

司法書士

実践力Power Up講座
民法 第1回
無料体験冊子①

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001921 244078

SU24407

目次

第1編 民法総則	1
第1章 私権の主体	2
第1節 自然人	2
第2節 法人	39
第2章 意思表示	57
第1節 意思の不存在と瑕疵ある意思表示	57
第2節 意思表示の到達と受領	86
第3節 無効と取消し	89
第3章 代理	100
第1節 代理総説	100
第2節 代理人と相手方の関係	107
第3節 無権代理	118
第4節 表見代理	134
第4章 条件・期限	144
第1節 条件	144
第2節 期限	149
第5章 時効	151
第1節 総説	151
第2節 取得時効	174
第3節 消滅時効	182
第2編 物権	189
第1章 物権変動	190
第1節 物権変動総説	190
第2節 不動産物権変動	203
第3節 動産物権変動	248
第4節 即時取得	252
第5節 明認方法	266
第6節 物権の消滅	270
第2章 占有権	278
第1節 総説	278
第2節 占有の成立要件	284
第3節 占有権の効力	286
第4節 占有権の消滅	298
第3章 所有権	300
第1節 相隣関係	300
第2節 所有権の取得	310
第3節 共有	319

第4章	用益物権	344
第1節	地上権	344
第2節	永小作権	352
第3節	地役権	354

第1編 民法総則

■ 出題傾向の分析 ■

平成27年

4	民法	総則	未成年者	推論	89.4%
5	民法	総則	虚偽表示	知識	91.2%
6	民法	総則	取得時効	知識	79.1%

平成28年

4	民法	総則	不在者の財産の管理人	知識	26.5%
5	民法	総則	代理	知識	93.2%
6	民法	総則	時効	知識	26.8%

平成29年

4	民法	総則	成年被後見人又は被保佐人	知識	68.3%
5	民法	総則	錯誤	知識	49.0%
6	民法	総則	貸金債権の消滅時効	知識	86.1%

平成30年

4	民法	総則	無効又は取消し	知識	90.1%
5	民法	総則	代理	知識	80.6%
6	民法	総則	時効	知識	74.2%

平成31年

4	民法	総則	未成年者	知識	88.6%
5	民法	総則	条件	知識	81.7%
6	民法	総則	時効	知識	86.2%

令和2年

4	民法	総則	不在者の財産の管理及び失踪の宣告	知識	75.3%
5	民法	総則	無権代理と相続	知識	92.1%
6	民法	総則	条件と期限	知識	58.6%

令和3年

4	民法	総則	成年後見制度	知識	86.9%
5	民法	総則	錯誤	知識	74.0%
6	民法	総則	消滅時効	知識	86.9%

令和4年

4	民法	総則	未成年者	知識	92.8%
5	民法	総則	代理	知識	86.4%
6	民法	総則	時効	知識	61.8%

令和5年

4	民法	総則	後見・保佐・補助	知識	85.0%
5	民法	総則	意思表示	知識	89.4%
6	民法	総則	無権代理	知識	83.9%

第1章 私権の主体

第1節 自然人

一 権利能力

1 権利能力の意義

私法上の権利・義務の帰属主体となりうる地位・資格をいう。

2 権利能力の始期・終期

■ 権利能力の始期・終期

	始 期	終 期
自然人	<u>出生</u> （3 I）	<u>死亡</u> （882・896）
法 人	設立登記	清算終了



ワンポイント解説

出生の時：生きて母体から完全に分離した時をさす（全部露出説：通説）。

∴ ① 基準は明確であることが望ましい。

② 私法上の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。

刑法：一部露出説が判例・通説



発展論点

戸籍上の記載と実際の出生時期が異なる場合

→ 実際の出生時期から権利能力が認められる。

3 胎児の権利能力

■ 胎児の権利能力

原則	胎児には権利能力は認められない。
例外	以下の3つに関しては、胎児はすでに生まれたものとみなされる。 ① <u>不法行為に基づく損害賠償請求権</u> (721) ② <u>相続</u> (886 I) ③ <u>遺贈</u> (965)

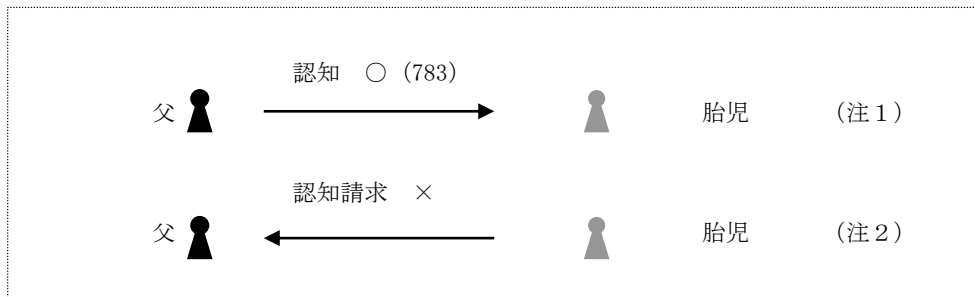


ワンポイント解説

「相続」には、代襲相続も含まれる。

■ 関連知識 ■

- 父が胎児を認知することはできる (783) が、胎児の側から父に対して認知請求することはできない (787参照, 大判明32.1.12)。



(注1) これは胎児について例外的に既に生まれたものとみなすというのではなく、父が死亡する危険が高い場合等、子の出生後の任意認知ができなくなる恐れがあるときに、親子関係を確実にしておくために認められるものである。

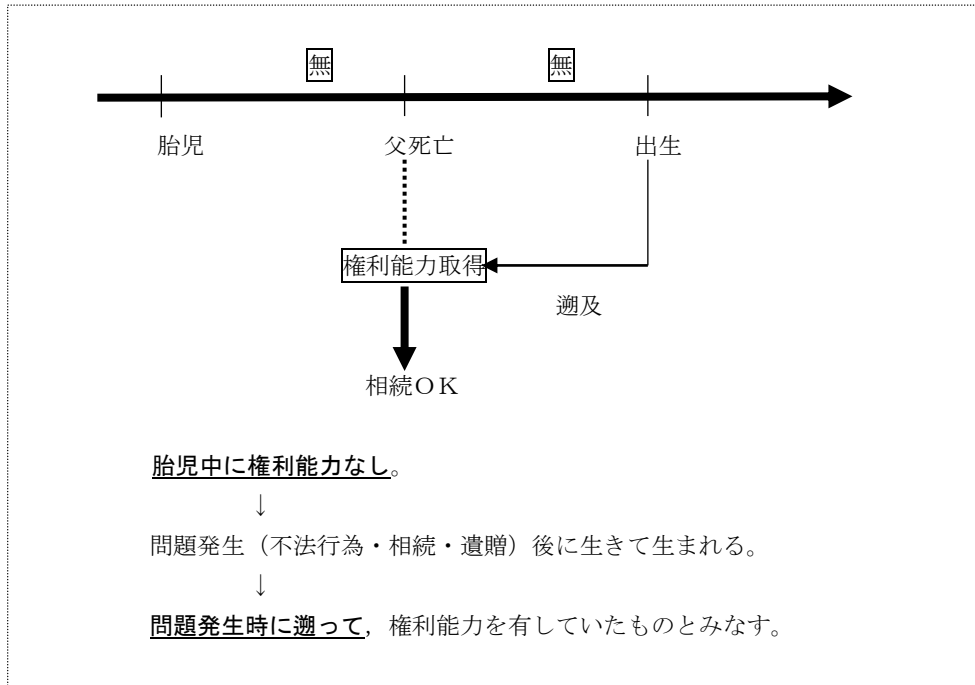
ただし、母の承諾が必要である。

(注2) 批判あり

4 胎児の権利能力に関する法律構成

(1) 停止条件説（判例）

胎児中には権利能力はないが、生きて生まれることを条件に、不法行為に基づく損害賠償請求・相続・遺贈の3つについて、遡及的に権利能力を取得する。



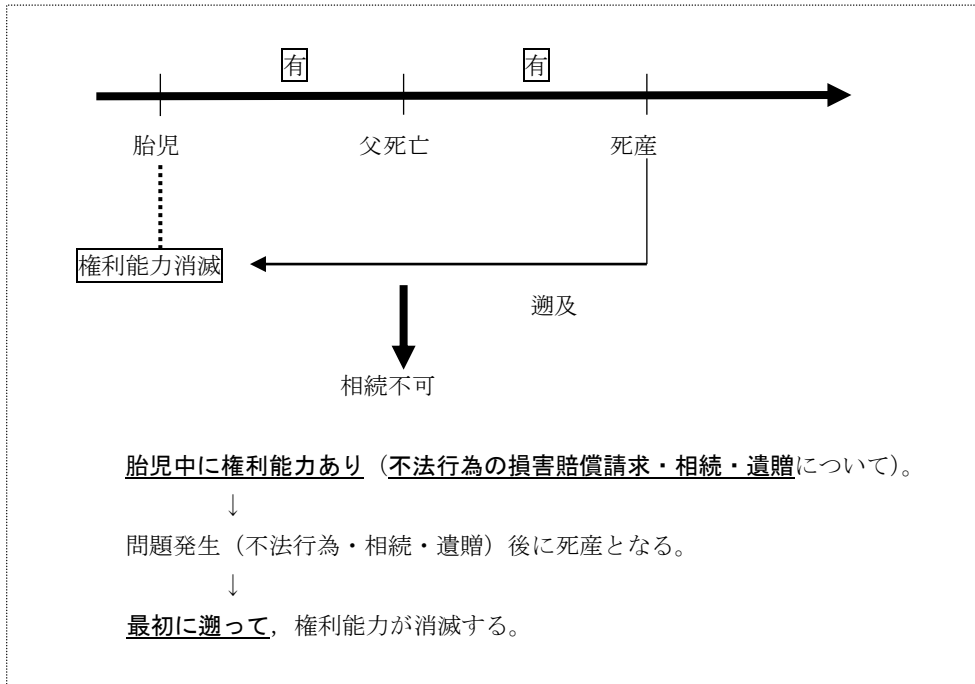
ワンポイント解説

<理由>

- ① 民法には胎児の法定代理人に関する規定はなく、これは胎児に権利能力を認めていないことを意味する。
- ② 胎児が出生するまでの期間は10か月前後に過ぎず、出生するまで待つ権利能力を認めても保護に欠けることはない。
- ③ 胎児の出生まで遺産の分配を停止すると解するほうが実際のだし、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。

(2) 解除条件説（登記実務）

不法行為に基づく損害賠償請求・相続・遺贈の3つについては、胎児中にも権利能力があり、死産を条件に、遡及的に権利能力を失う。

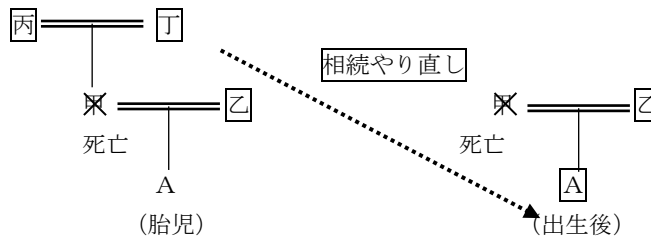




ワンポイント解説

<理由>

- ① 胎児の利益保護のため、胎児中であっても、既に出生している子と同様に権利を認めるべきである。
- ② 胎児に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 医療の進歩により、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、解除条件が成就することは多くない。そこで、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ほうが適当である。
- ④ 胎児に法定代理人をつけることが可能になる。



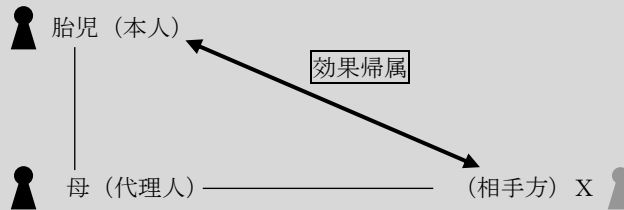
ワンポイント解説

登記実務は解除条件説をとるので、胎児中の相続登記を認め、その後死産であった場合は、抹消又は更正登記を行う。

5 胎児に対する代理

胎児が生きて生まれた場合、胎児中の事件について損害賠償請求をすることができるし、また、胎児中に死亡した被相続人の遺産を相続し、あるいは遺贈を受けることができる。このことは、停止条件説でも解除条件説でも同じである。

では、胎児の間に、母が胎児を代理して、損害賠償請求やその示談あるいは遺産分割等を行うことができるか？



代理の場合、本人に効果帰属するから、前提として本人に権利能力がなければならない。

- 停止条件説 → 胎児中に権利能力なし → 代理× (注1)
- 解除条件説 → 胎児中に権利能力あり → 代理○ (注2)

(注1) 胎児の損害賠償請求権につき、母その他の親族が胎児のために加害者とした和解は胎児を拘束しない (大判昭7.10.6)。

ワンポイント解説

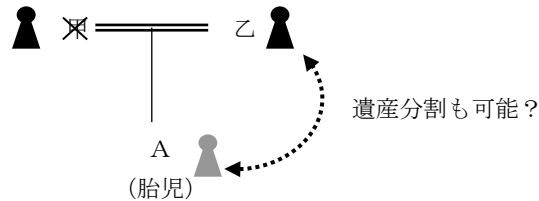
判例は停止条件説をとり、出生すれば事故の時に遡って権利能力を取得することを認め、胎児中には法定代理人は存在しないとする。

(注2) 解除条件説の立場に立っても、代理が成立するのは、不法行為に基づく損害賠償請求・相続・遺贈の3つの場面のみである。

ex. 胎児の母が胎児を代理して不動産の売買契約をすることはできない。

ワンポイント解説

解除条件説でも胎児の権利の保存についてだけ代理を認め、処分行為には及ばないとする見解が有力である。



胎児の出生前に、母が胎児を代理して遺産分割その他の処分行為を行うことはできない (昭29.6.15民甲1188号)。

∴ 出生前は相続関係が未確定であり、死産であった場合に法律関係が複雑になるから。

6 同時死亡の推定

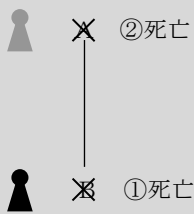
■ 同時死亡の推定

要件	数人の者が死亡した場合に、その死亡の先後関係が不明であること
効果	それらの者は同時に死亡したものと推定される (32の2)。 ① <u>相続</u> は相互に開始しない。 ② <u>代襲相続</u> は認められる (887 II)。 ③ <u>遺贈</u> は効力を生じない (994 I)。

ワンポイント解説

同時死亡の推定は、数人の者が同一の危難に遭遇して死亡した場合だけでなく、別々の場所で別々の原因で死亡したような場合にも適用される。

(1) 同時死亡と相続




左図のように、Bが先に死亡した場合、BはAを相続しない。
 ∴ 同時存在の原則：相続開始時に存在していなければ相続人となることはできないとする原則

では、AとBが同時に死亡した場合はどうか？

AとBが同時に死亡した場合
 ↓
AとBの間で相互に相続は生じない。
 ↓
 ∴ 同時存在の原則

〔 AとBのどちらが先に死亡したか分からない場合
 ↓
 同時に死亡したものと推定される（32の2）。〕

(2) 同時死亡と代襲相続

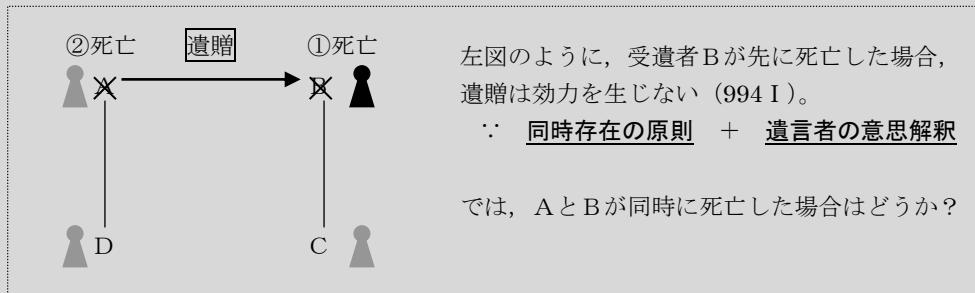


左図のように、Bが先に死亡した場合、CはBを代襲してAを相続することができる（887Ⅱ）。

では、AとBが同時に死亡した場合はどうか？

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。

(3) 同時死亡と遺贈



AとBが同時に死亡した場合



遺贈は効力を生じない（994 I）。



∴ 同時存在の原則 + 遺言者の意思解釈



この場合、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。



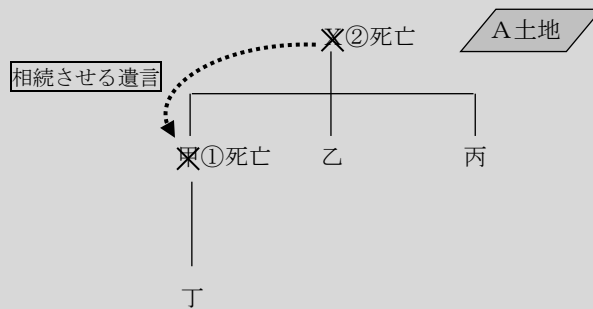
結局、Dが相続する（995本文）。



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）。

■関連先例■ [29-22-1]

- 遺言者が、その者の法定相続人中の1人である甲に対し、「A土地を甲に相続させる」旨の遺言をして死亡したが、すでに甲が遺言者より先に死亡している場合には、甲の直系卑属の丁がいる場合でも、遺言書中に甲が先に死亡している場合には、甲に代わって丁に相続させる旨の文言がない限り、民法994条1項を類推適用して、A土地は、遺言者の法定相続人全員に相続されると解するのが相当であり、その相続の登記をすべきである（昭62.6.30民三3411号）（最判平23.2.22）。



原則：甲の相続人丁が当然にA土地を取得できるわけではない。

∴ 994条1項類推適用

→ 法定相続人全員（丁・乙・丙）に相続される（昭62.6.30民三3411号）。

例外：遺言書に「甲が先に死亡した場合は甲に代わって丁に相続させる」旨の文言がある場合

→ A土地は丁1人に相続される。

二 意思能力

■ 意思能力の意義等

意義	自己の行為の結果を弁識するに足りるだけの精神能力をいう。
効果	意思無能力者のした法律行為は、 無効 となる。(3の2)



ワンポイント解説

だいたい7歳から10歳の子どもの精神能力を指す。



三 未成年者

1 未成年者の意義

年齢18歳に満たない者をいう(4)。

2 未成年者の行為能力

■ 未成年者の行為能力

取消し ○	<p>未成年者が法律行為をするには、法定代理人の同意を要する(5 I 本文)。 → 同意を得ないでした法律行為は、取り消すことができる(5 II)。</p> <p> 発展論点 [27-4-1] [30-6-ウ]</p> <p>「法律行為」には、意思の通知・観念の通知という準法律行為も含まれる。</p> <p> ワンポイント解説</p> <p>① 同意の相手方 → 未成年者・相手方のどちらでもOK ∵ 最も利害関係が強いのは相手方だから、その者に対して同意をしてもOK</p> <p>② 同意の方式 → 黙示でもOK</p> <p>③ 同意の時期 → 同意は事前又は少なくとも同時にされている必要があり、事後の同意は追認となる。</p> <p>④ 包括的な同意 → 個々の行為を予見できる程度の合理的な範囲内であれば、包括的な同意も認められる。</p>
取消し ×	<p>次の行為は、未成年者が単独で有効にすることができる。</p> <p>① 単に権利を得、又は義務を免れる行為(5 I 但書)</p> <p>② 法定代理人が目的を定めて処分を許した財産をその目的の範囲内で処分し、又は目的を定めずに処分を許した財産を処分する行為(5 III) [31-4-7]</p> <p>③ 法定代理人から「一種又は数種」の「営業」を許された未成年者の営業に関する行為(6 I) [R4-4-1]</p> <p>④ 取消し [23-4-1] [27-4-7] [R4-4-ウ]</p>

■ 法律行為、準法律行為、事实在行 [22-6-7-イ・ウ・エ・オ]

(1) 法律行為 (表現行為)	<p>「意思表示」に基づいて法律効果が生じるもの</p> <p>ex. 単独行為(遺言など)、契約(売買など)</p>
(2) 準法律行為 (表現行為)	<p>「一定の通知」に基づいて法律効果が生じるもの</p> <p>① 意思の通知(=「一定の意思」を通知するもの) ex. 履行の催告、制限行為能力者の相手方の催告</p> <p>② 観念の通知(=「一定の事実」を通知するもの) ex. 債権譲渡の通知、債務の承認</p>
(3) 事实在行 (非表現行為)	<p>「事実上の行為」に基づいて法律効果が生じるもの</p> <p>ex. 無主物先占、遺失物拾得、埋蔵物発見</p>

※ 「準法律行為」は、表現行為という点では「法律行為」と共通するが、行為者の意思の内容とそこから生ずる効果が一致しない(例えば、履行の催告は、債務を履行してほしいという意思の通知であるが、これにより解除権が発生するなどの効果を生じる)という点が異なる。

なお、「事实在行」を「準法律行為」に含める分類の仕方もある。

(1) 単に権利を得、又は義務を免れる行為（5 I 但書）

■ 未成年者が単に権利を得、又は義務を免れる行為

○＝単独で可、×＝単独では不可

事 例	可否	理 由
① 負担のない贈与を受ける	○	[27-4-才]
負担付贈与を受ける	×	∵ 単に権利を得るとはいえないから
② 負担のない遺贈を受ける	○	
負担付遺贈を受ける	×	∵ 単に権利を得るとはいえないから
③ 負担のない遺贈の放棄	×	∵ 財産取得の機会を失うから
負担付遺贈の放棄	×	∵ 負担は免れるが、財産取得の機会を失うから
④ 債務の免除を受ける	○	[R4-4-7]
⑤ 債権の弁済を受ける	×	∵ 利益を受けると同時に債権を失うことになるから
⑥ 使用貸借	×	∵ 借主としての返還義務を負うことになるから
⑦ 相続の承認	×	∵ マイナスの財産まで承継してしまうから
相続の放棄	×	∵ プラスの財産も承継できないから

(2) 処分を許された財産の処分（5 III）

① 法定代理人が目的を定めて処分を許した財産を、その目的の範囲内で処分する行為

ex. 高校の学費

→ 親から毎月送付される学費・生活費の残りを貯金してパソコンを購入するには**法定代理人の同意が必要**である。

∵ 目的の範囲外の行為だから

② 法定代理人が目的を定めなくて処分を許した財産を処分する行為

ex. お小遣い

→ 毎月のお小遣いを貯金してパソコンを購入するには**法定代理人の同意は不要**である。

∵ 目的が定められていないから



ワンポイント解説

全財産の処分を許すというような許可をすることはできない（通説）。

(3) 法定代理人から「一種又は数種」の「営業」を許された未成年者の営業に関する行為（6 I）

① 「特定の営業」であることを要する。a 包括的な営業の許可 ×

→ 具体的に営業の種類を特定する必要がある。

∴ 包括的な許可では未成年者の保護にならないから

ex. 「食堂の経営」○

b 1個の営業の一部の許可 ×

∴ 公示できないので、取引の安全を害するから

ex. 「50万円までの取引・仕入れのみ許可する」×

② 「その営業に関する行為」とは、その営業自体だけではなく、その営業を営むために必要とされる行為（ex. 資金の借入れ・店舗の購入・店員の雇入れ）も含まれる。

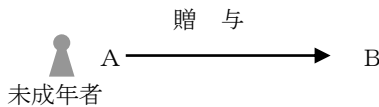
③ 「その営業に関する行為」の範囲内でのみ、成年者と同一の行為能力が認められる。

3 未成年者の法定代理人

未成年者の法定代理人は「親権者」又は「未成年後見人」であり、代理権、同意権、追認権、取消権を有する（824・859・5 I 本文・122・120 I）。

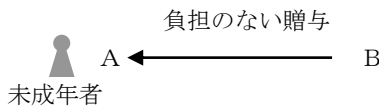
発展論点 —「制限行為能力」を理由とする取消し（下と比較）—

① 未成年者が贈与をしている場合：同意を得ていなければ取消しOK（取消しに同意不要）

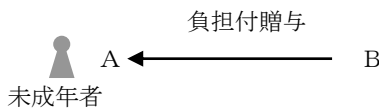


② 未成年者が贈与を受けている場合

a 負担のない贈与：同意を得ていなくても取消し不可



b 負担付贈与：同意を得ていなければ取消しOK（取消しに同意不要）



発展論点 —「書面によらない贈与」を理由とする解除（550）（上と比較）—

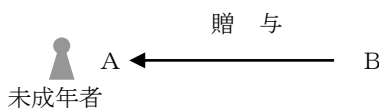
① 未成年者が贈与をしている場合

→ 解除は単に義務を免れる行為に該当し、法定代理人の同意不要



② 未成年者が贈与を受けている場合

→ 解除により得た利益を失うことになるので、法定代理人の同意必要



四 成年被後見人

1 成年被後見人の意義

精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある者で、家庭裁判所の後見開始の審判を受けた者をいう（7・8）。

後見開始の審判の請求権者は、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・補助人・補助監督人・検察官である（7）。[R3-4-7]



ワンポイント解説

「事理弁識能力を欠く常況にある」とは、常に事理弁識能力を欠いた状態にある場合のみならず、たとえ一時的には事理弁識能力を回復することがあっても、意思能力のないのが普通の状態である場合も含む。

ex. 老人認知症、高度の精神障害者



発展論点

① 未成年者も後見開始の審判の対象となる。

∵ 未成年の間に後見開始の審判をしておけば、成年に達した時に法定代理人がいなくなる状況が生ずるのを未然に回避できるという実益がある。

② 未成年者に対して後見開始の審判があった場合

→ 親権又は未成年後見と成年後見は併存し、親権者又は未成年後見人と成年後見人はそれぞれ単独で権限を行使することができる（争いあり）。

■ 関連知識 ■

□ 要件を満たせば、家庭裁判所は必ず後見開始の審判をしなければならない（大判大11.8.4）。

∵ 恒常的に事理弁識能力を欠く者は、常に保護監督をしなければならないから。

cf. 条文上は、「審判をすることができる」である（7）。

□ 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取り消さなければならない（19Ⅰ）。

□ 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又は被補助人であるとき、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又は被保佐人であるときについても、同様である（19Ⅱ）。

2 後見開始の審判の効果

成年後見人が付される（8）。

■ 成年被後見人の行為能力

取消し ○	<p>成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる（9本文）。</p> <p>→ <u>成年後見人の同意を得て行った行為でも、取り消すことができる。</u></p> <p>∴ 事実上、同意があっても法的な意味はない。</p> <p style="text-align: right;">[19-6-1] [27-21-7] [R5-4-7]</p> <p>① 同意があっても、被後見人が期待通りに行動するとは限らない。</p> <p>② 同意があった場合の取消しを制限しても、<u>意思無能力による無効主張</u>をされるかもしれないという相手方の不安は除去されないので、あまり意味がない。</p>
取消し ×	<p>日用品の購入その他日常生活に関する行為は、成年被後見人が<u>単独で有効にすることができる</u>（9但書）。[15-4-1] [25-4-7] [R2-21-7]</p> <p>ex. 食料品・衣料品の購入等</p> <p>∴ 生活必需品の購入のようなことまで取消しの対象とすると、本人の<u>自己決定権に対する過剰な介入</u>となってしまうから。</p> <p>また、残存能力の活用を妨げ、社会からの隔離を助長することにもなるため</p> <p>cf. 代理権はここにも認められていることと区別</p>

■ 関連知識 ■

- 保佐開始（補助開始）の審判の申立てに関する審理の結果、後見開始（保佐開始）の要件を満たすと認定された場合、申立人は、申立ての趣旨の変更をすることができる。その逆の場合も同様である。
- 後見・保佐・補助の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、一定の者からの請求により（職権は×）、後見・保佐・補助の開始の審判を取り消さなければならない（10, 14 I, 18 I）。[R3-4-7]

五 被保佐人

1 被保佐人の意義

精神上の障害により事理弁識能力が著しく不十分な者で、家庭裁判所の保佐開始の審判を受けた者をいう（11・12）。

保佐開始の審判の請求権者は、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・検察官である（11）。

cf. 本人以外の請求権者の場合でも、本人の同意不要[25-4-才] [R5-4-1]

2 保佐開始の審判の効果

保佐人が付される（12）。

■ 被保佐人の行為能力

取消し ○	被保佐人が <u>13条 1 項・ 2 項の法律行為</u> をするには、保佐人の同意を要する（13 I 本文・13 II 本文）。 → 保佐人の同意（又はこれに代わる家庭裁判所の許可）を得ないでした法律行為は、 <u>取り消すことができる</u> （13IV）。
取消し ×	次の行為は、被保佐人が <u>単独で有効にすることができる</u> 。 ① 13条 1 項 2 項以外の法律行為 ② 日用品の購入その他日常生活に関する行為（13 I 但書・13 II 但書）

3 保佐人の同意の要否

(1) 保佐人の同意を要する行為

■ 保佐人の同意を要する行為（13 I 本文）

① 元本の領収・利用
② 借財・保証
③ 不動産・ <u>重要な財産</u> に関する権利の得喪
④ 訴訟行為
⑤ 贈与・和解・仲裁合意
⑥ 相続の承認・放棄・ <u>遺産分割</u> [30-22-才]
⑦ 贈与・遺贈の拒絶 or 負担付贈与・遺贈の受諾
⑧ 新築・改築・増築・大修繕
⑨ 602条に定める期間を超える賃貸借 (山林10年, 土地5年, 建物3年, 動産6か月)
⑩ ①～⑨に掲げる行為を制限行為能力者（未成年, 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

① 元本の領収

ex. 貸金を返してもらう, 賃貸している不動産を返してもらう

∴ まとまった財産が被保佐人の手に渡ると, 浪費してしまう可能性がある。

→ 利息や賃料等の果実の受領は単独でOK

元本の利用

ex. 利息付きでの金銭の貸付け, 不動産の賃貸（但し, ⑨の例外がある。）

② 借財・保証

ex. 手形行為（大判明39. 5. 17）

時効完成後の債務の承認（大判大8. 5. 12）

- ③ 不動産・**重要な財産**に関する権利の得喪
 ex. 抵当権の設定（大判明39. 6. 1）
 土地賃貸借の合意解除（大判昭12. 5. 28）

④ 訴訟行為

同意不要	同意必要
a 応訴行為 ∵ 相手方の利益のため	a 訴え提起
b 附帯控訴 ∵ 応訴の一種だから	b 反訴提起 ∵ 応訴の範囲を超えるから
	c 控訴・上告 (審級を限定している場合)



発展論点

- 保佐人の同意なくしてされた訴訟行為は、**無効**である。
- 人事訴訟**では、訴訟行為に**保佐人の同意を要しない**（人訴13）。
 ex. 離婚の訴え，嫡出否認の訴え，認知の訴え
 人事訴訟：人の基本的な身分関係の確認・形成を目的とする民事訴訟
 通常の民事訴訟とは異なった原則を採用(ex. 専属管轄・職権探知主義)
- 非訟事件**についても、**保佐人の同意を要しない**と解されている（大決大6. 1. 31）。
 非訟事件：公開・対審の構造をとらない
- 保佐人の同意を得られず被保佐人が訴えを提起できなかった場合でも、その債権についての**消滅時効の進行は妨げられない**（最判昭49. 12. 20）。

- ⑤ 贈与・和解・仲裁合意
 → 贈与とは本人が贈与をする場合に限られ、**単なる贈与を受ける**ことは含まれない。
- ⑥ 相続の承認・放棄・**遺産分割**
- ⑦ 贈与・遺贈の拒絶又は負担付贈与・遺贈の受諾
 → 前者は財産取得の機会を失い，後者は義務を負担することになるからである。
 → 負担付きでない**単なる贈与・遺贈を受ける**ことは含まれない。
- ⑧ 新築・改築・増築・大修繕
 → これらについて注文者になる場合を意味し、**請け負うのは単独で可能**である。

- ⑨ 602条に定める期間を超える貸借（長期貸借）
 → 賃貸人となる場合と賃借人となる場合の双方を含む。
 → 602条に定める期間を超えない貸借（短期貸借）は、保佐人の同意を要しない。
 その意味において①の例外となる。
- ⑩ ①～⑨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17条 I の審判を受けた被補助人）の法定代理人としてすること
 ex. 被保佐人が13条 1 項各号の行為を制限行為能力者の法定代理人（親権者等）としてする場合、被保佐人は、保佐人の同意を得なければならない。

(2) 保佐人の同意を要しない行為

形式的に13条 1 項各号に該当する行為でも、「日用品の購入その他日常生活に関する行為」については、保佐人の同意を要しない（13 I 但書）。

ex. 「日用品購入のために銀行に預けてあった預金から、少額の金銭を払戻す」

↓

形式的には「元本の領収」であるが、日常生活に関する行為として、同意を要しない。

(3) 保佐人の同意を要する行為の追加

家庭裁判所は、13条 1 項所定の行為以外の行為についても、保佐人の同意を要する旨の審判（保佐人の同意権の範囲を拡張する旨の審判）をすることができる（13 II 本文）。ただし、「日用品の購入その他日常生活に関する行為」は除かれる（13 II 但書）。



ワンポイント解説

保佐人の同意権の範囲を縮小する旨の審判をすることはできない。[15-4-ウ]

∴ 保佐と補助の区別をなくし、新制度を形骸化するともいえるから

4 保佐人の同意権・代理権

■ 保佐人の同意権・代理権

同意権	<p><u>13条1項・2項の行為について、同意権がある。</u></p> <p>→ ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為は除かれる（13Ⅰ但書・13Ⅱ但書）。[25-4-7][R3-4-オ]</p>
代理権	<p><u>代理権付与の審判による。</u>（注）[15-4-オ][25-4-イ][29-4-オ][R5-4-ウ]</p> <p>→ 家庭裁判所は、一定の者の請求により、特定の法律行為について、保佐人に代理権を付与する旨の審判をすることができる（876の4Ⅰ）。</p>

（注）① 特定の法律行為 → 制限なし。

② 本人以外の者の請求により代理権付与の審判をするには、本人の同意を要する（876の4Ⅱ）。



発展論点

保佐人に代理権が付与されていない場合に、保佐人が取消権を行使したときは、それに伴う原状回復請求権については、保佐人には受領権限がないので、自己に返還するよう請求することはできず、被保佐人本人へ返還するよう請求することができるにとどまる（ただし、保佐人自身への原状回復請求を認める立場もある）。

これに対して、保佐人に代理権が付与されている場合は、代理権の対象行為の範囲で財産管理権も保佐人が有すると解されている。したがって、保佐人の代理権の対象行為が13条1項の同意を要する行為である場合に、被保佐人が単独で当該行為を行い、保佐人が取消権を行使したときは、それに伴う原状回復請求権については、保佐人は、自己に返還するよう請求することができる。

六 被補助人

1 被補助人の意義

精神上の障害により事理弁識能力が不十分な者で、家庭裁判所の補助開始の審判を受けた者をいう（15・16）。

補助開始の審判の請求権者は、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・検察官（15）である。

■関連知識■

- 本人以外の者の請求により補助開始の審判をするには、本人の同意を要する（15Ⅱ）。
[25-4-オ]
- 補助開始の審判は、①同意権付与の審判、②代理権付与の審判、の一方又は双方と同時にしなければならない（15Ⅲ）。

2 補助開始の審判の効果

補助人が付される（16）。

■被補助人の行為能力

取消し ○	被補助人が <u>補助人の同意を要する法律行為</u> をするには、補助人の同意を要する（17Ⅰ）。 → 補助人の同意（又はこれに代わる家庭裁判所の許可）を得ないでした法律行為は、 <u>取り消すことができる</u> （17Ⅳ）。
取消し ×	次の行為は、被補助人が <u>単独で有効に</u> することができる。 ① 補助人の同意を要する法律行為以外の法律行為 [R5-4-オ] ② 日用品の購入その他日常生活に関する行為（17Ⅰ但書）

■関連知識■

- 補助人に同意権が付与されず代理権のみが付与されている場合、被補助人の行為能力は制限されない。
→ この場合、補助人は取消権・追認権を有しない。
∴ 同意権が付与されていないならば「同意を得ないでしたもの」（17Ⅳ）が概念できないから



ワンポイント解説

保佐人と補助人の取消権・追認権 → 同意権に基づくもの
親権者（又は未成年後見人）と成年後見人の取消権・追認権 → 代理権に基づくもの

3 補助人の同意権・代理権

■ 補助人の同意権・代理権

同意権	<p><u>同意権付与の審判による。</u>（注1）[25-4-I]</p> <p>→ 家庭裁判所は、一定の者の請求により、特定の法律行為について、補助人に同意権を付与する旨の審判をすることができる（17 I 本文）。</p> <p>→ ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為は除かれる（17 I 但書）。</p>
代理権	<p><u>代理権付与の審判による。</u>（注2）[15-4-1]</p> <p>→ 家庭裁判所は、一定の者の請求により、特定の法律行為について、補助人に代理権を付与する旨の審判をすることができる（876の9 I）。</p>

（注1）① 特定の法律行為 → 13条1項の行為の一部に限る（17 I 但書）。

∵ 被補助人は被保佐人よりも判断能力が高い人を対象としているから
「日常生活に関する行為」は保佐の同意権の範囲から除かれているので、補助についても同意の対象とはならない。

② 本人以外の者の請求により同意権付与の審判をするには、本人の同意を要する（17 II）。

∵ この制度は、一面では本人の権利を制約するものであるから、本人の自己決定を尊重する。また、補助の対象者は判断能力が比較的高い人であることも考慮されている。

（注2）① 特定の法律行為 → 制限なし

② 本人以外の者の請求により代理権付与の審判をするには、本人の同意を要する（876の9 II・876の4 II）。



ワンポイント解説

制限行為能力者の保護者の権能についての説明は以下のとおりである。

①代理権	保護者が制限行為能力者を代理して法律行為をする権利
②同意権	制限行為能力者のする法律行為について、事前に同意することにより、当該行為を有効とさせることができる権利
③追認権	未成年者・被保佐人・被補助人がそれぞれ同意を得て行なわなければならない行為につき、保護者の同意を得ずに単独でした行為、また、成年被後見人がした行為（日用品の購入その他日常生活に関する行為は除く）を、あとから認めることによって、行為時に遡って有効とさせることができる権利
④取消権	③の行為を取消することができる権利

七 後見・保佐・補助制度の比較

■ 後見・保佐・補助制度の比較[R3-4-1]

		後 見	保 佐	補 助
判断能力		精神上の障害により 事理弁識能力を <u>欠く常況</u> にある者	精神上の障害により 事理弁識能力が <u>著しく不十分</u> な者	精神上の障害により事 理弁識能力が <u>不十分</u> な者
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	<u>本人</u> ・配偶者・4親等内の親族・他の類型の保護者・監督人・ <u>検察官</u> 任意後見受任者・任意後見人・任意後見監督人（任意後見法） 市町村長（整備法）[15-4-7][25-4-ウ]		
	本人の同意	不 要	不 要	<u>必 要</u>
名 称	本 人	成年被後見人	被保佐人	被補助人
	保護者	成年後見人	保佐人	補助人
	監督人	成年後見監督人	保佐監督人	補助監督人
同 意 権	付与の審判	/	不 要	<u>必 要</u>
	本人の同意			<u>必 要</u>
	同意権の 範囲		民13Ⅰの行為 （日常生活に関する 行為を除く） 民13Ⅱの行為	特定の法律行為 <u>（民13Ⅰの一部の行為 に限る）</u> （日常生活に関する 行為を除く）
	同意に 代わる許可		可 [15-4-エ]	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（注） 成年後見人	本 人（注） 保佐人 [30-4-7]	本 人（注） 同意権の付与された 補助人
代 理 権	付与の審判	不 要 [25-4-イ][29-4-オ]	<u>必 要</u>	<u>必 要</u>
	本人の同意		<u>必 要</u>	<u>必 要</u>
	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 <u>含む</u> ）	特定の法律行為 （民13Ⅰの行為に <u>限らない</u> ）	特定の法律行為 （民13Ⅰの行為に <u>限らない</u> ）

（注） 本人の法定代理人が制限行為能力者である場合にその法定代理人がした行為を含む。

八 制限行為能力者の相手方の保護

1 制限行為能力者の相手方の催告権

■ 制限行為能力者の相手方の催告権 (20)

能力ある者に催告して
無返答なら追認みなし

催告の時期	催告の相手方		催告の内容	無返答の効果
制限行為能力者が行為能力者となった後	本人		1か月以上の期間内に、追認するかどうかを確答すべき旨	<u>追認みなし</u> (20 I)
制限行為能力者が行為能力者とならない間	保護者	法定代理人 保佐人 補助人	同上	<u>追認みなし</u> (20 II) (注) [23-4-才][29-4-7]
		本人	被保佐人 被補助人	1か月以上の期間内に、保佐人又は補助人の追認を得るべき旨
	本人	未成年者 成年被後見人		<u>催告自体が無効</u> (∵受領権限なし)

(注) 特別の方式を要する場合は、取消みなし (20III)

ex. 後見人が後見監督人の同意を要する場合 (864)

■ 関連知識 ■

20条は制限行為能力者の相手方に催告権を認めた規定であって、詐欺や強迫取消しの場合には類推適用されない。

未成年者・成年被後見人は受領能力なし (98の2本文)

→ 催告は無効 [29-4-イ]

cf. 被保佐人・被補助人は受領能力あり

催告期間が1か月未満の場合又は期間を定めずに催告した場合

→ 催告は無効 (1か月を経過しても有効とはならない。)



催告に対する制限行為能力者側の確答

→ 発信主義

∵ 「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又は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。

2 制限行為能力者の詐術

■ 制限行為能力者の詐術 (21)

意義	<p>制限行為能力者が、相手方に自己を行為能力者であると誤信させる目的で、詐術を用いること</p> <p>→ <u>同意権者の同意があったと誤信させた場合も含む。</u></p> <div style="display: flex; justify-content: space-around; align-items: center;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">  <p>あなたはまだ未成年者 じゃないのですか？</p> </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;"> <p>そうですが、親の同意を得 ていますから大丈夫です。</p>  </div> </div>
判断基準	<p>① 単に制限行為能力者であることを<u>黙秘</u>していた場合 → <u>詐術に当たらない</u>（最判昭44.2.13）。[23-4-7]</p> <p>② 制限行為能力者であることを黙秘していた場合でも、それが制限行為能力者の<u>他の言動などとあいまって、相手方を誤信させ、又は誤信を強めた</u>と認められるとき → <u>詐術に当たる</u>（最判昭44.2.13）。</p>
効果	<p>制限行為能力者が詐術を用いた場合、<u>取消権を喪失する</u>。[27-4-ウ][29-4-ウ] → <u>保護者の取消権も排除される</u>。</p>

■ 関連知識 ■

- 第三者の詐術により、相手方が誤信した場合には、制限行為能力者の取消権行使は制限されない。[2-14-オ]



発展論点

- ① 相手方が制限行為能力の事実を知っていた場合 [19-6-オ]
→ 詐術があっても、取消権は制限されない。
∴ このような場合は、相手方を保護する必要がないから。

- ② 詐術と相手方の誤信との間に因果関係が必要である。



制限行為能力者が仲介人 (ex. 仲介業者) に対して詐術を用いた場合でも、その事実が契約の相手方には伝わらず、相手方の認識の誤りが制限行為能力者の詐術の結果とはいえない場合

→ 取消権は制限されない (大判昭2.5.24)。

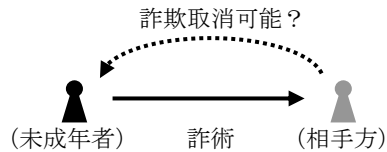
∴ 本条の目的は、詐術を用いた制限行為能力者に対する制裁というよりは、むしろ相手方の保護を考えたものであるから

- ③ 制限行為能力者に相手方を誤信させる意図 (故意) が必要



発展論点

-96条の詐欺との関係-



制限行為能力者が詐術を用いた場合、相手方は、詐欺を理由に意思表示を取り消すことができるか？

↓

96条の詐欺は効果意思の形成に向けられた欺罔行為，つまり，法律行為の内容についての欺罔行為である。

↓

21条の詐術は行為能力の有無についての欺罔行為であり，法律行為の内容についてのものではない。

↓よって

当然に96条の詐欺に当たるわけではない。

↓ただし

行為能力であることが契約の重要な内容となっているような場合

ex. 未成年者への販売が禁止されている物を成年者とだまして売らせる行為

↓

このような場合には，96条による詐欺取消しを認める余地がある。

九 不在者の財産管理制度

1 意義

不在者とは、住所又は居所を去って、容易に帰って来る見込みのない者をいう。

■ 不在者の財産管理制度と失踪宣告制度

不在者の 財産管理 制度	<p>「不在者はまた帰ってくるだろう。」ということが前提</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>不在者が財産を残しているが、帰ってくるまでその財産を管理する者がいない。</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>家庭裁判所に、不在者の財産管理人を選任してもらう。</p>
失踪宣告 制度	<p>「不在者はもう帰ってこないだろう。」ということが前提</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>不在者が財産を残しているが、これを相続したい（再婚したい）。</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>家庭裁判所に、不在者は死亡したとみなしてもらい、相続（再婚）できるようにする。</p>

2 不在者の財産管理

(1) 不在者の財産管理人がいるとき

- (a) 法定代理人（親権者・後見人）がいる場合
→ その法定代理人が財産を管理する。
- (b) 不在者が財産管理人を置いた場合
→ その本人に選ばれた者（委任管理人）が財産を管理する。

(2) 不在者の財産管理人がいないとき

不在者の財産管理人がいないときは、利害関係人（ex. 相続資格者・不在者に対する債権者）又は検察官の請求により、家庭裁判所は必要な処分を命ずることができる（25 I）。

[28-4-2]



ワンポイント解説

不在者の財産管理人がいないときとは、次の場合である。

- ① 法定代理人がおらず、かつ、
- ② a 不在者が財産管理人を置かなかつた場合、又は、
b 不在者が財産管理人を置いたが、その権限が消滅した場合
ex. 管理人との契約期間が切れた場合又は管理人が死亡した場合



ワンポイント解説

「**検察官**」は公益的立場から不在者の財産管理に配慮する必要があるため、請求権者に含まれている。



ワンポイント解説

「**必要な処分**」とは、主として財産管理人の選任だが、財産の封印、財産の競売等もできると解されている。

なお、家庭裁判所が財産管理人を選任した後に、本人自ら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・検察官の請求によって、管理人選任を取り消さなければならない (25Ⅱ)。[28-4-3]

(3) 不在者が財産管理人を置いたが不在者の生死が不明となった場合

不在者が財産管理人を置いたが**不在者の生死が不明となった場合**には、利害関係人又は検察官の請求により、家庭裁判所は財産管理人を**改任することができる** (26)。[28-4-1]

cf. 不在者が生存していると、改任できない。[22-4-1]



ワンポイント解説

このような場合は管理人を監督する者がおらず、管理が失当となる可能性があるため、家庭裁判所が後見的立場から介入するものである。

なお、家庭裁判所は、従来の管理人を不適当と考慮してその任を解き、別の者を管理人に任命してもよいし (改任とよぶ (26))、改任せずに従来の管理人をそのまま監督することもできる (27Ⅱ・28)。

3 不在者の財産管理人の権限等

管理行為 (103条の権限である保存行為・利用行為・改良行為) を行うには、家庭裁判所の許可を要しない。

処分行為を行うには、家庭裁判所の許可を要する (28前段)。なお、許可を得ずにされた行為は**無権代理**となり、原則として、本人に効果帰属しない (113Ⅰ)。

ex. 管理費用捻出のための売却でも必要。[22-4-1]

■ 家庭裁判所の許可の要否

	家庭裁判所の許可
保存行為・利用行為・改良行為 (103条の権限の範囲内の行為)	不要 (28前段) [R2-4-1]
処分行為 (103条の権限の範囲外の行為)	<u>必要</u> (28前段)

■ 関連判例 ■

- 家庭裁判所が選任した不在者財産管理人は、民法 28 条所定の家庭裁判所の許可を得ることなしに、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を提起し、その控訴を不適法として却下した第二審判決に対し上告を提起する権限を有する (最判昭 47.9.1)。∵保存行為に該当するから。[28-4-4]

■関連知識■

- 不在者が財産管理人を置いたが不在者の生死が不明となった場合に、管理人が不在者の定めた権限を越える行為をする場合にも、家庭裁判所の許可を要する（28後段）。

(1) 財産目録作成義務

家庭裁判所が選任した管理人は、管理すべき財産の目録を調整しなければならない（27 I 前段）。

→ この費用は不在者の財産から支出される（27 I 後段）。



ワンポイント解説

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。

(2) 担保提供義務

家庭裁判所は、管理人に対して、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（29 I）。



ワンポイント解説

管理人によって財産が損傷・消費されるおそれがあるので、その損害を担保するためである。

(3) 報酬請求権

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管理人に相当な報酬を与えることができる（29 II）。[28-4-5] [R2-4-才]



ワンポイント解説

常に報酬が与えられるわけではない。

(4) 管理人の辞任・改任

家庭裁判所は自己の選任した管理人が不相当と考えたときは、いつでも改任することができる（家事手続146 I）。

家庭裁判所が選任した管理人は、いつでも辞任することができる（家事手続146 VI）。



ワンポイント解説

不在者自らが選任した管理人の改任については26条に規定があり、辞任については民法上の委任契約の規定に従う（651条以下）。

十 失踪宣告

1 失踪宣告の要件効果

■ 普通失踪と特別失踪の比較

	普通失踪 (30 I)	特別失踪 (30 II)
宣告を受ける者	一般の不在者	戦地・沈没船舶その他危難遭遇者
生死不明期間 (要件)	生存していると知られた 最後の時から <u>7年間</u>	危難の去った時から <u>1年間</u>
死亡の擬制時期 (効果)	<u>失踪期間の満了時</u> (31) [14-1-2] [R2-4-1]	<u>危難の去った時</u> (31)
請求	利害関係人の家庭裁判所への請求 (注)	

(注)「利害関係人」→ 相続人, 配偶者, 親権者, 不在者の財産管理人等



ワンポイント解説

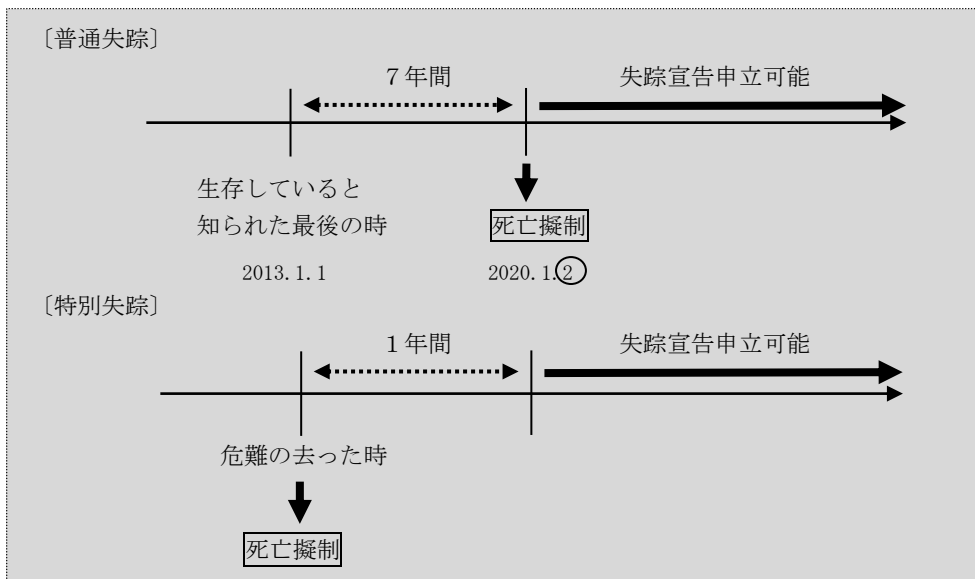
「**債権者**」は不在者の財産管理人の選任を申立て、その者を相手に債権の取立てができるので、一般には利害関係人に含まれない。



ワンポイント解説

「**検察官**」が含まれていないことに注意！ (cf. 不在者制度) [R2-4-7]

∴ 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



■関連知識■

- 婚姻関係を解消するためならば、失踪宣告の申立ての方法によらずに、「配偶者の生死が3年以上明らかでないとき」(770 I ③)を理由として裁判上の離婚手続によることもできる。[14-1-1]
- 不在者の財産管理人の選任の有無にかかわらず、利害関係人は失踪宣告の請求をすることができる。
∴ 制度の性質が異なるので、矛盾するものではない。

2 失踪宣告の効果

- ① 失踪者の権利能力を喪失させるものではない。[22-4-ウ]
- ② 失踪者が生存すること、又は、異なる時期に死亡したことが判明しても、失踪宣告が取り消されない限り、失踪宣告の効果は失われない。[14-1-4][14-1-3]

3 失踪宣告の取消し

(1) 要件

- ① 失踪者が生存すること、又は異なる時期に死亡したこと、の証明があること (32 I 前段)
- ② 本人又は利害関係人の請求があること (32 I 前段)



ワンポイント解説

条文上は「異なる時に死亡」とあるが、これには生死不明期間中のある時期に生存していたことが証明された場合も含むと解されている。

∴ これが証明されれば、この時点から生死不明期間を計算することになるからこの場合は、前の宣告が取り消されて、宣告前の状態に復帰させ、その後、再び宣告がされる。

(2) 効果

家庭裁判所は失踪宣告を取り消さなければならない (32 I 前段)。

■ 失踪宣告の取消しの効果

原則	失踪宣告が取り消されると、 <u>はじめから失踪宣告はなかったもの</u> となる。
例外	① <u>失踪宣告後その取消前に</u> 、 <u>双方善意</u> でした行為の効力は影響を受けない (32 I 後段, 大判昭13.2.7)。
	② 失踪宣告により <u>直接財産を得た者</u> は、 <u>現に利益を受ける限度 (現存利益)</u> で、返還義務を負う (32 II)。

(3) 失踪宣告の取消しの効果（原則）

失踪宣告が取り消されると、その宣告は初めからなかったものと扱われる。

②死亡



===== B

①失踪宣告

③取消



左図の場合、BはAの財産を相続することができる。[14-1-5]

∴ 失踪宣告の取消しによって、Aの死亡時点でBは生存していたことになる。



ワンポイント解説

死亡したものとみなされたことから発生した法律関係は原則全部復元する（失踪宣告前の状態に戻す）。

↓

相続財産・生命保険金の返還、婚姻関係の復活 …

↓しかし

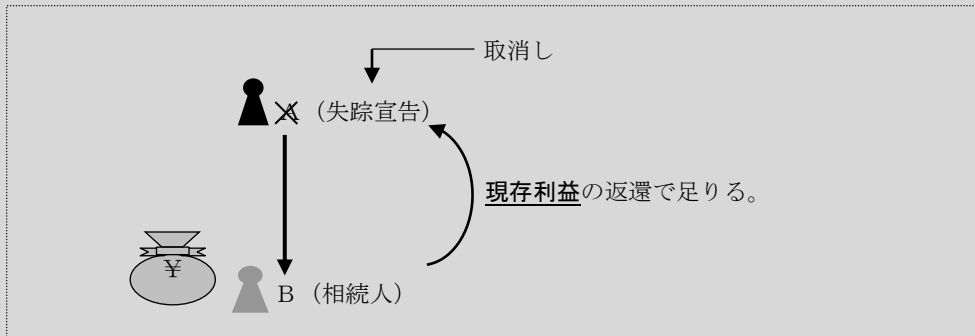
これを貫くと失踪宣告を信じていた者が不測の損害を被る。

↓そこで

復元に一定の制限を設けることとされている。

(4) 失踪宣告の取消しの効果（例外その1：32条2項）

失踪宣告により直接財産を得た者は、現に利益を受ける限度（現存利益）で、返還義務を負う（32Ⅱ）。[22-4-才][18-5-7]



ワンポイント解説

失踪宣告を原因とする直接の財産取得者とは、相続人、受遺者、生命保険金受取人等である。



ワンポイント解説

32条2項の適用については、条文上は善悪の区別がないが、Bの善意・悪意により次のように区別する（通説）。

善意の財産取得者：現存利益の返還で足りる（32Ⅱ）。

悪意の財産取得者：利益全部（+利息・損害賠償）を返還すべき（704）



ワンポイント解説

現存利益に当たるか？ [18-5-1]

500万円 残存

300万円 生活費

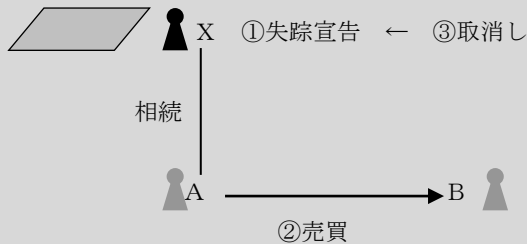
∴ 自分の財産の支出を免れたのであるから、財産が形を変えて残っているといえる。

200万円 遊興費(競馬等)

(5) 失踪宣告の取消しの効果（例外その2：32条1項後段）

失踪宣告後その取消前に「善意」でした行為の効力は影響を受けない（32 I 後段）。

【財産関係】



- a AB 双方善意 → AB間の売買契約は有効となる。

Aが受け取った代金については32条2項で処理する。

- b ABの一方又は双方が悪意 → AB間の売買契約は無効となり、BはXに土地を返還しなければならない。[R2-4-ウ]

<債務不履行責任>

BがXに土地を返還した場合、結果的には他人物売買となり、BはAに対して損害賠償請求（415）及び解除権（541・542）を行使できる。



ワンポイント解説

[22-4-7][18-5-ウ]

32条1項後段の「善意」とは、「双方善意」の場合に限定される（大判昭13.2.7, 通説）。

∴ 一方だけが善意であればよいとすると悪意者の不正処分を否定できず、失踪者の利益保護に欠ける。



ワンポイント解説

失踪宣告後その取消前に「双方善意」でされた行為があるときは、失踪宣告の取消しの効果が制限されるだけであって、失踪宣告の取消し自体ができなくなるわけではない。



発展論点

－失踪宣告と転得者－

絶対的構成

→ C（悪意）は保護される。

∵ ①Bが確定的に所有権を取得した以上、Cも有効に所有権を取得することができる。

②法律関係の早期安定を図る

相対的構成

→ C（悪意）は保護されない。

∵ その者を保護すべきかどうかは、個別的・相対的に判断すべきである。

	A	B	C	Cの保護
ケース1	善意	善意	悪意	保護される(通説)[18-5-才]
ケース2	善意	悪意	善意	保護されない
ケース3	悪意	悪意	善意	保護されない[18-5-I]
ケース4	悪意	善意	悪意	保護されない
ケース5	悪意	善意	善意	保護される余地あり(平野)

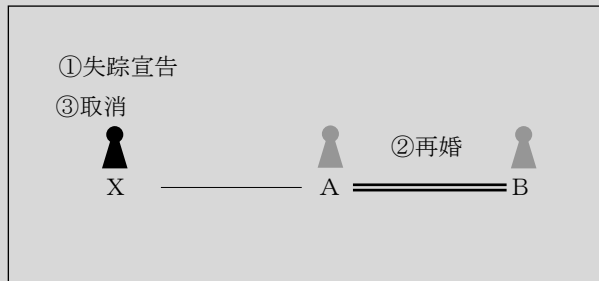


発展論点

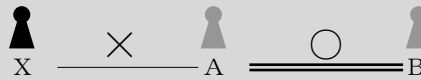
－失踪宣告と即時取得・時効取得－

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）。

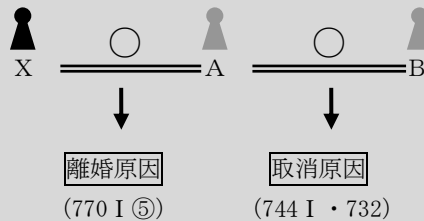
【婚姻関係】



- a AB 双方善意 → AB間の後婚のみ有効となる（通説）。



- b ABの一方又は双方が悪意 → 742条に列挙されている婚姻の無効原因には当たらないため、AB間の後婚は当然には無効とならず、XA間の前婚も復活する結果、重婚関係となる（通説）。



発展論点

—32条1項適用否定説—

婚姻については当事者の意思を尊重すべきで、32条1項の適用により善意・悪意で決するのは妥当ではなく、常に後婚のみを有効とすべきである。

後は慰謝料や財産分与の問題として処理する。

第2節 法人

一 一般社団法人・一般財団法人の設立

事業の公益性の有無に関わらず、剰余金又は残金財産の分配を目的としない社団及び財団は、設立の登記をすることによって成立する（一般社団22・163）。

1 一般社団法人の設立要件

(1) 定款の作成

社員になろうとする者（設立時社員）2人以上が、共同して定款を作成し、その全員がこれに署名し又は記名押印しなければならない（一般社団10 I）。

■ 一般社団法人の定款の必要的記載事項（一般社団11 I）

① 目的
② 名称
③ 主たる事務所所在地
④ 設立時社員の氏名又は名称及び住所
⑤ 社員の資格の得喪に関する規定
⑥ 公告方法
⑦ 事業年度

社員に剰余金又は残余財産の分配を受ける権利を与える旨の定款の定めは、**無効**（一般社団11 II）

(2) 公証人の認証

定款は、**公証人の認証**を受けなければ、効力を生じない（一般社団13）。

(3) 設立登記

登記をすることによって、成立する（**成立要件**）（一般社団22）。

2 一般財団法人の設立要件

(1) 定款の作成

① 設立者（2人以上いるときは、その全員）が定款を作成し、これに署名し又は記名押印しなければならない（一般社団152 I）。

② 設立者は、**遺言**で設立の意思表示をすることができる。

→ **遺言執行者**が、遺言の効力発生後、遅滞なく定款を作成

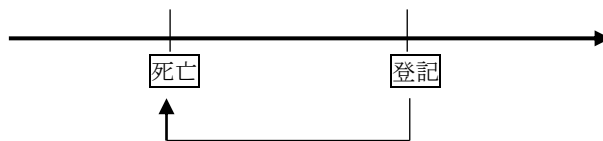
■ 一般財団法人の定款の必要的記載事項（一般社団153 I）

① 目的
② 名称
③ 主たる事務所所在地
④ 設立者の氏名又は名称及び住所
⑤ 設立に際して拠出する財産及びその価額 → 合計額が 300万円 を下回ってはならない（一般社団 153 II）
⑥ 設立時評議員・設立時理事・設立時監事の選任に関する事項
⑦ 設立しようとする一般財団法人が会計監査人設置一般財団法人であるとき → 設立時会計監査人の選任に関する事項
⑧ 評議員の選任及び解任の方法
⑨ 公告方法
⑩ 事業年度

設立者に剰余金又は残余財産の分配を受ける権利を与える旨の定款の定めは、**無効**（一般社団153III②）

拠出財産の帰属時期（一般社団164）

- 生前処分 → **成立の時**
- 遺言 → **遺言の効力が生じた時(死亡の時)**



∴ 遺言の効力発生時期と法人設立時期との間に隙間が生ずるので、その間に相続人が財産を減少させる可能性があるから。

また、遺言の効力発生時に受遺者が存在しなければならないとする994条との論理的矛盾を解決するため。

(2) 公証人の認証

定款は、**公証人の認証**を受けなければ、効力を生じない（一般社団 155）。

(3) 設立登記

登記をすることによって、成立する（**成立要件**）（一般社団 163）。

3 定款変更

(1) 一般社団法人の定款の変更（一般社団49Ⅱ④・146）

社員総会の決議

→ 総社員の半数以上であって、総社員の議決権の3分の2以上

(2) 一般財団法人の定款の変更（一般社団189Ⅱ③・200）

評議員会の決議（特別決議）

→ 議決に加わることのできる評議員の3分の2以上

ただし、原則として、以下の事項は、評議員会の決議で変更できない。

①目的
②評議員の選任及び解任の方法

- ∴ ① 一般財団法人は、設立者の定めた目的を達成するための法人である。
 ② その運営・管理の根幹部分は、設立者の意思を尊重すべきである。

二 法人の能力

一般社団法人・一般財団法人は、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（34）。

1 法人の権利能力

原則：自然人と同様に権利能力を有する。

例外：法人の権利能力は、その性質・法令・目的によって制限を受ける。



ワンポイント解説

法人の権利能力

→ 法人がいかなる種類の権利をいかなる範囲で持つことができるかという問題

法人の行為能力

→ 法人自体の行為を認めることができるか、

認めるならば、誰がいかなる行為をしたときに法人の行為となるかという問題
 （自然人の行為能力＝精神的能力とは異なった概念である。）

cf. 法人実在説では、法人自体の行為を肯定し、代表機関の行為が法人の行為となる。

(1) 性質による制限

自然人のような生命・肉体の存在を前提とする権利義務を享有することはできない。

① 親権者になること	×
② 慰謝料（精神的苦痛に対する損害賠償）の請求	×（注）
③ 相続人となること	×
④ <u>受遺者</u> となること	○
⑤ <u>相続分の譲渡</u> を受けること	○
⑥ 老人ホーム等の法人が <u>特別縁故者</u> として財産分与を受けること（958の2）	○

（注）名誉権は認められるので、名誉権が侵害された場合、損害賠償請求権を有する（最判昭39.1.28）。

∴ 「無形の損害」が発生している。

710条の「財産以外の損害」は、「精神上の苦痛」だけでなく、それを含めた「無形の損害」を意味する（同判例）。

(2) 法令による制限

法人の権利能力は法によって与えられるものであるから、法人の享有しうる権利義務を法令によって制限することはできる。

(3) 目的による制限

法人の権利能力は、定款その他の基本約款に定められた目的の範囲内に制限される(34)。

2 法人の行為能力

(1) 34条の「目的の範囲」は何を制限するか？

34条の「目的の範囲」は、法人の権利能力の範囲を制限している（権利能力制限説：判例・通説）。

↓

権利能力の範囲を超えて行為能力は存在しえないので、法人の行為能力の範囲をも制限することになる。

(2) 34条の「目的の範囲」の判断

(a) 営利法人（会社）の場合

「目的の範囲内」の行為とは、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（判例）。

■関連判例■

- 目的の範囲内であるか否かを判断するにあたっては、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断すべきである（最大判昭45.6.24）。
- 政治献金も、客観的・抽象的に判断して会社の社会的役割を果たすためにされたものと認められる限りにおいて、目的の範囲内の行為といえる（最大判昭45.6.24）。

(b) 非営利法人の場合

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（判例）。

■関連判例■

- 農業協同組合の代表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場合、目的の範囲内に属する行為とはいえない（最判昭41.4.26）。



発展論点

組合員以外の者に対する貸付行為（員外貸付）は組合の目的である事業を遂行するのに必要な「目的の範囲内」（34）の行為とは認められず、無効である（最判昭41.4.26）。

↓しかし

貸付が無効だとしても、その債務を担保するために設定された抵当権ないしその実行手続の無効を主張することは、信義則に反し、認められない（最判昭44.7.4）。

↓なぜならば

債務者は取得した金銭を不当利得として債権者に返還する債務を負っており、結局、債務が存在することには変わりはないからである。

↓結論

当然に不当利得返還請求権に抵当権の効力が及ぶわけではないが、信義則上、その抵当権の消滅を主張することができない。

推論対策 34条の「目的の範囲」

■ 34条の「目的の範囲」は何を制限するか？

	制限されるもの	目的の範囲外の行為
権利能力制限説 (判例・通説)	権利能力 行為能力	無効
行為能力制限説 (实在説に立脚)	行為能力	無効 → ただし、追認可能(113類推)
代表権制限説 (擬制説に立脚)	代表理事の代表権	権限外の無権代表 → 追認・表見代理の問題となる。

A 権利能力制限説

法人は一定の目的を達成するために権利義務の帰属主体となる地位を与えられている。

↓ならば

その目的の範囲内で権利能力を認めれば足りる。

↓また

権利能力の範囲を超えて行為能力は存在しない。

∴ 権利や義務が帰属する範囲が限定されるならば、帰属しない範囲の行為や活動を認めても意味がない。

↓ゆえに

権利能力の範囲を制限することは、行為能力の範囲を制限することにもなる。

B 行為能力制限説(实在説に立脚)

一般社団78・197条は、法人が不法行為に基づく損害賠償責任を負うことを規定している。

↓そして

不法行為に基づく損害賠償責任を負うということは、その点について権利能力があるからこそである。権利能力がなければ、不法行為責任を負うことはない。

↓ならば

34条の「目的の範囲」が権利能力を制限したものと考えると、不法行為も「目的の範囲」内と考えざるをえなくなってしまう。

↓ゆえに

性質・法令による制限を別にすれば、法人の権利能力は無制約的と解すべきである。

↓また

法人が社会的に独自の活動をする存在である以上、権利義務の種類によって権利能力が直接的に否定されることは、法人の本質(实在説)に反する。

C 代表権制限説（擬制説に立脚）

34条の「目的の範囲」は、代表理事の代表権を制限するものである。

↓なぜならば

法人を権利義務の帰属主体として認める以上、性質・法令による制限を別にすれば、法人の権利能力は無制約的と解すべきである。

↓そして

代表理事の代表権の制限と考えれば、それを超える代表理事の行為は、権限外の無権代表行為（無権代理行為）となる。

↓つまり

追認や表見代表（表見代理）が問題となる。



ワンポイント解説

B説・C説は、34条が法人の権利能力を制限したものではないという点では共通する。

しかし、擬制説に立った場合は、法人の行為自体を認めないのであるから、行為能力を制限したものと考えすることはできず、必然的にC説を採らざるをえないこととなる。

3 法人の不法行為責任

(1) 法人の不法行為責任の要件

■ 法人の不法行為責任（一般社団78・197）

要件	① 「 <u>代表理事その他の代表者</u> 」の行為であること ② 「 <u>その職務を行うについて</u> 」第三者に損害を加えたこと ③ 代表理事その他の代表者の行為が不法行為の一般的要件を具備すること
効果	法人は損害賠償責任を負う。

(a) 「代表理事その他の代表者」の行為であること

法人の代表機関が選任した任意代理人：×（大判大9.6.24）

(b) 「その職務を行うについて」他人に損害を加えたこと

- ① 外形上職務に属する行為のほか、右職務の執行と相当な牽連関係に立つ行為を含む（大判大元.10.16）。
- ② 職務行為かどうかは、行為の外形上客観的に判断する（外形標準説：最判昭37.9.7）。
- ③ 外形上職務行為に属する場合でも、相手方が職務行為に属さないことにつき悪意又は重過失があるときは、法人は損害賠償責任を負わない（最判昭50.7.14）。

(2) 代表機関個人の不法行為責任

代表理事個人も法人と連帯して不法行為責任を負う（709）。



ワンポイント解説

代表理事の行為は、法人の行為としての側面と代表理事個人の行為としての側面の二面性をもつから、後者の側面において代表理事個人の不法行為責任を認めることができ、被害者保護を十分にはかることができる（法人実在説から）。

■ 法人の不法行為責任の法的性質

	法人実在説（判例・通説）	法人擬制説
法人は自ら行為をなすうか	なしうる。 → 代表理事が行った不法行為は、法人の不法行為と考えることができる。	なしえない。 → 代表理事が行った不法行為は、あくまでも代表理事自身の不法行為である。
78・197条の趣旨	法人の不法行為について、法人に賠償責任を負わせた規定である（自己責任）。	代表理事の不法行為について、法人に賠償責任を負わせた規定である（代位責任）。
代表理事個人の責任	問うことができる（709）	当然に問える（709）

■ 関連判例 ■

□ 代表理事の行為は、法人の行為である反面、代表理事の行為としての側面をも併せもつので、後者の側面において、代表理事個人の責任を問うことも可能である（大判昭7.5.27）。

A 法人実在説

- ① 法人は実体をもつ。
→ 代表理事の行為を通じて、法人自体が不法行為を行う。
- ② 代表理事は法人の代表機関であり、その行為は法人としての行為である反面、代表理事個人としての行為の二面性をもつ。
→ 後者の側面から、代表理事個人の責任を問うこともできる。
- ③ 法人自体が不法行為をしているのだから、法人が責任を負うのは当然である。
→ 一般社団78・197条は注意規定である。

B 法人擬制説

- ① 法人は実体をもたない（法が権利義務の帰属主体として擬制しただけ）。
→ 法人自体は不法行為をなし得ない。
- ② 代表理事は法人の代表機関でなく代理人であり、その行為は代表理事個人としての行為である。
→ 代表理事個人が責任を負うのは当然である。
- ③ 法人自体は不法行為をなし得ないので、他人（代表理事）の不法行為について法人に責任を負わせたものである。すなわち、報償責任（他人を利用して利益を得ている者はその責任もまた負う。）の観点から、法人にも責任を負わせているのである（報償責任説）。
→ 一般社団78・197条があるからこそ、法人は責任を負う。

三 一般社団法人の機関

1 社員総会

(1) 権限

一般社団・財団法人法に規定する事項及び一般社団法人の組織・運営・管理その他一般社団法人に関する一切の事項について決議をすることができる（一般社団35 I）。

しかし、理事会設置一般社団法人においては、社員総会は、一般社団・財団法人法に規定する事項及び定款で定めた事項に限り、決議をすることができる（一般社団35 II）。

(2) 開催時期

(a) 定時社員総会

毎事業年度の終了後一定の時期に招集（一般社団36 I）

(b) 臨時社員総会

必要がある場合はいつでも（一般社団36 II）

(c) 招集権者

原則：理事（一般社団36 III）

例外：社員（総社員の議決権の10分の1以上）

→ 理事に対して総会の招集を請求し、一定の場合に裁判所の許可を得て、社員総会を招集できる（一般社団37）

(3) 招集通知

理事は、所定の日までに社員に対して招集通知を発しなければならない（一般社団39 I）。

(4) 決議

(a) 社員の議決権

各1個（一般社団48Ⅰ）

└─▶ 定款で別段の定め ○

社員総会において決議をする事項の全部につき、社員が議決権を行使することができない旨を定款で定めても効力は生じない（一般社団48Ⅱ）。

(b) 議決権の行使方法

書面又は電磁的方法による議決権の行使，代理人による議決権の行使も認められている（一般社団50・51・52）。

(c) 社員総会の決議

原則：総社員の議決権の過半数を有する社員が出席し、出席した当該社員の議決権の過半数をもって行う（一般社団49Ⅰ）。

→ 定款で別段の定めOK

例外：総社員の半数以上であって、総社員の議決権の3分の2（※）以上

（※）これを上回る割合を定款で定めた場合は、その割合

ex.

①定款変更
②解散
③監事の解任

2 役員（理事及び監事をいう）及び会計監査人

■ 一般社団法人の機関設計のパターン

①	社員総会	理事			
②	社員総会	理事		監事	
③	社員総会	理事		監事	会計監査人
④	社員総会	理事	理事会	監事	
⑤	社員総会	理事	理事会	監事	会計監査人

(1) 選任及び解任

一般社団法人には、1人又は2人以上の理事を置かなければならない（一般社団60Ⅰ）。

そして、定款の定めによって、理事会・監事・会計監査人を置くことができる（一般社団60Ⅱ）。

	理事	監事	会計監査人
設置義務	必要的（60Ⅰ）	任意的（60Ⅱ）（注2）	任意的（60Ⅱ）（注3）
員数	1人又は2人以上 （60Ⅰ）（注1）	1人以上	1人以上
選任	社員総会の決議		
資格	以下のものは役員となることができない（65Ⅰ） ① 法人 ② 一般社団・財団法人法もしくは会社法の規定に違反し、又は民事再生法等の罪を犯し、刑に処せられた者（注4） ③ 上記②以外の法令の規定に違反し、刑に処せられた者（注4）		公認会計士又は監査法人 （68Ⅰ）
任期	<u>選任後2年以内</u> に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時社員総会の終結の時まで（66）	<u>選任後4年以内</u> に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時社員総会の終結の時まで（67Ⅰ）	<u>選任後1年以内</u> に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時社員総会の終結の時まで（69Ⅰ）
解任	社員総会の <u>普通</u> 決議 （70Ⅰ）	社員総会の <u>特別</u> 決議 （70Ⅰ・49Ⅱ②）	社員総会の <u>普通</u> 決議 （70Ⅰ）

（注1）理事会設置一般社団法人においては、理事は3人以上でなければならない（一般社団65Ⅲ）。

（注2）理事会設置一般社団法人及び会計監査人設置一般社団法人は、監事を置かなければならない（一般社団61）。

（注3）大規模一般社団法人（最終事業年度に係る貸借対照表の負債の部に計上した額の合計額が200億円以上である一般社団法人）は、会計監査人を置かなければならない（一般社団62）。

(注4)

	②の罪	③の罪
欠格事由に該当する刑の種類	限定なし	禁錮以上
執行猶予中の者	欠格事由	欠格事由でない
執行の終了または失効後欠格事由に該当する期間	2年を経過するまで	終了又は失効日まで

(2) 代表理事の職務権限

(a) 理事会設置一般社団法人でない一般社団法人

イ 業務執行権（定款に別段の定めがある場合を除く。）

ex. 事業の具体的内容の決定・運営方法の決定をし、職員等の管理を行う。

理事が業務を執行する（一般社団76 I）。

理事が2人以上いる場合

→ 理事の過半数をもって、業務執行を決定する（一般社団76 II）。

ロ 代表権

原則：理事の各自代表（一般社団77 I II）

例外：代表理事

→ 代表理事は、以下のいずれかの方法で定める。

① 定款
② 定款の定めに基づく理事の互選
③ 社員総会の決議

(b) 理事会設置一般社団法人

イ 業務執行権

代表理事又は業務執行理事（一般社団91 I ①・②）が業務を執行する。

→ 理事が、理事会の決議を通じて、業務執行を決定する（一般社団90 I・II）。

ロ 代表権

代表理事（一般社団77 I 但書）

→ 理事会は、理事の中から代表理事を選定しなければならない（一般社団90 I・III）。

(c) 代表機関の権限

一般社団法人を代表する理事は、一般社団法人の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する（一般社団77IV）。

この権限を制限しても、その制限を善意の第三者に対抗することができない（一般社団77V）。

ex. 1000万円以上の借財をするには、社員総会の承認を得る。

∴ 単に「善意」であれば足りるので、民法110条の特則として、相手方の保護が強くなる。

(3) 監事の職務権限

監事は、理事の職務の執行を監査する（一般社団99 I）。

(4) 会計監査人の職務権限

会計監査人は、一般社団法人の計算書類及びその附属明細書を監査する（一般社団107 I）。

四 一般財団法人の機関

■ 一般財団法人の機関設計のパターン

①	評議員	評議員会	理事	理事会	監事	
②	評議員	評議員会	理事	理事会	監事	会計監査人

必要的機関

→ 評議員・評議員会・理事・理事会・監事（一般社団170 I）

任意的機関

→ 定款の定めによって、会計監査人を置くことができる（一般社団170 II）

大規模一般財団法人（最終事業年度に係る貸借対照表の負債の部に計上した額の合計額が200億円以上である一般財団法人）は、会計監査人を置かなければならない（一般社団171）

1 評議員会

① すべての評議員（3人以上）で、組織される（一般社団173 III・178 I）。

② 一般社団・財団法人法に規定する事項及び定款で定めた事項に限り、決議をすることができる（一般社団178 II）。

∴ 社員総会のような万能な権限を持つことは、本来の目的を超えることになるから。

③ 定時評議員会は、毎事業年度の終了後一定の時期に招集しなければならない（一般社団179 I）。

臨時評議員会は、必要がある場合は、いつでも招集できる（一般社団179 II）。

2 理事、理事会、監事、会計監査人

理事会設置一般社団法人に適用される条文が、準用されている（一般社団197）。

五 公益社団法人・公益財団法人

1 意義

- ① 一般社団法人・一般財団法人のうち、公益目的事業を行うことを主たる目的としている法人は、行政庁に申請をし、公益法人認定法所定の認定基準を満たすことにより、公益社団法人・公益財団法人の認定を受けることができる（認定法4）。
- ② 公益目的事業とは、学術・技芸・慈善その他の公益に関する別表各号に掲げる種類の事業であって、不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与するものをいう（認定法2④）。
- ③ 行政庁とは、公益法人の区分に応じて、内閣総理大臣又は都道府県知事に分かれている（認定法3）。

2 認定の効果

- ① 公益認定を受けることにより、「公益社団法人」や「公益財団法人」という名称を独占的に使用することができる（認定法2①・②）。
- ② 一定の税優遇措置を受けることができる（認定法58）。
- ③ 遵守事項や行政庁による監督措置が定められている。

六 権利能力なき社団

1 成立要件

成立要件は、次のとおりである（最判昭39.10.15）。

- ① 団体としての組織を備えていること
- ② 多数決の原則が行われていること
- ③ 構成員の変更にかかわらず団体が存続すること
- ④ 代表の方法、総会の運営、財産の管理等、団体としての主要な点が確定していること

■関連判例■

- 権利能力なき社団の構成員の資格要件に関する規定の改正は、特段の事情がない限り、当該改正決議について承諾をしていなかった構成員を含め、全ての構成員に適用されると解すべきである（最判平12.10.20）。[16-4-7]

2 法律関係

できる限り一般社団法人の規定を類推適用する。

財産・債務の帰属については、次のとおりである。

- ① 権利能力なき社団の財産：構成員全員に総有的に帰属する（最判昭32.11.14）。
- ② 権利能力なき社団の債務：構成員全員に総有的に帰属する（最判昭48.10.9）。

■関連判例■

- 構成員の間で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、財産の持分処分権や分割請求権も認められる（最判昭32.11.14）。[16-4-1]

■ 共同所有形態

	具体例	内容
共有	共同相続した財産（判例）	具体的持分が認められる。（注1）
合有	民法上の組合の財産（通説）	潜在的持分のみ認められる。（注2）
総有	権利能力なき社団の財産（判例）	具体的持分も潜在的持分も認められない。

（注1）持分の処分や分割請求をすることができる。

（注2）脱退時に持分の払戻請求ができるにすぎない。

A 総有説（判例，多数説）

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。

→ 最判昭32.11.14は，未登記労働組合の財産帰属を総有と解して，脱退員の財産分割請求権を否定している。

（理由）① 権利能力なき社団は，権利能力を有しない以上，社団財産が社団自体に帰属することはできない。

② 権利能力なき社団は，各構成員の目的や利益を超越した単一性の強い団体であることからすれば，社員への分属を認めることはできない。

（帰結）構成員は潜在的持分すら有しないことになるから，持分の処分や分割請求をすることはできない。

B 単独所有説

権利能力なき社団の財産は，社団の単独所有である。

（理由）民事訴訟法29条は，民法にかわる実体規定として権利能力なき社団に対して権利能力を付与するものであるから，同条を通じて社団そのものに権利義務が帰属するのであれば，社団財産も社団自身に帰属する。

C 分析説

法律構成にとらわれることなく，具体的場面において種々の利益を比較考量して，当該団体に最もふさわしい解決が図られるべきである。

（理由）権利能力なき社団は，目的・性格など様々であり，一般的財産所有形態を考慮する必要はない。

3 不動産登記

■ 権利能力なき社団の登記能力

肯定例	<p>① 代表者の個人名義（最判昭47.6.2）</p> <p>② 構成員全員の共有名義（昭28.12.24民甲2523号）</p> <p>③ 代表者以外の特定構成員の個人名義（但し、規約等に定められた手続によること）（最判平6.5.31）</p> <p>∴ 構成員を登記名義人とすることで、公示の機能を果たさないとはいえない。</p> <p>∴ 任期を定めた代表者を登記名義人とする、その交代に伴う登記名義人の変更を行わなければならない。</p>
否定例	<p>① 権利能力なき社団名義（最判昭47.6.2）</p> <p>∴ 社団の存在を証明する方法がないため、架空の団体名義で登記をし、財産隠しに使われる可能性がある。つまり、強制執行や滞納処分の潜脱手段として使われる。</p> <p>② 権利能力なき社団の代表者である肩書付きの個人名義（昭36.7.21民三625号）</p> <p>ex. ○○町内会代表者甲野太郎</p> <p>∴ 実質的に社団を登記名義人とする登記を認めることになってしまうから。</p>

■ 関連判例 ■

- 登記上の所有名義人となった権利能力なき社団の代表者がその地位を失ってこれに代わる新代表者が選任されたとき、新代表者は、旧代表者に対して、当該不動産につき自己の個人名義に所有権移転登記手続をするよう請求することができる（**新代表者は登記手続請求訴訟において原告適格を有する**）（最判昭47.6.2）。
- 権利能力のない社団の構成員全員に総的に帰属する不動産については、当該社団の代表者が自己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を提起することが認められているが（最判昭47.6.2）、このような訴訟が許容されるからといって、当該社団自身が原告となって訴訟を進行することを認める実益がないとはいえ、**権利能力のない社団も**、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）。



発展論点

<団体名義説・代表者肩書説>

社団名義又は社団の肩書を付した代表者の登記を認める。

- ∴ ① 単なる個人名義の登記では、その者の個人の財産か社団の財産かを区別することができない。
- ② 民事訴訟法29条で権利能力なき社団・財団に当事者能力を認めており、これは権利能力なき社団・財団が私権の享有主体となることを認めるものである。

■ 権利能力なき社団を登記することの可否 可：○ 不可：×

① 抵当権の債務者（昭31.6.13民甲1317号）	○
② 権利能力なき社団の代表者所有名義の不動産について，当該社団を債務者とする不動産工事の先取特権保存の登記（登研596号カウンター相談）	×
③ 仮差押登記名義人（登研429号・464号）	×
④ 仮処分登記名義人（登研457号）	×
⑤ 信託登記の受益者（昭59.3.2民三1131号）	×

4 社団法人，権利能力なき社団，組合の比較

■ 社団法人，権利能力なき社団，組合の比較

	一般社団法人	権利能力なき社団	組 合
成立要件	設立登記	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	営利目的は不可	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	×	×	△ (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。

■ 関連知識 ■

- 権利能力なき社団の構成員が死亡した場合には，社団からの当然脱退事由となるが，その相続人がその地位を承継して構成員になる旨を，権利能力なき社団の規則で定めることはできる。 [16-4-1]

七 外国人・外国法人

1 外国人

原則：外国人は内国人と同様に権利能力が認められる（3Ⅱ）。

例外：法令又は条約の規定により禁止される場合（3Ⅱ）。

■関連知識■

- 外国人の権利能力が制限される場合には、外国人は、信託法上の受益者として、その権利を有するのと同一の利益を享受することができない（信託法9）。

2 外国法人

(1) 外国法人の認許

次のものに限り、わが国において法人格が認められる（35Ⅰ）。

- ① 外国及び外国の行政区画
- ② 外国の商事会社
- ③ 法律又は条約の規定により認許された外国法人

(2) 外国法人の権利能力

原則：外国法人は内国法人と同様に権利能力が認められる（35Ⅱ本文）。

例外：① 外国人が享有することのできない権利（35Ⅱ但書）

- ② 法律又は条約中に特別の規定がある権利（35Ⅱ但書）

(3) 外国法人の登記

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（37Ⅴ）。

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) 2024 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

SU24407