

第1部 書き方・考え方のコツ

第1章 請求権の選択 p1

1. 訴訟物から考える
2. 契約当事者間における債権的請求
3. 請求の根拠・内容・当否

第2章 請求の当否 p2

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

第3章 要件事実 p3

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

第4章 主張・反論の分析 p4～5

1. 請求の当否が問われている場合
2. 反論の当否が問われている場合

第5章 判例の使い方 p6

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
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）
3. 判例のルールの内容を明らかにする
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
5. 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・終期

2. 失踪宣告による死亡擬制

第2節. 意思能力 p13～14

1. 意義
2. 判断基準
3. 意思無能力を理由する法律行為の無効

第3節. 行為能力制度 p14～19

1. 意義
2. 類型
3. 取消権行使と第三者
4. 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. 代理人の行為能力
 3. 復代理人

第5節. 有権代理 p64

第6節. 無権代理 p65～73

1. 無権代理の類型 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」の主観的要件

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（付随的義務）

第2節. 債権の目的 p202～210

1. 特定物債権
2. 種類債権（不特定物債権）
3. 制限種類債権
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 p215～226

1. 請求原因 p215～221
2. 免責事由の抗弁 p221～224
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. 債務者の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
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. 保証債務の性質 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 p370～373

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. 賃貸借契約の終了事由
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取去土地明渡請求
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 p465～469

1. 非債弁済 p465
2. 弁済期前の債務の弁済 p465
3. 他人の債務を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（正当化事由） 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 p478～481
3. 注文者の責任 p481
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. 内縁
- 3. 特別養子

第8章 親権 p504～507

- 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
- 4. 懲戒権に関する規定の見直し

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
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・保存・清算 p522～524
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 116~120 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

[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。

A

司 H28 司 R4 予 H23 予 H29

民法(全) 49~50頁、佐久間 I 132

~123頁

1. 意義

「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

予 H23

民法(全) 50頁、佐久間 I 123~124

頁

(1) 概要

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I124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にある。

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 128～129

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 130～131

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)。

内田 I 59 頁

[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。

A

最判 S44.5.27、佐久間 I 132 頁

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にある。

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)。

(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 130 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I133~135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にある。

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I133頁、内田I56頁

(7) 94条2項による権利取得の法的構成

類型別88~90頁

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。

判例は法定承継取得説であると理解されている(最判S42.10.31)。

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

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、再抗弁事実から生じる法律効果を覆滅するとともに、抗弁事実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

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

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

司 H28 司 R4 予 H29

民法（全）130頁

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 司 H28 司 R4 予 H29

佐久間 I 135～136 頁、民法（全）

130 頁

百 I 21 解説 5

A 司 H28 司 R4 予 H29

最判 H18.2.23・百 I 21

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 139~140 頁

百 I 21 解説 4

A 司 H28 司 R4 予 H29

民法（全）130 頁

佐久間 I 140~141 頁

民法（全）131 頁、佐久間 I 137 頁

最判 S45.9.22

民法（全）132 頁、佐久間 I 140~

142 頁、最判 S43.10.17、最判

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。

S47.11.28

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賴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、第三者の信賴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、正当な信賴としては善意・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（94 条 2 項類推適用+110 条類推適用）

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、第三者の信賴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、正当な信賴としては善意・無過失まで必要であると解する（判例）。⁶⁾

民法（全）133 頁、佐久間 I 142～
143 頁、最判 H18.2.23・百 I 21

（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

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）。

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 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章 責任財産の保全

債務者の責任財産（一般財産）とは、債務者の総財産から担保物権により優先的に支配されている財産を除いたものを意味する。債務の履行請求を受けた債務者がそれでも債務を履行しない場合には、債権者としては、最終的に債務者の責任財産に強制執行をして、そこから債権の満足を受けるしかない。

もっとも、債務者が自分の財産の管理を十分に行わないことがある。そこで民法は、債権者に対して責任財産を保全するための権利を2つ与え、債務者の責任財産の管理への介入を認めた。それが、債権者代位権（423条）と詐害行為取消権（424条）である。

第1節. 債権者代位権

債権者代位権とは、債務者が自己の権利を行使しないときに、債権者が債務者に代わって権利を行使することにより、責任財産の維持を図るための権利である（423条1項本文）。

case1 : AはBに対して1000万円の債権を有しているところ、Bには1000万円の弁済をできるだけの財産が手元にはないが、Cに対して高級ダイヤ甲（1000万円）の引渡請求権を有していたとする。Aは、Bに対する給付訴訟を提起して勝訴した後に、Bから判決に従った弁済がない場合には、Bの責任財産から強制的に債権回収を図るために、勝訴判決を債務名義としてBの責任財産に対して強制執行をかけることになる。もっとも、Bの手元には1000万円の弁済をできるだけの財産がないのだから、このままの状態でも強制執行をかけても、空振りに終わる。強制執行によってBの責任財産から1000万円の債権回収を実現するためには、Bの責任財産を1000万円の債権回収ができるくらいに状態に回復する必要がある。そのための手段として挙げられるのが、債権者代位権と詐害行為取消権である。case1では、Aは、BのCに対する高級ダイヤ甲の引渡請求権を代位行使することで高級ダイヤ甲の占有をBに移転してBの責任財産の状態を回復した上で、勝訴判決を債務名義として高級ダイヤ甲に対して強制執行（動産執行）をかけて、債権回収を図るのである。このように、債権者代位権は、強制執行の準備のために債務者の責任財産を保全することを目的として行使されるものなのである（詐害行為取消権も同様である）。

1. 実体法上の要件

[新] 423条

- ① 債権者は、自己の債権を保全するため必要があるときは、債務者に属する権利（以下「被代位権利」という。）を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利及び差押えを禁じられた権利は、この限りでない。
- ② 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、被代位権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。
- ③ 債権者は、その債権が強制執行により実現することのできないものであるときは、被代位権利を行使することができない。

民法（全）276～277頁

A

司 H28 予 R2

(1) 被保全債権の存在（「自己の債権」）

プラクティス 183～184 頁

ア. 種類

債権者代位権によって保全されるべき「自己の債権」は、金銭債権である必要はない。債権者代位権は責任財産の保全制度であるところ、金銭債権以外の債権でも債務不履行により損害賠償請求権として具体化し、債務者の責任財産から満足を受け得る対象になる可能性があるからである。

イ. 成立時期

被保全債権やその発生原因は、被代位権利よりも前に成立している必要はない。

ウ. 期待権

単なる期待権は、権利の範囲・内容が不確定・不明確であるがゆえに保全されるべき権利としての価値を決定することができないため、保全されるべき責任財産の範囲・内容を確定することもできないから、「自己の債権」に当たらない。

反対に、権利の価値を決定できるほどに権利の範囲・内容が確定しているのであれば、期待権も「自己の債権」に当たる。

最判 S30.12.16 [推定相続人が実際に相続人となったであろうときに取得する権利×]

エ. 具体的内容が形成される前の権利

具体的内容が形成される前の権利は、権利の範囲・内容が不確定・不明確であるがゆえに保全されるべき権利としての価値を決定することができないため、保全されるべき責任財産の範囲・内容を確定することもできないから、「自己の債権」に当たらない。

最判 S55.7.11 [財産分与請求権は協議・審判等により具体的内容が形成されるまでは被保全債権とにならない]

オ. 「強制執行により実現することのできない」債権

「強制執行により実現することのできない」債権とは、強制力を欠く債権を意味する。

これについては、強制執行に進む余地がない以上、強制執行に備えて債権の最終的な引き当てとなる責任財産を保全するという制度趣旨が妥当しないから、これを被保全債権とする債権者代位権は認められない（423 条 3 項）。

不起訴の合意をした債権、不執行の合意をした債権等
概要 78 頁

(2) 債権保全の必要性（「保全するため必要があるとき」）

ア. 原則

債権者代位権は責任財産保全のために債務者の財産管理の自由に対する介入が例外的に許容される権利であるから、その要件として、債務者の無資力（債権者が債務者に属する権利を行使しなければ自己の債権が完全な満足を受けられなくなる危険性があること（＝債務者の無資力））が必要である。

無資力要件は事実審口頭弁論終結時に充足していれば足り、債権者代位権行使時に充足していなくてもよい。¹⁾

プラクティス 185～186 頁

¹⁾ 債権者代位訴訟では、資力回復の抗弁は問題とならない。詐害行為取消訴訟の場合には、詐害行為時の無資力も主張立証する必要があるため、その時点から事実審口頭弁論終結時までの間における資力回復が問題となるが、債権者代位訴訟の場合に主張立証すべきは事実審の口頭弁論終結時における無資力だけだからである。

イ. 例外

(ア) 保存行為

プラクティス 187 頁

保存行為（債務者の債権の時効完成を阻止する措置、保存登記・移転登記手続、破産債権の届け出など）は、財産の現状を維持し保全することを目的とするものであり、債務者にとっては不利益がないものをいう。

そこで、債務者の資力の有無を問わず、保存行為として必要な範囲で債権者代位権の行使が認められるべきである。

これに対し通説は、無資力要件の趣旨からすれば、債務者に十分な資力がある場合には、債務者の財産管理の自由に対する介入を例外的に許容できる事情を欠くとして、保存行為としての債権者代位権行使であっても許されないと解している。

(イ) 個別権利実現準備型の債権者代位権

プラクティス 211～212 頁

(i) 意義

特定の債権（個別の権利）を実現する準備のために債権者代位権が用いられる場面では、責任財産の保全を目的としているわけではないから、債務者の資力状態は意味を持たない。そこで、債権者代位権の成立要件として債務者の無資力は不要と解すべきであり、さらに、被代位権利の目的が可分である場合の被保全債権額上限ルールも適用されない（423 条の 7 は、423 条の 2 を準用していない）。

もともと、この場面でも、財産権絶対の原則に由来する債務者の財産管理に対する介入の抑制という考えが妥当するから、特定の債権を保全する必要性（個別の権利を実現するために被代位権利が行使されることが必要であるという関係）が要求されると解すべきである。

(ii) 登記・登録請求権を保全するための債権者代位権

[新] 423 条の 7

登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産を譲り受けた者は、その譲渡人が第三者に対して有する登記手続又は登録手続をすべきことを請求する権利を行使しないときは、その権利を行使することができる。この場合においては、前 3 条の規定を準用する。

改正前民法下では、個別権利実現準備型の債権者代位権の行使は、債権者代位権の「転用」と呼ばれ、判例・学説により認められていた。

423 条の 7 は、個別権利実現準備型の債権者代位権のうち、登記・登録請求権を実現する準備のための債権者代位権を明文化した。

条文で債務者の無資力について定められていないことに加え、責任財産の保全を目的としているわけではないため債務者の資力状態は意味を持たないことからしても、債務者の無資力は不要である。

また、条文上、被保全債権額上限ルール（423 条の 2）・代位債権者の直接請求権（423 条の 3）の準用が除外されている。

(iii) 個別権利実現準備型の債権者代位権の肯否

個別権利実現準備型の債権者代位権は、423 条の 7 で明文化されているもの以外でも認められるか。

[論点 1] 個別権利実現準備型の債権者代位権の肯否・要件

A

確かに、債権者代位権は責任財産保全を本来的目的とする制度であるから、個別権利実現準備型の債権者代位権は、423条の7で定めるもの以外では認められないとも思える。

しかし、改正民法が特定の債権の実現を目的とする個別権利実現準備型の債権者代位権に関する一般規定を設けなかったのは、適用範囲が不明確とならないような形で要件を定めることが困難であることに配慮し、可否・要件について解釈に委ねるためである。

そこで、個別権利実現準備型の債権者代位権は、423条の7で定められているもの以外でも認められると解する。

この場合、責任財産の保全を目的としているわけではないため、債務者の資力状態は意味を持たないから、「債権を保全するために必要があるとき」として債務者の無資力は不要である。

もっとも、財産権絶対の原則に由来する債務者の財産管理への介入の抑制という考えが妥当するから、「債権を保全するために必要があるとき」として、特定の債権を保全する必要性が要求されると解すべきである。

(具体例)

・登記請求権を保全するための転用 (423条7で明文化)

➡ A⇒B⇒Cと順次、土地が売買され、Aに登記名義が残っている場合には、CのAに対する中間省略登記請求が認められないことから、Cは、Bに対する所有権移転登記請求権を被保全債権として、BのAに対する所有権移転登記請求権を代位行使する。もっとも、Cが直接自己への移転登記を求めることはできない(基礎応用 120頁 [論点 1])。

・不動産賃借権を保全するための転用

➡ Bから土地を賃借しているCは、借地上にゴミを不法投棄しているAに対して、賃借権を被保全債権として、BのAに対する土地所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使することができる。

・抵当不動産の担保価値を維持するための転用

➡ B所有地につき抵当権を有するCは、同土地の不法占有者Aに対し、担保価値維持請求権を被保全債権として、BのAに対する土地所有権に基づく返還請求権を代位行使することができる。

・売主の共同相続人の一方の代金債権を保全するための転用

➡ 売主の共同相続人の一方(C)は、買主(B)の同時履行の抗弁権を失わせて自己の代金債権を確保するために、代金債権を被保全債権として、登記に応じない共同相続人(A)に対する買主(B)の所有権移転登記請求権を代位行使することができる。

・建物買取請求権を保全するための転用

➡ 判例は、借地上建物の賃借人による建物賃借権保全目的での建物賃貸人の土地所有者に対する建物買取請求権の代位行使が問題となった事案において、債権者代位権を行使するには、「その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全されるという関係が存在することを要するものと解される。」と述べた上で、建

概要 83 頁

對抗要件を具備した土地賃借権に基づく妨害排除請求も可能(605条の4、基礎応用 396頁)

最大判 H11.11.24

抵当権に基づく妨害排除請求も可能(基礎応用 155頁 [論点 1])

最判 S50.3.6

最判 S38.4.23

物買取請求権の代位行使により建物賃貸人が受けるべき利益は建物の代金債権に過ぎないのであり（建物買取請求権行使の結果、建物所有権を失うことは、建物賃貸人にとり不利益であって、利益ではない）、建物代金債権により借地上建物の賃借人の建物賃借権が保全されるものでないことは明らかであるとして、転用を否定している。

・ **不動産賃借権を保全するための転用**

➡ 賃貸不動産の使用収益が第三者により妨害されている場合、賃借人において賃借権を保全するための手段としては、①占有保持の訴え（198条：妨害前に占有を開始していることが必要）、②対抗要件（605条、借10条1項、借31条1項）を備えた不動産賃借権に基づく妨害排除請求権（605条の4）、③賃貸人（兼所有者）の第三者に対する所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使（423条1項本文）が考えられる。②は、第三者が二重賃借人であっても認められる。これに対し、③は、第三者が二重賃借人である場合、賃借権の抗弁を対抗されることになる（423条の4）から、認められない。

プラクティス 216～217 頁

(3) 被保全債権の履行期の到来

債務者の財産管理権への介入は抑制的であるべきだから、履行期未到来であれば原則として債権者代位権が与えられない（423条2項本文）。

プラクティス 184～185 頁

(4) 債務者の被代位権利の不行使

債務者が既に権利を行使している場合、代位行使を許すと債務者の財産管理権への不当な介入となるため、代位行使は認められない。

プラクティス 187～188 頁

したがって、第三債務者は、債権者代位権の発生を障害する抗弁として、債務者が権利を行使したことを主張立証することができる。

最判 S28.12.14

(5) 被代位権利の存在

債務者に属する権利たる「被代位権利」が存在していることが必要である。

(6) 被代位権利が「債務者の一身に専属する権利」と「差押えを禁じられた権利」のいずれにも当たらないこと（423条1項但書）

プラクティス 189～198 頁

ア. 代位の対象となる権利

債権の引き当てになる責任財産の保全（これによる強制執行の準備）という制度趣旨から、共同担保の保全に適する権利はすべて代位の対象となる。

例えば、形成権（第三者のためにする契約の受益の意思表示、解除権、買戻権、相殺権、時効援用権等）、公法上の権利（登記申請権等）、訴訟上の権利のうち直接に実体法上の権利を主張する形式のもの（訴訟の提起、強制執行の申立て、請求異議訴訟・第三者異議訴訟の提起、仮処分命令の取消しの申立て等）、債権者代位権、詐害行為取消権などが挙げられる。

これに対し、共同担保に適さない権利は、代位の対象とならない。

イ. 代位の対象とならない権利

423条1項但書は、代位の対象とならない権利として、「債務者の一身に専属する権利」と「差押えを禁じられた権利」を挙げている。

(ア) 「債務者の一身に専属する権利」

(i) 行使上の一身専属性の判断方法

同条1項但書前段の趣旨は、債務者の権利行使意思を尊重することにある。そこで、「債務者の一身に専属する権利」とは、行使上の一身

専属権を意味すると解する。

債務者の権利行使意思を尊重すべき要請がある一方で、責任財産保全の要請もあるのだから、債務者の権利行使意思を尊重すべき行使上の一身専属権に当たるか否かは、両者の要請を比較衡量して判断すべきである。

(ii) 財産権的な性質を有する身分上の権利

- ・財産権的な性質を有する身分上の権利については、財産権的な権利であることからくる責任財産保全の要請と、身分上の権利であることからくる身分行為意思尊重の要請があるから、両者の比較衡量により行使上の一身専属性を判断すべきである。
- ・離婚に伴う財産分与請求権（768条）は、協議・審判等によって具体的内容が形成された時点で財産権としての性質と具体的内容を獲得することになるから、それよりも前に代位行使することはできない。
- ・相続回復請求権（884条参照）は、相続人に帰属する個別の物権的請求権と对人的請求権の集合体である（個別的請求権説）。この立場からは、個別の財産的請求権と別個独立に相続回復請求権があるわけではないから、相続回復請求権について物権的請求権その他の財産的請求権と区別して取り扱う必要はない。したがって、相続回復請求権であることを理由として行使上の一身専属性が認められるとは解されない。
- ・遺産分割請求権については、相続分が既に相続により確定した遺産持分権であり、譲渡性が認められているとの理由から、行使上の一身専属性が否定されている（通説）。
- ・相続の承認・放棄については、代位債権者が相続債権者の場合と相続人債権者の場合とで、代位債権者がもつ債務者の一般財産から満足を得る期待・利益の要保護性が異なり得るとの理由から、区別して検討する見解もある（相続債権者との関係では行使上の一身専属性を肯定、相続人債権者との関係では行使上の一身専属性を否定）。
- ・遺留分侵害額請求権については、それを行使するかが専ら遺留分権利者の自律的決定に委ねられているから（1046条、1049条参照）、遺留分権利者がこれを第三者に譲渡するなど、権利行使の確定的意思を有することを外部に表明したと認められる特段の事情がある場合を除き、行使上の一身専属性が認められると解されている。
- ・慰謝料請求権には、行使上の一身専属性がある。もっとも、いったん被害者が権利を行使し、具体的な金額が確定すれば、確定的な権利行使意思が認められるから、「債務者の一身に専属する権利」に当たらなくなると解する。

行使上の一身専属性以前の問題として、「被代位権利」に当たらない。

最判 H13.11.22・百III96 [改正前民法下の判例]

最判 S58.10.6

(iii) 消滅時効の援用

確かに、民法は、時効を援用するかどうかを援用権者の意思にかからせている（145条参照）から、時効援用権には行使上の一身専属性

が認められそうである。

しかし、債務者が無資力である場合、将来の弁済を期待する債務者の意思よりも現時点で債権の保全を図ろうとする債権者の利益を優先すべきである。

そこで、債権の消滅時効の援用権には行使上の一身専属性が認められないと解する。

最判 S43.9.26

(iv) 無効・取消しの主張

予 R2

- ・意思無能力による「無効」(3条の2)は、意思無能力者(側)のみが主張できる相対的無効であると解されるから、行使上の一身専属性が認められそうである。もっとも、代位債権者にとっての債権保全の必要性和相対的無効と理解することによる表意者の自己決定権保護の必要性和を衡量するならば、表意者の資力が債務の弁済に十分でない場合にまで自らのした意思表示に関する表意者の自己決定権を尊重する必要はないから、行使上の一身専属性が否定されるべきである。
- ・債務者が錯誤に基づき自己所有物を処分(売買等)した事案では、無資力に陥り自己の債務を弁済できていないにもかかわらず、錯誤の事実を認識しながら錯誤取消の主張しない表意者の意思を尊重する必要性は乏しいから、目的物返還請求権の代位行使の前提となる、錯誤取消の意思表示の代位行使も認めるために、錯誤取消の意思表示について行使上の一身専属性を否定するべきである。

(イ)「差押えを禁じられた権利」

「差押えを禁じられた権利」は代位の対象とならない(423条1項但書)。「差押えを禁じられた権利」は責任財産を構成しないため、これを代位行使することは強制執行の準備として無意味だからである。

2. 要件事実

(1) 請求原因

ブラクティス 182~183 頁

①被保全債権の発生原因

➡被保全債権やその発生原因は被代位権利よりも前に成立している必要はない。

②被保全債権の保全の必要性

➡責任財産保全型では、債務者の無資力

個別権利実現準備型では、特定の債権を保全する必要性

③被代位権利の発生原因

➡債権者代位訴訟の訴訟物である権利の発生原因事実という位置づけ

①・②は当事者適格という訴訟要件を基礎づける事実

(2) 抗弁

ア. 被代位権利に付着している抗弁

被代位権利は債務者の第三債務者に対する権利であるため、第三債務者が債務者自身による権利行使の場合に比べて不利な地位に置かれるべきではないから、原則として、債権者代位権の「相手方」である第三債務者は、

「債務者に対して主張することができる抗弁をもって、債権者に対抗できる」(423条の4)。¹⁾

これに対し、代位債権者(原告)が第三債務者(被告)に主張(対抗)できる事由は、債務者自身が第三債務者に主張(対抗)できる事由に限られる。代位行使されている被代位権利は債務者の権利だからである。

イ. 債務者による権利行使

債務者による権利行使は、債権者代位権の(発生)障害事由として抗弁に位置づけられる。

ウ. 履行期の合意

履行期が到来していることを請求原因とする見解と、履行期があることを債権者代位権の障害事実として抗弁に位置づける見解がある。

後者の見解では、履行期の抗弁に対する再抗弁として、⑦履行期の到来、①当該行為が保存行為であること(同条2項但書)の2点が考えられる。

エ. その他

被保全債権・被代位権利の成立原因の無効・取消しなども考えられる。

プラクティス 183 頁は後者の見解を支持

3. 債権者代位権の行使

(1) 方法

債権者代位権は、債務者の財産を管理することを内容とする債権者固有の権利(債権に由来する権利)である。

債権者は、自己の名で、他人(債務者)の権利(被代位権利)を行使する。詐害行為取消権と異なり、裁判上で行使する必要はない。

(2) 代位権行使の範囲

[新] 423条の2

債権者は、被代位権利を行使する場合において、被代位権利の目的が可分であるときは、自己の債権の額の限度においてのみ、被代位権利を行使することができる。

423条の2は、財産権絶対の原則に由来する債務者の財産管理への介入の抑制という考えから、「被代位債権の目的が可分であるとき」における被保全債権額上限ルールを定めている。

すなわち、債権者代位権は責任財産保全のために債務者の財産管理の自由に介入する権利であるところ、財産権絶対の原則のもと、債権者代位権によ

プラクティス 198~199 頁

概要 78 頁

¹⁾ C(第三債務者)とB(債務者)が通謀してCがBに不動産を贈与することを内容とする贈与契約(549条)を仮装(94条1項)したところ、A(Bの債権者)がBに対する貸金債権を被保全債権として、BのCに対する贈与契約に基づく所有権移転登記請求権を代位行使(423条1項本文)したという事案では、Cから、被代位権利の発生障害事由として通謀虚偽表示を理由とする贈与契約の無効の抗弁(423条の4、94条1項)が主張されることが想定される。では、代位債権者Aは、94条2項の「善意の第三者」の再抗弁を主張することができるか。

確かに、代位債権者が第三債務者に主張できる事由は、債務者自身が第三債務者に主張できる事由に限られるところ、Bは通謀虚偽表示の当事者であり「第三者」に当たらないため「善意の第三者」の再抗弁を主張し得る地位にないから、代位債権者Aも「善意の第三者」の再抗弁を主張できないはずである。しかも、判例・通説では、代位債権者自身も94条2項の「第三者」に当たらないと解されている。しかし、債権者代位権の強制執行準備機能に照らせば、差押債権者(この者は、94条2項の「第三者」に当たる)に対抗することができない抗弁は、代位債権者にも対抗することができないと解すべきである(代位債権者は、代位権行使後、増大した責任財産への差押債権者として登場することが制度上予定されているからである)。そこで、債権者代位権の強制執行準備機能に照らし、Cの通謀虚偽表示を理由とする無効の抗弁が制限されると解すべきである(プラクティス 201~202 頁)。

る債務者の財産管理への介入はできるだけ抑制的であるべきである。そこで、被代位権利の目的が可分であるときは、被代位権利の行使可能範囲を被保全債権額に限定することが要請されるのである。

例えば、AがBに対する1000万円の債権を被担保債権として、BのCに対する1500万円の貸金返還請求権を代位行使する場合、1000万円の限度でのみ貸金返還請求権を代位行使できる。これに対し、被代位権利がBのCに対する甲建物（2000万円）の所有権移転登記請求権という「可分」でない権利である場合には、甲建物の所有権移転登記請求権の全部を代位行使できる。

(3) 相手方に対する直接請求権

概要 78～79 頁

case2 : Aは、Bに対する1000万円の金銭債権を被保全債権として、BのCに対する1000万円の貸金債権を代位行使して、Cから1000万円分の金銭を受領した後に、AのBに対する1000万円の金銭債権とBのAに対する1000万円の不当利得返還請求権とを相殺してBの不当利得返還請求権を消滅させることで、Cから受け取った1000万円分の金銭を保持することができる。

ア. 金銭・動産

[新] 423条の3

債権者は、被代位権利を行使する場合において、被代位権利が金銭の支払又は動産の引渡しを目的とするものであるときは、相手方に対し、その支払又は引渡しを自己に対してすることを求めることができる。この場合において、相手方が債権者に対してその支払又は引渡しをしたときは、被代位権利は、これによって消滅する。

(ア) 直接請求権の明文化

423条の3は、債務者による隠匿・受領拒否のおそれに対処して債権者代位権の実効性を確保するために必要であると理由から、動産・金銭に関する直接請求権を明文化した（同条前段）。

(イ) 金銭を受領した代位債権者の相殺を通じた事実上の優先弁済

代位債権者は、被保全債権を自働債権、受領した金銭についての不当利得返還請求権（703条）を受働債権とする相殺（505条1項）により、被保全債権について事実上優先弁済を受けることができる。

その結果、金銭債権についての債権者代位権の行使は、債権の取立訴訟（民執157条）と同様の機能を果たすことになるが、債務名義が不要であるため、通常の強制執行手続よりも簡便な債権回収手段として機能することになる。

もともと、債権者代位権が行使されても、債務者が被代位権利たる金銭債権について自ら取り立てることができるうえ（423条の5前段）、第三債務者が自主的に債務者に対して履行をすることもできる（423条の5後段）のだから、債務者が第三債務者からの履行を受領することで被代位権利を消滅させることで、代位債権者が相殺を通じて被保全債権について事実上優先弁済を受けることになる結果を阻止することが可能である。

(ウ) 第三債務者が直接請求に応じた場合

被代位権利は消滅する（423条の3後段）。

イ. 不動産登記

改正前民法下では、不動産の移転登記請求権を代位行使する代位債権者は直接自己に移転登記するように請求することについて、(i) 総債権者の共同担保の保全という制度趣旨に反する、(ii) 不動産については登記を債務者名義にすることは債務者の意思に反してでも可能であるから直接請求権を認めなくても債権者代位権の実効性を確保できるとの理由から、否定すべきであると解されていた。

改正民法も、動産・金銭の直接請求権を明文化する一方で、不動産の移転登記に関する直接請求権については敢えて明文化していないから、後者を否定する趣旨であると解される。そこで、改正民法下でも、否定説に立つべきである（423条の3の反対解釈）。

(4) 債務者に対する訴訟告知

[新] 423条の6

債権者は、被代位権利の行使に係る訴えを提起したときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。

債権者代位訴訟は代位債権者を担当者・債務者を被担当者をとする法定訴訟担当だから、判決力が債務者にも拡張される（民訴115条1項2号）。

そこで、423条の6は、債権者代位訴訟の判決の効力が拡張される債務者について訴訟手続に関与する機会を保障するために、債権者代位訴訟を提起した場合に遅滞なく債務者に対して訴訟告知をすることを義務付けた。

概要 81～82 頁

4. 債務者の取立てその他の処分の権限等

[新] 423条の5

債権者が被代位権利を行使した場合であっても、債務者は、被代位権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられない。この場合においては、相手方も、被代位権利について、債務者に対して履行をすることを妨げられない。

(1) 債務者の処分権限は制限されない

改正民法 423条の5前段は、「債権者が被代位権利を行使した場合であっても、債務者は、被代位権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられない。」と定めることで、債権者代位権の行使により債務者の処分権限が制限されるとする改正前民法下の判例法理を変更した。

したがって、債務者は、第三債務者に対して権利行使をすることができるし、第三債務者も債務者に対して履行をすることができ、債務者が第三債務者からの履行を受領すれば、被代位権利は消滅する（423条の5）。債権者代位訴訟で代位債権者が自己に直接弁済すべき旨の勝訴判決を得て、これが確定した場合であっても、同様である。

(i) 債権者が第三債務者による弁済を禁止したいのであれば、被代位権利に対する仮の差押え（民保50条1項）をすることになり、(ii) 第三債務者による弁済のみならず債務者による取立てその他の処分を禁止したいのであ

概要 80～81 頁

れば、被代位権利について債務名義を得た上で、被代位権利に対する差押え（民執145条1項）をすることになる。

このように、債務者の処分権限・弁済受領権を制限することで責任財産の保全・強制執行の実効性確保をしたいのであれば、民事保全・執行手続を使うべきことになる。

（2）他の債権者による差押え・代位行使

債務者の処分権限が制限されないため、他の債権者は、被代位権利を差し押さえたり、代位行使することができる。

もっとも、既に債権者代位訴訟が提起されている場合に他の債権者が同一権利を被代位権利とする債権者代位訴訟を提起することは、重複起訴（民訴142条）として禁止される。（i）同一権利を被代位権利とする点で訴訟物の同一性があり、（ii）債権者代位訴訟の判決の効力が債務者に拡張される（民訴115条1項2号）ことを経由して他の債権者にも反射的に及ぶと解される点で当事者の同一性もあるため、同一「事件」についてその「係属中」に「更に訴えを提起」する場合に当たるからである。

概要 82 頁

5. 債権者代位権の効果

民法（全）279～280 頁

（1）強制執行準備機能

代位債権者は、債務者の権利を行使したのだから、その行使の結果は、直接に債務者に帰属し、獲得した財産は債務者の財産となり、総債権者の共同担保（責任財産）となる。

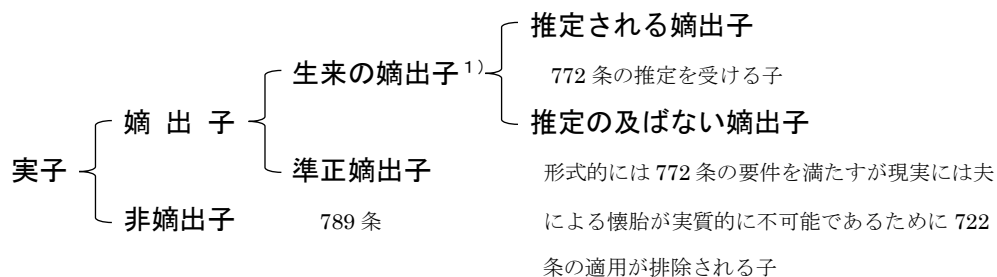
したがって、代位債権者も、代位によって優先弁済権を取得するわけではなく、他の債権者とともに、強制執行を経て債権額に応じた平等弁済をうけることができるにとどまる。

（2）事実上の優先弁済効

金銭債権を代位行使する債権者は、金銭の直接請求権（423条の3前段）により受領した金銭についての不当利得返還請求権（703条）を受働債権、被保全債権を自働債権とする相殺（505条1項）により、被保全債権について事実上優先弁済を受けることができる。

詳細につき、基礎応用 235 頁・(3)
ア(イ)

第6章 親子（実親子関係）



B

判例は、「推定の及ばない子」の判断基準について、夫による懐胎が外形的に不可能であることが明らかであるかを基準とする外観説を採用している（最判 H10.8.31、最判 H26.7.17・百Ⅲ29）。

最判 S37.4.27・百Ⅲ30

最決 H19.3.23・百Ⅲ34

民法（全）585頁

民法（全）586～591頁

第1節 母子関係・父子関係

母子関係は分娩の事実から当然に発生するから、母の認知（779条）は原則として不要である。ここから、判例は、代理懐胎による出産の場面でも、分娩をした者を母と捉えている。

父子関係については、その事実を積極的に証明することが煩雑・困難である場合もある。なお、772条は、嫡出推定のみならず父子関係の推定も内包している。

第2節 嫡出子

嫡出子とは、婚姻関係にある男女から出生した子を意味する。

1. 嫡出推定

婚姻関係にある男女（夫婦）から出生した子である事実が争われた場合においてその事実の存在を証明することが困難であることを踏まえて、嫡出推定の規定が設けられている。

（1）基本的な推定ルール

旧772条は、①1項において「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」と定め、②2項において「婚姻の成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」と定めていた。②は、①における「妻が婚姻中に懐胎した」という前提事実の証明が困難であることを踏まえて、同事実の証明を緩和する規定である。

法改正により、①について、「妻が婚姻中に懐胎した子は、当該婚姻における夫の子と推定する。女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものも、同様とする。」、②について、「前項の場合において、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は、婚姻前に懐胎したものと推定し、婚姻の成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」として、下線部分の規定が追加されたことにより、法改正前は嫡出推定の対象外であった「婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子」についても新772

令和6年4月1日施行

1) 改正前民法下では、生来の嫡出子は、①推定される嫡出子・②推定を受けない嫡出子・③推定の及ばない嫡出子の3つに分類されていたが、新772条1項後段の新設により、「推定を受けない嫡出子」とされていた子にも嫡出推定が及ぶことになるから、②は無くなる。

条1項前段・同条1項後段による嫡出推定が及ぶことになった。

(2) 嫡出推定の重複に関する措置（再婚禁止期間の廃止と後婚優先ルール）

例えば、母Aが前夫Bとの婚姻中に子Cを懐胎したが離婚し、その後Dと再婚して子Cを出産した場合には、嫡出推定の重複が生じる。改正前民法下では、再婚禁止期間（旧733条）によって嫡出推定の重複を回避していたが、改正民法下では、「第1項の場合において、女が子を懐胎した時から子の出生の時までの間に2以上の婚姻をしていたときは、その子は、その出生の直近の婚姻における夫の子と推定する。」として後婚優先ルール（新772条3項）が新設されたため、上記例ではDが父と推定される。

そのため、父性推定の重複を避けることを趣旨とする再婚禁止期間（旧733条）は、廃止されるに至った。

令和6年4月1日施行

なお、後夫についての父性が否認された場合、前夫が父と推定される（新772条4項）。

令和6年4月1日施行

3. 嫡出否認の訴え

嫡出を否認するためには、嫡出否認の訴えによらなければならない（775条）。

(1) 否認権者

法改正により、否認権者の範囲が、①「父」（新744条1項1号、旧744条）から、②「子」（同2号）、③「母」（同3号）及び④「前夫」（同4号）まで拡大された。

令和6年4月1日施行

(2) 出訴期間

・法改正により、出訴期間が「1年」（旧777条）から「3年」（新777条柱書）に伸長された。²⁾

➡子については、新778条の2による例外あり。

令和6年4月1日施行

(3) 否認権の喪失

・夫は、子の出生後に嫡出性を承認すると、否認権を喪失する（新776条）。

・母は、子の出生後に嫡出性を承認すると、否認権を喪失する（新776条）。

令和6年4月1日施行

4. 関連規定

上記の改正に伴い、①子の監護に要した費用の償還の制限（新778条の3）及び②相続の開始後に新たに子と推定された者の価額の支払請求権（同条の4）が新設された。

令和6年4月1日施行

第3節. 非嫡出子

非嫡出子とは、婚姻関係にない男女から出生した子を意味し、婚外子ともいう。

1. 法的地位

- ・非嫡出子は母の氏を称する（790条2項）
- ・非嫡出子の親権者は母である（819条4項反対解釈）

法定相続分格差に関する旧900条4号但書前段は廃止（平成25年12月11日施行）。

²⁾ 後婚優先ルール（新772条3項）による父性推定の及ぶ後夫について父性が否認された場合、前夫が父として推定される（同条4項）。この推定を覆すためには再度嫡出否認の訴えが必要になるが、その出訴期間は「3年」ではなく「1年」である（新778条柱書 - 令和6年4月1日施行）。

2. 認知

(1) 意義

非嫡出子が法律上の子としての地位を取得するためには、認知（779条）によるほかない。

認知（任意認知）とは、自分との関係で法律上の子とされていない者との間に、自らの一方的な意思表示によって法律上の父子関係を発生させる身分行為である。これは、血統主義に対する例外である。

(2) 要件

- ・意思能力さえあれば、制限行為能力者でも認知できる（780条）。
- ・認知は、戸籍法の定める届出が受理されることで効力が生じる要式行為である（781条1項）。²⁾
- ・成年の子を認知するには、当該子の承諾を要する（782条）。

(3) 効果

- ・非嫡出子が父に認知（779条）された場合、両者間に法律上の父子関係が生じる。
 - ➡もともと、非嫡出子は認知により当然に嫡出子の身分を取得するのではなく、嫡出子の身分を取得するためには、準正（父母の婚姻 - 789条1項）が必要である。
- ・認知により、父子関係が子の出生時に遡って発生する（遡及効 - 784条本文）。ただし、第三者が既に取得した権利を害することはできない（但書）。

3. 強制認知

(1) 認知の訴え

子、その直系卑属又はこれらの者の法定代理人は、認知の訴えを提起することができる（787条本文）。

(2) 死後認知

- ・父が死亡した場合には、その後は、検察官を被告として、認知の訴えを提起することができる（787条但書、人事訴訟法42条1項）。
- ・判例は、夫の死亡後にその冷凍保存精子を用いて行われた人工生殖により母が出生した子（死後懐胎子）が起こした死後認知の訴えを認めていない。

最判 H18.9.4・百III35

4. 認知無効の訴え

- ・法改正により、提訴権者が「子その他の利害関係人」（旧786条）から「子」「認知をした者」「子の母」に限定された（新786条1項各号）。
- ・法改正により、原則「7年」の出訴期間が新設された（新786条1項柱書）。
 - ➡法改正前は、出訴期間がなかった。
 - ➡子については、例外的に21歳到達時まで伸長される余地あり（同条2項）。

令和6年4月1日施行

令和6年4月1日施行

²⁾ 父が認知届を提出しないで非嫡出子をいきなり嫡出子として出生届を提出したところそれが受理されたという場合、嫡出子としての出生届には自己の子として承認する意思が含まれているといえるから、認知届としての効力が認められると解されている（最判 S53.2.24・百III31）。

第7章 養子

C

養子制度とは、自然的血縁関係のない者の間に法律上の親子関係を作り出すことを目的とした制度である。これには、普通養子・特別養子がある。

1. 普通養子

(1) 当事者

ア. 配偶者がいる場合

配偶者を有する者であっても、単独で縁組をすることができる。もっとも、配偶者にとっては親族関係・相続・氏・扶養といった局面において利害関係が絡むため、配偶者の同意が必要である（796条本文）。

民法は単独縁組が原則とされているが、配偶者との共同縁組も可能である（796条但書）。

イ. 資格

(ア) 養親

成年に限る（792条）。

(イ) 養子

- ・ 尊属養子・年長者養子の禁止（793条）。
- ・ 自分の嫡出子を養子とすることの禁止。
 - ➡ 非嫡出子であれば養子にすることができる。これにより、その子は養親の嫡出子となる（809条）。
- ・ 後見人が被後見人を養子にする場合には家裁の許可を要する（794条）。
- ・ 代諾縁組
 - ➡ 15歳未満の未成年者が養子になる場合には、法定代理人（親権者・後見人）が代わって縁組を承諾する（797条1項）。また、未成年者を養子とする場合であるため、家裁の許可も要する（798条本文）。
 - ➡ 但し、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合」は、家庭裁判所の許可は不要である（同条項但書）。
- ・ 15歳以上の未成年者が養子となる場合には、意思能力を有するのであれば、法定代理人を介することなく縁組することができる。なお、家裁の許可は必要である（798条本文）。

民法（全）598頁

(2) 要件

実質的要件として、縁組意思の合致が必要である（802条1号）。判例は、実質的意思説に立っている。

形式的要件として、縁組届の受理が必要である（799条・739条1項）。¹⁾

[論点1] 縁組意思

縁組意思としては、届出に向けられた意思だけでは足りず、真に養親子関

C

最判 S23.12.23

¹⁾ 判例は、縁組届が法定の届出によって効力を生じるものである（799条・739条1項）ことを理由として、虚偽の嫡出子出生届の養子縁組への転換を否定している（最判 S50.4.8・百III40）。

真実とは異なる戸籍上の親権者による代諾縁組は無効であるが、15歳に達した本人（養子となる者）の追認があれば、116条本文の類推適用により、当初から有効になる。本人の代理人として代諾するための代理権が欠けていたという点で、無権代理による養子縁組に類似するからである（内田IV255頁）。そして、事実関係を重視する身分関係の本質からすれば、取引安全を趣旨とする116条但書の類推適用は否定されるべきである（最判 S39.9.8・百III41）。

係の設定を欲する効果意思という実質的縁組意思まで必要である（判例）。

そのため、単に他の目的を達成するための便法として仮託されたにすぎず、真に養親子関係の設定を欲する効果意思がない場合には、縁組意思を欠くものとして、縁組は無効である（判例）。^{2) 3)}

(3) 効果

- ・養子・養親間における嫡出親子関係の発生（809条）
- ・養子・養親の血族間における親族関係の発生（727条）
 - ➡養親と養子の血族の間では、親族関係は生じない。
 - ➡縁組後に生まれた養子の子と養親及びその血族との間では、親族関係が生じる。これに対し、縁組前に生まれた養子の子との間では、親族関係は生じない。
 - ➡養子と実親との間の実親子関係は、養子縁組後も存続する。
- ・扶養義務の発生（877条1項参照）
- ・養子は原則として養親の氏を称する（810条本文）
- ・近親婚禁止
 - ➡養子・その配偶者、養子の直系卑属・その配偶者と、養親側の直系尊属との間では、婚姻をすることはできない。離縁により養親子関係が終了した場合でも、この婚姻禁止の効果が存続する（736条）。
 - ➡養子と養親側の3親等内の傍系血族との間では婚姻（養親の実子と養子との婚姻など）は禁止されていない（734条1項但書）。

2. 離縁

離縁とは、有効に成立した縁組を解消する方法であり、これには、①当事者の協議で離縁する協議離縁（811条）、②当事者が調停で離縁する調停離縁（家事事件手続法 244条）、③調停が不成立な場合に家庭裁判所の審判で離縁する審判離縁（家事事件手続法 277条）、④離縁の訴えを提起し判決で離縁をする裁判離縁（814条、人事訴訟法 2条3号）に加えて、⑤縁組の一方当事者が死亡した場合に生存当事者が家庭裁判所の許可を得て離縁する死後離縁（811条6項）がある。これらのうち、⑤は離婚の場合にはない制度である。

リークエVII161頁、民法（全）601
～604頁

3. 特別養子

(1) 概要

特別養子縁組とは、実方との親族関係が終了する養子縁組をいう（817条の2第1項・817条の9本文）。

²⁾ 他の相続人の相続分を排することを（相続人・相続分の操作）を主たる目的とする縁組（孫養子）であっても、親子としての精神的つながりを作る意思が認められる限り無効ではない（最判 S38.12.20）。

³⁾ 近時の最高裁判決は、「養子縁組は、嫡出親子関係を創設するものであり、養子は養親の相続人となること、養子縁組をすることによる相続税の節税効果は、相続人の数が増加することに伴い、遺産に係る基礎控除額を相続人の数に応じて算出するものとするなどの相続税法の規定によって発生し得るものである。相続税の節税のために養子縁組をすることは、このような節税効果を発生させることを動機として縁組をするものにほかならず、相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである」との理由から、「専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合であっても、直ちに当該養子縁組について…縁組…意思がない…とすることはできない」とする（最判 H29.1.31・Ⅲ39）。

これは、専ら子の利益を図るために養親・養子間に実親子関係と同等の親子関係を形成することを目的としている。

(2) 対象年齢

[新] 817条の5

- ① 817条の2に規定する請求の時に15歳に達している者は、養子となることができない。特別養子縁組が成立するまでに18歳に達した者についても、同様とする。
- ② 前項前段の規定は、養子となる者が15歳に達する前から引き続き養親となる者に監護されている場合において、15歳に達するまでに第817条の2に規定する請求がされなかったことについてやむを得ない事由があるときは、適用しない。
- ③ 養子となる者が15歳に達している場合においては、特別養子縁組の成立には、その者の同意がなければならない。

改正民法下では、児童養護施設に入所中の児童等に家庭的な養育環境を提供するために特別養子縁組の成立要件を緩和する必要があることに配慮して、養子候補者の上限年齢が下記の㉗・㉘の双方を満たす場合にまで引き上げられている。

㉗特別養子縁組の審判申立時に15歳未満である者(817条の5第1項前段)

➡上限年齢を原則として15歳未満としたのは、15歳以上の者であれば法定代理人の承諾を要することなく自ら普通養子縁組をすることができる(797条1項)からである。

➡養子候補者が15歳到達前から引き続き養親候補者に監護されており、かつ、養子候補者の15歳到達前に特別養子縁組の審判申立がなされなかったことについてやむを得ない事由があるときは、㉗の例外が認められる(817条の5第2項)。但し、㉗の例外の場合、養子候補者が審判時に15歳に達しているため、その者の同意が必要である(817条の5第3項)

㉘特別養子縁組の審判確定時に18歳未満である者(817条の5第1項後段)

➡養子候補者が審判時に15歳に達している場合には、その者の同意が必要である(817条の5第3項)

第8章 親権

親権は、未成年の子を養育・監護する親の権利であり、養育・監護は親権者の義務でもある（818条1項、820条）。

B 司 H28

改正民法により、成年の年齢が 20 歳から 18 歳に引き下げられた（4 条）。

1. 親権者

（1）未成年子が実子かつ嫡出子である場合

未成年子は、父母の共同親権に服する（818条1項）。

（2）未成年子が非嫡出子である場合

未成年子は、母の単独親権に服する（819条4項反対解釈）。

非嫡出子の認知後であっても母の単独親権であるということに変わりはなく、親権者を父に変更するためには、父母の協議又は審判によって父を親権者と定めることを要する（819条4項）。

（3）未成年子が養子である場合

養子は、養親の親権に服する（818条3項）。ただし、夫婦の一方が他方の子を養子とした場合には、養親と実親との共同親権になる（3項参照）。

2. 親権の行使

（1）親権共同行使の原則

父母が婚姻中は「親権は…父母が共同して行う」（818条3項本文）とされており、これは、親権の行使が父母の共同の意思に基づくことを意味するにとどまるから、共同の名義でされることまでは不要である。

父母の共同の意思に基づかずに親権の行使として行われた代理行為は無権代理となり、父母の共同の意思に基づかない一方のみの同意による未成年者の法律行為は同意なき法律行為として取り消し得る。

親権の行使が共同の名義でされたが、一方の意思のみに基づくという場合には、善意の第三者との関係で親権の行使は有効である（825条）。

（2）親権の代行

親権は子に対する身上監護・財産管理を内容とする包括的な地位であるため、未成年者が自分の子に対して親権を行使すると、その子の利益に適合しない危険がある。そのため、未成年者は自分の子の親権者であるものの（818条1項）、この未成年者に対して親権を行使する者が未成年者の子に対する親権を代行するものとされている（833条）。

3. 子の財産についての財産管理権

司 H28

（1）概要

未成年の子の父母は、子の親権者（818条1項）として、子の財産を管理（財産管理権）するとともに、子の財産に関する法律行為について子を代表（法定代理権）する（824条本文）。

子の財産管理をする際の親権者の注意義務は、一般の財産管理の場合よりも軽く、自己のためにするのと同じの注意をもって管理すれば足りる（827条）。

(2) 利益相反行為

親権者は子の財産に関する法律行為について代理権を有する(824条本文)が、①「親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為」及び②「親権を行う者が数人の子に対して親権を行う場合において、その一人と他の子との利益が相反する行為」については、親権者の法定代理権が制限され、特別代理人を選任しなければならず(826条1項・2項)、親権者が代理した場合には、無権代理行為となり、子が成年に達した後に追認するのでなければ、その効果は子に帰属しない(113条1項)。¹⁾

[論点1] 利益相反行為の判断基準

例えば、Aの単独親権者である母B(夫とは離婚済み)が、売却代金を着服する意図で、Aを代理して、Cとの間で、A所有の甲土地を代金3000万円で売却する旨の契約を締結した。行為の外形から見れば、Aが甲土地の所有権を失う一方でその対価として3000万円の売買代金債権を取得するのだから、A・B間に利益衝突はない。これに対して、Bの動機・目的といった実質面を基準とする場合には、Bが代金着服の意図を有していることから、A・B間に利益衝突があるといえる。そこで、利益相反について行為の実質面と形式面のどちらを基準として判断するべきかが問題となる。

確かに、未成年者の利益保護という826条の趣旨からすれば、利益相反の有無については、行為の動機・目的・結果・その他の背景事情を実質的に考慮して判断するべきとも思える(実質説)。

しかし、これでは、未成年者を代理する親権者の動機等を当然に知り得る立場にない相手方の取引安全が害される。

そこで、「利益…相反」の有無は、行為の外形に照らして客観的に判断されると解する(判例-外形説)。²⁾

なお、利益相反行為に当たらない場合の子の財産保護は、代理権濫用に関する107条によって一定の限度で図られる。

(判例1) 相続放棄

確かに、共同相続人の一部の者が相続の放棄をすると、その相続に関しては、その者は初めから相続人とならなかったものとみなされ、その結果として相続分の増加する相続人が生ずることになるのであって、相続の放棄をする者とこれによって相続分が増加する者とは利益が相反する関係にあることが明らかである。

しかし、共同相続人の一人が他の共同相続人の全部又は一部の者を後見している場合において、

最判 S37.10.2、民法(全) 611~612

頁

A 司 H28

内田IV230~231 頁

最判 S37.10.2

最判 S53.2.24

¹⁾ 親権者の一方に利益相反関係のある場合における代理の方法には、㉠利益相反関係にない親権者による単独代理とする見解、㉡特別代理人による単独代理とする見解、及び㉢利益相反関係にない親権者と特別代理人による共同代理とする見解とがある(内田IV234~235頁)。判例は、「利益相反の関係にある親権者は特別代理人の選任を求め、特別代理人と利益相反の関係にない親権者と共同して代理行為をなすべき」とであると判示することにより、㉢の見解に立っている(最判 S35.2.25・百III50)。

²⁾ 例えば、①親権者が子の法定代理人として子の名において金員を借り入れ、その借入債務につき子の所有不動産上に抵当権を設定することは、仮に借入金を親権者自身の用途に充当する意図であっても、利益相反行為に当たらない。他方で、②親権者が自身の借入債務につき子の所有不動産上に抵当権を設定することは、仮に借入金を子の養育費に充当する意図であったとしても、利益相反行為に当たる(最判 S37.10.2)。

後見人が被後見人を代理してする相続の放棄は、必ずしも利益相反行為に当たるとはいえず、後見人がまず自らの相続の放棄をしたのちに被後見人全員を代理してその相続の放棄をしたときは、その行為の客観的性質からみて、後見人と被後見人との間（＝826条1項の問題）においても、被後見人相互間（＝826条2項の問題）においても利益相反行為になるとはいえない。³⁾

（判例2）遺産分割（父の相続に当たり、母が数人の子の親権者として遺産分割の協議をし、母が取得する財産はないとする遺産分割）

最判 S49.7.22

「826条2項所定の利益相反行為とは、行為の客観的性質上数人の子ら相互間に利害の対立を生ずるおそれのあるものを指称するのであって、その行為の結果現実にその子らの中に利害を生ずるか否かは問わないものと解すべきところ、遺産分割の協議は、その行為の客観的性質上相続人相互間に利害の対立を生ずるおそれのある行為と認められるから、前記条項の適用上は、利益相反行為に該当するものと云わなければならない。

したがって、共同相続人中の数人の親権に服する未成年者が、相続権を有しない一人の親権者の親権に服するときは、右未成年者らのうち当該親権者によって代理される一人の者を除くその余の未成年者については、各別に選任された特別代理人がその各人を代理して遺産分割の協議に加わることを要するのであって、もし一人の親権者が数人の未成年者の法定代理人として代理行為をしたときは、被代理人全員につき前記法条に違反するものというべきであり、かかる代理行為によって成立した遺産分割の協議は、被代理人全員による追認がないかぎり、無効であるといわなければならない。」

（判例3）連帯保証

最判 S43.10.8・百III49

外形説においても、親権者と子が対立当事者になる場合だけでなく、親権者と第三者との間の取引の場合も含まれ、親権者が第三者の債務について自ら連帯保証するとともに、子と自己との共有不動産に抵当権を設定するなど、親権者が子とともに第三者の連帯保証人となっている場合などは、親権者と子との間の利害の衝突を生ずべき事態が行為自体から客観的に当然予想されるために利益相反行為に当たるとしている。このように、行為の外形から客観的に推測される事情を考慮することは許されよう。

（3）法定代理権の濫用

親権者の利益相反行為が否定された場合には、次に、親権者の法定代理権の濫用について検討することになる。

親権者の法定代理権の濫用の効果については、107条の直接適用により処理される。

基礎応用 66 頁 (3)

【論点2】親権者の法定代理権の濫用の判断基準

いかなる場合に親権者の法定代理権と評価されるのか。

A 司 H28

最判 H4.12.10・百III51

【論点1】の事例では、外形説に立った場合、A・B間の利益相反が否定されるから、本件売買契約は利益相反行為に当たらないから、特別代理人の選任を欠いていても、利益相反規制に違反しない。もっとも、Bが代金着服の意図を有していたことから、本件売買契約がBの法定代理濫用を理由として

³⁾ 本判決は、後見人も自らの相続を放棄したために被後見人全員の相続放棄により相続分の増加という利益を受けることはなかったという行為の現実の結果に着目したのではなく、後見人が先に自らの相続を放棄した上で行った被後見人全員の相続放棄という行為の客観的性質に着目して利益相反性を否定したのである。

無権代理とみなされないか（107条、113条）が問題となる。

一般に、代理権の濫用とは、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合」を意味すると理解されており、107条でもそのように定義されている。

しかし、親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、親権者の広範な裁量（＝子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量）にゆだねられる。

そこで、子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に代理権を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、親権者による法定代理権の濫用と評価されないと解すべきである（判例）。

改正民法下でもそのように理解される（民法（全）612～613頁）。

4. 懲戒権に関する規定の見直し

令和4年12月16日施行

法改正により、「親権を行う者は、第820条の規定による監護及び教育に必要な範囲内でその子を懲戒することができる」と定めている旧822条が削除され、新たに、「親権を行う者は、前条の規定による監護及び教育をするに当たっては、子の人格を尊重するとともに、その年齢及び発達の程度に配慮しなければならず、かつ、体罰その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動をしてはならない。」と定める新821条が設けられた。

これは、旧822条が児童虐待を正当化する口実として利用されているとの指摘を踏まえた法改正である。

参考文献

- ・「民法(全)」第3版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第4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)
- ・「ブラクティス民法 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)
→「概要〇頁」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・相続〇頁」と表記
- ・「詳解 改正民法」初版(編:潮見佳男ほか-商事法務)
→「詳解〇頁」と表記
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)
→「詳解・相続法〇頁」と表記
- ・「Before/After 民法改正」第2版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(編著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 民法・不動産登記法改正」初版(編著:潮見佳男・木村貴裕ほか-弘文堂)
- ・「<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大改正〇頁」と表記
- ・「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6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-Ⅰ 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第5版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第3版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法Ⅲ」第4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」4訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹会)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹会)
- ・「完全講義・法律実務基礎科目 民事」初版(著:大島眞一-民事法研究会)
- ・「完全講義・民事裁判実務 基礎編」初版(著:大島眞一-民事法研究会)
- ・「要件事実マニュアル1」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第3版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)