであって、地主を介して使用するのではない。

⑵　**排他性：１つの物権が存在する物の上には、同じ内容の物権は成立し得ないということ。**

たとえば、同じ土地がＡとＢとに二重に譲渡された場合、ＡがＢより早く所有権を取得すれば、もはやＢがこの土地を取得することはできない。これが物権の排他性の意味である（もっとも、この排他性をＢに対して主張するためには、対抗要件たる登記が必要となる）。

＊　同一物について同一内容の直接的支配権をいくつも認めると、自己の意思のみに基づいて支配することは困難となる。つまり、直接性と排他性は密接不可分の関係にある。

なお、**物権の排他性から取引の安全を確保する**ために、物権の内容や帰属を外部から認識できるような工夫（**公示方法**、177・178）がなされている。

３　債権との区別

物権が物を**直接支配する権利**であるのに対し、債権とは、**特定人（債権者）が他の特定人（債務者）に対して一定の行為を請求する権利**である。

ここで、物権である地上権（265）と債権である賃借権（601）を比べてみると、いずれも他人の土地を使用させてもらう権利という点において相違はない。

しかし、①債権である賃借権にあっては、賃貸借契約に基づき賃貸人が賃借人に目的物を使用させる債務を負担し、その債務の履行として賃借人に使用させることになる。つまり、賃借人の土地使用はあくまで賃貸人を介してなされる。これに対し、②物権である地上権の場合には、地上権者は地上権そのものに基づいてその土地を使用しうるのであって、地主を介して使用するのではない。言い換えれば、**物権は人と物との関係**であり、物権者（物権を有する者）は目的物を直接支配できるのに対し、**債権は人と人との関係**であり、債権者が物を支配するとしても、それはあくまで債務者の行為を介した間接的なものにすぎない。これが債権と物権の大きな違いである。

たとえば、賃借権に基づいて土地を占有している場合において、第三者から土地の占有を侵害されたとき、債権は債務者を介して目的を達成するものなので、その第三者に対して占有権原を主張して妨害排除を求めることは原則としてできない。これに対し、地上権に基づいて土地を占有している場合、地上権は物権であるから、かかる第三者に対しても占有権原を主張して妨害排除を求めることができる。これを物権の**絶対性**と表現することもある（これに対し、債権は**相対的な権利**であると表現される）。

二　物権法定主義

１　はじめに

⑴　意義

物権は、民法をはじめとする法律で定められたもの以外は、当事者が合意で創設することができない。これを**物権法定主義**という。

この原則は、以下の２つの意味をもつ。

①　民法その他の法律に定めていない新しい種類の物権を作ることはできない。

②　法律の定める物権につき、それらの規定と違った内容を与えてはならない。

⑵　趣旨

①　所有権の自由を不当に制約する封建的で合理性を欠いた複雑な権利関係を廃止し、所有権を中心とする物権関係を確立した上で、再び権利関係が複雑なものにならないよう、物権を法律の認める種類に限る必要がある（民法施行法 35 参照）。

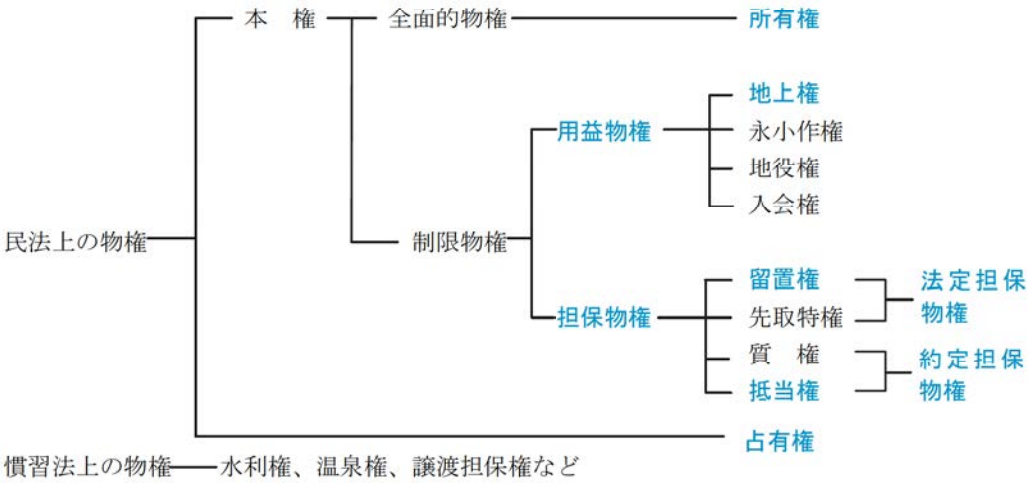
②　物権は絶対性・排他性を有する権利であるため、物権の種類を限定し、内容を画一化しておかなければ、取引の安全を害し、第三者に不測の損害を与えてしまうおそれがある。

③　物権が排他性を有する権利である以上、物権の帰属状態を恒常的に公示し、社会において認識される必要があるところ、公示する際の技術的な理由から、物権の種類を限定する必要がある。

２　種類

民法は以下の種類の物権を認めている。

＜民法上の物権の体系＞



以上の各物権の分類基準は次のような内容である。

⑴　占有権とその他の物権（本権）

占有権は、占有しているという事実状態に基づいて認められる権利である。これに対し、その他の物権は、物の占有とは無関係に、物の支配の権原を本体とする権利であり、**本権**ともよばれる。

⑵　所有権と制限物権

所有権は、物を全面的ないし包括的に支配しうる権利である。これに対し、**制限物権**は、所有権の部分的権能（使用収益権能又は交換価値支配権能）を内容とする。制限物権という呼称は、所有権を制限する効力を有するという点に由来している。

⑶　用益物権と担保物権

用益物権は、物の使用収益権能を内容とする物権である。これに対し、**担保物権**は、債権担保を目的として、物の交換価値支配権能を内容とする。

３　慣習法上の物権

慣習法上の物権には、①民法典ができる以前から存在していたものと、②民法典ができた後、取引の必要から商慣習として発達したものがある。前者の例が、水利権（河川などの水を排他的に利用する権利をいう。大判大 14.12.11）や温泉専用権（地下から湧き出る温泉を排他的に管理・使用する権利をいう。大判昭 15.9.18／百選Ⅰ〔49〕）であり、後者の例が、**譲渡担保権**（⇒p. 522）である。

４　慣習法上の物権と諸規制との関係

⑴　物権法定主義（175）を採用する我が民法下において、温泉権や譲渡担保権といった慣習法上の物権を承認することができるのか。この点、学説は、物権法定主義の趣旨（封建的諸権利の復活阻止・公示制度の要請）を害さなければ、慣習法上の物権も認めてよいとする。

⑵　ただ、慣習法上の物権を承認しようとする場合、次の２つの規制との関係が問題となる。

①　法の適用に関する通則法３条：「法令の規定により認められた」慣習、又は「法令に規定されていない事項に関する」慣習に限り、法律と同様の効力を有する。

②　民法施行法 35 条：「慣習上物権ト認メタル権利ニシテ民法施行前ニ発生シタルモノト雖モ其施行ノ後ハ民法其他ノ法律ニ定ムルモノニ非サレハ物権タル効力ヲ有セス」

(a)　法の適用に関する通則法３条（以下「通則法３条」）と民法１７５条の関係

この関係については、以下の２説がある。

①　民法 175 条の「法律」のなかには、通則法３条により法律と同一の効力を有するとされる「法令に規定されていない事項に関する」慣習法も含まれるとする説

②　慣習法は、民法 175 条の「法律」には含まれないが、通則法３条によって物権と認められるとする説

(b)　民法施行法 35 条については、本条は民法施行前の慣習上の物権の整理に関するものであり、それ以後に発生するものまでも否認する趣旨ではないと解するのが一般である。

⑶　以上のように、慣習法上の物権は、一応物権的な取扱いを受けている。しかし、このことは慣習法上の物権が必ずしも民法上の「物権」として承認されたということではない。慣習法上の物権については、民法典上の物権に与えられた物権的効力をすべて認める必要はなく、場合に応じて個別的に認めれば足りる（ｅｘ．譲渡担保権については優先弁済権を認めれば足りる）。したがって、そのような個別的効力を有する物権的権利を承認することは、175 条に抵触するものではないといえる（判例も、このような権利を「物権的権利」という表現で承認している）。

第２節　物権の客体

一　物権の客体の要件

物権の客体となるには、以下の要件が必要とされる。

①　「物」すなわち有体物であること（**有体性**、85）

85 条は、物権の客体を有体物（空間の一部を占めるもの。気体、液体、固体）に限定するための規定であるが、今日では、無体物の上にも所有権をはじめとする物権が成立することを認めざるを得ないため、85 条は物権の対象を限定する意味をもっていない。すでに**民法のなかでも権利の上に物権が成立する場合を規定**している。

ｅｘ．転抵当権（376Ⅰ）、転質権（348）、権利質（362）、準占有権（205）等

②　排他的支配が可能であること（**支配可能性**）

→月や星は、有体物であっても、物権の客体となりうる物ではない

◆　最判昭 61. 12. 16／百選Ⅰ［第５版］〔11〕

海はそのままでは土地に当たらないとしつつも、国が一定範囲を区画し、排他的支配を可能にした上で、公用を廃止し、私人の所有に帰属させた場合には、その区画部分は所有権の客体たる土地に当たる、とした。

③　生きている人の身体でないこと（**非人格性**）

→現代法では、人の身体に対して排他的支配は認められていない

＊　すでに分離された身体の一部（毛髪・歯など）は、「物」として物権の客体となりうる。

④　特定していること（**特定性**）

∵　物が特定していなければ、何に対して直接的支配をなしうるのかがわからない

＊　特定性具備の有無は、物理的状態のみならず、社会的・経済的な観点をも顧慮して決定される。したがって、当初の客体が終始固定していなくても（一個の物の構成部分が変更しても）特定性は失われるわけではない。

ｅｘ．特定の株式会社の総財産を客体とする企業担保権（**その総財産の構成要素は変動するにもかかわらず**、総財産としては終始特定しており、それについて担保権が存続する）

→同様のことは、**集合物譲渡担保**についてもいえる

⑤　独立しており、物の一部ではないこと（**独立性、単一性**）

→**一物一権主義**

二　一物一権主義

１　意義

一つの物権の客体は一個の物でなければならない。

＊　一物一権主義は、物権の排他性を示す「一つの物には一つの物権」という意味で用いられることもあるので、注意が必要である。

２　内容

①　１個の物の一部には独立の物権は存在しえない（**独立性**）。

たとえば、家の柱の１本だけを他人に譲渡することはできない。

②　数個の物に対して１つの物権は存在しえない（**単一性**）。

たとえば、１ダースのジュースに対して１つの所有権が成立することはない。

３　趣旨

①　物の一部や物の集団の上に一個の物権を認める**社会的必要性**がない。

②　物の一部や物の集団の上に物権が成立していることを示す**公示方法**がないのに、これを認めると権利関係が複雑となり取引の迅速・安全を害することになる。

４　例外

社会的必要性があり公示方法があれば、一物一権主義の趣旨に反しない。

↓そこで

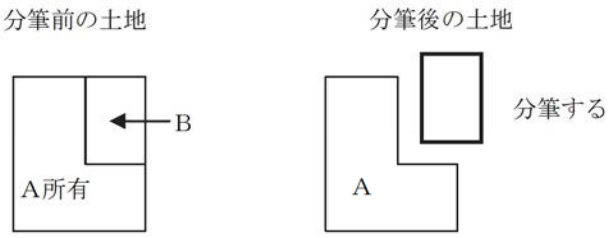
例外的に、①　物の一部に物権を設定できる（独立性の例外）

②　集合物に一個の物権を設定できる（単一性の例外）

⑴　独立性の例外

⒜　一筆の土地の一部

＜１筆の土地の一部に対する権利関係＞



一筆の土地とは、地表を人為的に区画して、これを一個の所有権の客体とした場合の、この土地の区分のことをいう。ＡがＢに土地の一部を譲渡した場合、ＡＢ間で所有権が移転する。また、Ａの土地の一部について、Ｂは時効取得しうる。

（理由）

①　土地の一部であってもＢの所有権を認める社会的必要性がある。

②　**ＡＢ間（当事者間）では取引安全を考慮して公示を備える必要がない。**

＊　Ｂがこの所有権を第三者に主張（対抗）したいときは、分筆したうえで登記すればよい。

(b)　土地に生立する樹木

イ　立木法に基づく登記により公示された立木〔りゅうぼく〕は、独立の不動産とみなされる。

ロ　立木法に基づく登記がない立木〔たちき〕の場合は原則として、土地の一部であり独立の物権の客体とはならないが、土地から独立して取引の対象となることもある。

（理由）

これを認める社会的必要性があり、明認方法という公示方法もある。

(c)　未分離の果実・桑葉・稲立毛

原則として土地の一部であるが、立木と同様、分離前に独立に取引の対象とすることができる。

(2)　単一性の例外

(a)　各種の財団抵当法・企業担保法

企業を構成する数個の物を一体として一個の担保権の目的とするもの。

∵　各々の構成物の価格の総和よりも総財産の結合体の価格の方がはるかに高額になる

(b)　在庫商品などの集合物に設定された譲渡担保権

以下の要件をみたす場合には、集合物の上に単一の物権を認めることができる。

①　集合物が個々の構成物とは異なる独自の利益を有すること。

②　物権に関する特定性の要件をみたしていること。

③　物権に関する公示の原則に適合していること。

◆　集合動産の譲渡担保（最判昭 62. 11. 10）

「**構成部分の変動する集合動産**であっても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定するなどの方法によって目的物の範囲が特定される場合には、**１個の集合物として譲渡担保の目的とすることができる**ものと解すべきである。」

５　原則・例外の整理

＜一物一権主義の例外＞

独立性の例外	①　一筆の土地の一部につき、所有権の成立は可能。時効取得も可 ②　地役権は承役地の一部に設定可（282Ⅱただし書） ③　立木法によらない立木 ④　未分離の果実・桑葉・稲立毛
単一性の例外	①　抵当権の効力は従物にも及ぶ ②　立木法上の「立木」（樹木の集団）は不動産とみなされ、一括して所有権および抵当権の目的となりうる（立木法２Ⅱ） ③　集合動産の譲渡担保 ④　各種の財団抵当法・企業担保法

＜一物一権主義の原則と例外＞

	原則	例外
土地	土地登記簿上「一筆」の土地として登記されたものが１個の所有権の客体とされる	①　一筆の土地の一部を時効取得できる ②　一筆の土地の一部にも物権が成立する ③　282 条２項ただし書
建物	土地とは別個独立の不動産であり、一棟の建物が１個の所有権の客体となる	一定の要件の下で、一棟の建物の一部分を独立の所有権（区分所有権）の客体とすることが認められている（建物区分１）
立木等	土地の一部であって独立の所有権の客体とならない	取引上の必要がある場合、立木だけを別個独立不動産として所有権譲渡・抵当権設定の目的とすることができる
集合物	集合物を構成する個々の物の上に格別の所有権が成立し、集合物が全体として１個の物権の客体になることはない	①　企業を構成する多数の財産の集合体や企業体それ自体の上に１個の担保物権を成立させることを認める（工場抵当法、企業担保法） ②　種類・所在場所・量的範囲を限定することで、目的物の範囲が特定される場合には１個の集合物として譲渡担保の目的とすることができる

第３節　物権の効力

一　はじめに

各種の物権は、それぞれ特有な効力を有している。それらについては、後に個々の物権を取り上げる際に述べていくとして、ここでは、すべての物権に共通の一般的効力について説明する。

物権の一般的効力として挙げられるのは、通常、①**優先的効力**と②**物権的請求権**である。これらは、いずれも物権の直接的排他的支配性という特質から導かれる効力である。

二　優先的効力

１　物権相互間の優先的効力

⑴　意義：互いに相容れない物権相互間では、時間的に先に成立した物権が優先するという原則

⑵　趣旨：物権の排他性

＊　**取引安全のため公示の原則が採用されている結果、優先的効力は、実際には公示、すなわち、不動産では登記（177）、動産では引渡し（178）を先に備えた方が優先する**ことになっている（ただし、先取特権等の例外もある。329 以下参照）。

ｅｘ．ＡがＸ所有の家屋を買い受ける契約をし、代金を支払ったにもかかわらず、Ｘが同一家屋をさらにＢに売却してしまったという場合、たとえＡは先にＸと売買契約を締結したとしても登記を得ていない限り、当該家屋の所有権取得をＢに主張することはできず、反対に、後から売買契約をＸと結んだＢであっても、Ａよりも早く登記を取得すれば、Ａに対し当該家屋の所有権取得を主張することができる

２　債権との関係における優先的効力

⑴　意義：同一物について物権と債権が競合する場合には、その成立の前後にかかわらず、物権が債権に優先する

ｅｘ．ある物を所有者から借り受けた者と買い受けた者がいる場合、原則として買い受けた者が優先する（**売買は賃貸借を破る**）

⑵　趣旨：物権が物を直接支配しうるものであるのに対し、債権は債務者の行為を介して間接的に物を支配しうるものにすぎないから

⑶　例外：不動産賃借権（605）

たとえば、Ｘが自己所有の土地をＡに賃貸した後、当該土地をＢに譲渡した場合、「売買は賃貸借を破る」の原則から、原則としてＢの土地所有権が優先するが、不動産賃貸借については、債権のなかでも例外的に、物権に近い効力が認められており、登記等の対抗要件を備えれば、新所有者に対しても賃貸借を主張することができるとされている（605、借地借家法 10、31）。

三　物権的請求権

１　意義

物権の円満な支配状態が妨害され、又はそのおそれのある場合に、あるべき状態の回復、又は妨害の予防を求める請求権。

２　根拠

①　202 条１項の「本権の訴え」という文言が物権的請求権を予定している。

②　占有権にすら占有訴権（197 以下）が認められているのだから、ましてや本権である物権には、当然に認められるはずである。

③　自力救済が禁止されている民法のもとで物の直接的支配を全うする必要がある。

＊　自力救済の禁止とは、家屋の賃借人がその家屋を立ち退かない場合に、賃貸人が暴力などを用いて賃借人を追い出す場合などのように、私人が司法手続によらずに直接的な実力を行使して自己の権利を実現することをいう。

３　法的性質

物権的請求権の法的性質をどう捉えるかについては、若干の争いがある。

＜物権的請求権の法的性質＞

Ａ説／物権的効力説	物権的請求権は、物権の作用もしくは効力にすぎないもので、独立の権利ではないとする説
Ｂ説／準債権説	物権的請求権は、物権から独立した純粋の債権、あるいは、債権に準じて取り扱われるべき特殊の請求権であるとする説
Ｃ説／独立請求権説（通説）	物権的請求権は、物権から派生して常に物権に依存する独立の請求権であるとする説

これらの性質論は、それ自体は抽象的なものだが、実際には以下のような問題の解決に影響を及ぼしている。すなわち、

⑴　侵害除去の請求につき、債権に関する規定（債務不履行や弁済の規定）を適用できるか。

この点、Ｂ説からは当然肯定、他説も準用ないし類推適用を認める。

⑵　物権的請求権を物権と切り離して移転しうるか。

この点、Ａ説・Ｃ説からは否定される。他方、Ｂ説に立つと、理論上は物権的請求権のみを譲渡しうることになる。

判例は、物権を有する者でなければ物権的請求権を有しえないし、物権を有する者がその物権を他人に譲渡したときは、その者は物権的請求権を失うとする（大判昭 3. 11. 8）。

⑶　物権的請求権は消滅時効にかかるか。

この点、Ａ説・Ｃ説からは物権的請求権が物権と独立して消滅時効にかかるということはありえないことになる（大判大 5. 6. 23）。もっとも、Ｃ説に立ちながらも、相続回復請求権（物権的請求権と同質）が時効にかかること（884）を理由に、物権的請求権も特定の妨害者に対する関係では消滅時効にかかるとする説もある。

他方、Ｂ説に立つと、理論上は物権的請求権が独立して消滅時効にかかるということになる。

４　種類

＜物権的請求権の種類・内容＞

	所有権	占有権	請求内容
(1)	物権的返還請求権	占有回収の訴え（200）	目的物の返還
(2)	物権的妨害排除請求権	占有保持の訴え（198）	妨害の除去
(3)	物権的妨害予防請求権	占有保全の訴え（199）	侵害を生ずる原因を除去すること（妨害の予防）

⑴　物権的返還請求権

物を占有する者に対して返還を求めるものである。

たとえば、Ａ所有の本がＢに盗まれ、現在Ｂがその本を占有する場合は、ＡはＢに対して、所有権に基づく返還請求権を根拠に「その本を返してくれ」と主張できる。

地役権者は、承役地の使用権能を有するのみであり、占有権能・管理権能を有しないため、返還請求権を有しない。

⑵　物権的妨害排除請求権

占有以外の方法で妨害する者に妨害の除去を求めるものである。

たとえば、Ａ所有の土地の上に、隣の高台にあるＢの塀が崩れ落ちてきた場合に、ＡはＢに対して、所有権に基づく妨害排除請求権を根拠に「私の土地の上に落ちてきた塀をどかしてくれ」と主張できる。

LEC 東京リーガルマインド

著作権者　株式会社東京リーガルマインド
(C) 2020 TOKYO LEGAL MIND K. K., Printed in Japan
無断複製・無断転載等を禁じます。

LU20419