

司法書士

パーフェクトローラー講座
民法
無料体験冊子①

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001921 234277

SU23427

第1編 総則

第1章 通則

第1条（基本原則）

- I 私権は、公共の福祉に適合しなければならない。
- II 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。
- III 権利の濫用は、これを許さない。

ハイレベル（大判昭10.10.5）

所有権に対する侵害またはその危険がある以上、所有者はそれを除去・禁止するため裁判上の保護を請求することができるとしても、その侵害による損失がいうに足りない程度の軽微なものであり、かつこれを除去することが著しく困難で莫大な費用を要する場合には、所有権者が不当な利益を獲得する目的で、その除去を求めるのは、権利濫用に当たり、所有権に基づく妨害排除請求は認められない。

第2条（解釈の基準）

この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない。

第2章 人

第1節 権利能力

第3条

- I 私権の享有は、出生に始まる。
 II 外国人は、法令又は条約の規定により禁止される場合を除き、私権を享有する。

【図表1 権利能力】

権利能力の意義	権利を得，義務を負う能力
始期（自然人）	出生：胎児が母体から全部露出すること ※ 出生届の有無は権利能力の取得に関係ない。
終期（自然人）	死亡のみ

【図表2 胎児の権利能力】

原則	胎児は権利能力を有しない。（注）
例外	以下の場合，既に生まれたものとみなされる。 ① 不法行為に基づく損害賠償請求（721） ② 相続（886） ③ 遺贈（965）

（注） 具体的処理

胎児が認知の訴え（787）を提起すること [平11-18-ア]	×
母が胎児を代理して，認知の訴えを提起すること	×

【図表3 「既に生まれたものとみなす」の解釈】

	法定停止条件説	法定解除条件説
「既に生まれたものとみなす」の意味	生きて生まれることを停止条件として胎児のために権利を留保する	死体で生まれることを解除条件として胎児に制限的な権利能力を認める
条件成就の効果	出生時に取得した権利能力が出生前に遡及する	権利能力が遡及的に消滅する
胎児である間に権利能力を認めるか	胎児である間は権利能力なし	胎児である間にも権利能力あり
母の法定代理	不可（注）	可

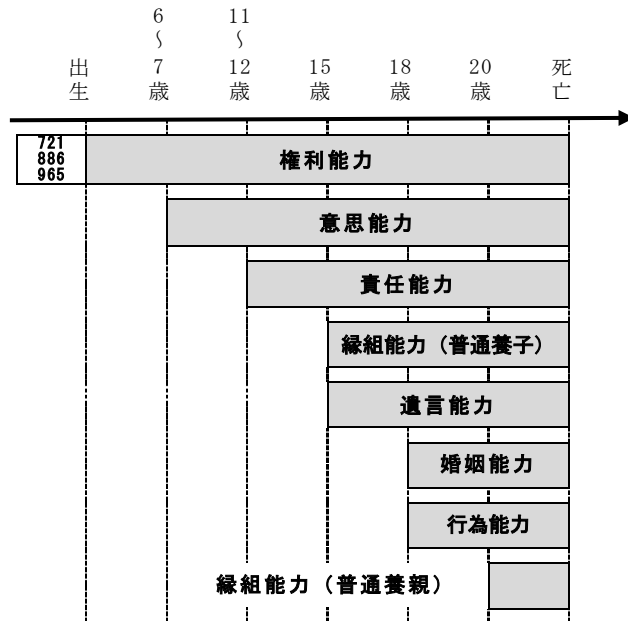
（注） 胎児の損害賠償につき，母その他の親族が胎児のため加害者とした和解は，胎児を拘束しない（大判昭7.10.6）。

第2節 意思能力

第3条の2

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

【図表4 年齢と各種の能力】



第3節 行為能力

合理的判断能力の不十分な者のなした意思の表明に完全な拘束力を認めることは、表意者本人の保護に欠けることになるため、意思能力を欠く者の行為は無効とされる（3の2）。しかし、合理的判断能力が十分か否かの証明・判断は容易ではない。

そこで、一般的恒常的に行為能力が不十分とみられる者を定型化して画一的に制限行為能力者とし、これに保護者をつけて能力不足を補わせる反面、保護者の権限を無視した被保護者の行為を取り消しうるものとし、その財産の保全を図ると同時に、その結果生じる相手方の不利益を軽減する措置を講じた。

第4条（成年）

年齢（①）をもって、成年とする。

① 18歳

〔趣旨〕

18歳に満たない未成年者を知能発達の程度いかんにかかわらず一律に制限行為能力者とし、法律行為の効力の決定を能率的にしたものである。

第5条（未成年者の法律行為）

I 未成年者が法律行為をするには、その法定代理人の同意を得なければならない。ただし、（①）については、この限りでない。

II 前項の規定に反する法律行為は、取り消すことができる。

III 第1項の規定にかかわらず、法定代理人が（②）処分を許した財産は、その目的の範囲内において、未成年者が自由に処分することができる。（③）処分を許した財産を処分するときも、同様とする。

① 単に権利を得、又は義務を免れる法律行為

② 目的を定めて

③ 目的を定めなくて

〔趣旨〕

制限行為能力者たる未成年者を保護するため、未成年者が法律行為をするには法定代理人の同意を要し、同意を得ないでした法律行為は取り消すことができるものとした。

ただし、未成年者の不利益にならない行為（5 I 但書）や法定代理人の包括的同意があるといえる行為（5 III・6）、及び一定の身分行為については未成年者も単独でなしうる。

【図表5 未成年者の法定代理人とその権限】

1 次的	親権者（父母・子が養子であるときは、養親） [平 27-4-イ]
2 次的 （親権者がいないとき又は親権者が子の財産の管理権を有しないとき）	未成年後見人（838～841）。

- 未成年者と契約をした相手方が、その契約締結の当時、その未成年者を成年者であると信じ、かつ、そのように信じたことについて過失がなかった場合であっても、その未成年者は、その契約を取り消すことができる。[平27-4-ウ]

【図表6 未成年者の法律行為】

○：未成年者が単独でなし得る法律行為 ×：法定代理人の同意を要する法律行為

① 負担のない贈与の受諾（5 I 但書）[平27-4-オ]	○
② 債務免除を受けること（5 I 但書） [令4-4-ア]	○
③ 「目的を定めて処分を許した財産」の処分（5 III 前段）ex. 旅行費・勉学費	○
④ 「目的を定めなくて処分を許した財産」の処分（5 III 後段）ex. 小遣銭[平31-4-ア]	○
⑤ 法定代理人の同意を得ずにした行為の取消し（120 I）	○
⑥ 子の認知（780）・認知の訴え（787）	○
⑦ 遺言（注1）	○
⑧ 氏の変更（注2）	○
⑨ 縁組の意思表示（注3）	○
⑩ 相続の承認・放棄	×
⑪ 負担付贈与を受けること（注4）	×
⑫ 債務の弁済を受けること（注5）	×

(注1～3) 15歳以上の者に限る（961 791 797）

(注4) 単に権利を得るとはいえないから

(注5) 利益を受けると同時に債権を失うことになるから

第6条（未成年者の営業の許可）

- I （ ① ）の営業を許された未成年者は、その営業に関しては、（ ② ）と同一の行為能力を有する。
- II 前項の場合において、未成年者がその営業に堪えることができない事由があるときは、その（ ③ ）は、第4編（親族）の規定に従い、その許可を取り消し、又はこれを制限することができる。

- ① 一種又は数種
② 成年者
③ 法定代理人

【趣旨】

許可された営業の範囲内で未成年者の行為能力を解放し、未成年者の活動と取引の安全の調和を図った規定である。[令4-4-エ]

【図表7 未成年者の営業の許可】

文具商を営業することについて許可する	○
文具商とたばこ商とを営業することを許す	○
一切の営業を許す（営業のすべての許可）	×
文具商の中の○○を売ることのみ許可する（1個の営業の一部の許可）	×

ハイレベル 2項 「取り消し」の意味

本条の「取り消し」は撤回の意味であり、将来に向かって効力を有する（121と比較）。

ex. 法定代理人が許可を取り消した場合でも、その営業に関してすでにしていた商品仕入の申込みは行為能力の制限を理由に取り消すことができない。

第7条（後見開始の審判）

精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者については、家庭裁判所は、（ ① ）、配偶者、（ ② ）、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、後見開始の審判をすることができる。

第8条（成年被後見人及び成年後見人）

後見開始の審判を受けた者は、成年被後見人とし、これに成年後見人を付する。

- ① 本人 [令3-4-ア]
② 4親等内の親族 [平25-4-ウ]

【図表8 職権で行うことの可否】

後見開始の審判を家庭裁判所の職権で行うこと	× (7)
家庭裁判所が職権で成年後見人を選任すること [令3-4-イ]	○ (843 I)
後見開始の審判の取消しを家庭裁判所の職権で行うこと [令3-4-ウ]	× (10)

第9条（成年被後見人の法律行為）

成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。ただし、（ ① ）に関する行為については、この限りでない。

- ① 日用品の購入その他日常生活

【図表9 成年被後見人の法律行為の取り消しの可否】

○：成年被後見人が単独でなし得る法律行為 ×：成年被後見人が単独でなし得ない法律行為

① 成年後見人の同意を得て行った行為（②以外） [平27-21-ア]	×
② 日用品購入などの日常生活に関する行為（9但書）	○
③ 婚姻（738）、協議上の離婚（764）	○（注）
④ 取り消すことができる行為の取消し（9・120 I）	○
⑤ 成年後見開始の審判の取消しの請求（10）	○
⑥ 他の類型の行為能力の制限（保佐、補助）の請求（11・15）	○

（注）成年被後見人が本心に復し意思能力が認められることが必要

第10条（後見開始の審判の取消し）

第7条に規定する原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、後見人（未成年後見人及び成年後見人をいう。以下同じ。）、後見監督人（未成年後見監督人及び成年後見監督人をいう。以下同じ。）又は検察官の請求により、後見開始の審判を取り消さなければならない。

《注釈》

成年被後見人が後見開始の実質的要件となる精神状態でなくなる状態になっても、後見開始の審判が取り消されなければ、成年被後見人は制限行為能力者のままである。

取消しが確定すると、後見開始の審判は将来に向かって効力を失う。

第11条（保佐開始の審判）

精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分である者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、後見人、後見監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、保佐開始の審判をすることができる。ただし、（ ① ）がある者については、この限りでない。

- ① 第7条に規定する原因（精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある）
[令3-4-エ]

第12条（被保佐人及び保佐人）

保佐開始の審判を受けた者は、被保佐人とし、これに保佐人を付する。

第13条（保佐人の同意を要する行為等）

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

- ① 元本を領収し、又は利用すること。
- ② 借財又は保証をすること。
- ③ 不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること。
- ④ 訴訟行為をすること。
- ⑤ 贈与、和解又は仲裁合意（仲裁法（平成15年法律第138号）第2条第1項に規定する仲裁合意をいう。）をすること。[平25-4-エ]
- ⑥ 相続の承認若しくは放棄又は遺産の分割をすること。[平30-22-オ]
- ⑦ 贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること。
- ⑧ 新築、改築、増築又は大修繕をすること。
- ⑨ 第602条に定める期間を超える賃貸借をすること。
- ⑩ 前各号に掲げる行為を制限行為能力者（未成年者、成年被後見人、被保佐人及び第17条第1項の審判を受けた被補助人をいう。以下同じ。）の法定代理人としてすること。

II 家庭裁判所は、第11条本文に規定する者又は保佐人若しくは保佐監督人の請求により、被保佐人が前項各号に掲げる行為以外の行為をする場合であってもその保佐人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる。ただし、（ ① ）に規定する行為については、この限りでない。

III 保佐人の同意を得なければならない行為について、保佐人が被保佐人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、被保佐人の請求により、（ ② ）を与えることができる。

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

- ① 第9条ただし書（日用品の購入その他日常生活に関する行為） [令3-4-オ]
② 保佐人の同意に代わる許可 [平15-4-エ]

[趣旨]**（1項）**

被保佐人の一般財産すべてにわたって行為能力を制限し独立に保護者をつけるのは厳格かつ不必要なので、原則としてすべての行為を単独で行えとしつつ、特定の基本財産の費消のみを防止すべく設けられたものである。

（2項）

被保佐人保護のため、1項以外の行為についても保佐人の同意を要する旨の審判を行うことができる。。[平15-4-ウ]

（3項）

1項、2項の行為につき保佐人が被保佐人の利益を損なうことがないのに同意を与え

ないときは、家庭裁判所は、被保佐人の請求に基づき保佐人の同意に代わる許可を与えることができる。被保佐人の自己決定権に配慮する趣旨である。

【図表10 保佐人の同意を要する法律行為】

13条列挙事由 及び 意義	具体例	該当性
① 元本を領収し，又は利用すること（1号） 法定果実を生ずべき財産を受領したり，利用すること	利息の領収	×
	賃料の領収	×
② 借財又は保証をすること（2号） 金銭を借りたり，他人の債務を保証すること	時効利益の放棄	○
	時効完成後の債務の承認等	○
③ 不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること（3号）	抵当権を設定すること	○
	土地賃貸借の合意解除をすること	○
④ 訴訟行為をすること（4号） 民事訴訟において原告となり訴訟を遂行する一切の行為をいう。	相手方の提起した訴えについて訴訟行為をする場合（応訴）	×
⑤ 贈与，和解，仲裁合意をすること（5号）	贈与を受けること	×
⑥ 相続の承認・放棄又は遺産分割をすること（6号）	(法定) 単純承認	○
	限定承認	○
⑦ 贈与・遺贈を拒絶し，又は負担付贈与・負担付遺贈を受けること（7号）		
⑧ 建物に関して新築，改築，増築又は大修繕をなす契約を締結すること（8号） 建物に関する上記の行為について，他人と契約を締結することである。		
⑨ 民法602条の短期賃貸借を超える賃貸借契約を締結すること（9号） 山林10年，土地5年，建物3年，動産6か月	602条の期間を超えない賃貸借	×
⑩ 上記①～⑨の行為を制限行為能力者（未成年者，成年被後見人，被保佐人及び17条1項の審判を受けた被補助人）の法定代理人としてすること		

⑩について

本人 B



親権者 A ————— 第三者

(被保佐人) ②代理行為



① 同意

保佐人 C

第14条（保佐開始の審判等の取消し）

- I 第11条本文に規定する原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官の請求により、保佐開始の審判を取り消さなければならない。
- II 家庭裁判所は、前項に規定する者の請求により、前条第2項の審判の全部又は一部を取り消すことができる。

《注釈》

2項によって、被保佐人であることを取り消すのではなく、審判によって追加された保佐人の同意を必要とする行為（13II）のみを取り消すものとした。

第15条（補助開始の審判）

- I 精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分である者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族〔平25-4-ウ〕、後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官の請求により、補助開始の審判をすることができる。ただし、（ ① ）がある者については、この限りでない。
- II 本人以外の者の請求により補助開始の審判をするには、（ ② ）がなければならない。
- III 補助開始の審判は、第17条第1項の審判又は第876条の9第1項の審判（ ③ ）にしなければならない。

- ① 第7条又は第11条本文に規定する原因
 ② 本人の同意
 ③ ととも

《注釈》

補助開始の審判は、それ自体の効果として同意権・代理権付与を伴わないので、補助開始の審判をなす場合には、同時に同意権付与（17I）・代理権付与（876の9I）の一方又は双方をしなければならない（15III）。

第16条（被補助人及び補助人）

補助開始の審判を受けた者は、被補助人とし、これに補助人を付する。

第17条（補助人の同意を要する旨の審判等）

- I 家庭裁判所は、第15条第1項本文に規定する者又は補助人若しくは補助監督人の請求により、被補助人が特定の法律行為をするにはその補助人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる。ただし、その審判によりその同意を得なければならないものとする行為は、（ ① ）に限る。
- II 本人以外の者の請求により前項の審判をするには、（ ② ）がなければならない。
- III 補助人の同意を得なければならない行為について、補助人が被補助人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、被補助人の請求により、補助人の同意に代わる許可を与えることができる。
- IV 補助人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる。

- ① 第13条第1項に規定する行為の一部
 ② 本人の同意

第18条（補助開始の審判等の取消し）

- I 第15条第1項本文に規定する原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、補助開始の審判を取り消さなければならない。
- II 家庭裁判所は、前項に規定する者の請求により、前条第1項の審判の全部又は一部を取り消すことができる。
- III 前条第1項の審判及び第876条の9第1項の審判をすべて取り消す場合には、家庭裁判所は、（ ① ）を取り消さなければならない。

① 補助開始の審判**《注釈》**

同意権・代理権付与のすべてを取り消す場合、補助開始の審判のみが存続しても意味がないため、家庭裁判所の職権で、開始の審判自体を取り消さなければならない（18Ⅲ）。

第19条（審判相互の関係）

- I 後見開始の審判をする場合において、本人が被保佐人又は被補助人であるときは、家庭裁判所は、その本人に係る保佐開始又は補助開始の審判を（ ① ）。
- II 前項の規定は、保佐開始の審判をする場合において本人が成年被後見人若しくは被補助人であるとき、又は補助開始の審判をする場合において本人が成年被後見人若しくは被保佐人であるときについて準用する。

① 取り消さなければならない**[趣旨]**

11条ただし書、15条1項ただし書とともに、本条は、成年後見、保佐、補助の制度が抵触、重複しないよう配慮したものである。

第20条（制限行為能力者の相手方の催告権）

- I 制限行為能力者の相手方は、その制限行為能力者が行為能力者（行為能力の制限を受けない者をいう。以下同じ。）となった後、その者に対し、1箇月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、その者がその期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなす。
- II 制限行為能力者の相手方が、制限行為能力者が行為能力者とならない間に、その法定代理人、保佐人又は補助人に対し、その権限内の行為について前項に規定する催告をした場合において、これらの者が同項の期間内に確答を発しないときも、同項後段と同様とする。
- III 特別の方式を要する行為については、前2項の期間内にその方式を具備した旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなす。
- IV 制限行為能力者の相手方は、被保佐人又は第17条第1項の審判を受けた被補助人に対しては、第1項の期間内にその保佐人又は補助人の追認を得るべき旨の催告をすることができる。この場合において、その被保佐人又は被補助人がその期間内にその追認を得た旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなす。

[趣旨]

制限行為能力者のした法律行為は、追認又は取消しがあるまで効力が確定せず、不安定である。この不安定な状態から相手方を救済するため規定された。

cf. 錯誤や詐欺、強迫については、催告制度の適用はない。[平10-4-ア]

【図表11 制限行為能力者の法律行為の相手方の催告権（20） 暗記】

制限行為能力者	催告の時期	催告の相手方 (注1)	確答不発信の効果 (注2)
未成年者	制限行為能力者である間	法定代理人	原則：追認擬制（Ⅱ）（注4） [平23-4-オ]
	行為能力者となった後	本人	追認擬制（Ⅰ） [平4-7-ア]
成年被後見人	制限行為能力者である間	成年後見人 [平29-4-イ]	原則：追認擬制（Ⅱ）（注4） [平29-4-ア]
	行為能力者となった後	本人	追認擬制（Ⅰ）
被保佐人	制限行為能力者である間	本人	取消擬制（Ⅳ）
		保佐人 [平29-4-イ]	追認擬制（Ⅱ） [平29-4-ア]
	行為能力者となった後	本人	追認擬制（Ⅰ）
被補助人	制限行為能力者である間	本人	取消擬制（Ⅳ）
		補助人 (注3)	追認擬制（Ⅱ）
	行為能力者となった後	本人	追認擬制（Ⅰ）

(注1) 催告の受領能力があり、かつ、取消・追認をなし得る者に対してする必要がある

(注2) 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しを擬制する。

(注3) 補助人に対して同意権付与の審判がされたことを前提とする。

(注4) 特別の方式（ex. 後見監督人の同意）を要する場合は取消擬制（Ⅲ）。たとえば、後見人が後見監督人の同意を得て追認をなす場合等（826・864）である。

第21条（制限行為能力者の詐術）

制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない。

[趣旨]

制限行為能力者のした法律行為の相手方の救済及び取引保護と同時に、詐術を用いた制限行為能力者に対する制裁として、取消権そのものを否定するという効果を与えた。

→ 法定代理人等の取消権も消滅する [平9-1-4/平29-4-ウ]

【図表12 詐術】

論点	事例	要件を満たすか
自己の能力を偽る例	「自分は未成年者だが、法定代理人の同意を得た」と偽った場合	○
黙秘	制限行為能力者であることを黙秘していただけた場合 [平23-4-ア]	×
	黙秘が制限行為能力者の他の言動などと相俟って相手方を誤信させ、又は誤信を強めたものと認められた場合（最判昭44.2.13）	○
誤信しなかった場合	制限行為能力者が詐術を用いたとしても相手方が誤信しなかった（だまされなかった）場合 [平19-6-オ]	×

【図表13 後見・保佐・補助の比較 暗記】

		後 見	保 佐	補 助
開始の手続	審 判	後見開始の審判	保佐開始の審判	補助開始の審判
	請求権者	本人，配偶者， 4親等内の親族， 未成年後見人，未成年後見監督人， 保佐人，保佐監督人， 補助人，補助監督人 又は検察官	本人，配偶者， 4親等内の親族 後見人，後見監督人， 補助人，補助監督人 又は検察官	本人，配偶者， 4親等内の親族 後見人，後見監督人， 保佐人，保佐監督人 又は検察官
	本人の同意	不 要	不 要	必 要
同意権	付与の審判	/	不 要	必 要
	本人の同意			必 要
	同意権の範囲		13Ⅰの行為 13Ⅱの行為 (日常生活に関する行為を除く)	特定の法律行為 (13Ⅰの一部に限る) (日常生活に関する行為を除く)
	同意に代わる許可		○	○
取消権	取消の対象	全ての財産的法律行為 (日常生活に関する行為を除く)	同意を得ずに行った行為 (日常生活に関する行為を除く)	同意を得ずに行った行為 (日常生活に関する行為を除く)
	取消権者	本 人 成年後見人	本 人 保佐人	本 人 同意権の付与された補助人
代理権	付与の審判	不 要 [平29-4-オ]	必 要 [平29-4-オ]	必 要
	本人の同意		必 要	必 要
	代理権の範囲	全ての財産的法律行為 (日常生活に関する行為を含む)	特定の法律行為 (13Ⅰの行為に限らない)	特定の法律行為 (13Ⅰの行為に限らない)
善管注意義務		あ り	代理権を付与されている場合はあり	代理権を付与されている場合はあり

第4節 住所

第22条（住所）

各人の生活の本拠をその者の住所とする。

第23条（居所）

- I 住所が知れない場合には、居所を住所とみなす。
- II 日本に住所を有しない者は、その者が日本人又は外国人のいずれであるかを問わず、日本における居所をその者の住所とみなす。ただし、準拠法を定める法律に従いその者の住所地法によるべき場合は、この限りでない。

第24条（仮住所）

ある行為について仮住所を選定したときは、その行為に関しては、その仮住所を住所とみなす。

《注釈》

住所は各人の生活の本拠であり（22）、債務の履行場所（484 I）、相続の開始場所（883）、裁判管轄地（民訴4）の基準として意味をもつ。

第5節 不在者の財産の管理及び失踪の宣告

第25条（不在者の財産の管理）

- I 従来住所又は居所を去った者（以下「不在者」という。）がその財産の管理人（以下この節において単に「管理人」という。）を置かなかつたときは、家庭裁判所は、利害関係人又は（ ① ）の請求により、その財産の管理について必要な処分を命ずることができる。本人の不在中に管理人の権限が消滅したときも、同様とする。
- II 前項の規定による命令後、本人が管理人を置いたときは、家庭裁判所は、その管理人、利害関係人又は検察官の請求により、その命令を（ ② ）。

① 検察官

② 取り消さなければならない

[趣旨]

住所を去ったまま容易に帰ってくる見込みのない者（不在者）の、不在の状態が続く場合には、本人、債権者等の利害関係人、国民経済上の利益のためにも国家が関与してその財産を管理する必要が生じる。このような場合に関する規定が25条から29条である。

[平7-2-イ]

Aの父Bが旅行中、船舶事故に巻き込まれたまま生死不明になった場合、Bが事故に遭遇してから1年が経過しなくても、Aは、家庭裁判所に対しBのために不在者の財産管理人の選任を請求することができる。

○

- 不在者の制度は、失踪宣告制度の前段階として、本人が生存しているものと推測して残留財産を管理し本人の帰りを待つというものであるから、失踪宣告のような時間的制限はない。[平7-2-イ]

<p>[平28-4-2]</p> <p>不在者の財産の管理人(以下「管理人」という。)に関し、不在者が管理人を置いていない場合においても、その不在者が生存していることが明らかであるときは、利害関係人は、管理人の選任を家庭裁判所に請求することができない。</p>	×
--	---

- 「不在者」とは、従来の住所又は居所を去った者をいい(25)、生死が不明であることは、要件となっていない。[平28-4-2]

<p>[平28-4-3]</p> <p>家庭裁判所が管理人を選任した後、不在者が従来の住所において自ら管理人を置いた場合には、家庭裁判所が選任した管理人は、その権限を失う。</p>	×
--	---

- 家庭裁判所が選任した管理人は、当然にその権限を失うのではなく、家庭裁判所による取消により権限を失う。

第26条（管理人の改任）

不在者が管理人を置いた場合において、その不在者の（ ① ）ときは、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、管理人を改任することができる。

- ① 生死が明らかでない

[趣旨]

不在者が生死不明となった場合、管理人に対して不在者が監督をしえず、管理が失当となる可能性があるためである。[平28-4-1]

<p>[平22-4-エ]</p> <p>不在者Aが財産管理人Dを置いた場合において、DがA所有の財産の管理を著しく怠っているときは、家庭裁判所は、Aの生存が明らかであっても、利害関係人の請求により、管理人の任務に適しない事由があるとしてDを改任することができる。</p>	×
---	---

第27条（管理人の職務）

- I 前2条の規定により家庭裁判所が選任した管理人は、その（ ① ）を作成しなければならない。この場合において、その費用は、不在者の財産の中から支弁する。
- II 不在者の生死が明らかでない場合において、利害関係人又は検察官の請求があるときは、家庭裁判所は、不在者が置いた管理人にも、前項の目録の作成を命ずることができる。
- III 前2項に定めるもののほか、家庭裁判所は、管理人に対し、不在者の財産の保存に必要と認める処分を命ずることができる。

- ① 管理すべき財産の目録

[趣旨]

不在者の財産管理は数年にわたって行われるものであるから、その間に財産が損傷・消費されることがないように、管理状況を明確にするためである。

第28条（管理人の権限）

管理人は、第103条に規定する権限を超える行為を必要とするときは、（ ① ）を得て、その行為をすることができる。不在者の生死が明らかでない場合において、その管理人が不在者が定めた権限を超える行為を必要とするときも、同様とする。

① 家庭裁判所の許可 [令2-4-エ]

【図表14 不在者の財産管理 **暗記**】

	財産管理人を置かなかった場合 =財産管理をする人がいない状態で 不在者となった	不在者が財産管理人を置いた場合 =財産管理をする人がいる状態で不在 者となった
家庭裁判所の 関与	利害関係人又は検察官の請求により、財産管理人の選任その他の必要な処分をする（25Ⅰ前段）	① 財産管理人の権限が消滅した場合 利害関係人又は検察官の請求により、財産管理人の選任その他の必要な処分をする（25Ⅰ後段）
	上記による命令後、本人が管理人を置いたとき → 家庭裁判所は、その管理人、利害関係人又は検察官の請求により、その命令を取り消さなければならない（25Ⅱ）。	② 不在者の生死が不明となった場合 利害関係人又は検察官の請求により、財産管理人を改任することができる（26）
財産管理人 の権限	① 保存行為、及び ② 物又は権利の性質を変えない範囲内の利用・改良行為 （28・103）（注）	不在者が定めた権限
上記の権限を 越える場合	家庭裁判所の許可を得て、行う （28前段）（注）	家庭裁判所の許可を得て、行う （28後段）

（注）【図表15 管理人の権限の具体例】

	家庭裁判所の許可 の要否
不在者を被告とする建物収去土地明渡請求を認容した第一審判決に対し控訴する場合（最判昭47.9.1） [平28-4-4]	不要
不在者の不動産を売却する行為 [平22-4-イ]	必要

第29条（管理人の担保提供及び報酬）

Ⅰ 家庭裁判所は、管理人に財産の管理及び返還について相当の担保を立てさせることができる。

Ⅱ 家庭裁判所は、管理人と不在者との関係その他の事情により、不在者の財産の中から、相当な報酬を管理人に与え（ ① ）

① ることができる。 [平28-4-5/令2-4-オ]

《注釈》

- (1項) 財産が損傷・消費されるおそれがあるので、その損害を担保するための条文
 (2項) 常に報酬が与えられるわけではない。

第30条 (失踪の宣告)

- I 不在者の生死が7年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる。
 II 戦地に臨んだ者、沈没した船舶の中に在った者その他死亡の原因となるべき危難に遭遇した者の生死が、それぞれ、戦争が止んだ後、船舶が沈没した後又はその他の危難が去った後1年間明らかでないときも、前項と同様とする。

第31条 (失踪の宣告の効力)

前条第1項の規定により失踪の宣告を受けた者は同項の期間が満了した時に、同条第2項の規定により失踪の宣告を受けた者はその危難が去った時に、死亡したものとみなす。

【趣旨】

不在者の生死不明の状態が継続すること(失踪)は、不在者の財産・身分に関し利害関係をもつ者の地位を不確定な状態にしておくことになってしまう。そこで、利害関係人のために不在者を死亡したものと取り扱って法律関係を確定させることとした。

【図表16 失踪宣告の要件及び効果 (30・31) **暗記**】

	普通失踪	特別失踪
要件 (注1) (注2)	① 失踪者の生死が7年間不明であること ② 利害関係人の請求があること ③ 家庭裁判所の審判があること	① 死亡の原因たる危難に遭遇した者の生死が当該危難の去った後1年間不明であること [平7-2-ア] ② 利害関係人の請求があること ③ 家庭裁判所の審判があること
効果 (注3)	失踪期間満了の時に死亡したものとみなされる [平14-1-3/令2-4-ウ]	危難の去った時に死亡したものとみなされる [平7-2-ウ]

(注1) 不在者財産管理人を置くことは要件とされていない。 [平7-2-エ]

(注2) 請求権者である「利害関係人」

配偶者、相続人等のように法律的な利害関係を有する者に限り、検察官を含まない。
 [令2-4-ア]

∵ 利害関係人が請求していないのに、国家が死亡の効果を強要するのでは、不在者の帰りを待っている利害関係人、特に親族に不利益となるであろうから。

(注3) 効果 → 死亡を擬制する。

失踪宣告は失踪者の権利能力を奪うものではない。したがって、失踪者が他所で物を買ったり部屋を借りたりすることを妨げない。 [平22-4-ウ]

ハイレベル 2項 利害関係人の範囲

「債権者」は不在者の財産管理人の選任を申立て、その者を相手に債権の取立てができるので一般には利害関係人には含まれない。

第32条（失踪の宣告の取消し）

- I 失踪者が生存すること又は（ ① ）に死亡したことの証明があったときは、家庭裁判所は、本人又は利害関係人の請求により、失踪の宣告を取り消さなければならない。この場合において、その取消しは、失踪の宣告後その取消し前に（ ② ）でした行為の効力に影響を及ぼさない。
- II 失踪の宣告によって財産を得た者は、その取消しによって権利を失う。ただし、（ ③ ）においてのみ、その財産を返還する義務を負う。

- ① 前条に規定する時と異なる時 [平14-1-2]
 ② 善意
 ③ 現に利益を受けている限度

[趣旨]

失踪者の生存が判明し異時死亡の証明された場合の宣告の取消制度を定める。失踪宣告が取り消されると原則として以前の法律関係を復活させることになる。しかし、これを貫けば、失踪宣告を信頼した配偶者や相続人、契約の相手方等に思わぬ損失を与えるおそれがある。そこで、これを避けるために例外を認めた。

【図表17 失踪宣告の取消し】

効果	失踪宣告により発生した法律効果は、遡及的に消滅する。	
	制限①	善意でなした法律行為の効果は遡及的に消滅しない（32 I 後段）。 ※ 法律行為の当事者双方が善意であることを要する。（注）
	制限②	失踪宣告を原因として財産を取得した者は、現存利益の限度で返還義務を負う（32 II 但書）。[平18-5-ア・イ/平22-4-オ] ※ 悪意者には適用されない。

（注） [令2-4-ウ]



○ = 不動産を取得できる × = 取得できない

	Aの生存についての善意・悪意			Cの不動産取得	Dの不動産取得
	B	C	D		
ケース1	善意	善意	善意	○	○
ケース2	善意	善意	悪意	○	○ [平18-5-オ]
ケース3	悪意	善意	善意	× [平18-5-ウ]	争いあり
ケース4	悪意	悪意	善意	×	× [平18-5-エ]
ケース5	善意	悪意	悪意	× [平22-4-ア]	×
ケース6	善意	悪意	善意	× [平22-4-ア]	×
ケース7	悪意	善意	悪意	× [平18-5-ウ]	×
ケース8	悪意	悪意	悪意	×	×

[平7-2-オ]

Aの父Bが旅行中、船舶事故に巻き込まれたまま生死不明になった。その後、Bが事故に遭遇して生死不明になったことを理由として、Bについて失踪宣告がされた後、Bが事故後も生存していたことが証明された場合には、Aは、失踪宣告によりAが相続したBの財産を善意で取得した者がいるときを除いて、失踪宣告の取消しを請求することができる。

×

失踪宣告を受けた者の生存が証明されたときは、利害関係人は、家庭裁判所に失踪宣告の取消しを請求することができる（32 I 前段）。もっとも、失踪宣告が取り消されると初めから失踪宣告がされなかったことになるが、これでは失踪宣告を信賴して行動した者の利益が害されてしまう。そこで、取消しの遡及効を制限して、宣言後取消し前に善意でした行為については効力を失わないとしたのである（32 I 後段）。したがって、Aは相続した財産を善意で取得した者がいたとしても失踪宣告の取消しを請求できる。

ハイレベル 婚姻の場合

たとえば夫の失踪宣告後、妻が再婚した場合、再婚の両当事者が善意でなければ、宣告が取り消されても、後婚も無効にならず（取消原因）、前婚も復活するので（離婚原因）、重婚関係が生じる。両当事者が善意の場合は前婚は復活しない。

①失踪宣告

③取消し

②再婚

X ————— A ————— B

- a A B 双方善意 → A B 間の**後婚のみ有効**となる（通説）。
- b A B の一方又は双方が**悪意** → A B 間の後婚は当然には無効とならず、X A 間の前婚も復活する結果、**重婚関係**となる（通説）。

ハイレベル

財産取得者が即時取得又は時効取得の要件を満たしている場合、失踪宣告の取消しがあっても、その財産取得は影響を受けない（熊本地判大15.2.15、通説）。

第6節 同時死亡の推定

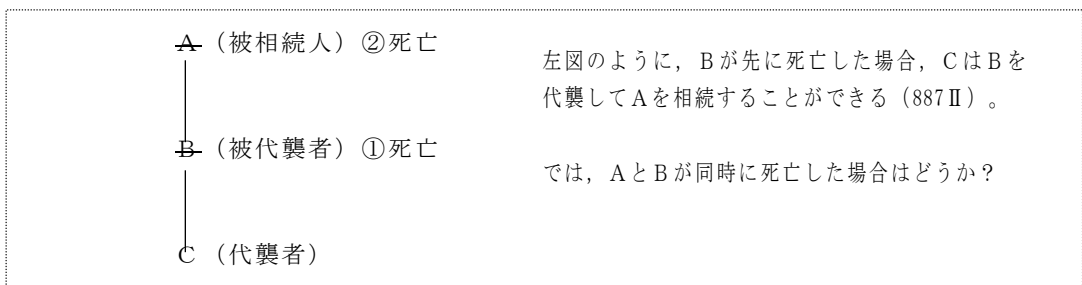
第32条の2

数人の者が死亡した場合において、そのうちの1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は、これらの者は、同時に死亡したものと推定する。

[趣旨]

たとえば、同一危難で親子が死亡した場合、両者の死亡時の認定いかんで相続関係に大きく影響する。しかも同一危難にあつて死亡した場合、死亡時の認定が困難なことが多い。そこで、それぞれの死亡時刻を証明するのが困難であり、その死亡時刻をめぐる利害関係者が存在している以上は、同時に死亡したと推定することが最も公平で理論的にも有用であると考えられたことから設けられた規定である。

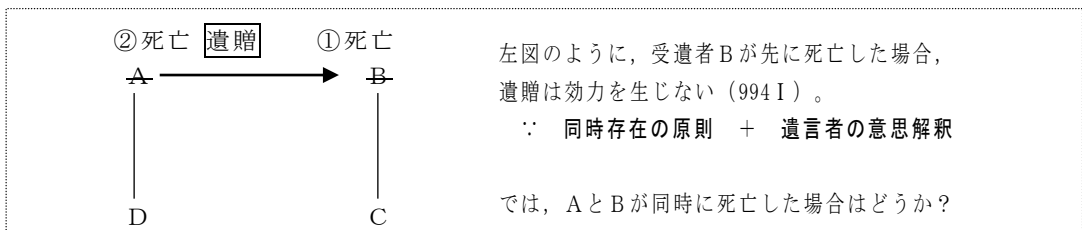
《その他》



AとBが同時に死亡した場合

↓
CはBを代襲してAを相続することができる（887Ⅱ）。

↓
∴ 887条2項は「相続の開始以前に死亡」としていることから、**同時死亡**も含まれる。



AとBが同時に死亡した場合

↓
遺贈は効力を生じない（994Ⅰ）。

↓
∴ **同時存在の原則** + **遺言者の意思解釈**

↓
Cが代襲承継するわけではない。
∴ 遺贈は本来、**特定の人**に対してなされるものである。

↓
結局、**Dが相続する**（995本文）。

↓
ただし、遺言者が**遺言に別段の意思表示**をしたときは、それに従う（995但書）。

第3章 法人

第1節 法人の設立・法人の機関等

平成18年に、社団法人・財団法人の設立についての許可主義を根幹とする主務官庁制を廃止し、法人格の取得と公益性の判断を分離することを中身とする公益法人関連三法が成立した。その結果、民法38条から84条までの規定は削除されることとなった。また、民法33条から37条の各規定も全面改正された。

第33条（法人の成立等）

- I 法人は、この法律その他の法律の規定によらなければ、成立しない。
- II 学術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他の公益を目的とする法人、営利事業を営むことを目的とする法人その他の法人の設立、組織、運営及び管理については、この法律その他の法律の定めるところによる。

[趣旨]

法人の設立について、自由設立主義を採らず、民法その他の法律の規定によってのみ設立されるという法人法定主義を宣明したものである。

第34条（法人の能力）

法人は、法令の規定に従い、定款その他の基本約款で定められた目的の範囲内において、権利を有し、義務を負う。

[趣旨]

法人は、一定の目的のために組織され活動するものである。そこで、法人の権利能力の範囲は、その目的によって制限されるものとした。本条はすべての法人に適用される。

《注釈》

定款に定める目的たる事業自体に属する行為のみならず、目的たる事業を遂行するのに必要な行為も目的の範囲内の行為である。

ある行為が「目的の範囲内」に含まれるか否かは、客観的・抽象的に判断されており、現実にはあらゆる種類の取引行為が目的の範囲内とされている。

- ex. 会社が、政党に政治資金を寄附する行為
(最判昭45.6.24・八幡製鉄事件)

第35条（外国法人）

- I 外国法人は、国、国の行政区画及び外国会社を除き、その成立を認許しない。ただし、法律又は条約の規定により認許された外国法人は、この限りでない。
- II 前項の規定により認許された外国法人は、日本において成立する同種の法人と同一の私権を有する。ただし、外国人が享有することのできない権利及び法律又は条約中に特別の規定がある権利については、この限りでない。

第36条（登記）

法人及び外国法人は、この法律その他の法令の定めるところにより、登記をするものとする。

第37条（外国法人の登記）

- I 外国法人（第35条第1項ただし書に規定する外国法人に限る。以下この条において同じ。）が日本に事務所を設けたときは、3週間以内に、その事務所の所在地において、次に掲げる事項を登記しなければならない。
- ① 外国法人の設立の準拠法
 - ② 目的
 - ③ 名称
 - ④ 事務所の所在場所
 - ⑤ 存続期間を定めたときは、その定め
 - ⑥ 代表者の氏名及び住所
- II 前項各号に掲げる事項に変更を生じたときは、3週間以内に、変更の登記をしなければならない。この場合において、登記前であつては、その変更をもって第三者に対抗することができない。
- III 代表者の職務の執行を停止し、若しくはその職務を代行する者を選任する仮処分命令又はその仮処分命令を変更し、若しくは取り消す決定がされたときは、その登記をしなければならない。この場合においては、前項後段の規定を準用する。
- IV 前2項の規定により登記すべき事項が外国において生じたときは、登記の期間は、その通知が到達した日から起算する。
- V 外国法人が初めて日本に事務所を設けたときは、その事務所の所在地において登記するまでは、第三者は、その法人の成立を否認することができる。
- VI 外国法人が事務所を移転したときは、旧所在地においては3週間以内に移転の登記をし、新所在地においては4週間以内に第1項各号に掲げる事項を登記しなければならない。
- VII 同一の登記所の管轄区域内において事務所を移転したときは、その移転を登記すれば足りる。
- VIII 外国法人の代表者が、この条に規定する登記を怠ったときは、50万円以下の過料に処する。

第38条から第84条まで 削除

第2節 権利能力なき社団

一 意義

社団としての実体を有しつつも、公益・営利を目的としないため法律上権利・義務の帰属主体たりえない団体をいう。法人格は有しないが、団体としての独立性を承認され、社団法人に準じた扱いを受ける。 ex. 学術団体、学友会、町内会、クラブ

二 成立要件

①団体としての組織、②多数決の原則、③構成員の変更にもかかわらず団体が存続、④代表の方法、総会の運営、財産管理等、社団としての実体を備える必要がある（最判昭39.10.15）。

三 法律関係

【図表18 権利能力なき社団の法律関係】

	一般論	具体的問題
積極財産の帰属	権利能力なき社団の財産は、実質的には社団を構成する総社員のいわゆる総有に属する。	権利能力なき社団の各社員は当該財産に対して持分権及び分割請求権を有しない（最判昭32.11.14）。 → 総有廃止の定めに関する特段の合意をしている場合には、財産の分割請求も認められる。[平16-4-イ]
消極財産の帰属	権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、その社団の構成員全員に1個の義務として総有的に帰属するとともに、社団の総有財産だけがその責任財産となる。[平11-1-ウ]	① 社団の構成員各自は取引の相手方に対し直接には個人的債務ないし責任を負わない（最判昭48.10.9）。 [平3-4-ウ/平11-1-ウ/平16-4-ア] ② 社団の代表者も取引の相手方に対し個人として責任を負わない（財団法人につき最判昭44.11.4）。[平3-4-エ/平16-4-ア]
不動産の登記名義	権利能力なき社団の資産たる不動産について、当該社団自身の名義で所有権の登記をすることはできない。[平11-1-ア]	次ページ図表参照
民事訴訟	権利能力なき社団は民事訴訟の「当事者能力」を有する（民訴29）が、社団自身に帰属し得ない権利関係については「当事者適格」が否定される。	権利能力なき社団の資産たる不動産につき登記簿上所有名義人となった代表者がその地位を失ったときは、新代表者は自ら原告となって旧代表者に対し当該不動産につき自己の個人名義への所有権移転登記手続を請求することができる（最判昭47.6.2）（注）。[平3-4-オ]

（注） 比較

権利能力なき社団は、構成員全員に総有的に帰属する不動産について、その所有権の登記名義人に対し、当該社団の代表者の個人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟の原告適格を有する（最判平26.2.27）。[民訴平28-2-ウ]

【図表19 権利能力なき社団の登記能力（不動産の公示方法） **【暗記】**】

① 権利能力なき社団名義	×
② 社団代表者たる肩書付の代表者個人名義（先例） ex. 「……登記法令普及協会代表理事 甲野一郎」	×
③ 代表者個人名義（最判昭47.6.2）	○
④ 社団構成員全員の共有名義（先例）	○
⑤ 代表者以外の構成員個人名義（判例）	○

ハイレベル 【図表20 団体の比較 **【暗記】**】 [平11-1] 参照

	一般社団法人 一般財団法人	権利能力なき社団	組合
成立要件	手続の履行＋登記	権利能力なき社団の成立要件を備えること	組合契約の締結 (667 I)
団体の目的	目的による制限はない ただし、剰余金の分配を目的にしてはならない（一般法人11Ⅱ）	目的による制限はない	目的による制限はない
法人格	○	×	×
団体名義での 不動産登記	○	×	×
団体の財産について 構成員は持分を有するか	×	× (総有)	△ (合有)
団体の債務について 構成員が責任を負うか	×	×	○ (675)
構成員の債務について 団体が責任を負うか	×	×	× (676 I) (注)

(注) 持分の処分は組合及び組合と取引をした第三者には対抗できない(676 I)。

→ 組合員の債権者も持分を差し押えることはできない。

第4章 物

第85条（定義）

この法律において「物」とは、有体物をいう。

第86条（不動産及び動産）

- I 土地及びその定着物は、不動産とする。
 II 不動産以外の物は、すべて動産とする。

《注釈》

建築中の建物（建前）は、屋根瓦を葺き荒壁を塗り終わった段階で建物となる（大判昭10.10.1）。

ハイレベル（最判昭61.12.16）

海は、国が一定範囲を区画し、他の海面から区別して排他的支配を可能にしたうえで、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あたる。

【図表21 動産と不動産の違い **暗記**】

		不動産	動産
公示方法		登記（177）	引渡し（178）
公信力		なし	あり（192）
用益物権		認められる	認められない
無主物		国庫に帰属（239 II）	先占者が所有権取得（239 I）
付合の要件・効果		242	243～246
特別先取特権		特定不動産上に成立（325） 登記を要件とする	特定動産上に成立（311） 占有を要件としない
質権	成立要件	占有移転（344）	占有移転（344）
	対抗要件	登記（177）	占有継続（352）
抵当権の客体		客体となる	客体とならない（注）

（注） 例外（参考）→ 自動車・航空機等（自動車抵当・航空機抵当3）

第87条（主物及び従物）

- I 物の所有者が、その物の常用に供するため、自己の所有に属する他の物をこれに附属させたときは、その附属させた物を従物とする。
- II 従物は、（ ① ）に従う。

① 主物の処分

[趣旨]

2個の独立性を有する物の間に客観的・経済的な主従結合関係がある場合に、個人の権利を害しない範囲でこれを法律的運命においても同一に取り扱い、その結合は破壊すべきではないという要請に応じて主物・従物制度を設けたのが本条である。

→ 権利に対しても87条2項が類推適用される（最判昭47.3.9）。

状況	処理
債権（利息付）に質権を設定した場合	質権の効力は利息債権に及ぶ。
建物（借地上に所有する建物）の所有権に抵当権が設定された場合	抵当権の効力は借地権にも及ぶ。 [令4-10-オ]
債務者である土地の賃借人がその借地上に所有する建物を譲渡担保の目的とした場合	譲渡担保権の効力は、土地の賃借権には及ぶ [平24-15-イ]

第88条（天然果実及び法定果実）

- I 物の用法に従い収穫する産出物を天然果実とする。
- II 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する。

第89条（果実の帰属）

- I（ ① ）は、その元物から分離する時に、これを収穫する権利を有する者に帰属する。
- II（ ② ）は、これを収穫する権利の存続期間に応じて、日割計算によりこれを取得する。

- ① 天然果実
② 法定果実

【図表22 天然果実の収穫権者】

収穫権があるもの	収穫権のないもの	
① 善意の占有者（189 I）	① 地役権者	① 留置権者（297）
② 所有権者（206）	② 抵当権者（注2）	② 動産質権者（297.350）
③ 地上権者（265）	③ 受任者	※ 債権の弁済に充当するために、果実を収穫することができる。
④ 永小作権者（270）	④ 受寄者	
⑤ 不動産質権者（356）	⑤ 事務管理者	
⑥ 特定物の引渡前の売主（575）		
⑦ 使用借人（594 I）		
⑧ 賃借人（601）		
⑨ 受遺者（992本文）（注1）		

（注1） 遺言者が別段の意思を表示した場合は不可（992但書）。

（注2） ただし、担保する債権について不履行があった後に生じた果実については抵当権の効力が及ぶ（371）。

第5章 法律行為

第1節 総則

《概説》

一 法律行為の意義

人が法律効果を発生させようとする行為であり，意思表示という法律事実を要素とする法律要件をいう。

二 法律行為の種類・態様

【図表23 法律行為の分類（意思表示の結合の仕方による分類）】

単独行為	→	解除（540 I），債務の免除（519） 遺言（960）
契約	→ ←	売買契約（555），賃貸借契約（601） 消費貸借契約（587・587の2）
合同行為	→ → →	一般社団法人の設立（一般法人10～）

【図表24 単独行為分類】

相手方のある単独行為 （受領を要するもの）	相手方のない単独行為 （受領を要しないもの）
① 法定代理人の同意 ② 取消し ③ 解除 ④ 追認及び追認の拒絶 ⑤ 期限の利益の放棄 ⑥ 時効完成後の時効利益の放棄 ⑦ 制限物権の放棄 ⑧ 債権の放棄 ⑨ 債務免除 ⑩ 相殺 ⑪ 選択債権における選択権の行使 ⑫ 第三者のためにする契約における受益の意思表示	① 所有権の放棄 ② 占有の放棄 ③ 相続の放棄 ただし，相続放棄は家庭裁判所への申述が必要 ④ 遺言

第90条（公序良俗）

公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。

[趣旨]

法律行為が公序良俗に反する場合、社会的妥当性を欠くから、その法律行為を無効とすることによって、反社会的行為の防止を図った。具体例として、暴利行為、性的不倫契約、人身の自由を制約する契約がある。

《注釈》**◆ 公序良俗違反の効果**

- 1 絶対的無効であり、追認は許されない（善意の第三者であっても保護されない）。
- 2 公序良俗違反の行為が履行された場合には、原状回復が許されない。
→ 不法原因給付となる（708）。

ハイレベル 時代により変遷する公序の概念

公序良俗違反となるかの基準時は、法律行為時の公序に照らして判断され、行為時に公序良俗に反しない法律行為は、後に公序が変化しても有効である（最判平15.4.18）。

ハイレベル 動機の不法

動機が相手方に表示された場合には、行為も不法性を帯び、公序良俗に反するということができる。たとえば、賭博の返済目的のために消費貸借契約を締結することは公序良俗に反する（大判昭13.3.30）。→ [民訴昭58-8-3] 参照

第91条（任意規定と異なる意思表示）

法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う。

第92条（任意規定と異なる慣習）

法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う。

第2節 意思表示

【図表25 意思表示のまとめ **暗記**】

	効 果		第三者保護規定
	原 則	例 外	
心裡留保 (93)	意思表示は有効 [平3-8-ア]	相手方が表意者に効果意思のないこと（真意）について悪意又は善意・有過失である場合は無効	善意の第三者に対抗できない。
虚偽表示 (94)	意思表示は無効 [平3-8-イ/平15-5-ウ]		善意の第三者に対抗できない
錯 誤 (95)	意思表示は取り消すことができる	表示者に重過失があるときは取り消すことができない（注）	善意でかつ過失がない第三者に対抗できない。 [令3-5-ウ]
詐 欺 (96Ⅰ～Ⅲ)	意思表示を取り消すことができる	第三者の詐欺による意思表示は、 ・相手方が悪意であるとき ・相手方が善意・有過失であるとき に限り取り消すことができる	善意でかつ過失がない第三者に対抗できない。
強 迫 (96Ⅰ)	意思表示を取り消すことができる [平3-8-ウ]		な し

（注） 次に掲げる場合は，重過失があっても取り消すことができる。

- ① 相手方が表意者に錯誤があることを知り，又は重大な過失によって知らなかったとき。
- ② 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。

第93条（心裡留保）

- I 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知っていたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方がその意思表示が表意者の真意ではないことを（ ① ）ときは、その意思表示は、無効とする。
- II 前項ただし書の規定による意思表示の無効は、（ ② ）の第三者に対抗することができない。

- ① 知り、又は知ることができた
② 善意

【図表26 93条2項の射程範囲】

事例	93条2項の適用
A → B (悪意) → C (善意)	○ = Cは所有権を取得する
A → B (善意・無過失) → C (善意)	× = Cは所有権を取得する (注)

(注) A B間の売買契約は民法93条1項本文により有効に成立する。そして、当該売買契約が有効である以上、同法同条2項の無効となる場合に当たらず、Bから転得した第三者Cは、善意・悪意にかかわらず、有効に権利を取得することができる。

ハイレベル 適用範囲

債権譲渡の事実がないにもかかわらず、債権者が債務者に対して譲渡の通知（467）を行ったとしても、譲渡の事実が全くない以上、本条の適用はなく、債権者はなお、債務者に対して自己が債権者であることを主張しうる。

ハイレベル

A所有の甲土地について、Aが真意では売却するつもりがないにもかかわらず、Bとの間で売買契約を締結し、その後、BがCに対し甲土地を譲渡した場合において、BがAの意思表示が真意ではないことにつき善意無過失であり、CがAの意思表示が真意ではないことにつき悪意であるとき

- 意思の不存在を認識している表意者Aを保護する必要はない反面、相手方Bの信頼は保護されなければならない。A B間の売買契約は民法93条1項本文の原則どおり有効に成立する。そして、当該売買契約が有効である以上、第三者保護の要件を規定した同法同条2項の「無効になる場合」にあたらないため、Bから転得した第三者Cは、悪意であっても、有効に権利を取得することができる。よって、BがAの意思表示が真意ではないことにつき善意無過失であれば、A B間の売買契約は有効に成立し、Bから転得したCが悪意であっても、AはCに対し、当該売買契約の無効を主張することができない。

第94条（虚偽表示）

- I 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、（ ① ）とする。
 II 前項の規定による意思表示の無効は、（ ② ）の第三者に対抗することができない。

- ① 無効
 ② 善意

【図表27 94条2項の「第三者」の解釈】

要件	① 虚偽表示の外形を信頼して新たに利害関係を取得すること ② 独立の経済的利益を有すること ③ 虚偽目的物に対して、法律上の利害関係を有すること ④ 善意であること（注）
効果	表意者の意思表示は無効であるが、表意者はその無効を善意の第三者に対抗することができない。

（注）「登記」の要否

事例	虚偽表示 A → B → C 未登記 善意	虚偽表示 A → B → C 未登記 善意 A → D
結論	CはAに対抗することができる （最判昭44.5.27） [平19-7-ア/平27-7-オ]	CはDに対抗することができない （最判昭42.10.31） [平19-7-イ/平27-5-ア]

【図表28 虚偽表示における転得者の保護】

○ = Dは保護される × = 保護されない

事例	結論
虚偽表示 A B → C → D 第三者 転得者 (悪意) (善意)	○ (注1) (最判昭45.7.24)
虚偽表示 A B → C → D 第三者 転得者 (善意) (悪意)	○ (注2) (大判昭6.10.24)

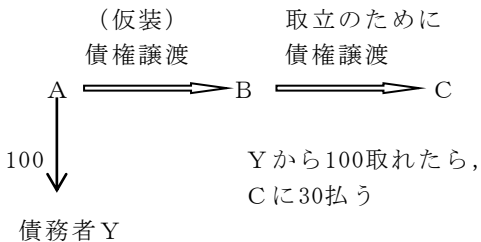
（注1） [平11-3-エ/平15-5-イ/平19-7-ウ/平27-5-イ]

（注2） [平11-3-オ/平12-4参照]

【図表29 94条2項第三者に該当するか否かに関する判例】 ○=該当する ×=該当しない

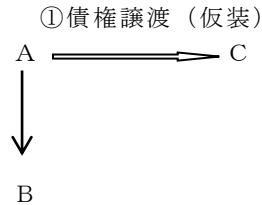
事 例	結 論
① 仮装の譲受人から目的物を譲り受けた者（最判昭28.10.1）[平30-4-オ]	○
② 仮装の譲受人から目的物の相続を受けた者 [平28-7-ア]	×
③ 仮装譲渡の目的物に対して差押えをした譲受人の債権者（最判昭48.6.28） [平11-3-ウ/平15-5-オ/平19-7-エ]	○
④ 仮装の債権者から債権を譲り受けた者（大判昭13.12.17） [平15-5-エ/平19-7-オ]	○
⑤ 仮装の抵当権者から転抵当権の設定を受けたが原抵当権設定者に対する対抗要件（377I）を具備していない者（最判昭55.9.11）	○
⑥ 土地の仮装譲受人が右土地上に建物を建築した場合の建物賃借人（最判昭57.6.8） [平15-5-ア]	×
⑦ 債権の仮装譲受人から取立のために債権を譲り受けた者（大決大9.10.18） （注1）	×
⑧ 仮装譲渡の譲受人の一般債権者（大判大9.7.23） [平11-3-ア]	×
⑨ 代理人や法人の代表機関が虚偽表示をした場合における本人や法人	×
⑩ 仮装の債権譲渡がされた場合の債務者 [平15-5-ウ/平24-4-エ]	×
⑪ 土地の賃借人が土地上に建物を建て、この地上建物を他に仮装譲渡した場合の土地賃貸人（最判昭38.11.28） [平27-5-オ]	×

(注1)



(注2) ただし、債務者が弁済した場合は該当する

(大判昭8.6.16)

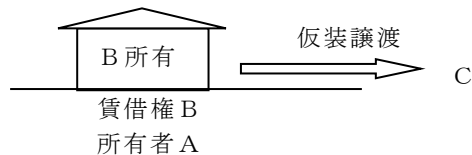


[平15-5-ウ] Aは、Bに対して貸金債権を有していたところ、AとCとが通謀して、当該貸金債権をCに譲渡したかのように仮装した。その債権譲渡を承諾したBは、債権譲渡が無効であるとして、Cからの貸金債権の支払請求を拒むことはできない。	×
[平24-4-エ] 相手方と通じて債権の譲渡を仮装した場合において、仮装譲渡人が債務者に譲渡の通知をしたときは、仮装譲渡人は、当該債権につき弁済その他の債務の消滅に関する行為がされていない場合でも、当該債権譲渡が虚偽であることを知らない債務者に対して当該債権譲渡が無効であることを主張することができない。	×

(注2) ①土地の賃貸 ③建物の仮装譲渡

(×) A ————— B ————— C

②建物建築



ハイレベル 適用範囲

- 1 2項は原則として身分行為には適用がない。 ∵ 本人の意思の尊重
ただし、財産関係に関連する相続については適用される。
- 2 要物契約（消費貸借・質権設定）において仮装当事者間で物の引渡しが行なわれなかった場合でも、2項は適用される。
- 3 相手方のある単独行為には、本条1項が適用される余地がある。
- 4 相手方のない単独行為でも、実質的に見て関係者の通謀といえる場合には本条1項が適用される。 ex. 共有持分の放棄

【図表30 94条2項の類推適用 暗記】

事例	Cの保護要件
<p>① AがBの承諾を得てB名義で登記</p> <p style="text-align: right;">第三者</p> <p>A→ B → C</p> <p>① B名義の建物保存登記 (不実の登記)</p>	善意 (最判昭41.3.18)
<p>① BがAの承諾を得ずにB名義で登記</p> <p style="text-align: right;">第三者</p> <p>A→ B → C</p> <p>② 知りながら ① B名義の移転登記 放置 (不実の登記)</p>	善意 (最判昭45.9.22)
<p style="text-align: right;">第三者</p> <p>A→ B → C</p> <p>① B名義の仮登記を作出 ② Bが仮登記から本登記に勝手に変更</p>	善意・無過失 (最判昭43.10.17) [平27-5-エ]
<p>A → B ①所有権が移転されたが、自己の指示のミス及び司法書士のミスにより抵当権設定の登記</p> <p>A → C ②譲渡</p>	善意・無過失 (最判昭45.11.19)

ハイレベル 関連判例

- ・ 権利者が承認した外形以上の権利を第三者が取得した場合には、単に本条2項の類推適用によるだけでなく、110条の法意から、善意・無過失の第三者を保護すべきである（最判昭45.11.19）。
 - ・ 真の権利者が自ら不実の登記の作出に関与していない場合でも、不動産所有者が不必要に登記済証を預けたままにし、内容使途を確認することなく書類に署名押印し、登記申請書へ自分の実印が押されるのを漫然とみていた等、あまりに不注意な行為によって不実の登記がなされた場合、帰責性の程度は自ら外観作出に積極的に関与したのと同視できるとしたうえで、本条2項及び110条を類推適用した（最判平18.2.23）。
- cf. 通謀を欠く場合は、本来の94条の場面に比べて本人の帰責性が低いことから、第三者に無過失を要求する立場もある。

第95条（錯誤）

- I 意思表示は、次に掲げる錯誤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（ ① ）であるときは、取り消すことができる。
- ① 意思表示に対応する（ ② ）錯誤
- ② 表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその（ ③ ）錯誤
- II 前項第2号の規定による意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが（ ④ ）に限り、することができる。
- III 錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、第1項の規定による意思表示の取消しをすることができない。
- ① 相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき。
- ② 相手方が（ ⑤ ）に陥っていたとき。
- IV 第1項の規定による意思表示の取消しは、（ ⑥ ）第三者に対抗することができない。

- | | |
|-------------|------------------------|
| ① 重要なもの | ④ 表示されていたとき |
| ② 意思を欠く | ⑤ 表意者と同一の錯誤 |
| ③ 認識が真実に反する | ⑥ 善意でかつ過失がない [平23-5-オ] |

【図表31 錯誤に基づく取消しの可否（95） 暗記】

原則 （取消し○）	意思表示は取り消すことができる。（注）	
例外	表意者に重大な過失がある場合、取消しができない	
	再例外① （取消し○）	相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき [平30-4-エ/令3-5-ア]
	再例外② （取消し○）	相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。

（注） 取消しの要件（錯誤の類型ごと）

・ 下に該当し、かつ「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）であること	
表示行為の錯誤	・ 「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」（95 I ①）があること。
動機の錯誤	・ 「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」（95 I ②）であること。 ・ 「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」（95 II）こと。 [令3-5-イ]

[平23-5-ウ]

Aは、Bが営む骨董屋の店内に陳列されていた彫刻甲を著名な彫刻家Cの真作であると信じて購入した。ところが、実際には、甲は、Cの真作ではなかった。これは動機の錯誤にあたる。

○

→ Aの表示意思に対応する内心の意思（店内に陳列されていた甲を買おうという意思）はあるため、その点につき錯誤はないが、効果意思を発生させる過程すなわち動機（Cの真作を買うという点）に錯誤があるため、動機の錯誤が問題となる。

【図表32 動機の表示に関する判例】

		取消し の可否
動機が黙示的に表示された場合（最判昭29.11.26） [平23-5-エ]		○
具体例 ①	自分以外にも連帯保証人がいるものと誤信して、連帯保証人になることを同意した場合（他に連帯保証人がいることが保証契約の内容となっていない）（最判昭32.12.19）	×
具体例 ②	家屋の賃貸人が自ら使用する必要があるとの事由で申し立てた家屋明渡しの調停が成立した後に、その事由の不存在が明らかとなった場合（その事由の存否が調停の合意の内容となっていない）（最判昭28.5.7） [平17-4-エ]	×
具体例 ③	協議離婚に伴う財産分与契約において、分与者が自己に譲渡所得税が課されることを知らず、そのような理解を当然の前提とし、かつその旨を黙示的に表示していた場合（最判平元.9.14）	○

第96条（詐欺又は強迫）

- I 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。
- II 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を（ ① ）に限り、その意思表示を取り消すことができる。
- III 前2項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、（ ② ）第三者に対抗することができない。

- ① 知り、又は知ることができたとき
② 善意でかつ過失がない

【図表33 詐欺と強迫の比較 **暗記**】

	詐 欺	強 迫
意義	故意（注1）に人を欺罔して錯誤に陥れ、かつ錯誤により意思を決定させて表示させる行為（注2）	故意をもって人に不法に害悪を告知し畏怖を与え、かつ、その畏怖によって意思を決定させ、表示させる行為
2項	第三者の詐欺の場合、相手方が詐欺につき、悪意又は善意・有過失である場合に取り消せる（注3）	第三者の強迫の場合、相手方の知・不知を問わず取り消せる [平27-7-ア/平30-4-ウ]
3項	善意無過失の第三者に取消しを対抗できない（注4）（注5）	善意の第三者にも取消しを対抗できる

（注1） 二段の故意（だます故意とそれにより意思表示させる故意）が必要である [平13-1-イ/平23-5-ア]

[平13-1-イ] Bは、C社の従業員から甲薬品はガンの予防に抜群の効果があるとの虚偽の説明を受け、これを信じてAに同様の説明をし、Aもこれを信じて甲薬品を購入した場合、Aは、Bとの間の売買契約を取り消すことができる。	×
--	---

(注2) 沈黙が詐欺にあたるか [平23-5-イ]
→信義則上、告知義務がある場合は沈黙も欺罔行為に当たる (大判昭16.11.18)。

(注3) 第三者詐欺の処理

		Bの主観		
		善意無過失	善意有過失	悪意
第三者詐欺	A → B 詐欺 ↑ C 意思表示	取消し×	取消し○	取消し○
心裡留保	A → B 心裡留保	有効	無効	無効

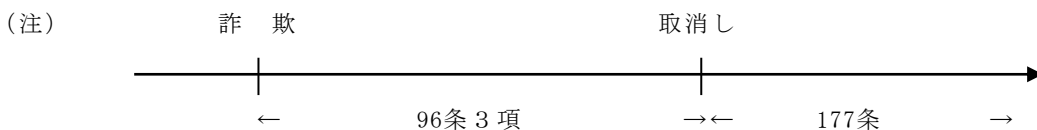
(注4) 善意・無過失の第三者の登場によって表意者の取消権の行使は制限されない。
[平10-4-エ/平18-6-エ・オ]

[平10-4-エ] AがBの詐欺により、Bとの間で、A所有の甲土地を売り渡す契約を締結した。Aが売買契約の意思表示を取り消した場合において、Bへの所有権移転登記を経由していたときは、Bが第三者に転売した後であっても、Bに対し、その登記の抹消を請求することができる。	○
---	---

(注5) 取消し後の第三者とは、177条の対抗関係に立つ (詐欺・強迫共通)。

【図表34 (詐欺) 第三者の保護】

詐欺の当事者及びその包括的承継人以外で、詐欺による意思表示によって生じた法律関係に基づき新たに独立した利害関係を有するに至った者 → 第三者は、表意者の取消前に利害関係に入ることが必要である。表意者と取消後の第三者とは対抗関係となる (大判昭17.9.30)。(注)
--



【図表35 (詐欺) 第三者に該当するか】

	イメージ	第三者の可否
① 売主Aを騙して不動産を譲り受けた買主Bの債権者Cが目的不動産を差し押さえた場合のC		○
② B所有の不動産にAの1番抵当権、Cの2番抵当権があり、Bが詐欺によってその一番抵当権を放棄し、後その放棄を取り消した場合のC (大判明33.5.7)		×
③ ACがBに対して連帯債務を負担していて、Aが詐欺によって代物弁済をし、後にその代物弁済を取り消した場合のC (大判昭7.8.9)		×

ハイレベル 強迫の意義

強迫により意思表示がなされることが必要である。

ex. 暴力で意思表示がなされたかのような外観があるにすぎない場合には、意思の自由がないので「強迫」ではなく、意思表示は無効である(最判昭33.7.1)。

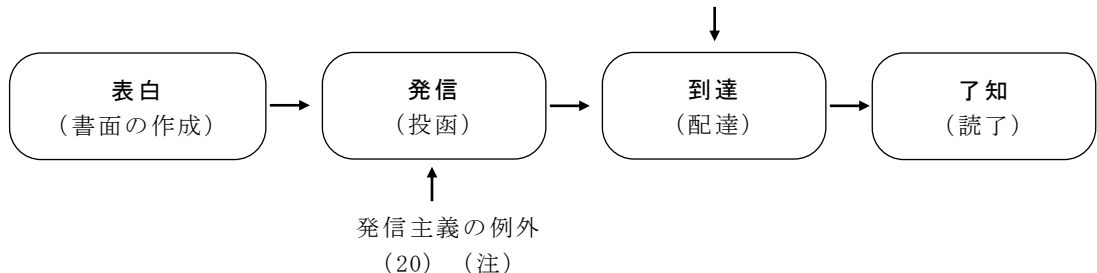
→ 強迫が認められるためには、表意者が完全に意思の自由を失ったとまでいえる必要はない。

第97条 (意思表示の効力発生時期等)

- I 意思表示は、その通知が相手方に (①) からその効力を生ずる。
 II 相手方が正当な理由なく意思表示の通知が到達することを妨げたときは、その通知は、(②) に到達したものとみなす。
 III 意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失し、又は行為能力の制限を受けたときであっても、そのためにその (③) 。

- ① 到達した時
 ② 通常到達すべきであった時
 ③ 効力を妨げられない [平3-8-エ/平24-4-オ]

到達主義の原則 (97 I)



(注) 制限行為能力者の催告に対する確答 (20)

∴ 「追認拒絶」の意思表示発信後、定められた期間を過ぎて到達した場合 or 全く到達

しなかった場合でも、追認みなしの効果は生じないので、制限行為能力者保護につながるから。

【図表36 到達】

「到達」とは、一般取引上の通念に照らして、相手方が了知しうるようにその勢力範囲に入ることの意味し、相手方が現実的に了知することを要しない（最判昭36.4.20）。

事例	到達と扱われるか
① 甲に対する意思表示を記載した書面が甲の住所に配達され、甲の妻が受領した場合	○
② 法人に対する意思表示を当該法人の使用人が受けた場合（当該使用人が当該法人から当該意思表示の受領権限を与えられていない） （最判昭36.4.20）。[平24-4-ウ]	○

ハイレベル 最判平10.6.11

遺留分侵害額請求の意思表示が記載された内容証明郵便が留置期間の経過により差出人に還付された場合において、受取人が、不在配達通知書の記載その他の事情から、その内容が遺留分侵害額請求の意思表示又は少なくともこれを含む遺産分割協議の申入れであることを十分に推知することができ、また、受取人に受領の意思があれば、郵便物の受取方法を指定することによって、さしたる労力、困難を伴うことなく右内容証明郵便を受領することができたなど判示の事情の下においては、右遺留分侵害額請求の意思表示は、社会通念上、受取人の了知可能な状態に置かれ、遅くとも留置期間が満了した時点で受取人に到達したものと認められる。

第98条（公示による意思表示）

- I 意思表示は、表意者が（ ① ）、又は（ ② ）ときは、公示の方法によってすることができる。
- II 前項の公示は、公示送達に関する民事訴訟法（平成8年法律第109号）の規定に従い、裁判所の掲示場に掲示し、かつ、その掲示があったことを官報に少なくとも1回掲載して行う。ただし、裁判所は、相当と認めるときは、官報への掲載に代えて、市役所、区役所、町村役場又はこれらに準ずる施設の掲示場に掲示すべきことを命ずることができる。
- III 公示による意思表示は、最後に官報に掲載した日又はその掲載に代わる掲示を始めた日から（ ③ ）に、相手方に到達したものとみなす。ただし、表意者が相手方を知らないこと又はその所在を知らないことについて過失があったときは、到達の効力を生じない。
- IV 公示に関する手続は、相手方を知ることができない場合には表意者の住所地の、相手方の所在を知ることができない場合には相手方の最後の住所地の簡易裁判所の管轄に属する。
- V 裁判所は、表意者に、公示に関する費用を予納させなければならない。

- ① 相手方を知ることができず
 ② その所在を知ることができない
 ③ 2週間を経過した時 [平24-4-ア]

【趣旨】

意思表示をすべき相手が誰なのかわからない場合やどこにいるのかわからない場合は、表意者は、その意思表示を公示の方法によって行うことができる。

ex. 1 契約の相手方が死亡した場合に、被相続人が誰なのかわからないような状態

- ex. 2 災害が発生した後で、契約の相手方がどこに避難しているのかがわからないような状態

第98条の2（意思表示の受領能力）

意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に意思能力を有しなかったとき又は（①）若しくは（②）であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができない。ただし、次に掲げる者が（③）は、この限りでない。

- ① 相手方の（④）
② 意思能力を回復し、又は行為能力者となった相手方

- ① 未成年者
② 成年被後見人
③ その意思表示を知った後
④ 法定代理人 [平24-4-イ]

【趣旨】

意思表示の到達により効力を生じさせるには、受信者がその内容を了知できる状態であり、さらに、了知後適切な措置を採れることが前提となっている。そこで、法は意思表示の受信者に受領能力（法律上意思表示が到達したと判断されうる能力）を要求した。[平3-8-オ]

【図表37 受領能力】

受領能力				
意思無能力者	未成年者	成年被後見人	被保佐人	被補助人
×	×	×	○	○

ハイレベル

- ・ 「対抗できない」だけであり、効力が生じないわけではない。
- ・ 受領能力を欠く者の側から到達を主張することは許される。

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) 2023 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

SU23427