

第1部 書き方・考え方のコツ

第1章 請求権の選択 p1

訴訟物から考える／契約当事者間における債権的請求／請求の根拠・内容・当否

第2章 請求の当否 p2

三者間形式／原告による先回り主張／問題なく認められる要件の一括認定／要件の頭出し／全ての要件を検討することの要否

第3章 要件事実 p3

「法律上の意義」として問われていること／請求・主張の当否まで問われている場合／請求原因事実の摘示

第4章 主張・反論の分析 p4～5

請求の当否が問われている場合／反論の当否が問われている場合

第5章 判例の使い方 p6

判例のルールを判例と同じ事案類型にそのまま適用する／判例のルールを判例と異なる事案類型に適用できるかを検討する／判例のルールの内容を明らかにする／判例のルールを異なる論点に転用（応用）できるかを検討する／判例理論自体の当否

第6章 現場思考問題の対処法 p7～8

第2部 民法の基本的な仕組み

1. 民法の基本原則 p9

権利能力平等の原則／私的自治の原則／所有権絶対の原則

2. 私人の権利についての民法の基本的な考え方 p9～10

個人主義・平等主義／公共の福祉による制限／信義誠実の原則／権利濫用の禁止

第3部 総則

第1章 権利の主体（自然人） p11～19

第1節. 権利能力 p11～12

1. 権利能力の始期
2. 失踪宣告による死亡擬制

第2節. 意思能力 p13～14

第3節. 行為能力制度 p14～19

1. 取消権行使と第三者
2. 取引の相手方の保護

第2章 権利の主体（法人など） p20～25

第1節. 法人 p20～24

第2節. 権利能力なき社団 p24～25

第3章 物 p26～27

1. 物
2. 物権の客体としての「物」であるための要件
3. 従物

第4章 意思表示による権利変動 p28～29

1. 法律行為
2. 意思表示

第5章 意思表示の瑕疵 p30～53

- 第1節. 心裡留保 p30～31
- 第2節. 通謀虚偽表示 p32～42
- 第3節. 錯誤 p43～47
- 第4節. 詐欺 p48～52
- 第5節. 強迫 p53

第6章 契約の不当性 p54～56

- 第1節. 公序良俗違反 p54～55
- 第2節. 強行法規違反 p55～56

第7章 無効と取消し p57～60

- 第1節. 意思表示・法律行為の無効 p57
 1. 無効と取消しの違い
 2. 無効の絶対効とその例外
- 第2節. 取消し p57～60
 1. 意義
 2. 取消権者
 3. 取消しの方法
 4. 取消権の消滅時効
 5. 追認
 6. 取消しの効果

第8章 代理 p61～80

- 第1節. 代理制度の必要性 p61
- 第2節. 代理効果の発生根拠 p61
- 第3節. 授權行為の性質 p61～62
- 第4節. 代理行為の瑕疵・代理人の行為能力・復代理人 p62～63
 1. 代理行為の瑕疵
 2. 代理認の行為能力
 3. 復代理人
- 第5節. 有権代理 p64

第6節. 無権代理 p65～73

1. 無権代理の種類 p65～66
2. 無権代理行為の追認 p66
3. 無権代理人の責任 p66～68
4. 無権代理と相続 p69～73

無権代理人による本人の単独相続／無権代理人による本人の共同相続／本人による無権代理人の相続／他人物売買などにおける相続・追認

第7節. 表見代理 p74～80

1. 109条の表見代理 p74～75
2. 110条の表見代理 p75～78
3. 112条の表見代理 p78～79
4. 日常家事代理権 p79～80

第9章 法律行為の効力発生時期（条件・期限） p81～82

1. 条件
2. 期限

第10章 時効 p83～104

第1節. 総論 p83

第2節. 消滅時効 p84～87

1. 時効期間
2. 要件事実
3. 時効完成後の債務承認

第3節. 取得時効 p88～96

1. 要件事実
2. 論点

第4節. 時効完成の障害事由 p97～100

1. 時効障害制度の概要
2. 時効の完成猶予事由・更新事由
3. 時効の完成猶予・更新の効力が及ぶ者の範囲

第5節. 時効の援用 p101～103

第6節. 時効の利益の放棄 p104

第4部 物権

第1章 総論 p105

意義／性質／物権法定主義

第2章 物権的請求権 p106～109

第3章 物権変動 p110～129

第1節. 所有権の移転時期 p110

第2節. 不動産物権変動 p110～120

1. 対抗要件 p110～118

概要／「第三者」の客観的範囲／「第三者」の主観的範囲

2. 不動産登記 p119～120

登記請求権／登記の有効要件

第3節. 立木の物権変動 p121

1. 立木の物権変動の公示方法

2. 明認方法に関するルール

第4節. 動産物権変動 p122～128

1. 対抗要件 p122～123

2. 動産物権変動と公信の原則（即時取得） p123～128

第5節. 混同 p128～129

第4章 占有権 p130～132

1. 意義

2. 占有権の成立要件

3. 自主占有・他主占有

4. 占有権の移転・承継

5. 占有権の効力

6. 占有権の消滅

第5章 所有権 p133～148

1. 所有権の内容・制限 p133

2. 相隣関係 p133～136

3. 所有権の取得原因 p136～138

4. 所有者不在土地・建物の管理命令 p138～140

5. 管理不全土地・建物の管理命令 p140～142

6. 共有 p142～148

第6章 用益物権 p149～150

1. 地上権

2. 永小作権

3. 地役権

4. 入会権

第5部 担保物権

第1章 抵当権 p151～177

第1節. 総論 p151～152

意義／性質／成立要件／抵当権の順位

第2節. 被担保債権 p152

第3節. 抵当権の目的物 p152～154

1. 付加一体物
2. 付加一体物の分離・搬出
3. 果実

第4節. 抵当権侵害に対する抵当権者の権限 p155～157

1. 抵当権に基づく妨害排除請求権
2. 抵当権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求

第5節. 抵当権に基づく物上代位 p157～163

1. 物上代位の対象
2. 物上代位と差押え等との優劣

第6節. 法定地上権 p163～166

第7節. 抵当不動産の処分 p166

第8節. 抵当建物賃借人の明渡猶予制度・同意の登記による賃借権の対抗 p166

第9節. 抵当権の処分 p167～168

1. 転抵当
2. 抵当権の譲渡
3. 抵当権の放棄
4. 抵当権の順位の譲渡
5. 抵当権の順位の放棄

第10節. 抵当権の実行 p168～173

1. 実行の方法
2. 共同抵当の実行

第11節. 抵当権の消滅 p173～174

1. 物権に共通する消滅原因
2. 担保物権に共通する消滅原因
3. 抵当権に特有の消滅原因

第12節. 根抵当権 p174～177

1. 被担保債権
2. 極度額
3. 元本確定前
4. 元本確定
5. 共同根抵当・累積根抵当権

第2章 質権 p178～181

第3章 留置権 p182～185

第4章 先取特権 p186～192

第5章 譲渡担保 p193～197

1. 譲渡担保の特徴
2. 対抗要件
3. 譲渡担保の法的性質
4. 私的実行
5. 受戻権
6. 譲渡担保権者から目的物の処分を受けた第三者と設定者との関係
7. 集合動産譲渡担保

第6章 所有権留保 p198～199

第6部 債権総論

第1章 債権関係とその内容 p201～210

第1節. 債権関係 p201～202

1. 債権と債務
2. 債務の強度
3. 債務を構成するもの
給付義務／付随義務／保護義務

第2節. 債権の目的 p202～210

1. 特定物債権
2. 種類債権
3. 制限種類物債権
4. 金銭債権
5. 利息債権
6. 選択債権

第2章 債務不履行 p211～226

第1節. 履行請求権 p211～213

1. 履行請求権
2. 履行請求権の貫徹障害
履行不能の抗弁／同時履行の抗弁権／不安の抗弁権／事情変更の抗弁権

第2節. 追完請求権 p213～214

第3節. 代償請求権 p214

第4節. 強制履行 p214～215

第5節. 損害賠償請求権 p215～226

1. 請求原因 p215～221
2. 免責事由の抗弁 p221～223
3. 債務転形論 p224
4. 填補賠償 p224～225
5. その他 p225～226

第3章 責任財産の保全 p227～257

第1節. 債権者代位権 p227～237

1. 実体法上の要件 p227～233
2. 要件事実 p233～234
3. 債権者代位権の行使 p234～236
4. 債務者取立てその他の処分の権限等 p236～237
5. 債権者代位権の効果 p237

第2節. 詐害行為取消権 p238～257

1. 要件に関する規定の構造 p238
2. 実体法上の要件（一般的要件） p238～244
3. 要件事実 p244～245
4. 行為の詐害性 p245～248
5. 詐害行為取消権の行使 p248～254
6. 詐害行為取消権の効果 p254～257

第4章 弁済 p258～280

第1節. 弁済とこれに関連する制度 p258～269

1. 債務の消滅原因 p258～260
2. 弁済の方法・証拠 p260～261
3. 弁済の充当 p261～262
4. 弁済の提供 p262～265
5. 受領遅滞 p265～269

第2節. 弁済の当事者 p269～274

1. 弁済者 p269～270
債務者／第三者
2. 無権限者への弁済 p270～274

第3節. 弁済者代位 p275～280

1. 意義 p275
2. 要件 p275～276
3. 法定代位権者の競合 p276～278
4. 一部弁済による代位 p278
5. 代位割合変更特約 p278～279
6. 債権者による債権証書の交付等 p279
7. 債権者による担保の喪失等（担保保存義務違反） p279～280

第5章 相殺 p281～289

1. 機能 p281
2. 実体法上の要件 p281～288
3. 要件事実 p288～289
4. 相殺の充当 p289

第6章 更改・免除・混同 p290

第7章 債権譲渡 p291～314

第1節. 総論 p291

1. 意義
2. 譲受債権履行請求訴訟

第2節. 債権譲渡自由の原則 p291～296

1. 債権の性質による譲渡制限
2. 法律の規定による譲渡制限
3. 譲渡制限特約

第3節. 将来債権の譲渡・債権譲渡の予約・債権の譲渡担保 p296～299

第4節. 債務者対抗要件 p299～301

第5節. 第三者対抗要件 p302～307

1. 要件事実
2. 趣旨
3. 「第三者」
4. 確定日付ある証書
5. 譲渡債権が第三者対抗要件具備時点で消滅していた場合
6. 債権の二重譲渡と対抗問題

第6節. 動産・債権譲渡特例法 p307～308

第7節. 抗弁の承継原則 p308～314

1. 条文
2. 要件事実
3. 対抗できる事由
4. 異議をとどめない承諾による抗弁の切断に関する規定の削除

第8章 指図証券 p315

第9章 債務引受・履行引受・契約引受 p316～321

1. 併存的債務引受（重疊的債務引受） p316～317
2. 免責的債務引受 p317～320
3. 履行引受 p320
4. 契約引受 p321

第10章 多数当事者の債権関係 p322～342

第1節. 不可分債権・連帯債権・不可分債務・連帯債務 p322～331

1. 不可分債権 p322～323
2. 連帯債権 p323～324
3. 不可分債務 p325
4. 連帯債務 p325～331

第2節. 可分債権（分割債権）・可分債務（分割債務） p331

第3節. 保証債務 p332～342

1. 意義 p332
2. 保証債務の内容 p332
3. 性質 p333
4. 保証債務履行請求訴訟 p333～336
5. 保証人について生じた理由の影響 p336～337
6. 情報提供義務 p337
7. 保証人の求償権 p337～341
8. 根保証契約 p341～342

第7部 契約

第1章 契約総論 p343～365

第1節. 契約に共通する理論 p343～346

1. 契約自由の原則 p343
2. 契約の拘束力 p343
3. 契約の成立 p343～345
4. 定型約款 p345～346
5. 契約内容についての一般的有効要件 p346～347
6. 契約内容の確定 p347～349

第2節. 契約の効力 p350～355

1. 同時履行の抗弁 p350～351
2. 危険負担 p352～354
3. 第三者のためにする契約 p354～355

第3節. 債務不履行を理由とする契約の解除 p356～365

1. 制度目的 p356
2. 改正の概要 p356～357
3. 解除の要件 p357～361
4. 解除の効果 p361～364
5. 解除権の消滅 p364
6. 解除の意思表示に関する規律 p365

第2章 贈与 p366～367

第3章 売買 p368～386

第1節. 総論 p368

1. 成立要件
2. 給付義務

第2節. 売買の予約・買戻し p369～370

第3節. 手付 p371～373

第4節. 売主の義務と責任 p373～386

1. 権利移転の対抗要件に係る売主の義務 p373
2. 他人の権利の売買 p374～376
3. 売買目的物の種類・品質・数量に関する契約不適合 p376～380
4. 権利に関する契約不適合 p381
5. 買主の権利の期間制限 p381～382
6. 目的物の滅失等についての危険の移転 p382～384
7. 競売における買受人の権利の特則 p384～385
8. 抵当権等がある場合における買主の費用の償還請求 p385
9. 債権の売主の資力担保責任 p385
10. 売主の担保責任と同時履行 p386
11. 担保責任を負わない旨の特約 p386

第4章 消費貸借 p387～390

1. 要物契約としての消費貸借
2. 要式契約である諾成的消費貸借
3. 準消費貸借契約
4. 消費貸借の予約
5. 借主・貸主の義務

第5章 使用貸借 p391～393

1. 諾成契約としての使用貸借
2. 貸主・借主の義務
3. 損害賠償・費用償還
4. 論点

第6章 賃貸借 p394～422

第1節. 総論 p394～401

1. 賃貸借契約の成立
2. 存続期間
3. 賃貸借の対抗力
4. 賃貸人・賃借人の義務
5. 賃借人契約の終了事由
6. 建物買取請求権・造作買取請求権

第2節. 賃貸借契約の終了に基づく目的物返還請求 p402～407

1. 土地賃貸借契約の終了に基づく建物収去土地明渡請求
2. 建物賃貸借契約の終了に基づく建物明渡請求

第3節. 賃貸不動産の所有権の移転 p408～412

1. 新所有者の賃借人に対する所有権に基づく返還請求
2. 新所有者の賃借人に対する賃貸人の地位の主張

第4節. 賃借権の無断譲渡・無断転貸 p413～418

第5節. 敷金 p419～420

第6節. 賃借人死亡後の同居人の保護 p421～422

第7章 雇用 p423～424

第8章 請負 p425～437

1. 契約当事者の地位 p425～426
2. 仕事の完成が不能となった場合 p426～428
3. 完成した仕事の目的物の所有権の帰属 p429～430
4. 完成した仕事の内容が契約内容に適合しない場合 p430～434
5. 完成した目的物の滅失・損傷 p434～435
6. 債務不履行以外を理由とする一方的解除 p435～436
7. 請負人・注文者の配慮義務 p436～437

第9章 委任 p438～441

第10章 寄託 p442～445

第11章 組合 p446～449

第12章 和解 p450～451

第8部 法定債権関係

第1章 事務管理 p453～455

第2章 不当利得 p456～469

第1節. 不当利得の一般規定 p456～464

1. 趣旨 p456
2. 要件事実 p456～458
3. 悪意受益者の加重責任 p458
4. 返還されるべき利得 p458～459
5. 不当利得の類型 p459～462
6. 論点 p462～464

第2節. 特殊な不当利得 p465～415

1. 非債弁済 p465
2. 弁済期前の債務の弁済 p465
3. 他人の債務と自己の債務と誤信して弁済した場合 p465
4. 不法原因給付 p466～469

第3章 不法行為 p470～487

第1節. 不法行為制度 p470～475

1. 成立要件 p470～472
2. 損害賠償請求権者 p472～474
3. 期間制限 p474
4. 違法性阻却事由 p474～475

第2節. 709条以外の不法行為責任 p475～487

1. 責任無能力者の監督義務者等の責任 p475～477
2. 使用者責任 p477～481
3. 注文者の責任 p481～481
4. 動物占有者の責任 p481
5. 工作物責任 p481～482
6. 共同不法行為責任 p482～485

第3節. 過失相殺 p485～487

第9部 親族・相続

第1章 親族 p489

1. 直系親族・傍系親族
2. 血族・姻族
3. 尊属・卑属
4. 親等

第2章 氏 p490

第3章 婚姻 p491～493

- 第1節. 婚姻の意義
- 第2節. 婚姻の成立要件
- 第3節. 婚姻の無効・取消し・効果

第4章 離婚 p494～496

- 第1節. 離婚の方法
- 第2節. 協議離婚
- 第3節. 調停離婚
- 第4節. 審判離婚
- 第5節. 裁判離婚

第5章 内縁・事実婚 p497

第6章 親子（実親子関係） p498～500

- 第1節. 母子関係・父子関係
- 第2節. 嫡出子
- 第3節. 非嫡出子

第7章 養子 p501～503

1. 普通養子
2. 離縁
3. 特別養子

第8章 親権 p504～457

1. 親権者
2. 親権の行使
3. 子の財産についての財産管理権

第9章 後見・保佐・補助 p508～509

1. 後見
2. 保佐・補助
3. 任意後見制度

第10章 扶養 p510

第11章 相続 p511～525

1. 同時存在の原則 p511
2. 相続欠格・推定相続人の排除 p511
3. 相続の放棄と承認 p511
4. 相続人の不存在 p512
5. 特別縁故者への相続財産の分与 p512
6. 相続の要件事実 p512～513
7. 遺産共有 p513～516
8. 相続分 p516～519
9. 相続分の譲渡・取戻し p519～519
10. 遺産分割 p519～522
11. 財産分離 p522
12. 相続財産に関する費用 p522
13. 相続財産の管理・清算・保存 p522～523
14. 共同相続における権利の承継の対抗要件 p524
15. 特別寄与料の請求 p524～525

第12章 遺言 p526～531

1. 遺言能力 p526
2. 共同遺言の禁止 p526
3. 遺言の方式 p526～527
4. 遺言の効力 p527
5. 遺言書の検認手続 p528
6. 遺言執行者 p528～529

7. 「相続させる」旨の遺言 p529～531

第13章 遺贈 p532～535

1. 遺贈の種類
2. 受遺者
3. 遺贈利益の実現障害
4. 遺贈の承認・放棄
5. 遺贈の無効・取消し
6. 遺贈と権利変動
7. 遺留分との関係

第14章 配偶者居住権 p536～547

第1節. 配偶者居住権 p536～541

1. 成立要件
2. 存続期間
3. 居住建物の所有者に対する効力
4. 第三者に対する効力
5. 消滅

第2節. 1号配偶者短期居住権 p542～546

1. 制度趣旨
2. 成立要件
3. 存続期間
4. 具体的相続分との関係
5. 居住建物取得者に対する効力
6. 第三者に対する効力
7. 消滅

第3節. 2号配偶者短期居住権 p546～547

1. 成立要件
2. 1号配偶者短期居住権との違い

第15章 遺留分 p548～554

1. 遺留分の意義
2. 改正の概要
3. 遺留分権利者
4. 遺留分の放棄
5. 遺留分の算定
6. 遺留分侵害額請求権の行使
7. 消滅時効・除斥期間
8. 旧規定の削除・論点の消滅

第16章 相続回復請求権 p555～556

第1部 書き方・考え方のコツ

第1章 請求権の選択

A (総)

1. 訴訟物から考える

「XはYに対し、…という請求をすることができるか。」という問題では、まず初めに、訴訟物を明らかにすべきである。訴訟物が何であるかによって、請求が認められるための要件が変わってくるからである。

そして、訴訟物を選択する際には、債権的請求権と物権的請求権を区別する必要がある。契約当事者間における請求が問題となっている場合には、契約に基づく債権的請求権を選択するのが通常である。債権的請求権の請求原因が物権的請求権の請求原因に包含されているのが通常だからである(ex.売買契約に基づく目的物引渡請求権と所有権に基づく返還請求権)。

2. 契約当事者間における債権的請求

債権の発生原因には、契約、事務管理(697条)、不当利得(703条)、不法行為(709条以下)がある。これらのうち、事務管理・不当利得・不法行為に基づいて発生する債権を法定債権という。

契約当事者間における請求が問題になっている場合には、まずは、契約に基づく債権的請求権から考えることになる。

3. 請求の根拠・内容・当否

平成28年司法試験では、「請求の根拠を説明し、その請求の当否を論じなさい。」「請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。」という2種類の設問がある。

出題の趣旨・採点実感を読む限り、設問によって“根拠”と“内容”が意味していることに若干のずれがある。

そのため、答案を書く際に、根拠・内容・当否を厳密に区別する必要はない。出題者側が根拠・内容・当否に該当するものとして想定している記述が答案のどこかに出てくれば良い。

したがって、①誰が、②誰に対して、③いかなる法律構成(権利、条文など)に基づいて、④どのような請求(目的物、金額など)をするのかということをも明らかにした上で、⑤請求の要件を検討し、⑥⑤の検討過程で論点に言及する、ということができれば十分であり、①～⑥を根拠・内容・当否のどこで論じたのかは重要ではない。

第2章 請求の当否

A (総)

1. 三者間形式

例えば、「Aは、Bに対して、～という請求をしようと考えている。この請求の当否について、Bからの予想される反論も踏まえて検討しなさい。」という設問では、まずはAにおいて実体法上の要件（少なくとも、請求原因）について一通りの主張をさせる。その上で、争点になる要件についてのみ、Bからの反論及びその当否を書くことになる。

2. 原告による先回り主張

主張反論型の問題では、原告に、請求原因事実のみならず、争いがない抗弁以降の要件事実等についてまで先回り主張をさせることがある。

3. 問題なく認められる要件の一括認定

ある請求や抗弁（再抗弁以下を含む）が認められるという結論を導くためには、実体法上の要件を網羅的に認定する必要がある。その一方で、事案における重要度に応じて、メリハリのある要件認定をする必要がある。

メリハリのある要件認定の方法の一つとして、問題なく認められる要件を冒頭で一括認定するというテクニックもある。

4. 要件の頭出し

原則として要件の頭出しは不要であるが、例外的に、以下の場合には要件の頭出しをする必要がある。

(1) 設問で指示がある場合

“Cは、Bが甲1部分を所有することを認めた上でBの請求の棄却を求める場合、どのような反論をすることが考えられるか、その根拠及びその反論が認められるために必要な要件を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。…”（平成29年司法試験設問1）

(2) 条文の文言だけでは要件が一義的に明らかにならない場合

共同不法行為者の責任（719条1項）のように、請求要件の整理について争いがあるなどの理由から、条文の文言だけでは要件が一義的に明らかにならないものについては、要件の頭出しをすることが望ましい。

5. 全ての要件を検討することの要否

ある請求や抗弁（再抗弁以下を含む）が認められるという結論を導く場合、その請求や抗弁に対応する要件を全て認定する必要がある。

これに対し、ある請求や抗弁が認められないという結論を導く場合、充足しない要件のところまで検討すればよく、それ以降の要件についてまで検討する必要はない。もっとも、この場合であっても、例えば不当利得返還請求では「利得・損失⇒因果関係⇒法律上の原因の不存在」という流れで検討するというように、要件検討の論理的順序を守る必要がある。

平成27年司法試験・出題趣旨

第3章 要件事実

A (総)

1. 「法律上の意義」として問われていること

ある事実の「法律上の意義」としては、究極的には要件事実が問われているのが通常である。¹⁾

このような要件事実問では、究極的には「訴訟上の意義」(＝要件事実)が問われているが、その検討過程において、①当該事実が実体法上問題となる事実であるのか、②実体法上問題となる事実であるとして、それが訴訟上はどういった意義の事実であるのか、ということに言及する必要がある。

平成 24 年司法試験・出題趣旨

②訴訟上の意義としては、以下の⑦～⑨に分解できる。

⑦自己が主張立証責任を負う主要事実に関するもの(主要事実そのものと、それを推認する積極的間接事実の双方を含む)

⑧相手方が主張立証責任を負う主要事実に関するもの(主要事実そのものと、それを推認する積極的間接事実の双方を含む)

⑨自己又は相手方が主張立証責任を負う主要事実に対する積極否認の理由となる消極的間接事実

2. 請求・主張の当否まで問われている場合

ある事実の「法律上の意義」として要件事実を問う要件事実問には、①ある事実の「法律上の意義」だけが問われている問題と、②請求・主張の当否という大きな問いがあり、この問いに答える過程である事実の「法律上の意義」についても言及するという問題の2種類がある。

①の問題では、ある事実との関係で「法律上の意義」が問題となり得る要件についてのみに検討すれば足りる。

②の問題では、ある事実の「法律上の意義」のみならず、他の要件についても検討した上で、請求・主張の当否に関する結論を出す必要がある。

3. 請求原因事実の摘示

平成 25 年司法試験設問 1 のように、「A が、C に対し、～の請求をするには、どのような主張をする必要があるか。」という設問では、請求原因事実を摘示することが求められている。

ここでは、抽象的に要件事実を摘示するだけでは足りない。要件事実には該当する当該事案における具体的事実を摘示する必要がある。

要件事実とは「法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件」であり、主要事実とは「要件事実には該当する具体的事実」(当該事案における生の事実)である。

¹⁾ もっとも、例外的に、要件事実が問われていない場合もある。例えば、平成 26 年司法試験設問 1 では、下線部分の事実の「法律上の意義」として、賃料不払いを理由とする賃貸借契約の債務不履行解除を否定するための法律構成を説明することが求められている。また、平成 29 年司法試験設問 2 では、事実①・②の「法律上の意義」として、借地上建物の賃貸は建物敷地の無断転貸に当たらないとした判例の射程が問われている。

第4章 主張・反論の分析

A (総)

1. 請求の当否が問われている場合

(1) 例えば、「Aは、Bに対し、甲土地所有権に基づき、甲土地を明け渡すことを求める訴えを提起したところ、Bが、Aは甲土地をCに売却したのだから請求には応じないと述べた。これに対し、Aは、AC間における甲土地の売買契約は詐欺を理由に取り消したと反論した。」という事例において、「Aの甲土地の明け渡請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。」と問われているとする。

この問題では、AのBに対する甲土地の明け渡請求が認められるのかについて、Bの反論とこれに対するAの再反論を踏まえて検討することが求められている。

論点主義的に考えるのではなく、まず初めに、請求と各主張を、①「Aは、Bに対し、甲土地所有権に基づき、甲土地を明け渡すことを求める訴えを提起した」、②「Bが、Aは甲土地をCに売却したのだから請求には応じないと述べた」、③「Aは、AC間における甲土地の売買契約はCによる詐欺を理由に取り消したと反論した」という形に整理する。

(2) その上で、①～③を要件事実的に把握する。特に、被告の反論については、請求原因事実に対する否認なのか、それとも、請求原因事実を前提とした抗弁なのかという分析をする必要がある。原告の再反論についても、被告の反論が抗弁である場合には、抗弁事実に対する否認なのか、それとも、抗弁事実を前提とした再抗弁なのかということ进行分析する必要がある。

①は、土地所有権に基づく返還請求権としての土地明け渡請求権を訴訟物とする訴えであり、その請求原因は、Aの甲土地所有及びBの甲土地占有である。

②は、過去の一定時点におけるAの甲土地所有を認めた上で（権利自白）、AC間売買を理由とする所有権喪失の抗弁を主張するものである。

③は、AC間の売買契約の締結を前提として、詐欺取消しの再抗弁（96条1項）を主張するものである。

(3) 以上の整理をした上で、①⇒②⇒③という順序で、要件事実の充足性を検討する。その検討過程で、条文の形式的適用により（解釈をしないで）該当性を判断することができない文言（あるいは、本事例で論点が顕在化する文言）が出てきたら、その文言との関係で論点を展開する。

事案によっては、条文に書かれていない要件や法律効果に属する論点を論じることもある。

2. 反論の当否が問われている場合

例えば、「Aは、Bに対し、甲土地所有権に基づき、甲土地を明け渡すことを求める訴えを提起した。」という事例において、「Bは、Aの請求に対してどのような反論をすることが考えられるか。その根拠を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。」と問われているとする。

論点主義的に考えないで、法律要件から（さらには、要件事実に従って）考える。

被告側の反論の当否が問われている問題では、まずは、その反論が「請求原因事実に対する否認」なのか「抗弁」なのかということから考える。

次に、仮に反論が「抗弁」である場合には、抗弁事実が満たされているのかを考える。

そして、抗弁事実が満たされる場合に初めて、再抗弁を検討することになる。

{注}ここで、いきなり再抗弁・再々

抗弁に属する論点に飛びつかない。

第5章 判例の使い方

A (総)

1. 判例のルールを、判例と同じ事案類型にそのまま適用する

判例のルールとそれを支える根拠を示してから、当てはめに入る。

2. 判例のルールを、判例と異なる事案類型に適用できるかを検討する（射程）

同じ事案類型の内部で、判例のルールの射程が問題となることもある。

- ・①判例のルールとそれを支えている根拠（論証であれば、理由付けに対応するもの）を示した上で、②判例のルールを支えている根拠を比較基準として判例と本件の事案類型を比較することで、判例のルールを支えている根拠が事案類型の違いを跨いで本件の事案類型にも妥当するのかを検討する。
- ・判例のルールの射程を全面的に否定する場合には、判例のルールに代わって当該事案類型に適用されるルールまで示す。
 - ➡判例のルールの射程を部分的に否定する場合には、判例のルールがどのように変容して当該事案類型に適用されることになるのかまで示す。

3. 判例のルールの内容を明らかにする

前記2は、(1)形式的に見れば判例のルールが適用されそうな事案について、判例のルールの適用が否定されるのではないかが問題となっている場面と、(2)形式的に見れば判例のルールが適用されなさそうな事案について、判例のルールを適用することの可否が問題となっている場面である。

これに対し、3では、判例のルールそのものの内容を明らかにすることで、判例のルールが適用される事案を明らかにするにすぎない。そのため、判例の射程を区切る・拡張することが問われている前記2とは、若干異なる。

ここでは、判例のルールを支えている根拠に遡った上で、判例のルールの具体的内容を明らかにすることになる。

4. 判例のルールを異なる論点に転用（応用）できるかを検討する

- ・①判例のルールとそれを支えている根拠を示した上で、②判例のルールを支えている根拠を比較基準として判例と本件の論点を比較することで、判例のルールを支えている根拠が本件の論点にも妥当するかを検討する。
- ・妥当する場合には、判例のルールが論点の違いを跨いでどのように変容して本件の論点にも適用されることになるのかまで示す。
 - ➡妥当しない場合には、判例のルールに代わって本件の論点に適用されるルールまで示す。

5. 判例理論自体の当否

判例のルール自体やそれを支える根拠の妥当性を検討し、妥当でないとして判例のルール自体を否定する場合には、判例のルールに代わって当該論点に適用されるルールまで示す。

第6章 現場思考問題の対処法

A (総)

民法では、毎年のように、現場思考問題が出題される。現場思考問題のパターンにはいくつかあるが、ここでは、問題文で当てはめと結論の方向性が誘導されている場合における対処法について取り上げる。

上記の現場思考問題では、①条文（又は判例）の形式的適用により原則的な結論を示した上で、②問題文のヒントから出題者が求めている当てはめと結論の方向性（①とは逆の結論とそれを導くための当てはめ）を前提として、③②の当てはめと結論を導くことができる抽象論（理由＋規範）をその場でイメージして文章表現し、④③に従って②の当てはめをするとともに結論を導く、という過程を辿ることになる。

[過去問1]

平成28年司法試験設問2(3)改題

(事案)

X、Y及びZは、(1) XがYに対して返済期日を令和3年3月1日として500万円を貸し付け、(2) Zが(1)の債務を連帯保証する旨の合意をし、(1)及び(2)について契約書を作成した。なお、Zが(2)の連帯保証をしたのは、Yからそのように頼まれたからである。

Xは、Yに対して500万円を交付していない。にもかかわらず、Xは、令和3年3月1日、金銭消費貸借契約書があることを奇貨として、Zに対して連帯保証債務の履行を請求した。

Zが直ちにYに照会したところ、Yは、間違えて、「Xに対する債務は1円も支払っていない。」と説明した。Zは、Yに対し、「仕方がないので連帯保証債務を履行する。」と述べた。

令和3年3月1日、Zは、Xに対して、連帯保証債務の履行として、500万円を支払った。

Zは、Yに対して、500万円の支払いを請求することができるか。

(答案)

1. Zは、受託保証人の求償権(459条1項)を行使することが考えられる。

保証人の求償権の成立には主「債務」の存在が必要であるところ、XがYに500万円を交付していないため、要物契約としての金銭消費貸借契約(587条)は成立していない。XY間の金銭消費貸借契約は「書面とする消費貸借」であるから、諾成契約としての金銭消費貸借契約(587条の2第1項)が成立しているが、合意に基づく500万円の引渡しがない以上、XのYに対する貸金返債務は成立していない。したがって、ZのYに対する事後求償権は、主「債務」の存在という要件を欠くとして認められないのが原則である。

2. しかし、Zが主債務の存在を前提としてXに500万円を支払ったのは、YがZから事前の通知を受けた際に主債務の不存在について説明しなかったからである。にもかかわらず、ZがYに対して求償権を行使することができず、Xに対する不当利得返還請求においてX無資力の危険を負担するのでは、ZY間における公平を欠く(結論の妥当性を欠く)。そこで、ZのYに対する求償

権行使を認めるための法律構成が問題となる。

3. …略… (法律構成としては、463条1項・443条1項の類推適用、478条の援用、信義則などが挙げられる。)

[過去問2]

令和2年司法試験設問3改題

(事案)

X(60歳)は、兄(70歳)であるYが長期入院加療中であったため、Yの妹であり日頃からYの世話をしているZ(58歳)に相談して、事実上、Yの財産の管理を行っていた。

Xは、WからYが所有する甲不動産を売ってほしいと頼まれたため、そのことをZに相談したところ、Zから了承を得ることができたため、Wに甲不動産を売却することにした。

Xは、Yから代理権を与えられていないにもかかわらず、Yの代理人として、Wとの間で甲不動産を代金2000万円でWに売却する旨の契約を締結した。なお、契約締結の場には、Xの求めに応じてZも同席した。

その後、Yが死亡し、Yには配偶者も子もおらず、直系尊属も既に死亡していたため、XとZがYを共同相続した。Xは、相続を放棄した。

Wは、Yから後のことはZとの間で進めてほしいと説明を受けたため、Zに対し、代金2000万円を支払った上で、上記売買契約に基づき甲不動産の所有権移転登記手続を求めたところ、Zはこれを拒絶した。

(答案)

1. Xは、Yから甲不動産の売買に関する代理権(99条1項)を与えられていなかったのだから、XがYの代理人として締結した甲不動産の売買契約は、無権代理行為(113条1項)である。Yがこれを追認(113条1項)した事情もないから、本件売買契約の効果はYに帰属しないのが原則である。したがって、原則として、Zが相続(896条本文、889条1項2号)により本件売買契約に基づく所有権移転登記手続義務を承継したともいえない。

2. Xが相続放棄(938条)をしたことにより、ZがYを単族相続(938条)している。Zは、原則として、Yから相続した追認拒絶権(116条参照)を行使できる。もっとも、例外的にこれが否定されないか。

(1) 本人を単独相続した無権代理人が追認拒絶権を行使することは、矛盾挙動であり信義則に反するから、無権代理行為は相続とともに当然有効となると解される。そこで、無権代理された本人を単独相続した者について無権代理人に準ずる事情がある場合には、無権代理人による単独相続と同様に考え、追認拒絶権の行使が否定され、その結果、無権代理行為が有効になると解すべきである。

(2) 本件売買契約についてZがXから相談を受けて了承していること、Zが同契約を締結する場に同席していたことから、Zには無権代理人Xに準ずる事情がある。したがって、Zは追認拒絶権を行使できず、その結果、本件売買契約の効果がZに帰属する。よって、Wの請求は認められる。

基礎応用 69頁 [論点1] 最判

S37.4.20・百135

第2部 民法の基本的な仕組み

1. 民法の基本原則

B

(1) 権利能力平等の原則

すべての人は国籍・階級・職業・性別等によって差別されず、ひとしく権利義務の主体になる資格（権利能力）を有するとの原則をいう。

「私権の享有は、出生に始まる」と定める3条1項は、権利主体となる時期がいつかを示すと同時に、権利能力平等の原則を基礎とするものである。

(2) 私的自治の原則

個人は他者からの干渉を受けることなく、自らの意思に基づき自らの生活関係を形成することができ、国家はこうして形成された生活関係を尊重し、保護しなければならないとの原則である。この私的自治の原則は、国家による個人意思の尊重を内容とするものであるが、それとともに、自らの生活関係を自らの意思により形成することを保障された個人は、自らの意思に基づき決定した結果に拘束され、責任を負担しなければならないという自己責任の原則と結びつく。

私的自治の原則は、それがあらわれる局面ごとに、契約自由の原則、過失責任の原則、団体設立自由の原則、遺言自由の原則として具体化する。

(3) 所有権絶対の原則

土地所有に対する前近代的な封建的拘束からの解放をうたいあげたものであり、所有権はなんら人為的拘束を受けないとの原則である。

この原則は、①所有者は、自由にその所有物を使用・収益・処分することができるということ（自由な所有権、206条）と、②所有者は、自らの所有物を侵害する者に対して、その侵害を排除できるということ（所有権の不可侵）から成り立っている。

2. 私人の権利についての民法の基本的な考え方

B

(1) 個人主義・平等主義

2条は、「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」と規定しており、個人の尊厳と両性の本質的平等を民法全体に通じる解釈の指針として挙げることにより、民法が個人人格の自由・平等に基礎づけられたものであることを宣言した。これは、憲法13条・14条・24条と共通の理念に出たものである。

(2) 公共の福祉による制限

1条1項は「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」として、公共の利益、すなわち共同体社会の共通利益や国家自体の利益に対する関係で個人の自由その他の権利が制約されることを宣言している。

(3) 信義誠実の原則

「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」（1条2項）。これは、「人は、社会生活をおくるなかで、他者の信頼を裏切ったり、不誠実なふるまいをしたりすることのないように行動しなければならない

らない」との考え方の一端を表明したものである。信義誠実の原則は、次のような場面で具体化される。

- ①権利行使・義務履行の際の行動準則としての信義則（1条2項に規定された準則）
- ②矛盾挙動禁止の原則（何人も自己の先行する言動に矛盾する言動をとることは許されないとの準則であり、禁反言といわれることもある）
- ③クリーン・ハンズの原則（自ら法を尊重する者だけが法を尊重せよということができるとの準則）

（4）権利濫用の禁止

「権利の濫用は、これを許さない」（1条3項）。

case1：X社はA温泉を経営しており、A温泉では、約5kmに及ぶ引湯管によってB温泉から湯を引いている。X社は、引湯管を敷設するために、引湯管が敷設されている土地の利用権を取得していた。Yは、引湯管がその一部（2坪ほど）をかすめている土地（以下「本件土地」という - 112坪）を訴外Zから買い受けて、X社に対して、不法行為を理由として引湯管の撤去を迫り、さもなくば周辺の荒蕪地と合わせて合計3000坪を坪3万円、総額9000万円で買い取るよう要求し、X社がこれに応じなかったため、所有権に基づく妨害排除請求権として本件土地をかすめる引湯管の撤去を求めて訴訟を提起した。

ア. 要件

権利濫用の判断は、①権利濫用とされることにより権利者が受ける不利益と権利行使による利益（公共の利益も含まれる）とを比較較量した上で、さらに、②権利行使の際の加害目的や加害の意図など権利者の主観的態様も考慮することで行われる。

このように、②権利行使者の主観面も考慮するのは、権利濫用の濫用に対する歯止めのためである。

そして、①の利益衡量においては、当事者の私益だけではなく、公共の利益も考慮される

イ. 効果

- ①権利行使が阻止される（権利本来の効果が認められない）
- ②相手方の権利を侵害していれば、妨害排除請求又は不法行為責任の追及が認められる。
- ③権利濫用とされることにより否定されるのは、権利者による権利の個々の「行使」であって、権利者にその権利が「帰属」することではない。たとえば、土地所有者からその土地の無権限使用者に対する土地明渡し請求が権利濫用とされる場合であっても、所有者に対する土地所有権の帰属が否定されるわけではない。それゆえ、土地所有者は、無権限使用者に対して、不当利得（703条）又は不法行為（709条）を理由として、賃料相当額の支払いを求めることができる。

大判 S10.10.5・百11（宇奈月温泉事件）

板付基地事件・最判 S40.3.9

第3部 総則

第1章 権利の主体（自然人）

第1節 権利能力

権利能力とは、私権について権利義務の帰属主体となることができる一般的資格を意味する。

権利主体とされれば、権利義務の種類・性質が何であるかにかかわらず、あらゆる権利義務の帰属する資格が与えられる。

わが国の民法は、すべての自然人を個人として尊重し、かつ平等な地位を保障するとの思想の上に成り立っており、この個人の尊厳・人間の平等という理念に依拠して、権利能力に制限なしとの立場を採用したのである。

これに対し、外国人の権利能力については、「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。」（3条2項）と規定されている。

1. 権利能力の始期・終期

（1）自然人

3条1項は、自然人の権利能力の始期に関して、「私権の享有は、出生に始まる」と規定している。これにより、自然人であれば誰でも出生の事実のみにより権利能力を取得できる。ここでいう「出生」とは、胎児の身体の全部が母体から出たことをいう。

（2）胎児^{1) 2)}

3条1項の反対解釈により、「胎児は権利主体とはならない」との原則が導かれる。

この原則の不都合を回避するために、①胎児自身の損害賠償請求権が問題となる場合（721条）、②相続の場合（886条）、③胎児へ遺贈がされた場合（965条・886条）については、胎児は出生したものと擬制される。

〔論点1〕胎児の権利能力の取得時期

Aは、夫Bが交通事故で死亡したところ、懐胎中の胎児Cを代理して、加害者Dとの間で、胎児CのDに対する損害賠償請求権（709条、721条）について損害賠償額を1000万円とする旨の和解契約を締結したところ、その後、胎児Cが無事出生した。AがCが胎児である間にCを代理して締結した上記の和解契約は有効か。

胎児は胎児のまま権利能力を取得できるかが、721条の解釈として問題となる。

B

B

大判 S7.10.6

1) 最高裁は「我民法上出生以前ニ其ノ処分行為ヲ代行スヘキ機関ニ関スル規定ナキ」と判示するにとどまり、「保存」については判断していない。学説上は、胎児の時点を母親を法定代理人として権利の保存行為を認めるべきだとの有力説がある（内田II 456頁）。

2) 今日では、886条に関する問題は、停止条件説か解除条件説かという形式的な法律構成としてではなく、胎児の親権者に胎児を代理する可能性を認めるべきかどうかという観点からの議論に捉え直すべきであるという指摘もある（民法講義IV 35頁）。

胎児は胎児のままでは権利能力を取得せず、生きて生まれた場合には、出生の時点で、懐胎時又は不法行為時に遡って権利能力を取得すると解する（停止条件説・判例）。

停止条件説からは、胎児の段階ではまだ権利能力はないのだから、胎児の親権者に胎児を代理する可能性も認められない。

これに対し、胎児は胎児のまま権利能力を取得し、生きて生まれなかった場合には遡って権利能力を失うとする解除条件説からは、親権者による胎児の代理の可能性が認められることになる。

(3) 同時死亡の推定

自然人の権利能力の終期は、原則として死亡時である。

ただし、「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」（32条の2）。

同時死亡の効果として、①同時死亡推定者相互間では相続関係は生じない、②同時死亡推定者の一方の孫は他方を代襲相続する（887条2項・3項）、③遺言者と受遺者が同時死亡の場合には遺贈の効力は生じない（994条1項）。

2. 失踪宣告による死亡擬制

C (択)

[現] 30条

- ① 不在者の生死が七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。
- ② 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一年間明らかでないときも、前項と同様とする。

[現] 31条

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。

失踪者をめぐる私法上の法律関係（＝失踪前の住所を中心とする私法上の法律関係）に決着をつけるために、失踪宣告による死亡擬制（31条）が定められており、これには、普通失踪と特別失踪がある。

〔論点1〕死亡擬制の及ぶ範囲

C

失踪宣告制度の目的は、失踪者の失踪前の住所において形成された失踪者をめぐる私法上の法律関係に決着をつけることにある。

したがって、死亡擬制の効果が及ぶのは、その目的に必要な範囲、すなわち、失踪前の住所における失踪者の私法上の法律関係に限られる。³⁾

〔論点2〕32条1項後段の「善意」

C

失踪宣告が取消された「…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善意でした行為の効力に影響を及ぼさない」（32条1項後段）。

³⁾ 例えば、失踪者が外国で生きていて、日本で失踪宣告がされた時期以後に外国において住居を賃貸したり、物品を購入したり、婚姻していたとしても、こうした取引や身分行為の効力に失踪宣告は影響しない。

確かに、取引安全のために相手方当事者の善意だけでよいとする見解もある。

しかし、失踪者保護の観点から、ここでいう「善意」とは、当事者双方が善意であることを意味すると解すべきである。⁴⁾

〔論点 3〕 32 条 2 項但書の返還義務

「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、現に利益を受けている限度においてのみ、その財産を返還する義務を負う。」(32 条 2 項)。

32 条 1 項後段が「行為」について規定していることから、2 項でいう「失踪の宣告によって財産を得た者」は、相続人や生命保険金受取人などのように、失踪宣告によって行為を要することなく財産を取得した者を意味すると解される。⁵⁾

C

内田 I 98 頁

第 2 節. 意思能力

B

1. 意義

意思能力を欠く状態で行われた法律行為は無効である (3 条の 2)。

2. 判断基準

意思能力の有無は、個々の行為者ごとに個別的に判断される。年齢で一律に画されるというものではない。それでも、一応の目安としては、小学校入学ないし小学校低学年の程度 (6 歳前後) の知性といえることができる。

内田 I 102 頁

3. 意思無能力を理由とする法律行為の無効

(1) 法律行為の無効

表示行為の外形が存在する場合、意思表示の効力が認められるのが原則である。しかし、意思表示をした者が意思能力を欠いている場合、意思表示、ひいては法律行為は無効である (3 条の 2)。

佐久間 I 80、大判 M38.5.11 (百 I

5)

(2) 無効とされる理由

- ・ 意思表示とそれに基づく法律行為は私的自治の実現手段であるところ、意思無能力者による法律行為は意思に基づく行為であるとはいえず、権利義務発生基礎を欠く。
- ・ 法律行為は意思表示を法律要件とするものであるところ、意思無能力者の

詳解 13 頁、佐久間 I 80 頁

詳解 13 頁

⁴⁾ 再婚の場合については、通説は、婚姻についても 32 条 1 項後段の適用を認め、婚姻の当事者の双方が善意の場合には後婚のみが残るが、そうでない場合には前婚が復活し、重婚状態が生じ、前婚については離婚原因 (770 条 1 項 5 号)、後婚については取消原因 (744 条) となる、と解していた。これに対し、内田 I 99 頁は、「仮に再婚の当事者の一方が悪意であったとしても、7 年以上も家を空けて帰ってきた夫との婚姻が復活して、現に生活している後婚の方はなかったものとせよというのではおさまるまい、婚姻については 32 条 1 項後段の適用はなしとして、常に後婚を有効とすべきで、あとは慰謝料や財産分与の問題として処理すべきである」、としている。

⁵⁾ 財産取得者の返還義務の法的性質は不当利得である。そして、悪意者を保護する必要はないから、32 条 2 項但書は善意の財産取得者についてのみ適用されると解される (通説)。

表示行為は、法律効果の発生を欲する効果意思という意思表示の要素を欠くものである。

(3) 無効の意味

意思無能力者による法律行為の無効は、意思無能力者の相手方に対してはもちろん、相手方からの転得者等に対しても主張することができる。

問題は、意思無能力による法律効果の無効の意味について、絶対的無効と取消的無効のいずれで理解するべきかである。

[論点 1] 意思無能力による法律効果の無効の意味

法律行為が当事者の意思通りに法律効果を認める制度だとすれば、たとえ外形的法律行為が存在しているとしても、意思（意思能力）を欠く法律行為にはそもそも法律効果を認めることができないとして、当然に無効であるはずである（絶対的無効：いつでも、誰からでも主張できる）。

しかし、意思無能力を理由とする法律行為の無効の実質的根拠は、法律行為の帰責根拠である意思を欠く意思無能力者に法律行為の効果の引き受けを強制することは不相当であるという考えにある。

そうであれば、法律行為の効果を引き受けるかどうかを意思無能力者に選択させるべきである。

そこで、意思無能力による法律行為の「無効」は、意思無能力者（側）からしか主張することができない取消的無効であると解すべきである。⁶⁾

詳解 18 頁

B

詳解 15～16 頁、佐久間 I 80～81 頁

第 3 節. 行為能力制度

C

1. 意義

意思能力の有無は個々の行為者ごとに個別的に判断されるため、意思能力の有無を外観から判断するのは困難である。それゆえ、取引の相手方が予期に反して意思無能力を理由として取引が無効となることで、取引安全が害されるおそれがある。

そこで、行為能力制度は、制限行為能力者を判断能力の程度・状況に応じて段階的に定型化することで、取引の相手方が制限行為能力者がどれだけの行為能力を有するのかを外観から容易に判断できるようにした。

2. 類型

詳細は (扱)

(1) 未成年者

民法(全)22～23 頁

要件	18 歳未満の者 (4 条)
保護者	親権者 (818 条) 親権者がいない場合には、未成年後見人 (838 条 1 号)
保護者の代理権	あり (親権者 - 824 条 未成年後見人 - 859 条)

⁶⁾ 意思無能力者（側）が無効を主張した場合における意思無能力者の利得返還義務の範囲は現存（現受）利益に限られる（121 条の 2 第 3 項前段）うえ、無効主張期間の明文上の制限もなければ、相手方の催告権（20 条）もないから、制限行為能力違反を理由とする取消可能な場合に比べて、意思無能力を理由とする無効主張可能な場合の方が、相手方が不安定な地位に置かれることになる（佐久間 I 81 頁）。

保護者の同意権	あり（5条1項本文） 例外①：単に権利を得、又は義務を免れる法律行為については、保護者の同意不要（5条1項但書） 例外②：保護者が目的を定めて処分を許した財産の処分のうちその目的の範囲内のものについても、保護者の同意不要（5条3項） 例外③：保護者が目的を定めずに処分を許した財産の処分についても、保護者の同意不要（5条3項） 例外④：保護者が未成年者に営業を許した場合におけるその営業に関する法律行為についても、保護者の同意不要（6条）
単独で行えない法律行為を単独で行った場合	①本人・保護者の取消権あり（5条2項、120条1項） ②保護者の追認権あり（122条） ③本人の追認可能性あり（122条） →ただし、要件あり（124条1項）
相手方の催告権（20条）	あり
行為能力の取得・回復	成年（18歳）に達すること

（2）成年被後見人

要件	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後見開始の審判を受けた者（7条）
保護者	成年後見人（8条、843条）
成年後見人の代理権	あり（859条） →ただし、成年被後見人が居住用建物又はその敷地について売却、賃貸、賃貸借の解除、抵当権の設定その他これらに準ずる処分をするときには、家庭裁判所の許可を要する（859条の3）
成年後見人の同意権	なし
単独で行えない法律行為を単独で行った場合	①本人・成年後見人の取消権あり（9条本文、120条1項） →日用品の購入その他日常生活に関する行為は、取り消せない（9条但書） ②成年後見人の追認権あり（122条） ③本人の追認可能性あり（122条） →ただし、要件あり（124条1項）
相手方の催告権（20条）	あり
行為能力の取得・回復	後見開始の審判を取り消す審判（10条）

（3）被保佐人

要件	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補佐開始の審判を受けた者（11条）
保護者	保佐人（12条、876条の2）
保佐人の代理権	原則として保佐人に代理権はない →ただし、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家庭裁判所の審判がある場合には、当該特定の法律行為に限り保佐人に代理権が認められる（876条の4）

保佐人の同意権	原則として保佐人に同意権はない →ただし、①13条1項各号で列挙されている重要な法律行為、②家庭裁判所の審判により保佐人に代理権が付与された特定の法律行為（13条2項）については、保佐人に同意権が認められる
単独で行えない法律行為を単独で行った場合	①本人・保佐人の取消権あり（13条4項、120条1項） ②保佐人の追認権あり（122条） ③本人の追認可能性あり（122条） →ただし、要件あり（124条1項）
相手方の催告権（20条）	あり
行為能力の取得・回復	補佐開始の審判を取り消す審判（14条）

（4）被補助人

要件	精神上の障害により事理弁識能力が不十分な者で補助開始の審判を受けた者（15条）
保護者	補助人（16条、876条の7）
補助人の代理権	原則として補助人に代理権はない →ただし、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家庭裁判所の審判がある場合には、当該特定の法律行為に限り補助人に代理権が認められる（876条の9）
補助人の同意権	原則として補助人に同意権はない →ただし、13条1項各号で列挙されている重要な法律行為の一部について家庭裁判所の審判により補助人に同意権を付与することができる（17条）
単独で行えない法律行為を単独で行った場合	①本人・補助人の取消権あり（17条4項、120条1項） ②補助人の追認権あり（122条） ③本人の追認可能性あり（122条） →ただし、要件あり（124条1項）
相手方の催告権（20条）	あり
行為能力の取得・回復	補助開始の審判を取り消す審判（18条）

3. 取消権行使と第三者

取り消された行為は、初めから無効であったものとみなされる（121条）から、「無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方」に対して原状回復義務を負うのが原則である（121条の2第1項）。

もっとも、制限行為能力者保護という制度趣旨を維持するため、制限行為能力者については「その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う」ととどまるとされている（121条の2第3項後段）。

現存利益とは、受けた利益がそのままの形で、又は形を変えて残っている場合に認められる。

【論点1】制限行為能力者と第三者との関係

取消権が行使された場合における、制限行為能力者と取引相手方からの転得

C

者（第三者）との関係についてどのように解すべきか。

確かに、行為能力の制限による取消しについては、第三者保護の規定がない。

しかし、制限行為能力者保護の要請も、第三者との関係では取引安全の要請から相対化されると解すべきである。

そこで、権利外観法理から、取消後の第三者との関係では、94条2項の類推適用による保護が図られるべきである。⁷⁾

内田 I 122 頁

〔論点 2〕 意思無能力と制限行為能力の関係

C

制限行為能力者が同時に意思無能力者である場合において、仮に意思無能力による無効は本来の原則どおり誰からでも主張できると考えるのであれば、その効果は取消しと大きく異なる（制限行為能力者が契約を有効にしたいと思ってもできないかもしれないことになる）。そこで、行為能力者制度の趣旨（＝制限行為能力者側に契約を有効にするか否かの選択権を与えて保護する）を重視して、取消しだけ主張できるようにすべきだと立場が生ずる。

制限行為能力者が同時に意思無能力者でもある場合、意思表示の効果はどうなるか。

意思無能力による無効は、表意者保護という意思能力制度の趣旨から、本人のみが主張できる取消的無効であると解する。

そうすると、意思無能力による無効と行為能力の制限による取消しとは、重要な点において差はないこととなる。

さらに、後見開始の審判を受けたことでかえって意思無能力者が不利になるのは不均衡である。

そこで、無効と取消しのいずれを主張してもよいと解すべきである（二重効の肯定）。⁸⁾

大判 M38.5.11・百 15

4. 取引の相手方の保護

行為能力制度は、制限行為能力者の定型化によって取引安全のために一定の役割を果たすとはいえ、基本的には制限行為能力者を保護することを目的としている。そのことは、反面において取引の相手方を犠牲にすることである。そこで、民法は、制限行為能力者保護と取引安全との調整を図るために、①相手方の催告権（20条）、②制限行為能力者の詐術（21条）、③法定追認（125条）、④取消権の短期消滅時効（126条）を定めている。

（1）相手方の催告権

〔現〕20条

- ① 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

⁷⁾ 取消前の動産取引であれば192条を類推し、取消後については177条・178条を適用すると解する見解もある。

⁸⁾ 無効の主張期間については、信義則による権利失効原則を媒介させて、失効の基準期間として126条を勘案するという程度の調整を図ることで対処するのが穏当であろう（百15〔6版〕解説）。

る。この場合において、その者がその期間内に確答を發しないときは、その行為を追認したものとみなす。

② 制限行為能力者の相手方が、制限行為能力者が行為能力者とならない間に、その法定代理人、保佐人又は補助人に対し、その権限内の行為について前項に規定する催告をした場合において、これらの者が同項の期間内に確答を發しないときも、同項後段と同様とする。

③ 特別の方式を要する行為については、前2項の期間内にその方式を具備した旨の通知を發しないときは、その行為を取り消したものとみなす。

④ 制限行為能力者の相手方は、被保佐人又は第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發しないときは、その行為を取り消したものとみなす。

(2) 制限行為能力者の詐術

[現] 21条

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

[論点3] 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。」(21条)。⁹⁾

①まず、「行為能力者であることを信じさせるため」と規定されているため、「詐術」といえるためには、制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせる目的をもってしたことを要する。

②次に、「詐術」とは、⑦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に相手方に対して積極的術策を用いた場合に限られず、④普通に人を欺くに足りる言動を用いて相手方の誤信を誘起し又は誤信を強めた場合をも包含すると解すべきである。そこで、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④を満たす限りにおいて「詐術」に当たる。

もつとも、単に制限行為能力者であることを黙秘したことの一事をもって、「詐術」に当たるとするのは相当でない。単なる黙秘が詐術に当たるとすれば、制限行為能力者であることを善意の第三者に対抗しえないというのとほとんど同じ結果となり、制限行為能力者を保護するために取消権を与えた制限効能力者制度の趣旨を没却することになるからである。

③そして、「詐術」といえるためには、詐術によって相手方が行為能力者であると誤解したことが必要である。

(3) 法定追認

[現] 125条

追認をすることができる時以後に、取り消すことができる行為について次に掲げる事実があったときは、追認をしたものとみなす。ただし、異議をとどめたときは、この限りでない。

C

最判 S44.2.13

⁹⁾ 取消制限の明文規定があるのは、制限行為能力者が行為能力があると偽る場合だけであるが、同意権者の同意があると偽る場合についても、前者に準じて取り消せなくなると解されている(内田 I 121頁)。

- 一 全部又は一部の履行
- 二 履行の請求
- 三 更改
- 四 担保の供与
- 五 取り消すことができる行為によって取得した権利の全部又は一部の譲渡
- 六 強制執行

(4) 取消権の短期消滅時効

[現] 126 条

取消権は、追認をすることができる時から五年間行使しないときは、時効によって消滅する。
行為の時から 20 年を経過したときも、同様とする。

第2章 権利の主体（法人など）

法人格とは、自然人以外の存在に対して、国家により権利・義務の帰属点としての適格性（権利能力）が認められたもの。

そして、私的自治の原則の発現形態として、団体設立自由の原則（個人が自らの意思に基づいて自由に団体を組織することができ、公権力からの干渉を受けないとの原則）がある。

団体設立自由の原則は、あくまでも、個人が自らの意思に基づいて団体を設立することの自由を保障するものであり、それを超えて、設立された団体が法人格を有することまでも保障するものではない。

ある団体に法人格を与えるかどうかは、その団体に権利義務の帰属点としての資格を与えるかどうかという国家の判断に属する問題である。これについて民法は、「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」と定めている（33条1項 - 法人法定主義）。

第1節. 法人

C

民法（全）35～36頁

1. 権利能力

法人は、人又は財産の集団であって、国家により権利・義務の帰属点としての地位（権利能力）が認められたものである。したがって、法人は、自然人の場合と同じく、権利能力を有する。もっとも、自然人と異なる法人の特殊性から、法人の権利能力には法人に特有のものとして、①性質上当然の制限、②法令の規定による制限、及び③定款所定の目的による制限がある。

〔論点1〕 定款所定の目的による法人の権利能力の制限

C

「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条）。

法人の能力についての「目的」による制限（34条）は、権利能力の制限であると解されている（判例・通説）。

したがって、目的の範囲外の行為について法人は権利義務の帰属点とならないから、目的の範囲外の実行行為は無効である。¹⁾

〔論点2〕 農業協同組合の員外貸付

C（総）

農協では定款で非組合員への貸付けを禁止している。その趣旨は、協同組合財産の維持及び組合員の利益保護と、営利法人より優遇されている協同組合の一般金融取引への進出の抑制という政策目的にある。

まず、員外貸付は、原則として「目的の範囲」外の行為である。もっとも、

民法講義 I 491 頁

¹⁾ 営利法人である会社については、34条の適用ないし類推適用を否定する見解もあるが、判例・通説は適用を肯定している。その上で、取引安全の見地から、会社の「目的の範囲内」の行為について、定款所定の「目的遂行のために直接又は間接に必要な行為」と広く捉えた上で、この「必要性」については「行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断」すべきと解している（八幡製鉄事件・最大判 S45.6.24）。ここで、「抽象的」とは、代表者の自己の利益を図るなどの主観的意図を問題とせず、第三者から見た法律行為の外形のみを問題とすることを意味し、また、「抽象的」とは、当該行為のその時における実際的な必要性などの具体的事情を問題としないことを意味する。これに対し、強制加入団体かつ公益法人である税理士会については、「その「目的の範囲」を会社のように広く解するならば、法の要請する公的な目的の達成を阻害して法の趣旨を没却する結果となる。それゆえに、会社と同じように考えることはできない。」と解されている（南九州税理士会事件・最判 H8.3.19・百 I 7）

例外的に、定款所定の「その他の付帯事業」として「目的の範囲内」に入ることもある（判例）。

最判 S33.9.18、最判 S41.4.26

次に、員外貸付けが無効である場合、抵当権の付従性により、有効な貸付を前提とする抵当権設定契約も無効となるのが原則である。もっとも、①抵当権設定契約が員外貸付の発覚後に締結されたものである場合には、借主が農協に対して負う貸付金及びこれについての利息の原状回復請求権（121条の2）を被担保債権とする趣旨であったとの意思表示、又は②消費貸借による債権を被担保債権とする抵当権設定契約は消費貸借が無効の場合には貸付金についての原状回復請求権に及ぶとの客観的解釈の余地がある（判例）。

最判 S44.7.4、最判 S51.4.23

2. 法人の種類

民法（全）28～29頁

法人には、営利法人（事業によって得た利益を構成員に分配することを目的とした法人）と非営利法人（営利を目的としない法人）とがある。

営利法人については会社法が適用され、非営利法人については民法のほか一般法人法（「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」）が適用される。

3. 法人の機関

民法（全）30～34頁

（1）機関の構成

細かい条文は（択）

一般社団法人：社員総会（意思決定機関）と理事（業務執行機関）は必須である。理事と法人の関係は委任関係である（一般法人法64条）。

理事会と監事の設置は、原則として、任意である。

一般財団法人：理事・理事会・評議員（重要事項の諮問機関）・評議員会・監事は必須である（同法170条1項）。

（2）一般社団法人の理事の権限

ア. 理事会の設置の有無による違い

- ・理事会非設置の場合、原則として、各理事が業務執行権限を有する（同法76条1項）。業務執行権を有する理事が複数いるときは、法人の業務は、原則として、業務執行権限を有する理事の過半数で決する（同法76条2項）。また、各理事が法人を代表する（同法77条1項本文）。
- ・理事会設置の場合、代表理事及び業務執行理事（理事会で業務執行権限を付与された理事）のみが業務執行権限を有する（同法91条1項）。業務執行権限を有する理事が複数いるときは、理事会の決定があればそれに従い、理事会の決定がなければ業務執行権限を有する理事の過半数で決する（同法76条2項類推）。

イ. 理事の代表権（代理権）

- ・代表理事の権限は、「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」に及ぶ包括的代理権である（同法77条4項）。
- ・理事の代表権（代理権）に対しては、定款や社員総会決議により制限を加えることができる。もっとも、これらの制限は「善意」の（代表権の制限の存在を知らない）第三者に対応することができない（同条5項）。

理事会設置の有無を問わない。

【論点 3】 定款・社員総会決議による代表権の制限が解除されたと信じた第三者の保護

C

最判 S60.11.29

法人 A では、定款の定めにより、代表理事 B の代表権について、1000 万円超の取引行為を行うためには事前に社員総会の承認を得る必要があるという制限を設けていたところ、代表理事 B は、社員総会の承認を得ることなく、C との間で、法人 A が C から代金 1500 万円で甲不動産を購入する旨の契約を締結した。その際、C は、上記の定款の存在を知っていたが、社員総会の承認を得ていると信じていたため、法人 A との契約に応じることとしたのである。

C が法人 A に対して代金 1500 万円の支払いを請求したところ、法人 A は、上記の売買契約は、事前に社員総会の承認を得ていないから、代表理事 B の代表権の制限を理由として無効であると主張した。

確かに、同法 77 条 5 項でいう「善意」は代表権の制限の存在を知らないことを意味する。

そうすると、定款や社員総会決議による代表権に対する制限の存在については知っていたが、その制限が解除されたと信じて理事との間で法律行為をしたという第三者は、同法 77 条 5 項の「善意」を満たさないため、同条項によっては保護されない（判例）。

しかし、取引安全を保護する必要があるから、制限解除を信じたことについて正当な理由があれば、110 条類推適用により保護されると解する（判例）。

- ・理事は一般社団法人に対して忠実義務を負うため（同法 83 条）、競業取引・利益相反取引をするには社員総会の決議（理事会非設置）又は理事会の承認（理事会設置）が必要である（同法 84 条、92 条 1 項、197 条）。
 - ➡決議・承認を経ない利益相反取引は、無権代理となる（民法 108 条、113 条 1 項）。相手方の保護は、表見代理（民法 110 条）による。
- ・理事会設置の一般社団法人の理事が理事会の承認を経ることなく「重要な業務執行」（一般法人法 90 条 4 項各号）を行った場合、それは無権代理となる（民法 113 条 1 項）。相手方の保護は、表見代理（民法 110 条）による。
- ・理事の代表権（代理権）の濫用には民法 107 条が適用される。

4. 損害賠償責任

（1）法人自身の不法行為

佐久間 I 370 頁

法人は観念的な存在であるため、法人自身の行為があるとは言い難いものの、法人が操業する工場から大気汚染や水質汚濁が発生した場合など、法人自身の不法行為（民法 709 条）を観念できる場合もある。

（2）代表者の行為による法人の不法行為責任

[現] 一般法人法 78 条

一般社団法人は、代表理事その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。

同条は一般財団法人にも準用される（同法 197 条）。

同条は、報償責任及び危険責任の原理に基づき、法人の代位責任を定めたものである。したがって、法人の不法行為責任が認められる場合でも、理事個人も不法行為責任を負うと解されている。

民法講義 I 509 頁、大判 S7.5.27、
最判 S49.2.28

〔論点 4〕「職務を行うについて」の判断基準

C

法人 A の代表理事 B は、権限外であるにもかかわらず、C との間で、法人 A が C から 1500 万円を無担保・無利息で借り入れる旨の契約を締結し、C から受け取った 1500 万円を自ら費消した。その結果、法人 A は、C に対して 1500 万円を返済することができず、C には 1500 万円の損害が生じた。法人 A は、代表理事 B による借り入れは権限外の行為であるため、これについて A 法人は不法行為責任を負うことはないと主張している。

取引的不法行為においては、行為の外形に対する取引相手方の信頼を保護する必要がある。

民法講義 I 507～508 頁

そこで、取引的不法行為においては、それが代表者の権限外の行為であっても、行為の外形から観察してあたかも代表者の権限の範囲内の行為に属するものとみられるものであれば、「職務を行うについて」行われたものであるといえると解する（判例）。

最判 S50.7.14 等

もっとも、代表者の権限外の行為であることについて相手方が悪意又は重過失である場合には、行為の外形に対する信頼を保護する必要がないから、「職務を行うについて」を満たさないと解する（判例）。

大判 S7.5.27、最判 S49.2.28

〔論点 5〕一般法人法 78 条と表見代理規定の適用関係

C

代表者がその権限を越えた取引行為を介して不法行為を行った場合には、一般法人法 78 条と表見代理規定（民法 110 条）の適用関係が問題となる。

民法講義 I 508～509 頁

例えば、〔論点 4〕の事例において、一般法人法 78 条と表見代理規定のどちらが優先的に適用されるのかが問題となる。

表見代理の成立が認められれば取引の効果が本人に帰属することになり、これが相手方にとって最も直接的な保護になるし、相手方の「損害」も否定されることになるはずである。

そこで、表見代理の成否から検討し、これが否定された場合に初めて一般法人法 78 条による法人の不法行為責任の成否を検討すべきである。

(3) 役員等の第三者に対する特別損害賠償責任

〔現〕一般法人法 117 条

① 役員等がその職務を行うことについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う。

一般財団法人にも、117 条 2 項 1 号を除き準用される（198 条）。

② 次の各号に掲げる者が、当該各号に定める行為をしたときも、前項と同様とする。ただし、その者が当該行為をすることについて注意を怠らなかつたことを証明したときは、この限りでない。

会社法 429 条 2 項に相当する規定である。

…略…

民法講義 I 510 頁

①は、法人の活動が役員等の職務執行に依存しており、その任務懈怠が法人のみならず第三者に対しても損害を生じさせる危険を内包していることに着目した第三者保護のために法が特別に定めた法定責任である。そのため、①では、三者の権利・利益侵害について「悪意又は重大な過失」がなくても

よく、任務懈怠について「悪意又は重大な過失」が認められるとする規律になっている。

②は、計算書類等による情報開示の重要性とその内容が虚偽である場合の危険性に着目した第三者保護のための特別の法定責任であり、役員等の責任を過失責任とした上で、その証明責任を転換したものである。

民法講義 I 510 頁

第2節. 権利能力なき社団

C

1. 意義

権利能力なき社団は、法人格を取得していないのだから、権利義務の帰属点としての地位を認めることはできない。しかし、団体としての社会的実在があるのだから、法人制度を破綻させない限りにおいて、法人にできるだけ近づけた処理をするのが実態に即した結果をもたらす、有用である。そのために考案されたものが、権利能力なき社団・財団という法理である。

2. 権利能力なき社団の成立要件

①団体としての組織を備えている、②多数決の原則が行われている、③構成員の変動にもかかわらず団体そのものが存続する、④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の確定の4つである。

最判 S39.10.15・百 I 8

3. 社団財産の帰属態様

権利能力なき社団の資産は、構成員に総有的に帰属する。

最判 S39.10.15・百 I 8

総有は、共同所有者各自の共有持分を観念することができない特殊な共同所有形態である。

4. 総有帰属の要件

権利能力なき社団は、その「代表者」によってその「社団の名」において、構成員全体のために権利を取得し、義務を負担する。

最判 S39.10.15・百 I 8

5. 取引上の債務の帰属・責任

権利能力なき社団の取引上の債務について、構成員は個人的な債務ないし責任を負うか。

[論点 1] 権利能力なき社団の取引上の債務についての構成員の個人的な債務・責任の負担

C

権利能力なき社団 A が B に対して負担する取引上の債務（借入債務など）について、B は、社団 A の構成員である A1 ないし A3 に対して債務の履行を求めたり、A1 ないし A3 の責任財産を対象として強制執行をかけることができるか。

最判 S48.10.9・百 I 9

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、構成員全員に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。

したがって、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（判例）。²⁾

²⁾ 法人格のない団体が債務を負担した場合において、権利能力なき社団の成立要件を満たさないのであれば、組合法理による構成員個人の分割無限責任の原則が適用されることとなる。

第3章 物

1. 物

物とは、有体物をいい、これは物理的支配可能性を基礎とした概念である。
物は、不動産（86条1項）・動産（86条2項）に分類される。

[論点1] 建築中の建物が土地とは別個独立の不動産となる時点

わが国の民法では、建物は土地とは別個独立の不動産であるとされている（86条1項、370条参照）。それでは、建築中の建物はいつの時点で独立の不動産となるのか。

建物はその使用の目的に応じて構造を異にするものであり、これを新築する場合、建物がその目的とする使用に適当な構成部分を具備する程度に達したときには、未完成の建物であっても、動産の領域を脱して土地とは独立した不動産になると解される（判例）。

そして、工事中の建物といえども、屋根及び周壁を有し、土地に定着した一つの建造物として存在するに至ったのであれば、床や天井が備えられていなくてもよい（判例）。¹⁾

C

C（総）

大判S10.10.1・百I11

2. 物権の客体としての「物」であるための要件

B

(1) 独立性

一物一権主義により、物権の客体としての物は、1個の物として独立性を備えたものであることを要する。

趣旨は、権利関係の錯綜の防止・取引の迅速安全にある。

[論点2] 一筆の土地の一部の取引

一個の物であるかは、物の物理的な性状のみならず、取引界の通念に従って判断されるから、物理的に見れば1個の物でも、取引観念上はその一部を一個の物であると解することは否定されていない。

土地は無限に連続しているため、不動産登記により人為的に区分されており、その個数は不動産登記の筆数によって決まることになる。

そして、一筆の土地の一部であっても、土地としての効用を発揮できるうえ、一部を取引対象とすることについての取引界の需要もある。また、土地の分筆登記という公示手段もある。

そこで、一筆の土地の一部であっても、取引通念上独立性が認められる程度に外形上区分されていれば、これを一個の物と捉えて取引の対象にすることができると解する（判例）。

C（総）

大判T13.10.7・百I10

百I10解説

(2) 単一性

一物一権主義により、物権の客体としての物は、一個の単一の物でなければならない。

趣旨は、通常、集合物の上に一個の物権を認める社会的実益が乏しい上、

¹⁾ “本判決については、居住という本来の目的に相応しい状態に至っていないとく、雨風を凌げ、抽象的であれ何らかの形で建物としての使用可能性が認められるのなら、独立の不動産とみてよい、という趣旨のものとして読むことができよう。”（百I11解説）

物権の客体不特定により公示が困難となり取引安全が害される、ということにある。

[論点 3] 集合物を一個の物権の客体とすること

確かに、一物一権主義により、物権の客体たる物には単一性が要求される。

しかし、単一性の趣旨は、集合物に一個の物権を認める社会的実益の乏しさと、公示困難により取引安全が害される危険にある。

そこで、①集合物が個々の構成物と異なる独自の利益を有し、②集合物として特定しており、③適当な公示手段がある場合には、単一性の趣旨に反しないから、集合物を一個の物権の客体とすることができると解する。

(3) 支配可能性

物権が物を排他的に支配する権利であることから、物権の客体としての物は、排他的支配が可能なるものを要する。

(4) 非人格性

生存中の人体は所有権その他の物権の客体とならない。

3. 従物

(1) 意味

従物は、主物の処分に従う（87条2項）。

(2) 要件

①主「物の常用に供する」

➡主物の継続的な経済的効用を増すこと

②主物に「附属」している

➡付合に至らない程度に場所的接着性・近接性があること

③主物から独立している

④主物の所有者の「所有に属する」

(3) 効果

この規定は、主物と従物の経済的結合関係に照らすと、主物を処分する当事者は従物も処分する意思を有するのが通常であるとして、当事者の従物処分の意思を推定した意思推定規定である。

したがって、従物処分の効果を争う者は、当事者が従物を処分する意思を有しなかったことを主張立証することで推定を覆すことができる。

B

B

第4章 意思表示による権利変動

B

1. 法律行為

法律行為とは、当事者の意思表示に基づいて、(意思表示を不可欠の要件として)権利変動(権利の発生・変更・消滅)という法律効果が認められるものであり、その内容は意思表示の内容によって定まる。

法律行為には、単独行為・契約・合同行為がある。

2. 意思表示

(1) 意思表示の要素

意思表示は、権利変動(権利の発生・変更・消滅)という法律効果を発生させようとする意思(効果意思)を外部に示す行為であり、①効果意思・②表示意思・③表示行為の3要素から構成されるものである。

なお、動機は効果意思の形成過程にすぎず、意思表示の構成要素ではない。

最判 S36.4.20

(2) 意思表示の効力発生時期等

[新] 97条

- ① 意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる。
- ② 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、通常到達すべきであった時から到達したものとみなす。
- ③ 意思表示は、表意者が通知を發した後に死亡し、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、そのためにその効力を妨げられない。

ア. 概要

概要 13 頁、詳解 30~31 頁

- ・ 意思表示の到達主義の適用範囲は、隔地者間の意思表示に限らず、意思表示全般に及ぶ(97条1項)。
- ・ 97条2項は判例法理を明文化したものである。到達主義の場合、意思表示の延着のリスクは表意者が負担することとなるところ、「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」にまで表意者に延着のリスクを負担させるのは不当であるという考えによる。

最判 H10.6.11・百125

イ. 論点

[論点1] 意思表示の到達

B

到達主義の趣旨は、意思表示が相手方の支配圏内に入れば相手方は意思表示を知ろうと思えば知ることができたであろうという考えにある。

最判 S36.4.20

そこで、97条1項の「到達」とは、意思表示が相手方の支配圏内に置かれることで足りると解する(判例)。

[論点2] 遺産分割協議の申入れには遺留分侵害額請求の意思表示が含まれるか

C(総)

最判 H10.6.11・百125

確かに、遺産分割と遺留分侵害額請求とは、その要件・効果を異にするため、遺産分割協議の申入れに、当然に、遺留分侵害額請求の意思表示が含まれているということはいできない(判例)。

しかし、①被相続人の全財産が相続人の一部の者に遺贈された場合には、遺贈を受けなかった相続人が遺産の分配を求めるためには遺留分減殺

によるほかないのであるから、②遺留分侵害額請求権を有する相続人が、遺贈の効力を争うことなく遺産分割協議の申し入れをしたときは、③特段の事情のない限り、その申し入れには遺留分侵害額請求の意思表示が含まれていると解すべきである（判例）。

(3) 公示による意思表示

意思表示は、表意者が相手方を知ることができず、又はその所在を知ることができないときは、公示の方法によってすることができる（98条1項）。

(4) 意思表示の効力発生

[新] 98条の2

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未成年者若しくは成年被後見人であったときは、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、次に掲げる者がその意思表示を知った後は、この限りでない。

- 一 相手方の法定代理人
- 二 意思能力を回復し、行為能力者となった相手方

第5章 意思表示の瑕疵

第1節 心裡留保

[新] 93条

- ① 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ないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。
- ② 前項ただし書の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

B

佐久間 I 114~115 頁

case1 : A は、B に対して、甲建物を売却するつもりがないにもかかわらず、甲建物を売却すると言い、これを信じた B との間で、甲建物を代金 1000 万円で売買する旨の契約を締結した。B は、A に対して、甲建物の売買契約に基づいて、甲建物の引渡しを求めることができるか。

case2 : 上記事例において、B が、過失により A の真意を知らなかったとする。B は、A から甲建物の引渡しを受けた後、C に対して甲建物を代金 1500 万円で売却し、引渡しも終えた。A は、C に対して、AB 間の売買契約は無効であるから自分が甲建物の所有者であると主張して、甲建物の返還を求めることができるか。

1. 要件

心裡留保とは、①表意者の真意でない意思表示であって、②表意者が表示と真意の不一致について認識している場合である。

心裡留保無効の抗弁としては、①・②に加えて、③相手方の悪意又は過失（93条1項但書）も主張立証する必要がある。

2. 効果

(1) 原則

心裡留保による意思表示は、原則として有効である（93条1項本文）。

真意ではないことを認識している表意者を保護する必要があるため、相手方を保護することで取引安全を図るべきだからである。

(2) 例外

相手方が悪意又は有過失である場合は、心裡留保による意思表示は無効である（93条1項但書）。悪意又は有過失の相手方は、表意者を犠牲にしてまで保護するに値しないからである。

善意・無過失の対象は「その意思表示が表意者の真意でないこと」であるから、相手方が表意者の真意の内容について知ることができなかつたとしても、相手方が表意者が真意と異なる意思表示をしていることを知り又は知ることができたのであれば、悪意・有過失が認められる。

後者の場合も意思表示が有効であることに対する相手方の正当な信頼が認められないのである。

(3) さらなる例外

心裡留保による意思表示によって形成された法律関係を基礎として意思表

示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った「第三者」が登場することがある。この場合、相手方が悪意又は有過失であっても、意思表示の無効を「善意の第三者」に対抗することはできない（93条2項）。

3. 相手方からの無効主張

93条1項本文が心裡留保と評価される意思表示を原則として有効としている趣旨は、相手方を保護するところにある。とすれば、相手方が無効でよいというなら、相手方からの無効主張を認めても差し支えない。したがって、相手方からの無効主張も認められると考える。

これに対して、いったん契約を欲した相手方からの無効主張は認めるべきではないとの説もあるが、93条の趣旨からすると行き過ぎである。

第2節. 通謀虚偽表示

A

[現] 94条

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

1. 意義

民法(全) 49~50頁、佐久間 I 119

~120頁

「相手方と通じてした虚偽の意思表示」は、①意思表示が表意者の真意に基づかない「虚偽」のものであることと、②相手方との「通」謀(=意思の連絡)を要件とする。当事者が、意思表示が外形上のものにすぎず、その意思表示から法律効果が生じないことについて合意している場合に①・②を満たす。

通謀虚偽表示が無効であるとされる理由は、意思表示が法律効果を形成するための手段であるため法律効果不発生について合意してなされた通謀虚偽表示に法律効果を認める理由がないことと、表意者のみならず通謀した相手方も保護する必要がないことにある。

case1: Aは、Bとの間で、Aが所有する甲建物の売買契約を仮装することについて合意した上で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結した。その後、Aは、Bに対して、代金1000万円の支払いを求めた。

Aは、Bとの間で、AがBに甲建物を代金1000万円で売却する旨の売買契約を締結した事実を根拠として、本件売買契約に基づき代金1000万の支払いを請求している。

これに対し、Bは、本件売買契約がAB間の通謀虚偽表示によるものだから無効であるため(94条1項)、本件売買契約に基づく代金支払請求は認められないと反論する。この反論は認められる。

2. 「善意の第三者」の保護

(1) 概要

民法(全) 50頁、佐久間 I 120~121

頁

通謀虚偽表示の表意者やその相手方は、「善意の第三者」に対して通謀虚偽表示の無効を主張できない(94条2項)。

94条2項の趣旨は、権利外觀法理、すなわち、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、真正権利者と第三者の利益調整(静的安全と動的安全の調整)を図るという考えにある。

なお、善意の第三者は、通謀虚偽表示の無効を主張することもできる。94条2項は、通謀虚偽表示の無効という効果は生じているところを、善意の第三者を保護するために無効主張を制限するものにすぎないため、第三者としてはその保護の享受を強制されるいわれがないからである。

case2: 前記case1の事例を発展させ、Bは、AB間の通謀虚偽表示による本件売買契約に基づきAから甲建物の引渡しを受けたことを奇貨として、甲建物の

売却代金を得たいと考え、Cとの間で甲建物を代金1500万円で売却する旨の売買契約を締結し、甲建物をCに引き渡したとする（なお、甲建物の登記名義はAのままである。）。

Aは、甲建物にCが居住していることに気が付き、甲建物の所有権に基づき、Cに対して、甲建物の明渡しを求めた。

Aは、自分が甲建物の所有者であることと、Cが甲建物に居住（占有）することでAの甲建物の所有権を侵害していることを理由として、Cに対して、甲建物の所有権に基づき甲建物の明渡しを請求している。

Cは、Aは甲建物に関するAB間の売買契約により甲建物の所有権を喪失しているから甲建物の所有権を有しないと反論する。

Aは、Cが所有権喪失原因として主張しているAB間の売買契約は通謀虚偽表示により無効であるから（94条1項）、Aは甲建物の所有権を喪失していないと再反論する。

Cは、自分はAB間の売買契約が通謀虚偽表示によることについて知らなかったため「善意の第三者」（94条2項）に当たるから、AB間の売買契約の無効を対抗されず、その結果、AはCとの関係では甲建物の所有権を失っていることになると再々反論する。この文脈で、94条2項が登場する。

(2) 「第三者」の意義

94条2項の「第三者」は、通謀虚偽表示の当事者以外の者全般を意味するわけではない。

【論点1】「第三者」の意義

94条2項の「第三者」とは、虚偽表示の当事者及び一般承継人以外の者であって、虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったため、通謀虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者を意味する（判例）。

[肯定]

- ・不動産の仮装譲受人からの転得者（最判S48.6.21：通謀による虚偽の登記名義を真正な者に回復するための所有権移転登記抹消手続請求訴訟で、登記名義人たる被告が敗訴し判決が確定しても、上記訴訟の口頭弁論終結後、被告名義の当該不動産を競落した善意の第三者に対しては、上記確定判決はその効力を有しない。）
- ・不動産の仮装譲受人から抵当権の設定を受けた者
- ・仮装の原抵当権者から、転抵当権の設定を受けた者（最判S55.9.11：転抵当権の取得につき377条1項所定の要件を具備しておらず、権利を行使し、権利取得の効果を原抵当権設定者に主張することができない場合であってもよい。）
- ・虚偽表示の目的物を差し押えた相手方の一般債権者（最判S48.6.28）
- ・仮装債権の譲受人（大判S13.12.17）

[否定]

- ・一番抵当権が仮装で放棄され順位が上昇したと誤信した二番抵当権者

A

大判T5.11.17、民法（全）50頁、
佐久間I121頁

詳細は(短)

詳細は(短)

- ・代理人や法人の理事が虚偽表示した場合における本人や法人
- ・債権の仮装譲受人から取立てのために債権を譲り受けた者
- ・仮装譲受人の単なる債権者（大判 T9.7.23：仮装名義人に金銭を貸付けた者）
- ・仮装譲渡された債権の債務者
- ・土地が仮装譲渡された場合の地上建物の賃借人
- ・土地の賃借人が地上建物を他に仮装譲渡した場合における土地賃貸人（最判 S38.11.28）

（3）「善意」の意味

ここでいう「善意」とは、通謀虚偽表示であること（＝法律効果不発生の合意）について知らなかったことを意味する。¹⁾

〔論点 2〕「善意」

通謀虚偽表示であることを知らなかったことについて過失がある場合も、「善意」に含まれるか。

例えば、case2 において、C が AB 間の売買契約が通謀虚偽表示によることを知らなかったが、知らなかったことについて過失があるという場合にも、C が「善意の第三者」に当たるか。

94 条 2 項では、「善意」と定められているにとどまり、96 条 3 項のように「善意でかつ過失がない」という文言は用いられていない。

また、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、両者間の利益調整を図ることある。

そして、通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから、第三者に無過失まで要求することは、両者間の利益調整として妥当ではない。

そこで、94 条 2 項の「善意」では無過失までは不要と解する（判例）。

A

最判 S62.1.20

民法（全）50 頁、佐久間 I 123 頁

（4）登記の要否

例えば、通謀虚偽表示に係る契約の目的物が不動産である場合、「善意の第三者」として保護されるためには登記を備える必要があるか。

〔論点 3〕対抗要件としての登記

94 条 2 項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動について対抗要件を備える必要があるか。

例えば、case2 において、C が、通謀虚偽表示により AB 間の売買契約は無効である旨の A の主張に対して、自分は「善意の第三者」として保護されると主張するためには、BC 間の売買契約による所有権移転について対抗要件としての登記（177 条）を備えておく必要があるか。²⁾

A

最判 S44.5.27、佐久間 I 126 頁～

128 頁

¹⁾ 「善意」は、94 条 2 項の適用対象となる法律関係ごとに、当該法律関係について第三者が利害関係を有するに至った時期を基準として判断される（最判 S55.9.11、佐久間 I 123 頁）。

²⁾ 例えば、A が甲建物を B と C の双方に売却したという二重譲渡事例では、BC 間において B と C のいずれが甲建物の所有者であるのが問題となる。177 条は、不動産物権変動に関する登記による対抗要件制度を定めており、これによると、所有権移転登記を備えた者が所有者として扱われることになる（詳細については、物権の章で説明する）。

確かに、177 条は、不動産物権変動を「第三者」に対抗するためには、それを公示する不動産登記が必要である旨を定めている。

しかし、94 条 2 項の趣旨は、「善意の第三者」との関係では虚偽表示を有効なものとして扱うことにある。

そうすると、真正権利者、相手方、第三者へと権利が移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たない。³⁾

そこで、94 条 2 項の「善意の第三者」として保護されるためには、対抗要件としての登記（177 条）は不要であると解する（判例）。

〔論点 4〕 権利保護資格要件としての登記

94 条 2 項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動について対抗要件を備える必要がないとしても、権利保護資格要件を備える必要があるのではないか。

例えば、case2 において、C が、通謀虚偽表示により AB 間の売買契約は無効である旨の A の主張に対して、自分は「善意の第三者」として保護されると主張するためには、BC 間の売買契約による所有権移転について権利保護資格要件としての登記を備えておく必要があるか。

確かに、94 条 2 項の「善意の第三者」が保護される結果として、真正権利者が自己の権利の喪失・制約といった重大な不利益を受ける。

そうすると、このような真正権利者の犠牲の下に保護される「善意の第三者」には、権利保護資格要件としての登記を要求するべきとも思える。

しかし、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、両者間の利益調整を図ることある。

そして、通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから、「善意の第三者」に権利保護資格要件としての登記まで要求することは、両者間の利益調整として妥当ではない。

そこで、94 条 2 項の「善意の第三者」として保護されるためには、権利保護資格要件としての登記も不要であると解する（判例）。

A

最判 S44.5.27、佐久間 I 128 頁～

129 頁

(5) 真正権利者からの譲受人との関係

〔論点 5〕 真正権利者からの譲受人との関係

「善意の第三者」が真正権利者からの譲受人に対して 94 条 2 項による権利取得を対抗するためには、対抗要件を備えることを要するか。

例えば、case2 において、A が D との間で、甲建物を代金 1300 万円で売却する旨の真実の売買契約を締結していたとする。

D は、甲建物を占有する C に対して、AD 間の売買契約により甲建物の所有権を取得したことを根拠として、甲建物の所有権に基づき、甲建物を自己

A

³⁾ これと少し異なり、通謀虚偽表示をした真正権利者は、「善意の第三者」との関係では、通謀虚偽表示の無効を対抗できないために当該不動産の権利を有することも主張できなく結果、無権利者として扱われるから、177 条の「第三者」に当たらないとして、無権利構成によって説明する見解もある（佐久間 I 128 頁）。

に明け渡すように請求することが考えられる。

Cは、AB間の売買契約は通謀虚偽表示によるものであるが、「善意の第三者」に当たるCとの関係ではAB間の売買契約は有効なものとして扱われるから、CはBC間の売買契約により甲建物の所有権を取得できていると反論する。

Cが上記の反論をする際、甲建物について対抗要件としての所有権移転登記を備えている必要があるか。

94条2項の趣旨は、善意の第三者の関係では虚偽表示を有効なものとして扱うことにある。

そうすると、真正権利者、相手方、第三者へと権利が移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立つ。

その結果、真正権利者を起点とした二重譲渡があったのと同様に考えることにより、真正権利者からの譲受人と「善意の第三者」とは二重譲渡における対抗関係に立つと考えることができる。

そこで、真正権利者からの譲受人は177条の「第三者」に当たり、「善意の第三者」が当該譲受人に対して94条2項による権利取得を対抗するためには、対抗要件としての登記を備える必要があると解する。

佐久間 I 129 頁

(6) 直接の第三者からの転得者の保護

例えば、case2において、CがDに対して甲建物を売却して引渡しも終わっていたとする。

Aは、自分が甲建物の所有者であることと、Dが甲建物を占有することでAの甲建物の所有権を侵害していることを理由として、Dに対して、甲建物の所有権に基づき甲建物の明渡しを請求することが考えられる。

Dは、Aは甲建物に関するAB間の売買契約により甲建物の所有権を喪失しているから甲建物の所有権を有しないと反論する。

Aは、Dが所有権喪失原因として主張しているAB間の売買契約は通謀虚偽表示により無効であるから(94条1項)、Aは甲建物の所有権を喪失していないと再反論する。

Dの再々反論として、いかなる法律構成が考えられるかが問題となる。

【論点6】善意の第三者からの悪意の転得者

Dは、Cが「善意の第三者」である場合には、再々反論として、自己の善意・悪意にかかわらず、CD間の売買契約によりCが94条2項により取得した甲建物の所有権を承継取得できるから、その結果としてAは甲建物の所有権を喪失することになると主張することが考えられる。

そこで、直接の第三者が善意・転得者が悪意である場合において、悪意の転得者は「善意の第三者」が94条2項により取得した権利をそのまま承継取得できるのかが問題となる。

虚偽表示の無効主張の可否を第三者と転得者ごとに相対的に判断する立場(相対的構成)からは、善意の第三者が悪意の転得者から権利供与義務違反(555条・561条)を理由とする債務不履行責任(415条、541条・542

B

最判S42.10.31、内田I57頁、佐久

間I130~131頁

条等)を追及されることとなり、善意の第三者保護という94条2項の趣旨に反する。

そこで、「善意の第三者」が94条2項によって確定的に権利を取得し、転得者は善意・悪意にかかわらず「善意の第三者」の権利を承継取得すると解する(絶対的構成-判例)。

[論点7] 悪意の第三者からの善意の転得者

Dは、Cが悪意である場合には、[論点6]の法律構成を用いることができないため、再々反論として、自分はAB間の売買契約が通謀虚偽表示によることについて知らなかったため「善意の第三者」(94条2項)に当たるから、AB間の売買契約の無効を対抗されず、その結果、AはDとの関係では甲建物の所有権を失っていることになると主張することが考えられる。

そこで、直接の第三者が悪意・転得者が善意である場合において、悪意の第三者からの善意の転得者も94条2項の「第三者」に含まれるかが問題となる。

94条2項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、両者間の利益調整を図ることある。

この趣旨からすれば、直接の第三者が悪意である場合、真正権利者は、直接の第三者から目的物を取り戻すことで虚偽の外形を取り除くことができた以上、これを怠った真正権利者の犠牲において虚偽の外形を信頼した転得者を保護するべきである。

そこで、転得者も94条2項の「第三者」に含まれると解する(判例)。

B

最判S45.7.24

佐久間I130頁、内田I56頁

(7) 94条2項による権利取得の法的構成

ア. 法定承継取得説

「善意の第三者」による権利取得の法的構成について、虚偽表示の相手方の地位が真正権利者のように扱われるのは、「善意の第三者」の有効な権利取得という結論についての一種の擬制であり、94条2項による権利変動の実体的過程は、真正権利者から「善意の第三者」への同条項による法定の承継取得であると理解する。

この見解によると、「善意の第三者」は真正権利者から直接に権利を承継取得することになるから、真正権利者の所有権主張→売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁→通謀虚偽表示の再抗弁→「善意の第三者」の主張という主張展開がなされる場合において、「善意の第三者」の主張は、再抗弁によりいったん覆滅した所有権喪失の抗弁による真正権利者の所有権喪失の効果を復活させるものではないため、再々抗弁には当たらない。⁴⁾

この見解からは、「善意の第三者」の主張は、売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁と通謀虚偽表示の再抗弁を前提とする予備的抗弁に位置づけ

(総)

紛争類型別 88~90頁

⁴⁾ 抗弁とは、主張事実が請求原因事実と両立し、かつ、請求原因事実から生じる法律効果を覆滅(障害・消滅・阻止)する機能を有するものである(新問題研究14頁)。これに対応して、再々抗弁とは、主張事実が再抗弁事実と両立し、再抗弁から生じる法律効果を覆滅するとともに、抗弁から生じる法律効果を復活させる機能を有するものを意味する(要件事実論30講義132頁)。

られる。

イ. 順次取得説

「善意の第三者」による権利取得の法的構成について、「善意の第三者」が出現することにより、真正権利者と相手方の間における通謀虚偽表示に係る契約が有効であったものとして扱われ、「善意の第三者」はこれを前提として権利を承継取得するものであると理解する。

この見解によると、真正権利者の所有権主張→売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁→通謀虚偽表示の再抗弁→「善意の第三者」の主張という主張展開がなされる場合において、「善意の第三者」の主張は、再抗弁によりいったん覆滅した所有権喪失の抗弁による真正権利者の所有権喪失の効果を復活させるものとして、再々抗弁に位置づけられる。

3. 虚偽表示の撤回

(総)

通謀虚偽表示の当事者は、当事者間の合意により、虚偽表示を撤回することができる。

もっとも、虚偽表示を撤回しても、虚偽表示に基づく外形（登記名義、占有）が取り除かれないう限り、第三者の信頼の対象となる虚偽の外形が存在している点において撤回前と変わらない。

そこで、虚偽表示の撤回を第三者に対抗するためには、虚偽表示を撤回することに加え、虚偽表示に基づく虚偽の外形（登記名義、占有）を除去することまで必要であり、虚偽表示の撤回後、虚偽表示に基づく外形の撤回前にその外形を信頼して登場した第三者は、94条2項の「善意の第三者」として保護されると解する。

4. 94条2項の類推適用

(1) 不動産物権変動における公信の原則の有無

民法（全）129～130頁

公信の原則とは、真の権利状態と異なる公示が存在する場合に、公示を信頼して取引した者に対して、公示通りの権利状態があったのと同様の保護を与えることをいう。

判例・通説は、不動産物権変動について公信の原則を認めない（＝不動産登記には公信力が認められない）。不動産には192条のような規定がないことや、登記官には形式面についての審査権限しかないこと（＝形式的審査主義：登記官は、登記申請が正しい内容かどうかという実質面まで審査する権限を有しない）などが理由である。

case3：Bは、同居している父Aの書斎にある机の引出しからAの実印、Aが所有する甲土地に関する登記済証（権利証）、印鑑登録証明書等を持ち出し、これらを利用して甲土地の登記名義をAからBに移した。その後、Bは、甲土地をCに売却し、登記名義をBからCに移した。Cは、Bとの売買

の際、B から示された甲土地の登記簿を見て、登記名義人である B が甲土地の所有者であると信じていた。

A は、自分が甲土地の所有者であるとして、C に対して、甲土地の所有権に基づき、甲土地に関する C 名義の登記を抹消するように請求することが考えられる。

C は、自分は登記簿を見て甲土地に関する B 名義の登記を信じた上で B との間で売買契約を締結したのだから、甲土地の所有権を取得しており、その結果として A は甲土地の所有権を喪失していると反論する。

もっとも、不動産登記には公信力がないから、C は、甲土地に関する B 名義の登記を信じて甲土地に関する売買契約を締結していても、甲土地の所有権を取得できないのが原則である。

したがって、C の反論は、原則として認められない。

(2) 94 条 2 項類推適用

case3 において、甲土地に関する B 名義の登記を信頼した C が甲土地の所有権を取得できないという結論では、C の取引安全が害される。そこで、C による甲土地の所有権の取得を認めることができないか、不実の不動産登記を信頼した第三者を保護するための法律構成が問題となる。

〔論点 8〕 94 条 2 項類推適用による権利取得

確かに、我が国では不動産登記に公信力が認められないから、登記そのものの効力として、不実登記を信頼した者について登記により公示された通りの権利の取得を認めることはできない。

また、通謀・虚偽表示がない場合には、94 条 2 項を直接適用することができない。

しかし、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある真正権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外観法理にある。

そこで、①不実登記の存在、②真正権利者の帰責性及び③第三者の正当な信頼がある場合には、94 条 2 項の類推適用により、第三者には不実登記に対応する権利取得が認められると解する（判例）。

〔論点 9〕 真正権利者の帰責性

②真正権利者の帰責性の典型例として、㊦真正権利者が自ら不実登記を作出した場合（積極的関与）、㊧真正権利者が他人が作出した不実登記を存続させた場合（意思的承認＝真正権利者が不実登記の存在を知りながら、それを存続させることについて明示又は黙示に承認した場合）が挙げられる。問題は、㊨不実登記に対する積極的関与も意思的承認もない場合であっても、②真正権利者の帰責性が認められるか否かである。

例えば、A が B から騙されて、B から言われるがままに、内容・用途を確認することなく自己が所有する甲土地に関する売買契約書に署名・押印するとともに、甲土地の登記済証、実印、印鑑登録証明書を B に交付し、その後、B がこれらを用いて甲土地について AB 間の売買契約を原因とする所有権移

A

佐久間 I 133~134、民法（全）130
頁

百 I 22 解説 5

A（総）

最判 H18.2.23・百 I 22

前掲 H18 最判の事案を参考

転登記手続を行った上で、C に対して登記簿を見せて甲土地を売却したという事案では、B 名義の不実登記について、A による積極的関与も意思的承認も認められない。もっとも、A には、B 名義の不実登記の出現について落ち度があるため、これをもって A の帰責性ありといえるかが問題となる。

94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある真正権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないという権利外観法理にある。

そうすると、②不実登記についての真正権利者の帰責性としては、第三者保護のために権利を喪失させられてもやむを得ないといえるほどのものであることを要する。

そして、94 条 2 項の類推適用が問題となる場面では、真正権利者と第三者の保護必要性の利益衡量が問題となり、この利益衡量の基礎をなすものが権利者の帰責性であり、外形作出に対する積極的関与や意思的承認は帰責性の徴表の典型にすぎない。

そこで、不実登記に対する積極的関与や意思的承認がない場合であっても、これらと同視し得るほど重い落ち度があれば、②真正権利者の帰責性が認められると解する（判例）。⁵⁾

〔論点 10〕 第三者の正当な信頼

ここでいう信頼とは、登記が真実であると信じたことを意味する。

問題は、正当な信頼というためには、善意のみならず無過失まで必要であるか否かである。

94 条 2 項類推適用が問題となる画面では、真正権利者の静的安全と第三者の取引安全の調整が問題となっていることから、真正権利者の外形作出に対する帰責性の程度に応じて第三者の無過失の要否が変わると解される。すなわち、真正権利者の帰責性が 94 条 2 項が直接適用される場合と同程度に大きい場合には、第三者は無過失まで要求されないが、真正権利者の帰責性が 94 条 2 項が直接適用される場合よりも小さい場合には、110 条も援用することにより第三者に無過失まで要求することになる。

1. 意思外形対応型（94 条 2 項単独類推適用）

真正権利者が認めた外形と第三者の信頼した外形とが一致する場合（不実登記の事案であれば、第三者が信頼した不実登記そのものに対する真正権利者の積極的関与又は意思的承認が認められる場合）には、真正権利者の帰責性が大きいから、利益衡量上、第三者に無過失まで要求するべきではない。

そこで、正当な信頼としては、善意だけで足りると解する（判例）。

2. 意思外形非対応型（94 条 2 項類推適用＋110 条の法意）

真正権利者が認めた外形が第三者の信頼した外形の生じた原因になっ

佐久間 I 138 頁

百 I 22 解説 4

A（総）

民法（全）130 頁

佐久間 I 136 頁

民法（全）131 頁、佐久間 I 136 頁

最判 S45.9.22・百 I 21

民法（全）131 頁、佐久間 I 137 頁

最判 S43.10.17、最判 S47.11.28

⁵⁾ 前掲最高裁平成 18 年判決は、〔論点 9〕の事例と同種の事案において、「X の帰責性の程度としては、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」と述べて②真正権利者の帰責性を認めた上で、③第三者の正当な信頼として善意・無過失まで要求した。

ているにすぎないために、真正権利者が認めた外形と第三者の信託した外形とが一致しない場合（不実登記の事案であれば、真正権利者の積極的関与又は意思的承認のある不実の第 1 登記をもとに、その登記名義人が背信的行為により真正権利者の意思を逸脱する不実の第 2 登記を作出した場合）には、第三者の信託の対象となった外形そのものについて真正権利者の積極的関与又は意思的承認がある場合に比べて、真正権利者の帰責性は小さいといえる。

そうすると、真正権利者と第三者との間の利益調整においては、第三者に無過失まで要求すべきである。

そこで、110 条の法意も考慮し、正当な信託としては善意・無過失まで必要であると解する（判例）。

3. 真正権利者の意思によらないで外形が作出された場合

外形作出について、真正権利者の積極的関与や意思的承認そのものはないが、これと同視し得るほど重い落ち度が認められるという場合には、第三者の信託の対象となった外形そのものについて真正権利者の積極的関与や意思的承認がある場合に比べて、真正権利者の帰責性は小さいといえる。

そうすると、真正権利者と第三者との間の利益調整においては、第三者に無過失まで要求すべきである。

そこで、110 条も類推適用し、正当な信託としては善意・無過失まで必要であると解する（判例）。⁶⁾

民法（全）131 頁～132 頁、佐久間

I 138～139 頁

最判 H18.2.23・百 I 22

(3) 公信の原則と公示の原則の違い

ア. 公信の原則

公信の原則は、無いものを有るものとして扱ってもらえるかの問題である。すなわち、権利関係が存在しないのにそれが存在するような不実の「公」示がなされた場合に、その不実の公示を見て公示された通りの権利関係が存在すると「信」じた第三者との関係で、公示された通りの権利関係が存在したものととして扱うべきかという問題である。

不動産取引であれば、C が、A 所有の甲不動産について B 名義の所有権移転登記がなされているのを見て甲不動産が B 所有に属すると信じ、B との間で甲不動産の売買契約を締結した場合に、B 名義の所有権移転登記により公示された通りに甲不動産が B 所有に属することを前提として、C による甲不動産の所有権取得を認めることができるか、という問題である。

民法は、不動産取引については公信の原則を認めていないため、不実登記を見て甲不動産が B 所有に属すると信じた C が当然に甲不動産の所有権を取得することはできない。上記事例における C の保護は、民法 94 条

(総)

⁶⁾ 110 条の「法意」と「類推適用」については、⑦いずれも第三者の主観的要件が善意・無過失とされることを基礎付けるためのものであり、両者に区別はなく、「法意」も「類推適用」にほかならないとする説明と、⑧両者を区別した上で、110 条が「類推適用」されるのは真正権利者が授権に相当する行為をした場合であろうとする説明がある（民法講義 I 177 頁、佐久間 I 139 頁）。

2 項類推適用の要件を満たす限りにおいて、図られるにとどまる。

これに対し、民法は、動産取引については、192 条（即時取得）を定めることにより、公信の原則を採用している。これにより、C は、B による動産甲（A 所有）の占有を見て B が動産甲の所有者であると信じて B との間で動産甲の売買契約を締結した場合、192 条の他の要件も満たせば、B の帰責性の有無にかかわらず、動産甲の所有権を取得（原始取得）できる。

イ. 公示の原則

公示の原則は、有るものを有るものとして扱ってもらえるかの問題である。すなわち、実際に存在する権利変動（等）を、第三者（債権譲渡では債務者も含む）との関係でも存在するものとして扱ってもらうためには、公示する必要があるかという問題である。

民法 177 条（不動産取引）、民法 178 条（動産取引）及び 467 条（債権譲渡）等は、公示の原則について定めている。

公示の原則は、実際に存在する権利変動（等）を第三者との関係で存在するものとして扱ってもらうための公示の要否の問題であるから、公示の要否・有無を問題にする前提として権利変動（等）の存在が必要であり、権利変動（等）が存在しないのであれば公示の要否・有無の問題に辿りつかない。

公示の原則では、①権利変動（等）の存否（例えば、賃借権では、その効力が第三者に及んでいるか）、②公示の要否（正当な利益を有する第三者であるか）及び③公示の有無に分けて考える。

このように整理すると、「存在しない権利変動（等）は、公示の要否（②）や有無（③）を問題とするまでもなく、第三者を含む他者との関係で存在するものとして扱われない」ということを理解しやすい。

①権利変動（等）は、不動産賃借権を新所有者に対抗できるかという場面などで問題になる。

債権の相対的効力を強調し、対抗要件を具備しない賃借権の効力は第三者に及ばないと理解するならば、話が①で終わり、効力が及んでいる通りに扱ってもらうために公示を要するかという②の問題に進まないため、第三者が背信的悪意者であったとしても、第三者に対して賃借権を対抗することはできないということになる。⁷⁾

⁷⁾ 平成 29 年司法試験設問 3 の出題趣旨でも、新所有者 E から賃借人 C に対して物権的返還請求がなされた事案について、対抗関係構成の採否では、「対抗関係構成」が「C の権利が E に対しても効力を有すること」を「前提」とするものであることと、「賃借権」が「債権である」ことが問題になると指摘されている。

第3節. 錯誤

B

[新] 95条

- ① 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重要なものであるときは、取り消すことができる。
 - 一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤
 - 二 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
- ② 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表示されていたときに限り、することができる。
- ③ 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。
 - 一 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。
 - 二 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。
- ④ 第1項の規定による意思表示の取消しは、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。

表意者が錯誤に陥っている場合、その意思表示の取消しを認めることで表意者を保護する必要性がある一方で、簡単に取消しを認めると意思表示の相手方や相手方からの第三者の取引安全が害される。

内田 I 64 頁

95条各項は、こうした表意者保護（静的安全の保護）の要請と取引安全の保護の要請を調整するための規定である。

case1 : A は、甲建物を乙建物だと勘違いして、B との間で、甲建物を代金 1000 万円で購入する旨の契約を締結してしまった。A は、甲建物の売買契約の取消しを主張して B からの代金支払請求を拒むことができるか。

case2 : 甲土地の付近に新幹線駅ができるとの噂があり、それを信じていた甲土地の所有者 B は、A に対して、甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に 1 億円まで上がると力説し、甲土地を 7000 万円で購入するように持ち掛けたところ、その説明を信じた A は、それなら甲土地を 7000 万円で購入したいと返答し、AB 間で甲土地を 7000 万円で売買する旨の契約が締結されるに至った。後日、甲土地の付近に新幹線駅ができるというのは単なる噂であり真実ではないことが判明した。A は、甲建物の売買契約の取消しを主張して B からの代金支払請求を拒むことができるか。

1. 錯誤の意義

錯誤とは、表示行為と真意（主観）とが一致しておらず、その不一致について表意者が認識していないことを意味する。

民法（全）51 頁参照

錯誤には、①表示行為の錯誤と②動機の錯誤があり、①は⑦表示上の錯誤・①内容の錯誤、②は⑦理由の錯誤・④性質の錯誤に分類される。

(1) 表示行為の錯誤

「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」（95条1項1号）であり、表意者が思い違いにより効果意思と一致しない表示行為をした場合を意味する。

ア. 表示上の錯誤

表示行為そのものに関する錯誤である。

具体的には、表意者が意図していなかった表示手段を使用したために、効果意思と表示行為の不一致が生じている場合のことである（ex.書き違い、言い違い）。

イ. 内容の錯誤

表示行為の意味に関する錯誤である。

具体的には、表意者が意図した表示手段を使用しているものの、表示手段のもつ意味内容を誤解していた（相手方や一般人が受け取るのとは違う意味を自分の表示行為に結びつけた）ために、効果意思と表示行為の不一致が生じている場合のことである。

(2) 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その認識が真実に反する錯誤」（95条1項2号）であり、効果意思どおりの表示行為をしている（そのため、表示行為と効果意思との間に不一致はない）ものの、効果意思の形成過程に思い違い（錯誤）がある場合を意味する。¹⁾

ア. 種類

(ア) 性質錯誤

効果意思の対象である人や物の性質に関して錯誤がある場合である（性状の錯誤、属性の錯誤）。

ex1. 有名画家Aの真作である絵画であると思って本件絵画を100万円で購入したところ、本件絵画が贋作であった。²⁾

ex2. Aは、Bに資力があると思い、Bに対して100万円を貸し付けたところ、Bは無資力であった。

(イ) 理由の錯誤

意思表示を行う間接的な理由に関する錯誤がある場合である。

ex3. Aは、本件土地を1億円で購入しようと考え、本件土地の所有者B

¹⁾ 「表示行為の錯誤」か「動機の錯誤」かという問題点について、内心の動機から出発して事案を眺めると、間違えやすい。表示行為から出発して、その内容を確定した上で、それに対応した効果意思があるかどうかという手順で考えるべきである。このように、「表示行為の錯誤」と「動機の錯誤」の分水嶺は、効果意思と表示行為が一致しているかどうかである（民法講義I 180頁）。例えば、台所用洗剤だと思って購入した商品がトイレ用洗剤であったという事案では、台所用洗剤の購入という効果意思と、トイレ用洗剤の購入という表示行為が一致していないため、「表示行為の錯誤」（のうち、内容の錯誤）が認められる。

²⁾ 効果意思とは、法律効果（＝権利義務の変動）を欲する意思であるから、その中には、その権利義務の変動の対象となる目的物がどれかということも入っていなければならない。そして、特定物ドグマのもとでは、特定物売買の売主が「この物」を給付する義務を負うにとどまり、「瑕疵のない」この物を給付する義務までは負わないとされるため、特定物売買の法律効果は「この物」の給付義務を指すにとどまり、「瑕疵のない」この物の給付義務までは意味しない。そのため、「瑕疵のない」この物の給付ということとは、効果意思の内容にならない（すなわち、物の性質までは、効果意思の内容にならないのである。）。したがって、特定物売買における物の性質の錯誤がある場合は、「この物」を購入するという効果意思と「この物」を購入するという表示行為の間に不一致が認められないため、表示行為の錯誤に当たらず、「この物」を購入するという効果意思の形成過程に錯誤があるとして動機の錯誤に該当することとされる（民法講義I 182頁、民法講義IV 265頁）。その結果、特約により目的物が一定の性質を備えていることが契約の内容とされている場合を除き、瑕疵の有無という意味での目的物の性質に関する錯誤は、95条の錯誤に当たらないから、瑕疵担保責任と錯誤の競合は生じない（基本講義I 93頁）。

特定物ドグマを否定して特定物売買の売主の債務内容として「瑕疵のないこの物」を給付する義務まで認める契約責任説からは、特定物売買における物の性質も効果意思の内容になるため、特定物売買における物の性質の錯誤がある場合は、「瑕疵のないこの物」を購入するという効果意思と「瑕疵のあるこの物」を購入するという表示行為の間に不一致があるとして、表示行為の錯誤に当たることとなる（佐久間I 156頁）。

と交渉したところ、B から付近に新幹線駅ができると力説されたため、地価上昇を見込んで、2 億円で本件土地を購入した。しかし、本件土地付近に新幹線駅ができるというのは、単なるうわさ話にすぎなかった (B も、そのうわさ話を信じていた)。

イ. 取消しの要件

95 条 2 項は、本来は表意者が引き受けるべき動機の誤りの危険を相手方に引き受けさせるためには、動機の表示に加えて法律行為の内容化も必要であるとする改正前民法下の判例法理を明文化する趣旨で、動機の錯誤を理由とする取消しの要件として、同条 1 項 2 号該当性に加え、同条 2 項の要件を設けている。

そこで、「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」とは、「表意者が法律行為の基礎とした事情」が表示を通じて相手方の了承を得ることで当事者間で法律行為の基礎となったことを意味すると解すべきである。³⁾

概要 9 頁、詳解 22~25 頁、佐久間

I 155~159 頁

最判 H28.1.12

つまり、その事情が相手方において法律行為の基礎とし、又は基礎としなければならないものとなったことを意味する。

2. 錯誤の重要性

95 条 1 項柱書後段は、1 号・2 号の錯誤に共通する取消し要件として、「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものである」ことを定めている。

上記文言については、表意者保護と相手方保護の調和を図るという趣旨に照らし、①その点につき錯誤がなければ表意者は意思表示をしなかったであろうこと (主観的因果性) と、②通常人を基準としても意思表示をしなかったであろうこと (客観的重要性) を意味すると解すべきである。

なお、動機の錯誤では、95 条 1 項柱書後段と同条 2 項の当てはめが大部分において重複するため、両者間で該当性判断が異なる事態は通常考えられない。

佐久間 I 148 頁、概要 8 頁、民法
(全) 53 頁、詳解 29 頁

佐久間 I 161 頁

3. 「表意者に重大な過失」がない

(1) 「重大な過失」

「重大な過失」(95 条 3 項柱書) とは、普通人に期待される注意を著しく欠いていることをいう。

重過失の有無は、①表意者は普通人に期待されるものとしていかなる内容・程度の注意義務を負うのか➡②義務の内容・程度と表意者の行動を比較➡③本質的な義務への違反があるか・義務違反の態様が著しいか、という流れで判断される。

プラクティス 477 頁参照

(2) 例外

以下の場合には、「重大な過失」があっても取消しの主張が可能である (95 条 3 項柱書)。

- ・相手方が表意者の錯誤について悪意又は重過失であるとき (同条項 1 号)

³⁾ 相手方の了承の有無は、①動機の対象の性質 (動機の対象が当該法律行為を行う者であれば通常関心をもつものか)、②相手方の認識可能性 (動機にかかる事実の真否を相手方がどの程度容易に知り得る立場にあるか)、③両当事者の属性 (両当事者の専門的知識や取引経験の差異) を考慮して判断する (佐久間 I 157~158 頁)。

- ➡表意者の犠牲の下で保護するに値しないから
- ・「相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき」(2号)
- ➡錯誤に陥っている相手方には契約の有効性を維持して保護すべき正当な利益が認められないから

共通錯誤に関する裁判例(東京地判 H14.3.8)・学説が明文化された。

4. 取消しの主張権者

改正前民法下では、「無効」は本来誰からでも主張することができるものであったことから、錯誤「無効」の主張権者について議論があった。

①表意者保護という制度趣旨から錯誤無効の主張権者は原則として表意者に限定される、②表意者に重大な過失がある場合において相手方又は第三者から錯誤無効を主張することは許されない、③表意者に錯誤無効を主張する意思がない場合に第三者が錯誤無効を主張することは原則として許されないが、当該第三者において表意者に対する債権を保全する必要があり(債権保全の必要性)、かつ、表意者が錯誤を認めているときは、表意者自らは当該意思表示の無効を主張する意思がなくても当該第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許される、と解されていた。

最判 S40.6.4 (②)

最判 S40.9.10・最判 S45.3.26 (③)

95条1項により錯誤の効果が「取り消し」に変更されたことに伴い、少なくとも①・②については立法解決されたと思われる。

取消権者は、表意者、代理人及び承継人に限られる(120条2項)。

5. 第三者の保護

95条4項は、第三者の正当な信頼を保護し取引安全を図るために、錯誤を理由とする「意思表示の取消しは、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。」と定めている。

概要 10 頁

なお、「第三者」は、取消しの意思表示がされる前に登場した第三者に限られる。

民法(全) 54 頁

6. 要件事実

抗弁：95条1項・2項+取消し意思表示

再抗：表意者の重大な過失(95条3項)の評価根拠事実

再々：相手方の悪意・重過失(95条3項1号) or 同一事項についての相手方の錯誤(95条3項2号) or 表意者の重大な過失の評価障害事実

佐久間 I 163 頁

7. 身分行為の錯誤

身分行為については、その性質上、95条1項ないし3項の適用の可否について問題がある。

[論点 1] 身分行為の錯誤

婚姻のような身分行為は、真意に基づくことが不可欠であり、錯誤をはじめ、心裡留保や虚偽表示の規定も適用しないと考えるべきである。

そして、婚姻には、性状の錯誤(動機の錯誤の一種)が常にあり得るから、相手に幻想を抱いていることが意思表示の内容として表示されれば錯誤取消しをもたらすというのは不都合である。

C

そこで、742条1号所定の「人違い」の場合以外は、錯誤取消しは認められないとすべきである。

他方、「人違い」の場合については、表意者に重過失があれば錯誤取消しの主張は許さないとするのはおかしいから、95条3項の適用はないと解すべきである。

第4節 詐欺

B

[新] 96条

- ① 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。
- ② 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。
- ③ 前2項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、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。

case1 : A は、B から騙されて、実際には 3000 万円の価値を有する甲建物が 1000 万円の価値しか有しないと勘違いし、B との間で、甲建物を代金 1000 万円で売買する旨の契約を締結し、B に対する引渡しを終えた。その後、B は、C に対して、甲建物を代金 3000 万円で売却し、引渡しも終えた。その後、B に騙されたことに気が付いた A は、C に対して、B の詐欺を理由として AB 間の売買契約を取消したから自分が甲建物の所有者であると主張して、甲建物の返還を求めることができるか（取消前の第三者）。

case2 : A は、C から騙されて、実際には 3000 万円の価値を有する甲建物が 1000 万円の価値しか有しないと勘違いし、B との間で、甲建物を代金 1000 万円で売買する旨の契約を締結し、B に対する引渡しを終えた（第三者詐欺）。

case3 : A は、B から騙されて、実際には 3000 万円の価値を有する甲建物が 1000 万円の価値しか有しないと勘違いし、B との間で、甲建物を代金 1000 万円で売買する旨の契約を締結し、B に対する引渡しを終えた。その後、B に騙されたことに気が付いた A は、B に対して、B の詐欺を理由として AB 間の売買契約を取り消すと主張した。ところが、B は、C に対して、事情を秘した上で、甲建物を代金 3000 万円で売却し、引渡しも終えた。A は、C に対して、B の詐欺を理由として AB 間の売買契約を取消したから自分が甲建物の所有者であると主張して、甲建物の返還を求めることができるか（取消後の第三者）。

1. 取消権の成立要件（＝「詐欺…による意思表示」）

（1）欺罔行為

相手方の錯誤を惹起する行為。

（2）欺罔行為による意思表示

相手方が欺罔行為により錯誤に陥り、その錯誤に基づき意思表示をした。

（3）欺罔の故意

相手方を錯誤に陥れる故意と、それにより意思表示をさせる故意が必要である。

（4）欺罔行為の違法性

取引に駆引きは不可欠であるから、取引を不当に制限しないために、欺罔行為は取引上要求される信義に反する違法なものであることを要する。

(5) 第三者詐欺

第三者詐欺の場合には、(1)ないし(4)に加えて、相手方が第三者詐欺の事実について悪意又は有過失であることが必要である(96条2項)。

96条2項では、相手方の悪意の場合に限らず、有過失の場合であっても第三者詐欺を理由とする取消しが認められている。心裡留保の場合には真意でないことを知って意思表示をした帰責性の大きい表意者が相手方の悪意又は過失を要件として保護される(意思表示が無効となる)にもかかわらず、第三者詐欺の場合には帰責性が小さい表意者が相手方が悪意でなければ保護されないのでは均衡を失うからである。

概要 12 頁

2. 取消前の第三者

「前2項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、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。」(96条3項)。

例えば、case1において、Aは、自分が甲建物の所有者であることと、Cが甲建物を占有していることを理由に、Cに対して甲建物の引渡しを求めており、Cは、AB間の売買契約によりAは甲建物の所有権を喪失していると反論し、Aは、AB間の売買契約はBの詐欺を理由として取り消した(96条1項)からAは甲建物の所有権を喪失していないと再反論する。これに対する再々反論として、Cは、自分は「善意でかつ過失がない第三者」(96条3項)として保護されると主張する。

(1) 「第三者」の客観的範囲

[論点1] 「第三者」

96条3項の趣旨は、詐欺による意思表示が有効であると信頼して詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った第三者を、取消しの遡及効から保護することにより、取引の安全を確保しようとするにある。

そこで、「第三者」とは、取消し前に、詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った者をいうと解すべきである(判例)。

A

大判 S17.9.30・百 I 55

(2) 「第三者」の主観的範囲

96条3項は、「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。」と定めることで、第三者の主観的要件として善意・無過失を要求している。

被欺罔者にも帰責性があるものの、その程度は小さいのだから、第三者に無過失(特別の注意)を要求することが利益衡量上妥当といえるのである。

概要 12 頁

(3) 対抗要件・権利保護資格要件の要否

[論点2] 対抗要件としての登記の要否

96条3項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動について対抗要件を備える必要があるか。

例えば、case1において、Cは、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約は取り消されたから甲建物はAの所有に属する旨のAの主張に対して、自分は「善意でかつ過失がない第三者」として保護されるから甲建物の所有権を

A

最判 S49.9.26・百 I 23

取得したと主張するためには、BC間の売買契約による所有権移転について対抗要件としての登記（177条）を備えておく必要があるか。

善意無過失の第三者との関係では、詐欺による意思表示も完全に有効なものとして扱われるため、被欺罔者、欺罔者、第三者へと権利が移転したことになる。

そうすると、被欺罔者と善意無過失の第三者とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たない。¹⁾

そこで、96条3項の「第三者」として保護されるためには、対抗要件としての登記（177条）は不要であると解する（判例）。

〔論点3〕 権利保護資格要件としての登記

96条3項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動について対抗要件を備える必要があるか。

例えば、case1において、Cは、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約は取り消されたから甲建物はAの所有に属する旨のAの主張に対して、自分は「善意でかつ過失がない第三者」として保護されるから甲建物の所有権を取得したと主張するためには、BC間の売買契約による所有権移転について権利保護資格要件としての登記（177条）を備えておく必要があるか。

確かに、第三者が保護されると、被欺罔者は権利の喪失や制約といった重大な不利益を受ける。

そうすると、被欺罔者の重大な不利益の上に保護を受けようとする第三者については、権利保護資格要件が必要であるとも思われる。

しかし、登記の具備は、第三者が法律上の利害関係を有するに至った時点以後に問題となる事柄であり、登記具備の有無は第三者の信頼やその正当性に影響を及ぼすものではない。

さらに、被欺罔者にも少なからず帰責性があるのだから、第三者に権利保護資格要件を要求することは、利益衡量上妥当でない。²⁾

そこで、96条3項の「第三者」として保護されるためには、権利保護資格要件としての登記（177条）も不要であると解する（判例）。

（4）被欺罔者からの譲受人との関係

〔論点4〕 被欺罔者からの譲受人との関係

詐欺取消し前の善意無過失の第三者が被欺罔者からの譲受人に対して96条3項による権利取得を対抗するためには、対抗要件を備えることを要するか。

case1において、AがDとの間で甲建物の売買契約を締結していたとする。

Dは、甲建物を占有するCに対して、AD間の売買契約により甲建物の所有権を取得したことを根拠として、甲建物の所有権に基づき、甲建物を自己に明け渡すように請求することが考えられる。

A

最判S42.10.31

佐久間I171~172頁

B

¹⁾ 佐久間I171頁は、被欺罔者は詐欺取消しを第三者に対抗できない結果として第三者との関係では無権利者として扱われるとする。

²⁾ 権利保護資格要件は、被欺罔者によって契約が取り消される前に具備している必要である（類型別130頁参照）。

Cは、AB間の売買契約はBの詐欺によるものであるが、「善意でかつ過失がない第三者」に当たるCとの関係ではAB間の売買契約は有効なものとして扱われるから、CはBC間の売買契約により甲建物の所有権を取得できていると反論する。

Cが上記の反論をする際、甲建物について対抗要件としての所有権移転登記を備えている必要があるか。

被欺罔者と善意無過失の第三者とは前主・後主の関係に立つから、被欺罔者を起点とした二重譲渡があったのと同様に考えることができ、被欺罔者からの譲受人と善意無過失の第三者とは二重譲渡における対抗関係に立つといえる。

したがって、被欺罔者からの譲受人は177条の「第三者」に当たり、第三者がこの譲受人に対して96条3項による権利取得を対抗するためには、対抗要件としての登記を備える必要があると解する。

(5) 直接の第三者からの転得者の保護

例えば、case1において、CがDに対して甲建物を売却して引渡しも終えていたとする。

Aは、自分が甲建物の所有者であることと、Dが甲建物を占有することでAの甲建物の所有権を侵害していることを理由として、Dに対して、甲建物の所有権に基づき甲建物の明渡しを請求することが考えられる。

Dは、Aは甲建物に関するAB間の売買契約により甲建物の所有権を喪失しているから甲建物の所有権を有しないと反論する。

Aは、Dが所有権喪失原因として主張しているAB間の売買契約はBの詐欺を理由として取り消したから(96条1項)、Aは甲建物の所有権を喪失していないと再反論する。

Dの再々反論として、いかなる法律構成が考えられるかが問題となる。

[論点5] 善意無過失の第三者からの悪意又は有過失の転得者

Dは、Cが「善意でかつ過失がない第三者」である場合には、再々反論として、自己の善意・悪意にかかわらず、CD間の売買契約によりCが96条3項により取得した甲建物の所有権を承継取得できるから、その結果としてAは甲建物の所有権を喪失することになると主張することが考えられる。

そこで、第三者が善意無過失、転得者が悪意又は有過失である場合には、善意無過失の第三者からの悪意又は有過失の転得者は、「善意でかつ過失がない第三者」が96条3項により取得した権利をそのまま承継取得することができるかが問題となる。

詐欺による意思表示の効力を第三者・転得者ごとに相対的に判断すると(相対的構成)、善意無過失の第三者が悪意又は有過失の転得者から権利供与義務違反(555条・561条)を理由とする債務不履行責任を追及されることとなり、善意無過失の第三者保護という96条3項の趣旨にそぐわない。

そこで、善意無過失の第三者が確定的に権利を取得することにより、転得者は、悪意又は有過失であっても第三者の権利を承継取得すると解すべきである(絶対的構成)。

B

[論点 6] 悪意又は有過失の第三者からの善意無過失の転得者

B

Dは、Cが悪意である場合には、[論点 5] の法律構成（絶対的構成）を用いることができないため、再々反論として、自分はAB間の売買契約がBの詐欺によることについて過失なくして知らなかったため「善意でかつ過失がない第三者」（96条3項）に当たるから、AB間の売買契約の詐欺取消しを対抗されず、その結果、AはDとの関係では甲建物の所有権を失っていることになる」と主張することが考えられる。

そこで、第三者が悪意又は有過失、転得者が善意無過失である場合には、悪意又は有過失の第三者からの善意無過失の転得者も96条3項の「第三者」に含まれるかが問題となる。

96条3項の趣旨は、取消しの遡及効（121条）から善意無過失の第三者を保護することにより、取引の安全を確保しようとするところにある。

そして、第三者が悪意又は有過失で保護されない場合には、被欺罔者としては詐欺による意思表示を取り消すべきである。

そのため、それを怠っているうちに詐欺による意思表示の有効なことを信頼して出現した転得者については、善意無過失の第三者と同様に、取消しの遡及効から保護するべきである。

そこで、転得者も96条3項の「第三者」に含まれると解する。

3. 取消後の第三者

case3において、AB間の売買契約は、詐欺取消し（96条1項）により、遡及的に無効となるから（121条）、Bは無権利となる。そうすると、BC間の売買契約は、他人物売買（560条）となり、Cは、Aの追認（116条本文類推適用）がない限り、不動産の所有権を承継取得できないのが原則である。

そうだとすると、Cは96条3項の「第三者」として保護されないか。

[論点 7] 取消後の第三者

A

詐欺取消し後の第三者を保護するための法律構成が問題となる。

大判 S17.9.30・百 I 55

確かに、取消しの遡及効からの第三者保護を趣旨とする96条3項の「第三者」には、取消前の第三者だけが含まれるから、取消後の第三者は同条項では保護されない。

しかし、取消しによる遡及的無効も法的擬制にすぎず、取り消しうる意思表示は取り消されるまでは有効であるから、現実には、取消時点で、観念的には被欺罔者への復帰的物権変動が生じ、欺罔者を起点とした二重譲渡がなされたものと構成できる。

また、被欺罔者といえども、取消後はすみやかに登記を回復して取引安全に努めるべきであり、これを怠ったことにより不利益を受けてもやむを得ないと考える。

そこで、取消後の第三者と被欺罔者の関係は、対抗問題（177条、178条）として捉えられると解する（判例）。³⁾

³⁾ 94条2項類推適用説もあるが、被欺罔者に同条2項を類推できるだけの帰責性を認めるのは困難であるとの批判がある。

第5節. 強迫

B

強迫による意思表示は、取り消すことができる（96条1項）。

1. 取消権の成立要件（＝「強迫による意思表示」）

（1）強迫行為

相手方の畏怖を惹起する行為。

（2）強迫行為による意思表示

相手方が強迫行為により畏怖し、その畏怖に基づき意思表示をした。

（3）強迫の故意

相手方を畏怖させる故意と、それにより意思表示をさせる故意が必要である。

（4）強迫行為の違法性

取引を不当に制限しないために、強迫行為は取引上要求される信義に反する違法なものであることを要する。

2. 第三者保護

詐欺取消しと異なり、第三者保護に関する明文規定は設けられていない。

これは、強迫されて意思表示をした強迫被害者には軽微な帰責事由すら認められないため、第三者の取引安全よりも表意者の静的安全の保護を重視する趣旨である。

そこで、96条3項の反対解釈により、強迫を理由とする取消しの遡及的無効は善意の第三者にも対抗できると解する。¹⁾

大判 M39.12.13、佐久間 I 175 頁、
民法講義 I 241 頁

¹⁾ 内田 I 88 頁では、「取消し後は、たとえ強迫の被害者といえども特別に扱う理由はない。したがって、詐欺と同様、外観法理による取引の安全保護を適用すればいい（94条2項の類推適用）。判例・かつての通説は、対抗関係になるとしている。」とされている。

第6章 契約の不当性

第1節 公序良俗違反

B

1. 概要

契約の効力を認めることが社会的に見て余りに妥当性を欠くときは、その契約は、公序良俗違反として、無効である（90条）。

私的自治の原則の下、私人は契約内容を自由に創造することができるのが原則であるが、その内容が公の秩序や善良の風俗に反する場合には、法はそれに対して承認を与えることを拒絶する（90条）。ここでは、契約内容に対して国家が正義を実現するために介入することのできる制度として、公序良俗制度が立てられている。国家は、契約はそのような内容のものであってはならないと考えるところを、契約の拘束力を否定するという手段で実現している。

公序良俗は、法を支配する基本理念の一つの現われであり、私的自治や契約自由に優越するものであるとする学説もある（佐久間 I 191頁）。

「公の秩序」とは国家の一般的秩序を意味し、「善良の風俗」とは社会の一般的道徳観念を意味する。

2. 公序良俗違反の判断

詳解 3～4頁、概要 5頁、佐久間 I

公序良俗違反の判断において、法律行為の内容（や目的）のみならず、法律行為がなされた過程その他の事情も考慮される。

196頁

法律行為がなされた過程その他の事情も考慮する必要がある公序良俗違反行為の類型としては、暴利行為（他人の窮迫、軽率、無経験などにつけ込んで、著しく不相当な財産的給付を約束させる行為）、著しく不公正な法律行為（優越的地位を利用した不公正取引など）が挙げられる。

佐久間 I 194・196頁

3. 論点

〔論点 1〕 公序良俗違反の判断時期¹⁾

C (総)

例えば、AB間の売買契約の締結後における事情変化（「公の秩序」「善良の風俗」の変化）により、事後的に契約内容が公序良俗違反となった場合において、①BがAに対して支払済の売買代金の返還（121条の2）を求めて売買契約の公序良俗違反による無効を主張するとき、②AのBに対する代金支払請求に対してBが売買契約の公序良俗違反による無効を主張して代金支払いを拒絶しようとするときにおいて、公序良俗違反の判断時期が問題となる。

最判 H15.4.18・百 I 13

原状回復請求権（121条の2）の発生要件として公序良俗違反による「無効」が問題となっている場合には、法的安定のために契約時を基準とすべきである（判例）。

履行請求権（412条の2第1項参照）の行使阻止事由として公序良俗違反による無効が問題となっている場合には、公序良俗違反の行為の実現を許さ

¹⁾ 判例は、契約時には取締法規違反にすぎなかった証券取引における損失保証契約が履行請求時には強行法規違反となっていたという事案において、①損失保証契約の公序良俗違反については、契約時を基準として契約自体は有効であると判断しつつ、②契約の履行請求については、証券取引法42条の2第1項3号によって禁止されている財産上の利益提供を求めているものであることがその主張自体から明らかであり、法律上この請求が許容される余地はないとして、履行請求を否定した。

ないという 90 条の趣旨にかんがみ、履行請求時を基準とするべきである (判例)。

〔論点 2〕 遺言の自由と公序良俗違反

A は、妻 X1・子 X2・不倫相手 Y に全遺産の 3 分の 1 ずつを遺贈する旨の割合的包括遺贈をして死亡した。X1・X2 は、遺言無効確認訴訟を提起し、遺言の無効事由の 1 つとして、遺言は不倫関係の維持継続のためのみになされたものであり公序良俗に反すると主張した。

私的自治の原則の現れの 1 つとして遺言の自由があるが、遺言の自由も無制限に認められるものではなく、90 条による制限に服する。

その上で最高裁は、法律上の妻のいる男性が、法律婚が完全に破綻していない場合において、不倫関係にある女性に対してした割合的包括遺贈が 90 条に違反するかどうかについて、①遺言の目的 (= 遺言が不倫関係の維持継続を目的とするものなのか、それとも相手方の生活を保全するためになされたものなのか)、②相続人らに対する影響 (= 遺言の内容が相続人らの生活の基盤を脅かすものであるかどうか) という観点から判断をした (判例)。²⁾

〔論点 3〕 動機の不法

動機の不法とは、契約内容は公序良俗に反しないが、契約の動機が公序良俗に反すると評価される場合をいう。³⁾

例えば、A が B から賭博に用いる目的で金銭を借り入れたという場合に、A の動機の不法を理由として AB 間の金銭消費貸借契約が公序良俗違反により無効になるかが問題となる。

動機は外部に現れないことが少なくないから、動機の公序良俗違反を理由として常に契約を無効にすると、取引安全が害される。

そこで、動機に公序良俗違反があることを理由として契約が無効になるか否かは、動機の違法性の程度と取引相手方の関与ないし認識の程度との相関関係により判断すべきである (相関的考量説)。

C (総)

最判 S61.11.20・百 I 12

B

民法 (全) 63 頁

第 2 節. 強行法規違反

契約は適法 (法律に違反しない) なものでなければならない。

任意規定と異なる意思表示は有効である (91 条)。これは、契約自由の原則の現れである。

91 条の反対解釈として、法令中の公の秩序に関する規定 (強行規定) に違反する意思表示は無効である。

強行規定とは、90 条の法意を具体化した規定であり、私的自治・契約自由を否定する規定である点に特徴がある。

C

²⁾ 他の判例では、遺言者が死亡するまで妾として同棲生活を継続することを条件としてなされた 1 万円の遺贈に関して、「妾関係の維持継続を条件とするものにして善良の風俗に反する事項を目的とする」として、無効と判断したものがある (大判 S18.3.19)。

³⁾ 賭博債務の弁済という借入目的に基づく金銭消費貸借契約について公序良俗違反により無効であるとしている (大判 S13.3.30・百 [6 版] I 15)。

私法に属する多くの規定のうち、国家・社会の基本的秩序に関する規定は、強行規定である。それゆえ、所有権を中心とする物権法の規律や親族法・相続法の規律は、個別に任意規定であるとの指示がなければ、強行規定と評価される。これに対して、債権法の規律は、私的自治・契約自由を基礎としているゆえに、ほとんどが任意規定である。

[論点 1] 取締法規違反の法律行為の効力

取締法規違反の法律行為は、取締法規違反を理由として直ちに無効となることはないが、取締法規の内容が 90 条の「公序」の内容として取り込まれることを通じて、公序違反として無効となる余地がある（判例）。

C

最判 S35.3.18・百 I 16

第7章 無効と取消し

民法（全）65～72頁

第1節 意思表示・法律行為の無効

B

1. 無効と取消しの違い

(1) 基本的な相違

- ・無効な意思表示・法律行為は、特定の行為を待つことなく、最初から当然に効力を生じない。これに対し、取消可能な意思表示・法律行為は、一応有効であり、特定人（取消権者・120条）の行為によって初めて、その効力が遡及的に消滅する（121条）。
- ・無効は追認によって治癒されない（119条本文）。これに対し、取消可能な意思表示・法律行為は、取消権者による追認によって、完全に有効な意思表示・法律行為となる（122条）。
- ・無効は、いつでも、誰でも主張できる。これに対し、取消しは、取消権者（120条）により、期間制限内（126条）に限って主張できる。

(2) 相対的無効

- ・無効主張権者が契約当事者の一方に限られることがある。例えば、意思無能力を理由とする法律行為の無効（3条の2）は意思無能力者（側）からしか主張できない。
- ・契約当事者の一方の個人的利益を保護するために契約又は契約条項が無効とされる場合（90条、消費者契約法10条等）にも、不利益を受ける当事者しか無効を主張できない。

2. 無効の絶対効とその例外

意思表示・法律行為の無効は、誰に対する関係でも主張できるのが原則である。

もっとも、無効の効果が特定の当事者間にとどまり、第三者には及ばないこともある（93条2項、94条2項等）。

第2節 取消し

B

1. 意義

取消しとは、①錯誤、詐欺、強迫、困惑等による意思表示がされた場合、又は②制限行為能力者が単独で法律行為をした場合に、意思表示の瑕疵又は行為能力制限を理由として、一応有効とされた意思表示・法律行為の効力を否定する意思表示をいう（95条1項、96条1項、消4条）。

取り消された意思表示・法律行為は、最初に遡って消滅する。すなわち、「取り消された行為は、初めから無効であったものとみな」されるのである（121条：取消しの遡及効）。

2. 取消権者

民法上の取消権者は、120条で掲げられた者に限定される。

[新] 120条

- ① 行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、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。）又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。
- ② 錯誤、詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる。

3. 取消しの方法

- ・取消しは、取り消す意思表示・法律行為の相手方に対する意思表示によって行われる（123条）。
- ・取り消す意思表示・法律行為の相手方が確定していない場合には、客観的にみて取消しの意思表示と認められる行為があればよい（123条反対解釈）。

4. 取消権の消滅時効

- ・取消権は、追認をすることができる時から5年間の消滅時効に服する（126条1項）。
- ・取消権は、行為の時から20年の消滅時効に服する（126条2項）。

5. 追認

(1) 意義

- ・追認とは、取消権を放棄するとの取消権者の意思表示である。取消可能な行為は、取り消されるまでは一応有効なものとして取り扱われるが、追認により確定的に有効なものとなる（122条）。
- ・追認権者は、「第120条に規定する者」、すなわち取消権者である（122条）。
- ・追認も、取消しと同様、取消可能な意思表示・法律行為の相手方に対する意思表示によって行う（123条）。

(2) 要件

[新] 124条

- ① 取り消すことができる行為の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、取消権を有することを知らなければ、その効力を生じない。
- ② 次に掲げる場合には、前項の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後に行うことを要しない。
 - 一 法定代理人又は制限行為能力者の保佐人若しくは補助人が追認をするとき。
 - 二 制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て追認をするとき。

124条1項は、取消原因全般に共通する追認の要件として、「取消しの原因となっていた状況が消滅し」たことに加え、「取消権を有することを知られた後」であることも要求している。

権利の放棄には権利を有することの認識が必要であることを前提として、

概要 32 頁

追認も取消権の放棄である以上、追認の要件として放棄の対象である「取消権を有することを知った」ことを要求しているのである。

(3) 法定追認

概要 33 頁

[新] 125 条

追認をすることができる時以後に、取り消すことができる行為について次に掲げる事実があったときは、追認をしたものとみなす。ただし、異議をとどめたときは、この限りでない。

①～⑥ (略)

(4) 効果

[新] 122 条

取り消すことができる行為は、第 120 条に規定する者が追認したときは、以後、取り消すことができない。

6. 取消しの効果

(1) 取消しの絶対効とその例外

意思表示・法律行為の取り消しは、誰に対する関係でも主張できるのが原則である。

もっとも、錯誤及び詐欺による意思表示の取消しと、消費者契約における誤認・困惑を理由とする意思表示の取消しについては、善意無過失の第三者に対抗することができない(95 条 4 項、96 条 3 項、消 4 条 6 項)。

(2) 遡及的無効

取り消された意思表示・法律行為は、最初に遡って消滅する(121 条：取消しの遡及効)。

(3) 原状回復義務

[新] 121 条の 2

- ① 無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う。
- ② 前項の規定にかかわらず、無効な無償行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、給付を受けた当時その行為が無効であること(給付を受けた後に前条の規定により初めから無効であったものとみなされた行為にあつては、給付を受けた当時その行為が取り消すことができるものであること)を知らなかったときは、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。
- ③ 第 1 項の規定にかかわらず、行為の時に意思能力を有しなかった者は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。行為の時に制限行為能力者であった者についても、同様とする。

概要 29～31 頁

本条は契約前の状態への巻戻し(原状回復)を目的とする規定であり、取消しによる遡及的無効(121 条)の場合にも適用される(詳解 68 頁)。

- ・121 条の 2 第 1 項は、無効の効果として、給付受領者の原状回復義務を定める。現物返還が不可能である場合、「相手方を原状に復させる義務」の内容は価額償還義務となる(同条 2 項の反対解釈からも帰結される)。
- ・同条 2 項は、同条 1 項の例外として、無償行為の善意の給付受給者を保護するために、同人の返還義務の範囲を現存利益に限定している。これに対し、有償契約の給付受領者は、反対給付をすることなしに受領した給付を自己の物として保持することはできないから、善意であったとしても、返

還義務の範囲が現存利益に限定されないのである。

- 同条 3 項は、同条 1 項の例外として、行為時に意思無能力者であった者と行為時に制限行為能力者であった者を保護するために、同人らの返還義務の範囲を現存利益に限定している。
- 改正民法は、不当利得のうち、少なくとも給付利得については、衡平説（公平説）ではなく、類型論を基礎にしているといえる。
- 改正民法は、無効な法律行為の給付受領者が金銭を返還する際に、受領時から利息を付する必要があるか、金銭以外の物を返還する際に受領時以降その物から生じた果実や使用利益相当額を返還する必要があるかについて、規定を設けず、解釈に委ねている。
- 双務契約が行為能力の制限を理由として取り消された場合と双務契約が第三者詐欺を理由として取り消された場合における原状回復義務相互については、同時履行関係が認められる。
➡但し、詐欺・強迫の被害者と加害者との間における原状回復義務相互については、詐欺・強迫を行った者による同時履行の抗弁権の主張を否定すべきとの見解もある。この見解は、詐欺・強迫を行った者には、295 条 2 項の適用により、同時履行の抗弁権と同様の機能を果たしている留置権が否定されることとの均衡を理由とする。

最判 S28.6.16、最判 S47.9.7

内田 II 51 頁・602 頁

事項索引

【あ】

悪意の受益者 p458
明渡時説 p419
明渡猶予制度 p167
安全配慮義務 p215～

【い】

遺言 p526～
遺言執行者 p528
遺言撤回の自由 p527
遺言能力 p526
遺産共有 p513～
遺産分割 p113～、519～
遺産分割の遡及効 p520
遺産分割協議の解除 p520
意思能力 p13～
異時配当 p169
意思表示 p28
遺贈 p532～
1号配偶者短期居住権 p542～
一物一権主義 p26、27、296
委任 p438～
遺留分 p548～
姻族 p489

【う】

請負 p425～
受取証書の持参人 p271
氏 p490

【え】

永小作権 p149
縁組意思 p501
縁組届 p501

【か】

外形説 p65、505、506
外形標準説 p479
解除 p356
解除の遡及効 p362

解除条件 p81
価額償還 p250
隔地者 p28、344
確定日付のある証書による通知・承諾 p303
加工 p138
瑕疵担保責任 p44、376、380、382、384
果実 p131、154
果実收取権 p131
過失責任の原則 p222
過失相殺 p485～
可分債権 p331
可分債務 p331
慣習 p348
間接強制 p214、215
間接占有 p482
間接損害 p471
監督義務者 p475
管理不全建物管理命令 p140～
管理不全土地管理命令 p140～
関連共同性 p483

【き】

期限の定めのない債務 p128、218、282、357
期限の利益 p82
危険責任の原理 p23、478、480、482
危険の移転 p204、268、382
危険負担 p352～
期限前弁済 p338
帰属清算方式 p194
寄託 p442～
基本代理権 p75～
逆求償 p480
客観的起算点 p84
94条2項の類推適用 p38～
求償権 p320～、328～、337～
求償利得 p462
給付義務 p202
給付利得 p461
強行法規 p55
強制履行 p214～

供託 p259～
共同抵当 p168～
共同不法行為 p482～
共同不法行為者間の求償権 p483～
共同保証人間での求償権 p341
強迫 p53
共有 p142～
寄与分 p519
金銭債務の不履行の特則 p225

【く】

具体的遺留分 p549～
具体的相続分 p516～
組合 p446～
クリーン・ハンズの原則 p10、467

【け】

契約 p343～
契約内容の確定 p347～
契約自由の原則 p343
契約締結上の過失 p217、219
血族 p489
原債権 p275～
検索の抗弁権 p333
原始取得 p83、89、136
現実の提供 p263
原始的不能 p211、218、346、347
原状回復義務 p59、361
現存利益 p16、59～60、457
限定承認 p511
検認 p528
現物分割 p145～
原物返還の原則 p458
顕名 p64
権利能力 p11～
権利能力平等の原則 p8
権利に関する契約不適合 p381
権利能力なき社団 p24～
権利濫用 p10、198、409、422

【こ】

行為能力制度 p14～
合意の欠缺 p349
更改 p290
効果意思 p28
後見監督人 p509
工作物責任 p481～
交叉的不法行為 p286
公示の原則 p41、42、122
公序良俗 p54
公信の原則 p38、41、42、123
公正証書遺言 p526、528
口頭の提供 p263
後発的不能 p211、218
衡平説 p456
合有 p142
個別権利実現準備型の債権者代位権 p229～
誤振込み p462
個別的遺留分 p549～
個別的請求権説 p232、555
雇用 p423～
婚姻 p491～
婚姻意思 p491～
婚姻準正 p493
混合寄託 p444
混同 p128、290
混和 p138

【さ】

債権 p201～
債権関係 p201～
債権者代位権 p227～
債権譲渡 p291～
債権譲渡の予約 p296、298
債権侵害 p470
催告の抗弁権 p333
催告権 p17
再婚禁止期間 p492
財産分与 p242、497
財産分離 p522
裁判外の催告 p98

- 裁判上の催告 p97、98
裁判上の請求 p97
債務 p201～
債務引受 p316～
債務不履行 p211～
債務不履行を理由とする損害賠償請求権 p215～
詐害行為取消権 p238～
差額説 p219、471
詐欺 p48～
先取特権 p186～
錯誤 p43～
差押禁止債権 p286、292～
指図による占有移転 p122、126
- 【し】
- 死因贈与 p367
敷金 p419～
事業執行性 p478、479
時効 p83～
時効の援用 p101～
時効の完成猶予 p97～
時効の更新 p97～
時効の遡及効 p83
時効の相対効 p83
時効の利益の放棄 p104
自己占有 p132
仕事完成債務 p430
仕事の完成 p425～
死後認知 p500
事後の通知 p330
持参債務 p206
事実婚 p497
事実上の優先弁済（効） p237、251
自主占有 p130
事情変更の抗弁（権） p212
事前求償権 p338～
事前の通知 p329
質権 p178～
失踪宣告 p12～
指定相続分 p517
私的自治の原則 p9
私的実行 p194
自筆証書遺言 p526
死亡擬制 p12
事務管理 p453～
社会通念上の因果関係 p456、464
集合債権譲渡担保 p298
集合動産譲渡担保 p196
従物 p27
受益の意思表示 p231、316、355
主観的起算点 p83
熟慮期間 p511
出生擬制 p511、532
取得時効 p88～
主物 p27
受領義務 p265、266
受領遅滞 p265～
種類債権 p205～
種類債権の特定 p206
種類物 p205
種類物売買 p124、353
準委任 p441
準婚理論 p497
準消費貸借 p388～
準正 p493
承継取得 p136
条件 p81
使用者責任 p477～
使用貸借 p391～
譲渡制限特約 p292
譲渡担保 p193～
消費寄託 p444
消費貸借 p387
消滅時効 p84～
将来債権の譲渡 p296～
使用利益 p361、374、461
所在等不明共有者の持分 p147～
処分清算方式 p194
所有権 p133～
所有権絶対の原則 p9
所有権的構成 p193、195
所有権の移転時期 p110

所有権留保 p198～
所有者不明建物管理命令 p140～
所有者不明土地管理命令 p138～
所有の意思 p88、130
侵害利得 p
信義則（信義誠実の原則） p459
親権 p
親権共同行使の原則 p
新権原 p
真正な登記名義の回復 p
親族 p504～
人的担保 p239
親等 p489
信賴關係破壊の法理 p415
心裡留保 p30～

【す】
推定の及ばない子 p498
数量に関する契約不適合 p376

【せ】
制限行為能力者 p14～
制限種類債権 p208～
制限物権 p149、381
成年後見 p508
成年被後見人 p508
責任財産の保全 p227
責任能力 p475～
責任無能力者 p475～
設定者留保権 p299
善意占有者の果実收取権 p131
善管注意義務 p438、442
選択債権 p209
全面的価格賠償 p
占有 p146
占有改定 p122、126
占有権 p130
占有者の費用償還請求権 p131
占有の訴え p131～
善良な管理者の注意 p202、399、438、442

【そ】
相関關係説 p242、244
相殺 p281～
相殺適状 p281
造作買取請求権 p351、401
相続 p511～
相続回復請求権 p555
相続人 p511
相続の放棄・承認 p511
相続分 p516～
総体的遺留分 p549～
相当因果關係 p220～
相当価格処分行為 p245
双方代理 p65
総有 p142
贈与 p366
相隣關係 p133～
即時取得 p123～
損益相殺 p226
損害 p p219、471
損害賠償額の予定 p226
尊属 p489

【た】
代位物 p
代価弁済 p458
代金減額請求権 p
対抗要件 p377～
第三者のためにする契約 p354～
第三者弁済 p269～
代償請求権 p214
代替執行 p214、215
代諾縁組 p501
代物弁済 p258～
代理 p61～
代理権の濫用 p66
代理占有 p130
諾成契約 p343～
諾約者 p354
多数当事者の債権關係 p322～
建物買取請求権 p351、401

他人物の遺贈 p532、534

他人物売買 p374～

単純承認 p511

担保権的構成 p193

担保物権 p150～

担保物権の随伴性 p150～

担保物権の不可分性 p150～

担保物権の付従性 p150～

担保物権の優先弁済権能 p150～

担保不動産競売 p169

担保不動産収益執行 p169

担保保存義務 p279～

【ち】

地役権 p150

地上権 p149

嫡出子 p498

嫡出否認の訴え p498

中間省略登記 p120

直接強制 p214、215

直接請求権 p235、250

直接取立権 p251

直接の因果関係 p456、463

直系親族 p489

賃借物保管義務 p399

賃貸人の地位の移転 p409

【つ】

追完請求権 p213～

追認 p58、67～

追認拒絶権 p69～

追認権 p58

通行地役権 p118

通常損害 p221

通常が必要費 p538

通知義務 p329～

通謀虚偽表示 p32～

【て】

定型約款 p345～

停止条件 p81～

抵当権 p151～

抵当権消滅請求 p166

抵当権の順位 p152、168

撤回遺言 p

手付 p527

転貸 p413～

転抵当 p167

添付 p136

填補賠償 p221、224、225

転用物訴権 p463

【と】

登記 p119～

動機の不法 p55

動産 p122～

動産回復請求権 p127

動産質権 p178

動産譲渡登記 p125、293、363

同時交換的行為 p246、248

同時死亡の推定 p12

同時存在の原則 p511、532

同時到達 p307

同時配当 p169

同時履行の抗弁権 p350

到達主義 p28、344

動物占有者の責任 p481

特定遺贈 p532

特定財産承継遺言 p113、114、524、529、530

特定物 p202

特定物債権 p202

特定物売買 p203、219、376、377

特別縁故者 p512

特別損害 p220、221

特別養子縁組 p502、503

取消権者 p58

取締法規 p56

取立債務 p206

【な】

内縁 p497

【に】

2号配偶者短期居住権 p546～
日常家事代理権 p79、80
任意後見契約 p508、509
任意後見制度 p509
任意代位 p275
認知 p499

【ね】

根抵当権 p174～
根保証 p341～

【の】

ノーワーク・ノーペイの原則 p352

【は】

配偶者居住権 p536～
配偶者相続権 p492、497
賠償者代位 p
背信行為 p226
背信的悪意者 p42、93、117、118、154、193
売買 p368～
売買の予約 p369
売買は賃貸借を破る p408

【ひ】

被害者側の過失 p486、487
非義務行為 p247、248
引渡し p122
非債弁済 p274、465
卑属 p489
被代位権利 p227～
被保佐人 p15
被補助人 p16
被保全債権 p228
秘密証書遺言 p526
表見相続人 p112、271、555
表見代理 p74～
費用償還請求権 p131、183、267、268、276、400
費用利得 p462
品質に関する契約不適合 p376、379、380、381、384、431、433

【ふ】

不安の抗弁権 p212
夫婦同氏 p493
夫婦別産制 p493
付加一体物 p152～
不可分債権 p322～
不可分債務 p325～
復代理 p63
付合 p136～
不真正連帯債務 p326、480、481、485
付随義務 p202
負担部分 p359
普通養子 p501
復歸的物権変動 p52、364
物権 p105
物権的請求権 p106～
物権変動 p110～
物権法定主義 p105
物上代位 p157～
不動産賃借権に基づく妨害排除請求 p231
不動産賃借権の時効取得 p90
不動産賃借権の登記 p395
不当利得 p456～
不特定物債権 p205～
不当原因給付 p466～
不法行為 p470～
扶養義務 p510
分別の利益 p334、341

【へ】

併存的債務引受 p316～
弁済 p258～
弁済者代位 p275～
弁済受領権者 p270
騙取金銭による弁済 p463

【ほ】

包括遺贈 p532
包括受遺者 p532
包括的遺留分 p549
傍系親族 p489

方式の自由 p343
報償責任の原理 p482、484
法人 p20
法人格 p20
法定相続 p281、288
法定相続分 p517
法定代位 p276
法定代位権者の競合 p276
法定代理権の濫用 p506
法定地上権 p163
法律行為 p28
法律上の父子関係 p499
保佐 p508
母子関係 p498、499
補充性 p317、333、334、335
補充的契約解釈 p349、379
補助 p508
保証 p332
保証債務 p332
保証債務の随伴性 p332
保証債務の内容同一性 p332
保証債務の付従性 p332
保証債務の別個独立性 p332
保証債務の補充性 p332
保証人の求償権 p337～
保存行為 p64、143、229、

【ま】

埋蔵物 p136

【み】

未成年後見 p508
未成年子 p504
未成年者 p14～
身分行為意思 p232、242、243

【む】

無権代理 p65～
無権代理と相続 p69～
無権代理人の責任 p66～
無効 p57～

相対的無効 p57、233
取消的無効 p14、17
無催告解除 p357、378、405、541、
無断譲渡・無断転貸 p413～

【め】

明認方法 p121
免除 p290
免責事由 p221～
免責的債務引受 p317～

【も】

申込み p343～
黙示の更新 p404

【や】

約定利率 p225
約款 p345

【ゆ】

有益費 p398
有責主義 p495
有責配偶者からの離婚請求 p495
有体物 p26

【よ】

要役地 p118
用益物権 p151
養子 p501
要式契約 p344
要式行為 p367、499、532
要物契約 p178、179、259、344、372、419
用法遵守義務 p392、399
要約者 p354

【り】

利益相反行為 p65、505
離縁 p502
履行拒絶権 p268、273、352、353
履行請求権 p211
履行遅滞 p218

判例索引

- ・大判 M36.11.16 p149
- ・大判 M37.6.22 p429
- ・大判 M38.5.11 (百 I 5) p13、17
- ・大判 M38.10.7 p301
- ・大判 M39.3.3 p333
- ・大判 M39.4.16 p91
- ・大判 M39.12.13 p53
- ・大判 M41.6.10 p62
- ・大判 M41.12.15 (百 I 54) p111
- ・大判 M42.5.14 p311
- ・大判 M43.2.9 p413
- ・大連判 T3.12.22 p303
- ・大判 T3.12.25 p179
- ・大判 T3.12.26 p429
- ・大判 T4.2.9 p303
- ・大判 T4.3.10 p470
- ・大判 T4.3.20 p470
- ・大判 T4.3.27 p303
- ・大判 T4.10.22 p429
- ・大判 T6.6.27 p357
- ・大判 T6.10.30 p240
- ・大判 T7.3.19 p325
- ・大判 T7.5.9 p429
- ・大判 T7.7.10 p454
- ・大判 T7.8.14 p351
- ・大判 T7.12.4 p263
- ・大判 T7.12.7 p271
- ・大判 T7.12.23 p362
- ・大判 T8.2.24 p362
- ・大判 T8.6.30 p98
- ・大判 T8.11.22 p483
- ・大判 T9.7.23 p34
- ・大判 T10.3.18 p322
- ・大判 T10.4.4 p218
- ・大判 T10.5.13 p183
- ・大判 T10.5.17 p363
- ・大判 T10.6.7 (百 I [7版] 19) p348
- ・大判 T10.7.11 p149
- ・大判 T10.7.8 p127
- ・大判 T11.11.24 p325

- ・大判 T11.12.1 p211
- ・大判 T13.4.25 p300
- ・大判 T13.10.7 (百 I 10) p26
- ・大判 T14.1.20 p131、460
- ・大判 T15.2.16 p472
- ・大連判 T15.5.22 p221
- ・大判 T15.5.29 p271
- ・大判 S2.6.22 p271
- ・大判 S5.10.10 p300
- ・大判 S6.9.16 p241
- ・大判 S7.1.26 p351
- ・大判 S7.3.2 p92
- ・大判 S7.5.27 p23
- ・大判 S7.10.6 p11、473
- ・大判 S7.12.6 p304
- ・大判 S8.2.13 p126
- ・大判 S8.4.18 p303
- ・大判 S9.11.20 p126
- ・大判 S10.10.1 (百 I 11) p26
- ・大判 S10.10.5 (百 I 1) p10、409
- ・大判 S10.11.18 p416
- ・大判 S11.2.25 (百 II 75) p448
- ・大判 S12.7.7 p207
- ・大判 S13.12.17 p33
- ・大判 S15.2.5 p164
- ・大判 S15.9.18 (百 I 49) p105
- ・大判 S15.9.28 p284
- ・大判 S15.11.26 p173
- ・大判 S17.5.20 p74
- ・大判 S17.9.30 (百 I 55) p49、52
- ・大判 S18.3.19 p55
- ・大判 S18.7.20 p429
- ・大判 S19.6.28 (百 I 18) p348
- ・大判 S19.12.22 (百 I 33) p79
- ・最判 S23.12.23 p501
- ・最判 S28.1.22 p468
- ・最判 S28.5.29 p301
- ・最判 S28.6.16 p60
- ・最判 S28.12.14 p231
- ・最判 S28.12.18 (百 II 5) p396
- ・最判 S29.1.14 p183

- ・最判 S29.4.8 (百Ⅲ65) p513
- ・最判 S29.4.30 p264
- ・最判 S29.12.21 p357
- ・最判 S30.10.18 (百Ⅱ1) p206、208
- ・最判 S31.4.6 p401
- ・最判 S31.11.16 p393
- ・最大判 S32.6.5 p264
- ・最判 S32.9.19 p117
- ・最判 S33.3.6 p493
- ・最判 S33.6.14 (百Ⅱ76) p380、451
- ・最判 S33.6.20 (百Ⅰ52) p110、205
- ・最判 S33.8.5 p472
- ・最判 S33.9.18 p21
- ・最判 S34.5.14 p350
- ・最判 S34.6.19 (百Ⅲ62) p513、514
- ・最判 S34.6.25 p351
- ・最判 S34.8.7 p121
- ・最判 S34.8.7 (百Ⅲ13) p494
- ・最判 S35.2.9 p401
- ・最判 S35.2.11 (百Ⅰ68) p126
- ・最判 S35.2.19 (百Ⅰ29) p76
- ・最判 S35.2.25 (百Ⅲ48) p505
- ・最判 S35.3.18 (百16) p56
- ・最判 S35.4.2 p211
- ・最判 S35.4.12 p393
- ・最判 S35.6.17 p109
- ・最判 S35.6.24 p206
- ・最判 S35.7.27 p93
- ・最判 S35.10.21 (百Ⅰ28) p75
- ・最判 S36.3.24 p133
- ・最判 S36.4.14 p284
- ・最判 S36.4.20 p28
- ・最判 S36.4.28 p108
- ・最大判 S36.7.19 (百Ⅱ15) p249
- ・最判 S36.7.20 p94
- ・最判 S36.11.21 (百Ⅱ46) p359、360
- ・最判 S36.11.30 p454
- ・最判 S36.12.12 p77
- ・最判 S36.12.15 p325
- ・最判 S36.12.15 (百Ⅱ51) p376
- ・最判 S37.4.20 (百Ⅰ35) p8、69、71

- ・最判 S37.5.25 p468
- ・最判 S37.8.10 (百 I 38) p73、375
- ・最判 S37.8.21 (百 II [7版] 36) p271
- ・最判 S37.10.2 p65、505
- ・最判 S37.10.9 p252
- ・最判 S37.11.8 p479
- ・最判 S37.12.25 p421
- ・最判 S38.2.22 (百 I 59) p112、524
- ・最判 S38.4.23 p230
- ・最判 S38.11.28 p34
- ・最判 S38.12.20 p502
- ・最判 S38.12.24 (百 II 77) p460
- ・最判 S39.3.6 (百 III 74) p534
- ・最判 S39.5.23 (百 I 27) p74
- ・最判 S39.6.30 p415
- ・最判 S39.9.8 (百 III 40) p501
- ・最判 S39.10.13 p422
- ・最判 S39.10.15 (百 I 8) p24
- ・最判 S40.3.4 (百 I 70) p132
- ・最判 S40.3.9 p10
- ・最判 S40.5.4 (百 I 86) p153
- ・最判 S40.6.4 p46
- ・最大判 S40.6.30 (百 II 22) p332
- ・最判 S40.9.10 p46
- ・最判 S40.9.21 (百 I 53) p120
- ・最判 S40.11.24 (百 II 48) p371、373
- ・最判 S40.12.7 p467
- ・最判 S41.1.21 p373
- ・最大判 S41.4.20 (百 I 43) p87
- ・最判 S41.4.27 (百 II 58) p395
- ・最判 S41.5.19 (百 I 74) p147、555
- ・最判 S41.6.9 p124
- ・最判 S41.7.28 p466
- ・最判 S41.10.27 p393
- ・最判 S41.11.22 p92
- ・最判 S41.12.23 (百 II 10) p214
- ・最判 S42.1.20 (百 III 73) p115
- ・最判 S42.2.2 p493
- ・最判 S42.2.21 p421
- ・最判 S42.4.28 p421
- ・最判 S42.7.21 (百 I 45) p89

- ・最判 S42.8.25 p322
- ・最判 S42.10.27 p101
- ・最判 S42.10.27 (百Ⅱ27) p310
- ・最判 S42.10.31 p36
- ・最判 S42.10.31 p50
- ・最大判 S42.11.1 p472
- ・最判 S42.11.2 (百Ⅱ90) p479
- ・最判 S42.11.9 p478
- ・最判 S43.2.23 p360
- ・最判 S43.2.26 p389
- ・最判 S43.4.23 p483
- ・最判 S43.8.2 p117
- ・最判 S43.9.26 p233
- ・最判 S43.10.8 (百Ⅲ46) p506
- ・最判 S43.11.15 (百Ⅱ95) p472
- ・最判 S43.11.21 p183
- ・最判 S43.12.24 p174
- ・最判 S44.2.13 p18
- ・最判 S44.3.28 (百Ⅰ85) p153
- ・最判 S44.5.1 p264
- ・最判 S44.7.3 p169
- ・最判 S44.7.4 p21
- ・最判 S44.7.17 p411
- ・最判 S44.9.12 p429
- ・最判 S44.10.30 p130
- ・最判 S44.10.31 (百Ⅲ1) p491
- ・最判 S44.11.6 p1836
- ・最判 S44.11.6 p206
- ・最判 S44.11.18 p479
- ・最判 S44.12.18 (百Ⅲ9) p79、80
- ・最判 S44.12.19 p78
- ・最判 S45.3.26 p46
- ・最判 S45.4.21 (百Ⅲ2) p491
- ・最判 S45.5.21 p104
- ・最判 S45.6.18 p88
- ・最大判 S45.6.24 p20
- ・最大判 S45.6.24 (百Ⅱ39) p281、286、287
- ・最判 S45.7.15 p85
- ・最判 S45.7.16 p463
- ・最判 S45.7.24 p37
- ・最判 S45.7.28 (百Ⅰ32) p74

- ・最判 S45.8.20 p264
- ・最判 S45.8.20 p482
- ・最判 S45.9.10 p97
- ・最判 S45.9.22 (百 I [7版] 21) p40
- ・最判 S45.10.21 (百 II 82) p468
- ・最判 S45.12.4 p125
- ・最判 S46.1.26 (百 III 72) p114
- ・最判 S46.2.19 p411
- ・最判 S46.3.25 (百 I 97) p194
- ・最判 S46.3.25 p300
- ・最判 S46.4.23 p411
- ・最判 S46.6.3 p77
- ・最判 S46.6.22 p479
- ・最判 S46.7.16 (百 I 80) p183
- ・最判 S46.7.23 (百 III 18) p495
- ・最判 S46.11.1 p535
- ・最判 S46.11.5 (百 I 57) p90
- ・最判 S46.11.19 p251
- ・最判 S46.12.16 (百 II 55) p265
- ・最判 S46.12.16 p211
- ・最判 S47.2.7 p109
- ・最判 S47.2.18 p70
- ・最判 S47.3.23 p332
- ・最判 S47.4.14 p133
- ・最判 S47.4.20 (百 II 9) p221
- ・最判 S47.5.25 p367
- ・最判 S47.7.25 (百 III 3) p492
- ・最判 S47.9.7 p60
- ・最判 S47.11.16 (百 I 79) p182
- ・最判 S48.2.2 (百 II [7版] 61) p419、420
- ・最判 S48.6.7 (百 II 98) p471
- ・最判 S48.6.21 p33
- ・最判 S48.6.28 p33
- ・最判 S48.7.19 p294
- ・最判 S48.10.9 (百 I 9) p24
- ・最判 S48.10.11 p225
- ・最判 S48.11.16 (百 II 108) p474
- ・最判 S48.12.14 p101
- ・最判 S49.2.28 p23
- ・最判 S49.3.7 (百 II 29) p306
- ・最判 S49.3.19 (百 II 59) p411

- ・最判 S49.3.22 (百Ⅱ [7版] 89) p476
- ・最判 S49.6.28 p286
- ・最判 S49.7.22 (百Ⅲ47) p506
- ・最大判 S49.9.4 p72
- ・最判 S49.9.20 p243
- ・最判 S49.9.26 (百Ⅰ 23) p49
- ・最判 S49.9.26 (百Ⅱ 80) p463
- ・最判 S49.11.21 p301
- ・最判 S49.12.17 p473
- ・最判 S49.12.20 p211
- ・最判 S50.2.25 (百Ⅱ 2) p215
- ・最判 S50.2.28 (百Ⅰ [6版] 100) p198
- ・最判 S50.3.6 p230
- ・最判 S50.4.8 (百Ⅲ39) p501
- ・最判 S50.7.14 p23
- ・最判 S50.7.17 p388
- ・最判 S50.12.8 p312
- ・最判 S51.2.13 (百Ⅱ 45) p375
- ・最判 S51.3.4 p432、434
- ・最判 S51.3.25 p486
- ・最判 S51.4.23 p21
- ・最判 S51.6.25 (百Ⅰ 30) p76
- ・最判 S51.7.8 (百Ⅱ 95) p480
- ・最判 S51.9.21 p195
- ・最判 S52.3.17 p295
- ・最判 S52.9.22 p479
- ・最判 S53.2.17 p521
- ・最判 S53.2.24 (百Ⅲ30) p499
- ・最判 S53.2.24 (百Ⅲ1版] 49) p505
- ・最判 S53.3.6 (百Ⅰ 46) p91
- ・最判 S53.7.4 p171
- ・最判 S53.7.18 p307
- ・最判 S53.12.22 (百Ⅱ 66) p419
- ・最大判 S53.12.20 p555
- ・東京高判 S53.12.26 p153
- ・最判 S54.1.25 (百Ⅰ 72) p137
- ・最判 S54.4.17 p119
- ・最判 S54.7.10 p283
- ・最判 S55.1.11 p306
- ・最判 S55.1.24 p240
- ・最判 S55.1.24 p388

- ・最判 S55.7.11 p228
- ・最判 S55.9.11 p33、34
- ・最判 S55.9.11 (百Ⅲ [1版] 82) p526
- ・最判 S55.12.18 p216、218
- ・最判 S56.1.19 (百Ⅱ 71) p440
- ・最判 S56.2.16 (百Ⅱ 2 解説) p216
- ・最判 S56.2.17 p426、427
- ・最判 S57.1.22 p195
- ・最判 S57.3.26 (百Ⅲ 12) p494
- ・最判 S57.9.7 p126
- ・最判 S57.9.28 p193
- ・最判 S57.12.17 (百Ⅱ 20) p330
- ・最判 S58.1.20 (百Ⅱ 61) p404
- ・最判 S58.2.24 p477
- ・最判 S58.3.18 (百Ⅲ 84) p526
- ・最判 S58.5.27 p216
- ・最判 S58.10.6 p232
- ・最判 S59.2.16 p425
- ・最判 S59.2.23 (百Ⅱ 34) p272
- ・最判 S59.5.29 (百Ⅱ 36) p279
- ・最判 S59.4.27 (百Ⅲ 76) p511
- ・最判 S60.5.23 (百Ⅰ 94) p170、171
- ・最判 S60.7.19 (百Ⅰ 82) p191
- ・最判 S60.11.29 p22
- ・最判 S60.11.29 (百Ⅱ 47) p368
- ・最判 S61.4.11 (百Ⅱ 33) p271
- ・最判 S61.4.18 p169
- ・最判 S61.11.20 (百Ⅰ 12) p55
- ・最判 S61.11.27 p278
- ・最判 S62.1.20 p34
- ・最判 S62.2.12 p194
- ・最判 S62.3.24 p416
- ・最判 S62.6.5 (百Ⅰ 47) p90
- ・最判 S62.7.7 (百Ⅰ 34) p67、68
- ・最判 S62.7.9 p173
- ・最大判 S62.9.2 (百Ⅲ 15) p495
- ・最判 S62.11.10 p196
- ・最判 S62.11.12 p196
- ・最判 S63.3.1 p69
- ・最判 S63.4.21 p485
- ・最判 S63.5.20 p148

- ・最判 S63.7.1 (百Ⅱ32) p270
- ・最判 S63.7.1 (百Ⅱ97) p484
- ・最判 H 元.2.9 (百Ⅲ70) p520
- ・最判 H 元.10.27 (百Ⅰ87) p158
- ・最判 H2.9.27 p521
- ・最判 H2.12.18 p339
- ・最判 H3.4.2 (百Ⅱ54) p380
- ・最判 H3.4.11 p437
- ・最判 H3.4.19 (百Ⅲ87) p529、530
- ・最判 H3.10.25 p484
- ・最判 H3.11.19 p457
- ・最判 H4.2.27 p253
- ・最判 H4.4.10 (百Ⅲ63) p514
- ・最判 H4.6.25 p485
- ・最判 H4.9.22 p440
- ・最判 H4.11.6 (百Ⅰ95) p171、172
- ・最判 H4.12.10 (百Ⅲ49) p506
- ・最判 H5.1.21 (百Ⅰ36) p70
- ・最判 H5.2.26 p193
- ・最判 H5.3.30 (百Ⅱ30) p306、307
- ・最判 H5.7.19 p524
- ・最判 H5.10.19 (百Ⅱ69) p429
- ・最判 H5.10.19 p526
- ・最判 H6.2.8 (百Ⅰ51) p109
- ・最判 H6.2.8 p496
- ・最判 H6.2.22 (百Ⅰ98) p195
- ・最判 H6.9.8 p195
- ・最判 H6.9.13 (百Ⅰ6) p70
- ・最判 H6.12.20 (百Ⅰ93) p165
- ・最判 H7.3.10 p100
- ・最判 H7.6.23 (百Ⅱ37) p280
- ・最判 H7.9.19 (百Ⅱ79) p463
- ・最判 H7.11.10 p166、193
- ・最判 H8.1.26 p385
- ・最判 H8.3.19 (百Ⅰ7) p20
- ・最判 H8.4.26 (百Ⅱ72) p258、462
- ・最判 H8.10.14 (百Ⅱ60) p414
- ・最判 H8.10.29 (百Ⅰ61) p117
- ・最判 H8.10.29 (百Ⅱ106) p485、486
- ・最判 H8.10.31 (百Ⅰ76) p146
- ・最判 H8.11.12 (百Ⅰ67) p92

- ・最判 H8.11.12 (百Ⅱ44) p361
- ・最判 H8.11.22 p195
- ・最判 H8.12.17 p542
- ・最判 H9.2.14 (百Ⅰ92) p165
- ・最判 H9.2.14 (百Ⅱ70) p432
- ・最判 H9.2.25 (百Ⅱ64) p417
- ・最判 H9.6.5 (百Ⅱ25) p294、295
- ・最判 H9.7.1 (百Ⅱ40) p212
- ・最判 H9.7.15 p432
- ・最判 H9.7.17 p414
- ・最判 H9.11.11 p314
- ・最判 H9.11.13 p527
- ・最判 H10.1.30 (百Ⅰ88) p158
- ・最判 H10.2.13 (百Ⅰ63) p118
- ・最判 H10.3.26 (百Ⅰ [7版] 88) p160
- ・最判 H10.4.24 p224
- ・最判 H10.5.26 (百Ⅱ81) p464
- ・最判 H10.6.11 (百Ⅰ25) p28
- ・最判 H10.6.12 (百Ⅱ17) p240
- ・最判 H10.6.12 p474
- ・最判 H10.6.22 p102
- ・最判 H10.7.17 p69
- ・最判 H10.8.31 p498
- ・最判 H10.9.10 (百Ⅱ21) p328
- ・最判 H10.12.18 (百Ⅰ81) p192
- ・最判 H11.1.29 (百Ⅱ26) p296
- ・最判 H11.2.26 p102
- ・最決 H11.5.17 p193
- ・最判 H11.6.11 (百Ⅲ69) p243
- ・最判 H11.6.24 (百Ⅲ101) p553
- ・最判 H11.7.19 p556
- ・最判 H11.10.21 (百Ⅰ42) p101
- ・最大判 H11.11.24 p155、1230
- ・最判 H11.11.30 p360
- ・最判 H12.3.9 (百Ⅲ19) p243
- ・最判 H12.3.10 (百Ⅲ25) p497
- ・最判 H12.4.7 p148
- ・最判 H12.4.14 p158
- ・最判 H12.4.21 p298
- ・最判 H12.6.27 (百Ⅰ69) p127、128
- ・最判 H13.3.13 p161

- ・最判 H13.3.13 (百Ⅱ107) p483、485
- ・最判 H13.7.10 p103
- ・最判 H13.7.10 p519
- ・最判 H13.11.22 (百Ⅰ100) p299
- ・最判 H13.11.22 (百Ⅲ93) p232
- ・最判 H13.11.27 p298
- ・最判 H13.11.27 (百Ⅱ53) p382
- ・最判 H14.1.29 p474
- ・東京地判 H14.3.8 p46
- ・最判 H14.3.12 p161
- ・最判 H14.3.28 p162
- ・最判 H14.6.10 (百Ⅲ75) p524、530
- ・最判 H14.9.24 p431
- ・最判 H14.10.15 p135
- ・最判 H14.11.5 p550
- ・最判 H15.2.21 (百Ⅱ73) p462
- ・最判 H15.3.25 p479
- ・最判 H15.4.18 (百Ⅰ13) p54
- ・最判 H15.7.11 p484
- ・最判 H15.10.10 p379
- ・最判 H15.10.31 p96
- ・最判 H16.4.27 (百Ⅱ109) p474
- ・大阪高判 H16.7.6 p120
- ・最判 H16.10.26 p273
- ・最判 H16.11.12 p479
- ・最判 H16.11.18 (百Ⅲ23) p497
- ・最判 H17.2.22 p192
- ・最判 H17.3.10 (百Ⅰ89) p155、156
- ・最判 H17.7.11 p273
- ・最判 H17.9.8 (百Ⅲ64) p515
- ・最判 H18.1.17 (百Ⅰ54) p93
- ・最判 H18.2.7 (百Ⅰ96) p194
- ・最判 H18.2.23 (百Ⅰ22) p39、41
- ・最判 H18.7.20 (百Ⅰ99) p197
- ・最判 H18.9.4 (百34) p500
- ・最判 H18.10.20 (H18 重判6) p196
- ・最判 H19.3.8 (百Ⅱ78) p458
- ・最判 H19.7.6 (百Ⅰ91) p164
- ・最判 H19.7.6 (百Ⅱ85) p436
- ・最判 H20.6.10 p468
- ・最判 H20.6.24 p468

- ・最判 H20.7.4 (H20 重判 10) p486
- ・最判 H21.3.10 (百 I 101) p199
- ・最判 H21.3.24 (百 III 88) p517、530
- ・最判 H21.11.9 (H22 重判 8) p458
- ・最判 H22.6.1 (百 II 50) p379
- ・最判 H22.12.2 (H22 重判 6) p197
- ・最判 H22.12.16 (H23 重判 4) p120
- ・最判 H23.1.21 (百 I 48) p96
- ・最判 H23.2.18 p273
- ・最判 H23.2.22 (H23 重判 14) p531
- ・最判 H23.4.22 (百 II 4) p216、217
- ・最判 H23.10.18 (百 I 37) p72、376
- ・最判 H24.3.16 (百 I 58) p95
- ・最判 H25.2.26 (H25 重判 4) p118
- ・最判 H25.2.28 (百 II 43) p282、284
- ・最判 H25.6.6 p98
- ・最大判 H25.9.4 (百 III 57) p499、517
- ・最判 H25.9.13 (H25 重判 3) p335
- ・最判 H26.7.17 (百 III 27) p498
- ・最判 H27.4.9 (百 II 92) p477
- ・最判 H28.1.12 p45
- ・最大決 H28.12.19 (百 III 66) p515、522
- ・最判 H29.1.31 (百 III 38) p502
- ・最判 H29.4.6 p552
- ・最判 H30.10.19 p550
- ・最判 R2.2.28 p480

(参考文献)

- ・「民法(全)」第2版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第2版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「基本講義 債権各論Ⅱ」第3版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「プラクティス民法 債権総論」第5版補訂(著:潮見佳男-信山社)
- ・「民法(債権関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
→「概要○頁」と表記
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
→「概要・相続○頁」と表記
- ・「詳解 改正民法」初版(著:潮見佳男ほか-商事法務)
→「詳解○頁」と表記
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)
→「詳解・相続法○頁」と表記
- ・「Before/After 民法改正」初版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「民法Ⅰ 総則・物権総論」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「<民法>所有権・相続のルール大改正」初版(著:児玉隆晴-信山社)
→「R3大改正○頁」と表記
- ・「民法Ⅱ 債権各論」第3版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅳ 親族・相続」補訂版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「LEGAL QUEST 民法Ⅵ 親族・相続」第3版(著:前田陽一ほか-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅰ 総則」第3版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅳ-1 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第4版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第2版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法Ⅲ」第3版(著:道垣内弘人-有斐閣)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」改訂版(法曹会)
→3訂版を参照している箇所では「類型別[3訂]○頁」と表記
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹界)
- ・「要件事実マニュアル1」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第2版(有斐閣)
- ・「最新重要判例解説」平成18年度～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)