

司法試験

合格答案作成講座

講義編 民法 I - ①

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 192673

LU19267

第1編 民法総則

第1章 民法序説

第1節 民法入門

・ はじめに（民法の論文の基本姿勢）

- 1 時系列・人間関係図を作成
- 2 まずは原告の請求（訴訟物）。但し、より大なる請求、より強い主張となる構成を）からその要件充足性を検討。要件解釈に争いあり結論を左右するなら簡潔に記載。
※思考起点：民法での原告の請求…ほぼ物権的請求か債権的請求。
物権的請求→原告所有（元所有から所有権取得を記載する必要がある場合は、承継取得か原始取得かを要検討）、被告占有・妨害等。
債権的請求→①約定債権、②法定債権（不当利得や不法行為、費用償還請求等）、③代位・取消等（債権者代位、債権者取消等）から選択。
- 3 次に被告の反論（否認か抗弁か）を考え、抗弁なら要件充足性を検討。要件解釈に争いがあり結論を左右するなら簡潔に記載（複数ある場合は、より強い主張から）。
※思考起点：抗弁の種類＝権利発生障害、権利消滅、権利行使阻止
- 4 再反論以下もあれば同様に検討し、問いに対する端的な答えを示す。

民法の学習の仕方

- (1) 事案がある部分ではできるだけ人間関係図、時系列を作る。
- (2) 当事者の主張反論の枠組みを踏まえ、各制度が、どういう立場の人が主張したい内容か、考えながら学習する。趣旨を納得しながらおさえていく。
- (3) 主張するための要件を条文などから導く（＝考える）練習をする。
- (4) 解釈部分は、趣旨・原理原則から考える。

一 民法とは何か

民法とは、私法の一般法である。

二 民法のかたち

法律要件に該当する事実があると、一定の法律効果が生じる形が多い

→効果は当事者の主張、要件はその必要条件、として押さえていくべき。

第2節 民法の全体図

契約法と非契約法という理解が論文用にはオススメ。

第1 契約による法律関係の変動

1 契約成立段階の問題(民法総則の大部分)

I 契約の成立要件

意思表示の合致(契約類型ごとに内容及び要件は異なる)

II 契約の有効要件 ※効力否定側が主張・立証する。

① 客観的有效要件 →欠ける場合、契約は無効

確定性、適法性、社会的妥当性

② 主観的有效要件 →欠ける場合、契約は無効又は取り消しうる

能力に関するもの 権利能力・意思能力・行為能力

意思表示に関するもの 心裡留保、虚偽表示、錯誤、詐欺、強迫

III 契約の効果帰属要件 →欠ける場合、契約は本人に効果が帰属しない

(代理人による)法律行為、顕名、代理権の存在

(なければ無権代理、表見代理の問題、派生の問題として代理権濫用)

IV 契約の効力発生要件=条件、期限

2 契約の成立後の問題

I 契約の効力の発生(契約内容による)

① 債権債務の発生 ←各契約の内容による(各制限物権、契約各論)

② 物権変動(物権の発生、変更、消滅、對抗要件、即時取得)

II 契約の目的達成(完全な履行)

弁済、相殺などによる債権の消滅

III 契約の目的不達成・トラブル事例 ←新たに債権債務が発生したりする

前提として、同時履行の抗弁権

① 義務者の不履行等

義務者に帰責性がある場合(債務不履行)

義務者に帰責性がない場合(危険負担)

義務者の帰責性を問わない(不適合責任)

契約締結上の過失

② 権利者の不協力(受領遅滞)

IV 各契約特有の問題(契約類型ごと)(契約各論、用益物権)

3 債権回収のための諸制度(債権譲渡、担保、保全等)

I 物的担保(担保物権)

II 債権の保全

III 多数当事者の債権債務

IV 人的担保(保証)

V 債権譲渡・債務引受

第2 契約によらない法律関係の変動

1 時効

2 物権その他

3 事務管理、不当利得、不法行為

第3節 民法の指導原理と私権

第1款 民法の指導原理

- ・ 所有権絶対の原則
- ・ 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。
- ・ 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。

第2款 私権

一 私権の意義と種類

最低限、以下のものを正確に使いこなせればOK。

- (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 e x . 物権
- (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 e x . 債権
- (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
e x . 取消権、解除権、相殺権
- (d) 抗弁権：他人の権利の行使を妨げる効力を持つ権利
e x . 同時履行の抗弁権、保証人の催告・検索の抗弁権

二 私権の公共性

1 信義誠実の原則（信義則）

(1) 意義

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（1 II）。

(2) 妥当範囲

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

→その後、他の領域（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など）の関係を規律するものとして適用

(3) 機能

- (a) 法律行為、特に契約の解釈基準としての機能
- (b) 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
e x . 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

禁反言の原則、クリーン・ハンズの原則等

2 権利濫用の禁止

(1) 意義・趣旨

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（1Ⅲ）。

(2) 要件（判定の基準）

権利を行使する者の主観的態様（害意など）と、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（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）の双方を重視する

◆ 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。

(3) 効果

(a) 権利本来の効力は認められない。

(b) 正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。

(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。もつとも、この効果は、特別の規定がある場合に限定すべきである。 e x. 親権の喪失（834）

* なお、信義則とともに、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。**

3 自力救済の原則禁止

義務者が履行しない場合、裁判所に対して協力を求めなければならず、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。 ∵ 社会秩序維持

第2章 私権の主体

第1節 自然人

私法上の権利・義務の帰属主体となり得る地位・資格を権利能力という。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。

第1款 権利能力

一 意義

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。

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（3 I）。

→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）

2 例外：胎児の法律上の地位

(1) 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、民法は以下の三つの場合に、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（783 I）、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。

(2) 「既に生まれたものとみなす」（721、886、965）の意味

<例題>

母親Aが、胎児Bを代理して、Cとの間で損害賠償請求や示談・遺産分割などを行うことができるか。かかるAの行為の効果がBとの関係で生ずるか。

<解釈>

現行法上、胎児の財産を管理する法定代理人制度はなく、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く、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べきであり、母は胎児を代理することはできない（阪神電鉄事件（大判昭7.10.6／百選I〔第6版〕〔3〕））

三 権利能力の終期

1 総説

(1) 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、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。

(2) 法人

法人の権利能力の終期は、**清算終了時**（一般法人法207）である。

2 同時死亡の推定

数人の者が死亡し、**どちらが先に死亡したか明らかでない場合**、「数人の者が死亡した場合において、そのうちの一人が他の者の死亡後になお生存していたことが明らかでないとき」にあたり、数人の者の同時死亡が推定される（32条の2）。

「推定」であるため、利害関係人が一方の死亡の時と他方の死亡の時とが異なることを証拠をあげて証明しない限り、双方は同時に死亡したものと取り扱われる。よって、**本来なら被相続人・相続人の関係に立つ者どうしのあいだでも相続は起こらず、遺言者と受遺者のあいだでも遺贈は効力を生じない。**

ただし、同時死亡推定の場合も、「相続の開始以前に死亡した」（887Ⅱ、887Ⅲ。「以前」は同時も含む）に当たるから、**代襲相続は認められる。**

e x. 汽船が氷山に衝突し、乗っていた甲一家4人のうち、甲とその息子が死亡し、妻と娘がボートで救出された場合

→息子は父の相続人とならず、娘・妻はそれぞれ2分の1を相続する。ただし、もし息子に子があれば、子（孫）が代襲相続によって父の相続人となり、妻は2分の1、娘は4分の1、孫は4分の1を相続する（887Ⅱ、901）

第2款 意思能力

一 意義

自己の行為の結果（権利義務の変動）を弁識（理解）するに足るだけの精神能力をいう。およそ6、7～10歳の子供の精神能力。

→幼年、高度の精神病、あるいは極度の泥酔等は意思無能力

二 効果

意思能力を有しない者の法律行為は無効となる（3の2）。

→契約上の履行請求に対して拒絶でき、既履行のものの返還請求をなし得る（121の2I）。

ただし、意思無能力者自身は、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解される（相対的無効）。

第3款 行為能力

1 行為能力

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

(1) 意義

一般的・恒常的に能力不十分とみられる者を一定の基準で画一的に定め、行為当時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。

(2) 趣旨

- ① 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
 - ② 意思能力のない者を定型化することにより注意喚起し、相手方の取引の安全を図る必要
- 画一的な基準で決まる行為能力制度を設けた

(3) 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

(4) 効果

未成年者・成年被後見人の行為は原則として取り消すことができ（5II、9）、被保佐人、被補助人の行為も一定の場合には取り消すことができる（13IV、17IV）。そして、取消しの効果は遡及的無効である（121本文）。

→制限行為能力者は「現に利益を受けている限度」において返還すれば足りる（121の2III）

* 制限行為能力者が返還義務を負う「現に利益を受けている限度」（現存利益）の範囲について、得た利益が形を変えて残存している場合に限りこれを返還すべきであると解する（通説）。例えば、遊興費で消費した場合は現存利益はないが、生活費などで消費した場合は、それだけ自己の財産の減少を免れたのであるから、現存利益はあると解されている。

3 制度のまとめ

＜制限行為能力者の行為の種類と保護者の権限＞

	行為の種類	保護者の種類	保護者の権限の種類			
			代理権	同意権	追認権	取消権
未成年者	特定の行為だけ単独で有効にできる イ 単に権利を得または義務を免れるべき行為（5 I ただし書） ロ 処分を許された財産の処分（5 III） ハ 許された営業に関する行為（6 I）	親権者又は未成年後見人	○ (824)	○ (5 I)	○ (122)	○ (120 I)
成年被後見人	日常生活に関する行為以外は、単独で有効にできる行為なし 身分上の行為は別 ex. 認知（780）	成年後見人	○ (859)	×	○ (122)	○ (120 I)
被保佐人	特定の行為（13 I 列举事由）だけ単独で有効にできない	保佐人	×	○ (13 I)	○ (122)	○ (120 I)
被補助人	特定の行為（17 I、家庭裁判所の審査により決まる）だけ単独で有効にできない	補助人	×	×	○ (122)	○ (120 I)

* 審判により、いずれか一方又は双方の権限が付与される（15 III）

4 制限行為能力者の相手方の保護の制度

(1) 取消権の短期消滅時効（126）

取消権は、追認をすることができる時から5年、行為の時から20年が経過すれば消滅する。

→前者は短期消滅時効、後者は除斥期間と解されている

(2) 法定追認（125）

取り消すことができる行為について社会の人々が一般に追認と認めるような一定の事実があった場合、取消権者の意思いかんを問わず、追認したとみなし、取り消すことができる行為が有効な行為として確定する。

∴ 取り消すことができる行為をなるべく早く確定することで、法律関係の安定を図る。

(3) 相手方の催告権（20）

(a) 趣旨

制限行為能力者の相手方は、詐欺・強迫による相手方に比べ特に保護の必要があるので、催告権を与え、法律関係をすみやかに確定することを可能にした。

(b) 要件

イ 制限行為能力者が行為能力者となった後にその者に対し、又はその保護者に対し、催告すること。

ロ 1か月以上の期間を定めて確答を促すこと。

(c) 効果

催告を受けた者が単独で追認できる場合に返事をしなければ追認を擬制し、単独で追認できない場合は取消を擬制する。

(4) 詐術を用いた場合の取消権の排除（21） ※取消の主張に対する反論

(a) 趣旨

① 制限行為能力者に対して矛盾した態度を許さないという制裁。

② 行為能力者と信じた相手方を制限行為能力者側の取消権にさらすのは、取引の安全を害する。

(b) 要件

イ 「行為能力者であることを信じさせるため」 (目的)

法定代理人・保佐人・補助人の同意があったと誤信させようとした場合も、これに準ずる。

ロ 「詐術を用いた」

(i) 被保佐人の場合

単に制限行為能力者たることを黙秘していただければ「詐術」には当たらないが、黙秘が他の言動などと相まって、相手方を誤信させ、又は誤信を強めた場合は「詐術」にあたる(最判昭 44. 2. 13 / 百選 I [第 6 版] [6])。

* 被補助人についても同様と解される。

(理由)

- ① 制限行為能力者が法定代理人等の同意を得ずに法律行為をする場合、自己が制限行為能力者であることを黙秘するのは当然である。
- ② 単なる黙秘も詐術にあたるとすれば、制限行為能力者保護のために取消権を与えた趣旨が失われる。

(ii) 未成年者・成年被後見人の場合

単に制限行為能力者たることを黙秘していただければ足りず、更に自己を行為能力者と相手方に信じさせるため積極的術策を用いたことが必要であると解すべきである。

(理由)

- ① 未成年者や成年被後見人は外形上制限行為能力者と分かりやすい。
- ② 未成年者や成年被後見人は、被保佐人・被補助人よりも要保護性が強い。

ハ 相手方が、行為能力者だと信じ、又は同意権者の同意を得たと信じたこと。

(c) 効果

取消権の消滅(法定代理人等の取消権も消滅する)。

第 4 款 住所

住所とは、各人の生活の本拠であり(22)、どこで債務を履行したらよいか(484 I)、相続はどこで始まるか(883)、どこで裁判所に訴えたらよいか(民訴 4)、などを決める基準となる。

発展 ▶ 第 5 款 不在者

不在者とは、従来の住所または居所を去って容易に帰ってくる見込みのない者をいう。

→不在者管理人が選任される

発展 ▶ 第 6 款 失踪宣告

一定の条件の下に裁判所が失踪の宣告をすると、その者を死亡したものとみなして、不在者をめぐる法律関係を安定させる制度(30)。

第2節 法人

第1款 法人総説

1 法人の意義

自然人でなくして、法人格を認められたもの（権利義務の主体となり得るもの）。

2 法人の種類

社団法人・財団法人・公益法人・営利法人・中間法人などがある

第2款 法人の能力

一 はじめに

自然人の能力としては、権利能力、意思能力、行為能力などがある。ところが、法人は一定の「目的」（34）のために作られたものであるから、その「目的」が法人の活動を制約する。ここで、「目的」が法人のいかなる能力を制約するかについては争いがある。→二3

二 権利能力

1 原則

法人は、法により権利義務の帰属主体たり得る資格を与えられたのであり、法人格を有する。

2 権利能力の制限

(1) 性質による制限

性・年齢・親族関係に関する権利義務など自然的特性を有する権利義務は享有し得ない。

(2) 法令による制限

そもそも法人格は法により与えられるものだから、法令による個別的制限が存在する。

(3) 目的による制限 (34)

→3「目的による制限」

3 目的による制限

<例題>

鉄の製造を目的とする株式会社Xが、政党Yに現金を寄付（贈与）した場合、かかる贈与は有効か。34条の規定は、法人が権利を取得し義務を負担するという法律効果が生ずるのは「目的の範囲内」の事項に限られることを定めているところ、「目的の範囲」を超えた法律行為がどのような効力を有することになるか（公序良俗違反等と同様「無効」なのか無権代理同様

「効果不帰属」なのか) を考える前提として、同条の「目的の範囲」によって法人の何を制限したのか。

<解釈>

法人は社会的に有用な一定の目的のために権利義務の主体たる地位を認められたものである。また、「法人は・・・権利を有し、義務を負う」との文言に忠実に解釈すべきである。

よって、「目的」は法人の権利能力自体を制限し、「目的の範囲」を超えた理事の法律行為は無効と解すべきである。

<アドヴァンス>

大きく分けて、法人の権利能力自体を制限したと考える権利能力制限説と、法人を運営する代表者の権原の範囲を制限したと考える代表権制限説とに分かれる。事案での結論に影響するのは、目的の範囲を超えた行為につき、法人による追認の可否、表見代理の成否等である。

4 「目的の範囲」の判断

(1) 営利法人(会社)の場合

判例は、営利目的のための手段には一般に限定がない点や、取引安全の見地から「目的の範囲」を緩やかに解し、34条の「目的」は、定款等に定められた目的自体と同一ではなく、その目的たる事業を遂行するのに必要な行為を広く含むものとし、その範囲を画するに当たって、「行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断」すべきであると解している(八幡製鉄事件)。

(2) 非営利法人の場合

これに対して、非営利法人に対しては、あくまで目的の範囲による制限を前提にしつつ、個別の事情に応じて目的の範囲を判断していくという方法が採られている。

◆ 最判昭41.4.26/百選I[第6版][7]

農業協同組合の理事長が組合員以外の者に対し、定款に違反していることを知りながら組合の目的事業と全く関係のない土建業の人夫賃の支払のため金員を貸し付けた事案で、目的の範囲内に属しない、と判示した。

◆ 南九州税理士会事件(最判平8.3.19/百選I[7])

強制加入団体である税理士会が、税理士法改正運動のため、各会員から特別会費を徴収し、これを政治団体へと寄付する旨の総会決議は、「税理士会が政党など……の政治団体に金員の寄付をすることは、……税理士会の目的の範囲外の行為」であり、無効である。

三 不法行為

1 成立要件(一般法人法78)

- ① 法人の代表機関の行為であること
- ② 職務を行うについて他人に損害を与えたこと
- ③ 理事の行為が不法行為(709)の一般的成立要件を具備すること

- ・「職務を行うについて」の解釈（要件②について）
→外形標準説（民法 715 同様）

2 709 条による法人の不法行為責任

法人の不法行為責任は、一般不法行為責任に関する 709 条の適用によっても認められる。代表者や被用者の不法行為を要件としないで、法人自身が不法行為をしたとすることができるのである（企業責任）。 e x. 公害の責任、欠陥商品についての製造物責任。

3 理事の個人責任

一般法人法 78 条によって法人が不法行為責任を負う場合、直接行為をした理事も 709 条に従って責任を負う。両者の責任の関係は**不真正連帯債務**と解されている（通説）。

4 一般法人法 78 条と民法 715 条の関係

一般法人法 78 条は理事等代表者の行為、民法 715 条は被用者の行為が念頭に置かれている。

第 3 款 法人の機関

一 はじめに

法人の機関に関しては、特に法人の代表者たる理事の役割が重要である。本項目では特に法人の理事の代表権の制限（一般法人法 77V、84 等）と、これと関連して法人に関する取引の相手方の保護が問題になる。なお、会社法の規定を念頭に置くとわかりやすい。

二 法人の代表理事の代表権の範囲（代理の応用）

1 原則

法人の一切の事務について法人を代表する（一般法人法 77IV）。
※代表権の濫用→107 条

2 例外

- ① 定款による制限
→制限につき善意（過失は不問）の第三者は一般法人法 77V による権利主張可能。
- ② 利益相反行為（一般法人法 84）
→違反すると無権代表となる→相手方は表見代表による権利主張可能。

発展 ▶ 三 法人に関する取引の相手方の保護

1 はじめに

理事が法人を代表して取引を行ったが、当該取引についてその**理事が代表権を有していなかった**という事態も生じ得る

↓

このような場合、常に無権代表として法人に効果不帰属では、法人を巡る取引安全を著しく損ねる

↓

相手方としては、法人に対して契約上の請求をするための主張と、法定債権を請求する方法があり得る

- ① 一般法人法 77 条 5 項の主張
- ② 110 条（類推適用）の主張
- ③ 一般法人法 78 条の主張 が考えられ、以下、これらに関して問題となる点を解説する。

2 一般法人法 77 条 5 項による請求

(1) 意義、趣旨

一般法人法 77 条 5 項は、理事が代理権（代表権）の制限に違反して代表行為を行った場合でも、「善意」の第三者に対しては代表権の制限を対抗できないとしている。

これは、法人の代表について権限踰越の表見代理に関する 110 条の特則を定め、110 条よりも相手方の保護を強めたものであるといえる。

※有権代表の主張に次ぎ、表見代理よりも先にする第 2 の主張と言いうる

(2) 一般法人法 77 条 5 項の適用範囲

(a) 定款および総会決議による制限

一般法人法 77 条 5 項は、直前の一般法人法 77 条 1 項ないし 4 項を受けた規定であるから、定款および総会の決議により代表権が制限される場合に適用される。民法 34 条の目的の範囲を超える場合、判例の権利能力制限の考え方によればそもそも無効であり、代表権制限とは無関係なので適用されない。

(b) 法令による制限

理事の代表権が法令により制限されている場合には、その制限は一般法人法 77 条 5 項の「前項の権限に加えた制限」に当たらない。

(理由)

法人の内部機構により代表権を制限する場合と異なり、法令による制限の場合には初めから代表権は存在しないのであるから、本来ならば存在したはずの代表権に制限が加えられたとはいえない。

(3) 「善意」の意義

(a) 「善意」の対象

一般法人法 77 条 5 項にいう「善意」とは、定款又は総会決議による代表権の制限について「善意」であることをいう。

→定款等により代表権の制限が定められていることは知っていたが、内部的手続を経てその制限がクリアされていると誤信した場合には、一般法人法 77 条 5 項は適用されない

(b) 無過失の要否

→通説は過失不問。

即ち、「善意」といえるためには、代表権の制限を知らなければ足り、知らないことにつき無過失であることを要しない。

(理由)

法人の理事は、本来包括的代表権を有するのであり（一般法人 77）、取引の相手方が当該行為についても代表権を有すると信頼するのも無理はないから、無過失まで要求する必要はない。

3 110 条の表見代理の主張の可否

110 条は、当該行為の権限があると信じた相手方を保護するものであり、判例は、状況的にかかる 110 条の場面と類する状況であれば広く類推適用を認めている。

(1) 定款・総会決議による制限の場合

代表権の制限自体については悪意であっても、制限の解除要件をみだし、代表権が制限されていないと考えていた場合（e.g. 理事会の承認を要するという制限がある場合に、相手方が理事会の承認があるものと

考えていた場合)には、相手方が当該代理権ありと信じた民法 110 条の場面に類似するから、相手方に、民法 110 条の類推適用の主張を認めるべきである。

(2) 法令による制限の場合

- ◆ 最判昭 34.7.14 は、110 条類推適用を認めた。

4 一般法人法 78 条の主張

法人の代表機関が代表権の制限に違反して権限を超えて不正な代表行為を行った場合、110 条の類推適用が考えられるが、他方で、当該行為の外形上理事の職務行為と認められ、かつ相手方に重過失がなければ、一般法人法 78 条の要件を満たし得る。このような場合、法人は 110 条の表見代理責任と、一般法人法 78 条の不法行為責任のいずれの責任を負うことになるのか。

→いずれも相手方保護の制度であり、相手方の選択に委ねるべきとも考え得るし、取引行為については極力取引安全の見地から契約法による保護をすべきとも考え得る。どちらでもよい

第 4 款 権利能力なき社団

一 はじめに

団体であって、その実体が社団であるにもかかわらず法人格を持たないものを権利能力なき社団という(例：町内会、校友会、学術団体、サークルなど)。このような権利能力なき社団には、

- ① 法人格を取得しようとするれば可能なのに、面倒だとか官庁の監督を受けたくないといった理由で、法人格を取得する**手続を自らしていない**団体。
- ② 法人となるべく**設立中**の団体。
があり得る。

二 成立要件

- ◆ 最判昭 39.10.15 / 百選 I [8]
 - ① 団体としての**組織**をそなえ、
 - ② **多数決**の原則が行われ、
 - ③ 構成員の変更にもかかわらず**団体そのものが存続**し、
 - ④ その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理その他、**団体としての主要な点が確定**していること。

三 権利能力なき社団の民法上の取扱い

1 はじめに

権利能力なき社団は、形式的には法人でない。しかし、実体面においては社団法人に類似している。そこで、その法律上の取扱いに当たっては、**社団法人に関する民法等の規定をできるだけ類推**していくべきである。

2 権利能力なき社団の内部関係

権利能力なき社団の内部関係、例えば社員の資格、社員総会の運営方法、代表方法等については、当該社団の規則に定めがない場合には、原則として、法の社団法人に関する規定を類推適用すべきである。

(理由)

内部的な事項に関する法の社団法人の規定は、法人格のいかんにかかわらず、社団としてあるいは団体としての処理方法を規定したものと考えられる。

3 権利能力なき社団の権利・義務の帰属（対外関係）

社団自体は権利能力がない以上、権利義務の帰属主体たり得ない。したがって、形式的には法律関係はすべて構成員に帰属するものと考えざるを得ない。

そこで、問題はそれがどのように帰属するかである。

* この点に関しては、①財産権の帰属、②不動産の公示方法、③債務と責任の帰属、④代表者の個人責任、⑤強制執行という点等について学説上争いがある。

(1) 財産権の帰属

<例題>

A町内会（権利能力なき社団の要件は具備）が、町内会の会合に使用するために甲建物を購入したとき、誰の所有に帰するか。権利能力なき社団は法人格を有しないことから、財産の帰属主体となることができないため、その財産が法形式上だれにどのように帰属するのか。

<解釈>

権利能力なき社団は権利能力を有しない以上、法形式は、自然人たる構成員に帰属するとせざるを得ない。しかし、経済的・実質的には、その財産は社団自体に帰属しており、その実態をできる限り反映すべきである。

かかる観点から、権利能力なき社団の財産は、社団を構成する総社員に総有的に帰属すると解すべきである（判例・多数説）。「総有的に帰属」とは、構成員は潜在的持分すら有さず、持分の処分や分割請求をすることはできないという意味である（共有の本質的権利の否定）。

◆ 最判昭 32. 11. 14

権利能力のない労働組合に対し、脱退組合員が財産の分割を請求した事案について、総有説を採用し、請求を棄却した。

(2) 登記能力（不動産の公示方法）

<例題>

A町内会で購入した不動産は、総構成員に総有的に帰属するので、社団の不動産についても、総構成員の共有名義で登記するのが原則である。しかし、これでは構成員の変動があった場合の手续が煩雑であるし、構成員数の多い社団では実際上登記が不可能となる。そこで、社団名義での登記や、社団代表者であることを示す肩書付きでの代表者個人名義の登記を認めることはできないか。

<解釈>

権利能力なき社団名義の登記は認められず、代表者の肩書付きでの代表者個人名義の登記も認められない。

なぜなら、登記官は形式的審査権しか有しないため、権利能力なき社団名義の登記を仮に認めてしまうと、登記官はすべて申請どおり受理する結果、実態のない社団名義の登記が多発し、無効な登記の発生を防止し、不動産取引の安全を図ろうとする不動産登記法の趣旨に反するからである。また、強制執行や滞納処分の潜脱手段とされるおそれもあるからである。

従って、構成員全員での登記とするか、代表者が総構成員からの受託者としての地位において、個人名義で登記するほかない

(3) 債務と責任の帰属

<例題>

A町内会の代表者BがA名義で不動産を購入した場合、代金債務は誰にどのように帰属するか。また、かかる債務について、社団自身の財産が引当てとなるのは当然であるが、そのほかに**構成員も責任を負うか**。

<解釈>

権利能力なき社団の権利義務は総構成員に総有的に帰属し、実質的な社団債務については社団財産だけがその引当てとなり、構成員は規則に特に規定のない限り責任を負わない。

なぜなら、権利能力なき社団においては、経済的・実質的には、権利義務は社団自体に帰属しており、その実態をできる限り反映すべきだからである。

(債権者としては、代表者を保証人にする等担保を確保すべきこととなる)

(4) 代表者の個人責任

<例題>

上記事例において、債権者からすれば、同社団以外の者にも、弁済請求することは可能か。少なくとも**代表者Bについての個人的責任追求をできないか**。

<解釈>

代表者も個人責任を負わないとすべきである。

個人責任を負わせる法的根拠がないうえ、負わせるのであれば保証等を締結していればよかったのであるから、不都合はない。

(5) 権利能力なき社団の財産（但し不動産は代表者個人名義）に対する強制執行

不動産について債権者が強制競売の申立てをするには、債務者と不動産の所有名義人が一致することが必要。

→社団債権者は、代表者個人名義の当該不動産に強制執行するには、当該不動産が実質社団所有であることを立証し、総構成員の共有名義の登記に改めた上で、社団に対する債務名義に基づいて執行する

4 権利能力なき社団の取引方法

代表機関は社団（総構成員）の名において、社団の代表者として法律行為をすることができる。そして、代表機関が社団のためにその目的の範囲内で行った法律行為の効果は、実質的には社団（総構成員）に帰属する。

5 不法行為による責任

権利能力なき社団の代表者が、職務を行うにつき不法行為を行った場合には、一般法人法 78 条を準用して社団の不法行為責任を肯定する（通説）。

第3章 私権の客体

第1節 私権の客体総説

一 はじめに

民法は、私権の客体のうち、物権の客体のみ規定している。物権については、権利の客体は原則として物すなわち有体物（85）である。

二 物の意義

1 意義

(1) 有体物：空間の一部を占めて有形的存在を有する物、すなわち、液体・気体・固体。

e x. 土地、建物、宝石。

(2) 無体物：権利や自然物のように姿のないものを指す。

e x. 物権・債権・著作権などの権利や、熱・光・電気などのエネルギー。

2 民法における物

広い意味での物には無体物も含まれるが、民法は、物を有体物に限定している（85）。

三 不動産と動産

1 不動産

土地及びその定着物（86）。

(1) 土地

(2) 土地の定着物

e x. 立木、樹木、取り外しの困難な庭石、石垣、沓脱石

但し、建物は土地から独立した定着物であり、常に独立の不動産とされる。

→土地を売り渡したとしても、地上の建物の所有権は移転しない。

※ 建築中の構築物は、屋根をふき荒壁をつけた段階から建物となる（大判昭 10.10.1/百選 I [11]）。

2 動産

(1) 通常の動産

不動産以外の物（有体物）は、すべて動産とされる（86Ⅱ）。ただし、自動車など登録によって法律上不動産と類似の扱いを受ける動産もある。

(2) 特殊の動産 無記名債権、金銭があるが、金銭のみおさえれば足る。

金銭は動産の一種であるが、通常物としての個性を有せず、交換価値そのものとして存在するのであって、動産に適用される規定の多く（178、192等）は金銭には適用されない。

◆ 最判昭39.1.24/百選Ⅰ〔74〕

「金銭の所有者は、特段の事情のないかぎり、その占有者と一致すると解すべき」

3 動産と不動産の区別の意味

→対抗要件の相違（公示の原則）、及び即時取得の可否（公信の原則）が重要

四 元物と果実

元物：果実を産出する物

果実：物より生ずる経済的収益たる物。天然果実と法定果実に分類される。

(1) 天然果実（88Ⅰ）

「物の用法に従い収取する産出物」すなわち、元物から直接産出される経済的利益を、天然果実と呼ぶ。 e x. 植物の果実、牛の乳、羊毛等

(2) 法定果実（88Ⅱ）

「物の使用の対価として受けるべき金銭その他の物」を法定果実という。

e x. 不動産を利用させた場合の地代・家賃等。

* 使用利益

元物そのものの利用による利益（e x. 居住の利益）を使用利益という。

果実の収益権・返還義務に関する規定（89、189、190）はこれに類推すべきと解されている（大判大14.1.20）。

第2節 物権の客体の原則（一物一権主義）

1 意義

一つの物権の客体は1個の物でなければならない（「一物権一物主義」と思えば良い）。

- * 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得ない（**独立性**）。
- ② 数個の物に対して一つの物権は存在し得ない（**単一性**）。

3 趣旨

- ① 物の一部や物の集団の上に1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1個の物権を設定できる（単一性の例外）
- (1) 独立性の例外
 - (a) 1筆の土地の一部
 - (b) 土地に生立する樹木
 - (2) 単一性の例外

在庫商品などの集合物に設定された譲渡担保権

◆ 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。」

第3節 主物と従物

1 はじめに

(a) 意義

イ 従物：独立の物でありながら、客観的・経済的には他の物（主物）に従属して、その効用を助ける物。

ロ 主物：従物を附属させる対象となる物。e x. 母屋と物置、家屋と建具、刀と鞘。

(b) 制度趣旨

主物の経済的効用を助けている従物を主物の法律的運命に従わせることが、①**当事者の合理的**意思に合致するし、②**社会経済上も望ましい**といえるから。

2 従物の要件

- ① 継続的に主物の効用を助けること（「常用に供する」）。
- ② 主物に付属すると認められる程度の場所的関係にあること（「附属」）。
- ③ 主物と同一の所有者に属すること（「自己の所有に属する他の物」）。
- ④ 独立性を有すること（「他の物」）。

◆ 大判昭5.12.18/百選I[第5版][85]

建物の内部と外部を遮断するのに役立っている建具などは建物の構成部分であり、それに至らない障子・襖・畳等は従物であると判示した。

3 従物の取扱い

(a) 原則：従物は主物の処分に従う（87Ⅱ）。

→主物の対抗要件を具備すれば従物についても対抗力が生じる。

・主物の上の抵当権の効力は従物にも及ぶ。

(b) 例外：当事者の反対の意思表示により排斥することができる。∴任意規定

4 従たる権利

<例題>

Aの所有する土地の賃借人Bが借地上に所有する建物をCに売却した場合、**建物の買主Cは土地賃借権をも取得するか**。87条は、有体物（85）たる従物に関する規定であるので、**賃借権のような無体物についてどのように解すべきか**。※請求原因、抗弁等を要整理。

<解釈>

87条2項の趣旨は、従物を主物と同様の法律的運命に従わせることによって、社会経済的利益を全うするという点にあるが、かかる趣旨は従たる権利にも妥当する。よって、**87条2項を、従たる権利についても類推適用すべきである**（判例・通説）。

そして、建物所有には土地賃借権が不可欠であるから、土地賃借権は建物の従たる権利といえ、建物の買主Cは、87条2項類推適用により、土地賃借権をも取得する。

* 判例・通説に立っても、**建物の買主Cが取得した借地権を土地所有者に対抗できるかは別問題である**。この問題については、以下のとおり主張反論を整理することができる。

→訴訟物：AからCに対する建物収去土地明渡請求

請求原因：A所有、C建物所有土地占有

抗弁：占有権限の抗弁（87条2項類推によるBからの賃借権の取得）

再抗弁：無断での賃借権譲渡を理由とする解除（612条2項）

再々抗弁：信頼関係を破壊しない特段の事情

第4章 法律行為総説

第4章以下は、民法総則の主たる内容となるが、「契約の成立要件から効力発生まで」という意識で学習されたい。

第1節 売買契約の成立から効力発生まで、及び効力の概観

一般に、契約が有効に成立し、効力を発生するためには、①成立要件、②有効要件、③効果帰属要件、④効力発生要件という4つの要件が必要。

1 契約の成立要件

売主と買主との間で、目的物及び代金額について、外形において意思表示が合致すれば成立。物の引渡しは成立要件ではない（諾成契約）

※契約が成立すれば、原則として契約内容どおりの債権債務が発生し（555条の「その効力を生ずる」とは、合意に拘束力が生じ、約したどおりの権利義務が発生することをいう）、売買であれば物権変動も生じる（意思主義、176条参照）。

2 契約の有効要件

①客観的有効要件：契約の内容に着目した要件。ここでいう「客観」は契約の中身を指す。

②主観的有効要件：契約当事者の主観的事情に着目した要件である。ここでいう「主観」とは、意思や能力といった当事者に関する事情をいう。

※契約の成立要件を具備すれば、債権債務が発生する（売買なら物権変動も生じる）ことが原則であり、有効要件は、かかる権利発生障害事由であるから、契約の効力を否定する側が、その要件該当事実の主張立証責任を負う。

3 契約の効果帰属要件（代理人が締結する場合）

①契約に先立ち、本人が他人に当該契約締結の代理権を授与し、②当該他人が本人のためにすることを示して、③当該代理権の範囲内で契約を締結した場合、その契約は有権代理として、本人に効果帰属する（99条）。

※代理人が契約を締結する場合、契約の成立要件（代理人と相手方の意思の合致）だけでは、直ちに本人への権利義務が発生するわけではないので、本人への効果帰属を主張する者が、この効果帰属要件の該当事実を主張立証する。

4 契約の効力発生要件

契約の効力発生を、一定の条件の成就や期限の到来にかからせる場合がある。この条件や期限を効力発生要件という。

※契約の成立要件を満たす場合、原則として債権債務が直ちに発生するので、効力発生要件は権利発生障害事由であり、その要件該当事実の主張立証責任は、契約の効力を争う側にある。

第2節 売買契約の成立要件

第1款 相対立する意思表示の合致

一 意思表示

1 意義

意思表示とは「一定の法律効果に向けられた意思の外部への表明」をいう。

2 意思表示の過程

このような意思表示は、次のような過程を経てなされる。

- ① 一定の法律行為を行おうとする**動機**が存在する
e x. このパンはおいしそうだから食べたい
↓
- ② 具体的に法律効果を意欲する意思（**効果意思**）が形成される
e x. このパンを買おうと思う
←法律効果（売買なら所有権移転や債権債務の発生）に対応する意思。
↓
- ③ その意思を相手方に伝えようとする意思（**表示意思**）が形成される
e x. このパンをくださいと言おうと思う
↓
- ④ 効果意思が実際に表示される（**表示行為**）
e x. このパンをくださいと言う
→表示行為によって外部から推断される効果意思を表示上の効果意思という

二 契約の成立

契約は、原則として、**申込みの意思表示と承諾の意思表示が合致することによって成立する**。「合致」というためには、(1)契約の主体（相手方）及び客体（売買であれば目的物と代金額）について、(2)外形的合致（意思表示の外形部分が合致していること）が必要である。→P. 249

三 法律行為の分類

- (1) **単独行為**：一人の1個の意思表示で成立する法律行為。
 - (a) 相手方のあるもの e x. 解除（541等）、債務の免除（519）。
 - (b) 相手方のないもの e x. 遺言（960以下）。
 - (2) **契約**：対立する2個以上の意思表示が合致して成立する法律行為。
e x. 売買契約（555）、賃貸借契約（601）、消費貸借契約（587）。
-

(3) 決議：団体や団体の複数人からなる機関が、団体内部を規律するためにする意思の表明。契約と異なり、賛成していない者にも拘束力が生じる。

e x. 社員総会の決議（一般法人 49）。

四 法律行為の解釈

(1) 意義

法律行為の解釈とは、**法律行為の内容を確定・補充することを意味する**。法律行為が一義的に明らかでない場合もあり、その内容を明らかにするためには解釈が必要となる。

(2) 契約の解釈の手順

- ・ 当事者が定めている事項の解釈

当事者の合理的意思を探究して、社会通念に基づき解釈する。

→両当事者を含む社会における慣習・取引慣行（当事者の知・不知は問わない）や、条理・信義則により解釈する

- ・ 当事者が定めていない事項の解釈

両当事者を含む社会における慣習・取引慣行→任意規定→条理・信義則により補充する。

第5章 法律行為の客観的有効要件

第1節 序論

法律行為（契約を想定すれば良い）の有効要件は、**契約の内容に着目した客観的有効要件（第5章）と、当事者の個別的な事情に着目した主観的有効要件（第6章）に分けられるが、いずれも権利発生障害事由であるから、契約の効力を否定する側がその要件該当事実について主張立証責任を負う。**

→法律行為の客観的有効要件は、①**確定性**、②**適法性**、③**社会的妥当性**の3つを内容とする。

第2節 確定性

内容の不確定な法律行為は、法律行為の効果を帰属させるのが不相当であるため、無効とされる。

e x. AがBに何かいい物を買うという契約

→このような契約を強制的に実現することはできず、法的拘束力を与える意味がない

第3節 実現可能性

改正前民法下においては、契約内容の実現が当初から不可能な場合（原始的不能）には、契約は無効であると解されていたが、「契約に基づく債務の履行がその契約の成立のときに不能であったことは、第415条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない」（民法412条の2第2項）ことから、原始的不能であってもそのために契約が効力を妨げられることはない。

第4節 適法性

強行法規に反する契約は、その部分が無効となる（借地借家法9条等）。行政法規違反は、90条を根拠に、当該行為が公序良俗違反にあたるならば無効となる。

第5節 社会的妥当性

契約の内容が、社会的妥当性を欠く（公序良俗に反する）場合、たとえこれを直接禁止する規定がなくても、このような契約は無効となる（90）。

1 公序良俗違反の行為の種類

- (1) 人倫に反する行為（社会的公序違反行為）
 - (a) 家族的秩序違反 e x. 妾契約、母と子が同居しないとする父子間の契約
 - (b) 犯罪行為に関する行為 e x. 犯罪の対価として金を与える契約
 - (c) 人格的利益を侵害する行為 e x. 芸娼妓契約
- (2) 経済・取引秩序に反する行為（経済的公序違反行為）
暴利行為など
- (3) 憲法的価値・公共的政策に違反する行為
e x. 男女で異なる定年退職年齢を定める就業規則は、不合理な差別として（憲 14 参照）、公序良俗に反する（最判昭 56.3.24/百選 I [14]）

2 動機が不法な契約（動機の不法）

<例題>

AがBから賭博資金に充てるために借金をした場合、契約自体は通常の金銭消費貸借契約であるが、その動機が公序良俗に違反するものである。このようなAB間の消費貸借契約が無効となるか。契約内容自体には公序良俗違反はないが、その契約を締結するに至った動機に不法（公序良俗違反）がある場合に、契約が無効となるか。

<解釈>

公序良俗に反するものは無効にすべきという要請の一方、不法動機を知らなかった相手方または第三者の取引の安全も図るべきである。

そこで、動機の違法性の程度、動機と法律行為の牽連性の程度等の総合判断により、不法動機による法律行為が無効になるかを決すべきである（判例）。

※ 動機が法律行為の内容として明示または黙示に表示された限りにおいて、当該法律行為が無効とする見解も有力。

3 公序良俗違反の判断時期

→契約時

第6章 意思表示（法律行為の主観的有効要件）

第1節 総説

一 はじめに

主観的有効要件は、契約当事者の①能力や②意思という個人的要素に着目した有効要件である。

1 能力

自然人の場合、意思能力が欠ければ無効、行為能力が欠ける場合は取消しうる。なお、権利能力も契約の有効要件であるが、これは既に述べたとおりである。

2 意思

意思表示の欠缺（意思表示に対応する内心的効果意思が欠ける場合）と、意思表示の過程に瑕疵がある場合（93～96条）。

二 意思主義と表示主義

- (1) **意思主義**：表意者の内心と表示とがくい違う場合に、**表意者の内心の意思（内心的効果意思）を重視するもの（表意者保護）**。
- (2) **表示主義**：表意者の内心の意思がどうあれ、**実際に表示されたもの（表示行為ないしは表示上の効果意思）を重視するもの（相手方や第三者保護＝取引の安全に役立つ）**。

第2節 意思表示

第1款 総説

意思表示の過程に問題がある場合について、民法が規定しているのは、心裡留保（93）、虚偽表示（94）、錯誤（95）、詐欺・強迫による意思表示（96）の4つの条文である。以下、1つずつ説明する。

第2款 心裡留保

一 はじめに

1 意義

表意者が真意でないことを知りながらする意思表示をいう。

e x. 全くその気はないのに冗談で「車をあげるよ」と言ったような場合

2 趣旨

不一致を知らながら意思表示をした本人よりも、表示を信頼した第三者の信頼を保護すべき
→心裡留保は原則として有効（93条1項本文、表示主義）

もともと、相手方が表意者の真意について悪意又は有過失の場合には、かかる相手方の保護を図る必要がない→意思表示は無効（93Iただし書、意思主義）。

二 効果

(1) 原則：有効（93I本文）

(2) 例外：相手方が行為の当時、悪意又は有過失のときは無効（93Iただし書）

∴ 相手方保護の必要性がない

e x. 「車をあげるよ」と言われた者（相手方）が、冗談だと知っていた場合や、普通に考えれば冗談だと知ることができた場合

* 悪意または有過失の立証責任は、無効を主張する側（本人）にある。

三 第三者の保護（93条2項）

（基本事例）

Aが冗談で5,000万円のマンションを「100万円で売りたい」と言い、これをBが買い受けて、事情を知らないCに売り渡した。Bが、心裡留保について悪意又は有過失の場合、Cは所有権を取得しうるか。

この点、93条2項は、心裡留保における善意の第三者を保護する規定である。これにより、事情を知らないCは保護されるため、AはCに対して所有権を主張することができない。

第3款 虚偽表示

一 意義

相手方と通謀してする真意でない意思表示（94I）

二 虚偽表示の要件

①相手方と通じてした（通謀）、②虚偽の、③意思表示

三 効果

(1) 原則として、虚偽の意思表示は、当事者間では無効である（94I）。∴ 無意味

(2) 例外

善意の第三者に対しては、その意思表示の無効を対抗することができない（94II）。

四 適用範囲

- (1) 単独行為は、基本的に適用あり（e x. 債務免除）
- (2) 身分行為は、2項の適用なし、第三者との関係においても無効
∴ 真実の意思を尊重すべきだから（意思主義）。
- (3) 要物契約で物の交付がない場合、94条2項の適用がある（判例）

五 94条2項総説

(1) 趣旨

虚偽表示も当事者以外の者からみれば外形上有効な意思表示であるようにみえ（虚偽の**外観の存在**）、このような外観を信頼して、取引関係に入ってきた者の**信頼を保護**する必要があるところ、虚偽の意思表示をすることによって自ら実体の伴わない外形を作り出した権利者（**外観作出に対する本人の帰責性**）はその権利を失うことになってもやむを得ない。かかる観点から、94条2項は、善意の第三者に対しては虚偽表示を対抗できないものとした。

*1 このように、**外観の存在・本人の帰責性・第三者の信頼の三つ**を要件として取引の安全を図る制度を一般に**権利外観法理**と呼び、94条2項以外にも民法（110、478等）、商法（商法14）、会社法（会社13、同354等）等に多数あるなどにおいて、このような表見法理の一環である規定が置かれ、取引の安全が図られている

*2 94条2項は、通常、**承継取得を主張する者が、主位的な承継取得（売買等）につき94条1項で効力が否定される場合に、予備的な主張として行う。**

(2) 要件

- ① 「第三者」が②「善意」であること

六 「第三者」（94Ⅱの要件①）

(1) 意義

「第三者」とは、虚偽表示の当事者およびその包括承継人以外の者であって、虚偽表示に関し新たに当事者から独立した法律上の利害関係を有するに至った者（＝「**新たな**」・「**独立の**」・「**法律上の**」利害関係人）をいう。

(2) 具体例（典型的なもの）

- ① 虚偽表示による譲受人から更に目的物を譲り受けた者→「第三者」に含まれる
- ② 虚偽表示による譲受人から抵当権の設定を受けた抵当権者→「第三者」に含まれる
c f. 代理人や法人の代表者が虚偽表示をした場合の本人や法人→「第三者」に含まれない
∴ 新たな利害関係人ではないから。
- ③ 仮装債権の譲受人→「第三者」に含まれる
c f. 債権の仮装譲受人から取立てのため債権を譲り受けた者→「第三者」に含まれない
∴ 独立の利害関係人ではないから。

(3) 「第三者」に該当する者からの転得者

※保護されるか否か、という書き方ではなく、要件に該当するか、という視点を貫くべき（以下全科目同様）

(a) 「第三者」からの転得者は「第三者」（94Ⅱ）に含まれるか

<例題>

土地の仮装譲受人Bからの譲受人Cは、AB間が仮装譲渡であることを知っていた（悪意）が、Cから同土地を譲り受けた善意のDは、Aに対し、所有権に基づく明渡請求をなし得るか（Dが「第三者」にあたるか）。**直接の第三者が悪意の場合であっても、その第三者と取引した転得者が善意であれば、94条2項の「第三者」に該当するか。**

※請求原因、抗弁等要整理。

<解釈>

94条2項の趣旨は、虚偽表示をなした真の権利者の犠牲のもと、外形を信頼した第三者の取引安全を図る点にあり、転得者であっても、意思表示の外形を信頼して取引関係に入ったのであればかかる趣旨が妥当する。したがって、**転得者も94条2項の「第三者」に含まれると解するべきである**（判例、通説）。Dは善意であれば明渡請求をなし得る。

(b) 善意の第三者からの悪意の転得者

<例題>

土地の仮装譲受人Bからの譲受人Cは、AB間が仮装譲渡であることを知らない（善意）が、Cから同土地を譲り受けたDが悪意の場合、かかる転得者DはAに対して明渡請求をなし得るか（「善意の第三者」に当たるか）。**直接の第三者が94条2項の「善意の第三者」であることをもって、その第三者と取引した転得者も「善意の第三者」にあたるか。**

※請求原因、抗弁等要整理。

<解釈>

法律関係の早期確定の要請から、ひとたび善意者が現れて94条2項で保護されれば、あとの者はすべてその地位を承継するものと考えべきである。よって、「**善意の第三者**」からの**悪意の転得者も「善意の第三者」となる**（絶対的構成）と解すべきである（判例・通説）。

七 「善意」（94Ⅱの要件②）

(1) 「善意」の意義

善意とは、第三者としての地位を取得した時に、虚偽表示の事実を知らないことをいう。

(2) 無過失の要否

<例題>

Aは、債権者からの強制執行を免れるべく、Bに対して売買を仮装して甲土地について移転登記をした。かかる虚偽表示について知らなかったことについて過失あるCは、甲土地の所有権を取得しうるか。「善意」となるのに、**無過失であることが必要か。**

<解釈>

自ら虚偽表示をしたという強い帰責性がある原権利者よりも、取引安全を重視すべきである。従って、「善意」であるために、無過失であることを要しない（判例）。

※学説上は、他の表見法理（110、478等）との均衡から、無過失を必要とする見解も有力。

八 登記の要否

<例題>

AがBに対して、A所有の土地を、税務署からの差押えを免れる目的で仮装譲渡して登記を経由したのち、Bは自己に登記があることを希貨として善意のCに譲渡したが、いまだ登記はBのもとにある。CからAに対し、所有権に基づく土地明渡請求がなされた場合、Cは①「善意の第三者」に該当しないこととなるのか（権利保護要件としての登記の要否）、あるいは②Aから、登記欠缺の抗弁（177）を主張されることになるか（対抗要件としての登記の要否）。

※当事者の主張反論という観点で見た場合、「それぞれの登記の要否」の順序は、まず否認となりうる権利保護要件としての登記（登記がないから94条2項の「第三者」にあたらぬ、との主張）が先行する（対抗要件としての登記は、177条の反論であり、再抗弁である）。

<解釈>

94条の適用場面の場合には、自ら虚偽の外観を作出した真の権利者の帰責性が大きいことから、真の権利者よりも、取引安全を重視すべきである。よって、権利保護要件としての**登記がなくとも「善意の第三者」に該当すると解すべきである**（判例、通説）。

また、177条の「第三者」とは、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいい、転々売買における前主はこれに含まれないところ、第三者との関係では虚偽表示は有効として扱われる以上、原権利者は、転々売買における前主と同様の地位に立つ。

よって、原権利者は「第三者」（177）に当たらず、登記欠缺の抗弁を主張できない（**対抗要件としての登記は不要**、判例、通説）。

※ 登記を必要と解する見解もある。この見解は、登記の動きからみると、いったんAからBに所有権が移って再びAに戻るかのようにならぬ、実質的にはBからAとCの二重譲渡があったのと同様と理解できることを理由に、登記を必要と解している。

九 「対抗することができない」の意味

「対抗することができない」とは、①「第三者」に対して表意者側からは無効を主張できないことをいう。換言すると、「第三者」の側からは、有効と主張できるし、また、原則どおり無効と認めることもできる。また、②仮装譲渡人の債権者など他の第三者も、善意の「第三者」に無効主張できない。

十 虚偽表示と二重譲渡

(1) 真の所有者が土地を譲渡した場合

<例題>

AB間の虚偽表示によって、B所有であるかの外観を有しかつ登記名義もBになっている土地が、Bから善意のCに転売され移転登記がなされた。ところが、真の所有者であるAは、同じ土地をDに譲渡していた。このような場合、DはCに対し、所有権に基づき抹消登記請求をなし得るか(CD間の法律関係)。

※本論点の位置づけ

請求原因=D所有(A元所有+AD売買)とC登記で充足しそう。

→Cからの反論の検討。Cとしては、自己が先に登記を具備していることから、対抗要件具備による所有権喪失の主張が考えられる。

→177条の「第三者」にあたるかの検討

→177条の「第三者」とは、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいう

→AB間の譲渡は無効であり(94I)、Cは無権利者Bからの譲受人であり第三者に当たらないとも

But 94条2項の要件充足なら正当な利益を有するので177条の「第三者」たり得る

→94条2項の「善意」「第三者」の解釈、あてはめ

→Cは94条2項の「善意の第三者」該当

↓

本件を対抗関係とみて177条を適用して良いか？

<解釈>

94条2項が適用される場合、善意の第三者は、原権利者から権利を取得することになるから、原権利者を起点とする二重譲渡があったのと類似の関係がある。よって、善意の第三者と原権利者からの譲受人は、177条によって優劣を決すべきであり(判例最判昭42.10.31・通説)、Cの177条の抗弁を認めるべきである。

(2) 虚偽表示の相手方が土地を譲渡した場合

AB間の虚偽表示によってB所有のような外観を有している土地を、Bが、CとDに二重に譲渡した場合、CとDは、ともに典型的な94条2項の「善意の第三者」である。このような場合のCD間には対抗関係といえ、その優先関係は登記の先後で決することになる（相手方からの物権的請求に対し、登記欠缺の抗弁の主張がなし得るかを検討すれば足る。）。

十一 要物契約と94条2項

<例題>

要物契約にも94条2項は適用されるだろうか。たとえば、Aは、Bに対して仮装の貸金債務を負い、その旨の契約書を作成したが、金銭の授受はなされていない場合、Bから右債権を譲り受けたCは、94条2項により保護されるだろうか。消費貸借契約は要物契約であるから、目的物の交付を欠く場合には契約は不成立であり（587）、契約の有効性についての規定である94条2項によっては瑕疵は治癒されないのではないか。

<解釈>

94条2項は、帰責性ある原権利者の犠牲のもと、虚偽の外形を信賴した者を保護する外観法理の一環である。要物契約で目的物の交付を欠く場合であっても、契約成立を信じさせる外形が存在する場合には、その外形を信賴した第三者を保護すべき要請は同一であるといえる。

したがって、要物契約の成立を信じさせるに足る外形が存在し、第三者がそれを信賴した場合には、94条2項により完全な要物契約と同様の効力が認められると解すべきである。

よって、要物契約にも94条2項は適用される（判例・大判昭8.9.18、大判昭6.6.9）。

十二 94条2項類推適用

(1) はじめに

94条2項は、本来の虚偽表示の事案以外でも、しばしば類推適用される。そして、類推適用が問題となるのは、主に以下の3つである。

- ① 通謀虚偽表示は存在しないが虚偽の外観を第三者が信賴した場合
- ② 93条但書によって無効となる場合の転得者
- ③ 取消しやこれに準ずる無効の場合（争いあり）

(2) 通謀虚偽表示が存在しない場合

<例題>

Aは税金対策として、自己所有の建物を息子のB名義で保存登記し放置しておいたところ、Bが勝手にこれをCに処分して登記も経由してしまった。この場合、AのCに対する抹消登記請求が認めうるか。

※訴訟物、請求原因、抗弁等要整理。

< 解釈 >

確かに「通謀」も「虚偽の意思表示」もなく、94条2項を直接適用できない。

しかし、94条2項の趣旨は、虚偽の外観がある場合にこれを作成した帰責性ある表意者の犠牲の下に、外観を信頼した善意の第三者を保護する点にある。

よって、①虚偽の外観の存在、②同外観作出への真の権利者の帰責性、③同外観への信頼がある場合は、同条項を類推適用すべきである。

↓あてはめ

本件でも、真実はA所有であるのにB名義の登記があり、虚偽の外観がなされている（①充足）。同外観は、真の権利者たるA自らの意思によって作出されており権利者の帰責性もある（②充足）。

③については、第三者が信頼した外観が、原権利者自ら作出したのであれば、原権利者に極めて強い帰責性がある。よって、第三者は善意のみで足りるとすべきであり、取引時点で事情を知らなかったCは、③要件も充足する。

☆あてはめ時の注意点

- ①「虚偽の」は、真実と反真実を浮かび上がらせる書き方をする。
- ②「帰責性」は、原権利者の「意思に基づく関与」があることを示す（意思的関与）
- ③「過失」の有無は、注意義務を特定し、その違反があるかをきちんと認定する。また、「善意」については、時期、内容（「知らなかった」か「信じた」か）及び対象を明記する。

☆94条2項類推適用の効果の注意点

原始取得ではなく、原権利者から直接に法定承継取得する（判例）。

そして、第三者は、取得できると信頼したとおりに権利を取得する（H23 予備、H29 予備参照。賃借権の負担付きの所有権と信頼したなら、そのとおりに権利取得）。

< アドヴァンス >

- (a) 権利者Aが、Bの承諾を得ずに不実の登記を作成したところ、Bが勝手にCに処分した場合（意思外形対応型 - 外形自己作出型）

→94条2項のみの類推適用。第三者は善意で足り、無過失であることを要しない。

◆ 最判昭 41.3.18

Aが建物を新築し、B名義で保存登記をしたところ、Bが無断でCに処分したという事案で、94条2項を類推適用し、善意（無過失不要）の第三者を保護した。

- (b) 他人が不実の登記を作成したが、真実の権利者が、他人名義の登記の存在を知っても、これを明示、黙示に承認していた場合（意思外形対応型 - 外形他人作出型）

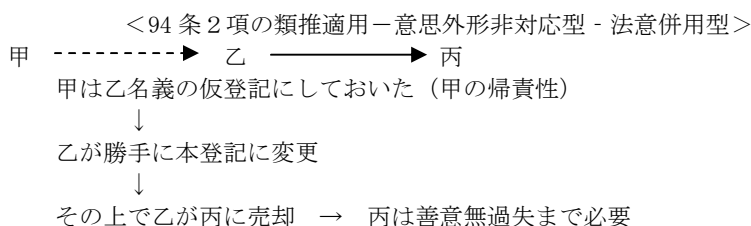
→94条2項のみの類推適用。第三者は善意で足り、無過失であることを要しない。

∴第三者が信頼した外観そのものについて、原権利者が明示黙示に承認したという点でその直接の意思的関与がある以上、94条2項の直接適用が想定する場面と変わらない。

◆ 最判昭 45. 9. 22/百選 I [21]

判旨： 不実の所有権移転登記の経由が所有者の不知の間に他人の専断によってされた場合でも、所有者が右不実の登記のされていることを知りながら、これを存続せしめることを明示または黙示に承認していたときは、右 94 条 2 項を類推適用し、所有者は、前記の場合と同じく、その後当該不動産について法律上利害関係を有するに至った善意の第三者に対して、登記名義人が所有権を取得していないことをもって対抗することを得ないものと解するのが相当である。けだし、不実の登記が真実の所有者の承認の下に存続せしめられている以上、右承認が登記経由の事前に与えられたか事後に与えられたかによって、登記による所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護に差等を設けるべき理由はないからである。

- (c) 真実の権利者甲の意思に基づいて第一の外形が作られた後、名義人乙の責任行為により第二の外形が作られ、その外形に基づいて乙が処分したが、第二の外観を作出することについては甲の承諾がないケース（意思外形非対応型 - 法意併用型）



◆ 最判昭 43. 10. 17

94 条 2 項、110 条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請に応ずるために、善意無過失の第三者を保護すべきであると判示した。

* 「第三者」の主観的要件

判例は、他の類推適用場面と、この意思外形非対応型の場合とで取扱いを異にする。すなわち、意思外形非対応型の場合には、94 条 2 項と 110 条を併用し、「第三者」の主観的要件として、善意無過失を要求している。

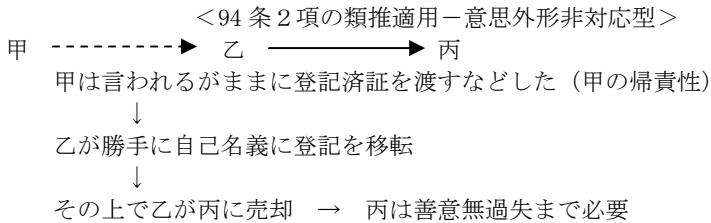
(理由)

意思外形対応型の場合、第三者の信頼した外観は、原権利者がその意思に基づき作出したものであり、94 条 2 項の直接適用の場合と変わらず権利者の帰責事由が大きいので、第三者が無過失である必要がない。これに対し、意思外形非対応型の場合は、第三者の信頼した外観は、原権利者が作出した外観を超えるものであり、110 条の場面と類似するので、第三者の無過失を要求する

※94条2項 第三者の信頼した外観＝原権利者の作出した外観 →無過失不要

110条 第三者の信頼した外観＞原権利者の作出した外観 →無過失まで要求

- (d) 真実の権利者甲の積極的な関与はないが、その不注意により虚偽の外観が作出された場合
(意思外形非対応型)



◆ 最判平 18. 2. 23 / 百選 I [22]

Y₁が本件不動産の登記済証、Xの印鑑登録証明書等を用いて虚偽の不動産登記を備え、X所有の不動産をY₂へ譲渡した事案について、「Y₁が本件登記手続きをすることができたのは、Xの余りにも不注意な行為によるものであり、Y₁によって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについてのXの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。そして、Y₂はY₁が所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信じることに過失がなかった」から、Xは、Y₁が本件不動産の所有権を取得していないことをY₂に対し主張することができない、とした。民法94条2項、110条の類推適用を根拠とした。

※第三者の信頼した虚偽の外観そのものを積極的に作出したとはいえないが、その前提を作出したと同視できることから、110条の類推も要求したものと考えられる。

- (e) 過小な外形に対する信頼（消極的外観信頼）を保護するもの

◆ 最判昭 45. 11. 19 / 百選 I [第5版] [23]

甲から乙に所有権が移転された際、甲・乙の依頼した司法書士の過誤で抵当権の設定の外形が生じた。その外形を信頼して丙が甲から所有権を譲り受けたという事案で、判例は、乙が抵当権者であるかのような虚偽の外観は乙の意思に基づくものであるとし（司法書士は乙の手足）、前掲最高裁昭和 43 年判決を引用して、乙は、善意無過失の丙に対して抵当権者ではないということを主張し得ないと判示した（94条1項と110条の類推）。

* 本件の事案では、意思外形非対応型の解決に準じて、第三者に善意無過失を要求している。それは、以下の理由によるものと考えられる。すなわち、本件の真実の権利者（所有者）乙は、所有権保全の仮登記のための書類であると思って書類に捺印し、司法書士に手続を依頼している。つまり、抵当権設定の登記という外観の作出は、真実の権利者が意図したものではない。そこで、真実の権利者の帰責性が弱いと考えられることとの均衡上、第三者保護のための要件を加重したのである。

第4款 錯誤

一 はじめに

1 意義

表示行為から推測される意思（表示上の効果意思）と内心的効果意思とが一致しない意思表示であって、その一致しないことを表意者が知らないことをいう（判例、従来の通説）。

e x. アイスクリームを買おうと思って、「ソフトクリームをください」と言ってしまった場合

2 趣旨

表意者の保護と相手方の取引安全の調和。

二 「錯誤」の要件

意思表示に対応する意思を欠く錯誤（95条1項1号）と、意思表示の前提となった事情に関する錯誤（動機の錯誤、95条1項2号）とで、その要件に違いが出てくる。

※ 1号は、効果に対応する意思（売買であれば、代金・引渡（債権的效果）や所有権移転（物権的效果）に対応する部分、即ち「Aから50万円でこの絵画を買いたい」「Bに50万円でこの絵画を売りたい」というような内心部分）に関する錯誤が対象。

2号は、効果に対応する意思以前の部分の錯誤（動機の錯誤）。

例：買主の内心の推移等

素敵な絵だ（本物だ）→買いたい（売りたい）→「この絵を下さい」

=動機

=効果意思

意思表示

1 1号の錯誤

(1) 意義

「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」（95 I ①）には、**内容の錯誤**（アイスクリームをソフトクリームと同じものだと考えていた）と**表示上の錯誤**（誤って他の契約書に署名した場合や言い間違えた場合）等がある。

(2) 要件

① 「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」（95 I ①）があること

② 「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」（95 I 柱書）その錯誤が、当事者にとっても、一般人にとっても重要であること。

(3) 反論以下

・反論

表意者に重過失があること（95 III 柱書）＝錯誤に陥ったことにつき、**普通人に期待されている注意を著しく欠いていることをいう。**

・再反論

相手方が、錯誤について悪意又は重過失であること（95Ⅲ①）

相手方が、表意者と同一の錯誤に陥っていたこと（95Ⅲ②）→「五 共通錯誤」

2 2号の錯誤（動機の錯誤）

(1) 意義・趣旨

「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）のことをいう。

例えば、Aが、Bから買った絵を本物のピカソの絵と考えていた場合（対象物が本物であるという「基礎とした事情」について、実際には偽物であり、本物との「認識が真実に反する」錯誤があるといえる）がこれにあたる。

(2) 要件

① 「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）であること（95Ⅰ柱書）

② 「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」（95Ⅱ）こと
その錯誤が、当事者にとっても、一般人にとっても重要であること。

(3) 反論以下

・反論

表意者に重過失があること（95Ⅲ柱書）＝錯誤に陥ったことにつき、普通人に期待されている注意を著しく欠いていることをいう。

・再反論

相手方が、錯誤について悪意又は重過失であること（95Ⅲ①）

相手方が、表意者と同一の錯誤に陥っていたこと（95Ⅲ②）→「五 共通錯誤」

三 効果

1 錯誤の効果

取り消すことができる（95条1項）。

2 取消権者

表意者本人又はその代理人若しくは承継人に限る（120Ⅱ）。

四 第三者保護

1 錯誤取消し前の第三者

（基本事例）

A所有の甲土地につき、順次AからB、BからCと譲渡されたが、その後、AB間の売買契約につき錯誤を理由としてAが取消を主張した。AからCに所有権に基づく返還請求がなし得るか。

（95条4項の意義等）

趣旨 錯誤取消の遡及効から、第三者の取引安全を保護する

要件 ①「第三者」が②取引時点で錯誤について「善意無過失」であったこと

→①「第三者」は錯誤取消前の第三者に限る ∴ 遡及効により害される第三者保護という趣旨

②時点と対象に注意。善意は「知らないこと」。「無過失」は注意義務違反がないこと。

※第三者の登記の要否は96条3項と同様に議論されることとなる。

(主張反論での整理)

I Aは、AB売買が錯誤取消により遡及的無効であり所有権は自己にあるとして、占有するCに返還請求をなすと考えられる。

II これに対し、Cは自己が取引時点で錯誤取消について善意無過失であったとして、95条4項により取消制限を主張すると考えられ、その要件を充足すれば、遡及効が制限されて所有権がAに回復しないため、Aの請求は認められない。

2 錯誤取消し後の第三者

錯誤取消後の第三者については、遡及効によって覆滅される者とはいえ「第三者」(95条4項)に当たらない。詐欺取消後の第三者保護の場合と同様、**対抗問題**として処理することになる。

五 共通錯誤

当事者双方が契約の共通の基礎について誤った表象を有し、それを前提として契約している場合のように、**当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合**。

e x. AがBに対し、安物の腕時計を有名ブランドの腕時計と誤信して、高値で売買した場合。

→ (表意者に重過失があっても) 契約はとにかく無効となる(95Ⅲ②)。

(主張反論の構成)

<原告の主張>

BからAに対し、法律行為の前提となっていた「有名ブランドの腕時計」という事情が真実に反していたとして、錯誤取消(95条1項2号、2項)による遡及的無効(121)を理由に代金返還請求(121の2I)。

<被告の反論>

Aは、Bに重過失があるとして返還請求を拒否(95Ⅲ柱書)

<原告の再反論>

Bも、Aと同じ錯誤をしていたとして契約の遡及的無効を主張(95Ⅲ②)

第5款 詐欺

一 はじめに

人を欺罔して錯誤に陥らせる行為を詐欺という。

表意者が詐欺を受けてした意思表示には、**表示と内心の効果意思との不一致は存しないので**、こ

れを無効とするには及ばない。しかし、他人の違法な行為によって動機付けられたという事実を考慮して、民法はこれを取り消し得るものとしている。

二 取消の要件 C f 刑法

① 欺罔行為があること

人を欺くこと（沈黙も、信義則上相手方に告知する義務がある場合には欺罔行為となる）。

② 意思表示との因果関係

他人の詐欺によって、表意者が錯誤に陥り、その錯誤によって意思を決定・表示したこと。

③ 故意

他人をして錯誤に陥らせ、かつその錯誤によって意思を決定・表示させようとする事。

④ 違法性

取引上要求される信義に反するものであることが必要。

※ 刑法総論の詐欺罪の認定と異なり、民法では、問題文で詐欺であることが明記されていることが多いので、要件を一つ一つあげて充足性を検討する必要がある事例は少ない。

三 第三者詐欺の場合の取消要件の加重（96Ⅱ）

第三者が欺罔行為をした場合でも、表意者保護の要請はあるものの、常に取り消し得るものとする取引安全を害する。

そこで、96条2項は、第三者が詐欺を行った場合には、相手方がその事実を知り、又は知り得たときに限り取り消すことができるものとした。

四 効果

原則として取り消すことができる（96ⅠⅡ）が、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない（96Ⅲ）∴ 取引の安全

五 96条3項概論

1 意義・趣旨

詐欺による意思表示の取消しは、「善意の第三者」に対抗できないとする。

取引安全の見地から、表意者の取消権行使による遡及効（121条）を制限したものである。

2 位置づけ等

96条3項は、詐欺取消に基づく遡及効に基づく権利主張を受けた側が、自己が「善意の第三者」にあたるとして反論（遡及効制限を主張）する際に用いられる。

要件は、「善意で過失がない」（詐欺であることを知らず、かつ過失がない）「第三者」であるが、登記を要件とするかは争いがある。

3 「第三者」の要件

(1) 「第三者」とは、詐欺による法律行為に基づいて取得された権利について、新たな独立の法律上の利害関係に入った者をいう。詐欺による意思表示によって、単に反射的に利益を取得した者は含まない（判例、通説）。

(2) 「第三者」の限定

<例題>

96条3項によると、AがBに騙されて自分の土地をBに売ってしまった場合、Bが善意無過失のCにその土地を転売していれば、Cは「善意で過失がない第三者」にあたりと反論しうる。しかし、Cの譲受時期は、論理的に、Aによる取消前と取消後の2通りが考え得るが、いずれもCは96条3項の「第三者」となるか。

<解釈>

96条3項の趣旨は、取消しの遡及効（121）によって害される第三者を保護する点にある。

よって、96条3項の「第三者」は、取消前に利害関係に入った者に限る（判例、通説）。

(3) 取消後の第三者

<例題>

(2)の事例で、CがAB間の契約の取消後に土地を譲り受けており、96条3項の「第三者」にあたりとの反論をできない場合、Cは、他に反論をなしえないであろうか。

<解釈・判例理論>

以下のとおり、取消後の第三者は、自己が177条の「第三者」にあたりとして対抗要件の抗弁（又は自己が177条の「第三者」に該当し先に対抗要件を具備したとして所有権喪失の抗弁）を主張できると考える。

即ち、177条の「第三者」とは、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいうところ、取消の遡及効も法的な擬制なのであって、取消時点での復帰的物権変動を観念することは可能である。そして、取消後の第三者は、取消後いつでも登記を回復し得た表意者との関係で登記の先後を争う二重譲渡類似の関係といえ、登記の欠缺を主張する正当な利益を有するといえるからである。

<ワンポイント・アドバイス>

取消の遡及効を貫けば、第三者は無権利者からの譲受人となり、当該第三者が登記という外観を信頼したのであれば、94条2項の類推適用の主張を認めるのが理論的といえる。

反面、判例理論のとおり、取消前の第三者と異なり、取消によって表意者は直ちに登記を回復することが容易であった以上（強迫の場合も同様）、かかる表意者と第三者との関係は先に登記を相争う関係、即ち対抗関係とみることができ以上、第三者は177条に依拠した反論をなし得る、とすることも十分に説得力がある。確かに、取消後の第三者が背信的悪意でない限り表意者に優先するという点については、取消前の第三者との均衡を欠くとはいえるが、自由競争を原則とする民法に依拠する以上、自由競争が相当ではない特段の事情のない限り、自由競争を原則とすべきであり、立法論ならともかく判例の立場が相当であり、受験対策としては判例に抗うのは得策とはいえない。

第三者が、177条論ではなく、より要件の厳しい94条2項類推適用論を選択するのであれば構わないが、立証責任を自ら加重するような第三者は通常観念し難いし、訴訟代理人たる弁護士が主張するなら弁護過誤である。

なお、取引の客体が動産であれば178条論、立木であれば明認方法論となる点に注意。

(4) 登記の要否

<例題>

Aが、Bに欺かれてその不動産を売却してBに移転登記のうえ、引き渡した。その後、Bが善意無過失のCに同不動産を譲渡して引き渡したが、登記はいまだBのもとにある。その後、Aが詐欺を理由に取り消して、Cに同不動産の明渡し請求をした場合、Cは96条3項の「善意で過失がない」「第三者」の要件を具備しうる。

かかる場合、Aは、①Cが登記を具備していないとして「善意の第三者」に当たらないとの主張、あるいは②A自身が「第三者」(177)にあたることの登記欠缺の主張、の各々が可能か。

<解釈>

①について(権利保護要件としての登記)

詐欺にかかった落ち度ある表意者より取引安全を重視すべきである。

よって、第三者は、登記がなくても「第三者」にあたる。

∴①の主張は不可

②について(対抗要件としての登記)

177条の「第三者」とは、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいい、転々売買における前主はこれに含まれないところ、取消権者は、取消前の第三者との関係で、転々売買における前主と同様の地位に立つ。

よって、取消権者は177条の「第三者」にあたらない。

∴②の主張も不可

◆ 最判昭 49.9.26/百選 I [23] 第三者が仮登記を有していた事案で、「必ずしも…対抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い」とした。

第6款 強迫

1 意義

他人に畏怖を与え、かつその畏怖によって意思を決定、表示させようとして害悪を告知する等の行為を強迫という。民法は、強迫を受けて表意者のした意思表示も詐欺の場合と同様、これを取り消し得るものとしている(96 I)。

2 要件

① 強迫行為があること

強迫とは、相手に畏怖の念を生じさせる行為をいう。

② 意思表示との因果関係

他人の強迫によって表意者が畏怖の念を生じ、その畏怖によって意思を決定・表示したこと。

③ 故意

他人に畏怖を与え、かつその畏怖によって意思を決定・表示させようとする事。

④ 違法性

強迫行為は違法なものでなければならない。違法性の有無は、一方で目的が正しいか否か、他方で強迫の手段が相当か否かの両者を相関的に考察して判断される。

※問題文では「強迫により」と明示されることが多く、要件を列挙して該当性を判断することは少ない。

3 効果

強迫による意思表示は取り消すことができる（96Ⅰ）。

この強迫取消しは善意無過失の第三者にも対抗できる（96Ⅲの反対解釈）。∴ 表意者に帰責性がない。＊ 取消後の第三者については、詐欺と同じ問題が生じる。

→判例（177）と四宮説（94Ⅱ類推）等の対立がある

第3節 意思表示の到達と受領

一 意思表示の到達

到達主義（原則）： 到達によりはじめて意思表示の効力が生じる（97Ⅰ）

「到達」：了知可能な状態になること（一般取引上の通念により相手方の了知しうるようにその勢力範囲に入ること）。→相手方が了知することは不要（判例）

二 公示による意思表示

相手方を知ることができず、又は所在不明の場合には、公示による意思表示が認められている（98Ⅰ）。

三 意思表示の受領

到達があったといえるには、受領者に了知しうるだけの能力（＝受領能力）も必要（98の2）。

第7章 無効と取消し

第1節 総説

一 無効と取消の整理

1 契約が無効とされる場合

(1) 客観的有効要件を満たさない場合

e x. 内容の不確定、強行規定違反、公序良俗違反

(2) 意思表示において、表示に対応する意思が不存在の場合（主観的有効要件を欠く場合のうちの一部）

e x. 意思無能力、心裡留保、虚偽表示

* 効果帰属要件を欠いている場合（代理権を欠く場合）、正確には、本人への効果不帰属であるが、この場合を無効ということもある。

2 契約が取り消し得るとされる場合（主観的有効要件を欠く場合の一部）

(1) 制限行為能力者の意思表示（e x. 成年被後見人、被保佐人、未成年者）

(2) 意思表示の過程に瑕疵がある場合（e x. 錯誤、詐欺、強迫）

二 無効と取消しの相違（原則）

<無効と取消しの相違>

	主張の要否	効力喪失時期	追認	消滅の有無	例
無効	不要＝当然に効力なし	最初から効力なし	追認により効力を生じない（119）	放置していても無効	意思無能力・90条違反
取消し	必要＝取消権者（120）の取消しがあって初めて効力を失う（121）	取り消さない間は効力があるが、取り消されると最初から効力なし（121）	追認により確定的に有効になる（122）	放置しておくことができなくなる（126）	制限行為能力、詐欺・強迫による意思表示

第2節 無効

一 意義

無効は、何人の主張をも待たずに、当然に効力のないものである。

* 但し、無効の主張権者が制限されることもある。例：意思無能力

二 基本的効果

1 当事者間

(1) 当事者が意図した法律効果は、初めから発生しない。

(2) 表見的に生じた債務は不発生とみなされ、履行済みのものについては原状回復義務（121の2 I）が発生する。

* 1 無償行為について、善意の給付受領者の返還義務は現存利益に制限（121の2 II）。

例：認知症の進んだAから金銭贈与を受けたBが、意思無能力を知らなかった場合、Bの返還義務は現存利益にとどまる。

∴ 善意の給付受領者の信頼保護

* 2 意思無能力者の返還義務は現存利益に制限される（121の2Ⅲ前段）。

∴ 十分な判断力を有しない者を保護するため

2 第三者間

(1) 原則：すべての人に対し無効を主張し得る（絶対的無効）。

例外：第三者保護規定の要件を充足する場合（93Ⅱ、94Ⅱ（類推含む）、即時取得（192）等）、第三者の権利取得が認められる。

三 一部無効

法律行為の内容の一部について無効原因がある場合の、無効範囲（全部か一部か）は、明文があればそれによる。明文がない場合、原則として一部のみ無効となると考え、残余の部分だけの契約では目的が達成できない等の特段の事情があるときのみ全部無効とすれば足る。

四 無効行為の追認

無効の行為は、行為者の追認によって初めから有効とすることができない（119本文）。

→ただし、無効であることを知って追認すればその時に新たな法律行為をしたものとみなされる（119但書）

* なお、無権代理は、本人が追認すると契約時にさかのぼって本人に効果が帰属する（116）。

第3節 取消し

一 意義

1 取消権者・方法

いったん発生した意思表示の効力を遡及的に否定する旨の、表意者の相手方に対する意思表示（形成権、123）。

瑕疵ある意思表示（錯誤・詐欺又は強迫）を取り消す場合は、**表意者**、その代理人・承継人に限られる（120Ⅱ）。

制限行為能力者の意思表示を取り消す場合は、**制限行為能力者**（他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為にあっては、当該他の制限行為能力者を含む）、その代理人・承継人に加え、**同意権を有する者**（保佐人・補助人）も含まれる（120Ⅰ）。

2 効果

遡及的無効（121）。

(1) 当事者間

一度生じた債権債務は発生しなかったことになり（遡及効）、既に履行がされている場合には、受領者は、受け取った物を原状に復させる義務を負う（121の2Ⅰ）。

* 制限行為能力者の返還義務は現存利益に制限される（121の2Ⅲ後段）。

∴ 制限行為能力者の取消権を実効あらしめるため

(2) 第三者との関係

取消権者は、行為の相手方に対し取消しをすれば、その後は原則として無効の効果を主張し得る→第三者の保護は、その旨の規定（95Ⅳ、96Ⅲ等）による

二 有効な行為として確定する場合

1 追認

(1) 意義 取り消しうる行為を有効に確定する意思表示。

(2) 要件

① 本人、その代理人・同意権者または承継人によること（122・120）。

* 成年被後見人は同意を得ても完全な行為をし得ないため、追認をし得ない（124Ⅱ②）。

② 「取消しの原因となっていた状況が消滅」した後、すなわち詐欺・強迫等を脱した後、または制限行為能力者が行為能力者となった後であること（124Ⅰ）。

* ただし、法定代理人が追認する場合にはこの要件は不要である（124Ⅱ①）。

③ 取消権を有することを知った後であること（124Ⅰ）。

(3) 方法 相手方への意思表示（123）。

(4) 効果 初めから有効なものとして確定する（122）。

発展 ▶ 3 法定追認

(1) 要件

(a) 取り消すことができる行為につき、次の事実の1つがあること。

＜法定追認の要件＞

全部又は一部の履行 (①)	取消権者が ┌ 債務者として履行 └ 債権者として受領 (判例)
履行の請求 (②)	取消権者が請求する場合に限る (相殺の意思表示もこれにあたる)
更改 (③)	取消権者が、債権者・債務者であることを問わない
担保の供与 (④)	取消権者が ┌ 債務者として担保供与 └ 債権者として担保の供与を受けた場合
取得した権利の全部又は一部の譲渡 (⑤)	取消権者がなした場合に限る
強制執行 (⑥)	取消権者が債権者として執行した場合に限る 債務者として執行を受けた場合は含まれない (判例)

(b) 追認権者によって行われること。

(2) 効果 追認と同様の効果が生じる (125)。

三 取消権の消滅時効 (126)

取消権は、追認をし得る時から5年、行為の時から20年が経過すれば消滅する (126)。

→前者は短期消滅時効期間、後者は除斥期間 (通説)

5年間 (20年間) の間に取消しをすれば、それにより生じる不当利得返還請求権は保全され、取消しの時から新たな消滅時効が進行する (判例)

∵取消権行使により生じる請求権は取消権とは別個独立の権利であるから。

第4節 無効と取消しとの関係

一 無効と取消しが競合する場合

双方が競合する場合として、①制限行為能力者が意思無能力の状態でした行為や、②詐欺または強迫によって公序良俗・強行法規違反の行為がされた場合 (96、90) 等があり得る。

二 無効と取消しの二重効

<例題>

Aが、Bを騙して二束三文の土地を時価の10倍相当額で売りつけた。Bとしては、詐欺取消 (96条) と、公序良俗違反による無効 (90条) とが考え得るが、いずれも主張できるのか。

<解釈>

無効も取消も共に法律行為の効果を否認する手段にすぎず、法的には無効な行為を取り消すことも可能である。そして、錯誤も詐欺も、共に表意者保護の制度にほかならない。

よって、表意者は、無効か取消しか、いずれを選択して主張しても構わない。

※契約の効力の否定に関する思考起点

{	取消	解除の種類については解除の項目で後述。
	無効	
	解除	

第8章 代理

第1節 代理総説

一 意義

代理人が、本人のために意思表示をし、またはこれを受けることによって、その法律効果を全面的に本人に帰属させることを認める制度。私的自治の拡張・補充のための制度である。

二 有権代理の要件（99条）

- ① 代理人と相手方の法律行為
- ② ①に先立ち本人が代理人に当該代理権を授与したこと（先立つ代理権授与）
- ③ 代理人が本人のためにすることを示すこと（顕名）

三 類似観念

論文対策としては、使者と署名代理のみ理解しておけば十分。

1 使者

本人の決定した効果意思を相手方に表示し（表示機関）、または完成した意思表示を伝達する者（伝達機関） c f. 代理：効果意思を代理人が決定する。

表示機関たる使者が本人の意思と異なる意思表示を行った場合、本人の意思と表示に不一致がある場合として、本人の錯誤（95）として処理される。

2 署名代理

代理人が、顕名せず、直接本人名義で法律行為をする場合。効果は、通常の顕名代理と同様と理解すればよい。

第2節 代理行為

第1款 顕名

一 概説

1 意義

「本人のためにすることを示」すこと。

具体的には、A代理人B（任意代理の場合）等と示すことをいう。

2 趣旨

契約に当たっては相手がだれかということが重要な関心事になるから。

3 例外

顕名がない場合、その代理行為は「自己のためにしたものとみな」される（100 本文）。

：顕名がない場合、相手方は直接行為をしている者に効果帰属すると考えるのが通常。

もつとも、「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」場合には、顕名がなくとも本人に法律行為の効果が帰属する（100 但書）。

二 「自己のためにしたものとみなす」の意義

<例題>

本人Aから不動産の購入代理権を与えられたBが顕名をせずに相手方Cから不動産を購入し、Cが代理意思について善意・無過失（取引相手が本人Aであることについて過失なく知らなかった）であった場合、CはBに対して代金請求できるのが原則である（100 本文）。

それでは、Cから本人Aに、契約の効果帰属を主張して代金請求をすることができるか。「みなす」（100 本文）を文字通り擬制と読むべきか。

<解釈>

100 条本文の趣旨は、代理であることを知らなかった相手方に不測の損害を与えないためである。そうであれば、「みなす」は擬制ではなく相手方に選択権を与えたものと読むべきである。よって、相手方は、本人への効果帰属も主張できると考える。

三 本人の名前を直接表示した場合（「顕名」要件充足性）

<例題>

本来、顕名は「●代理人○」等と名乗ることを意味する。しかし、Aから不動産甲の購入代理権を与えられたBが、CからA名義で不動産を購入した場合（署名代理）、「本人のためにすることを示して」（99・顕名）といえ、CはAに代金請求することができるか。

<解釈>

顕名の趣旨は、効果帰属主体を明示し、相手方の取引の安全を図るためである。代理人が直接本人名義で契約した場合、効果帰属主体は明示されているといえ、顕名の趣旨に反しない。

よって、直接本人名義であっても「本人のためにすることを示して」といえる。

第2款 代理行為の瑕疵

一 総説

1 原則

代理行為の意思決定は代理人が行う（代理人行為説、判例・通説）から、代理行為における意思表示の瑕疵の有無は、代理人について判断する（101 I II）。本人の主観的態様は、原則として代理行為に影響を与えない。

e x. BはAの代理人として、Cの模造画を本物と信じて購入した
→Aであれば模造画と判断できた場合であっても、Bを基準として契約は錯誤取消しが可
(錯誤や虚偽表示、或いは心裡留保への悪意・有過失など、契約の有効性に関する問題は、代理人についてみる)

2 例外

実質的に本人が意思決定をして代理人はそれに従って行動するという場合であれば、代理人の意思が介在する余地は小さくなるため、本人側の事情を基準とするのが公平である (c f. 使者)。
かかる観点から、本人から特定の法律行為を委託された代理人がその行為をしたときは、本人は、自ら知った事情、または知り得た事情について代理人の不知を主張し得ない (101Ⅲ)。

e x. Bは、AからAの代理人としてCから絵画Xを購入するよう委託され、Cから本物の絵と誤信してAの代理人として絵画を高値で買った。しかし、AはCが売っている絵画が模造画であると知っていた。→AはBの錯誤を主張できない

二 代理と詐欺

1 相手方が代理人に詐欺を行った場合

<基本事例>

AがBに対し美術品の購入を依頼し、BがCから模造画を本物であるとだまされて絵画を購入したが、Aはたまたま当該絵画が本物として売られている模造画であることを知っていた。場合、Aは取消権を行使し得るか (相手方が代理人に詐欺、本人による取消権行使の可否)

※主張反論での整理

Cからは、Aに対し、売買契約に基づく代金請求をしたいと考えられる。

代理人Bが関与しているので、そのための要件は、99条から、①代理行為、②顕名、③先立つ代理権の授与である。→①②③は本件で問題なく認められる。

一方、Aからは、売買契約を取り消すので代金支払には応じられない、との反論したい。代理行為においては意思表示の瑕疵は代理人においてみる (101条1項) からすれば、代理人BはCから騙されているので、101条1項・96条1項に基づき、Aの取消は認められそうであるが、BはAから「特定の法律行為を委託」されており、101条3項から、Aの知っていた「模造画である」という事情について、Bが知らなかったことを主張できず、結果、詐欺取消はできない。

2 代理人が相手方に詐欺を行った場合

<例題>

本人Aは、Bを代理人として、Cから「ピカソの絵」という絵画を100万円で買い受けた。Bは、契約の際、本物の絵であることを知りながら、Cに対し、「本物なら1000万円だが、これは偽物だから100万くらいでいいだろう。」と言い、Cがこれを誤信して売った。

かかる場合、Cは、Aとの売買契約を取り消して、絵画の返還請求をしたいが、これに対し、Aは、代理人という「第三者」による詐欺であり、96条2項から自己が善意無過失であれば詐欺取消は認められない、と反論すると考えられる。Aは、これに対していかなる再反論をなし得るか。

※本論点の位置づけ

CのAに対するピカソの絵の返還請求
=Cは、詐欺取消（96条1項）により売買契約は遡及的に無効になったとして、原状回復請求（121条の2）をすると考えられ、これは要件を満たしそうである。

↓

他方、Aとしては、Bによる詐欺は、96条2項の「第三者」による詐欺であり、Aがかかる詐欺の事実を知らずかつその点に過失がなかった以上、取消は認めない、との反論があり得る。
→これに対するCの反論として、Bは96条2項の「第三者」に当たらず、Aの善意悪意にかかわらず、取り消しうる、と主張したい。可能か？

<解釈>

96条2項が第三者詐欺の場合に取消権を制限しているのは、意思表示の相手方（本件では本人）に酷だからである。しかし、代理における本人は、代理人の行為によって利益を受ける立場にあり、その代理人の詐欺のリスクも負うべきである。

従って、代理人は96条2項の「第三者」ではなく、相手方は無条件に法律行為を取り消し得ると解すべきである。

3 本人が相手方に詐欺を行った場合

<例題>

本人Aは、Bを代理人として、Cから「ピカソの絵」という絵画を100万円で買い受けた。これには、Aが、契約に先立ち、Cの店舗に赴き、本物の絵と知りながら、「これは偽物だ。本物なら1000万円だが、偽物なので100万円はどうだ」と言い、Cが誤信したという事情があったが、Bはかかる事情を知らず、その点に過失がなかった。かかる場合に、Cは96条1項により取り消せるか、それとも取消に96条2項により相手方の悪意・有過失が必要となるか。

※本論点の位置づけ

AのCに対する引渡請求に対し、Cは詐欺取消（96条1項）を主張すると考えられる。

他方、Aからは、代理行為における当事者はBCであり、96条2項において、Aは「第三者」、Bが「相手方」に該当するところ、詐欺についてBが善意無過失なので、取り消し得ない、と反論することが考えられる。かかる反論の可否の検討を行う必要がある。

<解釈>

代理場面での行為者に着目すれば、本人も96条2項の「第三者」に当たるようにも思える。

しかし、96条2項の趣旨は、第三者による詐欺について善意の相手方の取引安全を保護する点にある。効果が帰属する本人自身が詐欺をしたのであれば、かかる趣旨は妥当しない。

よって、本人は96条2項の「第三者」に当たらず、相手方は無条件に取り消すことができる。

4 相手方が本人に詐欺を行った場合

<例題>

本人Aは、Bを代理人として、Cから「ピカソの絵」という絵画を100万円で買い受けた。これには、Cが、契約に先立ち、Aを訪問して、偽物のピカソの絵を本物と偽り、購入を勧め、Aが事情を知らず過失のないBを代理人として店舗に赴かせて契約させたという事情があった。かかる事例において、Aは、Cの詐欺を理由に、契約の効果を否定するために何らかの主張をすることができるか。

※本論点の位置づけ

CからAへの売買代金請求=99条の要件具備

Aからの反論として、代理人の意思表示に瑕疵はないので、101条1項から、売買契約を取り消すことができない。Aとしては、Bへの代理権授与を取り消して、遡及的にBの行為を無権代理として、履行を拒絶することが考えられるが、Cとしては、第三者詐欺なので、96条2項からBが善意・無過失である以上、かかる詐欺取消は認められないと反論しうる。かかる反論の可否が本件である。

<解釈>

代理権授与の当事者が本人・代理人である以上、相手方の詐欺は第三者の詐欺（96Ⅱ）に当たりそうである。しかし、96条2項は第三者詐欺を知らない者の取引安全を図る趣旨であるところ、代理人は、本人の取消しにより何ら不利益を受ける地位にない。

よって本件に96条2項の適用はなく、本人は授権行為を取り消し（96Ⅰ）、遡及的に、代理人・相手方間の行為が無権代理となるとして（121）、効果帰属を否定できる。

第3款 代理人の行為能力

・ 102条の意義

代理とは、代理行為の効果が本人に帰属する制度であり、代理人には不利益を生じない。したがって、代理人が制限行為能力者（未成年者、成年被後見人等）であったとしても、その代理人がした代理行為自体を、行為能力の制限を理由として取り消すことはできない（102本文）。

ただし、制限行為能力者（例：17歳のA）が他の制限行為能力者（Aの子0歳児）の法定代理人としてした行為については、本人の保護の見地から、取消は可能である（102ただし書）。

第3節 代理権

第1款 総説

一 意義

代理権とは、一定の法律行為の結果、本人に権利・義務を帰属させ得る地位ないし資格。

二 代理権の発生原因

1 法定代理権

親権者(819)、未成年後見人(839)、成年後見人(843)等法律の規定ないし審判による

2 任意代理権

代理権授与行為(授權行為)によって発生

第2款 復代理

一 意義

代理人の代理と理解すればよい。

二 選任要件と本人に対する代理人の責任

1 任意代理の場合

任意代理人は本人の信頼を受けて代理人とされた者であるから、本人は簡単に復代理人を選任されることには抵抗があるはず

→復代理人を選任できるのは、①本人の許諾を得たとき、②やむを得ない事由があるときのいずれかに限られる(104)。

<復代理における代理人の責任の基本事例>

Aは、Dから土地を購入するについてBを代理人に選任した。ところが、Bが海外出張の予定が入ったため、Cを復代理人に選任した。Cは、Dから土地を購入せず、Bを経由してAから預かった売買代金を費消してしまった。Aは、Bに対し、いかなる責任追及をなし得るか？

→Aは、Bに対し、委任契約の債務不履行として損害賠償請求(415)が可能

∵BはAに善管注意義務を負う(644) → CはBの履行補助者 → Cの横領はBの善管注意義務違反を構成する ※雇用契約であれば労務提供義務の債務不履行と構成すれば良い

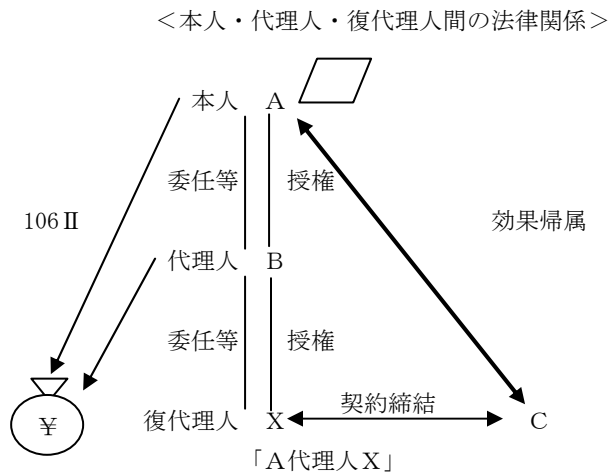
* 104条の要件を満たさない復代理人の行為は、無権代理行為である。

2 法定代理の場合

法定代理人は多くの場合本人の意思にもよらずに選ばれる→復代理について特に制限なし

反面、復代理人が本人に損害を加えたときは、常に責任を負う（105 前段）。ただし、やむを得ない事由があって選任した場合は、選任または監督において過失があった場合のみ責任を負う上に任意代理人の場合と同様（105 後段）。

三 復代理をめぐる法律関係



* 任意代理人（B）による復代理人（X）の選任に関して、B Xの間の内部関係については、委任であることが通常。

1 本人・代理人間

代理人は復代理人を選任しても自らの代理権を失わない。一定の場合に本人に対して責任を負う。

2 代理人・復代理人間

復代理人は代理人に選任されたのであるから、代理人との間には、委任または雇用契約が存在。

3 復代理人・本人間

復代理人は本人の代理人で（106 I）、代理人・本人の関係と同一の法律関係に立つ（106 II）。

→復代理人の行為の効果は本人に帰属する

第3款 代理権の範囲

一 基礎知識

1 範囲の基準

- ・任意代理の場合→代理権授与行為を解釈
- ・法定代理の場合→その法律の規定を解釈

2 権限の定めがない場合

①保存行為、②目的物または権利の性質を変えない範囲内での利用又は③同範囲内での改良行為のみ (103)

3 自己契約・双方代理(108 I)

(1) 意義

(a) 自己契約：特定の法律行為について、当事者の一方が相手方の代理人になること (108 I 本文)

e x. A B間の土地の売買契約に際して、買主Bが売主Aの代理人として契約する場合

(b) 双方代理：特定の法律行為について当事者双方の代理人になること (108 I 本文)

e x. A C間の土地売買契約に際して、BがA C両者の代理人になる場合

(2) 趣旨

代理人と本人の利害関係が対立し(利益相反)、本人の利益が害される恐れがあるから。

(3) 違反の効力 無権代理行為とみなされる (108 I 本文)

(4) 例外

① 契約内容の実現にすぎない「債務の履行」については、禁止されない (108 I ただし書)。

∴ 実質的には本人の利益が害される状況にない

e x. 土地の売買契約の当事者双方が同じ司法書士に登記申請を依頼する場合

② 本人の承諾がある場合 (108 I ただし書)。

4 利益相反行為 (108 II)

自己契約・双方代理以外でも、「代理人と本人との利益が相反する行為」(利益相反行為)は、無権代理行為とみなされる (108 II)。※本人に一、代理人に+であることが必要。

取引の安全の見地から、利益相反行為に当たるかどうかについては、行為の外形に照らして定型的・外形的に判断すべきである(外形説)。

二 代理人の権限濫用(107)

<基本事例>

(1)Aから、土地の売却の代理権を与えられたBが、代金を着服する目的でCに土地を譲渡して移転登記を経由した。Aは、Cに対し、抹消登記請求をなし得るか。

(2)Cからの**転得者D**が移転登記を経由した場合、Dに対してはどうか。

※1 代理権濫用は、客観的には与えられた権限の範囲内ではあるが、本人は代金を手に入れられず経済的効果の帰属はない点で、本人に効果帰属させて良いかという問題意識がある。

※2 (1)(2)ともに、各自で請求原因、抗弁等を要整理。

※3 (2)の本論点の位置づけ

AのDに対する所有権に基づく返還請求(抹消登記請求)に対して、Dは、所有権喪失の抗弁を主張したいはずである。まずは、AC間売買につき有権代理+CD間売買を理由に承継取得を主張するであろう。

これに対し、Aは(1)の代理権濫用を理由に、AC間の売買の効果を否定する反論をする。

問題は、Aの反論が要件を充足(すると仮定)した場合の、Dの次の反論が何かである。

1 本人・相手方間の関係 ((1)について)

107条から、AC間の売買契約は無権代理とみなされ無効となるため、返還請求をなし得ることとなる(債権的請求として構成する場合の請求根拠については、121条の2の準用か、703条・704条を使うか、は議論があり得る。なお、所有権に基づく抹消登記請求であれば、請求根拠に問題は生じない)

代理権の濫用が無権代理行為とみなされることにより、無権代理に関する一連の規定(113, 116, 117等)が適用され得る。

◆ 代理権の濫用(最判昭42.4.20/百選I [26]) ※93条類推適用論は改正により消滅。

練習問題: Y社の主任であるAは、Yの名をもって、X社から練乳を購入する契約を締結した。当該練乳は、Y社の店舗を通さずに、B社に直接納入された。これらの売買代金は、B社振出の小切手に、AがYのゴム印を用いてYの名で裏書を行い、この小切手をXに交付することで支払われていた。しかし、後にこの小切手が不渡りとなったため、XはYに対し、代金の支払いを求めて訴えを提起した。諸般の事情によれば、**本件取引は、Aが取引された商品をYを通さずに他に転売してその利益を横領する意図をもって権限を濫用したものであり、Xの支配人Cはこうした意図について悪意であった。**

◆ 最判平4.12.10/百選III [48] 親権者による代理権濫用

※濫用となる要件を加重している。

「親権者が子を代理してする法律行為は、…親権者が子をめぐり諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているもの…子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてなされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、親権者による代理権の濫用に当たると解することはできない」

※濫用論の先決問題として、当該行為の利益相反性（826 I）の検討が必要（利益相反だと親権者が代理しても無権代理）。利益相反の判断は会社法の間接取引参照。

2 本人・転得者間の関係（(2)について・解釈論）

以下のとおり、転得者が代理権濫用を知らず、かつ、相手方名義の登記の残存につき本人に帰責性がある場合は、94条2項の類推適用の主張が可能と考える。

即ち、代理権濫用の相手方が濫用の意図につき悪意又は有過失であれば、代理行為は107条により無権代理と見なされる。そのため、真実は本人所有であるのに相手方所有であるかのような虚偽の外観があるところ、かかる虚偽の外観の存続につき本人に帰責性がある場合、虚偽の外観を信頼した者に権利取得を認める94条2項の趣旨が妥当するからである。

※動産であれば即時取得(192)。

<論文作成上のアドバイス>

類推適用論は、**結論先行**が書きやすい。

そして、理由付けが一文で収まりそうであれば、「なぜなら～だからである」とすればよいが、一文で収まりそうにない場合（通常の類推適用）は、「以下の理由から（ないし「以下のとおり」）～の類推適用を主張できる」等と結論を示したのち、「即ち～」と続けて、複数の文による理由付けをするとよい（なお、様々な解釈論も、結論先行にすることで、いわゆる問題提起も省略可能である）。

第4款 代理権の消滅

一 代理権共通の消滅原因

①本人の死亡、②代理人の死亡、後見開始の審判、破産手続開始の決定を受けたこと（111 I）

二 任意代理権に特有の消滅原因

→委任の終了によって消滅（111 II）

=111 Iで消滅原因とされているものは653条にも規定があるので、111条1項とは別に消滅原因となるのは、本人が破産手続開始の決定を受けたこと（653②）と本人・代理人からの解除（告知。651 I）、その他委任契約上の特約

<任意代理権の消滅原因>

	死亡	破産手続開始の決定	後見開始の審判	解除(告知)
本人	○ (111 I)	○ (653)	×	○ (651)
代理人	○ (111 I)	○ (111 I)	○ (111 I)	○ (651)

三 法定代理権に特有の消滅原因

法律関係ごとにそれぞれ規定されている。

e x. 親権の喪失の審判・辞任（834、837）、後見人の辞任・解任（844、846）。

第4節 無権代理

第1款 無権代理総説

一 意義

代理権がないにもかかわらず、代理人であるとして行われた行為。

二 趣旨・制度概要

無権代理行為は、99条1項の要件を充足せず、本人に効果帰属せず、相手方は無権代理人に対して不法行為責任（709）を問うしかないようにも思われる。しかし、これでは本人・無権代理人間の代理権という内部関係を正確に知り得ない相手方の**取引の安全**を害し、ひいては、**代理制度の社会的信頼**を失うおそれがある。

かかる観点から、民法は次の措置を定めている。

① 無権代理の一般的効果（113～118）

→本人に**追認・追認拒絶権**を認めつつ、相手方に**催告・取消権、無権代理人への特別の責任追及権**

② 表見代理（109、110、112）

→無権代理人と本人の間に特定の緊密な関係が存在する場合には効果帰属を認める

※相手方にとっては、本人に請求するための主張（有権代理）が否定される場合の、予備的な請求原因ないし再抗弁となる

第2款 無権代理行為の一般的効果

一 本人の追認権と追認拒絶権

1 意義

追認とは、本人が無権代理の効果を自己に帰属させる意思表示である。

本人は、追認・追認拒絶いずれも可（113 I）。

2 追認・追認拒絶の相手方

相手方に対してする（113Ⅱ本文）。ただし、無権代理人に対し行っても、相手方がその事実を知れば対抗可能（113Ⅱ但書）。

3 追認の効果

(1) 原則：代理行為当時にさかのぼって本人に効果帰属（116本文）。

(2) 例外と制限：

- ① 本人と相手方の「別段の意思表示」により遡及効を否定できる（116本文）。
- ② 遡及する場合でも「第三者の権利を害することはできない」（116但書）。

二 相手方の催告権・取消権

1 催告権

相手方は本人に対し、相当期間内に追認するか否かの確答を促すことができる（114前段）。

→その期間内に確答が到達しないと、追認拒絶が擬制、効果不帰属に確定（114後段）

* 代理権がないことについての相手方の善意・悪意は問わない。

2 取消権

善意の相手方は、本人の追認がない間は取消し可能（115）。

取消の結果、不効果帰属に確定（以後本人も追認不可、相手方は無権代理人の責任も追及不可）。

* 相手方は無権代理について善意であることを要する。

∴ 相手方が悪意の場合にまで取消権を認めて本人の追認権を奪う必要はない。

三 無権代理人の責任

1 責任追及の要件(117Ⅰ)

- ① 無権代理で本人の追認がないこと（117Ⅰ）。
- ② 115条の取消権が行使されていないこと。

2 無権代理人の責任が否定される場合(117Ⅱ)

※ 無権代理人からの反論事由

- ① 代理権を有しないことを相手方が知っていたとき（117Ⅱ①）
- ② 代理権を有しないことを相手方が過失によって知らなかったとき（117Ⅱ②本文）

* 軽過失で足る。

* ただし、無権代理人が自己に代理権がないことについて悪意の場合（故意に無権代理行為を行った場合）には、相手方の軽過失だけで責任を否定するのは不合理であるため、責任は否定されない(117Ⅱ②ただし書)。

- ③ 他人の代理人として契約した者が行為能力の制限を受けていたとき(117Ⅱ③)。

3 責任の内容

相手方の選択により、(1)履行責任か、(2)損害賠償責任を負う（117 I）。

(1) 履行責任

本人・相手方間で発生するはずだった法律関係が、相手方・無権代理人間の法律関係となる。

(2) 損害賠償責任

信託利益のみならず履行利益も含まれる。

∴ この場合の損害賠償は、履行責任に代わるものであるから。

四 無権代理と相続

1 無権代理人が本人を単独相続した場合

<例題>

父Aの土地を、唯一の子Bが勝手にAの代理人としてCに売却した後、Aが死亡しBが相続した。Cは、Bに対し、売買契約に基づき、土地の引渡を請求しうるか。Aの生前であれば、Aが追認しない限り、Cは取消権（115）を行使するか、Bに対して無権代理人の責任（117）を追及し得たとどまるが、BがAを相続することにより、このような法律関係がいかなる影響を受けるか。

<解釈>～地位併存説・信義則説

相続の効果は被相続人の一切の権利義務についての包括承継である（896）。相続という偶然的な事情により相手方の取消権（115）を一時的に奪うべきではない。

よって、無権代理人には、それまで有していた無権代理人の地位と相続により取得した本人の地位（追認権・追認拒絶権）が併存すると解すべきである。

もっとも、自ら他人の物を処分した無権代理人が追認拒絶して効果を否定するのは矛盾挙動である。

よって、無権代理人の追認拒絶は信義則（1 II）に反し許されない。

※古い判例に、地位融合的なものがあるが（最判昭 40.6.18）、その後の判例の集積により、実質的に地位併存に変更されたと評価できる。

2 本人が無権代理人を単独相続した場合

<例題>

父Aの土地を、唯一の子Bが勝手にAの代理人としてCに売却した後、Bが死亡しAが相続した。Cは、Aに対し、売買契約に基づき、土地の引渡を請求しうるか。Bの生前であれば、Aが追認しない限り、Cは取消権（115）を行使するか、Bに対して無権代理人の責任（117）を追及し得たとどまるが、AがBを相続することにより、このような法律関係がいかなる影響を受けるのか。

<解釈>

相続の効果は被相続人の一切の権利義務についての包括承継である（896）。相続という偶然の事情により相手方の取消権（115）を一方的に奪うべきではない。

よって、本人には、それまで有していた本人の地位と相続により取得した無権代理人の地位が併存すると考える。

そして、本人は元々追認拒絶権を有していたのであり、その追認拒絶は信義則（1Ⅱ）に反せず許される（最判昭37.4.20/百選Ⅰ〔35〕）。

また、相手方が117条1項による履行請求をした場合、本人はこれを拒むことはできない。相続の効果は包括承継ゆえ、本人は無権代理人の履行義務も承継するからである。

◆ 最判昭48.7.3/百選Ⅰ〔第5版〕〔35〕

本人に無断で代理人が**連帯保証契約**を締結し、その後無権代理人が死亡して本人が相続したところ、債権者が、本人に対し、117条の無権代理人責任を相続したとして、その**履行を請求した事案**。

→「117条による無権代理人の債務が相続の対象となることは明らか」として、本人が無権代理行為の追認拒絶できたとしても同債務を免れることはできないと判示。

<さらに一歩先へ>

上記事例は、「履行」義務が、金銭債務の保証債務という、誰でも履行を代替可能なものである。これと異なり、「履行」の内容が、非代替的な債務（特定物の引渡等）であった場合に同様といえるか、については、判例の射程の問題となる。特に、後述の他人物売主の本人相続の事例との整合性をとるかどうかである。

3 無権代理人が本人を共同相続した場合

<例題>

父Aの土地を、息子Bが勝手にAの代理人としてCに売却した後、Aが死亡しBDが共同相続した。Cは、BDに対し、売買契約に基づき土地の引渡を請求しうるか。Aの生前であれば、Aの追認がない限り、Cは取消権（115）を行使するか、Bに対して無権代理人の責任（117）を追及し得たにとどまるが、BDがAを相続することにより、このような法律関係がいかなる影響を受けるのか。

<解釈>～地位併存説・信義則説

相続の効果は被相続人の一切の権利義務についての包括承継である（896）。相続という偶然の事情により相手方の取消権（115）を一方的に奪うべきではない。

よって、無権代理人には、それまで有していた無権代理人の地位と相続により取得した本人の地位（追認権・追認拒絶権）が併存すると解すべきである。

そして、追認権・追認拒絶権は、その性質上共同相続人全員に不可分に帰属しており、分割行使できない（251参照）が、自ら他人の物を処分した無権代理人が追認拒絶して効果を否定するのは矛盾挙動であり、信義則（1Ⅱ）に反し許されない。

以上より、他の共同相続人が追認拒絶する場合は、無権代理人も同時に拒絶して全体として追認拒絶となるが、他の共同相続人が追認する場合、無権代理人が追認拒絶しえないので、全体として追認の効果が生じる。

4 無権代理人の地位と本人の地位の両者を相続した場合

<例題>

Aの息子Bが、代理権がないのにAの代理人としてA所有の土地をDに売却した。その後Bが死亡したため、AとAの妻Cが相続したが、更にAも死亡したため、CがAを単独相続した。この場合、Dは、Cに対して、売買契約に基づき引渡請求をなし得るか。

<解釈> ~判例

相続の効果は被相続人の一切の権利義務についての包括承継である(896)。相続という偶然の事情により相手方の取消権(115)を一時的に奪うべきではない。

よって、無権代理人には、それまで有していた無権代理人の地位と相続により取得した本人の地位(追認権・追認拒絶権)が併存するが、自ら他人の物を処分した無権代理人が追認拒絶して効果を否定するのは矛盾挙動であり、信義則(1Ⅱ)に反し許されない。

そして、先に無権代理人の地位を相続した後、本人の地位を相続した場合も、相続が包括承継である以上、相手方からすれば、無権代理人が本人の地位を相続したのと同視しうる。

従って、その追認拒絶は信義則に反し許されない(最判昭63.3.1)。

五 無権代理人の後見人就任とその追認拒絶

◆ 最判平6.9.13/百選Ⅰ〔6〕

事案： 意思無能力者Y所有の建物につき、Yの姉Aが、代理権がないにもかかわらずYの代理人としてXとの間に賃貸借契約(4000万円の損害賠償の予約条項が含まれている)を締結した。この契約に当たっては、Yの次姉Bも契約文書の作成に関与し、契約締結時にも同席していた。その後、AがXに対して本契約の締結を拒んだため、XがYに対し右約旨に基づき4000万円を訴求した。なお、訴訟係属中にYが禁治産宣告(後見開始の審判)を受け、Bがその後見人に就任した。

判旨： 後見人が代理権を行使する際(注：代理人としての追認拒絶も含む)には、**禁治産者(成年被後見人)の利益に合致するよう適切な裁量**を行使してすべきであるが、相手方のある法律行為をする場合には、後見人において取引の安全等にも相応の配慮を払うべきであり、**当該法律行為を代理してすることが取引関係に立つ当事者間の信頼を裏切り、正義の観念に反するような例外的場合にはそのような代理権の行使は許されない**。その上で、後見人が、その就職前の無権代理人による契約の追認拒絶が信義則に反するか否かは、交渉経緯、本人が被る不利益の内容、後見人の関与の程度、相手方が本人の意思能力に関する認識など諸般の事情を勘案し、右のような例外的な場合に当たるか否かを判断すべきとした。

れっく 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) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19267