

第0部 もくじ

最高裁 → 最

高裁 → 東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松

第0部	もくじ	1
第1部	民法	10
第1編	総則	10
第1章	総則（1,2条）	10
第2章	人（3～32条の2）	12
第1節	権利能力（3条）	12
第2節	行為能力（4～21条）	12
第1款	未成年者（4～6条）	12
第2款	成年後見・保佐・補助（7～21条）	13
第3款	任意後見契約制度（任意後見契約に関する法律）	15
第3節	住所（22～24条）	16
第4節	不在者の財産の管理及び失踪の宣告（25～32条）	16
第1款	不在者の財産の管理（25～29条）	16
第2款	失踪の宣告（30～32条）	16
第5節	同時死亡の推定（32条の2）	17
第3章	法人（33～84条）	18
第1款	法人	18
第2款	一般社団法人	20
第3款	一般財団法人	20
第4款	その他の法人	21
第4章	物（85～89条）	23
第5章	法律行為（90～137条）	25
第1節	総則（90～92条）	25
第2節	意思表示（93～98条の2）	29
第1款	心裡留保（93条）	29
第2款	虚偽表示（94条）	29
第3款	錯誤（95条）	33
第4款	詐欺又は強迫（96条）	35
第5款	まとめ・その他（97～98条の2）	36
第3節	代理（99～118条）	38
第1款	代理行為（99-101,108条）	38

第2款	代理人・復代理人と代理権（102-107条）	39
第3款	表見代理（109-112条）	41
第4款	無権代理（113-118条）	45
第4節	無効及び取消し（119～126条）	51
第5節	条件及び期限（127～137条）	52
第6章	期間の計算（138～143条）	54
第7章	時効（144～174条の2）	55
第1節	総則（144～161条）	55
第2節	取得時効（162～165条）	60
第3節	消滅時効（166～174条の2）	65
第2編	物権	68
第1章	総則（175～179条）	68
第1節	物権の一般原則（175条）	68
第2節	不動産物権変動	70
第1款	意思主義（176条）	70
第2款	対抗要件主義（177条）	72
第3款	不動産登記	80
第3節	動産物権変動	82
第1款	対抗要件（178条）	82
第2款	即時取得	84
第4節	物権の消滅（179条）	87
第2章	占有権（180-205条）	89
第1節	占有権の取得（180-187条）	89
第2節	占有権の効力（188-202条）	93
第3節	占有権の消滅（203,204条）	96
第4節	準占有（205条）	96
第3章	所有権（206-264条）	97
第1節	所有権の限界（206-238条）	97
第1款	所有権の内容及び範囲（206-208条）	97
第2款	相隣関係（209-238条）	98
第2節	所有権の取得（239-248条）	102
第3節	共有（249-264条）	105
第4章	用益物権	111
第1節	用益物権各論	111
第1款	地上権（265-269条2）	111
第2款	永小作権（270-279条）	112

第3款	地役権（280-294条）	113
第5章	担保物権	115
第1節	担保物権総論	115
第1款	総論	115
第2節	留置権（295-302条）	117
第1款	留置権	117
第3節	先取特権（303-341条）	121
第1款	総則（303-305条）	121
第2款	先取特権の効力等（329,332-334,341条）	124
第3款	一般の先取特権（306-310,329,335,336条）	125
第4款	動産先取特権（311-324,330条）	126
第5款	不動産先取特権（325-328,331,337-340条）	128
第4節	質権（342-368条）	131
第1款	総則（342-351条）	131
第2款	質権の種類（352-368条）	133
第5節	抵当権（369-398条の22）	134
第1款	総則（369-372条）	134
第2款	物上代位（372条）	138
第3款	抵当権の効力（373-395条）	143
第4款	抵当権と利用権の調整（388、395条）	150
第5款	共同抵当	159
第6款	抵当権の消滅（396-398条）	164
第7款	根抵当（398条の2-22）	165
第6節	非典型担保	166
第1款	非典型担保総論	166
第2款	譲渡担保	167
第3款	仮登記担保	175
第4款	所有権留保	178
第3編	債権	179
第1章	総則（399-520条）	179
第1節	債権の目的（399-411条）	179
第1款	債権総論	179
第2款	債権の目的（399-405条）	181
第3款	選択債権（406-411条）	185
第2節	債権の効力（412,414-426条）	186
第1款	債権の効力	186

第2款	債務不履行（412,414-422条）	187
第3款	債権者代位権（423条）	195
第4款	詐害行為取消権（424-426条）	202
第3節	多数当事者の債権及び債務（427-465条の5）	210
第1款	総則（427条）・分割債権・債務	210
第2款	不可分債権及び不可分債務（428-431条）	211
第3款	連帯債務（432-445条）	212
第4款	保証債務（446-465条の5）	216
第4節	債権の譲渡（466-473条）	225
第1款	債権譲渡	225
第2款	債務引受	235
第5節	債権の消滅（413,474-520条）	237
第1款	弁済－総則（474-481,483-491条）	237
第2款	弁済－弁済の提供と受領遅滞（413,492,493条）	242
第3款	弁済－目的物の供託（494-498条）	246
第4款	弁済－弁済による代位（499-504条）	249
第5款	代物弁済（482条）	252
第6款	相殺（505-512条）	253
第7款	更改、免除、混同（513-520条）	258
第2章	契約（521-696条）	259
第1節	総則（521-548条）	259
第1款	契約総論	259
第2款	契約の成立（521-532条）	260
第3款	契約の効力（533-539条）	262
第4款	契約の解除（540-548条）	266
第2節	贈与（549-554条）	270
第1款	成立（549-550条）	270
第2款	効力（551-554条）	271
第3節	売買（555-585条）	272
第1款	総則（555-559条）	272
第2款	効力（560,573-575条）	275
第3款	担保責任（561-572,576-578条）	276
第4款	買戻し（579-585条）	284
第4節	交換（586条）	284
第1款	総論	284
第5節	消費貸借（587-592条）	286

第1款	成立 (587~589 条)	286
第2款	効力・終了 (590~592 条)	287
第3款	利息制限法	287
第6節	使用貸借 (593-600 条)	289
第1款	成立 (593 条)	289
第2款	効力・終了 (594-600 条)	289
第7節	賃貸借 (601-622 条)	291
第1款	総則 (601-604 条)	291
第2款	効力 (605-616 条)	297
第3款	終了 (617-622 条)	305
第4款	借地借家法	309
第8節	雇用 (623-631 条)	322
第1款	役務型の契約類型	322
第2款	総論 (623-625 条)	322
第3款	終了 (626-630 条)	322
第9節	請負 (632-642 条)	324
第1款	総論 (632,633,641,642 条)	324
第2款	建物所有権の帰属	326
第3款	瑕疵担保責任 (634-640 条)	328
第10節	委任 (643-656 条)	331
第1款	総論 (643-650)	331
第2款	終了 (651-656)	336
第11節	寄託 (657-666 条)	339
第1款	総論 (657-661,665,666 条)	339
第2款	終了 (662-664 条)	340
第12節	組合 (667-688 条)	341
第1款	総論 (667-669,674-677 条)	341
第2款	業務執行 (670-673 条)	342
第3款	組合の変動・終了 (678-688 条)	344
第13節	終身定期金 (689-694 条)	346
第1款	総論 (689-694 条)	346
第14節	和解 (695,696 条)	348
第1款	総論	348
第3章	事務管理 (697-702 条)	350
第1節	事務管理	350
第1款	総論	350

第4章	不当利得（703-708条）	353
第1節	不当利得	353
第1款	不当利得の一般原則（703,704条）	353
第2款	特殊の不当利得（705-707条）	360
第5章	不法行為（709-724条）	363
第1節	総論	363
第1款	機能・目的	363
第2款	不法行為法の構造と責任	363
第2節	一般不法行為の要件	364
第1款	構造（709条）	364
第2款	要件—故意・過失	365
第3款	要件—権利利益侵害	371
第4款	要件—損害	374
第5款	要件—因果関係	376
第6款	責任能力（712-713条）	380
第7款	正当防衛・緊急避難（720条）	381
第3節	特殊不法行為	382
第1款	監督義務者の責任（714条）	382
第2款	使用者責任（715条）	384
第3款	工作物責任（717条）	390
第4款	共同不法行為（719条）	392
第5款	その他の特殊不法行為（716,718条）	398
第4節	不法行為の効果	399
第1款	不法行為の効果	399
第2款	損害賠償—総論	400
第3款	損害賠償—範囲の画定	404
第4款	損害賠償—減額調整	406
第5款	損害賠償—請求権者など	414
第6款	損害賠償—期間制限（724条）	419
第7款	主要な事件類型	423
第4編	親族	424
第1章	総則（725～730条）	424
第2章	婚姻	425
第1節	婚姻の成立（731～749条）	425
第1款	婚姻の成立—実質的要件	425
第2款	婚姻の成立—形式的要件	427

第3款	婚約.....	429
第4款	婚姻の無効及び取消し.....	430
第2節	婚姻の効力（750～754条）.....	432
第3節	夫婦財産制（755～762条）.....	435
第1款	総則.....	435
第2款	法定財産制.....	435
第4節	離婚（763～771条）.....	438
第1款	協議上の離婚（763～769条のうち763～765条）.....	438
第2款	裁判上の離婚（770～771条）.....	439
第3款	離婚の効果（協議離婚766～769条、裁判離婚771条が準用）.....	442
第5節	内縁.....	445
第1款	従来型内縁と現代型内縁.....	445
第2款	内縁と法的保護.....	446
第3款	重婚的内縁.....	448
第3章	親子（772-817条の11）.....	449
第1節	実子（772-791条）.....	449
第1款	嫡出（772-778条）.....	449
第2款	認知（779-788条）.....	452
第3款	子の氏（790-791条）.....	456
第2節	養子（792-817条の11）.....	457
第1款	縁組の条件（792-801条）.....	457
第2款	縁組の無効及び取消し（802-808条）.....	459
第3款	縁組の効力（809,810条）.....	461
第4款	離縁（811-817条）.....	461
第5款	特別養子（817条の2-11）.....	462
第4章	親権（818-837条）.....	463
第1節	総則（818,819条+ 833条）.....	463
第2節	親権の効力（820-833条：833条を除く）.....	464
第1款	子の監護教育権－概要（820-823条）.....	464
第2款	子の監護教育権－子の引渡請求権.....	465
第3款	子の財産管理権－概要（824,825,827-832条）.....	467
第4款	子の財産管理権－利益相反（826条）.....	468
第3節	親権の喪失（834-837条）.....	470
第1款	親権喪失・親権停止・管理権喪失の審判（834,834の2,835条）.....	470
第2款	親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判の取消し（836条）.....	470
第3款	親権又は管理権の辞任及び回復（837条）.....	470

第5章	後見（838-875条）	471
第1節	後見の開始（838条）	471
第2節	後見の機関（839-852条）	471
第1款	後見人（839-847条）	471
第2款	後見監督人（848-852条）	472
第3節	後見の事務（853-869条）	473
第1款	後見人に共通の事務（853-856,859,860-862,869条）	473
第2款	後見人の事務の監督、取消し（863-866条）	473
第3款	未成年後見人の事務（857,857条の2,867-869条）	474
第4款	成年後見人の事務（858条,859条の2,3）	474
第4節	後見の終了（870-875条）	475
第6章	補佐及び補助（876-876条の10）	476
第1節	保佐（876-876条の5）、第2節 補助（876条の6-10）	476
第7章	扶養（877～881条）	477
第5編	相続	478
第1章	総則（882-885条）	478
第2章	相続人（886-895条）	480
第3章	相続の効力（896-914条）	482
第1節	総則（896-899条）	482
第2節	相続分（900-905条）	486
第3節	遺産の分割（906-914条）	488
第4章	相続の承認及び放棄（915-940条）	492
第1節	総則（915-919条）	492
第2節	相続の承認（920-937条）	493
第1款	単純承認（920,921条）	493
第2款	限定承認（922-926,936条）	494
第3款	限定承認の清算手続き（927-935条）	495
第3節	相続の放棄（938-940条）	496
第5章	財産分離（941-950条）	497
第1款	第一種財産分離（941-949条）	497
第2款	第二種財産分離（950条）	497
第6章	相続人の不存在（951-959条）	498
第7章	遺言（960-1027条）	499
第1節	総則（960-966条）	499
第2節	遺言の方式（967-984条）	500
第1款	普通の方式（967-975,984条）	500

第2款	特別の方式（976-984条）	502
第3節	遺言の効力（985-1003条）	503
第4節	遺言の執行（1004-1021条）	505
第5節	遺言の撤回及び取消し（1022-1027条）	508
第8章	遺留分（1028-1044条）	510
第1節	遺留分の総則（1028-1030,1043,1044条）	510
第2節	遺留分減殺請求権（1031-1042条）	511

第1部 民法

第1編 総則

第1章 総則（1,2条）

1. 信義誠実の原則（信義則）の考え方について、説明することができる。

- ・信義誠実の原則(信義則、§1-2)

§1-2 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

【最判昭 32.7.5】信義則は契約の解釈を含め広く債権法全体に適用される

【大判昭 19.12.6】信義則上の事情変更の原則により、契約解除を認める

土地の売買契約成立後、履行期前に宅地建物等価格統制令が施行され、相当長期にわたって履行できない、又は契約自体失効の可能性がある状況では、事情変更の原則から契約が解除できないのは信義則に反するとして、契約解除を容認。

2. 権利濫用の法理について、具体例を挙げて説明することができる。

- ・権利濫用の法理(§1-3)

§1-3 権利の濫用は、これを許さない

【大判昭 10.10.5 民集 14-1965】宇奈月温泉事件

上流の黒薙温泉から宇奈月温泉まで、黒部鉄道株式会社が設置した引湯管（全長 7,500m）のうち 6m 足らずが無権限で設置された土地を買い受けた買主が、法外な値段で土地を設置者に売りつけようとし、拒否されたため所有権に基づく妨害排除請求により引湯管の撤去を求めたもの（妨害排除請求：棄却→棄却→棄却）

要旨「所有権に対する侵害存するも之に因る損害の程度微少にして而も侵害除去の為莫大なる出費其の他の損失を生ずべき場合に於て第三者が不当なる利得を企図し別段の必要なくして侵害に係る物件を買収し以て所有者として侵害者に対し侵害状態の除去を迫ると同時に該物件等を不相当に巨額なる代金を以て買取るべき旨の要求を提示し他の一切の協調に依らずと主張せるが如き事情あるときは該侵害除去の請求は権利の濫用に外ならざるものとす」

【最判昭 40.3.9 民集 19-2-233】板付飛行場事件[S35 才 563]

米軍施設収去土地明渡：認容→取消棄却→棄却

占領軍の飛行場設置のため、国が占領終了までとして賃貸借契約を結び、占領終了後も引き続き飛行場として使用された土地の所有者が、占領終了後に改めて賃貸借契約を結ぶことを拒否し、土地の明渡請求をしたもの。

「本件において前記特別措置法に準拠して土地の使用または収用の手続をとらなかつた点に被上告人国の落度のあることは明らかであるが、右の手続をとらなかつたことによる本件土地所有権の侵害については、不法行為または不当利得に関する法規により救済を求めるのであれば格別、原状回復を求める本訴のような請求は、私権の本質である社会性、公共性を無視し、過大な請求をなすものとして、認容しがたい……本件事案の経過に照らし、原判決はあながち信義則に違反したものとはいえない。なお、この判断に関し、原判決中に上告人らの加害の意思について判示されていないことは、格段の障害となるものではない」

- ・信義則と権利濫用の区別

* 信義則：権利の行使、義務の履行双方に適用あり ⇔ 権利濫用：権利行使のみ適用

←権利濫用は広義の信義則の派生形でもあり、厳密な使い分けは不要では？

3. その他の基本原則・解釈基準

- ・公共の福祉(§1-1)

§1-1 私権は、公共の福祉に適合しなければならない

* 私権の分類

- ・ 財産権…物権、債権のほか、無体財産権
- ・ 非財産権…身分権、人格権
- ・ 解釈基準(§2) : 憲法の要請の明確化(憲 13,24)

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

第2章 人 (3～32条の2)

第1節 権利能力 (3条)

1. 私権の享有は、出生に始まる。(3条1項)
 - ・ 民法上の「出生」は全部露出。
2. 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。(2項)
3. 権利能力の終期＝死亡：事実の死亡、認定死亡（戸籍法 89 条）、失踪宣告（30-32 条）
4. 権利能力・意思能力・行為能力
 - ・ 権利能力：出生～死亡までの人間。私権の享有者としての能力。
 - ・ 意思能力：有効に意思表示をする能力 ※ 6～7歳ごろから備わりはじめるとされる
【大判明 38.5.11】意思能力を欠く人の意思表示は無効である
元々は絶対的無効 ⇒ 現在は本人以外が主張できない無効（表意者保護の面を重視）
 - ・ 行為能力：成年後の人間。成年後見等で制限される。

第2節 行為能力 (4～21条)

第1款 未成年者 (4～6条)

1. 20歳をもって成年とする (4条)
2. 未成年者の法律行為 (5条)：意思能力を欠く場合は後見人が代理で契約する
 - ・ 法定代理人の同意が必要。但し、単に権利を得、義務を免れる法律行為を除く (1項)
 - ・ 同意がない場合は取消しうる (2項)
未成年者が単独で取消しうる。後見人がその取消しを取消すことはできない（代理権で契約しなせばよい）
 - ・ 法定代理人が処分を許した財産は（目的を定めれば目的の範囲内で）自由に処分できる。(3項)
3. 営業の許可 (6条)
 - ・ 一種又は数種の営業を許されると、その営業に関して成年者と同一の行為能力を有する (1項)
【大判大 4.12.24】芸妓稼業は営業にあたる
 - ・ 営業に堪ない事由があれば法定代理人が、許可を取消し又は制限することができる (2項)

第2款 成年後見・保佐・補助（7～21条）

1. 後見・保佐・補助開始の審判（7,11,15条）…家裁裁判官の裁量措置
 - ・ 請求者：本人、配偶者、四親等内の親族、未成年／成年後見・保佐・補助人、同監督人、検察官
 - ・ 対象 後見）精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者
意思能力を欠いた状態 ⇒ 同意の有無によらず、そもそも有効に契約を結べない
⇒ 勝手に契約した場合の追認／取消と後見人の代理権
保佐）精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分である者
意思能力はあるが財産管理の判断能力が著しく低い状態 ⇒ 同意で契約可能
補助）精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分である者
高度な判断能力を要する契約等は困難な状態
 - ・ 本人の同意：本人以外からの請求による場合、補助に限って必要。
2. 成年被後見・被保佐・被補助人となり、成年後見・保佐・補助人が付される（8,12,16条）
 - ・ 補助人：単体では無権限、同意・取消権の付与か代理権付与を同時に行う必要がある（15条3項）、審判の取消しで無権限になれば補助開始の審判を取消さなければならない（18条4項）
 - ・ 制限行為能力者：未成年／成年被後見人・被保佐人・被補助人（代理権のみの場合を除く）
3. 法律行為は、日用品の購入その他日常生活に関する行為を除き、取消しうる（9,13,17条）
 - （後見）すべての法律行為が取消し対象（9条）
 - （保佐）以下列挙の法律行為、請求により審判で追加された法律行為（13条2項）
 - （補助）審判で決定された以下列挙の法律行為の一部（17条1項）
 - 一 元本を領収し、又は利用すること。
 - 二 借財又は保証をすること。
 - 三 不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること。
 - 四 訴訟行為をすること。 ※応訴は単独でできる（民訴法32条1項）
 - 五 贈与、和解又は仲裁合意（仲裁法第二条第一項に規定する仲裁合意をいう。）をすること。
 - 六 相続の承認若しくは放棄又は遺産の分割をすること。
 - 七 贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること。
 - 八 新築、改築、増築又は大修繕をすること。
 - 九 第六百二条に定める期間を超える賃貸借をすること。
 - ・ 同意に代わる許可（13条3項、17条3項）…保佐・補助の場合に限る。
被保佐・補助人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときに家裁に請求する。
 - ・ 保佐の追加された同意を要する法律行為の審判の取消し（14条2項）
 - ・ 補助の審判された同意を要する法律行為の審判の取消し（18条2項）
4. 後見・保佐・補助開始の審判の取消し（10,14,18条）…原因消滅時は義務措置
 - ・ 請求者：本人、配偶者、四親等内の親族、未成年／成年後見・保佐・補助人、同監督人、検察官
 - ・ 後見・保佐・補助開始の審判のとき、他の後見・保佐・補助開始の審判は義務的取消し（19条）
5. 相手方の催告権（20条）と詐術を用いた場合の相手方保護（21条）
 - ・ 行為能力者となった本人、法定代理人・保佐・補助人に対し、1カ月以上の期間を定めて、取消すかどうか催告できる ⇒ 確答しない場合は追認とみなす（1,2条）

- ・ 特別な方式を要する場合、方式を具備した旨の通知を発しない場合は取消しとみなす（3 条）
- ・ 被保佐・補助人に対しては、保佐・補助人の追認を得るよう催告できる。通知しない場合は取消しとみなす（4 条）

※成年被後見人等は、後見人等の同意を得ても追認することはできない（後見人等が直接追認する）

- ・ 制限行為能力者が詐術をもって行為能力者であると信じさせた場合は取消し不可（21 条）

【最判昭 44.2.13 民集 23-2-291】制限行為能力者であることの黙秘

「無能力者が能力者であることを誤信させるために、相手方に対し積極的術策を用いた場合にかぎるものではなく、無能力者が、ふつう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、または誤信を強めた場合をも包含すると解すべき」「黙秘していた場合でも、それが、無能力者の他の言動などと相俟つて、相手方を誤信させ、または誤信を強めたものと認められるときは、なお詐術に当たるといふべきであるが、単に無能力者であることを黙秘していたことの一事をもつて、右にいう詐術に当たるとするのは相当ではない」

第3款 任意後見契約制度（任意後見契約に関する法律）

1. 任意後見契約（法2条）

- ・要件：精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な状況（被補助人に相当）
- ・内容：自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部又は一部を委託し
- ・内容その委託に係る事務について代理権を付与する委任契約であって
- ・停止条件：任意後見監督人が選任された時からその効力を生ずるもの
- ・形式要件：公正証書による（法3条）
- ・契約は被補助人・被保佐人や、本人の法定代理人等が締結してもよい。

2. 任意後見監督人の選任（＝任意後見契約の効力発生、法4条）

- ・請求者：本人、配偶者、四親等内の親族、任意後見受任者

3. 成年後見・保佐・補助との関係

- ・特に必要がある場合を除き、任意後見が優先。特に必要があつて開始審判があつた場合、任意後見契約は終了する。なお、任意後見（監督）人は後見等開始の審判を請求できる。

第3節 住所（22～24条）

1. 住所：各人の生活の本拠をその者の住所とする（22条）
2. 居所：住所が知れない場合には、居所を住所とみなす（23条1項）
 - ・日本に住所を有しない者は、その者が日本人又は外国人のいずれであるかを問わず、日本における居所をその者の住所とみなす。ただし、準拠法を定める法律に従いその者の住所地法によるべき場合は、この限りでない。（2項）
3. ある行為について仮住所を選定したときは、その行為に関しては、その仮住所を住所とみなす（24条）

第4節 不在者の財産の管理及び失踪の宣告（25～32条）

第1款 不在者の財産の管理（25～29条）

1. 不在者（従来の住所又は居所を去った者）の財産の管理（25条）
 - ・不在者が財産の管理人を置かなかったとき、又は不在中に管理人の権限が消滅したときは、利害関係人又は検察官の請求により家裁が管理に必要な処分を命じることができる（1項）
 - ・本人が管理人を置くと、家裁は管理人・利害関係人・検察官の請求で命令を取り消す（2項）
2. 不在者が管理人を置いて、不在者の生死不明のときは、利害関係人又は検察官の請求で管理人を改任できる（26条）
3. 管理人の職務・権限・担保報酬（27-29条）
 - ・管理人（家裁選任又は不在者生死不明で利害関係人・検察官の請求があるとき）の財産目録作成義務（27条1,2項）、管理人に対する家裁の財産保存のための必要処分命令権（27条3項）
 - ・権限の定めのない代理人の権限（103条）外の行為、不在者生死不明時の管理人の権限外行為は家裁の許可があればできる（28条）
 - ・家裁の管理人に対する財産管理・返還に相当の担保請求権（29条1項）
 - ・家裁は不在者財産から、管理人と不在者との関係その他の事情により、相当な報酬を管理人に与えることができる（29条2項）。また、財産目録作成費用は財産より支弁する（27条1項）

第2款 失踪の宣告（30～32条）

1. 失踪宣告（30,31条）
 - ・請求：利害関係人の請求による、家裁の裁量。
 - ・要件：①不在者の生死が7年間不明。
②戦争、船舶沈没等死亡の原因たる危難に遭遇し、終戦・沈没等危難が去って1年間生死不明。
 - ・効力：①生死不明7年間の満了時に、②危難が去った時に、死亡したものとみなす。
2. 失踪宣告の取消し（32条）
 - ・請求：本人又は利害関係人の請求による、家裁の義務。
 - ・要件：失踪者生存、失踪宣告のみなし死亡時と異なる時に死亡したことの証明があったこと
 - ・効力：遡及的取消しだが、失踪宣告後の双方善意の行為の効力には影響を及ぼさない。
【大判昭13.2.7】当事者一方が善意でも、他方が悪意なら契約は取り消される。
 - ・財産は返還されるが、現存利益の限度でよい（悪意者は703条原則通り）

【大判昭 7.10.26】生活費に使った場合も現存利益があるとする

第 5 節 同時死亡の推定（32 条の 2）

1. 数人の者が死亡した場合において、そのうちの一人が他の者の死亡後になお生存していたことが明らかでないときは、これらの者は、同時に死亡したものと推定する。

第3章 法人 (33～84条)

第1款 法人

1. 法人の分類

- ・ 営利法人 会社（会社法、準則主義）
- ・ 非営利法人 一般社団・財団法人（一般法人法、準則主義）
公益社団・財団法人（公益法人認定法、
NPO法人・宗教法人（認証主義）、協同組合・学校法人・医療法人（認可主義）
労働組合（労働組合法、準則主義）
- ・ 営利／非営利の判断…利益の社員に対する分配の予定の有無による

※剰余金配当請求権・（清算時の）残余財産分配請求権の少なくとも一方があれば営利

2. 法人の設立

- ・ 準則主義（会社、一社、一財）…定款を作成し、公証人の認証を受け、設立登記をすればよい
 - ①代表者（会社：代表取締役／一社・一財：代表理事）の氏名・住所の登記
 - ②法人の名前（商号／名称）、住所（本店の所在地／主たる事業所の所在地）の定款記載・登記
 - ③法人の目的の定款記載、登記
 - ④貸借対照表等の作成・監査・公告
- ・ 法人格否認の法理…法人に実体がなく、他の自然人または法人と別人格にすべきでない場合

【最判昭 44.2.27】節税のためのペーパーカンパニーとの契約を代表個人との契約と認める

個人事業主が節税のため会社を設立し、その会社で店舗を貸した貸主はその個人に家賃を請求できるとしたものの「法人格が全くの形骸にすぎない場合、またはそれが法律の適用を回避するために濫用されるが如き場合においては、法人格を認めることは、法人格なるものの本来の目的に照らして許すべからざるものというべきであり、法人格を否認すべきことが要請される場合を生じる」「会社名義でなされた取引であつても、相手方は会社という法人格を否認して恰も法人格のないと同様、その取引をば背後者たる個人の行為であると認めて、その責任を追求することを得、そして、また、個人名義でなされた行為であつても、相手方は敢て商法五〇四条を俟つまでもなく、直ちにその行為を会社の行為であると認め得る」

3. 法人の能力は基本約款で定められた目的の範囲内（34条）だが、広く解釈される

- ・ 法人内での紛争の場合…営利では広く、非営利では目的と脱退の容易さが判断基準

【(大)判昭 45.6.24】八幡製鉄政治献金事件で営利会社の政治献金を容認

会社から政党への政治献金を 34 条違反として株主代表訴訟が提起されたが、棄却された

【大高判平 14.4.11】【最判平 15.2.27】住友生命政治献金事件で相互会社の政治献金容認

【最判昭 50.11.28】国労広島地方本部事件で労組の政治献金のための組合費納入義務を否定

- ①他の労働組合の闘争を支援するための臨時組合費は納入義務がある（反対 1）
- ②安保反対闘争のための臨時組合費は納入義務がない（組合活動との関係性が究極的にすぎる）
- ③安保反対闘争での被処分組合員の救援のための臨時組合費は納入義務がある（共済活動だから。反対 2）
- ④総選挙で組合出身候補者の所属政党に対する寄付のための臨時組合費は納入義務がない

なお、同日の判決で以下の 3 点も判決された

- ⑤原則として月単位の組合費は月の途中で脱退しても 1 月分の納入義務がある
- ⑥違法な争議行為のための臨時組合費は納入義務がないが、未必的可能性であれば納入義務がある（反対 1）
- ⑦違法な争議行為のための被処分組合員の救援のための臨時組合費は納入義務がある（反対 1）

【最判平 8.3.19】南九州税理士会事件で税政への補助金のための特別会費納入義務を否定
税理士会が強制加入であることを踏まえ、税理士政治連盟に交付するための特別会費の納入義務を否定した。

【最判平 14.4.25】群馬司法書士会の復興支援のための特別負担金の納入義務を肯定（反対 2）
阪神淡路大震災により被災した兵庫県司法書士会の復興のため、登記申請 1 件につき 50 円の特別負担金を会員に課したが、この納入義務が争われた事案 ⇒ 納入義務を肯定

・法人外との紛争の場合

【最判昭 33.9.18】農協が非組合員のリング集荷業者に貸し付けた資金につき目的内と判断
リングの委託販売により手数料収入を得て農協の経済基盤としようとし、リング買付資金として集荷業者に貸し付けたが、買い付けたリングの一部しか農協に回さなかったため、貸付金の残額を準消費貸借として保証人を付したところ、業者が目的外として準消費貸借契約の無効を主張したもの ⇒ 農協の事業に付帯するとして有効

【最判昭 41.4.26】農協が非組合員の土建業の人夫賃のため無効と知りつつ行った貸付は無効
農協の代表理事、土建業者とも定款外と知っていた貸し付けは無効であり、その保証のための抵当権は無効

【最判昭 44.7.4】労働金庫の員外貸付を無効としつつ債務者の無効主張を信義則違反で棄却
虚偽の労働組合を結成し労金から貸付を受けて事業資金としたが、その抵当権を実行され競落されたのち、員外貸付であり無効と主張した事案 ⇒ 債務者からの無効主張を信義則違反とした

【最判昭 51.4.23】寄附行為の目的外の行為についての無効主張を信義則違反で棄却
財団法人が寄附行為の目的外の事業のための資金調達を目的として、病院を売却し、寄附行為の変更に買い戻しの打診があったにもかかわらず拒絶し、7 年 10 月経過してから目的外として無効を主張したのは信義則違反

・代表者の権限に加えた制限は善意の第三者に対抗できない（一般法人 77 条 5 項、197 条、会社法 349 条 5 項）…「目的の範囲」は登記事項であり、より内部的な統制についての規範

【最判昭 60.11.29 民集 39-7-1760】漁協の代表理事組合長の土地売却と 110 条類推
漁協の代表理事組合長が勝手に土地を売却し、相手方はこれに理事会の決定が必要であることを知っていたが、理事会の承認があるものと誤信していた事案 ⇒ 権限制限につき悪意で、表見代理も認められず棄却

①第三者の善意は理事の代表権に制限が加えられていることを知らないこと

②善意の主張・立証責任は第三者の側にある

③第三者が制限を知っていても、決議等を得ていると信じ、それに正当理由があれば 110 条を類推適用する

・法人の不法行為責任…代表者も被用者も法人が損害賠償責任を負うが、代表者は免責規定なし
代表者…職務上の不法行為責任は法人も負う（一般法人法 78.197 条、会社法 350 条）

被用者…事業の執行の不法行為責任は使用者が負う（民法 715 条）…使用者免責規定がある
企業責任…公害等では法人そのものを加害者として不法行為責任を負わせることができる

【大判大 7.3.27】倉庫会社の代表者の違法な庫出しは外形上職務内なので職務上と認定

【大判昭 7.5.27】代表者個人も被害者に対して不法行為の損害賠償責任を負う

・代表者以外の役員の第三者に対する損害賠償責任（一般法人法 117,198 条、会社法 429 条）
職務を行うにつき、悪意又は重過失があったとき。役員等個人が第三者に責任を負う。複数の役員が責を負う場合、連帯債務者となる。 ※放漫経営などを見逃した役員等に債権回収をかけるため

【最判昭 49.12.17】役員等の損害賠償責任の時効は 10 年（724 条の短期時効は不適用）
一般の損害賠償請求は 3 年間の短期時効（724 条）だが、役員等の損害賠償責任は特別責任なので、不適用。

第2款 一般社団法人

1. 一般社団法人の社員…2名以上いないと設立できないが、1名でも残っていれば存続する
2. 役員とその義務
 - ・役員…理事、監事のこと。会計監査人は別。
 - 1人以上の理事必置、理事会がない場合は、代表理事を選任してもよい。
 - 理事会設置 ⇒ 理事3名以上必置、そのうちで代表理事必置。
 - 大規模（200億円以上）⇒ 会計監査人必置
 - 理事会設置又は会計監査人設置 ⇒ 監事必置
 - ・役員・会計監査人は委任に準じ善管注意義務を負うほか、理事は忠実義務を負う（64,83条）
 - 【最判昭 45.6.24】（商法の）忠実義務は善管注意義務と別個の高度な義務とはいえない
 - 忠実義務の規定は「善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるのであつて、所論のように、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の、高度な義務を規定したものとは解することができない」
 - ・理事の競業・利益相反取引は社員総会又は理事会の承認が必要（84,92条）
 - ※承認があれば双方代理・自己契約となってもよい。また、利益相反取引で損害が生じた場合、取引主体の理事・法人内で取引を決定した理事・理事会で承認に賛成した理事が損害賠償義務を負う（111条3項）
 - ・理事が著しい損害を与えるおそれがある事実を発見した場合、社員又は監事へ報告義務（85条）
 - ・役員等の任務懈怠による損害賠償義務（111条）は全社員の同意なしに免除できない（112条）
3. 社員等による統制
 - ・社員の10分の1以上の請求で裁判所は業務執行検査役を選任できる（86条）
 - ・社員・監事による理事の行為差し止め請求権（88,103条）
 - 要件：著しい損害のおそれ（監事設置：回復できない損害のおそれ）
 - ・役員等に対する責任追及の訴え（代表訴訟）も認められる（278条）
4. 基金
 - ・無利息で基金を集めることができるが、純資産が基金の総額を超えない限り返還できず、破産時は劣後的破産債権に劣後する。

第3款 一般財団法人

1. 一般財団法人の設立…設立者が定款を作成し、署名又は記名押印する。遺言による場合は遺言執行者がこれを行う（152条）
 - ・財産の拠出額は300万円以上。
2. 役員と機関
 - ・評議員3名以上・評議員会、理事・理事会、監事必置。大規模の場合、会計監査人必置。
 - ・理事の義務等は一般社団法人を準用
3. 寄附行為
 - ・旧法での設立行為は寄附行為と呼ばれ、単独行為とされたが、設立手続き中の財団法人を権利能力なき財団とする判例もある。
 - 【最判昭 56.4.28】財団設立のための出捐の約束を権利能力なき財団との契約とする
 - 財団設立に協力する趣旨で、虚偽の出捐の約束をしたが、実際の寄附を拒んだため、財団が契約金請求を訴えた

事案 ⇒ 出捐の約束は権利能力なき財団との虚偽表示と認められ、請求を棄却

「財団法人を設立するためにされる寄附行為は、相手方を必要としない単独行為であるが、その一環をなす財産出捐行為が、現実には財団法人設立関係者の通謀に基づき出捐者において真実財産を出捐する意思がなく単に寄附行為の形式を整える目的で一定の財産を出捐する旨を仮装したというにすぎない場合においては、右事実関係を実質的に考察し、当該寄附行為について民法九四条の規定を類推適用してこれを無効と解する」

第4款 その他の法人

1. NPO法人

- ・ 設立は認証主義（主管庁で設立の認証を受ける）

2. 有限責任事業組合契約法

- ・ 民法の組合契約に基づく組合でありながら、有限責任を認めるためのもの。
- ・ 法人税が課税されない（直接に各組合員の利益または損失となる）、内部組織も自由。

3. 権利能力なき社団

- ・ 要件：団体としての組織＋運営(多数決)＋団体自体の存続＋代表や運営等主要な点の確定

【最判昭 39.10.15】社団法人引揚者更生生活協同連盟の支部を権利能力なき社団と認定

支部で取得していたマーケットの借地権を、支部を株式会社化したものに承継させたことにつき、建物改築反対派が支部の権利能力なき社団の実質を備えないとして、借地権は共有であると主張した事案 ⇒ 権利能力なき社団と認定し、借地権は総有とした

「権利能力のない社団といいうるためには、団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行なわれ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によつて代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定しているものでなければならない」

- ・ 訴訟の当事者能力はあるが、その名義で登記をすることができない（代表の個人名となる）

＊ 代表個人の財産として差し押さえられると、権利能力なき社団は対抗できない

∴ 一般法人法では容易に法人格が取得できるため、社団に帰責性がある

【最判昭 47.6.2】社団名や代表名に社団名を添えた登記を認めず

権利能力なき社団の前の代表名義となっていた社団の不動産につき、新代表への移転登記を拒んだため登記請求された事案 ⇒ 新代表が自らの名前で訴訟したため、旧代表側が社団として訴訟すべきと主張したが、登記名義の関係から新代表名で訴訟してよいとした。

- ・ 権利能力なき社団とすると、共有物は総有となり、分割請求を拒める（組合契約でも制限あり）
また、持分を差し押さえることもできない（組合契約も同じ）

【最判昭 32.11.14】脱退者は権利能力なき社団への持分権・分割請求権は有さない

権利能力なき労働組合が分裂し、脱退した組合員が財産の分割を請求したが、却下。

- ・ （少なくとも非営利の場合は）有限責任となる。代表者も個人責任を負わない。

【最判昭 48.10.9】東北栄養食品協会の構成員は個人的に社団の債務に責任を負わない

権利能力なき社団の代表者が協会を代理して借金をしたがそのまま行方不明となり、貸主が協会の構成員らに債務弁済を求めたもの ⇒ 権利能力なき社団の構成員は有限責任を認められる。

「権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、その社団の構成員全員に、一個の義務として総有的に帰属するとともに、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わない」

【最判昭 44.11.4】権利能力なき財団の事務総長の振り出した手形につき個人責任を否定

財団法人設立準備中の権利能力なき財団の事務総長の振り出した手形につき、事務総長への弁済請求を否定

- ・ 権利能力なき財団もある

【最判昭 44.6.26】 権利能力なき財団への株式名義の書き換えを認める

遺言で財団法人設立の寄附行為をしたため、遺言執行者が株式の権利を財団法人設立準備委員長としての自らの名義に書き換えたが、財団法人の設立許可申請が返戻された事案で、権利能力なき財団が株券の所有者と認める

4. 公法人の機関の権限踰越

- ・ 法律上権限がない市町村長等による権限踰越は表見代理の正当理由が認められない

【最判昭 34.7.14】 村長が村名義の借金を着服した場合、村は返済義務がない

地方自治法上、現金受領権限のない村長が、村議会の借入認容議決を見せて農業協同組合（？）から50万円を借り、そのまま着服したため、組合側が村に貸金返還請求をした事案。原審は表見代理の成立を認めた ⇒ 民法110条代理権踰越の表見代理を類推適用するが、法律で明らかな以上、正当理由がないとして破棄差戻し。

- ・ 代表者の職務上の不法行為責任（一般78条）は公法人にも類推適用又は適用される

※ただし、収入役がいる市町村では、外形上明らかに職務行為ではないので、村長による着服には不適用。

【大判昭 15.2.27】 議決書を偽造し、収入役を介して着服した場合、村に返済義務がある

正当な手続きに則っている以上、外形上職務上と認められるため。

- ・ 表見代理の正当理由（110条）と不法行為責任の職務行為認定（一般78条）は基準が近似

【最判昭 50.7.14】 町長が公印で裏書きした手形不渡りによる損害は町に請求できない

町長が、自らが代表取締役である会社を振出人とし、公印を用いて町長名の裏書きをした手形を割引かせたところ、不渡りとなったため、所持者が町に対して不法行為による損害賠償請求をしたもの ⇒ 町長の行為が外形上その職務行為に属するものであっても、実は属さないことにつき悪意又は重過失の場合、地方公共団体は損害賠償責任を負わない。この場合は収入役等に問い合わせることが容易であったと判断された。

第4章 物（85～89条）

1. 民法は物をどのように定義し、どのように分類しているか（とくに不動産・動産の区別）、その分類にどのような法的意味があるかを、具体例を挙げて説明することができる。
 - ・物の意義(§85)：有体物＝空間の一部を占めるもの
§85 この法律において「物」とは、有体物をいう
 - ・不動産・動産の区別(§86)
 - *不動産：土地及びその定着物(#1)
 - ・定着物：通常は土地の一部となる
 - ←例外(別個の不動産)：建物(§370、不登法)・立木(立木法)
 - ※屋根瓦を葺き、荒壁を付ければ、床や天井がなくても独立の建物となる
 - ←例外(土地所有者と所有者が別)：未採取鉱物(鉱業法) ※ただの岩石は土地所有者にある§86-1 土地及びその定着物は、不動産とする
【大判大 10.10.1 民集 14-1671】 建物が独立の不動産となる条件[S10 オ 752]
要旨「住宅用建物にして屋根瓦を葺き荒壁を附け了りたるものは未だ床及天井を備へざるも仍ほ登記し得べき建物たるに妨なきものとす」 - *動産：不動産以外の物(#2) ←船舶・航空機・自動車等は登録すれば不動産と類似した扱い
+無記名債権(#3) ←実際は有価証券に準じて扱われる(その方が取引の安全保護が手厚い)
#2 不動産以外の物は、すべて動産とする
#3 無記名債権は、動産とみなす
- ・物＝所有権の客体となるためのその他の要件
 - *支配可能性＝権利主体による排他的支配
 - ・海、月、星などは不可。生きている人の身体も不可
【最判昭 61.12.16 民集 40-7-1236】 海は国が区画し排他的支配を認めれば所有権の客体
 - *特定性・単一性：特定されている、単一の物であること
 - ←例外：集合物に対する譲渡担保（倉庫の中の資材）や立木に対する所有権
【大判大 13.10.7 民集 3-476】 一筆の土地の一部の譲渡[T12 オ 664]
 - 要旨「土地ノ一部ハ分筆ノ手續ヲ為ス以前ニ於テモ所有者ニ於テ之ヲ譲渡スルコトヲ得ルモノトス」
 - *独立性：独立の物であること＝ひとつの物の一部に所有権は成立しない
- ・一物一権主義
 - *ひとつの所有権の客体はひとつの物である → 単一性&独立性の要件
 - *ひとつの物の上には同じ内容の物権はひとつしか成立しない → 物権の排他性
2. 主物と従物とはどのような概念か、従物とされることの具体的効果は何かを、具体例を挙げて説明することができる。
 - ・主物と従物(§87)
 - *意義(#1)
 - ・従物：物の所有者が、その物の常用に供するためこれに属させた、自己の所有に属する他の物
 - ⇔壁に埋めこまれたレンガ：もはや建物の構成部分で、従物ではない

- ・主物：従物が附属せられたもの

§87-1 物の所有者が、その物の常用に供するため、自己の所有に属する他の物をこれに附属させたときは、その附属させた物を従物とする

【最判平 2.4.19 判時 1354-80】給油所建物に対し、地下タンク・洗車機等は従物

- * 効果(#2)：従物は、主物の処分に従う

→ いちいち従物の売買をしなくても、主物と一緒に移転する

- ・従物と思われた物が他人物の場合：所有権は移転しないが、即時取得しうる

#2 従物は、主物の処分に従う

3. 元物とは何か、果実（天然果実・法定果実）とは何かを説明し、それぞれ具体例を挙げることができる。

- ・果実と元物(§88)

* 天然果実(#1)：物の用法に従い収取する産出物 →例：動物の子、農作物、鉱物等

* 法定果実(#2)：物の使用の対価として受けるべき金銭その他の物

* 元物：果実を産出する物のこと

§88-1 物の用法に従い収取する産出物を天然果実とする

#2 物の使用の対価として受けるべき金銭その他の物を法定果実とする

- ・果実の帰属(§89)

* 天然果実(#1)：元物からの分離の時に、収取する権利を持っている者

* 法定果実(#2)：収取権の尊属期間につき、日割計算

§89-1 天然果実は、その元物から分離する時に、これを収取する権利を有する者に帰属する

#2 法定果実は、これを収取する権利の存続期間に応じて、日割計算によりこれを取得する

第5章 法律行為（90～137条）

第1節 総則（90～92条）

1. 公序良俗違反無効（90条）：公の秩序又は善良の風俗違反に反する事項を目的とする法律行為
2. 任意規定と異なる意思表示（91条）：法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う。
3. 任意規定と異なる慣習（92条）：法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う
（当事者が慣習に従う意思を有していたことを立証する必要はなく、特に反対の意思表示がなければ推定される）
【大判大 10.6.2】慣習を知りつつ特に反対の意思を表示しない場合は慣習に従うと推定すべき
・法適用通則法3条により、公序良俗に反しない慣習は法令の規定により認められたもの・法令不規定のもののみ法令の効力を有する。よって92条により当事者の意思があれば慣習が優先する。
4. 契約の有効要件①：確定性 … 不足部分は条理・信義則・任意規定・慣習により解釈
・給付内容が確定できない契約は無効 ※目的物の確定は必要だが、価格は確定しなくてよい
・解釈で契約内容を確定できる場合は解釈で確定 ※意思主義（内心の意思を基準にすべき）
・解釈不一致の場合、意思表示の合理的な解釈とずれる側が錯誤となる
例）ケース注文をAタイプで注文したと考えるのが合理的であれば、Bタイプと考えた側が錯誤、Bが合理的ならAと考えた側が錯誤、Cタイプなら双方錯誤、不確定なら目的物が確定性を欠く。
【大判昭 19.6.28 民集 23-387】内心の意思の不一致による契約不成立[S18 才 861]
要旨「契約の文言中には甲は乙に生糸製造権利を或代金額にて譲渡する旨を定めたるのみなるも当時の事情に鑑みるときは一般に右権利の譲渡は繰糸釜に関する権利の譲渡をも包含し其の譲渡に伴ひ甲が全国製糸業組合聯合会より受くべき補償金は前記譲渡代金の一部に充てらるるものと解するを相当とする場合に於て乙は右契約文言中に当然斯かる約旨を包含するものと解したるに反し甲は之を包含せざるものと解し夫々契約締結の意思表示を為したるときは不合意に依り契約成立せざるものとす」
・契約に定めのない事柄は解釈で確定（補充的解釈）
5. 契約の有効要件②：実現可能性
・原始的不能…契約成立時点で不可能な契約は無効。事実上の不能（太平洋の真ん中に落とした指輪を給付する）や法律上の不能（違法行為を行う）を含む
・後発的不能…契約成立後の不能は債務不履行又は危険負担となる。
・一部不能…原則当該部分のみ無効、契約全体が成立しなかったと考えられる場合は全部無効。
6. 契約の有効要件③：適法性 … 強行規定に反する契約は無効
・行政的取締規定…これに反する契約は私法上も無効とするものを効力規定という
・無免許営業にかかる私法上の契約は有効となる。ただし、公益性の強い資格は無効
ただし、履行前や違法を知りつつ共謀して取引をしていた場合などは無効とする余地あり。
経済的公序論…取締規定のうち、取引に関しない警察法令は私法上の契約に影響しないが、取引に関わる経済法令（消費者保護、独占禁止法など）は私法上も契約無効となる。（実際は公序良俗違反を用いることが多い）
【最判昭 35.3.18】無許可で食肉を販売する契約は私法上有効で代金を払う義務がある
【最判昭 38.6.13】弁護士資格なしに訴訟に関して報酬を得る契約は公序良俗違反で無効
・危険物や禁制品など、規制品取引にかかる私法上の契約は無効となる（公序良俗違反で構成）

- ・名義貸与型（無資格者に資格者が貸与する場合）は第三者との取引では無免許営業と同様。
- ・脱法行為は原則無効だが、強行規定が不合理な場合は有効となる場合がある（譲渡担保など）

7. 契約の有効要件④：社会的妥当性（公序良俗）

- ・犯罪にかかわる行為…犯罪への報酬、犯罪をしないことへの報酬、贈収賄の約束など
- ・取締規定違反の行為…違反の程度、違法の認識、取引安全、取締規定の目的達成などを考慮

【最判昭 39.1.23】 硼砂アラレの代金支払い義務なし（破棄自判、全員一致）

アラレ菓子の製造販売業者が、硼砂入りアラレを製造販売し、途中で有毒で食品衛生法違反であることを知ったが、販売先業者が構わずに製造するよう依頼したため引き続き製造販売したが、相手方でその代金支払いとして振り出した為替手形の支払いを拒んだ事案 → 食品衛生法違反であるだけで無効とはならないが、悪意で製造販売した場合は明らかに公衆衛生を害するから、90 条違反で契約無効であり、為替手形金の支払い義務もない。

【最判平 13.6.11】 ポロ社の模造品の代金支払い義務なし（破棄差戻し、全員一致）

模造品輸入業者が小売業者に模造モロシャツを販売し、小売業者もポロ社から警告を受けたにもかかわらず、模造品と知りつつ販売し摘発されたため、売買代金の支払いを拒んだ事案。輸入業者から売掛代金請求、小売業者から損害賠償請求反訴が提起され、原審は売掛代金請求を認容 → 商標法違反・不正競争防止法違反を知りつつ、通謀して行った取引であり、反社会的であるから公序良俗違反で無効とした。

【最判平 9.9.4】 証券会社の損失保証契約による債務履行請求を棄却（破棄差戻し、全員一致）

証券会社の損失保証契約は違法でありつつ私法上は有効とされていたが、社会問題化し、大蔵省の証券局長通達が出され協会規則が改正された平成元年末以後には、もはや公序良俗違反で無効であるとした。

【最判平 15.4.18 民集 57-4-366】 証券会社の損失保証契約

昭和 60 年締結の証券会社の損失保証契約は有効で、平成 2 年の利回り改定のみ無効としつつ、法改正により事後の損失補てんも禁止され、附則になお従前の例による規定もない以上、履行を請求することはできないとした。

- ・人倫に反する行為…売春契約や妾契約のための贈与等は無効。手切れ金契約も無効だが、別れるにあたっての慰謝料を給付する契約は有効。

【大判大 9.5.28】 離婚後に婚姻すべき旨の予約とそれまでの扶養料を支払う契約は無効

【大判昭 12.4.20】 不倫関係解消にあたっての慰謝料のための贈与契約は有効

- ・射倖行為…賭博の掛け金支払い請求はできない。

【大判昭 13.3.30】 賭博資金のみならず賭博後の弁済資金を貸す契約も公序良俗違反で無効

要旨「賭博に因り負担したる債務の弁済の資に供するものとしての貸金契約は公序良俗に反するものとす」

【最判平 9.11.11】 賭博による債権は、譲渡され債務者が異議をとどめず承諾しても無効

「賭博の勝ち負けによって生じた債権が譲渡された場合においては、右債権の債務者が異議をとどめず右債権譲渡を承諾したときであっても、債務者に信義則に反する行為があるなどの特段の事情のない限り、債務者は、右債権の譲受人に対して右債権の発生に係る契約の公序良俗違反による無効を主張してその履行を拒むことができる」賭博債権が満足されることはあってはならないから。なお、賭博の負け金は 7,000 万円だった。

- ・自由を極度に制限する行為…芸娼妓契約は無効。それに伴う前借金も無効

【最判昭 30.10.7】 前借金無効判決…芸娼妓契約に伴う消費貸借契約は無効（破棄自判）

以前は、芸娼妓契約と不可分の金銭消費貸借契約は無効、可分なら有効としていた。昭和 25 年に 4 万円の消費貸借とともに娘の貸主の妻名義の料理店の住み込み酌婦契約をしたが、報酬は諸費用が天引きされ一向に返済に充てられなかった。原審は酌婦契約無効、貸金返還請求認容の判決をしたが、最高裁は酌婦契約と貸金契約は不可分として消費貸借契約も無効、さらに不法原因が借主側のみに存するものではないので、不法利得返還請求も

できないとした（また、付けさせられた第三者の連帯保証契約も無効となる）。

- ・ 暴利行為または不公正取引行為… 暴利行為（過大利息、仮登記担保等）、不公正取引（靈感商法・原野商法等）は無効。仮登記担保は清算義務が課されるようになる前は公序良俗違反。

【最判昭 61.5.29】先物取引の危険性を隠し主婦に取引を執拗に勧めたのは公序良俗違反

金地金の先物取引の危険性を隠し、執拗に取引を進めた事例で、取引が「金地金の先物取引を委託するものであり、かつ、著しく不公正な方法によつて行われたものであるから公序良俗に反し無効」

【大阪地判昭 42.6.12】日東航空つばめ号事件（事故賠償金の上限が低い約款は公序良俗違反）

航空機事故（昭 38.5.1）の乗客への賠償金を 100 万円に制限する約款が公序良俗違反とされた。

【最判平 18.11.27】大学の入学金は不相当に高額でなければ公序良俗に反しない

- ・ 個人の尊厳・男女平等など基本権に反するもの… 定年男女差別

【最判昭 56.3.24】日産自動車の男女別定年を定めた就業規則は性別による差別で無効

男女の労働能力・職種等を検討した上で、「上告会社の企業経営上の観点から定年年齢において女子を差別しなければならない合理的理由は認められない」以上、定年における女子差別は「専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着する」から憲法 14 条・民法現 2 条を参照しつつ公序良俗違反で無効とした。

【最判平 1.12.14】ユニオンショップ協定があっても他の労組に移った場合は解雇できない

労働組合を脱退し、他の労働組合に加入した労働者を、ユニオンショップ協定に基づき解雇した事案で、他の労組に入っても解雇されるのは憲法 28 条も参照しつつ公序良俗違反として解雇無効とした。

【最判平 18.3.17】入会集団の会則で、血縁面で女子孫を排除するのは公序良俗違反

沖縄県金武町の金武部落民会は、杣山を入会地として管理してきたが、現在は米軍基地となっており、その賃借料の半分を部落民会が受取り（残りは町）、会員に分配していた。その会則で、会員資格を明治 39 年（杣山が国から払い下げられた年）の部落民と昭和 20 年までの転入者で入会金を払った者の男子孫で、部落に住んで独自に生計を立てる世帯主に限定していたことにつき、世帯主条項・男子孫条項が公序良俗違反として 4 名が訴えたもの。原審はともに公序良俗違反でないとして請求棄却 ⇒ 世帯主条項は公序良俗違反でないが、男子孫条項は違反。部落民以外と結婚して出戻った女子（会則上、復氏が要求された）につき、世帯主として認められるかなどを審理させるため破棄差戻し。

- ・ 動機の違法… 契約の動機が違法（賭博や殺人など）である場合。一方当事者のみが違法な動機の場合、動機の違法性と相手の認識の程度から判断される。

- ・ その他

【最判昭 61.11.20】クラブホステスの顧客の飲食代金への保証契約を有効とした例

「自己独自の客としての D との関係の維持継続を図ることにより被上告人の経営するクラブから支給される報酬以外の特別の利益を得るため、任意に被上告人に対して D に対する掛売を求めるとともに本件保証契約を締結したものであり… 本件保証契約がいまだ公序良俗に反するものとはいえない」

【最判昭 62.2.20 民集 41-1-159】約款に対する制限解釈(事故通知懈怠による支払拒否)

8. 法律要件 … 私法上の権利の発生・変更・消滅といった法律効果を生じさせる原因

- ・ 法律行為、不法行為、不当利得、事務管理

9. 法律行為の分類

- ・ 契約… 申込みと承諾で成立するもの
- ・ 単独行為… 単独の意思表示のみで成立するもの（相手方がある場合もある）
- ・ 合同行為… 合同で同じ意思表示を行って成立するもの（会社の設立など）

- ・ 準法律行為…意思の通知（支払の「催告」など）、觀念の通知（債務の「承認」など）
※意思の通知は法律効果を発生させない（発生すれば、「意思表示」）

第2節 意思表示（93～98条の2）

第1款 心裡留保（93条）

- ・ 内容：表意者がその真意でないことを知ってしたとき。
- ・ 効果：有効。相手方悪意又は有過失の場合は無効。
- ・ 相手方より履行を強制できない自然債務を心裡留保（相手方有過失）で解決することもある

【大判昭 10.4.25】カフェー丸玉女給事件（自然債務であるとして履行強制を認めず）

【東高判昭 53.7.19】手切れ金の支払い約束の事案で心裡留保を適用

第2款 虚偽表示（94条）

- ・ 内容：相手方と通じてした虚偽の意思表示。不動産の虚偽の移転登記に類推適用
- ・ 効果：無効（1項）。善意の第三者に対抗できない（2項）→権利外観法理の類推適用元。
※権利外観法理（表見法理）：真の権利者が別の者が権利者であるような外観を作りだしたときは、それを信頼した第三者は保護されるべきであり、自らその外観を作った権利者は権利を失ってもやむをえない。
- ・ 第三者とは、「虚偽の意思表示の当事者またはその一般承継人以外の者であつて、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至つた者」をいう（【大判大 9.7.23】【最判昭 42.6.29】）

【最判昭 42.6.29 判時 491-52】94条2項の第三者の意義[S41 才 1231,1232]

94条2項「にいわゆる第三者とは、虚偽の意思表示の当事者またはその一般承継人以外の者であつて、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至つた者をいうと解すべき」

第三者である【大判明 40.2.1】仮装債権の譲受人

【最判昭 55.9.11】虚偽の抵当権に善意で転抵当権の設定を受けた者

第三者でない【大判大 9.7.23】不動産の仮装譲受人の単なる債権者

【大判昭 8.6.16】仮装譲渡された債権の債務者

【最判昭 57.6.8】土地の仮装譲受人が建物を建てた場合の賃借人

- ・ 94条2項は善意の立証責任を第三者に課しており、無過失を求める学説もあるが判例は善意のみの立証で足りるとする。ただし、110条（表見代理）とセットの場合は無過失が要求される。

【最判昭 35.2.2 民集 14-1-36】善意の立証責任は善意を主張する第三者にある

【最判昭 41.12.22】第三者が善意を主張するのみで立証していないため、その上告を棄却

【大判昭 12.8.10】善意第三者の過失の有無は問わない。

【最判昭 43.10.17】仮登記を本登記にした権限踰越の表見代理があり、善意+無過失を要求

- ・ 善意／悪意の判断は予約のときではなく、契約が成立した時点で行う

【最判昭 38.6.7】虚偽表示の目的物の売買予約時善意、成立時悪意だと、悪意第三者とされる

「通謀虚偽の売買契約における買主が当該契約の目的物について第三者と売買予約を締結した場合において、…予約権利者が民法第九四条第二項にいう善意であるかどうかは、その売買予約成立の時ではなく、当該予約完結権の行使により売買契約が成立する時を基準として定めるべき」→悪意と判断された。

- ・ 契約に限らず、相手方のある単独行為も虚偽表示となりうる

【最判昭 31.12.28】契約解除（単独行為）を虚偽表示と認める

【最判昭 42.6.22】他の共有者に対する共有持分権の放棄が通謀虚偽の場合、94条を類推適用

- ・ 善意の第三者以後の悪意の転得者は保護される（善意の第三者が不当利得返還義務を負うから）

【大判大 3.7.9】善意の第三者からの悪意の転得者は保護される

【最判昭 45.7.24 民集 24-7-1116】悪意の第三者からの善意の転得者(保護)[S40 オ 204]

被上告人たる父が登記名義を別の者に移していた不動産 21 筆とまた別の者から買い受けた 2 筆を、二男の名義で登記したが、7 年後にその二男が上告人 A にこの不動産を売却し移転登記を行った。この際、A の代理人は不動産の所有権の所在につき悪意であったが、A はさらに上告人 B、C に不動産を転売し、移転登記を備えた。その後、父が所有権を主張してその処分・立木伐採搬出等禁止仮処分を執行した後にこの転売は合意解除され、移転登記は抹消されたが、父の所有権確認訴訟に対して B が仮処分執行による損害賠償の反訴請求を行った。原審は、A の悪意を認め、B の反訴請求を失当とした ⇒ B の反訴請求につき、仮処分執行時点で、父が B に対して所有権を主張できる立場にあったかどうか（B の取得時の善意・悪意）の判断のため破棄差戻し。

また、不動産の通謀による虚偽の移転登記に、94 条の類推適用があることを認める。

「不動産の所有者が、他人にその所有権を帰せしめる意思がないのに、その承諾を得て、自己の意思に基づき、当該不動産につき右他人の所有名義の登記を経由したときは、所有者は、民法九四条二項の類推適用により、登記名義人に右不動産の所有権が移転していないことをもつて、善意の第三者に対抗することができない……（最判昭 29.8.20、同昭 37.9.14、同 41.3.18 参照）が、右登記について登記名義人の承諾のない場合においても、不実の登記の存在が真実の所有者の意思に基づくものである以上、右九四条二項の法意に照らし、同条項を類推適用すべきものと解するのが相当である。けだし、登記名義人の承諾の有無により、真実の所有者の意思に基づいて表示された所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はないからである」

「民法九四条二項にいう第三者とは、虚偽の意思表示の当事者またはその一般承継人以外の者であつて、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至つた者をいい（最判昭 42.6.29 参照）、虚偽表示の相手方との間で右表示の目的につき直接取引関係に立つた者のみならず、その者からの転得者もまた右条項にいう第三者にあたる……同条項を類推適用する場合においても、これと解釈を異にすべき理由はな」い

- ・善意の第三者は登記なくして虚偽表示の真の所有者に対抗できる（対抗関係ではない）

※真の所有者→登記名義人→善意第三者の取引はすべて有効となるから、二重譲渡ではない。

※真の所有者→登記名義人→善意第三者と、真の所有者→別の譲受人は二重譲渡なので、対抗関係。

【最判昭 44.5.27】真の所有者が登記を先に備えても、第三者の登記欠缺を主張できない

民法九四条の目的は「外形を信頼した者の権利を保護し、もつて、取引の安全をはかることにあるから、この目的のためにかような外形を作り出した仮装行為者自身が、一般の取引における当事者に比して不利益を被ることのあるのは、当然の結果」「自ら仮装行為をした者が、かような外形を除去しない間に、善意の第三者がその外形を信頼して取引関係に入つた場合においては、その取引から生ずる物権変動について、登記が第三者に対する対抗要件とされているときでも、右仮装行為者としては、右第三者の登記の欠缺を主張して、該物権変動の効果を否定することはできない」「この理は…民法九四条二項を類推適用すべき場合においても同様」

【最判昭 42.10.31】真の所有者からの譲受人が先に登記すると、善意第三者は対抗できない

善意第三者が登記するより先に、真の所有者が不動産を譲渡し、譲受人が登記名義人を債務者とする処分禁止の仮処分登記を行った場合、善意第三者は対抗できない（経過を精査するため破棄差戻し）

【大判昭 13.12.17】虚偽表示に協力した銀行も、善意第三者に対抗できない

虚偽の預金名義人から預金債権を譲り受けた第三者に対し、虚偽表示の当事者である銀行（真の権利者と通謀していた）は、真の権利者が他の者であることを対抗できない。

- ・虚偽表示の合意がなかった場合、又は合意を撤回した場合でも、外観が残っていれば適用される

【最判昭 45.7.24】登記名義人の承諾の有無によらず第三者を保護（破棄差戻し、全員一致）

「登記名義人の承諾の有無により、真実の所有者の意思に基づいて表示された所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はない」

【最判昭 44.5.27】虚偽表示の通謀を撤回しただけでは第三者が保護される

「所論のような通謀虚偽表示の撤回があつたとしても、虚偽表示の外形をとり除かない限り、右虚偽表示の外形を信じその撤回を知らずに取引した善意の第三者にはこれをもつて対抗しえない」

- ・ 94 条 2 項類推適用の例：虚偽の外観を承認していた場合／自己を介さない移転経過等

＊虚偽の外観を明示または黙示に承認していた場合

【最判昭 45.9.22 民集 24-10-1424】移転登記を知りつつ 4 年以上放置[S43 才 91]

男が妾の実印等を持ちだして所有権移転登記を行い、妾はすぐに気付いたものの登記費用がかかることと男と間もなく結婚したことからそのままにし、さらに男のために根抵当権も設定するのも黙認していた。4 年後に離婚の段になって男が第三者に売却して登記を移転した ⇒ 94 条 2 項類推適用を認める。

「およそ、不動産の所有者が、真実その所有権を移転する意思がないのに、他人と通謀してその者に対する虚構の所有権移転登記を経由したときは、右所有者は、民法九四条二項により、登記名義人に右不動産の所有権を移転していないことをもつて善意の第三者に対抗することをえないが、不実の所有権移転登記の経由が所有者の不知の間に他人の専断によつてされた場合でも、所有者が右不実の登記のされていることを知りながら、これを存続せしめることを明示または黙示に承認していたときは、右九四条二項を類推適用し、所有者は、前記の場合と同じく、その後当該不動産について法律上利害関係を有するに至つた善意の第三者に対して、登記名義人が所有権を取得していないことをもつて対抗することをえない……けだし、不実の登記が真実の所有者の承認のもとに存続せしめられている以上、右承認が登記経由の事前に与えられたか事後に与えられたかによつて、登記による所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護に差等を設けるべき理由はないからである（最判昭 45.4.16 参照）。」

【最判昭 45.4.16 民集 24-4-266】未登記建物で家屋台帳が他人名義[S42 才 1209,1210]

未登記建物の所有者 X が、家屋台帳上養母名義とすることを許容したら、養母が実子 Y 名義で家屋台帳の届出をしたもの。X がそれを放置する間に、Y が所有権保存登記をし、さらに Z のために根抵当権を設定するなどしたもの（X→YZ 所有権確認等本訴、Z→X 建物明渡反訴→本訴認容、反訴棄却／棄却／破棄差戻し）

「およそ、未登記の建物所有者が他人に右建物の所有権を移転する意思がないのにその他人の承諾をえて右建物につきその他人名義の所有権保存登記を経由したときは、建物所有者は、民法九四条二項の類推適用により、登記名義人がその所有権を取得しなかつたことをもつて、善意の第三者に対抗することができない……（最判昭 41.3.18 参照）。そして、このことは、未登記の建物所有者が旧家屋台帳法（昭和二二年法律第三一号）による家屋台帳にその建物が他人の所有名義で登録されていることを知りながら、これを明示または黙示に承認した場合であつても同様に解すべきものである。けだし、未登記の建物については、家屋台帳上の所有名義が、右建物の所有権帰属の外形を表示するものであり、建物所有者が右外形の表示につき事前に承認を与えた場合と事後に承認した場合とで、その外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はないからである」

＊ A→B の買い受けなのに、虚偽表示で A→C の登記をした場合

【最判昭 29.8.20 民集 8-8-1505】直接妾名義に移転登記した場合[S26 才 107]

A から不動産を買受けた X (原告) が、Y (被告：おそらく X 夫の妾) にその所有権を移転する意思がないに拘らず、A から Y 名義に所有権移転登記を受けることを承認し、さらに Y から Z (被告) に移転登記がされた場合

「本件家屋を買受人でない Y 名義に所有権移転登記したことが、X の意思にもとづくものならば、実質においては、X が訴外大村菊蔵から一旦所有権移転登記を受けた後、所有権移転の意思がないに拘らず、Y と通謀して虚偽仮装の所有権移転登記をした場合と何等えらぶところがないわけであるから、民法九四条二項を類推し、X は Y が実体上所有権を取得しなかつたことを以て善意の第三者に対抗し得ない」

「X は、Y に対しては、Y が実体上所有者でないことを主張し得ること勿論であるが、本件家屋が、その後 Y から更に Z に所有権移転登記がなされている……以上、現に登記名義人でない Y に対し、本件家屋が自己の所有であるというだけの理由で所有権移転の登記手続を求めることは許されない。但し、X が現に登記名義人でない Y

に対し、Aとの間になされた所有権取得登記の抹消登記手続を求め得ることは、不動産登記法第一四六条の解釈上明かであるから、Xの真意は右抹消登記手続を求めるにあるかも知れないし、またZの所有権取得登記が抹消される場合を予想し、右抹消により登記名義を回復した暁において、Xに対し所有権移転登記をなすべきこと即ち将来の給付を求める趣旨であるかも知れない。されば、原審はXの訴旨を釈明して、その許否を決すべきであるのに、漫然Yに対する本件移転登記の請求を認容したのは法令の解釈を誤った結果、審理を尽さなかつた違法があるといわなければならない」（建物所有権移転登記請求→棄却／取消認容／破棄差戻し）

（藤田反対）94条2項類推の法理の根拠が不明だし、原審でZはこれを主張していない。後段もZの登記抹消を前提としているから、適法である。上告棄却すべき

＊ Aが原始取得したのに、虚偽表示でB名義の保存登記をした場合

【最判昭 41.3.18 民集 20-3-451】 他人名義の保存登記をした場合[S38 才 157]

未登記の建物の所有者Xが、Aにその所有権を移転する意思がないのに、Aの承諾を得て、右建物についてA名義の所有権保存登記を経由したところ、A→B→Yと売却されたもの（Aは訴外人の妻で、Xが訴外人に頼んで実印等を貸してもらったが、Aが訴外人と不和になり別居して金銭に窮し、売却・横領した）。

「未登記の建物の所有者が、他人に右建物の所有権を移転する意思がないのに、右他人の承諾を得た上、右建物について右他人名義の所有権保存登記を経由したときは、実質において、右建物の所有者が、一旦自己名義の所有権保存登記を経由した後、所有権移転の意思がないのに、右他人と通謀して所有権を移転したかのような虚偽仮装の行為をし、これに基づいて虚偽仮装の所有権移転登記を経由した場合となんら異なるから、民法九四条二項を類推適用して、右建物の所有者は、右他人が実体上右建物の所有権を取得しなかつたことをもつて、善意の第三者に対抗することができない」（A,B,Y 宛登記抹消請求→全部認容→Y 宛のみ取消棄却→棄却）

【最判昭 45.7.24 民集 24-7-1116】 直接二男名義に移転登記した場合[前掲 S40 才 204]

- ・ 動産の取得の場合は即時取得で第三者を保護できる（占有に公信力がある⇔登記はない）

第3款 錯誤（95条）

- ・ 内容：法律行為の要素に錯誤があったとき。

法律行為の要素＝法律行為の主要部分であり、主要部分とは各法律行為において表意者が意思表示の意図しない部分となし、この点につき錯誤がなければ意思表示をしなかったであろうと考えられ、かつ、意思表示をしないことが一般取引の通念に照らし妥当と認められるもの

【大判大 7.10.3】法律行為の要素につき、上記の定義を判示[民録 24-1852]

「民法第九十五条に所謂法律行為の要素とは法律行為の主要部分を指称するものにして法律行為の主要部分とは各箇の法律行為に於て表意者が意思表示の内容の要部と為し若し此点に付き錯誤なかりしせば意思を表示せざるべく且つ表示せざることが一般取引上の通念に照し至当なりと認めらるるものを謂ふ」

- ・ 効果：無効。ただし、表意者重過失の場合、表意者から無効を主張することができない。

※相手方悪意の場合、表意者重過失でも錯誤無効は適用される

※電子消費者契約では、確認画面を用意せず、かつそれが不要である旨消費者が意思表示しない場合は事業者から重過失の抗弁を提出できない（電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律 3条）

【大判大 6.11.8】重過失は普通の知慮を有する者の注意を標準として抽象的に定めるべき

- ・ 要素の錯誤—因果関係と重要性を備えた錯誤であることが要件

①動機の錯誤

②表示行為の錯誤—表示上の錯誤

③表示行為の錯誤—表示行為の意味に関する錯誤

- ・ 動機の錯誤は、表示されて意思表示の内容となっていなければ、原則として要素の錯誤でない

⇒ 相手方の善意無過失、又は取引にあたって要求される誠実性など柔軟な判断

【大判大 3.12.15】動機でも意思表示の内容になっていれば要素の錯誤[民録 20-1101]

「意思表示に於ける錯誤とは内面的効果意思と意思表示の内容たる表示的效果意思との間に於ける不慮の不一致なれば民法第九十五条に所謂法律行為の要素の錯誤も亦意思表示の内容に存せざるべからざるは当然なりと雖意思表示の内容なるものは抽象的に一定するものにあらざりて各箇の具体的表示に依り夫々定まるものなれば同一の事実は具体的表示の有無に依り或は意思表示の内容なることあり或は意思表示の内容ならざることあるものとす。従て通常意思表示の縁由に属すべき事実と雖表意者が之を以て意思表示の内容に加ふる意思を明示又は黙示したるときは意思表示の内容を組成するものにして目的物の価額の如きも亦意思表示の内容を成すことあるものと謂はざるべからず」

【大判大 6.2.24】受胎馬錯誤事件：意思表示の内容であるとして錯誤無効を認める

受胎能力に欠ける駄馬を、受胎した良馬と誤認して購入した事案。意思表示の内容になっていると認めた。

【大判昭 9.5.4】主債務者空欄の保証契約で、別人を主債務者とされた場合、錯誤と認められる主債務者の氏名が空欄の借用証書に保証人として署名捺印したが、意図したのと別人が主債務者とされた事案。

【最判昭 32.12.19】他に連帯保証人があるとの債務者の言を信じて要素の錯誤ではない

「保証契約は、保証人と債権者との間に成立する契約であつて、他に連帯保証人があるかどうかは、通常は保証契約をなす単なる縁由にすぎず、当然にはその保証契約の内容となるものではない」

【最判平 14.7.11】保証債務の主債務が詐欺的行為であれば、要素の錯誤と認められる

リース契約で機材を購入する連帯保証人となった者が、実際は運転資金調達のための空クレジットであることを知らなかったとして、連帯保証債務の履行を求めた信販会社の訴えに上告した事案 ⇒ 売買契約が伴う場合と空クレジットでは、主債務者の信用に違いがあるとして破棄自判、保証債務の錯誤無効を認める。

【最判平 16.7.8】株式を5分の1以下の価額で売却した事案で錯誤無効を認める

純資産 10 億円の非上場企業の全株式の 50%ずつを有する母子が、資産管理を委託していた A の相続税対策の勧めで、A が全株式を有する会社にこの株を各 1 億円で売却したが、その後この母子が株主としてふるまったため、A が株主総会の決議不存在確認請求の訴えを提起し、母子側が株主権存在確認請求を反訴請求した事案 ⇒ A による詐欺又は錯誤無効を指摘し破棄差戻し

- ・ 第三者からの錯誤無効主張…表意者重過失又は錯誤無効を主張する意思がない場合は不可
※債権者が債権を保全する必要があつて、かつ表意者が錯誤を認めている場合は認められる。
←要件は債権保全の必要性のみとする説（多数説）あり

【最判昭 40.6.4】表意者に重過失があつた事案で、第三者の錯誤無効主張を認めず

国が土地を売却する際、重過失の錯誤があり、無権限で建物を所有する者が、譲受人から立ち退きを迫られたために錯誤無効を主張した事案。国に債権があるとして債権者代位行使を主張（債権の存在も認められず）。

「法律行為の要素に錯誤があつた場合に、その表意者を保護するために無効を主張することができるとしているが、表意者に重過失ある場合は、もはや表意者を保護する必要があるから、同条但書によつて、表意者は無効を主張できないものとしている…表意者が無効を主張することが許されない以上、表意者でない相手方又は第三者は、無効を主張することを許さるべき理由がないから、これが無効の主張はできない」

【最判昭 40.9.10】表意者が錯誤無効を主張しない事案で、第三者の錯誤無効主張を認めず

「民法九五条の律意は瑕疵ある意思表示をした当事者を保護しようとするにあるから、表意者自身において、その意思表示に何らの瑕疵も認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないにもかかわらず、第三者において錯誤に基づく意思表示の無効を主張することは、原則として許されない」

【最判昭 45.3.26 民集 24-3-151】贋作の油絵代金返還請求で第三者の錯誤無効主張を認める

真作である点保証していた A から油絵を購入した B が、C に転売したが、贋作と判明した事案。B の無資力のため、C は債権者代位で A に代金返還を請求した。

「第三者において表意者に対する債権を保全するため必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がなくとも、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」

- ・ 共通錯誤：相手方も錯誤に陥っていた場合、表意者重過失でも無効が主張できる。
∴相手方も錯誤に陥っており、但書で契約を有効にして保護すべき正当な利益がない
- ・ 善意の第三者の保護：無効主張前は 96 条 3 項類推、主張後は 94 条 2 項類推適用で保護する

第4款 詐欺又は強迫（96条）

- ・ 内容：詐欺又は強迫による意思表示。

※詐欺＝欺罔行為＋表意者の錯誤の意思表示（要素の錯誤でなくてもよい）＋その間の因果関係＋詐欺の故意
欺罔行為は取引上の信義則に反するものでなければならず、積極的作為でなくとも詐欺となりうる

※強迫＝目的・手段の不当性、なお、完全に選択の自由を失っていた場合は意思表示自体が当然無効。

【大判昭 16.11.18】沈黙も信義則上相手方に告知する義務がある場合は詐欺行為になる

【最判昭 33.7.1】強迫は主観的で足り、完全に意思の自由を失えば当然無効となる

「強迫ないし畏怖については、明示若しくは暗黙に告知せられる害悪が客観的に重大なると軽微なるとを問わず、苟くもこれにより表意者において畏怖した事実があり且右畏怖の結果意思表示をしたという関係が主観的に存すれば足りる」「完全に意思の自由を失った場合はむしろその意思表示は当然無効であり、民法九六条適用の余地はないのである」

- ・ 効果：取消しうる（1項）。第三者詐欺は相手方悪意に限る（2項）、詐欺の場合、善意の第三者に対抗できない（3項） ※善意の第三者とは、「詐欺の事実を知らないで、取消し前に詐欺による法律関係に基づいて取得された権利について、新たな利害関係に入った者」

第三者である【最判昭 49.9.26】詐欺により売買された建物を取消し前の賃借した者

第三者でない【大判明 33.5.7】第1順位抵当権が債務者の詐欺で放棄された第2順位抵当権者

【大判昭 7.8.9】連帯債務者の代物弁済が詐欺取消となった他の連帯債務者

- ・ 96条3項の援用をする第三者は、登記又はそれに準じた権利確保の手続きを行う必要がある
⇔登記等はまったく不要であるとの解釈と対立（次の判例の解釈）

※農地法により知事の許可前は所有権移転登記ができない場合、仮登記だけでも認められる。

【最判昭 49.9.26 民集 28-6-1213】善意の第三者の登記の必要性

農地を担保として譲受した善意の第三者が、仮登記移転の附記登記を備えたのち、詐欺取消しとなった事案。

「第三者の範囲は…必ずしも、所有権その他の物権の転得者で、かつ、これにつき対抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い。」

- ・ 取消し後の相手方からの譲受人は、取り消した表意者と対抗関係に立つ：判例

※登記を放置したため、虚偽表示 94条2項類推で保護する：有力説（登記不要となる）

【大判昭 17.9.30】【最判昭 32.6.7】取消し後の所有権の復帰と譲渡は二重譲渡で対抗関係

第5款 まとめ・その他（97～98条の2）

	区分	表意者	相手方	第三者	効果
心裡留保	原則	（心裡）	（善意）	－	有効
	但書	（心裡）	悪意／過失	－	無効
	類推	（心裡）	善意／悪意	善意	有効 ※94条2項類推
虚偽表示	原則	（心裡）	（同意）	－	無効
	二項	（心裡）	（同意）	善意	有効 ※第三者が有効を主張する場合。
	類推	（心裡）	同意無	善意	有効 ※相手方との関係は心裡留保（善意）
強迫	原則	（心裡）	（悪意）	－	取消
	〃	（心裡）	（悪意）	悪意	取消
	三項	（心裡）	（悪意）	善意	取消 ※善意第三者保護は詐欺のみ
錯誤	二項	（心裡）	善意／悪意	強迫	取消 ※第三者強迫でも取消し可能
	原則	（錯誤）	（善意）	－	無効 ※要素の錯誤であること
	但書	重過失	（善意）	－	有効
	例外	過失不問	悪意	－	無効
	〃	過失不問	錯誤	－	無効 ※共通錯誤
	類推	（錯誤）	不問	善意	有効 ※第三者保護のため96条3項類推
詐欺	原則	（錯誤）	（悪意）	－	取消
	〃	（錯誤）	（悪意）	（悪意）	取消
	三項	（錯誤）	（悪意）	善意	有効
	二項	（錯誤）	善意	詐欺	有効 ※第三者詐欺
	例外	（錯誤）	悪意	詐欺	取消 ※第三者詐欺

2. 隔地者に対する意思表示（97条）

- ・効力発生時点：通知が相手方に到達した時（1項）
- ・通知後、到達前に死亡又は行為能力喪失があっても効力を妨げられない（2項）

【最判昭 43.12.17 民集 22-13-2998】到達の意義[S41 才 743]

「隔地者間の意思表示またはこれに準ずべき通知は、相手方に到達することによつてその効力を生ずべきものであるところ、右にいう到達とは、相手方によつて直接受領され、または了知されることを要するものではなく、意思表示または通知を記載した書面が、それらの者のいわゆる支配圏内におかれることをもつて足りるものと解すべきである（最判昭 36.4.20=S33 才 315 参照）」（電話契約申込時に、事務所住所で届出、事務所（ただし、被告との関係不明）で使用があったが料金未払い解除、訴訟で契約解除通知等が自宅に届いておらず到達していないと主張したもの。電話料金請求：認容／棄却）

【最判昭 36.4.20 民集 15-4-774】到達の意義[S33 才 315]

「隔地者間の意思表示に準ずべき右催告は民法九七条により浪速自動車に到達することによつてその効力を生ずべき筋合のものであり、ここに到達とは右会社の代表取締役であつた厨子与三ないしは同人から受領の権限を付与されていた者によつて受領され或は了知されることを要するの謂ではなく、それらの者にとつて了知可能の状態におかれたことを意味するものと解すべく、換言すれば意思表示の書面がそれらの者のいわゆる勢力範囲（支配圏）内におかれることを以て足りるものと解すべきところ……浪速自動車の事務室においてその代表取締役であつた厨子与三の娘である厨子富美枝に手交され且つ同人において阪本康の持参した送達簿に厨子与三の机の上に在つた同人の印を押して受取り、これを右机の抽斗に入れておいたというのであるから、この事態の推移にかんがみれば、厨子富美枝はたまたま右事務室に居合わせた者で、右催告書を受領する権限もなく、その内容も知らず且つ浪速自動車の社員らに何ら告げることがなかつたとしても、右催告書は厨子与三の勢力範囲に入つたもの、すなわち同人の了知可能の状態におかれたものと認めていささかも妨げなく、従つてこのような場合こそは民法九七条にいう到達があつたものと解する」（建物収去土地明渡請求：認容／取消棄却／破棄差戻し）

【最判平 10.6.11 民集 52-4-1034】不在配達通知書による到達の肯定例[H9 才 685]

「隔地者に対する意思表示は、相手方に到達することによってその効力を生ずるものであるところ（民法九七条一項）、右にいう「到達」とは、意思表示を記載した書面が相手方によって直接受領され、又は了知されることを要するものではなく、これが相手方の了知可能な状態に置かれることをもって足りる（最判昭 36.4.20 参照）」

「本件当時における郵便実務の取扱いは、（１）内容証明郵便の受取人が不在で配達できなかった場合には、不在配達通知書を作成し、郵便受箱、郵便差入口その他適宜の箇所に差し入れる、（２）不在配達通知書には、郵便物の差出人名、配達日時、留置期限、郵便物の種類（普通、速達、現金書留、その他の書留等）等を記入する、（３）受取人としては、自ら郵便局に赴いて受領するほか、配達希望日、配達場所（自宅、近所、勤務先等）を指定するなど、郵便物の受取方法を選択し得る、（４）原則として、最初の配達の日から七日以内に配達も交付もできないものは、その期間経過後に差出人に還付する、というものであった」「被上告人は、不在配達通知書の記載により、小川弁護士から書留郵便（本件内容証明郵便）が送付されたことを知り……その内容が本件遺産分割に関するものではないかと推測していたというのであり、さらに、この間弁護士を訪れて遺留分減殺について説明を受けていた等の事情が存することを考慮すると、被上告人としては、本件内容証明郵便の内容が遺留分減殺の意思表示又は少なくともこれを含む遺産分割協議の申入れであることを十分に推知することができた……被上告人は、本件当時、長期間の不在、その他郵便物を受領し得ない客観的状況にあったものではなく、その主張するように仕事で多忙であったとしても、受領の意思があれば、郵便物の受取方法を指定することによって……さしたる労力、困難を伴うことなく本件内容証明郵便を受領することができた……そうすると、本件内容証明郵便の内容である遺留分減殺の意思表示は、社会通念上、被上告人の了知可能な状態に置かれ、遅くとも留置期間が満了した時点で被上告人に到達したものと認めるのが相当」（遺留分減殺等：棄却／破棄差戻し）

3. 公示による意思表示（98 条）

- ・ 要件：表意者が相手方又はその所在を知ることができないとき（1 項）
- ・ 方法：民訴法により裁判所の掲示場に掲示、かつ官報掲載又は市区町村役場等での掲示（2 項）
- ・ 管轄：表意者（相手方不明）又は相手方の最後（相手方所在不明）の住所地の簡裁（4 項）
- ・ 効力発生時点：最後の官報掲載日又は役場等での掲示開始日から二週間経過した時（3 項）
但し、相手方不明又は相手方所在不明につき、表意者の過失があれば到達の効力を生じない。
- ・ 費用負担：表意者に公示費用を予納させる（5 項）

4. 意思表示の受領能力（98 条の 2）

- ・ 意思表示の相手方が未成年又は成年被後見人の場合、その意思表示をもって相手方に対抗できない。但し、法定代理人が意思表示を知った後は、この限りでない。

第3節 代理 (99~118 条)

第1款 代理行為 (99-101,108 条)

1. 代理行為の要件及び効果 (99 条)

- ・ 能動代理：代理人が権限内において、本人のためにすることを示してする（顕名）意思表示
受動代理：第三者が代理人に対してした意思表示に準用（2 項）

【大判大 9.4.27】【大判昭 5.8.4】 代理人が代理意思で本人の名のみを示した場合も顕名

- ・ 効果：本人に対して直接にその効力を生ずる
- ・ 授權行為たる委任契約が取消された場合でも、代理権そのものは遡及的に消滅することはない

2. 本人のためにすることを示さない意思表示 (100 条)

- ・ 代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のためにしたものみなす。
- ・ 相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、または知ることができたときは、代理となる

3. 代理行為の瑕疵 (101 条)

- ・ 意思表示の瑕疵（心裡留保、詐欺、強迫等や知不知の過失等）の有無は、代理人について決する。

【最判昭 47.11.21】 法人の代表機関が代理人を用いた場合、その代理人で判断する

空調設備の所有権留保につき被告会社の代表取締役は善意だから、引渡義務なしとした原審に対し、取引に関与した専務取締役が代理人であった場合は、専務取締役につき決すべきとして、破棄差戻し。

【最判昭 30.5.13】 使用人が法人の目的外の行為につき悪意なのは法人の悪意の基準ではない

法人の目的外の行為について、そもそも使用人は代理権を有しないから、101 条は適用されない。支所長事務取扱（使用人）が目的外行為と知りつつした契約に伴う金員の受領（振込）の不当利得返還請求につき、使用人悪意をもって法人悪意と判断するのは誤りとして破棄差戻し。

【大判明 39.3.31】 代理人が詐欺をした場合、本人善意でも詐欺取消しの対象である

- ・ 代理人が本人の指図に従った場合、本人は自ら知っており、代理人が知らなかった事情や自らが知らなかったことに過失がある事情は主張できない。

※この「本人の指図」は、本人悪意の場合は代理人への通知義務も含め広く解される。

4. 自己契約及び双方代理の原則禁止 (108 条)

- ・ 同一の法律行為につき、自己契約（相手方の代理人となる）、双方代理（当事者方法の代理人となる）は原則禁止。債務の履行とあらかじめ本人が許諾した行為は例外。

【最判平 16.7.13】 自己契約・双方代理は無権代理として扱われ追認可能

名古屋市のデザイン博の残余財産を市が購入するに当たり、デザイン博実行のための協会（財団法人）の長が市長であり、双方代理であるとして市民から無効を訴えられたもの。双方代理とし、議会による追認を認めた。

- ・ 利益相反がない場合（予めなすことが決まっていて利益変動が新たにない場合など）も可

【最判昭 26.6.1】【最判昭 45.3.24】 既成の契約の公正証書作成では双方代理でも構わない

いずれも、消費貸借・連帯保証契約の公正証書作成が自己契約・双方代理で、執行約款の有効性を争ったもの

【大判昭 7.6.6】 家主に借家人の代理人を選任することを予め委任する契約は無効

賃貸借契約締結時に、家主と紛争を生じた際の借家人の代理人の選任を予め家主に委任する契約は無効。

第2款 代理人・復代理人と代理権（102-107条）

1. 代理人は行為能力者でなくてもよい（102条） ※意思能力は必要
2. 権限の定めのない代理人の権限は「保存行為」と「代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為」（103条）
3. 復代理人の選任（104,106条）
 - ・ 任意代理人：本人許諾かやむを得ない場合に限る（104条）
 - ・ 法定代理人：自己の責任で選任できる（106条）
4. 復代理人を選任した代理人の責任（105,106条）
 - ・ 法定：過失の有無等に関わらず、すべての責任を負う
 - ・ 任意・やむを得ない場合の法定：選任及び監督について本人に対して責任を負う（105条1項）
 - ・ 本人の指名による場合：責任を負わない。但し、復代理人が不適任又は不誠実であると知りつつ、本人に通知し又は解任することを怠った場合はこの限りでない（2項）
5. 復代理人の権限（107条）
 - ・ その権限内の行為について、本人を代表する（1項）。 ※復代理人であることは示す必要がない
 - ・ 本人と第三者に対し、代理人と同一の権利を有し、義務を負う（2項）

【大判明 44.28】復代理人を選任しても、代理人の代理権は消滅しない

【最判昭 51.4.9】復代理人の受領物引渡義務は本人又は代理人に引き渡せば果たせる

復復代理人→復代理人→代理人と受領した金員が引き渡されたが、本人まで行かず、復復代理人を訴えた事案。

「復代理人が委任事務を処理するに当たり金銭等を受領したときは、復代理人は、特別の事情がないかぎり、本人に対して受領物を引渡す義務を負うほか、代理人に対してもこれを引渡す義務を負い、もし復代理人において代理人にこれを引渡したときは、代理人に対する受領物引渡義務は消滅し、それとともに、本人に対する受領物引渡義務もまた消滅する」

6. 代理権の消滅（111条）
 - ・ 本人死亡、代理人死亡・破産手続開始・後見開始、委任契約の終了が消滅事由。
 - 【最判昭 28.4.23】【最判昭 31.6.1】契約で本人死亡後も代理権を継続できる
 - 出征し戦死した本人が「後事一切」を身内に託した事例で、戦死日以後の契約の有効性が争われたもの
7. 代理権濫用…代理権の範疇で、自己又は第三者の利益を図るような場合
 - ・ 本人の意思と異なった意思表示であるから、心裡留保で相手方善意無過失の場合に有効（判例）
無権代理とすると、相手方に「正当な理由」の証明義務が負われ、信義則違反とすると相手方悪意又は重過失の場合に限り無効となる（いずれも少数）

【大判昭 14.12.6】代理人と相手方が虚偽表示をした場合、相手方の心裡留保となる

代理人に虚偽表示をする権限はない以上、代理人は使者であり、相手方は本人に対して自己の真意と異なる意思表示をした心裡留保になるので、原則有効、本人悪意又は過失で無効となる。

【最判昭 42.4.20】民法 93 条（心裡留保）を類推し委任者を免責

製菓原料店の主任が代理権の範囲内で購入し、横流しした分の契約代金を請求できるかどうかの事案 ⇒ 心裡留保を類推し、原則有効だが、販売側支配人が代理人の権限濫用につき悪意と認めて請求を認めず。（信義則違反で構成すべき（結論同じ）、との少数意見あり）

【最判平 4.12.10 民集 46-9-2727】利益相反行為と代理権濫用

母が子の不動産に義弟の会社の根抵当権を設定したため、成年に達した子が抹消を求めた事案 ⇒ 第三者の担保に供する行為は、特段の事情がなければ代理権の濫用に当たらず、心裡留保を適用するまでもなく不認容

「親権者が右権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が右濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法九三条ただし書の規定を類推適用して、その行為の効果は子には及ばないと解する」

第3款 表見代理（109-112条）

1. 表見代理（109-112条）…本人が責任を負う。使者等にも類推適用される。

- ・表見代理成立の3パターン

【大判大 2.6.26】基本代理権等が全くない場合は表見代理が成立しない

- ①第三者に対して他人に代理権を与えた旨を（虚偽で）表示した場合（109条）

※第三者が無権代理であることに悪意又は有過失の場合を除く、

【最判昭 41.4.22】代理権授与表示者は第三者の悪意又は過失を主張立証して責任を免れ得る

- ②代理人が権限外の行為をし、第三者に権限があると信ずべき正当な理由がある場合（110条）

- ③代理権の消滅につき善意無過失の第三者と（元）代理人がした行為（112条）

2. ①代理権授与の表示による表見代理（109条）…代理権授与は緩やかに解される

- ・自分の名前や商号を使用することを許した場合にも適用

【最判昭 35.10.21 民集 14-12-2661】東京地裁厚生部事件(§109 類推?) [S31 才 835]

職員の生活物資購入配給運動を行う互助活動に「東京地方裁判所厚生部」の名称の使用を許し、公印や裁判所の用紙の流用が行われていた事案で、表見代理の成立を否定した原審を破棄、差戻し。

「およそ、一般に、他人に自己の名称、商号等の使用を許し、もしくはその者が自己のために取引する権限ある旨を表示し、もつてその他人のする取引が自己の取引なるかの如く見える外形を作り出した者は、この外形を信頼して取引した第三者に対し、自ら責に任ずべきであつて、このことは、民法一〇九条、商法二三条等の法理に照らし、これを是認することができる……東京地方裁判所当局が、「厚生部」の事業の継続処理を認めた以上、これにより、東京地方裁判所は、「厚生部」のする取引が自己の取引なるかの如く見える外形を作り出したものと認めるべきであり、若し、「厚生部」の取引の相手方である上诉人が善意無過失でその外形に信頼したものとすれば、同裁判所は上诉人に対し本件取引につき自ら責に任ずべき……もつとも、公務員の権限は、法令によって定められているのであり、国民はこれを知る義務を負うものであるから、表見代理等の法規を類推適用して官庁自体の責を問うべき余地はないとの見解をとる者なきを保し難いが、官庁といえども経済活動をしないわけではなく、そして、右の法理は、取引の安全のために善意の相手方を保護しようとするものであるから、官庁のなす経済活動の範囲においては、善意の相手方を保護すべき必要は、一般の経済取引の場合と少しも異なるところはないといわなければならない、現に当裁判所においても、村長の借入金受領行為につき、民法一一〇条の類推適用を認めた判例が存するのである（最判昭 34.7.14 参照）」

- ・白紙委任状の交付は代理権授与と認められることが多い

【最判昭 41.4.22】（白紙委任状は代理権授与だが相手方有过失、棄却、全員一致）

抵当権設定を委任したところ、受任者が白紙委任状を他人に渡し、その他人が自身の債務を担保する根抵当権設定登記をしたことの無効が争われた事案。代理人欄も委任事項欄も白紙の委任状を交付したことが代理権授与と認められたが、相手方が債務者に資産がなく、債務者と本人の関係も知らず、本人も直接知らないにもかかわらず、債務者の代理権の有無を確認しなかった相手方に過失ありとして根抵当権は無効となった。

「民法一〇九条にいう代理権授与表示者は、代理行為の相手方の悪意または過失を主張、立証することにより、同条所定の責任を免れることができる」⇒改正で明確化

【最判昭 39.5.23 民集 18-4-621】白紙委任状を転得者が濫用した場合[S38 才 789]

白紙委任状等を交付したが、それを受領者がさらに第三者に交付し、この第三者が勝手に自己のための根抵当権設定登記を受けたもの。事前に白紙委任状を誰が使ってもよい、とした場合を別として、この第三者への代理権授与とは認められないため、表見代理も成立しない。

「不動産所有者がその所有不動産の所有権移転、抵当権設定等の登記手続に必要な権利証、白紙委任状、印鑑証

明書を特定人に交付した場合においても、右の者が右書類を利用し、自ら不動産所有者の代理人として任意の第三者とその不動産処分に関する契約を締結したときと異り、本件の場合のように、右登記書類の交付を受けた者がさらにこれを第三者に交付し、その第三者において右登記書類を利用し、不動産所有者の代理人として他の第三者と不動産処分に関する契約を締結したときに、必ずしも§109の所論要件事実が具備するとはいえない。ただし、不動産登記手続に要する前記の書類は、これを交付した者よりさらに第三者に交付され、転輾流通することを常態とするものではないから、不動産所有者は、前記の書類を直接交付を受けた者において濫用した場合や、とくに前記の書類を何人において行使しても差し支えない趣旨で交付した場合は格別、右書類中の委任状の受任者名義が白地であるからといつて当然にその者よりさらに交付を受けた第三者がこれを濫用した場合にまで§109に該当するものとして、濫用者による契約の効果を甘受しなければならないものではないからである」

【最判昭 42.11.10 民集 21-9-2417】白紙委任状等で代理権授与肯定[S42 才 264]

「上告人は訴外鎌田実から、同人が訴外林容史一を通じて他から融資を得るについて保証して欲しい旨依頼されてこれを承諾したこと、そこで上告人は、右保証人となることなどについて、林容史一または同人の委任する第三者に代理権を与える目的で、自己の白紙委任状（内容が記載されていないもの。）および印鑑証明書などを林容史一に交付したこと、しかし、右林容史一を通じての融資が不成功に終わったので、鎌田実が、林容史一から右委任状などの返還を受け、被上告人との間に本件消費貸借契約を締結するにあたり、被上告人に対し右上告人の白紙委任状、印鑑証明書などを交付し、自ら上告人の代理人として本件連帯保証契約を締結したことを適法に確定しているのであり、右事実関係によれば、上告人は被上告人に対し、鎌田実に右代理権を与えた旨を表示したものと解するのが相当」（請求異議本訴・貸金請求反訴→両認容→原告控訴：棄却→棄却）

3. ②代理権踰越による表見代理（110条）… 基本代理権が存在しなければならない

- ・手形発行の事務を代行する場合など、代理でなくてもよい（基本権限、通説）⇔判例は認めない

【大判昭 5.2.12】基本代理権と表見代理の代理権は異質・無関係であってもよい

【最判昭 35.2.19 民集 14-2-250】基本代理権：事実行為(否定) [S32 才 303]

金を集めて高利で貸していた株式会社の勧誘員 Y が病身で、勧誘という事実行為を代行していた長男が、契約時に父 Y を保証人としたが、株式会社が倒産し、契約相手 X が父に保証契約に基づいて返金を要求したもの

「勧誘それ自体は、論旨の指摘するごとく、事実行為であつて法律行為ではないのであるから、他に特段の事由の認められないかぎり、右事実をもつて直ちに篤が上告人を代理する権限を有していたものということはできない」（貸金請求：棄却→認容→破棄差戻し、藤田反対あり(事実行為でもよい)）

- ・法定代理は基本代理権に含まれる（通説・判例）⇔異説あり

【大連判昭 17.5.20】法定代理は基本代理権に含まれる

【最判昭 44.12.18】（夫婦間には代理権があるが日常家事の範囲内のみ、棄却、全員一致）

夫が妻の土地を勝手に債権者に売却し、それを知った妻が離婚するとともに土地の返還を求めた事案 ⇒ 夫婦間には日常家事についての代理権があるが、それは日常家事の範疇と信じることにつき正当な理由がある場合のみ 110 条を類推適用すれば足りるとして、土地の売買では不適用とした。

「民法七六一条は…その実質においては…夫婦は相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することを規定している」「夫婦の一方が右のような日常の家事に関する代理権の範囲を越えて第三者と法律行為をした場合においては、その代理権の存在を基礎として広く一般的に民法一一〇条所定の表見代理の成立を肯定することは、夫婦の財産的独立をそこなうおそれがあつて、相当でないから…当該越権行為の相手方である第三者においてその行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときにかぎり、民法一一〇条の趣旨を類推適用して、その第三者の保護をはかれば足りる」

- ・公法上の行為の代理権は基本代理権とはならないが、私法上の行為の一環であればなる

【最判昭 39.4.2】（印鑑証明書下付申請手続代理は基本代理権とならない、棄却、全員一致）

印鑑証明書下付申請手続を依頼された代理人が、勝手に唯一の財産である住居に抵当権を設定した事案

「基本代理権は、私法上の行為についての代理権であることを要し、公法上の行為についての代理権はこれに当らない」

【最判昭 46.6.3 民集 25-4-455】所有権移転登記手続代理は基本代理権たりうる[S45 才 305]

土地の所有権移転登記手続をするために預かった実印等を用いて、勝手に連帯保証契約と抵当権を設定した事案。原審は登記は公法上の行為であるとして請求棄却 ⇒ 特定の私法上の取引行為の一環であれば、公法上の行為であっても、基本代理権となりうるとして破棄差戻し。

「特定の私法上の取引行為の一環としてなされるものであるときは…その行為の私法上の作用を看過することはできない」「受任者の権限の外観に対する第三者の信頼を保護する必要があることは、委任者が一般の私法上の行為の代理権を与えた場合におけると異なるところがない」「その登記申請行為が本件のように私法上の契約による義務の履行のためになされるものであるときは、その権限を基本代理権として、右第三者との間の行為につき民法一一〇条を適用し、表見代理の成立を認めることを妨げない」

- ・ 109 条の表見代理が成立し、それを基本代理権に 110 条が成立することもある

【最判昭 45.7.28 民集 24-7-1203】白紙委任状が行ったり来たりした事案[S44 才 174]

白紙委任状を相手方の代理人に交付し、それが相手方に渡ってさらに代理人に戻り、相手方との売買契約のほが本人と第三者の山林交換契約を勝手に締結された事案で、白紙委任状により、代理権授与表示の表見代理が成立し、これを基本代理権に権限踰越の表見代理が成立するとして契約を無効とした原審を破棄差戻し

「被上告人は、本件山林の所有権移転登記手続のため右各書類を山中の代理人馬渡に交付し、馬渡は、これを山中に交付したが、山中は、ふたたび馬渡を代理人とし、同人に右各書類を交付して同人をして上告人兩名との間に本件山林と上告人兩名共有の山林の交換に当らせ、馬渡は、上告人兩名の代理人国義に対し、被上告人から何ら代理権を授与されていないにもかかわらず、右各書類を示して被上告人の代理人のごとく装い、契約の相手方を被上告人と誤信した国義との間に本件交換契約を締結するに至つたというのであつて、なるほど、右各書類は被上告人から馬渡に、馬渡から山中に、そしてさらに、山中から馬渡に順次交付されてはいるが、馬渡は、被上告人から右各書類を直接交付され、また、山中は、馬渡から右各書類の交付を受けることを予定されていたもので、いずれも被上告人から信頼を受けた特定他人であつて、たとひ右各書類が山中からさらに馬渡に交付されても、右書類の授受は、被上告人にとって特定他人である同人ら間で前記のような経緯のもとになされたものにすぎないのであるから、馬渡において、右各書類を国義に示して被上告人の代理人として本件交換契約を締結した以上、被上告人は、国義に対し馬渡に本件山林売渡の代理権を与えた旨を表示したものであるべきであつて、上告人側において馬渡に本件交換契約につき代理権があると信じ、かく信ずべき正当の事由があるならば、民法一一〇九条、一一〇条によつて本件交換契約につきその責に任ずべきものである」

- ・ 正当理由の認定基準…本人の作為・不作為、過失の有無は無関係

【最判昭 28.12.3】正当理由は本人の作為・不作為に基づくものであるを要しない

【最判昭 34.2.5】正当理由に本人の過失あることを要件とはしない

- * 不動産取引…価額が大きく、本人の不利益も大きいので慎重になされる
- * 保証契約…金額や期間により本人に不利なほど、相手方（特に金融機関）に調査義務が生じる
- * 実印や権利証の所持…認められやすいが、家族のときは簡単には正当理由とならない
- ・ 印鑑証明：原則は正当理由となるが、特段の事情があれば調査義務が生ずる

【最判昭 51.6.25 民集 30-6-665】正当理由の判断[S50 才 978]

代金支払い条件に違背した電気製品の販売会社の債務者が保証人を要求され、妻の叔父の実印・印鑑証明書を付して根保証契約書を作成し、差し入れたものの、実は社員寮のための借家契約のために借りた実印等であつた。

「このように、代理人が本人から与えられた権限を越えていわゆる署名代理の方法により本人名義の契約書を作成したうえ、これを相手方に差し入れることにより本人のために契約を締結した場合であつても、相手方において右契約書の作成及び右契約の締結が本人の意思に基づくものであると信じたときは、代理人の代理権限を信じたものというには適切ではないが、その信賴が取引上保護に値する点においては代理人の代理権限を信じた場合と異なるところはないから、右のように信じたことについて正当な理由がある限り、民法一一〇条の規定を類推適用して、本人がその責に任ずるもの…（最判昭 39.9.15、同 44.12.19 参照）、所論……印鑑証明書が日常取引において実印による行為について行為者の意思確認の手段として重要な機能を果たしていることは否定することができず、被上告人会社としては、上告人の保証意思の確認のため印鑑証明書を徴したのである以上は、特段の事情のない限り、前記のように信じたことにつき正当な理由があるというべきである」「（一）被上告人会社が砂田に対して本件根保証契約の締結を要求したのは、訴外会社との取引開始後日が浅いうえ、訴外会社が代金の決済条件に違約をしたため、取引の継続に不安を感じに至つたからであること、被上告人会社は、当初、砂田に対し同人及び同人の実父（……訴外会社の親会社である砂田製作所の経営者でもあることが窺われる。）に連帯保証をするよう要求したのに、砂田から「父親とは喧嘩をされていて保証人になつてくれないが、自分の妻の父親が保証人になる。」との申入れがあつて、これを了承した（なお、上告人は砂田の妻の父ではなく、妻の伯父にすぎない。）こと、上告人の代理人として本件根保証契約締結の衝にあたつた砂田は右契約によつて利益をうけることとなる訴外会社の代表取締役であることなど、被上告人会社にとつて本件根保証契約の締結における砂田の行為等について疑問を抱いて然るべき事情を認定し、（二）また……本件根保証契約については、保証期間も保証限度額も定められておらず、連帯保証人の責任が比較的重いことが推認されるのであるから、上告人みずからが本件約定書に記名押印をするのを現認したわけでもない被上告人会社としては、単に砂田が持参した上告人の印鑑証明書を徴しただけでは、本件約定書が上告人みずからの意思に基づいて作成され、ひいて本件根保証契約の締結が上告人の意思に基づくものであると信ずるには足りない特段の事情があるというべきであつて、さらに上告人本人に直接照会するなど可能な手段によつてその保証意思の存否を確認すべきであつたのであり、かような手段を講ずることなく、たやすく前記のように信じたとしても、いまだ正当な理由があるといふことはできないといわざるをえない」（約束手形金請求等：認容→破棄差戻し）

- ・ 正当理由は直接の相手方について判断される…手形の所持人ではなく受取人で判断される

【最判昭 36.12.12】手形振出の表見代理は受取人で判断し、所持人の善意無過失は関係ない

「約束手形が代理人によりその権限を踰越して振出された場合、民法一一〇条によりこれを有効とするには、受取人が右代理人に振出の権限あるものと信ずべき正当の理由あるときに限る」

- ・ 代理人が本人としてふるまつた場合 ⇒ 110 条類推適用（本人と信じたことにつき正当理由）

【最判昭 44.12.19】（代理人が本人としてふるまつた場合にも類推適用、棄却、全員一致）

土地を担保に融資を受けようとしたところ、実印等を預かつていた代理人が本人としてふるまって勝手に土地を売却した事案で、本人と信じたことにつき正当な理由があれば 110 条を類推適用するとし、印鑑証明書の生年月日によれば本人より 15 歳も年下の代理人を本人と誤信した相手方に過失ありとして請求棄却。

- ・ 94 条 2 項（虚偽表示）と 110 条（権限踰越表見代理）がセットで用いられる場合

本人に異なつた外観を呈することにつき帰責できるかで判断 → 善意 + 無過失の第三者を保護

【最判昭 43.10.17】（合意以上の虚偽表示があつた事案、破棄差戻し、全員一致）

金融業者から融資を受けるための方便として、虚偽表示で不動産譲渡を受けたことにする売買予約をし、仮登記をするために代理権を得たが、勝手に本登記をし、第三者に転売した事案。原審は第三者の請求を棄却 ⇒ 虚偽表示の一方に権限踰越があつた場合、善意無過失（94 条 2 項は善意のみ）の第三者に対して有効とした。

「仮登記の外観を仮装した者がその外観に基づいてされた本登記を信賴した善意無過失の第三者に対して、責に任ずべきことは、民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請というべき」

【最判昭 45.11.19】（売主が本登記でなく抵当権を登記した事案、破棄差戻し、全員一致）

売主が代金を受領しながら、買主の求めによる仮登記手続の際に、抵当権と仮登記担保を設定する登記手続書類を作成し、買主もこれに押印してしまったのち、売主が別人に土地を譲渡し、転得者が第三者弁済によって担保権登記の抹消を求めたが、買主が受領を拒んだので供託して抹消請求を訴えたもの ⇒ 最判昭 43.10.17 を引用し、権利外観法理から転得者の請求を認容する方向で破棄差戻し。

【最判平 15.6.13】（地目変更と称して勝手に所有権を移転した事案、破棄差戻し、全員一致）

土地の売買契約を結んだが、買主の不動産会社が地目変更のための称し、実印や白紙委任状、権利証を借り受け、代金を払わないままに所有権移転登記をしたもの。原審は 94 条 2 項・110 条類推で善意無過失の第三者への所有権移転を認めたが、最高裁は売主に虚偽表示・表見代理の帰責性が乏しい疑いがあるとして破棄差戻し。

「上告人は、本件土地建物の虚偽の権利の帰属を示す外観の作出につき何ら積極的な関与をしておらず、登記を放置していたとみることもできないのであって、民法 9 条 2 項、110 条の法意に照らしても、本件土地建物の所有権が移転していないことを被上告人らに對抗し得ないとする事情はない」

【最判平 18.2.23 民集 60-2-546】94 条 2 項、110 条の類推適用

土地の虚偽の売買契約書に署名押印したり、権利証を何カ月も預けたりして、結果不動産の所有権移転登記をされてそのまま転売された事案で、所有者があまりに不注意として 94 条 2 項・110 条の類推適用を肯定。

「上告人の余りにも不注意な行為によるものであり、甲によって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについての上告人の帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべき」

4. ③代理権消滅後の表見代理（112 条）

- ・ 条文上、代理権消滅につき善意の第三者は保護され、相手方有过失を除く、となっている。

【大判明 38.12.26】悪意・有过失とも本人側に立証責任を負わせる

- ・ 「代理権の消滅」には法定代理権の消滅も含まれる

【大判昭 2.12.24】代理権の消滅には法定代理権の消滅も含まれる

- ・ 商法 9 条により、登記事項は登記後は第三者は知ったものとみなされる

【最判昭 49.3.22】退任登記後の代表取締役が行った取引に 112 条は適用されない

- ・ 112 条による基本代理権を基礎に 110 条を適用する（実際には、「両条の法意より推論」）
代理権による任務を完了したのち、所持する印鑑等を悪用して権限踰越の行為をする場合など。

【大判昭 19.12.22】112・110 条の法意より推論することでの両条適用を肯定

- ・ 代理権消滅前に取引等の事情がなくても、112 条が適用されることがある

【最判昭 44.7.25】代理権消滅前に取引等がなくても、表見代理は成立しうる

廃止された支店長が、廃止後に支店長の名を騙って取引経過のない相手とした契約が表見代理となるか

「民法一一二条の表見代理が成立するためには、相手方が、代理権の消滅する前に代理人と取引をしたことがあることを要するものではなく、かような事実、同条所定の相手方の善意無過失に関する認定のための一資料となるにとどまるものと解すべき」

第 4 款 無権代理（113-118 条）

1. 無権代理（113,116 条）

- ・ 無権代理の契約は、本人が追認しない限り、本人に対して効力を有しない（113 条 1 項）
- ・ 追認又はその拒絶は、相手方に対してしなければ相手方に対抗できない。但し、相手方がその事実を知ったときはその限りでない（2 項）

- ・追認は、別段の意思表示がない限り契約に遡って効力を生ずる。但し、第三者の権利を害することとはできない（116条）

追認によって二重譲渡となる場合、元の譲渡が常に優先するのではなく、対抗関係に立つ（通説）

【大判昭 5.3.4】116条但書を適用して、無権代理による弁済受領の追認を無効としたもの
無権代理人がAの持つ債権の弁済を受けたが、Aの債権者がこの弁済を無効として債権を差し押さえ、転付命令を得たのち、Aが無権代理による弁済を追認したもの。116条但書によりこの追認を認めなかった。

【最判昭 37.8.10 民集 16-8-1700】他人の権利の処分と追認[S34 才 504]

X長男が勝手に不動産にYのための抵当権を設定したため、Xが抹消請求したもの。Xはのちにこれを知り、Yに対して追認の意思表示をしていた。（抵当権設定登記抹消等：棄却／棄却）

「或る物件につき、なんら権利を有しない者が、これを自己の権利に属するものとして処分した場合において真実の権利者が後日これを追認したときは、無権代理行為の追認に関する民法一一六条の類推適用により、処分の時に遡って効力を生ずるものと解するのを相当とする（大判昭 10.9.10 参照）。」

2. 無権代理の相手方の催告権・取消権（114,115条）

- ・相手方は本人に対して、追認可否の催告できる。確答しないときは追認拒絶とみなす（114条）
- ・相手方は本人が追認するまでの間、取消することができる。ただし、契約の時点で無権代理であることを相手方が知っているときは、この限りではない（115条）

※この取消しは、本人・無権代理人のいずれに対してなしてもよい。

- ## 3. 無権代理人の責任（117条）…相手方は表見代理・無権代理人の責任追及を任意に選択できる
- ・他人の代理人として契約した者は、自己の代理権を証明できず、かつ本人の追認を得ることもできなかったときは、相手方の選択に従い、履行又は損害賠償の責を負う（1項）

【最判昭 32.12.5】損害賠償は信頼損害のみでなく履行に代わるべき損害の賠償責任である

- ・相手方が無権代理につき悪意又は有過失の場合、無権代理人が制限行為能力者の場合は適用しない（2項）

【最判昭 62.7.7 民集 41-5-1133】無権代理と表見代理の主張選択[S60 才 289]

「民法は、過失と重大な過失とを明らかに区別して規定しており、重大な過失を要件とするときは特にその旨を明記しているから（例えば、九五条、四七〇条、六九八条）、単に「過失」と規定している場合には、その明文に反してこれを「重大な過失」と解釈することは、そのように解すべき特段の合理的な理由がある場合を除き、許されないというべきである。そして、同法一一七条による無権代理人の責任は、無権代理人が相手方に対し代理権がある旨を表示し又は自己を代理人であると信じさせるような行為をした事実を責任の根拠として、相手方の保護と取引の安全並びに代理制度の信用保持のために、法律が特別に認めた無過失責任であり、同条二項が「前項ノ規定ハ相手方カ代理権ナキコトヲ知りタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサルシトキハ之ヲ適用セス」と規定しているのは、同条一項が無権代理人に無過失責任という重い責任を負わせたところから、相手方において代理権のないことを知っていたとき若しくはこれを知らなかったことにつき過失があるときは、同条の保護に値しないものとして、無権代理人の免責を認めたものと解されるのであって、その趣旨に徴すると、右の「過失」は重大な過失に限定されるべきものではない……表見代理の成立が認められ、代理行為の法律効果が本人に及ぶことが裁判上確定された場合には、無権代理人の責任を認める余地がないことは明らかであるが、無権代理人の責任をもって表見代理が成立しない場合における補充的な責任すなわち表見代理によっては保護を受けることのできない相手方を救済するための制度であると解すべき根拠はなく、右両者は、互いに独立した制度である……したがって、無権代理人の責任の要件と表見代理の要件がともに存在する場合においても、表見代理の主張をすると否とは相手方の自由であると解すべきであるから、相手方は、表見代理の主張をしないで、直ちに無権代

理人に対し同法一一七条の責任を問うことができる…（最判昭 33.6.17 参照）。そして、表見代理は本来相手方保護のための制度であるから、無権代理人が表見代理の成立要件を主張立証して自己の責任を免れることは、制度本来の趣旨に反するというべきであり、したがって、右の場合、無権代理人は、表見代理が成立することを抗弁として主張することはできないものと解するのが相当である」

4. 無権代理の追完

- ・ 無権代理人が売却した土地を贈与や売買で手に入れた場合 ⇒ 117 条 1 項の履行義務を負う

【最判昭 41.4.26 民集 20-4-826】無権代理人の履行義務を肯定[S38 才 1041]

家屋明渡請求等本訴・所有権移転登記請求反訴→本訴認容・反訴棄却／一部変更（微修正）／破棄差戻し
無権代理人(被告)が不動産を売却した二か月後にその不動産を譲渡され、相手方が 117 条 1 項に基づく履行を請求したもの。被告は代金不払いによる解除を主張したが、原審は売主ではないとして排斥した。

「前記売買契約は、上告人幸子の無権代理行為に基づくもので無効であるが、無権代理人たる同上告人は、民法一一七条の定めるところにより、相手方たる被上告人の選択に従い履行又は損害賠償の責に任ずべく、相手方が履行を選択し無権代理人が前記不動産の所有権を取得するにいたつた場合においては、前記売買契約が無権代理人（同上告人）自身と、相手方（被上告人）との間に成立したと同様の効果を生ずる」

- ・ 無権代理人が本人を相続した場合 ⇒ 無権代理人は信義則から追認拒絶できない

○資格融合説（本人と無権代理人が一体となり、無権代理の主張は不可）

※共同相続の場合、当然に他の相続人と相手方の共有になってしまう。

○資格併存説（本人と無権代理人の資格が併存する）

→完全併存説 ※単独相続であっても、本人の資格で無権代理の主張ができる<判例に反する>

→信義則説 ※無権代理人は信義則上、追認を拒絶できないとする

→追認不可分説（判例）※共同相続人全員が追認しないと追認の効果を生じない

→追認可分説 ※無権代理人の持分の範囲で追認は拒絶できず、持分だけは履行請求できる

【最判昭 40.6.18 民集 19-4-986】相続放棄により単独相続となった場合[S39 才 1267]

他の共同相続人が相続を放棄し、結果として単独相続となった事例。

「無権代理人が本人を相続し本人と代理人との資格が同一人に帰するにいたつた場合においては、本人が自ら法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じたものと解するのが相当であり（大判昭 2.3.22 参照）、この理は、無権代理人が本人の共同相続人の一人であつて他の相続人の相続放棄により単独で本人を相続した場合においても妥当」（土地所有権移転登記抹消登記手続請求→棄却／棄却）

【最判平 5.1.21 民集 47-1-265】無権代理人の本人相続[H4 才 87]

他の共同相続人も追認を拒絶している事例で、無権代理人の共有持分だけの移転登記も認めなかった。反対意見は追認可分説に立ち、無権代理人の共有持分だけの移転を認めるもの。

「無権代理人が本人を他の相続人と共に共同相続した場合において、無権代理行為を追認する権利は、その性質上相続人全員に不可分の帰属するところ、無権代理行為の追認は、本人に対して効力を生じていなかった法律行為を本人に対する関係において有効なものにするという効果を生じさせるものであるから、共同相続人全員が共同してこれを行使しない限り、無権代理行為が有効となるものではない……そうすると、他の共同相続人全員が無権代理行為の追認をしている場合に無権代理人が追認を拒絶することは信義則上許されないとしても、他の共同相続人全員の追認がない限り、無権代理行為は、無権代理人の相続分に相当する部分においても、当然に有効となるものではない」（土地建物所有権移転登記抹消・仮登記抹消請求→認容／棄却／棄却）

（三好反対）「無権代理人は、相手方から、自己の相続分に相当する限度において、その行為の効果を主張された場合には、共同相続人全員の追認がないことを主張して、その効果を否定することは信義則上許されず、この

ように無権代理人において追認がないことを主張し得ない以上、相手方は、追認の事実を主張立証することなくして、無権代理人たる相続人に対して、その相続分に相当する限度において、その行為の効果を主張することができる」

【最判平 5.1.21 民集 47-1-265】資格併存説—信義則説—追認不可分説[S63 オ 1733]

無権代理で連帯保証契約をした事案（貸金請求→棄却／一部認容／破棄自判（控訴棄却））・三好反対あり
前判決の判示同旨＋「無権代理行為が金銭債務の連帯保証契約についてされた場合においても同様である」

【最判平 10.7.17 民集 52-5-1296】本人追認拒絶後の無権代理人による相続[H6 オ 1379]

(本)根抵当権設定登記抹消(反)根抵当権本登記請求、保証債務履行請求→(本)棄却(反)認容→棄却→破棄自判(取消(本)認容(反)棄却)

意思能力を喪失した父を無権代理して連帯保証契約を結んだ無権代理人が死亡し、その妻と子が限定承認で相続したのち（結局、相続財産は債務超過で破産宣告となった）、禁治産審判を受けた父は無権代理人の妻が後見人として代理して、無権代理の追認を拒絶して登記抹消請求の訴えを起こした。訴訟中に父は死亡し、無権代理人の子が代襲相続して訴訟を承継したもの → 生前の本人の追認拒絶があれば、無権代理人がそれを相続しても無権代理が有効となることはなく、また本人の追認拒絶を援用することが信義則に反するともいえないとし、相続した子を勝たせる（意思能力を喪失しているので、表見代理成立の余地もない）

「本人が無権代理行為の追認を拒絶した場合には、その後に無権代理人が本人を相続したとしても、無権代理行為が有効になるものではない……けだし、無権代理人がした行為は、本人がその追認をしなければ本人に対してその効力を生ぜず（民法一一三条一項）、本人が追認を拒絶すれば無権代理行為の効力が本人に及ばないことが確定し、追認拒絶の後には本人であっても追認によって無権代理行為を有効とすることができず、右追認拒絶の後に無権代理人が本人を相続したとしても、右追認拒絶の効果に何ら影響を及ぼすものではないからである。このように解すると、本人が追認拒絶をした後に無権代理人が本人を相続した場合と本人が追認拒絶をする前に無権代理人が本人を相続した場合とで法律効果に相違が生ずることになるが、本人の追認拒絶の有無によって右の相違を生ずることはやむを得ないところであり、相続した無権代理人が本人の追認拒絶の効果を主張することがそれ自体信義則に反するものであるということとはできない」

- ・ 本人が無権代理人を相続した場合 ⇒ 本人が追認拒絶するのは問題ない

※無権代理人の履行義務・損害賠償義務は相続される。ただし、共同相続人としての本人は履行義務を拒め、損害賠償義務のみ（通説、他人物売買の判例と同旨）

【最判昭 37.4.20 民集 16-4-955】本人の無権代理人相続(追認拒絶肯定)

父親が無権代理で不動産を売却したが、父親が亡くなって本人が相続したのち、本人が無権代理を理由に売却を拒んだもの。原審は資格融合説により買主勝訴、最高裁は本人が追認拒絶するのはよいとして破棄差戻し。

「相続人たる本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反するところはないから、被相続人の無権代理行為は一般に本人の相続により当然有効となるものではないと解する」

【最判昭 48.7.3】（無権代理人の履行・損害賠償義務は相続される、破棄差戻し、全員一致）

親が無権代理で結んだ保証契約を相続した本人が拒絶し、債権者が 117 条に基づいて責任を追及した事案 → 無権代理人の損害賠償義務は相続される。

「民法一一七条による無権代理人の債務が相続の対象となることは明らか…本人が無権代理人を相続した場合でも異なるから、本人は相続により無権代理人の右債務を承継する…本人として無権代理行為の追認を拒絶できる地位にあつたからといって右債務を免れることはできない」「共同相続人のうちの一人が本人であるからといって、本人以外の相続人が無権代理人の債務を相続しないとか債務を免れうると解すべき理由はない」

【最判昭 49.9.4】（本人は履行義務を拒否できる（他人物売買の事案）、破棄差戻し、全員一致）

他人物売買の事案で、他人物売買をした親を相続した子に諾否の事由があったとしたもの。

- ・ 無権代理人と本人の両方を相続した場合 ⇒ 先に無権代理人を相続すると拒絶不可 ※異説あり

【最判昭 63.3.1 判時 1312-92】先に無権代理人を相続した場合[S58 オ 1362]

無権代理人の母が先に死亡し、本人である父がその後に死亡した事案。

「無権代理人を本人とともに相続した者がその後更に本人を相続した場合においては、当該相続人は本人の資格で無権代理行為の追認を拒絶する余地はなく、本人が自ら法律行為をしたと同様の法律上の地位ないし効果を生ずる……けだし、無権代理人が本人を相続した場合においては、本人の資格で無権代理行為の追認を拒絶する余地はなく、右のような法律上の地位ないし効果を生ずるものと解すべきものであり（大判昭 2.3.22、最判昭 40.6.18 参照）、このことは、信義則の見地からみても是認すべきものであるところ（最判昭 37.4.20 参照）、無権代理人を相続した者は、無権代理人の法律上の地位を包括的に承継するのであるから、一旦無権代理人を相続した者が、その後本人を相続した場合においても、この理は同様と解すべきであって、自らが無権代理行為をしていないからといって、これを別異に解すべき根拠はなく（大判昭 17.2.25 参照）、更に、無権代理人を相続した者が本人と本人以外の者であった場合においても、本人以外の相続人は、共同相続であるとはいえ、無権代理人の地位を包括的に承継していることに変わりはないから、その後の本人の死亡によって、結局無権代理人の地位を全面的に承継する結果になった以上は、たとえ、同時に本人の地位を承継したものであるとしても、もはや、本人の資格において追認を拒絶する余地はなく、前記の場合と同じく、本人が自ら法律行為をしたと同様の法律上の地位ないし効果を生ずるものと解するのが相当であるからである」

- ・ 無権代理人等が本人の後見人となった場合

【最判昭 47.2.18】後見人となった無権代理人による拒絶を信義則違反で認めず

事実上後見人としてふるまっていた叔父が無権代理で建物を売却し、そののちに未成年後見人に就職した事案で、誰も叔父が後見人としてふるまうことに異議を唱えず、叔父と本人の間に利益相反がないことから、後見人就職と同時に無権代理は有権代理として扱われるとした。

【最判平 6.9.13】（追認拒絶の信義則違反の判断基準を列挙、破棄差戻し、全員一致）

6歳程度の知能水準である本人の長姉が、長年事実上の代理人としてふるまい、本人の所有する建物の賃貸借予約契約を無権代理（本人に意思能力がないため）で締結したが、そののちその建物を借入金の担保として譲渡したため、契約にあった違約金を請求する訴訟を提起したもの。訴訟中に禁治産宣告があり、本人の次姉が後見人となって追認を拒絶した。原審は次姉が契約時に立ち会っていたことから追認拒絶を信義則違反とした ⇒ 信義則違反は「例外的」として、その判断基準を示した上で破棄差戻し。

「禁治産者の後見人が、その就職前に禁治産者の無権代理人によって締結された契約の追認を拒絶することが信義則に反するか否かは、

- （１） 右契約の締結に至るまでの無権代理人と相手方との交渉経緯及び無権代理人が右契約の締結前に相手方との間でした法律行為の内容と性質
- （２） 右契約を追認することによって禁治産者が被る経済的不利益と追認を拒絶することによって相手方が被る経済的不利益
- （３） 右契約の締結から後見人が就職するまでの間に右契約の履行等をめぐってされた交渉経緯
- （４） 無権代理人と後見人との人的関係及び後見人がその就職前に右契約の締結に関与した行為の程度
- （５） 本人の意思能力について相手方が認識し又は認識し得た事実

など諸般の事情を勘案し、右のような例外的な場合に当たるか否かを判断して、決しなければならない」

5. 単独行為の無権代理（118条）

- ・ 単独行為については、その行為の時ににおいて、相手方が、代理人と称する者が代理権を有しないで行為することに同意し、又はその代理権を争わなかったときに限り、第百十三条から前条までの規定を準用する。代理権を有しない者に対しその同意を得て単独行為をしたときも、同様と

する。

第4節 無効及び取消し（119～126条）

1. 無効（119条）

- ・ 無効な行為は追認によっても、その効果を生じない（本文）
- ・ 無効なることをして追認した場合は、新たな行為をしたものとみなす（但書）

2. 取消権者（120条）

- ・ 行為能力制限による取消し → 制限行為能力者、代理人、承継人、同意権者
- ・ 詐欺又は強迫による取消し → 詐欺又は強迫によって意思表示した者、代理人、承継人

3. 取消しの効果（121条）

- ・ 初めから無効とみなす。但し、制限行為能力者は、現存利益の限度で返還すれば足る。
- ・ 第三者保護の規定はないが、94条2項類推で善意の第三者は保護される（解釈）

4. 取消すことができる行為の追認（122条）

- ・ 120条の取消権者が追認すると、取り消せない。追認によって第三者の権利を害せない。

5. 取消し・追認の方法（123条）

- ・ 相手方が確定している場合は、取消し・追認は相手方に対してする

【大判大 14.3.3】相手方が債権譲渡等をして、譲受人ではなく元の相手方に対してする

6. 追認の要件（124条）

- ・ 追認は、取消しの原因（詐欺強迫等）が消滅した以降でなければならない（1項）
- ・ 成年被後見人は行為能力者となって後にその行為を了知したときは、その了知した後でなければ追認できない（2項） ※行為をしたこと自体認識していないことがあるから
- ・ 法定代理人、保佐人・補助人が追認する場合は、1,2項の要件は適用されない（3項）
- ・ 制限行為能力者の場合は相手方に催告権があるが（20条）、詐欺強迫の場合はない。

7. 法定追認（125条）

- ・ 追認の要件を満たした後、次の行為があれば追認とみなす。但し、異議をとどめた場合を除く。

【最判昭 54.12.14】無権代理の追認には適用されない。

- ・ 全部又は一部の履行、履行の請求、更改、担保の供与（担保を供した／供された場合の両方）、取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、強制執行

8. 取消しの期間制限（126条）

- ・ 追認をすることができるときから5年の時効、行為から20年の除斥期間に服する。
- ・ 制限能力者の場合、法定代理人と本人で時効の起算点異なるが、法定代理人の時効が先に完成すると、本人の取消権も消滅する。

第5節 条件及び期限（127～137条）

1. 条件成就の効果（127条）

- ・ 停止条件付法律行為：条件成就のときから効力を乗ずる（1項）
- ・ 解除条件付法律行為：条件成就のときから効力を失う（2項）
- ・ 当事者間の合意で成就の時以前にさかのぼらせることができる（3項）

2. 条件成否未定の間の利益侵害禁止・権利処分等（128,129条）

- ・ 条件が成就した場合に生ずべき相手方の利益を害することができない（128条）
- ・ 権利義務は一般の規定に従い、処分・相続・保存し、担保を供することができる（129条）

3. 条件の成就の妨害（130条）

- ・ 条件成就で不利益を受ける当事者が、故意に条件成就を妨げた場合、相手方は条件が成就した者とみなすことができる。ただし、妨害がなければ条件が成就したであろう相当の蓋然性が必要。

【最判昭 39.1.23】山林売却の斡旋依頼後勝手に売却した場合、報酬を払う義務がある

高く売ればその分報酬を払い債務を免除する委任契約を結び、条件を満たす買主を見つけていたものの、売主が勝手に他の買主に安く売却したため、受任者が債務不存在確認等請求をしたもの。故意の停止条件成就妨害があったとして、報酬の支払いと債務免除を認めるべきとし、また期待権侵害による不法行為の成立も認める。

- ・ 条件成就で利益を受ける当事者が、故意に条件を成就させた場合は不成就とみなされる（類推）

【最判平 6.5.31 民集 48-4-1029】故意の条件成就

アデランスとアートネイチャーの特許侵害紛争で、アートネイチャー側が「櫛歯ピン付き部分かつら」を販売した場合、違約金 1000 万円を支払う条項を締結したが、アデランス側が取引先関係者に指示して、部分かつらを発注の上、途中で櫛歯ピン付きにするよう強く要求し、販売させたことをもって違約金を請求した事案。

「条件の成就によって利益を受ける当事者である上告人が故意に条件を成就させたものというべきであるから、民法一三〇条の類推適用により、被上告人らは、本件和解条項第二項の条件が成就していないものとみなすことができる」と解する」

- ・ 条件不成就で利益を受ける側が故意に条件成就させた場合も同じ（解釈）

4. 既成条件（131条）

- ・ 既に成就していた：停止条件→無条件、解除条件→法律行為は無効
- ・ 既に不成就が確定：停止条件→法律行為は無効、解除条件→無条件
- ・ 条件の成就・不成就を当事者が知らない間は、128,129条（条件成否未定の間の扱い）準用

5. さまざまな条件（132-134条）

- ・ 不法条件は法律行為無効。不法な行為をしないことを条件とするものも無効（132条）
Aを殺したら 1,000 万円（前者）やBを殺すのを止めたら 1,000 万円（後者）など。
- ・ 不能条件は停止条件なら法律行為無効、解除条件なら無条件（133条）
- ・ 随意条件（債務者の意思のみに係る条件）は停止条件なら無効（134条）

6. 条件に親しまない行為 … 婚姻等の身分行為、単独行為には条件を付けられない。

停止条件付の婚姻の合意など。身分秩序を不安定にするため公序良俗に反するから。また、婚姻・離婚等は効力発生時点で確定的な意思がなければならない行為だから。なお、「司法試験に合格したら結婚する」は無効な婚約ではなく合理的な期間を限度とする婚約（合格しない場合、相手方は終期到来で結婚せずに済み、本人が他人と結婚しようしたら婚約破棄で慰謝料を請求できる）と解される。

取消し、追認、解除等の単独行為も条件を付けられないが、弁済をしないことを停止条件とする解除は許される。

7. 始期・終期の効果（135 条）

- ・ 始期まで履行を請求できず、終期が到来すると効力が消滅する。
- ・ 履行請求可能な始期を「履行期限」、契約の効力発生始期を「停止期限」という。前者が原則。

8. 期限の利益（136,137 条）

- ・ 期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する（136 条 1 項）
- ・ 期限の利益は放棄することができる。ただし、相手方の利益を害することはできない（2 項）
通常は債務者からの放棄のみ。もっぱら債権者のために期限の利器がある場合は、債権者から放棄できる（銀行の定期預金の中途解約。ただし、但書により定期預金の利率は適用されない）

【大判昭 9.9.15】銀行は定期預金の利息を払えば満期前に弁済できる

【大判大 1.11.8】期限の利益の放棄は将来に向かって効力を発生し、遡及効は有しない

- ・ 利敵の利益は、以下の場合に喪失する（137 条）
 - 一 債務者が破産手続き開始決定を受けたとき。
 - 二 債務者が担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたとき。
 - 三 債務者が担保を提供する義務を負う場合において、これを供しないとき。このほか、契約で差し押さえがあった場合などに喪失する旨の特約を置くこともできる。
- ・ 確定期限…日時が確定しているもの（3 年後や 20XX 年 1 月 3 日など）
- ・ 不確定期限…到来するのは確実だが、日時が不確定なもの（自分が死んだとき、など）

【大判大 4.3.24】出世払債務は期限であり、出世しないと決まったらいつでも請求できる
弁済を出世するまで猶予する（期限）と解し、出世できないと確定すればもはや猶予されない。

第6章 期間の計算（138～143条）

1. 本章の定めは、特に定める場合を除き、期間の計算の通則である（138条）
2. 期間の起算（139,140条）
 - ・ 時間による場合：即時から起算する（139条）
 - ・ 日・週・月・年による場合：期間の初日は午前零時からの場合を除き、算入しない（140条）
3. 期間の満了（141,142条）
 - ・ 日・週・月・年による場合：末日の終了をもって満了とする（141条）
 - ・ 末日が日曜・休日：その日は取引をしない慣習がある場合に限り、翌日に満了する（142条）
4. 暦による期間の計算（143条）
 - ・ 週・月・年による場合：暦に従って計算する（1項）。最後の週・月・年における起算日の応答日の前日に満了する。ただし、月・年で応答日がない場合は、その月の末日で満了する（2項）
5. 年齢の計算に関する特則（年齢計算ニ関スル法律）
 - ・ 誕生時間に関わらず、初日を1日として算入する（1条）
 - ・ 民法143条を準用（2条）→誕生日の前日の満了でその年齢が終了する

第7章 時効（144～174条の2）

第1節 総則（144～161条）

1. 時効の効力：起算日まで遡及する（144条）…遡及して取得あるいは消滅したもののみならず
2. 時効の援用：当事者が援用しなければ、裁判所もこれによって裁判ができない（145条）

- ・攻撃防御方法説…訴訟上これを主張する必要がある（弁論主義から当然の帰結を明記したもの）
- ・不確定効果説（停止条件説）…援用を停止条件として時効の効果が生ずる（通説）
- ・不確定効果説（解除条件説）…援用しないことを解除条件として時効の効果が生ずる
- ・法定証拠提出説…時効自体は権利の得喪原因でなく、時効の援用が債務の消滅の法定証拠である

【最判昭 61.3.17 民集 40-2-420】時効援用の効果[S59 オ 211]

農地法の許可申請協力請求権を得てから、10年経過後に非農地化したもの。

「民法一六七条一項は「債権八十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」と規定しているが、他方、同法一四五条及び一四六条は、時効による権利消滅の効果は当事者の意思をも顧慮して生じさせることとしていることが明らかであるから、時効による権利消滅の効果は、時効期間の経過とともに確定的に生ずるものではなく、時効が援用されたときにはじめて確定的に生ずるものと解するのが相当であり、農地の買主が売主に対して有する県知事に対する許可申請協力請求権の時効による消滅の効果も、一〇年の時効期間の経過とともに確定的に生ずるものではなく、売主が右請求権についての時効を援用したときにはじめて確定的に生ずるものというべきであるから、右時効の援用がされるまでの間に当該農地が非農地化したときには、その時点において、右農地の売買契約は当然に効力を生じ、買主にその所有権が移転するものと解すべきであり、その後売主が右県知事に対する許可申請協力請求権の消滅時効を援用してもその効力を生ずるに由ないものというべき」（仮登記抹消等）

- ・保証人は主たる債務者の時効を援用できる（保証債務より先に主たる債務が時効を迎える場合）

【大判大 4.7.13】保証人による主たる債務の時効の援用を認める

【最判昭 42.10.27】物上保証人（譲渡担保含む）にも主たる債務の時効の援用を認める

- ・不動産関係の時効援用権者の可否

【最判昭 48.12.14】抵当不動産の第三取得者にも被担保債権の時効の援用を認める

【最判平 2.6.5】後順位抵当権者による時効を援用した先順の移転仮登記抹消請求を肯定

【最判平 4.3.19】不動産取得者による時効を援用した先順の移転仮登記抹消反訴請求を肯定

【最判平 11.10.21 民集 53-7-1190】後順位抵当権者(否定)[H9 オ 1771]

「民法一四五条所定の当事者として消滅時効を援用し得る者は、権利の消滅により直接利益を受ける者に限定されると解すべきである（最判昭 48.12.14 参照）。後順位抵当権者は、目的不動産の価格から先順位抵当権によって担保される債権額を控除した価額についてのみ優先して弁済を受ける地位を有するものである。もっとも、先順位抵当権の被担保債権が消滅すると、後順位抵当権者の抵当権の順位が上昇し、これによって被担保債権に対する配当額が増加することがあり得るが、この配当額の増加に対する期待は、抵当権の順位の上昇によってもたらされる反射的な利益にすぎないというべきである。そうすると、後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅により直接利益を受ける者に該当するものではなく、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができないものと解するのが相当である」（根抵当権抹消登記請求：棄却）

【最判昭 44.7.15】係争土地上の建物賃借人による賃貸人の土地の取得時効援用を否定

【最判平 13.7.10】共同相続人による被相続人の取得時効援用は、自己の相続分を限度とする

- ・債権関係の時効援用権者の可否

【最判平 10.6.22】詐欺行為の受益者による詐欺行為取消権者の債権の時効援用を肯定

- ・ 法人が破産し、主債務者が消滅した場合、その後の主債務の消滅時効を援用することはできない

【最判平 15.3.14】破産により主債務者たる法人が消滅したのちは消滅時効を観念できない

破産会社に融資していた銀行と信用金庫が、破産の2日後に元本と利子相当額を保証会社から代位弁済され、5年半後に破産終結手続が終わったが、破産の15年後に遅延損害金が未払いであるとして代位弁済額に近い金額の支払いを請求したもの。原審は主債務が時効消滅したとして大半を不認容 → 主債務者たる法人自体が消滅したのちは主債務の消滅時効を観念できないとして時効の援用を認めず、保証債務の時効の審理のため破棄差戻し。

- ・ 裁判外での援用でも構わない（取得時効では判例あり）

【大判昭 10.12.14】裁判外での取得時効の援用を認めた判例

- ・ 時効の援用が信義則違反や権利濫用となる場合がある

【最判昭 51.5.25】引渡し済みの農地の所有権移転許可申請を時効で拒んだのは許されない

家督相続で亡父の全財産を相続した息子が、調停により母と妹らの扶養・婚姻費用に充てるため、相続した農地の一部を贈与・引渡し、20年以上にわたって母が耕作していたのち、母に農地の所有権移転許可申請協力請求権の時効を主張したのは信義則違反・権利濫用としたもの。

【最判平 19.2.6】ブラジル移住中の被爆者への手当未払い分につき時効援用を排除

被爆者援護法等により被爆者に支払われる健康管理手当について、国外に移住すると失権するという違法な通達による扱いによって未払いとなった手当につき、訴訟提起などが合理的に期待できるなどの事情がない限り、地方公共団体による時効の援用は信義則違反で許されない。地方自治法上、地方公共団体は時効の援用を要せず、時効の利益の放棄を許されないが、元が違法な処理によるものであるから、時効援用は許されないとした。

3. 時効の利益の放棄：予め時効の利益を放棄することができない（146条）

- ・ 時効完成後であれば、時効利益の放棄は認められるが。行為能力が必要。
- ・ 146条の法意より、時効期間の延長や中断停止事由拡張の特約は無効とされるが、時効の完成を容易にする特約は有効とされる。
- ・ 判例は時効の完成後の自認行為は時効を知ってしたと推定していた

→経験則違背として否定、自認行為後の時効主張は信義則違反として認められない

【最大判昭 41.4.20 民集 20-4-702】時効完成後の自認行為

「債務者は、消滅時効が完成したのちに債務の承認をする場合には、その時効完成の事実を知っているのはむしろ異例で、知らないのが通常であるといえるから、債務者が商人の場合でも、消滅時効完成後に当該債務の承認をした事実から右承認は時効が完成したことを知ってされたものであると推定することは許されないものと解する」「債務者が、自己の負担する債務について時効が完成したのちに、債権者に対し債務の承認をした以上、時効完成の事実を知らなかつたときでも、爾後その債務についてその完成した消滅時効の援用をすることは許されない」「時効の完成後、債務者が債務の承認をすることは、時効による債務消滅の主張と相容れない行為であり、相手方においても債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考え得るであろうから、その後においては債務者に時効の援用を認めないものと解するのが、信義則に照らし、相当である」

- ・ 放棄も相対効があり、主債務者の放棄は保証人や物上保証人には影響しない。

【最判昭 42.10.27】主債務者が時効の利益を放棄しても保証人には影響がない。

- ・ 放棄後は改めて新しく時効が進行する。

【最判昭 45.5.21】時効利益放棄後5年以上経過して提起された貸金請求で破棄差戻し

時効利益放棄後5年4月経過後に提起された貸金請求で、時効利益放棄後に改めて時効が進行するのに、その時効の中断の有無を審理せずに原告勝訴としたのは違法として破棄差戻し。

4. 時効の中断事由（147 条）

- ・ 請求 … 以下の 5 種類あるが、効力を生じない場合がある。

①裁判上の請求（原告でも被告でもよい） → 訴えの却下又は取下げ（149 条）

※原告のとき、訴状を裁判所に提出した時に時効中断

【最判昭 50.11.28】 取下げでも二重訴訟解消のため等であれば、時効中断の効力が存続する
訴の取下げ、権利主張をやめたものでもなく、権利についての判決による公権的判断を受ける機会を放棄したものでないような場合には、訴を取り下げても訴の提起による時効中断の効力は存続する

【最(大)判昭 43.11.13】 被告が裁判上で所有権を主張し勝訴したら原告の取得時効が中断する
所有権移転登記抹消請求で、予備的に時効取得を主張した原告に対し、被告が自己の所有権を主張し、認められた場合、原告による所有権取得時効が中断する。

②支払督促 → 民訴法 392 条の期間（30 日）内に仮執行宣言の申立てをしないとき（150 条）

③和解・調停の申立て → 相手方不出頭・和解調停不調で、1 箇月以内に訴えを提起しないとき
（151 条）

④破産・再生・更生手続参加 → 届出を取下げ又は却下されたとき（152 条）

⑤催告 → 6 箇月以内に裁判上の請求、支払督促申立て、和解・調停申し立て、破産・再生・
更生手続参加、差押え・仮差押え・仮処分をしないとき（153 条）

※催告を繰り返しても 6 箇月が伸びることはない（判例）

※請求権の存否確認のために猶予を求めた場合、その回答後 6 箇月以内

【最判昭 43.2.9】 催告に対し請求権の存否確認のために猶予を求めた場合の判例

貨物留置料の支払いを求められた側が請求権存否の調査のため猶予を求めた場合、何分かの回答があるまでは所定の 6 箇月は進行しない → 回答前に訴訟が提起された本件は時効が中断しているとした

【最判昭 45.9.10】 却下・取下げでも裁判上の催告として扱うことができる

却下・取下げとなっても、裁判提起自体が催告となり、その後 6 箇月以内に⑤の対応をすれば時効は完成しない。

【最(大)判昭 38.10.30】 裁判での抗弁は催告としての効力を有するが、裁判上の請求ではない
留置権の主張のため被担保債権を主張した場合、裁判の相手方に対しては裁判終了まで催告として扱われる。

【最判昭 44.11.27】 被告が裁判上で債権の存在を主張し勝訴したら、消滅時効は中断する
債務者が債務の不存在を理由に根抵当権設定登記・同移転登記の抹消請求を訴えたものの、被告が債権の存在を主張し、認められて勝訴した場合、これは裁判上の請求として扱われる。

【最判昭 34.2.20】 損害の 1 割と明示して訴訟を提起しても、残額は裁判上の請求とならない
原告が不法行為による損害賠償請求を提起し、損害の 1 割と明示していたが、残額についてはこの時点で時効中断とはならず、拡張の書面を提出した時点で時効中断となると判示。

【最判昭 37.10.12】 詐害行為取消を求めて提訴しても、元の債権の時効中断事由にならない
債権者が詐害行為取消しを求めて詐害行為の受益者を提訴しても、債務者に対する時効中断事由にならない。

【最判平 1.10.13】 不動産競売手続で抵当権者がする債権の届出は、時効中断事由ではない
不動産競売手続で民事執行法 50 条に基づき、その不動産に抵当権を有する者がする債権の届出は、届出にかかる債権の確定をするものでなく、また本人通知も予定されないため、時効中断事由ではない。

- ・ 差押え・仮差押え・仮処分 … 効力を生じない場合が 2 通りある

①権利者の請求又は法律の規定に従わないことにより取り消された場合（154 条）

②時効の利益を受ける者に対してしないときは、その者に通知をした後のみ発効（155条）

※競売開始の申立ては、債務者所有の場合は請求扱い、物上保証人の場合は競売開始決定が債務者に告知された場合に、正本の債務者への送達時から差押えとして効力をもつ

【最判昭 50.11.21】物上保証人の競売開始決定が債務者に告知されると時効が中断される

【最判平 8.7.12】正本が債務者に送達された時に時効が中断される

【最判平 11.4.27】競売で配当要求し、手続き費用不納付で取消された場合は時効中断事由

執行力ある債務名義の正本を有する債権者が、不動産の競売手続きに配当要求した場合、差押えに準じた時効中断事由となる。また、その後申立て債権者の追加費用不納付により競売手続きが取消されたが、それまで適法な配当要求が維持されていた場合、取消決定が確定するまでは時効中断が継続する。他人の手続き費用不納付による取消は、154条に該当しないから。

※差押えは少なくとも執行吏において執行に着手することを要する

【大判大 15.3.25】差押対象物がなく執行不能の場合も時効中断の効力を生じる

【最判昭 43.3.29】債務者が所在不明のため差押執行不能の場合は時効中断の効力を生じない

「債務名義表示の被告人らの住所に臨んだところ、債務者たる被告人らの所在不明のため執行不能に終わったという…事実関係のもとにおいては、上告人主張の時効中断の効力は生じない」

- ・承認 … 相手方は権利の処分につき行為能力・権限がなくてもよい（156条）

※一部弁済や支払猶予を求めるなどの黙示の承認でもよい。

【大判大 8.12.26】債務の一部弁済は全部の承認である

【大判昭 13.2.4】成年被後見人・未成年者の承認は取消しうる（財産管理の能力がないため）

【大判大 5.10.13】銀行が預金帳簿に利息の元金組入りを記帳するのは承認ではない。

銀行の内部の行為であり、権利者に対してなされたわけではないから。

【大決大 6.10.29】2番抵当権を登記することは、ただちに1番抵当債権の承認とはならない

【最判昭 35.12.23】訴訟上相殺が主張された受働債権は承認され、撤回されても承認は有効

「訴訟上相殺の主張がなされ受働債権について、時効中断事由としての承認が存すると認められる場合において、その相殺の主張が撤回されても、既に生じた承認の効力は失われるものではない」「訴訟代理人が攻撃防禦の方法として相殺の主張をするには特別の授權を必要とするものではなく、また、その前提として受働債権の存在を承認することについても、特別の授權を必要とするものではない」

5. 時効の中断の効力が及ぶ範囲はその事由の生じた当事者と承継人の間のみ（148条）

- ・ただし、連帯債務者の1名についての時効の中断は全員に、主たる債務者の時効の中断はその保証人にも影響が及ぶ（434,457条）などの例外がある。

【最判平 7.3.10】物上保証人は債務者の承認による時効中断の効力を否定できない

- ・時効の援用も同様に相対効であるとする（通説）が、実質的例外も多い（主債務者と保証人等）
- ・保証人が被担保債務を承認しても、主債務者が適法に時効を援用すれば、連帯保証人や物上保証人に対しても時効が成立する。

【最判昭 62.9.3】物上保証人が被担保債権を承認しても、時効中断事由ではない

「物上保証人が債権者に対し当該物上保証及び被担保債権の存在を承認しても、その承認は、被担保債権の消滅時効について、民法一四七条三号にいう承認に当たるとはいえず、当該物上保証人に対する関係においても、時効中断の効力を生ずる余地はない」

6. 中断後の時効の進行（157 条）

- ・ 中断事由終了後に新たに進行（1 項）。裁判上の請求の場合のみ裁判確定後新たに進行（2 項）

7. 時効の停止の特例（158-161 条）…特例で時効が完成しない場合

- ・ 未成年者・成年被後見人の場合 … 時効完成 6 箇月以内に法定代理人不在の場合のすべての時効、又はその財産を管理する父、母又は後見人に対する権利についての時効は、行為能力者となるか（後任の）法定代理人が就職して 6 箇月経過するまで（158 条）
- ・ 夫婦間 … 婚姻の解消の時から 6 箇月経過するまで（159 条）
- ・ 相続財産 … 相続人確定・管理人選任・破産手続き開始決定から 6 箇月経過するまで（160 条）
【最判昭 35.9.2】相続財産の時効停止は不動産の取得時効にも適用される
- ・ 天災等 … 時効満了の際に天災その他避けることができない事変のために時効を中断することができないとき、障害が消滅して 2 週間経過するまで（161 条） ※当事者の疾病等は除く

8. 除斥期間

- ・ 中断がなく（停止は認めるべきとされる）、援用も不要（裁判所の職権）、起算点は通常権利発生時から、除斥による権利消滅の効果は遡及しない、などの違いがある。
- ・ 形成権に承認等は観念できないため、形成権は一般に除斥期間と解される（判例は異なる）
- ・ ただし、防御的な取消権・解除権等は期間制限にかからないとされる（抗弁権の永久性）
※詐欺の相手方が取消権の時効消滅した 5 年後以降に請求してきた場合、取消権を抗弁として提出できる。
- ・ 不法行為責任の 20 年間の除斥期間は、出訴期間である

【最判平 1.12.21】鹿児島不発弾処理国賠訴訟で 724 条後段を不法行為責任の除斥期間と認定原告による国の除斥期間の主張が信義則違反・権利濫用との主張は、主張自体失当と却下。

【最判平 10.6.12】除斥期間に停止の特例（成年被後見人）の法定代理人不在の場合を適用除斥期間完成 6 箇月以内に法定代理人なく、選任後速やかに訴訟を提起したため。除斥期間につき反対意見あり。

- ・ 瑕疵担保責任・形成権の場合は裁判外での行使で足りる

【最判平 4.10.20】瑕疵担保責任の追及は裁判外の権利行使で足りる

「一年の期間経過をもって、直ちに損害賠償請求権が消滅したものということとはできないが、右損害賠償請求権を保存するには、少なくとも、売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の算定の根拠を示すなどして、売主の担保責任を問う意思を明確に告げる必要がある

【大判昭 10.11.9】564 条の代金減額請求権（形成権）は裁判外の行使で足りる

9. 権利失効の原則

- ・ 権利者が永らく権利の行使を怠り、相手方がこれを行行使することはないと信頼すべき正当な理由を有するに至った場合は、もはや権利行使が認められないとするもの。一般論として認められたが、実例としてはなお正当な理由を有するに至っていないとして敗訴した。

【最判昭 30.11.22】借地契約に対する解除権行使の事案で、上記の判示。

第2節 取得時効（162～165条）

1. 所有権取得 … 所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の者を占有した者（162条）
 - ・ 占有開始時に善意無過失 → 10年間
 - ・ その他の場合 → 20年間
 - ・ 占有者が任意に占有を中止し、他人によって占有を奪われた場合は中断（164条）
 - ・ 時効取得と登記：177条が適用され、登記が対抗要件(未登記なら保存登記→移転登記になる)

* 登記不要：旧所有者及び時効完成前の第三者

【大判大 7.3.2 民録 24-423】旧所有者との関係では登記不要(対抗関係とならない)

【最判昭 35.7.27 民集 14-10-1871】時効完成前の第三者に対し登記不要[後掲 S32 才 344]

【最判昭 41.11.22 民集 20-9-1901】同旨

* 登記必要：時効完成後の第三者。但し、第三者登記後、再度時効取得可能

【大連判大 14.7.8 民集 4-412】未登記建物の時効取得と対抗要件[T13 才 482]

所有権保存登記・移転登記抹消請求→棄却／取消認容／破棄自判(控訴棄却)

Y1の先代A所有の未登記建物をXが時効取得後、Aが保存登記し、A→Y2→Y3と移転登記したもの。

「時効に因り不動産の所有権を取得するも其の所有権取得に付、登記を受くるに非ざれば之を第三者に対抗することを得ざる…（大判大 13.10.29 参照）…Xは時効に因り本訴未登記不動産の所有権を取得したりしも未だ其の登記を受けざる間に従来の所有者たりしY1先代Aは自己名義に保存登記を受けたる上之を上告人Y2に、Y2は又之をY3に売渡し各所有権移転の登記を受けたり……故にXは其の時効に因る所有権の取得を第三者たるY2及Y3に対抗することを得ざるものと謂はざるを得ず」原院はAの保存登記、Y2、Y3への移転登記も無効の登記で、「民法百七十七条に所謂第三者に非ずと判定せるも所有権の保存登記は現に所有権を有する者が之を受くるに非ざれば如何なる場合に於ても之を無効とすべき理由なく、却て未登記不動産の所有権が甲より乙に移転したるが如き場合に於ては乙が直に所有権の保存登記を受くるは固より適法なりと雖甲に於て先づ自己名義に保存登記を受けたる後乙の爲めに所有権移転の登記を受くるも其の保存登記及移転登記は決して無効に非ざるのみならず（大判大 5.2.2、同 6.5.21 参照）時効に因る不動産の所有権取得は移転登記の方法に依り之を登記すべきものなるが故に其の不動産が未登記のものなる場合には時効完成後に於て従来の所有者が自己名義に保存登記を受くるも其の登記は叙上の場合に於ける保存登記と其の取扱を異にすべき理由なきが故に之亦有効なりと謂はざるを得ず……本件の保存登記は決して……無効の登記に非ざるのみならずXが該登記を基礎とし時効に因る所有権取得の登記を受けざる間にY2及Y3が売買に因る所有権移転の登記を受けたるは二重売買のありたる場合に後の買主が前の買主に先んじて登記を受け更に他人に登記手続を為したる場合と同一に論ずべく何等之を区別すべき理由なきが故に右上告人等の受けたる登記も亦有効なりと論断すべきものとす」

【最判昭 35.7.27 民集 14-10-1871】取得時効起算点の選択の可否[S32 才 344]

「元來時効の制度は、長期間継続した事実状態に法的価値を認め、これを正当なものとして、そのまま法律上の秩序たらしめることを期するものであつて、これにより社会生活における法的安定性を保持することを目的とする。従つて、時効制度の本来の性質からいへば、いわゆる起算日は常に暦日の上で確定していなければならないわけのものではなく、起算日を何時と定めるにしても、その時から法律の認めた一定期間を通じ同一の事実状態が継続し、いわゆる時効期間が経過した場合には、その事実即して、遡つて当初から権利の取得又は消滅があつたものとして取扱うことは、時効の当事者間にあつては、必ずしも不合理であるとはいえないであらう。しかし、時効による権利の取得の有無を考察するにあつては、単に当事者間のみならず、第三者に対する関係も同時に考慮しなければならぬのであつて、この関係においては、結局当該不動産についていかなる時期に何人によつて登記がなされたかが問題となるのである。そして時効が完成しても、その登記がなければ、その後に登記を

經由した第三者に対しては時効による権利の取得を対抗しえない（民法一七七条）のに反し、第三者のなした登記後に時効が完成した場合においてはその第三者に対しては、登記を経由しなくとも時効取得をもつてこれに対抗しうるることとなると解すべきである。しかれば、結局取得時効完成の時期を定めるにあたつては、取得時効の基礎たる事実が法律に定めた時効期間以上に継続した場合においても、必らず時効の基礎たる事実の開始した時を起算点として時効完成の時期を決定すべきものであつて、取得時効を援用する者において任意にその起算点を選択し、時効完成の時期を或いは早め或いは遅らせることはできない……大連判 14.7.8、大判昭 13.5.7、同 14.7.19 等は右の趣旨に出でたもので正当というべく、当裁判所においても、今日右判例を変更すべき必要を認めない」（土地所有権確認等→棄却／棄却／棄却）

【最判昭 36.7.20 民集 15-7-1903】再度の取得時効[S34 オ 779]

所有権移転登記手続請求：棄却→取消認容→棄却

「時効による権利の取得の有無を考察するにあつては、単に当事者間のみならず、第三者に対する関係も同時に考慮しなければならぬのであつて、この関係においては、結局当該不動産についていかなる時期に何人によつて登記がなされたかが問題となる……されば、時効が完成しても、その登記がなければ、その後に登記を経由した第三者に対しては時効による権利の取得を対抗しえないのに反し、第三者のなした登記後に時効が完成した場合においては、その第三者に対しては、登記を経由しなくとも時効取得をもつてこれに対抗しうるることとなる」

「本件山林は、もと藤沢部落の所有するところであつたが、X の被承継人第一次葉山神社は明 38.5.29 より大 4.5.29 まで一〇年間これを所有の意思をもつて平穩、公然、善意、無過失に占有を継続し、ために大 4.5.29 に取得時効が完成したもののその登記を経ることなく経過するうち、同 15.8.26 Y が藤沢部落より右山林の寄附をうけてその旨の登記を経由するに至つたところ、第一次葉山神社はさらに右登記の日より S11.8.26 まで一〇年間引き続き所有の意思をもつて平穩、公然、善意、無過失に占有を継続したというのである。されば、前記第一次葉山神社は右時効による所有権の取得をその旨の登記を経由することなくとも Y に対抗することができること前示当裁判所の判例に照し明らかであり、従つて、右第一次葉山神社の包括承継人である X もまた同一の主張をなしうることを論を待たない」

【最判平 15.10.31 判時 1846-7】取得時効と抵当権[H12 受 1589]

X の S37.2.17-20 年間の取得時効成立後、S58.12.13 に旧所有者 A が B のための抵当権を設定・登記し、これを Y が H8.10.1 に譲り受け、H9.3.26 に付記登記した。X は H11.6.15 に時効取得により登記経由。S58.12.13 から 10 年の短期取得時効が完成したとして、抵当権設定登記抹消登記手続を請求→認容／破棄自判・棄却

「被上告人は、前記 1（5）の時効の援用により、占有開始時の昭 37.2.17 にさかのぼって本件土地を原始取得し、その旨の登記を有している。被上告人は、上記時効の援用により確定的に本件土地の所有権を取得したのであるから、このような場合に、起算点を後の時点にずらして、再度、取得時効の完成を主張し、これを援用することはできないものというべきである。そうすると、被上告人は、上記時効の完成後に設定された本件抵当権を譲り受けた上告人に対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を請求することはできない」

* 時効取得の諸問題

【最判昭 46.11.5 民集 25-8-1087】二重譲渡の第一買主の時効取得[S42 オ 468]

X は亡 A から土地建物を買受けて引渡しを受け(S27.2.6)、建物は登記を経たものの(S30.11.22)、土地は A の前主のままであつたところ、A の相続人 B、C が登記を得て(S27.4.4)、D(S33.12.27 登記)、E(S33.12.27 登記)を経て Y(S34.6.10)へ土地が譲渡され登記を経由したため、(本訴)X が Y 宛所有権確認・X への所有権移転登記などを請求、(反訴)Y から X へ建物取去土地明渡等請求→(本)ほぼ認容、(反)棄却→変更(本)棄却(反)認容→破棄差戻し

「不動産の売買がなされた場合、特段の意思表示がないかぎり、不動産の所有権は当事者間においてはただちに買主に移転するが、その登記がなされない間は、登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に対する関係においては、売主は所有権を失うものではなく、反面、買主も所有権を取得するものではない。当該不動

産が売主から第二の買主に二重に売却され、第二の買主に対し所有権移転登記がなされたときは、第二の買主は登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時に第二の買主において完全に所有権を取得するわけであるが、その所有権は、売主から第二の買主に直接移転するのであり、売主から一旦第一の買主に移転し、第一の買主から第二の買主に移転するものではなく、第一の買主は当初から全く所有権を取得しなかつたことになるのである。したがって、第一の買主がその買受後不動産の占有を取得し、その時から民法一六二条に定める時効期間を経過したときは、同法条により当該不動産を時効によつて取得しうる……（最判昭 42.7.21 参照） 上告人の本件各土地に対する取得時効については、上告人がこれを買受けその占有を取得した時から起算すべきものというべきであり、二重売買の問題のまだ起きていなかった時に取得した上告人の本件各土地に対する占有は、特段の事情の認められない以上、所有の意思をもつて、善意で始められたものと推定すべく、無過失であるかぎり、時効中断の事由がなければ、前記説示に照らし、上告人は、その占有を始めた昭和二十七年二月六日から一〇年の経過をもつて本件各土地の所有権を時効によつて取得したものといわなければならない（なお、時効完成当時の本件不動産の所有者である被上告人は物権変動の当事者であるから、上告人は被上告人に対しその登記なくして本件不動産の時効取得を対抗することができる……）」

【最判平 18.1.17 民集 60-1-27】時効取得と背信的悪意者[H17 受 144]

(本)所有権確認等、(反)所有権確認・(予)通行権確認等→(本)認容(反)一部認容→変更(本)ほぼ棄却(反)認容→一部破棄自判（Y の前主らが専用進入路として 22 年間使用占有し、9 年前にコンクリート舗装したのに、X が当該土地を購入し登記を経たとして所有権確認・コンクリート撤去等を請求したもの）

「時効により不動産の所有権を取得した者は、時効完成前に当該不動産を譲り受けて所有権移転登記を了した者に対しては、時効取得した所有権を対抗することができるが、時効完成後に当該不動産を譲り受けて所有権移転登記を了した者に対しては、特段の事情のない限り、これを対抗することができない」「民法 177 条にいう第三者については、一般的にはその善意・悪意を問わないものであるが、実体上物権変動があった事実を知る者において、同物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、このような背信的悪意者は、民法 177 条にいう第三者に当たらない……（最判昭 40.12.21, 同 43.8.2, 同 43.11.15, 同 44.1.16 参照）……甲が時効取得した不動産について、その取得時効完成後に乙が当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、乙が、当該不動産の譲渡を受けた時点において、甲が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、甲の登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるというべきである。取得時効の成否については、その要件の充足の有無が容易に認識・判断することができないものであることにかんがみると、乙において、甲が取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合があるというべきであるが、その場合であっても、少なくとも、乙が甲による多年にわたる占有継続の事実を認識している必要がある」「原審は、上告人らが被上告人による多年にわたる占有継続の事実を認識していたことを確定せず、単に、上告人らが、本件土地等の購入時、被上告人が本件通路部分 A 〃を通路として使用しており、これを通路として使用できないと公道へ出ることが困難となることを知っていたこと、上告人らが調査をすれば被上告人による時効取得を容易に知り得たことをもって、上告人らが被上告人の時効取得した本件通路部分 A 〃の所有権の登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者に当たらないとしたのであるから」法令違反があり破棄差戻し

* 自己の物の時効取得

【最判昭 42.7.21 民集 21-6-1643】対抗関係上劣後する者の時効取得[S40 才 1265]

「民法一六二条所定の占有者には、権利なくして占有をした者のほか、所有権に基づいて占有をした者をも包含する…（大判昭 9.5.28 参照）。すなわち、所有権に基づいて不動産を占有する者についても、民法一六二条の適用がある……」けだし、取得時効は、当該物件を永続して占有するという事実状態を、一定の場合に、権利関係にまで高めようとする制度であるから、所有権に基づいて不動産を永く占有する者であつても、その登記を経由

していない等のために所有権取得の立証が困難であつたり、または所有権の取得を第三者に対抗することができない等の場合において、取得時効による権利取得を主張できると解することが制度本来の趣旨に合致するものというべきであり、民法一六二条が時効取得の対象物を他人の物としたのは、通常の場合において、自己の物について取得時効を援用することは無意味であるからにほかならないのであつて、同条は、自己の物について取得時効の援用を許さない趣旨ではないから」(贈与者が移転登記をしていないのをいいことに無断で抵当権を設定して実行され、競落人が受贈者にした家屋明渡請求→認容/棄却/棄却)

【最判昭 44.12.18 民集 23-12-2467】契約当事者間の時効主張も許される[S40 才 353]

* 境界侵犯での無過失の認定は厳しい

【最判昭 43.3.1 民集 22.3.491】登記簿と実地調査で容易に分かるなら有過失(相続取得)

【最判昭 50.4.22 民集 29-4-433】隣地主や公図を確認しないと有過失(国から払下げ)

【最判昭 46.11.11 判時 654-52】無過失の立証責任は占有者にある

* 立木の取得時効

【最判昭 38.12.13 民集 17-12-1696】他人の土地に植えた立木の時効取得[S36 才 208]

山林所有権確認・立木換価供託金引渡請求：認容→確認部分変更(立木所有権確認)→棄却

原告父が植林したのが、実は被告の土地(当時は前主所有)だったもの。

「他人の所有する土地に権原によらずして自己所有の樹木を植え付けた者が、右植付の時から所有の意思をもって平穩かつ公然と右立木を二〇年間占有したときは、植付の時に遡つてその立木の所有権を時効により取得するものであり、その法理は、一筆の土地の平面的一部分について時効取得の要件を充足した場合、当該一部分が時効により取得されることと別異に取り扱われなければならないような合理的根拠がないこと、また、上告人は訴外斎藤政雄より本件係争地を地上の杉立木を除外して買受けたのであるから、上告人は右杉立木に関するかぎり未だ取引関係に入つたことがないものであつて、被上告人に対して右杉立木の所有権取得につき有効な公示方法を欠いていることを主張する正当な利益を有する第三者にあたらない」

【最判昭 39.12.11 集民 76-469】他人の土地上の立木の時効取得[S37 才 63]

原野を部落区長から被告先代が借り、自然生の松と植林した松を同様に育ててきたもの(立木伐採禁止請求)

「被上告人家では判示自然生の松立木をその植林にかかる松立木と同様自己の所有として平穩公然に管理(占有)育成してきたものである……右松立木について被上告人主張の時効取得を認めた原判決の判断も正当」

2. その他の財産権取得 … 自己のためにする意思をもって、平穩に、かつ、公然と行使する者

・ 期間・中断とも所有権に準じる(163、165条)

・ 賃借権の時効取得

【最判昭 43.10.8 民集 22-10-2145】土地賃借権の時効取得の要件[S42 才 954]

賃借権確認等請求→一部認容(時効取得棄却)→変更(一部認容→棄却)→破棄差戻し

「所論土地賃借権の時効取得については、土地の継続的な用益という外形的事実が存在し、かつ、それが賃借の意思に基づくことが客観的に表現されているときは、民法一六三条に従い土地賃借権の時効取得が可能である」→時効取得の判断をしておらず、判断遺脱の違法がある

【最判昭 44.7.8 民集 23-8-1374】承諾なき転借権の時効取得[S41 才 991]

所有者の承諾なく土地を転借していたもの。建物収去土地明渡→一部認容→双:棄却→被:破棄差戻し

「他人の土地の継続的な用益という外形的事実が存在し、かつ、その用益が賃借の意思にもとづくものであることが客観的に表現されているときには、民法一六三条により、土地の賃借権の時効取得を肯認することができる…(最判昭 41.10.8) …この法理は、他人の土地の継続的な用益がその他人の承諾のない転賃借にもとづくものであるときにも、同様に肯定することができる」※取得するのは賃借権で、賃貸人の承諾ではない

【最判昭 45.12.15 民集 24-13-2051】賃貸借契約無効と賃借権時効取得[S41 才 1176]

「寺院境内地を目的とする右賃貸借契約が、当時の法令に従い法定の例外事由にあたるものとして地方長官の許可を得たものでないため、無効とされることは原判示のとおりであるが、このような寺院境内地の処分・賃貸等の法令上の制限が、寺院をして健全な宗教活動を営ましめるため、その基礎たる資産の保護をはかりその運営を監督するという趣旨に出たものとして、これに、公益的目的を認めるべきものであるとしても、このような公益性は、平穩、公然に寺院境内地の用益を継続しえた者の事實的支配を保護すべき要請に比して、特に強く尊重されなければならないものと考えるべきではない。したがって、右のような事由により無効とされる賃貸借契約に基づいて土地の占有が開始された本件のような場合にあつても、その占有が前示の要件をみたすものであるかぎり、有効な賃貸借契約に基づく場合と同様の賃借権の時効取得が可能……なお、この点において、原判示のように地上権等の用益物権の時効取得（大判大 1.10.30 参照）と賃借権の時効取得とを区別すべき理由も、存しないものといわなければならない」（建物収去等請求→認容／認容／破棄差戻し）

【最判昭 62.6.5 判時 1260-7】他人物賃貸借と賃借権時効取得[S60 才 615]

「他人の土地の継続的な用益という外形的事実が存在し、かつ、その用益が賃借の意思に基づくものであることが客觀的に表現されているときには、民法一六三条により、土地の賃借権を時効取得する…（最判昭 43.10.8、同 52.9.29）、他人の土地の所有者と称する者との間で締結された賃貸借契約に基づいて、賃借人が、平穩公然に土地の継続的な用益をし、かつ、賃料の支払を継続しているときには、前記の要件を満たすものとして、賃借人は、民法一六三条所定の時効期間の経過により、土地の所有者に対する関係において右土地の賃借権を時効取得するに至る」（Aから土地を無償で借りて建物を建てて登記した者の相続人の相続人から建物を買い受け、土地を賃借した被告に対し、本来の土地の所有者（Aの孫ら）がした建物収去土地明渡請求→棄却／棄却／棄却）

第3節 消滅時効（166～174条の2）

1. 消滅時効の進行（166条）

- ・消滅時効は権利を行使できるときから進行する（1項）

【大判明 40.3.16】 確定期限の定めがある債権の起算点はその期限の到来時

【大判大 4.3.24】 不確定期限の場合も起算点は期限到来時（債務者の知・不知は無関係）

※同時履行の抗弁権が付着していても、自分が履行すればよいだけだから、時効は進行する

※返還時期を定めない消費貸借契約の元本債権は成立時より相当期間を経過した時

←相当期間を定めて催告しなければ返還請求することができないから（591条1項）

- ・割賦払債務の期限の利益喪失時の消滅時効起算点は、不履行時（多数説）が原則だが、契約の解釈上期限の利益喪失が債権者の任意の場合は、債権者が残額全部の請求をしたときと解する

【最判昭 42.6.23】 割賦払債務滞納事案で、一括請求から5年以内の割賦金に時効を認めず

滞納すれば期限の利益を喪失するという契約でありつつ、初回滞納から5年以上経過後に一括請求された事案で、初回滞納の時点で残額全部の債務が発生したわけではなく、初回滞納は別として一括請求以前5年以内の割賦金については支払い請求を認容した（原審は初回滞納も含め支払い請求を認容したが、最高裁が破棄自判）

- ・定期預金の満期自動継続による継続中は時効が起算されない

【最判平 19.4.24】 【最判平 19.6.7】 定期預金の満期自動継続の間は時効が進行しない

解約等で定期預金の満期自動継続の取り扱いがされなくなった満期日の到来した時から時効が進行する。信用金庫が破綻等で営業譲渡されたのち、16～17年前に開始した満期自動継続付定期預金の解約の申し入れがあった事案で、信用金庫による初回満期後10年の時効の援用を認めず、解約申し入れ後の初回満期が起算点とした。

- ・債務者の責めによる履行不能時の損害賠償請求権の起算点は原則として元の債権の時効起算時

【最判昭 35.11.1】 商事債務の損害賠償義務の時効起算点を元の債務の履行請求始期とした

契約解除による原状回復義務に伴う、特定物の返還義務が不能となり、その損害賠償義務の起算点を、元の原状回復義務の履行請求が可能となったとき（契約解除時）とした。

【最判平 10.4.24】 民法上の事例で同旨の判決（破棄差戻し、全員一致）

土地の売買契約を結び代金を受け取ったものの、売主の責により移転登記ができなかった事案で、その包括承継人が契約の24年後に所有権移転登記請求権の時効を援用して、公示送達によって仮登記の抹消判決を得、ただちに別人に土地を売り払ったところ、さらにその6年後に買主から損害賠償を求められた事案で、元の登記協力義務の発生時から時効を起算するとしつつ、時効の中断事由や信義則違反の審理をするため破棄差戻し。

- ・供託金取戻請求権の時効起算点は、債務者が免責となって取り戻せるようになった時

【最判平 13.11.27】 弁済供託の取戻請求権の時効起算点は債務の時効等で免責されたとき

弁済供託の取戻請求権の時効起算点は、過失なく債権者不確知となった場合も含め、元の債務が時効等で供託者が免責の効果を受ける必要がなくなったときであるから、賃料債務の弁済期から5年が経過し元の債務が時効となったときが起算点で、そこから10年の時効にかかるとし、取戻請求を認容。

- ・時効の起算点の特例を認めた判例

【最判平 6.2.22】 じん肺訴訟でじん肺管理区分の最終の認定時が時効の起算点とした

原審は最初の認定時としたが、その後進行して症状が深刻化した者もいるため、最終の認定時を起算点とした。

【最判平 15.12.11】 生命保険の死亡給付の起算点を約款に反して遺体発見時とした

生命保険の死亡給付の約款は、時効の起算点を死亡の翌日としていたが、事故死で遺体が発見されたのが3年8か月後で、その10か月後に訴訟が提起されたため、保険会社が時効（商法では2年、約款で3年に延長）を援

用したもの ⇒ 時効の起算点は権利行使が期待できるときであり、約款は死亡の翌日以降なら権利行使が期待できるとの趣旨であって、権利行使が現実に期待できないような特別な事情が存する場合は、権利行使が現実に期待できるようになった時を起算点とすべきとし、遺体発見の時を起算点として支払請求を認容。

- ・ 始期付権利・停止条件付権利の目的物を第三者が占有する場合、1 項に関わらず始期末到来・条件未成就の間も第三者は取得時効を進行させることができる。但し、権利者は取得時効中断のため、いつでも占有者の承認を求めることができる（2 項）

2. 消滅時効

・ 財産権

- └ 所有権 … 消滅しない → 所有権移転登記請求権も消滅しない
 - ※所有権に基づく返還請求権も、所有権同様消滅することはない。
 - ※ただし、農地法の許可申請協力請求権は時効にかかる
- └ 債権 … 10 年間行使しないとき（167-1） ※不当利得返還請求権も含む。
 - └ 定期金債権 第 1 回（又は最初の未払い）弁済期から 20 年、最後の弁済期から 10 年（168-1）
 - 債権者は中断の証拠に債務者にいつでも承認書の交付を要求できる（168-2）
 - ※定期金の基本権に関する規定。個別の支払い（支分権）は次の定期給付債権。
 - └ 定期給付債権 年又はこれより短い時期によって定めた金銭その他の物の給付を目的とする債権 5 年間行使しないとき（169）
 - ※利息、賃貸料など。割賦金は代金債務を分割で払うだけなので違う。
 - 【最判平 16.4.23】マンションの管理費・修繕積立金は定期給付債権である
 - └ 3 年の短期消滅時効
 - └ 170-1 医師・助産師・薬剤師の診療、助産又は調剤に関する債権
 - ※公立病院であっても地方自治法 236-1 の 5 年ではない（最判平 17.11.21）
 - └ 170-2 工事の設計、施工又は監理を業とする者の工事に関する債権
 - ※起算点は工事が終了したとき
 - └ 171 弁護士・弁護士法人・公証人の職務に関して受け取った書類についての責任
 - ※起算点は弁護士・弁護士法人が事件終了時、公証人が職務執行時
 - └ 2 年の短期消滅時効
 - └ 172-1 弁護士・弁護士法人・公証人の職務に関する債権
 - ※起算点は事件が終了したとき。
 - ※ただし、各事項が終了して 5 年経過でその事項に関する債権は消滅する（172-2）
 - └ 173-1 生産者、卸売商人又は小売商人が売却した産物又は商品の代価に係る債権
 - ※いわゆる売掛代金債権。債務者が消費者でも商人でも適用される（判例）
 - └ 173-2 自己の技能を用い、注文を受けて、物を製作し又は自己の仕事場で他人のために仕事をするを業とする者の仕事に関する債権（居職人の仕事に関する債権）
 - ※自動車修理工場の修理代金債権はこれにあたらない（最判昭 40.7.15）
 - └ 173-3 学芸又は技能の教育を行う者が生徒の教育、衣食又は寄宿の代価について有する債権
 - └ 1 年の短期消滅時効
 - └ 174-1 月又はこれより短い時期によって定めた使用人の給料に係る債権
 - └ 174-2 自己の労力の提供又は演芸を業とする者の報酬又はその供給した物の代価に係る債権
 - └ 174-3 運送賃に係る債権
 - └ 174-4 旅館、料理店、飲食店、貸席又は娯楽場の宿泊料、飲食料、席料、入場料、消費物の代価又は立替金に係る債権
 - └ 174-5 動産の損料に係る債権
 - └ 確定判決、裁判上の和解・調停その他により確定した権利 10 年（174 の 2）
 - ※短期消滅時効の定めの有無に関わらず 10 年だが、確定のときに弁済期末到来であれば不適用。
 - └ その他 … 20 年間行使しないとき（167-2） ※地上権、抵当権（大判昭 15.11.26）等

・ その他の権利等

- └ 取消権 … 追認可能なときから 5 年時効、行為時から 20 年時効（判例）（126）
- └ 解除権 … 債権に準じる。債務不履行等の解除権発生のときから 10 年時効（大判大 6.11.14）
 - └ 契約解除に伴う原状回復請求権 … 契約解除のときから 10 年時効（大判大 7.4.13）
- └ 不法行為責任 … 時効：損害及び加害者を知った時から 3 年間
 - 除斥：行為時から 20 年間（724）
- └ 地上権等がある場合の担保責任・瑕疵担保責任 … 時効：引渡しから 10 年（最判平 13.11.27）
 - 除斥：事実を知った時から 1 年（566-3,570）
- └ 他人物売買での代金減額請求・契約解除権 … 事実を知った時から除斥 1 年（564）
 - ※買主悪意なら契約の時から 1 年

第2編 物権

第1章 総則（175～179条）

第1節 物権の一般原則（175条）

1. 物権にはどのような種類があり、それぞれどのような内容の権利であるかを概括的に説明することができる。
 - ・ 所有権：物に対する自由な使用・収益・処分を認める権利
 - ・ 占有権：物に対する直接的支配という事実状態を法的に保護するもの
 - ・ 制限物権：所有権の権能の一部をその内容とする物権
 - * 用益物権
 - ・ 地上権
 - ・ 永小作権
 - ・ 地役権
 - * 担保物権
 - ・ 留置権
 - ・ 先取特権
 - ・ 質権
 - ・ 担保権
2. 物権に共通する特徴を、債権の特徴と対比して説明することができる。
 - ・ 物権法定主義 ⇔ 契約自由の原則
 - ・ 物権の排他性 ⇔ 債権は同一内容の債権が複数存在しうる
 - ・ 対世効：物権は絶対権(対世権) ⇔ 債権は相対権(対人権)
 - ・ 物権の優先的効力 = “売買は賃貸借を破る”、担保物権者は一般債権者に優先する
3. 物権法定主義の意義と根拠について説明することができる。
 - ・ 物権法定主義(§175)
 - §175 物権は、この法律その他の法律に定めるもののほか、創設することができない
 - * 意義：民法等の法律で定めた者以外の物権は、当事者の合意によっても創設できない
 - * 根拠：取引の安全(法定外物権があると、取引の安全が保障されない)
 - + 歴史的理由：近代的所有権の成立過程で、封建的な拘束から解放するため
 - * 例外①：民法制定以前の慣習による物権 = 民法施行法§35 で原則否定
 - 民法施行法§35 慣習上物権ト認メタル権利ニシテ民法施行前ニ発生シタルモノト雖モ其施行ノ後ハ民法其他ノ法律ニ定ムルモノニ非サレハ物権タル効カヲ有セス
 - ・ 民法が予定している物権
 - 入会権(§294, 263)：各地方の慣習に従うほか、共有・地役権として扱う
 - ・ 判例上認められた物権：湯口権・水利権
 - 【大判昭 15.9.18 民集 19-1611】鷹の湯事件(温泉専用権(湯口権)を物権として認める)
 - 第三者異議：認容→破棄差戻し(対抗要件なく物権取得を認めた審理不尽)
 - 「凡そ地中より湧出する温泉自体は之を該湧出地所有権の一内容を構成するものと解すべきや若くは右土地所

有権に対し独立せる一種の用益的支配権なりと解すべきものなりや否やは此の種地下水に関し特別の立法を欠如せる我法制の下に在っては解釈上疑義なき能はざるも本件係争の温泉専用権即所謂湯口権に付ては該温泉所在の長野県松本地方に於ては右権利が温泉湧出地（原泉地）より引湯使用する一種の物権的権利に属し通常原泉地の所有権と独立して処分せらるる地方慣習法存することは上掲の如く原審の判定せる処にして而も叙上の湯口権は訴外鈴木豊蔵が当時同人所有の土地より湧出せる温泉を自ら他の地点に引湯使用せるものにして即所謂原泉権自体に外ならざることは原判文に徴し寔に明白なりとす。然れども既に地方慣習法に依り如上の排他的支配権を肯認する以上此の種権利の性質上民法第百七十七条の規定を類推し第三者をして其の権利の変動を明認せしむるに足るべき特殊の公示方法を構するに非ざれば之を以て第三者に対抗し得ざるものと解すべきことは敢て多言を俟たざるが故に原審は更に此の点に付、考慮を払ひ右地方に在っても例へば温泉組合乃至は地方官庁の登録等にして右公示の目的を達するに足るべきもの存するや否や或は尠くとも立札其の他の標識に依り若くは事情に依りては温泉所在の土地自体に対する登記のみに依り第三者をして叙上権利変動の事実を明認せしむるに足るべきや否やに付、須く審理判断を与へざるべからざる筋合なりとす」

【大判大 6.2.10 民録 23-138】 上土権を認めず(地上権より強力な地表の所有権)

- * 例外②：民法制定後に生じた慣習法上の物権＝いわゆる非典型担保物権
 - ・ 法改正・特別法で解決：仮登記担保・根抵当
 - ・ 判例上認められたもの：譲渡担保

4. 物権的請求権とはどのような権利であり、どのような侵害についてどのような救済手段を求めることができるかを、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 物権的請求権：原則として行為請求権だが、認容請求権と解される場合もある
 - * 返還請求権
 - * 妨害排除請求権
 - * 妨害予防請求権

【大判昭 12.11.19 民集 16-1881】 妨害の蓋然性が相手方の行為によって生ずる必要はない

※土地の前主の行った工事により危険が生じたもの

第2節 不動産物権変動

第1款 意思主義（176条）

1. 物権変動に関する意思主義を、形式主義と対比して説明することができる。
 - ・物権変動：物権の発生・変更・消滅のこと
 - *発生：建物新築・取得時効(所有権発生)、売買や相続(所有権移転)など
 - *変更：地上権存続期間変更・抵当権の順位の変更、組合への所有物出資など
 - *物権変動と安全
 - ・動的安全：取引の安全 → 外観に対する信頼の保護
 - ・静的安全：真の権利者の保護
 - *物権変動の分類
 - ・原因による分類：契約・それ以外(単独行為＝解除・取消し、意思表示以外＝相続・時効)
 - ・目的物による分類＝不動産・動産
 - ・物権変動の要件(§176)：意思主義
2. 物権変動が生ずる時期、とくに所有権の移転が生ずる時期について、判例・学説の考え方の対立とその問題点の概要を説明することができる。

・物権変動の生ずる時期

- *原則(判例)：契約の時(§176の解釈 ← §176は物権変動の要件を規定しただけ)
 - ←登記・引渡しまたは代金支払時(有力) ← 時期がばらばらならどうするのか
 - ←段階的所有権移転説(有力)：所有権に含まれる権能の性質に応じ徐々に移転する

【大判大 2.10.25 民録 19-857】所有権移転は特約がなければ契約時[T2 オ 325]

「物権の設定及び移転は当事者の意思表示のみに因りて其効を生ずることは民法第七十六条の規定する所なるを以て物権の移転を目的とする意思表示は単に其意思表示のみに因りて直に物権移転の効力を生ずることは民法一般の原則とする所なるや明かなり。而して特定物を目的とする売買は特に将来其物の所有権を移転すべき約旨に出でざる限りは即時に其物の所有権を移転する意思表示に外ならざるを以て前示法条の規定に依り直に所有権移転の効力を生ずるものとす」

【最判昭 35.3.22 民集 14-4-501】当事者間の特約を認めて移転時期を遅らせた例

【最判昭 38.5.31 民集 17-4-588】当事者間の特約を認めて移転時期を遅らせた例

*売買契約と目的物の所有権の移転時期

【最判昭 33.6.20 民集 12-10-1585】特定物の売買契約と所有権移転時期[S31 オ 1084]

①甲土地・乙建物所有権移転登記、乙・丙建物明渡 ②丙所有権確認請求：①引換給付②認容→棄却→棄却
XがYから買った土地建物の所有権確認等請求。Xに代金未払い部分があった。建物は共に未登記、丙建物は家屋台帳登録もなかった。

「売主の所有に属する特定物を目的とする売買においては、特にその所有権の移転が将来なされるべき約旨に出

たものでないかぎり、買主に対し直ちに所有権移転の効力を生ずる…（大判大 2.10.25 参照）…原審は、所論（丙）の建物については、売主（上告人）の引渡義務と買主（被上告人）の代金支払義務とは同時履行の関係にある旨を判示しているだけであつて、右建物の所有権自体の移転が、代金の支払または登記と同時になさるべき約旨であつたような事実を認めていないことは、原判文上明白」

【最判昭 40.11.19 民集 19-8-2003】他人物売買の売主が目的物を取得したとき[S40 オ 614]

AがBに汽船を発注し建造・引渡(S36.5)されたが、代金が払えずBに返還されたのち、S36.6.10 にAがXに汽船の備品(本件物件)を譲渡し、占有改定で引渡したが、Aは既に所有権を失っていた。翌月にAはBに代金支払の話合いがついたため、7.8 に再び汽船・物件の引渡しを受けた。のち、Yが汽船・物件に強制執行しようとしたため、Xが第三者異議を申し立てた→一部認容→被告控訴：一部取消棄却→被告上告：棄却

「以上の事実関係の下において、BよりXへの本件物件の所有権および占有移転の時期、方法につき特段の約定ないし意思表示がない限り【＝原審は存在不認定】Aが昭 36.7.8 Bより本件物件の所有権を取得すると同時にXがAより本件物件の所有権を取得し、また、Aの占有取得と同時にXが前記約定に基き占有改定の方法によりAよりその占有を取得するに至つたものと解すべきである（Xの所有権取得につき、大判大 8.7.5 参照）」

【最判昭 35.6.24 民集 14-8-1528】目的物の特定と所有権移転[後掲 S31 オ 252]

「不特定物の売買においては原則として目的物が特定した時（民法四〇一条二項参照）に所有権は当然に買主に移転するものと解すべき」（損賠請求→棄却／棄却／棄却：亜鉛華取引の無資力リスク付け替え）

【最判昭 49.7.18 民集 28.5.743】所有権留保付割賦販売と所有権移転[S49 オ 157]

AがBに船を所有権留保し割賦販売、S44.7.19 にBが和議開始申立て、特約によりAが解除して船の引渡しを受け、A→C→Xと転売、その後YがBへの債務名義で船を差し押さえた（第三者異議→認容／棄却／棄却）

「おもうに、動産の割賦払約款付売買契約において、代金完済に至るまで目的物の所有権が売主に留保され、買主に対する所有権の移転は右代金完済を停止条件とする旨の合意がなされているときは、代金完済に至るまでの間に買主の債権者が目的物に対して強制執行に及んだとしても、売主あるいは右売主から目的物を買受けた第三者は、所有権に基づいて第三者異議の訴を提起し、その執行の排除を求めることができる」

*** 農地の売買：農地法の許可が必要**

【最判平 12.12.19 金法 1609-53】非農地化と農地法の許可[H9 オ 2075]

要旨「農地を目的とする売買契約締結後に当該農地が非農地化したことにより当該売買契約が農地法の許可なしに効力を生ずる」

第2款 対抗要件主義（177条）

1. 民法177条の対抗要件主義とはどのような制度であり、同条がどのような原因（契約、取消し、解除、取得時効等）に基づく物権変動に適用されるかについて、基本的な考え方の対立と問題点を説明することができる。

・不動産における対抗要件主義(§177)

§177 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第二百二十三号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない

* 意義：当事者間ではなく、第三者に物権変動を主張するために登記を要求するもの

∴物権変動は当事者の意思表示だけで効力を生じ、第三者の取引の安全を害しうるから

* 公示の原則：物権変動に、公示を要求する原則

・ 公示：登記により、対外的に権利の存在を知らせること

※対抗要件は公示でなくてもよく、公示は対抗要件とならない場合もある

* 公信の原則：真の権利状態と異なる公示がある場合、それを信頼して取引した者に対し、

公示通りの権利状態があったのと同様の保護を与えるもの(独・スイス)

・ 公信力：このような効力が認められる公示のもつ効力

・登記が対抗要件となる範囲

* 対象となる物権：不登法3所定の物権

= 所有権、地上権、永小作権、地役権、先取特権、質権、抵当権、賃借権、採石権

→占有権、入会権、留置権は登記できないため、対抗要件として登記不要

* 対象となる物権変動

・ 無制限説(起草者、大審院判例)：あらゆる物権変動に登記が必要

→相続による持分取得につき修正

【最判昭 35.11.29 民集 14-13-2869】解除による復歸的物権変動も登記必要[S33 才 846]

「不動産を目的とする売買契約に基き買主のため所有権移転登記があつた後、右売買契約が解除せられ、不動産の所有権が買主に復歸した場合でも、売主は、その所有権取得の登記を了しなければ、右契約解除後において買主から不動産を取得した第三者に対し、所有権の復歸を以つて対抗し得ないのであつて、その場合、第三者が善意であると否と、右不動産につき予告登記がなされて居たと否とに拘らない」

* 相続と登記

【最判昭 38.2.22 民集 17-1-235】自己の法定相続分につき未登記で対抗可[S35 才 1197]

「相続財産に属する不動産につき単独所有権移転の登記をした共同相続人中の乙ならびに乙から単独所有権移転の登記をうけた第三取得者丙に対し、他の共同相続人甲は自己の持分を登記なくして対抗しうるものと解すべきである。けだし乙の登記は甲の持分に関する限り無権利の登記であり、登記に公信力なき結果丙も甲の持分に関する限りその権利を取得するに由ないからである（大判大 8.11.3 参照）。」

* 物権の喪失と登記 = 建物収去土地明渡請求と登記

→§177 適用ではなく、§177 の対抗関係類似とし、公平の見地から登記を要求

【最判平 6.2.8 民集 48-2-373】所有権喪失の未登記[H4 才 602]

土地を競落したXが建物所有者Y（元所有者Aの妻、相続登記済）にした建物収去土地明渡請求。YはBに建物を売却していたが、未登記（棄却／棄却／破棄自判・取消認容）

「土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物収去・土地明渡しを請求するには、現実建物に所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害している者を相手方とすべきである。したがって、未登記建物の所有者が未登記のままこれを第三者に譲渡した場合には、これにより確定的に所有権を失うことになるから、その後、その意思に基づかずに譲渡人名義に所有権取得の登記がされても、右譲渡人は、土地所有者による建物収去・土地明渡しの請求につき、建物の所有権の喪失により土地を占有していないことを主張することができる…（最判昭 35.6.17 参照）…建物の所有名義人が実際には建物を所有したことがなく、単に自己名義の所有権取得の登記を有するにすぎない場合も、土地所有者に対し、建物収去・土地明渡しの義務を負わない…（最判昭 47.12.7 参照）」「もっとも、他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、たとえ建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできない……」けだし、建物は土地を離れては存立し得ず、建物の所有は必然的に土地の占有を伴うものであるから、土地所有者としては、地上建物の所有権の帰属につき重大な利害関係を有するのであって、土地所有者が建物譲渡人に対して所有権に基づき建物収去・土地明渡しを請求する場合の両者の関係は、土地所有者が地上建物の譲渡による所有権の喪失を否定してその帰属を争う点で、あたかも建物についての物権変動における対抗関係にも似た関係というべく、建物所有者は、自らの意思に基づいて自己所有の登記を経由し、これを保有する以上、右土地所有者との関係においては、建物所有権の喪失を主張できないというべきであるからである。もし、これを、登記に関わりなく建物の「実質的所有者」をもって建物収去・土地明渡しの義務者を決すべきものとするならば、土地所有者は、その探求の困難を強いられることになり、また、相手方において、たやすく建物の所有権の移転を主張して明渡しの義務を免れることが可能になるという不合理を生ずるおそれがある。他方、建物所有者が真実その所有権を他に譲渡したのであれば、その旨の登記を行うことは通常はさほど困難なこととはいえず、不動産取引に関する社会の慣行にも合致するから、登記を自己名義にしておきながら自らの所有権の喪失を主張し、その建物の収去義務を否定することは、信義にもとり、公平の見地に照らして許されないものといわなければならない」

【最判昭 35.6.17 民集 14-8-1396】自ら登記していない場合[S31 才 119]

建物収去土地明渡・損賠請求→棄却／棄却

「土地の所有権にもとづく物上請求権の訴訟においては、現実には家屋を所有することによつて現実にはその土地を占拠して土地の所有権を侵害しているものを被告としなければならない……本件においては被上告人は、かつて右家屋の所有者ではあつたが、上告人が本件土地を買い取る以前に（もとより、上告人のした所論仮処分より前に）右家屋を未登記のまま第三者に譲渡し現在は家屋の所有者でない……すなわち被上告人は現在においては右家屋に対しては何等管理処分等の権能もなければ、事実上これを支配しているものでもなく、また、登記ある地上家屋の所有者というにもあたらない。（現在登記簿上本件家屋について、被上告人名義の保存登記が存在するけれども、これは被上告人が本件家屋を未登記のまま譲渡した後に、上告人の仮処分申請にもとづいて、裁判所の囑託によつて為されたものであつて、被上告人の関知するところでない…）従つて、被上告人は現実には上告人の土地を占拠して上告人の土地の所有権を侵害しているものということとはできないのであつて、かかる被上告人に対して、物上請求権を行使して地上建物の収去をもとめることは許されない…（大判昭 13.12.2 参照）また、被上告人は上告人が本件土地の所有権を取得する以前に右家屋を未登記のまま譲渡したこと前叙のごとくであるから、上告人の所有権の侵害を原因とする本訴損害賠償の請求も理由のないものといわなければならない」（奥野補足）反対意見のように過去の所有権者の誰でも任意に選択して保存登記→訴訟とできるのは不合理（小谷・河村大反対）未登記建物は保存登記後移転登記するのが本則ゆえ、対抗できない

【最判昭 47.12.7 民集 26-10-1829】合意で登記名義人となった者[S44 才 1215]

Y1 が賃貸人に無断で土地賃借権を譲り受けて建物を建築し、合意の下 Y2 名義で保存登記したもの。Y1,2 への建物収去土地明渡請求→認容／Y1 棄却・Y2 につき破棄差戻し

「建物の所有権を有しない者は、たとえ、所有者との合意により、建物につき自己のための所有権保存登記をし

ていたとしても、建物を収去する権能を有しないから、建物の敷地所有者の所有権に基づく請求に対し、建物収去義務を負うものではない」

（大隅意見）94-2 類推適用をすべきだが、原告が Y1 の所有権を認めているので棄却すべき

2. 民法 177 条の対抗要件主義において、判例・学説の基本的な考え方を踏まえて、第三者（転得者を含む）の主観的要件についてどのような議論があるかを、具体例に即して説明することができる。

・ §177 の第三者の範囲

＊ 無制限説(旧判例・旧通説)：当事者及びその包括承継人以外はすべて

＊ 制限説(判例・通説)：当事者及びその包括承継人以外の者であって、

登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する者

【大連判明 41.12.15 民録 14-1276】 制限説を採用[M41 オ 269]

「民法第百七十七条には不動産に関する物権の得喪及び変更は登記法の定むる所に従ひ其登記を為すに非ざれば之を以て第三者に対抗することを得ずと規定し第三者の意義に付て明に制限を加へたる文詞あるを見ず是故に之を物権の性質に考へ又之を民法の条文に徴して卒然之を論するときは所謂第三者とは不動産に関する物権の得喪及び変更の事為に於ける当事者及び其包括承継人に非ざる者を挙で指称すと云へる説は誠に間然すべき所なきが如し。然れども精思深考するときは未だ必しも其然らざることを知るに難からず。抑民法に於て登記を以て不動産に関する物権の得喪及び変更に付ての成立要件と為さずして之を対抗条件と為したるは既に其絶対の権利たる性質を貫徹せしむること能はざる素因を為したるものと謂はざるを得ず。然れば則ち其時に或は待対の権利に類する嫌あることは必至の理にして毫も怪むに足らざるなり。是を以て物権は其性質絶対なりとの一事は本条第三者の意義を定むるに於て未だ必しも之を重視するを得ず。加之本条の規定は同一の不動産に関して正当の権利若くは利益を有する第三者をして登記に依りて物権の得喪及び変更の事状を知悉し以て不慮の損害を免ることを得せしめんが為めに存するものなれば其条文には特に第三者の意義を制限する文詞なしと雖も其自ら多少の制限あるべきことは之を字句の外に求むること豈難しと言ふべけんや何となれば対抗とは彼此利害相反する時に於て始めて発生する事項なるを以て不動産に関する物権の得喪及び変更に付て利害関係あらざる者は本条第三者に該当せざること尤著明なりと謂はざるを得ず。又本条制定の理由に視て其規定したる保障を享受するに直せざる利害関係を有する者は亦之を除外すべきは蓋疑を容るべきに非ず由是之を觀れば本条に所謂第三者とは当事者若くは其包括承継人に非ずして不動産に関する物権の得喪及び変更の登記欠缺を主張する正当の利益を有する者を指称すと論定するを得べし。即ち同一の不動産に関する所有権抵当権等の物権又は賃借権を正当の権原に因りて取得したる者の如き又同一の不動産を差押へたる債権者若くは其差押に付て配当加入を申立てたる債権者の如き皆均しく所謂第三者なり。之に反して同一の不動産に関し正当の権原に因らずして権利を主張し或は不法行為に因りて損害を加へたる者の類は皆第三者と称することを得ず」

・ 第三者の判断

＊ 第三者でない者

・ 詐欺・強迫で登記の申請を妨害した者、登記申請義務を負う第三者(代理人のこと)

不登 5-1 詐欺又は強迫によって登記の申請を妨げた第三者は、その登記がないことを主張することができない

#2 他人のために登記を申請する義務を負う第三者は、その登記がないことを主張することができない。ただし、その登記の登記原因…が自己の登記の登記原因の後に生じたときは、この限りでない

・ 無権利の登記名義人、その転得者：登記に公信力がないから

・ 不法占拠者

【最判昭 25.12.19 民集 4-12-660】 不法占拠者に対しては登記なくして所有権を対抗できる

＊賃借人＝第三者に含む：賃借権の設定された不動産の譲渡と対抗要件

【最判昭 49.3.19 民集 28-2-325】新賃貸人の賃料請求のための対抗要件[S47 才 1121]

S29 に A→X へ本件土地の所有権移転仮登記がされ、S38 に本件土地上の建物所有者 Y が処分禁止仮処分命令を得たところ、X が Y に所有権移転登記手続承諾・登記完了と同時の建物収去を求めたもの

一審：認容→控訴棄却→上告：建物収去請求のみ破棄差戻し、他棄却

「本件宅地の賃借人としてその賃借地上に登記ある建物を所有する上告人は本件宅地の所有権の得喪につき利害関係を有する第三者であるから、民法一七七条の規定上、被上告人としては上告人に対し本件宅地の所有権の移転につきその登記を経由しなければこれを上告人に対抗することができず、したがってまた、賃貸人たる地位を主張することができない…（大判昭 8.5.9 参照）。」Y は X の本件土地所有権取得を争っており、未登記である以上、「X は本件宅地につき所有権移転登記を経由したうえではじめて、Y に対し本件宅地の所有者であることを対抗でき、また、本件宅地の賃貸人たる地位を主張し得ることとなる……それ以前には、X は右賃貸人として Y に対し賃料不払を理由として賃貸借契約を解除し、Y の有する賃借権を消滅させる権利を有しない……X が本件宅地につき所有権移転登記を経由しない以前に、本件宅地の賃貸人として Y に対し賃料不払を理由として本件宅地の賃貸借契約を解除する権利を有することを肯認した原判決」は誤り

【最判昭 46.4.23 民集 25-3-388】新旧所有者の合意で足り、賃借人の同意は不要

X は建物所有目的で本件土地を賃借していたが、対抗力を備えないうちに所有者 Y は無断で訴外 A に売却したため、不法行為損害請求をしたもの（損害請求→棄却→一部認容(90%)→破棄差戻し→控訴棄却(A が賃貸人の地位を承継したのに、Y が権利保全を怠ったためこれを失った)→棄却)

「土地の賃貸借契約における賃貸人の地位の譲渡は、賃貸人の義務の移転を伴うものではあるけれども、賃貸人の義務は賃貸人が何びとであるかによつて履行方法が特に異なるわけのものではなく、また、土地所有権の移転があつたときに新所有者にその義務の承継を認めることがむしろ賃借人にとつて有利であるというのを妨げないから、一般の債務の引受の場合と異なり、特段の事情のある場合を除き、新所有者が旧所有者の賃貸人としての権利義務を承継するには、賃借人の承諾を必要とせず、旧所有者と新所有者間の契約をもつてこれをなすことができる」

【最判昭 39.8.28 民集 18-7-1354】不動産所有権移転と賃貸人たる地位の移転[S35 才 596]

X は A に建物を売渡したのに、売渡後の賃料を Y に請求し、不払いを理由に賃貸借契約を解除して家屋明渡請求をしたもの→棄却／取消認容／破棄差戻し

「自己の所有建物を他に賃貸している者が賃貸借継続中に右建物を第三者に譲渡してその所有権を移転した場合には、特段の事情のないかぎり、借家法一条の規定により、賃貸人の地位もこれに伴つて右第三者に移転する……ところ、本件においては、X が Y に対して自己所有の本件建物を賃貸したものであることが当事者間に争がないのであるから、本件賃貸借契約解除権行使の当時 X が本件建物を他に売り渡してその所有権を失つていた旨の所論主張につき、もし X がこれを争わないのであれば、X は Y に対する関係において、右解除権行使当時すでに賃貸人たるの地位を失つていたことになるのであり、右契約解除はその効力を有しなかつたものといわざるを得ない」

＊悪意者

・判例：背信的悪意者(悪意＋信義則違反)のみ排除

∴自由競争 ← 横領の奨励ではないか？(悪意なら刑法上は横領共同正犯にあたる)

∴登記制度の定着 ← 登記の慣行が確立した現代では根拠にならない

←有力：悪意者排除論、悪意・有過失者排除論

【最判昭 43.8.2 民集 22-8-1571】背信的悪意者(肯定例)[S42 才 564]

所有権確認：棄却→棄却→棄却

A→X,Yの二重譲渡、Xが未登記のうちに、Yが時価120万を3.5万(のち15万追加)で買い登記を経由したものの。Aは土地がどこにあって、売ったかどうか記憶がさだかでないのに、Yは「村図等について調査して、本件山林が被上告人の永年占有管理していることの明らかな本件係争地域内にあつて、被上告人がすでにこれを買っているものであることを知つたうえ、被上告人が登記を経っていないのを奇貨として、被上告人に対し高値でこれを売りつけて利益を得る目的をもつて、本件山林を買受けるに至つた」。Xに売ろうとしたが拒まれたため、Bに転売し、Bが本訴を提起すると買い戻して訴訟を参加承継した。

「実体上物権変動があつた事実を知る者において右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであつて、民法一七七条にいう第三者に当たらないものと解すべきところ（最判昭 31.4.24、同 40.12.21 参照）、原判決認定の前記事実関係からすれば、上告人が被上告人の所有権取得についてその登記の欠缺を主張することは信義に反するものというべきであつて、上告人は、右登記の欠缺を主張する正当の利益を有する第三者にあたらない……なお、上告人が本件山林を買受けた当時におけるその客観的価格が確定されていないことは、前記事実関係のもとにおいて右のように解することの妨げとなるものではない」

【最判昭 31.4.24 民集 10-4-417】背信的悪意者(否定例)[S29 オ 79]

公売処分無効確認等請求：認容／破棄差戻し（滞納処分をした不動産につき、原告が財産として申告し、財産税が課税されていたため、国が背信的悪意と主張したもの）

「国税滞納処分においては、国は、その有する租税債権につき、自ら執行機関として、強制執行の方法により、その満足を得ようとするものであつて、滞納者の財産を差し押えた国の地位は、あたかも、民事訴訟法上の強制執行における差押債権者の地位に類するものであり、租税債権がたまたま公法上のものであることは、この関係において、国が一般私法上の債権者より不利益の取扱を受ける理由となるものではない。それ故、滞納処分による差押の関係においても、民法一七七条の適用がある……国が登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に当るかどうかが問題となるが、ここに、第三者が登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しない場合とは、当該第三者に、不動産登記法四条、五条により登記の欠缺を主張することの許されない事由がある場合、その他これに類するような、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合に限る」

「一方において一般国民のために租税を徴収し公売制度の信用を維持すべき国の公益的立場および善意無過失の第三者としてもつとも保護に値する競落人の立場と他方において同情に値するとはいえ、移転登記の経由を怠つていたことのために、これにより取引上通常被ることのあるべき損失を被ることはやむを得ないものとされる被上告人の立場とも比較考慮すれば、本件において、国が登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に当たらないというためには、財産税の徴収に関し、原審の認定するような経緯があつたということだけでは足りず、このためには、所轄税務署長がとくに被上告人の意に反して積極的に本件不動産を被上告人の所有と認定し、あるいは、爾後もなお引き続いて右土地が被上告人の所有であることを前提として徴税を実施する等、被上告人において本件土地が所轄税務署長から被上告人の所有として取り扱われるべきことをさらに強く期待することがもつともと思われるような特段の事情がなければならない」（小林反対あり）

【最判昭 40.12.21 民集 19-9-2221】背信的悪意者(否定例)[S37 オ 904]

「民法一七七条にいう第三者については、一般的にはその善意・悪意を問わないものであるが、不動産登記法四条または五条のような明文に該当する事由がなくても、少なくともこれに類する程度の背信的悪意者は民法一七七条の第三者から除外さるべきである（最判昭 31.4.24 参照）。しかし、本件においては、原判決認定の前記事実関係からすれば、被上告人鈴木は、本件家屋が被上告人木原から上告人らに贈与された事実を前提として積極的に上告人らと本件土地の賃貸借契約を締結し、爾来九年余にわたつてその関係を継続してきた等前示（イ）ないし（ハ）記載の事実があるとしても、被上告人鈴木において被上告人木原の言を信じた結果同人に同情して本件家屋を買受けるに至つたものである等前示（ト）記載の事実を考え合せば、被上告人鈴木をもつていまだ民法一七七条の第三者としての保護に値しない背信的悪意者とすることはできない」（別の理由で破棄差戻し）

・通行地役権の場合：使用状況が客観的に明らかで、認識し又は認識しえたら、原則除外

【最判平 10.2.13 民集 52-1-65】通行地役権と承役地の譲受人への対抗 [H9 才 966]

①(主)無料無期限通行地役権確認(予)囲繞地通行権確認②地役権設定登記手続③門柱等撤去④通行使用妨害禁止：①(予)④認容、①(主)②③棄却→Y 控訴 X 附帯控訴・①(主)④認容、他棄却→棄却

A が土地を分筆し、X に売った土地のため本件係争地に通行路を設け、本件係争地を含む残余を B に売ったが、B は本件係争地を舗装して通路としていた（残余に自宅建築、X も自宅を建て、車で通行）。Y が B から本件係争地等を購入後、X の通行を妨害した。

「通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない……その理由は、次のとおりである。

（一）登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者は、民法一七七条にいう「第三者」（登記をしなければ物権の得喪又は変更を対抗することのできない第三者）に当たるものではなく、当該第三者に、不動産登記法四条又は五条に規定する事由のある場合のほか、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない。

（二）通行地役権の承役地が譲渡された時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、要役地の所有者が承役地について通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。したがって、右の譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、右の譲受人が地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものというべき……ただし、例えば、承役地の譲受人が通路としての使用は無権原でされているものと認識しており、かつ、そのように認識するについては地役権者の言動がその原因の一半を成しているといった特段の事情がある場合には、地役権設定登記の欠缺を主張することが信義に反するものということとはできない。

（三）したがって、右の譲受人は、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないものというべきである。なお、このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない」

・取得時効の場合：少なくとも多年にわたる占有継続の事実を認識している必要がある

→通行地役権より厳しいが、従来の判断よりは甘め(時効取得の要件の一部でよいから)

【最判平 18.1.17 民集 60-1-27】時効取得と背信的悪意者[前掲 H17 受 144]

(本)所有権確認等、(反)所有権確認・(予)通行権確認等→(本)認容(反)一部認容→変更(本)ほぼ棄却(反)認容→一部破棄自判（Y の前主らが専用進入路として 22 年間使用占有し、9 年前にコンクリート舗装したのに、X が当該土地を購入し登記を経たとして所有権確認・コンクリート撤去等を請求したもの）

「甲が時効取得した不動産について、その取得時効完成後に乙が当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、乙が、当該不動産の譲渡を受けた時点において、甲が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、甲の登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるというべきである。取得時効の成否については、その要件の充足の有無が容易に認識・判断することができないものであることにかんがみると、乙において、甲が取得時効の成立要件を充足して

いることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合があるというべきであるが、その場合であっても、少なくとも、乙が甲による多年にわたる占有継続の事実を認識している必要がある」「原審は、上告人らが被上告人による多年にわたる占有継続の事実を認識していたことを確定せず、単に、上告人らが、本件土地等の購入時、被上告人が本件通路部分A―を通路として使用しており、これを通路として使用できないと公道へ出ることが困難となることを知っていたこと、上告人らが調査をすれば被上告人による時効取得を容易に知り得たことをもって、上告人らが被上告人の時効取得した本件通路部分A―の所有権の登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者に当たらないとしたのであるから」法令違反があり破棄差戻し

- ・ 背信的悪意者からの譲受人：譲受人自身が背信的悪意者でない限り、対抗できる

- ・ ∴背信的悪意者への売買契約自体は有効、信義則違反は相対的な判断

【最判平 8.10.29 民集 50-9-2506】背信的悪意者からの譲受人[H5 オ 956]

(本)所有権移転登記、公道敷地確認、建物撤去(反)仮処分による執行の原状回復：X 勝訴→登記部分破棄差戻し A→X(松山市)、A→B→C→D→Y の二重譲渡。B 購入時の代金は 500 万円(時価は道路でないなら 6000 万円)。B は市道廃止のため同意書を取るなどしたが、C,D(いずれも B と同じオーナー)を経て Y へ転売、Y は土地が市道ではないとして、プレハブ等を建てた。原審は BCD が背信的悪意者ゆえ、Y も同じとして原告勝訴。

「所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとい丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができるものと解するのが相当である。けだし、(一) 丙が背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であっても、乙は、丙が登記を経由した権利を乙に対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得を丙に対抗することができるというにとどまり、甲丙間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、丁は無権利者から当該不動産を買受けたことにはならないのであって、また、(二) 背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法一七七条の「第三者」から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経えない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである」

3. 不動産取引において、民法 94 条 2 項の適用や類推適用がどのような意味を持つかを、公信の原則との関係に留意しながら、具体例に即して説明することができる。

- ・ 取消しと登記

- * 取消し前の第三者：§96-3 で保護

- * 取消し後の第三者

- ・ 対抗問題アプローチ(判例)：復歸的物権変動として、登記の先後により決する(§177)

- ・ 公信力アプローチ(有力)：契約の遡及的消滅として、権利外観法理の問題となる(§94-2 類推)

- ・ 解除と登記

- * 解除前の第三者：§545-1 但書で保護、但し第三者は登記が必要(§177)

- * 解除後の第三者

- ・ 直接効果説(契約の遡及的解消)→権利外観法理(§94-2 類推)

- ・ 折衷説(未履行部分消滅+原状回復義務) →対抗問題(§177・判例)

- ・ 間接効果説(支持なし・履行拒絶の抗弁権+原状回復義務)

第3款 不動産登記

1. 物権の変動が生じた場合に、どのような手続きにしたがってその登記をすることができるかを理解している（共同申請の原則と単独申請ができる例外）。

- ・ 共同申請の原則：義務者・権利者が一緒に申請する(不登法 60)

- ・ 単独申請の例外：確定判決、相続・法人の合併(不登法 63)

- ・ 登記の有効要件

- * 形式的要件：不動産登記法の手続に適合していること

- * 実質的要件：実体的な権利関係に合致していること

- ・ 例外：中間省略登記＝権利移転の中間を省略するもの。当事者の同意があれば有効(判例)

- 特に中間者の同意を重視し、同時履行の抗弁を主張できなくなるおそれ

【最判昭 35.4.21 民集 14-6-946】中間者による抹消請求[S30 オ 981]

建物所有権移転登記抹消請求：認容→取消棄却→棄却

Cが建築し、C→X→Aと譲渡後、A→B,Yに二重譲渡された建物につき、YがC保存登記、C→Yの中間省略登記をしたもの。Xは既に対価を得ていたが、Bが取得できなかったことに責任を感じて訴訟に及んだ。

「二重売買の場合において、第一の買主と第二の買主とは実質上いずれも所有者であつて、売主に対してはその所有権を主張し得るけれども、本件のように第二の買主たる被上告人田島新一が所有権移転登記をした以上、同被上告人は何人にも対抗しうべき所有者となると解するを相当とし、右登記がいわゆる中間省略登記であると否とによつて、結論を異にすべきものではない」「かかる事実関係の下においては、原審が、YとBといずれが法律上の保護に値するかどうかは同人らの訴訟の結果によるべきであり、上告人には本件登記の抹消を訴求するについての法律上の利益を認めがたく、本訴請求は失当であると判示したことは正当」

【最判昭 40.9.21 民集 19-6-1560】中間省略登記の要件[S39 オ 985]

建物所有権移転登記手続請求等：登記認容(但し、原因・日付は主文に記載なし)→取消棄却→棄却

Y→A→Xと移転した建物につき、XがYから直接の所有権移転登記を求めたもの

「実体的な権利変動の過程と異なる移転登記を請求する権利は、当然には発生しないと解すべきであるから、甲乙丙と順次に所有権が移転したのに登記名義は依然として甲にあるような場合に、現に所有権を有する丙は、甲に対し直接自己に移転登記すべき旨を請求することは許されないというべきである。ただし、中間省略登記をするについて登記名義人および中間者の同意ある場合は別である。(論旨引用の当裁判所判決は、すでに中間省略登記が経由された後の問題に関するものであつて、事案を異にし本件には適切でない。)本件においては、登記名義人の同意について主張、立証がないというのであるから、上告人の中間省略登記請求を棄却した原判決の判断は正当であつて、不動産登記法に違反するとの論旨は理由がない。また、登記名義人や中間者の同意がない以上、債権者代位権によつて先ず中間者への移転登記を訴求し、その後中間者から現所有者への移転登記を履践しなければならないのは、物権変動の経過をそのまま登記簿に反映させようとする不動産登記法の建前に照らし当然のことであつて、中間省略登記こそが例外的な便法である」

2. 登記請求権はどのような根拠に基づいて、どのような場合に発生するかを、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 登記請求権の法的性質

- * 物権的請求権説 ← 転売後の買主の登記請求権が説明できない

- 転売後は物権変動的請求権とする説あり

- * 債権的請求権説 ← 無権利者に対する抹消請求が説明できない、消滅時効?

* 多元説(有力)：売買は債権的請求権、無権利者には物権的請求権と分けるべき

3. 仮登記とはどのような場合になされる登記であり、それがどのような効力を持つかについて、具体例を挙げて説明することができる。

・ 仮登記(不登法 105)：順位保全効がある(不登法 106)

* 本登記にしても、対抗力は遡及しない：中間処分の権利者に不当利得返還義務を生ずる

【最判昭 36.6.29 民集 15-6-1764】本登記前の占有に対する損賠[S33 才 871]

①家屋明渡請求：認容→Y 控訴・X 附帯控訴(②損害金請求)：①棄却、②認容→①棄却、②破棄差戻し

A→B 貸金債務の担保として B の家屋に売買予約をしたのち、A→X へ貸金債務等が譲渡され、さらに A→X の所有権移転仮登記がされたのち、Y が B から家屋を賃借し、その後 X が売買予約完結権を行使したもの

①「請求権保全のための仮登記といえども、これに基づく本登記がなされたときは、仮登記以後に行われた、これと相容れない中間処分の効力を否定する効果を有するものと解すべきであり(大判昭 8.3.28 参照)、所有権移転請求権保全の仮登記以後に行われた所論賃借権の設定も、右にいう、仮登記と相容れない中間処分たるを失わないのであるから、既に同仮登記に基づく本登記がなされた以上、上告人は、右賃借権をもつて被上告人に対抗し得ないものといわなければならない」

②「不法行為が成立するためには、損害が現に発生したという事実がなければならない。そして、所有権移転の本登記によつて、仮登記の時以後における、これと相容れない中間処分の効力が否定されるということは、決して仮登記の時に所有権の移転があつたという事実を擬制するのではないから、上告人の本件家屋の占拠によつて被上告人に仮に損害があつたとしても、その損害の発生は、特段の事情のないかぎり被上告人において現実に本件家屋の所有権を取得した以後でなければならない」→本件家屋の所有権取得時期の審理で差戻し

【最判昭 54.9.11 判時 944-52】本登記前の占有に対する損賠[S52 才 589]

「被上告人が右停止条件付代物弁済契約に基づき本件土地の所有権を取得し本件仮登記に基づく本登記を経由しても、これによって、上告人は遡って右本登記以前の権原に基づく土地占有につき被上告人に対し不法占有者としての損害賠償責任を負うものではない」

第3節 動産物権変動

第1款 对抗要件（178条）

1. 動産物権変動における对抗要件主義がどのような制度であり、どのような場合に問題となるかを具体例に即して説明することができる。

- ・ 動産物権変動における对抗要件主義(§178)：引渡し(§182～184)が对抗要件

※基本的に所有権の問題(使える物権が少なく、質権は引渡し効力要件)

※「譲渡」：復歸的物権変動も含まれる

※「第三者」：§177と同じ意義

§178 動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しが必要で、第三者に対抗することができない

【最判昭 29.8.31 民集 8-8-1567】 178条の第三者（受寄者）[S27 オ 1197]

「上告人は被上告人に本件物件を譲渡した訴外渋江に代つて一時右物件を保管するに過ぎないものであつて、かかる者は右譲渡を否認するに付き正当の利害関係を有するものということは出来ない。従つて民法一七八条にいう第三者に該当しない」（動産引渡：認容→棄却→棄却）

* 占有改定による引渡し：对抗要件となる(公示の機能をもたない对抗要件)

→第三者を害しうるが、即時取得があるため問題ない

【最判昭 30.6.2 民集 9-7-855】 占有改定も§178の引渡しに含む[S28 オ 952]

「売渡担保契約がなされ債務者が引き続き担保物件を占有している場合には、債務者は占有の改定により爾後債権者のために占有するものであり、従つて債権者はこれによつて占有権を取得するものであると解すべきことは、従来大審院の判例とするところ……当裁判所もこの見解を正当であるとする」（動産引渡請求、破棄差戻し）

* 登記・登録が对抗要件となる場合

- ・ 特別法による：物の占有を移転せず担保権を設定する需要が大きいもの

→船舶(商 687)、自動車(道路運送車両 5、自動車抵当 5)、航空機(航空 3/3、航空機抵当 5)

農業動産(農業動産信用 13)、建設機械(建設機械抵当 7)

- ・ 動産債権譲渡特例法 3 による

※物権変動そのものの公示であり、所有権等の権利の公示ではない

* 明認方法による对抗(慣習上の公示方法)

- ・ 立木：登記できるが(立木 2)、明認方法でも对抗できる。他に稲立毛も可能

←对抗問題が生じた時点で消滅していると、对抗できない

∵土地に生えているから、引渡しができない

- ・ 借地権(借地借家法 10-2)：借地上の建物が滅失した場合の例外的措置

【大判昭 9.10.30 民集 13-2024】 明認方法による对抗[S9 オ 918]

「被相続人が一定の山林を甲に譲渡したも其の登記手続を為さずして死亡し同人の相続人が該山林中立木のみを乙に譲渡し第三者をして其の関係を明認せしむる為公示方法を尽したる場合には甲は其の立木に付ては譲受の事実を以て乙に対抗することを得ざるものと云はざるべからず」

【最判昭 36.5.4 民集 15-5-1253】 明認方法の存続[S32 オ 355]

「明認方法は、立木に関する法律の適用を受けない立木の物権変動の公示方法として是認されているものであるから、それは、登記に代るものとして第三者が容易に所有権を認識することができる手段で、しかも、第三者が利害関係を取得する当時にもそれだけの効果をもつて存在するものでなければならず、従つて、たとい権利の変

動の際一旦明認方法が行われたとしても問題の生じた当時消失その他の事由で右にいう公示として働きをなさなくなっているとすれば明認方法ありとして当該第三者に対抗できない」(立木所有権確認等)

第2款 即時取得

1. 動産の即時取得とはどのような制度であり、それが認められるための要件はどのようなものか、盗品・遺失物についてどのような例外が認められるかを、具体例に即して説明することができる。

- ・ 即時取得(§192)：動産取引の安全保護のため

- * 性質は原始取得 ※旧民法では時効の一種(即時時効、瞬間時効)

- * 2004 年改正前は「取引行為によって」の文言はなかったが、通説・判例は取引行為に限定

- * 取得できる物権：原則的に所有権・質権。先取特権にも一部適用(§319)

- 動産の賃借権は取得できない ∴そこまで保護する必要なし

§192 取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する

- ・ 要件：目的物、前主、取引行為の態様、取得者に大別できる

- * 目的物＝動産であること

- ・ 樹木の場合：伐採されれば動産だが、伐採前は不動産(立木)

- ・ 登記・登録可能な動産：登記・登録されれば否定。未登記・未登録なら即時取得可能

- ←登録も占有者名義になっている場合、登録も移せば即時取得を肯定すべき(有力)

- ←§94-2 類推で対処できる

【最判昭 45.12.4 民集 24-13-1987】自動車(登録なし)の即時取得を肯定

【最判昭 62.4.24 判時 1243-24】一般に既登録の自動車は即時取得できない

- ・ 動産譲渡登記済の動産：即時取得は可能だが、確認しないと有過失になる可能性

- 一般人なら無過失か。特に金融機関では確認義務があると解される

- ・ 金銭：封がされるなど、特殊な場合を除き即時取得は不可だが返還請求もできない

- ←価値の返還請求権を認めるべき ← 不当利得で無理なら認めるべきでない

- * 前主の要件

- ・ 処分権限がないこと → 錯誤・行為無能力等の買主は、前主が所有者のため即時取得不可

- ・ 占有があること ∴即時取得は前主の占有に公信力を与える制度

- * 有効な取引行為：原始取得(伐採等)や包括承継は含まれない

【最判昭 42.5.30 民集 21-4-1011】競売による買い受けにも即時取得適用あり

- * 取得者＝平穩、公然、善意、無過失、占有開始

- ・ 善意・無過失：前主に処分権限がある(所有者である)と信じ、そう信じるにつき無過失

- ・ 推定 → 平穩・公然・善意(§186-1)、無過失(§188)

【最判昭 41.6.9 民集 20-5-1011】§188 から無過失は推定される

- * 即時取得の基礎となる引渡し(前主占有＋取得者の占有開始)

- ・ 占有改定で足りるか：判例は肯定説

- ←折衷説：占有改定で一応即時取得は成立するが、現実の引渡しを受けるまで確定的でない

- ∴後行者の善意無過失の判断時が、現実の引渡しではなく、占有改定(取引)時となる

【最判昭 35.2.11 民集 14-2-168】占有改定による即時取得(否定)[S32 オ 1092]

部落民有志(代表 B 及び A ら)共有の発電機を B が買うことになったが(代金完済まで所有権留保特約)、代金不

払いで解除となったところ、XがBから発電機を買い受け、その後Bは以前から管理していた鍵をA1に引渡し、AらはこれをYに売却、現実に引渡ししたもの。Xの即時取得の可否が焦点。

「無権利者から動産の譲渡を受けた場合において、譲受人が民法一九二条によりその所有権を取得しうするためには、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得することを要し、かかる状態に一般外観上変更を来たさないいわゆる占有改定の方法による取得をもつては足りないものといわなければならない（大判大5.5.16、最判昭32.12.27参照）。」（動産所有権確認・同引渡し等請求→棄却／棄却／棄却）

【最判昭32.12.27民集11-14-2485】占有改定による即時取得(否定)[S30オ225]

「無権利者から動産の譲渡を受けた場合において、譲受人が民法一九二条によりその所有権を取得しうするためには、譲受人はその占有を取得することを要ししかもその占有の取得は占有改定の方法による取得をもつては足りないものといわなければならない（大判大5.5.16参照）……原判決は、被上告人沢は競落により前記物件の引渡を受けたと認定しているけれども、右物件は本件宅地に設営された庭園設備の一部であつて、執行吏はこれを現状のまま差し押えて競売に付し、競落人たる被上告人沢に対してもこれを現状のまま引き渡したものである……から、その引渡は特段の事情のないかぎりいわゆる占有改定による引渡と認むべきであり、したがつて、仮に右物件が動産でありかつ被上告人沢が平穩公然善意無過失にその占有を始めたとしても同被上告人はこれによりその所有権を取得するに由ないもの」（庭右庭樹等所有権確認請求→認容／破棄差戻し）

・指図による占有移転はOK

【最判昭57.9.7民集36-8-1527】指図による占有移転での即時取得(肯定)[S55オ185]

豚肉につき、訴外AがYらから寄託を受けてBに寄託したが、これより先にAは豚肉をCに売渡し、CはXに転売し、A・CはB宛の荷渡指図書を発行、B及び買受人に交付してCはA・Cの意思を確認の上寄託者台帳をA→C→Xと変更した(慣習上、売買当事者間ではこの名義変更によつて目的物の引渡が完了したものとして処理していた)。Yらの強制執行に対してXが第三者異議を申立て。

「右事実関係のもとにおいて、被上告人が右寄託者台帳上の寄託者名義の変更によりスギヤマ商店から本件豚肉につき占有代理人を東洋水産とする指図による占有移転を受けることによつて民法一九二条にいう占有を取得したものであるとした原審の判断は、正当」（第三者異議→認容/棄却）

・動産譲渡登記：§178の引渡しとみなされるだけで、即時取得はできない

∴即時取得が容易になり、静的安全を害する

・盗品・遺失物の例外(§193,194)

* 即時取得成立が2年間猶予される(§193) = 真の権利者の帰責性の要件

→即時取得を真の権利者が自らの意思で動産の占有を手放した場合に限定する趣旨

§193 前条の場合において、占有物が盗品又は遺失物であるときは、被害者又は遺失者は、盗難又は遺失の時から二年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる

・主体：被害者又は遺失者 = 賃借人や受寄者も可能

・相手方：即時取得者、その転得者(解釈)

* 特則(§194)

・「占有者」：即時取得の要件を満たして占有している者・その転得者

・例外：質屋営業法22、古物営業法20で、質屋・古物商には善意でも1年間無償返還請求可

∴専門の営業者ゆえ高度の注意義務が必要、通謀による盗品たらいまわしの防止

§194 占有者が、盗品又は遺失物を、競売若しくは公の市場において、又はその物と同種の物を販売する商人から、善意で買い受けたときは、被害者又は遺失者は、占有者が支払った代価を弁償しなければ、その物を回復することができない

【最判平 12.6.27 民集 54-5-1737】任意返還後の代価弁償請求(肯定)[後掲 H10 受 128]

「本件において……上告人は、本件バックホーの引渡しを求める被上告人の本訴請求に対して、代価の弁償がなければこれを引き渡さないとして争い、第一審判決が上告人の右主張を容れて代価の支払と引換えに本件バックホーの引渡しを命じたものの、右判決が認めた使用利益の返還債務の負担の増大を避けるため、原審係属中に代価の弁償を受けることなく本件バックホーを被上告人に返還し、反訴を提起した……右の一連の経緯からすると、被上告人は、本件バックホーの回復をあきらめるか、代価の弁償をしてこれを回復するかを選択し得る状況下において、後者を選択し、本件バックホーの引渡しを受けたもの……このような事情にかんがみると、上告人は、本件バックホーの返還後においても、なお民法一九四条に基づき被上告人に対して代価の弁償を請求することができるものと解するのが相当である。大判昭 4.12.11 は、右と抵触する限度で変更すべきものである」

「代価弁償債務は期限の定めのない債務であるから、民法四一二条三項により被上告人は上告人から履行の請求を受けた時から遅滞の責を負うべきであり、本件バックホーの引渡しに至る前記の経緯からすると、右引渡しの時に、代価の弁償を求めるとの上告人の意思が被上告人に対して示され、履行の請求がされたものと解するのが相当である。したがって、被上告人は代価弁償債務につき本件バックホーの引渡しを受けた時から遅滞の責を負い、引渡しの日翌日である平成九年九月三日から遅延損害金を支払うべきものである」

＊猶予期間(2年間)の所有権の所在：原所有者に残る(判例)

←取得者が即時取得するが、回復請求で戻る(多数)

←§194 では、代価償還まで所有権は取得者にあると解すべき

【大判大 10.7.8 民録 27-1373】所有権は原所有者に残る

【最判平 12.6.27 民集 54-5-1737】訴訟提起後の使用利益との相殺[H10 受 128]

(本)①動産引渡②損賠(使用利益)：①引換給付②減額認容→Y 控訴・X 附帯控訴＝(本)①取下げ(一審判決後任意引渡し)②金額減縮(反)③購入代金償還④有益費償還：変更・②一部認容③認容(遅延損害金は反訴提起時起算)④棄却(価格現存の立証なし)→変更・②棄却③認容(任意引渡しの時から起算)④棄却

H6.10 末に X のバックホーが盗難されたが、盗犯は中古自動車店を経営しており、Y にこれを売ったもの

「盗品又は遺失物(以下「盗品等」という。)の被害者又は遺失主(以下「被害者等」という。)が盗品等の占有者に対してその物の回復を求めたのに対し、占有者が民法一九四条に基づき支払った代価の弁償があるまで盗品等の引渡しを拒むことができる場合には、占有者は、右弁償の提供があるまで盗品等の使用収益を行う権限を有すると解するのが相当である。けだし、民法一九四条は、盗品等を競売若しくは公の市場において又はその物と同種の物を販売する商人から買受けた占有者が同法一九二条所定の要件を備えるときは、被害者等は占有者が支払った代価を弁償しなければその物を回復することができないとすることによって、占有者と被害者等との保護の均衡を図った規定であるところ、被害者等の回復請求に対し占有者が民法一九四条に基づき盗品等の引渡しを拒む場合には、被害者等は、代価を弁償して盗品等を回復するか、盗品等の回復をあきらめるかを選択することができるのに対し、占有者は、被害者等が盗品等の回復をあきらめた場合には盗品等の所有者として占有取得後の使用利益を享受し得ると解されるのに、被害者等が代価の弁償を選択した場合には代価弁償以前の使用利益を喪失するというのでは、占有者の地位が不安定になること甚だしく、両者の保護の均衡を図った同条の趣旨に反する結果となるからである。また、弁償される代価には利息は含まれないと解されるところ、それとの均衡上占有者の使用収益を認めることが両者の公平に適う……上告人は、民法一九四条に基づき代価の弁償があるまで本件バックホーを占有することができ、これを使用収益する権限を有していたものと解される。したがって、不当利得返還請求権又は不法行為による損害賠償請求権に基づく被上告人の本訴請求には理由がない」

第4節 物権の消滅（179条）

1. 物権が消滅する原因を、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 特殊な消滅原因：地上権の存続期間満了、抵当権の債務の弁済など
- ・ 一般的消滅原因
 - * 目的物滅失(←例外：物上代位)、独立の存在の喪失(付合・加工)
 - * 放棄 ← ただし、第三者を害することができない
 - * 消滅時効(所有権以外のみ、§167-2)、他人が取得時効で所有権を取得した場合の旧所有権
 - * 取消し・解除(買主の所有権) ← 遡及効を認めると、もともとなかったことになる
 - * 混同(§179)：複数の物権が同一人に帰属したとき
 - ・ 所有権と他の物権(#1)：地上権者の所有権取得など
 - ・ 所有権以外の物権とこれを目的とする他の権利(#2)：地上権抵当権者の地上権取得など
 - ←例外①(#1,2 各但書)：複数の物権のいずれかが第三者の権利の目的であるとき
：所有権や地上権に第三者の抵当権が付いているとき
 - ←例外②(#3)：占有権：想定できない

§179-1 同一物について所有権及び他の物権が同一人に帰属したときは、当該他の物権は、消滅する。ただし、その物又は当該他の物権が第三者の権利の目的であるときは、この限りでない

#2 所有権以外の物権及びこれを目的とする他の権利が同一人に帰属したときは、当該他の権利は、消滅する。
この場合においては、前項ただし書の規定を準用する

#3 前二項の規定は、占有権については、適用しない

2. 動産に関する物権譲渡の対抗要件（178条）：動産の引渡しなくして第三者に対抗できない

- ・ 物権の譲渡の範囲：解除による復歸的物権変動も含まれる

【大判昭 13.10.24 民集 17-2012】 解除と 178 条[S13 オ 35]

X→A への売買契約・引渡後に契約解除となったが、その後 A が Y(国)に没収刑（昭 6 大蔵省令第 36 号（金貨幣又八金地金輸出禁止ニ関スル件）違犯）で目的物を没収されたもの。（金塊引渡請求→棄却／棄却）

「動産に関する物権譲渡を第三者に対抗する要件を規定せる民法第百七十八条は譲渡契約の解除に因り当然所有権が原権利者に復歸する場合にも其の適用あるものと解すべきものとす」然れば本訴に於て X と A との間の売買契約に因り其の目的物たる本件特定の金塊の所有権が買主たる A に移転し、且、其の引渡ありたる後該売買契約が X より解除せられ之に因りて其の所有権は当然 X に復歸せること X 主張の如しとするも其の後 A より X に対し未だ之が引渡しなき以上 X は金塊の所有権を以て第三者に対抗し得ざるものとす。而して本件金塊が右売買契約解除前 A 外一名に対する刑事被告事件の爲め押収せられ次で之が没収を言渡す刑事判決確定し没収の執行に因り現に被上告人の占有に属する事實は X の主張する所にして此の主張に依れば Y(国)は X の本件金塊の所有権取得に付、引渡の欠缺を主張するに付、正当の利益を有する第三者なること明かなり。従て X は解除に因る本件金塊の所有権取得を Y 人に対抗し得ざる」

3. 混同（179 条）

- ・ 同一物の所有権と他の物権が同一人に帰属した時 → 他の物権が消滅する（1 項）
- ・ 所有権以外の物権とこれを目的とする他の権利が同一人に帰属した時 → 他の権利が消滅（2 項）
- ・ ただし、その物自体や消滅する物権・権利が第三者の権利の目的の場合を除く（1,2 項但書）
- ・ 混同は占有権については適用されない（3 項）
- ・

4. 178 条）問 p79-045

第2章 占有権 (180-205 条)

第1節 占有権の取得 (180-187 条)

1. 占有とはどのような概念であるかを理解し、どのような態様の占有があり、占有の承継が生ずるのはどのような場合であるかを、それぞれ具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 占有の概念(§180) : 所持 + 自己のためにする意思(占有意思)

- * 所持 : 物理的にある物を支配すること = 占有の効果を認めるべき程度の事実上の支配の有無

- * 占有意思 : 歴史的には賃借人等の排除だが、今日ではほぼ無意味

- ※ 占有の観念化 : 所持概念が評価を含み、目的論的に占有の判断がされるようになったこと

- ・ 占有の態様

- * 原則(§180)

§180 占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持することによって取得する

- * 代理占有(§181) : この代理人のことを占有代理人という

- ・ 「代理」は法律行為の代理とは別 = 直接占有のこと (本人は間接占有だが、独立の占有あり)

- ・ 要件 : §204 から推測 → 直接占有者の所持 + 直接・間接占有者の意思

- ← 実際は、所持の態様(当事者間の法律関係)から意思は判断される

§181 占有権は、代理人によって取得することができる

- * 占有補助者(占有機関) : 直接所持している者に独立の占有を認める必要がない場合

- 家族や家事使用人

【最判昭 32.2.15 民集 11-2-270】 法人の代表者の占有[§29 オ 920]

「上告人は訴外大東造船株式会社の代表取締役であつて同会社の代表機関として本件土地を占有しているというのである。そうすると、本件土地の占有者は右訴外会社であつて上告人は訴外会社の機関としてこれを所持するに止まり、したがつてこの関係においては本件土地の直接占有者は訴外会社であつて上告人は直接占有者ではないものといわなければならない。なお、もし上告人が本件土地を単に訴外会社の機関として所持するに止まらず上告人個人のためにも所持するものと認めるべき特別の事情があれば、上告人は直接占有者たる地位をも有するから、本件請求は理由があることとなるが、右特別の事情は原判決の確定しないところである」(土地引渡し等 : 認容 → 破棄差戻し)

- ・ 占有の承継

- * 現実の引渡し(§182-1) : 文字通り引渡すこと。不動産では鍵や権利証を渡す

- ・ 現実の所持の移転がある = $X \rightarrow Y$ 、 $X \rightarrow Y(B)$ 、 $X(A) \rightarrow Y$ 、 $X(A) \rightarrow Y(B)$ ※ カッコは間接占有者

§182-1 占有権の譲渡は、占有物の引渡しによつてする

- * 簡易の引渡し(§182-2) : $X(Y) \rightarrow Y$ 、 $X(A) \rightarrow Y(A)$ ※ X Y A 間意思表示

§182-2 譲受人又はその代理人が現に占有物を所持する場合には、占有権の譲渡は、当事者の意思表示のみによつてすることができる

- * 占有改定(§183) : $X \rightarrow Y(X)$

- ・ 「意思表示」は賃貸借契約など、間接占有関係の発生を正当化する法律関係の存在をいう

§183 代理人が自己の占有物を以後本人のために占有する意思表示したときは、本人は、これによつて占有権を取得する

- * 指図による占有移転(§184) : $X(A) \rightarrow Y(A)$ ※ $X \rightarrow A$ の指図 + $Y \rightarrow X$ の承諾

§184 代理人によって占有をする場合において、本人がその代理人に対して以後第三者のためにその物を占有することを命じ、その第三者がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する

2. 取得時効と占有

- ・ 自主占有(所有の意思をもった占有) = 所有権の時効取得に必要
 - * 所有の意思は外形上の権原の性質から決まり、内心の意思ではない
 - * 他主占有の自主占有への転換(§185)
 - ・ 自己に占有をさせた者に対する所有の意思の表示：賃貸借関係の解消など
 - ・ 新たな権原による所有の意思をもった占有開始：賃借人が売買契約で買い受けるなど

§185 権原の性質上占有者に所有の意思がないものとされる場合には、その占有者が、自己に占有をさせた者に対して所有の意思があることを表示し、又は新たな権原により更に所有の意思をもって占有を始めるのでなければ、占有の性質は、変わらない

- ・ 占有の態様等に関する推定(§186)

§186-1 占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有をするものと推定する

#2 前後の両時点において占有をした証拠があるときは、占有は、その間継続したものと推定する

- ・ 占有の承継(§187)：前主の占有の主張(#1)と瑕疵の承継(#2)

§187-1 占有者の承継人は、その選択に従い、自己の占有のみを主張し、又は自己の占有に前の占有者の占有を併せて主張することができる

#2 前の占有者の占有を併せて主張する場合には、その瑕疵をも承継する

* 瑕疵の承継：他主占有、悪意、有過失、強暴、隠避

- ・ 悪意有過失の後主は、善意無過失の前主を承継できるか

→ 第一占有者基準説(判例)：前主が善意無過失ならば、短期取得時効を認める

∵ 1人の占有者が途中から悪意になっても、短期取得時効は認められる

→ 占有承継人基準説(有力)：後主が善意無過失でなければ、短期取得時効は認められない

∵ 取引の安全をいうならそれだけで足りる

【最判昭 53.3.6 民集 32-2-135】 第一占有者基準説を採用[S52 才 658]

Xら→国・道・町土地所有権確認等：一部土地につき認容→変更(対象土地変更)→破棄差戻し

Xらが相続した先代所有地につき、国が先々代を所有者として買収令書公示・代金供託により土地を買収し(処分無効、国重過失)、訴外Aに売り渡したが、のち国ほかがこれを買収したものを(買収から18年後の提訴)

「一〇年の取得時効の要件としての占有者の善意・無過失の存否については占有開始の時点においてこれを判定すべきものとする民法一六二条二項の規定は、時効期間を通じて占有主体に変更がなく同一人により継続された占有が主張される場合について適用されるだけでなく、占有主体に変更があつて承継された二個以上の占有が併せて主張される場合についてもまた適用されるものであり、後の場合にはその主張にかかる最初の占有者につきその占有開始の時点においてこれを判定すれば足りる」

* 相続による占有承継

- ・ 占有権は相続されるか：相続される(通説・判例)

- ・ 相続人は自己の占有だけを主張できるか：可能(判例。従来は否定)

【最判昭 37.5.18 民集 165-1073】 相続人も自己の占有のみを主張できる[S33 才 116]

所有権確認等：認容→取消棄却(取得時効否定)→破棄差戻し(X 善意無過失審理のため)

本家→分家→本家と譲渡され、分家で登記が止まっている土地の所有権確認等請求。X 先代が譲り受けたと主張

したが、その点が認められなかった。原告の相続後は10年が経過していた。

「民法一八七条一項は「占有者ノ承継人ハ其選択ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得」と規定し、右は相続の如き包括承継の場合にも適用せられ、相続人は必ずしも被相続人の占有についての善意悪意の地位をそのまま承継するものではなく、その選択に従い自己の占有のみを主張し又は被相続人の占有に自己の占有を併せて主張することができるものと解するを相当とする。従つて上告人は先代善助の占有に自己の占有を併せてこれを主張することができるのであつて、若し上告人先代善助が家督相続により上告人先々代清之亟の本件土地に対する占有を承継した始めに善意、無過失であつたとすれば、同人らが平穩かつ公然に占有を継続したことは原判示により明らかであるから、一〇年の取得時効の完成により本件土地の所有権は上告人に帰属することになる」大判大4.6.23、同大6.2.28、同昭6.8.7を変更

＊相続と新権原：被相続人は他主占有の場合、相続人が自主占有に転換しうるか

・相続は新権原にあたらない(旧判例・旧多数)

→所有の意思があるとみられる場合は新権原となりうるが、§186は適用されない

【最判昭46.11.30民集25-8-1437】相続と自主占有[S44オ1270]

(本)土地建物所有権移転登記等請求(反)所有権確認：(本)認容(反)棄却→取消(本)棄却(反)認容→棄却

Y所有の土地建物に弟一家が住み、その死後妻と子2名(Xら)が住んでいたもの。弟存命中から建物半分・土地の残部は賃貸して賃料を弟・Xら受領していた。固定資産税はS38までYが支払っていた。Xらが再婚・養子縁組したため、Yが返還を求めた。

「上告人らは、右訴外人の死亡により、本件土地建物に対する同人の占有を相続により承継したばかりでなく、新たに本件土地建物を事実上支配することによりこれに対する占有を開始したものというべく、したがつて、かりに上告人らに所有の意思があるとみられる場合においては、上告人らは、右訴外人の死亡後民法一八五条にいう「新権原二因り」本件土地建物の自主占有をするに至つたもの」しかしながら、他方、原審の確定した事実によれば、上告人片田が前記の賃料を取得したのは、被上告人から右訴外人が本件土地建物の管理を委託された関係もあり、同人の遺族として生活の援助を受けるという趣旨で特に許されたためであり、右上告人は昭和三二年以降同三七年まで被上告人に本件家屋の南半分の家賃を支払つており、上告人らが右訴外人の死亡後本件土地建物を占有するにつき所有の意思を有していたとはいえないというのであるから、上告人らは自己の占有のみを主張しても、本件土地建物を、時効により取得することができないものといわざるをえない」

【最判平8.11.12民集50-10-2591】相続の際の新権原の立証責任[H7オ228]

土地建物所有権移転登記手続請求：認容→取消棄却→破棄自判(控訴棄却)

亡A所有土地建物をS30.7.13にその五男Bが使用し始めたがS32に死亡、亡AもS36に死亡し、Yらがこれを相続したもの。Bの妻X1、子X2が補修や賃料徴収、固定資産税支払等をしていった。登記済証はX1所持。

「被相続人の占有していた不動産につき、相続人が、被相続人の死亡により同人の占有を相続により承継しただけでなく、新たに当該不動産を事実上支配することによって占有を開始した場合において、その占有が所有の意思に基づくものであるときは、被相続人の占有が所有の意思のないものであったとしても、相続人は、独自の占有に基づく取得時効の成立を主張することができるものというべきである（最判昭46.11.30参照）」

「ところで、右のように相続人が独自の占有に基づく取得時効の成立を主張する場合を除き、一般的には、占有者は所有の意思で占有するものと推定されるから（民法一八六条一項）、占有者の占有が自主占有に当たらないことを理由に取得時効の成立を争う者は、右占有が他主占有に当たることについての立証責任を負うべきところ（最判昭54.7.31）、その立証が尽くされたか否かの判定に際しては、（一）占有者がその性質上所有の意思のないものとされる権原に基づき占有を取得した事実が証明されるか、又は（二）占有者が占有中、真の所有者であれば通常はとらない態度を示し、若しくは所有者であれば当然とすべき行動に出なかったなど、外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情（ちなみに、不動産

占有者において、登記簿上の所有名義人に対して所有権移転登記手続を求めず、又は右所有名義人に固定資産税が賦課されていることを知りながら自己が負担することを申し出ないといった事実が存在するとしても、これをもって直ちに右事情があるものと断ずることはできない。)が証明されて初めて、その所有の意思を否定することができるものというべきである(最判昭 58.3.24、最判平 7.12.15 参照)。これに対し、他主占有者の相続人が独自の占有に基づく取得時効の成立を主張する場合において、右占有が所有の意思に基づくものであるといい得るためには、取得時効の成立を争う相手方ではなく、占有者である当該相続人において、その事実的支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される事情を自ら証明すべきもの……けだし、右の場合には、相続人が新たな事実的支配を開始したことによって、従来の占有の性質が変更されたものであるから、右変更の事実は取得時効の成立を主張する者において立証を要するものと解すべきであり、また、この場合には、相続人の所有の意思の有無を相続という占有取得原因事実によって決することはできないからである」

「前記事実関係によれば、上告人榮子は、邦★の死亡後、本件土地建物について、邦★が生前に重男から贈与を受け、これを上告人らが相続したものと信じて、幼児であった上告人眞樹男を養育する傍ら、その登記済証を所持し、固定資産税を継続して納付しつつ、管理使用を専行し、そのうち東門司の土地及び花月園の建物について、賃借人から賃料を取り立ててこれを専ら上告人らの生活費に費消してきたものであり、加えて、本件土地建物については、従来から重男の所有不動産のうち門司市に所在する一団のものとして占有管理されていたことに照らすと、上告人らは、邦★の死亡により、本件土地建物の占有を相続により承継しただけでなく、新たに本件土地建物全部を事実上支配することによりこれに対する占有を開始したものである。そして、他方、上告人らが前記のような態様で本件土地建物の事実的支配をしていることについては、重男及びその法定相続人である妻子らの認識するところであったところ、同人らが上告人らに対して異議を述べたことがうかがわれないばかりか、上告人榮子が昭和四七年に本件土地建物につき上告人ら名義への所有権移転登記手続を求めた際に、被上告人八重子はこれを承諾し、被上告人秀徳及び被上告人英子もこれに異議を述べていない、というのである。右の各事情に照らせば、上告人らの本件土地建物についての事実的支配は、外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解するのが相当である」(可部補足あり。外形的客観的判断の下級審での運用について)

第2節 占有権の効力（188-202条）

1. 所有者が無権原占有者に対して目的物の返還を求める場合に生ずる問題点の概要（果実收取権、費用償還請求権、本権と占有権との関係等）を、条文を参照しながら説明することができる。
 - ・ 果実收取権：天然果実・法定果実(自己使用含む)とも適用
 - * 善意(§189)：占有者が取得するが(#1)、敗訴時の悪意擬制あり(#2)
 - ※善意の意義：自らに果実收取権を伴った本権がないことを知らないこと
 - §189-1 善意の占有者は、占有物から生ずる果実を取得する
 - #2 善意の占有者が本権の訴えにおいて敗訴したときは、その訴えの提起の時から悪意の占有者とみなす
 - * 悪意(§190)：果実返還＋消費等の場合は代価償還義務(#1)、暴行・脅迫・隠匿も同様(#2)
 - §190 悪意の占有者は、果実を返還し、かつ、既に消費し、過失によって損傷し、又は收取を怠った果実の代価を償還する義務を負う
 - #2 前項の規定は、暴行若しくは強迫又は隠匿によって占有をしている者について準用する
 - ・ 費用償還請求権(§196)
 - * 必要費(#1)：回復者に償還義務。果実を取得した場合(自己使用含む)は償還不要
 - §196-1 占有者が占有物を返還する場合には、その物の保存のために支出した金額その他の必要費を回復者から償還させることができる。ただし、占有者が果実を取得したときは、通常必要費は、占有者の負担に帰する
 - * 有益費(#2)：増価額現存の場合、支出額・増価額から回復者が選択し償還義務
 - ←悪意の占有者に対し、裁判所は期限許与可
 - #2 占有者が占有物の改良のために支出した金額その他の有益費については、その価格の増加が現存する場合に限り、回復者の選択に従い、その支出した金額又は増価額を償還させることができる。ただし、悪意の占有者に対しては、裁判所は、回復者の請求により、その償還について相当の期限を許与することができる
 - ・ 滅失・損傷の扱い(§191)
 - * 善意かつ所有の意思あり：滅失・損傷による現存利益(受領した保険金など)の限度で賠償
 - * 善意かつ所有の意思なし or 悪意：全額の賠償
 - ∵所有の意思なし＝賃借人等は、もともと賃貸人等への全額の賠償義務を負っているから
 - §191 占有物が占有者の責めに帰すべき事由によって滅失し、又は損傷したときは、その回復者に対し、悪意の占有者はその損害の全部の賠償をする義務を負い、善意の占有者はその滅失又は損傷によって現に利益を受けている限度において賠償をする義務を負う。ただし、所有の意思のない占有者は、善意であるときであっても、全部の賠償をしなければならない
2. 占有の侵害についてどのような態様があり、占有者はそれぞれどのような救済を求めることができるかを、具体例を挙げて説明することができる。
 - ・ 占有訴権(§197)
 - * 意義
 - ・ 自力救済の禁止 ※これ以外は意味が薄い
 - ・ 社会秩序の維持 ← 実際は訴訟で手間がかかるので意味は少ない
 - ・ 本権保護(所有権等の証明困難の救済) ← 占有や登記の推定機能があるので意味は薄い
 - ・ 債権的利用者保護(賃借人等) ← 他にも救済方法がある
 - * 原告：占有者(他主占有者も含む)

§197 占有者は、次条から第二百二条までの規定に従い、占有の訴えを提起することができる。他人のために占有をする者も、同様とする

- * 被告：占有侵害者(保持・回収)、そのおそれのある者(保全) ※所有者でもよい
- ・ 占有回収の訴えの承継人(§200-2)：侵奪者の包括承継人＋その悪意の特定承継人

§200-2 占有回収の訴えは、占有を侵奪した者の特定承継人に対して提起することができない。ただし、その承継人が侵奪の事実を知っていたときは、この限りでない

【大判昭 13.12.26 民集 17-2835】善意の転得者後の悪意の転得者には提起できない

- * 短期除斥期間(§201)：原則的に1年

§201-1 占有保持の訴えは、妨害の存する間又はその消滅した後一年以内に提起しなければならない。ただし、工事により占有物に損害を生じた場合において、その工事に着手した時から一年を経過し、又はその工事が完成したときは、これを提起することができない

#2 占有保全の訴えは、妨害の危険の存する間は、提起することができる。この場合において、工事により占有物に損害を生ずるおそれがあるときは、前項ただし書の規定を準用する

#3 占有回収の訴えは、占有を奪われた時から一年以内に提起しなければならない

- ・ 占有訴権の種類と効果

- * 占有保持の訴え(§198)：妨害者の費用をもって妨害を排除し現状に回復すること

§198 占有者がその占有を妨害されたときは、占有保持の訴えにより、その妨害の停止及び損害の賠償を請求することができる

- * 占有保全の訴え(§199)：妨害の予防または損害賠償の担保の請求

§199 占有者がその占有を妨害されるおそれがあるときは、占有保全の訴えにより、その妨害の予防又は損害賠償の担保を請求することができる

- * 占有回収の訴え(§200)：物の返還

- ・ 「占有を奪われたとき」：占有者の意思に反している必要がある ※強制執行はダメ(判例)

§200-1 占有者がその占有を奪われたときは、占有回収の訴えにより、その物の返還及び損害の賠償を請求することができる

- * 損害賠償：規定されているが、不法行為法に基づく

←本権と独立に認められるのは、善意占有者の果実収取権(§189)しかない

- ・ 物権的請求権と占有訴権(§202)

§202-1 占有の訴えは本権の訴えを妨げず、また、本権の訴えは占有の訴えを妨げない

#2 占有の訴えについては、本権に関する理由に基づいて裁判をすることができない

- * 所有者兼占有者の場合：どちらでも行使でき、同時行使、敗訴後の他方行使も可(#1)

- * 所有者対占有者の場合：抗弁としては提出できないが(#2)、反訴は提起できる(#1)

【最判昭 40.3.4 民集 19-2-197】占有の訴えに対する所有権に基づく反訴は可能[S38 才 654]

(本)占有保持請求(反)建物収去土地明渡：(本)棄却(反)認容→変更・(本)認容(反)認容→X 上告・棄却

A→X, A→B→Y の二重譲渡で、A→Y の中間省略登記がされていた。X が建物移築・補修工事中、Y が妨害した。

「民法 202-2 は、占有の訴えにおいて本権に関する理由に基づいて裁判することを禁ずるものであり、従つて、占有の訴えに対し防禦方法として本権の主張をなすことは許されないけれども、これに対し本権に基づく反訴を提起することは、右法条の禁ずるところではない……本件反訴請求を本訴たる占有の訴えにおける請求と対比すれば、牽連性がないとはいえない。それゆえ、本件反訴を適法と認めてこれを審理認容した原審に所論の違法はない」

- ・ 占有の交互侵奪：占有侵奪後1年以内に、被侵奪者が自力救済で侵奪し返した場合

＊判例はこの場合も占有訴権を認める

【大判大 13.5.22 民集 3-224】小丸船事件[T12 オ 941]

占有回収・損賠：回収及び船代金損賠棄却、滅失までの使用による逸失利益の損賠認容→棄却

X主張：小丸船を T8.3.26 に買い、4.11 に Y に奪われた

Y主張：小丸船は Y 所有で、T8.3 下旬に紛失し、4.11 に発見、取り返した。5.28 に売却、T10.4 に滅失した
「民法第二百条第一項の規定に依れば占有者が其の占有を奪はれたるときは占有回収の訴に依り其の物の返還
及損害の賠償を請求すること得べく其の占有者の善意悪意は問ふところに非ざるを以て悪意の占有者と雖尚占
有回収の訴を以て占有侵奪者に対し占有の侵奪に因りて生じたる損害の賠償を請求することを得るものと解せ
ざるべからず。然らば原判決が上告人を占有侵奪者なりと認め之に損害の賠償義務ありと認むるに当り被上告人
の占有の悪意なりや否やを判断せざりしは正当なり。而して原判決は上告人の占有侵奪により被上告人が本件船
舶を自ら使用することを得ざりしか為に被上告人の蒙りたる損害の額を判定し之が支払を上告人に命じたるも
のなること原判決理由に依り明にして原判決は上告人の侵奪なかりせば被上告人の得べかりし占有物の果実を
基礎として被上告人の蒙りたる損害を計算し之が賠償を上告人に命じたるものに非ざるを以て原判決には上告
人所論の如き不法なく論旨は理由なし」

3. 本権の推定(§188)

- ・現実の支配から、本権の立証を容易にするための規定

§188 占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する

4. 家畜以外の動物の取得(§195)

- ・即時取得の規定ではない ∴取引の安全の保護は目的でない
- ・動物の取得の場合の処理

※所有者なし → 無主物先占(§239-1)による

※所有者あり・家畜である → 遺失物扱い(§193,194)

※所有者あり・家畜でない → §195 適用 = 容易に所有権が取得できる

§195 家畜以外の動物で他人が飼育していたものを占有する者は、その占有の開始の時に善意であり、かつ、その動物が飼主の占有を離れた時から一箇月以内に飼主から回復の請求を受けなかったときは、その動物について行使する権利を取得する

【大判昭 7.2.16 民集 11-138】九官鳥は「家畜以外の動物」ではない

第3節 占有権の消滅（203,204 条）

1. 占有権の消滅(§203)：占有の意思の放棄 or 所持の喪失

§203 占有権は、占有者が占有の意思を放棄し、又は占有物の所持を失うことによって消滅する。ただし、占有者が占有回収の訴えを提起したときは、この限りでない

2. 代理占有権の消滅事由(§204)

§204-1 代理人によって占有をする場合には、占有権は、次に掲げる事由によって消滅する

- 一 本人が代理人に占有をさせる意思を放棄したこと
- 二 代理人が本人に対して以後自己又は第三者のために占有物を所持する意思を表示したこと
- 三 代理人が占有物の所持を失ったこと

#2 占有権は、代理権の消滅のみによっては、消滅しない

第4節 準占有（205 条）

1. 準占有(§205)：所有権以外(抵当権、債権等)への占有権の規定の準用

§205 この章の規定は、自己のためにする意思をもって財産権の行使をする場合について準用する

第3章 所有権（206-264条）

第1節 所有権の限界（206-238条）

第1款 所有権の内容及び範囲（206-208条）

1. 所有権とはどのような権利か、また、どのような制限に服するかを、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 所有権の内容(§206)：ある特定の物を全面的に支配する権利のこと

§206 所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する

＊所有権の弾力性：制限物件が消滅すると完全な所有権に戻ることに

＊所有権の絶対性：歴史的には封建制下の複雑な権利関係を打破するための観念だったこと

- ・ 土地所有権の範囲(§207)：土地の上下

＊大深度地下特別措置法(2000)：地下 40m 程度の公共的使用を認める

§207 土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ

- ・ 金銭の所有権：特別の場合を除き、占有者と所有者が一致する

【最判昭 39.1.24 判時 365-26】金銭の所有権[S38 才 146]

「金銭は、特別の場合を除いては、物としての個性を有せず、単なる価値そのものと考えらるべきであり、価値は金銭の所在に随伴するものであるから、金銭の所有権者は、特段の事情のない限り、その占有者と一致すると解すべきであり、また金銭を現実支配して占有する者は、それをいかなる理由によつて取得したか、またその占有を正当づける権利を有するか否かに拘わりなく、価値の帰属者即ち金銭の所有者とみるべきものである（最判昭 29.11.5 参照）。」（第三者異議：棄却）

第2款 相隣関係（209-238条）

1. 袋地の所有者は、どのような場合にどのような要件の下で隣地通行権を有するかを、条文を参照しながら説明することができる。

- ・袋地所有者の隣地(囲繞地)通行権(§210～213)

- * 袋地等の所有者は、公道に至るまで、隣地を通行できる(§210)

- §210-1 他の土地に囲まれて公道に通じない土地の所有者は、公道に至るため、その土地を囲んでいる他の土地を通行することができる

- #2 池沼、河川、水路若しくは海を通らなければ公道に至ることができないとき、又は崖があつて土地と公道とに著しい高低差があるときも、前項と同様とする

- * 通行の場所及び方法の選択、通路開設権(§211)

- §211-1 前条の場合には、通行の場所及び方法は、同条の規定による通行権を有する者のために必要であり、かつ、他の土地のために損害が最も少ないものを選ばなければならない

- #2 前条の規定による通行権を有する者は、必要があるときは、通路を開設することができる

- §212 §210の規定による通行権を有する者は、その通行する他の土地の損害に対して償金を支払わなければならない。ただし、通路の開設のために生じた損害に対するものを除き、一年ごとにその償金を支払うことができる

- * 共有地分割・土地の一部の譲渡によって生じた袋地の場合(§213)

- 分割した他の土地しか使えないが、償金不要

- §213-1 分割によって公道に通じない土地が生じたときは、その土地の所有者は、公道に至るため、他の分割者の所有地のみを通行することができる。この場合においては、償金を支払うことを要しない

- #2 前項の規定は、土地の所有者がその土地の一部を譲り渡した場合について準用する

- ・通行すべき土地が他に譲渡されても通行権は残る

- 【最判平 2.11.20 民集 44-8-1037】分割後通路開設前に譲渡された場合[S61 才 181]**

- 通行権確認等：一部認容(確認棄却)→一部破棄自判(確認部分控訴)棄却→上告棄却

- 共有地を2・5番に分割後、2番が原告に譲渡され、5番がAに譲渡され、5番との境界には石垣が築かれたため、被告の無関係の隣地を通行してきたが、被告に妨害されたため、訴えを提起したもの

- 「共有物の分割又は土地の一部譲渡によって公路に通じない土地（以下「袋地」という。）を生じた場合には、袋地の所有者は、民法二一三条に基づき、これを囲繞する土地のうち、他の分割者の所有地又は土地の一部の譲渡人若しくは譲受人の所有地（以下、これらの囲繞地を「残余地」という。）についてのみ通行権を有するが、同条の規定する囲繞地通行権は、残余地について特定承継が生じた場合にも消滅するものではなく、袋地所有者は、民法二一〇条に基づき残余地以外の囲繞地を通行しうるものではないと解するのが相当である。けだし、民法二〇九条以下の相隣関係に関する規定は、土地の利用の調整を目的とするものであって、対人的な関係を定めたものではなく、同法二一三条の規定する囲繞地通行権も、袋地に付着した物権的権利で、残余地自体に課せられた物権的負担と解すべきものであるからである。残余地の所有者がこれを第三者に譲渡することによって囲繞地通行権が消滅すると解するのは、袋地所有者が自己の関知しない偶然の事情によってその法的保護を奪われるという不合理な結果をもたらし、他方、残余地以外の囲繞地を通行しうるものと解するのは、その所有者に不測の不利益が及ぶことになって、妥当でない」

- (園部反対)使っていたならともなく、通行していないのにいきなり隣地通行権を主張されると、譲受人を害する。

- 【最判平 18.3.16 民集 60-3-735】自動車の通行権も認められる場合がある[H17 受 1208]**

- 通行権確認等：棄却→棄却→破棄差戻し→差戻控訴：破棄自判・認容

徒歩による通行は可能であるが、墓地建設のため自動車が通行できるよう求めたもの

「現代社会においては、自動車による通行を必要とすべき状況が多く見受けられる反面、自動車による通行を認めると、一般に、他の土地から通路としてより多くの土地を割く必要がある上、自動車事故が発生する危険性が生ずることなども否定することができない。したがって、自動車による通行を前提とする210条通行権の成否及びその具体的内容は、他の土地について自動車による通行を認める必要性、周辺の土地の状況、自動車による通行を前提とする210条通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る不利益等の諸事情を総合考慮して判断すべきである。そうすると、上告人らが、本件土地につき、自動車の通行を前提とする210条通行権を有するかどうかという点等についても、上記のような判断基準をもって決せられるべきものである

2. その他の相隣関係

・ 築造・修理のための隣地使用(§209)

§209-1 土地の所有者は、境界又はその付近において障壁又は建物を築造し又は修繕するため必要な範囲内で、隣地の使用を請求することができる。ただし、隣人の承諾がなければ、その住家に立ち入ることはできない

#2 前項の場合において、隣人が損害を受けたときは、その償金を請求することができる

・ 水流関係(§214～222)

(自然水流に対する妨害の禁止)

§214 土地の所有者は、隣地から水が自然に流れて来るのを妨げてはならない

(水流の障害の除去)

§215 水流が天災その他避けることのできない事変により低地において閉塞したときは、高地の所有者は、自己の費用で、水流の障害を除去するため必要な工事を行うことができる

(水流に関する工作物の修繕等)

§216 他の土地に貯水、排水又は引水のために設けられた工作物の破壊又は閉塞により、自己の土地に損害が及び、又は及ぶおそれがある場合には、その土地の所有者は、当該他の土地の所有者に、工作物の修繕若しくは障害の除去をさせ、又は必要があるときは予防工事をさせることができる

(費用の負担についての慣習)

§217 前二条の場合において、費用の負担について別段の慣習があるときは、その慣習に従う

(雨水を隣地に注ぐ工作物の設置の禁止)

§218 土地の所有者は、直接に雨水を隣地に注ぐ構造の屋根その他の工作物を設けてはならない

(水流の変更)

§219 溝、堀その他の水流地の所有者は、対岸の土地が他人の所有に属するときは、その水路又は幅員を変更してはならない

#2 兩岸の土地が水流地の所有者に属するときは、その所有者は、水路及び幅員を変更することができる。ただし、水流が隣地と交わる地点において、自然の水路に戻さなければならない

#3 前二項の規定と異なる慣習があるときは、その慣習に従う

(排水のための低地の通水)

§220 高地の所有者は、その高地が浸水した場合にこれを乾かすため、又は自家用若しくは農工業用の余水を排出するため、公の水流又は下水道に至るまで、低地に水を通過させることができる。この場合においては、低地のために損害が最も少ない場所及び方法を選ばなければならない

(通水用工作物の使用)

§221-1 土地の所有者は、その所有地の水を通過させるため、高地又は低地の所有者が設けた工作物を使用することができる

#2 前項の場合には、他人の工作物を使用する者は、その利益を受ける割合に応じて、工作物の設置及び保存の費用を分担しなければならない

(堰の設置及び使用)

§222-1 水流地の所有者は、堰を設ける必要がある場合には、対岸の土地が他人の所有に属するときであっても、その堰を対岸に付着させて設けることができる。ただし、これによって生じた損害に対して償金を支払わなければならない

#2 対岸の土地の所有者は、水流地の一部がその所有に属するときは、前項の堰を使用することができる

#3 前条第二項の規定は、前項の場合について準用する

・境界関係(§223-232)

＊境界標の設置と費用(§223,224)

(境界標の設置)

§223 土地の所有者は、隣地の所有者と共同の費用で、境界標を設けることができる

(境界標の設置及び保存の費用)

§224 境界標の設置及び保存の費用は、相隣者が等しい割合で負担する。ただし、測量の費用は、その土地の広狭に応じて分担する

＊囲障の設置と費用(§225～228)

(囲障の設置)

§225-1 二棟の建物がその所有者を異にし、かつ、その間に空地があるときは、各所有者は、他の所有者と共同の費用で、その境界に囲障を設けることができる

#2 当事者間に協議が調わないときは、前項の囲障は、板塀又は竹垣その他これらに類する材料のものであって、かつ、高さ二メートルのものでなければならない

(囲障の設置及び保存の費用)

§226 前条の囲障の設置及び保存の費用は、相隣者が等しい割合で負担する

(相隣者の一人による囲障の設置)

§227 相隣者の一人は、第二百二十五条第二項に規定する材料より良好なものを用い、又は同項に規定する高さを増して囲障を設けることができる。ただし、これによって生ずる費用の増加額を負担しなければならない

(囲障の設置等に関する慣習)

§228 前三条の規定と異なる慣習があるときは、その慣習に従う

＊境界標等の共有の推定(§229,230)

(境界標等の共有の推定)

§229 境界線上に設けた境界標、囲障、障壁、溝及び堀は、相隣者の共有に属するものと推定する

§230-1 一棟の建物の一部を構成する境界線上の障壁については、前条の規定は、適用しない

#2 高さの異なる二棟の隣接する建物を隔てる障壁の高さが、低い建物の高さを超えるときは、その障壁のうち低い建物を超える部分についても、前項と同様とする。ただし、防火障壁については、この限りでない

＊共有の障壁の高さを増す工事(§231,232)

(共有の障壁の高さを増す工事)

§231-1 相隣者の一人は、共有の障壁の高さを増すことができる。ただし、その障壁がその工事に耐えないときは、自己の費用で、必要な工作を加え、又はその障壁を改築しなければならない

#2 前項の規定により障壁の高さを増したときは、その高さを増した部分は、その工事をした者の単独の所有に属する

§232 前条の場合において、隣人が損害を受けたときは、その償金を請求することができる

・境界を超えた竹木の枝の切除及び根の切取り(§233)

§233-1 隣地の竹木の枝が境界線を越えるときは、その竹木の所有者に、その枝を切除させることができる

#2 隣地の竹木の根が境界線を越えるときは、その根を切り取ることができる

・境界線付近の工作物の制限(§234～238)

(境界線付近の建築の制限)

§234-1 建物を築造するには、境界線から五十センチメートル以上の距離を保たなければならない

#2 前項の規定に違反して建築をしようとする者があるときは、隣地の所有者は、その建築を中止させ、又は変更させることができる。ただし、建築に着手した時から一年を経過し、又はその建物が完成した後は、損害賠償の請求のみをすることができる

§235-1 境界線から一メートル未満の距離において他人の宅地を見通すことのできる窓又は縁側(ベランダを含む。次項において同じ。)を設ける者は、目隠しを付けなければならない

#2 前項の距離は、窓又は縁側の最も隣地に近い点から垂直線によって境界線に至るまでを測定して算出する

(境界線付近の建築に関する慣習)

§236 前二条の規定と異なる慣習があるときは、その慣習に従う

(境界線付近の掘削の制限)

§237-1 井戸、用水だめ、下水だめ又は肥料だめを掘るには境界線から二メートル以上、池、穴蔵又はし尿だめを掘るには境界線から一メートル以上の距離を保たなければならない

#2 導水管を埋め、又は溝若しくは堀を掘るには、境界線からその深さの二分の一以上の距離を保たなければならない。ただし、一メートルを超えることを要しない

(境界線付近の掘削に関する注意義務)

§238 境界線の付近において前条の工事をするときは、土砂の崩壊又は水若しくは汚液の漏出を防ぐため必要な注意をしなければならない

【最判平 1.9.19 民集 43-8-955】 建基法 65 は民 234-1 の特則

第2節 所有権の取得（239-248条）

1. 所有権取得の態様

- ・ 承継取得：契約や相続によるもの
- ・ 原始取得：取得時効のほか、§239-248の場合
 - * 所有者のいない物・分からない物の取得(§239-241)
 - ・ 無主物先占(§239)
 - 動産(#1)：所有の意思をもって占有した者
 - 不動産(#2)：国庫帰属

§239-1 所有者のいない動産は、所有の意思をもって占有することによって、その所有権を取得する

#2 所有者のいない不動産は、国庫に帰属する

- ・ 遺失物拾得(§240)：拾得者（遺失物法による公告→3月）

§240 遺失物は、遺失物法の定めるところに従い公告をした後三箇月以内にその所有者が判明しないときは、これを拾得した者がその所有権を取得する

- ・ 埋蔵物発見(§241)：発見者（遺失物法による公告→6月）

※埋蔵物：土地等の物の中に隠されていて、所有者が分からない物

→所有者がいない物(化石等)は§239が適用される

§241 埋蔵物は、遺失物法の定めるところに従い公告をした後六箇月以内にその所有者が判明しないときは、これを発見した者がその所有権を取得する。ただし、他人の所有する物の中から発見された埋蔵物については、これを発見した者及びその他人が等しい割合でその所有権を取得する

2. 添付とはどのような概念であり、どのような類型があるか、添付によってどのような効果が生じるかについて、その概要を説明することができる。

- ・ 添付：§242-248の総称

* 意義：所有者の異なる物どうしが、くっついてひとつの所有権が成立するもの

* 不動産の付合(§242)

* 動産の付合(§243,244)：動産を付合し、分離できないか、分離に過分の費用を要する場合

→所有者：原則は主たる動産の所有者(§243)、区別不能なら価格の割合で共有(§244)

§243 所有者を異にする数個の動産が、付合により、損傷しなければ分離することができなくなったときは、その合成物の所有権は、主たる動産の所有者に帰属する。分離するのに過分の費用を要するときも、同様とする

§244 付合した動産について主従の区別をすることができないときは、各動産の所有者は、その付合の時ににおける価格の割合に応じてその合成物を共有する

* 混和(§25)：もとの物の識別ができなくなった場合(液体を混ぜるなど)

§245 前二条の規定は、所有者を異にする物が混和して識別することができなくなった場合について準用する

* 加工(§246)：工作を加える場合

- ・ 原則：材料の所有者(#1 本文)

←例外：工作によって生じた価格>>材料の価格なら、加工者(#1 但書)

←例外：工作によって生じた価格+加工者提供材料の価格>他人の材料価格で加工者(#21)

§246-1 他人の動産に工作を加えた者（以下この条において「加工者」という。）があるときは、その加工物の所有権は、材料の所有者に帰属する。ただし、工作によって生じた価格が材料の価格を著しく超えるときは、加

工者がその加工物の所有権を取得する

#2 前項に規定する場合において、加工者が材料の一部を供したときは、その価格に工作によって生じた価格を加えたものが他人の材料の価格を超えるときに限り、加工者がその加工物の所有権を取得する

【最判昭 54.1.25 民集 33-1-26】請負人の交代と建物所有権の帰属[S53 才 872]

注文者 Y、請負人 B の建物建築請負契約で、下請け A(相続人 X)が B が代金を支払わないため、建築を棟上げ後の途中で放棄し、Y は C に残部を建築させたもの。A 中断時点での価格は 90 万円、現在の価格は 418 万円とされた (X→Y 建物明渡等：棄却→棄却→棄却)

「建物の建築工事請負人が建築途中において未だ独立の不動産に至らない建前を築造したままの状態で放置していたのに、第三者がこれに材料を供して工事を施し、独立の不動産である建物に仕上げた場合においての右建物の所有権が何びとに帰属するかは、民法二四三条の規定によるのではなく、むしろ、同法二四六条二項の規定に基づいて決定すべきものと解する。けだし、このような場合には、動産に動産を単純に附合させるだけでそこに施される工作の価値を無視してもよい場合とは異なり、右建物の建築のように、材料に対して施される工作が特段の価値を有し、仕上げられた建物の価格が原材料のそれよりも相当程度増加するような場合には、むしろ民法の加工の規定に基づいて所有権の帰属を決定するのが相当であるからである」

・添付による効果

* 所有権以外の権利の消滅等(§247)

§247-1 §242 から前条までの規定により物の所有権が消滅したときは、その物について存する他の権利も、消滅する

#2 前項に規定する場合において、物の所有者が、合成物、混和物又は加工物（以下この項において「合成物等」という。）の単独所有者となったときは、その物について存する他の権利は以後その合成物等について存し、物の所有者が合成物等の共有者となったときは、その物について存する他の権利は以後その持分について存する

* 損失を受けた者の償金請求(§248)：不当利得として返還請求(§703,704)

§248 第二百四十二条から前条までの規定の適用によって損失を受けた者は、第七百三条及び第七百四条の規定に従い、その償金を請求することができる

3. 不動産の付合とはどのような制度であるかについて、条文を参照しながら具体例を挙げて説明することができる。

・不動産の付合(§242)

§242 不動産の所有者は、その不動産に従として付合した物の所有権を取得する。ただし、権原によってその物を附属させた他人の権利を妨げない

* 本文：従として付合した物の所有権取得

・「付合」の意義：§243 同様、分離が不可能か著しく困難・不適当な場合

→壁に塗ったペンキなど

→他人の土地に作物を植える

* 但書：権原によって附属させた場合は取得しない(注意的規定)

・趣旨(旧通説)：小作人が育てた農作物は小作人の所有物

←善意で無権原に農作物を植えた小作人の保護ができないから、権原があると信じたのに無過失なら、但書の適用を認めるべき(近時有力)

・借家人の無断増改築：無断増改築部分を借家人が所有できるか ← 借家契約の解釈の問題

・付合すべき物の所有権が留保されたまま土地が譲渡された場合

→立木：242 但書で独立の所有権としうるが、対抗要件が必要

【最判昭 35.3.1 民集 14-3-307】解除前に植栽した立木所有権[S32 オ 325]

所有権確認・損賠：認容→棄却→棄却

国からAが山林を買い、Yに売ったが、代金を払わないため解除し、B→X1と売られ、X1はX2に持分2分の1を売り、国→A→B→X1(1/2→X2)と登記された。その後、Yが立木を売り渡し済みとして伐採搬出したものYは解除前に立木を植栽したと主張。

「本件立木は上告人が権原に基づいて植栽したものであるから、民法二四二条但書を類推すれば、この場合、右塩田・小松らの地盤所有権に対する関係では、本件立木の地盤への附合は遡つて否定せられ、立木は上告人の独立の所有権の客体となりえたわけである。しかしかかる立木所有権の地盤所有権からの分離は、立木が地盤に附合したまま移転する本来の物権変動の効果を立木について制限することになるのであるから、その物権的效果を第三者に対抗するためには、少くとも立木所有権を公示する対抗要件を必要とすると解せられるところ、原審確定の事実によれば、被上告人らの本件山林所有権の取得は地盤の上の立木をその売買の目的から除外してなされたものとは認められず、かつ、被上告人らの山林取得当時には上告人の施した立木の明認方法は既に消滅してしまっていたというのであるから、上告人の本件立木所有権は結局被上告人らに対抗しえないものと言わなければならない」

第3節 共有（249-264条）

1. 同一の目的物を複数の者が共同的に所有する法律関係について、通常の共有のほか、どのような場合があるか、いくつかの具体例を挙げることができる。

- ・ 通常の共有：個人主義的な共同所有のこと
- ・ 特殊な共有 → 共有者間の内部関係、第三者との対外関係、共有物分割で異なる扱い

* 種類

- ・ 合有＝組合財産：共有にや団体的規制が加わったもの（相続財産を含むとする説あり）
- ・ 総有＝入会・社団財産：構成員の所有権から半ば独立した財産となっているもの
- ・ 準共有(§264)

§264 この節の規定は、数人で所有権以外の財産権を有する場合について準用する。ただし、法令に特別の定めがあるときは、この限りでない

§263 共有の性質を有する入会権については、各地方の慣習に従うほか、この節の規定を適用する

* 共有者間の内部関係：合有・総有では持分権を自由に譲渡できない

2. 共有者が共有物についてどのような権利を（他の共有権者及び第三者に対して）有するかを、条文を参照しながら説明することができる。

- ・ 共有者間の内部関係

* 共有物の使用(§249)

§249 各共有者は、共有物の全部について、その持分に応じた使用をすることができる

- ・ 共有者の1人又は1人から許可を受けた第三者による占有 → 当然には明渡請求できない

【最判昭 41.5.19 民集 20-5-947】 共有者間の引渡請求[S38 才 1021]

①持分権移転登記②建物引渡(反)建物収去土地明渡：②認容、他棄却→①認容、他控訴棄却→②破棄・棄却
土地を父が購入し、二男Y名義で登記し、建てた建物は父名義で登記したが、のちY家族が済むようになった。父は生活が苦しく、Yの仕送りは開始早々止まったため、土地建物を売ろうとしたが、Yに妨害されたまま死亡、原告らが11/12、Yが1/12を承継した。

「思うに、共同相続に基づく共有者の一人であつて、その持分の価格が共有物の価格の過半数に満たない者（以下単に少数持分権者という）は、他の共有者の協議を経ないで当然に共有物（本件建物）を単独で占有する権限を有するものでない……が、他方、他のすべての相続人らがその共有持分を合計すると、その価格が共有物の価格の過半数をこえるからといつて（以下このような共有持分権者を多数持分権者という）、共有物を現に占有する前記少数持分権者に対し、当然にその明渡を請求することができるものではない。けだし、このような場合、右の少数持分権者は自己の持分によつて、共有物を使用収益する権限を有し、これに基づいて共有物を占有するものと認められるからである。従つて、この場合、多数持分権者が少数持分権者に対して共有物の明渡を求めることができるためには、その明渡を求める理由を主張し立証しなければならないのである」

【最判昭 63.5.20 判時 1277-116】 第三者への引渡請求[S62 才 53]

相続によりXBCEFの共有(持分はXBC各1/4、EF各1/8)となった建物につき、YがBCEFと使用貸借契約をして占有していたもの（建物明渡請求：棄却→棄却→棄却）

「共同相続に基づく共有者は、他の共有者との協議を経ないで当然に共有物を単独で占有する権限を有するものではないが、自己の持分に基づいて共有物を占有する権原を有するので、他のすべての共有者らは、右の自己の持分に基づいて現に共有物を占有する共有者に対して当然には共有物の明渡しを請求することはできないところ（最判昭 41.5.19 参照）、この理は、共有者の一部の者から共有物を占有使用することを承認された第三者と

その余の共有者との関係にも妥当し、共有者の一部の者から共有者の協議に基づかないで共有物を占有使用することを承認された第三者は、その者の占有使用を承認しなかった共有者に対して共有物を排他的に占有する権原を主張することはできないが、現にする占有がこれを承認した共有者の持分に基づくものと認められる限度で共有物を占有使用する権原を有するので、第三者の占有使用を承認しなかった共有者は右第三者に対して当然には共有物の明渡しを請求することはできないと解するのが相当である。なお、このことは、第三者の占有使用を承認した原因が共有物の管理又は処分のいずれに属する事項であるかによつて結論を異にするものではない」

*** 変更・管理・保存行為(§251～252)**

- ・ 変更(§251)：処分のほか、田畑を宅地にするなど
→ 共有者全員の同意が必要。勝手に実施すれば妨害排除請求の対象となる
- ・ 管理(§252 本文)：共有物を誰がどう使うか
- ・ 保存(§252 但書)：修理や定期点検

§251 各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更を加えることができない

§252 共有物の管理に関する事項は、前条の場合を除き、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決する。ただし、保存行為は、各共有者がすることができる

【最判平 10.3.24 判時 1641-80】共有者の1人の変更行為への妨害排除請求権[H8 才 551]

共有持分権に基づく妨害排除請求等：棄却／破棄差戻し

相続財産たる農地につき、子Yが単独で宅地造成工事をしたため、子Xが共有持分権に基づく妨害排除請求として原状回復を請求したもの（相続人は妻、子4名。あわせて遺言無効確認請求）

「共有者の一部が他の共有者の同意を得ることなく共有物を物理的に損傷しあるいはこれを改変するなど共有物に変更を加える行為をしている場合には、他の共有者は、各自の共有持分権に基づいて、右行為の全部の禁止を求めることができるだけでなく、共有物を原状に復することが不能であるなどの特段の事情がある場合を除き、右行為により生じた結果を除去して共有物を原状に復させることを求めることもできると解するのが相当である。けだし、共有者は、自己の共有持分権に基づいて、共有物全部につきその持分に応じた使用収益をすることができるのであって（民法二四九条）、自己の共有持分権に対する侵害がある場合には、それが他の共有者によると第三者によるとを問わず、単独で共有物全部についての妨害排除請求をすることができ、既存の侵害状態を排除するために必要かつ相当な作為又は不作為を相手方に求めることができると解されるところ、共有物に変更を加える行為は、共有物の性状を物理的に変更することにより、他の共有者の共有持分権を侵害するものにほかならず、他の共有者の同意を得ない限りこれをすることが許されない（民法二五一条）からである。もっとも、共有物に変更を加える行為の具体的態様及びその程度と妨害排除によって相手方の受ける社会的経済的損失の重大性との対比等に照らし、あるいは、共有関係の発生原因、共有物の従前の利用状況と変更後の状況、共有物の変更に同意している共有者の数及び持分の割合、共有物の将来における分割、帰属、利用の可能性その他諸般の事情に照らして、他の共有者が共有持分権に基づく妨害排除請求をすることが権利の濫用に当たるなど、その請求が許されない場合もあることはいうまでもない」

*** 共有物に関する負担・債権(§253,254)**

§253-1 各共有者は、その持分に応じ、管理の費用を支払い、その他共有物に関する負担を負う

#2 共有者が一年以内に前項の義務を履行しないときは、他の共有者は、相当の償金を支払ってその者の持分を取得することができる

§254 共有者の一人が共有物について他の共有者に対して有する債権は、その特定承継人に対しても行使することができる

*** 持分の放棄及び共有者の死亡(§255)**

§255 共有者の一人が、その持分を放棄したとき、又は死亡して相続人がないときは、その持分は、他の共有者

に帰属する

・ 共有と対外関係

＊ 共有持分の割合の推定(§250)

§250 各共有者の持分は、相等しいものと推定する

＊ 無権原者への共有持分権に基づく物権的請求権

→単独で実行できるのが原則 ∴管理行為(§252 但書)

【大判大 7.4.19 民録 24-731】 共有持分権に基づく物権的請求

＊ 共有者の1人による不実の登記の抹消請求

【最判平 15.7.11 民集 57-7-787】 共同相続人からの譲受人[H13 受 320]

(主)①[不動産 A]遺産確認、②[A]Y 宛持分移転登記抹消手続・BC 宛同意、③[不動産 B]X 所有権確認、[B]Y 宛登記抹消・BC 宛同意・Z 宛更正登記、④[不動産 C]X'所有権確認、[C]Y 宛登記抹消・B 宛同意・Z 宛更正登記、(予)[A]詐害行為取消、(予 2)[A]Y 宛条件付登記抹消(Z が相続欠格者になること)→(主)ほとんど認容、①却下、④一部被告との間で却下→Y のみ控訴：②取消棄却(予)棄却(予 2)棄却→破棄差戻し

H5.1.18 甲死亡(子 XX'ZA)→1.25 相続登記(各 1/4)→同日 Z→Y の代物弁済で持分移転登記

Z が甲を殺害し、懲役刑を受けたが上告中で時間がかかっていた。

「不動産の共有者の1人は、その持分権に基づき、共有不動産に対して加えられた妨害を排除することができるところ、不実の持分移転登記がされている場合には、その登記によって共有不動産に対する妨害状態が生じているということができるから、共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転登記の抹消登記手続を請求することができる」「乙から被上告人に対する本件土地の持分の譲渡が無効であれば【暴利行為無効を主張】、上告人らの主目的請求は認容されるべきである」

【最判昭 31.5.10 民集 10-5-487】 真の権利者の実弟への移転登記の抹消請求[S29 才 4]

X→Y 不動産所有権移転登記抹消登記手続請求 → 認容／棄却／棄却

S21.9.30 亡 A が C より本件不動産を購入

S21.10.16 C→Y の所有権移転登記（公租公課負担回避のため）：この登記の抹消を求めるもの

S24.2.8 A 死亡、本件不動産は妻 X、母 B の共有となる

「本件におけるがごとく、ある不動産の共有権者の一人がその持分に基き当該不動産につき登記簿上所有名義者たるものに対してその登記の抹消を求めることは、妨害排除の請求に外ならずいわゆる保存行為に属するものというべく、従つて、共同相続人の一人が単独で本件不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めうる」

【最判昭 33.7.22 民集 12-12-1805】 組合財産[S31 才 103]

X,Y,A,B が組合契約をして建物を建てたが、Y,A 脱退後、Y が家屋台帳の名義人を X から Y に変更し、所有権保存登記もしたもの（所有権保存登記抹消登記請求→認容／棄却／棄却）

「組合財産が理論上合有であるとしても、民法の法条そのものはこれを共有とする建前で規定されており、組合所有の不動産の如きも共有の登記をするほかはない。従つて解釈論としては、民法の組合財産の合有は、共有持分について民法の定めるような制限を伴うものであり、持分についてかような制限のあることがすなわち民法の組合財産合有の内容だと見るべきである。そうだとすれば、組合財産については、民法六六七条以下において特別の規定のなされていない限り、民法二四九条以下の共有の規定が適用されることになる」「ある不動産の共有権者の一人が、その持分に基き、当該不動産につき登記簿上所有名義者たるものに対して、その登記の抹消を求めることは、妨害排除の請求に外ならず、いわゆる保存行為に属するものというべきであるから、民法における組合財産の性質を前記の如く解するにおいては、その持分権者の一人は単独で右不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めることができる…（最判昭 31.5.10 参照。この判決は共同相続財産に関するものであるが、民法における組合財産の性質が前記のとおりであるとするならば、その理は組合財産についても同様…）」

【最判昭 59.4.24 集民 141-603】ある共有者の単独登記になっている場合[S56 才 817]

訴外 A が長男 X,妻 Y1,五男 Y2,二男 B,四男 C に遺贈した不動産につき、遺産分割協議で遺言に反した分配がされ、Y1 単独所有とする所有権移転登記がされたもの（他の不動産についても同様）

所有権移転登記抹消登記手続請求→不明→XY₁Y₂BC 各 1/5 の更正登記→変更：X1/5,Y₁4/5 への更正登記

「数名の者の共有に属する不動産につき共有者のうち一部の者が勝手に自己名義で所有権移転登記又は所有権移転請求権仮登記を経由した場合に、共有者の一人がその共有持分に対する妨害排除として登記を実体的権利に合致させるため右の名義人に対し請求することができるのは、自己の持分についてのみの一部抹消（更正）登記手続である…（最判昭 38.2.22、同 39.1.30、同 44.5.29 参照）、被上告人の上告人甲野花子及び同甲野五郎に対する各所有権移転登記抹消登記手続請求は、いずれも被上告人の取得した五分の一の持分に関する部分の抹消を求める範囲において理由があるが、この範囲をこえて抹消を求める部分は理由がなく、本件第一の各不動産については被上告人の持分を五分の一、上告人甲野花子の持分を五分の四とする所有権移転登記に、本件第二の各不動産については被上告人の持分を五分の一、上告人甲野五郎の持分を五分の四とする所有権移転登記にそれぞれ更正登記手続をするよう求める限度においてのみこれを認容し、その余は失当として棄却すべき」

【最判平 22.4.20 判タ 1323-98】相続人の一部による登記抹消請求[平 21 才 1408]

所有権保存登記抹消請求等→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄自判(原告妻 1/2,原告子 1/4,他の子・被告各 1/8 の所有権保存登記への更正登記命令)

遺産につき A が全部取得する遺産分割協議成立後、E が死亡したがもう 1 人の共同相続人が遺産の所有権移転登記を了していたもの。原告は E の妻と子 1 名（相続分各 1/2,1/4）。

「共有不動産につき、持分を有しない者がこれを有するものとして共有名義の所有権保存登記がされている場合、共有者の 1 人は、その持分に対する妨害排除として、登記を実体的権利に合致させるため、持分を有しない登記名義人に対し、自己の持分についての更正登記手続を求めることができるにとどまり、他の共有者の持分についての更正登記手続までを求めることはできない（最判昭 59.4.24=昭 56 才 817 参照）。したがって、被上告人らの請求は、被上告人 X 1 の持分を 2 分の 1、被上告人 X 2 の持分を 4 分の 1、上告人及び A の持分を各 8 分の 1 とする所有権保存登記への更正登記手続を求める限度で理由があるからこれを認容し、その余は理由がないから棄却すべき」

・共有物分割請求(§256)

* 分割請求の自由(§256)：利用・改良に熱心になると考えられる単独所有が原則だから

§256-1 各共有者は、いつでも共有物の分割を請求することができる。ただし、五年を超えない期間内は分割をしない旨の契約をすることを妨げない

#2 前項ただし書の契約は、更新することができる。ただし、その期間は、更新の時から五年を超えることができない

§257 前条の規定は、§229 に規定する共有物【＝境界標、囲障等】については、適用しない

* 裁判所による共有物の分割(§258)：協議不調の場合

§258-1 共有物の分割について共有者間に協議が調わないときは、その分割を裁判所に請求することができる

#2 前項の場合において、共有物の現物を分割することができないとき、又は分割によってその価格を著しく減少させるおそれがあるときは、裁判所は、その競売を命ずることができる

・分割の方法

①現物分割：原則

②代価分割：売却代金を分割(§258-2)

③価格賠償(代償分割)：持分以上の現物を得た共有者が他の共有者に価格賠償すること

※全面的価格賠償：1 人が単独所有権を取得し、他の共有者が価格賠償を受けること

④共有物が多数の不動産に分かれる場合に一括して分割すること

⑤請求者に対して現物分割し、その他を他の物の共有として残すこと

【最大判昭 62.4.22 民集 41-3-408】分割方法(③④⑤を肯定)[S59 才 805]

「民法二五八条による共有物分割の方法について考えるのに、現物分割をするに当たっては、当該共有物の性質・形状・位置又は分割後の管理・利用の便等を考慮すべきであるから、持分の価格に応じた分割をするとしても、なお共有者の取得する現物の価格に過不足を来す事態の生じることは避け難いところであり、このような場合には、持分の価格以上の現物を取得する共有者に当該超過分の対価を支払わせ、過不足の調整をすることも現物分割の一態様として許されるものというべきであり、また、分割の対象となる共有物が多数の不動産である場合には、これらの不動産が外形上一団とみられるときはもとより、数か所に分かれて存在するときでも、右不動産を一括して分割の対象とし、分割後のそれぞれの部分を各共有者の単独所有とすることも、現物分割の方法として許されるものというべきところ、かかる場合においても、前示のような事態の生じるときは、右の過不足の調整をすることが許されるものと解すべきである（最判昭 30.5.31、同 45.11.6 は、右と抵触する限度において、これを改める。）。また、共有者が多数である場合、その中のただ一人でも分割請求をするときは、直ちにその全部の共有関係が解消されるものと解すべきではなく、当該請求者に対してのみ持分の限度で現物を分割し、その余は他の者の共有として残すことも許されるものと解すべきである」（森林法違憲判決）

【最判平 8.10.31 民集 50-9-2563】特段の事情があれば全面的価格賠償も可能[H3 才 1380]

共有物分割請求：競売分割→全面的価格賠償→破棄差戻し（支払能力の審理のため）

「民法 258-2 は、共有物分割の方法として、現物分割を原則としつつも、共有物を現物で分割することが不可能であるか又は現物で分割することによって著しく価格を損じるおそれがあるときは、競売による分割をすることができる旨を規定している。ところで、この裁判所による共有物の分割は、民事訴訟上の訴えの手續により審理判断するものとされているが、その本質は非訟事件であって、法は、裁判所の適切な裁量権の行使により、共有者間の公平を保ちつつ、当該共有物の性質や共有状態の実状に合った妥当な分割が実現されることを期したものと考えられる。したがって、右の規定は、すべての場合にその分割方法を現物分割又は競売による分割のみに限定し、他の分割方法を一切否定した趣旨のものとは解されない」「共有物分割の申立てを受けた裁判所としては、現物分割をするに当たって、持分の価格以上の現物を取得する共有者に当該超過分の対価を支払わせ、過不足の調整をすることができる（最大判昭 62.4.22 参照）のみならず、当該共有物の性質及び形状、共有関係の発生原因、共有者の数及び持分の割合、共有物の利用状況及び分割された場合の経済的価値、分割方法についての共有者の希望及びその合理性の有無等の事情を総合的に考慮し、当該共有物を共有者のうちの特定の者に取得させるのが相当であると認められ、かつ、その価格が適正に評価され、当該共有物を取得する者に支払能力があつて、他の共有者にはその持分の価格を取得させることとしても共有者間の実質的公平を害しないと認められる特段の事情が存するときは、共有物を共有者のうちの一人の単独所有又は数人の共有とし、これらの者から他の共有者に対して持分の価格を賠償させる方法、すなわち全面的価格賠償の方法による分割をすることも許される」→現物分割不可能、共有者の 1 人の生活の本拠、他は取得の要なく競売を希望だが、支払能力が不明。

＊共有物分割の雑則

（共有に関する債権の弁済）

§259-1 共有者の一人が他の共有者に対して共有に関する債権を有するときは、分割に際し、債務者に帰属すべき共有物の部分をもって、その弁済に充てることができる

#2 債権者は、前項の弁済を受けるため債務者に帰属すべき共有物の部分を売却する必要があるときは、その売却を請求することができる

（共有物の分割への参加）

§260-1 共有物について権利を有する者及び各共有者の債権者は、自己の費用で、分割に参加することができる

#2 前項の規定による参加の請求があったにもかかわらず、その請求をした者を参加させないで分割をしたときは、その分割は、その請求をした者に対抗することができない

(分割における共有者の担保責任)

§261 各共有者は、他の共有者が分割によって取得した物について、売主と同じく、その持分に応じて担保の責任を負う

(共有物に関する証書)

§262-1 分割が完了したときは、各分割者は、その取得した物に関する証書を保存しなければならない

#2 共有者の全員又はそのうちの数人に分割した物に関する証書は、その物の最大の部分を取得した者が保存しなければならない

#3 前項の場合において、最大の部分を取得した者がいないときは、分割者間の協議で証書の保存者を定める。協議が調わないときは、裁判所が、これを指定する

#4 証書の保存者は、他の分割者の請求に応じて、その証書を使用させなければならない

3. 区分所有権とはどのような概念であるかを、一物一権主義との関係に留意しながら説明することができる。

- ・ 意義：単独所有権であるが、客体が建物の一部で、建物全体としては多数人が所有する関係
→この建物の一部に対する所有権を区分所有権という

* 根拠：建物の区分所有等に関する法律 ← 前は民法 208 条にあった

§1 一棟の建物に構造上区分された数個の部分で独立して住居、店舗、事務所又は倉庫その他建物としての用途に供することができるものがあるときは、その各部分は、この法律の定めるところにより、それぞれ所有権の目的とすることができる

§2 この法律において「区分所有権」とは、前条に規定する建物の部分（第四条第二項の規定により共用部分とされたものを除く。）を目的とする所有権をいう

#2 この法律において「区分所有者」とは、区分所有権を有する者をいう

#3 この法律において「専有部分」とは、区分所有権の目的たる建物の部分をいう

#4 この法律において「共用部分」とは、専有部分以外の建物の部分、専有部分に属しない建物の附属物及び第四条第二項の規定により共用部分とされた附属の建物をいう

#5 この法律において「建物の敷地」とは、建物が所在する土地及び第五条第一項の規定により建物の敷地とされた土地をいう

#6 この法律において「敷地利用権」とは、専有部分を所有するための建物の敷地に関する権利をいう

* 扱い

- ・ 共用部分(§11～21)・敷地(§22～24)：区分所有者の共有だが、分割や譲渡はできない
- ・ 区分所有者の共同の利益に反する行為の禁止(§6)：占有者にも適用(#3)
→§57～60 で停止・予防請求、さらに使用禁止・競売請求や契約解除・明渡請求ができる

【最判昭 62.7.17 判時 1243-28】横浜「山手ハイム」事件(賃借人への明渡請求肯定)

第4章 用益物権

第1節 用益物権各論

第1款 地上権（265-269条2）

1. 地上権とはどのような物権であり、どのような場合に利用される権利であるかを、土地賃借権と対比しながら説明することができる。
- 2.
- 3.

（地上権の内容）

§265 地上権者は、他人の土地において工作物又は竹木を所有するため、その土地を使用する権利を有する（地代）

§266-1 第二百七十四条から第二百七十六条までの規定は、地上権者が土地の所有者に定期の地代を支払わなければならない場合について準用する

#2 地代については、前項に規定するもののほか、その性質に反しない限り、賃貸借に関する規定を準用する（相隣関係の規定の準用）

§267 前章第一節第二款（相隣関係）の規定は、地上権者間又は地上権者と土地の所有者との間について準用する。ただし、第二百二十九条の規定は、境界線上の工作物が地上権の設定後に設けられた場合に限り、地上権者について準用する

（地上権の存続期間）

§268-1 設定行為で地上権の存続期間を定めなかった場合において、別段の慣習がないときは、地上権者は、いつでもその権利を放棄することができる。ただし、地代を支払うべきときは、一年前に予告をし、又は期限の到来していない一年分の地代を支払わなければならない

#2 地上権者が前項の規定によりその権利を放棄しないときは、裁判所は、当事者の請求により、二十年以上五十年以下の範囲内において、工作物又は竹木の種類及び状況その他地上権の設定当時の事情を考慮して、その存続期間を定める

（工作物等の収去等）

§269-1 地上権者は、その権利が消滅した時に、土地を原状に復してその工作物及び竹木を収去することができる。ただし、土地の所有者が時価相当額を提供してこれを買取る旨を通知したときは、地上権者は、正当な理由がなければ、これを拒むことができない

#2 前項の規定と異なる慣習があるときは、その慣習に従う

（地下又は空間を目的とする地上権）

§269/2-1 地下又は空間は、工作物を所有するため、上下の範囲を定めて地上権の目的とすることができる。この場合においては、設定行為で、地上権の行使のためにその土地の使用に制限を加えることができる

#2 前項の地上権は、第三者がその土地の使用又は収益をする権利を有する場合においても、その権利又はこれを目的とする権利を有するすべての者の承諾があるときは、設定することができる。この場合において、土地の使用又は収益をする権利を有する者は、その地上権の行使を妨げることができない

4. あ

第2款 永小作権（270-279条）

1.

2.

（永小作権の内容）

§270 永小作人は、小作料を支払って他人の土地において耕作又は牧畜をする権利を有する

（永小作人による土地の変更の制限）

§271 永小作人は、土地に対して、回復することのできない損害を生ずべき変更を加えることができない

（永小作権の譲渡又は土地の賃貸）

§272 永小作人は、その権利を他人に譲り渡し、又はその権利の存続期間内において耕作若しくは牧畜のため土地を賃貸することができる。ただし、設定行為で禁じたときは、この限りでない

（賃貸借に関する規定の準用）

§273 永小作人の義務については、この章の規定及び設定行為で定めるもののほか、その性質に反しない限り、賃貸借に関する規定を準用する

（小作料の減免）

§274 永小作人は、不可抗力により収益について損失を受けたときであっても、小作料の免除又は減額を請求することができない

（永小作権の放棄）

§275 永小作人は、不可抗力によって、引き続き三年以上全く収益を得ず、又は五年以上小作料より少ない収益を得たときは、その権利を放棄することができる

（永小作権の消滅請求）

§276 永小作人が引き続き二年以上小作料の支払を怠ったときは、土地の所有者は、永小作権の消滅を請求することができる

（永小作権に関する慣習）

§277 第二百七十一条から前条までの規定と異なる慣習があるときは、その慣習に従う

（永小作権の存続期間）

§278-1 永小作権の存続期間は、二十年以上五十年以下とする。設定行為で五十年より長い期間を定めたときであっても、その期間は、五十年とする

#2 永小作権の設定は、更新することができる。ただし、その存続期間は、更新の時から五十年を超えることができない

#3 設定行為で永小作権の存続期間を定めなかったときは、その期間は、別段の慣習がある場合を除き、三十年とする

（工作物等の収去等）

§279 第二百六十九条の規定は、永小作権について準用する

3. あ

第3款 地役権（280-294 条）

1. 地役権とはどのような物権であり、どのような場合に利用される権利であるかを、いくつかの具体例を挙げて説明することができる。
- 2.

（地役権の内容）

§280 地役権者は、設定行為で定めた目的に従い、他人の土地を自己の土地の便益に供する権利を有する。ただし、第三章第一節（所有権の限界）の規定（公の秩序に関するものに限る。）に違反しないものでなければならない

（地役権の付従性）

§281-1 地役権は、要役地（地役権者の土地であって、他人の土地から便益を受けるものをいう。以下同じ。）の所有権に從たるものとして、その所有権とともに移転し、又は要役地について存する他の権利の目的となるものとする。ただし、設定行為に別段の定めがあるときは、この限りでない

#2 地役権は、要役地から分離して譲り渡し、又は他の権利の目的とすることができない

（地役権の不可分性）

§282-1 土地の共有者の一人は、その持分につき、その土地のために又はその土地について存する地役権を消滅させることができない

#2 土地の分割又はその一部の譲渡の場合には、地役権は、その各部のために又はその各部について存する。ただし、地役権がその性質により土地の一部のみに関するときは、この限りでない

（地役権の時効取得）

§283 地役権は、継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り、時効によって取得することができる

§284-1 土地の共有者の一人が時効によって地役権を取得したときは、他の共有者も、これを取得する

#2 共有者に対する時効の中断は、地役権を行使する各共有者に対してしなければ、その効力を生じない

#3 地役権を行使する共有者が数人ある場合には、その一人について時効の停止の原因があっても、時効は、各共有者のために進行する

（用水地役権）

§285-1 用水地役権の承役地（地役権者以外の者の土地であって、要役地の便益に供されるものをいう。以下同じ。）において、水が要役地及び承役地の需要に比して不足するときは、その各土地の需要に応じて、まずこれを生活用に供し、その残余を他の用途に供するものとする。ただし、設定行為に別段の定めがあるときは、この限りでない

#2 同一の承役地について数個の用水地役権を設定したときは、後の地役権者は、前の地役権者の水の使用を妨げてはならない

（承役地の所有者の工作物の設置義務等）

§286 設定行為又は設定後の契約により、承役地の所有者が自己の費用で地役権の行使のために工作物を設け、又はその修繕をする義務を負担したときは、承役地の所有者の特定承継人も、その義務を負担する

§287 承役地の所有者は、いつでも、地役権に必要な土地の部分の所有権を放棄して地役権者に移転し、これにより前条の義務を免れることができる

（承役地の所有者の工作物の使用）

§288-1 承役地の所有者は、地役権の行使を妨げない範囲内において、その行使のために承役地の上に設けられた工作物を使用することができる

#2 前項の場合には、承役地の所有者は、その利益を受ける割合に応じて、工作物の設置及び保存の費用を分担しなければならない

(承役地の時効取得による地役権の消滅)

§289 承役地の占有者が取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときは、地役権は、これによって消滅する

§290 前条の規定による地役権の消滅時効は、地役権者がその権利を行使することによって中断する

(地役権の消滅時効)

§291 第百六十七条第二項に規定する消滅時効の期間は、継続的でなく行使される地役権については最後の行使の時から起算し、継続的に行使される地役権についてはその行使を妨げる事実が生じた時から起算する

§292 要役地が数人の共有に属する場合において、その一人のために時効の中断又は停止があるときは、その中断又は停止は、他の共有者のためにも、その効力を生ずる

§293 地役権者がその権利の一部を行使しないときは、その部分のみが時効によって消滅する

(共有の性質を有しない入会権)

§294 共有の性質を有しない入会権については、各地方の慣習に従うほか、この章の規定を準用する

3. あ

第5章 担保物権

第1節 担保物権総論

第1款 総論

1. 担保物権とはどのような性質の担保であるかを、債権者平等原則や保証との関係に留意しながら説明することができる。
 - ・担保物権：特定の物から優先的に弁済を受ける担保のこと
 - ・典型担保物権：民法所定の担保物権
 - * 約定担保物権：当事者の合意で設定されるもの
 - 質権、抵当権
 - * 法定担保物権：法律上当然に発生するもの
 - 留置権、先取特権
 - ・非典型担保物権：慣習上の担保物権
 - * 代物弁済予約 → 仮登記担保
 - * 譲渡担保
 - * 所有権留保
 - ・その他の担保的制度
 - * 代理受領
 - * 振込指定
 - * 相殺
 - ・担保物権の性質
 - * 優先弁済的効力：目的物の売却代金から優先弁済を受けることができる
 - 質権、抵当権、先取特権 ×留置権
 - * 留置的効力：目的物を留置することで弁済を促す効力
 - 質権、留置権 ×抵当権、先取特権
 - * 不可分性：被担保債権が存在する限り、不可分のものとして存続する
 - 留置権(§296)、抵当権(§372)、質権(§350)、先取特権(§305)
 - * 物上代位性：目的物滅失等の際、それに代わる価値の上に存続する
 - 先取特権(§304)、質権(§350)、抵当権(§372)、×留置権
 - * 附従性 → ○一般に妥当、△確定前の根抵当権では一部修正
 - ・不当利得返還義務を担保すると解すべき場合もある。

【最判昭 44.7.4 民集 23-6-1347】労働金庫の員外貸付と抵当権[S43 才 916]

土地建物所有権移転登記抹消・建物明渡：棄却(目的外行為でない)→棄却(契約有効)→棄却

A 労金の X に対する員外貸付に基づき、競売が実行され、Y が競落後、抵当権無効を主張。X は経営する洋服店の従業員組合をでっち上げ、自己の土地建物を担保に組合長名義で借金していた。

「労働金庫法が五八条においてその事業の範囲を明定し、その九九条において役員の事業範囲外行為について罰則を設けていること、同法がその会員の福利共済活動の発展およびその経済的地位の向上を図ることを目的としていることに鑑みれば、労働金庫におけるいわゆる員外貸付の効力については、これを無効と解するのが相当で

あつて、この理は、農業協同組合が組合員以外の者に対し、組合の目的事業と全く関係のない貸付をした場合の当該貸付の効力についてと異るところはない（最判昭 41.4.26 参照。）。本件において、所論の貸付が前記労働金庫の会員でない者に対する目的外の貸付であつたこと……から、右貸付行為はこれを無効とすべきが相当」

他方、「上告人は自ら虚無の従業員組合の結成手続をなし、その組合名義をもつて訴外労働金庫から本件貸付を受け、この金員を自己の事業の資金として利用していたというのであるから、仮りに右貸付行為が無効であつたとしても、同人は右相当の金員を不当利得として訴外労働金庫に返済すべき義務を負っているものというべく、結局債務のあることにおいては変りはないのである。そして、本件抵当権も、その設定の趣旨からして、経済的には、債権者たる労働金庫の有する右債権の担保たる意義を有するものとみられるから、上告人としては、右債務を弁済せずして、右貸付の無効を理由に、本件抵当権ないしその実行手続の無効を主張することは、信義則上許されないものというべきである。ことに、本件のように、右抵当権の実行手続が終了し、右担保物件が競落人の所有に帰した場合において、右競落人またはこれから右物件に関して権利を取得した者に対して、競落による所有権またはこれを基礎とした権原の取得を否定しうるとすることは、善意の第三者の権利を自己の非を理由に否定する結果を容認するに等しく、信義則に反するものといわなければならない」→棄却

* 随伴性 → ○一般に妥当、△確定前の根抵当権では一部修正

第2節 留置権 (295-302 条)

第1款 留置権

1. 留置権とはどのような性質の担保物権であるかを、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 内容：留置的効力＝弁済されるまで目的物を返還しないと主張できる

§295-1 他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有するときは、その債権の弁済を受けるまで、その物を留置することができる。ただし、その債権が弁済期にないときは、この限りでない

#2 前項の規定は、占有が不法行為によって始まった場合には、適用しない

- ・ 性質

＊法定担保物権：要件を満たすと当然に成立する

2. 留置権の成立要件とその効果について、具体例に即して説明することができる。

- ・ 成立要件：①～④を満たすと当然に成立する

①他人の物の占有(§295-1 本文)

- ・ 債務者以外の物でもよい cf.商事留置権は債務者の物でないとダメ
- ・ 占有していればよい → 不動産につき、登記は対抗要件も含め不要

【最判昭 47.11.16 民集 26-9-1619】 留置権の対抗[S45 オ 1055]

AY 共有土地建物を B に売却し、売却代金の一部に代えて B が建物を建てて Y に提供する約束だったが、提供がないまま B が X のため土地建物に抵当権・停止条件付代物弁済予約をし、履行遅滞により X が代物弁済として所有権を取得・登記した（建物明渡：原告からの引換給付→取消・認容→破棄自判・変更・B からの引換給付）

「この残代金債権は本件土地建物の明渡請求権と同一の売買契約によつて生じた債権であるから、民法二九五条の規定により、上告人は斎藤に対し、残代金の弁済を受けるまで、本件土地建物につき留置権を行使してその明渡を拒絶することができたものといわなければならない。ところで、留置権が成立したのち債務者からその目的物を譲り受けた者に対しても、債権者がその留置権を主張しうることは、留置権が物権であることに照らして明らかであるから（最判昭 38.2.19 参照）、本件においても、上告人は、斎藤から本件土地建物を譲り受けた被上告人に対して、右留置権を行使することをうるのである。もつとも、被上告人は、本件土地建物の所有権を取得したにとどまり、前記残代金債務の支払義務を負つたわけではないが、このことは上告人の右留置権行使の障害となるものではない。また、右残代金三四五万円の債権は、本件土地建物全部について生じた債権であるから、同法二九六条の規定により、上告人は右残代金三四五万円の支払を受けるまで本件土地建物全部につき留置権を行使することができ、したがつて、被上告人の本訴請求は本件建物の明渡を請求するにとどまるものではあるが、上告人は被上告人に対し、残代金三四五万円の支払があるまで、本件建物につき留置権を行使することができる」

「ところで、物の引渡を求める訴訟において、留置権の抗弁が理由のあるときは、引渡請求を棄却することなく、その物に関して生じた債権の弁済と引換えに物の引渡を命ずべきであるが（最判昭 33.3.13、同 33.6.6）、前述のように、被上告人は上告人に対して残代金債務の弁済義務を負っているわけではないから、斎藤から残代金の支払を受けるのと引換えに本件建物の明渡を命ずべき」

②その物に関して生じた債権を有すること(目的物と債権との牽連性、§295-1 本文)

③債権が弁済期にあること(§295-1 但書)

④占有が不法行為によって始まったのではないこと(§295-2)

- ・ 占有権原が失われた場合に類推適用されることがある(後掲)
- ・ 目的物と債権との牽連性の有無
 - ＊ 債権が物自体が生じた場合(費用償還請求権等)、債権が物の返還義務と同一の法律関係又は

事実関係から生じた場合(修理契約や運送契約の修理代金・運送料等)→認められる

* 不動産賃貸借における問題

【最判昭 29.1.14 民集 8-1-16】 造作買取請求権に基づく賃貸家屋の留置(否定)

【最判昭 44.1.6 判時 579-52】 借地上の建物賃借人の必要費と敷地(否定・借地契約解除時)

【最判昭 49.9.2 民集 28-6-1152】 敷金返還請求権と家屋(否定・家屋返還が先履行)

・ 借家契約終了時の費用償還請求権と建物全体：牽連性あり

【大判昭 10.5.13 民集 14-876】 居住継続可能：§298-2 の「その物の保存に必要な使用」

* 二重譲渡で引渡しを受けたが、登記は劣後した場合

→二重譲渡人に対する損賠請求権を理由に、不動産の留置権を主張できない

【最判昭 43.11.21 民集 22-12-2765】 留置権を否定

・ 効果

* 留置的効力(§295) → 引換給付判決となる

・ 留置的効力による事実上の優先弁済権

→引渡しを拒めるため、動産では執行不能、不動産では買受人に弁済まで引渡し拒絶できる

・ 形式競売(民執 195)：債務者＝所有者なら換価金返還債務と相殺できる

・ 法律上の優先弁済権はないため、物上代位もできない

* 不可分性(§296)

§296 留置権者は、債権の全部の弁済を受けるまでは、留置物の全部についてその権利を行使することができる

【最判平 3.7.16 民集 45-6-1101】 一部を返還しても、原則、残部が債権の全部を担保する

* 果実の収集と弁済への充当(§297)

§297-1 留置権者は、留置物から生ずる果実を収取し、他の債権者に先立って、これを自己の債権の弁済に充当することができる

#2 前項の果実は、まず債権の利息に充当し、なお残余があるときは元本に充当しなければならない

【大判大 7.10.29 新聞 1498-21】 自己使用による利得も債権に充当できる

・ 留置中の権利義務

* 留置物の保管等(§298)：善管注意義務(#1)、無断使用等の禁止(#2)

→違反すると債務者の留置権消滅請求(#3・形成権)、留置物の譲受人も請求できる

§298-1 留置権者は、善良な管理者の注意をもって、留置物を占有しなければならない

#2 留置権者は、債務者の承諾を得なければ、留置物を使用し、賃貸し、又は担保に供することができない。ただし、その物の保存に必要な使用をすることは、この限りでない

#3 留置権者が前二項の規定に違反したときは、債務者は、留置権の消滅を請求することができる

【最判平 9.7.3 民集 51-6-2500】 債務者の使用等の承諾は、新所有者に対抗できる

* 費用償還請求権(§299)

§299-1 留置権者は、留置物について必要費を支出したときは、所有者にその償還をさせることができる

#2 留置権者は、留置物について有益費を支出したときは、これによる価格の増加が現存する場合に限り、所有者の選択に従い、その支出した金額又は増価額を償還させることができる。ただし、裁判所は、所有者の請求により、その償還について相当の期限を許与することができる

3. 留置権の消滅原因

- ・ 一般的な消滅原因：目的物滅失・混同等、被担保債権の消滅等

＊ 留置権を行使しても、債権の消滅時効は進行する(§300)

§300 留置権の行使は、債権の消滅時効の進行を妨げない

- ・ 留置権特有の消滅原因：留置権消滅請求(§298-3)、代担保提供(§301)、占有喪失(§302)

§301 債務者は、相当の担保を供して、留置権の消滅を請求することができる

§302 留置権は、留置権者が留置物の占有を失うことによって、消滅する。ただし、第二百九十八条第二項の規定により留置物を賃貸し、又は質権の目的としたときは、この限りでない

- ・ その他：債務者・目的物所有者の破産(破産 66-3)

4. 有益費償還請求と留置権

- ・ 占有権原喪失につき悪意又は有過失の場合、その後の必要費・有益費につき留置権は不成立

∴ §295-2 類推による

【最判昭 51.6.17 民集 30-6-616】 有益費償還請求権と土地留置権(処分無効)[S50 才 1148]

自創法で X は農地を買収され、その後何人にも売渡されたが、X は買収計画の瑕疵を主張して取消訴訟を提起し、勝訴した。上告審に係属したうち重要なのは乙土地、移転経過は甲土地：X→国→Y1、乙土地：X→国→Y1→Y2

Y1 宛：甲乙土地所有権取得登記抹消、甲土地の家屋収去土地明渡→認容→被告控訴棄却→棄却

Y2 宛：乙土地所有権移転登記抹消、乙土地の明渡→認容→被告控訴棄却→棄却

S23.7 X 取消訴訟提起→一審棄却／取消認容／棄却 = S40.11.5 確定

S34.11.19 Y2 が Y1 より乙土地を買い受ける

S35.10.25 X が土地明渡請求訴訟を提起し(本訴)、訴状が Y2 に送達される

S36～37 Y2 が有益費を支出

S43.7.12 一審判決→S50.7.29 控訴審判決

○前主に対する損賠請求権を被担保債権とする留置権の主張

「他人の物の売買における買主は、その所有権を移転すべき売主の債務の履行不能による損害賠償債権をもつて、所有者の目的物返還請求に対し、留置権を主張することは許されない……蓋し、他人の物の売主は、その所有権移転債務が履行不能となつても、目的物の返還を買主に請求しうる関係になく……買主が目的物の返還を拒絶することによつて損害賠償債務の履行を間接に強制するという関係は生じないため、右損害賠償債権について目的物の留置権を成立させるために必要な物と債権との牽連関係が当事者間に存在するとはいえないからである」

○本権の訴え提起後の有益費支出

「国が自作農創設特別措置法に基づき、農地として買収したうえ売り渡した土地を、被売渡人から買受けその引渡を受けた者が、土地の被買収者から右買収・売渡処分が無効を主張され所有権に基づく土地返還訴訟を提起されたのち、右土地につき有益費を支出したとしても、その後右買収・売渡処分が買収計画取消判決の確定により当初に遡つて無効とされ、かつ、買主が有益費を支出した当時右買収・売渡処分が無効に帰するかもしれないことを疑わなかつたことに過失がある場合には、買主は、民法二九五条二項の類推適用により、右有益費償還請求権に基づき土地の留置権を主張することはできない」「土地占有者が所有者から所有権に基づく土地返還請求訴訟を提起され、結局その占有権原を立証できなかつたときは、特段の事情のない限り、土地占有が権原に基づかないこと又は権原に基づかないものに帰することを疑わなかつたことについては過失があると推認するのが相当であるところ、原審の確定した事実関係のもとにおいて、右特段の事情があるとは未だ認められない。したがつて、右事実関係のもとにおいて、Y2 が、所論の有益費を支出した当時、本件土地の占有が権原に基づかないものに帰することを疑わなかつたことについては、Y2 に過失があるとした原審の認定判断は、正当として是認することができる。そうすると、右のような状況のもとで Y2 が本件土地につき支出した所論の有益費償還請求権に基づき、本件土地について留置権を主張することが許されないことは、前判示に照らし、明らか」

【最判昭 41.3.3 民集 20-3-386】 有益費償還請求権と土地留置権(合意解除)[S39 才 654]

「本件売買契約が本件当事者間の解除契約【残代金不払いで当然解除】により昭 31.12.10 の経過とともに解除されたことは、前記のとおり……上告人がその後本件建物を占有中、昭 32.8.21 頃および昭 33.1.10 頃その主張のような費用を支出し、それが本件建物について生じた必要費または有益費にあたるとしても、前記事実関係のもとで他に特段の事情の主張立証のない本件においては、上告人が被上告人所有の本件建物を占有すべき権原のないことを知りながら不法にこれを占有中に支出したものであるとして、民法 295-2 の類推適用により、上告人は本件建物につき留置権を主張することができない」(家屋明渡等請求→認容／棄却)

【最判昭 46.7.16 民集 25-5-749】 解除につき同旨

第3節 先取特権 (303-341 条)

第1款 総則 (303-305 条)

1. 先取特権とはどのような性質の担保物権であるか、とくに、一般先取特権、特別先取特権は、それぞれどのような性質・効力を有する担保物権であり、どのような種類の先取特権があるかを、条文を参照しながら説明することができる。(種類は除く)

- ・ 意義：約定担保物権を持たないが、様々な理由から債権者平等原則を適用するのが適当でない債権者につき、先取特権による優先弁済を認めて保護するもの

- ・ 性質：法定担保物権、留置権より強力だが公示がない

§303 先取特権者は、この法律その他の法律の規定に従い、その債務者の財産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する

- ・ 留置権の規定の準用(§305→296)：不可分性の準用

§305 第二百九十六条の規定は、先取特権について準用する

2. 先取特権における物上代位とはどのような制度かを、具体例に即して説明することができる。

- ・ 物上代位(§304)：目的物の売却等によって債務者が受けるべき金銭その他の物への優先権

§304-1 先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない

#2 債務者が先取特権の目的物につき設定した物権の対価についても、前項と同様とする

- ＊ 動産先取特権でのみ問題となる：動産自体への追及力がないから(§333)

- ← 一般先取特権では、金銭等も債務者の一般財産として先取特権の対象となる

- ← 不動産先取特権は、登記により追及力がある

- ・ 動産売買の先取特権と物上代位

- ＊ 払渡し又は引渡しの趣旨：特定性保持、第三債務者や譲受人等の第三者の保護

- 対抗要件ある債権譲渡や転付命令があれば物上代位はできない：公示がない

【最判昭 59.2.2 民集 38-3-431】 破産と物上代位[S56 才 927]

供託金還付請求権存在確認請求本訴、同反訴→(本)認容(反)棄却→棄却→破棄自判・取消(本)棄却(反)認容
工作機械がY→A→Bと転売され、Aが破産してXが破産管財人となった。Bが代金を供託したもの。

「民法三〇四条一項但書において、先取特権者が物上代位権を行使するためには金銭その他の払渡し又は引渡し前に差押をしなければならないものと規定されている趣旨は、先取特権者のする右差押によつて、第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に払渡し又は引渡すことが禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取立て又はこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の対象である債権の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面第三者が不測の損害を被ることを防止しようとするところにあるから、第三債務者による弁済又は債務者による債権の第三者への譲渡の場合とは異なり、単に一般債権者が債務者に対する債務名義をもつて目的債権につき差押命令を取得したにとどまる場合には、これによりもはや先取特権者が物上代位権を行使することを妨げられるとすべき理由はない」

「債務者が破産宣告決定を受けた場合においても、その効果の実質的内容は、破産者の所有財産に対する管理処分権能が剥奪されて破産管財人に帰属せしめられるとともに、破産債権者による個別的な権利行使を禁止されることになるというにとどまり、これにより破産者の財産の所有権が破産財団又は破産管財人に譲渡されたことになるものではなく、これを前記一般債権者による差押の場合と区別すべき積極的理由はない。したがつて、先取

特権者は、債務者が破産宣告決定を受けた後においても、物上代位権を行使することができる」

【最判昭 60.7.19 民集 39-5-1326】仮差押えと物上代位[S58 才 1548]

配当異議：棄却→棄却(払渡し又は引渡しに他の債権者の仮差押えを含む)→破棄自判(取消認容)

X は A に資材を 213 万円で売り、A は B に 263 万円で転売したため、X が転売代金のうち 213 万円につき物上代位して差押え及び転付命令を得(3/10 取得、11 送達)、また別の売買代金 50 万円を被保全債権に、転売代金について仮差押命令を得た(3/5 取得・送達)。Y1,Y2 も転売代金につき仮差押命令を得た(Y1：3/5 取得・送達、Y2：3/4 取得、5 送達)。B が供託し、裁判所は按分で配当表を作成

「民法三〇四条一項但書において、先取特権者が物上代位権を行使するためには物上代位の対象となる金銭その他の物の払渡し又は引渡前に差押をしなければならないものと規定されている趣旨は、先取特権者のする右差押によつて、第三債務者が金銭その他の物を債務者に払い渡し又は引き渡すことを禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取立て又はこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の目的となる債権(以下「目的債権」という。)の特定性が保持され、これにより、物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面目的債権の弁済をした第三債務者又は目的債権を譲り受け若しくは目的債権につき転付命令を得た第三者等が不測の損害を被ることを防止すようとすることにあるから、目的債権について一般債権者が差押又は仮差押の執行をしたにすぎないときは、その後に先取特権者が目的債権に対し物上代位権を行使することを妨げられるものではないと解すべきである(最判昭 59.2.2 参照)。これを本件についてみると、前記事実関係によれば、一般債権者たる被上告人らは、本件転売代金債権について仮差押の執行をしたにすぎないから、その後に上告人が本件物上代位権を行使することは妨げられない」

「当該債権に対し差押命令の送達と転付命令の送達とを競合して受けた第三債務者が民事執行法一五六条二項に基づいてした供託は、転付命令が効力を生じているため法律上差押の競合があるとはいえない場合であつても、第三債務者に転付命令の効力の有無についての的確な判断を期待しえない事情があるときは、同項の類推適用により有効である……右供託金について、転付命令が効力を生じないとの解釈のもとに、これを得た債権者を含む全差押債権者に対し、その各債権額に応じて配分する配当表が作成されたときは、転付命令を得た債権者は、配当期日にける配当異議の申出、さらには配当異議の訴えにより、転付命令に係る債権につき優先配当を主張して配当表の変更を求めることができる」

【最決平 10.12.18 民集 52-9-2024】請負代金への物上代位[H10 許 4]

大型機械が Y→B と 1575 万円で売却され、B→A の設置工事請負代金 2080 万円で、売却代金 1740 万円で A に譲渡されたもの。A が 1575 万円を供託し B 破産管財人 X が取得した供託金還付請求権を Y が差押・転付命令を得たため、X が異議申立て(債権差押・転付命令に対する執行抗告→棄却→許可抗告：棄却)

「動産の買主がこれを他に転売することによって取得した売買代金債権は、当該動産に代わるものとして動産売買の先取特権に基づく物上代位権の行使の対象となる(民法三〇四条)。これに対し、動産の買主がこれを用いて請負工事を行ったことによって取得する請負代金債権は、仕事の完成のために用いられた材料や労力等に対する対価をすべて包含するものであるから、当然にはその一部が右動産の転売による代金債権に相当するものということはできない。したがって、請負工事に用いられた動産の売主は、原則として、請負人が注文者に対して有する請負代金債権に対して動産売買の先取特権に基づく物上代位権を行使することができないが、請負代金全体に占める当該動産の価額の割合や請負契約における請負人の債務の内容等に照らして請負代金債権の全部又は一部を右動産の転売による代金債権と同視するに足りる特段の事情がある場合には、右部分の請負代金債権に対して右物上代位権を行使することができる」

【最判平 17.2.22 民集 59-2-314】債権譲渡と物上代位の差押え[H16 受 1271]

(X)Y1-3 宛売掛代金請求(Z)X 宛売掛代金請求権の Z 帰属・弁済消滅の確認請求→(X)棄却(Z)認容→変更(X)Y1,Y2 宛認容、Y3 宛棄却(Z)却下→棄却(Z→B→Y らと転売(Z は Y らに直接納入)、B 破産管財人 C が Y らに売掛代金請求訴訟を提起したが、C が X に債権譲渡して X が訴訟引受、ここに Z が独立当事者参加したもの。

Zは動産売買先取特権の物上代位の行使をしていたが、その差押えはC→Xの債権譲渡より後であった)

「民法304条1項ただし書は、先取特権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前に差押えをすることを要する旨を規定しているところ、この規定は、抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むものというべきである。そうすると、動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできない」

・

第2款 先取特権の効力等（329,332-334,341 条）

1. 先取特権の種類と順位

・種類

＊一般の先取特権：総財産が対象(§306)

＊特別の先取特権：特定の動産・不動産のみを対象とするもの(§311,325)

・順位

＊共益費用＞特別の先取特権＞他の一般の先取特権(§329-2)

§329-2 一般の先取特権と特別の先取特権とが競合する場合には、特別の先取特権は、一般の先取特権に優先する。ただし、共益の費用の先取特権は、その利益を受けたすべての債権者に対して優先する効力を有する

＊同一順位の先取特権(§332)：債権額に応じ按分

§332 同一の目的物について同一順位の先取特権者が数人あるときは、各先取特権者は、その債権額の割合に応じて弁済を受ける

2. 先取特権の効力

・優先弁済権(§303)：換価又は担保不動産収益執行で優先弁済を得られる

＊動産競売：債務者が任意に提出しない場合も開始できる(民執 190,192,123-2)

＊動産の場合、追及効はない(§333)

§333 先取特権は、債務者がその目的である動産をその第三取得者に引き渡した後は、その動産について行使することができない

・動産質権との関係(§334)：第1順位の動産先取特権と同順位となる

§334 先取特権と動産質権とが競合する場合には、動産質権者は、第三百三十条の規定による第一順位の先取特権者との同一の権利を有する

・抵当権の準用(§341)

§341 先取特権の効力については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、抵当権に関する規定を準用する

第3款 一般の先取特権（306-310,329,335,336条）

1. 一般の先取特権：総財産を対象とするもの(§306)

- ・小口かつ保護する必要性が特に強いもの

§306 次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の総財産について先取特権を有する

一 共益の費用 / 二 雇用関係 / 三 葬式の費用 / 四 日用品の供給

①共益費用の先取特権(§307)：執行準備費用や法人清算費用など

§307-1 共益の費用の先取特権は、各債権者の共同の利益のためにされた債務者の財産の保存、清算又は配当に関する費用について存在する

#2 前項の費用のうちすべての債権者に有益でなかったものについては、先取特権は、その費用によって利益を受けた債権者に対してのみ存在する

②雇用関係の先取特権(§308)：2003改正で給料6月分という限定を廃止

§308 雇用関係の先取特権は、給料その他債務者と使用人との間の雇用関係に基づいて生じた債権について存在する

【最判昭 44.9.2 民集 23-9-1641】給料の後払いの性格を有する退職金債権を含む

③葬式費用の先取特権(§309)

§309-1 葬式の費用の先取特権は、債務者のためにされた葬式の費用のうち相当な額について存在する

#2 前項の先取特権は、債務者がその扶養すべき親族のためにした葬式の費用のうち相当な額についても存在する

④日用品供給の先取特権(§310)：債務者が日用品供給を受けやすくするための規定

§310 日用品の供給の先取特権は、債務者又はその扶養すべき同居の親族及びその家事使用人の生活に必要な最後の六箇月間の飲食料品、燃料及び電気の供給について存在する

【最判昭 46.10.21】債務者が法人であれば日用品供給の先取特権は認められない

2. 順位(§329-1)

§329-1 一般の先取特権が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、第三百六条各号に掲げる順序に従う

3. 効力

- ・先取特権の対象となる目的物の順序(§335)

§335-1 一般の先取特権者は、まず不動産以外の財産から弁済を受け、なお不足があるのでなければ、不動産から弁済を受けることができない

#2 一般の先取特権者は、不動産については、まず特別担保の目的とされていないものから弁済を受けなければならない

#3 一般の先取特権者は、前二項の規定に従って配当に加入することを怠ったときは、その配当加入をしたならば弁済を受けることができた額については、登記をした第三者に対してその先取特権を行使することができない

#4 前三項の規定は、不動産以外の財産の代価に先立って不動産の代価を配当し、又は他の不動産の代価に先立って特別担保の目的である不動産の代価を配当する場合には、適用しない

- ・一般の先取特権と他の債権者(§336)：未登記どうしなら先取特権者が優先

§336 一般の先取特権は、不動産について登記をしなくても、特別担保を有しない債権者に対抗することができる。ただし、登記をした第三者に対しては、この限りでない

第4款 動産先取特権（311-324,330 条）

1. 動産先取特権(§311)

§311 次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の特定の動産について先取特権を有する

一 不動産の賃貸借

二 旅館の宿泊

三 旅客又は荷物の運輸

四 動産の保存

五 動産の売買

六 種苗又は肥料（蚕種又は蚕の飼養に供した桑葉を含む。以下同じ。）の供給

七 農業の労務

八 工業の労務

①不動産賃貸の先取特権(§312)

§312 不動産の賃貸の先取特権は、その不動産の賃料その他の賃貸借関係から生じた賃借人の債務に関し、賃借人の動産について存在する

・ 目的物の範囲(§313,314)

§313-1 土地の賃貸人の先取特権は、その土地又はその利用のための建物に備え付けられた動産、その土地の利用に供された動産及び賃借人が占有するその土地の果実について存在する

#2 建物の賃貸人の先取特権は、賃借人がその建物に備え付けた動産について存在する

§314 賃借権の譲渡又は転賃の場合には、賃貸人の先取特権は、譲受人又は転借人の動産にも及ぶ。譲渡人又は転賃人が受けるべき金銭についても、同様とする

→「備え付けた」の意義：ある期間継続して置くために持ち込んだ動産も含む(判例)

←建物の利用上、常置している動産までとすべき（＝家電はよいが、宝石等は除く）

【大判大 3.7.4 民録 20-587】不動産賃貸の先取特権の目的物の範囲[T2 オ 507]

要旨「建物賃貸人の先取特権の目的たる動産は賃借人が賃貸借の結果或時間継続して存置する為め持込みたる動産たるを以て足り其建物の常用に供する為め之に存置せらるる動産たるを要することなし」（配当異議）

・ 被担保債権の範囲：関係債権すべてだが、破産(§315)・敷金がある場合(§316)は制限

←借地権設定者の先取特権は地代2年分(借地借家法 12)

§315 賃借人の財産のすべてを清算する場合には、賃貸人の先取特権は、前期、当期及び次期の賃料その他の債務並びに前期及び当期に生じた損害の賠償債務についてのみ存在する

§316 賃貸人は、敷金を受け取っている場合には、その敷金で弁済を受けない債権の部分についてのみ先取特権を有する

②旅館宿泊の先取特権(§317)

§317 旅館の宿泊の先取特権は、宿泊客が負担すべき宿泊料及び飲食料に関し、その旅館に在るその宿泊客の手荷物について存在する

③運輸の先取特権(§318)

§318 運輸の先取特権は、旅客又は荷物の運送賃及び付随の費用に関し、運送人の占有する荷物について存在する

* 即時取得の規定の準用(§319)：不動産賃貸・旅館宿泊・運輸に準用

§319 §192 から§195 までの規定は、§312 から前条までの規定による先取特権について準用する

④動産保存の先取特権(§320)：後記

§320 動産の保存の先取特権は、動産の保存のために要した費用又は動産に関する権利の保存、承認若しくは実行のために要した費用に関し、その動産について存在する

⑤動産売買の先取特権(§321)

§321 動産の売買の先取特権は、動産の代価及びその利息に関し、その動産について存在する

⑥種苗又は肥料の供給の先取特権(§322)

§322 種苗又は肥料の供給の先取特権は、種苗又は肥料の代価及びその利息に関し、その種苗又は肥料を用いた後一年以内にこれを用いた土地から生じた果実（蚕種又は蚕の飼養に供した桑葉の使用によって生じた物を含む。）について存在する

⑦農業労務の先取特権(§323)

§323 農業の労務の先取特権は、その労務に従事する者の最後の一年間の賃金に関し、その労務によって生じた果実について存在する

⑧工業労務の先取特権(§324)

§324 工業の労務の先取特権は、その労務に従事する者の最後の三箇月間の賃金に関し、その労務によって生じた製作物について存在する

2. 動産の先取特権の順位(§330)：特則(#2)、果実は順位が異なる(#3)

§330-1 同一の動産について特別の先取特権が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、次に掲げる順序に従う。この場合において、第二号に掲げる動産の保存の先取特権について数人の保存者があるときは、後の保存者が前の保存者に優先する

一 不動産の賃貸、旅館の宿泊及び運輸の先取特権

二 動産の保存の先取特権

三 動産の売買、種苗又は肥料の供給、農業の労務及び工業の労務の先取特権

#2 前項の場合において、第一順位の先取特権者は、その債権取得の時ににおいて第二順位又は第三順位の先取特権者があることを知っていたときは、これらの者に対して優先権を行使することができない。第一順位の先取特権者のために物を保存した者に対しても、同様とする

#3 果実に関しては、第一の順位は農業の労務に従事する者に、第二の順位は種苗又は肥料の供給者に、第三の順位は土地の賃貸人に属する

第5款 不動産先取特権 (325-328,331,337-340 条)

1. 不動産先取特権の種類 (§325)

§325 次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の特定の不動産について先取特権を有する

- 一 不動産の保存
- 二 不動産の工事
- 三 不動産の売買

①不動産保存の先取特権 (§326)

§326 不動産の保存の先取特権は、不動産の保存のために要した費用又は不動産に関する権利の保存、承認若しくは実行のために要した費用に関し、その不動産について存在する

②不動産工事の先取特権 (§327) : 増価額の限度

§327-1 不動産の工事の先取特権は、工事の設計、施工又は監理をする者が債務者の不動産に関してした工事の費用に関し、その不動産について存在する

#2 前項の先取特権は、工事によって生じた不動産の価格の増加が現存する場合に限り、その増価額についてのみ存在する

③不動産売買の先取特権 (§328)

§328 不動産の売買の先取特権は、不動産の代価及びその利息に関し、その不動産について存在する

2. 順位 (§331)

§331-1 同一の不動産について特別の先取特権が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、第三百二十五条各号に掲げる順序に従う

#2 同一の不動産について売買が順次された場合には、売主相互間における不動産売買の先取特権の優先権の順位は、売買の前後による

3. 効力

- ・ 登記の必要性 (§337,338,340) : このため、活用されない

(不動産保存の先取特権の登記)

§337 不動産の保存の先取特権の効力を保存するためには、保存行為が完了した後直ちに登記をしなければならない

(不動産工事の先取特権の登記)

§338-1 不動産の工事の先取特権の効力を保存するためには、工事を始める前にその費用の予算額を登記しなければならない。この場合において、工事の費用が予算額を超えるときは、先取特権は、その超過額については存在しない

#2 工事によって生じた不動産の増価額は、配当加入の時に、裁判所が選任した鑑定人に評価させなければならない

(不動産売買の先取特権の登記)

§340 不動産の売買の先取特権の効力を保存するためには、売買契約と同時に、不動産の代価又はその利息の弁済がされていない旨を登記しなければならない

- ・ 抵当権に対する優先 (§339) : 不動産保存・工事のみ

§339 前二条の規定に従って登記をした先取特権は、抵当権に先立って行使することができる

第4節 質権 (342-368 条)

第1款 総則 (342-351 条)

1. 質権とはどのような性質の担保物権であるかを、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 性質：約定担保物権だが、占有の移転が要件となる

→使いにくく、非典型担保が利用された

- ・ 意義(§342)：約定担保物権、占有移転が要件

§342 質権者は、その債権の担保として債務者又は第三者から受け取った物を占有し、かつ、その物について他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する

* 目的(§343)：譲渡できれば、動産、不動産、権利のいずれでもよい

§343 質権は、譲り渡すことができない物をその目的とすることができない

- ・ 質権の効力要件(§344)：債権者への目的物引渡し (→要物性がある)

§344 質権の設定は、債権者にその目的物を引き渡すことによって、その効力を生ずる

* 質権設定者による代理占有の禁止(§345) → 占有改定はダメ

∴ 公示の目的の徹底 ← 留置的効力の重視では？

§345 質権者は、質権設定者に、自己に代わって質物の占有をさせることができない

* 動産債権譲渡特例法による登記：ダメ ∴ 登記は譲渡にしか使えない(特例法 3)

* 債権質：合意だけでよいが、譲渡に証書を要する場合は証書の交付が効力要件(§363)

§363 債権であってこれを譲り渡すにはその証書を交付することを要するものを質権の目的とするときは、質権の設定は、その証書を交付することによって、その効力を生ずる

- ・ 質権の第三者対抗要件

* 動産質：質物の占有継続(§352)

→実質的には効力要件となる ∴ §353 で占有回収の訴え以外で質権侵害を主張できないから

§352 動産質権者は、継続して質物を占有しなければ、その質権をもって第三者に対抗することができない

§353 動産質権者は、質物の占有を奪われたときは、占有回収の訴えによってのみ、その質物を回復することができる

* 不動産質：登記(§361 で抵当権の規定を準用し、§177)

* 債権質：指名債権は債権譲渡に同じ(§364)、指図債権は裏書(§365)

§364 指名債権を質権の目的としたときは、第四百六十七条の規定に従い、第三債務者に質権の設定を通知し、又は第三債務者がこれを承諾しなければ、これをもって第三債務者その他の第三者に対抗することができない

§365 指図債権を質権の目的としたときは、その証書に質権の設定の裏書をしなければ、これをもって第三者に対抗することができない

- ・ 効力

* 被担保債権の範囲(§346)：瑕疵による損賠まで、幅広い ∴ 後順位者が現れにくいから

§346 質権は、元本、利息、違約金、質権の実行の費用、質物の保存の費用及び債務の不履行又は質物の隠れた瑕疵によって生じた損害の賠償を担保する。ただし、設定行為に別段の定めがあるときは、この限りでない

* 効力の及ぶ範囲

・ 動産質権：従物に及ぶ(§87)

・ 不動産質権：抵当権に準ずる(§361→370)

* 留置的効力(§347) : 弁済するまで占有を回復できない

→心理的圧迫により弁済を強制する ※債権質にはない

§347 質権者は、前条に規定する債権の弁済を受けるまでは、質物を留置することができる。ただし、この権利は、自己に対して優先権を有する債権者に対抗することができない

・ 質権者の義務(§350→298) : 善管注意義務を負い、無断使用等は禁止

→違反すると設定者・債務者は質権消滅請求ができる(形成権)

* 優先弁済権 : 質物を競売で換価して、優先弁済を受けられること

・ 果実収取権も優先弁済権として認められる(§350→297)

・ 物上代位も認められる(§350→304)が、実際は滅失等の場合のみ？

∴売却されても留置可、賃料も動産質権では賃貸できず、不動産では§356で認められる

* 契約による質物の処分の禁止(§349) : 流質契約は不当に高価な物をとられる恐れがある

←弁済期後や、質屋(質営 19 : 行政規制の存在)や商事質権(商 515 : 自由取引の尊重)では可

§349 質権設定者は、設定行為又は債務の弁済期前の契約において、質権者に弁済として質物の所有権を取得させ、その他法律に定める方法によらないで質物を処分させることを約することができない

・ 転質(§348) : 責任転質が認められる。

* 承諾転質 : 設定者の承諾を得て、転質をすること

* 責任転質 : 設定者の承諾なく、転質をすること(§348 は§350→298-2 に対する例外規定)

§348 質権者は、その権利の存続期間内において、自己の責任で、質物について、転質をすることができる。この場合において、転質をしたことによって生じた損失については、不可抗力によるものであっても、その責任を負う

* 法律構成

・ 質物質入説(通説) : 質物(原質権が把握していた担保価値)さらに質権を設定すること

→§364,366,377 の類推で原質権者への弁済や弁済期が先の場合の供託義務等を認める

※「その権利の存続期間内において」は不動産質権の存続期間のこと

・ 共同質入説 : 被担保債権と質権を共同で質入れする ← 文言に反する

・ その他

(留置権及び先取特権の規定の準用)

§350 第二百九十六条から第三百条まで及び第三百四条の規定は、質権について準用する

(物上保証人の求償権)

§351 他人の債務を担保するため質権を設定した者は、その債務を弁済し、又は質権の実行によって質物の所有権を失ったときは、保証債務に関する規定に従い、債務者に対して求償権を有する

第2款 質権の種類（352-368条）

1. 質権には、動産質権以外にどのような種類のものがあるかを、条文を参照しながら、具体例を挙げて説明することができる。
 - ・ 動産質権(§352-355)：目的物の使用及び収益はできない(§350→298-2)
 - * 簡易な弁済充当(§354)：競売を省略できる場合＝安く競売しても費用倒れなど
 - §354 動産質権者は、その債権の弁済を受けないときは、正当な理由がある場合に限り、鑑定人の評価に従い質物をもって直ちに弁済に充てることを裁判所に請求することができる。この場合において、動産質権者は、あらかじめ、その請求をする旨を債務者に通知しなければならない
(動産質権の順位)
 - §355 同一の動産について数個の質権が設定されたときは、その質権の順位は、設定の前後による
 - ・ 不動産質(§356-368)
 - * 質権者は使用・収益可(§356) ⇔ 管理費用等の負担(§357)、利息請求の禁止(§358)
 - §356 不動産質権者は、質権の目的である不動産の用法に従い、その使用及び収益をすることができる
 - §357 不動産質権者は、管理の費用を支払い、その他不動産に関する負担を負う
 - §358 不動産質権者は、その債権の利息を請求することができない
 - §359 前三条の規定は、設定行為に別段の定めがあるとき、又は担保不動産収益執行の開始があったときは、適用しない
 - * 存続期間は10年以内だが更新可(§360) ∴ 長くし過ぎると、目的物が荒廃するおそれ
 - §360-1 不動産質権の存続期間は、十年を超えることができない。設定行為でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、十年とする
 - #2 不動産質権の設定は、更新することができる。ただし、その存続期間は、更新の時から十年を超えることができない
 - * 抵当権の準用(§361)
 - §361 不動産質権については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、次章（抵当権）の規定を準用する
 - ・ 権利質(§362-368)
 - * 対象：財産権(§362-1)＝指名債権や株式、公社債など。将来債権も可能(譲渡性があるから)
 - §362-1 質権は、財産権をその目的とすることができる
 - #2 前項の質権については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、前三節（総則、動産質及び不動産質）の規定を準用する
 - * 効力：留置的効力はなく、優先弁済権のみ。直接の取立が可能(§366)
 - ・ 第三債務者の債権者への弁済は禁止される(§481 類推)
 - §366-1 質権者は、質権の目的である債権を直接に取り立てることができる
 - #2 債権の目的物が金銭であるときは、質権者は、自己の債権額に対応する部分に限り、これを取り立てることができる
 - #3 前項の債権の弁済期が質権者の債権の弁済期前に到来したときは、質権者は、第三債務者にその弁済をすべき金額を供託させることができる。この場合において、質権は、その供託金について存在する
 - #4 債権の目的物が金銭でないときは、質権者は、弁済として受けた物について質権を有する

第5節 抵当権（369-398条の22）

第1款 総則（369-372条）

1. 抵当権とはどのような性質の担保物権であるかを、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 抵当権(§369)

- * 非占有担保物権：目的物の占有を移転せずに担保権を設定できる

- 第三者の取引の安全を保護するため、登記等による公示ができるものに限定

- 抵当権は目的物の担保価値のみを把握する「価値権」である

- ・ 目的物を設定者は自由に使用収益できる ※旧民法では管理行為しかできなかった

- * 対象：民法上は不動産、地上権、永小作権

§369-1 抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する

#2 地上権及び永小作権も、抵当権の目的とすることができる。この場合においては、この章の規定を準用する

- ・ 物上保証：債務者以外の所有する不動産に抵当権を設定すること

- * 物上保証人は債務を負担せず、責任だけをを負う

2. 抵当権の効力がどのような目的物（果実や目的不動産から分離された目的物等を含む）に及ぶかについて、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 抵当権の及ぶ範囲：通常範囲(§370)

§370 抵当権は、抵当地の上に存する建物を除き、その目的である不動産（以下「**抵当不動産**」という。）に付加して一体となっている物に及ぶ。ただし、設定行為に別段の定めがある場合及び§424の規定により債権者が債務者の行為を取り消すことができる場合は、この限りでない

- * 建物は除外される → 民法上、土地と建物が別個の不動産であることを示す唯一の規定

- * 付加一体物＝附合物、従物を含む ※§87-2は独法、§370は仏法ゆえ§87-2は引用不要

- ・ 抵当権設定前の従物＝含む

【最判昭 44.3.28 民集 23-3-699】 抵当権の及ぶ範囲(庭石等)[S43 オ 1250]

第三者異議：認容→棄却→棄却（Xが根抵当権を有する土地上の庭木、灯籠、庭石をYが差し押さえたもの）

「本件石灯籠および取り外しのできる庭石等は本件根抵当権の目的たる宅地の従物であり、本件植木および取り外しの困難な庭石等は右宅地の構成部分であるが、右従物は本件根抵当権設定当時右宅地の常用のためこれに付属せしめられていたものである……本件宅地の根抵当権の効力は、右構成部分に及ぶことはもちろん、右従物にも及び（大判大 8.3.15 参照）、この場合右根抵当権は本件宅地に対する根抵当権設定登記をもつて、その構成部分たる右物件についてはもちろん、抵当権の効力から除外する等特段の事情のないかぎり、民法三七〇条により従物たる右物件についても対抗力を有する……被告人は、根抵当権により、右物件等を独立の動産として抵当権の効力外に逸出するのを防止するため、右物件の譲渡または引渡を妨げる権利を有する」

【最判平 2.4.19 判時 1354-80】 抵当権の及ぶ範囲(ガソリントank)[S62 オ 524]

ガソリノスタンドの建物と同一借地上にあり、経済的に一体に運用される「地下タンク、ノンスペース型計量機、洗車機などの本件諸設備は本件根抵当権設定当時借地上の本件建物の従物であり、本件建物を競落した被告人は、同時に本件諸設備の所有権をも取得した」（建物明渡等請求：認容→棄却→棄却）

- ・ 抵当権設定後の従物＝反対の特約がない限り、含む(通説)

- ∴ 実行までに設定時の従物は交換されることがあり、新しいものにも効力を及ぼすべき

【大判昭 5.12.18 民集 9-1117】 設定後の建具のうち、附合物のみに抵当権の効力を認める

【東京高判昭 53.12.26 判タ 383-109】 設定後の従物にも原則及ぶ[S52 ネ 2527]

第三者異議：認容→棄却・確定（キャバレーに建物価格を超える価値の劇場施設用動産が設定されたもの）

「従物は主物の処分に従うから、主物についての抵当権設定契約がなされれば、当然に抵当権の効力は従物に及ぶが、もし抵当権設定契約の当事者間に抵当権の効力は従物に及ばない旨の特段の合意があれば、これに従うべきは当然であるところ、本件抵当権設定契約の当事者である訴外富国生命株式会社と訴外中部観光株式会社との間にそのような合意のあつたことについては、これを認めるに足りる証拠はない。原審証人山田泰吉の証言によれば、本件物件（一）ないし（三）はそれが本件建物に備付された時点において数億円の費用を要したことが認められるので、あるいは訴外中部観光株式会社側においては前記契約に際し、右物件を除外し、これに抵当権が及ばないことを意図していたかも知れないが、相手方である富国生命株式会社がその事情を了知したうえ、明示又は黙示に右意図に応ずる旨承諾した事実が認められない以上、右認定事実のみで、本件物件（一）ないし（三）に抵当権が及ばない旨の合意があつたとしなうことはもちろんである」

＊ 目的不動産から分離された動産

- ・ 競売できるか → 無理 ∵ 動産につき、抵当権で競売する手続が民執行法にない
- ・ 原状回復請求できるか → 抵当権に基づく物権的請求権で認める

・ 借地上の建物の抵当権の範囲

＊ 借地上建物の抵当権は、借地権に及ぶ ∵ 従たる権利だから

【最判昭 40.5.4 民集 19-4-811】 借地上建物の抵当権の範囲[S39 オ 1033]

建物旧所有者から競落人への建物収去土地明渡請求(所有者に代位)→棄却／棄却／棄却

「土地賃借人の所有する地上建物に設定された抵当権の実行により、競落人が該建物の所有権を取得した場合には、民法六一二条の適用上賃貸人たる土地所有者に対する対抗の問題はしばらくおき、従前の建物所有者との間においては、右建物が取壊しを前提とする価格で競落された等特段の事情がないかぎり、右建物の所有に必要な敷地の賃借権も競落人に移転する……（原審は、択一的に、転貸関係の発生をも推定しており、この見解は当審の執らないところであるが、この点の帰結のいかんは、判決の結論に影響を及ぼすものではない。）。けだし、建物を所有するために必要な敷地の賃借権は、右建物所有権に付随し、これと一体となつて一の財産的価値を形成しているものであるから、建物に抵当権が設定されたときは敷地の賃借権も原則としてその効力の及ぶ目的物に包含されるものと解すべきであるからである。したがつて、賃貸人たる土地所有者が右賃借権の移転を承諾しないとしても、すでに賃借権を競落人に移転した従前の建物所有者は、土地所有者に代位して競落人に対する敷地の明渡しを請求することができない」「かかる特段の事情を主張立証すべき責任は、従前の建物所有者たる上告人に存するもの」「Y が X から競落により賃借権を取得したとしてもそれは地主の承諾を条件とするものであるとの所論は、前記原判示の趣旨を正解しない」

【東京高判昭 47.9.28 判タ 288-327】 建物抵当権の実行と借地権のみの譲渡[S44 ネ 2539]

【最判昭 52.3.11 民集 31-2-171】 建物抵当権の実行と借地権のみの譲渡[S48 オ 118]

損賠請求(借地権譲受人から土地所有者へ)→認容→変更(増額)→変更(請求棄却)

A が借地上に有する建物に抵当権を設定した後、借地権のみを X に譲渡、地主 Y は承諾料を受領して承諾したが、抵当権の実行による借地権譲渡も承諾したため、X が損賠請求

【控訴審】

「本件で問題になるのは、原告と福入商事との関係ではなく、原告と被告らとの間で発生した本件土地賃貸借上の義務の履行不能が、賃貸人と賃借人いずれの責に帰因するかという点である。この点に焦点を当てて考察すると、被告らは、原告の本件土地賃貸借権譲受を承諾することにより（ないしは原告との間で賃貸借契約を締結することにより）、本件土地の賃貸人として賃借人である原告に対し、本件土地を使用収益させるべき義務を負担したことが明らかである。すなわち原告に対し右の義務を負担した被告らとしては、その後に本件土地の上の建物建

物が競落され競落人（福入商事）が本件土地賃借人（八幡早助）から賃借権を承継取得しても、この賃借権の承継（譲渡）を承諾しなければならない法律上の理由はないのであるから、前記建物競落人の賃借権承継につき承諾を拒否し、賃貸人である被告らとの関係において建物競落人の本件土地賃借権取得を対抗できないものとし、もつて原告が本件土地を使用収益することを可能ならしめるべきである。けだし、建物競落人の本件土地賃借権承継取得を被告らにおいて承諾すれば、賃貸人である被告らは本件土地を原告と建物競落人とに二重に賃貸した法律関係を生ずることになり、後記認定のように賃借人である建物競落人が既に本件土地の占有を取得しているのであるから、占有を取得していない賃借人である原告は占有を取得した賃借人である建物競落人に対し賃借権を対抗することができないことになり、ひいて占有を取得しなかつた賃借人である原告に対する賃貸人（被告ら）の本件土地賃貸借上の義務は履行不能とならざるを得ない結果を招来するからである。そして、このような結果を法律上回避するためには、賃貸人である被告らとしては前記のような二重賃貸借の成立することを阻止する以外にないのであるから、すでに本件土地を原告に賃貸しこれを使用収益させるべき義務を負担している被告らとしては、建物競落人の本件土地賃借権承継について承諾を拒否する以外にないからである」「被告らは、「原告のために、原告に有効に対抗し得る福入商事に承諾を与えない義務を負うものではないし、被告らにとつて福入商事に対する承諾は原告・福入商事間の関係を追認する意味のものにすぎず、この理は正に法的正義を貫くものであり、昭和四一年改定の新借地法の趣旨にそうものである」と主張するけれども、すでに述べたように、原告が福入商事に対し本件土地の賃借権を主張できるかどうかということと、被告らが原告に本件土地を使用収益させるべき賃貸借上の義務の履行不能がいずれの当事者の責に帰すべき事由に基づくかは、全く別個の事柄である。そして、原告が福入商事に対し賃借権を主張できない場合であつても、原告に対し賃貸人として本件土地を使用収益させるべき義務を負担している被告らとしては、原告と福入商事間の法律関係にかゝりなく、本件建物競落人である福入商事に対し賃借権譲受につき承諾を与えるべきでないことは前述したとおりであり、この意味において（被告らが前記承諾を与えるかどうかは一般論としては自由であるが、この承諾を与えれば、原告に対する賃貸借上の義務が履行不能になりこの履行不能につき責に任じなければならないから、これを回避するためには承諾を与えてはならないという意味において）、被告らは原告に対する関係においては福入商事に対し前記の承諾を与えてはならない義務を負担する」

【上告審】

「土地の賃借人が当該土地上に所有する建物に抵当権を設定したときは、原則として、右抵当権の効力が当該土地の賃借権に及び（最判昭 40.5.4）、右建物について抵当権設定登記が經由されると、これによつて抵当権の効力が右賃借権に及ぶことについても対抗力を生ずるものと解するのが相当であり（最判昭 44.3.28 参照）、右抵当権設定登記後の土地賃借権の譲受人は、対抗力ある抵当権の負担のついた賃借権を取得するにすぎないのであるから、右抵当権の実行による競売の競落人に対する関係においては、競落人が競落によつて建物の所有権とともに当該土地の賃借権を取得したときに、賃借権を喪失するに至るものというべきであり、さらに、競落人が右競落による賃借権の取得につき賃貸人の承諾を得たときには、右譲受人は、賃貸人との関係においてもまた賃借人としての地位を失い、賃貸借関係から離脱するに至るものと解するのが相当であつて、賃貸人と譲受人及び競落人との間に二重賃貸借の関係を生ずるものではない。以後、賃貸人は譲受人に対して当該土地を使用収益させるべき義務を負わないのであるから、その履行不能を論ずる余地もないのである。そして、本来賃借権譲渡に関する賃貸人の承諾は、賃貸人との関係において有効に賃借権を譲渡することができるよう賃借権に譲渡性を付与する意思表示にすぎないのであるから（最判昭 30.5.13 参照）、賃貸人は、譲受人に対し賃借権の譲受を承諾したからといつて、そのために競落人への賃借権の移転を承諾してはならない義務を負うことになるとは解されず、前述のように賃貸人が競落人に対し賃借権の移転を承諾したことにともない譲受人が賃借人としての地位を失う結果となつても、それはもともと譲受人の取得した賃借権に付着していた抵当権の負担が具体化したことによるものにすぎないのであつて、これをもつて、賃貸人の責に帰すべき事由によるものとするとはできない」

・ 借地権の放棄・合意解除は抵当権者に対抗できない ∴ §398 の背後にある原則から当然

【大判大 11.11.24 民集 1-738】借地権放棄は抵当権者に対抗できない

【大判大 14.7.18 新聞 2463-14】借地権合意解除は抵当権者に対抗できない

・ §94-2・110 の法意から競落人が建物所有権を取得する場合の借地権：原則不可

【最判平 12.12.19 集民 200-257】権利外観法理による建物所有権取得と賃借権[H11 受 1197]

建物収去土地明渡・使用料相当損賠(賃借権に基づく代位行使)：認容→棄却→破棄自判・控訴棄却

B が A から S49.5.23 に本件土地等を賃借し、本件建物を建築(S51.11 完成)、B は前妻との間の子である C 名義で建築確認をし、家屋台帳への登録・固定資産税の支払名義も C 名義であったが、S62.4.17 に C が B に無断で所有権保存登記をし、10.26 に C→D(B の五女の夫)へ所有権移転登記(10.23 付売買)、D は同日 E のための根抵当権を設定し(E は善意無過失で登記を信頼)、E の申立てた競売により Y が競落し、H6.11.16 に所有権移転登記。他方、B は妻 X に H1.5.2 に本件土地の賃借権等の財産を贈与した。

「土地賃借人がその土地上に所有する建物について抵当権を設定した場合には、原則として、右抵当権の効力は当該土地の賃借権に及び、右建物の買受人と土地賃借人との関係においては、右建物の所有権とともに土地の賃借権も買受人に移転する……(最判昭 40.5.4)。しかしながら、建物について抵当権を設定した者がその敷地の賃借権を有しない場合には、右抵当権の効力が敷地の賃借権に及ぶと解する理由はなく、右建物の買受人は、民法九四条二項、一一〇条の法意により建物の所有権を取得することとなるときでも、敷地の賃借権自体についても右の法意により保護されるなどの事情がない限り、建物の所有権とともに敷地の賃借権を取得するものではないというべきである」「C 及び D は本件土地に賃借権を有するものではなく、本件建物はそのことを前提にして競売されたものであることがうかがわれるのであって、Y は、D が本件建物について設定した根抵当権に基づく不動産競売手続において、本件建物の所有権とともに本件土地の賃借権を取得するに由ないものといわなければならない。他方、前記事実によれば、A は右賃借権を X に贈与したというのであり、Y 側において、本件土地の賃借権について民法九四条二項、一一〇条の法意により保護されるべき事情が存することはうかがわれない。そうであるとすれば、本件土地の賃借権者は X であり、本件土地の所有者の所有権に基づく返還請求権を代位行使することにより本件建物を収去して本件土地を明け渡すことを求める上告人の請求は理由がある」

・ §370 の例外

* 別段の定め：特約は登記しないと第三者に対抗不可(不登法 88 で登記可)

* §424(詐害行為取消し)による取り消し

・ 一般財産たる貴金属を、抵当建物の壁に埋め込むなど

→事実行為ゆえ詐害行為でも取り消し得ないため、抵当権の効力を及ぼさないことにした

* §242 但書による例外＝権原によって附属させた場合 ∴ 付合しないから

・ 抵当土地の借地人が樹木を植えるなど

← 抵当権者への対抗要件が必要(立木登記または明認方法)

・ 果実の扱い(§371)

* 2003 年改正前：果実には原則及ばず、差し押さえ後のみ及びとしていた

∴ 果実収取権は使用収益権に含まれるから ← 抵当権者の家賃等からの回収の希望

* 改正後：債務不履行後は天然果実・法定果実とも抵当権の効力が及ぶ

§371 抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ

3. 準用規定(§372)：§296(不可分性)、§304(物上代位)、§351(物上保証人の求償権)

§372 §296、§304 及び §351 の規定は、抵当権について準用する

第2款 物上代位（372条）

1. 抵当権について物上代位が認められるのはどのような場合か、また物上代位権を行使するためにどのような要件を備えている必要があるかについて、判例・学説の基本的な考え方を踏まえながら説明することができる。

- ・物上代位(§372→304)：目的物売却等の場合の、抵当権の実効性を確保するための制度

§304-1 先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない

- ・物上代位の目的物

＊争いなし：保険金、損害金、土地収用の補償金・清算金(土地収用 104 等)、替地

※実際は保険金請求権に質権(債権質)を設定することが多い

＊売買代金：抵当権では物上代位できない(有力)

∴先取特権は追及効がないので必要だが、抵当権では不要+別制度あり

【最判平 11.11.30 民集 53-8-1965】買戻代金債権への物上代位[H10 受 407]

配当異議：認容→取消棄却→棄却

町有地を A が文化施設を建築しなかった場合の買戻し特約付きで購入し、同地に Y が 18 億円の根抵当を設定・登記後、買戻しが実行され、買戻し代金に差押えが競合したため供託された。Y の物上代位を前提とした配当表に対し、X は買戻しにより根抵当権は遡及的に消滅したと主張

「買戻特約付売買の買主から目的不動産につき抵当権の設定を受けた者は、抵当権に基づく物上代位権の行使として、買戻権の行使により買主が取得した買戻代金債権を差し押さえることができると解するのが相当である。

ただし、買戻特約の登記に後れて目的不動産に設定された抵当権は、買戻しによる目的不動産の所有権の買戻権者への復帰に伴って消滅するが、抵当権設定者である買主やその債権者等との関係においては、買戻権行使時まで抵当権が有効に存在していたことによって生じた法的効果までが買戻しによって覆滅されることはないと解すべきであり、また、買戻代金は、実質的には買戻権の行使による目的不動産の所有権の復帰についての対価と見ることができ、目的不動産の価値変形物として、民法三七二条により準用される三〇四条にいう目的物の売却又は滅失によって債務者が受けるべき金銭に当たるといって差し支えないからである」

＊賃料：§371 改正(2003)により、債務不履行後は物上代位できる

※あわせて、担保不動産収益執行が民執行に定められる

←批判：物上代位は代償的債権(価値代替物)が対象で、賃料等の派生的債権には及ばない

→代償的債権と異なり、第三者は当然に物上代位を予期できない

- ・改正前旧通説：肯定 ∴賃料は交換価値のなし崩し的実現ゆえ可能

- ・改正前新多数：差し押さえ後のみ肯定 ∴常に肯定すると非占有担保権の意味がない

【最判平 1.10.27 民集 43-9-1070】賃料債権への物上代位(肯定)[S60 才 1270]

A がビル 1,2 階をそれぞれ B,C に賃貸し、次に Y のために根抵当権を設定・登記し、さらに X にこれを譲渡し、賃料の地位も承継されたが、先順位抵当権者が競売を申立て、Y がその月以降の供託されていた賃料の還付請求債権を差し押さえ、転付命令を得たため、X が不当利得返還請求をしたもの（棄却／棄却／棄却）

「抵当権の目的不動産が賃貸された場合においては、抵当権者は、民法三七二条、三〇四条の規定の趣旨に従い、目的不動産の賃借人が供託した賃料の還付請求権についても抵当権を行使することができるものと解するのが相当である。ただし、民法三七二条によって先取特権に関する同法三〇四条の規定が抵当権にも準用されているところ、抵当権は、目的物に対する占有を抵当権設定者の下にとどめ、設定者が目的物を自ら使用し又は第三者

に使用させることを許す性質の担保権であるが、抵当権のこのような性質は先取特権と異なるものではないし、抵当権設定者が目的物を第三者に使用させることによって対価を取得した場合に、右対価について抵当権を行使することができるものと解したとしても、抵当権設定者の目的物に対する使用を妨げることにはならないから、前記規定に反してまで目的物の賃料について抵当権を行使することができないと解すべき理由はなく、また賃料が供託された場合には、賃料債権に準ずるものとして供託金還付請求権について抵当権を行使することができるものというべきだからである。そして、目的不動産について抵当権を実行しうる場合であっても、物上代位の目的となる金銭その他の物について抵当権を行使することができることは、当裁判所の判例の趣旨とするところであり（最判昭 45.7.16 参照）、目的不動産に対して抵当権が実行されている場合でも、右実行の結果抵当権が消滅するまでは、賃料債権ないしこれに代わる供託金還付請求権に対しても抵当権を行使することができる」

・転貸賃料

→抵当権設定前の賃借人：賃借人は抵当権者に対抗できるので、転貸賃料への物上代位不可

→抵当権設定後の賃借人：執行妨害等の場合を除き、物上代位不可

【最判平 12.4.14 民集 54-4-1552】転貸賃料債権への物上代位(原則否定)[H11 許 23]

債権差押命令→執行抗告棄却→許可抗告：破棄差戻し→執行抗告棄却(所有者と同視すべき場合に当たる)

根抵当権者 Y が建物の賃借人兼転貸人 X の有する転貸賃料債権を差し押さえたもの

「民法三七二条によって抵当権に準用される同法三〇四条一項に規定する「債務者」には、原則として、抵当不動産の賃借人（転貸人）は含まれないものと解すべきである。けだし、所有者は被担保債権の履行について抵当不動産をもって物的責任を負担するものであるのに対し、抵当不動産の賃借人は、このような責任を負担するものではなく、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にはないからである。同項の文言に照らしても、これを「債務者」に含めることはできない。また、転貸賃料債権を物上代位の目的とすることができる」とすると、正常な取引により成立した抵当不動産の転貸借関係における賃借人（転貸人）の利益を不当に害することにもなる。もっとも、所有者の取得すべき賃料を減少させ、又は抵当権の行使を妨げるために、法人格を濫用し、又は賃貸借を仮装した上で、転貸借関係を作出したものであるなど、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合には、その賃借人が取得すべき転貸賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権を行使することを許すべきものである」「以上のとおり、抵当権者は、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合を除き、右賃借人が取得すべき転貸賃料債権について物上代位権を行使することができない」

・賃料債権の相殺：差し押さえ後はできない：抵当権は登記されているから

【最判平 13.3.13 民集 55-2-363】賃料債権への物上代位と相殺(一般債権)[H11 受 1345]

保証金を 3150 万円から 330 万円に減額し、差額を月々の家賃と前月末日に相殺する旨約定していたが、その後 X が賃料債権を差し押さえ、取立訴訟に及んだもの（取立債権請求：認容→棄却→棄却）

「抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないと解するのが相当である。けだし、物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができるから、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきであるからである。そして、上記に説示したところによれば、抵当不動産の賃借人が賃貸人に対して有する債権と賃料債権とを対当額で相殺する旨を上記両名があらかじめ合意していた場合においても、賃借人が上記の賃貸人に対する債権を抵当権設定登記の後に取得したものであるときは、物上代位権の行使としての差押えがされた後に発生する賃料債権については、物上代位をした抵当権者に対して

相殺合意の効力を対抗することができないと解するのが相当である」

【最判平 14.3.28 民集 56-3-689】賃料債権への物上代位と相殺(敷金)[H12 受 836]

取立債権請求：認容→取消棄却→棄却（差し押さえ前に退去が決まっていたもの）

「賃貸借契約における敷金契約は、授受された敷金をもって、賃料債権、賃貸借終了後の目的物の明渡しまでに生ずる賃料相当の損害金債権、その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保することを目的とする賃貸借契約に付随する契約であり、敷金を交付した者の有する敷金返還請求権は、目的物の返還時において、上記の被担保債権を控除し、なお残額があることを条件として、残額につき発生することになる（最判昭 48.2.2 参照）。これを賃料債権等の面からみれば、目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅することになる。このような敷金の充当による未払賃料等の消滅は、敷金契約から発生する効果であって、相殺のように当事者の意思表示を必要とするものではないから、民法 5 1 1 条によって上記当然消滅の効果が妨げられないことは明らかである。また、抵当権者は、物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえる前は、原則として抵当不動産の用益関係に介入できないのであるから、抵当不動産の所有者等は、賃貸借契約に付随する契約として敷金契約を締結するか否かを自由に決定することができる。したがって、敷金契約が締結された場合は、賃料債権は敷金の充当を予定した債権になり、このことを抵当権者に主張することができるというべきである。以上によれば、敷金が授受された賃貸借契約に係る賃料債権につき抵当権者が物上代位権を行使してこれを差し押えた場合においても、当該賃貸借契約が終了し、目的物が明け渡されたときは、賃料債権は、敷金の充当によりその限度で消滅するというべき」

・ 差押えの意義

* 特定性維持説(従来多数)：優先弁済の対象の特定性を維持するために必要

∴ 担保権は価値権ゆえ、物上代位＝優先的地位は当然認められるから

← 差押えは他人が行ってもいいことになる

← 抵当権者自身の差押えで、物上代位の意思を明らかにするべき(我妻)

* 優先権保全説：優先弁済効を保全するため必要。配当要求の終期までに差し押さえればよい

∴ 物上代位は方が抵当権者に与えた政策的な権能

* 第三債務者保護説：第三債務者の二重払いの危険を回避するため

→ 他の第三者との間では、抵当権設定登記との先後で優劣を決する

* 判例：大審院で特定性維持説→優先権保全説。最高裁で第三債務者保護説

→ 対抗力ある債権譲渡後も物上代位可

【最判平 10.1.30 民集 52-1-1】第三債務者保護説を採用[H9 才 419]

700 万強×9 月分の取立債権請求：200 万円×9 月分認容→双方控訴：取消棄却→X 上告：破棄・控訴棄却

X が A に 30 億円を貸し付け、B が本件建物につき物上保証人となったが、A は返済が滞り倒産、その後 B は Y に本件建物を敷金 1 億、月額 200 万円で賃貸し、賃借権設定登記を経た(その前の賃料収入は月額 700 万強、転貸借に変更)。さらに、D が B に 7000 万円を貸し付け、翌日に B は D に 3 年分の賃料債権を代物弁済で譲渡し、Y が異議をとどめず承諾。X は Y に対する賃料債権を差し押さえ、これの取立訴訟を提起した(その後、転貸賃料債権を差し押さえたため、それ以前の 9 カ月分)。

「民法 372 条において準用する 304-1 ただし書が抵当権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前に差押えをすることを要するとした趣旨目的は、主として、抵当権の効力が物上代位の目的となる債権にも及ぶことから、右債権の債務者(以下「第三債務者」という。)は、右債権の債権者である抵当不動産の所有者(以下「抵当権設定者」という。)に弁済をしても弁済による目的債権の消滅の効果を抵当権者に対抗できないという不安定な地位に置かれる可能性があるため、差押えを物上代位権行使の要件とし、第三債務者は、差押命令の

送達を受ける前には抵当権設定者に弁済をすれば足り、右弁済による目的債権消滅の効果を抵当権者にも対抗することができることにして、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護するという点にあると解される」

「右のような民法三〇四条一項の趣旨目的に照らすと、同項の「払渡又ハ引渡」には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する対抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができる……けだし、（一）民法三〇四条一項の「払渡又ハ引渡」という言葉は当然には債権譲渡を含むものとは解されないし、物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が右目的債権に及ばなくなるものと解すべき理由もないところ、（二）物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責されるのであるから、抵当権者に目的債権の譲渡後における物上代位権の行使を認めても第三債務者の利益が害されることとはならず、（三）抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができ、（四）対抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害するものというべきだからである。そして、以上の理は、物上代位による差押えの時点において債権譲渡に係る目的債権の弁済期が到来しているかどうかにかかわらず、当てはまるものというべきである」

【最判平 10.3.26 民集 52-2-483】一般債権者による差押えとの優劣[H6 才 1408]

不当利得返還請求：認容→取消棄却→棄却

執行証書により Y が賃料債権を差し押さえたのち、X(銀行)が建物抵当権を設定・登記し、同債権に物上代位したもの。供託された賃料の配当手続で、XY の債権額に按分となったため、Y 配当分の不当利得の返還を請求。

「一般債権者による債権の差押えの処分禁止効は差押命令の第三債務者への送達によって生ずるものであり、他方、抵当権者が抵当権を第三者に対抗するには抵当権設定登記を経由することが必要であるから、債権について一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合には、両者の優劣は一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決せられ、右の差押命令の第三債務者への送達が抵当権者の抵当権設定登記より先であれば、抵当権者は配当を受けることができない」

【最判平 14.3.12 民集 56-3-555】転付命令との優劣[H12 受 890]

配当異議：棄却→棄却→変更・ほぼ認容(1400 万円+費用だったが、1400 万円の限度で差し押さえていたため、執行費用の分を差し引かれ、1399 万 4110 円が配当されるように変更された)

一般債権者 X が債務名義を得て土地代金・建物補償金残債権を差押え、さらに転付命令を得て送達されたが、その後確定前に建物の抵当権者 A,Y1,Y2 が物上代位で建物補償金債権を差押え、送達されたため、第三債務者は供託、配当表が A,Y1,Y2,X の順で優先となったため、X,A,Y1,Y2 の順であると配当異議の訴えを提起した

「転付命令に係る金銭債権（以下「被転付債権」という。）が抵当権の物上代位の目的となり得る場合においても、転付命令が第三債務者に送達される時までに抵当権者が被転付債権の差押えをしなかったときは、転付命令の効力を妨げることはできず、差押命令及び転付命令が確定したときには、転付命令が第三債務者に送達された時に被転付債権は差押債権者の債権及び執行費用の弁済に充当されたものとみなされ、抵当権者が被転付債権について抵当権の効力を主張することはできないものと解すべきである。けだし、転付命令は、金銭債権の実現のために差し押えられた債権を換価するための一方法として、被転付債権を差押債権者に移転させるという法形式を採用したものであって、転付命令が第三債務者に送達された時に他の債権者が民事執行法 159 条 3 項に規定する差押等をしていないことを条件として、差押債権者に独占的満足を与えるものであり（民事執行法 159 条 3 項、160 条）、他方、抵当権者が物上代位により被転付債権に対し抵当権の効力を及ぼすためには、自ら被転付債権を差し押さえることを要し（最判平 13.10.25）、この差押えは債権執行における差押えと同様の規律に服すべきものであり（同法 193 条 1 項後段、2 項、194 条）、同法 159 条 3 項に規定する差押えに物

上代位による差押えが含まれることは文理上明らかであることに照らせば、抵当権の物上代位としての差押えについて強制執行における差押えと異なる取扱いをすべき理由はなく、これを反対に解するときは、転付命令を規定した趣旨に反することになるからである」「これを本件についてみると、前記事実関係によれば、被上告人らの抵当権又は根抵当権の物上代位としての差押えは、上告人の得た転付命令の効力を妨げることはできず、乙債権中本件転付命令に係る部分は上告人の独占的満足に供されるべきであって、これについて被上告人らの抵当権又は根抵当権の効力を主張することはできない」

【最判平 13.10.25 民集 55-6-975】 配当要求は差押えに含まれない[H13 受 91]

「抵当権に基づき物上代位権を行使する債権者は、他の債権者による債権差押事件に配当要求をすることによって優先弁済を受けることはできない……」けだし、民法 372 条において準用する同法 304 条 1 項ただし書の「差押」に配当要求を含むものと解することはできず、民事執行法 154 条及び同法 193 条 1 項は抵当権に基づき物上代位権を行使する債権者が配当要求をすることは予定していないからである」（配当異議）

第3款 抵当権の効力（373-395 条）

1. 抵当権によって担保される債権の範囲はどうなっているか、その範囲について制限が認められる理由は何かを、具体例を挙げて説明することができる。

- ・被担保債権の範囲

- * 被担保債権の種類：金銭債権が原則。非金銭債権は債務不履行時の損賠請求権の担保なら可

- * 債権の存在時期

- ・将来債権や条件付債権(保証人が将来弁済した場合の求償債権など)も認められる

- ・諾成的消費貸借契約：金銭交付を停止条件とする債権と解する → 抵当権は有効(通・判)

- * 債権の範囲(§375)：利息や遅延損害金等は原則として最後の2年分に限る

- ・制限をしないと、後順位抵当権者が目的物の担保価値を評価するのが困難になる

- ・後順位抵当権者等他の債権者が関与しない場合は、適用されない

- 例：数年滞納時の抵当権消滅請求や他の債権者のいない競売による配当時

- 物上保証人所有や、第三者譲渡後でも、他の債権者が関与しないと§375 不適用

§375-1 抵当権者は、利息その他の定期金を請求する権利を有するときは、その満期となった最後の二年分についてのみ、その抵当権を行使することができる。ただし、それ以前の定期金についても、満期後に特別の登記をしたときは、その登記の時からその抵当権を行使することを妨げない

#2 前項の規定は、抵当権者が債務の不履行によって生じた損害の賠償を請求する権利を有する場合におけるその最後の二年分についても適用する。ただし、利息その他の定期金と通算して二年分を超えることができない

2. 抵当目的不動産の侵害（物理的侵害や、優先弁済権の実現を困難にする侵害行為）に対して、抵当権者がどのような救済手段を行使することができるかについて、判例・学説の考え方を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

- ・抵当権設定者の使用収益権：認められるが、抵当不動産の維持・保存義務がある

- ←抵当目的物を毀損したり、価値を低下させるような使用収益は、抵当権侵害となりうる

- ・抵当権に基づく妨害排除請求権：一定の要件の下で認められる

- ※§423 の法意から所有者による明渡請求権の代位行使も可

- * 抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような場合

- * 占有権原がある場合も、競売妨害目的があれば妨排請求ができる

- * 所有者による適切な維持管理が期待できないなら、抵当権者への明渡請求も可能

- ←但し、賃料相当額損賠は不可ゆえ、使用収益はできない？

【最判平 3.3.22 民集 45-3-268】 抵当権に基づく妨排請求(否定・旧判例)[H1 才 1209]

§395 但書により短期賃貸借契約を取り消した上で(確定)、抵当権に基づく妨害排除請求または建物所有者の有する明渡請求権の代位行使として、占有者Y(転借人)に建物明渡請求をし、控訴審は認容したが、最高裁は破棄自判・請求棄却(最大判平 11.11.24 で判例変更)

【最判平 3.9.13 判時 1405-51】 短期賃貸借の期間満了時の明渡請求を満了前に認容

【最判平 6.3.25 判時 1501-107】 §395 但書による解除は賃貸人との関係でも終了効をもつ

【最大判平 11.11.24 民集 53-8-1899】 抵当権に基づく妨排請求[H8 才 1697]

MI 宛建物明渡請求→認容→棄却→棄却（抵当権者が競売を申立てたが、不法占拠者 MI がいたため不成立）

「抵当権は、競売手続において実現される抵当不動産の交換価値から他の債権者に優先して被担保債権の弁済を受けることを内容とする物権であり、不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定され、抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない。しかしながら、第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない……抵当不動産の所有者は、抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されている……したがって、右状態があるときは、抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する……抵当権者は、右請求権を保全する必要があるときは、民法四二三条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる」「なお、第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許されるものというべきである」

（奥田補足）抵当権に基づく妨害排除請求権、抵当権者による所有者の妨害排除請求権の代位行使のそれぞれについて補足。後者の場合、所有者が受領を拒むような場合は管理占有で自己への給付を求めうる。

【最判平 17.3.10 民集 59-2-356】抵当権設定者からの賃借人への妨排請求[H13 受 645]

Y1-3 宛賃借権に基づく建物明渡・損賠(賃料分)請求→棄却→X 控訴・(選)抵当権に基づく妨排請求としての建物明渡・損賠請求を追加：変更・明渡認容・損賠一部認容→Y3：損賠部分破棄自判・棄却、明渡部分上告棄却 Y1 が建築代金を払えず、X のため抵当権を設定後、Y1→Y2→Y3 と転貸したもの。Y1-3 は実質経営者が同じ。一番の賃借権は、競売申立て後に、X が建物引渡しを求めるための Y1 貸主、X 借主とする併用賃借権。

「所有者以外の第三者が抵当不動産を不法占有することにより、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができる（最大判平 11.11.24）。そして、抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができる……なぜなら、抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益するに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである」「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができるものというべきである」

「抵当権者は、抵当不動産に対する第三者の占有により賃料額相当の損害を被るものではないというべきである。なぜなら、抵当権者は、抵当不動産を自ら使用することはできず、民事執行法上の手続等によらずにその使用による利益を取得することもできないし、また、抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであって、抵当不動産の使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではないからである」

* 妨排請求として、抵当権の及ぶ物の搬出も止められる

【大判昭 6.10.21 民集 10-913】抵当権に基づく妨排請求(搬出禁止)[S6 才 19]

①抵当権確認②伐採運搬禁止等：①認容②棄却(競落許可決定済みゆえ)→②破棄差戻し

競売手続中、競落人が代金不納付のうちに、競落人と債権者兼抵当権設定者が通謀して他に立木を伐採売却しよ

うとしたため、抵当権確認や伐採運搬等禁止を求めたもの。

「惟ふに抵当権に基く競売開始決定ありたる場合には其の送達に因り債権者の為め差押の効力を生ずるが故に爾後債務者の為す法律行為に因る処分行為は之を以て債権者に対抗することを得ず。従て右差押の現存する以上は更に判決を以て債務者の為す法律行為に因る処分行為を禁止することを要せざるは勿論なりと雖債務者が滅失毀損等事実上の行為を以て抵当物に対する侵害を敢行する場合に於ては其の侵害行為が抵当権者の有する債権の弁済期後なると或は抵当権の実行に着手したる後なると否とを問はず抵当権者は物権たる抵当権の効力として之が妨害の排除を訴求し得べきは当然なりと云はざるを得ず」

- ・ 抵当権に基づく返還請求権：搬出された物を戻すよう求めること

- ＊ 即時取得されない限り、元の場所への返還請求は認められる

- ・ 悪意の取得者を保護する必要はない、担保価値保全のため元の場所に戻す必要

【最判昭 57.3.12 民集 36-3-349】工場抵当について返還請求を肯定[S56 才 811]

「工場抵当法二条の規定により工場に属する土地又は建物とともに抵当権の目的とされた動産が、抵当権者の同意を得ないで、備付けられた工場から搬出された場合には、第三者において即時取得をしない限りは、抵当権者は搬出された目的動産をもとの備付場所である工場に戻すことを求めることができるものと解するのが相当である。けだし、抵当権者の同意を得ないで工場から搬出された右動産については、第三者が即時取得をしない限りは、抵当権の効力が及んでおり、第三者の占有する当該動産に対し抵当権を行使することができるのであり（同法五条参照）、右抵当権の担保価値を保全するためには、目的動産の処分等を禁止するだけでは足りず、搬出された目的動産をもとの備付場所に戻して原状を回復すべき必要があるからである」

- ・ 抵当権侵害に対する不法行為責任

- ＊ 債務者による侵害：新たに債務名義を得ても、もともとの債務で取立可能ゆえ、無意味

- ＊ 債務者以外による侵害：債務者の得た損賠請求権に物上代位すればよい

- ＊ 物上保証人による侵害：抵当権実行前でも抵当権侵害による不法行為責任を認める

【大判昭 7.5.27 民集 11-1289】物上保証人による抵当権実行前の従物処分で損賠肯定

3. 抵当目的不動産が第三者に譲渡された場合に、第三取得者と抵当権者がどのような関係に立つかを、説明することができる。

- ・ 追及力(追及効)：登記後に目的不動産が第三者に譲渡されても、抵当権は建物に付いていくこと

- ＊ 流用登記：弁済等で抵当権が消滅したが、当事者が合意により、新たな債務の抵当権の登記として流用した場合に、第三者に対し有効な登記といえるか

- ・ 原則：無効 ・ 本来は無効な登記

- ・ 例外：有効 → 流用登記が有効であることを前提に利害関係を有するに至った第三者

【大判昭 11.1.14 民集 15-89】流用登記と第三者[S10 才 1217]

要旨「甲は丙より金円を借受け乙に対する抵当附債務を弁済したる上新に丙の為め該不動産に対し抵当権を設定したところ偶々乙丙の債権が同一金額なりしを以て已に消滅せる乙の債権及び抵当権を尚存するものとして之を丙に譲渡する旨の附記登記を為したる場合に其の後登記の記載を信じて該不動産を買受けたる丁は丙の抵当権設定登記の欠缺を主張する正当なる利益を有せざるものとす」（債権及び抵当権不存在確認請求）

- ・ 抵当権者から抵当権を消滅させる方法：代価弁済(§378)

§378 抵当不動産について所有権又は地上権を買い受けた第三者が、抵当権者の請求に応じてその抵当権者にその代価を弁済したときは、抵当権は、その第三者のために消滅する

- ＊ 抵当権者が、第三取得者に対して、代価を弁済するよう求めるもの

→不動産価額≦債務額なら、競売は廉価ゆえ、第三取得者も債務者も抵当権者も困らない

→ただし、第三取得者が応じるかどうかは任意、不足額は一般債権となる

・ 第三取得者から抵当権を消滅させる方法

* 抵当不動産の代価≧被保全債務・債務者＝抵当権設定者の場合：第三者弁済

→第三取得者は第三者弁済または債務引受をし、求償債権と代金債権を相殺する

* 抵当不動産の代価<被保全債務の場合：抵当権消滅請求(2003 改正前：滌除)をする

・ 抵当権消滅請求(§379～391)

* 抵当権者に対して、抵当権を実行するか、申出額で抵当権を抹消するかを選択を迫るもの

→抵当権を実行し、誰も買受けなければ、抵当権は抹消されない

(抵当権消滅請求)

§379 抵当不動産の第三取得者は、§383 の定めるところにより、抵当権消滅請求をすることができる

§380 主たる債務者、保証人及びこれらの者の承継人は、抵当権消滅請求をすることができない

§381 抵当不動産の停止条件付第三取得者は、その停止条件の成否が未定である間は、抵当権消滅請求をすることができない

(抵当権消滅請求の時期)

§382 抵当不動産の第三取得者は、抵当権の実行としての競売による差押えの効力が発生する前に、抵当権消滅請求をしなければならない

(抵当権消滅請求の手続)

§383 抵当不動産の第三取得者は、抵当権消滅請求をするときは、登記をした各債権者に対し、次に掲げる書面を送付しなければならない

一 取得の原因及び年月日、譲渡人及び取得者の氏名及び住所並びに抵当不動産の性質、所在及び代価その他取得者の負担を記載した書面

二 抵当不動産に関する登記事項証明書（現に効力を有する登記事項のすべてを証明したものに限る。）

三 債権者が二箇月以内に抵当権を実行して競売の申立てをしないときは、抵当不動産の第三取得者が第一号に規定する代価又は特に指定した金額を債権の順位に従って弁済し又は供託すべき旨を記載した書面

(債権者のみなし承諾)

§384 次に掲げる場合には、前条各号に掲げる書面の送付を受けた債権者は、抵当不動産の第三取得者が同条第三号に掲げる書面に記載したところにより提供した同号の代価又は金額を承諾したものとみなす

一 その債権者が前条各号に掲げる書面の送付を受けた後二箇月以内に抵当権を実行して競売の申立てをしないとき

二 その債権者が前号の申立てを取り下げたとき

三 第一号の申立てを却下する旨の決定が確定したとき

四 第一号の申立てに基づく競売の手続を取り消す旨の決定（民事執行法第百八十八条において準用する同法第六十三条第三項若しくは第六十八条の三第三項の規定又は同法第百八十三条第一項第五号の謄本が提出された場合における同条第二項の規定による決定を除く。）が確定したとき

(競売の申立ての通知)

§385 第三百八十三条各号に掲げる書面の送付を受けた債権者は、前条第一号の申立てをするときは、同号の期間内に、債務者及び抵当不動産の譲渡人にその旨を通知しなければならない

(抵当権消滅請求の効果)

§386 登記をしたすべての債権者が抵当不動産の第三取得者の提供した代価又は金額を承諾し、かつ、抵当不動産の第三取得者がその承諾を得た代価又は金額を払い渡し又は供託したときは、抵当権は、消滅する

(抵当不動産の第三取得者による買受け)

§390 抵当不動産の第三取得者は、その競売において買受人となることができる

(抵当不動産の第三取得者による費用の償還請求)

§391 抵当不動産の第三取得者は、抵当不動産について必要費又は有益費を支出したときは、第百九十六条の区別に従い、抵当不動産の代価から、他の債権者より先にその償還を受けることができる

4. 抵当権の処分とはどのような行為を指すか、またその効果はどのようなものであるかを、条文を参照しながら説明することができる。

・ 抵当権の処分(§376、374)

＊ 抵当権者の投下資本の流動化：転抵当(§376-1 前段)

＊ 設定者の新たな資金調達促進

・ 把握する担保価値の融通：抵当権の譲渡・放棄、抵当権の順位の譲渡・放棄(§376-1 後段)

・ 関係者全員の合意で変更：抵当権の順位の変更(§374)

§376-1 抵当権者は、その抵当権を他の債権の担保とし、又は同一の債務者に対する他の債権者の利益のためにその抵当権若しくはその順位を譲渡し、若しくは放棄することができる

・ 転抵当(§376-1 前段)：抵当権そのものを担保に供すること

＊ 設定者の承諾は不要(責任転抵当)

＊ 実行時の処理：転抵当権者が優先弁済を受け、残余は原抵当権者に配当される

・ 原抵当権の被保全債権の弁済期が先に到来する場合、原抵当権者は抵当権を実行できるか
→可能(判例・有力) ∵ 転抵当権者は優先弁済を受けられる(§137:2 で弁済期が到来)

【大決昭 7.8.29 民集 11-1729】原抵当権者の抵当権実行を肯定

＊ 性質

・ 債権・抵当権共同質入説：被担保債権も抵当権もあわせて質権を設定するもの

→債権質・権利質で可能ゆえ、§376-1 は確認規定

※競売価格が安ければ、被保全債権を主債務者から直接取り立てられる

・ 抵当権単独処分説：抵当権のみを担保に供する → §376-1 は附従性・随伴性の例外規定

→抵当権再度設定説：被担保債権から切り離した担保権の把握する交換価値に抵当権を設定

→抵当権質入説：抵当権に権利質を設定

→抵当権担保設定説：端的に、抵当権に「担保権」を設定するもの

※競売価格が安くても、被保全債権を主債務者から取り立てることはできない

＊ 対抗要件

・ 対第三者(§376-2)：登記(付記登記)

§376-2 前項の場合において、抵当権者が数人のためにその抵当権の処分をしたときは、その処分の利益を受ける者の権利の順位は、抵当権の登記にした付記の前後による

・ 対主債務者・保証人・設定者、その承継人(§377-1)：主債務者への通知又はその承諾

∵主債務者に知らせないと、被保全債務が弁済されてしまうおそれ

→転抵当権者の承諾なく弁済すると、対抗できない(§377-2)

→主債務者は債務を供託すればよい(原抵当権消滅、転抵当権者は物上代位で還付)

§377-1 前条の場合には、第四百六十七条の規定に従い、主たる債務者に抵当権の処分を通知し、又は主たる債

務者がこれを承諾しなければ、これをもって主たる債務者、保証人、抵当権設定者及びこれらの者の承継人に対抗することができない

#2 主たる債務者が前項の規定により通知を受け、又は承諾をしたときは、抵当権の処分の利益を受ける者の承諾を得ないでした弁済は、その受益者に対抗することができない

- ・ 抵当権の譲渡・放棄、抵当権の順位の譲渡・放棄(§376-1 後段)

＊種類

- ・ 抵当権の譲渡・放棄：一般債権者に対してするもの
- ・ 抵当権の順位の譲渡・放棄：後順位抵当権者に対してするもの
- ・ 譲渡⇔放棄：受益者が優位に立つ ⇔ 受益者と処分者が同位に立つ

＊対抗要件：転抵当と同じ(§376-2,377)

- ・ 抵当権の順位の変更(§374)：抵当権者の合意で可能、利害関係人の承諾・登記が効力要件

∵被担保債権額や弁済期、他の担保の有無等が異なるから

§374-1 抵当権の順位は、各抵当権者の合意によって変更することができる。ただし、利害関係を有する者があるときは、その承諾を得なければならない

#2 前項の規定による順位の変更は、その登記をしなければ、その効力を生じない

＊趣旨：優先弁済の順位を変更するのみで、抵当権の設定時点は変更されない

【最判平 4.4.7 金法 1339-36】法定地上権の成立不成立は変わらない(成立否定)

法定地上権の要件が、1 番抵当権は満たさず、2 番抵当権は満たしており、1 番・2 番の順位が変更された場合

5. 抵当権の実行とは何を意味するかを、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 抵当権の実行

- ＊民事執行法の手続に従い、目的不動産を競売し、換価、配当する手続のこと
- ・ 売却許可決定後の代金納付時に、買受人が目的物の所有権を取得する(民執)
- ・ 消除主義：競売により、抵当権がすべて消滅すること
- ⇔引受主義：2 番抵当権実行時、1 番抵当権は存続したまま売却される方法(独)

- ・ 代金は1 番抵当権者から順に配当されるが、後順位抵当権者も実行できる
- ←配当の可能性がない場合は原則として実行の申立てができない(民執 188→63)

- ・ 一括競売(§389)：抵当権設定後に築造された建物もまとめて競売するもの

- ＊原則は建物収去だが、建物を収去しない方がよい場合は、一括競売という手を使える
- ∵地価は有効利用されると上がる場合があり、その場合は収去しない方がいいから
- (⇔建付減価：有効利用と言えない建物が建って価額が下がる場合)

建付減価の場合も、弁済に十分なら一括競売とする場合がある

＊建物の代価は建物所有者に帰属(#1 但書)

＊建物所有者が抵当権者に対抗できる場合は除外(#2)

＊民執 188→61 より、申立てがあっても一括競売されるかは裁判所の裁量

§389-1 抵当権の設定後に抵当地に建物が築造されたときは、抵当権者は、土地とともにその建物を競売することができる。ただし、その優先権は、土地の代価についてのみ行使することができる

#2 前項の規定は、その建物の所有者が抵当地を占有するについて抵当権者に対抗することができる権利を有する場合には、適用しない

- ・ 抵当不動産以外の財産からの弁済(§394) : 抵当権者と一般債権者の利害調整

§394-1 抵当権者は、抵当不動産の代価から弁済を受けない債権の部分についてのみ、他の財産から弁済を受けることができる

#2 前項の規定は、抵当不動産の代価に先立って他の財産の代価を配当すべき場合には、適用しない。この場合において、他の各債権者は、抵当権者に同項の規定による弁済を受けさせるため、抵当権者に配当すべき金額の供託を請求することができる

【大判大 15.10.26 民集 5-741】 抵当権者の一般財産への執行に一般債権者は異議可能

6. その他の抵当権の効力

- ・ 抵当権の順位(§373)

* 順位昇進の原則 : 1 番抵当権が消えると、2 番抵当権が格上げされること

* 順位確定の原則 : 登記すると、後から設定された抵当権に先を越されることはないこと

§373 同一の不動産について数個の抵当権が設定されたときは、その抵当権の順位は、登記の前後による

第4款 抵当権と利用権の調整（388、395条）

1. 抵当権の設定された不動産について、利用権が存在する場合に抵当権と利用権の関係がどうかを、説明することができる。

- ・ 利用権と抵当権：対抗関係に立つ

→実行されると、抵当権設定登記と利用権の対抗要件具備の先後により、存続するか消滅する

- ・ 劣後する利用権の保護(§395)

* 改正前(2003)：短期賃貸借(§602)は対抗できた。：設定者の管理権限の保障

←詐欺的短期賃貸借の乱発

←併用賃借権による対抗：最判平 1.6.5 民集 43-6-355 で否定

←抵当権に基づく妨害排除請求

* 現行法：賃借権は対抗できないが、6箇月の引渡しの猶予が認められる

・ 賃貸借は承継されない → 敷金返還義務は原所有者に残る

・ 新所有者は賃料相当額を不当利得返還請求できる

§395-1 抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である建物の使用又は収益をする者であつて次に掲げるもの（次項において「抵当建物使用者」という。）は、その建物の競売における買受人の買受けの時から六箇月を経過するまでは、その建物を買受人に引き渡すことを要しない

一 競売手続の開始前から使用又は収益をする者

二 強制管理又は担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始後にした賃貸借により使用又は収益をする者

#2 前項の規定は、買受人の買受けの時より後に同項の建物の使用をしたことの対価について、買受人が抵当建物使用者に対し相当の期間を定めてその一箇月分以上の支払の催告をし、その相当の期間内に履行がない場合には、適用しない

- ・ 抵当権者の同意制度(§387)：賃借権の登記＋優先する抵当権者の同意の登記で対抗可

* 買受人保護のため登記が必要 → 借地借家法による対抗には適用されない

（抵当権者の同意の登記がある場合の賃貸借の対抗力）

§387-1 登記をした賃貸借は、その登記前に登記をした抵当権を有するすべての者が同意をし、かつ、その同意の登記があるときは、その同意をした抵当権者に対抗することができる

#2 抵当権者が前項の同意をするには、その抵当権を目的とする権利を有する者その他抵当権者の同意によって不利益を受けるべき者の承諾を得なければならない

2. 法定地上権とはどのような制度であり、どのような場合に法定地上権が成立するかを、具体例に即して説明することができる。

- ・ 法定地上権(§388)：土地・建物が同一所有者であつたが、一方の抵当権の実行により所有者が別になったときに、建物について成立する地上権

：建物収去による社会経済上の不利益、建物が現存すれば抵当権者も建物存続を予期すべき

§388 土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす。この場合において、地代は、当事者の請求により、裁判所が定める

* 自己借地権を認めれば解決するが、現行法上原則不可(例外：借地借家法 15)

* 協議不調時の地代等：地代は裁判所が決定(§388 後段)、存続期間は 30 年(借地借家法 3)

＊地上権の範囲：建物の利用に必要な範囲(判例・通説)

【最判昭 44.4.18 判時 556-43】法定地上権の範囲[S43 才 1214]

「法定地上権は抵当権設定時に存在する建物の利用に必要な範囲の土地に及ぶものであり、土地の抵当権設定後その実行前に同一土地内において地上の建物が移転されまたは増改築されても、前の建物の利用に必要であったものと認められる範囲にとどまっているかぎり、土地の競売によって右範囲において法定地上権が成立することを妨げないものと解すべきところ、本件土地の抵当権設定後本件建物は本件土地内において移転されたが、右移転は、従前の建物の利用に必要な範囲であって、これについて法定地上権の生ずべき範囲内においてされたもの」(土地競落人による建物収去土地明渡：棄却)

・法定地上権の成立要件

①抵当権設定当時、土地の上に建物が存すること

②設定時に土地と建物が同一の所有者に属すること

・登記名義が同一である必要はない(未登記・前主名義)

・現地確認をすれば建物があることは分かる、前主名義なら通常借地権がある

【最判昭 44.4.18 判時 556-43】建物が未登記でも法定地上権は成立する[掲掲 S43 才 1214]

「Y は、昭和三四年四月七日、本件建物の所有者 A からその贈与を受け、同日所有権保存登記を経由したというのであって、X が競落により本件土地の所有権を取得したのが右の日より後であれば、Y のため本件建物の敷地につき法定地上権が成立したものであり、また、X の本件土地所有権取得が Y の本件建物譲受けより前であれば、競売当時の建物所有者 A が法定地上権を取得し、Y は、本件建物とともに右法定地上権を譲り受け、本件建物につき所有権保存登記を経由したことによって、右法定地上権の取得につき、競落人である X に対抗しうるに至ったものと解すべきであるから、いずれにせよ Y は法定地上権に基づき本件建物の敷地部分の土地を正当に占有しているものといえることができる」(おそらく、抵当権設定者は A で、競落後建物を X に贈与したもの)

【最判昭 48.9.18 民集 27-8-1066】建物所有権移転登記未了の場合(肯定)[S45 才 989]

①X→Y 建物退去土地明渡②Z→X 法定地上権設定登記：①認容②棄却→YZ 控訴+③(請求追加)地代確定(反)X→Z 建物収去土地明渡：①②控訴棄却③棄却(反)却下→YZ 上告：①②③破棄差戻し

X は Y の子 A に金を貸し、A の妹 Z 名義の土地に抵当権を設定・登記、さらにこれを実行し、X が競落、許可され所有権移転登記も経由した。土地上に B 組合名義、Y 居住の建物があるが、B は既に解散しており、Z が清算人と売買契約をしていた(一審：所有権留保で代金未済の認定、二審：所有権留保ではなく、抵当権設定時に所有者 Z だが、登記がなく対抗不可)。契約時に、建物は B 所有と主張して、建物への抵当権設定を拒んでいた(一審：信義則違反肯定、二審：信義則違反否定)

「土地とその地上建物が同一所有者に属する場合において、土地のみにつき抵当権が設定されてその抵当権が実行されたときは、たとえ建物所有権の取得原因が譲渡であり、建物につき前主その他の者の所有名義の登記がされているままで、土地抵当権設定当時建物についての所有権移転登記が経由されていなくとも、土地競落人は、これを理由として法定地上権の成立を否定することはできない」(民法三八八条本文は、「土地及ヒ其上ニ存スル建物力同一ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵当ト為シタルトキハ抵当権設定者ハ競売ノ場合ニ付キ地上権ヲ設定シタルモノト看做ス」と規定するが、その根拠は、土地と建物が同一所有者に属している場合には、その一方につき抵当権を設定し将来土地と建物の所有者を異にすることが予想される場合でも、これにそなえて抵当権設定時において建物につき土地利用権を設定しておくことが現行法制のもとにおいては許されないところから、競売により土地と建物が別人の所有に帰した場合は建物の収去を余儀なくされるが、それは社会経済上不利益であるから、これを防止する必要があるとともに、このような場合には、抵当権設定者としては、建物のために土地利用を存続する意思を有し、抵当権者もこれを予期すべきものであることに求めることができる。してみると、建物につき登記がされているか、所有者が取得登記を経由しているか否かにかかわらず、

建物が存立している以上これを保護することが社会経済上の要請にそうゆえんであつて、もとよりこれは抵当権設定者の意思に反するものではなく、他方、土地につき抵当権を取得しようとする者は、現実に土地をみて地上建物の存在を了知しこれを前提として評価するのが通例であり、競落人は抵当権者と同視すべきものであるから、建物につき登記がされているか、所有者が取得登記を経由しているか否かにかかわらず、法定地上権の成立を認めるのが法の趣旨に合致するのである。このように、法定地上権制度は、要するに存立している建物を保護するところにその意義を有するのであるから、建物所有者は、法定地上権を取得するに当たり、対抗力ある所有権を有している必要はないというべきである」

【最判昭 53.9.29 民集 32-6-1210】土地所有権移転登記未了の場合(肯定)[S53 オ 533]

「A が本件建物につき B のために抵当権を設定した当時、右建物及びその敷地である本件土地は、ともに A の所有に属していたが、本件土地については所有権移転登記を経由していなかつた……右事実関係のもとにおいて、抵当権の実行により本件建物を競落した Y が法定地上権を取得するものとした原審の判断は、正当…（最判昭 48.9.18 参照）」（土地取得者 X による建物競落人 Y に対する建物収去土地明渡：棄却）

- ・所有者の事後的変更：法定地上権が成立する ∴ 設定後の土地利用権は対抗不可

【大連判大 12.12.14 民集 2-676】建物譲渡と法定地上権[T12 オ 286]

土地上に建物丙があり、土地に X のための抵当権設定後、丙を Y に譲渡。抵当権が実行され、X が競落。丙に対して土地明渡・損賠請求→認容／破棄差戻し

「土地及其の上に存する建物の所有者が土地又は建物のみを抵当と為し其の一方が抵当権に基き競売せられ二者其の所有者を異にするに至りたる場合に於て建物の所有者は土地使用の権利なきの故を以て建物を収去するを免れずと為さんか建物の利用を害し一般経済上不利なること論を俟たず。民法 388 は此の不利を避けんが為に建物所有者に地上権を附与したるものなれば土地のみを抵当と為したる場合に於ては同条に依り地上権を有すべき者は競売の時に於ける建物所有者ならざるべからず其の抵当権設定者たると否とは問ふ所に非ず。本件宅地は其の所有者斎田庄之助が被上告人の為に抵当と為したるものにして競売の結果被上告人の所有に帰し宅地の上に存する丙号建物は宅地を抵当と為したる場合に在ては庄之助の所有に属せしも其の後上告人を買取り宅地競売の当時は上告人の所有に属したれば正に民法第三百八十八条の適用を見るべき場合に該当し上告人は同条に依り本件宅地の上に地上権を有すべき者なり」

③土地・建物の一方に抵当権が設定されたこと

- ・両方に抵当権が設定されたが、一方のみが実行され、又は競落された場合も含む

【大判昭 6.10.29 民集 10-931】土地のみの競落でも法定地上権が成立する[S6 オ 866]

要旨「同一の所有者に属する土地及其の地上の建物を抵当権の目的と為したる場合に於て土地のみが競落ありたるときは地上権の設定ありたるものと看做すべきものとす」（土地競落人による建物収去土地明渡請求：棄却）

- ・抵当権がなくても成立する場合：強制競売(民執 81)、国税滞納処分(国税徴収 127)
- ・法定賃借権が成立する場合：土地への仮登記担保権設定(仮登記担保 10)
 - ※建物への仮登記担保設定では、停止条件付で利用権を設定すればよい

④土地・建物の所有者が競売により異なるに至ること(書かれざる要件)

3. 法定地上権の諸問題

- ・実行時には建物が滅失し存在しない場合（土地の競落）
 - *所有権が移転していない場合：法定地上権は不成立(有力)
 - ∴建物収去による国民経済上の不利益回避の必要がない
 - *建物所有権が移転している場合：法定地上権は成立(有力)
 - ∴譲受人の法定地上権成立の期待を保護すべきなのに対し、抵当権者は特に害されない

＊土地所有権が移転している場合：法定地上権は成立(有力)

∴設定者・譲受人は法定地上権成立を期待して土地代価を安くしているはず

- ・建物の再築：旧建物を基準とした法定地上権が成立する(判例)

∴抵当権者の期待保護＝当時は堅固建物と非堅固建物で存続期間が異なっていたから

【大判昭 10.8.10 民集 14-1549】同旨

【最判昭 52.10.11 民集 31-6-785】特段の事情があれば新建物基準で成立[S52 オ 287]

①法定地上権確認②建物収去土地明渡：①認容②棄却→①変更(新建物基準)②棄却→棄却

設定時、非堅固建物を近く取り壊して堅固建物にするため、建物について抵当権の設定を受けなかったもの。

「思うに、同一の所有者に属する土地と地上建物のうち土地のみについて抵当権が設定され、その後右建物が滅失して新建物が再築された場合であつても、抵当権の実行により土地が競売されたときは、法定地上権の成立を妨げないものであり（大判昭 10.8.10 参照）、右法定地上権の存続期間等の内容は、原則として、取壊し前の旧建物が残存する場合と同一の範囲にとどまるべきものである。しかし、このように、旧建物を基準として法定地上権の内容を決するのは、抵当権設定の際、旧建物の存在を前提とし、旧建物のための法定地上権が成立することを予定して土地の担保価値を算定した抵当権者に不測の損害を被らせないためであるから、右の抵当権者の利益を害しないと認められる特段の事情がある場合には、再築後の新建物を基準として法定地上権の内容を定めて妨げないものと解するのが、相当である。原審認定の前記事実によれば、本件土地の抵当権者である東京相互は、抵当権設定当時、近い将来旧建物を取り壊され、堅固の建物である新工場が建築されることを予定して本件土地の担保価値を算定したというのであるから、抵当権者の利益を害しない特段の事情があるものというべく、本件建物すなわち堅固の建物の所有を目的とする法定地上権の成立を認めるのが、相当である」

- ・更地への抵当権設定後の建物新築：抵当権者の承認だけでは法定地上権は成立しない

∴抵当権者の期待に反する＋買受人の保護のうち、後者のため

【最判昭 36.2.10 民集 15-2-219】抵当権設定後の建物築造[S33 オ 770]

「民法三八八条により法定地上権が成立するためには、抵当権設定当時において地上に建物が存在することを要するものであつて、抵当権設定後土地の上に建物を築造した場合は原則として同条の適用がない……然るに本件建物は本件土地に対する抵当権設定当時完成していなかつた……また被告人が本件建物の築造を予め承認した事実があつても……本件抵当権は本件土地を更地として評価して設定されたことが明らかであるから、民法三八八条の適用を認むべきではなく、この点に関する原審の判断は正当」(建物収去土地明渡：認容／棄却／棄却)

- ・法定地上権成立要件の有無が異なる、複数の抵当権設定がある場合

＊1番抵当権は法定地上権成立の要件を満たさないが、後順位抵当権が満たす場合

→1番抵当権者を基準とし、担保価値の大きい方を選ぶ

- ・建物抵当権の実行：法定地上権が成立(判例) ∴担保権者・競落人を害しない

←不成立とし、敷地利用権の存続(§179-1 但書)で対応すべき

- ・土地抵当権の実行：法定地上権は不成立(判例) ∴先順位担保権者が害される

【大判昭 14.7.26 民集 18-772】建物抵当権が設定された場合(肯定)[S13 オ 2187]

A所有建物に1番抵当権設定→2番抵当権設定→Aが敷地買い受け・登記→3番抵当権設定→AがXに敷地を売り渡し、登記→1番抵当権者申立ての競売でYが建物を競落→XがYに建物収去土地明渡請求(棄却)

要旨「民法第388条に所謂競売の場合中には土地及其の地上の建物が同一所有者に帰属したる際に於て其の土地又は建物に対し設定せられたる抵当権の存する限り当該抵当権実行の爲の競売は勿論右土地及建物が未だ同一所有者に属せざる当時該土地又は建物に対し設定せられたる他の抵当権者の申立に因る競売の場合をも包含するものとす」

【最判昭 53.9.29 民集 32-6-1210】 同旨の判断[後掲 S53 オ 533]

【最判平 2.1.22 民集 44-1-314】 土地抵当権が実行された場合(否定)[S62 オ 452]

建物退去・収去土地明渡・損賠：認容→取消棄却→破棄(損賠)差戻し(その他)自判・控訴棄却

A 所有土地上に B 所有建物があり、ともに 1 番抵当権設定後(物上保証)、B が死亡し A が建物を相続したが、その後 A は建物を取り壊し、新建物を建築してから、土地に 2～4 番抵当権を設定・登記した。競売が申し立てられ、手続中に新建物が火事となったため A はこれを取り壊して土地を Y1 に賃貸し、Y1 が本件建物を建築、Y2 に一部を賃貸しともに使用していたため、競落した X が Y1,Y2 に建物収去土地明渡を請求したもの

「土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と地上建物を同一人が所有するに至った後に後順位抵当権が設定されたとしても、その後に抵当権が実行され、土地が競落されたことにより一番抵当権が消滅するときには、地上建物のための法定地上権は成立しない……」けだし、民法三八八条は、同一人の所有に属する土地及びその地上建物のいずれか又は双方に設定された抵当権が実行され、土地と建物の所有者を異にするに至った場合、土地について建物のための用益権がないことにより建物の維持存続が不可能となることによる社会経済上の損失を防止するため、地上建物のために地上権が設定されたものとみなすことにより地上建物の存続を図ろうとするものであるが、土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていない場合には、一番抵当権者は、法定地上権の負担のないものとして、土地の担保価値を把握するのであるから、後に土地と地上建物が同一人に帰属し、後順位抵当権が設定されたことによって法定地上権が成立するものとする、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることになるからである。なお、原判決引用の判例（大判昭 14.7.26、最判昭 53.9.29）は、いずれも建物について設定された抵当権が実行された場合に、建物競落人が法定地上権を取得することを認めたものであり、建物についてはこのように解したとしても一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることにはならないから、土地の場合をこれと同視することはできない」「これを本件についてみると、本件根抵当権設定当時においては、本件土地と旧建物は所有者を異にしていたのであるから、いずれにしても本件土地の抵当権の実行により上告人が競落した本件土地について法定地上権は成立しないものというべきである。したがって、本件土地に法定地上権が成立するとした原判決には、民法三八八条の解釈適用を誤った違法があり、被上告人らにおいて他に上告人に対抗し得る土地の用益権の主張立証をしていない本件において、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らか」

【最判平 19.7.6 民集 61-5-1940】 実行前に一番抵当権が消滅した場合(肯定)[H18 受 1398]

Y1 所有土地及びその上の A 所有建物につき、A を債務者として B のため共同抵当設定・登記→A が死亡して Y1 と Y2 らが建物を相続→土地につき、C を債務者として D のための抵当権設定・登記→1 番抵当権解除・登記抹消→D が抵当権を実行し X が競落(建物収去土地明渡：認容→破棄自判・取消棄却)

「土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が、甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立するというべきである。その理由は、次のとおりである」「上記のような場合、乙抵当権者の抵当権設定時における認識としては、仮に、甲抵当権が存続したままの状態でも目的土地が競売されたとすれば、法定地上権は成立しない結果となる（前掲最判平 2.1.22 参照）ものと予測していたということである。しかし、抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、甲抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、乙抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであった……甲抵当権が消滅した後に行われる競売によって、法定地上権が成立することを認めても、乙抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえない。そして、甲抵当権は競売前に既に消滅しているのであるから、競売による法定地上権の成否を判断するに当たり、甲抵当

権者の利益を考慮する必要がないことは明らかである。そうすると、民法388条が規定する「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する」旨の要件（以下「同一所有者要件」という。）の充足性を、甲抵当権の設定時にさかのぼって判断すべき理由はない。民法388条は、土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その抵当権の実行により所有者を異にするに至ったときに法定地上権が設定されたものとみなす旨定めており、競売前に消滅していた甲抵当権ではなく、競売により消滅する最先順位の抵当権である乙抵当権の設定時において同一所有者要件が充足していることを法定地上権の成立要件としているものと理解することができる。原判決が引用する前掲最判平2.1.22は、競売により消滅する抵当権が複数存在する場合に、その中の最先順位の抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断すべきことをいうものであり、競売前に消滅した抵当権をこれと同列に考えることはできない」

・ 共同抵当と建物再築

- ・ 個別価値考慮説：共同抵当の場合、抵当権者は建物(敷地利用権こみ)、土地(底値)の価値を別個に把握している、との考え方(従来通説)
- ・ 全体価値考慮説：土地建物を共同抵当にとり、その全体の担保価値を把握している(判例的)
- * 土地に抵当権を設定後、新築した建物に共同抵当を設定：法定地上権が成立(有力)
 - ∴ 抵当権者の利益が害されない
- * 原則：共同抵当の建物滅失後、建物を再築：法定地上権は不成立
 - ∴ 抵当権者の把握する担保価値が土地の底値だけになってしまい、濫用事例が頻発した
- ・ 例外：再築建物に同順位の抵当権設定登記を受けた場合：法定地上権成立
 - ※ 抵当権者が、そのような設定を受けられたのに、それを放棄した場合を含む
 - ∴ 抵当権者の把握する担保価値が減じない

【最判平 9.2.14 民集 51-2-375】 建物の再築と法定地上権[H7 オ 261]

土地・建物に共同抵当権を設定後、建物を取り壊し・再築後に土地の抵当権が実行された場合の法定地上権の成否(短期賃貸借解除等請求→認容／棄却／棄却)

「土地と地上建物を別個の不動産とし、かつ、原則として土地の所有者が自己のために借地権を設定することを認めない我が国の法制上、同一所有者に属する土地又は地上建物に設定された抵当権が実行されて土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合、建物所有者が当該土地の占有権原を有しないことになる」とすれば、これは、土地が競売によって売却されても、土地の買受人に対して土地の使用権を有しているものとする建物の所有者や土地の使用権があるものとして建物について担保価値を把握しているものとする抵当権者の合理的意思に反する結果となる。そこで、民法 388 は、右合理的意思の推定に立つて、このような場合には、抵当権設定者は競売の場合につき地上権【＝法定地上権】を設定したものとみなしている……その結果、建物を保護するという公益的要請にも合致する……それゆえ、土地及び地上建物の所有者が土地のみに抵当権を設定した場合、建物のために地上権を留保するのが抵当権設定当事者の意思であると推定することができるから、建物が建て替えられたときにも、旧建物の範囲内で法定地上権の成立が認められている（大判昭 10.8.10 参照）。また、所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した場合、抵当権者はこれにより土地及び建物全体の担保価値を把握することになるが、右建物が存在する限りにおいては、右建物のために法定地上権の成立を認めることは、抵当権設定当事者の意思に反するものではない（最判昭 37.9.4 参照。なお、この判決は、所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した場合、民法 388 の適用があるとするが、これは、抵当権設定当時の建物が存続している事案についてのものである。）。これに対し、所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた

とき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない……けだし、土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思であり、抵当権が設定されない新建物のために法定地上権の成立を認めるとすれば、抵当権者は、当初は土地全体の価値を把握していたのに、その担保価値が法定地上権の価額相当の価値だけ減少した土地の価値に限定されることになって、不測の損害を被る結果になり、抵当権設定当事者の合理的な意思に反するからである。なお、このように解すると、建物を保護するという公益的要請に反する結果となることもあり得るが、抵当権設定当事者の合理的意思に反してまでも右公益的要請を重視すべきであるとはいえない。大判昭 13.5.25 は、右と抵触する限度で変更すべきものである」

【最判平 9.6.5 民集 51-5-2116】建物再築と法定地上権(優先債権の存在)[H5 オ 2172]

建物再築後、土地と同順位の X のための共同抵当が設定されたが、競売したところ、国税債権が X の債権に優先し(国税納期限が、旧建物抵当権の登記後、新建物抵当権の登記前だった)、建物の売価を建物価値+法定地上権の価値相当額として、国に優先配当したため、X が配当異議の訴えをしたもの(棄却/棄却/破棄差戻し)

「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたなどの特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない…(最判平 9.2.14) …新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた場合であっても、新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在するときは、右の特段の事情がある場合には当たらず、新建物のために法定地上権が成立しない……けだし、新建物に土地と同順位の共同抵当権が設定された場合は、抵当権者は、旧建物に抵当権の設定を受けていたときと同様に土地全体の価値を把握することができるから、新建物のために法定地上権の成立を認めても不利益を被ることがない。しかし、新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在する場合は、新建物に右抵当権に優先する担保権が設定されている場合と実質的に異なるところがなく、抵当権者にとっては、新建物に抵当権の設定を受けないときは土地全体の担保価値を把握することができるのに、新建物に抵当権の設定を受けることによって、かえって法定地上権の価額に相当する価値を把握することができない結果となり、その合理的意思に反するからである。なお、このように解すると、建物を保護するという公益的要請に反する結果となるが、抵当権設定当事者の合理的意思に反してまでも右公益的要請を重視すべきであるとはいえない。」

・ 共有の場合

＊ 敷地が共有されている場合：他の持分権者保護のため、法定地上権を否定

- ・ 他の持分権者が土地に対する使用収益権を事実上放棄し、建物所有者に委ねるなど法定地上権の成立を予め容認していたとみうるような特段の事情があれば、成立する場合もある
→借地借家法 15 により自己借地権を設定すればよい

【最判昭 29.12.23 民集 8-12-2235】敷地共有の場合(否定)[S26 オ 285]

建物収去土地明渡：棄却→棄却→破棄差戻し

AB 共有地上に A(Y の先代)が建物を所有し、A は土地の持分権に C のために抵当権を設定したが、これが実行され、X が競落、X は B に共有物分割請求をし、協議不調で競売となり、X が落札したもの

「元来共有者は、各自、共有物について所有権と性質を同じくする独立の持分を有しているのであり、しかも共有地全体に対する地上権は共有者全員の負担となるのであるから、共有地全体に対する地上権の設定には共有者全員の同意を必要とする……換言すれば、共有者中一部の者だけがその共有地につき地上権設定行為をしたとし

ても、これに同意しなかつた他の共有者の持分は、これによりその処分に服すべきいわれはないのであり、結局右の如く他の共有者の同意を欠く場合には、当該共有地についてはなんら地上権を発生するに由なきものといわざるを得ない……この理は民法三八八条のいわゆる法定地上権についても同様であり偶々本件の如く、右法条により地上権を設定したものと看做すべき事由が単に土地共有者の一人だけについて発生したとしても、これがため他の共有者の意思如何に拘わらずそのものの持分までが無視さるべきいわれはないのであつて、当該共有土地については地上権を設定したと看做すべきでないものといわなければならない……けだし同条が建物の存在を全うさせようとする国民経済上の必要を多分に顧慮した規定であることは疑を容れないけれども、しかし同条により地上権を設定したと看做される者は、もともと当該土地について所有者として完全な処分権を有する者に外ならないのであつて、他人の共有持分につきなんら処分権を有しない共有者に他人の共有持分につき本人の同意なくして地上権設定等の処分をなし得ることまでも認めた趣旨でないことは同条の解釈上明白だからである」

【最判平 6.12.20 民集 48-8-1470】敷地建物とも共有の場合(否定)[H2 才 663]

Y1AB 共有(AB は Y1 妻子)の土地上に、Y1,Y2,C1~7 共有の建物(先代所有で共同相続で、実は Y1 単独相続)があったが、土地に債務者 Y1 として設定された抵当権が実行され、X が競落した。土地建物は先代が Y1 に贈与するつもりだったが、贈与税を支払えないため共有名義とし、建物は差押え回避のため登記をしていなかった。「共有者は、各自、共有物について所有権と性質を同じくする独立の持分を有しているのであり、かつ、共有地全体に対する地上権は共有者全員の負担となるのであるから、土地共有者の一人だけについて民法三八八条本文により地上権を設定したものとみなすべき事由が生じたとしても、他の共有者らがその持分に基づく土地に対する使用収益権を事実上放棄し、右土地共有者の処分にゆだねていたことなどにより法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることができるような特段の事情がある場合でない限り、共有土地について法定地上権は成立しないといわなければならない(最判昭 29.12.23、同 44.11.4 参照)」「これを本件についてみるのに、原審の認定に係る前示事実関係によれば、本件土地の共有者らは、共同して、本件土地の各持分について被上人三雄を債務者とする抵当権を設定しているのであり、三雄以外の本件土地の共有者らは三雄の妻子であるというのであるから、同人らは、法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとも考えられる。しかしながら、土地共有者間の人的関係のような事情は、登記簿の記載等によって客観的かつ明確に外部に公示されるものではなく、第三者にはうかがい知ることのできないものであるから、法定地上権発生の有無が、他の土地共有者らのみならず、右土地の競落人ら第三者の利害に影響するところが大きいことにかんがみれば、右のような事情の存否によって法定地上権の成否を決することは相当ではない。そうすると、本件の客観的事情としては、土地共有者らが共同して本件土地の各持分について本件建物の九名の共有者のうちの一名である被上人三雄を債務者とする抵当権を設定しているという事実に至るが、このような事実のみから被上人三雄以外の本件土地の共有者らが法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることができない。けだし、本件のように、九名の建物共有者のうちの一名にすぎない土地共有者の債務を担保するために他の土地共有者らがこれと共同して土地の各持分に抵当権を設定したという場合、なるほど他の土地共有者らは建物所有者らが当該土地を利用することを何らかの形で容認していたといえるとしても、その事実のみから右土地共有者らが法定地上権の発生を容認していたとみれば、右建物のために許容していた土地利用関係がにわかに地上権という強力な権利に転化することになり、ひいては、右土地の売却価格を著しく低下させることとなるのであつて、そのような結果は、自己の持分の価値を十分に維持、活用しようとする土地共有者らの通常的意思に沿わないとみるべきだからである。また、右の結果は、第三者、すなわち土地共有者らの持分の有する価値について利害関係を有する一般債権者や後順位抵当権者、あるいは土地の競落人等の期待や予測に反し、ひいては執行手続の法的安定を損なうものであつて、許されないといわなければならない」

【最判平 6.4.7 民集 48-3-889】敷地建物とも共有の場合(強制競売・否定)[H4 才 98]

(本)地上権不存在確認(反)地上権存在確認：(本)認容(反)却下→棄却→棄却

AY(姉妹)共有の土地建物のうち(持分は、土地が A:1/10、Y:9/10。建物が AY 各 1/2)、土地が差押え、強制競

売され、X が競落、さらに共有物分割請求をして競売となり、X が競落した。

「土地及びその上にある建物がいずれも甲、乙両名の共有に属する場合において、土地の甲の持分の差押えがあり、その売却によって第三者が右持分を取得するに至ったとしても、民事執行法八一条の規定に基づく地上権が成立することはないと解するのが相当である。けだし、この場合に、甲のために同条の規定に基づく地上権が成立するとすれば、乙は、その意思に基づかず、甲のみの事情によって土地に対する持分に基づく使用収益権を害されることになるし、他方、右の地上権が成立することを認めなくても、直ちに建物の収去を余儀なくされるという関係にはないので、建物所有者が建物の収去を余儀なくされることによる社会経済上の損失を防止しようとする同条の趣旨に反することもないからである」

＊建物のみが土地所有者と他の共同所有者で共有されている場合：法定地上権成立

∴自己のみならず、他の共有者のためにも土地利用を認めているから

←自己借地権は設定できるから、否定すべき

【最判昭 46.12.21 民集 25-9-1610】建物のみの共有(肯定)[S46 オ 844]

Y1,Y2 宛建物収去/退去土地明渡：Y1 棄却、Y2 認容→X 控訴棄却→上告棄却

A 所有土地上に、ABC 共有の建物があり、土地に抵当権が設定されたが、建物が Y1 に譲渡されたのち抵当権が実行され、X が競落した。Y2 は Y1 からの建物賃借人。

「建物の共有者の一人がその建物の敷地たる土地を単独で所有する場合においては、同人は、自己のみならず他の建物共有者のためにも右土地の利用を認めているものというべきであるから、同人が右土地に抵当権を設定し、この抵当権の実行により、第三者が右土地を競落したときは、民法三八八条の趣旨により、抵当権設定時に同人が土地および建物を単独で所有していた場合と同様、右土地に法定地上権が成立する」

第5款 共同抵当

1. 共同抵当とはどのような制度であり、抵当権がどのように実行され、どのような効果を生ずるかについて、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 意義：1つの債権の担保として、複数の不動産に抵当権を設定すること

→ 抵当権を複数の不動産に設定すれば共同抵当となる

※ 共同抵当の登記(不登法 83-1:4)は公示だけで対抗要件ではない

- ・ 共同抵当と配当

＊ 同時配当：同時に競売すること

＊ 異時配当：ばらばらに競売すること → 先に競売した方の後順位抵当権者が害されるため、

少なくとも同時配当と同じになるよう、後順位抵当権者を保護(§392)

§392-1 債権者が同一の債権の担保として数個の不動産につき抵当権を有する場合において、同時にその代価を配当すべきときは、その各不動産の価額に応じて、その債権の負担を按分する

#2 債権者が同一の債権の担保として数個の不動産につき抵当権を有する場合において、ある不動産の代価のみを配当すべきときは、抵当権者は、その代価から債権の全部の弁済を受けることができる。この場合において、次順位の抵当権者は、その弁済を受ける抵当権者が前項の規定に従い他の不動産の代価から弁済を受けるべき金額を限度として、その抵当権者に代位して抵当権を行使することができる

- ・ 後順位抵当権者のいない方を先に競売すると、後順位抵当権者は同時配当より有利になる

→ しかし、そのような配当方法までは求めることができない ∴ 一般債権者の保護

【大判昭 10.4.23 民集 14-601】同時配当で後順位者による異時配当同様の配当要求は不可

＊ 対抗要件：付記登記(§393)

§393 前条第二項後段の規定により代位によって抵当権を行使する者は、その抵当権の登記にその代位を付記することができる

- ・ 代位権発生前の第三者には登記なくして当然に対抗できる

∴ 法定の代位であり、共同抵当権者の抵当権の登記から代位を予期できる

- ・ 物上保証人のいる場合 → 債務者の不動産から弁済に充てる + その法定代位への期待を保護

※ 債務者の甲不動産と物上保証人の乙不動産の共同抵当がある場合

＊ 同時配当における§392-1 割り付け：されない

→ 債務者所有不動産を先に競売する異時配当と同じになる

【最判昭 61.4.18 集民 147-575】同時配当における§392-1 の適用(否定)[S60 才 1084]

債務者所有のA、物上保証人所有のBCが同時配当で競売されたもの（配当異議：上告棄却）

「物上保証人所有の甲不動産と債務者所有の乙不動産とを共同抵当の目的とする順位一番の抵当権が設定されるとともに乙不動産に後順位の抵当権が設定されている場合において、甲不動産につき先に競売がされ、その競落代金の交付により一番抵当権者が弁済を受けたときは、物上保証人は、後順位抵当権者に優先して、乙不動産に対する一番抵当権を代位により取得する…（最判昭 44.7.3 参照）、右の理は、両不動産が同時に競売された場合についても異ならないというべきである」「物件目録（一）及び（二）記載の物件の売却代金が同目録（一）ないし（三）記載の物件の第一順位の共同抵当権者に対し配当されることによつて同目録（一）及び（二）記載の物件の所有者である被上告人らは、同目録（三）記載の物件上の第一順位の抵当権につき代位する」

（香川反対）物上保証人は共同抵当の自己の分担額を超える部分については後順位抵当権者に優先するが、分担額の範囲では劣後する（→同時配当では債務者所有不動産の後順位抵当権者が優先）

＊債務者の不動産が先に競売された場合：後順位抵当権者は§392-2 の代位ができない

・共同抵当権者：甲の売価全額で不足があれば、乙を競売できる

・甲の後順位抵当権者：甲の売価の残額のみ配当。乙には掛かっていけない

＊物上保証人の不動産が先に競売された場合

・乙の後順位抵当権者：物上代位と同様に、甲の後順位抵当権者に優先して配当

→登記や差押えは不要 ∵後順位抵当権者の登記から明らか

【最判昭 53.7.4 民集 32-5-785】異時配当(物上保証が先・後順位抵当権者あり)[S50 才 196]

債務者 A 所有の甲乙不動産、B 所有の丙不動産につき、C, Y1, Y2, X のために共同根抵当を設定し、さらに乙丙に Y3 のために共同根抵当を設定したもの。丙の抵当権実行で C は全額、Y1 が一部の弁済を受けたのち、B が C の甲乙不動産の根抵当権に付記登記をし、求償権と根抵当権を D に譲渡・付記登記、さらに一部が X へ譲渡・付記登記されたのち、甲乙が競売され、配当表について、X が譲り受けた求償権の分について優先配当を主張したもの（配当異議：棄却→棄却→棄却）

「債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産とを共同抵当の目的として順位を異にする数個の抵当権が設定されている場合において、物上保証人所有の不動産について先に競売がされ、その競落代金の交付により一番抵当権者が弁済を受けたときは、物上保証人は債務者に対して求償権を取得するとともに代位により債務者所有の不動産に対する一番抵当権を取得するが、後順位抵当権者は物上保証人に移転した右抵当権から優先して弁済を受けることができるものと解するのが、相当である。ただし、後順位抵当権者は、共同抵当の目的物のうち債務者所有の不動産の担保価値ばかりでなく、物上保証人所有の不動産の担保価値をも把握しうるものとして抵当権の設定を受けているのであり、一方、物上保証人は、自己の所有不動産に設定した後順位抵当権による負担を右後順位抵当権の設定の当初からこれを甘受しているものというべきであつて、共同抵当の目的物のうち債務者所有の不動産が先に競売された場合、又は共同抵当の目的物の全部が一括競売された場合との均衡上、物上保証人所有の不動産について先に競売がされたという偶然的事情により、物上保証人がその求償権につき債務者所有の不動産から後順位抵当権者よりも優先して弁済を受けることができ、本来予定していた後順位抵当権による負担を免れうるというのは不合理であるから、物上保証人所有の不動産が先に競売された場合においては、民法三九二条二項後段が後順位抵当権者の保護を図っている趣旨にかんがみ、物上保証人に移転した一番抵当権は後順位抵当権者の被担保債権を担保するものとなり、後順位抵当権者は、あたかも、右一番抵当権の上に民法三七二条、三〇四条一項本文の規定により物上代位をするのと同様に、その順位に従い、物上保証人の取得した一番抵当権から優先して弁済を受けることができるものと解すべきであるからである（大判昭 11.12.9 参照）。そして、この場合において、後順位抵当権者は、一番抵当権の移転を受けるものではないから、物上保証人から右一番抵当権の譲渡を受け附記登記を了した第三者に対し右優先弁済権を主張するについても、登記を必要としないものと解すべく、また、物上保証人又は物上保証人から右一番抵当権の譲渡を受けようとする者は不動産登記簿の記載により後順位抵当権者が優先して弁済を受けるものであることを知ることができるのであるから、後順位抵当権者はその優先弁済権を保全する要件として差押えを必要とするものではないと解するのが、相当である」

・代位権不行使特約は代位を妨げない、一部弁済の場合は債権者が保証人に優先

【最判昭 60.5.23 民集 39-4-940】一部弁済の物上保証人と債権者の優劣[S56 才 1175]

債務者 A から所有の甲不動産等、B 及び C 所有の乙不動産等について、X は共同根抵当 3 個（①甲乙とも 1 番、②甲 2 番、乙 3 番、③甲 3 番、乙 4 番）の設定を受けていた。Y は B らの連帯債務につき乙に 2 番抵当権の設定を受けた。BX 間に代位権不行使特約があった。乙、甲の順に競売され、まとめて配当する際、X の①抵当権、Y、X の②③抵当権の順とする配当表を作成した（配当異議：棄却→棄却→棄却）

「共同根抵当の目的である債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産にそれぞれ債権者を異にする後順位抵当権が設定されている場合において、物上保証人所有の不動産について先に競売がされ、その競落代金の交付

により一番抵当権者が弁済を受けたときは、物上保証人は債務者に対して求償権を取得するとともに、代位により債務者所有の不動産に対する一番抵当権を取得するが、物上保証人所有の不動産についての後順位抵当権者（以下「後順位抵当権者」という。）は物上保証人に移転した右抵当権から債務者所有の不動産についての後順位抵当権者に優先して弁済を受けることができる…（最判昭 53.7.4 参照）。右の場合において、債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産について共同根抵当権を有する債権者が物上保証人と根抵当権設定契約を締結するにあたり、物上保証人が弁済等によつて取得する権利は、債権者と債務者との取引が継続している限り債権者の同意がなければ行使しない旨の特約をしても、かかる特約は、後順位抵当権者が物上保証人の取得した抵当権から優先弁済を受ける権利を左右するものではないといわなければならない。ただし、後順位抵当権者が物上保証人の取得した一番抵当権から優先して弁済を受けることができるのは、債権者が物上保証人所有の不動産に対する抵当権を実行して当該債権の弁済を受けたことにより、物上保証人が当然に債権者に代位し、それに伴い、後順位抵当権者が物上保証人の取得した一番抵当権にあたかも物上代位するようにこれを行わしめることによるものであるが、右特約は、物上保証人が弁済等をしたときに債権者の意思に反して独自に抵当権等の実行をすることを禁止するにとどまり、すでに債権者の申立によつて競売手続が行われている場合において後順位抵当権者の右のような権利を消滅させる効力を有するものとは解されないからである」

「債権者が物上保証人の設定にかかる抵当権の実行によつて債権の一部の満足を得た場合、物上保証人は、民法五〇二条一項の規定により、債権者と共に債権者の有する抵当権を行使することができるが、この抵当権が実行されたときには、その代金の配当については債権者に優先されると解するのが相当である。ただし、弁済による代位は代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するための制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではなく、この担保権が実行された場合における競落代金の配当について債権者の利益を害するいわれはないからである。これを本件についてみると、原審の適法に確定した前記事実関係のもとにおいては、物上保証人である大塚及び大一商産は、その各所有の本件土地等の競売により、第一順位の根抵当権者としての上告人がその被担保債権につき弁済を受けた一七八万九三三八〇円の範囲内で、上告人が新栄観光ら所有の本件建物等に対して有する一番抵当権を代位によつて取得し、その一番抵当権から、本件土地等の第二順位抵当権者である被上告人並びに第三順位及び第四順位の根抵当権者である上告人は、それぞれの順位に従つて優先弁済を受けることができるところ、本件建物等の競落代金の配当にあつては、上告人の残債権について上告人に優先されるから、本件建物等の競落代金六億円より競売手続費用を控除した残額五億九四七七万一千四百〇円のうち順位一番の根抵当権に配当されるべき一億五五〇〇万円については、上告人が一億三七八万〇六二〇円（上告人の順位一番の根抵当権の極度額一億五五〇〇万円から上告人が弁済を受けた一七八万九三三八〇円を控除した残額）の交付を受け、次いで、右一七八万九三三八〇円について被上告人が一〇九〇万六〇〇〇円、上告人が残余の六九一万三三八〇円の交付を受けるべきものであり、さらに上告人は本件建物等の第二順位及び第三順位の根抵当権者として残額四億三九七七万一千四百〇円の交付を受けるべきものである」

- ・ 物上保証人所有の複数の不動産についての共同抵当：§392 を適用して処理する

∴ 後順位者の期待保護、自己所有の不動産について法定代位を生じる余地はないなど

【最判平 4.11.6 民集 46-8-2625】物上保証人の不動産についての共同抵当[H1 才 1688]

Aの有する甲乙不動産に共同抵当権を有するYが、甲につき弁済を受け、乙の抵当権を放棄したが、甲には後順位抵当権者Xがおり、弁済を受けられなかったとしてXがYに不当利得返還請求(一部認容/棄却)

「共同抵当権の目的たる甲・乙不動産が同一の物上保証人の所有に属し、甲不動産に後順位の抵当権が設定されている場合において、甲不動産の代価のみを配当するときは、後順位抵当権者は、民法三九二条二項後段の規定に基づき、先順位の共同抵当権者が同条一項の規定に従い乙不動産から弁済を受けることができた金額に満つるまで、先順位の共同抵当権者に代位して乙不動産に対する抵当権を行使することができる……ただし、後順位抵当権者は、先順位の共同抵当権の負担を甲・乙不動産の価額に準じて配分すれば甲不動産の担保価値に余剰が生ずることを期待して、抵当権の設定を受けているのが通常であつて、先順位の共同抵当権者が甲不動産の代価に

つき債権の全部の弁済を受けることができるため、後順位抵当権者の右の期待が害されるときは、債務者がその所有する不動産に共同抵当権を設定した場合と同様、民法三九二条二項後段に規定する代位により、右の期待を保護すべきものであるからである。甲不動産の所有権を失った物上保証人は、債務者に対する求償権を取得し、その範囲内で、民法五〇〇条、五〇一条の規定に基づき、先順位の共同抵当権者が有した一切の権利を代位行使し得る立場にあるが、自己の所有する乙不動産についてみれば、右の規定による法定代位を生じる余地はなく、前記配分に従った利用を前提に後順位の抵当権を設定しているのであるから、後順位抵当権者の代位を認めても、不測の損害を受けるわけではない……右の場合において、先順位の共同抵当権者が後順位抵当権者の代位の対象となっている乙不動産に対する抵当権を放棄したときは、先順位の共同抵当権者は、後順位抵当権者が乙不動産上の右抵当権に代位し得る限度で、甲不動産につき、後順位抵当権者に優先することができないのであるから（最判昭 44.7.3 参照）、甲不動産から後順位抵当権者の右の優先額についてまで配当を受けたときは、これを不当利得として、後順位抵当権者に返還すべき…（最判平 3.3.22 参照）

＊物上保証人が複数いる場合

- ・同時配当：§392-1 の割り付けによる
- ・異時配当：先に競売された物上保証人が§501:4 で法定代位する
→§392 ではない ∴保証人の人数や物上保証の価額等で代位できる額が変わる

＊第三取得者がいる場合

- ・第三取得者は物上保証人的地位となる ⇔ 後順位抵当権者は§392 の適用を期待
- ・第三取得者への所有権移転登記、後順位抵当権者の抵当権設定登記の先後で決する
- ・保証人と一部債権の全部弁済：保証人と債権者は売却代金について同順位(按分)
∴弁済債権について保証人を得た目的を達している、保証人は他の債権まで保証していない

【最判平 17.1.27 民集 59-1-200】保証人による一部債権の全部弁済[H16 受 1019]

不当利得返還：認容→棄却→破棄差戻し

X が A に約①15 億、②18 億、③46 億を貸し、Y は①②③を連帯保証、A は①②③を担保するため A 所有不動産に 1 個の 1 番抵当権を設定、その後 Y は①②の保証期間終了後③残債務約 16 億の全部を代位弁済し、抵当権の一部移転登記を受けた。A は更生手続開始決定を受け、X の更生債権は 3.7 億、管財人は抵当不動産の売却代金 4 億を X3.7 億・Y16 億に按分して支払ったため、X が Y に対し、優先するとして不当利得返還請求

「不動産を目的とする 1 個の抵当権が数個の債権を担保し、そのうちの 1 個の債権のみについての保証人が当該債権に係る残債務全額につき代位弁済した場合は、当該抵当権は債権者と保証人の準共有となり、当該抵当不動産の換価による売却代金が被担保債権のすべてを消滅させるに足りないときには、債権者と保証人は、両者間に上記売却代金からの弁済の受領についての特段の合意がない限り、上記売却代金につき、債権者が有する残債権額と保証人が代位によって取得した債権額に応じて案分して弁済を受けるものと解すべきである。なぜなら、この場合は、民法 502 条 1 項所定の債権の一部につき代位弁済がされた場合（最判昭 60.5.23 参照）とは異なり、債権者は、上記保証人が代位によって取得した債権について、抵当権の設定を受け、かつ、保証人を徴した目的を達して完全な満足を得ており、保証人が当該債権について債権者に代位して上記売却代金から弁済を受けることによって不利益を被るものとはいえず、また、保証人が自己の保証していない債権についてまで債権者の優先的な満足を受忍しなければならない理由はないからである。原判決引用の判例（最判昭 62.4.23 金法 1169-29）は、第 1 順位の根抵当権を有する債権者が、その元本確定後に、複数の被担保債権のうちの 1 個の債権に係る残債務全額につき代位弁済を受けた場合、残債権額及び根抵当権の極度額の限度内において、後順位抵当権者に優先して売却代金から弁済を受けることができる旨を判示したものであり、本件とは事案を異にする。以上によれば、本件抵当権の数個の被担保債権（本件各債権）のうちの 1 個の債権【③】のみについての保証人である上告人は、当該債権【③】に係る残債務全額につき代位弁済したが、本管財人によって販売された本件

不動産の売却代金が被担保債権（本件各債権）のすべてを消滅させるに足りないのであるから、上告人と被上告人は、両者間に上記売却代金からの弁済の受領についての特段の合意がない限り、上記売却代金につき、被上告人が有する残債権額と上告人が代位によって取得した債権額に応じて案分して弁済を受ける……被上告人が上告人に優先して弁済を受ける旨の合意の有無等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻す」

第6款 抵当権の消滅（396-398 条）

1. 消滅原因

- ・ 一般的な消滅原因

- * 物権一般に共通：目的物の滅失、混同、放棄

- 【大判大 5.6.28 民録 22-1821】建物崩壊で抵当権は消滅(木材上には存続しない)

- ・ 地上権・永小作権の放棄は対抗できない(§398)、借地上建物の借地権放棄も同様

§398 地上権又は永小作権を抵当権の目的とした地上権者又は永小作人は、その権利を放棄しても、これをもって抵当権者に対抗することができない

- * 担保物権に共通：全部弁済、競売(消除主義)

- * 抵当権に特有：代価弁済、抵当権消滅請求

2. 抵当権と消滅時効

- ・ 抵当権の消滅時効(§396)：消滅における附従性の定め

§396 抵当権は、債務者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時になければ、時効によって消滅しない

- * 第三取得者や後順位抵当権者との関係では、弁済期から 20 年で時効消滅(判例)

- ← 抵当権別個に時効中断を要し(確認訴訟くらいしかない)、反対解釈すべきでない(有力)

- 【大判昭 15.11.26 民集 19-2100】同旨

- ・ 抵当権不動産の時効取得による抵当権の消滅(§397)

§397 債務者又は抵当権設定者でない者が抵当不動産について取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときは、抵当権は、これによって消滅する

第7款 根抵当（398条の2-22）

1. 根抵当とはどのような制度であり、通常の抵当権と対比してどのような特徴を備えているかについて、その概要を説明することができる。

- ・ 意義：被担保債権が特定の債権ではなく、一定の継続的取引から生ずる債務につき、極度額を定めて担保するもの

＊ 包括根抵当：全債権を被担保債権とするもの → 認められない(§398/2)

§398/2-1 抵当権は、設定行為で定めるところにより、一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保するためにも設定することができる

#2 前項の規定による抵当権（以下「根抵当権」という。）の担保すべき不特定の債権の範囲は、債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるものその他債務者との一定の種類の取引によって生ずるものに限定して、定めなければならない

＊ 取引外の債権(§398/2-3)：継続的不法行為や手形・小切手関係(回り手形)も可

#3 特定の原因に基づいて債務者との間に継続して生ずる債権又は手形上若しくは小切手上的請求権は、前項の規定にかかわらず、根抵当権の担保すべき債権とすることができる

- ・ 被担保債権の範囲(§398/3)：極度額までなら全部 → §375 は適用されない

§398/3-1 根抵当権者は、確定した元本並びに利息その他の定期金及び債務の不履行によって生じた損害の賠償の全部について、極度額を限度として、その根抵当権を行使することができる

- ・ 共同根抵当・累積根抵当(§398/16～18)：原則は累積根抵当(割り付けがない)

§398/16 第三百九十二条及び第三百九十三条の規定は、根抵当権については、その設定と同時に同一の債権の担保として数個の不動産につき根抵当権が設定された旨の登記をした場合に限り、適用する

§398/18 数個の不動産につき根抵当権を有する者は、第三百九十八条の十六の場合を除き、各不動産の代価について、各極度額に至るまで優先権を行使することができる

第6節 非典型担保

第1款 非典型担保総論

1. 非典型担保の種類

- ・ 予め所有権を移転するもの
 - * 譲渡担保＝主に動産、消費貸借上の債権は存続
 - * 売渡担保＝主に不動産、消費貸借上の債権は消滅
 - 買戻し又は再売買一方の予約を利用する
- ・ 弁済がない場合に所有権を移転するもの
 - * 仮登記担保＝不動産
- ・ 所有権を売主に留保するもの
 - * 所有権留保＝主に動産
- ・ その他
 - * 代理受領：債権の取立・弁済受領を債権者に委任する方法
 - 受領した金銭の返還義務と債務を相殺する

【最判昭 44.3.4 民集 23-3-561】承認した第三債務者の債務者への支払[S41 才 611]

国 Y の出先機関が、A が X に代理受領の委任した旨承諾をしながら、A がその解除した旨通知したため、A に支払ったもの。損賠：棄却→取消認容→棄却

「本件請負代金債権は、被上告人の東海航空測量に対する本件手形金債権の担保となっており、函館開発建設部は、本件代理受領の委任状が提出された当時右担保の事実を知つて右代理受領を承認したというのである。そして右事実関係のもとにおいては、被上告人は、野原茂雄が同建設部から右請負代金を受領すれば、右手形金債権の満足が得られるという利益を有すると解されるが、また、右承認は、単に代理受領を承認するというにとどまらず、代理受領によつて得られる被上告人の右利益を承認し、正当の理由がなく右利益を侵害しないという趣旨をも当然包含するものと解すべきであり、したがつて、同建設部としては、右承認の趣旨に反し、被上告人の右利益を害することのないようにすべき義務があると解するのが相当である。しかるに、原判決によれば、同建設部長小田島政治は、右義務に違背し、原判示の過失により、右請負代金を東海航空測量に支払い、野原茂雄がその支払を受けることができないようにしたというのであるから、右小田島政治の行為は違法なものというべく、したがつて、原審が結局上告人に不法行為責任を認めた判断は正当である」

- * 振込指定：代理受領で受領権限を与えられる債権者が銀行の場合
 - その銀行の債務者口座を指定し、銀行は普通預金債権と相殺する

第2款 譲渡担保

1. 譲渡担保とはどのような制度であるかを、質権の場合と対比させながら、具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 債務者所有の物を債権者に売り、占有改定をしたことにするもの = 売買 + 質貸借

← 質権の代理占有禁止 (§345) の脱法

【最判平 18.2.7 民集 60-2-480】譲渡担保かどうかの認定 [H17 受 282]

X が Y2 に貸金債権を有し、Y2 が代取の Y1 所有の土地建物につき、750 万円で買戻特約付売買契約を締結、代金の一部 400 万円のうち、買戻権付と対価 67.5 万、貸金利息 270 万、登記費用等 41 万を控除し 21.5 万、次いで登記後残 350 万円を交付したが、引渡しの約定はなく、引渡しされなかった。建物明渡請求に対し、Y は譲渡担保であるとして拒否：認容→棄却→破棄自判・取消棄却

「真正な買戻特約付売買契約においては、売主は、買戻しの期間内に買主が支払った代金及び契約の費用を返還することができなければ、目的不動産を取り戻すことができなくなり、目的不動産の価額（目的不動産を適正に評価した金額）が買主が支払った代金及び契約の費用を上回る場合も、買主は、譲渡担保契約であれば認められる清算金の支払義務（最判昭 46.3.25 参照）を負わない（民法 579 条前段、580 条、583 条 1 項）。このような効果は、当該契約が債権担保の目的を有する場合には認めることができず、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保契約と解するのが相当……真正な買戻特約付売買契約であれば、売主から買主への目的不動産の占有の移転を伴うのが通常であり、民法も、これを前提に、売主が売買契約を解除した場合、当事者が別段の意思表示をしなかったときは、不動産の果実と代金の利息とは相殺したものとみなしている（579 条後段）。そうすると、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約と解するのが相当である」

「本件契約は、目的不動産である本件建物の占有の移転を伴わない……しかも、債権担保の目的を有することの推認を覆すような特段の事情の存在がうかがわれただけでなく、かえって、〔1〕被上告人が本件契約を締結した主たる動機は、別件貸付けの利息を回収することにあり、実際にも、別件貸付けの元金 1000 万円に対する月 3 分の利息 9 か月分に相当する 270 万円を代金から控除していること、〔2〕真正な買戻特約付売買契約においては、買戻しの代金は、買主の支払った代金及び契約の費用を超えることが許されないが（民法 579 条前段）、被上告人は、買戻権付与の対価として、67万5000円（代金額 750 万円に対する買戻期間 3 か月分の月 3 分の利息金額と一致する。）を代金から控除しており、上告会社はこの金額も支払わなければ買戻しができないことになることなど、本件契約が債権担保の目的を有することをうかがわせる事情が存在することが明らか……したがって、本件契約は、真正な買戻特約付売買契約ではなく、譲渡担保契約と解すべき」

- ・ 目的物：機械器具・商品等、有価証券、不動産、その他動植物等のほか、特許権や集合物も可

- ・ 法律構成

- ＊ 所有権的構成：所有権が債権者に移るが、債務者に一定の権利が残る

- [道垣内] 設定者に物権的権利が残る (設定者留保権)

- ＊ 担保権的構成：抵当権と同様に考える

- ＊ 判例：所有権移転の効力は債権担保の目的を達するのに必要な範囲内

- ・ 設定者：換価処分完結まで、被担保債務を弁済して目的物権の完全な所有権を回復しうる

- ・ 権利者：履行遅滞時の処分権能を取得し、帰属清算又は処分清算で優先弁済を得られるのみ

【最判昭 41.4.28 民集 20-4-900】所有権は移転するが確定的ではない [S39 才 440]

B が動産を A のため譲渡担保に供し、X が譲渡担保権付きで債権を譲受け、その後 B につき会社更生手続開始

となったため、XがB管財人Yに対し、動産引渡しを請求したもの（棄却→棄却→棄却）

「本件更生手続開始当時、本件物件の所有権は、訴外深田木材株式会社（更生会社）と上告会社間の譲渡担保契約に基づき、上告会社に移転していたが、右所有権の移転は確定的なものではなく、両会社間に債権債務関係が存続していたものである。かかる場合、譲渡担保権者は、更生担保権者に準じてその権利の届出をなし、更生手続によつてのみ権利行使をなすべきものであり、目的物に対する所有権を主張して、その引渡を求めることはできないものというべく、すなわち取戻権を有しない」

【最判昭 57.9.28 判時 1052-81】譲渡担保目的不動産の不法占有[S56 才 1209]

譲渡担保権設定者による不法占有者への建物収去土地明渡請求：認容／棄却

「譲渡担保は、債権担保のために目的物件の所有権を移転するものであるが、右所有権移転の効力は債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められるのであって、担保権者は、債務者が被担保債務の履行を遅滞したときに目的物件を処分する権能を取得し、この権能に基づいて目的物件を適正に評価された価額で確定的に自己の所有に帰せしめ又は第三者に売却等することによって換価処分し、優先的に被担保債務の弁済に充てることができるにとどまり、他方、設定者は、担保権者が右の換価処分を完結するまでは、被担保債務を弁済して目的物件についての完全な所有権を回復することができるのであるから（最判昭 41.4.28、同昭 46.3.25、同昭 57.1.22 参照）、正当な権原なく目的物件を占有する者がある場合には、特段の事情のない限り、設定者は、前記のような譲渡担保の趣旨及び効力に鑑み、右占有者に対してその返還を請求することができる」

【最判平 7.11.10 民集 49-9-2953】実行前の譲渡担保権者による滌除[H4 才 1128]

譲渡担保権実行前に滌除をし、代金を供託したのち、譲渡担保権を実行して所有権を確定的に取得し、根抵当権抹消登記請求をしたもの（根抵当権登記抹消請求：棄却→棄却→棄却）

「譲渡担保権者は、担保権を実行して確定的に抵当不動産の所有権を取得しない限り、民法三七八条所定の滌除権者たる第三取得者には該当せず、抵当権を滌除することができない……けだし、滌除は、抵当不動産を適宜に評価した金額を抵当権者に弁済することにより抵当権の消滅を要求する権限を抵当不動産の第三取得者に対して与え、抵当権者の把握する価値権と第三取得者の有する用益権との調整を図ることなどを目的とする制度であるが、抵当権者にとっては、抵当権実行時期の選択権を奪われ、増価による買受け及び保証の提供などの負担を伴うものであるところから、民法三七八条が滌除権者の範囲を「抵当不動産二付キ所有権、地上権又ハ永小作権ヲ取得シタル第三者」に限定していることにかんがみれば、右規定にいう滌除権者としての「所有権ヲ取得シタル第三者」とは、確定的に抵当不動産の所有権を取得した第三取得者に限られるものと解すべきである。そして、不動産について譲渡担保が設定された場合には、債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ目的不動産の所有権移転の効力が生じるにすぎず、譲渡担保権者が目的不動産を確定的に自己の所有とするには、自己の債権額と目的不動産の価額との清算手続をすることを要し、他方、譲渡担保設定者は、譲渡担保権者が右の換価処分を完結するまでは、被担保債務を弁済して目的不動産を受け戻し、その完全な所有権を回復することができるのであるから（最判昭 57.1.22、同 57.9.28、同平 5.2.26）、このような譲渡担保の趣旨及び効力にかんがみると、担保権を実行して右の清算手続を完了するに至らない譲渡担保権者は、いまだ確定的に目的不動産の所有権を取得した者ではなく、民法三七八条所定の滌除権者たる第三取得者ということができないからである」

2. 譲渡担保権者・譲渡担保設定者・第三者がそれぞれどのような法的地位を有するかを、具体例に即して説明することができる。

・目的物の利用関係

＊占有権原

- ・所有権：賃貸借(賃料が利息)又は使用貸借(利息は消費貸借契約上の利息)による利用
→譲渡担保の性質上、譲渡担保の実行まで設定者の占有は奪えない

【大判昭 8.4.26 民集 12-767】譲渡担保権者は担保目的以上に所有権を行使しない義務を負う

- ・担保権：設定者の所有権に基づく利用
- * 設定者：担保物維持・保存義務を負う(担保権と同じ)
- ・優先弁済権
 - * 帰属型：目的物の所有権を自己に帰属させ、代物弁済的に債権の満足を得る方法
 - * 処分型：譲渡担保権者が目的物を売却し、その代金から債権の弁済を受ける方法
 - * 清算義務：いずれの場合もある。清算まで留置権を主張できる

【最判昭 46.3.25 民集 25-2-208】譲渡担保権者の清算義務[S42 才 1279]

譲渡担保目的土地についての建物収去土地明渡請求：認容→棄却→破棄差戻し)

「貸金債権担保のため債務者所有の不動産につき譲渡担保形式の契約を締結し、債務者が弁済期に債務を弁済すれば不動産は債務者に返還するが、弁済をしないときは右不動産を債務の弁済の代わりに確定的に自己の所有に帰せしめるとの合意のもとに、自己のため所有権移転登記を経由した債権者は、債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合においては、目的不動産を換価処分し、またはこれを適正に評価することによつて具体化する右物件の価額から、自己の債権額を差引き、なお残額があるときは、これに相当する金銭を清算金として債務者に支払うことを要するのである。そして、この担保目的実現の手段として、債務者に対し右不動産の引渡ないし明渡を求める訴を提起した場合に、債務者が右清算金の支払と引換えにその履行をなすべき旨を主張したときは、特段の事情のある場合を除き、債権者の右請求は、債務者への清算金の支払と引換えにのみ認容されるべきものと解するのが相当である（最判昭 45.9.24）」

【最判平 9.4.11 集民 183-241】目的物譲受人に対する留置権と清算義務[H5 才 358]

「不動産を目的とする譲渡担保権が設定されている場合において、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行として目的不動産を第三者に譲渡したときは、譲渡担保権設定者は、右第三者又は同人から更に右不動産の譲渡を受けた者からの明渡請求に対し、譲渡担保権者に対する清算金支払請求権を被担保債権とする留置権を主張することができるものと解するのが相当である（最判昭 58.3.31 参照）」（建物明渡等：引換給付→棄却）

- ・受け戻し(弁済)
 - * 弁済期限(受戻権の行使期限)：いつまで弁済して所有権を取り戻せるか
 - ・帰属清算型：清算金の支払又は提供、評価額が債務額以下であることの通知、または売却
 - ・処分清算型：処分の時

【最判昭 62.2.12 民集 41-1-67】受け戻しの時的限界[S60 才 568]

仮登記抹消請求：棄却→清算金請求に変更：棄却→破棄差戻し（清算金の確定時期等が問題となった）

「債務者がその所有不動産に譲渡担保権を設定した場合において、債務者が債務の履行を遅滞したときは、債権者は、目的不動産を処分する権能を取得し、この権能に基づき、目的不動産を適正に評価された価額で確定的に自己の所有に帰せしめるか又は第三者に売却等をするによつて、これを換価処分し、その評価額又は売却代金等をもつて自己の債権（換価に要した相当費用額を含む。）の弁済に充てることができ、その結果剰余が生じるときは、これを清算金として債務者に支払うことを要するものと解すべきであるが（最判昭 46.3.25 参照）、他方、弁済期の経過後であつても、債権者が担保権の実行を完了するまでの間、すなわち、（イ）債権者が目的不動産を適正に評価してその所有権を自己に帰属させる帰属清算型の譲渡担保においては、債権者が債務者に対し、目的不動産の適正評価額が債務の額を上回る場合にあつては清算金の支払又はその提供をするまでの間、目的不動産の適正評価額が債務の額を上回らない場合にあつてはその旨の通知をするまでの間、（ロ）目的不動産を相当の価格で第三者に売却等をする処分清算型の譲渡担保においては、その処分の時までの間は、債務者は、債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させ、目的不動産の所有権を回復すること（以下、この権能を「受戻権」という。）ができるものと解するのが相当である（最大判昭 49.10.23、最判昭 57.1.22 参照）。けだし、譲渡担保

保契約の目的は、債権者が目的不動産の所有権を取得すること自体にあるのではなく、当該不動産の有する金銭的価値に着目し、その価値の実現によつて自己の債権の排他的満足を得ることにあり、目的不動産の所有権取得はかかる金銭的価値の実現の手段にすぎないと考えられるから……右のように、帰属清算型の譲渡担保においては、債務者が債務の履行を遅滞し、債権者が債務者に対し目的不動産を確定的に自己の所有に帰せしめる旨の意思表示をしても、債権者が債務者に対して清算金の支払若しくはその提供又は目的不動産の適正評価額が債務の額を上回らない旨の通知をしない限り、債務者は受戻権を有し、債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させることができるのであるから、債権者が単に右の意思表示をただけでは、未だ債務消滅の効果を生ぜず、したがつて清算金の有無及びその額が確定しないため、債権者の清算義務は具体的に確定しないものというべきである。もつとも、債権者が清算金の支払若しくはその提供又は目的不動産の適正評価額が債務の額を上回らない旨の通知をせず、かつ、債務者も債務の弁済をしないうちに、債権者が目的不動産を第三者に売却等をしたときは、債務者はその時点で受戻権ひいては目的不動産の所有権を終局的に失い、同時に被担保債権消滅の効果が発生するとともに、右時点を基準時として清算金の有無及びその額が確定されるものと解するのが相当である」

＊ 債務の弁済と目的物の返還(登記抹消も含む)の関係：債務の弁済が先履行

：権利者が返済前から返還準備をしないといけなくなる

【最判昭 41.9.16 判時 460-52】【最判昭 57.1.19 判時 1032-55】 抵当権につき同旨

【最判昭 61.4.11 集民 147-515】 仮登記担保につき同旨

【最判平 6.9.8 判時 1511-71】 譲渡担保につき同旨[H6 オ 1025]

「債務の弁済と譲渡担保の目的物の返還とは、前者が後者に対し先履行の関係にあり、同時履行の関係に立つものではない…（最判昭 57.1.19、同 61.4.11 参照）」（譲渡担保に供した株券の返還請求：棄却→棄却→棄却）

＊ 受戻権の放棄＝債務者が弁済をあきらめ、譲渡担保の実行・清算金支払を求めること

→ダメ ；受戻権と清算義務の発生原因が別、譲渡担保権の実行時期を制約してしまう

【最判平 8.11.22 民集 50-10-2702】 受戻権の放棄による清算金支払請求(否定)[H6 オ 1532]

「譲渡担保権設定者は、譲渡担保権者が清算金の支払又は提供をせず、清算金がない旨の通知もしない間に譲渡担保の目的物の受戻権を放棄しても、譲渡担保権者に対して清算金の支払を請求することはできないものと解すべきである。けだし、譲渡担保権設定者の清算金支払請求権は、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行として目的物を自己に帰属させ又は換価処分する場合において、その価額から被担保債権額を控除した残額の支払を請求する権利であり、他方、譲渡担保権設定者の受戻権は、譲渡担保権者において譲渡担保権の実行を完結するまでの間に、弁済等によって被担保債務を消滅させることにより譲渡担保の目的物の所有権等を回復する権利であつて、両者はその発生原因を異にする別個の権利であるから、譲渡担保権設定者において受戻権を放棄したとしても、その効果は受戻権が放棄されたという状況を現出するにとどまり、右受戻権の放棄により譲渡担保権設定者が清算金支払請求権を取得することとなると解することはできないからである。また、このように解しないと、譲渡担保権設定者が、受戻権を放棄することにより、本来譲渡担保権者が有している譲渡担保権の実行の時期を自ら決定する自由を制約し得ることとなり、相当でないことは明らかである」

＊ 受戻権の消滅時効：独立して消滅しない（形成権として独立に 20 年で消滅するのではない）

←仮登記担保では形成権で 5 年で消滅する(仮登記担保 11)

【最判昭 57.1.22 民集 36-1-92】 受戻権の消滅時効(否定)[S55 オ 153]

所有権移転登記手続：棄却→破棄差戻し

「不動産を目的とする譲渡担保契約において、債務者が債務の履行を遅滞したときは、債権者は、目的不動産を処分する権能を取得し、この権能に基づいて、当該不動産を適正に評価された価額で自己の所有に帰せしめること、又は相当の価格で第三者に売却等を行うことによつて、これを換価処分し、その評価額又は売却代金等をも

つて自己の債権の弁済に充てることができるが、他方、債務者は、債務の弁済期の到来後も、債権者による換価処分が完結するに至るまでは、債務を弁済して目的物を取り戻すことができる、と解するのが相当である。そうすると、債務者によるいわゆる受戻の請求は、債務の弁済により債務者の回復した所有権に基づく物権的返還請求権ないし契約に基づく債権的返還請求権、又はこれに由来する抹消ないし移転登記請求権の行使として行われるものというべきであるから、原判示のように、債務の弁済と右弁済に伴う目的不動産の返還請求権等とを合体して、これを一個の形成権たる受戻権であるとの法律構成をする余地はなく、したがってこれに民法一六七条二項の規定を適用することは許されないといわなければならない」

- ・譲渡担保に基づく物上代位：可能(判例)

・動産売買の先取特権と同様の性質があるから(公示がない+追及効がない)

←代償的債権(損賠や売買代金)はよいが、派生的債権(賃料等)は除くべき(合意でできる)

【最決平 11.5.17 民集 53-5-863】 売買代金への物上代位[H10 許 2]

輸入時の信用状取引のため、輸入品に銀行のための譲渡担保を設定しつつ、認められた処分権限により売却したが、代金受取前に破産したため、銀行が代金を差し押さえたもの(債権差押命令に対する執行抗告:棄却→棄却)

「右の事実関係の下においては、信用状発行銀行である相手方は、輸入商品に対する譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、転売された輸入商品の売買代金債権を差し押さえることができ、このことは債務者である協光が破産宣告を受けた後に右差押えがされる場合であっても異なるところはない」

- ・設定者側の第三者との関係

- * 目的物の第三者への譲渡

- ・所有権的構成：即時取得で保護する(担保権の付着しない所有権の取得)

- ・担保権的構成：担保権付き所有権を取得するが、即時取得で完全な所有権を取得しうる

- * 譲渡担保権の二重設定

- ・所有権的構成：二重譲渡と同じ

- ・担保権的構成：第2順位の譲渡担保権を認める or 即時取得で保護

- ・判例：第2順位の譲渡担保権を認めるが私的実行は不可、即時取得は可能

【最判平 18.7.20 民集 60-6-2499】 後順位譲渡担保と私的実行[H17 受 948]

ブリ・ハマチ所有権確認：棄却→取消認容→破棄・(ブリ)自判・控訴棄却(ハマチ)差戻し

Y がいけす甲乙他内の養殖魚全部に、A のために譲渡担保権を設定し(適正額で処分可能だが、補充義務あり)、次に甲内の養殖魚全部に B のため、甲乙他内の養殖魚全部に C のため、それぞれ譲渡担保権を設定した。さらに、X と養殖ブリの売却、Y への預託、Y が買戻し加工し X に売るという契約1、養殖ハマチの売却の契約2を締結した。契約1・2の預託・搬出期限経過前に Y が民事再生手続開始申立て、2の経過後に開始決定。

<ブリについて・譲渡担保かどうか>

「前記確定事実によれば、本件契約1においては、上告人から被上告人へ原魚の売却と同時に、被上告人から上告人へ原魚の預託が行われるため、契約時に目的物に対する直接の占有は移転せず、上告人が原魚の飼育管理を継続して行うこととされていること、当初の原魚の売買代金は、被上告人の上告人に対する既存の債権に充当するものとされており、現実の代金の授受は行われないこと、原魚を現実の商品として第三者(D)に販売しようとする際には、いったん上告人が被上告人から買い戻した上、改めて上告人から被上告人に対し、加工品として販売するものとされており(上記1(5)ウ)、実質的には、この加工販売代金との精算をもって、被上告人の上告人に対する既存の債権の回収が行われることになること、上告人が支払不能になった場合には、被上告人が原魚を第三者に売却することで、上記債権の回収が図られることになることが明らかである。これらの点に照らせば、本件契約1は、その目的物を上記債権の担保とする目的で締結されたものにほかならない。そうする

と、本件契約1は、再売買が予定されている売買契約の形式を採るものであり、契約時に目的物の所有権が移転する旨の明示の合意（前記1（5）ア（エ））がされているものであるが、上記債権を担保するという目的を達成するのに必要な範囲内において目的物の所有権を移転する旨が合意されたにすぎないというべきであり、本件契約1の性質は、譲渡担保契約と解するのが相当」「したがって、本件契約1が真正な売買契約であることを前提に、本件物件1の所有権に基づく引渡請求（取戻権の行使）を認めることはできない」

＜後順位譲渡担保権者による私的実行＞

「被上告人の主張が、本件契約1が譲渡担保契約であれば、譲渡担保の実行に基づく引渡しを請求する趣旨（別除権の行使）を含むものであるとしても、以下に述べるとおり、これを肯認する余地はない。すなわち、本件物件1については、本件契約1に先立って、A、B及びCのために本件各譲渡担保が設定され、占有改定の方法による引渡しをもってその対抗要件が具備されているのであるから、これに劣後する譲渡担保が、被上告人のために重複して設定されたということになる。このように重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する後順位譲渡担保権者による私的実行を認めることはできないというべきである。また、被上告人は、本件契約1により本件物件1につき占有改定による引渡しを受けた旨の主張をするにすぎないところ、占有改定による引渡しを受けたにとどまる者に即時取得を認めることはできないから、被上告人が即時取得により完全な譲渡担保を取得したということもできない」

＊譲渡担保目的物への第三者の差押え

・所有権的構成：譲渡担保権者は第三者異議の訴えが可能

【最判昭 56.12.17 民集 35-9-1328】【最判昭 58.2.24 判時 1078-76】同旨

・担保権的構成：配当手續で優先 ← 現行法上困難ゆえ、第三者異議を認める？

＊動産債権譲渡特例法による登記の場合

・第三者への譲渡：可能。但し、金融機関等なら調査義務違反となりうる

・譲渡担保の二重設定：登記の先後による

・担保権者側の第三者との関係

＊譲渡担保権の譲渡：被担保債権と譲渡担保権を移転することは可能(随伴性)

＊目的物のみの譲渡

・弁済期前：有効な売買で第三者は所有権を取得する(判例・所有権的構成)

→債務者が弁済した場合、対抗要件具備の先後で決する

←第三者に対しても受戻権を認めるべき(設定者留保権が残る・担保権的構成)

→動産：第三者は即時取得によってのみ完全な所有権を取得する

→不動産：登記移転の外観があるから、§94-2(類推)で完全な所有権を取得

【大判大 9.9.25 民録 26-1389】第三者は完全な所有権を取得する

・弁済期後の譲渡

→処分清算型：処分契約成立だから、受戻権消滅

→帰属清算型：売却で受戻権が消滅する

【最判昭 62.2.12 民集 41-1-67】帰属清算型で売却された場合[前掲 S60 オ 568]

【最判平 6.2.22 民集 48-2-414】背信的悪意者が譲り受けた場合[H1 オ 23]

「不動産を目的とする譲渡担保契約において、債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合には、債権者は、右譲

渡担保契約がいわゆる帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、目的物を処分する権能を取得するから、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として、譲受人は目的物の所有権を確定的に取得し、債務者は、清算金がある場合に債権者に対してその支払を求めることができるにとどまり、残債務を弁済して目的物を受け戻すことはできなくなるものと解するのが相当である（最大判昭 49.10.23、最判昭 62.2.12 参照）。この理は、譲渡を受けた第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合であっても異なるところはない。けだし、そのように解しないと、権利関係の確定しない状態が続くばかりでなく、譲受人が背信的悪意者に当たるかどうかを確知し得る立場にあるとは限らない債権者に、不測の損害を被らせるおそれを生ずるからである。したがって、前記事実関係によると、被上人武知の債務の最終弁済期後に、和田が本件建物を上告人に贈与したことによって、被上人武知は残債務を弁済してこれを受け戻すことができなくなり、上告人はその所有権を確定的に取得したものである」といふべきである」（家屋明渡請求：棄却→破棄差戻し）

・弁済後の譲渡：二重譲渡同様に処理する(判例)

←§94-2(類推)で処理すべき(担保権的構成)

【最判昭 62.11.12 判時 1261-71】弁済後の目的不動産譲渡[S59 オ 691]

「不動産が譲渡担保の目的とされ、設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記が経由された場合において、被担保債務の弁済等により譲渡担保権が消滅した後に目的不動産が譲渡担保権者から第三者に譲渡されたときは、右第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合は格別、そうでない限り、譲渡担保設定者は、登記がなければ、その所有権を右第三者に対抗することができない」（移転登記抹消等：棄却→棄却）

3. いわゆる集合動産譲渡担保とはどのような制度であるか、一物一権主義との関係に留意しながら、説明することができる。

・集合動産譲渡担保(流動動産譲渡担保)

=倉庫の中の商品すべてなど複数の目的物を譲渡担保に供するもの

←備えつけの機械器具のような変動しない集合物はいいが、流動動産もいいのか？

*判例：有効

・要件：種類、所在場所、量的範囲等により目的物の範囲が特定されること

→倉庫中にある乾燥ネギ 44t のうち 28kg とかではダメ

【最判昭 54.2.15 民集 33-1-51】集合動産譲渡担保(特定性否定)[S53 オ 925]

乾燥ネギを取引先 X が譲渡担保に取ったが、寄託先倉庫会社 Y が出荷したため損賠請求：棄却→棄却→棄却

「構成部分の変動する集合動産についても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定するなどなんらかの方法で目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的となりうる」→どの乾燥ネギが特定されていないとして譲渡担保を否定

・占有改定で引渡されるため、先取特権に優先する

→第三者異議の訴えができるが、特段の事情(被担保債権 < 目的物の価値など)があり、
差額分だけ差し押さえられた場合など ∴清算義務がある担保権的要素から

→所有権留保をすれば占有改定で即時取得できないため、自衛できる

【最判昭 62.11.10 民集 41-8-1559】集合動産譲渡担保(特定性肯定)[S57 オ 1408]

材料会社 X が倉庫内の商品等を譲渡担保に供したが、別の材料会社 Y の売った材料も同じ倉庫に搬入され、Y が動産売買の先取特権に基づいて競売を申立てた。第三者異議：認容→棄却→棄却

「構成部分の変動する集合動産であっても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定する方法によって目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的とすることができるものと解すべきであ

ることは、当裁判所の判例とするところである（最判昭 54.2.15 参照）。そして、債権者と債務者との間に、右のような集合物を目的とする譲渡担保権設定契約が締結され、債務者がその構成部分である動産の占有を取得したときは債権者が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、債務者が右集合物の構成部分として現に存在する動産の占有を取得した場合には、債権者は、当該集合物を目的とする譲渡担保権につき對抗要件を具備するに至り、この對抗要件具備の効力は、その後構成部分が変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれない限り、新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について及ぶものと解すべきである。したがって、動産売買の先取特権の存在する動産が右譲渡担保権の目的である集合物の構成部分となった場合においては、債権者は、右動産についても引渡を受けたものとして譲渡担保権を主張することができ、当該先取特権者が右先取特権に基づいて動産競売の申立をしたときは、特段の事情のない限り、民法三三三条所定の第三取得者に該当するものとして、訴えをもって、右動産競売の不許を求めることができるものというべきである」

「本件契約は、構成部分の変動する集合動産を目的とするものであるが、目的動産の種類及び量的範囲を普通棒鋼、異形棒鋼等一切の在庫商品と、また、その所在場所を原判示の訴外会社の第一ないし第四倉庫内及び同敷地・ヤード内と明確に特定しているのであるから、このように特定された一個の集合物を目的とする譲渡担保権設定契約として効力を有するものというべきであり、また、訴外会社がその構成部分である動産の占有を取得したときは被上告会社が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、現に訴外会社が右動産の占有を取得したというを妨げないから、被上告会社は、右集合物について對抗要件の具備した譲渡担保権を取得したものと解することができることは、前記の説示の理に照らして明らかである。そして、右集合物とその後に構成部分の一部となった本件物件を包含する集合物とは同一性に欠けるところはないから、被上告会社は、この集合物についての譲渡担保権をもって第三者に対抗することができるものというべき」

【最判平 18.7.20 民集 60-6-2499】集合動産譲渡担保の目的物の取得[前掲 H17 受 948]

「本件契約 2 が譲渡担保契約であると解すべき根拠はない……構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されており、この権限内でされた処分の相手方は、当該動産について、譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に所有権を取得することができる……上告人と A 及び C との間の各譲渡担保契約の前記条項…は、以上の趣旨を確認的に規定したものと解される。他方、對抗要件を備えた集合動産譲渡担保の設定者がその目的物である動産につき通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合、当該処分は上記権限に基づかないものである以上、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないというべきである。本件においては、本件物件 2 が本件各譲渡担保の目的である集合物から離脱したと解すべき事情はないから、被上告人が本件契約 2 により本件物件 2 の所有権を承継取得したかどうかを判断するためには、本件契約 2 による本件物件 2 の売却処分が上告人の通常の営業の範囲内のものかどうかを確定する必要がある」

* 流動動産における扱い

- ・ 分析的構成：個々の物の上に譲渡担保が設定されており、その総和が集合動産譲渡担保
- ・ 集合物論的構成(判例)：集合物全体を 1 つの物として、その上に譲渡担保が設定されている

第3款 仮登記担保

1. 仮登記担保とはどのような制度であるかを、具体例を挙げて説明することができる。

- ・代物弁済予約や停止条件(=債務不履行)付代物弁済契約と所有権移転仮登記をしておくもの

←被担保債権に対して、過大な目的物の所有権を取得する例が発生

→極端なものは暴利行為で無効、その他も清算義務を認める(1974)

→仮登記担保法制定(1978)：抵当権に近い形で規制

【最大判昭 49.10.23 民集 28-7-1473】 仮登記担保における清算義務[S46 才 503]

所有権移転本登記承諾：認容→取消棄却→破棄差戻し(大隅補足あり)

Xらは債務不履行を停止条件とする建物の代物弁済契約・仮登記をしたが、所有者Aの夫(連帯債務者)が友人なので売却用の委任状を交付した。その後Aの一般債権者Y1が競売を申立て

さらにY2も抵当権設定登記を受けたため、Xらが本登記の承諾を求めたもの

「仮登記担保権者は、債務者が債務を履行しなかつたときは、これにより取得した目的不動産の処分権の行使による換価手続の一環として、債務者に対して仮登記の本登記手続及び右不動産の引渡を求め、更に、第三者がこれを占有している場合には、その者が不法占有者であるときは直ちに、また賃借人であるときでも、その賃借権が仮登記担保権者において本登記を経由すればこれに対抗することができなくなるものであるかぎり、本登記を条件として、その第三者に対し右不動産の明渡を求めることができる……他方、右不動産の換価額が債権者の債権額（換価に要した相当費用額を含む。）を超えるときは、仮登記担保権者は、右超過額を保有すべきいわれはないから、これを清算金として債務者に交付すべきであり、その清算金の支払時期は、換価処分の時、即ち、（イ）適正評価額による所有権取得の方法によるいわゆる帰属清算の場合には、仮登記担保権者が目的不動産の評価清算によりその所有権を自己に帰属させる時（この場合債務者は、清算金の支払があるまで本登記手続義務の履行を拒みうるものと解すべきである。）、（ロ）第三者に対する売却等によるいわゆる処分清算の場合には、その処分の時であると解するのが、相当である。そして、清算金の支払時期である右換価処分時に仮登記担保権者の債権は満足を得たこととなり、これに伴って仮登記担保関係も消滅するものというべく、その反面、債務者は、右時期までは債務の全額（換価に要した相当費用額を含む。）を弁済して仮登記担保権を消滅させ、その目的不動産の完全な所有権を回復することができるが、右の弁済をしないまま債権者が換価処分をしたときは、確定的に自己の所有権を失い、その後は仮登記担保権者に対して前述の清算金債権を有するのみとなる」

「仮登記担保権者は、目的不動産の換価処分により差額を生じたときはこれを清算すべきものであるが、仮登記担保権者がかような清算金の支払義務を負うのは、債務者又は仮登記後に目的不動産の所有権を取得してその登記を経由した第三者に対してのみであつて、仮登記後に目的不動産を差し押えた債権者や、これにつき抵当権の設定を受けた第三者等は、仮登記担保権者と直接の清算上の権利義務の關係に立つものではない。仮登記担保権者による権利の実行には、実質上担保権の実行として、あたかも抵当権に基づく不動産の競売に類似する点があるとしても、その故をもつて、これらの権利者が、競売手続における競売代金の配当のように、一定の優先順位に従つて自己の債権の満足に充てられる金額につき、自己に給付せらるべき清算金として、仮登記担保権者に直接その支払を請求しうるものとするとはできない。ただし、目的不動産の価値が競売以外の事由によつて金銭債権に変じて、不動産の差押は当然これに効力を及ぼすものではなく、また、不動産上の担保権も物上代位の方法によつてのみこれに追及しうるにすぎないものであるから、これらの権利者が差押又は担保権の効力それ自体として仮登記担保権者に対し直接清算金の交付を請求しうる根拠はなく、また、仮登記担保権者は、その義務の履行として清算金を債務者（又は第三取得者）に支払えばなんら利得するところがないこととなるので、仮登記担保権者と後順位差押債権者らとの間に不当利得に類似する關係が成立するものとは考えられないからである。のみならず、右のような直接の清算上の権利義務の關係を認めるときは、本来非訟手続である競売手続においてのみ適切になしうる多数債権者相互間及びこれらの債権者と債務者との間の錯綜した権利關係の処理を、そ

の処理に適しない訴訟手続による仮登記担保権の実行手続において要求することとなり、種々の不都合な結果を生ずるのをまぬがれない。例えば、競売手続においては、多数債権者のそれぞれの取分に関する紛争は配当表（又は計算表）に対する異議及びその後における配当異議訴訟によつて処理され、右紛争と関係のない部分についてはそのまま手続が進行し、清算が終了するという仕組がとられているのに対して、仮登記担保権者による本登記手続及びその承諾請求訴訟においては、後順位債権者らの取分に関する紛争は、紛争当事者間の争訟としてではなく、債務者及び後順位債権者らからの原告たる仮登記担保権者に対する重複する引換給付の抗弁としてあらわれ、それらの争点については必ずしも矛盾しない解決が保障されないばかりか、本来この紛争に関係のない原告が、その渦中に巻き込まれ、無用の負担と危険を負わされることとならざるをえないし、また、競売手続においては、いつたん配当額が確定すれば、これらの関係者間では後日紛争が再燃することは殆んどないが、本登記手続請求等の訴訟では、原告と各被告との間においてそれぞれ清算金額が確定しても、それは被告ら相互間においては効力をもたないから、後日これらの者の間で重ねて紛争が生ずることを防止することができないのである。他方、右のように後順位の差押債権者や抵当権者らに対して仮登記担保権者に対する直接の清算金請求権を認めなくても、これらの権利者は、その債務名義又は物上代位権によつて、債務者が仮登記担保権者に対して有する清算金債権を差し押え、取立命令等を得て債権の満足を得ることができるのであるから、特に大きな不利益を受けることもない。しかも、いわゆる帰属清算の場合においては、清算金の支払と仮登記の本登記手続とが同時履行の関係に立つこと前述のとおりであり、この場合、後順位の差押債権者や抵当権者らは、仮登記担保権者からの本登記の承諾請求に対し、その承諾義務が本来本登記義務の履行されるべきことを前提とする性質のものであることにかんがみ、自己独自の抗弁として、債務者（又は第三取得者）に対する清算金の支払との引換給付の主張をすることができるものと解されるから、清算金の支払確保のために特段の手数を要することもない。右に述べたところと抵触する当裁判所の従前の判例は、その限度でこれを改める」

（競売手続開始後の本登記請求）「仮登記担保権者が右の競売手続の開始に先立つて既にその権利の実行に着手し、そのための強制的手段として本登記手続又はその承諾請求訴訟を提起している場合には、あたかも租税滞納処分が競売手続に先行している場合と同様に、後の競売手続の開始によつて先着手にかかる自己固有の権利実行手続を放棄させられるいわれはないから、そのまま従前の手続を追行し、これと抵触する競売手続の排除を求めることができるものと解すべきである。しかしながら、これと反対に、競売手続が先行している場合には、仮登記担保権者に前記のような右手続への参加による債権満足の道が存し、これによつて目的を達することができる以上、仮登記担保権者としては、原則としてこれによるべきであつて、自己の仮登記が登記上先順位であることを奇貨として、自己固有の権利実行手続に固執し、ひいて既存の競売手続を無に帰せしめて関係者に無用な損害を被らしめることは、仮登記担保権者の行使としての正当な法的利益を有するものということとはできない。それ故、仮登記担保権者は、この場合には、原則として先行の競売手続の排除を求めることができず、ただ、換価後の清算を必要としない場合、自己の責に帰することのできない事由により右手続内において債権の弁済を受ける機会を失つた場合、競売手続が長期にわたつて停止し迅速な債権満足を得る見込みがない場合等、特に自己固有の権利の実行について正当な法的利益を有する場合にのみこれが許される」

【最判昭 58.3.31 民集 37-2-152】 仮登記担保の清算義務と留置権[S55 才 211]

(本)建物退収去土地明渡・損害金請求(反)不当利得返還：(本)引換給付・損害金認容(反)棄却→(本)設定者に対する損害金請求につき、破棄自判・取消棄却、他棄却

「萩原は、肇との間の本件合意に基づき本件土地建物につき確定的に所有権を取得して更に被上告人にこれを譲渡したのであるから、被上告人はこれによつて本件土地建物につき担保権の実行に伴う清算関係とは切り離された完全な所有権を取得したものであるべきであり、たとひ被上告人において、萩原の肇に対する右清算金の支払が未了であることを知りながら本件土地建物を買受けたものであつても、そのために右のような被上告人による所有権取得が妨げられ、清算金の支払義務と結びついた本件土地建物の所有者としての萩原の法律上の地位をそのまま承継するにとどまるものと解さなければならない理由はないというべきである。そうすると、被上告人

と萩原との間で重疊的債務引受の合意がされるなどの特段の事情がない限り、上告人嵯峨らは被上告人に対して清算金の支払請求権を有するものではないから、原審が、上告人嵯峨らは萩原に対するのと同様に被上告人に対しても清算金支払請求権を有するとし、これを前提として上告人嵯峨らが被上告人から清算金の支払を受けるまで本件土地建物の明渡しを拒むことができるとした点には、法令の解釈適用を誤った違法がある」

「もつとも、被上告人の上告人嵯峨らに対する本件土地建物の明渡請求は、所有権に基づく物権的請求権によるものであるところ、上告人嵯峨らの萩原に対する清算金支払請求権は、萩原による本件土地建物の所有権の取得とともに同一の物である右土地建物に関する本件代物弁済予約から生じた債権であるから、民法二九五条の規定により、上告人嵯峨らは、萩原に対してはもとより、同人から本件土地建物を譲り受けた被上告人に対しても、萩原から清算金の支払を受けるまで、本件土地建物につき留置権を行使してその明渡しを拒絶することができる関係にあるといわなければならない（最判昭 38.2.19、同 47.11.61 参照）。そして、被上告人又は萩原が清算金を支払うまで本件土地建物の明渡義務の履行を拒絶する旨の前記上告人嵯峨らの主張は、単に同上告人らの本件土地明渡義務と右清算金支払義務とが同時履行関係にある旨の抗弁権を援用したにとどまらず、被上告人の本件土地建物明渡請求に対して、清算金支払請求権を被担保債権とする留置権が存在する旨の抗弁をも主張したものとみることができるから、本件においては上告人嵯峨らの右留置権の抗弁を採用して引換給付の判決をすることができた……この場合には、被上告人は上告人嵯峨らに対して清算金支払義務を負っているわけではないから、被上告人による清算金の支払と引換えにはなく、萩原から清算金の支払を受けるのと引換えに本件土地建物の明渡しを命ずべきものであり、したがって、これと異なり、被上告人からの清算金の支払と引換えに本件土地建物の明渡しを命じた原判決には、結局、法令の解釈適用を誤った違法がある」が不利益変更禁止より原審維持

「前述のとおり、上告人嵯峨らは、被上告人の本件土地建物の明渡請求に対して留置権を行使することができ、萩原から清算金の支払を受けるまで本件土地建物の占有を継続することにならぬ違法はないのであるから、右占有の継続が違法であることを理由とする賃料相当損害金の支払請求は失当として棄却すべきである」

・ 仮登記担保法による規制

＊ 実行方法：私的実行か競売による優先弁済(担保権者・一般債権者の申立てに便乗する)

・ 私的実行：予約関係の意思表示後、通知などの清算義務が生じる

→清算金支払債務と目的物引渡しと同時に履行(所有権は清算期間終了時に移転)

・ 先順位抵当権者は害されない：抵当権付で所有権移転

・ 後順位抵当権者・仮登記担保権者：清算金への物上代位ができる(仮担 4)

・ 法定賃借権が成立しうる(仮担 10)

【最判昭 56.7.17 民集 35-5-950】民 395 は類推適用されない(旧・短期賃貸借)

第4款 所有権留保

1. 所有権留保の意義と効力について、その概要を説明することができる。

- ・ 意義：売主が代金債権を担保するため、引渡し後も所有権を留保するもの
 - * 対象：主に動産：他の担保が充実、宅建業者が売主の場合禁止(宅建業法 43)
 - * 規律：指定商品の割賦販売の場合、割賦販売法が適用
 - 使用減価についての損賠と受領済額を相殺できるため、その範囲を限定
- ・ 対外関係

【最判昭 50.2.28 民集 29-2-193】権利濫用となる例[S49 オ 1010]

買主 Y はサブディーラー A に代金を払ったが、サブディーラーがディーラー X に代金を払っていないかったもの
「X は、ディーラーとして、サブディーラーである A が本件自動車をユーザーである X に販売するについては、前述のとおりその売買契約の履行に協力しておきながら、その後 A との間で締結した本件自動車の所有権留保特約付売買について代金の完済を受けないからといって、すでに代金を完済して自動車の引渡しを受けた Y に対し、留保された所有権に基づいてその引渡しを求めるものであり、右引渡請求は、本来 X においてサブディーラーである A に対してみずから負担すべき代金回収不能の危険をユーザーである Y に転嫁しようとするものであり、自己の利益のために代金を完済した Y に不測の損害を蒙らせるものであつて、権利の濫用として許されない」（自動車引渡：棄却→棄却→棄却）

第3編 債権

第1章 総則（399-520条）

第1節 債権の目的（399-411条）

第1款 債権総論

1. 債権の定義と発生原因

・ 債権の定義

①特定人が特定人に対しある特定の行為をする（しない）ことを請求しうる権利

②特定人が特定の義務者をして一定の行為をなさしめ、その行為のもたらす結果・利益を当該債務者に対する関係において適法に保持しうる権利

2. 債権の発生原因

・ 法律行為…契約、遺言、法人設立行為など

・ 法律の規定…事務管理、不法行為、不当利得、扶養請求権など

・ 信義則…給付義務と付随義務

3. 給付義務と付随義務

・ 給付義務：契約から発生する中心的な義務

・ 付随義務：契約上の債務の履行に伴って発生する義務。もっぱら信義則から導かれる

例）情報提供・助言義務（不動産売買など）、契約交渉継続義務、契約関係継続義務、安全配慮義務、損害軽減義務、再交渉義務など。

【札幌地判昭 63.6.28】【京都地判平 3.10.1】情報提供・助言義務（不動産売買など）

【最判平 17.9.16 判時 1912-8】契約締結に際しての説明義務と損賠[H16 受 1847]

損賠：棄却(Y1:防火扉が作動しても損害が少なかったといえない、Y2:説明義務なし)→破棄差戻し

Y1がY2に委託してAにマンションの一室を売り渡したが、Aの寝たばこで北側の寝室から出火、南側にも延焼した。中央に防火扉があり、電源が入っていれば延焼が止められたが、説明がない上、通常は気付かない位置にあって電源が入っていなかった。Aは焼死し、Aの妻X（相続分3/4）がY1には瑕疵担保、Y2には不法行為に基づく損賠請求をした。Y2は勧誘や説明、引渡しもすべて行っており、AはY2を信頼して取引したものの。

「被上告人Y1には、Aに対し、少なくとも、本件売買契約上の付随義務として、上記電源スイッチの位置、操作方法等について説明すべき義務があったと解されるところ、上記イの事実関係が認められるものとすれば、宅地建物取引業者である被上告人Y2は、その業務において密接な関係にある被上告人Y1から委託を受け、被上告人Y1と一体となって、本件売買契約の締結手続のほか、802号室の販売に関し、Aに対する引渡しを含めた一切の事務を行い、Aにおいても、被上告人Y2を上記販売に係る事務を行う者として信頼した上で、本件売買契約を締結して802号室の引渡しを受けたこととなるのであるから、このような事情の下においては、被上告人Y2には、信義則上、被上告人Y1の上記義務と同様の義務があったと解すべきであり、その義務違反によりAが損害を被った場合には、被上告人Y2は、Aに対し、不法行為による損害賠償義務を負う」

「本件防火戸は……延焼等を防止するようになっていたというのであるから、本件南側区画の焼損、変色等による損傷は、本件防火戸が作動していた場合には、消火活動等により本件防火戸が開けられたとしても、本件防火戸が作動しなかった場合に比べ、その範囲が狭く、かつ、程度が軽かったことは明らか……前者の場合における原状回復に要する費用の額は、特段の事情がない限り、後者の場合における原状回復に要する費用の額に比べて低額にとどまると推認するのが相当」（本件では特段の事情に足りない）

第2款 債権の目的（399-405 条）

1. 債権の分類

- ・ 債権は金銭に見積もることができないものでも目的とできる（399 条）

債権———作為債務———引渡債務———非金銭債務———特定物債権

———不作為債務———行為債務———金銭債務———種類債権（不特定物債権）

※結果債務（特定の結果の実現）と手段債務（結果へ向けて最善を尽くすこと）

2. 特定物債権（400 条）：引渡しをするまでその物の保存に善管注意義務を負う

§400 債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない

3. 種類債権(§401)

- ・ 種類債権の目的物の品質(#1)：不明の場合は中等の品質

§401-1 債権の目的物を種類のみで指定した場合において、法律行為の性質又は当事者の意思によってその品質を定めることができないときは、債務者は、中等の品質を有する物を給付しなければならない

- ・ 種類債権の目的物の特定(#2)

→物を給付するのに必要な行為を完了／債権者の同意を得て給付すべき物を特定したとき

#2 前項の場合において、債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し、又は債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したときは、以後その物を債権の目的物とする

* 特定の時期

- ・ 持参債務：履行地に持参して提供した時点で特定される

- ・ 送付債務：履行地に目的物を送付し、目的地で履行の提供をしたとき

←送付が債務者の好意による場合、発送時点で特定する（債務者の行為は完了するから）

※送付債務：履行地が債務者・債権者の住所地以外であるとき

- ・ 取立債務：目的物を分離し引渡の準備を整えてこれを債権者に通知すること

※通知によって口頭の提供は認められるが、分離していなければ特定は認められない

【最判昭 30.10.18】取立債務における特定の時期[S28 才 1267:民集 9-11-1642]

漁協がタールを購入したが、品質が悪いと言って取りに行かず（受領遅滞）、そのうちタールが滅失したため漁協が債務不履行で解除して手付金の返還を請求した。差戻し控訴審は制限種類債権で自己の物と同一の注意が求められるが、注意義務過怠の過失はなかったとして漁協の請求を棄却

「売買の目的物の性質、数量等から見れば、特段の事情の認められない本件では、不特定物の売買が行われたものと認めるのが相当……右売買契約から生じた買主たる被告人の債権が、通常の種類債権であるのか、制限種類債権であるのかも、本件においては確定を要する事柄であつて、例えば通常の種類債権であるとすれば、特別の事情のない限り、原審の認定した如き履行不能ということは起らない筈であり、これに反して、制限種類債権であるとするならば、履行不能となりうる代りには、目的物の良否は普通問題とはならないのであつて、被告人が「品質が悪いといつて引取りに行かなかつた」とすれば、被告人は受領遅滞の責を免れないこととなるかもしれない……当初の契約の内容のいかんを更に探究するを要する……つぎに…（原審は特定を認めたが）…如何なる事実を以て「債務者ガ物ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲ完了シ」たものとするのか」不明で「本件目的物中未引渡の部分につき、原告人が言語上の提供をしたからと云つて、物の給付を為すに必要な行為を完了したことにならないことは明らかであろう。従つて本件の目的物が叙上いずれの種類債権に属するとしても、原判示事実によつてはいまだ特定したとは云えない筋合であつて、原告人が目的物につき善良なる管理者の注意義務を負

うに至つたとした原審の判断もまた誤りである」(手附金返還請求→認容/破棄差戻し)

・ 特定の効果

- * 債務者の保管義務の加重(§400 による善管注意義務)
- * 目的物の滅失により履行不能となる (→特定物の危険負担 : §534)
- * 特約がない限り、特定された時点で、目的物の所有権は移転する

【最判昭 35.6.24 民集 14-8-1528】 目的物の特定と所有権移転[S31 才 252]

原告→A→被告の垂鉛華売却取引で、被告は A に別件の金銭債権を有しており、この売買で A が得るべき利益をもって金銭債権を弁済するため、実際には代金を被告→原告の手形で払う約定であったが、原告が垂鉛華を被告に直接送付したあと、先の金銭債権と相殺して、原告に支払う代金に到底足りない額の手形しか交付せず、A の無資力の負担を原告に付け替えたもの(損賠請求→棄却/棄却/棄却)

○損賠の可否「原審認定のような事情があつても特段の事由のないかぎり本件相殺契約は権利行使の範囲を逸脱したものとはいえないから、その結果契約当事者でない上告人が不利益を被ることがあつても右相殺契約を目して上告人の判示債権に対する違法な侵害というを得ない」

○目的物所有権移転時期「不特定物の売買においては原則として目的物が特定した時(民法四〇一条二項参照)に所有権は当然に買主に移転するものと解すべき」

※債務者の変更権

- ・ 特定後の債務者の責に帰する履行不能の場合に、他の物を引き渡して損賠義務を免れるか
→①信義則によって債務者に変更権を認める/②契約の解釈によって変更権を認める
- 効果：他の物の給付が有効な弁済(の提供)として認められるうる

∴ 特定がなかったものとする、品質等が劣っても比較できない

【大判昭 12.7.7】 債務者の変更権を肯定[民集 16-1220]

4. 制限種類債権

- ・ 取引上同一種類とみられるものを特殊の範囲で制限したもの
- ・ 特定前であっても、制限内の物がすべて滅失すれば、他から調達せずとも履行不能となる
- ・ 品質は問題とならない(すでに限定されているから)

【最判昭 30.10.18】 制限種類債権と品質[前掲 27003089]

「制限種類債権であるとするならば、履行不能となりうる代りには、目的物の良否は普通問題とはならない」

- ・ 目的物の保存義務が生じる(ただし、善管注意義務か自己の財産と同一の注意義務かは争い)
- ・ 実際は契約でそのような制限のある債務だったのかどうか重要、との批判。

5. 債権の目的(§399)：金銭に見積もることができなくてもよいが、一般的に 4 要件が必要

→確定性・実現可能性・適法性・社会的妥当性：実質は法律行為たる契約の有効性と同じ要件

- * 確定性：目的の性質により緩やかでよい(例：診療契約の目的は厳格に確定できない)
- * 実現可能性：必要か？ = 原始的不能は実現可能性を欠くから債権ではないとしてよい
←債務不履行責任は認めるべき(履行利益は無理でも、信頼利益の範囲で)

※履行利益：債務が履行されれば得られたであろう利益

※信頼利益：契約が有効と信じて費やされ、無駄になった費用

§399 債権は、金銭に見積もることができないものであっても、その目的とすることができる

6. 金銭債権(402,403 条)

①弁済時に用いるべき通貨(§402)：どれでもよいが、特約・強制通用力失効は例外

§402-1 債権の目的物が金銭であるときは、債務者は、その選択に従い、各種の通貨で弁済をすることができる。
ただし、特定の種類の通貨の給付を債権の目的としたときは、この限りでない

#2 債権の目的物である特定の種類の通貨が弁済期に強制通用の効力を失っているときは、債務者は、他の通貨で弁済をしなければならない

#3 前二項の規定は、外国の通貨の給付を債権の目的とした場合について準用する

②外国の通貨で債権額を指定したとき（403 条）：任意債権

・任意債権：他の給付での履行を債務者がしたり、債権者が求めたりできる債権

※但し、本来の給付が決まっている点で選択債権と異なる（→その不能で履行不能になる）

§403 外国の通貨で債権額を指定したときは、債務者は、履行地における為替相場により、日本の通貨で弁済をすることができる

【最判昭 50.7.15】債権者も外国通貨・日本通貨のいずれによっても請求できる[27000366]

琉球銀行が債権者、名古屋市内の法人が債務者である連帯保証契約は、外国為替及び外国貿易管理法・外国為替管理令違反だが、私法上は有効とし、「外国の通貨をもつて債権額が指定された金銭債権は、いわゆる任意債権であり、債権者は、債務者に対し、外国の通貨又は日本の通貨のいずれによつて請求することもできるのであり、民法四〇三条は、債権者が外国の通貨によつて請求した場合に債務者が日本の通貨によつて弁済することができることを定めるにすぎない」「現実に弁済する時の外国為替相場によつてその換算をすべきであるが……判決をするにあつては、裁判所は、事実審の口頭弁論終結時の外国為替相場によつてその換算をすべき」

- ・特定金銭債権：特定の番号が付された紙幣などは特定物扱い
- ・絶対的金種債権：記念金貨や昭和 64 年製 10 円玉などは通常の種類債権
- ・金額債権：それ以外。うち、800 円を 50 円玉で払うなどに 1 項但書適用（相対的金種債権）
- ・金銭債務は券面額を支払えばよい（名目主義）⇔実価主義

【最判昭 36.6.20】償還金新本位換算金請求事件[27002283]

割増金付割引勧業債券一枚（10 円で昭 9 に売出し、額面 20 円）の昭 32 から行われた繰り上げ償還で、10 円の償還につき金との交換比率から 300 倍の 3,000 円になるはずだとして請求したもの。

「金硬貨による支払の特約若しくは償還期限における貨幣価値の著しい騰落のあつた場合債券売出当時の貨幣価値を償還期限のそれに引直した金額によつて償還金を支払う旨の特約がないかぎり、債券発行売出銀行は償還期限に債券面記載の償還金額を支払うをもつて足りる」として 10 円の支払い請求を認容。

7. 代替物と不代替物／特定物と不特定物

- ・民訴法 382 条：「金銭その他の代替物……の給付を目的とする請求」
- ・客観的にみて、同じ種類・品質・数量の他の物で代えることができる物が代替物
 - * 不代替物かつ特定物：美術品、不動産など
 - * 不代替物かつ不特定物：動物、住宅など
 - * 代替物かつ特定物：中古自動車
 - * 代替物かつ不特定物：ビールなど

8. 利息債権（404,405 条）

- ・民事法定利率(§404)：5%

§404 利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は、年五分とする

- ・債権者は利息の元本への組み入れが可能(§405・複利)⇔原則は単利

←利息の支払が一年分以上延滞+催告をしても債務者がその利息を支払わないとき

§405 利息の支払が一年分以上延滞した場合において、債権者が催告をしても、債務者がその利息を支払わないときは、債権者は、これを元本に組み入れることができる

- ・ 利息制限法による利息制限（民事上の制限）
 - 20%（元本 10 万未満）、18%（100 万未満）、15%（100 万以上）（利息制限法 1 条）
 - 遅延損害金はその 1.46 倍まで（同 4 条）、営業的金銭消費貸借では 20%まで（同 7 条）
- ・ 出資法による利息制限（刑事上の制限）
 - 109.5%（閏年は 109.8%、1 日 0.3%）を超える利息を取ると刑事罰（出資法 5 条 1 項）
 - 営業的金銭消費貸借の場合は 20%を超えると刑事罰、109.5%を超えると重罰（同 2,3 項）
- ・ 貸金業法による利息制限（行政法的規制）
 - 109.5%を超えると民事上も無効（貸金業法 42 条）

【最大判昭 39.11.18】超過支払い分は元本の弁済に充当される[民集 18-9-1868]

【最大判昭 43.11.13】元本消滅後の支払い分は不当利得となる[民集 22-12-2526]

【最判昭 44.11.25】超過利息・損害金と元本が一括支払でも不当利得[民集 23-11-2137]

【最判平 20.6.10】暴利の貸付は不法原因給付で元本控除を否定[28141393]

数百～数千%の暴利行為による損害賠償請求。「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法 708 条の趣旨に反するものとして許されないものというべきである」

（田原意見）自動的に全額を控除できるとするのは言い過ぎではないか。本件は控除してよい事案である。

- ・ 融資枠（コミットメント・ライン）契約 ※迅速・柔軟に資金を調達できるようにするシステム
 - 特定融資枠契約とは、「一定の期間及び融資の極度額の限度内において、当事者の一方の意思表示により当事者間において当事者の一方を借主として金銭を目的とする消費貸借を成立させることができる権利を相手方が当事者の一方に付与し、当事者の一方がこれに対して手数料を支払うことを約する契約」（特定融資枠契約に関する法律 1 条）
 - 大会社等しか利用できないが、手数料部分につき利息制限法・出資法の利息とみなさない。

第3款 選択債権（406-411条）

1. 選択債権における選択権の帰属(§406：債務者が原則)・移転(§408)

§406 債権の目的が数個の給付の中から選択によって定まるときは、その選択権は、債務者に属する

§408 債権が弁済期にある場合において、相手方から相当の期間を定めて催告をしても、選択権を有する当事者がその期間内に選択をしないときは、その選択権は、相手方に移転する

2. 選択権の行使と撤回(§407)：相手方への意思表示による、撤回は承諾必要

§407-1 前条の選択権は、相手方に対する意思表示によって行使する

#2 前項の意思表示は、相手方の承諾を得なければ、撤回することができない

3. 第三者の選択権(§409)：行使方法・不能等の場合は債務者に選択権移転

§409-1 第三者が選択をすべき場合には、その選択は、債権者又は債務者に対する意思表示によってする

#2 前項に規定する場合において、第三者が選択をすることができず、又は選択をする意思を有しないときは、選択権は、債務者に移転する

4. 不能による選択債権の特定(§410)：残存給付で存続(#1)、他方当事者の過失による場合(#2)

§410-1 債権の目的である給付の中に、初めから不能であるもの又は後に至って不能となったものがあるときは、債権は、その残存するものについて存在する

#2 選択権を有しない当事者の過失によって給付が不能となったときは、前項の規定は、適用しない

5. 選択の効力(§411)：遡及効あり、第三者保護規定

§411 選択は、債権の発生の際にさかのぼってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない

第2節 債権の効力（412,414-426条）

第1款 債権の効力

1. 債権の効力－請求力・給付保持力・訴求力・執行力
2. 請求力：債務の任意の履行を請求できる権能
 - ・効果：濫用にあたる場合を除き、請求力の行使は不法行為とならない。
 - ・影響：時効の中断、履行遅滞の発生、解除権行使の要件の充足など
3. 給付保持力：債務者のした給付を適法に保持する権能
 - ・効果：給付を保持しても不当利得にならない。
4. 訴求力：訴えによって履行を請求できる権能
 - ・効果：裁判に訴えた場合、原則として給付判決を得ることができる
5. 執行力：強制執行手続きにより国家機関の手で債権の内容を実現できる権能
 - ・貫徹力：特定物で債権の内容をそのまま実現できる（建物明渡しで他の建物に代えられない）
 - ・堀取力：金銭債権で、債務者の責任財産に対して強制執行できる（どれでもいい）
※責任：債務者が堀取力に服すること

6. 例外

- ・徳義上の債務：すべてが欠ける
- ・自然債務：請求力・給付保持力しかない

例）不訴求合意債務、債務者が有効に消滅時効を援用した債権、破産免責された債権、勝訴の終局判決後に債権者が訴えを取り下げた場合、公序良俗違反、旧法下で利息制限超過した利息債権

【大判昭 10.4.25】カフェー丸玉女給事件[新聞 3835-5]

カフェーの女給に独立資金の贈与を約したもの。任意に履行すれば弁済として認められるが、履行を強要できない特殊の債務関係である可能性がある、として破棄差戻し（差戻審は事案の事実から女給の請求を認容した）

「被上告人が女給を勤め居りし「かふゑー」に於て比較的短期間同人と遊興したる関係に過ぎずして他に深き縁故あるに非ず。然らば斯る環境裡に於て縦しや一時の興に乘じ被上告人の歓心を買はんが為め判示の如き相当多額なる金員の供与を諾約することあるも之を以て被上告人に裁判上の請求権を付与する趣旨に出でたるものと速断するは相当ならず寧ろ斯る事情の下に於ける諾約は諾約者が自ら進で之を履行するときは債務の弁済たることを失はさるむも要約者に於て之が履行を強要することを得ざる特殊の債務関係を生ずるものと解するを以て原審認定の事実即するものと云ふべく原審の如く民法上の贈与が成立するものと判断せむか為には贈与意思の基本事情に付、更に首肯するに足るべき格段の事由を審査判示することを要するものとす」

- ・責任なき債務：請求力・給付保持力・訴求力しかない

例）不執行の合意、夫婦の同居義務

【大決昭 5.9.30 民集 9-926】別居する妻に同居を命じたが間接強制を認めず

※債務と責任は必ずしも一致しない

責任なき債務：不執行の合意、同居義務、有限責任（株式会社の株主、相続の限定承認など）

債務なき責任：物上保証人、抵当不動産の第三取得者

- ・特殊な債務：強制履行は勝訴判決も得られないが、不履行への損害賠償は完全な効力がある

例）婚約、芸術作品の創作など

第2款 債務不履行（412,414-422 条）

1. 債務不履行とは

- ・ 履行遅滞(弁済期の徒過、§412)、履行不能(§415)、不完全履行(§415)の三分類説
- ・ 債権者の採りうる手段：現実的履行の強制、(契約の)解除、損害賠償

2. 現実的履行の強制(§414・履行強制)

- ・ 要件：債務者が任意に債務の履行をしないこと
 - ←帰責性不要：債権本来の効力を実現するだけ
 - ←性質上強制履行できない、履行不能、不執行特約の存在があればできない
 - ・ 引渡債務の場合(#1)
 - * 実力行使によって債権の内容を実現してもらえる（直接強制・間接強制）
 - ・ 履行不能の場合は強制履行したくてもできないので、履行遅滞・不完全履行の場合
 - 不完全履行：代物給付請求など完全な履行の請求（完全履行請求権）
 - ・ 従来は直接強制が優先で、間接強制は補充的措置（通説・判例：意思の自由への圧迫）
 - 2003 民執法改正で、債権者は直接強制が可能でも間接強制を選択可能とした
 - ・ 代替的行為債務の場合(#2 本文)：
 - * 第三者に履行してもらい費用を債務者から取り立てる（代替執行）or 間接強制
 - §414-1 債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、その強制履行を裁判所に請求することができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない
 - 【大決大 10.7.25】財産管理人の任務終了時の管理の精算に間接強制を肯定したもの
 - ・ 意思表示をする債務(#2 但書)
 - * 裁判をもって債務者の意思表示に代えられる（例：農地法の許可申請）
 - #2 債務の性質が強制履行を許さない場合において、その債務が作為を目的とするときは、債権者は、債務者の費用で第三者にこれをさせることを裁判所に請求することができる。ただし、法律行為を目的とする債務については、裁判をもって債務者の意思表示に代えることができる
 - ・ 不作為債務(#3)：1回で完結する場合は使えない（プライバシーの公開など）→損害による
 - * 結果除去・適当な処分を債務者の費用でさせる（代替執行 or 間接強制）
 - #3 不作為を目的とする債務については、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、又は将来のため適当な処分をすることを裁判所に請求することができる
 - ・ 強制履行のできない債務：婚約の不履行、芸術作品の制作など、損害は可能だが強制履行不可
 - 【最大判昭 31.7.4】謝罪広告につき代替執行を認める[民集 10-7-785]
 - 【大決昭 5.9.30】夫婦の同居義務に間接強制は認められない[民集 9-926]
 - ・ 損害賠償(#4)
 - #4 前三項の規定は、損害賠償の請求を妨げない
- ### 3. 履行遅滞の責任を負う時点(§412)
- ・ 確定期限があるとき：その期限の到来した時（1 項）
 - ・ 不確定期限があるとき：その期限の到来したことを知った時（2 項）
 - ・ 期限を定めなかったとき：履行の請求を受けた時（3 項）

- §412-1 債務の履行について確定期限があるときは、債務者は、その期限の到来した時から遅滞の責任を負う
- #2 債務の履行について不確定期限があるときは、債務者は、その期限の到来したことを知った時から遅滞の責任を負う
- #3 債務の履行について期限を定めなかったときは、債務者は、履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負う

4. 債務不履行と損害賠償(§415)

§415 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする

- ・ 要件—債務不履行の事実、債務者の帰責事由、損害の発生と因果関係
- ・ 要件①：債務不履行の事実
 - * 履行遅滞：履行が可能 + 履行期の徒過(§412) + 同時履行の抗弁権や留置権の不存在
 - * 履行不能：社会通念上、履行が不可能になったこと（後発的不能）
 - ・ 例：不動産の二重譲渡で第二譲受人が登記具備、目的物滅失、演奏債務で会場が焼失など
- 【大判明 39.10.29 民録 12-1358】目的物の取引が法律で禁じられると履行不能(煙草専売法)
- * 不完全履行
 - ・ 引渡債務—瑕疵型（目的物に瑕疵がある場合）
 - 追完が可能かつ合理的：完全履行請求権に基づく追完請求権（修補・代物給付）
 - 追完が不能または追完不履行：一部の履行不能として扱う（損賠・解除）
 - ・ 引渡債務—拡大損害型（目的物の瑕疵が原因で、目的物以外に損害が生じる場合）→損賠
 - ・ 行為債務—結果債務では結果の不完全、手段債務では？
- * 安全配慮義務：特別な社会的接触関係がある場合の信義則上の義務
- ・ 不法行為法上の注意義務より重い義務

【最判昭 50.2.25 民集 29-2-143】自衛隊員に対する安全配慮義務[S48 才 383]

「国は、公務員に対し、国が公務遂行のために設置すべき場所、施設もしくは器具等の設置管理又は公務員が国もしくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理にあたって、公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っている……国が、不法行為規範のもとにおいて私人に対しその生命、健康等を保護すべき義務を負っているほかは、いかなる場合においても公務員に対し安全配慮義務を負うものではないと解することはできない。ただし、右のような安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入つた当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであつて、国と公務員との間においても別異に解すべき論拠はなく、公務員が前記の義務を安んじて誠実に履行するためには、国が、公務員に対し安全配慮義務を負い、これを尽くすことが必要不可欠であり、また、国家公務員法九三条ないし九五条及びこれに基づく国家公務員災害補償法並びに防衛庁職員給与法二七条等の災害補償制度も国が公務員に対し安全配慮義務を負うことを当然の前提とし、この義務が尽くされたとしてもなお発生すべき公務災害に対処するために設けられたものと解されるからである」「会計法三〇条が……五年の消滅時効期間を定めたのは、国の権利義務を早期に決済する必要があるなど主として行政上の便宜を考慮したことに基づくものであるから、同条の五年の消滅時効期間の定めは、右のような行政上の便宜を考慮する必要がある金銭債権であつて他に時効期間につき特別の規定のないものについて適用されるもの……国が、公務員に対する安全配慮義務を懈怠し違法に公務員の生命、健康等を侵害して損害を受けた公務員に対し損害賠償の義務を負う事態は、その発生が偶発的であつて多発するものとはいえないから、右義務につき前記のような行政上の便宜を考慮する必要はなく、また、国が義務者であつても、被害者に損害を賠償すべき関係は、公平の理念に基づき被害者に生じた損害の公正な填補を目的とする点におい

て、私人相互間における損害賠償の関係とその目的性質を異にするものではないから、国に対する右損害賠償請求権の消滅時効期間は、会計法三〇条所定の五年と解すべきではなく、民法一六七条一項により一〇年と解すべき」（損賠請求→棄却／棄却／破棄差戻し）

【最判昭 58.5.27 民集 37-4-477】自衛隊員に対する安全配慮義務の限界[S55 才 579]

安全配慮義務は「国が公務遂行に当たつて支配管理する人的及び物的環境から生じうべき危険の防止について信義則上負担するものであるから、国は、自衛隊員を自衛隊車両に公務の遂行として乗車させる場合には、右自衛隊員に対する安全配慮義務として、車両の整備を十全ならしめて車両自体から生ずべき危険を防止し、車両の運転者としてその任に適する技能を有する者を選任し、かつ、当該車両を運転する上で特に必要な安全上の注意を与えて車両の運行から生ずる危険を防止すべき義務を負うが、運転者において道路交通法その他の法令に基づいて当然に負うべきものとされる通常の注意義務は、右安全配慮義務の内容に含まれるものではなく、また、右安全配慮義務の履行補助者が右車両にみずから運転者として乗車する場合であつても、右履行補助者に運転者としての右のような運転上の注意義務違反があつたからといつて、国の安全配慮義務違反があつたものとすることはできない」（損賠請求→棄却／棄却）

【最判平 3.4.11 判時 1391-3】三菱重工造船所事件[H1 才 516,1495]

「上告人の下請企業の労働者が上告人の神戸造船所で労務の提供をするに当たっては、いわゆる社外工として、上告人の管理する設備、工具等を用い、事実上上告人の指揮、監督を受けて稼働し、その作業内容も上告人の従業員であるいわゆる本工とほとんど同じであつたというのであり、このような事実関係の下においては、上告人は、下請企業の労働者との間に特別な社会的接触の関係に入つたもので、信義則上、右労働者に対し安全配慮義務を負うものである」（下請人被用者の元請企業への損賠請求→認容／棄却）

【最判昭 56.2.16 民集 35.1.56】安全配慮義務及び義務違反の立証責任は原告

【最判昭 55.12.18 民集 34-7-888】履行請求時が遅延損害金の起算日となる

【最判昭 59.4.10 民集 38-6-557】盗賊に殺害された従業員への安全配慮義務を肯定

【最判昭 61.12.19 判時 1224-13】朝霞駐屯地自衛官殺害事件で国の安全配慮義務肯定

* 契約交渉の不当破棄

【最判昭 59.9.18 判時 1137-51】契約交渉継続義務[S59 才 152]

要旨「マンションの購入希望者において、その売却予定者と売買交渉に入り、その交渉過程で歯科医院とするためのスペースについて注文を出したり、レイアウト図を交付するなどしたうえ、電気容量の不足を指摘し、売却予定者が容量増加のための設計変更及び施工をすることを容認しながら、交渉開始六か月後に自らの都合により契約を結ぶに至らなかつたなど原判示のような事情があるときは、購入希望者は、当該契約の準備段階における信義則上の注意義務に違反したものとして、売却予定者が右設計変更及び施工をしたために被つた損害を賠償する責任を負う」（損賠請求→一部認容／棄却）

・ 要件②債務者の帰責事由・責任能力

* 意義「故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」

・ 履行遅滞：実際は戦争や災害などでない限り免責されない

・ 履行不能：法律で禁止になるなど、故意・過失等がないことにおおむね一致

→履行遅滞中の不能は、履行遅滞がなくても不能となる場合を除いて帰責事由あり

・ 不完全履行：不完全履行の事実の立証がされれば、帰責事由は立証される

∴契約上の義務違反が不完全履行であり、それは予見可能性に基づく結果回避義務である

【最判昭 34.9.17 民集 13-11-1412】信義則上立証責任は債務者にある

- * 履行補助者の過失：かつて主に争われたのは利用補助者(同居人)と利用代行者(転借人)
- ・ 真の意味の履行補助者（債務者の手足として使用する者）：常に責任を負う
- ・ 履行代行者：全責任(使用禁止)～故意・過失のみ(可否不定)～選任監督上過失(明文許可)
- ←履行補助者と履行代行者をどう区別するのか
- ←使用禁止の場合に使えば、それ自体債務不履行
- ←使用が許されているからといって選任監督上の過失に限定してよいのか
- 独立的補助者と被用者の補助者の区別 ← 契約によって位置づけが異なる
- 履行補助者に依頼するまでが債務か、履行補助者が履行するまでが債務かの解釈次第

【大判昭 4.3.30 民集 8-363】履行補助者の過失[S4 才 77]

要旨「賃借人の被用者が賃借物の使用上注意を怠りたる為返還を為すこと能はざるに至らしめたるときは使用者たる賃借人は之が責に任ずべきものとす」（被用者の過失により賃借した船が難破し返還不能となったもの）

- ・ 免責約款がある場合、不法行為損賠は信義則上許されない

【最判平 10.4.30 判時 1646-162】履行補助者の免責約款の効力[H6 才 799]

宝石を 30 万円までの免責約款付の宅配便で送付し紛失したため、荷受人に賠償した荷送人が不法行為損賠請求をしたもの。荷受人も宅配便の利用を認めていた。

「本件の事実関係の下においては、上告人が被上告人に対し本件運送契約上の責任限度額である三〇万円を超えて損害賠償を請求することは、信義則に反し、許されない」

* 責任能力の要否

- ・ 必要(通説)：自己の行為の結果を判断しうる能力がないのに責任を負わせるのは不当
- ・ 不要(有力)：有効に負担した債務の履行で、責任能力喪失のリスクを転嫁すべきでない

・ 要件③損害の発生

- * 意義：差額説（加害行為がなければあるべき利益状態と、現実に生じた利益状態の差）

【最判昭 55.12.18 民集 34-7-888】民 711 の債務不履行への類推適用を否定

* 損害賠償の範囲

- ・ 履行利益：契約が履行されれば債権者がえたであろう地位の回復（プラスも賠償）
- ・ 信託利益：契約締結前の状態に債権者を戻す（マイナスの補填）

* 状況に応じた損害賠償の範囲

- ・ 履行遅滞による解除：遅延賠償＋履行利益の賠償
- ・ 填補賠償：履行不能の場合(解除不要)、履行催告しても履行しない場合

【最判昭 30.4.19 民集 9-5-556】履行不能による損賠請求権の発生[S28 才 848]

「債務者の責に帰すべき事由によつて履行不能を生じたときは、債権者の請求権は、解除を俟つことなく填補賠償請求権に変ずるものである」（損賠請求→認容／棄却：この請求権は§415 によるものとされる）

・ 要件④因果関係（債務不履行と損害の因果関係）

- * 事実的因果関係：債務不履行がなければ損害が生じなかったという関係

・ 金銭債務の特則（§419）：遅延損害の計算(#1)、証明不要(#2)、不可抗力の抗弁制限(#3)

§419-1 金銭の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、法定利率によって定める。ただし、約定利率が法定利率を超えときは、約定利率による

#2 前項の損害賠償については、債権者は、損害の証明をすることを要しない

#3 第一項の損害賠償については、債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない

【最判昭 48.10.11 判時 723-44】法定利率以上の損害賠償の可否(消極)[S45 才 851]

「法四一九条によれば、金銭を目的とする債務の履行遅滞による損害賠償の額は、法律に別段の定めがある場合を除き、約定または法定の利率により、債権者はその損害の証明をする必要がないとされているが、その反面として、たとえそれ以上の損害が生じたことを立証しても、その賠償を請求することはできないものというべく、したがって、債権者は、金銭債務の不履行による損害賠償として、債務者に対し弁護士費用その他の取立費用を請求することはできない」(手形金等請求→弁護士費用につき棄却/棄却)

- ・ 損害賠償の要件に関する特約…要件を緩和する特約は通常問題とならない

＊加重・免責特約の有効性：故意免責は無効、重過失免責は原則無効、軽過失免責は原則有効

5. 損害賠償の範囲・方法 (§416～418)

- ・ 損害賠償の方法 (§417)：金銭賠償の原則：原状回復より便利だから

§417 損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める

- ・ 損害賠償の範囲 (§416)：通常損害と特別損害を分ける

§416-1 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする

#2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる

＊意義：相当因果関係の原則を定めたもの(旧通説) ← 批判が有力に

＊通常損害：文字通り通常生じる損害で、予見可能性の立証は不要

・ 例：目的物滅失なら時価相当額、返還遅滞ならその間の賃料相当額、利息相当額など

＊特別損害：転売契約や特異体質など

・ 債権者が予見可能性を立証する必要がある（損害そのものの予見可能性ではない）

・ 予見の主体：「当事者」とあるが債務者のみで足りる

・ 予見の時期：契約を破る自由を重視すれば契約締結時説、履行義務を重視すれば不履行時説

→契約締結時説：不履行に陥った場合のコスト・可能性を判断して契約関係に入るから

→不履行時説(通・判)：契約は履行すべきだから、予測しえた以上損害は賠償すべき

【大判大 7.8.27 民録 24-1658】不履行時説を採用

- ・ 賠償額の算定

＊平井説：全額評価の原則（債務が履行されたのと等しい経済的地位に債権者を置くこと）

＊金銭評価の基準時：時価算定の場所は履行地が通常、時点は損害賠償債権発生時が原則

・ 中間最高価格

【大連判大 15.5.22 民集 5-386】富貴丸事件[T12 才 398,521]

要旨①「民法第 4 1 6 条の規定は不法行為に因る損害賠償に準用すべきものとす」

②「不法行為に因る物の滅失毀損の場合に於て現実損害に対する賠償を得たる被害者は将来に於ける通常の使用収益に対する賠償の請求を為すことを得ず。但し特別の使用収益を為し得べかりしことを不法行為の当時予見し又は予見し得べかりし場合に在りては之に対する損害の賠償を請求することをを得るものとす」

③「不法行為に因る物の滅失毀損に対する現実の損害賠償額は滅失毀損当時の交換価格に依りて之を定むべき」

④「不法行為に因り滅失毀損したる物の価額が其の後騰貴したるときは被害者は不法行為なかりせば転売其の方法に依り騰貴したる価額に相当する利益を確実に取得し得たるべき特別の事情あることを不法行為の当時

予見し又は予見し得べかりし場合に限り之に相当する損害の賠償を請求することを得」(損賠請求中間判決)

・不動産の価格騰貴

【最判昭 37.11.16 民集 16-11-2280】価格騰貴の事情を知り、知りえた場合[S36 才 135]

「債務の目的物を債務者が不法に処分し債務が履行不能となつたとき債権者の請求しうる損害賠償の額は、原則としてその処分当時の目的物の時価であるが、目的物の価格が騰貴しつつあるという特別の事情があり、かつ債務者が、債務を履行不能とした際その特別の事情を知っていたかまたは知りえた場合は、債権者は、その騰貴した現在の時価による損害賠償を請求しうる。ただし、債権者は、債務者の債務不履行がなかつたならば、その騰貴した価格のある目的物を現に保有し得たはずであるから、債務者は、その債務不履行によつて債権者につき生じた右価格による損害を賠償すべき義務あるものと解すべきであるから……ただし、債権者が右価格まで騰貴しない前に右目的物を他に処分したであろうと予想された場合はこの限りでなく、また、目的物の価格が一旦騰貴しさらに下落した場合に、その騰貴した価格により損害賠償を求めるためにはその騰貴した時に転売その他の方法により騰貴価格による利益を確実に取得したのであると予想されたことが必要であると解するとしても、目的物の価格が現在なお騰貴している場合においてもなお、恰も現在において債権者がこれを他に処分するであろうと予想されたことは必ずしも必要でない」(損賠請求等→認容／棄却／棄却)

【最判昭 47.4.20 民集 26-3-520】自己使用目的の場合の価格騰貴[S44 才 212]

「およそ、債務者が債務の目的物を不法に処分したために債務が履行不能となつた後、その目的物の価格が騰貴を続けているという特別の事情があり、かつ、債務者が、債務を履行不能とした際、右のような特別の事情の存在を知っていたかまたはこれを知りえた場合には、債権者は、債務者に対し、その目的物の騰貴した現在の価格を基準として算定した損害額の賠償を請求しうるものであることは、すでに当裁判所の判例とするところである(最判昭 37.11.16 参照。)……この理は、本件のごとく、買主がその目的物を他に転売して利益を得るためではなくこれを自己の使用に供する目的でなした不動産の売買契約において、売主がその不動産を不法に処分したために売主の買主に対する不動産の所有権移転義務が履行不能となつた場合であつても、妥当するものと解すべきである。ただし、このような場合であつても、右不動産の買主は、右のような債務不履行がなければ、騰貴した価格のあるその不動産を現に保有し得たはずであるから、右履行不能の結果右買主の受ける損害額は、その不動産の騰貴した現在の価格を基準として算定するのが相当であるから」(損賠請求等→一部認容／破棄差戻し)

・種類物の引渡債務：履行遅滞による解除時を基準とする場合が多い

【大判昭 16.2.5 新聞 4681-15】【最判昭 28.1.15 民集 7-10-1093】解除時を基準時とする

【最判昭 28.12.18 民集 7-12-1446】履行遅滞解除の場合の基準時[S25 才 271]

「本件の如く売主が売買の目的物を給付しないため売買契約が解除された場合においては、買主は解除の時までは目的物の給付請求権を有し解除により始めてこれを失うと共に右請求権に代えて履行に代る損害賠償請求権を取得するものであるし、一方売主は解除の時までは目的物を給付すべき義務を負い、解除によつて始めてその義務を免れると共に右義務に代えて履行に代る損害賠償義務を負うに至るものであるから、この場合において買主が受くべき履行に代る損害賠償の額は、解除当時における目的物の時価を標準として定むべきで、履行期における時価を標準とすべきではない」(損賠請求等→認容／棄却／棄却)

【最判昭 36.4.28 民集 15-4-1105】履行期の市価との差額が通常損害[S32 才 331]

「原審が本件売買価格と履行期における大連又は営口における市価との差額をもつて、上告人の債務不履行によつて被上告人の通常蒙るべき損害と判断したことは正当」(損賠請求→認容／棄却)

・種類物の引渡債務：予備的な填補賠償の場合は口頭弁論基準時

【最判昭 30.1.21 民集 9-1-22】線材引渡しの執行不能に備えた予備的請求[S28 才 968]

「原判決は、被上告人の履行に代る損害賠償の予備的請求につき、昭和二三年一〇月二三日当時における本来の給付の価額を標準として損害額を算定し、上告人に右金額の支払を命じた。しかしながら物の給付を請求しうる

債権者が本来の給付の請求にあわせてその執行不能の場合における履行に代る損害賠償を予備的に請求したときは、事実審裁判所は、右請求の範囲内において、最終口頭弁論期日当時における本来の給付の価額に相当する損害賠償を命ずべきものであることは、大審院判例の示すところであつて（大連判昭 15.3.13 参照）、当裁判所は、右判断は相当でありこれを維持すべきものとする（主）線材返還（予）損賠請求→一部認容／破棄差戻し）

・ 損害賠償額の調整

＊ 過失相殺(§418)：債権者に過失がある場合で、必要的に考慮される

・ 過失：減額を適当とするような債権者側の事情、という程度の意味

・ 不法行為との相違：文面上は必要的、責任を否定してもよい ← 解釈上は同様に解すべき

・ 過失の存在範囲：債務不履行の発生のほか、損害の発生・拡大に関する過失も含む

§418 債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める

＊ 損益相殺：債務不履行により債権者が得た利益を賠償額から控除する(解釈上肯定)

・ 債務の不履行に関して債権者に過失がある場合、責任・額につき過失相殺される（418 条）

6. 賠償額の予定（§420,421）：損害発生 of 立証は不要だが、帰責事由がなければ免責(多数)

∴ 損害額立証の手間を省く、多額にして履行確保、少額にしてリスク計算を容易にする

＊ あまりに高額・少額だと公序良俗違反となりうる

＊ 特別法での制限：利息制限法§4、割賦販売法§6、消費者契約法§9

§420-1 当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない

#2 賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない

#3 違約金は、賠償額の予定と推定する

§421 前条の規定は、当事者が金銭でないものを損害の賠償に充てるべき旨を予定した場合について準用する

【最判平 6.4.21 集民 172-379】賠償額の予定と過失相殺[H2 才 1456]

「当事者が民法四二〇条一項により損害賠償額を予定した場合においても、債務不履行に関し債権者に過失があったときは、特段の事情のない限り、裁判所は、損害賠償の責任及びその金額を定めるにつき、これを斟酌すべきものと解するのが相当」（損賠請求→一部認容(3割減額)／原告上告棄却)

7. 代償請求権：履行不能と同じ原因から債務者が目的物の代償となる利益を得た場合

→公平の観点から債権者の損害の限度でその利益の償還を債権者は請求できる

・ 例：不可抗力で賃借建物が焼失し、賃借人が火災保険金を受け取った場合に賃貸人が請求する

【最判昭 41.12.23 民集 20-10-2211】代償請求権(肯定)[S38 才 1030]

「一般に履行不能を生ぜしめた同一の原因によつて、債務者が履行の目的物の代償と考えられる利益を取得した場合には、公平の観念にもとづき、債権者において債務者に対し、右履行不能により債権者が蒙りたる損害の限度において、その利益の償還を請求する権利を認めるのが相当であり、民法五三六条二項但書の規定は、この法理のあらわれである」（貸金敷金返還請求→一部認容→双方控訴：取消・請求棄却→原告上告：棄却)

8. 損害賠償による代位（422 条）：不法行為損賠にも類推適用

§422 債権者が、損害賠償として、その債権の目的である物又は権利の価額の全部の支払を受けたときは、債務者は、その物又は権利について当然に債権者に代位する

・ 債権者が債権の目的である物・権利の価額の全部の支払いを受けたとき

→債権者は、その物・権利について当然に債権者に代位する（元の所有者への追及可能など）

第3款 債権者代位権（423条）

1. 責任財産：強制執行の引当てになる債務者の財産のこと

- ・債務者の責任財産を保全する制度：債権者代位権・債権者取消権

∴債務者の自由に委ねられる責任財産の管理への干渉にあたるが、これらを認めなければ
債務者が不当な処分をしたり、抜け駆け的回収（代物弁済、債権譲渡、相殺等）によって
散逸したりするおそれがある ← 債権者平等原則より一般債権者は平等に扱われるべき

2. 債権者代位権（423条）—本来の用法

§423-1 債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利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、裁判上の代位によらなければ、前項の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

- ・典型例：時効中断（債権が時効消滅しそうなのに債務者が放置している場合）、移転登記請求（債務者が不動産を買ったのに名義を放置している場合）など

* 他の手段

- ・代理権を得る（→代理受領や債権譲渡を受ける手もある）←債務者の同意が必要
- ・時効中断では差し押さえも可能 ← 債務名義が必要、転付命令まで時間がかかる

* 他の手段では代替できない特徴：催告・取消権・解除権・買戻権等の行使、裁判外でも可能

- ・要件：被保全債権が金銭債権・履行期の到来、債務者の無資力・権利を行使していないこと、権利の一身専属性がないこと

- ・要件①－債権保全の必要性

* 従来：一般債権者の金銭債権であること

+ 債務者の無資力により完全な弁済を受けられなくなること

* 被保全債権の拡大 → 債権者代位権の転用

【最判昭 33.7.15 新聞 111-9】被保全債権に抵当権がついている場合(可能)[S32 オ 80]

「別段の事由がない限り抵当権の存するだけでは代位行使は妨げられない」（所有権移転登記等請求）

* 無資力要件（立証責任は債権者にある） ∴債務者の財産管理権への介入だから

- ・緩和された事例：無資力要件を不要とした事例（転用事例に近い）

【最判昭 50.3.6 民集 29-3-203】共有不動産売却代金保全の場合[S48 オ 369]

「被相続人が生前に土地を売却し、買主に対する所有権移転登記義務を負担していた場合に、数人の共同相続人がその義務を相続したときは、買主は、共同相続人の全員が登記義務の履行を提供しないかぎり、代金全額の支払を拒絶することができるものと解すべく、したがって、共同相続人の一人が右登記義務の履行を拒絶しているときは、買主は、登記義務の履行を提供して自己の相続した代金債権の弁済を求める他の相続人に対しても代金支払を拒絶することができるものと解すべきである。そして、この場合、相続人は、右同時履行の抗弁権を失わせて買主に対する自己の代金債権を保全するため、債務者たる買主の資力の有無を問わず、民法四二三条一項本文により、買主に代位して、登記に応じない相続人に対する買主の所有権移転登記手続請求権を行使することができるものと解するのが相当」（土地の売主の共同相続人が、他の共同相続人に対して買主を代位して提起した土地所有権移転登記請求→認容／棄却／棄却）

- ・保険金請求権の代位行使：判例は緩和せず

→強制保険では直接請求可能、任意保険は当時約款で認められていなかった
(S51～裁判での損賠義務の確定により直接請求が可能に約款が変更された)

【最判昭 49.11.29 民集 28-8-1670】 保険金請求権の代位行使[S47 才 1279]

「金銭債権を有する者は、債務者の資力がその債権を弁済するについて十分でないときにかぎり、民法四二三条一項本文により、債務者の有する権利を行使することができるのであるが（最判昭 40.10.12）、交通事故による損害賠償債権も金銭債権にほかならないから、債権者がその債権を保全するため民法四二三条一項本文により債務者の有する自動車対人賠償責任保険の保険金請求権を行使するには、債務者の資力が債権を弁済するについて十分でないときであることを要する」（自動車事故被害者の相続人が保険会社にした損賠請求→棄却／棄却）

【最判昭 57.9.28 民集 36-8-1652】 保険会社への併合請求[S55 才 188]

「本件普通保険約款第四章一七条には、被保険者の保険者に対する保険金請求権は、損害賠償責任の額について被保険者（加害者）と損害賠償請求権者（被害者）との間で判決が確定したとき又は裁判上の和解、調停もしくは書面による合意が成立したときに発生し、これを行使することができる」と規定されている……右規定及び本件保険契約の性質に鑑みれば、右保険約款に基づく被保険者の保険金請求権は、保険事故の発生と同時に被保険者と損害賠償請求権者との間の損害賠償額の確定を停止条件とする債権として発生し、被保険者が負担する損害賠償額が確定したときに右条件が成就して右保険金請求権の内容が確定し、同時にこれを行使することができることになるもの……本件におけるごとく、損害賠償請求権者が、同一訴訟手続で、被保険者に対する損害賠償請求と保険会社に対する被保険者の保険金請求権の代位行使による請求とを併せて訴求し、同一の裁判所において併合審判されている場合には、被保険者が負担する損害賠償額が確定するというまさにそのことによつて右停止条件が成就することになるのであるから、裁判所は、損害賠償請求権者の被保険者に対する損害賠償請求を認容するとともに、認容する右損害賠償額に基づき損害賠償請求権者の保険会社に対する保険金請求は、予めその請求をする必要のある場合として、これを認容することができる」（加害者・保険会社への損賠請求→認容／棄却）

・一般債権者による代位登記：実務は無資力要件を確認していない

→本来は必要だが、登記手続は形式的審査主義だから（保存行為ゆえ不要説もある）

・要件②－代位される権利の要件

* 一身専属の権利でないこと：行使上の一身専属性（⇔相続の§896 は帰属上の一身専属性）

・慰謝料請求権：帰属上の一身専属性はないが、行使上の一身専属性がある

【最判昭 58.10.6 判時 1099-51】 慰謝料請求権の一身専属性[S54 才 719]

「思うに、名誉を侵害されたことを理由とする被害者の加害者に対する慰謝料請求権は、金銭の支払を目的とする債権である点においては一般の金銭債権と異なるところはないが、本来、右の財産的価値それ自体の取得を目的とするものではなく、名誉という被害者の人格的価値を毀損せられたことによる損害の回復の方法として、被害者が受けた精神的苦痛を金銭に見積つてこれを加害者に支払わせることを目的とするものであるから、これを行使するかどうかは専ら被害者自身の意思によつて決せられるべき……右慰謝料請求権のこのような性質に加えて、その具体的金額自体も成立と同時に客観的に明らかとなるわけではなく、被害者の精神的苦痛の程度、主観的意識ないし感情、加害者の態度その他の不確定的要素をもつ諸般の状況を総合して決せられるべき性質のものであることに鑑みると、被害者が右請求権を行使する意思を表示しただけでいまだその具体的な金額が当事者間において客観的に確定しない間は、被害者がなおその請求意思を貫くかどうかをその自律的判断に委ねるのが相当であるから、右権利はなお一身専属性を有するものというべきであつて、被害者の債権者は、これを差押えの対象としたり、債権者代位の目的とすることはできない……他方、加害者が被害者に対し一定額の慰謝料を支払うことを内容とする合意又はかかる支払を命ずる債務名義が成立したなど、具体的な金額の慰謝料請求権が当事者間において客観的に確定したときは、右請求権についてはもはや単に加害者の現実の履行を残すだけであつて、その受領についてまで被害者の自律的判断に委ねるべき特段の理由はないし、また、被害者がそれ以前の段

階において死亡したときも、右慰籍料請求権の承継取得者についてまで右のような行使上の一身専属性を認めるべき理由がないことが明らかであるから、このような場合、右慰籍料請求権は、原判決にいう被害者の主観的意図から独立した客観的存在としての金銭債権となり、被害者の債権者においてこれを差し押えることができるし、また、債権者代位の目的とすることができる」被害者が破産後に慰謝料請求しようとした事案で、原審は破産財団に属するとして却下した（損賠請求→一部認容／取消却下／破棄差戻し／取消自判(棄却)）

- ・財産分与請求権：行使上の一身専属性があり、また確定までは被保全債権にもならない

【最判 55.7.11 民集 34-4-628】（債権者代位権を認めず、破棄自判、全員一致）

「離婚によつて生ずることあるべき財産分与請求権は、一個の私権たる性格を有するものではあるが、協議あるいは審判等によつて具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容が不確定・不明確であるから、かかる財産分与請求権を保全するために債権者代位権を行使することはできない」

- ・相続人の遺留分減殺請求権

【最判平 13.11.22 民集 55-6-1033】減殺請求権の代位行使の可否(消極)[H10 才 989]

遺留分減殺請求権は、「行使上の一身専属性を有する」。帰属上の一身専属性を有しないのみ。

「遺留分減殺請求権は、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、債権者代位の目的とすることができない」「遺留分を侵害する遺言について、いったんその意思どおりの効果を生じさせるものとした上、これを覆して侵害された遺留分を回復するかどうかを、専ら遺留分権利者の自律的決定にゆだねた」

- ・その他の例：夫婦間の契約取消権(§754)、親族間の扶養請求権(§877 以下)

* 代位行使できる権利（代位債権者 G、債務者 S、第三債権者 A）

- ・代金請求権、損賠請求権、登記請求権等請求権のほか、責任財産なら形成権も可能
- ・相殺：G は S の A に対する反対債権をもって S の A に対する債務を相殺できる
- ・消滅時効の援用：G は S の A に対する債務の消滅時効を援用できる

【最判昭 43.9.26 民集 22-9-2002】消滅時効の援用の代位行使[S41 才 77]

「消滅時効を援用しうる者は、権利の時効消滅によつて直接利益を受ける者に限られるが、他人の債務のために自己の所有物件につき抵当権を設定したいわゆる物上保証人もまた被担保債権の消滅によつて直接利益を受ける者というを妨げないから、民法一四五条にいう当事者として右物件によつて担保された他人の債務の消滅時効を援用することが許される……（最判昭 42.10.27 参照）、また、金銭債権の債権者は、その債務者が、他の債権者に対して負担する債務、または前記のように他人の債務のために物上保証人となつている場合にその被担保債権について、その消滅時効を援用しうる地位にあるのにこれを援用しないときは、債務者の資力が自己の債権の弁済を受けるについて十分でない事情にあるかぎり、その債権を保全するに必要な限度で、民法四二三条一項本文の規定により、債務者に代位して他の債権者に対する債務の消滅時効を援用することが許される」（配当異議→棄却／棄却／破棄差戻し）

（松田反対）援用は債務者の意思に委ねられており、代位行使になじまない

- ・錯誤無効の主張：G は錯誤を認めている S に代位して元売人に錯誤無効を主張可能(有力)
→判例は第三者による錯誤無効の主張を認める

【最判昭 45.3.26 民集 24-3-151】贋作の油絵代金返還請求で第三者の錯誤無効主張を認める

真作である点保証していた A から油絵を購入した B が、C に転売したが、贋作と判明した事案。B の無資力のため、C は債権者代位で A に代金返還を請求した。

「第三者において表意者に対する債権を保全するため必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がなくとも、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」

- ・ 代位権の代位行使：A(所有者)→B(賃借人)→C(転借人)の場合、不法占拠者 T に対して C は B の賃貸人 A に対する債権者代位権をさらに代位行使して T に妨害排除請求できる
- ・ 権利以外でもよいが、契約の承諾は贈与の承諾であっても債務者の自由意思ゆえ代位不可
- ・ 要件③－(被保全債権の)履行期の到来(§423-2)

＊ 例外①裁判上の代位：非訟§85 以下

非訟 85 債権者は、自己の債権の期限前に債務者の権利を行使しなければ、その債権を保全することができないとき、又はその債権を保全するのに困難を生ずるおそれがあるときは、民法§423-2 の規定による裁判上の代位の許可を申し立てることができる

非訟 88-1 裁判所は、第八十五条の規定による申立てを理由があると認めるときは、担保を立てさせて、又は立てさせないで、裁判上の代位を許可することができる

＊ 例外②保存行為：時効中断や未登記の権利の登記、第三債務者破産の場合の債権届出等

＊ 債権の成立時点：代位行使される債権より代位債権者の債権が先に成立している必要はない

【最判昭 33.7.15 新聞 111-9】債権の成立時点の先後[前掲 S32 オ 80]

「代位権者の債権者が債務者の権利より前に成立することは必要でなく…」(所有権移転登記等請求)

- ・ 要件④－権利の不行使（立証責任は代位行使の相手方にある）

＊ 債務者自らが自分の権利を行使する以前に代位権を行使する必要がある

【最判昭 28.12.14 民集 7-12-1386】債務者が権利行使している場合[S24 オ 58]

「所論債権者代位権の行使は、債務者がみずから権利を行使しない場合に限り許される……債務者がすでに自ら権利を行使している場合には、その行使の方法又は結果の良しと否とにかかわらず、債権者は債務者を排除し又は債務者と重複して債権者代位権を行使することはできない。債権者代位権という制度の本質から見て、かく解するのが相当……若し、所論のごとく債務者自らがその権利を行使するに当り不十分、不誠実、不適当な場合には、債権者は補助参加により、さらに場合によつては当事者参加によつて、自己の権利保全をすることもできるし、事情によつては詐害行為として取消を請求することもできるのである」(仮処分申請→棄却／棄却／棄却)

- ・ 行使方法

＊ 権利行使の名義・方法：自己の名で行使できる（判例・通説）、裁判外での行使も可能

・ 代位訴訟：代位債権者が第三債務者に対して起こす訴訟のこと。自らの名でする

＊ 代位行使の範囲：金銭債権なら被保全債権の債権額に限られる（←異説あり）

【最判昭 44.6.24 民集 23-7-1079】被保全債権の方が少額の場合[S41 オ 981]

「債権者代位権は、債権者の債権を保全するために認められた制度であるから、これを行使しうる範囲は、右債権の保全に必要な限度に限られるべきものであつて、債権者が債務者に対する金銭債権に基づいて債務者の第三債務者に対する金銭債権を代位行使する場合においては、債権者は自己の債権額の範囲においてのみ債務者の債権を行使しうるもの」(被保全債権は利率 6%、債務者の債権は日歩 4 銭で、元本は少ないのに遅延損害金によって被保全債権を超えていたもの。超過部分を棄却する破棄自判)

＊ 第三債務者の抗弁：債務者に対して主張できる抗弁をすべて代位債権者に対抗できる

・ 代位債権者は債務者の主張できる事由しか主張できない

【最判昭 54.3.16 民集 33-2-270】代位債権者独自の事情に基づく抗弁の可否[S51 オ 49]

「本件訴訟は、被上告人が、民法四二三条一項の規定に基づき、訴外会社と上告人との間で締結された荷為替手形の取立金からの前示振込委任契約を訴外会社に代位して解除し、その結果、上告人の訴外会社に対する支払義

務が具体化するに至った右取立金の返還債務につき、被上告人が訴外会社に対して有する前示売買代金債権を保全するため、さらに訴外会社に代位して自己に直接支払を求めることを内容とする債権者代位訴訟であるから、被上告人の提出にかかる前記権利濫用の抗弁の採否は、まず本件訴訟の右の性格を考慮して決すべきものであるところ、債権者代位訴訟における原告は、その債務者に対する自己の債権を保全するため債務者の第三債務者に対する権利について管理権を取得し、その管理権の行使として債務者に代り自己の名において債務者に属する権利を行使するものであるから、その地位はあたかも債務者になり代るものであつて、債務者自身が原告になつた場合と同様の地位を有するに至るものというべく、したがつて、被告となつた第三債務者は、債務者がみずから原告になつた場合に比べて、より不利益な地位に立たされることがないとともに、原告となつた債権者もまた、その債務者が現に有する法律上の地位に比べて、より有利な地位を享受するものではない……そうであるとするならば、第三債務者である被告の提出した債務者に対する債権を自働債権とする相殺の抗弁に対し、代位債権者たる原告の提出することのできる再抗弁は、債務者自身が主張することのできる再抗弁事由に限定されるべきであつて、債務者と関係のない、原告の独自の事情に基づく抗弁を提出することはできない……しかるに、本件において被上告人の提出した権利濫用の抗弁について原審がこれを採用した理由として判示するところは、要するに、上告人の相殺の主張は、訴外会社に対する関係ではともかく、被上告人との関係においては取引の信義則に反し権利の濫用として許されない、というのであるが、債権者代位訴訟における当事者の地位に関する前記説示に照らすと、本訴債権が相殺により消滅したと本件訴訟において主張することが訴外会社にとつては信義則に反し権利の濫用とならないため相殺による本訴債権の消滅を肯定すべき場合においても、なお被上告人との関係においては右相殺の主張が取引の信義則に反し権利の濫用となるものとして相殺の主張が容れられないものとするとは、債権者代位訴訟である本件訴訟の性質からみて、債権者たる原告の地位を債務者が訴訟を進行する場合に比して有利にするものとして、許されないものといわなければならない」(第三者のためにする契約に基づく振込金請求→認容→被告控訴：取消・主位棄却・予備認容→被告上告：予備認容部分破棄差戻し)

(吉田・本林・栗本補足) 大塚反対意見は民訴法違反(原告が上告していないから)

(大塚反対) 原審の主位的請求棄却部分が誤りで、全部を破棄差戻しすべき

- ・債権者代位と§94-2：代位債権者は§94-2の第三者にあたらない(虚偽表示を対抗可能)

←土地の転得者が登記請求権の転用をした場合は対抗できない

【大判昭 18.12.22 民集 22-1263】債権者代位と§94-2の第三者[S18 才 621]

要旨「単なる金銭債権を有するに過ぎざる債権者が債権保全の為該債権と直接関係なき債務者の移転登記請求権を代位行使するが如き場合に於て右登記請求権の発生原因たる法律行為が虚偽表示なるときは債権者は民法第94条第2項に所謂第三者に該当せざるものとす」(所有権移転登記請求→棄却／棄却)

- * 請求の内容：自分への引渡しを求めることができるか

→移転登記は債務者への給付でよいが、物の引渡では受取拒否がありうるので直接給付も可能

←妨害排除ならよいが、動産の引渡で換価したい場合は強制執行する必要がある

- ・金銭給付の場合：自己への給付を請求可能 → 返還義務を債権と相殺可能

【大判昭 10.3.12 民集 14-482】代位債権者は自己への給付を求めうる

- ・債権者代位権の理論的位置づけ

- * 責任財産保全制度説(通説)：責任財産保全が目的だが、金銭債権では事実上優先弁済という結果が生じてもやむを得ない(→債権者代位権は民法、強制執行制度は独法由来)

- * 簡便な債権回収手段説(天野)：強制執行は面倒なので、債権者代位権で簡便な回収を許すもの
→無資力要件を廃止すべき(不動産への強制執行をするのは面倒だから)

- * 包括担保権説(平井)：代位債権者は債務者の財産権に対し一種の包括担保権を有し、その

実行方法が債権者代位権である（→代位権の中心的機能が優先弁済）

- ・債権者代位権の効果

- * 従来通説：効果は直接に債務者に帰属する（代位債権者は債務者に返還義務がある）

- ・ 代位権行使後の債務者の処分権：債権者代位権行使を知った後は権利処分ができない

- ∴ 債権者代位権は責任財産保全の制度であり、目的達成のため代位権行使を尊重すべき

- 非訟 88-3 裁判上の代位の許可の裁判を告知された債務者は権利を処分できなくなる

【最判昭 48.4.24 民集 27-3-596】代位権行使後の債務者の処分権[S47 オ 908]

賃借人 X→占有者 Y への建物収去土地明渡請求(所有者賃貸人 Z に代位)に、Z が X との賃貸借契約は解除されたとして Y への建物収去土地明渡請求をして参加したもの（参加人勝訴→原告・被告控訴：原告一部認容(別建物)、参加人関係棄却→被告上告：棄却）

「債権者が民法四二三条一項の規定により代位権を行使して第三債務者に対し訴を提起した場合であつても、債務者が民訴法七一条により右代位訴訟に参加し第三債務者に対し右代位訴訟と訴訟物を同じくする訴を提起することは、民訴法二二一条の重複起訴禁止にふれるものではない……けだし、この場合は、同一訴訟物を目的とする訴訟の係属にかかわらず債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることができるのであり、また、債務者の提起した訴と右代位訴訟とは併合審理が強制され、訴訟の目的は合一に確定されるのであるから、重複起訴禁止の理由である審判の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩という弊害がないからである。したがつて、債務者の右訴は、債権者の代位訴訟が係属しているというだけでただちに不適法として排斥されるべきものと解すべきではない。もつとも、債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対しその事実を通知するかまたは債務者がこれを了知したときは、債務者は代位の目的となつた権利につき債権者の代位権行使を妨げるような処分をする権能を失い、したがつて、右処分行為と目される訴を提起することができなくなる（大判昭 14.5.16 参照）のであつて、この理は、債務者の訴提起が前記参加による場合であつても異なるものではない。したがつて、審理の結果債権者の代位権行使が適法であること、すなわち、債権者が代位の目的となつた権利につき訴訟追行権を有していることが判明したときは、債務者は右権利につき訴訟追行権を有せず、当事者適格を欠くものとして、その訴は不適法といわざるをえない反面、債権者が右訴訟追行権を有しないことが判明したときは、債務者はその訴訟追行権を失つていないものとして、その訴は適法といふことができる」（本件では代位行使が賃貸借契約解除で違法になっていたため適法）

- ・ 代位訴訟の判決の効果は債務者に及ぶか：及ぶ（法定訴訟担当）

- ∴ 債権者が債務者のために行うから、債務者を含めて法律関係が確定される必要がある

- 債務者はそもそも権利行使を怠っており、債権者が失敗しても文句を言えない

- 債務者や他の債権者が別に争えと第三債務者に不利に過ぎる

- * 包括担保権説の立場：優先弁済効を是認する一方で、手続法上の効果は抑制的

- ・ 債務者の処分権：裁判上の代位のほかには債務者は処分可能

- ・ 代位訴訟の判決効：訴訟外の債務者・他の債権者には及ばない

- ・ 代位債権者が債務者に対して負う義務：善管注意義務を負う

→代位訴訟の追行に問題があつて敗訴すると、債権者は賠償責任を負う

【大判昭 15.3.15 民集 19-586】代位債権者の善管注意義務[S14 オ 123]

「素より債権者は代位権行使に付ては訴訟に依る場合と雖善良なる管理者の注意を払ふを当然とするを以て若し訴訟追行上過失の存する場合（例へば債務者に訴訟告知を為さざりし為債務者の手に存する訴訟資料を利用し得ざりし場合の如き）には債務者に対し損害賠償の責に任ずべく前示判決の効力を債務者に及ぼすものなりとの

解釈は敢て債務者に酷なりと云ふを得ざるものとす」(但し、代位訴訟勝訴による時効中断を、債務者の他の債権者が援用できるかどうかの判断の理由として述べられているもの)

3. 債権者代位権の転用

- ・登記請求権の転用：転得者が元の譲渡人に譲受人への移転登記を請求する場合

【大判明 43.7.6 民録 16-537】移転登記請求権の代位行使[M43 オ 152]

要旨「甲者が其所有に属する土地を乙者に売渡し乙者は更に之を丙者に売渡したる場合に於て孰れも其売買に因る所有権移転の登記を為さざるときは丙者は民法第423条に依り乙者に対する登記手続の請求権を保全する為め乙者の甲者に対する登記手続の請求権を行使し得るものとす」「民法第423条は債権者が保全せんとする債権に付き別に制限を設けざるを以て同条の適用を受くべき債権は債務者の権利行使に依りて保全せらるべき性質を有すれば足り其債務者の資力の有無に関係を有すると否とは必ずしも之を問ふの要なし」「債権者が債務者の資力の有無に関係なき債権を保全せんとする場合と雖も苟も債務者の権利行使が其保全に適切にして、且、必要な限は民法第423条の適用を妨げざるものとす。従て債務者の無資力なることは必ずしも同条適用の要件に非ず」「土地の所有者が他人に其土地を売渡したる後更に同地所の一部及び立木を他人に売却して其代金を受取りたるときは物権得喪の登記欠缺を主張するに付き正当の利益を有するものに非ざれば縦令最初の買主より該土地を譲受けたる者が其所有権取得の登記を為さざるも民法第177条を適用すべき限に在らず」

- ・賃借権に基づく妨害排除

* 対抗力ある賃借権に基づく妨害排除請求権も可能だが、対抗力がないと代位行使による

【大判昭 4.12.16 民集 8-944】賃借権に基づく妨害排除請求権代位行使[S4 オ 835]

要旨「土地の賃借人は賃借権を保全する為賃貸人たる所有者に代位して土地を不法に占拠せる第三者に対し妨害排除の請求権を行使することを得るものとす」(ブラック収去土地明渡請求)

- ・抵当権者による不法占拠者の排除

【最大判平 11.11.24 民集 53-8-1809】抵当権者による不法占拠者の排除[H8 オ 1697]

「抵当権は、競売手続において実現される抵当不動産の交換価値から他の債権者に優先して被担保債権の弁済を受けることを内容とする物権であり、不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定され、抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない。しかしながら、第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない。そして、抵当不動産の所有者は、抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されている……したがって、右状態があるときは、抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する……そうすると、抵当権者は、右請求権を保全する必要があるときは、民法四二三条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる……なお、第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許されるものというべきである」(最判平 3.3.22 を変更、建物明渡請求→認容/棄却/棄却)

(奥田補足) 所有者が返還を受けようとししないような場合は債権者への引渡しを求めてよい

- ・転用事例における無資力要件：不要

第4款 詐害行為取消権（424-426条）

1. 意義

- ・責任財産保全説：責任財産保全のための制度で、原則として債務者に財産を戻すべき
←転売時には債務者まですべての取引を取消すことになり、取引の安全を害する
←受領拒否の場合に債権者への引渡＝相殺による優先弁済を認めざるを得ない
- ・責任説：実体法上の権利関係はそのまま逸出財産の責任のみが復帰する ← 実定法に反する
- ・優先弁済肯定説：取消訴訟は優先弁済を認めるもの、転得者の価格賠償を認める
←§425が空文化する

§425 前条の規定による取消しは、すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる

2. 要件

- ・詐害行為取消権の要件

§424-1 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない

#2 前項の規定は、財産権を目的としない法律行為については、適用しない

- * 債権者：被保全債権が金銭債権であり、債権取得時期が詐害行為の前である
- * 債務者：詐害行為であること（無資力・財産権を目的とする法律行為／悪意の相関的考慮）
- * 受益者・転得者：悪意
- ・要件①－被保全債権の種類が金銭債権であること
 - * 担保のある場合
 - ・物的担保なら不足額限りで行使可能(通説・判例)
 - ・物上保証なら全額につき行使可能(通説) ∴物上保証人は債務者の一般財産に求償可能
 - ・人的担保なら全額につき行使可能(通説・判例) ∴保証人は債務者に求償可能
 - * 金銭債権以外の場合
 - ・二重譲渡の場合：履行不能で損賠償権に变じうるから認められる
→損賠償権に变じるので、自己への移転登記は求め得ない

【最大判昭 36.7.19 民集 15-7-1875】二重譲渡の登記取消請求[S30 才 260]

詐害行為取消・所有権移転登記請求→棄却／取消認容／破棄差戻し

家屋の買主が、売主が代物弁済で家屋を他に譲渡したため、受益者に対して取消しを請求したもの

「民法四二四条の債権者取消権は、総債権者の共同担保の保全を目的とする制度であるが、特定物引渡請求権（以下特定物債権と略称する）といえどもその目的物を債務者が処分することにより無資力となつた場合には、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができる……」けだし、かかる債権も、窮極において損害賠償債権に变じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様だからである……論旨は、原判決のような判断が許されるときは、被上告人は登記を了しないのに、既に登記した上告人に対し所有権の移転を対抗し得ると同一の結果となり、民法一七七条の法意に反すると主張するが、債権者取消権は、総債権者の利益のため債務者の一般財産の保全を目的とするものであつて、しかも債務者の無資力という法律事実を要件とするものであるから、所論一七七条の場合と法律効果を異にすることは当然である」

- ・要件②－被保全債権の取得時期

＊取消債権者が債権を取得した時点が責任財産の基準時 → それ以後の行為のみが対象

・ 詐害行為の契約は事前に締結されており、履行が被保全債権取得後 → 取消しえない

【最判昭 55.1.24 民集 34-1-110】被保全債権取得後の履行[S54 才 730]

X は A に対して手形金請求事件の勝訴判決を得たが、A はそれ以前に Y に対して不動産を贈与し、判決後に登記したもの。詐害行為取消等請求→棄却／棄却／棄却

「債務者の行為が詐害行為として債権者による取消の対象となるためには、その行為が右債権者の債権の発生後にされたものであることを必要とするから、詐害行為と主張される不動産物権の譲渡行為が債権者の債権成立前にされたものである場合には、たとえその登記が右債権成立後にされたときであつても、債権者において取消権を行使するに由はない（大判大 6.10.30 参照）。けだし、物権の譲渡行為とこれについての登記とはもとより別個の行為であつて、後者は単にその時から始めて物権の移転を第三者に対抗しうる効果を生ぜしめるにすぎず、登記の時に右物権移転行為がされたこととなつたり、物権移転の効果が生じたりするわけのものではないし、また、物権移転行為自体が詐害行為を構成しない以上、これについてされた登記のみを切り離して詐害行為として取扱い、これに対する詐害行為取消権の行使を認めることも、相当とはいいい難いからである」

＊被保全債権の履行期到来は要件ではない(通説・判例)

・ はるか先で取消すべきでない場合(先行投資など)は、債務者の悪意がないとすべき

・ 要件③－債務者の客観的要件（無資力・財産権を目的とする法律行為）

＊無資力：「債権者を害する」＝責任財産が減少し、債務超過に陥るか既に債務超過であること

・ 他の一般債権者への優先弁済や抵当権設定：財産は計算上減少しないが、一般債権者は損
→無資力状態で行うと主観的要件との相関で悪質なら詐害性肯定

【大判昭 4.3.14 民集 8-166】保証債務負担は主債務者に十分な資力がある場合以外消極財産

・ 債務超過の判断時点：当該法律行為が行われとき＋現在（事実審口頭弁論終結時）

∴債務超過が解消したらわざわざ取消する必要がないから

＊財産権を目的とする法律行為(§424-2)

・ 狭義の法律行為ではないが含まれるもの：弁済

・ §424-2 による除外：家族法上の行為(婚姻、離婚、養子縁組、相続の承認・放棄など)

【最判昭 58.12.19 民集 37-10-1532】財産分与は原則として対象外(不相当過大なら対象)

【最判平 12.3.9 民集 54-3-1013】過大な慰謝料の合意の一部取消しを肯定

【最判平 11.6.11 民集 53-5-898】遺産分割協議は取消しの対象

・ 対抗要件具備行為：登記も債権譲渡通知も取消対象にならない

【最判平 10.6.12 民集 52-4-1121】債権譲渡通知の詐害行為取消(否定)[H8 才 1307]

「債務者が自己の第三者に対する債権を譲渡した場合において、債務者がこれについてした確定日付のある債権譲渡の通知は、詐害行為取消権行使の対象とならない……けだし、詐害行為取消権の対象となるのは、債務者の財産の減少を目的とする行為そのものであるところ、債権の譲渡行為とこれについての譲渡通知とはもとより別個の行為であつて、後者は単にその時から初めて債権の移転を債務者その他の第三者に対抗し得る効果を生じさせるにすぎず、譲渡通知の時に右債権移転行為がされたこととなつたり、債権移転の効果が生じたりするわけではなく、債権譲渡行為自体が詐害行為を構成しない場合には、これについてされた譲渡通知のみを切り離して詐害行為として取り扱い、これに対する詐害行為取消権の行使を認めることは相当とはいいい難いからである（大判大 6.10.30、最判昭 55.1.24 参照）」（(本)供託金還付請求権確認、(反)詐害行為(債権譲渡通知)取消→(本)棄却(反)認容→棄却→破棄自判(取消(本)認容(反)棄却)）

- ・虚偽表示無効と詐害行為取消権：判例は無効な法律行為の取消しはできないとする
 ←登記抹消手続を虚偽表示無効によって拒むことは権利濫用ないし信義則違反では？

【大判明 41.6.20 民録 14-759】登記法上の行為は法律行為でなく取消し対象にならない

【大判昭 6.9.16 民集 10-806】善意の転得者に対しては詐害行為取消権を行使可能

虚偽表示については善意かつ債権者を害することにつき悪意の転得者に対するもの

- ・要件④－債務者の主観的要件（詐害の意思）

* 詐害の意思：「債権者を害することを知って」なすこと

→行為の詐害性が強いと認識で足り、かつ行為がされた事実から推定される

→単なる弁済行為なら「通謀」を要し、かつその立証を要する

- ・抵当権設定：害意は不要、悪意があればよい

←既存債務への抵当権設定か、新たな債務負担かで判断を分けるべき

改正破産法：既存債務は否認対象だが、新規(同時交換的取引)は否認の対象外

【最判昭 35.4.26 民集 14-6-1046】詐害の意思の意義[S32 オ 362]

「詐害行為の成立には債務者がその債権者を害することを知って法律行為をしたことを要するが、必ずしも害することを意図しもしくは欲してこれをしたことを要しない」（←Yは債務者が悪意だが害意はないと主張）

「詐害行為取消権は、詐害の原因たる債務者の法律行為を取消し、受益者又は転得者がなお債務者の財産を保有するときは直接これを回復し、これを保有しないときはその財産の回復に代えてその賠償をさせ、もつて債務者の一般担保権を確保することを目的とするものである。そして、その財産の回復義務は受益者又は転得者が詐害行為によつて債務者の財産を脱漏させたために生じた責任に基因するものであるから、その財産を他人に譲渡したからといってこれを免れるものではなく、また財産譲渡の結果利得の残存する与否とを問うものでもないと解さなければならない」（Yへの抵当権設定を詐害行為とする取消請求等→認容／棄却／棄却）

【最判昭 42.11.9 民集 21-9-2323】抵当権設定による新たな借入れ(否定例)[S40 オ 1295]

譲渡担保により生計費や長女の進学費用を借り入れたもの（詐害行為取消請求→棄却／棄却）

「事実関係に徴すれば、前記各譲渡担保による所有権移転行為は、当時宇治田夫妻は他に資産を有していなかつたから、債権者の一般担保を減少せしめる行為であるけれども、前記のような原審の確定した事実の限度では、他に資力のない債務者が、生計費及び子女の教育費にあてるため、その所有の家財衣料等を売却処分し或は新たに借金のためこれを担保に供する等生活を営むためになした財産処分行為は、たとえ共同担保が減少したとしても、その売買価格が不当に廉価であつたり、供与した担保物の価格が借入額を超過したり、または担保供与による借財が生活を営む以外の不必要な目的のためにする等特別の事情のない限り、詐害行為は成立しない」

【最判昭 44.12.19 民集 23-12-2518】営業継続のためやむを得ない場合[S43 オ 275]

「本件建物その他の資産を被上告会社に対して譲渡担保に供した行為は、被上告会社に対する牛乳類の買掛代金二四四万円の支払遅滞を生じた訴外有限会社上田乳業食品およびその代表取締役上田四郎が、被上告会社からの取引の打ち切りや、本件建物の上の根抵当権の実行ないし代物弁済予約の完結を免れて、従前どおり牛乳類の供給を受け、その小売営業を継続して更生の道を見出すために、示談の結果、支払の猶予を得た既存の債務および将来の取引によつて生ずべき債務の担保手段として、やむなくしたところであり、当時の諸般の事情のもとにおいては、前記の目的のための担保提供行為として合理的な限度を超えたものでもなく、かつ、かかる担保提供行為をしてでも被上告会社との間の取引の打ち切りを避け営業の継続をはかること以外には、右訴外会社の更生策として適切な方策は存しなかつたものであるとするに難くない。債務者の右のような行為は、それによつて債権者の一般担保を減少せしめる結果を生ずるにしても、詐害行為にはあたらないとして、これに対する他の債権者からの介入は許されないものと解するのが相当」（詐害行為取消→棄却／棄却／棄却）

- ・債権者への弁済：一部の債権者と通謀して害意でした場合のみ

←改正破産法は支払不能前の偏頗行為(優先弁済)は否認対象としないから対象外

【最判昭 33.9.26 民集 12-13-3022】一部の債権者への弁済の取消(否定)[S31 才 420]

「債権者が、弁済期の到来した債務の弁済を求めることは、債権者の当然の権利行使であつて、他に債権者あるの故でその権利行使を阻害されるいわれはない。また債務者も債務の本旨に従い履行を為すべき義務を負うものであるから、他に債権者あるの故で、弁済を拒絶することのできないのも、いうをまたないところである。そして債権者平等分配の原則は、破産宣告をまつて始めて生ずるものであるから、債務超過の状況にあつて一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても、右弁済は、原則として詐害行為とならず、唯、債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもつて弁済したような場合にのみ詐害行為となるにすぎない…（大判大 6.6.7 参照）。」（詐害行為取消→棄却／取消認容／破棄差戻し）

- ・債権譲渡による(優先的)代物弁済：通謀まで要求

【最判昭 48.11.30 民集 27-10-1491】債務超過状態での一部債権者への弁済[S48 才 235]

「債務超過の状態にある債務者が、他の債権者を害することを知りながら特定の債権者と通謀し、右債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図のもとに、債務の弁済に代えて第三者に対する自己の債権を譲渡したときは、たとえ譲渡された債権の額が右債権者に対する債務の額を超えない場合であつても、詐害行為として取消の対象になる…（大判大 6.6.7、同大 8.7.11、同昭 16.2.10、最判昭 29.4.2、同 39.11.17 参照）。」（詐害行為取消請求→認容／取消棄却／破棄差戻し）

- ・不動産の売却：相当価格でも詐害行為になりうる。現金にすると費消の可能性が高くなるから

←改正破産法は相当価格での不動産処分の否認の要件を厳格化 ∴経営再建が困難になる

→隠匿や無償供与等に限って取消し対象とすべき

【大判明 39.2.5 民録 12-133】不動産売却は相当価格でも詐害行為になりうる

【最判昭 41.5.27 民集 20-5-1004】抵当不動産の売却が詐害行為でない場合[S40 才 1498]

「債務者が既存の抵当権付債務の弁済をするために、右被担保債権額以下の実価を有する抵当物件たる所有不動産を相当な価格で売却し、その代金を右債務の支払に充てて当該抵当権の消滅をはかる場合にあつては、その結果右債務者の無資力を招いたとしても、右不動産売却行為は、一般債権者の共同担保を減少することにはならないから、民法四二四条所定の詐害行為にあたらぬ」（所有権移転登記抹消請求→棄却／棄却／棄却）

- ・動産の売却：相当価格なら取消対象外(肯定例はあるが先例として疑問視されている)

【最判昭 39.11.17 民集 18-9-1851】動産の相当価格での処分[S37 才 107]

債務超過状態で被告に動産を売却し、その代金債権と被告の債権を相殺したもの（詐害行為取消→認容／棄却）

「債務超過の債務者が、特に或る債権者と通謀して、右債権者のみをして優先的に債権の満足を得しめる意図のもとに、自己の有する重要な財産を右債権者に売却して、右売買代金債権と同債権者の有する債権とを相殺する旨の約定をした場合には、たとえ右売買価格が適正価格であるとしても、右売却行為は民法四二四条所定の詐害行為にあたる…（大判大 13.4.25、同昭 8.5.2 参照）」本件の「事実関係のもとでは、たとえ売買価格が適正価格であるとしても、右売却行為は民法四二四条所定の詐害行為にあたると解すべき」

- ・非義務的行為：弁済期前の弁済は悪意で詐害性を肯定すべき(破産法も否認対象)

- ・不当処分等：積極財産の無償・廉価での譲渡、不相当な価額での代物弁済等は詐害性あり

- ・要件⑥－受益者・転得者の悪意

* 受益者・転得者が受益行為又は転得時に「債権者を害すべき事実」を知っていたこと

- ・一般に悪意であれば足りるが、弁済行為については債務者との通謀が必要

- ・立証責任は受益者・転得者

∴債権者だと取消権行使が著しく困難、債務者悪意なら第三者悪意であることが多い

- ・受益者悪意・転得者善意の場合：受益者への価格賠償が請求できる
- ・受益者善意・転得者悪意の場合：肯定例あり ∴424条の取消を相対的取消と判例は解する
→善意の受益者への追奪担保責任の追及は認められない(債務者に不当利得返還請求すべき)

【最判昭 49.12.12 金法 743-31】善意者からの悪意の転得者への取消(肯定)[S49 オ 181]

「民法四二四条所定の詐害行為の受益者又は転得者の善意、悪意は、その者の認識したところによつて決すべきであつて、その前者の善意、悪意を承継するものではないと解すべきであり、また、受益者又は転得者から転得した者が悪意であるときは、たとえその前者が善意であつても同条に基づく債権者の追及を免れることができないといふべきである」(善意の転得者からの悪意の転得者への詐害行為取消請求等→認容／棄却)

3. 行使方法

- ・裁判所への請求が必要 ∴他人間の法律行為を取消すもので、第三者への影響があるから
→債権者取消権行使に要した費用は共益費用として優先権を持つ(§306:1の先取特権)

【最判昭 40.3.26 民集 19-2-508】債権者取消権は反訴で行使できる

【最判昭 39.6.12 民集 18-5-764】債権者取消権は抗弁では行使できない

- ・行使期間(§426)：転得者に対しても、債務者の詐害行為を知った時から起算される
§426 第四百二十四条の規定による取消権は、債権者が取消しの原因を知った時から二年間行使しないときは、時効によって消滅する。行為の時から二十年を経過したときも、同様とする

【大判大 4.12.10 民録 21-2039】転得者への取消権の時効起算点は詐害行為を知った時

4. 効果

- ・訴訟の性質
 - * 形成権説：取消の効果形成が目的 → 債務者・受益者・転得者全員を被告とすべき
←取引関係を不当に混乱させ、善意者・悪意者混在時の処理が面倒
 - * 請求権説：財産の返還請求が目的 → 財産を有する受益者又は転得者のみを被告とすべき
←文面と矛盾、免除や未履行の場合はどう扱うのか
 - * 折衷説(判例・多数)：形成訴訟だが、相対効で取消したい相手方だけを被告にすれば足りる
←債務者も被告に加えるべき(有力) ∴相対効なら債務者に取消効が及ばず、取り戻した財産を債務者が保持する権限がないから、強制執行できないのではないかと
 - * 責任説：取消判決により権利関係はそのまま、逸出財産の責任のみが債務者に復帰する
←理論的には整合性があるが、民法・民訴法の条文に反する
- ・誰に何を請求できるか
 - ①効力は相対効である→②受益者又は転得者を訴えれば足り、債務者を被告とする必要はない
 - ③転得者がいても受益者のみに価額賠償を求めてよい
 - ④取消を求める訴えはそれ自体として利益があり許される<形成訴訟である>
→未履行であれば取消だけで話が済む

【大連判明 44.3.24 民録 17-117】詐害行為取消請求の性質[M43 オ 148]

要旨①「詐害行為の廃罷は民法が法律行為の取消なる語辞を用ゐたるに拘はらず一般法律行為の取消と其性質を

異にし之が効力は相対的にして何人にも対抗すべき絶対的のものに非ず」

②「債権者が債務者の財産を譲受けたる受益者又は転得者に対して訴を提起し之に対する関係に於て法律行為を取消したるときは該財産の回復又は之に代るべき賠償を得ることに因り其担保権を確保するに足るを以て特に債務者に対して訴を提起し其法律行為の取消を求むるの要なきものとす」

③「債務者の財産が受益者の手を経て転得者の有に歸したる場合に債権者が受益者に対して廃罷訴権を行使し法律行為を取消して賠償を求むると転得者に対して同一訴権を行使し直接に該財産を回復するとは全く其自由の権内に在るものとす」

④「裁判所が原告たる債権者の請求に基き法律行為の取消を命ずる裁判は法律行為の効力を消滅せしむるを以て目的とし被告たる受益者又は転得者は之に因り其行為の消滅を認めざるべからざる羈絆を受くるものなれば該訴訟は単純なる確認訴訟に非ず。従て後に提起する原状回復の訴の前提たるに拘はらず原告の爲めに利益ある訴訟たるを妨げざれば不適法として之を却下し得ざるものとす」

・取り戻せる財産の範囲

* 金銭の処分の場合(可分な場合)：取消債権者が損害を受ける限度で取消可能

【大判大 9.12.24 民録 26-2024】他に一般債権者がいても自己の債権の限度で取消可能

【最判平 8.2.8 判時 1563-112】詐欺行為当時の債権額+その後の遅延損害金が限度

* 金銭以外の財産の処分の場合(不可分な場合)：原則は現物返還

【最判昭 30.10.11 民集 9-11-1626】取消債権者の債権額を超えても原則現物返還可能

・ 抵当権が消滅した場合：一般財産の減少した範囲にとどまる (→価額賠償)

∴ 受益者たる抵当権者は一般債権者になり損失が大きい ⇔ 一般債権者は不当に利益を得る
(登記抹消後の利害関係人との関係で、登記の復活はできない)

【最大判昭 36.7.19 民集 15-7-1875】 抵当不動産処分の取消の限度[前掲 S30 才 260]

「債務者が目的物をその価格以下の債務の代物弁済として提供し、その結果債権者の共同担保に不足を生ぜしめた場合は、もとより、詐欺行為を構成するものというべきであるが、債権者取消権は債権者の共同担保を保全するため、債務者の一般財産減少行為を取消し、これを返還させることを目的とするものであるから、右の取消は債務者の詐欺行為により減少された財産の範囲にとどまるべきものと解すべきである。したがって、前記事実関係によれば本件においてもその取消は、前記家屋の価格から前記抵当債権額を控除した残額の部分に限って許される……詐欺行為の一部取消の場合において、その目的物が本件の如く一棟の家屋の代物弁済であつて不可分のものと認められる場合にあつては、債権者は一部取消の限度において、その価格の賠償を請求するの外はないものといわなければならない」→原審は全部破棄差戻し

(奥野・下飯坂・山田補足) 原則として全部を取消すべきだが、「本件においては、目的物たる不動産は受益者に対する抵当権附債権に代物弁済され、抵当権の登記は既に抹消されているのであるから、転得者のみを被告とする本訴においては原告の保全債権に優先する右抵当権附債権及び抵当権登記を復活せしめて、債務者の財産を原状に回復せしめることは不可能であり、また、無担保となつた本件不動産をそのまま債務者の一般財産に復帰せしめることは不当に債務者及び債権者を利する結果となり、決して原状回復とはなり得ない関係にある。従つて、本件の如き特別の場合においては逸脱した財産自体の返還に代えてその評価額により詐欺行為となつた部分に相当する金額の賠償を認めることは止むを得ない」

【最判昭 63.7.19 判時 1299-70】 価額賠償のみ(先順位抵当権登記が受益者の代位弁済で抹消)

【最判平 4.2.27 民集 46-2-112】 共同抵当目的不動産の詐欺行為取消[H1 才 1668]

「共同抵当の目的とされた数個の不動産の全部又は一部の売買契約が詐欺行為に該当する場合において、当該詐欺行為の後に弁済によって右抵当権が消滅したときは、売買の目的とされた不動産の価額から右不動産が負担す

べき右抵当権の被担保債権の額を控除した残額の限度で右売買契約を取り消し、その価格による賠償を命ずるべきであり、一部の不動産自体の回復を認めるべきものではない（最大判昭 36.7.19,最判昭 63.7.19 参照）。そして、この場合において、詐害行為の目的不動産の価額から控除すべき右不動産が負担すべき右抵当権の被担保債権の額は、民法三九二条の趣旨に照らし、共同抵当の目的とされた各不動産の価額に応じて抵当権の被担保債権額を案分した額によると解するのが相当」（所有権移転登記抹消請求等→認容／破棄差戻し）

- ・ 抵当権が消滅しない場合：現物返還の原則に戻る

【最判昭 54.1.25 民集 33-1-12】現物返還の原則[S53 才 809]

X は A に対して 500 万円の債権を有し、A は経営悪化後 Y に土地を譲渡担保に供した。土地には B のための根抵当権が設定されていたが、価額 1500 万円に対して被担保債権額は担保提供当時 1390 万円、現在は 1200 万円未満であった。

「本件における問題点は、譲渡担保としてされた本件土地の譲渡に対し被上告人による詐害行為の取消が認められる場合において、その結果として本件土地自体の返還を請求することができるかどうかであるが、詐害行為取消権の制度は、詐害行為により逸出した財産を取り戻して債務者の一般財産を原状に回復させようとするものであるから、逸出した財産自体の回復が可能である場合には、できるだけこれを認めるべきである（大判昭 9.11.30 参照）。それ故、原審の確定した右事実関係のもとにおいて、逸出した財産自体の回復が可能であるとして、本件土地全部についての譲渡担保契約を取り消して右土地自体の回復を肯認した原審の判断は、正当として是認することができる」（詐害行為取消等請求→認容／棄却）

- ・ 取消債権者への引渡しを請求できるか

＊ 原則：目的物を債務者に返還させる（→差押え→強制執行の順）

＊ 不動産等の返還：詐害行為による登記・登録を抹消させるのが基本

【最判昭 40.9.17 訟月 11-10-1457】転得者に債務者への移転登記を請求してもよい

- ・ 二重譲渡での取消債権者への移転登記請求

【最判昭 53.10.5 民集 32-7-1332】自己への所有権移転登記の可否(否定)[S51 才 1215]

「特定物引渡請求権（以下、特定物債権と略称する。）は、窮極において損害賠償債権に変じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様であり、その目的物を債務者が処分することにより無資力となつた場合には、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができる…（最大判昭 36.7.19）。しかし、民法四二四条の債権者取消権は、窮極的には債務者の一般財産による価値的満足を受けるため、総債権者の共同担保の保全を目的とするものであるから、このような制度の趣旨に照らし、特定物債権者は目的物自体を自己の債権の弁済に充てることはできない」（所有権移転登記請求部分棄却／棄却）

＊ 不動産で現物返還不能時：価格賠償を求めうる（不当利得説・不法行為説がある）

・ 現物返還が可能なら、受益者・転得者の意思に反して価格賠償を求めることは不可(学説)

・ 価格賠償の基準時：事実審口頭弁論終結時(通説・判例)

・ 受益者は悪意ゆえ、現物返還と等しい地位を回復させる義務を負わせてもやむを得ない

【最判昭 50.12.1 民集 29-11-1847】価格賠償の基準時(口頭弁論終結時)[S49 才 480]

「不動産の譲渡が詐害行為として取消を免れず受益者において現物返還に代る価格賠償をすべきときの価格の算定は、特別の事情がないかぎり、当該詐害行為取消訴訟の事実審口頭弁論終結時を基準としてなすべき……」けだし、右価格賠償における価格の算定は、受益者が事実審口頭弁論終結時までには当該不動産の全部又は一部を他に処分した場合において、その処分後に予期しえない価格の高騰があり、詐害行為がなくても債権者としては右高騰による弁済の利益を受けえなかつたものと認められる等特別の事情がないかぎり、詐害行為取消の効果が生じ受益者において財産回復義務を負担する時、すなわち、詐害行為取消訴訟の認容判決確定時に最も着した時

点である事実審口頭弁論終結時を基準とするのが、詐欺行為によつて債務者の財産を逸出させた責任を原因として債務者の財産を回復させることを目的とする詐欺行為取消制度の趣旨に合致し、また、債権者と受益者の利害の公平を期しえられるからである」(詐欺行為取消請求→認容(事実審口頭弁論終結時)／棄却)

＊ 動産・金銭の返還：債権者への引渡も請求できる（→相殺により事実上の優先弁済）

【大判大 10.6.18 民録 27-1168】【最判昭 39.1.23 民集 18-1-76】債権者への引渡も請求可

・ 金銭の引渡しを受けた取消債権者への他の一般債権者の分配請求：ダメ

【最判昭 37.10.9 民集 16-10-2070】他の一般債権者の分配請求(否定)

「詐欺行為の取消は、総債権者の利益のためにその効力を生ずる（民法四二五条）。すなわち、取消権の行使により、受益者又は転得者から取戻された財産又はこれに代る価格賠償は、債務者の一般財産に回復されたものとして、総債権者において平等の割合で弁済を受け得るものとなるのであり、取消債権者がこれにつき優先弁済を受ける権利を取得するものではない。このことは取消債権者が取消権行使により財産又は価格賠償を自己に引渡すべきことを請求し、よつてその引渡を受けた場合においても変ることではない。しかしながら、債権者が債務者の一般財産から平等の割合で弁済を受け得るというのは、そのための法律上の手続がとられた場合においてであるというにすぎない。従つて上告人の本訴請求にあるように取消債権者が自己に価格賠償の引渡を受けた場合、他の債権者は取消債権者の手の中に入つた右取戻物の上に当然に総債権者と平等の割合による現実の権利を取得するものではない。また、取消債権者は自己に引渡を受けた右取戻物を債務者の一般財産に回復されたものとして取扱うべきであることは当然であるが、それ以上に、自己が分配者となつて他の債権者の請求に応じ平等の割合による分配を為すべき義務を負うものと解することはできない。そのような義務あるものと解することは、分配の時期、手続等を解釈上明確ならしめる規定を全く欠く法のもとでは、否定するのほかない。以上によれば、上告人の本訴請求は、主張自体失当」(分配金請求→棄却／棄却)

・ 受益者が自らに分配されるべき額の控除を主張できるか：ダメ

【最判昭 46.11.19 民集 25-8-1321】受益者による按分額控除の可否(否定)[S45 オ 498]

「本来、債権者取消権は、債務者の一般財産を保全するため、とくに取消債権者において、債務者受益者間の詐欺行為を取消したうえ、債務者の一般財産から逸出したものを、総債権者のために、受益者または転得者から取り戻すことができるものとした制度である。もし、本件のような弁済行為についての詐欺行為取消訴訟において、受益者である被告が、自己の債務者に対する債権をもつて、上告人のいわゆる配当要求をなし、取消にかかる弁済額のうち、右債権に対する按分額の支払を拒むことができるとするとときは、いちはやく自己の債権につき弁済を受けた受益者を保護し、総債権者の利益を無視するに帰するわけであるから、右制度の趣旨に反することになる……取消債権者が受益者または転得者に対し、取消にかかる弁済額を自己に引き渡すべきことを請求することを許すのは、債務者から逸出した財産の取戻しを実効あらしめるためにやむをえない……その場合、ひとたび取消債権者に引き渡された金員が、取消債権者のみならず他の債権者の債権の弁済にも充てられるための手続をいかに定めるか等について、立法上考慮の余地はあるとしても、そのことからただちに、上告人のいわゆる配当要求の意思表示に、所論のような効力を認めなければならない理由はない」(売掛代金請求→認容／棄却)

第3節 多数当事者の債権及び債務（427-465条の5）

第1款 総則（427条）・分割債権・債務

1. 分割債権・分割債務の原則性

- ・債権者・債務者が複数の場合の原則：等しい割合で分割債権・分割債務となる(§427)

§427 数人の債権者又は債務者がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者又は各債務者は、それぞれ等しい割合で権利を有し、又は義務を負う

- ・例外：給付の不可分性、法律の規定(§719-1 など)、別段の意思表示(契約の解釈を含む)

2. 分割債権・債務：当事者それぞれが自分の債権・債務を有するだけ

3. 不可分債権・債務：どの1人も全部の履行を請求でき、履行すべきもの

4. 連帯債権・債務：どの1人も全部の履行を請求でき、履行すべきもの

- ・不可分債権・債務より広く絶対的効力が認められ、債権としては弱くなる

5. 保証債務：主たる債務者が履行できないときに、代わって履行する義務を負うもの

第2款 不可分債権及び不可分債務（428-431 条）

1. 不可分債権・不株債務：不可分の目的物の給付の場合

- ・ 性質上の不可分債務

【大判大 12.2.23 民集 2-127】 共有物の引渡債務

【最判昭 36.12.15 民集 15-11-2865】 共有不動産の所有権移転登記申請協力義務

【最判昭 44.4.17 民集 23-4-785】 共有不動産の所有権移転登記申請協力義務

【大判大 11.11.24 民集 1-670】 共同賃借人の賃料債務(不可分な利用の対価ゆえ)

- ・ 性質上の不可分債権

【最判昭 42.8.25 民集 21-7-1740】 共有相続財産建物の使用貸借契約終了後の明渡請求権

- ・ 当事者の意思表示による不可分債務・債権：あまり例がない

2. 不可分債権

- ・ 履行請求・履行は単独の債権者がなしえ、全員に効力が及ぶ(§428)

§428 債権の目的がその性質上又は当事者の意思表示によって不可分である場合において、数人の債権者があるときは、各債権者はすべての債権者のために履行を請求し、債務者はすべての債権者のために各債権者に対して履行をすることができる

- ・ 債権者の1人に生じた事由の相対的効力の原則(§429-2)

＊例外：債権者の1人の更改・免除 → 相対的効力だが、その分の利益を償還する(§429-1)

§429-1 不可分債権者の一人と債務者との間に更改又は免除があった場合においても、他の不可分債権者は、債務の全部の履行を請求することができる。この場合においては、その一人の不可分債権者がその権利を失わなければならない

#2 前項に規定する場合のほか、不可分債権者の一人の行為又は一人について生じた事由は、他の不可分債権者に対してその効力を生じない

3. 不可分債務

- ・ 連帯債務の履行の請求(§430→432)：誰にどの順で請求してもよく、全額請求もできる

- ・ 連帯債務を準用するが、絶対的効力(履行請求や免除等)は準用しない(§430)

→履行請求を除き、債権の効力は強くなる

- ・ 更改・免除を除き(全部弁済後、免除者分の償還請求)、相対的効力の原則が妥当(§430→429)

§430 前条の規定及び次款（連帯債務）の規定（第四百三十四条から第四百四十条までの規定を除く。）は、数人が不可分債務を負担する場合について準用する

4. 可分債権・債務への変更：履行不能によって損賠償務になった場合など

←黙示の連帯の特約を認めて連帯債務として扱うべき(通説)：担保的効力が弱まる

(可分債権又は可分債務への変更)

§431 不可分債権が可分債権となったときは、各債権者は自己が権利を有する部分についてのみ履行を請求することができ、不可分債務が可分債務となったときは、各債務者はその負担部分についてのみ履行の責任を負う

第3款 連帯債務 (432-445 条)

1. 連帯債務：債務者はいずれも全額について弁済の義務を有する場合

- ・合意による場合と、法律の規定による場合がある(§719-1：但し不真正連帯債務)

【東京地判昭 60.10.25 判事 1207-69】 接待費につき被接待者も連帯債務者(合意の連帯債務)

2. 連帯債務の履行の請求 (§432)：誰にどの順で請求してもよく、全額請求もできる

⇔保証債務：附従性・随伴性・補充性はない、各自が負担部分を有する(連帯保証ではゼロ)

§432 数人が連帯債務を負担するときは、債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は同時に若しくは順次にすべての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる

3. 連帯債務の性質：債務者ごとに別個の債務が存在する

※転付命令は異説あり ∵他の連帯債務者が弁済すると、差押債権者は弁済を受けられない

【大判昭 13.12.22 民集 17-2522】 連帯債務の1つだけの譲渡・差押えを認める

【最判平 3.5.10 判事 1387-59】 連帯債務の1つだけの転付命令を認める[H2 オ 1330]

「連帯債務者はそれぞれ独立の債務を負担するものであるから、連帯債務者の一部の者に対する債権が転付命令によって第三者に移転したとしても、その余の連帯債務者に対する債権の帰属に変更が生ずるものではない(大判昭 13.12.22)」 「本件貸金債権を目的とするものであっても、夏夫を第三債務者とする本件転付命令の効力が生じたにすぎない場合に、訴外丙川の被上告人に対する債権が転付債権者に移転するものではなく、本件転付命令の効力が生じたことをもって被上告人が本件約束手形金の支払を拒絶する理由もないといわねばならない」

4. 効力

- ・相対的効力：原則は相対効 (§440)、特に法律行為の無効・取消し (§433)

§440 第四百三十四条から前条までに規定する場合を除き、連帯債務者の一人について生じた事由は、他の連帯債務者に対してその効力を生じない

§433 連帯債務者の一人について法律行為の無効又は取消しの原因があっても、他の連帯債務者の債務は、その効力を妨げられない

- ・絶対的効力：履行請求を除き、債権者に不利なものが多い

∵主観的共同関係説(一体的な関係の債務者を想定している) ← 時効などはなぜ一部消滅か

∵相互保証説(互いに各自の負担部分を保証している) ← 履行請求の絶対効を説明できない

∵主観的共同関係説と相互保証説の組み合わせ → 事実関係に応じて柔軟に対応すべき(有力)

* 広義の弁済：弁済・代物弁済・供託(性質から解釈)、相殺 (§436-1)

§436-1 連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合において、その連帯債務者が相殺を援用したときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅する

* 債権者に有利なもの：履行請求 (§434)

§434 連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対しても、その効力を生ずる

* 債権者に不利なもの(債権の消滅)：更改 (§435)、混同 (§438)

§435 連帯債務者の一人と債権者との間に更改があったときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅する

§438 連帯債務者の一人と債権者との間に混同があったときは、その連帯債務者は、弁済をしたものとみなす

* 債権者に不利なもの(負担部分の減少)：相殺 (§436-2)、免除 (§437)、時効 (§439)

・ §436-2 の意義：支払拒絶の抗弁(旧通説・大判は他の債権者が相殺を援用し債権消滅)

§436-2 前項の債権を有する連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分についてのみ他の連帯債務者が相殺を援用することができる

§437 連帯債務者の一人に対してした債務の免除は、その連帯債務者の負担部分についてのみ、他の連帯債務者の利益のためにも、その効力を生ずる

§439 連帯債務者の一人のために時効が完成したときは、その連帯債務者の負担部分については、他の連帯債務者も、その義務を免れる

- ・債務者間の負担部分を債権者が知らなかった場合：善意無過失なら平等と扱うべき(通説)

【大判昭 7.4.15 民集 11-656】債権者不知でも負担部分は効力を有する

- ・ある債務者に一部免除をした場合

→免除額を負担部分に応じて割りつけ(20%を免除し、負担部分 1:1 なら各自 40%負担となる)

←債権者は通常、他の債務者に全額請求するつもりだから、A は 80, B は 100 の支払い義務を負う(→B は A に 50 求償できる)と解すべき(相対的免除：有力)

【大判昭 15.9.21 民集 19-1701】一部免除の場合の処理は免除額を負担部分で割り付け

- ・破産時の処理(§441)：全額について配当加入できる

§441 連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときは、債権者は、その債権の全額について各破産財団の配当に加入することができる

5. 不真正連帯債務(全部義務)：共同不法行為など → §437 など是不適用

【最判昭 48.2.16 民集 27-1-99】不真正連帯債務での免除は相対的効力[S43 才 431]

「この事実関係のもとでは、被上告人らは、右訴訟上の和解によつて東急電鉄との関係についてのみ相対的にその余の損害賠償債務の支払を求めない趣旨の約定を結んだものにすぎず、上告人に対する関係では、本訴請求をそのまま維持する意思であつたというべく、しかも、東急電鉄の被上告人らに対する損害賠償債務と、国家賠償法三条一項、二条一項により責に任ずべき上告人の損害賠償債務とは、連帯債務の関係にあるとは解されないから、右訴訟上の和解による債務の免除は、上告人の右賠償義務を消滅させるものではない」(共同不法行為)

【最判平 6.11.24 判時 1514-82】不真正連帯債務での免除は相対的効力

- ・但し、免除が他の債務者との関係でも免除する趣旨なら他の債務者にも免除の効力が及ぶ

【最判平 10.9.10 民集 52-6-1494】不真正連帯債務で免除の趣旨解釈[H9 才 448]

「甲と乙が共同の不法行為により他人に損害を加えた場合において、甲が乙との責任割合に従って定められるべき自己の負担部分を超えて被害者に損害を賠償したときは、甲は、乙の負担部分について求償することができる(最判昭 63.7.1、同平 3.10.25 参照)」「この場合、甲と乙が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であるから、甲と被害者との間で訴訟上の和解が成立し、請求額の一部につき和解金が支払われるとともに、和解調書中に「被害者はその余の請求を放棄する」旨の条項が設けられ、被害者が甲に対し残債務を免除したと解し得るときでも、連帯債務における免除の絶対的効力を定めた民法四三七条の規定は適用されず、乙に対して当然に免除の効力が及ぶものではない(最判昭 48.2.16、同平 6.11.24 参照)」「しかし、被害者が、右訴訟上の和解に際し、乙の残債務をも免除する意思を有していると認められるときは、乙に対しても残債務の免除の効力が及ぶ……この場合には、乙はもはや被害者から残債務を訴求される可能性はないのであるから、甲の乙に対する求償金額は、確定した損害額である右訴訟上の和解における甲の支払額を基準とし、双方の責任割合に従いその負担部分を定めて、これを算定するのが相当である」(損賠請求(求償)→一部のみ認容/破棄差戻し)

6. 求償：負担部分を超えない一部の弁済でも、負担部分に応じて求償できる

§442-1 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、

他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有する

#2 前項の規定による求償は、弁済その他免責があった日以後の法定利息及び避けることができなかった費用その他の損害の賠償を包含する

＊「避けることができなかった費用」：持参債務の足代、訴訟費用、執行費用等も含む

- ・ 二重弁済回避のため、弁済時には事前事後の通知を要する(§443)

＊ 事前通知(#1)：他の債務者が相殺等の期待を有しているような場合

＊ 事後通知(#2)：他の債務者が知らずに二重弁済することの回避

＊ 効果：求償権の制限 → 債権者に不当利得返還請求をする

§443-1 連帯債務者の一人が債権者から履行の請求を受けたことを他の連帯債務者に通知しないで弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、他の連帯債務者は、債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その負担部分について、その事由をもってその免責を得た連帯債務者に対抗することができる。この場合において、相殺をもってその免責を得た連帯債務者に対抗したときは、過失のある連帯債務者は、債権者に対し、相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる

#2 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たことを他の連帯債務者に通知することを怠ったため、他の連帯債務者が善意で弁済をし、その他有償の行為をもって免責を得たときは、その免責を得た連帯債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができる

【最判昭 57.12.17 民集 36-12-2399】連帯債務者間の通知[S56 才 477]

求償金請求：棄却→一部認容(Y 息子の一部弁済分を控除)→

連帯債務者 XY のうち、X が代物弁済で連帯債務全額を弁済したが通知を怠り、Y 及び Y の息子が事前通知せずに一部弁済したもの。息子の方は通知しようとしたが X の所在不明で通知できず、無過失とされた。

「連帯債務者の一人が弁済その他の免責の行為をするに先立ち、他の連帯債務者に通知することを怠った場合は、既に弁済しその他共同の免責を得ていた他の連帯債務者に対し、民法四四三条二項の規定により自己の免責行為を有効であるとみなすことはできない……」けだし、同項の規定は、同条一項の規定を前提とするものであつて、同条一項の事前の通知につき過失のある連帯債務者までを保護する趣旨ではないと解すべきであるからである (大判昭 7.9.30 参照)」

- ・ 無資力のリスクの負担

＊ 残債務者が共同で負担する(§444)

§444 連帯債務者の中に償還をする資力のない者があるときは、その償還をすることができない部分は、求償者及び他の資力のある者の間で、各自の負担部分に応じて分割して負担する。ただし、求償者に過失があるときは、他の連帯債務者に対して分担を請求することができない

＊ 連帯の免除と無資力(§445)：求償できなくなった部分は債務者の負担

←任意規定なので、単に請求を一定額以上はしない趣旨であるして排除することもありうる

- ・ 連帯の免除：ある債務者についてのみ、分割債務とするもの

§445 連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合において、他の連帯債務者の中に弁済をする資力のない者があるときは、債権者は、その資力のない者が弁済をすることができない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分を負担する

7. 連帯債権

- ・ 意義：複数の債権者が、各自債務者に対して全部又は一部の履行を請求でき、一人の債権者が弁済を受ければ、相殺権者について債権が消滅する ← 現実の例がほとんどない

- ・ 例とされるもの

- * 賃貸人→転借人の直接請求権・転貸人→転借人の賃料請求権：この2つは対等ではない

- * 債権の二重譲渡で、対抗要件通知が同時到達の場合：債権譲渡固有の問題とすべき

第4款 保証債務（446-465条の5）

1. 意義：債務者が債権者に債務の弁済ができなかったときに、保証人が代わりに弁済する旨の合意
 - ・ 債権者と保証人の間の契約である
 - ・ 保証人による分類：個人保証(自然人)、法人保証(法人)、機関保証(保証を業とする法人)
 - * 個人保証：危険性が高く、保証人の保護が必要。特に根保証、身元保証(←身元保証法)など
 - * 法人・機関保証：リスク計算されりる場合が多く、むしろ求償からの主債務者保護が問題
 - ・ 保証の役割
 - * 債務保証：資力・信用力が乏しくても融資が受けられる（信用保証協会など）
 - * 消費者信用：物の売買契約で瑕疵があった場合には複雑になる
 - ・ 買主がローンで購入し、売主が保証人に付く場合は、求償に制限がされる

【最判昭 51.11.4 民集 30-10-915】 売主 = 保証人の場合、求償に割賦販売法 6 条適用

 - * 納品保証・工事完成保証：主たる債務が金銭債権でない

2. 保証債務の性質：従たる債務

- ・ 附従性
 - * 成立における附従性：主たる債務がなければ成立しない
 - * 内容における附従性：主たる債務より重くならない、など
 - * 消滅における附従性：主たる債務が消滅すれば消滅する
- ・ 随伴性：主たる債務の債権者が変更されると、保証債務も一緒に移っていく
- ・ 補充性：主たる債務者が履行しないときにはじめて履行義務を負う → 催告・検索の抗弁権

3. 債権者と保証人の関係

- ・ 保証契約の成立(§446)：諾成契約だったが、H16 改正で要式行為に(書面又は電磁的記録)
←保証人と主たる債務者の間の保証委託契約は不要で、その効力は保証契約に無関係
- §446-1 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う
- #2 保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない
- #3 保証契約がその内容を記録した電磁的記録によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する
- * 債権者の調査義務 → 表見代理の認定が厳しくなる
 - ・ 主たる債務者の違法行為が介在しうるため、債権者(特に金融機関)に課される
- 【最判昭 45.12.15 民集 24-13-2081】 債権者の調査義務と表見代理[S45 才 186]

連帯保証契約の締結時に作成された連帯保証人欄に竹次郎名義の記名押印のある手形取引約定書には「取引元本極度額、保証極度額の記載がなく、また、保証期間の記載もない……してみれば、右保証は、特段の事情のないかぎり、保証極度額や保証期間の制限のない連帯保証である……が、このような継続的取引契約において、右のような態様の保証契約が締結された場合には、保証人の責任の範囲は相当の巨額になり、保証人にとつてきわめて酷となることが予想されるから、金融機関がかかる態様の保証契約を締結するにあたっては、かりに保証人の代理人と称する者が本人の実印を所持していたとしても、他にその代理人の権限の存在を信頼するに足りる事情のないかぎり、保証人本人に対し、保証の限度等について一応照会するなどしてその意思を確める義務があると解するのが、金融取引の通念上、相当であり、そのような措置をとらないまま代理人が実印を所持していたこと

の一事によつて、かかる内容の保証契約を締結する代理権があるものと信じたというのであれば、いまだその代理権があるものと信ずるについて正当の理由があるとは認めえない」(連帯保証人の相続人への貸金請求→認容／棄却、債務者が50万円とウソをついて実印を借り、信用組合から100万円借りる連帯保証人にしたもの)

＊隠れた手形保証が民法上の保証契約も伴うか(手形上の責任追及ができない場合)

【最判昭 52.11.15 民集 31-6-900】裏書だけでは保証契約は認定できない(否定)

【最判平 2.9.27 民集 44-6-1007】保証契約成立肯定(仲介者＝保証人が債権者の面前で裏書)

・保証人となる資格(§450)：行為能力者であつて弁済の資力を有すること(#1)

＊無資力になると債権者は別の保証人を要求可能(#2)、他の担保を供して代用可能(§451)

・制限行為能力者になつても保証人でいられる ∵資力は残るし、法定代理人が履行できる

＊債権者が保証人を指名したときは#1,2 は不適用(#3)

§450-1 債務者が保証人を立てる義務を負う場合には、その保証人は、次に掲げる要件を具備する者でなければならない

一 行為能力者であること

二 弁済をする資力を有すること

#2 保証人が前項第二号に掲げる要件を欠くに至ったときは、債権者は、同項各号に掲げる要件を具備する者をもってこれに代えることを請求することができる

#3 前二項の規定は、債権者が保証人を指名した場合には、適用しない

§451 債務者は、前条第一項各号に掲げる要件を具備する保証人を立てることができないときは、他の担保を供してこれに代えることができる

4. 保証債務と主たる債務の関係

・附従性—成立における附従性：主たる債務が無効の場合など

＊附従性の例外：行為能力制限の取消原因を知っていた場合(§449) ←詐欺強迫は対象外(通説)

∵主債務者の返還義務が現存利益に限定されうるから

§449 行為能力の制限によつて取り消すことができる債務を保証した者は、保証契約の時ににおいてその取消しの原因を知っていたときは、主たる債務の不履行の場合又はその債務の取消しの場合においてこれと同一の目的を有する独立の債務を負担したものと推定する

＊当事者の意思と主債務を無効とする公益性から判断

→不当利得返還債務も保証する意思が認められれば有効となる

【最判昭 41.4.26 民集 20-4-849】員外貸付と保証債務(保証無効)[S40 才 348]

農協が会社に定款違反の員外貸付をし(農協理事長Aが取締役、代取B・C)、B・Cが連帯保証人となった(実際は農協が銀行に預金し、銀行が質権を設定してBに貸与にC保証)。返済しないためAも保証人となった。

農協からA,B,Cの返還請求等→A,B,C 宛認容→変更：B宛認容、他棄却→原告上告：棄却

「上告組合が、結局、被上告人伏見および同高橋の上告組合に対して負担する原判示消費貸借契約に基づく借受金債務のうち二四〇万円について被上告人堀井が保証をなし、さらに右保証債務を担保するため同被上告人において上告組合との間に自己所有の原判示物件につき抵当権設定契約を締結した旨を主張して、右保証債務の履行および抵当権設定契約に基づく登記義務の履行を求めているものと解し……被上告人堀井の右保証が被上告人伏見の原判示消費貸借契約上の債務を担保するためになされたことを認定し、右消費貸借が原判示の理由により無効である以上、右保証もまた無効であり、従つて右保証債務を担保するためなされた右抵当権設定契約もまた無効である」との原審判断を是認

- * 取消・解除事由の援用：主債務者が取消・解除の意思表示をする前はどうするか
→取消・解除事由の存在を理由に履行を拒否できる(通説)、本人追認後は拒否できない
- * 主たる債務との同時存在：保証契約成立時に、主たる債務が未成立でもよい
→将来の債務、条件付の債務、根保証も可能

- ・ 附従性—内容における附従性：主債務と同内容の履行か、別かは保証契約の趣旨による
・ 例：不代替的債務では債務不履行時の損賠、完成保証では誰かに工事を続行させる債務

§446-1 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う

- * 保証債務の範囲(§447-1)：主たる債務＋利息・違約金・損賠など従たる債務すべて

§447-1 保証債務は、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのものを包含する

- * 主たる債務より重い債務(§448)：主たる債務の限度に減縮する

←例外：保証債務についての違約金・損賠の約定(§447-2)

←根保証では保証額の限度は変動しない

§448 保証人の負担が債務の目的又は態様において主たる債務より重いときは、これを主たる債務の限度に減縮する

§447-2 保証人は、その保証債務についてのみ、違約金又は損害賠償の額を約定することができる

- * 一部保証：1000 万円の債務のうち、600 万円だけを保証するなど

→通常は一部弁済があっても、保証額の限度で保証する趣旨(通説)

※400 万円弁済され場合、保証額は残 200 万円とも解されるが、通常は残 600 万円を保証

- * 主たる債務に生じた事由(§457)

→保証債務の内容を加重するもの：時効の中断は有効(#1)

→その他：すべて影響する。主債務者の相殺の抗弁は履行拒絶のみ(#2,解釈)

- ・ 保証人に生じた事由：主たる債務者に影響しない

§457-1 主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の中断は、保証人に対しても、その効力を生ずる

#2 保証人は、主たる債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる

- ・ 附従性—消滅における附従性

- * 主たる債務の解除：原状回復義務と保証債務

- ・ 旧判例：遡及効があれば保証対象(賃貸借など)、なければ対象外(売買・請負など)

【大判大 6.10.27 民録 23-1867】前払金の返還義務は保証されない

- ・ 判例変更：特定物売買では原状回復義務も保証対象

【最大判昭 40.6.30 民集 19-4-1143】売買契約の債務不履行解除と保証[S38 才 1294]

売買契約解除(売主債務不履行)に伴う原状回復義務の売主保証人への請求→棄却／破棄差戻し

「売買契約の解除のように遡及効を生ずる場合には、その契約の解除による原状回復義務は本来の債務が契約解除によつて消滅した結果生ずる別個独立の債務であつて、本来の債務に従たるものでもないから、右契約当事者のための保証人は、特約のないかぎり、これが履行の責に任ずべきではないとする判例(大判大 6.10.27、なお、大判明 36.4.23 等参照)がある……しかしながら、特定物の売買における売主のための保証においては、通常、その契約から直接に生ずる売主の債務につき保証人が自ら履行の責に任ずるというよりも、むしろ、売主の債務

不履行に基因して売主が買主に対し負担することあるべき債務につき責に任ずる趣旨でなされるものと解するのが相当であるから、保証人は、債務不履行により売主が買主に対し負担する損害賠償義務についてはもちろん、特に反対の意思表示のないかぎり、売主の債務不履行により契約が解除された場合における原状回復義務についても保証の責に任ずる……前示判例は、右の趣旨においてこれを変更すべき」

【最判昭 47.3.23 民集 26-2-274】請負契約の合意解除と保証[S46 才 126]

請負人連帯保証人への損賠請求→保証人への請求部分につき棄却／破棄差戻し

「請負契約が注文主と請負人との間において合意解除され、その際請負人が注文主に対し既に受領した前払金を返還することを約したとしても、請負人の保証人が、当然に、右債務につきその責に任ずべきものではない。けだし、そうでないとすれば、保証人の関知しない合意解除の当事者の意思によつて、保証人に過大な責任を負担させる結果になるおそれがあり、必ずしも保証人の意思にそうものではないからである。しかしながら、工事代金の前払を受ける請負人のための保証は、特段の事情の存しないかぎり、請負人の債務不履行に基づき請負契約が解除権の行使によつて解除された結果請負人の負担することあるべき前払金返還債務についても、少なくとも請負契約上前払すべきものと定められた金額の限度においては、保証する趣旨でなされるものと解しえられるのであるから（最大判昭 40.6.30 参照）、請負契約が合意解除され、その際請負人が注文主に対し、請負契約上前払すべきものと定められた金額の範囲内において、前払金返還債務を負担することを約した場合においても、右合意解除が請負人の債務不履行に基づくものであり、かつ、右約定の債務が実質的にみて解除権の行使による解除によつて負担すべき請負人の前払金返還債務より重いものではないと認められるときは、請負人の保証人は、特段の事情の存しないかぎり、右約定の債務についても、その責に任ずべき……けだし、このような場合においては、保証人の責任が過大に失することがなく、また保証人の通常の意思に反するものでもないからである」

＊ 損害担保契約：主たる債務が消滅しても存続する債務を生ずる契約

例：契約不履行の帰責事由の有無に関わらず、損害を保証する契約など

・ 補充性

＊ 催告の抗弁権(§452)：主たる債務者に催告するように請求するもの

§452 債権者が保証人に債務の履行を請求したときは、保証人は、まず主たる債務者に催告をすべき旨を請求することができる。ただし、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき、又はその行方が知れないときは、この限りでない

＊ 検索の抗弁権(§453)：先に主たる債務者に執行させるもの。一部弁済の資力で足りる

§453 債権者が前条の規定に従い主たる債務者に催告をした後であっても、保証人が主たる債務者に弁済をする資力があり、かつ、執行が容易であることを証明したときは、債権者は、まず主たる債務者の財産について執行をしなければならない

＊ 抗弁権の効果(§455)：抗弁権行使後、債権者が懈怠した場合に免責あり

∴ 債権者には保証人の負担を不当に重くしないようにする義務がある

§455 §452 又は§453 条の規定により保証人の請求又は証明があつたにもかかわらず、債権者が催告又は執行をすることを怠つたために主たる債務者から全部の弁済を得られなかったときは、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れる

＊ 合意による補充性の排除(§454)：連帯保証とする

§454 保証人は、主たる債務者と連帯して債務を負担したときは、前二条の権利を有しない

5. 保証人と主たる債務者との関係

・ 求償権

＊主たる債務者から委託を受けて保証人になったとき(§459-1)

・事後：完全な求償権、利息等も含む(§459-2 → §442-2)

§459-1 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、過失なく債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け、又は主たる債務者に代わって弁済をし、その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、その保証人は、主たる債務者に対して求償権を有する

#2 §442-2 の規定は、前項の場合について準用する

§442-2 前項の規定による求償は、弁済その他免責があった日以後の法定利息及び避けることができなかった費用その他の損害の賠償を包含する

・求償権の事前行使(§460)：主債務者破産・債務弁済期・不確定期限で保証後 10 年経過

∴§649 の委任による費用前払請求権が行使されたら主債務者にとって保証の意味がない

←求償権の担保を得ている場合は行使できない(機関保証の場合など)

§460 保証人は、主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、次に掲げるときは、主たる債務者に対して、あらかじめ、求償権を行使することができる

一 主たる債務者が破産手続開始の決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないとき

二 債務が弁済期にあるとき。ただし、保証契約の後に債権者が主たる債務者に許与した期限は、保証人に対抗することができない

三 債務の弁済期が不確定で、かつ、その最長期をも確定することができない場合において、保証契約の後十年を経過したとき

・事前行使が可能な場合の弁済後の求償権の消滅時効：免責行為から進行する

【最判昭 60.2.12 民集 39-1-89】免責行為時から弁済後の求償権の消滅時効は起算する

・物上保証人の事前求償権：認められない

【最判平 2.12.18 民集 44-9-1686】物上保証人の事前求償権(否定)[H2 才 801]

「債務者の委託を受けてその者の債務を担保するため抵当権を設定した者（物上保証人）は、被担保債権の弁済期が到来したとしても、債務者に対してあらかじめ求償権を行使することはできない……けだし、抵当権については、§372 の規定によって§351 の規定が準用されるので、物上保証人が右債務を弁済し、又は抵当権の実行により右債務が消滅した場合には、物上保証人は債務者に対して求償権を取得し、その求償の範囲については保証債務に関する規定が準用されることになるが、右規定が債務者に対してあらかじめ求償権を行使することを許容する根拠となるものではなく、他にこれを許容する根拠となる規定もないからである」「なお、§372 の規定によって抵当権について準用される§351 の規定は、物上保証人の出捐により被担保債権が消滅した場合の物上保証人と債務者との法律関係が保証人の弁済により主債務が消滅した場合の保証人と主債務者との法律関係に類似することを示す……ところで、保証の委託とは、主債務者が債務の履行をしない場合に、受託者において右債務の履行をする責に任ずることを内容とする契約を受託者と債権者との間において締結することについて主債務者が受託者に委任することであるから、受託者が右委任に従った保証をしたときには、受託者は自ら保証債務を負担することになり、保証債務の弁済は右委任に係る事務処理により生ずる負担である……これに対して、物上保証の委託は、物権設定行為の委任にすぎず、債務負担行為の委任ではないから、受託者が右委任に従って抵当権を設定したとしても、受託者は抵当不動産の価額の限度で責任を負担するものにすぎず、抵当不動産の売却代金による被担保債権の消滅の有無及びその範囲は、抵当不動産の売却代金の配当等によって確定するものであるから、求償権の範囲はもちろんその存在すらあらかじめ確定することはできず、また、抵当不動産の売却代金の配当等による被担保債権の消滅又は受託者のする被担保債権の弁済をもって委任事務の処理と解することもないのである。したがって、物上保証人の出捐によって債務が消滅した後の求償関係に類似性があるから

といて、右に説示した相違点を無視して、委託を受けた保証人の事前求償権に関する§460の規定を委託を受けた物上保証人に類推適用することはできないといわざるをえない」

- ・ 求償権を行使された主たる債務者の対抗手段(§461)

§461-1 前二条の規定により主たる債務者が保証人に対して償還をする場合において、債権者が全部の弁済を受けない間は、主たる債務者は、保証人に担保を供させ、又は保証人に対して自己に免責を得させることを請求することができる

#2 前項に規定する場合において、主たる債務者は、供託をし、担保を供し、又は保証人に免責を得させて、その償還の義務を免れることができる

- ＊ 主たる債務者から委託を受けずに保証人になったとき(§462-1)

- ・ 事後のみ、主たる債務者が弁済時に受けた利益の限度

§462-1 主たる債務者の委託を受けないで保証をした者が弁済をし、その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせたときは、主たる債務者は、その当時利益を受けた限度において償還をしなければならない

- ＊ 主たる債務者の意思に反して保証人になったとき(§462-2)

- ・ 事後のみ、主たる債務者の求償時の現存利益の限度(1文)、相殺適状にあった場合(2文)

§462-2 主たる債務者の意思に反して保証をした者は、主たる債務者が現に利益を受けている限度においてのみ求償権を有する。この場合において、主たる債務者が求償の日以前に相殺の原因を有していたことを主張するときは、保証人は、債権者に対し、その相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる

- ・ 通知義務(§463)：§443(連帯債務者の事前・事後の通知義務)を準用

- ＊ 通常は保証人→主たる債務者への通知義務(#1)

- ＊ 委託を受けた保証人の場合は、主たる債務者→保証人も通知義務(#2)

←事前の通知義務(§443-1)は不適用 ∵主たる債務者→保証人の求償はないから

§463-1 §443の規定は、保証人について準用する

#2 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、善意で弁済をし、その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、§443の規定は、主たる債務者についても準用する

- ＊ 連帯債務者・不可分債務者の1人のための保証人の求償権(§464)

§464 連帯債務者又は不可分債務者の一人のために保証をした者は、他の債務者に対し、その負担部分のみについて求償権を有する

6. 特殊な保証

- ・ 連帯保証

- ＊ 合意又は商法§511による（主たる債務者が商行為による債務／保証が商行為）

- ＊ 効果：催告の抗弁権・検索の抗弁権の排除(§454)、連帯債務の規定の準用(§458)

§458 第四百三十四条から第四百四十条までの規定は、主たる債務者が保証人と連帯して債務を負担する場合について準用する【→実際に意味があるのは§434だけ。求償がないor保証債務の意義から当然】

- ・ 共同保証：保証人が複数いる場合

- ＊ 分別の利益(§456)：単純に保証債務を負担すると、各自の責任は分割される

- ・ 保証連帯：特約により全額について債務を負担する共同保証にすること

§456 数人の保証人がある場合には、それらの保証人が各別の行為により債務を負担したときであっても、§427の規定を適用する

- ・連帯保証人の分別の利益：ない（判例・通説）

【大判大 6.4.28 民録 23-812】連帯保証人には分別の利益がない

* 共同保証人間の求償権(§465)

- ・義務として負担部分を超えて弁済：§442~444(求償権・通知義務・無資力者の負担)を準用
- ・義務なく負担部分を超えて弁済：§462(委託を受けない保証人の求償権)を準用

§465-1 §442 から§444 までの規定は、数人の保証人がある場合において、そのうちの一人の保証人が、主たる債務が不可分であるため又は各保証人が全額を弁済すべき旨の特約があるため、その全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したときについて準用する

#2 §462 の規定は、前項に規定する場合を除き、互いに連帯しない保証人の一人が全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したときについて準用する

7. 根保証（継続的保証）

・身元保証

- ・狭義の身元保証：被用者に帰責事由がある場合のみ
- ・身元引受：損害担保契約で賠償義務の存否によらない

【大判昭 18.9.10 民集 22-948】身元保証は相続されない(身元保証人の死亡)

* 身元保証法(1933)による規制

- ・期間は5年以下、更新可能だが、更新後も5年以内(身元保証 1,2)
- ・被用者の不適任や任務変更等の場合、使用者は身元保証人へ通知義務を負う(身元保証 3)
→通知を受けた身元保証人は解約権(身元保証 4)
- ・損賠責任を定めるについて裁判所に広い裁量を与える(身元保証 5)

・信用保証：継続的な売買取引・銀行取引等から生ずる不特定の債務の保証

→保証人が予期しないほど長期・過大な債務の保証義務を負いうる

* 任意解約権：予告期間経過後、将来に向かって契約を解消できる(通説・判例)

- ・期間の定めのない継続的保証契約で、契約後相当期間が経過した場合に認められる
- ・主たる債務者の資産状態の著しい悪化など予期し得なかった事情変更でも可能(特別解約権)

【大判昭 7.12.17 民集 11-2334】相当期間経過後の任意解約権を肯定

【大判昭 9.2.27 民集 13-215】事情変更による特別解約権を肯定

【最判昭 39.12.18 民集 18-10-2179】解約申入れに相当な理由のあるとき[S38 オ 1173]

「本件のごとき期間の定めのない継続的保証契約は保証人の主債務者に対する信託関係が害されるに至った等保証人として解約申入れをするにつき相当の理由がある場合においては、右解約により相手方が信義則上看過しえない損害をこうむるとかの特段の事情ある場合を除き、一方的にこれを解約しうるものと解するのを相当とするとし、挙示の証拠により、被上告人は治の叔父でこれまでも同人のために多額の出金を余儀なくされたことがあるのであるが、上告人に対し前記保証をなすに際し、治は被上告人に対し、自分が上告人との取引再開後同人から仕入れる小麦粉の代金はその各翌月の五日までに被上告人方に持参することを約していたにもかかわらず、これを再三怠り、そのために被上告人自身の出金が相当の額に達したので、被上告人として前途に不安を感じ解約の申入れをするに至った事情を認定判示し、このような事情のもとでは被上告人として本件解約の申入れをなすにつき相当の理由があつたというべきであり、他面上告人側にも前示のような特段の事情はないものとして、被上告人のなした本件保証契約の解約申入れを有効と判断したことは、正当」

* 保証の限度・相続：保証の限度額の定めがない場合も制限されうる

【大判大 15.12.2 民集 5-769】保証債務は取引通念上相当な範囲に制限される

【最判昭 37.11.9 民集 16-11-2270】信用保証は相続されない(∴人的信頼関係が基礎)

* 法による制限：商工ローン問題から、1999 貸金業法改正、2004 民法改正

* 貸金等根保証契約

・対象：貸金等債務（金銭の貸渡し・手形割引による債務）を含む根保証で個人保証のみ

※売掛金債務だけなら対象外

・極度額の定め(§465/2-2,3)：極度額の定めが成立要件・要式行為(書面要件)

§465/2-1 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約（以下「根保証契約」という。）であってその債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（以下「貸金等債務」という。）が含まれるもの（保証人が法人であるものを除く。以下「貸金等根保証契約」という。）の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う

#2 貸金等根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない

#3 §446-2,3 の規定は、貸金等根保証契約における第一項に規定する極度額の定めについて準用する

・存続期間：最長 5 年・原則 3 年(§465/3-1,2)

§465/3-1 貸金等根保証契約において主たる債務の元本の確定すべき期日（以下「元本確定期日」という。）の定めがある場合において、その元本確定期日とその貸金等根保証契約の締結の日から五年を経過する日より後の日と定められているときは、その元本確定期日の定めは、その効力を生じない

#2 貸金等根保証契約において元本確定期日の定めがない場合（前項の規定により元本確定期日の定めがその効力を生じない場合を含む。）には、その元本確定期日は、その貸金等根保証契約の締結の日から三年を経過する日とする【#3：元本確定期日の変更も 5 年以内、#4：元本確定期日の定め・変更の書面要件】

・元本確定事由(§465/4)：主債務者・保証人への強制執行等、その破産・死亡

§465/4 次に掲げる場合には、貸金等根保証契約における主たる債務の元本は、確定する

一 債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る

二 主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき

三 主たる債務者又は保証人が死亡したとき

・貸金等債務を含む根保証契約で、法人保証の場合の求償権の特則(§465/5)

→個人保証だった場合には許されない根保証契約なら、求償権の個人保証契約は無効

∴法人保証を介在することによる貸金等根保証契約への規制の潜脱になりうるから

§465/5 保証人が法人である根保証契約であってその主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれるものにおいて、§465/2-1 に規定する極度額の定めがないとき、元本確定期日の定めがないとき、又は元本確定期日の定め若しくはその変更が§465/3-1 若しくは#3 の規定を適用するとすればその効力を生じないものであるときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約(保証人が法人であるものを除く。)は、その効力を生じない

・不動産賃貸借から生ずる賃借人の債務の保証 → 多額にはなりにくいので制限は緩やか

【大判大 5.7.15 民録 22-1549】相当期間経過による任意解約権は認められない

【大判昭 8.4.6 民集 12-791】 賃借人が不誠実なのに賃貸人が解除等しない場合は任意解除可

【大判昭 9.1.30 民集 13-103】 保証債務は相続される

【最判平 9.11.13 判時 1633-891】 特段の事情がない限り借家契約更新後も保証継続

第4節 債権の譲渡（466-473条）

第1款 債権譲渡

1. 意義：債権の同一性を保ちながら、契約によって債権を移転させること

・役割

＊譲受人→(抜け駆け的)債権回収手段

＊譲渡人→換価・担保(一種の譲渡担保。債権質も可)・資金調達手段(証券化など)

・取立てのための債権譲渡：取立てをしてもらうため債権譲渡をするもの

・譲渡担保の方法：下記の問題から債権譲渡特例法制定

→譲渡合意のみで対抗要件を具備しないでおくもの：債務者の信用不安のおそれ

→譲渡担保であることを明示して対抗要件を備えるもの ← 対抗力はあるのか

・譲渡性の承認(§466-1) → 譲渡人と譲受人の合意だけで譲渡可能

§466-1 債権は、譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでない

＊性質上の譲渡制限(但書)：個人的信頼関係によるもの

・例：家庭教師に対する債権、特定の人の肖像画を描く債務など、行為債務が多い

＊法律上の譲渡制限：扶養請求権(§881), 恩給受給権(恩給 11-1), 保険給付受給権(健保 61)等

＊譲渡制限特約(§466-2)：銀行預金、公共団体への債権など

：譲渡に伴う事務の煩雑化の防止、過誤払いの危険の防止、銀行の相殺の利益確保

←特に重要でないか、制限しなくても防止できるから、合理的理由がない限り無効(少数)

#2 前項の規定は、当事者が反対の意思表示をした場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない

・強制執行との関係：転付命令は債権譲渡に近いから、従来は#2適用→判例変更で排除

【大判大 14.4.30 民集 4-209】譲渡禁止特約で転付命令を防止できる

【最判昭 45.4.10 民集 24-4-240】差押債権者の善意・悪意によらず転付命令は有効

・第三者の無過失は必要か：善意無重過失で足りる(判例)

【最判昭 48.7.19 民集 27-7-823】重過失があると悪意者扱い[S47 才 111]

「§466-2は債権の譲渡を禁止する特約は善意の第三者に対抗することができない旨規定し、その文言上は第三者の過失の有無を問わないかのようなのであるが、重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるから、譲渡禁止の特約の存在を知らずに債権を譲り受けた場合であつても、これにつき譲受人に重大な過失があるときは、悪意の譲受人と同様、譲渡によつてその債権を取得しえない……銀行を債務者とする各種の預金債権については一般に譲渡禁止の特約が付されて預金証書等にその旨が記載されており、また預金の種類によつては、明示の特約がなくとも、その性質上黙示の特約があるものと解されていることは、ひろく知られている……このことは少なくとも銀行取引につき経験のある者にとつては周知の事柄に属する」(預金支払請求→認容／破棄差戻し)

・債務者が承諾した場合：特約はもっぱら債務者のためにあるから、譲渡時に遡及して有効

【最判昭 52.3.17 民集 31-2-308】債務者の承諾により債権譲渡は有効[S48 才 823]

「譲渡禁止の特約のある指名債権をその譲受人が右特約の存在を知つて譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時にさかのぼつて有効となり、譲渡に際し債権者から債務者に対して確定日付のある譲渡通知がされている限り、債務者は、右承諾以後において債権を差し押え転付命令を受けた第三者に対しても、右債権譲渡が有効であることをもつて対抗することができる……右承諾

に際し改めて確定日付のある証書をもつてする債権者からの譲渡通知又は債務者の承諾を要しない」(差押債権者の転付債権請求→棄却／棄却)

【最判平 9.6.5 民集 51-5-2053】 第三者出現後の債務者の承諾では対抗不可[H5 才 1164]

特約付き債権の譲渡通知後、滞納処分 2 件と仮差押え執行がされ、その後承諾があったもの

「譲渡禁止の特約のある指名債権について、譲受人が右特約の存在を知り、又は重大な過失により右特約の存在を知らないでこれを譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有効となるが、民法一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできない… (最判昭 48.7.19、同章 52.3.17 参照)。」(譲受人の供託金還付請求権確認等→棄却／棄却)

2. 指名債権

・ 債権譲渡の対抗要件(§467)

* 債務者(その他の第三者)への対抗要件(#1) : 譲渡人から債務者への通知または債務者の承諾

・ 承諾の相手方は譲渡人・譲受人のいずれでもよい

【大判昭 5.10.10 民集 9-948】 譲受人が譲渡人に代位して通知することはできない

【大判昭 12.11.9 法学 7-242】 譲受人が代理人又は使者として通知することはできる

* 債務者以外の第三者への対抗要件(#2) : 通知・承諾が確定日付のある証書によること

・ 例 : 公正証書や内容証明郵便など(民法施行法 5-1)

§467-1 指名債権の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない

#2 前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない

・ 動産・債権譲渡特例法

* 対象 : 譲渡人が法人、債権は指名債権かつ金銭債権に限る

・ 債務者不特定でも登記可能(債権の種別・発生原因・発生期間等で特定すればよい)

特例法 4-1 法人が債権(指名債権であって金銭の支払を目的とするものに限る。以下同じ。)を譲渡した場合において、当該債権の譲渡につき債権譲渡登記ファイルに譲渡の登記がされたときは、当該債権の債務者以外の第三者については、民法第四百六十七条の規定による確定日付のある証書による通知があったものとみなす。この場合においては、当該登記の日付をもって確定日付とする

#2 前項に規定する登記(以下「債権譲渡登記」という。)がされた場合において、当該債権の譲渡及びその譲渡につき債権譲渡登記がされたことについて、譲渡人若しくは譲受人が当該債権の債務者に第十一条第二項に規定する登記事項証明書を交付して通知をし、又は当該債務者が承諾をしたときは、当該債務者についても、前項と同様とする

* 第三者対抗要件(#1)

・ 債権譲渡登記ファイルへの登記により確定日付ある通知とみなす(特例法 2-1)

→一般人は債権譲渡登記事項概要ファイルを閲覧可能

→潜在的譲受人などは、譲渡人に登記事項証明書を要求する

* 債務者対抗要件(#2) : 二重弁済防止、債権者への抗弁の対抗可能性

・ 債務者に登記事項証明書を交付して通知するか、承諾によって対抗要件具備

* 民法の対抗要件と競合した場合 : 特例法の対抗要件との先後で決する

3. 債権譲渡の目的となる債権

- ・ 将来債権の譲渡：通常は将来の複数の債権の譲渡を意味する

→ 1 回の譲渡で将来の集合債権を譲渡できる

- * 要件：債権が発生原因・譲渡額等で特定され、複数なら始期・終期などで特定すること

← 契約締結時の債権発生の可能性の高低は問題とならない

← 制約：長期にすぎるなど、特段の事情があれば効力の全部又は一部を否定

→ 譲渡人の営業活動等に対し社会通念上相当な範囲を著しく逸脱する制限を加える場合

→ 他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られる場合

【最判昭 53.12.15 判時 916-25】診療報酬債権の譲渡(1 年間)[S51 オ 435]

将来の診療報酬債権を譲渡後、原告が既発生と同債権を差押・取立命令を受けたもの。

「現行医療保険制度のもとでは、診療担当者である医師の被上告人ら支払担当機関に対する診療報酬債権は毎月一定期日に一か月分づつ一括してその支払がされるものであり、その月々の支払額は、医師が通常の診療業務を継続している限り、一定額以上の安定したものであることが確実に期待されるものである。したがって右債権は、将来生じるものであっても、それほど遠い将来のものでなければ、特段の事情のない限り、現在すでに債権発生の原因が確定し、その発生を確実に予測しうるものであるから、始期と終期を特定してその権利の範囲を確定することによって、これを有効に譲渡することができる」本件で医師の「した各債権譲渡は、これを有効と解するのが相当であり……右各債権譲渡の通知完了後にされた債権差押・取立命令に基づく上告人の本件債権取立請求は失当である」（取立命令に基づく取立請求→棄却／棄却）

【最判平 11.1.29 民集 53-1-151】診療報酬債権の譲渡(8 年 3 月)[H9 オ 219]

「債権譲渡契約にあっては、譲渡の目的とされる債権がその発生原因や譲渡に係る額等をもって特定される必要があることはいうまでもなく、将来の一定期間内に発生し、又は弁済期が到来すべき幾つかの債権を譲渡の目的とする場合には、適宜の方法により右期間の始期と終期を明確にするなどして譲渡の目的とされる債権が特定されるべき……将来発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約にあっては、契約当事者は、譲渡の目的とされる債権の発生の基礎を成す事情をしんしゃくし、右事情の下における債権発生の可能性の程度を考慮した上、右債権が見込みどおり発生しなかった場合に譲受人に生ずる不利益については譲渡人の契約上の責任の追及により清算することとして、契約を締結するものと見るべきであるから、右契約の締結時において右債権発生の可能性が低かったことは、右契約の効力を当然に左右するものではない」「もっとも、契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがある」（供託金還付請求権確認→1 年経過後部分につき認容／破棄自判(棄却))

- ・ 他人の債権の譲渡：譲渡人の取得の蓋然性によらず有効 ※まったくないなら原始的不能？

→ 当該債権を譲渡人が取得すると当然に債権が譲受人に移転する

【最判昭 43.8.2 民集 22-8-1558】他人の債権の譲渡は有効、効果は上に同旨

- ・ 集合債権の譲渡：債権譲渡による譲渡担保

- * 集合債権譲渡の種類

- ・ 取立権限留保型(流動型)集合債権譲渡：債権譲渡はするが、取立権限を留保する

→ 債務不履行前：譲渡人が回収し、回収金は譲渡人のものとしてよい

→債務不履行後：譲受人が取立権限を得る

・ 予約型・停止条件型集合債権譲渡：譲渡合意の段階では対抗要件を満たさないもの

→譲渡の予約・停止条件付譲渡とする

* 目的物の特定性

【最判平 12.4.21 民集 54-4-1562】集合債権の特定性[H8 才 1049]

「債権譲渡の予約にあっては、予約完結時において譲渡の目的となるべき債権を譲渡人が有する他の債権から識別することができる程度に特定されていれば足りる。そして、この理は、将来発生すべき債権が譲渡予約の目的とされている場合でも変わるものではない。本件予約において譲渡の目的となるべき債権は、債権者及び債務者が特定され、発生原因が特定の商品についての売買取引とされていることによって、他の債権から識別ができる程度に特定されているといえることができる」「本件予約によって担保される債権の額は将来増減するものであるが、予約完結の意思表示がされた時点で確定するものであるから、右債権の額が本件予約を締結した時点で確定していないからといって、本件予約の効力が左右されるものではない」「本件予約の締結に至る経緯に照らすと、被上告人がカツラの窮状に乗じて本件予約を締結させ、抜け駆け的に自己の債権の保全を図ったなどということとはできない。さらに、本件予約においては、カツラに被上告人に対する債務の不履行等の事由が生じたときに、被上告人が予約完結の意思表示をして、カツラがその時に第三債務者である上告人らに対して有する売掛代金債権を譲り受けることができるとするものであって、右完結の意思表示がされるまでは、カツラは、本件予約の目的となる債権を自ら取立てたり、これを処分したりすることができ、カツラの債権者もこれを差し押さえることができるのであるから、本件予約が、カツラの経営を過度に拘束し、あるいは他の債権者を不当に害するなどとはいえず、本件予約は、公序良俗に反するものではない」（譲受債権請求→認容／棄却）

※内容：第三債務者「上告人外一〇社」譲渡債権「カツラがこたつ、羊毛・羽毛ふとん、暖卓台及びこれらのセット等の売買取引に基づき第三債務者に対して現に有し又は将来有することのある一切の商品売掛代金債権」

* 取立権限留保型での対抗要件具備：譲渡契約時点で有効な譲渡があったものとされる

【最判平 13.11.22 民集 55-6-1056】譲渡担保と明示した通知の効力(有効)[H12 受 194]

「甲が乙に対する金銭債務の担保として、発生原因となる取引の種類、発生期間等で特定される甲の丙に対する既に生じ、又は将来生ずべき債権を一括して乙に譲渡することとし、乙が丙に対し担保権実行として取立ての通知をするまでは、譲渡債権の取立てを甲に許諾し、甲が取り立てた金銭について乙への引渡しを要しないこととした甲、乙間の債権譲渡契約は、いわゆる集合債権を対象とした譲渡担保契約といわれるものの1つと解される。この場合は、既に生じ、又は将来生ずべき債権は、甲から乙に確定的に譲渡されており、ただ、甲、乙間において、乙に帰属した債権の一部について、甲に取立権限を付与し、取り立てた金銭の乙への引渡しを要しないとの合意が付加されているものと解すべきである。したがって、上記債権譲渡について第三者対抗要件を具備するためには、指名債権譲渡の対抗要件（§467-2）の方法によることができるのであり、その際に、丙に対し、甲に付与された取立権限の行使への協力を依頼したとしても、第三者対抗要件の効果を妨げるものではない」「本件通知中の「ベストフーズは、同社がダイエーに対して有する本件目的債権につき、上告人を権利者とする譲渡担保権を設定したので、民法467条に基づいて通知する。」旨の記載は、ベストフーズがダイエーに対し、担保として本件目的債権を上告人に譲渡したことをいうものであることが明らかであり、本件目的債権譲渡の第三者対抗要件としての通知の記載として欠けるところはないといえるべきである」

・ 譲受人が譲渡債権を取得する時期：発生時に当然に取得する

※発生した債権が譲渡人に帰属した上で譲受人に移転するか、譲受人の下で発生するかは解釈が分かれる

【最判平 19.2.15 民集 61-1-243】譲受人による将来債権の取得時期[H16 行ヒ 310]

国の差押処分取消請求→認容→取消棄却→破棄自判(控訴棄却)

取立権限留保型の債権譲渡担保（譲渡通知済み）の譲渡人が国税を滞納したため、法定納期限後に発生した債権

について国Yが差し押さえたもの。譲受人Xが法定納期限前に取得していたとして取消請求

「将来発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約は、譲渡の目的とされる債権が特定されている限り、原則として有効なものである（最判平 11.1.29 参照）。また、将来発生すべき債権を目的とする譲渡担保契約が締結された場合には、債権譲渡の効果の発生を留保する特段の付款のない限り、譲渡担保の目的とされた債権は譲渡担保契約によって譲渡担保設定者から譲渡担保権者に確定的に譲渡されているのであり、この場合において、譲渡担保の目的とされた債権が将来発生したときには、譲渡担保権者は、譲渡担保設定者の特段の行為を要することなく当然に、当該債権を担保の目的で取得することができる……前記の場合において、譲渡担保契約に係る債権の譲渡については、指名債権譲渡の対抗要件（民法 4 6 7 条 2 項）の方法により第三者に対する対抗要件を具備することができる…（最判平 13.11.22 参照）…以上のような将来発生すべき債権に係る譲渡担保権者の法的地位にかんがみれば、国税徴収法 2 4 条 6 項の解釈においては、国税の法定納期限等以前に、将来発生すべき債権を目的として、債権譲渡の効果の発生を留保する特段の付款のない譲渡担保契約が締結され、その債権譲渡につき第三者に対する対抗要件が具備されていた場合には、譲渡担保の目的とされた債権が国税の法定納期限等の到来後に発生したとしても、当該債権は「国税の法定納期限等以前に譲渡担保財産となっている」ものに該当する」

・ 将来債権の譲渡担保設定後の譲渡禁止特約：対抗要件具備前なら対抗できる（中間試案）

【東京地判平 24.10.4 判時 2180-63】（常に）対抗できるとした例[H23 ワ 10018]

「本件請負報酬債権には、譲渡禁止の特約が付されていた……債権の譲渡禁止の特約についての善意（民法 4 6 6 条 2 項ただし書）とは、譲渡禁止の特約の存在を知らないことを意味し、その判断の基準時は、債権の譲渡を受けた時であるところ、本件請負報酬債権に譲渡禁止の特約を付する合意がされたのは、被告が本件請負報酬債権を譲り受ける契約を締結した後のことである……から、本件請負報酬債権の譲渡当時の被告の善意について論ずることは不可能であって、無意味というほかない。したがって、本件債権譲渡契約により被告が本件請負報酬債権を取得したとは認められない。被告引受人は、このように解することは、債権の譲渡性への信頼を損ない、また、将来債権譲渡の担保的機能を阻害するものであって、妥当でないと主張するが、採用することができない」

* 予約型・停止条件型での対抗要件具備：予約合意の段階では有効に対抗要件を備え得ない

【最判平 13.11.27 民集 55-6-1090】債権譲渡予約段階での通知[H10 オ 331]

「民法 4 6 7 条の規定する指名債権譲渡についての債務者以外の第三者に対する対抗要件の制度は、債務者が債権譲渡により債権の帰属に変更が生じた事実を認識することを通じ、これが債務者によって第三者に表示され得るものであることを根幹として成立しているところ（最判昭 49.3.7 参照）、指名債権譲渡の予約につき確定日付のある証書により債務者に対する通知又はその承諾がされても、債務者は、これによって予約完結権の行使により当該債権の帰属が将来変更される可能性を了知するに止まり、当該債権の帰属に変更が生じた事実を認識するものではないから、上記予約の完結による債権譲渡の効力は、当該予約についてされた上記の通知又は承諾をもって、第三者に対抗することはできない」（ゴルフクラブ会員権の譲渡の予約、取立債権請求→認容／棄却）

・ 停止条件型で、破産手続開始申立てや支払停止を条件とするもの：否認権の対象となる

【最判平 16.7.16 民集 58-5-1744】支払停止を条件とする債権譲渡の否認[H13 受 1797]

「債務者の支払停止等を停止条件とする債権譲渡契約は、その契約締結行為自体は危機時期前に行われるものであるが、契約当事者は、その契約に基づく債権譲渡の効力の発生を債務者の支払停止等の危機時期の到来にかからしめ、これを停止条件とすることにより、危機時期に至るまで債務者の責任財産に属していた債権を債務者の危機時期が到来するや直ちに当該債権者に帰属させることによって、これを責任財産から逸出させることをあらかじめ意図し、これを目的として、当該契約を締結している……上記契約の内容、その目的等にかんがみると、上記契約は、破産法 7 2 条 2 号の規定の趣旨に反し、その実効性を失わせるものであって、その契約内容を実質的にみれば、上記契約に係る債権譲渡は、債務者に支払停止等の危機時期が到来した後に行われた債権譲渡と同視すべきものであり、上記規定に基づく否認権行使の対象となる」（否認権行使請求→認容／棄却）

4. 対抗要件の優先劣後

- ・ 確定日付の意義：通知・承諾が確定日付ある証書でされれば足り、到達時とはずれてよい
【大判明 36.3.30 民録 9-361】通知・承諾の時を確定日付で証明する趣旨(下の判例で変更)
【大連判大 3.12.22 民録 20-1146】通知・承諾が確定日付のある証書でされればよい

- ・ 確定日付の先後と到達時の先後が異なる場合

＊確定日付説：確定日付によるべき ← 確定日付を得たら急いで通知する必要がなくなる

＊到達時説：到達の先後によるべき(判例) ← 債務者・譲受人の通謀で操作可能

∴債務者にとって優先劣後が明確

【最判昭 49.3.7 民集 28-2-174】二重譲渡の場合の判断基準(到達時説)[S47 才 596]

「思うに、§467-1 が、債権譲渡につき、債務者の承諾と並んで債務者に対する譲渡の通知をもつて、債務者のみならず債務者以外の第三者に対する関係においても対抗要件としたのは、債権を譲り受けようとする第三者は、先ず債務者に対し債権の存否ないしはその帰属を確かめ、債務者は、当該債権が既に譲渡されていたとしても、譲渡の通知を受けないか又はその承諾をしていないかぎり、第三者に対し債権の帰属に変動のないことを表示するのが通常であり、第三者はかかる債務者の表示を信頼してその債権を譲り受けることがあるという事情の存することによるものである。このように、民法の規定する債権譲渡についての対抗要件制度は、当該債権の債務者の債権譲渡の有無についての認識を通じ、右債務者によつてそれが第三者に表示されうるものであることを根幹として成立している……そして、同条二項が、右通知又は承諾が第三者に対する対抗要件たり得るためには、確定日附ある証書をもつてすることを必要としている趣旨は、債務者が第三者に対し債権譲渡のないことを表示したため、第三者がこれに信頼してその債権を譲り受けたのちに譲渡人たる旧債権者が、債権を他に二重に譲渡し債務者と通謀して譲渡の通知又はその承諾のあつた日時を遡らしめる等作為して、右第三者の権利を害するに至ることを可及的に防止することにある……から、前示のような同条一項所定の債権譲渡についての対抗要件制度の構造になんらの変更を加えるものではないのである。右のような§467 の対抗要件制度の構造に鑑みれば、債権が二重に譲渡された場合、譲受人相互の間の優劣は、通知又は承諾に付された確定日附の先後によつて定めるべきではなく、確定日附のある通知が債務者に到達した日時又は確定日附のある債務者の承諾の日時の先後によつて決すべきであり、また、確定日附は通知又は承諾そのものにつき必要である……右の理は、債権の譲受人と同一債権に対し仮差押命令の執行をした者との間の優劣を決する場合においてもなんら異なるものではない」(第三者異議→棄却／破棄自判(認容))

- ・ 同時到達の扱い

＊債務者と譲受人：どの債権者も債務者に対して全額の履行を請求でき、債務者は拒めない

※到達の先後不明も同時到達と同じに扱われる (→最判平 5.3.30)

←分割債権とすべき ← 債権者はいずれも請求できなくなり、債務者が弁済を免れるので不当

【最判昭 55.1.11 民集 34-1-42】同時到達の場合の扱い[S53 才 1199]

「思うに、指名債権が二重に譲渡され、確定日付のある各譲渡通知が同時に第三債務者に到達したときは、各譲受人は、第三債務者に対しそれぞれの譲受債権についてその全額の弁済を請求することができ、譲受人の一人から弁済の請求を受けた第三債務者は、他の譲受人に対する弁済その他の債務消滅事由がない限り、単に同順位の譲受人が他に存在することを理由として弁済の責めを免れることはできない……指名債権の譲渡にかかる確定日付のある譲渡通知と右債権に対する債権差押通知とが同時に第三債務者に到達した場合であつても、右債権の譲受人は第三債務者に対してその給付を求める訴を提起・追行し無条件の勝訴判決を得ることができるのであり、ただ、右判決に基づいて強制執行がされた場合に、第三債務者は、二重払の負担を免れるため、当該債権に差押がされていることを執行上の障害として執行機関に呈示することにより、執行手続が満足的段階に進むことを阻

止しうるにすぎないのである（最判昭 48.3.13 参照）。」（譲受債権請求→棄却／破棄自判(認容)）

- ＊譲受人間：同順位間では相互に優先的地位に立てず、供託金還付請求権の場合は按分となる
→債務者が弁済した場合に、配当を請求できるかは不明(判例なし、一部弁済だと S55 に抵触)

【最判昭 53.7.18 判時 905-61】後順位譲受人との関係[S53 オ 383]

「同一債権が重複して譲渡された場合において確定日付が同一日付である複数の債権譲渡通知が同時に債務者に到達したときは、各譲受人は、互いに他の譲受人に対して自己のみが唯一の優先的譲受債権者であると主張することは許されず、したがって債務者に対しても同様の主張をすることはできないが、後順位の譲受人に対する関係においては先順位の各譲受人が等しく債権者たる地位を有効に取得したものとして対抗することができる」（到達が遅れた譲受人による転付債権、不当利得返還請求→棄却／棄却）

【最判平 5.3.30 民集 47-4-3334】同順位譲受人間の関係(按分)[S63 オ 1526]

国→被告への供託金還付請求権確認本訴、同反訴→(本)全額認容(反)棄却→(本)取消棄却(反)棄却→原告上告(本)半額につき破棄自判(控訴棄却＝半額のみ認容)上告なし

「国税徴収法に基づく滞納処分としての債権の差押えをした者と同一債権の譲受人との間の優劣は、債権差押えの通知が第三債務者に送達された日時と確定日付のある債権譲渡の通知が当該第三債務者に到達した日時又は確定日付のある第三債務者の承諾の日時との先後によって決すべきである（最判昭 58.10.4 参照）。したがって、右各通知が第三債務者に到達したが、その到達の先後関係が不明であるために、その相互間の優劣関係を決することができない場合には、右各通知が同時に第三債務者に到達した場合と同様に、差押債権者と債権譲受人との間では、互いに相手方に対して自己が優先的地位にある債権者であると主張することが許されない関係に立つものというべきである（最判昭 53.7.18 参照）。」「各通知の到達の先後関係が不明であるためにその相互間の優劣を決することができない場合であっても、それぞれの立場において取得した第三債務者に対する法的地位が変容を受けるわけではないから、国税の徴収職員は、国税徴収法六七条一項に基づき差し押さえた右債権の取立権を取得し、また、債権譲受人も、右債権差押えの存在にかかわらず、第三債務者に対して右債権の給付を求める訴えを提起し、勝訴判決を得ることができる（最判昭 55.1.11 参照）。しかし、このような場合には、前記のとおり、差押債権者と債権譲受人の間では、互いに相手方に対して自己が優先的地位にある債権者であると主張することが許されない関係に立つ」「滞納処分としての債権差押えの通知と確定日付のある右債権譲渡の通知の第三債務者への到達の先後関係が不明であるために、第三債務者が債権者を確知することができないことを原因として右債権額に相当する金員を供託した場合において、被差押債権額と譲受債権額との合計額が右供託金額を超過するときは、差押債権者と債権譲受人は、公平の原則に照らし、被差押債権額と譲受債権額に応じて供託金額を案分した額の供託金還付請求権をそれぞれ分割取得するものと解する」

5. 債務者対抗要件

- ・二重譲渡の場合に誰に返済すべきか

＊確定日付なき通知(譲受人 A) → 弁済 → 確定日付ある通知(B)

→最初の通知で A に弁済義務を負うから弁済は有効、その時点で債権は消滅している

→B の通知によっても存在しない債権の譲渡ゆえ無効

【大判昭 7.12.6 民集 11-2414】B への弁済義務はない

＊確定日付なき通知(A)→確定日付ある通知(B)

→優先する債権者を確知できるから、B へ弁済義務、A の請求は拒め、供託はできない

【大連判大 8.3.28 民録 25-441】B への弁済義務を認め、A への弁済義務を否定

＊確定日付なき通知(A) → 確定日付なき通知(B)

→確定日付が備わるまで両方拒みうるが、どちらに払っても弁済は有効？(判例なし)

＊確定日付ある通知(A)→確定日付ある通知(B)

→B に弁済してはダメ (§478 は適用されうるが、無過失の要件が厳しい)

※債務者としては問い合わせるなり、執行供託(民執 156-1)をすればよい

【最判昭 61.4.11 民集 40-3-558】遅れた差押命令に応じた弁済は無効[S57 才 272]

運送代金請求→棄却／棄却／破産自判・破産財産確認(途中で被告債務者が破産したため)

○§478 適用の有無「二重に譲渡された指名債権の債務者が、§467-2 所定の対抗要件を具備した他の譲受人(以下「優先譲受人」という。)よりのちにこれを具備した譲受人(以下「劣後譲受人」といい、「譲受人」には、債権の譲受人と同一債権に対し仮差押命令及び差押・取立命令の執行をした者を含む。)に対してした弁済についても、§478 の規定の適用がある……思うに、§467-2 の規定は、指名債権が二重に譲渡された場合、その優劣は対抗要件具備の先後によつて決すべき旨を定めており、右の理は、債権の譲受人と同一債権に対し仮差押命令及び差押・取立命令の執行をした者との間の優劣を決する場合においても異ならない……が(最判昭 49.3.7 参照)、右規定は、債務者の劣後譲受人に対する弁済の効力についてまで定めているものとはいえず、その弁済の効力は、債権の消滅に関する民法の規定によつて決すべきものであり、債務者が、右弁済をするについて、劣後譲受人の債権者としての外観を信頼し、右譲受人を真の債権者と信じ、かつ、そのように信ずるにつき過失のないときは、債務者の右信頼を保護し、取引の安全を図る必要があるので、§478 の規定により、右譲受人に対する弁済はその効力を有するものと解すべきであるから……このような見解を採用することは、結果的に優先譲受人が債務者から弁済を受けえない場合が生ずることを認めることとなるが、その場合にも、右優先譲受人は、債権の準占有者たる劣後譲受人に対して弁済にかかる金員につき不当利得として返還を求めること等により、対抗要件具備の効果を保持しえないものではないから、必ずしも対抗要件に関する規定の趣旨をないがしろにすることにはならない……それゆえ……本件債権部分の二重の譲受人と同視しうる立場にある上告人と石川の対抗関係における優劣は、譲渡人である訴外会社の確定日付のある文書による本件譲渡通知の破産会社に到達した日時と前記仮差押命令が破産会社に送達された日時の先後によるべき……上告人が唯一の債権者であり、石川の得た前記の仮差押命令及び差押・取立命令は、訴外会社に帰属しない債権を対象としたものとして、上告人に対してはその効力を主張しえず、無効であつたが、右仮差押命令等を得た石川は本件債権部分の取立権者としての外形を有し、右債権の準占有者に当たる……から、同人に対する弁済につき§478 の規定の適用がある」

○善意要件「§478 所定の「善意」とは、弁済者において弁済請求者が真正の受領権者であると信じたことをいうものと解すべきところ……破産会社は、本件譲渡通知により本件債権譲渡の事実は知つたものの、本件債権仮差押命令及び差押・取立命令の送達並びに石川の代理人たる弁護士の支払催告を受けて、石川が正当な取立権限を有する者と信じた、というのであるから、破産会社が善意であつたというべき」

○無過失要件「§467-2 の規定は、指名債権の二重譲渡につき劣後譲受人は同項所定の対抗要件を先に具備した優先譲受人に対抗しえない旨を定めているのであるから、優先譲受人の債権譲受行為又はその対抗要件に瑕疵があるためその効力を生じない等の場合でない限り、優先譲受人が債権者となるべきものであつて、債務者としても優先譲受人に対して弁済すべきであり、また、債務者が、右譲受人に対して弁済するときは、債務消滅に関する規定に基づきその効果を主張しうる……したがつて、債務者において、劣後譲受人が真正の債権者であると信じてした弁済につき過失がなかつたというためには、優先譲受人の債権譲受行為又は対抗要件に瑕疵があるためその効力を生じないと誤信してもやむを得ない事情があるなど劣後譲受人を真の債権者であると信ずるにつき相当な理由があることが必要である……訴外会社の本件譲渡通知の破産会社に対する到達日が石川の得た本件債権仮差押命令の破産会社への送達日よりも早かつたというのであるから、債務者である破産会社としては、少なくとも、準占有者である石川に弁済すべきか否かにつき疑問を抱くべき事情があつたというべきであつて、石川の得た前記の仮差押命令及び差押・取立命令が裁判所の発したものであるとの一事をもつて、いまだ破産会社に石川が真の債権者であると信ずるにつき相当の理由があつたということとはできないから、破産会社が、前示のとおり、前記債権差押・取立命令等を発した裁判所の判断に過誤なきものと速断して、取立権限を有しない石川

に対して弁済したことに、過失がなかつたものとすることはできない」

- ・ 抗弁の対抗 (§468)

- * 通知のみの場合 (#2) : 通知までに譲渡人に対抗できた事由はそのまま譲受人に対抗できる

§468-2 譲渡人が譲渡の通知をしたにとどまるときは、債務者は、その通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる

- * 異議をとどめない承諾 (#1) : 譲渡人への抗弁は譲受人に対抗できなくなる(一文)

- 留保をすれば対抗できる。単に承諾すれば「異議をとどめない承諾」となる(観念の通知)

- ∴ 抗弁の切断による債権流通の取引の安全確保

- 二重払いになるため、債務者は譲渡人から取り戻すことができる(二文)

- ・ 債権の帰属は対象外 : 異議をとどめない承諾を受けても、優先する譲渡人には勝てない

§468-1 債務者が異議をとどめないで前条の承諾をしたときは、譲渡人に対抗することができた事由があっても、これをもって譲受人に対抗することができない。この場合において、債務者がその債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる

- ・ 譲受人側の要件 : 悪意の譲受人は保護されない(判例)

- 報酬請求権譲渡後の債務不履行解除は認められる ∴ 譲渡前からある反対給付の不履行

- 悪意の譲受人には異議をとどめない承諾後も対抗可(解除可能性を知っていれば悪意)

- ← 悪意だけでなく、有過失の場合も対抗できるとすべき(有力)

【最判昭 42.10.27 民集 21-8-2161】 譲渡後の債務不履行解除の対抗 [S42 才 186]

「請負契約は、報酬の支払いと仕事の完成とが対価関係に立つ諾成、双務契約であつて、請負人の有する報酬請求権はその仕事完成引渡と同時履行の關係に立ち、かつ仕事完成義務の不履行を事由とする請負契約の解除により消滅するものであるから、右報酬請求権が第三者に譲渡され対抗要件をそなえた後に請負人の仕事完成義務不履行が生じこれに基づき請負契約が解除された場合においても、右債権譲渡前すでに反対給付義務が発生している以上、債権譲渡時すでに契約解除を生ずるに至るべき原因が存在していたものというべきである。従つて、このような場合には、債務者は、右債権譲渡について異議をとどめない承諾をすれば、右契約解除をもつて報酬請求権の譲受人に対抗することができないが、しかし、債務者が異議をとどめない承諾をしても、譲受人において右債権が未完成仕事部分に関する請負報酬請求権であることを知つていた場合には債務者は、譲受人に契約解除をもつて対抗することができる……」けだし、民法四六八条一項本文が指名債権の譲渡につき債務者の異議をとどめない承諾に抗弁喪失の効果をみとめているのは、債権譲受人の利益を保護し一般債権取引の安全を保障するため法律が附与した法律上の効果と解すべきであつて、悪意の譲受人に対してはこのような保護を与えることを要しない」(請負代金債権が譲渡されたが、契約が債務不履行解除された場合の譲渡債権請求→棄却／棄却)

- ・ 抗弁切断の限界 : 抗弁によつては切断されない

【最判平 9.11.11 民集 51-10-4077】 賭博債権の無効(対抗可)[H7 才 2025]

「賭博の勝ち負けによつて生じた債権が譲渡された場合においては、右債権の債務者が異議をとどめずに右債権譲渡を承諾したときであつても、債務者に信義則に反する行為があるなどの特段の事情のない限り、債務者は、右債権の譲受人に対して右債権の発生に係る契約の公序良俗違反による無効を主張してその履行を拒むことができる……」けだし、賭博行為は公の秩序及び善良の風俗に反すること甚だしく、賭博債権が直接的にせよ間接的にせよ満足を受けることを禁止すべきことは法の強い要請であつて、この要請は、債務者の異議なき承諾による抗弁喪失の制度の基礎にある債権譲受人の利益保護の要請を上回るものと解されるからである」((本)根抵当権抹消登記手続請求(反)貸金請求→(本)認容(反)棄却／棄却)

＊ 弁済した債権の譲渡を異議をとどめずに承諾した場合の、抹消登記していない抵当権の扱い

・ 債務者＝抵当権設定者との関係では、抵当権も復活する

【大決昭 8.8.18 民集 12-2150】 抵当権は復活するが、物上保証人等は消滅を主張可能

【最判平 4.11.6 判時 1454-85】 弁済前の第三取得者との関係で同旨[H3 オ 324]

A→B(被上告人)に土地売却後、登記前に A が C のための抵当権を設定・登記し、B が C に売買代金を充てて弁済したのに、翌日 D が C から貸付金債権を譲り受けたとして付記登記を受けたもの

「本件抵当権は、B がその被担保債権である本件貸付金債権を代位弁済したことによって消滅したところ、上告人 D がその後に C から当該貸付金債権の譲渡を受け、債務者である上告人 A が異議を留めずに債権譲渡を承諾しても、これによって上告人 A が D に対して本件貸付金債権の消滅を主張し得なくなるのは格別、抵当不動産の第三取得者である B に対する関係において、その被担保債権の弁済によって消滅した本件抵当権の効力が復活することはない……B が D に対して本件抵当権設定登記の抹消登記手続を求める請求は認容されるべき」

【大判昭 15.10.9 民集 19-1966】 消滅した債権を担保していた連帯保証人につき同旨

【大決昭 5.4.11 新聞 3186-13】 承諾後の抵当不動産譲受人は消滅を主張できない

6. 指図債権(証券的債権)の譲渡：実際は商法上の有価証券が用いられる

§469 指図債権の譲渡は、その証書に譲渡の裏書をして譲受人に交付しなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない

§470 指図債権の債務者は、その証書の所持人並びにその署名及び押印の真偽を調査する権利を有するが、その義務を負わない。ただし、債務者に悪意又は重大な過失があるときは、その弁済は、無効とする

§471 前条の規定は、債権に関する証書に債権者を指名する記載がされているが、その証書の所持人に弁済をすべき旨が付記されている場合について準用する

§472 指図債権の債務者は、その証書に記載した事項及びその証書の性質から当然に生ずる結果を除き、その指図債権の譲渡前の債権者に対抗することができた事由をもって善意の譲受人に対抗することができない

§473 前条の規定は、無記名債権について準用する

第2款 債務引受

1. 意義：債務者の交代が生じること

- ・ 免責的債務引受：旧債務者が債務を免れる場合
- ・ 併存的(重疊的)債務引受：旧債務者も債務者のままの場合
- ・ 履行の引受：第三者が弁済義務を負うのみの場合(→厳密には債務引受ではない)
→例：第三者弁済で生じる求償債権と第三者の債務者への債務を相殺するなど

2. 要件

- ・ 併存的債務引受：債務者と引受人の合意だけで可能（債権者に有利だから）
→第三者のためにする契約なので債権者の受益の意思表示が必要(§537-2)
→実際には、引受人に債権者が請求すれば受益の意思表示といえる
【大判大 6.11.1 民録 23-1715】 債務者と引受人の合意だけで可能
【大判大 15.3.25 民集 5-219】 債務者の意思に反して債権者と引受人の合意で債務引受可能
* 効果：連帯債務(判例)、不真正連帯債務(通説)
【最判昭 41.12.20 民集 20-10-2139】 併存的債務引受けにより連帯債務になる[S39 オ 1237]
「重疊的債務引受がなされた場合には、反対に解すべき特段の事情のないかぎり、原債務者と引受人との関係について連帯債務関係が生ずる」(引受人相続人 Y への貸金請求：認容→破棄差戻し。Y が消滅時効援用)
- ・ 免責的債務引受：債権者の同意が必要(通説) ∵ 債権者が害されるおそれがある
【大判大 14.12.15 民集 4-710】 同旨(但し、実質上は契約上の地位の移転)
* 元の債務についていた保証人や抵当権 → 保証人等の同意がない限り消滅する
∵ 誰が債務者であるかについて重大な利害を有するから
* 債務者の意思に反した免責的債務引受：許されない(通説・判例) ∵ §474-2(第三者弁済)
←許される[内田] ∵ 併存的債務引受→債務者の債務を免除とすれば同じ効果が得られる
- ・ 履行の引受：債務者と引受人の契約で可能 ∵ 第三者弁済の約定にすぎない(§474)
→弁済しない場合、債務者に対して債務不履行になるだけで、債権者とは問題にならない

3. 契約上の地位の移転（契約の引受）

- ・ 例：売買契約の売主・買主の地位の移転、賃貸借契約の賃貸人・賃借人の地位の移転
→債権譲渡・引受のほか、取消権や解除権などもまとめて移転する
- ・ 三者間の合意を要するか → 契約による
* 売買契約：双方において(債務者が誰か重要な)債務を含むので、免責的債務引受と同じ
【大判大 14.12.15 民集 4-710】 債権者の同意を要する
* 賃貸人の地位の移転
・ 賃貸不動産の譲渡に伴う場合：新旧所有者の合意で足りる ∵ 通常は貸主が誰か重要でない
→賃借権に対抗力があれば、新旧所有者の合意なく賃貸不動産の譲渡で当然移転(通判)
【最判昭 46.4.23 民集 25-3-388】 新旧所有者の合意で足り、賃借人の同意は不要
【最判昭 49.3.19 民集 28-2-325】 新賃貸人の賃料請求のための対抗要件は登記の移転
* 賃借人の地位の移転：賃貸人の承諾を要する(§612)

第5節 債権の消滅（413,474-520条）

第1款 弁済－総則（474-481,483-491条）

1. 意義：債務の本旨に従った給付をなすこと

- ・ 性質：準法律行為(弁済意思は不要) ← 債務の本旨に従った履行か否かを検討すれば足りる
- ・ 要件事実：債務の本旨にしたがった履行＋当該履行はその債権についてなされたこと

【最判昭 30.7.15】弁済の要件事実[S27 オ 1036:民集 9-9-1058]

「弁済の抗弁については弁済の事実を主張する者に立証の責任があり、その責任は、一定の給付がなされたこと及びその給付が当該債務の履行としてなされたことを立証して初めてつくされたものというべきであるから、裁判所は、一定の給付のなされた事実が認められても、それが当該債務の履行としてなされた事実の証明されない限り、弁済の点につき立証がないとして右抗弁を排斥することができるのであつて、右給付が法律上いかなる性質を有するかを確定することを要しない……本件の……原判決は、証拠により上告人等から被上告人に対して所論各金員の給付がなされたことはあるが、右はいずれも本件消費貸借債務の弁済として給付がなされたものでなかつたことを認めることができるものとしているのであるから、積極的に右給付の法律上の性質までも判示する必要がないものといわなければならない」（貸金請求→認容／一部破棄自判（超過利息部分））

2. 弁済者

- ・ 原則：債務者本人。その代理人や履行補助者も債務の内容がそれを許すなら認められる
- ・ 第三者の弁済(§474)：原則は可能だが、例外的に不可の場合がある

→有効な場合は、債務者の債務は消滅し、第三者から債務者への求償関係が残る

* 債務の性質(§474-1 但書)：行為債務など

- ・ 債権者が債務者自身の履行を期待し、それが合理的な場合

→雇用契約でも使用者が承諾すれば第三者が労働してもよい(§625-2)

* 当事者の反対の意思表示(§474-1 但書)

* 債務者の意思(§474-2)：利害関係のない第三者を排除できる

- ・ 効果：債務者の意思に反してなされた弁済は、無効(→弁済者が不当利得返還請求)

←行為債務については合理的でも、金銭債務では合理性が少ない

∴債務者を害する、債権譲渡や勝手に保証人になって弁済されれば有効

→第三者は狭く解するべき(多数)

- ・ 範囲：自ら弁済し債務を消滅させることに法律上の利益がない第三者

→債務者の友人や単なる親族をいう。物上保証人や抵当不動産の第三取得者は除かれる

§474-1 債務の弁済は、第三者もすることができる。ただし、その債務の性質がこれを許さないとき、又は当事者が反対の意思表示したときは、この限りでない

#2 利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反して弁済をすることができない

【大判昭 14.10.13】債務者の妻の姉の夫(否定・他連帯債務者へ求償不可)

【最判昭 39.4.21】清算会社の第二会社(否定・債務と求償権の相殺不可)

【最判昭 63.7.1 判時 1287-63】借地上建物の賃借人(肯定・建物収去防止のため)

- ・ 第三者による相殺：第三者が自己の債権者に対する債務をもって相殺する可否：否定(判例)

← 責任がある場合のみに限定して認めるべき(物上保証人等のする弁済と同じに扱う)

∴無資力の債権者に対し第三者が相殺し、資力ある債務者に求償可 → 民執手続をとるべき

【大判昭 8.12.5 民集 12-2818】第三者による相殺はできない

3. 弁済の相手方(§477~481)

- ・原則：債権者、債権者から受領権限を与えられた代理人等

- ＊債権者に受領権限がない場合(§481)：第三債務者が支払の差止めを受けた場合

- ・例：債権の差押えの場合(民執 145)

- ・効果：差押債権者との関係で、第三債務者の弁済は無効(#1)、不当利得返還請求は可(#2)

§481-1 支払の差止めを受けた第三債務者が自己の債権者に弁済をしたときは、差押債権者は、その受けた損害の限度において更に弁済をすべき旨を第三債務者に請求することができる

#2 前項の規定は、第三債務者からその債権者に対する求償権の行使を妨げない

【最判昭 40.11.19 民集 19-8-1986】差押競合時の転付命令を得た債権者への弁済にも適用

→現在は差押競合時は供託が義務付けられ(民執 156-2)、差押後の転付命令は無効(民執 159-3)となった

- ・無権限者への弁済①：受取証書の持参人(§480) → 有効

- ＊条件：受取証書(領収証など)は真正なものであること → 偽物なら§478 で処理する

- ＊抗弁：弁済者が悪意・有過失なら無効になる

§480 受取証書の持参人は、弁済を受領する権限があるものとみなす。ただし、弁済をした者がその権限がないことを知っていたとき、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない

- ・無権限者への弁済②：債権の準占有者(§478) → 有効

- ＊条件：債権の準占有者であること + 弁済者が善意・無過失であること

§478 債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する

§205(準占有) この章の規定は、自己のためにする意思をもって財産権の行使をする場合について準用する

- ＊準占有者の意義：実は債権者でないのに、あたかも債権者であるかのような外観を有する者

- ←§205 と異なって、取引通念上、債権者であるかのような外観があるかどうかで判断

- ・例：表見相続人(隠し子がいた独身被相続人の親)、債権譲渡失効時の譲受人

- ・債権の劣後譲受人：§478 は適用される(もっとも、通知がある以上無過失は認められにくい)

- ∴ 対抗要件は債権譲渡の効力についてであり、準占有者は弁済の効力についてももの

【最判昭 61.4.11 民集 40-3-558】遅れた差押命令に応じた弁済の効力[前掲 S57 オ 272]

§478 の適用は認めつつ、先行する差押命令が無効と信じるべき理由がないので有過失とした

- ・代理人と称した者への弁済：§478 が肯定される ← 表見代理で処理すべき(有力)

- ∴ 契約締結と違って諾否の自由がなく受領権限の調査に限界がある → 無権代理人の責任
追及が困難な負担を弁済者に課すべきでない、本人か代理人か偶然の部分もある

例：通帳と印鑑を持つ泥棒が代理人と称して払戻しを受ける場合

【最判昭 37.8.21 民集 16-9-1809】準占有者が代理人を称する場合(適用肯定)[S33 オ 388]

「債権者の代理人と称して債権を行使する者も民法四七八条にいわゆる債権の準占有者に該ると解すべき」(偽造受理書等によって会社代理人と称する者に国の機関が代金を払ってしまったもの。受理書用紙の管理などがいい加減だった、として有過失を認定し破棄差戻し。納品代金請求→棄却/破棄差戻し)

- ＊§478 における弁済の意義

- ・定期預金の解約も含む(銀行は解約に応じるのが通常だから)

【最判昭 41.10.4 民集 20-8-1565】定期預金の期限前払戻しは全体として弁済(適用)

- ・通帳の再発行も含む

【最判昭 42.12.21 民集 21-10-2613】預金債権者の取締役による通帳再発行・払戻し(適用)

- ・預金担保貸付にも適用(名義人と出捐者の異なる定期預金と預金担保貸付の相殺)

→預金者の認定：客観説(実質的な出捐者:判例(但し定期預金))、主観説(預金行為者:有力)

【最判昭 52.8.9 民集 31-4-742】出捐者 A、職員 B 名義の定期預金の預金者は A (客観説)

→預金担保貸付への§478 の適用：設定から相殺までの全体に対して、類推適用をする

※類推とする理由は、債権の消滅が弁済ではなく相殺だから

【最判昭 48.3.27 民集 27-2-376】預金担保貸付の設定～相殺の全体に 478 条類推適用

【最判昭 59.2.23 民集 38-3-445】預金担保貸付の相殺で、善意無過失の判断は貸付時

【最判昭 63.10.13 判時 1295-57】総合口座貸越限度額の払戻し～相殺に 478 条類推適用

【最判平 9.4.24 民集 51-4-1991】生命保険の契約者貸付制度での妻の無断借入(§478 類推)

【最判平 15.4.8 民集 57-4-337】通帳機械払い(§478 適用、銀行が説明不足で有過失)

→預金者保護法 (2005)：盗難・偽造カードの被害で、預金者無過失なら 100%、

軽過失なら 75%を銀行が補填 (過失立証責任は銀行側)。重過失なら補填なし

- * 債権者の帰責事由の要否：§478 は要件としないため、不要 ← 必要(少数・有力)

→債務者は弁済を強制される立場ゆえ、過失の判断で考慮すればよい

- * §478 の効果：準占有者への弁済は有効となる

- ・債権者は受領者に不当利得返還・不法行為損賠請求が可能

- ・債務者から準占有者への返還請求：肯定説(有力)、否定説(判例)

→肯定説を採ると、§478 は弁済者の抗弁権となり、債権者が承認した場合にも確定する

【大判大 7.12.7 民録 24-2310】債務者から準占有者への返還請求はできない

- ・無権限者への弁済③：有効とならない場合(§479)

- * 効果：本来は無効で二重払いをすべきだが、現存利益があればその限度で有効

§479 前条の場合を除き、弁済を受領する権限を有しない者に対してした弁済は、債権者がこれによって利益を受けた限度においてのみ、その効力を有する

4. 弁済の時期・場所：合意や慣習によって決まる。§412,484 参照

§484 弁済をすべき場所について別段の意思表示がないときは、特定物の引渡しは債権発生の際にその物が存在した場所において、その他の弁済は債権者の現在の住所において、それぞれしなければならない

5. 何を弁済するか：債務の本旨に従った弁済

- ・特定物債権：現実の引渡しまで債務者は善管注意義務(§400)、引渡しにあたっては§483

- * 「引渡しをすべき時」：履行期をいう。履行期の現状で引き渡せば足りる

←実際には債権発生後の滅失棄損は善管注意義務違反か危険負担になるので、意味はない

§483 債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない

- ・種類債権：品質不明なら中等(§401-1)

- * 弁済後の目的物の取戻し(§475～477)：

- ・ 他人物を引渡したとき(§475)：さらに有効な弁済をしないと取り戻せない
- ・ 制限行為能力者による弁済の取消し(§476)：同様 ← 弁済自体より、代物弁済契約の取消し
- ・ 債権者が善意で目的物を費消・譲渡した場合(§477)：弁済は有効、弁済者への求償権

§475 弁済をした者が弁済として他人の物を引き渡したときは、その弁済をした者は、更に有効な弁済をしなければ、その物を取り戻すことができない

§476 譲渡につき行為能力の制限を受けた所有者が弁済として物の引渡しをした場合において、その弁済を取り消したときは、その所有者は、更に有効な弁済をしなければ、その物を取り戻すことができない

§477 前二条の場合において、債権者が弁済として受領した物を善意で消費し、又は譲り渡したときは、その弁済は、有効とする。この場合において、債権者が第三者から賠償の請求を受けたときは、弁済をした者に対して求償をすることを妨げない

- ・ 金銭債権：§402,403 に規定
- ・ 弁済の費用(§485)：債務者の負担だが、債権者が増加させた分は債権者
 - * 有償契約における契約費用は平等の割合で分担(§558)

§485 弁済の費用について別段の意思表示がないときは、その費用は、債務者の負担とする。ただし、債権者が住所の移転その他の行為によって弁済の費用を増加させたときは、その増加額は、債権者の負担とする

* 移転登記の費用：契約費用(判例)、弁済の費用(学説)、買主負担の特約を付す(実務)

【大判大 7.11.1 民録 24-2103】不動産売買の移転登記費用は契約費用

6. 弁済の効果

- ・ 弁済の充当：債権が複数存在している場合の処理方法
 - 【最判昭 62.12.18】特約があっても不動産競売手続の配当による弁済は法定充当による

①合意による充当：事前であれ弁済時であれ、当事者間に合意があればそれが優先する

【最判平 22.3.16 判時 2078-18】有効な弁済充当特約でも弁済の1年以上後の指定は不可

②元本・利息・費用間の法定充当(§491)：費用→利息→元本の順とする

→費用には債務者の負担すべき弁済費用(§485)・契約費用(§558)などを含む

→2項の意義：6月の利息と7月の利息では6月の利息が優先、などのように適用する

§491-1 債務者が一個又は数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合において、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときは、これを順次に費用、利息及び元本に充当しなければならない

#2 §489の規定は、前項の場合について準用する

【大判昭 2.3.9 新聞 2684-14】競売費用は費用に含まれる

【大判明 37.2.2 民録 10-70】遅延損害金は利息に含まれる

③弁済者による指定(§488-1)

④受領者による指定(§488-2) ← 弁済者は直ちに異議を述べれば法定充当にできる

§488-1 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を目的とする数個の債務を負担する場合において、弁済として提供した給付がすべての債務を消滅させるのに足りないときは、弁済をする者は、給付の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる

#2 弁済をする者が前項の規定による指定をしないときは、弁済を受領する者は、その受領の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる。ただし、弁済をする者がその充当に対して直ちに異議を述べたときは、この限りでない

#3 前二項の場合における弁済の充当の指定は、相手方に対する意思表示によってする

【大判大 10.2.21 民録 27-445】 #2 の「弁済の時」は受領の 2,3 日後でもよい

⑤法定充当(§489)：以下の順位です

- 1：弁済期にある → 弁済期にない
- 2：債務者にとって弁済の利益が多い → 少ない
- 3：弁済期が先に到来 → 後に到来
- 4：債務の額に応じて按分

§489 弁済をする者及び弁済を受領する者がいずれも前条の規定による弁済の充当の指定をしないときは、次の各号の定めるところに従い、その弁済を充当する

- 一 債務の中に弁済期にあるものと弁済期にないものとがあるときは、弁済期にあるものに先に充当する
- 二 すべての債務が弁済期にあるとき、又は弁済期にないときは、債務者のために弁済の利益が多いものに先に充当する
- 三 債務者のために弁済の利益が相等しいときは、弁済期が先に到来したもの又は先に到来すべきものに先に充当する
- 四 前二号に掲げる事項が相等しい債務の弁済は、各債務の額に応じて充当する

§490 一つの債務の弁済として数個の給付をすべき場合において、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときは、前二条の規定を準用する

→ 2 号の具体的判断

例：物的担保付 > 無担保、債務名義あり > なし

【最判昭 29.7.16 民集 8-7-1350】 2 号は諸般の事情を総合判断して決めるべき

【大判大 7.10.19 民録 24-1987】 有利子 > 無利子

【大判大 7.12.11 民録 24-2319】 高利子 > 低利子

【大判明 40.12.13 民録 13-1200】 単独債務 > 連帯債務(求償関係が残り面倒)

【大判大 7.3.4 民録 24-326】 保証人の有無では差が生じない

→ 3 号の判断

【大判大 6.10.20 民録 23-1668】 期限の定めのない債務では債権発生日時の早い > 遅い

・ 弁済受領者の義務：受取証書の交付(領収書)、債権証書の返還(借用証書など)

* 交付費用(領収書の印紙代など)は特約がない限り弁済受領者の負担

§486 弁済をした者は、弁済を受領した者に対して受取証書の交付を請求することができる

§487 債権に関する証書がある場合において、弁済をした者が全部の弁済をしたときは、その証書の返還を請求することができる

【大判昭 16.3.1 民集 20-163】 受取証書の交付は弁済と同時履行関係にある

第2款 弁済—弁済の提供と受領遅滞（413,492,493条）

1. 弁済の提供の効果

- ・ 債務不履行責任が発生しなくなる(§492)：債務そのものを消滅させるのではなく、防御的效果
§492 債務者は、弁済の提供の時から、債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる
- ・ 双務契約において、債権者の同時履行の抗弁権がなくなる(§533)
- ・ 特定物の引渡における善管注意義務（§400）の軽減：自己の物に対するのと同じの注意義務に
- ・ 増加費用の負担(§485 但)：受領拒絶による増加費用は債権者の負担
- ・ 危険の移転

2. 弁済の提供の方法(§493)

§493 弁済の提供は、債務の本旨に従って現実になさなければならない。ただし、債権者があらかじめその受領を拒み、又は債務の履行について債権者の行為を要するときは、弁済の準備をしたことを通知してその受領の催告をすれば足りる

- ・ 現実の提供(§493 本文)

＊ 金銭債務：不足がある場合、信義則上有効とすべきか判断される

【最判昭 35.12.15 民集 14-14-3060】 供託金額のわずかな不足[S33 才 483]

「原判決認定の弁済提供および供託金額は、本件消費貸借成立が原判示のように昭和二八年九月下旬とすれば、原判示の元金 120,000 円とその利息金 33,140 円計 153,140 円では不足であることは所論のとおりであるが、所論の提供、供託さるべき元利合計金 154,500 に比し、不足額は僅かに千三百余円をいでないものであるから、この一事をもつて弁済提供および供託の効果を否定しえない」（所有権確認・損賠請求→認容／棄却）

- ・ 小切手による支払：信用による、銀行の自己宛小切手でも特段の事情があればダメなことも

【最判昭 37.9.21 民集 16-9-2041】 銀行の自己宛小切手の交付は有効な弁済の提供

【最判昭 35.11.22 民集 14-13-2827】 銀行が支払保証した小切手の交付は有効な弁済の提供

【大阪高判昭 56.10.30 判時 1046-50】 銀行自己宛小切手が弁済の提供と認められない場合

【大判大 15.9.30】 預金証書に押捺して渡したのを現金の交付と同視したもの

- ・ 多すぎる提供

【最判昭 31.11.27 民集 10-11-1480】 賃借しない家屋の賃料も提供した場合[S30 才 646]

「被上告人の延滞賃料の催告は別紙第一目録（イ）の家屋に関するものであつて、（ロ）の家屋と同第二目録（ハ）の土地とは上告人において賃貸していなかつた……しかるに上告人は被上告人の催告に対し右（ロ）の家屋と（ハ）の土地とが（イ）の家屋とともに賃貸借の目的物であるとし、この部分をも含めた賃料を提供し、この全額を受領しなければ支払わない意思であつたという趣旨である。右催告は所論のように不適法なものではなくこのような場合に、賃貸人が、争われている目的物に相当する賃料をも合せて受領すれば、それが賃貸借の目的物となつてゐることを承認していたと認められる資料となるおそれがあるから、債務の本旨に従つた履行の提供があつたものとするとはできず、賃貸人が提供の全額について受領を拒絶するのは相当であつて、受領の遅滞もまた生ずるものでない」（建物明渡請求→認容／棄却）

- ・ 提供の方法：履行地に債権者が来なかつたような場合も提供があつたと認められる

【最判昭 32.6.27】 催告期間末日に登記所に代金を持参して待っていたのは履行の提供[125]

【最判 39.10.23 民集 18-8-1773】 受領の催告なくして現実の提供になる場合[S37 才 806]

催告を受けて弁護士事務所に延滞賃料を持参したが、事務員しかいなかったためそのまま辞去したもの。

控訴審「弁済の現実の提供は、債権者が債務者側より提供された給付を受領する以外に何もすることのないよう

な結果をもたらすものであることを要し、かつそれをもつて足りるものであり、特に債務者が債権者の面前に給付の目的物を提示したり、弁済の意思を表示したりすることを要しない」

上告審「被上告人が……坂井弁護士事務所に七八七五円を持参したことによつて、上告人代理人坂井弁護士に対する債務の本旨にしたがつた弁済の提供がなされたものである旨判示したことは……正当……（大判明 38.3.11、大判大 7.6.8、大判大 10.3.23 参照）、また原判決は、原判示のような特段の事由のある場合には、受領の催告をしなくてもよい旨判示しているのであるから、原判決に所論の違法は」ない（家屋明渡請求→棄却／棄却）

＊物の引渡債務：債権者に協力義務がある（引渡場所を問い合わせるなど）

【大判大 10.6.30 民録 27-1287】赤石港事件（準備し代金催告をしただけは提供でない）

【大判大 14.12.3 民集 4-685】深川渡事件（口頭の提供？債権者の協力義務？）

要旨「物品引渡場所を深川渡と約したる場合に於て売主が特定の倉庫に引渡の準備を為したる以上は買主に対し準備完了したる旨を通知するに当り其の倉庫の所在を指示せざるも買主に於て信義誠実の原則上売主に問合せ其の方法に依り其の場所を知り得べきときは売主は有効なる履行の提供を為したるものと云ふことを得べきものとす」（損賠請求→棄却／破棄差戻し）

・口頭の提供(§493 但書)

＊債権者の受領拒絶

【最大判昭 32.6.5 民集 11-6-915】口頭の提供も不要な場合[§29 才 522]

契約違反による賃貸借契約解除を理由に明渡請求をしたが一番で敗訴し、控訴審で判決前 3 月の賃料不払解除を予備的請求で立てたもの（家屋明渡請求→棄却／棄却／棄却）

「債権者が予め弁済の受領を拒んだときは、債務者をして現実の提供をなさしめることは無益に帰する場合があるから、これを緩和して民法四九三条但書において、債務者は、いわゆる言語上の提供、すなわち弁済の準備をなしその旨を通知してその受領を催告するを以て足りると規定したのである。そして、債権者において予め受領拒絶の意思を表示した場合においても、その後意思を翻して弁済を受領するに至る可能性があるから、債権者にかかる機会を与えるために債務者をして言語上の提供をなさしめることを要するものとしているのである。しかし、債務者が言語上の提供をしても、債権者が契約そのものの存在を否定する等弁済を受領しない意思が明確と認められる場合においては、債務者が形式的に弁済の準備をし且つその旨を通知することを必要とするがごときは全く無意義であつて、法はかかる無意義を要求しているものと解することはできない。それ故、かかる場合には、債務者は言語上の提供をしないからといって、債務不履行の責に任ずるものということとはできない」

（小谷・池田反対）受領しない意思が明確な場合は口頭で足りるという法意ゆえ、それも不要とはいえない

（河村反対）（藤田反対）小谷・池田反対と同様

（下飯坂反対）原審は弁済を受領しない意思が明確で口頭の提供も要しない場合であるといっているが怪しい

＊債務の履行につき債権者の行為を要する場合

→取立債務：履行期に準備をして待っていれば現実の提供となる

→債権者の先行的協力行為：車の修理(車の持参)や歌う債務(歌う場所の指定)など

→口頭の提供が必要になる場合は限られる

・取立債務ですでに債務者が債務不履行に陥っている場合（履行期前に猶予を依頼した場合）

→債務不履行（履行遅滞）状態を解消するために口頭の提供を要する

・債務の履行に協力しない債権者への攻撃的対応に必要な場合

→賃料を取立ない債権者に対して賃料を供託する場合(§494 で受領拒絶が必要だから)

・同時履行の抗弁権がある双務契約で解除をする場合

→口頭の提供と履行の催告をしないと同時履行の抗弁権により有効に解除できない

＊口頭の提供と準備行為の程度

- ・受領拒絶の場合：債権者に原因があるから、準備の程度はゆるやかでよい
→受領するといえ合理的期間内に給付を完了できる程度の準備で良い

【大判大 7.12.4 民録 24-2288】手元に現金がないが銀行と融資の予約をしていれば足りる

- ・債権者の行為を要する場合：協力行為があれば直ちに履行が可能な程度の準備を要する

3. 受領遅滞(§413)

§413 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないときは、その債権者は、履行の提供があった時から遅滞の責任を負う

- ・「遅滞の責任を負う」の意義

＊法定責任説(通説・判例)：債権者は権利のみなので債務不履行責任のような責任は生じない
→履行に協力する義務を果たさないと一定の不利益が課せられる

＊債務不履行説：債権者も債権の目的を実現するという法律上の債務がある（受領義務）
→これを怠ると債務者の債務不履行に対応する責任が生じる

←帰責事由があれば損賠・解除が可能となるが、そこまでの責任を想定しているのか

【最判昭 40.12.3 民集 19-9-2090】受領遅滞を理由とする解除の可否[S40 才 208]

「債務者の債務不履行と債権者の受領遅滞とは、その性質が異なるのであるから、一般に後者に前者と全く同一の効果を認めることは民法の予想していないところというべきである。民法四一四条、四一五条、五四一条等は、いずれも債務者の債務不履行のみを想定した規定であること明文上明らかであり、受領遅滞に対し債務者のとらうる措置としては、供託・自動売却等の規定を設けているのである。されば、特段の事由の認められない本件において被上告人の受領遅滞を理由として上告人は契約を解除することができない」（損賠請求→棄却/棄却）

- ・要件：履行の提供があったこと＋受領拒絶又は受領不能（→不作為義務では受領遅滞はない）

＊帰責事由の要否：法定責任説によれば帰責事由不要 ∴受領義務による責任ではない

- ・効果：債務不履行責任不発生(§492)、債権者の同時履行の抗弁権の消滅(§533)、特定物引渡債務の注意義務の軽減、増加費用の負担(§485 但)、危険の移転、供託が可能になる(§494)

【最判昭 35.10.27 民集 14-12-2733】受領遅滞と債務不履行責任[S31 才 686]

「本件不動産の買戻契約に際し、財産税等は被上告人の負担とし、これを一応金三万円と見積り、被上告人が上告人に右金員を支払えば、本件各不動産の残りである畑四筆を被上告人に返還し、その所有権移転登記手続をなし、後日財産税額が判明次第清算する旨の約定が本件当事者間に成立した……従つて右約定は双務契約であり、被上告人の三万円の給付に対しては、畑四筆の所有権移転が対価関係をなし、且つ特別事情の認められていない本件にあつては、右両者は同時履行の関係にあつたものと推定すべく……被上告人は、本件催告を受けた当時は未だ遅滞にあつたわけではないから、右催告が契約解除の前提となりうるためには、催告と同時に被上告人が遅滞に付せられることを要するものであるところ、約定が双務契約であり、双方の債務が同時履行の関係にある……本件においては、上告人は、自己の債務の提供として、すくなくとも県知事の許可の手續に協力する等登記手續に協力することにより、被上告人を遅滞に付することが必要であるが、上告人はかかる必要な手續をした旨の主張、立証は何らなされていない。従つて本件催告はこの点において既に契約解除の前提としての有効な催告と認め得ないばかりでなく……被上告人は昭和二一年六月末頃金三万円を調達して上告人方へ持参し、受領を求めたところ、上告人は税額は三万五千円であるといいだし、更に一、二日後三万五千円を持参提供したところ、今度は税額は四万円であるといつて受取らないため、被上告人は更に四万円を持参提供して税額につき納得のゆく説明を求めたが、これをしないため、四万円を供託するというと、供託ではいけないというので、被上告人の真

意を測りかね、これを持ち帰り……上告人は、被上告人が約旨の三万円および上告人の要求による三万五千元、四万円を持参して提供をなしたときこれを拒みその都度受領遅滞の状態にあつた……しからば、かかる受領遅滞にある上告人としては、契約解除の前提としての催告をするがためには、被上告人に対し右受領遅滞を解消せしめるに足る意思表示をした上、右三万円の請求をすべきであつて、これなしに漫然その支払のみを請求しても契約解除の前提としての適法な催告をしたものとは認められない。されば、本件催告は以上いずれの点よりするも契約解除の前提としての催告としては無効のもの」(不動産所有権移転登記請求→認容／棄却)

【最判昭 45.8.20 民集 24-9-1243】口頭の提供の必要性・受領遅滞後の催告[S42 才 803]

「債権者が契約の存在を否定する等弁済を受領しない意思が明確と認められるときは、債務者は、言語上の提供をしなくても債務不履行の責を免れるものと解すべきであること(最大判昭 32.6.5)……双務契約上の債務の受領遅滞にある者が契約解除の前提としての催告をするためには、受領遅滞を解消させた上でこれをしなければならぬこと(最判昭 35.10.27)は、当裁判所の判例とするところ」(家屋明渡等請求→認容／破棄差戻し)

- ・受領義務が認められる場合：契約の解釈により受領義務を肯定する場合がある

【最判昭 46.12.16 民集 25-9-1472】信義則上受領義務が肯定される場合[S40 才 548]

「前記鉱石売買契約においては、被上告会社が右契約期間を通じて採掘する鉱石の全量が売買されるべきものと定められており、被上告会社は上告人に対し右鉱石を継続的に供給すべきもののなのであるから、信義則に照らして考察するときは、被上告会社は、右約旨に基づいて、その採掘した鉱石全部を順次上告人に出荷すべく、上告人はこれを引き取り、かつ、その代金を支払うべき法律関係が存在していたものと解するのが相当である。したがつて、上告人には、被上告会社が採掘し、提供した鉱石を引き取るべき義務があつたものというべきであり、上告人の前示引取の拒絶は、債務不履行の効果を生ずるものといわなければならない」

第3款 弁済—目的物の供託（494-498条）

1. 機能

- ・弁済供託：債権者が受領しない・できない場合に、弁済の効果を発生させるためにするもの
- ・担保供託(§366-3 など)、保管供託(§394,578 など)、執行供託(民執 156)、特別供託(公選 92)

2. 供託の要件

- ・要件：①～③のいずれかに該当 + 債務の本旨に従って供託がなされること

①債権者の弁済受領拒絶：受領遅滞が要件(判例＝口頭の提供が原則として必要)

←受領遅滞に至らなくても、あらかじめ債権者から受領拒絶があれば供託可能(通説)

【大判大 11.10.25 民集 1-616】口頭の提供をしても受領拒絶が明かな場合は口頭の提供不要

②債権者の受領不能：債権者の帰責事由はいらない、判例は緩やかに解する

③債権者不確知：過失なく、法律上ないし事実上債権者が分からない場合

* 債務の本旨に従った供託：一部の供託では効力を生じない

【最判平 6.7.18 民集 48-5-1165】一部の供託でも有効になる場合[H3 オ 1311]

「交通事故の加害者が被害者から損害の賠償を求める訴訟を提起された場合において、加害者は右事故についての事実関係に基づいて損害額を算定した判決が確定して初めて自己の負担する客観的な債務の全額を知るものであるから、加害者が第一審判決によって支払を命じられた損害賠償金の全額を提供し、供託してもなお、右提供に係る部分について遅滞の責めを免れることができず、右供託に係る部分について債務を免れることができないと解するのは、加害者に対し難きを強いることになる。他方、被害者は、右提供に係る金員を自己の請求する損害賠償債権の一部の弁済として受領し、右供託に係る金員を同様に一部の弁済として受領する旨留保して還付を受けることができ、そうすることによって何ら不利益を受けるものではない。以上の点を考慮すると、右提供及び供託を有効とすることは債権債務関係に立つ当事者間の公平にかなう……したがって、交通事故によって被った損害の賠償を求める訴訟の控訴審係属中に、加害者が被害者に対し、第一審判決によって支払を命じられた損害賠償金の全額を任意に弁済のため提供した場合には、その提供額が損害賠償債務の全額に満たないことが控訴審における審理判断の結果判明したときであっても、原則として、その弁済の提供はその範囲において有効なものであり、被害者においてその受領を拒絶したことを理由にされた弁済のための供託もまた有効……この理は、加害者との間で加害車両を被保険自動車として任意の自動車保険契約を締結している保険会社が被害者からいわゆる直接請求権に基づき保険金の支払を求める訴訟を提起された場合に、保険会社が被害者に対してする弁済の提供及び供託についても、異なるところはない」(損賠請求・原告上告棄却)

- ・供託者：弁済者＝債務者のほか、弁済をなしうる第三者

§494 債権者が弁済の受領を拒み、又はこれを受領することができないときは、弁済をすることができる者（以下この目において「弁済者」という。）は、債権者のために弁済の目的物を供託してその債務を免れることができる。弁済者が過失なく債権者を確知することができないときも、同様とする

3. 供託の方法(§495)：供託所(#1)、裁判所による指定等(#2)、債権者への通知(#3)

§495-1 前条の規定による供託は、債務の履行地の供託所にしなければならない

#2 供託所について法令に特別の定めがない場合には、裁判所は、弁済者の請求により、供託所の指定及び供託物の保管者の選任をしなければならない

#3 前条の規定により供託をした者は、遅滞なく、債権者に供託の通知をしなければならない

- ・自助売却(§497)：生鮮食品等の場合は競売して代価を供託すれば足りる

§497 弁済の目的物が供託に適しないとき、又はその物について滅失若しくは損傷のおそれがあるときは、弁済者は、裁判所の許可を得て、これを競売に付し、その代金を供託することができる。その物の保存について過分

の費用を要するときも、同様とする

4. 供託の効果

- ・ 債務の消滅

- ・ 債権者の供託物還付請求権

- * 債務者の同時履行の抗弁権保護のため§498 で制約がされている

§498 債務者が債権者の給付に対して弁済をすべき場合には、債権者は、その給付をしなければ、供託物を受け取ることができない

- ・ 債務者の供託物取戻請求権(§496)：原則はいつでもできるが、例外的に消滅しうる

- * 例外：債権者の供託承諾、供託有効確定判決、質権・抵当権の消滅、供託者の取戻請求権放棄

§496-1 債権者が供託を受諾せず、又は供託を有効と宣告した判決が確定しない間は、弁済者は、供託物を取り戻すことができる。この場合においては、供託をしなかったものとみなす

#2 前項の規定は、供託によって質権又は抵当権が消滅した場合には、適用しない

- * 供託物取戻請求権の消滅時効(10 年)の起算点：権利行使が期待できるとき

【最大判昭 45.7.15 民集 24-7-771】供託物取戻請求権の時効[S40 行ツ 100]

賃料を供託していたが明渡訴訟で和解して退去した借主が供託物取戻請求をしたところ、時効消滅で却下されたもの。供託物取戻請求却下処分取消請求→認容／棄却

○行訴によるべきか「もともと、弁済供託は、弁済者の申請により供託官が債権者のために供託物を受け入れ管理するもので、民法上の寄託契約の性質を有するものであるが、供託により弁済者は債務を免れることとなるばかりでなく、金銭債務の弁済供託事務が大量で、しかも、確実かつ迅速な処理を要する関係上、法律秩序の維持、安定を期するという公益上の目的から、法は、国家の後見的役割を果たすため、国家機関である供託官に供託事務を取り扱わせることとしたうえ、供託官が弁済者から供託物取戻の請求を受けたときには、単に、民法上の寄託契約の当事者的地位にとどまらず、行政機関としての立場から右請求につき理由があるかどうかを判断する権限を供託官に与えた……したがって、右のような実定法が存するかぎりにおいては、供託官が供託物取戻請求を理由がないと認めて却下した行為は行政処分であり、弁済者は右却下行為が権限のある機関によつて取り消されるまでは供託物を取り戻すことができないものといわなければならない、供託関係が民法上の寄託関係であるからといって、供託官の右却下行為が民法上の履行拒絶にすぎないものということは到底できないのである」→適法

○時効起算点「もとより、債権の消滅時効が債権者において債権を「行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス」るものであることは、民法一六六条一項に規定するところ……弁済供託における供託物の払渡請求、すなわち供託物の還付または取戻の請求について「権利ヲ行使スルコトヲ得ル」とは、単にその権利の行使につき法律上の障害がないというだけではなく、さらに権利の性質上、その権利行使が現実に期待のできるものであることをも必要……けだし、本来、弁済供託においては供託の基礎となつた事実をめぐつて供託者と被供託者との間に争いがあることが多く、このような場合、その争いの続いている間に右当事者のいずれかが供託物の払渡を受けるのは、相手方の主張を認めて自己の主張を撤回したものと解せられるおそれがあるので、争いの解決をみるまでは、供託物払渡請求権の行使を当事者に期待することは事実上不可能にちかく、右請求権の消滅時効が供託の時から進行すると解することは、法が当事者の利益保護のために認めた弁済供託の制度の趣旨に反する結果となるからである。したがって、弁済供託における供託物の取戻請求権の消滅時効の起算点は、供託の基礎となつた債務について紛争の解決などによつてその不存在が確定するなど、供託者が免責の効果を受ける必要が消滅した時と解する」

○時効期間「弁済供託における供託物払渡請求権の消滅時効の期間に関し、原審判決は、供託は国が設けた金品保管の制度で、供託の原因も法定されており、供託官は供託が適法であればこれを受理しなければならない、契約自由の原則は適用されないというだけの理由から、供託上の法律関係は公法関係であり、供託金の払渡請求権は会計法三〇条の規定により五年の消滅時効にかかるものと解している。しかしながら、弁済供託が民法上の寄託

契約の性質を有するものであることは前述のとおりであるから、供託金の払渡請求権の消滅時効は民法の規定により、一〇年をもつて完成する」

（入江・長部・大隅・松本反対）（松田反対、岩田同調）民事訴訟によるべきで、取消訴訟は却下すべき

【最判平 13.11.27 民集 55-6-1334】 債権者不確知による弁済供託での起算点[H10 行ツ 22]

「弁済供託は、債務者の便宜を図り、これを保護するため、弁済の目的物を供託所に寄託することによりその債務を免れることができるようにする制度であるところ、供託者が供託物取戻請求権を行使した場合には、供託をしなかったものとみなされるのであるから、供託の基礎となった債務につき免責の効果を受ける必要がある間は、供託者に供託物取戻請求権の行使を期待することはできず、供託物取戻請求権の消滅時効が供託の時から進行すると解することは、上記供託制度の趣旨に反する結果となる。そうすると、弁済供託における供託物の取戻請求権の消滅時効の起算点は、過失なくして債権者を確知することができないことを原因とする弁済供託の場合を含め、供託の基礎となった債務について消滅時効が完成するなど、供託者が免責の効果を受ける必要が消滅した時

（最大判昭 45.7.15 参照）」（貸主が死亡し、相続人複数から賃料請求を受けたため、債権者不確知で供託したもの、供託金取戻請求却下決定取消請求→認容／棄却）

第4款 弁済—弁済による代位（499-504条）

1. 債務者以外が弁済したときに、衡平の見地から債権者が有していた担保などを弁済者に移転させ、求償権行使において債権者と同様の地位を与えるもの
2. 要件—代位できる者

←弁済は任意でなくてもよく、強制執行の場合や、相殺・供託・代物弁済の場合も代位できる

←代位権不行使特約(銀行等の承諾なく代位弁済で取得した権利を行使しない特約)も有効

- ・法定代位(§500)：弁済をなすについて正当な利益を有する者 → 下の2種類

§500 弁済をするについて正当な利益を有する者は、弁済によって当然に債権者に代位する

- ①§474で債務者の意思に反して弁済できる利害関係を有する第三者

→ 物上保証人、抵当不動産の第三取得者、後順位担保権者

【大判昭 13.2.15 民集 17-179】債務者の一般債権者も正当な利益を有する場合がある

債務者の唯一の資産に設定された担保権が不利な時期に実行されそうな場合など、不利益回避に必要な場合

- ②債権者には自ら債務を負うが、債務者との関係では実質的に他人の債務の弁済となる場合

→ 連帯債務者、不可分債務者、保証人（※§474の第三者ではない。債務者だから）

- ・任意代位(§499)：法定代位が認められない場合

§499-1 債務者のために弁済をした者は、その弁済と同時に債権者の承諾を得て、債権者に代位することができる

#2 §467の規定【指名債権譲渡の対抗要件】は、前項の場合について準用する

- ①債権者の承諾を得ること ← 合理性がないから、原則として承諾を拒めない(通説)

∴第三者の弁済も債務者の同意があれば債権者は拒めず、代位だけ拒否できる理由がない

- ②債務者への通知をすること ∴任意代位は誰が弁済するかわからないから

3. 代位の効果(§501 前段)：債権者の有していた一切の権利を行使できる

- ・「債権の効力として」：債権に付随する損賠請求権や債権者代位権・詐害行為取消権をいう

- ・「担保として」：抵当権や補償をいう

←解除権・取消権は契約当事者の地位に付随する権利ゆえ移転しない

(§412-426の債権の効力にある部分の権利のみが移転する)

§501 前段 前二条の規定により債権者に代位した者は、自己の権利に基づいて求償をすることができる範囲内において、債権の効力及び担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使することができる。

- ・意義：原債権が担保とともに弁済者に移転する(判例・通説)

【最判昭 61.2.20 民集 40-1-43】弁済による代位制度の性質と主文[S58 才 881]

「弁済による代位の制度は、代位弁済者の債務者に対する求償権を確保することを目的として、弁済によつて消滅するはずの債権者の債務者に対する債権【＝原債権】及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権を有する限度で右の原債権及びその担保権を行使することを認めるものである。それゆえ、代位弁済者が代位取得した原債権と求償権とは、元本額、弁済期、利息・遅延損害金の有無・割合を異にすることにより総債権額が各別に変動し、債権としての性質に差違があることにより別個に消滅時効にかかるなど、別異の債権ではあるが、代位弁済者に移転した原債権及びその担保権は、求償権を確保することを目的として存在する附従的な性質を有し、求償権が消滅したときはこれによつて当然に消滅し、その行使は求償権の存する限度によつて制約されるなど、求償権の存在、その債権額と離れ、これと独立してその行使が認められるものではない。したがつて、代位弁済者が原債権及び担保権を行使して訴訟においてその給付又は確認を請求する場合には、それに

よつて確保されるべき求償権の成立、債権の内容を主張立証しなければならず、代位行使を受けた相手方は原債権及び求償権の双方についての抗弁をもつて対抗することができ、また、裁判所が代位弁済者の原債権及び担保権についての請求を認容する場合には、求償権による右のような制約は実体法上の制約であるから、求償権の債権額が常に原債権を上回るものと認められる特段の事情のない限り、判決主文において代位弁済者が債務者に対して有する求償権の限度で給付を命じ又は確認しなければならない」(求償債務履行請求→認容／破棄差戻し)

4. 保証人等が複数いる場合の調整(§501 後段・各号)

§501 後段 この場合においては、次の各号の定めるところに従わなければならない

- 一 保証人は、あらかじめ先取特権、不動産質権又は抵当権の登記にその代位を付記しなければ、その先取特権、不動産質権又は抵当権の目的である不動産の第三取得者に対して債権者に代位することができない
- 二 第三取得者は、保証人に対して債権者に代位しない
- 三 第三取得者の一人は、各不動産の価格に応じて、他の第三取得者に対して債権者に代位する
- 四 物上保証人の一人は、各財産の価格に応じて、他の物上保証人に対して債権者に代位する
- 五 保証人と物上保証人との間においては、その数に応じて、債権者に代位する。ただし、物上保証人が数人あるときは、保証人の負担部分を除いた残額について、各財産の価格に応じて、債権者に代位する
- 六 前号の場合において、その財産が不動産であるときは、第一号の規定を準用する

・ 第三取得者の扱い

＊ 債務者からの第三取得者

- ・ 保証人弁済後の第三取得者(1号)：保証人は付記登記が対抗要件
- ・ 保証人弁済前の第三取得者：付記登記なく求償可能 ∴ 弁済前の抵当権を知って取得

【最判昭 41-11-18 民集 20-9-1861】付記登記の「あらかじめ」は弁済時をいう

- ・ 第三取得者が弁済(2号)：保証人へ求償不可 ∴ 抵当権を知って取得、責任の限度も明確

＊ 物上保証人からの第三取得者：1号の付記登記以外は、物上保証人と同視して扱う

＊ 任意代位や一般債権者の法定代位：規定はないが、付記登記を要すると解するべき[内田]

・ 資格を兼ねる者の扱い、代位割合の変更特約

【最判昭 61.11.27】保証人兼物上保証人の代位割合は1人分の平等割でよい

【最判平 9.12.18】共同相続による共有時は各共同相続人を別個に1人として数える

【最判昭 59.5.29 民集 38-7-885】代位割合を変更する特約・遅延損害金特約

X 信用保証協会が他の連帯保証人 A 所有の原債権の担保不動産の根抵当権を実行する際、代位割合変更特約(X→A へ全額代位可能)、遅延損害金特約を結んでいた場合に、後順位抵当権者に対して、両特約が有効として配当をするよう訴えたもの。原債権が求償権者に帰属するから、原債務・極度額の範囲では対抗関係ではない。

5. 一部弁済による代位(§502)

§502-1 債権の一部について代位弁済があったときは、代位者は、その弁済をした価額に応じて、債権者とともにその権利を行使する

#2 前項の場合において、債務の不履行による契約の解除は、債権者のみがすることができる。この場合においては、代位者に対し、その弁済をした価額及びその利息を償還しなければならない

・ 「債権者とともにその権利を行使」：一部弁済者による抵当権行使は許されるか

＊ 許される(大審院判例)、許されない(学説、実務は特約を付す)

【大決昭 6.4.7 民集 10-535】一部弁済者の代位による抵当権単独行使を肯定

【東京高判昭 55.10.20 判タ 429-106】一部弁済者の独立の担保権行使を否定

【最判昭 60.5.23 民集 39-4-940】 抵当権実行時の配当では現債権者が代位弁済者に優先

【最判昭 62.4.23 金法 1169-29】 一部弁済者の求償権が消滅しても共同抵当権に影響はない

被告は 3000,1700 万円の債権を有し、担保として甲の 3000 万円の根抵当権を有していたが、1700 万円が信用保証協会から全額弁済され（代位により抵当権は準共有となる）、その後求償権が消滅してから被告が抵当権を実行した（代価 3000 万円）際、後順位抵当権者が 1700 万円分は求償権消滅により抵当権を行使できず、その分の配当を自分が受けるべきと主張したもの。下級審は求償権消滅により準共有は消滅し被告単独の抵当権となったとして棄却。最高裁は一部弁済者が抵当権を実行しても原債権者が優先配当を受けるから、本件では 3000 万円まるまる被告に行き問題がないとした

【最判平 17.1.27】 数個の債権の 1 個を全額弁済した場合は原債権者への優先弁済否定

4 個の債務の連帯保証人がうち 2 個の保証期間終了後 1 個の債務を全額弁済し、原債務者が倒産したため、売却代金が債権額に応じて按分されたため原債権者が優先弁済を求めたもの。数個の債権のうち 1 個につき全額弁済した場合は、すでに保証しない債務についてまで優先弁済を受忍する理由はないから、按分でよい。

6. 債権者の協力義務：弁済者の代位を容易にするための協力義務

- ・ 債権証書及び占有する担保物の交付義務(§503)

§503-1 代位弁済によって全部の弁済を受けた債権者は、債権に関する証書及び自己の占有する担保物を代位者に交付しなければならない

#2 債権の一部について代位弁済があった場合には、債権者は、債権に関する証書にその代位を記入し、かつ、自己の占有する担保物の保存を代位者に監督させなければならない

- ・ 担保保存義務(§504)：法定代位ができる場合に限る

→債権者が故意・過失で担保を喪失・減少させると、保証人等は一部免責される

§504 §500 の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる

* 担保保存義務免除特約

【最判昭 48.3.1】 担保保存義務免除特約は保証人に対して有効

【最判平 2.4.12】 特約主張が信義則違反となりうることを肯定（本件では特約を有効とした）

【最判平 7.6.23 民集 49-6-1737】 連帯保証人の子(抵当権設定者)にも特約は有効

債権者が共同抵当権の一部を放棄後、抵当物件を相続・他の相続人から買い受けて所有する連帯保証人の子が特約の効力が及ばず、担保保存義務違反による免責を主張したもの。

第5款 代物弁済（482条）

1. 代物弁済

- ・ 意義：債権者の承諾を得て本来の給付に変えて別の給付をすること → 弁済と同一の効力
- ・ 性質：要物契約＝給付をする必要あり → 抜け駆け的債権回収

但し、代物弁済の予約や停止条件付代物弁済契約も可 → 担保目的

＊有償契約である → 目的物に瑕疵があれば売主の担保責任の規定準用(§559)

§482 債務者が、債権者の承諾を得て、その負担した給付に代えて他の給付をしたときは、その給付は、弁済と同一の効力を有する

- ・ 規制：過大な代物弁済予約がされたため、判例及び仮登記担保法で規制

【最大判昭 49.10.23】代物弁済予約（仮登記担保）に清算義務を課す

2. 要件

- ・ 債権の存在
- ・ 本来の給付と異なる給付がなされること
←本来の給付と代物弁済としての給付の価値の釣り合いは不要 ← 判例・仮登記担保法で修正
- ・ 当該給付が「本来の弁済に代えて」なされたこと
- ・ 債権者の承諾

3. 効果

- ・ 債務の消滅 ← 現実に給付がなされる必要がある、不動産では登記
＊債務の一部だけを消滅させる代物弁済：当事者間の合意があれば可能
＊更改との差異：更改だと新たな債務が残る、代物弁済は給付をするので消滅する

【最判昭 40.4.30 民集 19-3-768】不動産代物弁済での債務消滅の要件[S39 才 665]

「債務者がその負担した給付に代えて不動産所有権の譲渡をもつて代物弁済する場合の債務消滅の効力は、原則として単に所有権移転の意思表示をなすのみではならず、所有権移転登記手続の完了によつて生ずる」

第6款 相殺 (505-512 条)

1. 総則

- ・ 意義：同種の目的を有する債務を対当額で消滅させるもの
- ・ 機能：いずれも当事者が利用したければ利用させれば足りるもの → 意思表示が必要 (§506)
 - * 簡便な決済：弁済の手間を省略して決済できる
 - * 公平の要請：資力がある側は全額弁済しなければならず、無資力者は弁済しないのは不公平
 - * 担保的機能：相手方が無資力になっても相殺で損害を出さずに済む
- ・ 用語
 - * 自働債権：相殺の意思表示をする側が相手方に対して有する債権（相殺者の債権）
 - * 受働債権：相手方が相殺の意思表示をする側に対して有する債権（相殺者の債務）
 - * 反対債権：自働債権。相手方から受働債権の弁済を請求され、相殺を主張する時にいう

2. 効果

- ・ 遡及的な債務消滅 (§505-1, 506-2)：対当額で両当事者が債務を免れ、債務が消滅する
 - §506-2 前項の意思表示は、双方の債務が互いに相殺に適するようになった時にさかのぼってその効力を生ずる
 - * 遡及効の理由：遅延損害金の利率が異なる場合に意思表示の時期で不公平が生じさせないため
 - * 弁済の充当の規定の準用 (§512 → 488~491)
 - §512 §488 から §491 までの規定は、相殺について準用する

3. 要件

- §505-1 二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合において、双方の債務が弁済期にあるときは、各債務者は、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない
- ・ 相殺適状(積極的要件)
 - ① 「二人が互いに」債務を負担すること (§505-1 本文)
 - ・ 第三者との相殺が可能な場合もある
 - 受働債権の債権譲渡：可能 ∵ §468-2 で抗弁を対抗できるから(弁済期の先後で異論あり)
 - 保証人・連帯債務者による相殺 ∵ §457-2, 436-2 ← 実際は履行拒絶のみと解すべき
 - 抵当不動産の第三取得者が自ら債権者に有する債権で被保全債務を相殺
 - ： 判例は否定(大判昭 8.12.5 民集 12-2818)、学説は肯定 ∵ 第三者弁済に同じ
 - ・ 一方の債務が消滅しても時効前に相殺適状になっていれば OK (§508)
 - §508 時効によって消滅した債権がその消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、その債権者は、相殺をすることができる
 - ② 両債務が「同種の目的」を有すること (§505-1 本文)
 - ・ 金銭債務が多いが、物の引渡債務も可。履行地は異なってもよいが損賠義務あり (§507)
 - §507 相殺は、双方の債務の履行地が異なるときであっても、することができる。この場合において、相殺をする当事者は、相手方に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならない
 - ③ 双方の債務が弁済期にあること (§505-1 本文) <弁済期未到来は抗弁事由>
 - ・ 受働債権の期限の利益は相殺者にあると推定され (§136-2)、その場合は放棄できる

→実際は自働債権の弁済期が到来していれば足りるのが通常

【大判昭 8.5.30 民集 12-1381】受働債権は期限の利益の放棄の意思表示なく、直ちに相殺可
「相殺適状に在るか為には反対債権は已に弁済期に在ることを必要とするは論無きも主債権に付きては之を必要とせず。債務者に於て即時に其の弁済を為すの権利ある以上期限拋棄の意思表示は現に之を為さずとも債務者は直ちに相殺を為すを妨げざるものとす」

④両債務が性質上相殺を許さないものではないこと(§505-1 但書)

- ・行為債務に多い

- ・相殺禁止事由(消極的要件)

①当事者の反対の意思表示(§505-2)：契約の趣旨から黙示の合意を認める場合もある

- ・相殺禁止特約は可能だが、善意の第三者(債権譲受人等)には対抗できない(但書)

§505-2 前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない

②不法行為によって生じた受働債権(§509)

・被害者の損害の現実・迅速な填補、腹いせ防止(債権者がわざと不法行為をする防止)

§509 債務が不法行為によって生じたときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない

【最判昭 49.6.28 民集 28-5-666】双方過失による物的損害の相殺[S47 才 36]

「民法五〇九条の趣旨は、不法行為の被害者に現実の弁済によつて損害の填補を受けさせること等にあるから、およそ不法行為による損害賠償債務を負担している者は、被害者に対する不法行為による損害賠償債権を有している場合であつても、被害者に対しその債権をもつて対当額につき相殺により右債務を免れることは許されない…(最判昭 32.4.30 参照。)したがつて、本件のように双方の被用者の過失に基因する同一交通事故によつて生じた物的損害に基づく損害賠償債権相互間においても、民法五〇九条の規定により相殺が許されない」

【最判昭 54.9.7 判時 954-29】運送業者の双方被用者の過失による物的損害[S53 才 1198]

「本件のように上告人、被上告人双方の各被用者の過失に基因する同一事故によつて生じた物的損害に基づく損害賠償債権相互間において民法五〇九条の規定により相殺が許されないことは、当裁判所の判例(最判昭 49.6.28) ……このことは、双方がいずれも運送業を営む会社であつても同様であるというべき」

(大塚反対)「当事者双方の過失に起因する同一の交通事故によつて生じた物的損害に基づく損害賠償債権相互間においては、相殺が許される」相殺禁止で防止できず、人的損害より物的損害は現実の弁済の必要が薄い

【最判昭 42.11.30 民集 21-9-2477】自働債権だけが不法行為による債権なら相殺可能

③差押禁止債権(§510)：扶養請求権(民執法 152-1:1)、使用者の賃金支払債務(労基 24)など

§510 債権が差押えを禁じたものであるときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない

④支払差止債権(§511)：§481 で弁済禁止が原則 → 相殺は遡及効があるので修正

- ・相殺適状になった時に遡及するため、差押前に遡及できる差押前取得債権なら可能

§511 支払の差止めを受けた第三債務者は、その後に取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができない

⑤自働債権にできない債権

- ・相手方が抗弁権を有するとき：同時履行の抗弁権、催告・検索の抗弁権など

- ・差し押さえられたとき：相殺は民執法 145「債権の取立てその他の処分」にあたり禁止

4. 方法(§506-1)：相手方への意思表示による → 相殺は形成権

§506-1 相殺は、当事者の一方から相手方に対する意思表示によつてする。この場合において、その意思表示に

は、条件又は期限を付することができない

- ・ 期限・条件

- * 期限は付することができない ∵ 相殺適状に遡及するため、意味がない

- * 条件は付することができない ∵ 相手方が相殺してしまえば条件成就を待つ必要がない

- 合意によって条件・期限を付けるのは許される

5. 法定相殺(民法の規定による相殺)と相殺契約、相殺予約

- ・ 相殺契約：相殺の方法や要件・効果について定める契約 ← 相殺禁止特約が可能ゆえ許される

- * 不法行為損賠償債務が受働債権、多数当事者の循環的債務の相殺：相殺契約でなら可能

- * 遡及効の有無も合意で決められる

- ・ 相殺予約

- * 相殺契約の予約：予約完結権の行使で相殺の効果が発生する

- * 停止条件付相殺契約：一定事由発生時に意思表示なく相殺の効力が生じる(銀行の約款など)

- * 準法定相殺：不渡り等があったときに、容易に法定相殺ができるようにする約定

- 債務者は受働債権の期限の利益を喪失し、債権者は自働債権の期限の利益を放棄する

6. 相殺の担保的効力

- ・ 預金担保貸付の預金差し押さえの場合

- 差押による期限の利益の喪失(期限の利益喪失約款)で相殺適状になったと言えるか

- * 制限説：銀行の差押債権者への対抗を制限する立場(旧判例)

- ∵ 弁済期が先に到来したのに弁済せず相殺適状を待つのは誠実ではない

- 【大判明 31.2.8 民録 4-11】 差押前に相殺適状が生じていることが必要

- 【最判昭 32.7.19 民集 11-7-1297】 自働債権の弁済期到来のみで対抗できる

- 【最大判昭 39.12.23 民集 18-10-2217】 自働債権の弁済期が受働債権より早ければ対抗可

- 受働債権の弁済期が先に到来するなら対抗できず、相殺予約の特約もこの制限に反する者は許されない

- * 無制限説：弁済期の先後によらず相殺適状になれば可能 ∵ §511 の文言、取引の実情

- ← 法定相殺については弁済期の先後によって分けるべき、との異説は根強い

- 【最大判昭 45.6.24 民集 24-6-587】 差押え時の相殺予約[S39 オ 155]

- 「相殺の制度は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によつて決済し、もつて両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度であつて、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権については確実かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能を営むものである。相殺制度のこの目的および機能は、現在の経済社会において取引の助長にも役立つものであるから、この制度によつて保護される当事者の地位は、できるかぎり尊重すべきものであつて、当事者の一方の債権について差押が行なわれた場合においても、明文の根拠なくして、たやすくこれを否定すべきものではない」「およそ、債権が差し押えられた場合においては、差押を受けた者は、被差押債権の処分、ことにその取立をすることを禁止され……その結果として、第三債務者もまた、債務者に対して弁済することを禁止され (§481-1 等)、かつ債務者との間に債務の消滅またはその内容の変更を目的とする契約、すなわち、代物弁済、更改、相殺契約、債権額の減少、弁済期の延期等の約定などを行うことが許されなくなるけれども、これは、債務者の権能が差押によつて制限されることから生ずるいわば反射的効果にすぎないのであつ

て、第三債務者としては、右制約に反しないかぎり、債務者に対するあらゆる抗弁をもつて差押債権者に対抗することができる……すなわち、差押は、債務者の行為に関係のない客観的事実または第三債務者のみの行為により、その債権が消滅またはその内容が変更されることを妨げる効力を有しないのであつて、第三債務者がその一方的意思表示をもつてする相殺権の行使も、相手方の自己に対する債権が差押を受けたという一事によつて、当然に禁止されるべきいわれはない」「もつとも、§511 条は、一方において、債権を差し押えた債権者の利益をも考慮し、第三債務者が差押後に取得した債権による相殺は差押債権者に対抗しえない旨を規定している。しかしながら、同条の文言および前示相殺制度の本質に鑑みれば、同条は、第三債務者が債務者に対して有する債権をもつて差押債権者に対し相殺をなしうることを当然の前提としたうえ、差押後に発生した債権または差押後に他から取得した債権を自働債権とする相殺のみを例外的に禁止することによつて、その限度において、差押債権者と第三債務者の間の利益の調節を図つたもの……したがつて、第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権および受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうる」「右特約は、訴外会社またはその保証人について前記のように信用を悪化させる一定の客観的事実が発生した場合においては、被上告銀行の訴外会社に対する貸付金債権について、訴外会社のために存する期限の利益を喪失せしめ、一方、同人らの被上告銀行に対する預金等の債権については、被上告銀行において期限の利益を放棄し、直ちに相殺適状を生ぜしめる旨の合意と解することができるのであつて、かかる合意が契約自由の原則上有効であることは論をまたないから、本件各債権は、遅くとも、差押の時に全部相殺適状が生じたものといわなければならない。そして、差押の効力に関して先に説示したところからすれば、被上告銀行のした前示相殺の意思表示は、右相殺適状が生じた時に遡つて効力を生じ、本件差押にかかる訴外会社の債権は、右相殺および原審認定の弁済により、全部消滅に歸したものである」と(定期預金等請求→棄却／棄却)

(岩田補足) 多数意見の補足

(松田意見・色川同調) 原則としては受働債権の弁済期が先ならダメ、特約修正のみ認めるべき

(大隅意見) 判例変更不要だが、特約の効力を認める

(入江・長部・城戸・田中反対) 判例変更不要で認容すべき

- ・ 債権譲渡後に弁済期が到来した場合(受働債権の弁済期が先に到来)

* 判例は自働債権の弁済期が後から到来しても相殺を認める ← 事案限りの判断？

【最判昭 50.12.8 民集 29-11-1864】 債権譲渡通知後の弁済期到来[S44 才 655]

訴外 A 会社から Y への売掛金債権の譲渡を受けた X が、Y にその支払いを求めたのに対し、Y が譲渡債権を受働債権、A への反対債権を自働債権とする相殺の抗弁をした：譲受債権請求→認容／一部破棄自判(棄却)

「A は Y に対し、弁済期昭 42.12.3、金額 261.4 万円の売掛債権を有し、上告人は、右売掛債務支払のために、同年 7.3 金額を右同額、満期を同年 12.3 とする約束手形①を A に宛てて振り出し、これを A の取締役兼従業員であつた X に交付した。他方、Y は、A に対し、A が Y に宛てて振り出し交付した……合計 170 万円の約束手形債権を有していたが、A が、昭 43.1.13 倒産し、本件手形債権につき期限の利益を喪失したため、その弁済期は同日到来した。ところが、X は、約束手形①を紛失したので、昭 42.8.5 A に対し右手形金相当額を弁償し、その代償として同年 9.14 A から本件売掛債権の譲渡を受け、A は同日 Y に対し右債権譲渡の通知をし、その頃右通知は Y に到達した。その後昭 43.6.3 A は約束手形①につき除権判決を得た。そして、X が Y に対し、本件売掛債権及びこれに対する遅延損害金の支払を求めて提起した」本訴の弁論「において、Y は本件手形債権をもつて X の本訴請求債権と対当額で相殺する旨の意思表示をした。本件における問題点は、右相殺の許否であるが、原審の確定した以上の事実関係のもとにおいては、上告人は、本件売掛債権を受働債権とし本件手形債権を自働債権とする相殺をもつて被上告人に対抗しうる」(岸上補足・岸同調、藤林反対・下田同調あり)

- ・ 転付命令：一般に金融機関のする相殺を順相殺、取引先による相殺を逆相殺という

→先に相殺されると相殺適状は失われる ∴相殺を意思表示かからせているから

【最判昭 54.7.10 民集 33-5-533】順相殺と逆相殺の優劣[S53 オ 547]

A が X に有する預金債権を Y が差押・転付命令を得て、S51.5.24 に A、6.9 に X に送達された→6.14(一番口頭弁論期日)に Y は預金債権を自働債権、X の Y に対する手形金債権を受働債権に相殺の意思表示→6.21 到達書面で X は預金債権を受働債権、X の A への貸付金債権を自働債権に相殺の意思表示をした／X-Y の相殺適状は S51.3.26 以降、X-A の相殺適状は S50.12.2 ゆえ、原審は相殺適状の先後で判断して X の手形金請求認容

「相殺適状は、原則として、相殺の意思表示がされたときに現存することを要するのであるから、いつたん相殺適状が生じていたとしても、相殺の意思表示がされる前に一方の債権が弁済、代物弁済、更改、相殺等の事由によつて消滅していた場合には相殺は許されない (§508 はその例外規定である) ……債権が差し押さえられた場合において第三債務者が債務者に対して反対債権を有していたときは、その債権が差押後に取得されたものでない限り、右債権及び被差押債権の弁済期の前後を問わず、両者が相殺適状になりさえすれば、第三債務者は、差押後においても右反対債権を自働債権とし被差押債権を受働債権として相殺することができるわけであるけれども、そのことによつて、第三債務者が右の相殺の意思表示をするまでは、転付債権者が転付命令によつて委付された債権を自働債権とし、第三債務者に対して負担する債務を受働債権として相殺する権能が妨げられるべきいわれはない」→相殺の充当関係審理のため破棄差戻し

7. 相殺の制限

・相殺権の濫用

* 狙い撃ち相殺：複数債権のうち転付命令の対象になった債権を狙い撃ちで相殺するもの

【大阪地判昭 49.2.15 金法 729-33】狙い撃ち相殺を信義則違反・権利濫用として排斥

* 親会社に対する債権との相殺予約：親会社への債権譲渡→相殺と扱う(判例)

→親会社への債権差押後に親会社が債権を取得するから、相殺不可

【最判平 7.7.18 判時 1570-60】差押後取得債権ゆえ相殺不可

* 同行相殺：銀行が破産した取引先の預金債権と取得した手形金債権を相殺するもの

→本来は裏書人に遡求すべきだから

【最判昭 53.5.2 金商 549-24】同行相殺は権利濫用ではない

* 駆け込み相殺：同行相殺で裏書人がグルの場合(手形所持者がわざと銀行に持ち込む)

→判例特になし。権利濫用かも

* 担保付債権との相殺：自働債権に担保があるのに、差押え受働債権と相殺する

→差押債権者は第三債務者の担保からの回収を期待するから。それだけで権利濫用は厳しい

【最判昭 54.3.1 金法 893-43】担保からの回収の期待だけでは権利濫用にならない

第7款 更改、免除、混同（513-520 条）

1. 更改(§513-518)

- ・ 意義：債務の要素を変更し、もとの債権を消滅させ、新たな債権を成立させる契約(§513)

§513 当事者が債務の要素を変更する契約をしたときは、その債務は、更改によって消滅する

#2 条件付債務を無条件債務としたとき、無条件債務に条件を付したとき、又は債務の条件を変更したときは、いずれも債務の要素を変更したものとみなす

- ・ 趣旨：かつては債権譲渡や債務引受にかわる制度で重要だった

→担保や抗弁権が原則受け継がれないので、いまでは不便(§518)

＊ 債務者・債権者の交代(§514～516)

§514 債務者の交替による更改は、債権者と更改後に債務者となる者との契約によってすることができる。ただし、更改前の債務者の意思に反するときは、この限りでない

§515 債権者の交替による更改は、確定日付のある証書によってしなければ、第三者に対抗することができない

§516 §468-1 の規定は、債権者の交替による更改について準用する

＊ 旧債務の存続と担保等(§517,518)

§517 更改によって生じた債務が、不法な原因のため又は当事者の知らない事由によって成立せず又は取り消されたときは、更改前の債務は、消滅しない

§518 更改の当事者は、更改前の債務の目的の限度において、その債務の担保として設定された質権又は抵当権を更改後の債務に移すことができる。ただし、第三者がこれを設定した場合には、その承諾を得なければならない

2. 免除(§519)：債権者の一方的な意思表示によって債務を消滅させるもの

§519 債権者が債務者に対して債務を免除する意思表示をしたときは、その債権は、消滅する

3. 混同(§520)：債権と債務が同一人に帰属したときに、その債権が消滅するもの

- ・ 例外：債権が第三者の目的になっている場合

§520 債権及び債務が同一人に帰属したときは、その債権は、消滅する。ただし、その債権が第三者の権利の目的であるときは、この限りでない

4. その他の債権消滅原因の例

- ・ 債権の終期の到来(期限付きの賃貸借契約など)
- ・ 消滅時効の完成
- ・ 債務者の帰することのできない事由による履行不能
- ・ 債権を発生させた契約の消滅(解除や取消し)
- ・ 目的到達・不到達(医師の診療債務で、診療を待たずに患者が自然治癒・死亡した場合)

第2章 契約（521-696条）

第1節 総則（521-548条）

第1款 契約総論

1. 契約の意義

- ・ 契約の拘束力における意思主義：人は自らの意思に基づいてのみ義務を負う ← 自由主義の要請

2. 合意があっても契約としての法的拘束力を認められないもの

- ・ 自然債務、無償契約（日本法は諾成主義なので拘束力を認める）

3. 合意がなくても契約としての法的拘束力を認めるもの

- ・ 事実的契約関係理論

→電車やバスへの乗車などの社会類型的行為は、個別の意思を問題とすることなく、運送契約の成立という効果をもたらす ← そうしないといちいち錯誤の主張など面倒。

- ・ 付合契約

→相手方当事者の作成した契約条件を飲むか、契約しないかの自由しかない契約のこと

→その予め作成された契約条項を、約款・普通契約約款という

4. 契約自由の原則

- ・ 契約内容の自由、締結の自由、相手方選択の自由、契約方式の自由

5. 契約の分類

- ・ 典型契約⇔無名契約・非典型契約：民法典に規定があるかどうか
- ・ 双務契約⇔片務契約：債務が当事者の双方にあるか、一方にあるか
- ・ 有償契約⇔無償契約：経済的な反対給付の有無。通常は双務・片務と一致する
※例外）利息付消費貸借：有償契約だが、片務契約
- ・ 要物契約⇔諾成契約：契約の成立に目的物の授受が必要か合意のみで成立するか
- ・ 一時（単発）的契約・継続的契約・継続的供給契約：売買／賃貸借等／売買の一部
※継続的売買：基本契約と個別契約・スポット契約からなる場合もある

第2款 契約の成立（521-532条）

1. 申込みと承諾

- ・ 申込みの誘引：他人の申込みを誘うもの（店員募集の広告、通信販売のカatalog配布など）
- ・ 期間のある場合：撤回不可、期間内に承諾通知がないと失効（§521）、遅延の処理（§522-523）
 - ※承諾は発信主義：期間内の承諾不到達を解除条件に、承諾の発信により契約が成立（通説）
 - [§521-1](#) 承諾の期間を定めてした契約の申込みは、撤回することができない
 - [§521-2](#) 申込者が前項の申込みに対して同項の期間内に承諾の通知を受けなかったときは、その申込みは、その効力を失う
 - [§522-1](#) 前条第一項の申込みに対する承諾の通知が同項の期間の経過後に到達した場合であっても、通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、申込者は、遅滞なく、相手方に対してその延着の通知を発しなければならない。ただし、その到達前に遅延の通知を発したときは、この限りでない
 - [§522-2](#) 申込者が前項本文の延着の通知を怠ったときは、承諾の通知は、前条第一項の期間内に到達したものとみなす
 - [§523](#) 申込者は、遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる
- ・ 期間のない場合：相当期間経過まで撤回不可（§524）
 - ※慣習等からして承諾をなすべき期間経過後は、もはや承諾できない（解釈）
 - 承諾適格：期間の定めがあればその期間徒過後、なくとも相当期間経過後は喪失
 - ※撤回可能になる相当期間 < 承諾適格を喪失する相当期間
 - [§524](#) 承諾の期間を定めないで隔地者に対してした申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができない
- ・ 現実売買：申込みに対する承諾がその場でなされ、履行もほぼ同時になされる売買
- ・ 隔地者間の契約（§525-527）：承諾の通知を発したときに成立（発信者主義）
 - ※電子承諾通知では到達主義を採用（電子消費者契約法4条）
 - [§525](#) 第九十七条第二項（隔地者への意思表示は表意者死亡等でも有効）の規定は、申込者が反対の意思表示した場合又はその相手方が申込者の死亡若しくは行為能力の喪失の事実を知っていた場合には、適用しない
 - [§526-1](#) 隔地者間の契約は、承諾の通知を発した時に成立する
 - [§526-2](#) 申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する
 - [§527-1](#) 申込みの撤回の通知が承諾の通知を発した後に到達した場合であっても、通常の場合にはその前に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、承諾者は、遅滞なく、申込者に対してその延着の通知を発しなければならない
 - [§527-2](#) 承諾者が前項の延着の通知を怠ったときは、契約は、成立しなかったものとみなす
- ・ 申込みと異なる承諾（§528）：新たな申込みとみなす
 - [§528](#) 承諾者が、申込みに条件を付し、その他変更を加えてこれを承諾したときは、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなす
- ・ 競売の扱い
 - ①せり下げ競売での価格の提示：申込みの意思表示（安すぎるからやっぱやめ、はナシ）
 - ②せり上げ競売での価格の提示：申込みの誘引（より高額の申込みがあればそっちに行く）

※最低価額を示している場合の提示：より高額の申し出がないことを停止条件とする承諾

③入札を行う表示：入札後に諾否の自由があれば申込みの誘引、なければ申込み

2. それ以外の契約成立

- ・意思実現による契約の成立：シュリンクラップ契約・クリックオン契約
→パッケージの開封や同意のクリックでライセンス契約に同意したものとみなすもの
- ・交叉申込み：合致する契約内容の申込みを双方がしたもの。遅い方の到達時に成立する

3. 懸賞広告

- ・懸賞広告をすると報酬を与える義務を負うが、完了する者がいない間は撤回できる(§529-530)

§529 ある行為をした者に一定の報酬を与える旨を広告した者（以下この款において「懸賞広告者」という。）は、その行為をした者に対してその報酬を与える義務を負う

§530-1 前条の場合において、懸賞広告者は、その指定した行為を完了する者がいない間は、前の広告と同一の方法によってその広告を撤回することができる。ただし、その広告中に撤回をしない旨を表示したときは、この限りでない

#2 前項本文に規定する方法によって撤回をすることができない場合には、他の方法によって撤回をすることができる。この場合において、その撤回は、これを知った者に対してのみ、その効力を有する

#3 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたときは、その撤回をする権利を放棄したものと推定する

- ・完了者が数人いると、早い者勝ち、同時なら山分け又は抽選(§531)

§531-1 広告に定めた行為をした者が数人あるときは、最初にその行為をした者のみが報酬を受ける権利を有する

#2 数人が同時に前項の行為をした場合には、各自が等しい割合で報酬を受ける権利を有する。ただし、報酬がその性質上分割に適しないとき、又は広告において一人のみがこれを受けるものとしたときは、抽選でこれを受ける者を定める

#3 前二項の規定は、広告中にこれと異なる意思を表示したときは、適用しない

- ・優等懸賞広告(§532)：応募期間が必須

§532-1 広告に定めた行為をした者が数人ある場合において、その優等者のみに報酬を与えるべきときは、その広告は、応募の期間を定めたときに限り、その効力を有する

#2 前項の場合において、応募者中いずれの者の行為が優等であるかは、広告中に定めた者が判定し、広告中に判定をする者を定めなかったときは懸賞広告者が判定する

#3 応募者は、前項の判定に対して異議を述べることができない

#4 前条第二項の規定は、数人の行為が同等と判定された場合について準用する

4. 契約の有効要件

- ・有効な意思表示があること：自然人の意思能力・行為能力、代理人の代理権、法人の権利能力・代表権、意思と表示の一致
- ・契約内容：実現可能性、確定性、適法性

第3款 契約の効力（533-539条）

1. 契約の効力

- ・債権としての効力：請求力、給付保持力、訴求力、執行力
- ・契約固有の効力：双務契約（同時履行の抗弁権、危険負担）と第三者のためにする契約のみ

2. 双務契約上の債務における牽連性：成立上の牽連性、履行上の牽連性、存続上の牽連性

3. 成立上の牽連性（原始的不能）

- ・従来通説：原始的不能な債務は無効→他方も無効＝契約自体が無効（成立上の牽連性）
←原始的不能な契約を締結した責任が滅失物の売主にある場合に無効でよいのか
→近時有力：契約責任として問題となり、原始的不能であるだけでは無効にならない。
※意思表示の欠缺による無効・取消は、契約が有効に成立していないから牽連性の問題ではない

4. 履行上の牽連性（同時履行の抗弁権）

- ・特約がない限り、同時履行の抗弁権が認められる（§533）
→成立要件：①双務契約から生じた相対立する債務が存すること、②相手方の債務が弁済期にあること、③相手方が自己の債務の履行又はその提供をせずに履行を請求すること
※留置権も認められる場合はいずれを行使してもよい（通説・判例）
→物の引渡しを伴わないサービスの場合や、片務契約なら片方しか成立しないことがある
§533 双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。ただし、相手方の債務が弁済期にないときは、この限りでない

・要件①相対立する債務の存在

【大判大 7.8.14】移転登記の協力義務と代金支払義務は同時履行の関係にある

【最判昭 47.9.7】双務契約解除後の不当利得返還債務どうしも同時履行の関係にある

※継続的契約・継続的供給契約の場合

→有償寄託契約：報酬支払債務と返還債務が同時履行の関係に立つ

→継続的供給契約：相手方が当期の中心的な債務を履行しないと、次期の債務の履行を拒める

・要件②相手方の債務が弁済期にあること（←自分の債務が弁済期にない：履行義務なし）

※履行期がずれており、先に到来した債務の履行を拒むうちに後の債務が履行期に至った場合

→拒んでいた側が同時履行の抗弁権を使っても信義則に反するとまではいえない（有力）

∴履行遅滞は別途損害賠償を請求すれば足りる

→拒んだ理由が相手方の無資力ならそのような拒絶を肯定すべき（不安の抗弁権）

【東京地判平 2.12.20】相手方が無資力に陥った場合に不安の抗弁権を認める

・要件③履行またはその提供のあること

→一部履行又は不完全な履行の場合

→契約の趣旨からあまりに外れた履行の提供は、履行の提供とみなされない（§493）

→ほぼ全部なら抗弁権はなく、可分な場合は履行された割合に応じて抗弁権を失う

→一度債務の履行の提供をすれば以後抗弁権は使えなくなるか

→強制履行を選択するなら、引換給付判決が出される（提供がなくても同じ）

→解除するなら、一度履行の提供をすれば充分である

【大判明 44.12.11】代金の提供なく訴求すると引換給付判決を出す

→相手方に債務を履行する意思がなくても、抗弁権を失わせるため履行の提供が必要か

→相手方が予め受領を拒む意思が明確なら口頭の提供も不要（口頭の提供：§493 但書）

- ・ 効果：履行遅滞の責任を生じない、訴求すると引換給付判決になる
- ・ 行使の方法：要件が満たされる限り、行使しなくても当然に認められる（存在効果説、通説）
 - ←明確に行使する必要がある（行使効果説、有力）

5. 存続上の牽連性（危険負担）

- ・ 後発的不能による履行不能の場合の処理
- ・ 物件の設定・移転を目的とする双務契約(§534)
 - ：滅失原因が、債権者・不可抗力→債権者、債務者に帰責→債務者
 - ※不特定物は対象物が特定されたのちにしか適用されない
 - ※債権者保護のため、目的物の支配が移ったときから 534 条が適用されると解する（有力）
- ・ 停止条件付双務契約の条件成否未定中の滅失(§535-1)：§536 の例による
- ・ 停止条件付双務契約の目的物の損傷(§535-2,3)
 - ：債権者・不可抗力→債権者、債務者→債務者（債権者は履行の請求・解除を選択可能 + 損賠）
- ・ 上記以外の双務契約(§536)：不可抗力→債務者の反対給付受給権を否定、債権者→債務者は反対給付を受けられるが、債務を免れて得た利益の償還義務がある、債務者→債務者の負担
 - ←この償還義務につき、積極的に償還するよう、損害軽減義務を認める立場もある
- ・ まとめ：原則牽連性あり、特定物の設定・移転を目的とする双務契約(§534)、停止条件付双務契約の目的物の損傷(§535-2)の場合、債権者有責の場合のみ牽連性なし。

§534-1 特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する

#2 不特定物に関する契約については、第四百一条第二項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する

§535-1 前条の規定は、停止条件付双務契約の目的物が条件の成否が未定である間に滅失した場合には、適用しない

#2 停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰することができない事由によって損傷したときは、その損傷は、債権者の負担に帰する

#3 停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰すべき事由によって損傷した場合において、条件が成就したときは、債権者は、その選択に従い、契約の履行の請求又は解除権の行使をすることができる。この場合においては、損害賠償の請求を妨げない

§536-1 前二条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない

#2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない

- ・ 代償請求権：危険負担によって債務を履行したが債権は満足されなかった債権者は、債務者が履

行不能を原因として金銭や債権（保険金等）を得た場合には、これを引き渡すよう請求できる
→履行不能による債務消滅の場合一般にあてはまる

6. 事情変更の原則

- ・ 履行は不能ではないが、契約通り履行させることが公平に反する事態の後発的発生
- ・ 例) 目的不到達（英：戴冠式中止）、経済的不能（インフレにより報酬額と内容が全く見合わない場合）、等価関係の破壊（インフレ）
- ・ 要件：予見しえない事情の変更、事情変更が当事者の責めに帰することができな事由に基づくこと、契約通りの履行を強制することは信義則に反すること
- ・ 効果：契約解除または契約改定（ともに下級審では少なくないが最高裁では肯定例なし）
← 契約改定で済むならその方がいい（→再交渉義務、∴契約法における継続性原理）

【大判昭 19.12.6】事情変更の原則による契約解除をはじめて認めたもの

【最判平 9.7.1 民集 51-6-2452】事情変更の原則適用の条件[28021213]

ゴルフ会員権等存在確認請求→一審：認容→控訴：破棄（請求棄却）→上告：破棄自判（控訴棄却）

ゴルフ場の経営を譲り受けた会社が、優先利用権等を拒否したため提起されたもの。控訴審はのり面崩壊で多大な回収費を要した点につき事情変更の原則を認めたが、最高裁は否定した。

「事情変更の原則を適用するためには、契約締結後の事情の変更が、当事者にとって予見することができず、かつ、当事者の責めに帰することのできない事由によって生じたものであることが必要であり、かつ、右の予見可能性や帰責事由の存否は、契約上の地位の譲渡があった場合においても、契約締結当時の契約当事者についてこれを判断すべきである」

7. 第三者のためにする契約 ← そもそも契約の相対性の原則の例外だから

- ・ 契約の相対性の原則：契約によって当事者以外の者に利益も不利益も与えられない
- ・ 例：生命保険など。銀行振り込みによる支払は準委任契約の連鎖
- ・ 売買契約で第三者に代価を支払う場合：売主＝要約者、買主＝諾約者、受取人＝受益者
→要約者・受益者の関係に対価関係、要約者・諾約者の関係を補償関係という
- ・ 効果：受益者→諾約者へ直接の給付請求権(§537-1) ※給付は債権以外も可。物権、債務免除等
但し、受益者→要約者への受益の意思表示が必要(§537-2)
∴付随的負担を負わせることが可能、一方的受益でも内容による
- ・ 受益の意思表示以後は当事者は変更・消滅させられない (§538)
- ・ 同時履行の抗弁権等を諾約者は受益者に対抗できる (§539)

§537-1 契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者は、債務者に対して直接にその給付を請求する権利を有する

#2 前項の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して同項の契約の利益を享受する意思表示した時に発生する

§538 前条の規定により第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない

§539 債務者は、第五百三十七条第一項の契約に基づく抗弁をもって、その契約の利益を受ける第三者に対抗することができる

8. 契約終了後の関係（余後効）

- ・ 委任：急迫の事情がある場合の受任者等の委任の終了後の処分 (§654)
- ・ 賃貸借：契約終了時の有益費償還義務 (§608-2)
- ・ 競業避止義務：相手方が契約関係にあつたため不当な不利益を被らないようにする義務
【最判平 22.3.25】特約がなければ不正競争をしない限り、競業行為自体は不法行為ではない
- ・ 消費者取引：製品製造停止後の交換部品の供給など（信義則上の義務）

第4款 契約の解除（540-548条）

1. 解除の方法：相手方に対する意思表示・撤回不可能（§540）→形成権・裁判外行使可能

- ・原則：催告→解除の意思表示

←特約で催告不要にできる（無催告解除特約）←信義則上無効の場合あり

←特約で催告・解除の意思表示とも不要にできる（失権約款）←公序良俗違反の場合あり

- ・対象：片務契約も含む（∵双務契約に限定していない、片務契約も負担を伴うことがある）

§540-1 契約又は法律の規定により当事者の一方が解除権を有するときは、その解除は、相手方に対する意思表示によってする

#2 前項の意思表示は、撤回することができない

- ・解除権の不可分性(§544)：当事者の一方が数人の場合、全員から／に対してのみ行える

∵当事者の不知のうちに解除されたり、一部のみ解除されて複雑化することを防ぐため

§544-1 当事者の一方が数人ある場合には、契約の解除は、その全員から又はその全員に対してのみ、することができる

#2 前項の場合において、解除権が当事者のうちの一人について消滅したときは、他の者についても消滅する

【最判昭 39.2.25】賃貸の目的物の共有者が解除する場合、544条は不適用

←共有物の利用は「共有物の管理に関する事項」で過半数で決することができるから。

2. 法定解除の3要件：債務不履行、不履行が債務者に帰責、解除が§541の手続に従っていること

- * 解除の法的性質

・債務者へのペナルティー → 債務者の帰責事由が必要

・契約の解消 → 帰責事由不要（解除一元論）

3. 履行遅滞による解除(§541)

→帰責事由：故意・過失または信義則上これと同視すべき理由（戦争や大災害など）

←履行遅滞の場合、帰責事由は明文に要求されず、不要とする有力説もある

→催告の相当の期間：形式上の期間でなく、解除までに実質的に与えられた猶予期間の長短

【最判昭 31.12.6】催告に定めた期間ではなく、解除までの実質的猶予期間で判断

【大判昭 2.2.2】催告時に期間を定めずとも催告後相当な期間の経過後の解除は有効[Ⅱ 153]

「催告の時と解除の時との間に既に相当の時を経過し居れば是亦足れり」履行期以後は債務者は即時履行の義務を常時負担するから、催告後相当の期間を経過すずても履行しなければ解除可能。

→履行の提供と催告は同時あるいは催告で定めた日の履行で足りる

【最判昭 36.6.22】催告で定めた日に履行の提供をすれば足りる（所有権移転登記請求）

【大判大 6.6.27】期限の定めのない債務では履行の請求と催告を兼ねることができる

§541 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる

- ・定期行為：履行が遅滞すると履行自体が無意味になる場合(§542)→催告不要

→ウェディングドレスやクリスマスケーキ：性質上定期行為、契約でも可能。

→商事確定期売買（商法 525）：商人間では直ちに履行請求しないと解除とみなされる

∵相手方を不安定な地位におくことで、投機的行動を取りうるのは不当

→履行請求すれば足りるから、片方が商人の場合も適用してよい（解釈）

§542 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、相手方は、前条の催告をすることなく、直ちにその契約の解除をすることができる

4. 履行不能による解除(§543)：催告は不要（催告しても履行不能は一緒だから）

- ・ 解除しなくても、損害賠償（填補賠償＋履行利益）があつて代金と相殺されるから、結果は同じ
- ・ 履行期前でも、履行不能が確定すれば解除権の行使が可能
- ・ 例外：債務の不履行が不可抗力・債権者に帰責：危険負担は債権者となるから解除権不要
←規定上、債務者に帰責できないことは債務者の抗弁なので、とりあえず解除主張はできる

§543 履行の全部又は一部が不能となったときは、債権者は、契約の解除をすることができる。ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない

【最判昭 34.9.17】履行不能の帰責性は債務者が主張・立証する必要がある[Ⅱ 165]

5. 不完全履行による解除

- ・ 引渡債務：本旨通り履行させれば足りる(追完)→いやなら履行遅滞、無理なら履行不能で処理
- ・ 行為債務：不動産賃貸借契約で借主が乱雑に利用する場合→不完全履行として解除を認める

6. その他の債務不履行による解除

- ・ 付随義務：中心的な義務（給付義務）に付随する義務のこと（情報提供など）
→要素たる債務の不履行でなければ解除原因とならない（単なる付随義務違反だけでは不可）

【大判昭 13.9.30】解除は要素たる債務の不履行でなければ認められない

【最判昭 36.11.21 民集 15-10-2507】公租公課の立替払分の不払い(否定)[S35 才 69]

売買契約にかかる付随的義務としての租税負担義務を履行しなかったもの（土地所有権確認等：認容）

「法律が債務の不履行による契約の解除を認める趣意は、契約の要素をなす債務の履行がないために、該契約をなした目的を達することができない場合を救済するためであり、当事者が契約をなした主たる目的の達成に必須的でない附随的義務の履行を怠つたに過ぎないような場合には、特段の事情の存しない限り、相手方は当該契約を解除することができない」

【最判昭 43.2.23】土地売買契約で定めた代金完済まで建物を建てない義務の違反で解除可能

- ・ 複合型契約：2個の契約が社会通念上一方の履行では足りない場合はまとめて解除できる

【最判平 8.11.12 民集 50-10-2673】複数契約の一部の不履行と解除(肯定)[28011516]

損害賠償等請求→一審：認容→控訴：破棄自判（棄却）→上告：破棄自判（控訴棄却）

リゾートマンションの所有権の売買契約と付設リゾートクラブの会員権契約をしたが、クラブの温水プールが建設されず、買主が履行遅滞として両契約の解除を求めたもの。

「同一当事者間の債権債務関係がその形式は甲契約及び乙契約といった二個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約又は乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として甲契約と併せて乙契約をも解除することができる」

- ・ 継続的契約

→賃貸借・雇用・委任・組合契約：解除の遡及効を否定（§620,630,652,684）

→契約関係が長期間継続する場合：解除の遡及効を否定すべき（例：数年単位のフランチャイズ）

7. 解除の効果(§546,547)

- ・ 未履行債務→消滅、既履行債務→返還請求権（原状回復義務, §545-1）

※解除前の第三者は但書で善意・悪意によらず保護される

→登記を備える必要がある（判例は対抗要件、通説は権利保護資格要件）

∴一応瑕疵なく有効な契約で、解除されるか不明だから、悪意でもあまり関係ない

※解除後は対抗関係（但し、177条で94-2類推ではない。原状回復義務による移転だから）

§545-1 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。
ただし、第三者の権利を害することはできない

【最判昭 33.6.14】未登記の転得者は売買の合意解除につき第三者にあたらない [Ⅱ 157]

- ・果実や使用利益も返還、金銭は利息も必要 (§545-2)

§545-2 前項本文の場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならない

- ・必要費・有益費は §196 によって処理すべき（留置権の §299 とすべきとの説もある）
- ・不使用の場合は原状回復が実質的になされるように調整

例：乗らなかった新車→中古車扱いになるなら、止めっぱなしでも価値の差を払うべき

- ・既履行で返還すべき目的物の滅失・損傷→生じた損害の全部を賠償する義務を負う (§704)
＝原状回復義務が債務者（＝返還者）の帰責事由で履行不能になったのと同じ

- ・解除権者の故意・過失で目的物を損傷・返還不能・加工・改造：解除権消滅 (§548-1)

例外：目的物が代替物で同種・同等・同量のものを返還可能な場合は解除可能（解釈）

消費者取引の場合（悪質であると不知で消費した場合）→例外とすべき（有力）

§548-1 解除権を有する者が自己の行為若しくは過失によって契約の目的物を著しく損傷し、若しくは返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えたときは、解除権は、消滅する

- ・当事者無責の滅失・損傷：解除権は消滅しない

→原状回復義務は滅失・損傷しなかった場合の時価を返還すれば足りる

§548-2 契約の目的物が解除権を有する者の行為又は過失によらないで滅失し、又は損傷したときは、解除権は、消滅しない

- ・売主の故意・過失で目的物が返還不能：解除権は消滅せず、目的物の価格返還義務もない

【最判昭 51.2.13 民集 30-1-1】売主の他人物売買で返還不能となった場合 [S49 オ 1152]

他人の自動車を販売し、買主が所有者に引き上げられてしまったもの。

「上告人が、他人の権利の売主として、本件自動車の所有権を取得してこれを被上告人に移転すべき義務を履行しなかつたため、被上告人は、所有権者の追奪により、上告人から引渡を受けた本件自動車の占有を失い、これを上告人に返還することが不能となつた……このように、売買契約解除による原状回復義務の履行として目的物を返還することができなくなつた場合において、その返還不能が、給付受領者の責に帰すべき事由ではなく、給付者のそれによつて生じたものであるときは、給付受領者は、目的物の返還に代わる価格返還の義務を負わない」

- ・双方が原状回復義務を有する場合→同時履行関係に立つ (§546)

§546 第五百三十三条の規定は、前条の場合について準用する

- ・損害賠償：解除で契約は溯及的消滅⇔擬制ゆえ債務不履行の損害賠償は認められる (§545-3)

※履行利益の賠償：本来の契約が履行されれば得られた利益も請求できる

§545-3 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない

- ・解除の効果の法的構成

→直接効果説：解除は契約の遡及的無効をもたらす（判例・通説）

→間接効果説：既履行給付の返還義務・未履行債務の履行拒絶の抗弁権が発生するだけ(独)

→折衷説：既履行給付の返還義務が発生し、未履行債務は遡及的に消滅する

8. 解除権の消滅

- ・催告による消滅(§547)：解除権行使の期間の定めがないとき

手続：解除権者に相当の期間を定めて催告する → 解除権者が通知しないと解除権消滅

対象：契約上の解除権、相手方が催告したが解除の意思表示をしてこない場合

§547 解除権の行使について期間の定めがないときは、相手方は、解除権を有する者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に解除をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、その期間内に解除の通知を受けないときは、解除権は、消滅する

- ・解除権者の故意・過失による目的物の滅失等(§548)
- ・消滅時効：一般の債権同様に解除権発生事由が生じたときから 10 年間の消滅時効にかかる
※原状回復義務は解除の時点から時効が進行する（通説・判例）←セットで進行(有力)
- ・除斥期間：売主の担保責任の一部(§564,565,566)、請負人の担保責任(§637)の 1 年の制限
- ・権利失効の原則：長期間解除権を行使せず、解除権の行使が信義に反する状態では失効する

【最判昭 30.11.22】一般論として権利失効の原則を肯定しつつ適用を否定した例

第2節 贈与（549-554条）

第1款 成立（549-550条）

1. 諾成契約…財産の無償提供の意思表示と相手方の受諾で成立する (§549)

§549 贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思表示をし、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる

【最判昭 44.1.31 判タ 232-106】他人物贈与(有効、当該権利を取得し移転する義務を負う)

2. 書面によらない贈与の撤回 (§550)

- ・ 贈与者の意思が客観的に明確になるのを待つことによる紛争予防、軽率な贈与の防止

【最判昭 60.11.29 民集 39-7-1719】書面の例(履行のための内容証明郵便)

贈与者が受贈者への中間省略登記を前主に求める内容証明郵便を書面として認めたもの

- ・ 履行済みの部分は撤回できない：動産は引渡し、不動産は引渡ししか登記

【最判昭 40.3.26】不動産登記の移転があれば引渡しがなくとも履行が終わったといえる

【最判昭 31.1.27】引渡しは占有改定で足りる（建物完成と同時に贈与し贈与者が使用）

【最判昭 39.5.26】引渡しは簡易の引渡しで足りる（家屋買受契約書と実印を交付）

§550 書面によらない贈与は、各当事者が撤回することができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りでない

- ・ 例外的に撤回が認められる場合：受贈者の忘恩行為、贈与者の財産状態の悪化

→履行前は撤回できる。履行後も忘恩行為が相続の欠格事由相当なら認めるべき(解釈)

第2款 効力 (551-554 条)

1. 担保責任：原則として負わない (§551)

- ・ 例外①：悪意の場合 (#1 但) → 保護するのは信頼利益のみ。履行利益は保護されない
※不特定物では一般の債務不履行とする説もある ← 帰責事由がない限り責任を負うのは不当
※害意のような場合は不法行為責任も認められる (毒まんじゅうの贈与など)
※他人物贈与 → 原則として権利取得まで引渡す義務はないが、取得すれば引渡す義務がある
- ・ 例外②：負担付贈与の負担の限度 (#2)

§551-1 贈与者は、贈与の目的である物又は権利の瑕疵又は不存在について、その責任を負わない。ただし、贈与者がその瑕疵又は不存在を知りながら受贈者に告げなかったときは、この限りでない

#2 負担付贈与については、贈与者は、その負担の限度において、売主と同じく担保の責任を負う

2. 定期給付の失効条件 (§552)

§552 定期の給付を目的とする贈与は、贈与者又は受贈者の死亡によって、その効力を失う

3. 負担付贈与の特則 (§553)：双務契約の規定の準用 (同時履行の抗弁権・危険負担・解除)

- ・ 危険負担：受贈者は負担の履行義務が残るか ← 性質上、危険負担は §553 適用外とすべき
§553 負担付贈与については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、双務契約に関する規定を準用する

【最判昭 53.2.17】受贈者が老後の生活を世話せず遺棄した場合に債務不履行解除を肯定

老後の生活の面倒をみる条件で亡夫の弟に全財産を贈与したが、悪意で遺棄し自宅にも入れなくしたもの。

→ 負担付贈与として債務不履行解除とした。一番は忘恩行為による撤回を認めたが、債務不履行の方が明快。

4. 死因贈与の特則 (§554)：遺贈の規定の準用

§554 贈与者の死亡によって効力を生ずる贈与については、その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する

【最判昭 32.5.21】死因贈与の方式について遺言の方式に則る必要はない

【最判昭 47.5.25】死因贈与の取消しは遺言の撤回 (1022 条) を準用する (取消しうる)

妻に不動産を死因贈与することを約し、書面を作成していた夫が、不和になって以降内容証明郵便で夫婦間の契約取消権を行使する旨妻に通知した事案 ⇒ 550 条による撤回は不可能、夫婦関係破綻後なので 754 条の契約取消権も不可能だが、1022 条を遺言の方式以外準用するとして、これによる撤回を認めた。

【最判昭 57.4.30】負担付死因贈与で生前の負担が履行済みであれば、原則撤回はできない

長男が会社在职中、親に毎月生活費を給付する旨の負担付の遺産全部の死因贈与契約があり、受贈者が約 20 年間生活費の給付をしたが、親が次男らに遺産の一部を遺贈する自筆証書遺言を残していた事案 ⇒ 遺言無効

「負担の履行期が贈与者の生前と定められた負担付死因贈与契約に基づいて受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合においては、贈与者の最終意思を尊重するの余り受贈者の利益を犠牲にすることは相当でないから、右贈与契約締結の動機、負担の価値と贈与財産の価値との相関関係、右契約上の利害関係者間の身分関係その他の生活関係等に照らし右負担の履行状況にもかかわらず負担付死因贈与契約の全部又は一部の取消をすることがやむをえないと認められる特段の事情がない限り」遺言の取消の規定を準用しない

第3節 売買 (555-585 条)

第1款 総則 (555-559 条)

1. 諾成契約：財産権移転約束と代金支払約束で成立する＝双務契約(§555)
 - ・ 現実売買：店頭売買や自動販売機での売買など合意の段階がないように見えるもの
→原則として売買の規定を適用すべきだから、売買の一種としてよい
§555 売買は、当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって、その効力を生ずる
2. 売買の予約(§556)
 - ・ 本来の意味の売買の予約：将来売買契約を申し込んだ場合に承諾する義務を負う契約
←停止条件付売買契約でよい (→予約完結権行使を停止条件とする売買契約＝民法上の予約)
 - ・ 民法上の売買の予約：一方当事者が予約完結権を有する予約 (売買の一方の予約、#1)
→予約完結権行使の意思表示があれば、他方当事者 (予約(義務)者) の承諾の意思表示が不要
* 期間を定めなかった場合：予約者は催告可能→無確答なら失効(#2)
 - ・ 担保への利用：売買の一方の予約と仮登記を行う→仮登記担保
* 再売買一方の予約：担保目的物売り、再度売買する予約をすること (機能は買戻しと同じ)
§556-1 売買の一方の予約は、相手方が売買を完結する意思表示した時から、売買の効力を生ずる
#2 前項の意思表示について期間を定めなかったときは、予約者は、相手方に対し、相当の期間を定めて、その期間内に売買を完結するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、相手方がその期間内に確答をしないときは、売買の一方の予約は、その効力を失う
3. 手付
 - ・ 解約手付(§557)：履行着手前における約定解除権の合意
* 履行着手前：買主は手付放棄 (手付損)、売主は倍額償還 (手付売戻し) で解除可能(#1)
* これによって解除すると損害賠償の請求ができない(#2)
←手付の授受があっても債務不履行で解除する場合は損害賠償請求可能 (通説・判例)
←解約手付が違約手付 (損害賠償額の予定) を兼ねていれば認められない
§557-1 買主が売主に手付を交付したときは、当事者の一方が契約の履行に着手するまでは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を償還して、契約の解除をすることができる
#2 第五百四十五条第三項の規定は、前項の場合には、適用しない
【最判平 6.3.22】 倍額償還は現実の提供を要する[27818381]
所有権移転登記等請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却
「売主が手付けの倍額を償還して契約の解除をするためには、手付けの「倍額ヲ償還シテ」とする同条項の文言からしても、また、買主が同条項によって手付けを放棄して契約の解除をする場合との均衡からしても、単に口頭により手付けの倍額を償還する旨を告げその受領を催告するのみでは足りず、買主に現実の提供をすることを要するものというべき」(売主が口頭の提供をしたにとどまる事案)
(千種補足)「手付けの償還は、売買契約の解除という権利行使の積極要件であるから、債権者の受領を前提とした弁済の提供とはおのずからその性格を異にし、相手方の態度いかんにかかわらず、常に現実の提供を要する」
 - ・ 手付の種類と解釈
* 解約手付：判例は解約手付と解することが多い (→契約の拘束力を弱める)

←容易に契約の拘束力を弱めていいのか：当事者の期待、契約を守るべきという民法の原則

※宅建業法 39 条：宅建業者は代金の 2 割超の手付受領不可・常に解約手付（買主保護）

* 証約手付：契約成立の証拠、手付額が少額の場合

* 成約手付：契約の成立要件、日本では諾成契約のためほとんどない

* 違約手付：履行を強制する意味をもつ手付（→契約の拘束力を強める）

→損害賠償額の予定としての手付：損害賠償額について争うことを避けるもの

→違約罰としての手付：債務不履行に際し、本来の損害賠償と別に没収できるもの

※損害賠償額の予定：契約破棄のコストを定め、解除手付同様契約拘束力を弱める面もある

※内金：あまりに多額の場合は、手付ではなく内金と解される

【最判昭 29.1.21】手付の性質は解約手付と推定される[27003230]

損賠請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「売買の当事者間に手付が授受された場合において、特別の意思表示がない限り、民法五五七条に定めている効力、すなわちいわゆる解約手付としての効力を有するものと認むべきである。これと異なる効力を有する手付であることを主張せんとする者は、前記特別の意思表示の存することを主張・立証すべき責任がある」

【最判昭 24.10.4 民集 3-10-437】「不履行の時」とあっても解約手付と解した例[27003553]

所有権移転登記請求→一審：棄却（解除手付）→控訴：破棄自判（認容・違約手付）→上告：破棄差戻し→差戻控訴（認容・履行着手）→上告棄却（最判昭 30.12.26）

市販の契約書に「買主本契約ヲ不履行ノ時ハ手附金ハ売主ニ於テ没収シ返却ノ義務ナキモノトス、売主不履行ノ時ハ買主ヘ既収手附金ヲ返還スルト同時ニ手附金ト同額ヲ違約金トシテ別ニ賠償シ以テ各損害補償ニ供スルモノトス」とあるのは解約手付と解することと矛盾しない。

【大判大 10.6.21】代金 900 円に手付 6 円を解約手付とした例

- ・ 履行の着手：未着手の側に対する着手側からの解除は認められる

【最大判昭 40.11.24 民集 19-8-2019】履行の着手の意義と履行側からの解除[27001251]

所有権移転登記請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却（着手したが着手した側からの解除は可能）

「民法五五七条一項にいう履行の着手とは、債務の内容たる給付の実行に着手すること、すなわち、客観的に外部から認識し得るような形で履行行為の一部をなし又は履行の提供をするために欠くことのできない前提行為をした場合を指す……被告人が本件物件の所有者たる大阪府に代金を支払い、これを原告人に譲渡する前提として被告人名義にその所有権移転登記を経たというのであるから、右は、特定の売買の目的物件の調達行為にあたり、単なる履行の準備行為にとどまらず、履行の着手があつた」

「当事者の一方が既に履行に着手したときは、その当事者は、履行の着手に必要な費用を支出しただけでなく、契約の履行に多くの期待を寄せていたわけであるから、若しかような段階において、相手方から契約が解除されたならば、履行に着手した当事者は不測の損害を蒙ることとなる。従つて、かような履行に着手した当事者が不測の損害を蒙ることを防止するため、特に民法五五七条一項の規定が設けられた……同条項は、履行に着手した当事者に対して解除権を行使することを禁止する趣旨と解すべく、従つて、未だ履行に着手していない当事者に対しては、自由に解除権を行使し得る……解除権を行使する当事者が自ら履行に着手していた場合においても、同様……未だ履行に着手していない当事者は、契約を解除されても、自らは何ら履行に着手していないのであるから、これがため不測の損害を蒙るということはなく、仮に何らかの損害を蒙るとしても、損害賠償の予定を兼ねている解約手付を取得し又はその倍額の償還を受けることにより、その損害は填補されるのであり、解約手付契約に基づく解除権の行使を甘受すべき立場にある……解除権を行使する当事者は、たとえ履行に着手していても、自らその着手に要した出費を犠牲にし、更に手付を放棄し又はその倍額の償還をしても、なおあえて契約を

解除したいというのであり、それは元来有している解除権を行使するものにほかならないばかりでなく、これがため相手方には何らの損害をも与えないのであるから、右五五七条一項の立法趣旨に徴しても、かような場合に、解除権の行使を禁止すべき理由はなく、また、自ら履行に着手したからといって、これをもつて、自己の解除権を放棄したものと擬制すべき法的根拠もない」

（横田反対）着手は自ら解除権を放棄したもので、相手方の期待も保護する必要があり、解除は認められない

【最判昭 30.12.26】履行の着手を認めた例[昭 29 才 361]

「被上告人は、売買契約後解除前……しばしば上告人に対し、本件家屋の賃借人たる訴外大月某にその明渡をなさしめて、これが引渡をなすべきことを督促」し代金も引き渡せるようにしており「上告人は、契約後間もなく被上告人と共に大月方に赴き、同人に売買の事情を告げて本件家屋の明渡を求めたものであるというのであつて、かかる場合、買主たる被上告人及び売主たる上告人の双方に履行の着手があつた」

【最判昭 33.6.5】買主が代金を準備し売主に履行の催促をすれば履行の着手あり

【最判昭 41.1.21】履行期前でも履行の着手は生じ得る

【最判昭 43.6.21】農地売買で売主買主連署し許可申請書を提出すれば双方履行の着手あり

【最判平 5.3.16】履行期前の場合、履行期を定めた趣旨等も勘案すべき[平 1 才 1004]

所有権移転登記請求→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄自判（請求棄却）

転居先の購入代金にあてるため自宅を売却したが、転居先を探すため履行期を先にしておいたもの。

「解約手付が交付された場合において、債務者が履行期前に債務の履行のためにした行為が、民法五五七条一項にいう「履行ノ着手」に当たるか否かについては、当該行為の態様、債務の内容、履行期が定められた趣旨・目的等諸般の事情を総合勘案して決すべき……「債務に履行期の約定がある場合であっても……ただちに、右履行期前には、民法五五七条一項にいう履行の着手は生じ得ないと解すべきものではない」こと判例であるが、履行の着手の有無を判定する際には、履行期が定められた趣旨・目的及びこれとの関連で債務者が履行期前に行った行為の時期等もまた、右事情の重要な要素として考慮されるべき」

→土地の測量は売買契約上の確定した債務の履行ではなく、最終履行期の1年以上前にした代金の口頭の提供・履行の催告は「履行の着手」とは認められない

4. 費用負担(§558)：双方等分→有償契約全般に準用 ※弁済費用は債務者負担(§485)

§558 売買契約に関する費用は、当事者双方が等しい割合で負担する

5. 有償契約への準用(§559)

§559 この節の規定は、売買以外の有償契約について準用する。ただし、その有償契約の性質がこれを許さないときは、この限りでない

第2款 効力（560,573-575 条）

1. 基本的効力：売主の財産権移転義務・買主の代金支払義務

- ・ 売主の財産権移転義務：引渡＋不特定物の特定 ← 所有権は意思表示のみで移転するから
- ・ 他人物売買も有効：売主が権利を取得して買主に移転すればよい(§560)

§560 他人の権利を売買の目的としたときは、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負う

- ・ 同時履行関係・代金支払の場所(§573,574)

§573 売買の目的物の引渡しについて期限があるときは、代金の支払についても同一の期限を付したものと推定する

§574 売買の目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきときは、その引渡しの場所において支払わなければならない

- ・ 引渡前後の費用負担

＊引渡/代金支払前：果実は売主帰属(§575-1) ※管理費用は売主負担

＊引渡/代金支払履行期後：買主の利息支払い義務(§575-2) ※但し履行期があればそれ以後

§575-1 まだ引き渡されていない売買の目的物が果実を生じたときは、その果実は、売主に帰属する

#2 買主は、引渡しの日から、代金の利息を支払う義務を負う。ただし、代金の支払について期限があるときは、その期限が到来するまでは、利息を支払うことを要しない

【大判大 13.9.24】売主が履行遅滞でも買主が代金を払っていないから果実は売主帰属

【大判昭 7.3.3】買主が代金を支払うと果実収取権は買主に移る

第3款 担保責任（561-572,576-578条）

1. 担保責任：売主が目的物たる財産権を十全な状態で買主に移転することを保障している
2. 法的性質についての議論
 - ・ 債務の本旨に従った履行でない→債務不履行として解除・損害賠償・現実的履行の強制が可能
→なぜ売買の節に改めて規定したのか
 - ・ 瑕疵担保責任と債務不履行の相違
 - * 無過失責任である、権利行使期間が瑕疵を知ってから1年以内
 - 内容が異なる（解除に催告不要、損害賠償は信頼利益に限る、完全履行の強制不可能）
 - ・ 法定責任説：①特定物ドグマ説と②原始的不能ドグマ説
 - ①隠れた瑕疵の有無によらず、その特定物を引き渡せば債務不履行はない
 - ②瑕疵のない特定物はないから原始的一部不能で、有効な残余を履行すれば債務不履行はない
→いずれにせよ完全履行は請求できず、対価の不均衡の是正・買主の期待保護が必要
→瑕疵担保責任で解決する（＝法的責任説）→ 特定物に限り、保護されるのは信頼利益のみ
← 特定物売買でも、不具合のある物を引渡せば責任を免れるというのは常識はずれ
→ 特定物でも代替物や不代替物でも修理可能な場合は交換や修理の義務を売主は負うべき
→ ③代替や修補が意味をもたない特定物のみ瑕疵担保責任が適用される
← 瑕疵担保責任の適用範囲が著しく狭く、債務不履行の10年時効の適用が広すぎる
 - ・ ④契約責任説：特定物売買で目的物に瑕疵があっても債務不履行責任が通常生じる
→ 瑕疵担保責任は売買での債務不履行責任の特則（無過失でも解除・損賠可能だが短期除斥）
→ 特定物か否かによらず売買の目的物の瑕疵は瑕疵担保責任が追及可能（債務不履行と併存）
※ 買主には完全履行請求権があり、追完請求権（瑕疵修補請求権・代物請求権）も認められる
→ 瑕疵担保責任で解除する場合も、完全履行可能なら催告が必要、履行利益も追求可能

3. 判例

- ・ 不特定物にも適用される

【大判大 14.3.13】タービンポンプ事件（引渡し時に特定される）[大 13 才 866]

タービンポンプを購入し代金を支払い引渡しを受けたが、回転せず修理不可のため解除・原状回復を求めたもの
条文上特定物に限られず、引渡し時には特定しているから別異に扱う必要はなく、また一般の債務不履行の例によれば短期除斥期間の適用がないから、要旨「不特定物ノ売買ニ於テモ売主ハ目的物ノ危険移転ノ時ヲ標準トシテ瑕疵担保ノ責ニ任スヘキモノトス」

- ・ 引渡後も債務不履行と瑕疵担保責任の双方を追求可 ← 瑕疵担保責任の出番がないのでは？
← 目的物受領前は債務不履行、後は瑕疵担保責任（売主の期待を保護するため短期除斥期間）

【最判昭 36.12.15 民集 15-11-2852】塩釜声の新聞社事件[昭 32 才 1222]

約束手形金請求→一審：認容→控訴：破棄自判（棄却・瑕疵担保解除は不可だが不履行解除認容）→上告棄却
購入した放送機材に不調があり修理しても直らなかったため修理を求めたが、放置されたため解除したもの
「不特定物を給付の目的物とする債権において給付せられたものに隠れた瑕疵があつた場合には、債権者が一旦これを受領したからといって、それ以後債権者が右の瑕疵を発見し、既になされた給付が債務の本旨に従わぬ不完全なものであると主張して改めて債務の本旨に従う完全な給付を請求することができなくなるわけのものではない。債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対しいわゆる瑕疵担保責任を問う

などの事情が存すれば格別、然らざる限り、債権者は受領後もなお、取替ないし追完の方法による完全な給付の請求をなす権利を有し、従つてまた、その不完全な給付が債務者の責に帰すべき事由に基づくときは、債務不履行の一場合として、損害賠償請求権および契約解除権を有するものと解すべきである」

4. 瑕疵担保責任(§570)―要件

- ・ 要件：売買の目的物に「隠れた瑕疵」があったとき
 - * 隠れた：取引上要求される一般的な注意では発見できない
 - 隠れていれば買主の善意無過失は推定される（判例）
 - * 瑕疵：目的物に欠陥があること。欠陥は目的物の通常の品質・性能、契約の趣旨による
 - 主観説：契約当事者がどのような品質・性能を予定しているかを重視する（通説・判例）
 - 客観説：当該目的物の客観的な品質・性能基準で判断する

§570 売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第五百六十六条の規定を準用する。ただし、強制競売の場合は、この限りでない

- ・ 隠れた瑕疵の判断は契約締結時の取引観念で判断する
 - 【最判平 22.6.1】 瑕疵の有無は契約締結当時の取引観念を斟酌して判断すべき[平 21 受 17]

損賠請求→一審：棄却→控訴：破棄自判（97%認容）→上告：破棄自判（請求棄却・仮処分分返還命令）

「売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたかについては、売買契約締結当時の取引観念をしんしゃくして判断すべき」「本件売買契約締結当時、取引観念上」ふっ素に健康被害のおそれがあるとは認識されておらず、被上告人の担当者も同様であった。フッ素が「法令に基づく規制の対象となったのは、本件売買契約締結後……本件売買契約の当事者間において…（ふっ素不含有、認識の有無を問わない有害物質不含有…）が、特に予定されていたとみるべき事情もうかがわれない。そうすると、本件売買契約締結当時の取引観念上、それが土壌に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されていなかったふっ素について、本件売買契約の当事者間において、それが人の健康を損なう限度を超えて本件土地の土壌に含まれていないことが予定されていたものとみることはできず、本件土地の土壌に溶出量基準値及び含有量基準値のいずれをも超えるふっ素が含まれていたとしても、そのことは、民法570条にいう瑕疵には当たらない」

- ・ 法律上の制限は 570 条の瑕疵にあたる（←権利の瑕疵は競売の場合でも認められる）
 - ←法律上の制限は用益物権と同様ゆえ 566 条の権利の瑕疵とし競売でも保護すべき

【最判昭 41.4.14】 法律上の制限を 570 条の瑕疵としたもの[昭 40 才 690]

手付金返還請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「被上告人は本件土地を自己の永住する判示規模の居宅の敷地として使用する目的で、そのことを表示して上告人から買受けたのであるが、本件土地の約八割が東京都市計画街路補助第五四号の境域内に存するというのである。かかる事実関係のもとにおいては、本件土地が東京都市計画事業として施行される道路敷地に該当し、同地上に建物を建築しても、早晚その実施により建物の全部または一部を撤去しなければならない事情があるため、契約の目的を達することができないのであるから、本件土地に瑕疵がある」「都市計画事業の一環として都市計画街路が公示されたとしても、それが告示の形式でなされ、しかも、右告示が売買成立の一〇数年以前になされたという原審認定の事情をも考慮するときは、被上告人が、本件土地の大部分が都市計画街路として告示された境域内にあることを知らなかつた一事により過失があるとはいえないから、本件土地の瑕疵は民法五七〇条にいう隠れた瑕疵に当る」

- ・ 借地の瑕疵：借地権の瑕疵ではなく敷地そのものの瑕疵は 570 条の瑕疵にあたらない
 - ←土地賃貸人の修繕義務で治癒されるなら別段、安全性を全く欠く場合は借地権の瑕疵では

【最判平 3.4.2 民集 45-4-349】敷地の瑕疵は借地権の瑕疵ではない[昭 62 才 526]

損賠請求→一審：棄却→控訴：破棄自判（3/5 認容）→上告：破棄自判（控訴棄却）

「建物とその敷地の賃借権とが売買の目的とされた場合において、右敷地についてその賃貸人において修繕義務を負担すべき欠陥が右売買契約当時に存したことがその後に判明したとしても、右売買の目的物に隠れた瑕疵があるということとはできない……建物と共に売買の目的とされたものは、建物の敷地そのものではなく、その賃借権である……賃貸人の修繕義務の履行により補完されるべき敷地の欠陥については、賃貸人に対してその修繕を請求すべきものであって、右敷地の欠陥をもって賃貸人に対する債権としての賃借権の欠陥ということとはできないから、買主が、売買によって取得した賃借人たる地位に基づいて、賃貸人に対して、右修繕義務の履行を請求し、あるいは賃貸借の目的物に隠れた瑕疵があるとして瑕疵担保責任を追求することは格別、売買の目的物に瑕疵があるということとはできない」（購入した借地権付き建物が、排水管の不備から台風で擁壁に亀裂が入り、地主が修繕しないためやむなく建物を取り壊したもの）

5. 瑕疵担保責任(§570)―効果

- ・ 効果：目的不達なら解除、そうでなければ損賠（知ったときから1年間の除斥期間：§566）

契約責任説からは瑕疵修補請求権・代物請求権も肯定される

- ・ 解除の手續：修補が可能な場合は催告が必要だが、不可能なら催告不要（∴文面）

- ・ 損賠の範囲

（法定責任説）

* 信託利益賠償説：買主が瑕疵を知らなかったことによって被った損害補償（信託利益）

* 対価的制限説：売買代金と瑕疵ある目的物の客観的価値の差額

（契約責任説）

* 一般原則説：民法 416 条に従い定める

* 減価分賠償説：無過失責任たる瑕疵担保責任の賠償額は減価分に限られる

→危険負担的代金減額請求権説：約定代金×（瑕疵なき物の価値／瑕疵ある物の価値）

→価値保障説：瑕疵なき物の価値－瑕疵ある物の価値の金銭評価

- ・ 瑕疵修補請求権：§634-1 但類推により、瑕疵が軽微で修補に多額の費用を要する場合は不可

→売主の瑕疵修補権・追完権：買主に不合理な負担でない限り、修補して損賠等を免れる

- ・ 除斥期間：履行が完了したと考えている売主の期待との調整、証拠確保の難しさ

【最判平 4.10.20】除斥期間であるが裁判外で権利行使していればよい[27813262]

損賠請求→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄差戻し

「この一年の期間制限は、除斥期間を規定したものと解すべきであり、また、右各法条の文言に照らすと、この損害賠償請求権を保存するには、後記のように、売主の担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げることをもって足り、裁判上の権利行使をするまでの必要はない」「損害賠償請求権を保存するには、少なくとも、売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の算定の根拠を示すなどして、売主の担保責任を問う意思を明確に告げる必要がある。本件についても、被上告人が売買目的物の瑕疵の通知をした際などに、右の態様により本件損害賠償請求権を行使して、除斥期間内にこれを保存したものということができるか否か」の審理のため差戻し

* 10 年消滅時効も適用される → 発見から 1 年以内に権利を保存すれば時効まで行使可能

【最判平 13.11.27 民集 55-6-1311】瑕疵担保責任は 10 年の消滅時効に服する[平 10 才 773]

損賠請求→一審：棄却→控訴：破棄自判（1/8 認容：法定責任説の立場から消滅時効排斥）→上告：破棄差戻し

(宅地・建物を購入したが道路位置指定があったもの。昭 48 に買受け、平 6 に発覚し請求した)

「買主の売主に対する瑕疵担保による損害賠償請求権は、売買契約に基づき法律上生ずる金銭支払請求権であって、これが民法 167 条 1 項にいう「債権」に当たるとは明らかである。この損害賠償請求権については、買主が事実を知った日から 1 年という除斥期間の定めがあるが、これは法律関係の早期安定のために買主が権利を行使すべき期間を特に限定したものであるから、この除斥期間の定めがあることをもって、瑕疵担保による損害賠償請求権につき同法 167 条 1 項の適用が排除されると解することはできない。さらに、買主が売買の目的物の引渡しを受けた後であれば、遅くとも通常の消滅時効期間の満了までの間に瑕疵を発見して損害賠償請求権を行使することを買主に期待しても不合理でないと解されるのに対し、瑕疵担保による損害賠償請求権に消滅時効の規定の適用がないとすると、買主が瑕疵に気付かない限り、買主の権利が永久に存続することになるが、これは売主に過大な負担を課するものであって、適当といえない」「瑕疵担保による損害賠償請求権には消滅時効の規定の適用があり、この消滅時効は、買主が売買の目的物の引渡しを受けた時から進行する」

・瑕疵担保と危険負担：隠れた瑕疵と明白な瑕疵が対象

→瑕疵の発生時期が契約締結前か後か通常不明だから、瑕疵担保責任で処理すべき

←隠れた瑕疵なら売主負担、明白な瑕疵は買主負担になってしまう

→結局、引渡前は売主負担（瑕疵担保）、引渡後は買主負担（危険負担）とすべきでは？

・瑕疵担保と錯誤：無効か解除・損賠、期間制限の有無

* 瑕疵担保優先説：物の瑕疵に関する問題を短期除斥期間にかからせた趣旨に反する(旧通説)

* 錯誤優先説：要素の錯誤があれば瑕疵担保の規定は排除される

→どちらでもよい：当事者はどちらでも主張できる

【最判昭 33.6.14 民集 12-9-1492】錯誤無効の場合の瑕疵担保(排除)[昭 32 才 1171]

商品代金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

仮差押した商品を選金菊印苺ジャムとして代物弁済の和解契約をしたが、粗悪品だったもの。

「本件代物弁済の目的物である金菊印苺ジャムに所論のごとき瑕疵があつたが故に契約の要素に錯誤を来しているとの趣旨を判示しているのであり、このような場合には、民法瑕疵担保の規定は排除される」

【最判昭 41.4.14】錯誤主張もできたが原告主張の瑕疵担保を認める[前掲 昭 40 才 690]

6. 他人物売買：全部が他人の物の場合(§561,562)

・目的の権利を買主に移転不可→追脱担保責任：無過失責任・権利行使期間制限なし(§561)

* 効果：買主から解除、損賠（買主悪意の場合は不可）

§561 前条の場合において、売主がその売却した権利を取得して買主に移転することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の時においてその権利が売主に属しないことを知っていたときは、損害賠償の請求をすることができない

【最判昭 25.10.26】目的物所有者に譲渡の意思がない場合 → 追奪担保責任発生

【大判大 10.11.22】所有者が第三者に譲渡し対抗要件を備えた場合 → 追奪担保責任発生

【大判昭 17.10.2】買主が所有者から直接購入したため履行不能 → 追奪担保責任追及不可

* 買主悪意でも売主の債務不履行で解除・損賠が可能 ←特に売主に帰責性がある場合のみ？

【最判昭 41.9.8】買主悪意だが売主帰責の履行不能の場合[昭 40 才 210]

損賠等請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し（買主悪意、売主が所有権を取得できなかったもの）

「他人の権利を売買の目的とした場合において、売主がその権利を取得してこれを買主に移転する義務の履行不能を生じたときにあつて、その履行不能が売主の責に帰すべき事由によるものであれば、買主は、売主の担保責

任に関する民法五六一条の規定にかかわらず、なお債務不履行一般の規定（民法五四三条、四一五条）に従つて、契約を解除し損害賠償の請求をすることができる」

- ・ 売主が契約時に他人物であることにつき善意(§562)

- * 効果：売主から損賠して解除可能。買主悪意の場合は損賠不要

- * 例：所有権取得が錯誤無効となり、実は他人物売買だったときなど

§562-1 売主が契約の時においてその売却した権利が自己に属しないことを知らなかった場合において、その権利を取得して買主に移転することができないときは、売主は、損害を賠償して、契約の解除をすることができる

#2 前項の場合において、買主が契約の時においてその買い受けた権利が売主に属しないことを知っていたときは、売主は、買主に対し、単にその売却した権利を移転することができない旨を通知して、契約の解除をすることができる

- ・ 他人物売買の売主を権利者本人が相続した場合

【最大判昭 49.9.4】信義則に反しない限り売主の履行義務を拒否可能だが担保責任も相続

7. 他人物売買：一部が他人の物の場合(§563,564)

- ・ 目的の権利の一部が他人物で買主に移転不可(§563)

→買主の代金減額請求権(#1:形成権)・買主善意なら(条件付)解除権(#2)・損賠(#3)

∴悪意の買主が「残存する部分のみであれば買い受けなかった」というのはありえない

- ・ 除斥期間：1年（起算点：買主善意→事実を知った時、買主悪意→契約の時）

§563-1 売買の目的である権利の一部が他人に属することにより、売主がこれを買主に移転することができないときは、買主は、その不足する部分の割合に応じて代金の減額を請求することができる

#2 前項の場合において、残存する部分のみであれば買主がこれを買受けなかったときは、善意の買主は、契約の解除をすることができる

#3 代金減額の請求又は契約の解除は、善意の買主が損害賠償の請求をすることを妨げない

§564 前条の規定による権利は、買主が善意であったときは事実を知った時から、悪意であったときは契約の時から、それぞれ一年以内に行使しなければならない

【最判平 13.2.22 判時 1745-85】除斥期間の起算点[平 11 才 1261]

損賠請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し（隣地との境界争いで敗訴後売主に提訴）

「売買の目的である権利の一部が他人に属し、又は数量を指示して売買した物が不足していたことを知ったというためには、買主が売主に対し担保責任を追及し得る程度に確実な事実関係を認識したことを要する……土地の売買契約が締結された後、土地の一部につき、買主と同土地の隣接地の所有者との間で所有権の帰属に関する紛争が生起し、両者が裁判手続において争うに至った場合において、隣接地の所有者がその手続中で係争地が同人の所有に属することを明確に主張したとしても、買主としては、その主張の当否について公権的判断を待って対処しようとするのが通常であって、そのような主張があったことから直ちに買主が係争地は売主に属していなかったとして売主に対し担保責任を追及し得る程度に確実な事実関係を認識したということとはできない」

8. 数量不足・一部滅失(§565) → 代金減額請求権・解除・損賠、除斥期間1年

- * 代替物が目的で不足の場合：不完全履行として完全履行請求か、§565 か争いあり

- * 買主悪意の場合は何も認められない

§565 前二条の規定は、数量を指示して売買をした物に不足がある場合又は物の一部が契約の時に既に滅失していた場合において、買主がその不足又は滅失を知らなかったときについて準用する

【最判平 13.11.27】数量超過であっても§565 類推で代金増額請求はできない

- ・ 土地売買で坪数が少なかった場合に減額が認められるか

【最判昭 43.8.20】「数量を指示して売買をした」の意義・減額否定[昭 41 才 770]

土地引渡請求→一審：棄却→控訴：破棄自判（認容）→上告：破棄差戻し

「数量ヲ指示シテ売買」とは、当事者において目的物の実際に有する数量を確保するため、その一定の面積、容積、重量、員数または尺度あることを売主が契約において表示し、かつ、この数量を基礎として代金額が定められた売買を指称する土地売買で「登記簿記載の坪数は必ずしも実測の坪数と一致するものではないから、売買契約において目的たる土地を登記簿記載の坪数をもつて表示したとしても、これでもつて直ちに売主がその坪数のあることを表示したものというべきではない」ので、この坪数を基礎に代金額を定めたとは認められない

【最判平 13.11.22】買主が実測面積に関心を持っていたとして減額肯定[平 12 受 372]

売買代金返還請求→原審：認容→上告棄却

「上告人と被上告人らは、本件売買契約の代金額を坪単価に面積を乗じる方法により算定することを前提にして、その坪単価について折衝し、代金額の合意に至った……本件土地は、市街化区域内にあり、小規模住宅用の敷地として売買されたものであって、面積は50坪余りにすぎない……から、山林や原野など広大な土地の売買の場合とは異なり、このような零細宅地における前記のような開差5%を超える実測面積と公簿面積との食違いは、売買契約の当事者にとって通常無視し得ないものというべきである上、被上告人らは……本件土地の実測面積に関心を持っていた……記録によれば、本件売買契約当時、当事者双方とも、本件土地の実測面積が公簿面積に等しいとの認識を有していたことがうかがわれる」「すべて面積は公簿による」とあっても便宜的に坪単価×坪数としたとは解されないから「本件売買契約においては、本件土地が公簿面積どおりの実測面積を有することが表示され、実測面積を基礎として代金額が定められたものであるから、本件売買契約は、数量指示売買に当たり、被上告人らは、上告人に対し、民法565条、563条1項に基づいて、代金減額請求をすることができる」

（町田反対）実測面積欄が空欄で、公簿面積であると知っていたから認められない

- ・ 損賠の範囲：原則として代金減額に相当する範囲

【最判昭 57.1.21 民集 36-1-71】面積不足と値上がり後の時価賠償(否定)[昭 54 才 1244]

土地の売買契約で「売買の対象である土地の面積が表示された場合でも、その表示が代金額決定の基礎としてされたにとどまり売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するものでないときは、売主は、当該土地が表示どおりの面積を有したとすれば買主が得たであろう利益について、その損害を賠償すべき責めを負わない」面積表示に特段の意味があると主張・立証していないから、「不足する面積の土地について売買が履行されたとすれば上告人らが得たであろう利益として、右土地の値上がりによる利益についての損害賠償」は認められない

9. 他人の権利の付着：用益権(§566)

- ・ 要件：買主善意+用益権・登記した賃貸借の目的、あるとされた地役権の不存在

←未登記でも対抗力ある賃貸借も同様（借地借家 10-3,31-2）

* 付着した用益権のため契約した目的を達することができない場合→解除

* それほどではない場合→損賠のみ

※登記された用益権は事前に調べるし、未登記は対抗できるので通常は用いられない

→例外的に公示なく対抗力を与えられた用益権くらい

（例：罹災都市借地借家臨時処理法、通行地役権）

- ・ 除斥期間：1年（起算点：事実を知った時）

§566-1 売買の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権又は質権の目的である場合において、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる

#2 前項の規定は、売買の目的である不動産のために存すると称した地役権が存しなかった場合及びその不動産

について登記をした賃貸借があった場合について準用する

#3 前二項の場合において、契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から一年以内にしなければならない

10. 他人の権利の付着：担保権(§567)

- ・要件①担保権の行使のため買主が所有権喪失 → 解除可能(#1)+ 損賠(#3)
- ・要件②買主が費用を支出して所有権を保存 → 費用償還請求(#2)+ 損賠(#3)

§567 売買の目的である不動産について存した先取特権又は抵当権の行使により買主がその所有権を失ったときは、買主は、契約の解除をすることができる

#2 買主は、費用を支出してその所有権を保存したときは、売主に対し、その費用の償還を請求することができる

#3 前二項の場合において、買主は、損害を受けたときは、その賠償を請求することができる

- ・元々抵当権の分を割り引いて買っていた場合はどうなるか
→事前に§567の権利を買主は放棄したと解すべき(解釈)

【大判明 39.7.9】 抵当権設定につき悪意でもただちに§567は排除されない[M39 オ 312]

11. 競売の特則(§568)

- ・要件：競売した物件につき、他人物売買、数量不足・一部滅失、他人の権利の付着
* 瑕疵担保責任には適用されない
- ・効果：解除・代金減額(#1)

* 債務者無資力：代金の配当を受けた債権者に代金の全部・一部の返還請求ができる(#2)

* 損賠請求可能：悪意で申し出なかった債務者、悪意で競売請求した債権者に対して(#3)

§568 強制競売における買受人は、第五百六十一条から前条までの規定により、債務者に対し、契約の解除をし、又は代金の減額を請求することができる

#2 前項の場合において、債務者が無資力であるときは、買受人は、代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の全部又は一部の返還を請求することができる

#3 前二項の場合において、債務者が物若しくは権利の不存在を知らずして申し出なかったとき、又は債権者がこれを知らずして競売を請求したときは、買受人は、これらの者に対し、損害賠償の請求をすることができる

【最判平 8.1.26】 借地権不存在だった場合 568-1,2,566-1,2 類推で債権者に返還請求可能

←建物のための借地権がなかった場合、地役権不存在と同様に解する

12. 債権売買の特則(§569)

- ・債務者の資力に価値が依存するため、売主が資力を担保した場合の特則を設ける

§569-1 債権の売主が債務者の資力を担保したときは、契約の時ににおける資力を担保したものと推定する

#2 弁済期に至らない債権の売主が債務者の将来の資力を担保したときは、弁済期における資力を担保したものと推定する

13. 免責特約の効力(§572)：担保責任は特約で排除できるが、悪意の場合など例外がある

- ・特別法の修正：消費者契約法 8 条（瑕疵損賠責任全部免責条項原則無効）、宅建業法 40 条（買主に不利な特約原則禁止）、住宅品質確保促進法 95 条（新築住宅売買の担保責任強化）
* 消費者との人身損害を生ずる瑕疵の免責特約は認められない（有力）

§572 売主は、第五百六十条から前条までの規定による担保の責任を負わない旨の特約をしたときであっても、知らずして告知しなかった事実及び自ら第三者のために設定し又は第三者に譲り渡した権利については、その責任

を免れることができない

14. 同時履行の抗弁権の準用(§571)：契約解除の場合(§546 と同趣旨)

- ・ 対象：他人物売買（一部）、数量不足・一部滅失、用益権の付着、瑕疵担保責任

§571 第五百三十三条の規定は、第五百六十三条から第五百六十六条まで及び前条の場合について準用する

15. 代金支払拒絶権(§576-578)

- ・ 要件①第三者が権利を主張し、全部または一部を買主が失うおそれがあるとき(§576)

→他人物売買で真の所有者が権利主張した場合(§561,563)、用益権付着(§566)

②抵当権・先取特権・質権の登記がある場合(§577)

←買主が抵当債務を引受け、その分を控除して購入した場合は不適用

- ・ 効果：代金の全部又は一部の支払を拒絶できる ← 売主が担保を提供すると拒めない

→ 売主は買主に代金供託を請求可能(§578)

§576 売買の目的について権利を主張する者があるために買主がその買い受けた権利の全部又は一部を失うおそれがあるときは、買主は、その危険の限度に応じて、代金の全部又は一部の支払を拒むことができる。ただし、売主が相当の担保を供したときは、この限りでない

§577-1 買い受けた不動産について抵当権の登記があるときは、買主は、抵当権消滅請求の手續が終わるまで、その代金の支払を拒むことができる。この場合において、売主は、買主に対し、遅滞なく抵当権消滅請求をすべき旨を請求することができる

#2 前項の規定は、買い受けた不動産について先取特権又は質権の登記がある場合について準用する

§578 前二条の場合においては、売主は、買主に対して代金の供託を請求することができる

第4款 買戻し (579-585 条)

1. 買戻し(§579) : 特約により売主が代金額・契約費用を買主に返還して売買契約を解除し目的物を取り戻すこと、不動産の果実と代金利息は相殺
→実際は売渡担保で、担保としての規制に服する。条件が厳しく再売買の予約の方が使われる
§579 不動産の売主は、売買契約と同時にした買戻しの特約により、買主が支払った代金及び契約の費用を返還して、売買の解除をすることができる。この場合において、当事者が別段の意思を表示しなかったときは、不動産の果実と代金の利息とは相殺したものとみなす
2. 雑則 : 期間制限(§580)、登記による対抗(§581)、売主債権者の債権者代位権行使の場合の特則(§582)、買戻しの実行と費用償還(§583)、共有不動産の特則(§584-585)
§580-1 買戻しの期間は、十年を超えることができない。特約でこれより長い期間を定めたときは、その期間は、十年とする
#2 買戻しについて期間を定めたときは、その後にこれを伸長することができない
#3 買戻しについて期間を定めなかったときは、五年以内に買戻しをしなければならない
§581-1 売買契約と同時に買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対しても、その効力を生ずる
#2 登記をした賃借人の権利は、その残存期間中一年を超えない期間に限り、売主に対抗することができる。ただし、売主を害する目的で賃貸借をしたときは、この限りでない
§582 売主の債権者が第四百二十三条の規定により売主に代わって買戻しをしようとするときは、買主は、裁判所において選任した鑑定人の評価に従い、不動産の現在の価額から売主が返還すべき金額を控除した残額に達するまで売主の債務を弁済し、なお残余があるときはこれを売主に返還して、買戻権を消滅させることができる
§583-1 売主は、第五百八十条に規定する期間内に代金及び契約の費用を提供しなければ、買戻しをすることができない
#2 買主又は転得者が不動産について費用を支出したときは、売主は、第百九十六条の規定に従い、その償還をしなければならない。ただし、有益費については、裁判所は、売主の請求により、その償還について相当の期限を許与することができる
§584 不動産の共有者の一人が買戻しの特約を付してその持分を売却した後に、その不動産の分割又は競売があったときは、売主は、買主が受け、若しくは受けるべき部分又は代金について、買戻しをすることができる。ただし、売主に通知をしないでした分割及び競売は、売主に対抗することができない
§585-1 前条の場合において、買主が不動産の競売における買受人となったときは、売主は、競売の代金及び第五百八十三条に規定する費用を支払って買戻しをすることができる。この場合において、売主は、その不動産の全部の所有権を取得する
#2 他の共有者が分割を請求したことにより買主が競売における買受人となったときは、売主は、その持分のみについて買戻しをすることはできない
3. 再売買の予約 : 弁済すると予約完結権が行使され再売買として戻る。制約が緩いので使いやすい

第4節 交換 (586 条)

第1款 総論

1. 諾成契約 : 当事者が互いにする金銭の所有権以外の財産権の移転約束で成立
 - ・ 有償契約ゆえ、§559 より売買の規定が準用される§586-1 交換は、当事者が互いに金銭の所有権以外の財産権を移転することを約することによって、その効力を生ずる

#2 当事者の一方が他の権利とともに金銭の所有権を移転することを約した場合におけるその金銭については、
売買の代金に関する規定を準用する

第5節 消費貸借（587-592条）

第1款 成立（587～589条）

1. 要物契約：返還約束と物の受取により成立（§587）

- ・ 返還約束：種類・品質・数量の同じ物で返還する約束
- ・ 物の受取が必要：無利息が原則ゆえ約束だけで訴求力まで認めるのは不穏当

→利息付消費貸借の場合は要物契約性は緩和される

例：返還合意の後日の授受、現金の授受と同一の利益が借主に与えられた場合

§587 消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる

【大判昭 11.6.16】目的物授受が返還合意の2月後でも消費貸借成立（公正証書執行力肯定）

「消費貸借ハ……目的物ノ授受ト右合意トハ必スシモ同時ニ行ハレルコトヲ要セス其ノ合意ニシテ効力ヲ失ハサル限り目的物ノ授受ハ後日ナルモ尚且消費貸借ノ成立ヲ妨ケサルノミナラス貸主ハ取引ノ安全ヲ期スル為メ公正証書ヲ作成シ置キ抵当権設定登記經由ノ上ニテ金円其ノ他ノ目的物ヲ交付スルコトハ通常行ハレル事例ニシテ斯ル場合畢竟消費貸借契約ハ合意ノ時ニ始マリ目的物授受ノ時ニ完成シ而シテ当該公正証書ハ恰モ此ノ完成シタル消費貸借ニ因ル具体的債務ヲ表示スルモノニ外ナラス縦令公正証書ノ記載自体ニハ合意ト同時ニ消費貸借ノ成立シタルカ如キ口吻アリトスルモ這ハ末タ以テ当該具体的債務ソノモノノ表示タルヲ妨ケス其ノ適法ナル債務名義タルヲ得ルヤ論ナシ」

【大判大 11.10.25】預金通帳と印章を交付すれば現金授受と同一の利益があり消費貸借成立

【大判明 44.11.9】国債を交付すれば現金授受と同一視すべきで消費貸借成立

「当事者ノ一方カ一定数量ノ金銭ヲ受取ルヘキ場合ニ代物ヲ領收シ而シテ同一数量ノ金銭ヲ以テ返還ヲ為スコトヲ約スルトキハ仍ホ消費貸借契約タルコトヲ失ハス何トナレハ当事者ノ一方カ受取リタル物品ハ金銭ナラスト雖モ金銭ニ代ヘテヲ受取リタルヲ以テ当事者ノ間ニ在リテハ金銭ノ授受アリシト同一視スヘキ」ものだから

2. 性質・特徴

- ・ 無償契約：民法では無利子が原則ゆえ、特則がないと無利子
- ・ 有償契約：商人間では有利子が原則（商 513-1）、民法上も実際は有利子が大半
- ・ 片務契約：要物契約ゆえ、成立後は返還義務しかない（諾成的消費貸借は双務契約）
- ・ 目的物の所有権：借主に移転する。賃貸借では移転せず、使用収益権のみ

3. 準消費貸借：消費貸借以外の債務（売買代金等）を想定するが、旧債務は消費貸借でもよい

- ・ 旧債務との関係：旧債務無効→準消費貸借無効、準消費貸借無効→旧債務存続
→担保や保証人、抗弁権（同時履行の抗弁権等）の存続、消滅時効の起算点は解釈による
→新債務を作る趣旨なら抗弁権は存続しない代わり、消滅時効は新たに進行する

§588 消費貸借によらないで金銭その他の物を給付する義務を負う者がある場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、消費貸借は、これによって成立したものとみなす

4. 消費貸借の予約

- ・ 有利子なら有償契約ゆえ売買一方の予約を準用でき、「貸す義務」を生じる（§559→556）
→実質的に諾成的消費貸借になる
- ・ 無利子なら無償契約ゆえ§556は準用できず、あくまで要物契約である

§589 消費貸借の予約は、その後に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う

第2款 効力・終了（590～592条）

1. 効力

・貸主：担保責任(§590)

＊有利子：貸主の交換義務(交換拒否なら借主は瑕疵あり価額の返還で足りる:解釈)＋損害賠償

＊無利子：借主は瑕疵ある物の価額返還で足りる＋貸主悪意なら損害賠償

§590-1 利息付きの消費貸借において、物に隠れた瑕疵があったときは、貸主は、瑕疵がない物をもってこれに代えなければならない。この場合においては、損害賠償の請求を妨げない

#2 無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。この場合において、貸主がその瑕疵を知りながら借主に告げなかったときは、前項の規定を準用する

・借主：返還義務(§592)

＊同種・同等・同量の物。不能時は不能時点での価額の償還

＊金銭を特殊の通貨で返還する約束がある場合：強制通用力を失うと他の通貨(但→§402-2)

§592 借主が貸主から受け取った物と種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることができなくなったときは、その時における物の価額を償還しなければならない。ただし、第四百二条第二項に規定する場合は、この限りでない

2. 終了＝返還時期

・返還時期の約定なし(§591)：貸主からは相当な期間を定めて催告必要、借主はいつでもよい

§591-1 当事者が返還の時期を定めなかったときは、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をすることができる

#2 借主は、いつでも返還をすることができる

【大判昭 5.1.29】相当な期間を定めずに催告すると相当期間経過後に遅滞となる

・返還時期の約定あり：債権一般の履行期と同じ(§412)

・期限の利益の喪失・放棄→§137,136

第3款 利息制限法

1. 利息制限(§1)：元本により 20%(10万未満)、18%(100万未満)、15%(100万以上)

2. みなし弁済(旧§1-2：削除)：任意に支払った場合は返還請求不可

【最大判昭 39.11.18】利息制限超過分は元本に充当される[昭 35 才 1151]

利息制限法の制限を超過する利息・損害金は、違法で無効ゆえ債務はなく、債務者が支払っても制限超過部分の指定は無意味で、指定がないから元本に充当するのが妥当。みなし弁済規定は返還請求に裁判所が助力しないだけ、2条の趣旨、「債務者が任意に支払った制限超過部分は残存元本に充当されるものと解することは、経済的弱者の地位にある債務者の保護を主たる目的とする本法の立法趣旨に合致する」（補足3、反対4）

【最大判昭 43.11.13】過払分で元本弁済終了後は不当利得で返還対象[昭 35 才 1151]

元本弁済後は債務が存在しないのに支払われたからみなし弁済規定は不適用。（反対3）

【最判平 16.2.20】【最判平 16.7.9】貸金業法のみなし弁済規定の適用を厳格に解する

【最判平 18.1.13 民集 60-1-1】シティズ貸金訴訟上告審判決[H16 受 1518]

要旨①「利息制限法所定の制限を超える約定利息と共に元本を分割返済する約定の金銭消費貸借に、債務者が元本又は約定利息の支払を遅滞したときには当然に期限の利益を喪失する旨の特約が付されている場合、同特約中、債務者が約定利息のうち制限超過部分の支払を怠った場合に期限の利益を喪失するとする部分は、同法1条1項の趣旨に反して無効であり、債務者は、約定の元本及び同項所定の利息の制限額を支払いさえすれば、期限の利

益を喪失することはない」

要旨③「利息制限法所定の制限を超える約定利息と共に元本を分割返済する約定の金銭消費貸借において、債務者が、元本又は約定利息の支払を遅滞したときには当然に期限の利益を喪失する旨の特約の下で、利息として上記制限を超える額の金銭を支払った場合には、債務者において約定の元本と共に上記制限を超える約定利息を支払わない限り期限の利益を喪失するとの誤解が生じなかったといえるような特段の事情のない限り、制限超過部分の支払は、貸金業の規制等に関する法律43条1項にいう「債務者が利息として任意に支払った」ものということとはできない」

3. 利息の天引き (§2) : 天引き後を元本として過払いならその分を元本充当
4. みなし利息 (§3)、賠償額の予定の制限 (§4) : 利率の 1.46 倍を超過する部分は無効
【最判平 15.7.18】貸金業者の 100%子会社への保証料や手数料もみなし利息にあたる

第6節 使用貸借（593-600条）

第1款 成立（593条）

1. 使用貸借の成立と賃貸借との異同(§593)

- ・ 成立：要物契約（物の授受が必要）⇔賃：諾成契約（使用収益させる約束と賃料支払約束）
※当事者の合意により使用貸借の予約／諾成的使用貸借として有効（通説）
→無償性ゆえ書面によらない場合は撤回可能(§550 類推:贈与の撤回)
- ・ 対価：無償契約 ⇔ 賃：有償契約(賃料支払約束) ※お礼を渡しても対価性がなければ無償
- ・ 義務：片務契約（借主の使用収益を妨害しない消極的義務）⇔賃：双務契約（修繕等積極的義務）
- ・ 対象・性質：使・賃とも不動産・動産とも可能、借主の権利は債権である
※消費貸借と異なり、所有権は移転しない（→原則として特定物が対象）

§593 使用貸借は、当事者の一方が無償で使用及び収益をした後に返還をすることを約して相手方からある物を受け取ることによって、その効力を生ずる

2. 使用貸借の推認：近親者間で不動産を無償で使用させるのが適当なとき

【最判平 8.12.17】共同相続人が被相続人の許諾を得て同居→遺産分割までの使用貸借推認

【最判平 10.2.26】内縁夫婦が共有不動産を共同使用→一方死亡後の他方の単独使用推認

※共有不動産の共同使用なので使用貸借ではないが、応用

3. 第三者への効力

- ・ 対抗力：認められない → 登記欠缺を主張することもできない
* 不動産賃貸借の対抗力(§605)類似の規定なし
* 借地借家法による対抗力もない(使用貸借は同法の対象外)
- ・ 侵害行為に対する損害賠償

【最判平 6.10.11】土地の使用借権喪失について損害賠償を認める[平 3 才 825]

「地上の建物が朽廃、滅失するまでこれを所有するという目的でされた土地の使用貸借の借主が契約の途中で右土地を使用することができなくなった場合には、特別の事情のない限り、右土地使用に係る経済的利益の喪失による損害が発生するものというべきであり、また、右経済的利益が通常は建物の本体のみの価格（建物の再構築価格から経年による減価分を控除した価格）に含まれるということとはできない。そうすると、上告人は、少なくとも、焼失時の本件建物の本体の価格と本件土地使用に係る経済的利益に相当する額との合計額を本件建物の焼失による損害として被上告人に請求することができる」（借家人の失火焼失。建物分は火災保険を受領した）

第2款 効力・終了（594-600条）

1. 効力(§594-596)

- ・ 借主：使用収益権・用法遵守義務(§594-1)、目的物保管義務(§400=善管注意義務)、無断転貸の禁止(§594-2) → 違反すると貸主は解除可能(§594-3)

§594-1 借主は、契約又はその目的物の性質によって定まった用法に従い、その物の使用及び収益をしなければならない

#2 借主は、貸主の承諾を得なければ、第三者に借用物の使用又は収益をさせることができない

#3 借主が前二項の規定に違反して使用又は収益をしたときは、貸主は、契約の解除をすることができる

- ・ 貸主：贈与に準じた担保責任(§596) = 悪意時以外は負わない（⇔賃貸借は売買に準じる）

§596 第五百五十一条の規定は、使用貸借について準用する

- ・ 費用の分担 (§595)

- * 通常必要費は借主(租税公課、通常の修繕)、その他は貸主(台風による修繕費や有益費など)

- §595-1 借主は、借用物の通常必要費を負担する

- #2 第五百八十三条第二項の規定は、前項の通常必要費以外の費用について準用する

- §583-2 買主又は転得者が不動産について費用を支出したときは、売主は、第百九十六条の規定に従い、その償還をしなければならない。ただし、有益費については、裁判所は、売主の請求により、その償還について相当の期限を許与することができる

- 2. 終了の時期 (§597, 599)

- ・ 借主の返還義務：契約で定めた時期、契約目的に従い使用収益を終わった時 (§597-1, 2)

- ・ 貸主の返還請求権：契約目的の使用収益に足りる期間経過後、期間・目的の約定なし (§597-2, 3)

- ・ 使用貸借の失効：借主死亡の場合 (§599) ⇔ 賃貸借は借主死亡でも終了しない

- §597-1 借主は、契約に定めた時期に、借用物の返還をしなければならない

- #2 当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主は、契約に定めた目的に従い使用及び収益を終わった時に、返還をしなければならない。ただし、その使用及び収益を終わる前であっても、使用及び収益をするのに足りる期間を経過したときは、貸主は、直ちに返還を請求することができる

- #3 当事者が返還の時期並びに使用及び収益の目的を定めなかったときは、貸主は、いつでも返還を請求することができる

- §599 使用貸借は、借主の死亡によって、その効力を失う

- 【最判昭 42.11.24】 返還時期不定で信賴関係崩壊時に §597-2 類推で貸主からの解約を認容

- 【最判平 11.2.25】 38 年 8 月の経過と人的関係の著しい変化で 2 項適用許容 [平 10 才 513]

- 土地の使用貸借において、民法五九七条二項ただし書所定の使用収益をするのに足りるべき期間が経過したかどうかは、経過した年月、土地が無償で貸借されるに至った特殊な事情、その後の当事者間の人的つながり、土地使用の目的、方法、程度、貸主の土地使用を必要とする緊要度など双方の諸事情を比較衡量して判断すべき」「約三八年八箇月の長年月を経過し、この間に……人的つながりの状況は著しく変化……これらは、使用収益をするのに足りるべき期間の経過を肯定するのに役立つ事情……他方……本件建物がいまだ朽腐していないことは考慮すべき事情であるとはいえない……長年月の経過等の事情が認められる本件においては、被上告人には本件建物以外に居住するところがなく、また、上告人には本件土地を使用する必要等特別の事情が生じていないというだけでは使用収益をするのに足りるべき期間の経過を否定する事情としては不十分」(解除棄却を破棄差戻し)

- 3. 借主による現状復帰・収去権 (§598)：当然、現状復帰・収去義務でもある

- §598 借主は、借用物を原状に復して、これに附属させた物を収去することができる

- 4. 使用貸借における損害賠償・費用償還請求権の時効の特則 (§600)：返還後 1 年以内

- §600 契約の本旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償及び借主が支出した費用の償還は、貸主が返還を受けた時から一年以内に請求しなければならない

第7節 賃貸借（601-622条）

第1款 総則（601-604条）

1. 諾成契約：使用収益させる約束と賃料支払約束＝双務契約・有償契約(§601)
 - ・リース：リース会社が目的物を購入し、使用者に賃貸する形式（修繕義務等は特約排除）
→実態は購入資金の融資・割賦弁済（ファイナンス・リース）
 - ・レンタル：時間・日・週単位の動産の貸借
 - ・借地借家法による修正：定期借地・定期建物賃貸借は書面が要件

§601 賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うことを約することによって、その効力を生ずる

2. 契約成立時に授受される金銭

- ・敷金：停止条件付返還義務を伴う金銭所有権移転
 - * 意義：借家契約に際して借家人から家主に交付されるもの
 - ・賃貸借契約に従たる契約であるが、別個の契約である
 - * 目的：契約終了時の敷金交付者による滞納賃料債務や建物に関する損賠償債務の担保
 - ・契約存続中の充当：賃貸人の任意ゆえ、敷金が十分でも賃料不払による契約解除可能
 - * 敷引特約：敷金の内一定額を返還しない特約

【最判平 10.9.3】阪神大震災で建物が倒壊した場合に敷引特約は不適用

- * 敷金の返還：賃借人の債務は当然に敷金から控除され当事者の意思表示は不要
- ・返還請求権は控除後の残額についてゆえ、額が確定するまでは転付命令は不可能

【最判昭 48.2.2】敷金の意義と転付命令の可否[昭 46 才 357]

敷金返還請求→一審：ほぼ全部認容→控訴：取消・請求棄却→上告棄却

賃貸された抵当不動産の競落人の譲受人に対して、賃借人の債権者が敷金の転付命令を得て訴求したが、すでに賃借人には譲受人に対する敷金を超える債務があったもの。

○敷金の性質とその譲渡「家屋賃貸借における敷金は、賃貸借存続中の賃料債権のみならず、賃貸借終了後家屋明渡義務履行までに生ずる賃料相当損害金の債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することのあるべき一切の債権を担保し、賃貸借終了後、家屋明渡がなされた時において、それまでに生じた右の一切の被担保債権を控除しなお残額があることを条件として、その残額につき敷金返還請求権が発生するもの……敷金は、右のような賃貸人にとつての担保としての権利と条件付返還債務とを含むそれ自体一個の契約関係であつて、敷金の譲渡ないし承継とは、このような契約上の地位の移転にほかならないとともに、このような敷金に関する法律関係は、賃貸借契約に付随従属するのであつて、これを離れて独立の意義を有するものではなく、賃貸借の当事者として、賃貸借契約に関係のない第三者が取得することがあるかも知れない債権までも敷金によつて担保することを予定していると解する余地はないのである。したがつて、賃貸借継続中に賃貸家屋の所有権が譲渡され、新所有者が賃貸人の地位を承継する場合には、賃貸借の従たる法律関係である敷金に関する権利義務も、これに伴い当然に新賃貸人に承継されるが、賃貸借終了後に家屋所有権が移転し、したがつて、賃貸借契約自体が新所有者に承継されたものでない場合には、敷金に関する権利義務の関係のみが新所有者に当然に承継されるものではなく、また、旧所有者と新所有者との間の特別の合意によつても、これのみを譲渡することはできない……家屋の所有権を取得し、賃貸借契約を承継しない第三者が、とくに敷金に関する契約上の地位の譲渡を受け、自己の取得すべき賃借人に対する不法占有に基づく損害賠償などの債権に敷金を充当することを主張しうるためには、賃貸人であつた前所有者との間にその旨の合意をし、かつ、賃借人に譲渡の事実を通知するだけでは足

りず、賃借人の承諾を得ることを必要とする……本件においては、被上告人から竹内への敷金の譲渡につき、上告人の差押前に粟田が承諾を与えた事実は認定されていないのであるから、被上告人および竹内は、右譲渡が有効になされ敷金に関する権利義務が竹内に移転した旨、および竹内の取得した損害賠償債権に敷金が充当された旨を、粟田および上告人に対して主張することはできない」

○そもそも転付命令無効「敷金は、賃貸借終了後家屋明渡までの損害金等の債権をも担保し、その返還請求権は、明渡の時に、右債権をも含めた賃貸人としての一切の債権を控除し、なお残額があることを条件として、その残額につき発生するもの……賃貸借終了後であつても明渡前においては、敷金返還請求権は、その発生および金額の不確定な権利であつて、券面額のある債権にあらず、転付命令の対象となる適格のないもの……本件のように、明渡前に賃貸人が目的家屋の所有権を他へ譲渡した場合でも、賃借人は、賃貸借終了により賃貸人に家屋を返還すべき契約上の債務を負い、占有を継続するかぎり右債務につき遅滞の責を免れないのであり、賃貸人において、賃借人の右債務の不履行により受くべき損害の賠償請求権をも敷金によつて担保しうべきものであるから、このような場合においても、家屋明渡前には、敷金返還請求権は未確定な債権というべき……上告人が本件転付命令を得た当時粟田がいまだ本件各家屋の明渡を了していなかつた本件においては、本件敷金返還請求権に対する右転付命令は無効であり、上告人は、これにより右請求権を取得しえなかつた」

【最判平 14.3.28 民集 56-3-689】敷金(抵当権に基づく物上代位との優劣)[平 12 受 836]

「賃貸借契約における敷金契約は、授受された敷金をもって、賃料債権、賃貸借終了後の目的物の明渡しまでに生ずる賃料相当の損害金債権、その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保することを目的とする賃貸借契約に付随する契約であり、敷金を交付した者の有する敷金返還請求権は、目的物の返還時において、上記の被担保債権を控除し、なお残額があることを条件として、残額につき発生することになる（最判昭 48.2.2 参照）。これを賃料債権等の面からみれば、目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅することになる。このような敷金の充当による未払賃料等の消滅は、敷金契約から発生する効果であつて、相殺のように当事者の意思表示を必要とするものではないから、民法 5 1 1 条によつて上記当然消滅の効果が妨げられない」

・建物の明け渡しと同時履行関係には立たない

【最判昭 49.9.2】敷金返還請求権と建物の明渡[昭 48 才 30]

家屋明渡請求→一審：一部認容→控訴：取消・全部認容→上告棄却

賃借人が敷金の返還請求権による同時履行の抗弁と留置権の抗弁を主張して競落人に引き渡しを拒んだ例。

「賃貸借における敷金は、賃貸借の終了後家屋明渡義務の履行までに生ずる賃料相当額の損害金債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することのある一切の債権を担保するものであり、賃貸人は、賃貸借の終了後家屋の明渡がされた時においてそれまでに生じた右被担保債権を控除してなお残額がある場合に、その残額につき返還義務を負担する……（最判昭 48.2.2 参照）……敷金契約は、このようにして賃貸人が賃借人に対して取得することのある債権を担保するために締結されるものであつて、賃貸借契約に附随するものではあるが、賃貸借契約そのものではないから、賃貸借の終了に伴う賃借人の家屋明渡債務と賃貸人の敷金返還債務とは、一個の双務契約によつて生じた対価的債務の関係にあるものとすることはできず、また、両債務の間には著しい価値の差が生じうることからしても、両債務を相対立させてその間に同時履行の関係を認めることは、必ずしも公平の原則に合致するものとはいいがたい……一般に家屋の賃貸借関係において、賃借人の保護が要請されるのは本来その利用関係についてであるが、当面の問題は賃貸借終了後の敷金関係に関することであるから、賃借人保護の要請を強調することは相当でなく、また、両債務間に同時履行の関係を肯定することは、右のように家屋の明渡までに賃貸人が取得することのある一切の債権を担保することを目的とする敷金の性質にも適合するとはいえない……このような観点からすると、賃貸人は、特別の約定のないかぎり、賃借人から家屋明渡を受けた後に前記の敷金残額を返還すれば足りるものと解すべく、したがつて、家屋明渡債務と敷金返還債務とは同時履行の關係にたつものではない……このことは、賃貸借の終了原因が解除（解約）による場合であつても異なると

ころはない……このように賃借人の家屋明渡債務が賃貸人の敷金返還債務に対し先履行の関係に立つと解すべき場合にあっては、賃借人は賃貸人に対し敷金返還請求権をもつて家屋につき留置権を取得する余地はない」

* 敷金関係の承継

- ・ 契約中の賃貸人の交代は当然承継＝免責的債務引受け（判例）

∴ 敷金返還・差し入れの手間が省け、新貸主の資力は少なくとも賃貸物件があてにできる
← 抵当権がついていたら無資力の場合があるから、賃借人の同意を要するとすべき（有力）

- ・ 契約終了後の賃貸人の交代は原則承継せず（【最判昭 48.2.2】）

∴ 敷金が付随すべき賃貸借契約がないから
← 旧所有者は無資力になりうるから、少なくとも併存的債務引受けを認定すべき

【最判昭 44.7.17】賃貸人の交代と承継される敷金の額[昭 43 才 483]

家賃金請求→一審：棄却→控訴：一部変更・認容、その他棄却→被告上告棄却

賃貸借建物の権利関係の争いのため、家賃が未払いになっていたが、途中で賃貸人が交代した。控訴審は交代時に敷金から未払い家賃を差し引き、残額の敷金が新賃貸人に承継されたとしたが、被告は敷金全額から、新賃貸人が賃貸人になって以降の家賃を差し引くべきとして上告 → 交代時に差し引きして残額が承継される。

「敷金は、賃貸借契約終了の際に賃借人の賃料債務不履行があるときは、その弁済として当然これに充当される性質のものであるから、建物賃貸借契約において該建物の所有権移転に伴い賃貸人たる地位に承継があつた場合には、旧賃貸人に差し入れられた敷金は、賃借人の旧賃貸人に対する未払賃料債務があればその弁済としてこれに当然充当され、その限度において敷金返還請求権は消滅し、残額についてのみその権利義務関係が新賃貸人に承継されるもの……したがって、当初の本件建物賃貸人訴外亡谷口徳次郎に差し入れられた敷金につき、その権利義務関係は、同人よりその相続人訴外谷口トシエらに承継されたのち、右トシエより本件建物を買受けてその賃貸人の地位を承継した新賃貸人である被上告人に、右説示の限度において承継されたものと解すべき」

【最判平 11.3.25 判時 1674-61】所有権譲渡と賃貸人たる地位の留保特約[H7 才 1705]

賃貸人が所有権を分割譲渡後倒産し、所有者に敷金返還を請求したもの（保証金返還債務確認請求→認容／棄却）

「自己の所有建物を他に賃貸して引き渡した者が右建物を第三者に譲渡して所有権を移転した場合には、特段の事情のない限り、賃貸人の地位もこれに伴って当然に右第三者に移転し、賃借人から交付されていた敷金に関する権利義務関係も右第三者に承継される……（最判昭 39.8.28、最判昭 44.7.17 参照）、右の場合に、新旧所有者間において、従前からの賃貸借契約における賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨を合意したとしても、これをもって直ちに前記特段の事情があるものということとはできない。けだし、右の新旧所有者間の合意に従った法律関係が生ずることを認めると、賃借人は、建物所有者との間で賃貸借契約を締結したにもかかわらず、新旧所有者間の合意のみによって、建物所有権を有しない転貸人との間の転貸借契約における転借人と同様の地位に立たされることとなり、旧所有者がその責めに帰すべき事由によって右建物を使用管理する等の権原を失い、右建物を賃借人に賃貸することができなくなった場合には、その地位を失うに至ることもあり得るなど、不測の損害を被るおそれがあるからである」新所有者無資力の場合に旧所有者に敷金返還を請求できるかは別問題。

（藤井反対）本件のような不動産小口化商品では特段の事情を認めて賃貸人の地位の留保を許すべきで、転借人となる借主の保護は別途講じれば足りる。

- ・ 契約中の賃借人の交代は原則承継せず

【最判昭 53.12.22 民集 32-9-1768】賃借人の交代と敷金返還請求権の承継[昭 52 才 844]

取立債権請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

国が土地賃借人の敷金返還請求権を差押え、訴求したところ、賃借権を承継した新賃借人（建物競落人）に敷金は承継されたと被告が主張したもの。

「賃借権が旧賃借人から新賃借人に移転され賃貸人がこれを承諾したことにより旧賃借人が賃貸借関係から離脱した場合においては、敷金交付者が、賃貸人との間で敷金をもつて新賃借人の債務不履行の担保とすることを約し、又は新賃借人に対して敷金返還請求権を譲渡するなど特段の事情のない限り、右敷金をもつて将来新賃借人が新たに負担することとなる債務についてまでこれを担保しなければならないものと解することは、敷金交付者にその予期に反して不利益を被らせる結果となつて相当でなく、敷金に関する敷金交付者の権利義務関係は新賃借人に承継されるものではないと解すべきである。なお、右のように敷金交付者が敷金をもつて新賃借人の債務不履行の担保とすることを約し、又は敷金返還請求権を譲渡したときであつても、それより以前に敷金返還請求権が国税の徴収のため国税徴収法に基づいてすでに差し押えられている場合には、右合意又は譲渡の効力をもつて右差押をした国に対抗することはできない」

【最決平 13.11.21】 借地借家法 20 条の許可に際し、裁判所は敷金差入命令が可能

- ・ 権利金：賃借人から賃貸人に交付される、敷金以外の金銭の総称

＊種類

- ①場所的利益の対価（好立地の店舗を一定期間借りられることの利益等）
- ②賃料の一部の一括前払い（賃貸人に運用益を得させるため）
- ③賃借権に譲渡性を与える対価

＊権利金の返還：②は前払相当期間中なら当然返還、③は返還請求できない

- ①賃貸借終了後は返還すべき

←判例は中途解約で否定(但し賃貸借の有償譲渡可能と思われる事例：事実上③だった)

【最判昭 43.6.27】 権利金の返還請求[昭 42 才 1445]

貸金請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

賃貸借が2年9月で合意解除されたため、権利金の返還を借主が請求したもの

「上告人が被上告人に対して交付した金一五万円が、貸金ではなく、本件の店舗賃貸借にさいしその店舗の有する場所的利益に対する対価として支払われたいわゆる権利金であつた」「本件の権利金名義の金員は、上告人が賃借した建物部分の公衆市場内における店舗として有する特殊の場所的利益の対価として支払われたものであるが、賃料の一時払としての性質を包含するものでなく、かつ、本件賃貸借契約には期間の定めがなかつたというのであり、賃貸借契約の締結またはその終了にさいし右金員の返還について特段の合意がされた事実は原審で主張も認定もされていないところであるから、このような場合には、上告人主張のように賃貸借契約がその成立後約二年九ヶ月で合意解除され、賃借建物部分が被上告人に返還されたとしても、上告人は、それだけの理由で、被上告人に対し右金員の全部または一部の返還を請求することができるものではない」

- ・ 更新料：賃貸借契約更新時に支払うもの

【最判昭 51.10.1】 更新料を払うとの慣習を否定したもの[昭 51 才 657]

借地契約法定更新で賃借人が更新料を払わないとして建物収去土地明渡請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「宅地賃貸借契約における賃貸期間の満了にあたり、賃貸人の請求があれば当然に賃貸人に対する賃借人の更新料支払義務が生ずる旨の商慣習ないし事実たる慣習が存在するものとは認めるに足りない」との原審認定を是認。

【最判昭 59.4.20】 更新料不払解除事件[昭 58 才 1289]

建物収去土地明渡請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→上告棄却

無断増改築(2回)、無断転貸(一部に間借人)、無断賃借権譲渡(妻へ)、賃料滞納後に調停で更新料を賃貸人請求より安く、かつ不信行為不問込みで合意したのに払わなかったもの。

「土地の賃貸借契約の存続期間の満了にあたり賃借人が賃貸人に対し更新料を支払う例が少なくないが、その更新料がいかなる性格のものであるか及びその不払が当該賃貸借契約の解除原因となりうるかどうかは、単にその

更新料の支払がなくても法定更新がされたかどうかという事情のみならず、当該賃貸借成立後の当事者双方の事情、当該更新料の支払の合意が成立するに至った経緯その他諸般の事情を総合考量したうえ、具体的事実関係に即して判断されるべきものと解するのが相当であるところ、原審の確定した前記事実関係によれば、本件更新料の支払は、賃料の支払と同様、更新後の本件賃貸借契約の重要な要素として組み込まれ、その賃貸借契約の当事者の信頼関係を維持する基盤をなしているものというべきであるから、その不払は、右基盤を失わせる著しい背信行為として本件賃貸借契約それ自体の解除原因となりうるものと解するのが相当」

【最判平 23.7.15】年に2月分の更新料は消費者契約法に反しない[平 22 才 863]

更新料・定額補修分担金返還請求・更新料債務不存在確認請求本訴、更新料請求反訴、保証債務履行請求→一審：返還認容・確認却下、反訴・保証棄却（更新料・定額補修分担金は消費者契約法 10 により無効）→控訴棄却→上告：分担金上告却下（上告理由書面不提出）、その他破棄自判（更新料請求棄却、反訴・保証請求認容）

○更新料の性質「更新料は、期間が満了し、賃貸借契約を更新する際に、賃借人と賃貸人との間で授受される金員である。これがいかなる性質を有するかは、賃貸借契約成立前後の当事者双方の事情、更新料条項が成立するに至った経緯その他諸般の事情を総合考量し、具体的事実関係に即して判断されるべきであるが（最判昭 59.4.20 参照）、更新料は、賃料と共に賃貸人の事業の収益の一部を構成するのが通常であり、その支払により賃借人は円満に物件の使用を継続することができることからすると、更新料は、一般に、賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有する」

○消費者契約法 10 条「賃貸借契約は、賃貸人が物件を賃借人に使用させることを約し、賃借人がこれに対して賃料を支払うことを約することによって効力を生ずる（民法 601 条）のであるから、更新料条項は、一般的には賃貸借契約の要素を構成しない債務を特約により賃借人に負わせるという意味において、任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものに当たる」更新料の性質より「更新料の支払にはおよそ経済的合理性がないなどということとはできない。また、一定の地域において、期間満了の際、賃借人が賃貸人に対し更新料の支払をする例が少なからず存することは公知であることや、従前、裁判上の和解手続等においても、更新料条項は公序良俗に反するなどとして、これを当然に無効とする取扱いがされてこなかったことは裁判所に顕著であることからすると、更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立している場合に、賃借人と賃貸人との間に、更新料条項に関する情報の質及び量並びに交渉力について、看過し得ないほどの格差が存するとみることともできない」「そうすると、賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載された更新料条項は、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法 10 条にいう「民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」には当たらない」「本件条項は本件契約書に一義的かつ明確に記載されているところ、その内容は、更新料の額を賃料の 2 か月分とし、本件賃貸借契約が更新される期間を 1 年間とするものであって、上記特段の事情が存するとはいえず、これを消費者契約法 10 条により無効とすることはできない。また、これまで説示したところによれば、本件条項を、借地借家法 30 条にいう同法第 3 章第 1 節の規定に反する特約で建物の賃借人に不利なものということもできない」

3. 短期賃貸借(§602)：制限行為能力者は処分権限なき者の賃貸借の期間制限

→この期間内は管理行為として許される（被保佐人、権限の定めのない代理人等）

- ・ 超過時の効力：制限超過部分のみ無効・取消・無権代理となる（借主保護のため）

§602 処分につき行為能力の制限を受けた者又は処分の権限を有しない者が賃貸借をする場合には、次の各号に掲げる賃貸借は、それぞれ当該各号に定める期間を超えることができない

- 一 樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借 十年
- 二 前号に掲げる賃貸借以外の土地の賃貸借 五年
- 三 建物の賃貸借 三年
- 四 動産の賃貸借 六箇月

- ・ 短期賃貸借の更新(§603) : あまり早期の更新は脱法的なので認められない

§603 前条に定める期間は、更新することができる。ただし、その期間満了前、土地については一年以内、建物については三箇月以内、動産については一箇月以内に、その更新をしなければならない

4. 存続期間(§604) : 20 年以内、更新可能 (→もっと長いなら地上権・永小作権を使う想定)

§604-1 賃貸借の存続期間は、二十年を超えることができない。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、二十年とする

#2 賃貸借の存続期間は、更新することができる。ただし、その期間は、更新の時から二十年を超えることができない

第2款 効力（605-616条）

1. 賃貸人の義務と責任

- ・使用収益させる義務：目的物の引渡し、第三者による使用収益妨害の排除

- ＊他人物の賃貸借契約：他人物売買と同様(§559)

- 他人物と判明すると解除・損賠可能(§561)・賃料拒否(§576)

【最判昭 50.4.25】第三者が権利主張すると賃借人は賃料支払を拒める[昭 49 才 161]

A→B、B→Cの建物明渡請求併合事件→一審：A→B認容、他棄却→B控訴棄却→上告棄却

「所有権ないし賃貸権限を有しない者から不動産を賃借した者は、その不動産につき権利を有する者から右権利を主張され不動産の明渡を求められた場合には、賃借不動産を使用収益する権原を主張することができなくなるおそれが生じたものとして、民法五五九条で準用する同法五七六条により、右明渡請求を受けた以後は、賃貸人に対する賃料の支払を拒絶することができる」（Cが賃料を拒んだ）

- ・修繕義務(§606-1)：通常は軽微な修繕は借主に義務を移転する特約を付ける

- ＊保存行為への賃借人の拒絶禁止(§606-2)、その場合の解除権(§607)

- ＊賃借人の通知義務(§615)：修繕を要する場合の通知義務を課す

- ＊借主が破損した場合は、借主の債務不履行責任があるので貸主の修繕義務はない（解釈）

§606-1 賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う

#2 賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為をしようとするときは、賃借人は、これを拒むことができない

§607 賃貸人が賃借人の意思に反して保存行為をしようとする場合において、そのために賃借人が賃借をした目的を達することができなくなるときは、賃借人は、契約の解除をすることができる

§615 賃借物が修繕を要し、又は賃借物について権利を主張する者があるときは、賃借人は、遅滞なくその旨を賃貸人に通知しなければならない。ただし、賃貸人が既にこれを知っているときは、この限りでない

- ・瑕疵担保責任(§559による売買の準用)

- ＊修繕義務との併存：隠れた瑕疵も修繕義務があり、逆に瑕疵なき代替物との交換も請求可能

- ・賃貸人の債務不履行と賃料

- ＊修繕義務の不履行と賃料

- ・全部の使用収益が不可能な場合

【大判大 10.9.26】全体の使用収益が不可能になると賃料債権は生じない

- ・一部の使用収益が不可能にとどまる場合 → 実際は賃借人が修繕し必要費償還とする

学説：危険負担の原則から当然減額説(§536-1)、§611-1類推による減額請求権説など

判例：全額を支払わないのは賃料不払いに他ならない

【最判昭 43.11.21】修繕義務の不履行と賃料債権[昭 42 才 1104]

賃料不払いによる解除・建物明渡請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「上告人は本件家屋に居住し契約の目的に従つてこれを使用収益していたところ、所論の事情により上告人の居住にある程度の支障ないし妨害があつたことは否定できないが、右使用収益を不能もしくは著しく困難にする程の支障はなかつた、というのであるから、このような場合、賃借人たる上告人において賃料の全額について支払を拒むことは許されない」

- ・費用償還義務(§608)：賃借人の権利として規定

- ＊必要費(#1)：ただちに償還請求可能（使用収益に適する状態に目的物を維持保存する費用）

* 有益費(#2)：賃貸借終了時に費用・増価額より賃貸人の選択で償還、裁判所の期限許与

* 除斥期間：返還のときから1年間(§621→600)

* 留置権：費用償還請求権を担保するため留置権を主張できる（【大判昭10.5.13】）

* 相手方：賃貸人交代の場合、原則として新賃貸人

§608-1 賃借人は、賃借物について賃貸人の負担に属する必要費を支出したときは、賃貸人に対し、直ちにその償還を請求することができる

#2 賃借人が賃借物について有益費を支出したときは、賃貸人は、賃貸借の終了の時に、第九十六条第二項の規定に従い、その償還をしなければならない。ただし、裁判所は、賃貸人の請求により、その償還について相当の期限を許与することができる

【最判昭46.2.19】有益費支出後の賃貸人交代と償還義務者[昭42才779]

旧賃貸人宛有益費償還請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「有益費支出後、賃貸人が交替したときは、特段の事情のないかぎり、新賃貸人において旧賃貸人の権利義務一切を承継し、新賃貸人は右償還義務者たる地位をも承継するのであつて、そこにいる賃貸人とは賃貸借終了当時の賃貸人を指し、民法一九六条二項にいう回復者とは占有の回復当時の回復者を指す」

2. 賃借人の権利義務

・ 賃借人の権利義務の分類

* 賃貸借契約独自のもの：賃料支払義務、修繕箇所等通知義務

* 使用貸借の準用によるもの(§616→594-1,597-1,598)：使用収益権・用法遵守義務、返還義務、現状復帰・附属物収去義務／権

§616 第五百九十四条第一項、第五百九十七条第一項及び第五百九十八条の規定は、賃貸借について準用する

・ 使用収益権：契約によって内容が定まる、用法遵守義務を伴う、善管注意義務（←返還義務）

* 増改築禁止特約：更新拒絶の正当事由判断で借地人に有利、建物買取請求の高額化防止

【最判昭41.4.21】増改築禁止特約の効力[昭39才1450]

建物収去土地明渡請求→一審：認容→控訴：取消・請求棄却→上告棄却（特約に反して二階を拡張し、間借り人を住まわせることができる構造に変えたが、なお住宅であったもの）

「一般に、建物所有を目的とする土地の賃貸借契約中に、賃借人が賃貸人の承諾をえないで賃借地内の建物を増改築するときは、賃貸人は催告を要しないで、賃貸借契約を解除することができる旨の特約（以下で単に建物増改築禁止の特約という。）があるにもかかわらず、賃借人が賃貸人の承諾を得ないで増改築をした場合においても、この増改築が借地人の土地の通常の利用上相当であり、土地賃貸人に著しい影響を及ぼさないため、賃貸人に対する信頼関係を破壊するおそれがあると認めるに足りないときは、賃貸人が前記特約に基づき解除権を行使することは、信義誠実の原則上、許されない」

・ 賃料支払義務：合意による

* 土地賃借人の賃料減額請求権・契約解除権(§609,610)：不可抗力で収益が賃料未滿

←農地法20：近傍類似農地に比較し不相当になると借賃等増減額請求が可能

§609 収益を目的とする土地の賃借人は、不可抗力によって賃料より少ない収益を得たときは、その収益の額に至るまで、賃料の減額を請求することができる。ただし、宅地の賃貸借については、この限りでない

§610 前条の場合において、同条の賃借人は、不可抗力によって引き続き二年以上賃料より少ない収益を得たときは、契約の解除をすることができる

* 賃借人の過失によらない一部滅失による賃料減額請求権・契約解除権(§611)

§611-1 賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したときは、賃借人は、その滅失した部分の割合に応じて、賃料の減額を請求することができる

#2 前項の場合において、残存する部分のみでは賃借人が賃借をした目的を達することができないときは、賃借人は、契約の解除をすることができる

* 賃料の支払時期(§614)：実際は特約で修正されることが多い

§614 賃料は、動産、建物及び宅地については毎月末に、その他の土地については毎年末に、支払わなければならない。ただし、収穫の季節があるものについては、その季節の後に遅滞なく支払わなければならない

・ 目的物返還義務と原状回復・附属物収去義務

* 不履行や用法遵守義務に反したことによる損害→1年の期間制限に服する(§621→600)

* 原状回復義務：通常損耗を超えていたんであれば損賠義務を負う

【最判平 17.12.16】通常損耗補修特約の有効性[平 16 受 1573]

敷金返還請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し

「賃借人は、賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務があるところ、賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払を内容とするものであり、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものである。それゆえ、建物の賃貸借においては、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる賃借物件の劣化又は価値の減少を意味する通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませてその支払を受けることにより行われている。そうすると、建物の賃借人にその賃貸借において生ずる通常損耗についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課すことになるから、賃借人に同義務が認められるためには、少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約（＝「通常損耗補修特約」）が明確に合意されていることが必要である」→契約書等においても「通常損耗を含む趣旨であることが一義的に明白であるとはいえない」から本件契約書には、通常損耗補修特約の成立が認められるために必要なその内容を具体的に明記した条項はない」として補修費用の金額算定のため破棄差戻し

* 附属物収去義務と費用償還請求権：賃借人が目的物に自分の物をくっつけた場合

- ・ 分離が容易：賃借人が収去すべき（家具や照明など）
- ・ 分離が困難：附合し費用償還請求権発生（物理的不可能・経済的損失大…壁紙、増築など）
- ・ 両者の中間：賃借人の選択に従い、収去又は費用償還請求（花壇、壁につけた帽子掛け等）

3. 賃借権の譲渡・目的物の転貸

・ 賃貸人の承諾が必要(§612)：違反すると賃貸人は解除可能

∴賃借人が怠惰・無資力なら農地や建物の賃貸人は被害をこうむる場合がある

§612-1 賃借人は、賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転貸することができない

#2 賃借人が前項の規定に違反して第三者に賃借物の使用又は収益をさせたときは、賃貸人は、契約の解除をすることができる

・ 解除の場合の当事者間の効力

* 転貸人→転借人：契約有効、対価支払請求可能←賃貸人が権利主張すれば拒める：§576

* 転借人→転貸人：賃貸人の承諾を得よう求めうる、不承諾の場合は担保責任：§559→561

* 賃貸人→転貸人：解除しうる

＊ 賃貸人→転借人：転貸人に解除するまでもなく明渡請求可能

【大判大 9.9.28】 転借人から賃貸人へ、転貸人に差し入れた敷金の返還請求はできない

- ・ 解除権の制限：無断転貸借等があっても、背信行為でなければ認められない（→みなし承諾？）

＊ 借り手が実質的に変化しない場合

【最判昭 28.9.25】 無断転貸借でも契約を解除できない場合[昭 25 才 140]

建物収去土地明渡等請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却（戦災で焼けたため、土地賃借人の子が自らの借地ではなく、その西隣に同様の倉庫を建て、同じく焼失していたその土地の土地賃借人もそれを容認した例）

「元来民法六一二条は、賃貸借が当事者の個人的信頼を基礎とする継続的法律関係であることにかんがみ、賃借人は賃貸人の承諾がなければ第三者に賃借権を譲渡し又は転貸することを得ないものとすると同時に、賃借人がもし賃貸人の承諾なくして第三者をして賃借物の使用収益を為さしめたときは、賃貸借関係を継続するに堪えない背信的所為があつたものとして、賃貸人において一方的に賃貸借関係を終止せしめ得ることを規定したもの…したがつて、賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合においては、同条の解除権は発生しない」→本件では背信行為にあらず、解除はできない

（藤田反対）他人に建物を建てさせた時点で背信行為。訴訟後移築すれば錯誤ゆえ許せるがそんな態度もない。

（霜山反対）背信行為ではないなど暴断である。

（谷村補足）反対意見は的外れとまでは言えないが枝葉の話である。

【最判平 21.11.27】 共有建物の持分の同居親族間での変更・譲渡[平 20 受 1340]

建物収去土地明渡請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→上告：破棄自判（控訴棄却）：畳製造販売業を営んでいた住人が法人成りしてから立て替え、その際新建物は家族の共有とし、また融資の都合上の持分変更につき貸主は承諾料を得て承諾した。しかし登記では元の所有者の持分はなくなり、妻と子の 3:7 共有、さらに子の離婚により持分がその元妻へ財産分与されて 2 度転貸された。このあと破産した子以外は元妻を含め居住している。

「被上告人は、上告人 Y 1 と C が各 2 分の 1 の持分を取得することを前提として合意した承諾料につき、これを増額することなく、上告人 Y 1、C 及び上告人 Y 2 の各持分を上記割合として建物を建て替えることを承諾し、上記の限度で無断転貸となる第 1 転貸がされた事実を知った後も当初はこれを本件解除の理由とはしなかったというのであって、被上告人において、上告人 Y 1 が本件建物の持分 10 分の 1 を取得することにつき重大な関心を有していたとは解されない……上告人 Y 1 は本件建物の持分を取得しない旨の説明を受けていた場合に被上告人において承諾料の増額を要求していたことが推認されるとしても、第 1 転貸が上記の限度で被上告人に無断で行われたことにつき、賃貸人である被上告人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情がある」

「上記の持分譲渡は、上告人 Y 1 の子である C から、その妻である上告人 Y 3 に対し、離婚に伴う財産分与として行われたものである上、上告人 Y 3 は離婚前から本件土地に上告人 Y 1 らと共に居住しており、離婚後に C が本件建物から退去したほかは、本件土地の利用状況には変化が生じていないというのであって、第 2 転貸により賃貸人である被上告人が何らかの不利益を被ったことは全くうかがわれない……第 2 転貸が被上告人に無断で行われたことについても、上記の特段の事情があるというべき」

＊ 借り手が実質的に交代する場合：法人格の形骸化等特段の事情がない場合解除不可

【最判平 8.10.14 民集 50-9-2431】小規模閉鎖的有限会社の役員・資本構成の変動[平 6 才 693]

建物収去土地明渡・地代相当額請求→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄差戻

「賃借権の譲渡が賃借人から第三者への賃借権の譲渡を意味することは同条の文理からも明らかであるところ、賃借人が法人である場合において、右法人の構成員や機関に変動が生じて、法人格の同一性が失われるものではないから、賃借権の譲渡には当たらない……右の理は、特定の個人が経営の実権を握り、社員や役員が右個人及びその家族、知人等によって占められているような小規模で閉鎖的な有限会社が賃借人である場合についても

基本的に変わるところはないのであり、右のような小規模で閉鎖的な有限会社において、持分の譲渡及び役員の交代により実質的な経営者が交代しても、同条にいう賃借権の譲渡には当たらない……賃借人に有限会社としての活動の実体がなく、その法人格が全く形骸化しているような場合はともかくとして、そのような事情が認められないのに右のような経営者の交代の事実をとらえて賃借権の譲渡に当たるとすることは、賃借人の法人格を無視するものであり、正当ではない。賃借人である有限会社の経営者の交代の事実が、賃貸借契約における賃貸人・賃借人間の信頼関係を悪化させるものと評価され、その他の事情と相まって賃貸借契約解除の事由となり得るかどうかは、右事実が賃借権の譲渡に当たるとは別の問題である。賃貸人としては、有限会社の経営者である個人の資力、信用や同人との信頼関係を重視する場合には、右個人を相手方として賃貸借契約を締結し、あるいは、会社との間で賃貸借契約を締結する際に、賃借人が賃貸人の承諾を得ずに役員や資本構成を変動させたときは契約を解除することができる旨の特約をするなどの措置を講ずることができるのであり、賃借権の譲渡の有無につき右のように解しても、賃貸人の利益を不当に損なうものとはいえない」

* 譲渡担保の場合

【最判昭 40.12.17】 広義の譲渡担保[昭 39 才 422]

建物収去土地明渡請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却（譲渡担保に供し、買戻し権行使可能期間内に賃借権無断譲渡を理由に貸主たる原告が解除を主張したもの）

「本件建物の譲渡は…（担保の目的で、解除の意思表示の時点では買戻権があり、その後買戻権が行使されて所有権が復帰し、建物譲渡後も賃借人が引き続き使用を許され）…その敷地である本件土地の使用状況には変化がなかったこと等原審の認定した諸事情を総合すれば、本件建物の譲渡は、債権担保の趣旨でなされたもので、いわば終局的確定的に権利を移転したのではなく、したがって、右建物の譲渡に伴い、その敷地である本件土地について、民法六一二条二項所定の解除の原因たる賃借権の譲渡または転貸がなされたものとは解せられないから、上告人の契約解除の意思表示はその効力を生じない……本件建物の譲渡についてなされた登記が単純な権利移転登記であつて、買戻特約が登記されていなかったとしても、右の結論を左右しない」

【最判平 9.7.17】 狭義の譲渡担保[平 5 才 486]

建物収去土地明渡等請求→一審：認容→控訴：取消・請求棄却→上告：破棄自判（控訴棄却）：土地賃借人が建物を譲渡担保に供して登記を了し、その失踪後被告が賃貸借契約により居住したが、賃貸人は土地賃借人か譲渡担保権者か両名併記だったもの

「地上建物につき譲渡担保権が設定された場合であっても、譲渡担保権者が建物の引渡しを受けて使用又は収益をするときは、いまだ譲渡担保権が実行されておらず、譲渡担保権設定者による受戻権の行使が可能であるとしても、建物の敷地について民法六一二条にいう賃借権の譲渡又は転貸がされたものと解するのが相当であり、他に賃貸人に対する信頼関係を破壊すると認めるに足りない特段の事情のない限り、賃貸人は同条二項により土地賃貸借契約を解除することができる……けだし（１）民法六一二条は、賃貸借契約における当事者間の信頼関係を重視して、賃借人が第三者に賃借物の使用又は収益をさせるためには賃貸人の承諾を要するものとしているのであって、賃借人が賃借物を無断で第三者に現実に使用又は収益させることが、正に契約当事者間の信頼関係を破壊する行為となる……（２）譲渡担保権設定者が従前どおり建物を使用している場合には、賃借物たる敷地の現実の使用状況、占有状態に変更はないから、当事者間の信頼関係が破壊されるということとはできないが、（３）譲渡担保権者が建物の使用収益をする場合には、敷地の使用主体が替わることによって、その使用方法、占有状態に変更を来し、当事者間の信頼関係が破壊されるものといわざるを得ないからである」

・ 適法な譲渡・転貸後の法律関係

* 譲渡：賃貸人・譲受人が賃貸人・賃借人の関係に立ち、譲渡人は離脱する

* 転貸(§613)：転借人は賃貸人に直接義務を負う、賃料前払いの対抗力、賃借人への権利行使

・ 賃借人賃料滞納の場合：転借人に直接請求でき(＃1)、又は請求せず契約解除も可能(＃2)

§613-1 賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は、賃貸人に対して直接に義務を負う。この場合においては、賃料の前払をもって賃貸人に対抗することができない

#2 前項の規定は、賃貸人が賃借人に対してその権利を行使することを妨げない

- ・ 転貸借後の原賃貸借契約解除

- * 合意解除

- 【大判昭 9.3.7】 転貸後の合意解除は転借人に対抗できない

- 【最判昭 38.2.21】 土地賃借権の合意解除と建物賃借人[昭 35 才 893]

建物退去土地明渡請求→一審：認容→控訴：取消・請求棄却→上告棄却

「本件借地契約は、右の如く、調停により地主たる上告人と借地人たる訴外稲田文作との合意によつて解除され、消滅に至つたものではあるが、原判決によれば、前叙の如く、右稲田文作は右借地の上に建物を所有しており、昭和三〇年三月からは、被上告人がこれを賃借して同建物に居住し、家具製造業を営んで今日に至つていゝのであるから、かかる場合においては、たとえ上告人と訴外稲田文作との間で、右借地契約を合意解除し、これを消滅せしめても、特段の事情がない限りは、上告人は、右合意解除の効果を、被上告人に対抗し得ない」「なぜなら、上告人と被上告人との間には直接に契約上の法律関係がないにもせよ、建物所有を目的とする土地の賃貸借においては、土地賃貸人は、土地賃借人が、その借地上に建物を建築所有して自らこれに居住することばかりでなく、反対の特約がないかぎりには、他にこれを賃貸し、建物賃借人をしてその敷地を占有使用せしめることをも当然に予想し、かつ認容しているものとみるべきであるから、建物賃借人は、当該建物の使用に必要な範囲において、その敷地の使用収益をなす権利を有するとともに、この権利を土地賃貸人に対し主張し得るものといふべく、右権利は土地賃借人がその有する借地権を抛棄することによつて勝手に消滅せしめ得ない……土地賃貸人とその賃借人との合意をもつて賃貸借契約を解除した本件のような場合には賃借人において自らその借地権を抛棄したことになるのであるから、これをもつて第三者たる被上告人に対抗し得ないものと解すべきであり、このことは民法三九八条、五三八条の法理からも推論することができるし、信義誠実の原則に照しても当然」

- * 期間満了不更新（サブリース）

- 【最判平 14.3.28 民集 56-3-662】 サブリース期間満了不更新による解除[平 11 受 1220]

建物明渡請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→上告：破棄自判(控訴棄却)

「被上告人は、建物の建築、賃貸、管理に必要な知識、経験、資力を有する訴外会社と共同して事業用ビルの賃貸による収益を得る目的の下に、訴外会社から建設協力金の拠出を得て本件ビルを建築し、その全体を一括して訴外会社に貸し渡したものであって、本件賃貸借は、訴外会社が被上告人の承諾を得て本件ビルの各室を第三者に店舗又は事務所として転貸することを当初から予定して締結されたものであり、被上告人による転貸の承諾は、賃借人においてすることを予定された賃貸物件の使用を転借人が賃借人に代わってすることを容認するというものではなく、自らは使用することを予定していない訴外会社にその知識、経験等を活用して本件ビルを第三者に転貸し収益を上げさせるとともに、被上告人も、各室を個別に賃貸することに伴う煩わしさを免れ、かつ、訴外会社から安定的に賃料収入を得るためにされたものといふべきである。他方、京樽も、訴外会社の業種、本件ビルの種類や構造などから、上記のような趣旨、目的の下に本件賃貸借が締結され、被上告人による転貸の承諾並びに被上告人及び訴外会社による再転貸の承諾がされることを前提として本件再転貸借を締結したものと解される」「このような事実関係の下においては、本件再転貸借は、本件賃貸借の存在を前提とするものであるが、本件賃貸借に際し予定され、前記のような趣旨、目的を達成するために行われたものであって、被上告人は、本件再転貸借を承諾したにとどまらず、本件再転貸借の締結に加功し、京樽による本件転貸部分二の占有の原因を作出したものであるから、訴外会社が更新拒絶の通知をして本件賃貸借が期間満了により終了しても、被上告人は、信義則上、本件賃貸借の終了をもって京樽に対抗することはできず、京樽は、本件再転貸借に基づく本件転貸部分二の使用収益を継続することができると解すべきである。このことは、本件賃貸借及び本件転貸

借の期間が前記のとおりであることや訴外会社の更新拒絶の通知に被上告人の意思が介入する余地がないこと
によって直ちに左右されるものではない」

＊転貸人の債務不履行による解除：転借人に対抗できる

※転借人は利害関係があり賃借人の意思に反して弁済可能(§474)、賃貸人の催告義務はない

【最判昭 36.12.21】合意解除と転借人[昭 34 才 596]

転借人からの建物収去・同費用支払執行第三者異議本訴、賃貸人からの建物収去土地明渡請求反訴→一審：本訴・
反訴とも認容→控訴棄却→上告棄却

「原判決が「およそ賃借人がその債務の不履行により賃貸人から賃貸借契約を解除されたときは、賃貸借契約の
終了と同時に転貸借契約も、その履行不能により当然終了するものと解するを相当とする」と判示して大判昭
10.11.18 を引用したことは正当……同判決は、転貸借の終了するに先だち賃貸借が終了したときは爾後転貸借
は当然にその効力を失うことはないが、これをもつて賃貸人に対抗し得ないこととなるものであつて、賃貸人よ
り転貸人に対し返還請求があれば転貸人はこれを拒否すべき理由なく、これに応じなければならないのであるか
ら、その結果転貸人は、転貸人としての義務を履行することが不能となり、その結果として転貸借は終了に帰す
るものである旨を判示していることは、同判例の判文上明らかである」

【最判昭 37.3.29】転借人に対する催告の要否[昭 33 才 963]

建物収去土地明渡請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「所論転貸借の基本である訴外渡辺三郎と亡桜井忠吾との間の賃貸借契約は、同人の賃料延滞を理由として、催
告の手続を経て、昭和三〇年七月四日解除された事実を確定し、かかる場合には、賃貸人は賃借人に対して催告
するをもつて足り、さらに転借人に対してその支払いの機会を与えなければならないというものではなく、また
賃借人に対する催告期間がたとえ三日間であつたとしても、これをもつて直ちに不当とすべきではないとして、
上告人の権利濫用、信義則違反等の抗弁を排斥した原判決は、その確定した事実関係及び事情の下において正当」

【最判平 6.7.18】転借人に対する賃借人の賃料不払いの通知の要否[平 4 才 1598]

建物収去土地明渡請求等→→控訴審：原告勝訴→上告棄却

「土地の賃貸借契約において、適法な転貸借関係が存在する場合に、賃貸人が賃料の不払を理由に契約を解除す
るには、特段の事情のない限り、転借人に通知等をして賃料の代払の機会を与えなければならないものではない
(最判昭 37.3.29,同 49.5.30 参照)。原審の適法に確定した事実関係の下においては、賃貸人である府川間一
(被上告人らの先代)が、転借人である上告人に対して賃借人である増永正行の賃料不払の事実について通知等
をすべき特段の事情があるとはいえないから、本件賃貸借契約の解除は有効」

(木崎反対) 信義則上転借人に代払いの機会を与える必要があり、それをしない場合は対抗できない

・転貸借契約は賃貸人が転借人に直接返還請求をした時点で終了する

⇔他人物賃貸は使用収益する限り賃料を請求できる

【最判平 9.2.25 民集 51-2-398】債務不履行解除の場合の転貸借契約終了時[平 6 才 456]

建物賃料等請求本訴、保証金返還請求反訴→一審：本訴・反訴とも一部認容→被告控訴：本訴請求額減→被告上
告：本訴原判決破棄・一審判決取消・請求棄却

「賃貸人の承諾のある転貸借においては、転借人が目的物の使用収益につき賃貸人に対抗し得る権原（転借権）
を有することが重要であり、転貸人が、自らの債務不履行により賃貸借契約を解除され、転借人が転借権を賃貸
人に対抗し得ない事態を招くことは、転借人に対して目的物を使用収益させる債務の履行を怠るものにほかなら
ない。そして、賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合において、賃貸人が転借
人に対して直接目的物の返還を請求したときは、転借人は賃貸人に対し、目的物の返還義務を負うとともに、遅
くとも右返還請求を受けた時点から返還義務を履行するまでの間の目的物の使用収益について、不法行為による
損害賠償義務又は不当利得返還義務を免れないこととなる。他方、賃貸人が転借人に直接目的物の返還を請求す

るに至った以上、転貸人が賃貸人との間で再び賃貸借契約を締結するなどして、転借人が賃貸人に転借権を対抗し得る状態を回復することは、もはや期待し得ないものというほかはなく、転貸人の転借人に対する債務は、社会通念及び取引観念に照らして履行不能というべきである。したがって、賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合、賃貸人の承諾のある転貸借は、原則として、賃貸人が転借人に対して目的物の返還を請求した時に、転貸人の転借人に対する債務の履行不能により終了すると解する」

4. 賃借人と第三者

・賃借権の対抗力

＊不動産賃借権の対抗力(§605)：債権ゆえ登記請求権がないので、特別法で修正

§605 不動産の賃貸借は、これを登記したときは、その後その不動産について物権を取得した者に対しても、その効力を生ずる

【大判大 10.7.11】不動産賃借権に登記請求権はない

＊動産賃借権の対抗力

・引渡し説（多数）：賃貸中の売買の対抗要件は指図による占有移転で、その際買主の承諾がなければ有効な移転にならないから、賃貸借を前提に承諾しており、借主は対抗できる

・否定説：§605 反対解釈により特に規定のない限り賃貸借に対抗力はない

→権利濫用や背信的悪意者として排斥すべき

・二重の賃借権設定

＊原則：対抗要件の先後によって決まる(通説・判例)

＊借地の例外：未登記建物が建つ借地の二重賃貸借→第二借主が背信的悪意となる可能性あり

＊動産：先に引渡しを受けると、対抗力のない他の借主の請求を拒め、事実上優先される

・賃借人と不法占拠者：借地に不法占拠者がいた／現れた場合など

＊賃貸人に対して使用収益権を主張し、賃貸人に物権的請求権で妨害を排除させる

＊自らの占有権に基づいて占有回収の訴え、占有保持の訴えを提起する

＊債権者代位権の転用：使用収益権を被保全債権に、賃貸人の物権的請求権に代位する

＊賃借権に基づく妨害排除請求権：対抗力のある不動産賃借権の場合（賃借権の物権化）

【最判昭 28.12.18 民集 7-12-1515】劣後賃借人に対する妨害排除請求[昭 27 才 883]

「民法六〇五条は不動産の賃貸借は之を登記したときは爾後その不動産につき物権を取得した者に対してもその効力を生ずる旨を規定し」建物保護に関する法律・罹災都市借地借家臨時処理法も賃借権の対抗力「を規定しているのであつて、これらの規定により土地の賃借権をもつてその土地につき権利を取得した第三者に対抗できる場合にはその賃借権はいわゆる物権的効力を有し、その土地につき物権を取得した第三者に対抗できるのみならずその土地につき賃借権を取得した者にも対抗できるのである。従つて第三者に対抗できる賃借権を有する者は爾後その土地につき賃借権を取得しこれにより地上に建物を建てて土地を使用する第三者に対し直接にその建物の収去、土地の明渡を請求することができる」（建物収去土地明渡請求認容、上告棄却）

【最判昭 30.4.5】不法占拠者に対する妨害排除請求[昭 27 才 1291]

「上告人の借地権は罹災都市借地借家臨時処理法一〇条により第三者に対抗できるものであることが明らか…
…かかる賃借権に基いて第三者に対し建物の収去土地の明渡を請求し得ること、当裁判所の判例（最判昭 28.12.18,同 29.6.17 等）の示すとおり」（借地権確認請求認容、上告棄却）

＊不法占拠者からの賃借人への請求

【最判昭 31.10.23】特段の事情のない限り賃借人への請求は許されない[昭 29 才 213]

A 宛地上権設定登記請求等、C 宛建物収去土地明渡請求、D 宛建物退去土地明渡請求、C D 宛明渡までの将来給付請求→一審：全部認容→控訴棄却→上告：C D 宛関係損賠破棄差戻し、他棄却

原告が被告 A の土地上の地上権を譲り受けたが、震災で建物が焼失し、A が被告 B のための地上権を設定、原告の請求・訴求や再焼失にも関わらず B の関連の被告 C がデパートを建てて営業しているため、その明渡と損賠をデパートの営業会社、その各店主に請求したもの。

「上告人 C は、その不法行為によつて被上告会社の本件土地に対する使用収益を妨げたこととなるから、これによつて被上告会社の被つた損害を賠償する責務あること明らかであるけれども、その他の上告人 D らは、本件建物の所有者たる上告人 C との契約により、各判示部分を賃借しこれを占有使用しているに過ぎないのであつて、直接被上告会社の土地に対する使用収益を妨げているとはいえない……被上告会社が本件土地を使用収益できないのは、本件建物が存在するからであつて、右その他の上告人らが建物の前示各部分を占有使用していることと被上告会社が本件土地を使用収益できないこととの間には、特段の事情（例えば上告会社が本件建物の収去土地の明渡をしようとする場合にその他の上告人が故らに退去せずこれを妨害する等）のないかぎり相当因果関係がない……仮りに特段の事情があつてその他の上告人らもまた被上告会社の本件土地の使用収益を妨げたものと解すべきものとしても、その他の上告人らは本件建物の各判示部分を占有使用するに過ぎないこと前記の如くである以上、土地の占有も原則としてその全部には及ばないと解せられるにかかわらず……原判決が右上告人らに対し上告人 C と連帯して本件土地全部についての賃料相当額の損害金を支払うべき旨を命じたのは、損害賠償の責任の範囲を定めるについて法律の解釈を誤つたものといわなければならない」→破棄差戻し

【最判平 16.10.29】特段の事情のない限り賃借人への請求は許されない[平 15 受 413]

建物収去土地明渡請求・損賠等本訴、不当利得返還請求反訴→→原審：損賠認容、反訴棄却→上告：破棄差戻し
原告らが所有する土地を賃借した A から建物を賃借していた被告が、A が賃料滞納をしたため、A に払うべき賃料を直接原告らに支払っていたのに、土地賃貸借契約が賃料不払いで解除されたあとの被告の建物の占有使用が土地の不法占有にあたるとして、民事再生手続き開始決定までの賃料相当額の再生債権確定、決定後分の共益債権支払を請求し、被告は契約解除後の賃料相当額を不当利得とし、その一部支払を求めたもの。

「他人の所有する土地に権原なく建物を所有する者から建物を賃借して占有使用する者がある場合において、その者の当該建物の占有使用と所有者がその土地を使用できないこととの間には、特段の事情が存しない限り、相当因果関係はない（最判昭 31.10.23 参照）……原審は、上記特段の事情が存することについて何ら認定説示することなく、上告人による本件建物の占有使用がその敷地の不法占有として不法行為を構成すると判断したものであり、その判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」途中で本件建物の所有権を取得したことがうかがわれるが、それ以前については少なくとも特段の事情を判断する必要がある

「仮に、上告人が本件建物の敷地の不法占有につき不法行為責任を負うとしても……A が、本件各土地を…（自己使用部分、転貸部分、賃貸用建物の敷地部分等に区分して供用しており）…本件各土地は、それぞれの用途に対応する敷地に外観上も区分して利用されていたことに照らすと、本件建物が本件一筆の各土地の全部又は一部にまたがる形で位置しているとしても、そのことから直ちに、本件建物の敷地としての占有範囲が本件一筆の各土地の地積全部に及ぶとはいえず、本件建物の敷地として区分して利用されている土地部分のみをその敷地の範囲とみるべきである」→11 筆の土地全部の不法占有とした点も誤りゆえ差戻し。

第 3 款 終了（617-622 条）

1. 通常の終了原因

- ・ 期間の満了：契約に期間の定めがある場合
- ・ 解約申入れ(§617)：期間の定めがない場合、有期だが中途解約権を留保した場合(§618)

§617-1 当事者が賃貸借の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。
この場合においては、次の各号に掲げる賃貸借は、解約の申入れの日からそれぞれ当該各号に定める期間を経過

することによって終了する

一 土地の賃貸借 一年

二 建物の賃貸借 三箇月

三 動産及び貸席の賃貸借 一日

#2 収穫の季節がある土地の賃貸借については、その季節の後次の耕作に着手する前に、解約の申入れをしなければならない

§618 当事者が賃貸借の期間を定めた場合であっても、その一方又は双方がその期間内に解約をする権利を留保したときは、前条の規定を準用する

2. 特別の終了原因

・債務不履行による賃貸人からの解除

* 債務不履行：無断譲渡・転貸(§612)、賃料不払・用法違反等(§541)

・ 法文通りなら、若干の債務不履行でも解除可能→借主保護のため、解除を規制

→信頼関係破壊理論（信頼関係の法理）：2つの面がある

①賃借人の債務不履行は信頼関係を破壊しない些細な不履行では解除できない

②厳密には債務不履行といえずとも信頼関係が破壊されるに至れば解除できる

※代理店契約等の継続的契約にも用いられる⇔541条は人的関係・経済的関係の薄い契約

【最判昭 39.7.28】信頼関係破壊理論により解除を認めず[昭 37 オ 747]

家屋明渡・賃料請求→一審：賃料一部認容、他棄却→原告控訴棄却→上告棄却

S34.9.21 書面で S34.1-8 月分 9600 円を 9.25 まで支払わないと契約解除の催告・停止条件付契約解除の意思表示したが、既に 4 月分までは弁済供託され、元々月 1500 円を請求し、訴求していたのに訴訟係属中に突然 1200 円で上記催告をし、そもそも地代家賃統制令による統制賃料額は月額七五〇円程度ゆえ延滞賃料額は合計 3000 円程度にすぎなかつたこと、従前賃料延滞はなく、上告人が修繕義務を果たさず自費で屋根をふきかえた修繕費も本訴提起まで償還請求せず、「被上告人は右修繕費の償還を受けるまでは延滞賃料債務の支払を拒むことができ、従つて昭和三四五年五月分から同年八月分までの延滞賃料を催告期間内に支払わなくても解除の効果は生じないものと考えていたので、催告期間経過後の同年十一月九日に右延滞賃料弁済のためとして四八〇〇円の供託をしたことを確定したうえ、右催告に不当違法の点があつたし、同被上告人が右催告につき延滞賃料の支払もしくは前記修繕費償還請求権をもつてする相殺をなす等の措置をとらなかつたことは遺憾であるが、右事情のもとでは法律的知識に乏しい同被上告人が右措置に出なかつたことも一応無理からぬところであり、右事実関係に照らせば、同被上告人にはいまだ本件賃貸借の基調である相互の信頼関係を破壊するに至る程度の不誠意があると断定することはできないとして、上告人の本件解除権の行使を信義則に反し許されない」としたのは正当。

「改造工事は賃借家屋の利用の限度をこえないものであり、賃借家屋の保管義務に違反したものというに至らず、賃借人が賃借家屋の使用収益に関連して通常有する家屋周辺の空地を使用しうべき従たる権利を濫用して本件家屋賃貸借の継続を期待し得ないまでに貸主たる上告人との間の信頼関係が破壊されたものともみられないから、上告人の本件契約解除は無効」とした原審は正当

・ 債務不履行ではないが解除を認めた例

【東京地判昭 37.6.26】賃借人らが家主を電話で脅迫・罵倒し生活の平穩を著しく阻害した例

・ 無催告解除：信頼関係破壊後は催告不要

→あまりに債務不履行の態様が悪質な場合は催告前に信頼関係が破壊されており、許される

【最判昭 27.4.25】無催告解除の可否[昭 24 オ 143]

家屋明渡請求→一審：認容→控訴：変更(不当利得支払起算日を1日変更)→上告棄却

「およそ、賃貸借は、当事者相互の信頼関係を基礎とする継続的契約であるから、賃貸借の継続中に、当事者の一方に、その信頼関係を裏切つて、賃貸借関係の継続を著しく困難ならしめるような不信行為のあつた場合には、相手方は、賃貸借を将来に向つて、解除することができるものと解しなければならない、そして、この場合には民法五四一条所定の催告は、これを必要としない」

「畳建具等造作一式附属のまゝ期間の定めなく賃貸した」ところ、賃借人出征中、妻が働きに出て「留守中を男子三人が室内で野球をする等放縦な行動を為すがまゝに放置し、その結果建具類を破壊したり、又これ等妻子は燃料に窮すれば何時しか建具類さえも燃料代りに焼却して顧みず、便所が使用不能となればそのまゝ放置して、裏口マンホールで用便し、近所から非難の声を浴びたり、室内も碌々掃除せず塵芥の堆積するにまかせて不潔極りなく、昭和一六年秋たまたま上告人が帰還した時なども、上告人宅が不潔の故を以て隣家に一泊を乞うたこともあり、現に被上告人の原審で主張したとき格子戸、障子、硝子戸、襖等の建具類は、全部なくなつており、外壁数ヶ所は破損し、水洗便所は使用不能の状態にある。そして、これ等はすべて、上告人の家族等が多年に亘つて、本件家屋を乱暴に使用した結果による」また賃借人の修繕要求にも応じなかった。「如上上告人の所為は、家屋の賃借人としての義務に違反すること甚しく（賃借人は善良な管理者の注意を以て賃借物を保管する義務あること、賃借人は契約の本旨又は目的物の性質に因つて定まつた用方に従つて目的物の使用をしなければならないことは民法の規定するところである）その契約関係の継続を著しく困難ならしめる不信行為である」

【最判昭 50.2.20】無催告解除特約の効力[昭 49 才 904]

家屋明渡請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

ショッピングセンターの原告が青物商の被告に賃貸したが、その際に無催告解除が認められる特約でその条件となっていた脅迫、営業妨害、暴行、定休日無視などをしたもの。

粗暴な言動等があれば無催告解除できる特約はそれらの行為を禁止する趣旨であり、「本件賃貸借は、シヨツピングセンターを構成する商店の一つを営業するため、同センター用の一棟の建物の一区分についてされるものであるから、その賃貸借契約に関して、賃貸人が賃借人の右のような行為を禁止することは、多数の店舗賃借人によつて共同してシヨツピングセンターを運営、維持して行くために必要不可欠なことであり、その禁止事項も通常の賃借人であれば容易にこれを遵守できるものであつて、賃借人に不当に重い負担を課したり、その賃借権の行使を制限するものでもない……右のような賃貸借契約の締結にあつて、賃貸人と賃借人との間の特約によつて賃借人に前記のような行為を禁止することには合理的な理由があり、これを借家法六条により無効とすることはできない」「賃借人の右特約違反が解除理由となるのは、それが賃料債務のような賃借人固有の債務の債務不履行となるからではなく、特約に違反することによつて賃貸借契約の基礎となる賃貸人、賃借人間の信頼関係が破壊されるからである……賃貸人が右特約違反を理由に賃貸借契約を解除できるのは、賃借人が特約に違反し、そのため、右信頼関係が破壊されるにいつたときに限る……解除にあたつてはすでに信頼関係が破壊されているので、催告を要しない（最判昭 41.4.21,同 47.11.16 参照）」「上告人はシヨツピングセンター内で、他の賃借人に迷惑をかける商売方法をとつて他の賃借人と争い、そのため、賃貸人である被上告人が他の賃借人から苦情を言われて困却し、被上告人代表者がそのことにつき上告人に注意しても、上告人はかえつて右代表者に対して、暴言を吐き、あるいは他の者とともに暴行を加える有様であつて、それは、共同店舗賃借人に要請される最少限度のルールや商業道徳を無視するものであり、シヨツピングセンターの正常な運営を阻害し、賃貸人に著しい損害を加えるにいたるもの……上告人の右のような行為は単に前記特約に違反するのみではなく、そのため本件賃貸借契約についての被上告人と上告人との間の信頼関係は破壊されるにいたつた」→解除は有効

【最判昭 43.11.21】失権約款の有効性[前掲 昭 42 才 1104]

賃料不払いによる解除・建物明渡請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「家屋の賃貸借契約において、一般に、賃借人が賃料を一箇月分でも滞納したときは催告を要せず契約を解除することができる旨を定めた特約条項は、賃貸借契約が当事者間の信頼関係を基礎とする継続的債権関係であることにかんがみれば、賃料が約定の期日に支払われず、これがため契約を解除するに当たり催告をしなくてもあな

がち不合理とは認められないような事情が存する場合には、無催告で解除権を行使することが許される旨を定めた約定」と解され「右説示のごとき趣旨において無催告解除を認めたものと解すべきであり、この限度においてその効力を肯定すべきもの」

3. 賃貸借契約の更新(§619)

- ・ 黙示の更新(#1) : 条件は同一だが、期間の定めはなくなる
- ・ 担保の消滅(#2) : 敷金は引き継がれる

§619-1 賃貸借の期間が満了した後賃借人が賃借物の使用又は収益を継続する場合において、賃貸人がこれを知りながら異議を述べないときは、従前の賃貸借と同一の条件で更に賃貸借をしたものと推定する。この場合において、各当事者は、第六百十七条の規定により解約の申入れをすることができる

#2 従前の賃貸借について当事者が担保を供していたときは、その担保は、期間の満了によって消滅する。ただし、敷金については、この限りでない

4. 解除の効果(§620) : 将来効のみ、過失があれば過去の分も損賠可能、

§620 賃貸借の解除をした場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずる。この場合において、当事者の一方に過失があったときは、その者に対する損害賠償の請求を妨げない

5. 解除後の損賠・費用償還の除斥期間(§621) : 貸主が返還を受けてから1年以内

§621 第六百条の規定は、賃貸借について準用する

§600 契約の本旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償及び借主が支出した費用の償還は、貸主が返還を受けた時から一年以内に請求しなければならない

6. 目的物の滅失等による使用不能

- ・ 目的物の滅失→賃貸人の使用収益させる債務は消滅、賃借人の債務はどうなるか
 - * 双方無責 : 反対給付を受ける権利の消滅(§536-1:債務者主義)→賃貸借契約自体消滅
 - * 賃貸人有責 : 賃貸人に債務不履行責任が生じ、填補賠償(損賠)債務として存続する
 - 本来なら賃料債務も残存する ← 結論が不当で双方無責とも矛盾
 - 目的物の使用収益ができないので賃料債務は発生しない
 - ∴賃貸借契約の特殊性、一部滅失の場合の賃料減額請求権・解除権(§611)との対比
 - * 賃借人有責 : 賃借人は目的物滅失の損賠義務を負う
 - 本来なら賃料債務の残存する ← でも目的物は借りていないから不当
 - 賃貸人は目的物を使用収益させる債務を免れており利益償還義務(§536-2)により消滅
 - ←技巧的にすぎる。賃貸人有責と同じく、賃貸借契約の特殊性から発生しないとすべき

第4款 借地借家法

1. 借地借家法の構成と性質

1 総則(§1,2)

2-1 借地権の存続期間等(§3-9) ← 強行法規(§9)

2-2 借地権の効力(§10-16) ← 強行法規(§16)：対抗力・建物買取請求権のみ

2-3 借地条件の変更等(§17-21) ← 強行法規(§21)：賃借権譲渡の許可は除外(・：契約外)

2-4 定期借地権等(§22-25)

3-1 建物賃貸借契約の更新等(§26-30) ← 強行法規(§30)

3-2 建物賃貸借の効力(§31-37) ← 強行法規(§37)：対抗力・終了時の賃借人等保護のみ

3-3 定期建物賃貸借等(§38-40)

4 借地条件の変更等の裁判手続(§41-60)

2. 借地借家法の適用範囲(§1,2)、一時使用の借地借家権(§25,40)

・借地：建物の所有を目的とする地上権及び土地の賃貸借

・借家：建物の賃貸借（←借家人の生活・営業の保護に必要な建物）

§1 この法律は、建物の所有を目的とする地上権及び土地の賃借権の存続期間、効力等並びに建物の賃貸借の契約の更新、効力等に関し特別の定めをするとともに、借地条件の変更等の裁判手続に関し必要な事項を定めるものとする

・借地における判断：主たる目的が建物所有目的かどうか

§25 第三条から第八条まで、第十三条、第十七条、第十八条及び第二十二條から前条までの規定は、臨時設備の設置その他一時使用のために借地権を設定したことが明らかな場合には、適用しない

【最判昭 42.12.5】ゴルフ練習場目的の土地賃貸借に借地法は適用されない[昭 42 才 293]

建物収去土地明渡請求→一審：認容→控訴：取消・請求棄却→上告：破棄差戻し

「借地法一条にいう「建物ノ所有ヲ目的トスル」とは、借地人の借地使用の主たる目的がその地上に建物を築造し、これを所有することにある場合を指し、借地人がその地上に建物を築造し、所有しようとする場合であつても、それが借地使用の主たる目的ではなく、その従たる目的にすぎないときは、右に該当しない」「本件土地の賃貸については……その目的は当事者間に争いがないように右土地をゴルフ練習場として使用することにあつたというのであるから、これを社会の通念に照らして考えれば、その主たる目的は、反対の特約がある等特段の事情のないかぎり、右土地自体をゴルフ練習場として直接利用することにあつた……たとえその借地人たる被上告人岡博が当初から右土地上に業としてゴルフ練習場を経営するのに必要な原判決判示のような事務所用等の建物を築造・所有することを計画していたとしても、それは右土地自体をゴルフ練習場に利用するための従たる目的にすぎなかつたものといわなければならない」

【最判昭 58.9.9】自動車教習所目的の借地に借地法適用を認める[昭 57 才 361]

賃貸借契約に「本件賃貸借は自動車学校建築のため木造家屋の敷地に使用する目的」とあるが、建物の敷地面積は土地の4.5%で、残余の大半は自動車練習コースだったもの。

「右事実関係のもとにおいては、契約当事者は単に自動車運転教習コースのみならず、自動車学校経営に必要な建物所有をも主たる目的として本件賃貸借契約を締結したことが明らかであり、かつ、自動車学校の運営上、運転技術の実地練習のための教習コースとして相当規模の土地が必要であると同時に、交通法規等を教習するための校舎、事務室等の建物が不可欠であり、その両者が一体となつてはじめて自動車学校経営の目的を達しうるのであるから、自動車学校経営のための本件賃貸借は借地法一条にいわゆる建物の所有を目的とするものにあたり、

本件土地全体について借地法の適用がある」

【最判平 7.6.29】隣地の幼稚園の運動場目的の借地に借地法不適用[平 4 才 1878]

借地権存在確認本訴、借地権不存在確認・明渡等反訴→原審：本訴認容→上告：破棄差戻し

学校法人自己所有の敷地に園舎をつくり、借地を幼稚園の運動場として使用し、更新を繰り返したもの。

「本件賃貸借の目的は運動場用敷地と定められていて、上告人と被上告人との間には、被上告人は本件土地を幼稚園の運動場としてのみ使用する旨の合意が存在し、被上告人は現実にも、本件土地を右以外の目的に使用したことはなく、本件賃貸借は、当初その期間が二年と定められ、その後も、公正証書又は調停により、これを二年又は四年ないし五年と定めて更新されてきたというのであるから、右のような当事者間の合意等及び賃貸借の更新の経緯に照らすと、本件賃貸借は、借地法一条にいう建物の所有を目的とするものではない……なるほど、本件土地は、被上告人の経営する幼稚園の運動場として使用され、幼稚園経営の観点からすれば隣接の園舎敷地と不可分一体の関係にあるということが出来るが、原審の確定した事実関係によれば、園舎の所有それ自体のために使用されているものとはいえず、また、上告人においてそのような使用を了承して賃貸していると認めるに足りる事情もうかがわれないから、本件賃貸借をもって園舎所有を目的とするものということとはできない」

* 一時使用目的の借地権(§25)：存続期間・更新原則、建物買取請求権、定期借地権等を不適用
→不法占拠者に撤去の猶予を与える趣旨で結ぶ土地賃貸借契約等

【最判昭 36.7.6】不法占拠者との 10 年の土地賃貸借契約は一時使用目的[昭 36 才 43]

要旨「土地所有者が仮設建築物を所有して土地を不法占有する者を相手方として土地明渡の調停を申立てたところ、その建物の居住者が利用関係人として期日に出頭し、なお居住者が多数あることが判明したので、事態の解決を計るため、調停外において右居住者中の有力者 1 名と期間を 10 年とする土地賃貸借契約を結び、10 年後には必ず返地することを確認したときは、たとえ契約に際し権利金を授受し、その後賃料を増額したことがあつても、借地法第 9 条にいう一時使用のため借地権を設定したこと明らかな場合に該当する」

・借家における判断

* 間借り

【最判昭 42.6.2】借家法が適用される「間借り」[昭 41 才 1426]

建物明渡等請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「建物の一部であつても、障壁その他によつて他の部分と区画され、独占的排他的支配が可能な構造・規模を有するものは、借家法一条にいう「建物」である……本件建物の(イ)(ロ)部分は、それぞれ障壁によつて囲まれ独占的排他的支配が可能な構造を有する……から……(イ)(ロ)部分の賃貸借に対抗力がある」

* 社宅：退職後は原則として適用否定（被用者ゆえ貸与された）。規定次第では類推適用？

・あまりに家賃が低廉な場合は、使用貸借とする余地あり

* 公営・公団住宅：適用対象だが、公営住宅法や条例が特別法ゆえ規定があればそれが優先

【最判昭 59.12.13】都営住宅無断増築明渡請求訴訟[昭 57 才 1011]

割増賃料・建物収去土地明渡請求→一審：割増賃料のみ認容→控訴：取消・全部認容→上告棄却

「公営住宅の使用関係については、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則として一般法である民法及び借家法の適用があり、その契約関係を規律するについては、信頼関係の法理の適用がある……右法及び条例の規定によれば、事業主体は、公営住宅の入居者を決定するについては入居者を選択する自由を有しない……が、事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、両者の間には信頼関係を基礎とする法律関係が存する……から、公営住宅の使用者が法の定める公営住宅の明渡請求事由に該当する行為をした場合であつても、賃貸人である事業主体との間の信頼関係を破壊するとは認め難い特段の事情があるときには、事業主体の長は、当該使用者に対

し、その住宅の使用関係を取り消し、その明渡を請求することはできない」信頼関係が破壊されており上告棄却

＊一時使用目的の建物賃貸借(§40)：3章（借家）を全部不適用

§40 この章の規定は、一時使用のために建物の賃貸借をしたことが明らかな場合には、適用しない

【最判昭 36.10.10】一時使用目的の建物賃貸借の判断基準[昭 33 才 208]

家屋明渡請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→上告棄却

賃貸人たる被上告人は、1年後に学校を卒業し2年間の商業見習いを終えて3年後本件家屋において店舗を構え独立営業するため必要であるところから、3年間に限り本件家屋を賃貸したもの

「借家法八条にいわゆる一時使用のための賃貸借といえるためには必ずしもその期間の長短だけを標準として決せられるべきものではなく、賃貸借の目的、動機、その他諸般の事情から、該賃貸借契約を短期間内に限り存続させる趣旨のものであることが、客観的に判断される場合であればよいのであつて、その期間が一年未満の場合でなければならないものではない」

3. 借地権の存続期間と更新(§3～9)

・存続期間

＊普通借地権(§3)：30年以上（原則30年、契約で伸長可能）、更新後は20/10年以上(§4)

§3 借地権の存続期間は、三十年とする。ただし、契約でこれより長い期間を定めたときは、その期間とする

＊定期借地権(§22～24)：一般定期借地権(50年以上)、事業用定期借地権(10～50年)

＊旧法下の借地契約(1992以前)：無期か一定の短期の場合には存続期間が30/60年になる

・堅固建物：存続期間の定めがないか30年未満なら60年(法定期間)

・非堅固建物：存続期間の定めがないか20年未満なら30年(法定期間)

・更新

＊合意による更新(§4)：存続期間は初回のみ20年、その後は10年（当事者間で伸長可能）

§4 当事者が借地契約を更新する場合においては、その期間は、更新の日から十年（借地権の設定後の最初の更新にあっては、二十年）とする。ただし、当事者がこれより長い期間を定めたときは、その期間とする

＊法定更新：合意更新と異なって、建物がないときは認められない（存続期間は§4）

・借地人の更新請求による更新(§5-1) ← 地主の遅滞なき正当事由ある異議(§6)による遮断

・借地人の使用継続による更新(§5-2)、転借地権者の使用継続による更新(§5-3)

※民 619 の黙示の更新は「推定」だがこれは「みなし」（＝強制更新）、異議も厳格

§5-1 借地権の存続期間が満了する場合において、借地権者が契約の更新を請求したときは、建物がある場合に限り、前条の規定によるもののほか、従前の契約と同一の条件で契約を更新したものとみなす。ただし、借地権設定者が遅滞なく異議を述べたときは、この限りでない

#2 借地権の存続期間が満了した後、借地権者が土地の使用を継続するときも、建物がある場合に限り、前項と同様とする

#3 転借地権が設定されている場合においては、転借地権者がする土地の使用の継続を借地権者がする土地の使用の継続とみなして、借地権者と借地権設定者との間について前項の規定を適用する

§6 前条の異議は、借地権設定者及び借地権者（転借地権者を含む。以下この条において同じ。）が土地の使用を必要とする事情のほか、借地に関する従前の経過及び土地の利用状況並びに借地権設定者が土地の明渡しの条件として又は土地の明渡しと引換えに借地権者に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して、正当の事由があると認められる場合でなければ、述べることができない

・正当事由の判断、立退料

【最判昭 38.3.1】立退料は正当事由を補完することを認める

【最判昭 46.11.25】賃貸人の申出額を上回る立退料との引換給付判決

【最判平 3.3.22】解約申入れ後の立退料申出・増額は当初の申入れの正当事由判断に参酌可能

【最判平 6.10.25 民集 48-7-1303】口頭弁論終結までの立退料申出は原則考慮[H2 オ 326]

「土地所有者が借地法六条二項所定の異議を述べた場合これに同法四条一項にいう正当の事由が有るか否かは、右異議が遅滞なく述べられたことは当然の前提として、その異議が申し出られた時を基準として判断すべきであるが、右正当の事由を補完する立退料等金員の提供ないしその増額の申出は、土地所有者が意図的にその申出の時期を遅らせるなど信義に反するような事情がない限り、事実審の口頭弁論終結時までにされたものについては、原則としてこれを考慮することができる……けだし、右金員の提供等の申出は、異議申出時において他に正当の事由の内容を構成する事実が存在することを前提に、土地の明渡しに伴う当事者双方の利害を調整し、右事由を補完するものとして考慮されるのであって、その申出がどの時点でされたかによって、右の点の判断が大きく左右されることはなく、土地の明渡しに当たり一定の金員が現実を支払われることによって、双方の利害が調整されることに意味があるからである。このように解しないと、実務上の観点からも、種々の不合理が生ずる。すなわち、金員の提供等の申出により正当の事由が補完されるかどうか、その金額としてどの程度の額が相当であるかは、訴訟における審理を通じて客観的に明らかになるのが通常であり、当事者としても異議申出時においてこれを的確に判断するのは困難であることが少なくない。また、金員の提供の申出をするまでもなく正当事由が具備されているものと考えている土地所有者に対し、異議申出時までに一定の金員の提供等の申出を要求するのは、難きを強いることになるだけでなく、異議の申出より遅れてされた金員の提供等の申出を考慮しないこととすれば、借地契約の更新が容認される結果、土地所有者は、なお補完を要するとはいえ、他に正当の事由の内容を構成する事実がありながら、更新時から少なくとも二〇年間土地の明渡しを得られないこととなる」

【最判昭 58.1.20 民集 37-1-1】借地上建物の賃借人の事情の考慮(原則不可)[昭 54 オ 1398]

「建物所有を目的とする借地契約の更新拒絶につき借地法四条一項所定の正当の事由があるかどうかを判断するにあたって……借地人側の事情として借地上にある建物賃借人の事情をも斟酌することの許されることがあるのは、借地契約が当初から建物賃借人の存在を容認したものであるとか又は実質上建物賃借人を借地人と同一視することができるなどの特段の事情の存する場合であり、そのような事情の存しない場合には、借地人側の事情として建物賃借人の事情を斟酌することは許されない」(家屋収去土地明渡し請求等：破棄差戻し)

・正当事由の存在時期：口頭弁論終結までの6月間は正当事由が必要(学説)

⇨解約申入れ時にあればよい(判例)→残りの期間は明渡猶予期間と解すればよい

【最判平 3.3.22】解約申入れのときに正当事由が存在すればよい

・借地権・借家権の更新と担保

*原則：更新時に敷金を除く担保は消滅する(民 619-2)

*修正：借地契約・借家契約は更新が原則なので、担保もそれが前提ゆえ、担保も存続(判例)

【最判平 9.11.13】更新された借家契約の保証人の債務の有無[平 6 オ 1883]

債務不存在確認請求→原審：原告敗訴→上告棄却

「建物の賃貸借は、一時使用のための賃貸借等の場合を除き、期間の定めの有無にかかわらず、本来相当の長期間にわたる存続が予定された継続的な契約関係であり、期間の定めのある建物の賃貸借においても、賃貸人は、自ら建物を使用する必要があるなどの正当事由を具備しなければ、更新を拒絶することができず、賃借人が望む限り、更新により賃貸借関係を継続するのが通常であって、賃借人のために保証人となろうとする者にとっても、右のような賃貸借関係の継続は当然予測できるところであり、また、保証における主たる債務が定期的かつ金額の確定した賃料債務を中心とするものであって、保証人の予期しないような保証責任が一挙に発生することはな

いのが一般であることなどからすれば、賃貸借の期間が満了した後における保証責任について格別の定めがされていない場合であっても、反対の趣旨をうかがわせるような特段の事情のない限り、更新後の賃貸借から生ずる債務についても保証の責めを負う趣旨で保証契約をしたものと解するのが、当事者の通常の合理的意思に合致する……もとより、賃借人が継続的に賃料の支払を怠っているにもかかわらず、賃貸人が、保証人にその旨を連絡するようなこともなく、いたずらに契約を更新させているなどの場合に保証債務の履行を請求することが信義則に反するとして否定されることがあり得ることはいうまでもない。以上によれば、期間の定めのある建物の賃貸借において、賃借人のために保証人が賃貸人との間で保証契約を締結した場合には、反対の趣旨をうかがわせるような特段の事情のない限り、保証人が更新後の賃貸借から生ずる賃借人の債務についても保証の責めを負う趣旨で合意がされたものと解するのが相当……保証人は、賃貸人において保証債務の履行を請求することが信義則に反すると認められる場合を除き、更新後の賃貸借から生ずる賃借人の債務についても保証の責めを免れない」

・建物滅失時の処理(§7,8)

＊契約更新前の滅失：建物の再築による借地権の期間の延長(§7)

・要件：存続期間満了前の建物滅失 + 残存期間以上存続する建物築造 + 再築を地主承諾

←承諾は存続期間内に借地権者が通知後 2 月以内に異議がなかった場合はみなし承諾

※異議あり → 存続期間満了時に借地権の期間満了（←不更新はこのとき正当事由必要）

・効果：残存期間が少ないと承諾日か築造日の早い方から 20 年借地権存続(契約で伸長可)

※用法違反（木造建物の約定で鉄筋ビル建築）の再築は不可 → 借地条件変更の請求(§17)

§7-1 借地権の存続期間が満了する前に建物の滅失（借地権者又は転借地権者による取壊しを含む。以下同じ。）があった場合において、借地権者が残存期間を超えて存続すべき建物を築造したときは、その建物を築造するにつき借地権設定者の承諾がある場合に限り、借地権は、承諾があった日又は建物が築造された日のいずれか早い日から二十年間存続する。ただし、残存期間がこれより長いとき、又は当事者がこれより長い期間を定めたときは、その期間による

#2 借地権者が借地権設定者に対し残存期間を超えて存続すべき建物を新たに築造する旨を通知した場合において、借地権設定者がその通知を受けた後二月以内に異議を述べなかったときは、その建物を築造するにつき前項の借地権設定者の承諾があったものとみなす。ただし、契約の更新の後（同項の規定により借地権の存続期間が延長された場合にあっては、借地権の当初の存続期間が満了すべき日の後。次条及び第十八条において同じ。）に通知があった場合においては、この限りでない

#3 転借地権が設定されている場合においては、転借地権者がする建物の築造を借地権者がする建物の築造とみなして、借地権者と借地権設定者との間について第一項の規定を適用する

＊契約更新後の滅失：借地契約の更新後の建物の滅失による解約等(§8)

∴更新後は当初建物の存続する限りで借地権を保護するという政策判断

①借地権者は地上権の放棄・土地賃貸借の解約申入れができる(#1) → 3 月で消滅(#3)

②借地権者が無断で残存期間超過の建物を築造した場合

・効果：借地権設定者は地上権消滅請求・賃貸借解約申入れができる(#2) → 3 月で消滅(#3)

・補足：任意規定(#4)、転借地権者による再築に準用(#5)

※再築が必要なのに地主が承諾しない場合 → 承諾に代わる裁判所の許可(§18)

§8-1 契約の更新の後に建物の滅失があった場合においては、借地権者は、地上権の放棄又は土地の賃貸借の解約の申入れをすることができる

#2 前項に規定する場合において、借地権者が借地権設定者の承諾を得ないで残存期間を超えて存続すべき建物を築造したときは、借地権設定者は、地上権の消滅の請求又は土地の賃貸借の解約の申入れをすることができる

4. 借地権・借家権の効力

- ・ 対抗力：民 566(地上権付着時の売主の担保責任)の地上権と同じ扱い(§10-3,4,31-2,3)

＊ 借地(§10)：借地権者が登記建物を所有するとき（明認方法あり：2年限定）

§10-1 借地権は、その登記がなくても、土地の上に借地権者が登記されている建物を所有するときは、これをもって第三者に対抗することができる

#2 前項の場合において、建物の滅失があっても、借地権者が、その建物を特定するために必要な事項、その滅失があった日及び建物を新たに築造する旨を土地の上の見やすい場所に掲示するときは、借地権は、なお同項の効力を有する。ただし、建物の滅失があった日から二年を経過した後にあっては、その前に建物を新たに築造し、かつ、その建物につき登記した場合に限る

＊ 借家(§31)：建物の引渡しがあったとき

§31-1 建物の賃貸借は、その登記がなくても、建物の引渡しがあったときは、その後その建物について物権を取得した者に対し、その効力を生ずる（#2,3は§10-3,4と同じ）

※建物登記の程度

【最判昭 50.2.13】建物登記は表示の登記(現:表題登記)でよい

【最大判昭 40.3.17】建物登記が地番違いの場合の対抗力[昭 36 才 1104]

「建物保護二関スル法律」は、建物の所有を目的とする土地の借地権者（地上権者および賃借人を含む。）がその土地の上に登記した建物を有するときは、当該借地権（地上権および賃借権を含む。）の登記なくして、その借地権を第三者に対抗することができるものとするることによつて、借地権者を保護しようとするもの……この立法趣旨に照らせば、借地権のある土地の上の建物についてなされた登記が、錯誤または遺漏により、建物所在の地番の表示において実際と多少相違していても、建物の種類、構造、床面積等の記載と相まち、その登記の表示全体において、当該建物の同一性を認識し得る程度の軽微な誤りであり、殊にたやすく更正登記ができるような場合には、同法一条一項にいう「登記シタル建物ヲ有スル」場合にあたるものというべく、当該借地権は対抗力を有する……もともと土地を買受けようとする第三者は現地を検分して建物の所在を知り、ひいて賃借権等の土地使用権原の存在を推知することができるのが通例であるから、右のように解しても、借地権者と敷地の第三取得者との利益の調整において、必ずしも後者の利益を不当に害するものとはいえず、また、取引の安全を不当にそこなうものとも認められないからである」（奥野補足、石坂、横田、松田各反対あり破棄差戻し）

【最判平 18.1.19】地番違いが軽微ではないが登記官の過誤の可能性が高く登記を認めた例

※他人名義の登記…建物の有無を重視するか、借地人が誰か公示されている点を重視するか

←中間説：借地人との同居家族名義ならよい（∴同居親族間の借地権譲渡は背信的でない）

【最大判昭 41.4.27 民集 20-4-870】建物登記が長男名義(無断)の場合の対抗力[昭 37 才 18]

「建物保護二関スル法律一条は、建物の所有を目的とする土地の賃借権により賃借人がその土地の上に登記した建物を所有するときは、土地の賃貸借につき登記がなくとも、これを以つて第三者に対抗することができる旨を規定している。このように、賃借人が地上に登記した建物を所有することを以つて土地賃借権の登記に代わる対抗事由としている所以のものは、当該土地の取引をなす者は、地上建物の登記名義により、その名義者が地上に建物を所有し得る土地賃借権を有することを推知し得るが故である……地上建物を所有する賃借権者は、自己の名義で登記した建物を有することにより、始めて右賃借権を第三者に対抗し得るものと解すべく、地上建物を所有する賃借権者が、自らの意思に基づき、他人名義で建物の保存登記をしたような場合には、当該賃借権者はその賃借権を第三者に対抗することはできない……けだし、他人名義の建物の登記によつては、自己の建物の所有権さえ第三者に対抗できないものであり、自己の建物の所有権を対抗し得る登記あることを前提として、これを以つて賃借権の登記に代えんとする建物保護法一条の法意に照し、かかる場合は、同法の保護を受けるに値しな

いからである」(横田・入江・山田・長部・柏原・田中各反対あり、破棄自判し建物収去土地明渡請求認容)

【最判昭 47.6.22】建物登記が妻名義の場合の対抗力(消極・反対 2)

※未登記建物でも権利濫用で対抗力を認めた例

【最判昭 38.5.24】同族間で地主を変えて立退きを迫ったもの[昭 37 才 93]

A→B→Xと地主が変わり、未登記建物を有するYに建物収去土地明渡請求をしたもの。

「BはAの実子であつて……上告会社はA B及びその血族ないし姻族関係に在る者の同族会社であつて、その営業所及び工場設備はAの個人企業のそれをその儘移行したものであり、営業の実態は会社組織に変更された後においても変つていないこと、Bも、上告会社も、被上告人の右賃借権の存在を知悉しながら、被上告人を立ち退かせることを企図して本件土地を買受けたものであること、被上告人が本件建物の保存登記をする前提として……建物の申告書を敷地所有者であるAの証明印のないまま鹿児島地方務局阿久根出張所に提出したため、同出張所がAに証明欄の押印を求めたところ、A(同人は……上告会社の社員等の一団の中心的存在である)は右申告書に記載されている建物が同訴外人の承諾のもとに建築されたものであるにも拘らず、右の押印をすれば被上告人を立ち退かせることができなくなると考え、「印鑑を司法書士のところに預けてあるから申告書を一時貸してくれ」といつて右出張所より申告書を持ち帰つたまま遂にこれを返還せず、被上告人の本件建物の保存登記を妨げるような行為をしている…(なお土地の売買はこのあとである)…こと等の事実……にその他原審認定の一切の事実関係を合せ考えれば……上告会社が冒頭記載のような理由により被上告人の前記賃借権の対抗力を否定し本件建物の収去を求めることは権利の濫用として許されない」

【最判昭 43.9.3】借地権付土地として著しく安く購入した原告の立退き請求は権利濫用

【最判平 9.7.1】会社経営陣間の内紛当事者からの譲受人の請求[平 6 才 590]

「建物の所有を目的として数個の土地につき締結された賃貸借契約の借地権者が、ある土地の上には登記されている建物を所有していなくても、他の土地の上には登記されている建物を所有しており、これらの土地が社会通念上相互に密接に関連する一体として利用されている場合においては、借地権者名義で登記されている建物の存在しない土地の買主の借地権者に対する明渡請求の可否については、双方における土地の利用の必要性ないし土地を利用することができないことによる損失の程度、土地の利用状況に関する買主の認識の有無や買主が明渡請求をするに至った経緯、借地権者が借地権につき対抗要件を具備していなかったことがやむを得ないというべき事情の有無等を考慮すべきであり、これらの事情いかんによっては、これが権利の濫用に当たるとして許されないことがある」(ガソリンスタンドの経営陣の弟側からの譲受人による明渡請求を排斥(破棄自判))

・地代等・借賃増減請求権：借地(§11)、借家(§32)

* 内容：形成権ゆえ確定後には請求時から増減される：値上げ時期引き延ばしを防ぐため

※調停前置主義の採用、一定期間増額しない特約は有効(#1)

* 協議不調：「相当と認める額」を支払えば足りるが、裁判後支払時の利息は 10%(#2,3)

§11-1 地代又は土地の借賃(以下この条及び次条において「地代等」という。)が、土地に対する租税その他の公課の増減により、土地の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍類似の土地の地代等に比較して不相当となったときは、契約の条件にかかわらず、当事者は、将来に向かって地代等の額の増減を請求することができる。ただし、一定の期間地代等を増額しない旨の特約がある場合には、その定めに従う

§32-1 建物の借賃が、土地若しくは建物に対する租税その他の負担の増減により、土地若しくは建物の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍同種の建物の借賃に比較して不相当となったときは、契約の条件にかかわらず、当事者は、将来に向かって建物の借賃の額の増減を請求することができる。ただし、一定の期間建物の借賃を増額しない旨の特約がある場合には、その定めに従う

【最判平 8.7.12】「相当と認める額」の意義[平 5 才 13]

建物収去土地明渡・増額後賃料請求→一審：棄却→控訴：変更・賃料一部認容→上告：破棄差戻し

「賃料増額請求につき当事者間に協議が調わず、賃借人が請求額に満たない額を賃料として支払う場合において、賃借人が従前の賃料額を主観的に相当と認めていないときには、従前の賃料額と同額を支払っても、借地法一二条二項にいう相当と認める地代又は借賃を支払ったことにはならない」「賃借人の支払額が賃貸人の負担すべき目的物の公租公課の額を下回っていても、賃借人がこのことを知らなかったときには、公租公課の額を下回る額を支払ったという一事をもって債務の本旨に従った履行でなかったということはできないが、賃借人が自らの支払額が公租公課の額を下回ることを知っていたときには、賃借人が右の額を主観的に相当と認めていたとしても、特段の事情のない限り、債務の本旨に従った履行をしたということはできない……借地法一二条二項は、賃料増額の裁判の確定前には適正賃料の額が不分明であることから生じる危険から賃借人を免れさせるとともに、裁判確定後には不足額に年一割の利息を付して支払うべきものとして、当事者間の衡平を図った規定であるところ、有償の双務契約である賃貸借契約においては、特段の事情のない限り、公租公課の額を下回る額が賃料の額として相当でないことは明らか……賃借人が自らの支払額が公租公課の額を下回ることを知っている場合にまで、その賃料の支払を債務の本旨に従った履行に当たるとすることはできない」→両点審理のため破棄差戻し

＊サブリースの問題：賃借人がプロの不動産会社なのに、賃料減額は認められるのか
→賃料減額請求権自体は認められるが、請求の当否・相当賃料額の判断で考慮される

【最判平 15.10.21 民集 57-9-1213】サブリース契約訴訟[平 12 受 573,574]

貸→借の敷金請求本訴(差額を敷金から充当したため)、賃料相当額確認請求反訴→一審：本訴認容、反訴棄却(費用：全部賃借人)→控訴：変更・認容額減?反訴は棄却(費用：賃貸 3/10,賃借 7/10)→上告：破棄差戻し

「本件契約は、建物の賃貸借契約であることが明らかであるから、本件契約には、借地借家法が適用され、同法 3 2 条の規定も適用される……本件契約には本件賃料自動増額特約が存するが、借地借家法 3 2 条 1 項の規定は、強行法規であって、本件賃料自動増額特約によってもその適用を排除することができない……から……本件契約の当事者は、本件賃料自動増額特約が存するとしても、そのことにより直ちに上記規定に基づく賃料増減額請求権の行使が妨げられるものではない」「本件契約は、不動産賃貸等を目的とする会社である第 1 審被告が、第 1 審原告の建築した建物で転貸事業を行うために締結したものであり……いわゆるサブリース契約と称されるものの一つである……本件契約は、第 1 審被告の転貸事業の一部を構成するものであり、本件契約における賃料額及び本件賃料自動増額特約等に係る約定は、第 1 審原告が第 1 審被告の転貸事業のために多額の資本を投下する前提となったものであって、本件契約における重要な要素であった……これらの事情は、本件契約の当事者が、前記の当初賃料額を決定する際の重要な要素となった事情であるから、衡平の見地に照らし、借地借家法 3 2 条 1 項の規定に基づく賃料減額請求の当否(同項所定の賃料増減額請求権行使の要件充足の有無)及び相当賃料額を判断する場合に、重要な事情として十分に考慮されるべき……第 1 審被告は、借地借家法 3 2 条 1 項の規定により、本件賃貸部分の賃料の減額を求めることができる……この減額請求の当否及び相当賃料額を判断するに当たっては、賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情を総合的に考慮すべきであり、本件契約において賃料額が決定されるに至った経緯や賃料自動増額特約が付されるに至った事情、とりわけ、当該約定賃料額と当時の近傍同種の建物の賃料相場との関係(賃料相場とのかい離の有無、程度等)、第 1 審被告の転貸事業における収支予測にかかわる事情(賃料の転貸収入に占める割合の推移の見通しについての当事者の認識等)、第 1 審原告の敷金及び銀行借入金の返済の予定にかかわる事情等をも十分に考慮すべき」

(藤田補足) サブリースだから請求権排除としなくても、適切な解決法はとりうる

【最判平 20.2.29 判時 2003-51】賃料減額時に考慮すべき事情の範囲[H18 受 192]

賃料減額確認請求・同反訴→一部認容/変更本訴棄却・反訴一部棄却・一部却下/破棄差戻し

賃料の自動増額条項があり、原審はそれによる増額後の事情のみを考慮して請求棄却とした。

「借地借家法 3 2 条 1 項の規定は、強行法規であり、賃料自動改定特約によってその適用を排除することはできないものである(最判昭 31.5.15、最判昭 56.4.20、最判平 15.6.12 参照)……同項の規定に基づく賃料減額請求の当否及び相当賃料額を判断するに当たっては、賃貸借契約の当事者が現実に合意した賃料のうち直近のも

の【＝直近合意賃料】を基にして、同賃料が合意された日以降の同項所定の経済事情の変動等のほか、諸般の事情を総合的に考慮すべきであり、賃料自動改定特約が存在したとしても、上記判断に当たっては、同特約に拘束されることはなく、上記諸般の事情の一つとして、同特約の存在や、同特約が定められるに至った経緯等が考慮の対象となるにすぎない」 「本件各減額請求の当否及び相当純賃料の額は、本件各減額請求の直近合意賃料である本件賃貸借契約締結時の純賃料を基にして、同純賃料が合意された日から本件各減額請求の日までの間の経済事情の変動等を考慮して判断されなければならない、その際、本件自動増額特約の存在及びこれが定められるに至った経緯等も重要な考慮事情になるとしても、本件自動増額特約によって増額された純賃料を基にして、増額前の経済事情の変動等を考慮の対象から除外し、増額された日から減額請求の日までの間に限定して、その間の経済事情の変動等を考慮して判断することは許されない……本件自動増額特約によって増額された純賃料は、本件賃貸借契約締結時における将来の経済事情等の予測に基づくものであり、自動増額時の経済事情等の下での相当な純賃料として当事者が現実合意したものではないから、本件各減額請求の当否及び相当純賃料の額を判断する際の基準となる直近合意賃料と認めることはできない」

・建物・造作買取請求権(§13,14,33)

＊建物買取請求権(§13)：投下資本回収・国民経済的損失防止・間接的更新強制←必要か

・要件：借地権存続期間満了＋更新なし

・効果：建物等を時価で買い取ることを請求できる（形成権）

・期限許与(＃2)：存続期間満了前に借地権者が無断で再築した場合(更新後の無断再築も同様)

・補足：転借地権者も同じ(＃3)、形成権ゆえ代金支払まで同時履行の抗弁権・留置権を主張可

§13-1 借地権の存続期間が満了した場合において、契約の更新がないときは、借地権者は、借地権設定者に対し、建物その他借地権者が権原により土地に附属させた物を時価で買い取るべきことを請求することができる

＃2 前項の場合において、建物が借地権の存続期間が満了する前に借地権設定者の承諾を得ないで残存期間を超えて存続すべきものとして新たに築造されたものであるときは、裁判所は、借地権設定者の請求により、代金の全部又は一部の支払につき相当の期限を許与することができる

・債務不履行で解除された賃借人の建物買取請求権：肯定が多数説

【最判昭 35.2.9】債務不履行で解除された賃借人の建物買取請求権行使(否定)昭 32 才 840]

「借地法四条二項の規定は誠実な借地人保護の規定であるから、借地人の債務不履行による土地賃貸借契約解除の場合には借地人は同条項による買取請求権を有しない」(建物収去土地明渡請求：認容→上告棄却)

・建物賃借人による代位行使：賃借権保全のための行使は不可（住めるのは反射効）

←敷金返還請求権保全のためなら可能だが、地主が代位弁済すると拒否できない

【最判昭 38.4.23】建物賃借人による代位行使の可否(否定)[S35 才 955:民集 17-3-536]

賃借人が賃借権保全のため、訴訟で建物買取請求権を代位行使したもの

「債権者が民法四二三条により債務者の権利を代位行使するには、その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によつ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……本件において、上告人らが債務者である訴外永田文蔵の有する本件建物の買取請求権を代位行使することにより保全しようとする債権は、右建物に関する賃借権であるところ、右代位行使により訴外永田が受けるべき利益は建物の代金債権、すなわち金銭債権に過ぎないのであり（買取請求権行使の結果、建物の所有権を失うことは、訴外永田にとり不利益であつて、利益ではない）、右金銭債権により上告人らの賃借権が保全されるものでない……されば、上告人らは本件建物の買取請求権を代位行使することをえない」(建物収去土地明渡請求→認容／棄却)

＊第三者の建物買取請求権(§14)：地主不承諾の場合の建物等取得者の保護のため

§14 第三者が賃借権の目的である土地の上の建物その他借地権者が権原によって土地に附属させた物を取得し

た場合において、借地権設定者が賃借権の譲渡又は転貸を承諾しないときは、その第三者は、借地権設定者に対し、建物その他借地権者が権原によって土地に附属させた物を時価で買い取るべきことを請求することができる

＊造作買取請求権(§33)←現代では有益費 or 必要費とみれば足りるのではない

・造作代金支払い義務と建物の明渡義務は同時履行関係にない（目的物が違うから、判例）

§33-1 建物の賃貸人の同意を得て建物に付加した畳、建具その他の造作がある場合には、建物の賃貸人は、建物の賃貸借が期間の満了又は解約の申入れによって終了するときに、建物の賃貸人に対し、その造作を時価で買い取るべきことを請求することができる。建物の賃貸人から買い受けた造作についても、同様とする

#2 前項の規定は、建物の賃貸借が期間の満了又は解約の申入れによって終了する場合における建物の転借人と賃貸人との間について準用する

【最判昭 31.4.6】債務不履行で解除された賃借人の造作買取請求権は認められない

5. 借地権の効力・借地権者保護規定

・借地権設定者の先取特権(§12)：地代につき建物の上に有し、借地権限登記で保存する

・自己借地権(§15)：借地権が共有の場合に設定可能＋混同の例外

・借地条件の変更及び増改築の許可(§17)

＊借地条件の変更が相当なのに協議不調(#1)→当事者の申立て：借地条件の変更

＊通常の利用上相当な増改築なのに協議不調(#2)→借地権者の申立て：承諾に代わる許可

・他の借地条件変更・財産給付等(#3)、考慮すべき事情(#4)、転借地(#5)、鑑定委員会(#6)

§17-1 建物の種類、構造、規模又は用途を制限する旨の借地条件がある場合において、法令による土地利用の規制の変更、付近の土地の利用状況の変化その他の事情の変更により現に借地権を設定するにおいてはその借地条件と異なる建物の所有を目的とすることが相当であるにもかかわらず、借地条件の変更につき当事者間に協議が調わないときは、裁判所は、当事者の申立てにより、その借地条件を変更することができる

#2 増改築を制限する旨の借地条件がある場合において、土地の通常の利用上相当とすべき増改築につき当事者間に協議が調わないときは、裁判所は、借地権者の申立てにより、その増改築についての借地権設定者の承諾に代わる許可を与えることができる

・借地契約の更新後の建物の再築の許可(§18)：考慮事情(#2)など

§18-1 契約の更新の後において、借地権者が残存期間を超えて存続すべき建物を新たに築造することにつきやむを得ない事情があるにもかかわらず、借地権設定者がその建物の築造を承諾しないときは、借地権設定者が地上権の消滅の請求又は土地の賃貸借の解約の申入れをすることができない旨を定めた場合を除き、裁判所は、借地権者の申立てにより、借地権設定者の承諾に代わる許可を与えることができる。この場合において、当事者間の利益の衡平を図るため必要があるときは、延長すべき借地権の期間として第七条第一項の規定による期間と異なる期間を定め、他の借地条件を変更し、財産上の給付を命じ、その他相当の処分をすることができる

・土地の賃借権の譲渡又は転貸の許可(§19)：地主の優先譲受けの申立て(#3)など

§19-1 借地権者が賃借権の目的である土地の上の建物を第三者に譲渡しようとする場合において、その第三者が賃借権を取得し、又は転借をしても借地権設定者に不利となるおそれがないにもかかわらず、借地権設定者がその賃借権の譲渡又は転貸を承諾しないときは、裁判所は、借地権者の申立てにより、借地権設定者の承諾に代わる許可を与えることができる。この場合において、当事者間の利益の衡平を図るため必要があるときは、賃借権の譲渡若しくは転貸を条件とする借地条件の変更を命じ、又はその許可を財産上の給付に係らしめることができる

・建物競売等の場合における土地の賃借権の譲渡の許可(§20)：§19の規定準用(#2)など

§20-1 第三者が賃借権の目的である土地の上の建物を競売又は公売により取得した場合において、その第三者

が賃借権を取得しても借地権設定者に不利となるおそれがないにもかかわらず、借地権設定者がその賃借権の譲渡を承諾しないときは、裁判所は、その第三者の申立てにより、借地権設定者の承諾に代わる許可を与えることができる。この場合において、当事者間の利益の衡平を図るため必要があるときは、借地条件を変更し、又は財産上の給付を命ずることができる

#3 第一項の申立ては、建物の代金を支払った後二月以内に限り、することができる

【最決平 19.12.4】またがり建物における優先譲受けの申立て（譲渡:不可）[平 18 許 3]

【最決平 19.12.4】またがり建物における優先譲受けの申立て（競売:不可）[平 18 許 45]

「賃借権の目的である土地と他の土地とにまたがって建築されている建物を競売により取得した第三者が、借地借家法 20 条 1 項に基づき、賃借権の譲渡の承諾に代わる許可を求める旨の申立てをした場合において、借地権設定者が、同条 2 項、同法 19 条 3 項に基づき、自ら当該建物及び賃借権の譲渡を受ける旨の申立てをすることは許されない……なぜなら、裁判所は、法律上、賃借権及びその目的である土地上の建物を借地権設定者へ譲渡することを命ずる権限を付与されているが（同法 20 条 2 項、19 条 3 項）、賃借権の目的外の土地上の建物部分やその敷地の利用権を譲渡することを命ずる権限など、それ以外の権限は付与されていないので、借地権設定者の上記申立ては、裁判所に権限のない事項を命ずることを求めるものといわざるを得ないからである」

6. 定期借地権 (§22~24)

- ・ 1991 改正で導入→更新原則の修正（土地・建物を貸すのに慎重な所有者への対策）
- ・ 一般定期借地権 (§22)

＊要件：存続期間 50 年以上、特約は公正証書等の書面

＊効果：契約不更新、建物築造による存続期間延長、建物買取請求権の排除が可能

§22 存続期間を五十年以上として借地権を設定する場合においては、第九条及び第十六条の規定にかかわらず、契約の更新（更新の請求及び土地の使用の継続によるものを含む。次条第一項において同じ。）及び建物の築造による存続期間の延長がなく、並びに第十三条の規定による買取りの請求をしないこととする旨を定めることができる。この場合においては、その特約は、公正証書による等書面によってしなければならない

- ・ 事業用定期借地権 (§23)

＊長期 ←普通借地権の設定が可能なため特約を認める

・要件：目的が事業用建物の所有、存続期間 30~50 年、契約は公正証書

・効果：契約不更新、建物築造による存続期間延長、建物買取請求権の排除が可能

＊短期 ←普通借地権が設定できないため特別に設定を認める

・要件：目的が事業用建物の所有、存続期間 10~30 年、契約は公正証書

・効果：存続期間・更新原則、建物買取請求権、更新後の建物再築許可の不適用

§23-1 専ら事業の用に供する建物（居住の用に供するものを除く。次項において同じ。）の所有を目的とし、かつ、存続期間を三十年以上五十年未満として借地権を設定する場合においては、第九条及び第十六条の規定にかかわらず、契約の更新及び建物の築造による存続期間の延長がなく、並びに第十三条の規定による買取りの請求をしないこととする旨を定めることができる

#2 専ら事業の用に供する建物の所有を目的とし、かつ、存続期間を十年以上三十年未満として借地権を設定する場合には、第三条から第八条まで、第十三条及び第十八条の規定は、適用しない

#3 前二項に規定する借地権の設定を目的とする契約は、公正証書によってしなければならない

- ・ 建物譲渡特約付借地権 (§24)

＊効果：建物譲渡特約を付けることで借地権を消滅させられる(#1)、法定借家権等(#2,3)

※デベロッパー等がビルを建てて収益を挙げ、所定の期間経過後に土地所有者がビルごと買い取って以後は自ら経営するような場合（→土地信託や事業受託方式で行われていた）

§24-1 借地権を設定する場合（前条第二項に規定する借地権を設定する場合を除く。）においては、第九条の規定にかかわらず、借地権を消滅させるため、その設定後三十年以上を経過した日に借地権の目的である土地の上の建物を借地権設定者に相当の対価で譲渡する旨を定めることができる

#2 前項の特約により借地権が消滅した場合において、その借地権者又は建物の賃借人でその消滅後建物の使用を継続しているものが請求をしたときは、請求の時にその建物につきその借地権者又は建物の賃借人と借地権設定者との間で期間の定めのない賃貸借（借地権者が請求をした場合において、借地権の残存期間があるときは、その残存期間を存続期間とする賃貸借）がされたものとみなす。この場合において、建物の借賃は、当事者の請求により、裁判所が定める

#3 第一項の特約がある場合において、借地権者又は建物の賃借人と借地権設定者との間でその建物につき第三十八条第一項の規定による賃貸借契約をしたときは、前項の規定にかかわらず、その定めに従う

7. 借家権の存続期間と更新(§26～30)

・ 存続期間(§29)

* 原則として契約通りだが(民 604:20 年以内の適用除外)、1 年未満なら無期とみなされる

§29-1 期間を一年未満とする建物の賃貸借は、期間の定めがない建物の賃貸借とみなす

#2 民法第六百四条の規定は、建物の賃貸借については、適用しない

・ 更新(§26)と解約(§27)・その要件(§28)

* 原則：1 年～6 月前に不更新の通知をしないと契約更新+無期契約(#1)

* 法定更新：賃借人（転借人）の使用継続+家主の異議なし→契約更新+無期契約(#2,3)

§26-1 建物の賃貸借について期間の定めがある場合において、当事者が期間の満了の一年前から六月前までの間に相手方に対して更新をしない旨の通知又は条件を変更しなければ更新をしない旨の通知をしなかったときは、従前の契約と同一の条件で契約を更新したものとみなす。ただし、その期間は、定めがないものとする

#2 前項の通知をした場合であっても、建物の賃貸借の期間が満了した後建物の賃借人が使用を継続する場合において、建物の賃貸人が遅滞なく異議を述べなかったときも、同項と同様とする

#3 建物の転貸借がされている場合においては、建物の転借人がする建物の使用の継続を建物の賃借人がする建物の使用の継続とみなして、建物の賃借人と賃貸人との間について前項の規定を適用する

* 賃貸人の解約申入れによる解約(§27)：申入れから 6 月で解約、使用継続の場合みなし更新

§27-1 建物の賃貸人が賃貸借の解約の申入れをした場合においては、建物の賃貸借は、解約の申入れの日から六月を経過することによって終了する

#2 前条第二項及び第三項の規定は、建物の賃貸借が解約の申入れによって終了した場合に準用する

※§26-1 の不更新通知・§27 の解約申入れには正当事由が必要(§28)

§28 建物の賃貸人による第二十六条第一項の通知又は建物の賃貸借の解約の申入れは、建物の賃貸人及び賃借人（転借人を含む。以下この条において同じ。）が建物の使用を必要とする事情のほか、建物の賃貸借に関する従前の経過、建物の利用状況及び建物の現況並びに建物の賃貸人が建物の明渡し条件として又は建物の明渡しと引換えに建物の賃借人に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して、正当の事由があると認められる場合でなければ、することができない

8. 建物賃借権の効力(§34～36)

・ 建物賃貸借終了の場合における転借人の保護(§34)

→賃貸人は転借人に通知しないと対抗不可(#1)、通知後 6 月経過で転貸借終了(#2)

- ・ 借地上の建物の賃借人の保護(§35)

→建物賃借人善意の場合のみ、裁判所は知った日から1年以内の期限許与ができる

- ・ 居住用建物の賃貸借の承継(§36)：相続人不在時に内縁配偶者・事実上の養子に承継させる

【最判昭 37.12.25】事実上の養子に相続人の賃借権援用を認める

【最判昭 42.2.21】内縁の妻に相続人の賃借権援用を認める（賃料債務は相続人負担）

9. 定期建物賃貸借等(§38,39)：定期建物賃貸借は定期借家権とも、1999改正で導入

* 要件：公正証書等の書面契約、事前の説明(#2,3)、通知期間内の通知(§4,救済規定あり)

* 効果：契約更新の排除(§29-1,30の排除)、賃借人からの解約申入れの制限(#5)、賃借人保護のための強行規定性(#6)、借賃増減請求権の特約による排除(#7)

§38-1 期間の定めがある建物の賃貸借をする場合においては、公正証書による等書面によって契約をするときに限り、第三十条の規定にかかわらず、契約の更新がないこととする旨を定めることができる。この場合には、第二十九条第一項の規定を適用しない

【最判平 22.7.16】事前の説明の立証は公正証書のみでは足りない[平 21 受 120]

「本件公正証書には、説明書面の交付があったことを確認する旨の条項があり、上告人において本件公正証書の内容を承認した旨の記載もある。しかし、記録によれば、現実に説明書面の交付があったことをうかがわせる証拠は、本件公正証書以外、何ら提出されていないし、被上告人は、本件賃貸借の締結に先立ち説明書面の交付があったことについて、具体的な主張をせず、単に、上告人において、本件賃貸借の締結時に、本件賃貸借が定期建物賃貸借であり、契約の更新がなく、期間の満了により終了することにつき説明を受け、また、本件公正証書作成時にも、公証人から本件公正証書を読み聞かされ、本件公正証書を閲覧することによって、上記と同様の説明を受けているから、法38条2項所定の説明義務は履行されたといえる旨の主張をするにとどまる。これらの事情に照らすと、被上告人は、本件賃貸借の締結に先立ち説明書面の交付があったことにつき主張立証をしていないに等しく、それにもかかわらず、単に、本件公正証書に上記条項があり、上告人において本件公正証書の内容を承認していることのみから、法38条2項において賃貸借契約の締結に先立ち契約書とは別に交付するものとされている説明書面の交付があったとした原審の認定は、経験則又は採証法則に反する」

- ・ 取壊し予定建物の賃貸借(§39)

* 要件：法令・契約により一定期間経過後の取り壊しが明らか、書面による特約

* 効果：建物取壊し時の賃貸借終了の特約が可能

§39-1 法令又は契約により一定の期間を経過した後に建物を取り壊すべきことが明らかな場合において、建物の賃貸借をするときは、第三十条の規定にかかわらず、建物を取り壊すこととなる時に賃貸借が終了する旨を定めることができる

#2 前項の特約は、同項の建物を取り壊すべき事由を記載した書面によってしなければならない

第8節 雇用（623-631条）

第1款 役務型の契約類型

1. 役務の目的
 - ・ 役務の給付が目的
 - * 雇用：労働に従事すること(§623)
 - * 委任：法律行為をすること(§643)
 - * 準委任：法律行為でない事務をすること(§656)
 - * 寄託：相手方のために保管すること(§657)
 - ・ 役務の結果の給付が目的
 - * 請負：仕事の完成(§632)
2. 従属性・独立性（労働力の支配が使用者の集中にあるか）
 - ・ 従属性：雇用
 - ・ 独立性：請負・委任・寄託
3. その他
 - ・ 諾成契約：雇用・請負・委任 ⇔ 要物契約：寄託
 - ・ 双務契約：雇用・請負 ⇔ 片務契約でもよい：委任・寄託
 - ・ 有償契約：雇用・請負 ⇔ 無償契約でもよい：委任・寄託

第2款 総論（623-625条）

1. 雇用契約の意義(§623)：労働に従事する約束⇔報酬の約束（双務・有償・諾成契約）

§623 雇用は、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対してその報酬を与えることを約することによって、その効力を生ずる
2. 労働者の義務
 - ・ 労務提供義務(§625)：属人的要素が強い（労使とも承諾なしに第三者に代われない）
 - ・ 付随的義務：就業規則遵守や秘密保持義務、使用者の信用を故意に毀損しない義務など

§625-1 使用者は、労働者の承諾を得なければ、その権利を第三者に譲り渡すことができない

#2 労働者は、使用者の承諾を得なければ、自己に代わって第三者を労働に従事させることができない

#3 労働者が前項の規定に違反して第三者を労働に従事させたときは、使用者は、契約の解除をすることができる
3. 使用者の義務
 - ・ 報酬支払義務(§624)：支払時期は労務提供後
 - ・ 付随的義務：安全配慮義務を負う

§624-1 労働者は、その約した労働を終わった後でなければ、報酬を請求することができない

#2 期間によって定めた報酬は、その期間を経過した後に、請求することができる

（期間の定めのある雇用の解除）

第3款 終了（626-630条）

1. 有期雇用の解除(§626,628)→労基法附則§137で修正（労働者からは1年経過後）

§626-1 雇用の期間が五年を超え、又は雇用が当事者の一方若しくは第三者の終身の間継続すべきときは、当事者の一方は、五年を経過した後、いつでも契約の解除をすることができる。ただし、この期間は、商工業の見習

を目的とする雇用については、十年とする

#2 前項の規定により契約の解除をしようとするときは、三箇月前にその予告をしなければならない

§628 当事者が雇用の期間を定めた場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、直ちに契約の解除をすることができる。この場合において、その事由が当事者の一方の過失によって生じたものであるときは、相手方に対して損害賠償の責任を負う

2. 無期雇用の解除(§627)→使用者からは労契法§16 で修正

§627-1 当事者が雇用の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、雇用は、解約の申入れの日から二週間を経過することによって終了する

#2 期間によって報酬を定めた場合には、解約の申入れは、次期以後についてすることができる。ただし、その解約の申入れは、当期の前半にしなければならない

#3 六箇月以上の期間によって報酬を定めた場合には、前項の解約の申入れは、三箇月前にしなければならない

3. 雇用の更新の推定・担保の消滅(§629)→労契法§19 で修正

§629-1 雇用の期間が満了した後労働者が引き続きその労働に従事する場合において、使用者がこれを知りながら異議を述べないときは、従前の雇用と同一の条件で更に雇用をしたものと推定する。この場合において、各当事者は、第六百二十七条の規定により解約の申入れをすることができる

#2 従前の雇用について当事者が担保を供していたときは、その担保は、期間の満了によって消滅する。ただし、身元保証金については、この限りでない

4. 解除の効力(§630→620)：将来効のみ・一方有過失なら損賠可

§630 第六百二十条の規定は、雇用について準用する

5. 使用者破産による解約(§630→627)：有期雇用でも無期同様に解約可能・損賠不可

§631 使用者が破産手続開始の決定を受けた場合には、雇用に期間の定めがあるときであっても、労働者又は破産管財人は、第六百二十七条の規定により解約の申入れをすることができる。この場合において、各当事者は、相手方に対し、解約によって生じた損害の賠償を請求することができない

第9節 請負（632-642条）

第1款 総論（632,633,641,642条）

1. 請負契約の意義(§632)

- ・仕事の完成の約束 ⇔ 報酬支払約束による（諾成、有償、双務契約）

※業法で書面作成が要求される場合あり（建設業法等）、但し、私法上の成立要件ではない

§632 請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる

2. 注文主の義務・権利

- ・報酬の支払時期(§633)：仕事の目的物の引渡と同時、引渡しがなければは後払い(§624-1)

※報酬債権そのものは契約成立時に成立している

§633 報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に、支払わなければならない。ただし、物の引渡しを要しないときは、第六百二十四条第一項の規定を準用する

§624-1 労働者は、その約した労働を終わった後でなければ、報酬を請求することができない

【最判大 5.11.27】 特約による遅延損害金債務と請負報酬金債務は同時履行関係でない

- ・協力義務：必要に応じて材料を供給したり、指示を与えるなど仕事の遂行に協力する義務

3. 請負人の義務・権利

- ・仕事完成義務：着手期日・完成期日までの未着手・未完成は債務不履行になる

※633条より、報酬は完成物引渡と同時履行関係なので、仕事完成は特約がないと先履行

- ・完成物引渡義務 → 完成後に引渡前に目的物が滅失・損傷した場合はどうなるか

* 多数説：一般には再完成義務はない

・請負人有責：報酬は受け取れず、損賠義務

・不可抗力：報酬は受け取れない

・注文主有責：報酬は発生する

* 内田説：再完成義務を肯定する

- ・完成が可能な場合（遅延も含む）→仕事完成債務・報酬請求権は存続する

→請負人有責：請負人の費用で完成させるべき、履行の遅延があれば請負人に損賠義務

→不可抗力：請負人有責と同じ。但し、増加費用について信義則により分担する場合あり

→注文主有責：妨害しない義務・付随義務違反により注文者に損賠義務（→報酬増額）

- ・完成が不可能な場合 → 仕事完成債務は消滅する

→請負人有責：履行不能により請負人に損賠義務、報酬請求権も消滅

→不可抗力：報酬請求権は消滅(§536-1)

→注文主有責：報酬請求権を失わない(§536-2、全額可能)

【最判昭 55.2.22】 注文主有責の完成不能の場合の報酬請求権[昭 51 才 611]

「請負契約において、仕事が完成しない間に、注文者の責に帰すべき事由によりその完成が不能となつた場合には、請負人は、自己の残債務を免れるが、民法五三六条二項によつて、注文者に請負代金全額を請求することができ、ただ、自己の債務を免れたことによる利益を注文者に償還すべき義務を負うにすぎない」（注文主が工事継続を拒んでもはや履行不能に帰したものの、原審は出来高見合いとしたが、原告が上告せず、確定した）

4. 請負の終了

- ・ 請負の目的の達成（仕事の完成）
- ・ 債務不履行による解除(§541)

【最判昭 60.5.17】 請負契約の中途終了における損賠の範囲[昭 59 才 543]

請負代金本訴：代金 811 万円のうち残額 261 万請求→控訴審：85%施工後放置し残額 139 万と認定

損賠請求反訴：残部工事のため 131.5 万、遅延損害 24.5 万の計 156 万認定

一審：本訴 261 万、反訴 35 万認容→控訴：139 万／156 万認容→上告：破棄自判（139 万／35 万）

「請負において、仕事が完成に至らないまま契約関係が終了した場合に、請負人が施工ずみの部分に相当する報酬に限ってその支払を請求することができるときには、注文者は、右契約関係の終了が請負人の責に帰すべき事由によるものであり、請負人において債務不履行責任を負う場合であつても、注文者が残工事の施工に要した費用については、請負代金中未施工部分の報酬に相当する金額を超えるとに限り、その超過額の賠償を請求することができるにすぎないものというべきである」→ $131.5 \text{ 万} - 811 \text{ 万} \times 15\% = 10 \text{ 万}$ と 24.5 万が反訴認容額

- ・ 注文主の解除権(§641)：完成前に限って、損賠により解除可能
 - * 解除範囲：目的物が可分で、可分な一部につき完成するとその部分は解除できない(判例)
 - ・ 可分の判断：既履行の一部だけで注文者に意味があるかを考慮(描きかけの肖像画は不要)
 - * 損賠範囲：請負人の既に支出した費用 + 仕事完成時の利益

§641 請負人が仕事を完成しない間は、注文者は、いつでも損害を賠償して契約の解除をすることができる

【大判昭 7.4.30】 校舎建築工事で可分な一部を竣工すればその一部はもはや解除できない

- ・ 注文主破産時の解除(§642)：破産財団の配当に加入できる
 - * 請負人からの解除：既にした仕事の報酬・それに含まれない費用のみ(#1)
 - * 破産管財人からの解除：解除による損害賠償についても加入できる(#1,2)

§642-1 注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人又は破産管財人は、契約の解除をすることができる。この場合において、請負人は、既にした仕事の報酬及びその中に含まれていない費用について、破産財団の配当に加入することができる

#2 前項の場合には、契約の解除によって生じた損害の賠償は、破産管財人が契約の解除をした場合における請負人に限り、請求することができる。この場合において、請負人は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入する

5. 他の典型契約との関係

- ・ 雇用との違い：労働基準法等の適用外、不法行為責任も限定的（雇用:§715⇔請負:§716）
→契約類型の判断（性質決定）は契約書ではなく実際の契約内容による
- ・ 売買との違い：注文者の解除権(§641)・瑕疵担保責任の強化(§634-640)
 - * 製作物供給契約：オーダーメイドの靴など
→売買説、請負説、区分説（代替物は売買、一点ものの不代替物は請負）、混合契約説
[内田]物の製作段階と供給段階を区別し、前者は請負、後者は売買の規定を適用する

第2款 建物所有権の帰属

1. 建物建築請負契約における建物所有権の帰属

- ・増築の場合：附合の法理(§242)により所有者に帰属

【最判昭 44.7.25 民集 23-8-1627】承諾を得た2階増築(附合する)[S44 才 120]

「本件第三建物は、第二建物の一部の賃借人波多野知三が昭和三年以前に自己の費用で第二建物の屋上に構築したもので、その構造は、四畳半の部屋と押入各一箇からなり、外部への出入りは、第二建物内の六畳間の中にある梯子段を使用するほか方法がない……そうとすれば、第三建物は、既存の第二建物の上に増築された二階部分であり、その構造の一部を成すもので、それ自体では取引上の独立性を有せず、建物の区分所有権の対象たる部分にはあたらないといわなければならない、たとえ波多野知三が第三建物を構築するについて右第二建物の一部の賃借人安室長太郎の承諾を受けたとしても、民法二四二条但書の適用はない……その所有権は構築当初から第二建物の所有者安室長太郎に属したものとといわなければならない」(建物収去土地明渡)

- ・判例：請負人帰属説（材料提供者＋代金支払の有無で所有権の帰属を判定するもの）

＊材料の全部・主要部分が注文主提供 → 原始的に注文者に帰属

＊材料の全部・主要部分が請負人提供 → 請負人に帰属、引渡後は注文者に移転

・特約がある場合 → 竣工と同時に注文者の所有物となる

・完成前の代金全額の支払い → 竣工と同時に注文者の所有物とする暗黙の合意を推認

【大判大 3.12.26】請負人が材料全部を提供した建物の所有権は請負人に帰属

「請負人力自己ノ材料ヲ以テ注文者ノ土地ニ建物ヲ築造シタル場合ニ於テハ当事者間ニ別段ノ意思表示ナキ限りハ其建物ノ所有権ハ材料ヲ土地ニ附著セシムルニ從ヒ当然注文者ノ取得ニ歸スルモノニ非スシテ請負人力建物ヲ注文者ニ引渡シタル時ニ於テ始メテ注文者ニ移転スルモノトス……蓋此場合ニ於テハ建物ハ全然請負人ノ供給シタル材料及ヒ労力ニ因リテ成リタルモノニ係リ且請負契約ノ性質上特約ナキ限りハ請負人ハ其建物ヲ注文者ニ引渡スニ非サレハ債務完了セス之ヲ引渡スニ因リテ始メテ債務完了シ注文者ニ対スル報酬支払ノ請求権発生スヘク尚ホ建物ヲ引渡スマテハ之ニ関スル危険ハ請負人ノ負担ニ属シ引渡ニ因リテ始メテ注文者ノ負担ニ歸スヘキ關係等ニ鑑ミ又建物ハ土地ニ附著スルモノ獨立シタル別箇ノ不動産ヲ成シ其土地ノ從トシテ附合スルコトヲ認メサル我法制ニ照シテ考フレハ」なり。

【大判昭 7.5.9】注文者が主要材料を提供した建物の所有権は原始的に注文者に帰属

【大判大 5.12.13】注文者所有とする特約があれば注文者所有（代金も支払済み）

【大判昭 18.7.20】代金全額の支払いがあれば注文者所有の暗黙の合意があったと推認

【最判昭 44.9.12】代金支払があった事案で完成と同時に原始的に注文主に帰属[昭 44 才 538]

「本件建物を含む四戸の建物の建築を注文した被告人は、これを請け負った原告人香川義光に対し、全工事代金の半額以上を棟上げのときまでに支払い、なお、工事の進行に応じ、残代金の支払をして来たというのであるが、右のような事実関係のもとにおいては、特段の事情のないかぎり、建築された建物の所有権は、引渡をまつまでもなく、完成と同時に原始的に注文者に帰属するものと解するのが相当」

→最近の判例は請負人帰属説によりつつ、特約の認定を緩やかに解する

【最判昭 46.3.5】代金支払が手形だったが合意を認め注文者帰属[昭 45 才 1117]

「建物建築の請負契約において、注文者の所有または使用する土地の上に請負人が材料全部を提供して建築した建物の所有権は、建物引渡の時に請負人から注文者に移転するのを原則とするが、これと異なる特約が許されないものではなく、明示または黙示の合意により、引渡および請負代金完済の前においても、建物の完成と同時に注文者が建物所有権を取得するものと認めることは、なんら妨げられるものではないと解されるところ、本件請負契約は分譲を目的とする建物六棟の建築につき一括してなされたものであって、その内三棟については、原告

人は訴外会社ないしこれから分譲を受けた入居者らに異議なくその引渡を了しており、本件建物を完成後ただちに引き渡さなかったのも、右三棟と別異に取り扱う趣旨ではなく、いまだ入居者がなかったためにすぎなかったこと、上告人は請負代金の全額につきその支払のための手形を受領しており、それについての訴外会社の支払能力に疑いを抱いていなかったこと、上告人は、右手形全部の交付を受けた機会に、さきに訴外会社の代理人として受領していた右六棟の建物についての建築確認通知書を訴外会社に交付したことなど、原判決の確定した事実関係のもとにおいては、右確認通知書交付にあたり、本件各建物を含む六棟の建物につきその完成と同時に訴外会社にその所有権を帰属させる旨の合意がなされたものと認められ、したがって、本件建物はその完成と同時に訴外会社の所有に帰したものであるとする趣旨の原判決の認定・判断は、正当」

- ・有力：注文者帰属説（完成と同時に又は工事の進捗に応じて注文者に帰属する）

∴当事者の通常の意味に合致する

+ 請負人帰属説は請負人の代金債権保護を目的とするが、敷地利用権がないから保護にならない

→報酬債権保護は先取特権(§327)、同時履行の抗弁権、留置権、引渡後の抵当権によるべき

←重大な瑕疵を引渡し時に発見したような場合は請負人帰属説が妥当

2. 下請負人との関係：本契約で特約があればそちらが優先する

※下請負は、原則として可能（請負人本人の能力に特に注目されている場合は除く）

- ・下請負禁止特約に反する下請負契約も、それ自体は有効
- ・特約の有無によらず、下請負人の故意過失について元請負人が責任を負う
- ・下請けは、下請負に加え、単なる売買を含む場合も多い

【最判平 5.10.19 民集 47-8-5061】下請負人の施行した出来形部分の所有権[平 1 才 274]

元請負契約に解除時の出来形は注文主所有とする旨の特約があったが、請負人が同様の条項のない一括下請負を無断でしたもの。元請負に一部は払われていたが、元請負が途中で倒産した。

「建物建築工事請負契約において、注文者と元請負人との間に、契約が途中で解除された際の出来形部分の所有権は注文者に帰属する旨の約定がある場合に、当該契約が途中で解除されたときは、元請負人から一括して当該工事を請け負った下請負人が自ら材料を提供して出来形部分を築造したとしても、注文者と下請負人との間に格別の合意があるなど特段の事情のない限り、当該出来形部分の所有権は注文者に帰属すると解するのが相当である。けだし、建物建築工事を元請負人から一括下請負の形で請け負う下請契約は、その性質上元請契約の存在及び内容を前提とし、元請負人の債務を履行することを目的とするものであるから、下請負人は、注文者との関係では、元請負人のいわば履行補助者的立場に立つものにすぎず、注文者のためにする建物建築工事に関して、元請負人と異なる権利関係を主張し得る立場にはないからである」（破棄自判：下請人の償金請求等を棄却）

（可部補足）「工下請の関係についていえば、下請負人丙の請負代金債権は、元請負人乙に対するものであって、甲とは関りが無い。一般に、出来形部分に対する所有権の請負人への帰属は、請負代金債権確保のための技巧的手段であるが、最終的には敷地に対する支配権を有する注文者甲に対抗できないことは、さきに見たとおりであって、元請負人乙の資力を見誤った丙の保護を、下請契約に関りのない、しかも乙に対しては支払済みの注文者甲の負担において図るのは、理に合わないことである」

3. 動産製作請負契約における目的物の所有権の帰属（建物の建前は動産ゆえこれで処理する）

- ・材料が請負人の所有物 → 目的物は請負人の所有物。所有権移転は売買の法理による
- ・材料が注文主の所有物 → 加工の法理(§246)により所有者が決まる

第3款 瑕疵担保責任（634-640条）

1. 売買との違い

- ・請負契約の瑕疵担保責任：債務不履行責任の特則（←請負における瑕疵は債務不履行）
- ・対象が隠れた瑕疵に限られない、瑕疵修補請求権、注文主にも責任がある場合、期間制限

2. 瑕疵修補請求権・損害賠償請求権（§634）

- ・要件：仕事の目的物の瑕疵の存在（隠れている必要はない）

※仕事の完成後しか行使不可 → 瑕疵を発見しても受領義務はある

- ・特徴：報酬請求権と同時履行(#2)、修補可能でもいきなり損賠請求してよい

→同時履行は報酬と損賠の価額に差があっても全額につき可能（どちらが多くても可）

§634-1 仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない

#2 注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。この場合においては、第五百三十三条の規定を準用する

【最判昭 54.3.20 判時 927-184】瑕疵修補が可能でもいきなり損賠請求をしてよい

【最判平 9.2.14 民集 51-2-337】瑕疵修補に代わる損賠と報酬同時履行[平 5 才 1924]

工事残代金 1184 万、瑕疵修補に代わる損賠 132 万で請負人→注文主の請求（原審：引換給付判決→上告棄却）
「請負契約において、仕事の目的物に瑕疵があり、注文者が請負人に対して瑕疵の修補に代わる損害の賠償を求めたが、契約当事者のいずれからも右損害賠償債権と報酬債権とを相殺する旨の意思表示が行われなかった場合又はその意思表示の効果が生じないとされた場合には、民法六三四条二項により右両債権は同時履行の關係に立ち、契約当事者の一方は、相手方から債務の履行を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができ、履行遅滞による責任を負わない……瑕疵の程度や各契約当事者の交渉態度等に鑑み、右瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権全額の支払を拒むことが信義則に反すると認められるときは、この限りではない。……同条一項但書は「瑕疵力重要ナラサル場合ニ於テ其修補力過分ノ費用ヲ要スルトキ」は瑕疵の修補請求はできず損害賠償請求のみをなし得ると規定しているところ、右のように瑕疵の内容が契約の目的や仕事の目的物の性質等に照らして重要でなく、かつ、その修補に要する費用が修補によって生ずる利益と比較して過分であると認められる場合においても、必ずしも前記同時履行の抗弁が肯定されるとは限らず、他の事情をも併せ考慮して、瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権全額との同時履行を主張することが信義則に反するとして否定されることもあり得……けだし、右のように解さなければ、注文者が同条一項に基づいて瑕疵の修補の請求を行った場合と均衡を失し、瑕疵ある目的物しか得られなかった注文者の保護に欠ける一方、瑕疵が軽微な場合においても報酬残債権全額について支払が受けられないとすると請負人に不公平な結果となるからである（なお、契約が幾つかの目的の異なる仕事を含み、瑕疵がそのうちの一部の仕事の目的物についてのみ存在する場合には、信義則上、同時履行關係は、瑕疵の存在する仕事部分に相当する報酬額についてのみ認められ、その瑕疵の内容の重要性等につき、当該仕事部分に関して、同様の検討が必要となる）」（本件では信義則に反しない）

【最判平 9.7.15 民集 51-6-2581】瑕疵損賠と報酬が相殺された場合の履行遅滞[平 5 才 2187]

請負工事代金請求→原審：遅延損害金を相殺適状となった引渡の翌日から加算→上告：破棄自判（相殺の意思表示の翌日から加算）

「請負人の報酬債権に対し注文者がこれと同時履行の關係にある目的物の瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権とする相殺の意思表示をした場合、注文者は、請負人に対する相殺後の報酬残債務について、相殺の意思表示をした日の翌日から履行遅滞による責任を負う……けだし、瑕疵修補に代わる損害賠償債権と報酬債権とは、

民法六三四条二項により同時履行の關係に立つから、注文者は、請負人から瑕疵修補に代わる損害賠償債務の履行又はその提供を受けるまで、自己の報酬債務の全額について履行遅滞による責任を負わないと解されるところ（最判平 9.2.14）、注文者が瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権として請負人に対する報酬債務と相殺する旨の意思表示をしたことにより、注文者の損害賠償債権が相殺適状時にさかのぼって消滅したとしても、相殺の意思表示をするまで注文者がこれと同時に履行の關係にある報酬債務の全額について履行遅滞による責任を負わなかったという効果に影響はないと解すべきだからである」

【最判平 15.10.10 判時 1840-18】瑕疵の判断基準(主観的瑕疵による責任)[平 15 受 377]

構造計算上は 250×250mm の鉄骨で大丈夫だが、阪神大震災後のため、注文主が特に 300×300mm にするよう求め、請負人も承諾したのに、無断で 250×250mm の鉄骨を使ったもの。原審は安全ゆえ瑕疵なしとした。「本件請負契約においては、上告人及び被上告人間で、本件建物の耐震性を高め、耐震性の面でより安全性の高い建物にするため、南棟の支柱につき断面の寸法 300mm×300mm の鉄骨を使用することが、特に約定され、これが契約の重要な内容になっていたものというべきである。そうすると、この約定に違反して、同 250mm×250mm の鉄骨を使用して施工された南棟の支柱の工事には、瑕疵がある」（破棄差戻し）

3. 解除権(§635)：瑕疵のため契約の目的不達の場合 ← 土地工作物は解除不可

∵建物等は原状回復に多大な費用を要するから

§635 仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りでない

【最判平 14.9.24】建替費用相当額の損賠と 635 条但書の趣旨[平 14 受 605]

欠陥だらけで建替えないと倒壊する危険があるとされた場合の損賠請求

「請負契約の目的物が建物その他土地の工作物である場合に、目的物の瑕疵により契約の目的を達成することができないからといって契約の解除を認めるときは、何らかの利用価値があっても請負人は土地からその工作物を除去しなければならず、請負人にとって過酷で、かつ、社会経済的な損失も大きいことから、民法 635 条は、そのただし書において、建物その他土地の工作物を目的とする請負契約については目的物の瑕疵によって契約を解除することができないとした。しかし、請負人が建築した建物に重大な瑕疵があつて建て替えるほかはない場合に、当該建物を収去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではなく、また、そのような建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであつて、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、同条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえない。したがって、建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができる」

【最判平 22.6.17】欠陥建物の居住利益控除を否定(不法行為損賠請求)[H21 受 1742]

4. 注文主に原因がある瑕疵(§636)：担保責任不適用だが、悪意なら適用される

§636 前二条の規定は、仕事の目的物の瑕疵が注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じたときは、適用しない。ただし、請負人がその材料又は指図が不適当であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない

5. 存続期間(§637,638,639)：除斥期間

- ・ 起算点：目的物引渡しの時、引渡不要の場合は仕事終了の時(§637,638)
- ・ 期間：1 年(§637)。ただし、消滅時効完成に必要な年数まで伸長可能(§639)
- ・ 土地工作物の特則：材料により 5/10 年、但し滅失・損傷から 1 年以内に行使必要(§638)
←住宅品質確保促進法により新築住宅の重要部分は 10 年に固定(片務的強行規定)

§637-1 前三条の規定による瑕疵の修補又は損害賠償の請求及び契約の解除は、仕事の目的物を引き渡した時から一年以内にしなければならない

#2 仕事の目的物の引渡しを要しない場合には、前項の期間は、仕事を終了した時から起算する

§638-1 建物その他の土地の工作物の請負人は、その工作物又は地盤の瑕疵について、引渡しの後五年間その担保の責任を負う。ただし、この期間は、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、十年とする

#2 工作物が前項の瑕疵によって滅失し、又は損傷したときは、注文者は、その滅失又は損傷の時から一年以内に、第六百三十四条の規定による権利を行使しなければならない

§639 第六百三十七条及び前条第一項の期間は、第六百六十七条の規定による消滅時効の期間内に限り、契約で伸長することができる

【最判昭 51.3.4】除斥期間内に相殺適状になっていれば 508 条類推で 1 年後も相殺可能

6. 担保責任免除特約の制限(§640)

- ・ 実際は存続期間や行使期間が特約で短縮されている（有効が多数説）

§640 請負人は、第六百三十四条又は第六百三十五条の規定による担保の責任を負わない旨の特約をしたときであつても、知りながら告げなかった事実については、その責任を免れることができない

第10節 委任（643-656条）

第1款 総論（643-650）

1. 委任契約の意義(§643)：法律行為をすることを委託し、相手方が承諾すること
→片務・無償・諾成契約（報酬が伴うと、双務・有償・諾成契約）
 - ・ 準委任契約(§656)：「法律行為でない事務」の委託の場合
→頼まれないのに他人の事務を処理した場合は事務管理になる
例：弁護士への訴訟委任は両方、開業医との診療契約は準委任
§643 委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる
§656 この節の規定は、法律行為でない事務の委託について準用する
 - ・ 委任契約の成立：承諾義務が課せられている場合がある（医師法 19-1 など）
2. 受任者の義務
 - ・ 委任事務処理義務（善管注意義務）：委任の本旨に従う
 - * 注意義務の水準：抽象的過失＝通常人の能力（具体的過失＝当該受任者の能力ではない）
＝受任者の職業・地位・知識に応じ、一般的に要求される基準（医師は特に“医療水準”）
 - ・ 報酬が無償・低廉であっても軽減されない（原則は無償だから）
→但し、低廉な場合は高度な注意義務を期待していない、と解することは可能
§644 受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う
【大判大 10.4.23】報酬の多寡と注意義務の程度(関係否定)[大 10 才 204]
要旨「甲力保険会社乙ノ診査医タル以上ハ其受クル報酬ノ多寡ニ拘ハラズ診査医トシテ委託セラレタル事務ニ付キ委託ノ本旨ニ従ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ処理スル義務ヲ負フモノトス」
 - * 委任事務処理義務の一身専属性（自身サービスの原則）→ 復委任は原則として禁止
∵ 委任者による受任者の人格・識見・技能・技量などへの信頼が基礎にあるから
 - ・ 復委任が許される場合：本人許諾 or やむを得ない理由(§104 類推・通説判例)
 - ・ 履行補助者を使うのは問題ない
 - ・ 委任者が第三者に事務処理請求権を譲渡できるか：§625-1 類推(雇用)でできない
- ・ 付随的義務：法定されているのは3つ
 - * 顛末報告義務(§645)：契約に書いていなくても広く認めることが多い
§645 受任者は、委任者の請求があるときは、いつでも委任事務の処理の状況を報告し、委任が終了した後は、遅滞なくその経過及び結果を報告しなければならない
【最判平 20.7.4】フランチャイズ契約の本部から加盟店への仕入代金詳細の報告義務を肯定
【最判平 21.1.22】（共同相続人の1人に対する）銀行の預金口座の取引経過開示義務を肯定
 - * 受取物・果実の引渡義務(§646-1)
§646-1 受任者は、委任事務を処理するに当たって受け取った金銭その他の物を委任者に引き渡さなければならない。その收取した果実についても、同様とする
【最判昭 51.4.9】復代理人は本人・代理人のいずれに引渡してもよい
 - * 取得権利の移転義務(§646-2)：代理権を有さず、自己の名で取得した場合に適用される
→いったん受任者が権利を取得するが、委任者に移転する義務を負う

§646-2 受任者は、委任者のために自己の名で取得した権利を委任者に移転しなければならない

【最判平 15.2.21 民集 57-2-95】受任者が収受した金銭の所有権[H11 受 1172]

損保会社が代理店が収受した保険料が入金される口座の預金返還を請求したもの。

「受任者が委任契約によって委任者から代理権を授与されている場合、受任者が受け取った物の所有権は当然に委任者に移転するが、金銭については、占有と所有とが結合しているため、金銭の所有権は常に金銭の受領者（占有者）である受任者に帰属し、受任者は同額の金銭を委任者に支払うべき義務を負うことになるにすぎない。そうすると、被上告人の代理人である訴外会社が保険契約者から収受した保険料の所有権はいったん訴外会社に帰属し、訴外会社は、同額の金銭を被上告人に送金する義務を負担することになるのであって、被上告人は、訴外会社が上告人から払戻しを受けた金銭の送金を受けることによって、初めて保険料に相当する金銭の所有権を取得するに至る……本件預金の原資は、訴外会社が所有していた金銭にほかならない……本件事実関係の下においては、本件預金債権は、被上告人ではなく、訴外会社に帰属する……訴外会社が本件預金債権を訴外会社の他の財産と明確に区分して管理していたり、あるいは、本件預金の目的や使途について訴外会社と被上告人との間の契約によって制限が設けられ、本件預金口座が被上告人に交付されるべき金銭を一時入金しておくための専用口座であるという事情があるからといって、これらが金融機関である上告人に対する関係で本件預金債権の帰属者の認定を左右する事情になるわけではない」(預金返還請求→認容／棄却／破棄自判・取消棄却)

(福田反対) 代理権授与があり、本件口座は損保会社のもので、代理店は代理人だったとすべき

【最判平 15.6.12 民集 57-6-563】受領した前払費用たる金銭の所有権は受任者にある

・すでに代金が交付されている場合、事前に権利移転の意思表示があったと推定する

【大判大 4.10.16】権利取得と同時に権利を委任者に移転する合意の推定[大 4 才 233]

「代理権ヲ伴ハサル委任ニ於テ受任者カ自己ノ名ヲ以テ委任者ノ為メニ為シタル売買ノ効カヲ主張スルモノニ外ナラサルヲ以テ今其効力如何ヲ考フルニ受任者ハ自己ノ名ヲ以テ第三者ト売買ヲ為シタルモノナレハ売買ノ目的物ノ所有権ハ一旦受任者ニ帰属シ其所有権力受任者ヲ經由セス直接ニ第三者ヨリ委任者ニ移転スルコトナキハ論ヲ俟タサレトモ受任者カ委任者ニ所有権ヲ移転スル物権的意思表示ハ受任者カ所有権ヲ取得スル以前ニ之ヲ為スヲ妨ケサルヲ以テ若シ其意思表示ニシテ存セン乎受任者カ第三者ヨリ所有権ヲ取得スルト同時ニ委任者ハ受任者ヨリ所有権ヲ取得スヘク恰モ第三者ヨリ直接ニ所有権ヲ取得シタルト同様ノ外觀ヲ呈スヘシ若シ又其意思表示ニシテ存セサラン乎受任者ハ第三者ヨリ所有権ヲ取得シタル後其所有権ヲ移転スル物権的意思表示ヲ為スニ非サレハ所有権ハ委任者ニ移転セサルヘシ委任者カ委任ヲ為スニ当リ代金ニ充ツル為メノ金銭ヲ受任者ニ交付シタル場合ノ如キニ在テハ委任ト同時ニ受任者ヨリ委任者ニ所有権ヲ移転スル物権的意思表示ヲ予メ為シタルモノト推定スルヲ相当トシ受任者カ代金ニ充ツル為メノ金銭ノ交付ヲ受ケス自ラ之ヲ支出スル場合ノ如キニ在テハ斯ル物権的意思表示ナキモノト推定スルヲ相当トス」

* 金銭消費の責任(§647)：自己のために消費した日以後利息を生じる。損賠も可能

←利息部分については証明不要+法定 or 約定利率以上の損賠もOK (§419 は利息のみ)

§647 受任者は、委任者に引き渡すべき金額又はその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときは、その消費した日以後の利息を支払わなければならない。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負う

3. 委任者の義務

・報酬支払義務(§648)：無償委任が原則だが、商法 512 や職業によっては当然に有償(#1)

§648-1 受任者は、特約がなければ、委任者に対して報酬を請求することができない

【最判昭 37.2.1】弁護士への訴訟委任の報酬等[昭 36 才 5]

着手金・報酬金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「弁護士の報酬額につき当事者間に別段の定めがなかつた場合において、裁判所がその額を認定するには、事件

の難易、訴願及び労力の程度だけからこれに応ずる額を定むべきではなく、当事者間の諸般の状況を審査し、当事者の意思を推定して相当報酬額を定むべきである」「本件は当事者に意思表示を以て報酬額につき別段の定め
のなかつた場合であると認定した上、被上告人が予て上告人から月五、〇〇〇円の顧問料をうけていた法律顧問
であつたこと……本件訴訟事件委任の際のいきさつ、事件の進行状況、難易の程度、事件終結当時のてんまつ等
を顧慮し、更に被上告人所属の福岡県弁護士会所定の報酬規程にも鑑み、その他判示のような諸般の情況をも斟酌
して」原審が決定した着手金・報酬金額は妥当

＊支払時期(#2)：原則後払い、期間によって定めた場合は期間経過後(§624-2)

・途中までなら、履行の割合に応じた報酬請求権が認めらる(#3)

∴請負と違って仕事完成義務がないため、履行の割合に応じて認めればよい

→不動産取引仲介は、成就しないと意味がないので、中途終了では認められないとされる

#2 受任者は、報酬を受けるべき場合には、委任事務を履行した後でなければ、これを請求することができない。

ただし、期間によって報酬を定めたときは、第六百二十四条第二項の規定を準用する

#3 委任が受任者の責めに帰することができない事由によって履行の途中で終了したときは、受任者は、既にし
た履行の割合に応じて報酬を請求することができる

【最判昭 45.10.22】不動産仲介委託で直接契約して報酬全額が認められた例[昭 45 才 637]

報酬金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却（停止条件成就の故意妨害によるみなし成就）

更地として土地を取得するよう原告に依頼したが、原告が紹介した相手と、近接した時期に、仲介であと僅かで
合意に達する状況だったのに、下相談した価格を上回る価格で合意しており、「契約当事者双方は、被上告人の
仲介によつて間もなく契約の成立に至るべきことを熟知しながら、被上告人の仲介による契約の成立を避けるた
め被上告人を排除して直接当事者間で契約を成立させ」「仲介による土地売買契約の成立を妨げる故意があつた」
建物明渡契約も原告のまとめた内容とまったく同一で、本件は原告に土地の取得の仲介依頼をするにつき「その
取得契約の成立を停止条件として取引価額の三パーセントにあたる報酬を支払うことを約したものであり、上告
人は右のとおり契約成立という停止条件の成就を妨げたものであるから、被上告人は停止条件が成就したものと
看做して報酬を請求することができる」

・その他の義務：いずれも、委任契約自体が無償でも認められる

＊費用前払義務(§649)：必要な費用を前払いでもらうもの

→客観的に現実に必要な費用

§649 委任事務を処理するについて費用を要するときは、委任者は、受任者の請求により、その前払をしなけれ
ばならない

【大判大 7.2.13】費用前払い義務の対象となる費用の範囲[民録 24-254]

要旨「§649 の費用は受任者の旅費、通信料等純然たる委任事務処理上受任者の為す出費に制限すべきものに非
ずして委任事務処理の為に必要となるときは其処理すべき契約上必要なる金銭も亦之を包含する法意なり」「委
任事務処理の為に受領したる金員にして受任者が支出したる後尚ほ其手裡に残存するものは受任者が其委任
事務を処理し了はりたる後は当然之を委任者に返還するの義務あるものとす」「如上の義務は委任契約に基き受
任者が委任者より委任事務処理の必要上受領したるものの返還に関するものなれば受任者は委任契約と関係な
き特種の法律関係に基き之を負担するに非ずして委任契約上之を負担するものとす」

＊費用償還義務(§650-1)：実際に支出した費用をもらうもの

・受任者が善管注意義務に基づいて必要と判断すれば、原則として償還させるべき

→必要と認めた出張が実際には空振りに終わっても費用は請求できる

§650-1 受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる費用を支出したときは、委任者に対し、その費用

及び支出の日以後におけるその利息の償還を請求することができる

【大判昭 2.1.26】 必要かの判断はその時点で受任者が相当の注意を尽くした判断で足りる

＊代弁済・担保提供義務(§650-2)：既に負担した債務について無資力リスクを避けるもの

§650-2 受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる債務を負担したときは、委任者に対し、自己に代わってその弁済をすることを請求することができる。この場合において、その債務が弁済期にないときは、委任者に対し、相当の担保を供させることができる

【最判昭 47.12.22】 代弁済請求権と受任者への債権との相殺の可否(否定)[民集 26-10-1991]

「委任者は、受任者が同法六五〇条二項前段の規定に基づき委任者をして受任者に代わって第三者に弁済をなさしめうる権利を受働債権とし、委任者が受任者に対して有する金銭債権を自働債権として相殺することはできない……なんとなれば、委任契約は、通常、委任者のために締結されるものであるから、委任者は受任者に対しなんらの経済的負担をかけず、また損失を被らせることのないようにはかる義務を負うものであるところ、同条項は、受任者が自己の名で委任事務を処理するため第三者に対して直接金銭債務を負担した場合には、委任者は、受任者の請求があるときは、受任者の負う債務を免れさせるため、受任者に代わって第三者に対してその債務を弁済する義務を負うことを定めているのであり、受任者の有するこの代弁済請求権は、通常金銭債権とは異なる目的を有するものであつて、委任者が受任者に対して有する金銭債権と同種の目的を有する権利ということとはできない。したがつて、委任者が受任者に対する既存の債権をもつて受任者の代弁済請求権と相殺することは、同法五〇五条一項の相殺の要件を欠くものとして許されないからである。なるほど、委任者が、第三者に弁済すべき一定金額を第三者に対してではなく、受任者に現実に給付することによつても、受任者と委任者との関係は、これによつて決済されることは、所論のとおりであるが、この場合には、受任者は、費用の前払を受けることによつて、第三者に対する債務弁済資金を取得することになるから、自己資金を調達する必要はなく、受任者の第三者に対する債務の免脱の目的にそうものといふのであるが、前記相殺が許されるものとすれば、受任者は、第三者に対する債務の弁済のための資金の調達を要することとなり、かかる相殺によつては、受任者の債務免脱の目的はなんら果されないわけである。また、受任者が第三者に対し、自己の資金をもつて債務を支払つたときは、それは委任者との関係では委任者のため費用を立替えて支払つたことになり、同法六五〇条一項による費用償還請求権を取得するわけであるが、受任者は、特約のないかぎり、委任者との関係では自己資金をもつて委任事務処理に要する費用をみずから立替払をする義務を負うものではない。むしろ、同法六四九条が委任者に対する費用の前払を請求しうることを、また、同法六五〇条二項前段が委任者に対し受任者に代わつて第三者に弁済をなさしめうることを定めているのは、受任者に立替払の義務のないことを前提とするものであり、委任者が受任者の請求に応じないときは、受任者は、委任事務の履行を拒むこともできるものと解すべきである。しかるに、前述のような相殺を許すとすれば、受任者に自己資金をもつてする費用の立替払を強要する結果となり、右各法条を設けた趣旨が完うされないことになる。さらに、同条一項の費用償還請求権と委任者の受任者に対する金銭債権とは互いに相殺することができることは疑いを容れないが、かりに、既存債権と代弁済請求権との相殺を許すとすれば、それは、既存債権を自働債権とし、未だ発生しない将来の費用償還請求権を受働債権とする相殺を許すのと同様の結果を認めることになり、相殺が双方の債務の対立とその弁済期の到来を要件とする趣旨に反するものといわなければならない。これらのことは、要するに、同条二項前段の代弁済請求権は、通常金銭債権とはその目的を異にしているがためにほかならないからである。なお、委任者が、自己の債務者にある事務を委任するような場合には、受任者がその委任事務に要する費用の立替払の義務を負担し、立替により発生すべき償還請求権と、委任者の受任者に対する債権とを対当額において相殺する旨の特約の存することも考えられるが、この場合は、特約の効果として相殺が許されるのであつて、このことは叙上の判断を左右するものではない」

(色川反対) 一律に相殺を認めないのはおかしい。理由がない。第三者も受任者と取引したから仕方ない。

＊損害賠償義務(§650-3)：受任者が過失なく受けた損害の填補義務（委任者の無過失責任）

←事務処理に織り込み済みのリスクも填補義務があるのか？（§650-3 削除・変更論あり）

§650-3 受任者は、委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、委任者に対し、その賠償を請求することができる

第2款 終了 (651-656)

1. 委任の終了原因

- ・ 契約一般に共通の終了原因：目的達成、債務不履行解除
 - 債務不履行解除も任意解除権があるため、解除自体には相手方の帰責性不要(多数・判例)
 - 【大判大 3.6.4】債務不履行解除のための事由の存否(不要)[民録 20-551]
- ・ 任意解除権(§651)：いつでも任意に解除できる ∵信頼関係が失われれば継続させる必要なし
 - 将来効しかない(§652→620：将来効・過失当事者の損賠償)
 - 特約で制限可能だがやむを得ない場合は解除できる
- * 不利な時期の解除(#2)：訴訟の大詰めで弁護士が辞任する場合など
 - 但書：どうしようもない委任者との方針対立がある場合など

§651-1 委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができる

#2 当事者の一方が相手方に不利な時期に委任の解除をしたときは、その当事者の一方は、相手方の損害を賠償しなければならない。ただし、やむを得ない事由があったときは、この限りでない

§652 第六百二十条の規定は、委任について準用する

【大判昭 14.4.12】任意解除権を特約で放棄した場合の解除[昭 13 才 1813]

「校長タル職務ヲ委託シ且之ニ付一定ノ報酬ヲ支給スルコトヲ合意シタルモノニ外ナラサルコトヲ看取シ得ルカ故ニ当事者間ノ法律関係ハ畢竟法律行為ニ非サル事務ノ委託ニシテ所謂準委任関係ナリト認ムル……原審力之ヲ以テ民法所定ノ雇傭契約ニ該当スト為スハ妥当ナラスト雖原審ハ已ムコトヲ得サル事由ニ依ル解除ヲ認メタルモノ」ゆえ結局正当(上告人は品位失墜又は病氣以外では免職しないという解除権行使制限があったと主張)

* 行使が制限される場合

- ・ 委任が、委任者のみならず受任者にとっても利益になっている場合
- ダメ、ただし著しく不誠実・解除権を放棄していない場合(←広い)は認められる
- 取立委任(債権取立委任+取立債権の債務充当)の場合は放棄した場合にあたる

【大判大 9.4.24】受任者の利益にもなる場合は任意解除権行使はできない[大 9 才 174]

「委任ハ当事者双方ノ対人的信用関係ヲ基礎トスル契約ナルヲ以テ自己ノ信任セサル者ヲシテ其事務ヲ処理セシムルコト能ハサルト同時ニ自己ノ信任セサル人ノ事務ヲ処理スルハ受任者ノ人情トシテ堪ヘ難キ所ナリトス是民法第六百五十一条第一項ニ……規定シタル所以ナリ從テ同条ハ受任者力委任者ノ利益ノ為メニミ事務ヲ処理スル場合ニ適用アルモノニシテ其事務ノ処理力委任者ノ為メノミナラス受任者ノ利益ヲモ目的トスルトキハ委任者ハ同条ニヨリ委任ヲ解除スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相当トス蓋シ後ノ場合ニ於テ委任者力右法条ニヨリ何時ニテモ委任ヲ解除シ得ヘキモノトセムカ受任者ノ利益ハ著シク害セラルルニ至ルヘケレハナリ」

【最判昭 40.12.17】受任者の利益にもなる委任契約の任意解除を肯定[昭 39 才 98]

会社の負債弁済のためにした建物所有権移転登記の抹消請求。受任者は収入をそのまま返済に回す程度で、何ら収支面に寄与しなかった(原審認容、上告棄却)

「本件委任契約のごとく単に委任者の利益のみならず受任者の利益のためにも委任がなされた場合であつても、委任が当事者双方の対人的信用関係を基礎とする契約であることに徴すれば、受任者が著しく不誠実な行動に出た等やむをえない事由がある場合には、委任者において委任を解除することができる」

【最判昭 43.9.20】受任者の利益にもなる委任契約の任意解除を肯定[昭 42 才 219]

取立命令に基づく取立事件(工事の施工主への、破産会社債権者による支払請求)。事実上破産した会社の経営委任・残余工事の施行と代金受領を受任したのに、会社の動産を私物化したため、結局債権者の足並みが乱れ、

不渡を出してしまったもの。最判昭 40.12.17 を引用し解除を肯定。施工主の受任者への弁済の主張を退けた。

【最判昭 56.1.19 民集 35-1-1】解除権を放棄していないとして解除を認める[昭 54 才 353]

譲受債権請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し→差戻控訴：取消認容

共同住宅の賃貸人が管理会社たる被告と管理契約を締結し、賃借人の差し入れた保証金 880 万円を自由に利用できる代わり、管理業務を無償とし、かつ月 1 分の利息を約した。

「本件管理契約は、委任契約の範ちゆうに属するものと解すべきところ、本件管理契約の如く単に委任者の利益のみならず受任者の利益のためにも委任がなされた場合であつても、委任契約が当事者間の信頼関係を基礎とする契約であることに徴すれば、受任者が著しく不誠実な行動に出る等やむをえない事由があるときは、委任者において委任契約を解除することができるものと解すべきことはもちろんであるが(最判昭 40.12.17、同 43.9.20 参照)、さらに、かかるやむをえない事由がない場合であつても、委任者が委任契約の解除権自体を放棄したものとは解されない事情があるときは、該委任契約が受任者の利益のためにもなされていることを理由として、委任者の意思に反して事務処理を継続させることは、委任者の利益を阻害し委任契約の本旨に反することになるから、委任者は、民法六五一条に則り委任契約を解除することができ、ただ、受任者がこれによつて不利益を受けるときは、委任者から損害の賠償を受けることによつて、その不利益を填補されれば足りる」

- ・ 典型的な個人的信頼関係の破壊による解除(§653)：一方の死亡・破産、受任者の後見開始

＊ 特約による修正可能、特約を認定すべき場合もある（特に委任者死亡）

§653 委任は、次に掲げる事由によつて終了する

- 一 委任者又は受任者の死亡
- 二 委任者又は受任者が破産手続開始の決定を受けたこと
- 三 受任者が後見開始の審判を受けたこと

【大判昭 5.5.15】委任者が死亡しても終了しない場合（子の養育委託）[昭 4 才 1551]

「中学卒業二至ル迄ノ養育方ヲ委託シ上告人ハ右幼児ヲ引取り養育シツツアルコト及之カ報酬トシテ被上告人先代ヨリ毎月金三十円宛ヲ上告人ニ与フル旨ノ契約ヲ締結シタルコトハ原院ノ認ムル所ナリトスノ如ク被上告人先代力独立シテ生活スルノ能力ナキ幼児ヲ生後間モナク養育スルコトヲ上告人ニ委託シタルハ畢竟被上告人先代ト該幼児トノ間ニ特種ノ関係アリ而モ自己ノ手許ニ於テ養育スルコトヲ得サル事情ノ存スルカ為ニ外ナラサルコトハ社会ノ通念ニ照シ容易ニ思考スルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ仮リニ右委託関係ヲ目シテ原院認定ノ如ク民法ニ所謂準委任ノ法律関係ナリトスルモ契約当事者ノ意思ハ上告人ニ於テ右ノ幼児ヲ養育スル限り委託者ノ死亡ニ因リ其ノ委託関係ヲ終了セシメサル特約アリタルモノト認ムルヲ相当トス」(養育料請求認容)

【最判平 4.9.22】死後の後始末を託す委任契約[平 4 才 67]

入院中に入院費用の支払い、法要施行、謝礼金支払等を委託され、その死後に支払ったところ、原告たる相続人が残金の返還及び謝礼金の一部を独断として損賠請求したもの。原審は認容、被告上告

「自己の死後の事務を含めた法律行為等の委任契約が丙山と上告人との間に成立したとの原審の認定は、当然に、委任者丙山の死亡によつても右契約を終了させない旨の合意を包含する趣旨のものというべく、民法六五三条の法意がかかる合意の効力を否定するものでないことは疑いを容れないところ……原判決が丙山の死後の事務処理の委任契約の成立を認定しながら、この契約が民法六五三条の規定により丙山の死亡と同時に当然に終了すべきものとしたのは、同条の解釈適用を誤り、ひいては理由そごの違法がある」→死亡終了しない契約か、また被告主張の負担付き贈与にあたらないか審査するため破棄差戻し。

2. 委任終了後の処理

- ・ 善処義務(§654)：委任者等に引き継ぐまでに急迫の事情があった場合（契約の余後効）

＊ 性質：委任契約延長説(通説) ⇔ 事務管理類似説(旧有力)

§654 委任が終了した場合において、急迫の事情があるときは、受任者又はその相続人若しくは法定代理人は、

委任者又はその相続人若しくは法定代理人が委任事務を処理することができるに至るまで、必要な処分をしなければならない

- ・ 通知義務(§655) : 受任者が知らずに委任事務を行った場合にそれを保護するもの

§655 委任の終了事由は、これを相手方に通知したとき、又は相手方がこれを知っていたときでなければ、これをもってその相手方に対抗することができない

第11節 寄託 (657-666 条)

第1款 総論 (657-661,665,666 条)

1. 寄託契約の意義 (§657) : 相手方のために保管する約束で目的物を受け取ることで成立

→無償・片務・要物契約 (報酬があると有償・双務・要物契約)

→諾成的寄託契約 : 消費貸借と同様に考えられている (予約や諾成も可能)

§657 寄託は、当事者の一方が相手方のために保管をすることを約してある物を受け取ることによって、その効力を生ずる

・契約の種類と判断

*猫を預ける : 短時間なら寄託、長時間なら餌の世話など必要なので準委任

*銀行預金 : 実際には運用するので、消費寄託

*コインロッカーや貸金庫 : 場所を貸すだけなので、保管場所の賃貸借

2. 受寄者の義務

・保管義務 : 善管注意義務 (§400) だが、無償なら自己の財産と同一の注意でよい (§659)

※商人は、営業の範囲内であれば無償でも善管注意義務 (商法 593)

*「自己の財産と同一の注意」 : 具体的輕過失 = 当該個人の能力に応じて判断する

§659 無報酬で寄託を受けた者は、自己の財産に対するのと同じの注意をもって、寄託物を保管する義務を負う

§400 債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない

*寄託物の使用・第三者による保管の禁止 (§658) : 寄託者の承諾が必要、復代理人の規定準用

§658-1 受寄者は、寄託者の承諾を得なければ、寄託物を使用し、又は第三者にこれを保管させることができない

#2 §105 及び §107-2 の規定は、受寄者が第三者に寄託物を保管させることができる場合について準用する

・保管に付随する義務

*通知義務 (§660) : 第三者が寄託物について権利主張をして訴訟等をした場合

§660 寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差押え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならない

*委任の準用 (§665→646,647) : 受取物・果実引渡義務、権利移転義務、金銭消費の責任

§665 §646 から §650 まで (同条第三項を除く。) の規定は、寄託について準用する

・目的物返還義務 : 契約終了時の目的物返還義務

3. 寄託者の義務

・報酬支払義務 : 有償寄託の場合。保管物返還と報酬は同時履行関係

*委任を準用する (§665→648) : 無償原則、支払時期、履行の割合に応じた報酬請求権

・損賠義務 (§661) : 委任より軽減されている (寄託物の性質・瑕疵に限定)

§661 寄託者は、寄託物の性質又は瑕疵によって生じた損害を受寄者に賠償しなければならない。ただし、寄託者が過失なくその性質若しくは瑕疵を知らなかったとき、又は受寄者がこれを知っていたときは、この限りでない

・委任の準用 (§665→649,650-1,2) : 費用前払義務、費用償還義務、代弁済・担保提供義務

4. 特殊な寄託

・消費寄託 (§666) : 消費貸借を準用するが、寄託者→受寄者の返還請求のみ修正 (催告不要)

∴消費貸借は主に借主の利益のため、消費寄託は主に寄託者の利益のための契約

§666-1 第五節(消費貸借)の規定は、受寄者が契約により寄託物を消費することができる場合について準用する
#2 前項において準用する第五百九十一条第一項の規定にかかわらず、前項の契約に返還の時期を定めなかったときは、寄託者は、いつでも返還を請求することができる

- ・ 混蔵寄託：受寄者が複数の寄託者から同種の物を預り、混合して保管後、同量を返還するもの
→受寄者は処分権を有しないため、消費寄託とはいえない。小麦・石油、株券廃止前の株券
* 目的物の所有権の帰属：区別できないため、寄託者の共有となる

第2款 終了(662-664条)

1. 寄託の終了原因

- ・ 契約一般の終了原因
- ・ 寄託者の返還請求権(§662)：寄託者→受寄者はいつでもよい

§662 当事者が寄託物の返還の時期を定めたときであっても、寄託者は、いつでもその返還を請求することができる

- ・ 受寄者からの返還(§663)：返還時期の定めなし → いつでも、あり → やむを得ない事由必要
§663-1 当事者が寄託物の返還の時期を定めなかったときは、受寄者は、いつでもその返還をすることができる
#2 返還の時期の定めがあるときは、受寄者は、やむを得ない事由がなければ、その期限前に返還をすることができない

2. 返還の場所(§664)：原則として保管すべき場所。受寄者は正当理由で現在場所に変更できる

§664 寄託物の返還は、その保管をすべき場所で行なければならない。ただし、受寄者が正当な事由によってその物を保管する場所を変更したときは、その現在の場所で返還をすることができる

第12節 組合 (667-688 条)

第1款 総論 (667-669,674-677 条)

1. 組合契約の意義 (§667) : 各当事者が出資をして共同の事業を営むことの約束で成立
 - * 「共同」 : 単に出資にとどまり事業に関与しない場合は単なる融資 (組合ではない)
 - * 「事業」 : 営利でも非営利でもよく、一回的 (当座組合) でも継続的でもよい
→ 営利の場合は、組合員全員が利益配分を受けることが必要
(獅子組合 : 受益者が一部のもの。民法上の組合と認められない)
 - * 「出資」 : 金銭提供のほか、土地等、ノウハウ、労務など財産的価値があれば何でもよい
 - ・ 性質 : 双務契約説と合同行為説 → いずれにせよ双務契約の規定の適用は制限される
 - * 同時履行の抗弁権
 - ・ 業務執行者からの請求 : 抗弁権は主張できない (通説)
 - ・ 業務執行者がいない場合 : 出資義務未履行の組合員がいる場合、主張できるという説もある
 - * 危険負担 : 債権者主義は適用されない (∵ 組合の団体性 or 合同行為)
 - * 債務不履行解除 : 組合員の除名・脱退の規定によるべき (債務不履行解除は不適用)
 - * 組合契約締結上の瑕疵 (意思無能力、錯誤、詐欺などの扱い)
 - ・ 全部無効説 : 一部の瑕疵で全部失効。残りの者だけで存続する意思が認められれば存続
 - ・ 一部無効説 : 瑕疵ある組合員限りで無効、他は有効だがそれにより目的不達成なら組合解散
 - ・ 例 : JV、建物区分所有者間の管理組合、会社設立の際の発起人間の関係、労働組合、生協、共同鉱業者間 (鉱業法 44-5 による締結擬制)、船舶の共同所有者、頼母子講、無尽講など
- [§667-1](#) 組合契約は、各当事者が出資をして共同の事業を営むことを約することによって、その効力を生ずる
- [#2](#) 出資は、労務をその目的とすることができる
- ・ 社団と組合
 - * 起草者 : 人の団体は広義の組合、そのうち法人格を持つものが社団
 - * 通説 : 社団と組合の峻別論 (社団と組合は異質 → 権利能力なき社団の概念)
 - ・ 社団 : 法人格にふさわしい (構成員の個性希薄、多人数、構成員からの独立性)
 - ・ 組合 : 法人格がふさわしくない (構成員の個性濃厚、少人数、団体としての独自性希薄)
 - * 批判説 : 共通の目的を持って形成される団体は原則として広義の組合
→ このうち法人格を取得したものが社団法人
法人格がないが一定の要件を満たすものが権利能力なき社団

2. 組合の財産関係 (§668,669,674-677)

- ・ 所有権 : 合有 = 共有だが (§668)、団体的拘束の下に置かれ、自由な処分ができない (§676)
∵ 法人格がないから共有にするしかないが、分割を認めると組合が容易に崩壊してしまう
- * 持分処分は組合等に対抗できない (§676-1)
- ・ 持分譲渡は組合清算まで物権的には無効、持分権を差押えても無意味
- * 清算前は組合財産の分割を請求できない (§676-2)

[§668](#) 各組合員の出資その他の組合財産は、総組合員の共有に属する

[§676-1](#) 組合員は、組合財産についてその持分を処分したときは、その処分をもって組合及び組合と取引をした

第三者に対抗することができない

#2 組合員は、清算前に組合財産の分割を求めることができない

【大判大 2.6.28】組合員全員の合意で組合財産を分割することは可能

- ・ 債権：各組合員の分割債権ではない（→個別には請求できず、組合員共同して行う）
→組合員に対する債権を持っていても、組合への債務と相殺できない (§677)

§677 組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とを相殺することができない

- ・ 債務：各組合員の分割債務ではないが、組合員は無限責任を負う
→債権者は、組合財産があっても直接組合員に請求できる
→負担割合は組合員の損失分担の割合によるが、知らない場合は等分でよい (§675)
※組合員に訴求する場合、各組合員は固有の分割債務を負担する（通説）

※合名会社の補充責任(会社 580-1)・連帯責任とは異なる

§675 組合の債権者は、その債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知らなかったときは、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができる

【大判昭 11.2.25 民集 15-281】組合の債務は各組合員の分割債務とならない[S9 才 3066]

「組合財産は特定の目的（組合の事業経営）の為に各組合員個人の他の財産（私有財産）と離れ別に一団を為して存する特別財産（目的財産）にして其の結果此の目的の範囲に於ては或程度の独立性を有し組合員の私有財産と混同せらるることなし（民法第六百七十六条同第六百七十七条等皆此の趣旨に出でたるに外ならず）されば組合財産より生ずる果実若は組合の業務執行によりて取得ざる財産の如きは総て組合財産中に帰属し直接組合員の分割所有となることなし又之と同一く組合財産による債務（例へば民法第七百七十七条同第七百八十八条等によりて組合の負担する債務）其の他組合事業の経営によりて生ずる債務（所謂「組合債務」にして広義の「組合財産」の消極部分）は総て組合財産によりて弁済せらるるを本筋とし組合員の私有財産より支弁せらるるは常態に非ず此は組合員の一人が債権者たる場合に於ても異なるべき理由なき」

- ・ 損益分配の割合 (§674)：契約→出資の価額の割合 (#1)、利益・損失分担割合共通の推定 (#2)
§674-1 当事者が損益分配の割合を定めなかったときは、その割合は、各組合員の出資の価額に応じて定める
#2 利益又は損失についてのみ分配の割合を定めたときは、その割合は、利益及び損失に共通であるものと推定する
- ・ 金銭出資の懈怠 (§669)：利息のほか損害賠償の義務を負う
§669 金銭を出資の目的とした場合において、組合員がその出資をすることを怠ったときは、その利息を支払うほか、損害の賠償をしなければならない

第2款 業務執行（670-673条）

1. 業務執行の方法

- ・ 業務執行の決定 (§670)
 - ・ 業務執行者がいれば業務執行者、いなければ組合員の過半数で決する (#1,2)
 - ・ 常務（日常反復して行う軽微な業務）は他が異議を述べない限り単独で可能 (#3)

§670-1 組合の業務の執行は、組合員の過半数で決する

#2 前項の業務の執行は、組合契約でこれを委任した者（次項において「業務執行者」という。）が数人あるときは、その過半数で決する

#3 組合の常務は、前二項の規定にかかわらず、各組合員又は各業務執行者が単独で行うことができる。ただし、その完了前に他の組合員又は業務執行者が異議を述べたときは、この限りでない

- ・業務執行者

- * 組合員に業務執行を委任した場合

- ・ 権利義務(§671)：委任の規定の準用(§644～650)

- ・ 辞任・解任の制限(§672)：正当な事由が必要（解任は他の組合員の一致も必要）

- ※「正当な事由」：病気や使い込みの発覚等

§671 第六百四十四条から第六百五十条までの規定は、組合の業務を執行する組合員について準用する

§672-1 組合契約で一人又は数人の組合員に業務の執行を委任したときは、その組合員は、正当な事由がなければ、辞任することができない

#2 前項の組合員は、正当な事由がある場合に限り、他の組合員の一致によって解任することができる

- * 第三者に業務執行を委任した場合：まさに委任であり、§671-672 は不適用

- ・業務執行権を有しない組合員の検査権(§673)：帳簿検閲・財産有無調査など強力な権限

§673 各組合員は、組合の業務を執行する権利を有しないときであっても、その業務及び組合財産の状況を検査することができる

2. 対外的取引

- ・本則：法人格はないので、組合員全員が共同して取引する

→面倒なので、誰かが代理権を得て法律行為を行う

- ・業務執行者がいる場合：業務執行者が代理権を有する(判例)

- * 常務：各業務執行者は単独で代理できる(§670-3)

- * 常務以外で業務執行者の過半数の同意なく代理行為をした場合

- ・ 無権代理説：相手方は表見代理(§110)で保護する

- ・ 有効説：多数決は組合の内部関係ゆえ、代理行為は有効で、内部的責任のみ

- ※業務執行者の権限に加えた制限は善意無過失の第三者に対抗できない

【最判昭 38.5.31】業務執行者の権限に加えた制限の第三者への対抗[昭 35 才 1461]

資材代金等請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却（被告：三陸定置漁業組合）

組合規約に反して事業計画設定・借入金の最高限度の総会の議決を得ないまま組合長が漁業用資材取引をしたもの。被告らは取引に不同意を示しておらず、そもそも取引自体につき善意無過失だった。

「組合において特に業務執行者を定め、これに業務執行の権限を授与したときは、特段の事情がないかぎり、その執行者は組合の内部において共同事業の経営に必要な事務を処理することができることはもちろんのこと、いやしくも、組合の業務に関し組合の事業の範囲を超越しないかぎり、第三者に対して組合員全員を代表する権限を有し、組合規約等で内部的にこの権限を制限しても、その制限は善意無過失の第三者に対抗できない」

- ・業務執行者がいない場合

- * 常務：各組合員は単独で代理できる(§670-3)

- * 常務以外で過半数の同意あり：組合員の過半数において組合を代理できる(判例)

【最判昭 35.12.9 民集 14-13-2994】組合員の過半数による法律行為の有効性[昭 31 才 859]

「本件石炭売買取引の実際にあつたのが上告人 A、同 B、同 C、同 D の四名にすぎないことは当事者間に争いのないところであるが、右売買の法律上の効果は本件組合員たる上告人ら七名全員について生じたものと判断した趣旨と解すべきであり、右判断は正当……何故ならば、組合契約その他により業務執行組合員が定められている場合は格別、そうでないかぎり、対外的には組合員の過半数において組合を代理する権限を有する……からである」(売掛代金請求、原審認容、上告棄却。石炭会社設立の発起人組合が設立前に石炭を購入した代金)

(河村反対) §670-1 過半数で決すは、代理権授与も含むが、「同条の「組合員の過半数を以て決す」とは総組合員に決議に参加する機会を与え、その過半数の同意によつて業務執行の方法を決定することを要する趣旨と解すべきであつて、各組合員に対し賛否の意見を表す機会を与えることなく単に組合員の過半数の者において、業務執行を為し得ることを決めたものではない」→破棄差戻しすべき

＊常務以外で過半数の同意なし：同意しなかった組合員に対抗できない（～無権代理）

→学説によっては表見代理肯定説もある

【大判明 40.6.13】組合員と第三者の法律行為を他の組合員に対抗する要件[明 40 才 109]

要旨「組合員ノ1人ト第三者トノ間ニ成立シタル法律行為ヲシテ他ノ組合員ニ対抗スル効力ヲ生セシメンニハ組合員間ニ特別ノ意思表示アラサル限り必スヤ民法第670条ノ規定ニ依ルヘキモノトス」

- ・組合代理における顕名：理論上は組合員全員の顕名だが、組合名・肩書・代表者名で足りる

【最判昭 36.7.31】組合名・肩書・代表者名による顕名の有効性[昭 32 才 693]

定置漁業経営を目的とする民法上の組合につき、組合が購入した製縄代金支払のために「三陸定置漁業組合組合長理事栗田正夫」名義で代表者栗田が振出した約束手形2通につき、組合員宛訴求したもの。

「本件手形は、組合の代表者が、その権限にもとずき、組合のために、その組合代表者名義をもつて振出したものである以上、同組合の組合員は、手形上、各組合員の氏名が表示された場合と同様、右手形について共同振出人として、合同してその責を負うものと解するを相当とする」

(奥野・山田反対) 手形の顕名主義から、「法人格を有しない民法上の組合の名称を手形上に表示しても、固よりその表示が組合の構成員たる各組合員の表示とみることはできないし、また組合長、理事等組合の業務執行者の表示は各組合員の代理人の表示とみることもできない」→組合長のみ支払義務を負い、組合長は業務執行の範囲内であれば組合財産・組合員に求償権を行使すべき。直接組合員に手形債務を負担させるべきでない。

3. 組合と訴訟

- ・原則は組合員全員で共同して訴訟当事者となるべき（固有必要的共同訴訟）
- ・代表者又は管理人の定めがある場合：法人格なき社団として当事者能力を有する(民訴 29)

【最判昭 37.12.18】民法上の組合の当事者能力（積極）[昭 34 才 130]

- ・業務執行組合員を任意的訴訟担当とできる場合もある

【最大判昭 45.11.11】業務執行組合員の任意的訴訟担当（積極）[昭 42 才 1032]

「民法上の組合において、組合規約に基づいて、業務執行組合員に自己の名で組合財産を管理し、組合財産に関する訴訟を進行する権限が授与されている場合には、単に訴訟進行権のみが授与されたものではなく、実体上の管理権、対外的業務執行権とともに訴訟進行権が授与されているのであるから、業務執行組合員に対する組合員のこのような任意的訴訟信託は、弁護士代理の原則を回避し、または信託法一条の制限を潜脱するものとはいえず、特段の事情のないかぎり、合理的必要を欠くものとはいえないのであつて、民訴法四七条による選定手続によらなくても、これを許容して妨げない」

第3款 組合の変動・終了（678-688条）

1. 組合員の変動

- ・任意脱退(§678)

＊存続期間が不定またはある組合員の終身の間である場合(#1)

→いつでも脱退できるが、組合に不利な時期はダメ（やむを得ない事由があれば可能）

＊存続期間が定められている場合(#2)

→やむを得ない事由があれば脱退できる（運営方針にかかる意見相違など）

§678-1 組合契約で組合の存続期間を定めなかったとき、又はある組合員の終身の間組合が存続すべきことを定めたときは、各組合員は、いつでも脱退することができる。ただし、やむを得ない事由がある場合を除き、組合に不利な時期に脱退することができない

#2 組合の存続期間を定めた場合であっても、各組合員は、やむを得ない事由があるときは、脱退することができる

* 合意による脱退の制限の限界：§678-2 は強行法規 → やむを得ない場合までは制限不可

【最判平 11.2.23 民集 53-2-193】合意による任意脱退の制限の可否[平 7 才 1747]

存続期間の定めのないヨットクラブの規約に「会員の権利の譲渡及び退会に関して、「オーナー会議で承認された相手方に対して譲渡することができる。譲渡した月の月末をもって退会とする。（これは、不良なオーナーをふせぐ為である。）」との規定がある」が、脱退の意思表示をした組合員による立替金返還等請求。原審は、解散請求ができるから持分譲渡以外での任意脱退を認めない規約を有効とした。

「民法六七八条は、組合員は、やむを得ない事由がある場合には、組合の存続期間の定めの有無にかかわらず、常に組合から任意に脱退することができる旨を規定している……ところ、同条のうち右の旨を規定する部分は、強行法規であり、これに反する組合契約における約定は効力を有しない……けだし、やむを得ない事由があっても任意の脱退を許さない旨の組合契約は、組合員の自由を著しく制限するものであり、公の秩序に反するものというべきだからである」「本件規定は……やむを得ない事由があっても任意の脱退を許さないものとしていることになるから、その限度において、民法六七八条に違反し、効力を有しない……このことは、本件規定が設けられたことについて一 4 のとおりの理由【出資金払戻しの財源がなく、会員が減ると月会費や作業負担が増えるため会員数を維持する必要があること】があり、本件クラブの会員は、会員の権利を譲渡し、又は解散請求をすることができるという事情があっても、異なるものではない」→「やむを得ない事由」の検討のため破棄差戻し。

・ 非任意脱退

* 組合員個人間の信頼関係が失われた場合(§679)：死亡・破産・後見開始・除名

・ 除名の要件(§680)：正当な事由＋他の組合員の一致（＋除名した組合員への通知）

§679 前条の場合のほか、組合員は、次に掲げる事由によって脱退する

一 死亡 / 二 破産手続開始の決定を受けたこと / 三 後見開始の審判を受けたこと / 四 除名

§680 組合員の除名は、正当な事由がある場合に限り、他の組合員の一致によってすることができる。ただし、除名した組合員にその旨を通知しなければ、これをもってその組合員に対抗することができない

* 持分会社における差押債権者による退社請求(会社 609-1)の類推適用

→組合員の債権者が持分を差し押さえた場合に類推適用を肯定する説もある

・ 脱退の効果(§681)

* 脱退時の組合財産の状況に従った払戻し(#1)・時期の例外(#3)：債務超過なら払込が必要

・ 金銭での払戻し(#2)：現物出資を払い戻すと業務に支障が出る恐れがあるから

§681-1 脱退した組合員と他の組合員との間の計算は、脱退の時ににおける組合財産の状況に従ってしなければならない

#2 脱退した組合員の持分は、その出資の種類を問わず、金銭で払い戻すことができる

#3 脱退の時にまだ完了していない事項については、その完了後に計算をすることができる

* 組合は同一性をもって存続する

* 脱退組合員の権利義務：事業には無関係になるが、脱退時の既存債務には無限責任を負う

・ 組合への加入：加入者と既存組合員の契約で組合の同一性を維持したまま可能(通説)

・ 組合員たる地位の譲渡：組合契約で認められているか、他の組合員の同意があれば可能

2. 組合の解散

- ・ 意義：契約の解除ではなく、解散による → 将来効しかない(§684→620：賃貸借解除の効力)
§684 第六百二十条の規定は、組合契約について準用する
§620 前段 賃貸借の解除をした場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずる
- ・ 契機
 - * 法定の解散事由(§682)：目的事業の成功又は成功不能
 - * 解散請求(§683)：やむを得ない事由があるときに組合員は解散請求できる
§682 組合は、その目的である事業の成功又はその成功の不能によって解散する
§683 やむを得ない事由があるときは、各組合員は、組合の解散を請求することができる
 - * 組合契約で定めた解散事由、存続期間満了、組合員全員の合意、組合員が一人になること

3. 組合の清算

- ・ 清算人(§685)：総組合員が共同して行つか、総組合員の過半数で別に選任する
§685-1 組合が解散したときは、清算は、総組合員が共同して、又はその選任した清算人がこれをする
#2 清算人の選任は、総組合員の過半数で決する
* 清算人の業務執行の方法(§686→671)、清算人たる組合員の辞任・解任(§687→672)
§686 第六百七十条の規定は、清算人が数人ある場合について準用する
§687 第六百七十二条の規定は、組合契約で組合員の中から清算人を選任した場合について準用する
- ・ 清算人の職務(§688)：職務の内容(#1)、権限(#2)、残余財産の出資価額に応じた分割(#3)
§688-1 清算人の職務は、次のとおりとする
一 現務の結了 / 二 債権の取立て及び債務の弁済 / 三 残余財産の引渡し
#2 清算人は、前項各号に掲げる職務を行うために必要な一切の行為をすることができる
#3 残余財産は、各組合員の出資の価額に応じて分割する

第13節 終身定期金（689-694 条）

第1款 総論（689-694 条）

1. 意義(§689)：自己・相手方・第三者の死亡までの受益者への定期の給付の約束により成立
→無償・片務・諾成契約
§689 終身定期金契約は、当事者の一方が、自己、相手方又は第三者の死亡に至るまで、定期に金銭その他の物を相手方又は第三者に給付することを約することによって、その効力を生ずる
2. 解除関係(§691,692)
§691-1 終身定期金債務者が終身定期金の元本を受領した場合において、その終身定期金の給付を怠り、又はその他の義務を履行しないときは、相手方は、元本の返還を請求することができる。この場合において、相手方は、既に受け取った終身定期金の中からその元本の利息を控除した残額を終身定期金債務者に返還しなければならない
#2 前項の規定は、損害賠償の請求を妨げない
§692 第五百三十三条の規定は、前条の場合について準用する
3. 存続宣告(§693)：債務者が終身定期金終了条件たる死亡を生じさせた場合
§693-1 終身定期金債務者の責めに帰すべき事由によって第六百八十九条に規定する死亡が生じたときは、裁判所は、終身定期金債権者又はその相続人の請求により、終身定期金債権が相当の期間存続することを宣告することができる
#2 前項の規定は、第六百九十一条の権利の行使を妨げない

4. 雑則(§690,694)

§690 終身定期金は、日割りで計算する

§694 この節の規定は、終身定期金の遺贈について準用する

第14節 和解 (695,696 条)

第1款 総論

1. 意義 (§695) : 当事者が互いに譲歩し、間に存する争いをやめることの約束で成立

→有償・双務・諾成契約 (但し、新たな法律関係の創設が目的ではない)

§695 和解は、当事者が互いに譲歩をしてその間に存する争いをやめることを約することによって、その効力を生ずる

・ 和解の種類

＊ 民法上の和解

＊ 裁判上の和解 : 訴え提起前の和解(民訴 275)、訴訟上の和解(民訴 89)

＊ 調停 : 民事調停(民事調停法)、家事調停(家事事件手続法)など

※ 仲裁(仲裁法)、一方が全面的に譲歩する示談はいずれも和解ではない

2. 要件

・ 法律関係についての争いの存在

＊ 厳密に権利義務の争いの存在を要求すべきか

→実務は資金不足など(債務の存在は争わない場合)も含めている

＊ 争いの対象は当事者が自由に処分できるものでなければならない

【大判昭 6.11.3】 認知請求権を放棄する和解は無効 (認知請求権は放棄できないから)

・ 当事者が互いに譲歩すること (互譲)

∴両者が互いに譲歩し合ったからこそ和解の確定効を与えるべき

・ 紛争終結の合意

3. 効力

・ 和解の確定効 (§696) : 反対の証拠が出てきても和解した通りの権利関係を確定させるもの

→もともとの権利関係が異なっていた場合、和解により権利関係の変動を生じたものとする

§696 当事者の一方が和解によって争いの目的である権利を有するものと認められ、又は相手方がこれを有しないものと認められた場合において、その当事者の一方が従来その権利を有していなかった旨の確証又は相手方がこれを有していた旨の確証が得られたときは、その権利は、和解によってその当事者の一方に移転し、又は消滅したものとする

＊ 錯誤無効の主張はできない (和解の前提として争われた事項について)

【最判昭 36.5.26】 互譲の対象となった事項についての錯誤主張(否定)[昭 32 才 191]

地主から立ち退きを求められた借地人が取去費用相当額を受け取って立ち退いたのち、建物買取請求権を知らなかったとして調停の錯誤無効を主張したもの

「上告人において法定更新の適用を知らなかつた点第一次調停には要素の錯誤が」あり、原審が誤解したというのが「右調停において民法上の和解の対象となつたのは借地権の存否自体だつたのであるから、この和解において判示期限後における借地権の消滅が合意せられた以上、後に法定更新の点が判明したとしても、民法六九六条により、和解の効力を争うことは許されない」(調停及び和解無効及び借地権確認、原審棄却、上告棄却)

・ 和解の前提として争われなかった事実については可能 (和解基礎に関する錯誤)

【大判大 6.9.18】 債務の弁済方法についての和解後、債務の存在について錯誤無効を認める

【最判昭 33.6.14 民集 12-9-1492】 和解により代物弁済で譲渡された苺ジャムの品質の錯誤

→和解契約自体の錯誤無効を認める

- ・ 和解と後遺症：示談後予想以上に重傷と判明した場合

【最判昭 43.3.15 民集 22-3-587】 江洲運輸事件[昭 40 才 347]

損賠請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

事故後は複雑骨折で全治 15 週と診断されたため、入院中の事故の 9 日後に 10 万円と引き換えに「今後本件事故による治療費その他慰藉料等の一切の要求を申し立てない旨の示談契約」をし 10 万円を受領したが、事故の 1 カ月以上後に重傷が判明し、77 万円の損害を受けたもの。労災事案のため、原告は国。

「一般に、不法行為による損害賠償の示談において、被害者が一定額の支払をうけることで満足し、その余の賠償請求権を放棄したときは、被害者は、示談当時にそれ以上の損害が存在したとしても、あるいは、それ以上の損害が事後に生じたとしても、示談額を上回る損害については、事後に請求しえない趣旨と解する」が、「このように、全損害を正確に把握し難い状況のもとにおいて、早急に小額の賠償金をもつて満足する旨の示談がされた場合においては、示談によつて被害者が放棄した損害賠償請求権は、示談当時予想していた損害についてのもののみと解すべきであつて、その当時予想できなかつた不測の再手術や後遺症がその後発生した場合その損害についてまで、賠償請求権を放棄した趣旨と解するのは、当事者の合理的意思に合致するものとはいえない」

第3章 事務管理 (697-702 条)

第1節 事務管理

第1款 総論

1. 意義(§697) : 義務なく他人の事務を管理した第三者を保護するための規定
2. 要件 : 義務なく + 他人のため + 管理者が + 本人の利益になる方法 or 本人の意思に従うこと

§697-1 義務なく他人のために事務の管理を始めた者（以下この章において「管理者」という。）は、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理（以下「事務管理」という。）をしなければならない

#2 管理者は、本人の意思を知っているとき、又はこれを推知することができるときは、その意思に従って事務管理をしなければならない

* 義務なく

- ・ 本人との関係で法律上の義務がないこと（委任関係や親権があれば事務管理ではない）
- ・ 職務そのものとはいえない公法上の義務があっても成立しうる(船員 14 等)
⇔職務そのものなら成立しない(警察官や消防署員の救助行為)

船員 14 船長は、他の船舶又は航空機の遭難を知ったときは、人命の救助に必要な手段を尽さなければならない

* 他人のために : 他人のためにする意思が必要 (= 事務管理意思)

- ・ 自分のためにした行為なら、結果的に他人のためになっても認められない

* 事務の管理を始めた者が : 事務は法律行為でも事実行為でもよい

- ・ 客観的他人の事務 : 客観的に行為の性質上他人の事務（隣家のガラス窓の修理）
- ・ 主観的他人の事務(中性の事務) : 行為の性質上は自己の事務になりうる事務(修理材料購入)

【最判平 22.1.19】他人の事務の範囲[H21 受 96:判時 2070-51]

XY 共有の不動産を Y が単独で賃貸し、賃料を一人占めしたもの。X→Y の不当利得返還請求に対して、Y が賃料収入の X 分も自分の収入として申告し、所得税・市県民税を過大に払ったのが事務管理であるとして相殺を主張したもの（不当利得返還請求→認容(相殺否定)/変更(相殺肯定)/破棄自判(控訴棄却 = 相殺否定)

「所得税は……個人の所得に対して課される税であり、納税義務者は当該個人である。本来他人に帰属すべき収入を自己の収入として所得金額を計算したため税額を過大に申告した場合であっても、それにより当該他人が過大に申告された分の所得税の納税義務を負うわけではなく、申告をした者が申告に係る所得税額全額について納税義務を負うことになる。また、過大な申告をした者が申告に係る所得税を全額納付したとしても、これによって当該他人が本来負うべき納税義務が消滅するものではない……共有者の 1 人が共有不動産から生ずる賃料を全額自己の収入として不動産所得の金額を計算し、納付すべき所得税の額を過大に申告してこれを納付したとしても、過大に納付した分を含め、所得税の申告納付は自己の事務であるから、他人のために事務を管理したということはできず、事務管理は成立しない……市県民税についても同様」

* 事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法、又は本人の意思に従い事務管理したこと

- ・ 本人の意思に反し、本人に不利であることが明かになると継続してはならない(§700 但)

←公序良俗違反等違法な本人の意思は事務管理の成立を妨げない : 自殺者の救助は事務管理

3. 管理者の義務

- ・ 管理継続義務(§700) : 自ら始めたから最後まで責任を持つべき

§700 管理者は、本人又はその相続人若しくは法定代理人が管理をすることができるに至るまで、事務管理を継続しなければならない。ただし、事務管理の継続が本人の意思に反し、又は本人に不利であることが明らかであ

るときは、この限りでない

- ・通知義務(§699)

§699 管理者は、事務管理を始めたことを遅滞なく本人に通知しなければならない。ただし、本人が既にこれを知っているときは、この限りでない

- ・委任の規定の準用(§701→645～647)：顛末報告・受領物引渡等・金銭消費の利息支払の義務

§701 第六百四十五条から第六百四十七条までの規定は、事務管理について準用する

- ・緊急事務管理(§698)：反対解釈により、これに該当しない場合は善管注意義務(§644)を負う

- * 急迫の危害を免れさせるためなら責任が軽減される。悪意は害意をいう

- ・例：飛行機中で急病人をたまたま乗り合わせた医師による診療

§698 管理者は、本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるために事務管理をしたときは、悪意又は重大な過失があるものでなければ、これによって生じた損害を賠償する責任を負わない

4. 本人の義務

- ・事務管理の費用償還義務(§702)

- * 有益な費用の償還請求権(#1)

- ・有益な費用：有益費だけでなく、必要費も含む。有益の判断は管理時

- * 有益な債務の代弁済・担保提供義務(#2→§650-2)

- * 管理者が本人の意思に反して事務管理をしたときは、いずれも現存利益の限度内(#3)

- ・最初から明かなら事務管理でないから、開始時には反しているか分からなかった場合の規定

§702-1 管理者は、本人のために有益な費用を支出したときは、本人に対し、その償還を請求することができる

#2 第六百五十条第二項の規定は、管理者が本人のために有益な債務を負担した場合について準用する

#3 管理者が本人の意思に反して事務管理をしたときは、本人が現に利益を受けている限度においてのみ、前二項の規定を適用する

§650-2 受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる債務を負担したときは、委任者に対し、自己に代わってその弁済をすることを請求することができる。この場合において、その債務が弁済期にないときは、委任者に対し、相当の担保を供させることができる

- ・事務管理者の報酬請求権：認められていない

- * 特別法で認める場合あり：遺失物 4,水難救助 24-2,商 800(船舶・積荷の海難救助料)

5. 第三者との関係：事務管理は代理権までは生じない

【最判昭 36.11.30】事務管理者が本人の名でした法律行為[S36 才 342:民集 15-10-2629]

亡Aの訴外事務管理者(娘婿)が生活難から不動産売却手数料として建物を贈与したもの。

「事務管理は、事務管理者と本人との間の法律関係を謂うのであつて、管理者が第三者となした法律行為の効果が本人に及ぶ関係は事務管理関係の問題ではない。従つて、事務管理者が本人の名で第三者との間に法律行為をしても、その行為の効果は、当然には本人に及ぶ筋合のものではなく、そのような効果の発生するためには、代理その他別個の法律関係が伴うことを必要とするものである」(所有権移転登記請求→認容/取消棄却/棄却)

6. 事務管理の追認：(本人の利益に反するなど)要件を欠く事務管理を適法な事務管理とするもの

- ・効果：費用償還請求権が発生する

- ・事務管理者の無権代理行為を追認するのとは異なる(が、通常はその追認の意思も含まれる)

7. 準事務管理：「他人のために」する意思を欠く場合

- ・他人の権利を使って得た利益を吐き出させるための理論

- ・ 現在は特別法で権利者の損害額と推定する規定があり、議論はほとんどない

第4章 不当利得 (703-708 条)

第1節 不当利得

第1款 不当利得の一般原則 (703,704 条)

1. 意義：受益者とそのために損失を被った者がいる場合に利得を返還させるもの
 - ・ 統一的理解(旧通説)←類型論（大きく分けると給付利得と侵害利得）
 - * 給付利得：外見上有効な法律上の根拠(表見的法律関係)に基いて、財産的利益(財貨)を移転(給付)したが、その後に契約が失効した場合
 - ・ もとの契約や民法の規定を反映させるべき(同時履行の抗弁権等)
 - * 侵害利得：外形上も契約関係がないのに、一方の権利を他方が侵害し利益を得た場合
 - ・ 何の法律上の原因もなく財産的利益が移転するから、物権的請求権に近い
 - * その他
 - ・ 費用支出による利得(有益費償還請求) ← 特に規定のない限り一般には認めるべきでない
 - ・ 求償(他人の債務の弁済)：共同不法行為者間の求償は規定を欠く
 2. 要件(§703)：受益・損失・受益と損失の因果関係・法律上の原因の不存在
- §703 法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者（以下この章において「受益者」という。）は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う
- ・ 受益・損失・受益と損失の因果関係
 - * 給付利得：財貨の給付が受益・損失の両面を持つ → 因果関係肯定(当事者の確定機能)
 - ・ 占有の不当利得：不動産売買が失効した場合に所有権は売主に残る → 占有を受益とする
 - ・ 損失の有無：共同相続人の一部が遺産たる預金の全額を引き出した場合
→ 払戻し時点で銀行に損失が生じ、相続人の一部への不当利得が成立する

【最判平 17.7.11】預金払戻しと銀行の損失発生時期[H16 受 2134:判タ 1192-253]

(甲)X→B 預金の 1/3 返還、(乙)B→Y1,Y2 預金の各 1/6 返還→一審：全棄却→XB 控訴：甲認容,乙棄却→B 上告：甲棄却,乙変更認容（相続人 X,Y1,Y2 で前妻の子 X を隠して Y らが B から払戻しを受けたもの）

「被上告人らは、本件預金のうちCの法定相続分相当額の預金については、これを受領する権限がなかったにもかかわらず、払戻しを受けたものであり、また、この払戻しが債権の準占有者に対する弁済に当たるということもできない……そうすると、本件払戻しのうちCの法定相続分相当額の預金の払戻しは弁済としての効力がなく、Cは、本件預金債権のうち自己の法定相続分に相当する預金債権を失わない……したがって、上告人は、本件払戻しをしたことにより、本件預金のうちCの法定相続分に相当する金員の損失を被った……本件払戻しにより被上告人らがCの法定相続分に相当する金員を利得したこと、被上告人らの利得については法律上の原因が存在しないこともまた明らか……したがって、上告人は、被上告人らに対し、本件払戻しをした時点において、本件預金のうちCの法定相続分に相当する金員について、被上告人らに対する不当利得返還請求権を取得した」

【最判平 16.10.26】共同相続人に対する対抗[H16 受 458 判タ 1169-155]

全額引き出した相続人 Y が、相続人 X からの不当利得返還請求に対して、払戻した銀行に過失があり弁済は無効であるから、X は預金債権を有するので「損失」がないと主張したものの。

「(1) 上告人は、本件各金融機関から被上告人相続分の預金について自ら受領権限があるものとして払戻しを受けておきながら、被上告人から提起された本件訴訟において、一転して、本件各金融機関に過失があるとして、自らが受けた上記払戻しが無効であるなどと主張するに至ったものであること、(2) 仮に、上告人が、本件各金融機関がした上記払戻しの民法 478 条の弁済としての有効性を争って、被上告人の本訴請求の棄却を求める

ことができるとすると、被上告人は、本件各金融機関が上記払戻しをするに当たり善意無過失であったか否かという、自らが関与していない問題についての判断をした上で訴訟の相手方を選択しなければならないことになるが、何ら非のない被上告人が上告人との関係でこのような訴訟上の負担を受忍しなければならない理由はないことなどの諸点にかんがみると、上告人が上記のような主張をして被上告人の本訴請求を争うことは、信義誠実の原則に反し許されないものというべき」(不当利得金返還請求→認容／棄却)

＊侵害利得：財産的利益の移動が財貨帰属割当てに反すること・他人の財貨からの利得

＝物権や債権など財産的利益が誰に帰属するか決めてある権利を侵害して利益を得ること

・受益：目的物の使用・消費・処分により得た利益

・損失：あまりこだわらない(まったく使う予定がなくても、通常の使用料相当額は認める)

→使用者の才覚で通常以上の利得が生じれば、「損失」の範囲に限定される

・因果関係：法律上の原因の有無＝社会観念上の因果関係があれば足りる(通説)

・法律上の原因がないこと

※立証責任は請求側にある → 面倒＋浪費の抗弁がありうるため、不法行為等損賠請求が多い

＊給付利得：表見的法律関係が実は存在しなかったこと

・例：契約無効・取消し・解除、損賠をしたら不法行為不成立だった、扶養後の養子縁組無効

・二重の「法律上の原因」：任意弁済をしたのに強制執行された場合など(強制執行に原因なし)

・競合的法律関係：月極駐車場の新所有者と賃借人(賃料既払なら受益がなく不当利得はない)

＊侵害利得：具体的法律関係が何ら存在しないこと(使用貸借関係等がないこと)

【最判昭 35.9.20】留置権があっても使用に「法律上の原因」はない[民集 14-11-2227]

＊三角関係の不当利得：甲が乙との法律関係に基づき丙に給付後、乙に返還を請求する場合

→甲乙関係を補償関係、乙丙関係を対価関係と呼ぶ

・補償関係が消滅した場合：甲→乙へ不当利得返還請求(最判平 10.5.26 の一般論部分)

・補償関係が元々なかった場合：第三者弁済(甲→乙へ求償可能＝不当利得発生)

・対価関係が元々なかった場合：銀行が過失なく払戻した場合(乙→丙へ不当利得返還請求)

・補償・対価関係とも欠ける場合：甲→丙へ不当利得返還請求(最判平 10.5.26 の事案部分)

【最判平 10.5.26 民集 52-4-985】三角関係の不当利得

約束手形金請求→認容／破棄自判(請求棄却)

X→Y への貸金契約を結び、A 指定した会社の口座に振り込むよう依頼し振り込まれたが、その後 Y が A の強迫を理由に取消したもの、X が Y は悪意の受益者であるとして不当利得返還を請求したもの。

「消費貸借契約の借主甲が貸主乙に対して貸付金を第三者丙に給付するよう求め、乙がこれに従って丙に対して給付を行った後甲が右契約を取消した場合、乙からの不当利得返還請求に関しては、甲は、特段の事情のない限り、乙の丙に対する右給付により、その価額に相当する利益を受けたものとみるのが相当である。ただし、そのような場合に、乙の給付による利益は直接には右給付を受けた丙に発生し、甲は外見上は利益を受けないようにも見えるけれども、右給付により自分の丙に対する債務が弁済されるなど丙との関係に応じて利益を受け得るのであり、甲と丙との間には事前に何らかの法律上又は事実上の関係が存在するのが通常だからである。また、その場合、甲を信頼しその求めに応じた乙は必ずしも常に甲丙間の事情の詳細に通じているわけではないので、このような乙に甲丙間の関係の内容及び乙の給付により甲の受けた利益につき主張立証を求めることは乙に困難を強いるのみならず、甲が乙から給付を受けた上で更にこれを丙に給付したことが明らかな場合と比較したとき、両者の取扱いを異にすることは衡平に反するものと思われるから」「本件の場合……上告人と北斗道路との間に

は事前に何らの法律上又は事実上の関係はなく、上告人は、笹原の強迫を受けて、ただ指示されるままに本件消費貸借契約を締結させられた上、貸付金を北斗道路の右口座へ振り込むよう被上告人に指示した……から、先にいう特段の事情があった場合に該当する……上告人は、右振込みによって何らの利益を受けなかったというべき」

＊ 目的不到達による不当利得：結納返還請求 ← 単に婚約不成立を解除条件とする贈与とすべき

【大判大 6.2.28】 結納金は婚約成立を予想し授受する一種の贈与[民録 23-292]

＊ 騙取金による弁済：社会観念上の連結＋受領者の悪意重過失で返還請求可

← 悪意重過失は騙取者無資力など確実に被騙取者を害することを知っているかで判断すべき

← 有価証券の善意取得のように考えればよい

【大判大 8.10.20】 騙取金による弁済[民録 25-1890]

M が Y 名義で A から借りた借金の返済のため、X から資金を騙取し、借金を弁済したもの。

要旨「他人の損失と受益者の受益とは直接の因果関係あることを要し、其受益の発生原因と其損失の発生原因とが直接に関連せずして中間の事実介在し、他人の損失は該中間事実起因するときは其損失は受益者の利益の為に生じたるものと謂ふを得ざれば受益者は其他人に対し不当利得返還の責に任ずることなきものとす」

【最判昭 42.3.31】 騙取金による弁済[民集 21-2-475]

X から詐取した金員で Y への売掛金を払ったもの（示談金請求→棄却／棄却）

「被上告人は、自己らに対して亀山が負担する債務の弁済として本件金員を善意で受領したのであるから、法律の原因に基づいてこれを取得したものというべきであり、右金員が前記のように亀山において上告人から騙取したものであるからといつて、被上告人についてなんら不当利得の関係を生ずるものではない」

【最判昭 49.9.26 民集 28-6-1243】 騙取金による弁済[S45 才 540]

農林事務間 A が農協連 X の経理課長 B と共謀し国庫交付金を詐取し、発覚防止のため B に X 名義の小切手を振り出させて A に手交、C 農協連に送金したが怪しまれて発覚し、送金した金員は国 Y へ戻して全額国への返済に充てた。原審は因果関係を否定した。金員返還請求→棄却／一部破棄差戻し

「およそ不当利得の制度は、ある人の財産的利得が法律上の原因ないし正当な理由を欠く場合に、法律が、公平の観念に基づいて、利得者にその利得の返還義務を負担させるものであるが、いま甲が、乙から金銭を騙取又は横領して、その金銭で自己の債権者丙に対する債務を弁済した場合に、乙の丙に対する不当利得返還請求が認められるかどうかについて考えるに、騙取又は横領された金銭の所有権が丙に移転するまでの間そのまま乙の手中にとどまる場合にだけ、乙の損失と丙の利得との間に因果関係があるとなすべきではなく、甲が騙取又は横領した金銭をそのまま丙の利益に使用しようと、あるいはこれを自己の金銭と混同させ又は両替し、あるいは銀行に預入れ、あるいはその一部を他の目的のため費消した後その費消した分を別途工面した金銭によつて補填する等してから、丙のために使用しようと、社会通念上乙の金銭で丙の利益をはかつたと認められるだけの連結がある場合には、なお不当利得の成立に必要な因果関係がある……丙が甲から右の金銭を受領するにつき悪意又は重大な過失がある場合には、丙の右金銭の取得は、被騙取者又は被横領者たる乙に対する関係においては、法律上の原因がなく、不当利得となる」（悪意重過失判断のため破棄差戻し）

＊ 誤振込み：振込みは原因関係から切り離された資金移動手段である

→誤振込でも預金債権が成立するが、行使はできない

【最判平 8.4.26 民集 50-5-1267】 誤振込された預金の扱い[H4 才 413]

差し押さえた預金債権 572,2898 円のうち 558,3030 円が誤振込だったもの（トウシン事件）

「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得する」「振込依頼人と受取人との間に振込みの原因

となる法律関係が存在しないにもかかわらず、振込みによって受取人が振込金額相当の預金債権を取得したときは、振込依頼人は、受取人に対し、右同額の不当利得返還請求権を有することがあるにとどまり、右預金債権の譲渡を妨げる権利を取得するわけではないから、受取人の債権者がした右預金債権に対する強制執行の不許を求めることはできない」(第三者異議→認容／棄却／破棄自判・取消棄却)

【名古屋高判 17.3.17 金法 1745-34】誤振込と銀行の相殺

当座口座宛の誤振込を組戻そうとしたが、被仕向銀行が名義人の同意があるのに自己の債権と相殺するため拒否したもの。不当利得返還請求→認容→棄却→上告受理申立

「振込依頼人が、誤振込みを理由に、仕向銀行に組戻しを依頼し、受取人も、振込依頼人の誤振込みによる入金であることを認めて、被仕向銀行による返還を承諾している場合には……受取人と被仕向銀行との間に振込金額相当の(当座)預金契約が成立したとしても、正義、公平の観念に照らし、その法的処理において、実質はこれが成立していないのと同様に構成し、振込依頼人が誤振込みを理由とする振込金相当額の返還を求める不当利得返還請求においては、振込依頼人の損失によって被仕向銀行に当該振込金相当額の利得が生じたものとして、組戻しの方法をとるまでもなく、振込依頼人への直接の返還義務を認めるのが相当」

【最判 20.10.10 判時 2026-13】原因関係なく取得した預金債権の行使[H19 受 152]

預金払戻請求→一部認容(91%)→双方控訴：取消棄却→上告：破棄差戻し→和解

泥棒が夫婦の預金通帳等を盗み、夫の定期預金を解約して妻の口座に入金、妻の口座から払戻しを受けたもの(被告Y銀行過失あり)。Yは権利濫用を主張し原審もそれを認めた(妻の口座への入金は誤振込同様原因関係がなく、妻は払戻しを受ける正当な利益がないから)。

原因関係のない振込みでも普通預金債権が成立するが、「法律関係が存在しないために受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負う場合であっても、受取人が上記普通預金債権を有する以上、その行使が不当利得返還義務の履行手段としてのものなどに限定される理由はない……受取人の普通預金口座への振込みを依頼した振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しない場合において、受取人が当該振込みに係る預金の払戻しを請求することについては、払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情があるときは、権利の濫用に当たるとしても、受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負担しているというだけでは、権利の濫用に当たるということはできない」(準占有者への弁済の審理のため差戻し)

* 転用物訴権：契約上の給付が相手方のみならず第三者の利益となった場合の返還請求権

- ①費用が第三者の負担であった場合 → 第三者は相手方に費用償還義務がある
- ②費用が相手方の負担であった場合 → 通常賃料が安く、第三者は二重の負担を負う
- ③第三者は無償で利得を得る場合(相手方負担+賃料も相場通り、求償権放棄など)

→すべて転用物訴権は認めない(多数)、③だけ認めるべき(有力、H7 判決)

→§650-2 代弁請求権を代位行使する、③の求償権放棄は詐害行為取消しするなど

【最判 昭 45.7.16】動産修理の請負人の転用物訴権[S40 才 1345:民集 24-7-909]

Y 所有、A が賃借中のブルドーザーの修理を請け負った X が、A 倒産後、賃料を払わないため修理したてのブルドーザーを引き上げた Y に対して未払いの修理代金を請求したもの(不当利得返還請求→棄却→破棄差戻し)

「本件ブルドーザーの修理は、一面において、上告人にこれに要した財産および労務の提供に相当する損失を生ぜしめ、他面において、被上告人に右に相当する利得を生ぜしめたもので、上告人の損失と被上告人の利得との間に直接の因果関係ありとすることができる……上告人のした給付(修理)を受領した者が被上告人でなく訴外会社であることは、右の損失および利得の間に直接の因果関係を認めることの妨げとなるものではない……(X は A への修理代金債権があるので、一応 Y の利得は A に由来することとなり)……上告人は被上告人に対し右利得の返還請求権を有しないのを原則とする(自然損耗に対する修理の場合を含めて、その代金を訴外会社において

負担する旨の特約があるときは、同会社も被上告人に対して不当利得返還請求権を有しない) が、訴外会社の無資力のため、右修理代金債権の全部または一部が無価値であるときは、その限度において、被上告人の受けた利得は上告人の財産および労務に由来したものであることができ、上告人は、右修理(損失)により被上告人の受けた利得を、訴外会社に対する代金債権が無価値である限度において、不当利得として、被上告人に返還を請求することができる……(修理費用を訴外会社において負担する旨の特約が同会社と被上告人との間に存したとしても、上告人から被上告人に対する不当利得返還請求の妨げとなるものではない)」

【最判平 7.9.19 民集 49-8-2805】請負人の転用物訴権[H4 才 524:民集 49-8-2805]

Y が A にビルを賃貸し、権利金無償の代わりに新装工事費用を A 負担とし、X が請け負ったところ、工事完成 1 月後に Y が無断転貸を理由に解除し、A は所在不明となったため、工事残代金相当額を請求したもの

「甲が建物賃借人乙との間の請負契約に基づき右建物の修繕工事をしたところ、その後乙が無資力になったため、甲の乙に対する請負代金債権の全部又は一部が無価値である場合において、右建物の所有者丙が法律上の原因なくして右修繕工事に要した財産及び労務の提供に相当する利益を受けたということが出来るのは、丙と乙との間の賃貸借契約を全体としてみて、丙が対価関係なしに右利益を受けたときに限られる……けだし、丙が乙との間の賃貸借契約において何らかの形で右利益に相応する出捐ないし負担をしたときは、丙の受けた右利益は法律上の原因に基づくものというべきであり、甲が丙に対して右利益につき不当利得としてその返還を請求することができるとするのは、丙に二重の負担を強いる結果となるから」「本件建物の所有者である被上告人が上告人のした本件工事により受けた利益は、本件建物を営業用建物として賃貸するに際し通常であれば賃借人である高島から得ることができた権利金の支払を免除したという負担に相応するものというべきであって、法律上の原因なくして受けたものということとはできず、これは、前記一の 3 のように本件賃貸借契約が高島の債務不履行を理由に解除されたことによっても異なるものではない」(不当利得返還請求→一部認容/取消棄却/棄却)

3. 効果

- ・善意の受益者(§703) : 現存利益の返還 ⇔ 悪意の受益者(§704) : 利益 + 利息 + 損害賠償

§703 法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者(以下この章において「受益者」という。)は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う

§704 悪意の受益者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負う

* 善意の内容 : 法律上の原因を欠くことを知っているか(無過失も要する : 多数)

【最判平 21.11.9】悪意の受益者の損賠義務は不法行為責任にすぎない[判時 2064-56]

- ・侵害利得の場合

* 目的物滅失・損傷の場合 : 善意なら現存利益、悪意なら全損害(§191)

→誤って他人のワインを飲むと、悪意なら代価全額、善意なら自分の飲用するワインの代価

※帰責事由がない滅失・損傷なら賠償義務がなくなる(§191 反対) : 過失なく盗まれたなど

§191 占有物が占有者の責めに帰すべき事由によって滅失し、又は損傷したときは、その回復者に対し、悪意の占有者はその損害の全部の賠償をする義務を負い、善意の占有者はその滅失又は損傷によって現に利益を受けている限度において賠償をする義務を負う。ただし、所有の意思のない占有者は、善意であるときであっても、全部の賠償をしなければならない

・代替物を売却した場合の代価 : 相当額なら売却額、特に高額/低額なら例外的に相当額

【最判平 19.3.8 民集 61-2-479】代替物売却時の返還義務の範囲[H17 受 1996]

名義を書き換えなかったため旧株主が株式分割で取得した株を売却したもの

「受益者は、法律上の原因なく利得した代替性のある物を第三者に売却処分した場合には、損失者に対し、原則

として、売却代金相当額の金員の不当利得返還義務を負う」(不当利得返還請求→現在価格/変更(売価))

・代価の控除：購入したのが盗品だが転売してしまった場合

→現物があれば§193 で返還義務があるから、購入代金を控除できない

【大判昭 12.7.3】盗犯からの購入代金の控除を認めず[民集 16-1089]

※但し、盗犯が請求者の使用人なら不法行為損賠と相殺可能とも考えられる

【高松高判昭 37.6.21】代金控除を認める(盗犯が原告の使用人)[高民集 15-4-296]

* 目的物が生じた果実：§189,190 による(善意者は取得、悪意者は返還・償還義務)

・給付利得の場合

* 同時履行の抗弁権は適用される ← 但し詐欺・強迫した側は主張できない(有力)

【最判昭 28.6.16】制限行為能力による取消しで肯定[民集 7-6-629]

【最判昭 47.9.7】土地売買契約の第三者詐欺による取消しで肯定[民集 26-7-1327]

* 危険負担：適用されうる(→返還者側での盗難の際に現存利益なしにならない)

* 果実の帰属：売買の§575 より返還者に取得させる

* 既履行の双務契約における動産の使用利益：代価返還時に控除する(判例)←損失なし[内田]

【最判昭 51.2.13 民集 30-1-1】他人物売買と使用利益の控除[前掲 S49 オ 1152]

所有権留保による自動車販売で、買主がサブディーラーとの売買契約を解除し代価返還を請求したもの。

他人物売買の売主が目的物の所有権を移転しなかったので返還できなくなったように「売買契約解除による原状回復義務の履行として目的物を返還することができなくなった場合において、その返還不能が、給付受領者の責に帰すべき事由ではなく、給付者のそれによつて生じたものであるときは、給付受領者は、目的物の返還に代わる価格返還の義務を負わない」「売買契約が解除された場合に、目的物の引渡を受けていた買主は、原状回復義務の内容として、解除までの間目的物を使用したことによる利益を売主に返還すべき義務を負う……この理は、他人の権利の売買契約において、売主が目的物の所有権を取得して買主に移転することができず、民法五六一条の規定により該契約が解除された場合についても同様である……」ただし、解除によつて売買契約が遡及的に効力を失う結果として、契約当事者に該契約に基づく給付がなかつたと同一の財産状態を回復させるためには、買主が引渡を受けた目的物を解除するまでの間に使用したことによる利益をも返還させる必要があるのであり、売主が、目的物につき使用権限を取得しえず、したがつて、買主から返還された使用利益を究極的には正当な権利者からの請求により保有しえないこととなる立場にあつたとしても、このことは右の結論を左右するものではない」

* 金銭返還と利息：通常の利息は本人が持っていて生じるから、現存利益に含まれる

【最判昭 38.12.24 民集 17-12-1720】善意の取得者の付すべき利息の起算点[S35 オ 674]

A が Y 銀行に負う債務を X が債務引受して弁済したが、会社の目的の範囲外で債務引受けが無効と分かった場合に、Y が返還額に付すべき利息の起算点はいつか

「およそ、不当利得された財産について、受益者の行為が加わるることによつて得られた収益につき、その返還義務の有無ないしその範囲については争いのあるところであるが、この点については、社会観念上受益者の行為の介入がなくても不当利得された財産から損失者が当然取得したであろうと考えられる範囲においては、損失者の損失があるものと解すべきであり、したがつて、それが現存するかぎり同条にいう「利益ノ存スル限度」に含まれるものであつて、その返還を要するものと解するのが相当である。本件の事実関係からすれば、少なくとも原告が主張する前記運用利益は、受益者たる被告の行為の介入がなくても破産会社において社会通念に照し当然取得したであろうと推認するに難くないから、被告はかりに善意の不当利得者であつてもこれが返還義務を免れないものといわなければならない」(破棄自判・銀行の受領の翌日から利息を付した)

＊現存利益の主張・立証責任：受益者の方が主張すべき

【最判平 3.11.19】利益の現存の主張立証責任[S62 オ 888:民集 45-8-1209]

不当利得返還請求→棄却(現存利益消滅)→一部認容(立証なし、過失相殺6割)→X 上告：破棄自判(全額認容)
A→Y→X(銀行)と取立委任裏書がされ、不渡だったのに X が過誤で 1700 万円を Y の普通預金口座に入金し、Y は引出した。X の返還請求に対して、Y は A に交付したので現存利益がないと主張した。

「金銭の交付によって生じた不当利得につきその利益が存しないことについては、不当利得返還請求権の消滅を主張する者において主張・立証すべき」だが立証なく、他に利益を喪失した主張はないから「右利益は被上告人に現に帰属していることになるのであるから、原審の認定した諸事情を考慮しても、被上告人が現に保持する利益の返還義務を軽減する理由はない」仮に払っていても、「このことによって被上告人が利得した利益の全部又は一部を失ったということとはできない。すなわち、善意で不当利得をした者の返還義務の範囲が利益の存する限度に減縮されるのは、利得に法律上の原因があると信じて利益を失った者に不当利得がなかった場合以上の不利益を与えるべきでないとする趣旨に出たものであるから、利得者が利得に法律上の原因がないことを認識した後の利益の消滅は、返還義務の範囲を減少させる理由とはならない」から銀行が通知した払戻し3時間後での利益の存否を検討すべきで、このとき Y は A への不当利得返還請求権を持ちその「価値は債務者の資力等に左右されるものであるが、特段の事情のない限り、その額面金額に相当する価値を有するものと推定すべきところ、本件においては、井上に対する本件払戻金の交付の時に右特段の事情があったとの事実、さらに、被上告人が本件払戻しに法律上の原因がないことを認識するまでの約三時間の間に井上が受領した金銭を喪失し、又は右金銭返還債務を履行するに足る資力を失った等の事実の主張はない。したがって、被上告人は本件利得に法律上の原因がないことを知った時になお本件払戻金と同額の利益を有していたというべき」

第2款 特殊の不当利得（705-707条）

1. 非債弁済(§705)：返還請求不可。債務がない以上、実質的に贈与と解されるから

- ・ 贈与と解されない事情があれば不適用：弁済が任意でない場合など

§705 債務の弁済として給付をした者は、その時において債務の存在しないことを知っていたときは、その給付したものの返還を請求することができない

【最判昭 35.5.6】後日の返還請求を留保した場合の§705[S30 才 874:民集 14-7-1127]

地代統制令違反の賃料を払った場合「民法七〇五条はその適用を見ない……けだし、同条にいう「債務ノ弁済」は、給付が任意になされたものであることを要するところ（大判大 6.12.11 参照）、被上告人は後日の返還請求を留保し、やむをえず弁済をしたものであつて、右給付は任意になされたものということとはできないからである」

2. 期限前の弁済(§706)：返還請求不可 ∴ 手続が煩瑣、債権者の期待に反する

- ・ 但書：錯誤なら利益を返還 → 中間利息の返還など

§706 債務者は、弁済期にない債務の弁済として給付をしたときは、その給付したものの返還を請求することができない。ただし、債務者が錯誤によってその給付をしたときは、債権者は、これによって得た利益を返還しなければならない

3. 他人の債務の弁済(§707)：善意の債権者の期待を保護し、リスクを弁済者に負わせる

§707-1 債務者でない者が錯誤によって債務の弁済をした場合において、債権者が善意で証書を滅失させ若しくは損傷し、担保を放棄し、又は時効によってその債権を失ったときは、その弁済をした者は、返還の請求をすることができない

#2 前項の規定は、弁済をした者から債務者に対する求償権の行使を妨げない

4. 不法原因給付(§708)：不法原因給付の返還請求は不可 ∴ 不法な請求に司法は手を貸さない

§708 不法な原因のために給付をした者は、その給付したものの返還を請求することができない。ただし、不法な原因が受益者についてのみ存したときは、この限りでない

- ・ 要件：不法な原因 + 「のために」 + 給付

* 不法な原因：公序良俗違反など。単なる強行法規違反では含まれない(通説)

【最判昭 37.3.8】不法な原因の意義[S 32 才 651:民集 16-3-500]

(主)売掛代金請求、(予)不当利得返還請求→棄却／棄却／破棄差戻し（石油製品配給規則違反の売買契約）

「民法七〇八条にいう不法の原因のための給付とは、その原因となる行為が、強行法規に違反した不適法なものであるのみならず、更にそれが、その社会において要求せられる倫理、道徳を無視した醜悪なものであることを必要とし、そして、その行為が不法原因給付に当たるかどうかは、その行為の実質に即し、当時の社会生活および社会感情に照らし、真に倫理、道徳に反する醜悪なものと認められるか否かによつて決せらるべきものといわなければならない」「このような統制法規に違反した行為が、民法七〇八条の不法原因給付に当たるものであるというためには、更に右違反行為が、当時の社会における倫理、道徳に反した醜悪なものであつた旨の首肯しうべき理由が示されなければならない」が理由がないので、不当利得返還請求につき破棄差戻し

【最判昭 30.10.7】芸娼妓契約に伴う前借金契約は「不法な原因」にあたる[民集 9-11-1616]

【最判昭 41.7.28】差押逃れのための仮装譲渡[S40 才 740:民集 20-6-1265]

「刑法は強制執行を免れる目的をもつて財産を仮装譲渡する者を処罰するが（刑法九六条ノ二）、このような目的のために財産を仮装譲渡したとの一事によつて、その行為がすべて当然に、民法七〇八条にいう不法原因給付に該当するとしてその給付したものの返還を請求し得なくなるのではない」（譲受人は利得し、譲渡人の債権者は強制執行できず、仮装譲渡を抑制する法意にもとるので、不法原因給付でない。登記抹消請求→認容／棄却）

- ・ 不法な動機による貸付金の返還請求

【最判昭 29.8.31】密輸資金の返還請求[S27 才 13:民集 8-8-1557]

密輸資金と称し強引に金を借りたYに、Xが貸金返還を訴求したもの。Yは90条で消費貸借契約が無効、不当利得返還債務も708条で請求できないと主張（貸金請求→認容／取消棄却／破棄差戻し）

本件は90条ではなく708条の問題であって、「密輸出に使用することは契約の内容とされたわけではなく、上告人は只密輸出の資金として使用されるものと告げられながら貸与したというだけのことである。されば上告人は被上告人の要請により已むを得ず普通の貸金をしたに過ぎないもので、本訴請求が是認されてももともと貸した金が返つて来るだけで何等経済上利益を得るわけではない。しかるに若し七〇八条が適用されて請求が棄却されると丸々十五万円の損失をしてしまうわけである。これに対して被上告人を欺罔して十五万円を詐取し、これを遊蕩に費消して居ながら（原審認定）民法九〇条、七〇八条の適用を受けると右十五万円の返還義務もなくなり、甚しい不法不当の利得をすることになるであろう。此の場合上告人の貸金の経路において多少の不法的分子があつたとしても右法条を適用せず本訴請求を是認して弁済を得させることと、右法条を適用して前記の如く上告人の損失において被上告人に不法な利得をさせることと、何れがより甚しく社会的妥当性に反するかは問う迄もあるまい。考えなければならない処である。……上告人が本件貸金を為すに至つた経路において多少の不法的分子があつたとしても、その不法的分子は甚だ微弱なもので、これを被上告人の不法に比すれば問題にならぬ程度のものである。殆ど不法は被上告人の一方にあるといつてもよい程のものであつて、かかる場合は既に交付された物の返還請求に関する限り民法第九〇条も第七〇八条もその適用なきものと解するを相当とする」

* 「のために」

- ・ 給付そのものが不法な場合：贈賄、賭博の賭け金など ← 確実に該当
- ・ 給付そのものは中立的だが、実質が不法行為の対価：妾関係維持の対価など ← 確実に該当
- ・ 給付そのものは中立的だが、目的が不法な場合：賭博資金・密輸資金の貸付など
← 貸主が善意なら不該当。悪意でも不法性の程度によって但書適用を判断

* 給付：受益者に終局的利益を与えるものでなければならない

→未登記建物の引渡しは給付だが、抵当権設定・登記建物の引渡しは給付でない

【最判昭 40.12.17】不法原因の抵当権設定の抹消請求[S40 才 362:民集 19-9-2178]

「被上告人が右抵当権設定登記の抹消を求めることは、一見民法七〇八条の適用を受けて許されないようであるが、他面、上告人が右抵当権を実行しようとするれば、被上告人において賭博行為が民法九〇条に違反することを理由としてその行為の無効、したがつて被担保債権の不存在を主張し、その実行を阻止できるものというべきであり、被担保債権の存在しない抵当権の存続は法律上許されないものであるから、このような場合には、結局、民法七〇八条の適用はなく、被上告人において右抵当権設定登記の抹消を上告人に対して請求できる」

【最大判昭 45.10.21 民集 24-11-1560】未登記建物の引渡し[S41 才 436]

(本)建物明渡・不当利得返還請求(反)所有権移転登記→一番：(本)明渡含一部認容(予)棄却→Y 控訴：取消棄却→Y 上告：破棄自判・(反)取消認容（XはYとの妾関係維持のため、本件建物を新築し保存登記をしないままYに引渡したが、不和となり、Xが建物明渡請求をなし、一番係属中に所有権保存登記をしたもの）

「右贈与は公序良俗に反し無効であり、また、右建物の引渡しは不法の原因に基づくものというのを相当とするのみならず、本件贈与の目的である建物は未登記のものであつて、その引渡しにより贈与者の債務は履行を完了したものと解されるから、右引渡しは民法七〇八条本文にいわゆる給付に当たる」「本件建物を目的としてなされた被上告人上告人間の右贈与が公序良俗に反し無効である場合には、本件建物の所有権は、右贈与によつては上告人に移転しない……しかしながら……右贈与が無効であり、したがつて、右贈与による所有権の移転は認められない場合であつても、被上告人がした該贈与に基づく履行行為が民法七〇八条本文にいわゆる不法原因給付に当たるときは、本件建物の所有権は上告人に帰属するにいたつたものと解する……」けだし、同条は、みづから反社会的な行為をした者に対しては、その行為の結果の復旧を訴求することを許さない趣旨を規定したものと認

められるから、給付者は、不当利得に基づく返還請求をすることが許されないばかりでなく、目的物の所有権が自己にあることを理由として、給付した物の返還を請求することも許されない筋合である……かように、贈与者において給付した物の返還を請求できなくなつたときは、その反射的效果として、目的物の所有権は贈与者の手を離れて受贈者に帰属するにいたつたものと解するのが、最も事柄の実質に適合し、かつ、法律関係を明確ならしめる所以と考えられるからである」

【最判昭 46.10.28】登記建物の引渡し[S45 才 10:民集 25-7-1069]

妾契約の維持を目的とした建物贈与で、既登記の建物を引渡されたのち、贈与者が所有権を取得し登記を経由したが受贈者に移転しなかった場合、「これをもつて民法七〇八条にいう給付があつたと解するのは相当でない……贈与が有効な場合、特段の事情のないかぎり、所有権の移転のために登記を経ることを要しない……が、贈与が不法の原因に基づくものであり、同条にいう給付があつたとして贈与者の返還請求を拒みうるとするためには、本件のような既登記の建物にあつては、その占有の移転のみでは足りず、所有権移転登記手続が履踐されていることをも要するものと解するのが妥当と認められるからである」(建物所有権移転登記請求→棄却／棄却／棄却)

・ 効果：返還請求ができなくなる

＊所有権に基づく返還請求権の行使の可否：§708(類推)適用で認められない

→実体に合致せず不安定なので、所有権移転登記も認められる (【最大判昭 45.10.21】)

←受益者も不法なのだから、手を貸す必要はない(有力)

＊当事者が給付後に任意に返還する合意をしたとき：合意は有効

【最判昭 28.1.22】【最判昭 37.5.25】不法原因給付を返還する合意は有効

・ 不法行為への類推適用：既婚者と知って情交した者からの慰謝料請求など

【大判昭 15.7.6】§708 類推適用で不倫相手からの慰謝料請求を否定[民集 19-1142]

【最判昭 44.9.26】不倫相手からの慰謝料請求を肯定[S42 才 790:民集 23-9-1727]

慰謝料請求→§708 の法意に鑑み棄却→但書を適用し認容(過失相殺)→上告棄却(若年で思慮不十分のX女の上司Y男が妻と離婚して結婚すると嘘をつき情交したが、X女が子を産むと避け、他女と関係をもったもの)

「思うに、女性が、情交関係を結んだ当時男性に妻のあることを知っていたとしても、その一事によつて、女性の男性に対する貞操等の侵害を理由とする慰藉料請求が、民法七〇八条の法の精神に反して当然に許されないものと画一的に解すべきではない。すなわち、女性が、その情交関係を結んだ動機が主として男性の詐言を信じたことに原因している場合において、男性側の情交関係を結んだ動機その詐言の内容程度およびその内容についての女性の認識等諸般の事情を斟酌し、右情交関係を誘起した責任が主として男性にあり、女性の側におけるその動機に内在する不法の程度に比し、男性の側における違法性が著しく大きいものと評価できるときには、女性の男性に対する貞操等の侵害を理由とする慰藉料請求は許容されるべきであり、このように解しても民法七〇八条に示された法の精神に反するものではないというべきである」

【最判平 9.4.24】違法な利回り保証をした勧誘の損害賠償[判時 1618-48]

証券会社従業員が違法な利回り保証をして株式投資を勧誘し、巨額の損失を負わせたもの。

「被上告人の不法性に比し、上告人の従業員の不法の程度が極めて強いものと評価することができ、上告人は不法行為に基づく損害賠償責任を免れないというべきであって、このように解しても、民法七〇八条の趣旨に反するものではない」(預託金返還請求→認容／認容)

第5章 不法行為（709-724条）

第1節 総論

第1款 機能・目的

1. 不法行為の機能
 - ・ 他人から損害を加えられた場合に、契約関係がなくても金銭賠償債権を認めるもの
2. 不法行為の目的
 - ・ 制裁・報復 → 制裁は刑事法が主となり、また保険制度の普及から制裁の意味も薄い
 - ・ 被害者の救済（損害の填補）→要件の立証・加害者の無資力という制約
→損害保険（潜在的被害者）、責任保険（潜在的加害者）、社会保障
 - ・ 将来の不法行為の抑止 →経済的合理的行動の期待
※保険・社会保障は被害者救済には資する代わり、不法行為抑止には役立たなくなる
3. 補足
 - ・ 損害賠償と損失補償
 - * 損害賠償：違法行為による損害に対する、加害者による填補
→特別法により無過失責任等が設けられ、違法行為以外による損害にも拡大
 - * 損失補償：適法行為による損失に対する、公平の見地からの全体の負担による填補

第2款 不法行為法の構造と責任

1. 条文の分類
 - ・ 要件（一般不法行為）：709,712,713,720 ← 過失責任主義の表れ
 - ・ 要件（特殊不法行為）：714～719 ← 要件における原則の修正
 - ・ 効果：710,711,721～721 ← 損害賠償が原則
2. 責任
 - ・ 過失責任：原告は被告の過失を立証しないと不法行為責任を問えない場合
 - * 積極的側面：過失があれば責任を負う ∴他者に対する信頼への裏切り
 - * 消極的側面：過失がなければ責任を負わない ∴行為者の予測可能性(産業活動の促進)
 - ・ 無過失責任：過失を要しないもの
→§717 但:工作物責任(所有者)、§715:使用者責任(運用上)、特別法(鉱業法、公害立法等)
 - * 危険責任原理：危険を支配下に置いている者はその危険から生じた損害に責任を負うべき
 - * 報償責任原理：活動により利益を得ている場合、同じ活動から生じた損害も賠償すべき
 - ・ 中間責任：過失の立証責任を転換したもの
→§714:責任無能力者監督義務者, §715:使用者責任(規定上), §717:工作物責任(占有者), §718:動物占有者
 - ・ 補充的責任：直接の加害者が何らかの理由で責任を負わない場合に限って責任を負うもの
 - ・ 代位責任：直接の加害者と並んで責任を負うもの

第2節 一般不法行為の要件

第1款 構造（709条）

1. 一般不法行為成立の要件

- ・ 原告が主張立証すべきもの(§709)

①故意・過失、②権利・利益侵害、③損害の発生、④因果関係

- ・ 不法行為責任成立阻却事由（被告が主張立証すべきもの）

⑤責任能力(§712,713)、⑥正当防衛・緊急避難(§720)

§709 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う

第2款 要件—故意・過失

1. 過失

- ・主観的過失：予見可能性があったのに注意しなかったという心理状態
←注意していても、そもそも危険な行為であれば過失ありとすべき
- ・客観的過失：予見可能性に基づく結果回避義務があるのにそれを怠ったこと
- ・過失の意義
 - * 予見可能性説：予見し又は予見しうべきであったならば結果回避の可能性によらず過失あり
 - * 結果回避義務説：損害回避のため相当な対策を講じていれば過失はない

【大判大 5.12.22】大阪アルカリ事件（結果回避義務説）

原審は予見可能性説に立って損賠請求認容→破棄差戻し→経済的に回避可能として請求認容

【東京地判昭 53.8.3】スモン事件一審[27423117]

「過失の前提となる注意義務の内容につき、なお説の分かれるところであるが、当裁判所は、民法七〇九条所定の「過失」とは、その終局において、結果回避義務の違反というのであり、かつ、具体的状況のもとにおいて、適正な回避措置を期待し得る前提として、予見義務に裏づけられた予見可能性の存在で必要とする」

2. 過失の認定

- ・結果回避義務の程度：職務によって異なる
 - * 医師の注意義務＝高度であること、医師の通常人の注意義務は平均とは限らない

【最判昭 36.2.16】東大梅毒輸血事件[昭 31 才 1065]

国宛不法行為損賠請求→一審：一部認容→控訴棄却→上告棄却

「医師が直接診察を受ける者の身体自体から知覚し得る以外の症状その他判断の資料となるべき事項は、その正確性からいつて、血清反応検査、視診、触診、聴診等に対し従属的であるにもせよ、問診によるより外ない場合もあるのであるから…（検査証明書があっても潜伏期間中ということもあるから）…たとい従属的であるにもせよ、梅毒感染の危険の有無について最もよく知知っている給血者自身に対し、梅毒感染の危険の有無を推知するに足る事項を問診し、その危険を確かめた上、事情の許すかぎり（本件の場合は、一刻を争うほど緊急の必要に迫られてはいなかった）そのような危険がないと認められる給血者から輸血すべきであり、それが医師としての当然の注意義務である」「医師の間では従来、給血者が右のような証明書、会員証等を持参するときは、問診を省略する慣行が行なわれていたから、堀内医師が右の場合に処し、これを省略したとしても注意義務懈怠の責はない旨主張するが、注意義務の存否は、もともと法的判断によつて決定さるべき事項であつて、仮に所論のような慣行が行なわれていたとしても、それは唯だ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌さるべき事項であるにとどまり、そのことの故に直ちに注意義務が否定さるべきいわれはない」「仮に担当医師に問診の義務があるとしても、原判旨のような問診は、医師に過度の注意義務を課するものである旨主張するが、いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのは、已むを得ないところ」

- ・無過失責任ではない（未熟児網膜症訴訟＝S50.8の研究報告が1つの水準）

【最判昭 57.7.20】新小倉病院未熟児網膜症訴訟（棄却）[昭 55 才 984]

債務不履行損賠請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが（最判昭 36.2.16 参照）、右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であるから、前記事実関係のもとにおいて、被上告人の経営する総合病院新小倉病院の小児科医である渡辺仁夫医師が、上告人圭一朗らの入院中及びその第一回健康相談時にお

いて、眼底検査の必要性を認識せず、転医の指示等を含む格別の措置をとらなかったこと及び被上告人が産科、小児科と眼科の協同診療体制の指示等をしなかったことに所論の注意義務の違反はなく、被上告人の債務不履行責任は認められないとした原審の判断は正当」(S44.4 出生)

【最判昭 57.3.30】日赤高山病院未熟児網膜症訴訟(棄却・判示同旨)[昭 54 才 1386]

不法行為・債務不履行損賠請求→一審：一部認容→被告控訴：取消・請求棄却→上告棄却(S44.12 出生)

【最判昭 60.3.26】南大阪病院未熟児網膜症訴訟(認容)[昭 57 才 1112]

医療法人、大阪市(転院先)宛不法行為・債務不履行損賠請求→一審：一部認容→双方控訴：大阪市宛取消・請求棄却、医療法人宛変更・認容額増、他控訴棄却→医療法人上告：棄却

S50.8 に公表された研究報告の発表後で、担当医も熟知していた例で、担当医の「かかる処置は、被上告人が未熟児網膜症の激症型であつたことに照らすと、不適切なものであつたというべきであり、このため被上告人は光凝固等の外科的手術の適期を逸し失明するに至つたものであるから、木村医師には医師としての右注意義務違反の過失があつたものというべきであり、右処置と被上告人の失明との間には相当因果関係がある」とした。

【最判平 7.6.9 民集 49-6-1499】未熟児網膜症姫路日赤事件(差戻し後認容)[平 4 才 200]

債務不履行・不法行為損賠請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し→差戻し控訴：一部取消・認容

「診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準とはどのようなものであるか……当該疾病の専門的研究者の間でその有効性と安全性が是認された新規の治療法が普及するには一定の時間を要し、医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性、医師の専門分野等によってその普及に要する時間に差異があり、その知見の普及に要する時間と実施のための技術・設備等の普及に要する時間との間にも差異があるのが通例であり、また、当事者もこのような事情を前提にして診療契約の締結に至る……ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準である……当該医療機関としてはその履行補助者である医師等に右知見を獲得させておくべきであって、仮に、履行補助者である医師等が右知見を有しなかったために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採らなかったために患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は、診療契約に基づく債務不履行責任を負う……新規の治療法実施のための技術・設備等についても同様であって、当該医療機関が予算上の制約等の事情によりその実施のための技術・設備等を有しない場合には、右医療機関は、これを有する他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採るべき義務がある」→破棄差戻し

- ・医師の通常人の注意義務は平均レベルで足りるとは限らない

【最判平 8.1.23】医薬品添付文書の注意事項と医療慣行[平 4 才 251]

債務不履行・不法行為損賠請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：病院・執刀医宛破棄差戻し(援軍医師宛棄却) 麻酔剤の能書きに 2 分ごとの血圧測定が明記されているのに、慣行により 5 分ごとに測定したもの。

「人の生命及び健康を管理すべき業務(医業)に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのであるが(最判昭 36.2.16 参照)、具体的な個々の案件において、債務不履行又は不法行為をもって問われる医師の注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である(最判昭 57.3.30,同 63.1.19 参照)。そして、この臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられ

るべきものであるが（最判平 7.6.9 参照）、医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」（可部補足あり）

* 医薬品製造販売

【東京地判昭 53.8.3】スモン事件一審[27423117]

「医薬品の製造・販売をするにあたっては、なによりもまず、当該医薬品のヒトの生命・身体に及ぼす影響について認識・予見することが必要であるから、製薬会社に要求される予見義務の内容は、（１）当該医薬品が新薬である場合には、発売以前にその時点における最高の技術水準をもつてする試験管内実験、動物実験、臨床試験などを行なうことであり、また、（２）すでに販売が開始され、ヒトや動物での臨床使用に供されている場合には、類縁化合物を含めて、医学・薬学その他関連諸科学の分野での文献と情報の収集を常時行ない、もしこれにより副作用の存在につき疑惑を生じたときは、さらに、その時点までに蓄積された臨床上の安全性に関する諸報告との比較衡量によつて得られる当該副作用の疑惑の程度に応じて、動物実験あるいは当該医薬品の病歴調査、追跡調査などを行なうことにより、できるだけ早期に当該医薬品の副作用の有無および程度を確認すること」

* 建築士

【最判平 15.11.14】建築士に求められる法的義務[平 12 受 1711]

建設会社宛瑕疵担保／不法行為・設計会社宛不法行為・販売会社宛債務不履行／不法行為による原状回復／損賠請求→一審：建設会社宛解除原状回復認容、その他棄却→原告控訴（設計会社・販売会社宛損賠請求）：設計会社宛一部認容、その他棄却→設計会社上告：棄却

設計会社が工事監理契約がないのに、建築確認の工事監理者欄を代表者にしたもの。工事が手抜き工事だった。

「建築物を建築し、又は購入しようとする者に対して建築基準関係規定に適合し、安全性等が確保された建築物を提供すること等のために、建築士には建築物の設計及び工事監理等の専門家としての特別の地位が与えられていることにかんがみると、建築士は、その業務を行うに当たり、新築等の建築物を購入しようとする者に対する関係において、建築士法及び法の上記各規定による規制の潜脱を容易にする行為等、その規制の実効性を失わせるような行為をしてはならない法的義務がある……建築士が故意又は過失によりこれに違反する行為をした場合には、その行為により損害を被った建築物の購入者に対し、不法行為に基づく賠償責任を負う」

「事実関係によれば、上告人の代表者であり、一級建築士である A は……建築確認申請書に A が本件建物の建築工事について工事監理を行う旨の実体に沿わない記載をしたのであるから、A には、自己が工事監理を行わないことが明確になった段階で、建築基準関係規定に違反した建築工事が行われないようにするため、本件建物の建築工事が着手されるまでに、B 株式会社に工事監理者の変更の届出をさせる等の適切な措置を執るべき法的義務がある……ところが、A は……何らの適切な措置も執らずに放置し、これにより、B 株式会社が上記各規定による規制を潜脱することを容易にし、規制の実効性を失わせたものであるから、A の上記各行為は、上記法的義務に過失により違反した違法行為と解するのが相当……B 株式会社から重大な瑕疵のある本件建物を購入した被上告人らは、A の上記違法行為により損害を被ったことが明らかである。したがって、上告人は、被上告人らに対し、上記損害につき、不法行為に基づく賠償責任を負うというべきである」

【最判平 19.7.6 民集 61-5-1769】設計・施行者等の注意義務[平 17 受 702]

建築会社 K 宛不法行為・注文主から譲受けた請負契約上の瑕疵担保責任による損賠、設計施行管理 I ・宅建業者 G 宛不法行為損賠請求→一審：一部 K I 連帯、一部 K、一部 I 各給付命令、その他棄却（費用…KI 連帯：8%,K:6%,I:2%,原告:84%）→双方控訴（G 宛除く）：取消・請求棄却（瑕疵は強度ではない）→上告：不法行為損賠請求部分破棄差戻し、瑕疵担保責任損賠上告棄却【本件】→差戻し控訴：一審取消・請求棄却（被侵害利益なし）→差戻し上告：破棄差戻し→差戻し控訴：変更・自判（一部 KI 連帯給付命令※認容額減・一部 I 給付命令※認容額増、その他棄却、費用…KI 連帯：7%,I:3%,原告:90%）

「建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、これらの建物利用者や隣人、通行人等の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならない、このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべき……建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負う……設計・施工者等がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には、設計・施工者等は、不法行為の成立を主張する者が上記瑕疵の存在を知りながらこれを前提として当該建物を買受けていたなど特段の事情がない限り、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負う」

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵がある場合には、不法行為責任が成立する……違法性が強度である場合に限って不法行為責任が認められると解すべき理由はない。例えば、バルコニーの手すりの瑕疵であっても、これにより居住者等が通常の使用をしている際に転落するという、生命又は身体を危険にさらすようなものもあり得るのであり、そのような瑕疵があればその建物には建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵がある……建物の基礎や構造に瑕疵がある場合に限って不法行為責任が認められると解すべき理由もない」

* 自動車の運転者と信頼の原則

- ・ 自動車の運転行為はそれ自体損害発生蓋然性があるので、一般に回避義務はある

【最判平 3.11.19】違法かつ危険な運転行為の被害者側の損賠請求[平 2 才 435]

損賠請求→一審：棄却→控訴：取消・僅少額認容(過失 60%、保険金差引後)→上告：破棄自判(控訴棄却)

「道路交通法三七条は、交差点で右折する車両等は、当該交差点において直進しようとする車両等の進行妨害をしてはならない旨を規定しており、車両の運転者は、他の車両の運転者も右規定の趣旨に従って行動するものと想定して自車を運転するのが通常であるから、右折しようとする車両が交差点内で停止している場合に、当該右折車の後続車の運転者が右停止車両の側方から前方に出て右折進行を続けるという違法かつ危険な運転行為をすることなど、車両の運転者にとつて通常予想することができない……上告人は、青色信号に従って交差点を直進しようとしたのであり、右折車である郵便車が交差点内に停止して上告人車の通過を待つていたというのであるから、上告人には、他に特別の事情のない限り、郵便車の後続車がその側方を通過して自車の進路前方に進入して来ることも予想して、そのような後続車の有無、動静に注意して交差点を進行すべき注意義務はなかつたものといわなければならない。そして、前記確定事実によれば、本件においては、何ら右特別の事情の存在することをうかがわせるものはないのであるから、上告人には本件事故について過失はない」

3. 過失の（一応の）推定

- ・ 医療過誤事件等で、予見可能性・結果回避義務違反の立証困難のため、立証責任を緩和するもの
←問診等によっても結果が回避しえたとは限らない
- ・ 過失の有無の証明方法：次の両方が必要
 - * 予見可能性・結果回避義務の存否の法的評価・判断
 - * その前提となる事実の有無の立証
- ・ 「過失の一応の推定」：経験則により、ある事実から過失の有無を判断すること
→裁判官は本来、心証が過失の有無不明なら無過失と認定するが、過失ありに近い不明なら過失ありと認めてよい（被告が無過失を立証し心証形成する義務を負う）

【最判昭 51.9.30】インフルエンザ予防接種事件[昭 50 才 140]

不法行為損賠請求→一審：棄却→控訴棄却→破棄差戻し→差戻し控訴：見舞金支払で和解

インフルエンザは勧奨接種だが、被接種者の生命身体安全のための規定は遵守する必要がある。

「インフルエンザ予防接種は、接種対象者の健康状態、罹患している疾病、その他身体的条件又は体質的素因により、死亡、脳炎等重大な結果をもたらす異常な副反応を起すこともあり得るから、これを実施する医師は、右のような危険を回避するため、慎重に予診を行い、かつ、当該接種対象者につき接種が必要か否かを慎重に判断し、実施規則四条所定の禁忌者を的確に識別すべき義務がある。ところで、右実施規則四条は、予診の方法として、問診、視診、体温測定、聴打診等の方法を規定しているが、予防接種を実施する医師は、右の方法すべてによつて診断することを要求されるわけではなく、とくに集団接種のときは、まず問診及び視診を行い、その結果異常を認めた場合又は接種対象者の身体的条件等に照らし必要があると判断した場合のみ、体温測定、聴打診等を行えば足りる」「予防接種に際しての問診の結果は、他の予診方法の要否を左右するばかりでなく、それ自体、禁忌者発見の基本的かつ重要な機能をもつものであるところ、問診は、医学的な専門知識を欠く一般人に対してされるもので、質問の趣旨が正解されなかつたり、的確な応答がされなかつたり、素人的な誤った判断が介入して不十分な対応がされたりする危険性をももっているものであるから、予防接種を実施する医師としては、問診するにあつて、接種対象者又はその保護者に対し、単に概括的、抽象的に接種対象者の接種直前における身体の健康状態についてその異常の有無を質問するだけでは足りず、禁忌者を識別するに足りるだけの具体的質問、すなわち実施規則四条所定の症状、疾病、体質的素因の有無およびそれらを外部的に徴表する諸事由の有無を具体的に、かつ被質問者に的確な応答を可能ならしめるような適切な質問をする義務がある」→書面等でもよい

「適切な問診を尽さなかつたため、接種対象者の症状、疾病その他異常な身体的条件及び体質的素因を認識することができず、禁忌すべき者の識別判断を誤つて予防接種を実施した場合において、予防接種の異常な副反応により接種対象者が死亡又は罹病したときには、担当医師は接種に際し右結果を予見しえたものであるのに過誤により予見しなかつたものと推定するのが相当……当該予防接種の実施主体であり、かつ、右医師の使用者である地方公共団体は、接種対象者の死亡等の副反応が現在の医学水準からして予知することのできないものであつたこと、若しくは予防接種による死亡等の結果が発生した症例を医学情報上知りうるものであつたとしても、その結果発生の一蓋然性が著しく低く、医学上、当該具体的結果の発生を否定的に予測するのが通常であること、又は当該接種対象者に対する予防接種の具体的必要性と予防接種の危険性との比較衡量上接種が相当であつたこと（実施規則四条但書）等を立証しない限り、不法行為責任を免れない」

4. 過失と契約責任

- ・ 債務不履行による損賠請求

- * 過失立証・時効は原告有利（帰責事由がないことは被告に立証責任）

- * 債務不履行の事実自体は原告が立証責任＝死亡したら債務不履行、とは必ずしも言えない

5. 過失責任の原則に対する例外：特別法による修正

- ・ 無過失責任の設定：製造物責任法等

- ・ 軽過失責任の免除：失火責任法（軽過失の場合は§709の規定不適用）

- ※不法行為責任しか免除されない（延焼による過大な責任の免除が目的、借主くらいはよい）

- 【大連判明 45.3.23】債務不履行損賠に失火責任法は不適用（賃借人の失火）**

- ※花火工場の火薬類の爆発など、危険物を扱う業務の危険の現実化の場合は適用なし

6. 故意

- ・ 通説：結果の発生(可能性)を認識しつつそれを認容して行為するという心理状態（主観的）

- ・ 故意による責任を認める意義

- * 故意不法行為において、過失不法行為より損害賠償の範囲を拡張するため

- * 故意の場合のみ成立しうる不法行為があるから

第3款 要件—権利利益侵害

1. 権利利益侵害要件

- ・現代語化前は「権利」：元々は損害発生即賠償とならないようにするため

＊判例：法律上の権利でないとダメ→救済を必要とする利益で足りる

【大判大 3.7.4】雲右衛門事件判決[大 3 判 233]

刑事事件附帯私訴→原審有罪・損賠認容→大審院：破棄

著作権法上の権利の侵害がなければ、不法行為法上の保護も受けられない

【大判大 14.11.28】大学湯事件[大 14 判 625]

損賠請求：破棄差戻し

「侵害ノ対象ハ売買ノ目的物タル所有物若ハ老舗ソノモノニ非ス得ヘカリシ利益即是ナリスル利益ハ吾人ノ法律觀念上不法行為ニ基ク損害賠償請求権ヲ認ムルコトニ依リテ之ヲ保護スル必要アルモノナリ」

- ・権利侵害を要求することで不法行為成立を不当に制約する弊害の回避のための学説の発展

＊違法性論：権利侵害は「違法性」の徴表である ←独民法：「違法性」を明定（末川説）

＊相関関係説：被侵害利益の種類と侵害行為の態様の相関関係で判断される（我妻説）

（物権的-人格権的-債権的／刑罰法規違反-取締法規違反-公序良俗違反等で判断）

←違法性判断と故意過失要件の判断の重複

←違法性判断と過失判断（過失は行為義務違反であるとした場合）の重複 → どうするか

・過失一元論：過失判断にまとめてしまえ

・違法性一元論：違法性にまとめてしまえ

・二元説：「不法行為上の救済を与えるのが妥当と認められる利益」という意味で残す(多数)

→日照権問題：故意はある、しかし常に認めるべきか → いわゆる受忍限度を評価

・三元説：過失・権利侵害・違法性の3要件とし、違法性は法秩序全体からする判断の場合

→権利侵害では違法性が推定され、利益侵害ではそれが許容されるかを実質的に判断

←利益の内容により、通常の違法性で足りるとするか、著しい違法性を要求するを変える

2. 被侵害利益各論

- ・第三者による債権侵害

＊二重譲渡・引抜き：自由競争や労働者の職業選択の自由などから原則不法行為でにならない

⇔背信的悪意者や引抜きではなく監禁により労務提供を不能にさせれば不法行為となる

※通説的説明：被侵害利益は同じでも、侵害行為の態様が悪質だから（→故意を事実上要求）

→間接損害（企業損害）：会社役員に不法行為を行った場合の会社の損害などをどうするか

←損害の合理的な分配の見地から債権侵害の故意がある場合に限るべき（通説）

【最判昭 30.5.31】二重譲渡の第二譲受人の不法行為責任[昭 27 判 1078]

所有権移転登記抹消、予備的損賠請求→一審：棄却→控訴：取消・損賠認容→破棄差戻し

「上告人が悪意で本件建物を買受けその登記を経由しこれを更に権次郎に売り渡してその登記をなしたというだけでは、たとえこれがため被上告人がその所有権取得を権次郎に対抗することができなくなつたにしても、いまだもつて上告人に不法行為の責任を認めるには足りないものといわなければならない」→原審は第二譲受人が、譲渡人の第一譲受人への債務の履行を引き受けたと認定したが、それは当事者が主張していないため、違法。

【大判大正 4.3.10 刑録 21-279】第三者の債権侵害[大 3 判 3345]

背任並附帯私訴（代理人が合意価格より安く締結して差額を受け取ったもの）→原審：債権侵害は不法行為ではなく、相手方と相手方代理人への請求はできない→上告：破棄差戻し

「凡ソ権利ナルモノハ親権夫権ノ如キ親族権タルト物権債権ノ如キ財産権タルトヲ問ハス其権利ノ性質内容固ヨリ一ナラスト雖モ何レモ其権利ヲ侵害セシメサルノ對世的効力ヲ有シ何人タリトモ之ヲ侵害スルコトヲ得サルノ消極的義務ヲ負担スルモノニシテ而シテ此對世的權利不可侵ノ効力ハ実ニ權利ノ通有性ニシテ独リ債権ニ於テノミ之ヲ除外例ヲ為スモノニアラサルナリ」

【大判大 11.8.7】 第三者の債権侵害[大 11 ね 973]

詐欺偽証被告事件附帯私訴（立木引渡債権があったのに目的物が第三者の犯罪行為により滅失したもの）→原審：債務者から損賠請求権を譲受けて行使する必要があるので不可→上告：破棄移送

「債務ノ目的力第三者ノ故意又ハ過失ニ基ク行為ニ因リ滅失シタル力為履行不能ト為リ債務力消滅シタル場合ニ於テ第三者ノ行為力不法行為ヲ成スヘキモノナルコトハ夙ニ本院判例ノ示ス所ナリ從テ斯ル場合債務者力不法行為者タル第三者ニ對シ損害賠償ノ請求権ヲ有スルト否トニ拘ラス債権者ハ其ノ債権侵害ヲ理由トシ自己固有ノ權利ニ基キ直接ニ不法行為者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノニシテ債務者力第三者ニ對シ有スル賠償請求権ノ移轉ヲ受ケ若ハ債務者ニ屬スル右權利ヲ行使スルノ方法ニ依ルニ非サレハ自己ノ權利ノ救済得ルニ由ナキモノト解スルヲ要セス」

【最判平 2.4.17】 政見放送の一部削除[昭 61 才 800]

【最判昭 47.6.27】 日照・通風妨害[昭 43 才 32]

【最判平 12.2.29】 エホバの証人輸血事件[平 10 才 1081,1082]

【最判平 16.11.18】 意思決定の権利の侵害[平 16 受 482]

【最判昭 45.12.18】 名誉棄損[昭 43 才 1357]

【最判昭 31.7.20】 名誉棄損[昭 29 才 634]

【最判昭 39.1.28】 法人の名誉棄損[昭 34 才 901]

【最判昭 41.6.23】 名誉棄損と抗弁[昭 37 才 815]

【最判昭 62.4.24】 サンケイ新聞事件[昭 55 才 1188]

【最判平 9.5.27 民集 51-5-2024】 新聞記事による名誉棄損と慰謝料[平 5 才 1038]

【最判平 9.9.9 民集 51-8-3804】 名誉棄損[平 6 才 978]

【最判平 11.10.26】 名誉棄損[平 19 才 411]

【最判平 14.1.29】 通信記事による名誉棄損[平 7 才 1421]

【最判平 14.1.29】 名誉棄損の真実性[平 8 才 576]

【最判平 15.10.16】 名誉棄損[平 14 受 846]

【最判平 6.2.8】 ノンフィクション『逆転』事件[平 1 才 1649]

【最判平 15.9.12】 江沢民講演会参加者名簿事件[平 14 受 1656]

【最判平 17.11.10】 法廷肖像権イラスト画事件[平 15 受 281]

【最判平 12.9.22】 医療過誤[平 9 才 42]

【最判平 15.11.11】 医療過誤[平 14 受 1257]

【最判昭 63.2.16】 N H K 氏名日本語読み訴訟[昭 58 才 1311]

【最判昭 54.3.30】 貞操義務違反[昭 51 才 328]

【最判平 8.3.26】 貞操義務違反[平 5 才 281]

【最判昭 31.2.21】 配偶者の有責不法な行為[昭 26 才 469]

【最判昭 33.4.11】 内縁の不当破棄[昭 32 才 21]

【最判昭 38.9.5】 婚約不当破棄[昭 37 才 1200]

【最判書 38.2.1】 第三者による内縁破綻[昭 37 才 801]

【最判昭 56.12.16】 大阪国際空港公害訴訟[昭 51 才 395]

【最判平 18.3.30 民集 60-3-948】 国立市景観条例事件[平 17 受 364]

【最判平 19.3.20】 営業妨害[平 17 受 277]

【最判平 17.7.14】 不当な勧誘行為[平 15 受 1284]

【最判平 18.9.4】 下請契約と発注中止[平 17 受 1016]

3. ○権利・利益侵害要件の持つ意味について、権利侵害と違法性の関係に関する判例・学説の展開を踏まえつつ、説明することができる。

4.

第4款 要件—損害

1. 損害とは何か

- ・ 差額説：不法行為があった場合となかった場合の利益状態の差を金銭で表示したもの（通説）
←被害者が特別な努力で損害を回避すると賠償が減ってしまう
- ・ 損害事実説：生じた事実が損害。賠償額はその金銭評価にすぎない
→小指の負傷が損害、ピアニストなら高額に評価し、会社員ならそれなりに評価される

【最判昭 42.11.10】障害を負ったが収入減少がなく損害を認めず（差額説）[昭 41 才 600]

不法行為損賠請求→一審：一部認容→控訴棄却→上告棄却

飲酒運転中後ろを振り向いて電柱に衝突し助手席の原告を負傷させたもの。

「交通事故による傷害のため、労働力の喪失・減退を来したことを理由として、将来得べかりし利益喪失による損害を算定するにあつて、上告人の援用する労働能力喪失率が有力な資料となることは否定できない。しかし、損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を填補することを目的とするものであるから、労働能力の喪失・減退にもかかわらず損害が発生しなかつた場合には、それを理由とする賠償請求ができないことはいうまでもない。原判決の確定した事実によれば、白石信義は本件交通事故により左太腿複雑骨折の傷害を受けたが、その後従来どおり会社に勤務し、従来の作業に従事し、本件事故による労働能力の減少によつて格別の収入減を生じていないというのであるから、労働能力減少による損害賠償を認めなかつた原判決の判断は正当」

【最判昭 56.12.22 民集 35-9-1350】損害事実説への配慮（基本は差額説）[昭 54 才 354]

不法行為損賠請求→一審：一部認容→原告控訴：変更・認容額増→被告上告：破棄差戻し

交通事故により業務が配置換えになったが給与面では各別不利益がなかつた事案。控訴審は2%喪失として増額。

「かりに交通事故の被害者が事故に起因する後遺症のために身体的機能の一部を喪失したこと自体を損害と観念することができるとしても、その後遺症の程度が比較的軽微であつて、しかも被害者が従事する職業の性質からみて現在又は将来における収入の減少も認められないという場合においては、特段の事情のない限り、労働能力の一部喪失を理由とする財産上の損害を認める余地はない」本件では「現状において財産上特段の不利益を蒙っているものとは認め難いというべきであり、それにもかかわらずなお後遺症に起因する労働能力低下に基づく財産上の損害があるというためには、たとえば、事故の前後を通じて収入に変更がないことが本人において労働能力低下による収入の減少を回復すべく特別の努力をしているなど事故以外の要因に基づくものであつて、かかる要因がなければ収入の減少を来しているものと認められる場合とか、労働能力喪失の程度が軽微であつても、本人が現に従事し又は将来従事すべき職業の性質に照らし、特に昇給、昇任、転職等に際して不利益な取扱を受けるおそれがあるものと認められる場合など、後遺症が被害者にもたらす経済的不利益を肯認するに足りる特段の事情の存在を必要とする」

- ・ 年少女子の逸失利益の算定基準

【最判昭 62.1.19 民集 41-1-1】年少女子の逸失利益(女子平均給与額)[S58 才 331]

「美由紀のような死亡時に現実収入のない就労前の年少女子の場合には、当該女子の将来の就労の時期、内容、程度及び結婚後の職業継続の有無等将来につき不確定な要因が多いのであるが、原審が、美由紀の将来の得べかりし利益の喪失による損害賠償額を算定するに当たり、賃金センサス昭和五十六年第一巻第一表中の女子労働者、旧中・新高卒、企業規模計（パートタイム労働者を除いたもの）の表による平均給与額を基準として収入額を算定したことは、交通事故により死亡した女子の将来の得べかりし利益の算定として不合理なものとはいえず（最判昭 54.6.26、同 56.10.8 参照）、美由紀が専業として職業に就いて受けるべき給与額を基準として将来の得べかりし利益を算定するときには、美由紀が将来労働によつて取得しうる利益は右の算定によつて評価し尽くされることになる」と解するのが相当であり、したがつて、これに家事労働分を加算することは、将来労働によつて取得しうる利益を二重に評価計算することに帰するから相当ではない。そして、賃金センサスに示されている男女

間の平均賃金の格差は現実の労働市場における実態を反映していると解されるところ、女子の将来の得べかりし利益を算定するに当たつて、予測困難な右格差の解消ないし縮小という事態が確実に生じるものとして現時点において損害賠償額に反映させ、これを不法行為者に負担させることは、損害賠償額の算定方法として必ずしも合理的なものであるとはいえない」

【東京高判平 13.8.20 判時 1757-38】全労働者の平均賃金を採用(上告棄却・不受理)

【東京高判平 13.10.16 判時 1772-57】女子労働者の平均賃金を採用(上告棄却・不受理)

2. 損害の種類

- ・ 財産的損害（侵害により生じる経済的不利益）⇔精神的損害（被害者の感じた苦痛・不快感）
- ・ 積極的損害（現実生じた金銭的被害）⇔消極的損害（逸失利益・得べかりし利益）

第5款 要件—因果関係

1. 因果関係の意義

- ・ 行為（＝故意行為・過失行為）と損害の間の因果関係
- ・ 事実的因果関係：「あれなくばこれなし」（＝責任設定因果関係）
 - * 仮定的因果関係：先行する行為により結果が既に発生していた場合 → 因果関係なし
※ガラスにボールを投げ込んでしまったが、その直前に別人が割っていた場合
 - * 因果関係不明：どちらが原因か立証不可だがどちらかが原因なのは立証できた場合
→特殊不法行為による修正(§719-1 後段)：双方が全体につき連帯責任
 - * 原因の重複：両方が同時に結果を引き起こしたと立証された場合 → 双方に因果関係肯定
 - * 不作為と因果関係：合義務的代替行為により結果を回避できたか否かで判断
- ・ 相当因果関係：どこまでを賠償させるかという損害賠償の範囲（＝責任充足因果関係）
⇔完全賠償の原則：因果関係のある損害全部につき賠償責任を負わせるべき

2. 事実的因果関係の立証

- ・ 証明困難な事案（公害、医薬品、食品、医療事故等）での因果関係立証責任の緩和
→経験則による因果関係の事実上の推定（一応の推定）の利用

【新潟地判昭 46.9.29】新潟水俣病事件[27422554]

「いわゆる公害事件においては、被害者が公害に係る被害とその加害行為との因果関係について、因果の環の一つ一つにつき、逐次自然科学的な解明をすることは、極めて困難な場合が多い……特に化学公害などでは、後記のところから明らかなように、その争点のすべてにわたって高度の自然科学上の知識を必須とするものである以上、被害者に右の科学的解明を要求することは、民事裁判による被害者救済の途を全く閉ざす結果になりかねない。けだし、右の場合、因果関係論で問題となる点は、通常の場合、1 被害疾患の特性とその原因（病因）物質、2 原因物質が被害者に到達する経路（汚染経路）、3 加害企業における原因物質の排出（生成・排出に至るまでのメカニズム）であると考えられる。ところで、1 については、被害者側において、臨床、病理、疫学等の医学関係の専門家の協力を得ることにより、これを医学的に解明することは可能であるとしても、前記一に認定したような熊本の水俣病の例が端的に示しているように、そのためには、相当数の患者が発生し、かつ、多くの犠牲者とこれが剖検例が得られなければ、明らかにならないことが多く、2 については、企業からの排出物質が色とか臭いなどにより外観上確認できるものならばいざ知らず、化学物質には全く外観上確認できないものが多いため、当該企業関係者以外の者が排出物の種類、性質、量などを正確に知ることは至難であるばかりでなく、これが被害者に到達するまでには、自然現象その他の複雑な要因も関係してくるから、その汚染経路を被害者や第三者は、通常の場合、知り得ないといえよう（こうした目に見えない汚染に不特定多数の人が曝らされ、しらずしらずのうちに健康を蝕まれ、被害を受ける、というのが、むしろこの種公害の特質ともいえよう。）。そして、3 にいたっては、加害企業の「企業秘密」の故をもつて全く対外的に公開されないのが通常であり、国などの行政機関においてすら企業側の全面的な協力が得られない限り、立入り調査をして試料採取することなどはできず、いわんや権力の一かけらももたない一般住民である被害者が、右立入り等を行うことによりこれを科学的に解明することは、不可能に近い……加えて、この種公害の被害者は、一般的にいつて加害者と交替できる立場にはなく、加害企業が「企業秘密」を解かぬ以上、その内容を永遠に解き得ない立場にある。一方、これに反し、加害企業は、多くの場合、極言すると、生成、排出のメカニズムにつき排他的独占的な知識を有しており、3 については、企業内の技術者をもつて容易に立証し、その真実を明らかにすることができる立場にある」「以上からすると、本件のような化学公害事件においては、被害者に対し自然科学的な解明までを求めることは、不法行為制度の根幹をなしている衡平の見地からして相当ではなく、前記 1、2 については、その状況証拠の積み重ねによ

り、関係諸科学との関連においても矛盾なく説明ができれば、法的因果関係の面ではその証明があつたものと解すべきであり、右程度の1、2の立証がなされて、汚染源の追求がいわば企業の門前にまで到達した場合、3については、むしろ企業側において、自己の工場が汚染源になり得ない所以を証明しない限り、その存在を事実上推認され、その結果すべての法的因果関係が立証されたものと解すべき」

【最判昭 50.10.24 民集 29-9-141】東大病院リンバー・ショック事件[昭 48 オ 517]

不法行為損害請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し

「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りる」 「原審確定の事実、殊に、本件発作は、上告人の病状が一貫して軽快しつつある段階において、本件リンバー実施後一五分ないし二〇分を経て突然に発生したものであり、他方、化膿性髄膜炎の再燃する蓋然性は通常低いものとされており、当時これが再燃するような特別の事情も認められなかつたこと、以上の事実関係を、因果関係に関する前記一に説示した見地にたつて総合検討すると、他に特段の事情が認められないかぎり、経験則上本件発作とその後の病変の原因は脳出血であり、これが本件リンバーに因つて発生したものであると、結局、上告人の本件発作及びその後の病変と本件リンバーとの間に因果関係を肯定するのが相当」

(大塚補足) 原告不利の鑑定結果について、それが因果関係肯定の妨げにならない点の個別詳述

・因果関係の証明度

* 高度の蓋然性：判例【最判昭 50.10.4】

* 相当程度の可能性：相当程度の可能性で足りる。証明度の軽減？

【東京地判平 4.2.7】東京水俣病訴訟 → 最高裁も医療訴訟で採用？(後掲)

* 蓋然性説：証明困難な事案では蓋然性で足りる ← 公害訴訟で主張されたが支持されず

* 確率的心証説：因果関係ありの心証が 60%なら 60%の割合で請求を認容すればよい

= 因果関係の割合的認定 ← 90%なら全部認容、10%なら全部棄却でないのか？

・因果関係証明のための手段(→推定ではない)

* 門前理論：新潟水俣病事件

* 疫学的因果関係：集団現象全体の因果関係を統計的に推計する科学的知見

・ 4 要件(その物質が健康被害に先行して存在、両者の間の時間的・場所的・集団的関連性、その関係性が医学理論と矛盾しない、量と反応の関係がある) 充足により因果関係を事実上推定

【津地四日市判昭 47.7.24】四日市ぜんそく事件(疫学的因果関係採用)

【富山地判昭 46.6.30】イタイイタイ病事件(疫学的因果関係採用)

* 統計的因果関係

【最判昭 44.2.6】レントゲンと皮膚がんの関係[昭 41 オ 1116,1117]

損害請求→一審：一部認容(費用 100%被告)→双方控訴：変更・認容額減(費用 75%被告)→双方上告：棄却

「レントゲン線照射の時期、量、回数および部位、レ線照射と皮膚癌の発生との間の統計的因果関係などの諸事実、とくにレ線照射と癌の発生との間に統計上の因果関係があり、しかも、レ線照射を原因とする皮膚癌は他の発生原因と比べると比較的多いこと、被上告人は、昭和二五年四月一九日から同二七年七月二九日までの約二年三箇月の間に東一病院で、前後四四回にわたり水虫にかかつていた左右足趾の部分に合計五〇四〇レントゲン線量(以下単にレ線量という)の照射を加え、本件皮膚癌は、その照射部分についてのみ発生したことの諸事実に徴すると、本件皮膚癌の発生は東一病院の本件レ線照射がその主要な原因をなしていると判示した原判決の判断

は、当審も、これを正当として肯認しえないわけではない」

- ・ 因果関係と損害：不作為不法行為の因果関係の判断と損賠の範囲（医療過誤訴訟）

←不作為不法行為の因果関係：合義務的代替行為による結果回避の高度の蓋然性の有無

＊死亡時に、本来なら生存していた高度の蓋然性があれば死亡との因果関係肯定

【最判平 11.2.25】損害としての「死」の意義[平 8 才 2043]

不法行為(主)・債務不履行(予)損賠(逸失利益+慰謝料)請求→一審：慰謝料認容(死亡との因果関係を肯定せず)
→双方控訴棄却→上告：破棄差戻し（肝臓がん早期発見のための検査を怠ったとしたもの）

「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである（最判昭 50.10.24 参照）。右は、医師が注意義務に従って行うべき診療行為を行わなかった不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なるところはなく、経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後のいかにどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない」→死亡との因果関係は肯定されるとして、破棄差戻し

＊死亡時に、本来なら生存していた相当程度の可能性があれば慰謝料請求との因果関係肯定

【最判平 12.9.22】慰謝料請求と因果関係[平 9 才 42]

債務不履行・不法行為損賠請求（死亡損害+慰謝料）→一審：棄却→控訴：変更・慰謝料一部認容(適切な医療を受ける機会を奪われた本人の精神的苦痛。費用：原告 90%)→被告上告棄却

「疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負う……生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえることができるから」

【最判平 15.11.11】開業医が転送義務を怠った場合[平 14 受 1257]

損賠請求→一審：棄却（因果関係否定）→控訴棄却（過失・因果関係否定）→上告：破棄差戻し

開業医が患者を転送しなかったため、後遺症が残ったもの。

○過失「被告人は、上記の事実関係の下においては、本件診療中、点滴を開始したものの、上告人のおう吐の症状が治まらず、上告人に軽度の意識障害等を疑わせる言動があり、これに不安を覚えた母親から診察を求められた時点で、直ちに上告人を診断した上で、上告人の上記一連の症状からうかがわれる急性脳症等を含む重大で緊急性のある病気に対しても適切に対処し得る、高度な医療機器による精密検査及び入院加療等が可能な医療機関へ上告人を転送し、適切な治療を受けさせるべき義務があった……被告人には、これを怠った過失がある」

○因果関係：平 12.9.22 引用後「患者の診療に当たった医師が、過失により患者を適時に適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合……その転送義務に違反した行為と患者の上記重大な後遺症の残存との間の因果関係の存在は証明されなくとも、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受けていたならば、患者に上記重大な後遺症が残らなかつた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負う」

【最判平 16.1.15】債務不履行損賠請求で同旨[平 14 受 1937]

債務不履行損賠請求…控訴審：原告請求棄却（相当程度の可能性否定）→上告：破棄差戻し

最判平 12.9.22 引用後「このことは、診療契約上の債務不履行責任についても同様に解される。すなわち、医師に適時に適切な検査を行うべき診療契約上の義務を怠った過失があり、その結果患者が早期に適切な医療行為を受けることができなかった場合において、上記検査義務を怠った医師の過失と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されなくとも、適時に適切な検査を行うことによって病変が発見され、当該病変に対して早期に適切な治療等の医療行為が行われていたならば、患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときには、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき診療契約上の債務不履行責任を負う」

＊期待権侵害説：適切な医療行為が行われなかった場合に、期待権侵害で慰謝料を認める説
→最高裁はここまでは認めず（2裁判官が反対意見で認める）

【最判平 17.12.8】拘置所医務部の転送義務と期待権[平 17 受 715]

国賠請求→一審：一部認容→双方控訴：取消・請求棄却→上告棄却

勾留中に脳梗塞になり、転送義務を怠ったため重大な後遺障害が残ったとする損賠請求

「勾留されている患者の診療に当たった拘置所の職員である医師が、過失により患者を適時に外部の適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同病院において適切な医療行為を受けていたならば、患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、国は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害について国家賠償責任を負う……（最判平 12.9.22, 最判平 15.11.11 参照）……前記事実関係によれば……上告人について、速やかに外部の医療機関への転送が行われ、転送先の医療機関において医療行為を受けていたならば、上告人に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということとはできない……上告人に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということができない以上、東京拘置所の職員である医師が上告人を外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする国家賠償請求は、理由がない」

（島田補足）「相当程度の可能性」は立証困難の緩和と因果関係不立証時の損賠の範囲の合理的画定である

（才口補足）島田同旨、「期待権」なる実体法上根拠のないものを持ち出すのはいかなるものか

（横尾・泉反対）拘置所医務部の体制は不十分で、「上告人は、急性期の脳卒中患者として専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害されたのであるから、被上告人は、国家賠償法に基づき、上告人の上記利益侵害に係る精神的損害を賠償する責任がある」

第6款 責任能力（712-713条）

1. 責任能力による不法行為責任阻却

- ・ 未成年者であって、責任弁識能力を備えない場合 (§712)
- ・ 精神上の障害により、責任弁識能力を欠く間の場合 (§713)、自ら招いた責任無能力状態は除く
§712 未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わない
§713 精神上の障害により自己の行為の責任を弁識する能力を欠く状態にある間に他人に損害を加えた者は、その賠償の責任を負わない。ただし、故意又は過失によって一時的にその状態を招いたときは、この限りでない

2. 意義

- ・ 主観的過失の前提 → 責任非難の前提たる能力がないと、過失責任主義では帰責できない
- ・ 客観的過失の前提 → 本人保護の政策的要請（能力がなくても論理的には過失を肯定できる）

3. 責任能力（責任弁識能力）

- ・ 意義：加害行為の法律上の責任を弁識するに足るべき知能
 - * 知能を内容とし、法律上の地位をいう権利能力・行為能力とは異なる
 - * 同じく知能を問題とする意思能力よりは高度（意思能力は7～8歳）
 - * 道德上の善悪の判断がつくだけでは足りない（判例は12歳前後を基準にする）
← 実際は無資力リスクを踏まえ、被害者の救済のため柔軟に判断している

【大判大 6.4.30】光清撃つぞ事件（否定 → 監督義務者責任）[大 6 オ 291]

損賠請求、上告棄却（請求棄却）。加害者は12歳2月の少年。

「原院カ加害者山本秀麿ニ於テ本件行為ノ責任ヲ弁識スルニ足ル知能ヲ有セサルモノト認定シタルハ単ニ同人ノ年齢ノミニ依ルニアラス又単ニ一般社会上ノ通念ノミニ依ルニモアラス……一般社会上ノ通念及ヒ原院ノ認定シタル本件行為ノ情況即チ「秀麿カ被控訴人（被上告人）外数名ノ子供ト遊戲中被控訴人ニ対シ「光清撃ツソ」ト言イツツ銃口ヲ被控訴人ニ向ケ居タル際被控訴人カ危険タカラ止メヨト制止シタルモ秀麿ノ手遂ニ引金ニ触レ発砲スルニ至リ弾丸被控訴人顔部ニ的中シ之カ為メ同人ノ左眼全然失明シタル事實」等ニ依リ之ヲ為シタルモノ」「原院カ法律上ノ責任ト称スルハ損害賠償ノ責任ト解スヘキニアラス而シテ民法第七百十二条ニ「行為ノ責任ヲ弁識スルニ足ルヘキ知能」ト謂ウハ固ヨリ道德上不正ノ行為タルコトヲ弁識スル知能ノ意ニアラス加害行為ノ法律上ノ責任ヲ弁識スルニ足ルヘキ知能ヲ指スモノト解スルヲ相当トス」

【大判大 4.5.12】豊太郎事件（11歳11月の加害少年の責任能力を肯定 → 使用者責任）

この加害少年は既に働いていたため、使用者責任を追及できた。

第7款 正当防衛・緊急避難（720条）

1. 不法行為責任阻却事由（違法性阻却事由）

- ・ 正当防衛(§720-1)、緊急避難(§720-2)、被害者の承諾、正当行為、自力救済

§720-1 他人の不法行為に対し、自己又は第三者の権利又は法律上保護される利益を防衛するため、やむを得ず加害行為をした者は、損害賠償の責任を負わない。ただし、被害者から不法行為をした者に対する損害賠償の請求を妨げない

#2 前項の規定は、他人の物から生じた急迫の危難を避けるためその物を損傷した場合について準用する

2. 正当防衛：他人の不法行為・保護法益（自己・第三者）・加害行為（不法行為者・第三者）

⇔刑法上は第三者への加害行為は緊急避難になる

3. 緊急避難：他人の物からの急迫の危難・保護法益（自己・第三者）・その物の損傷

⇔刑法上は加害者以外に対する行為の違法性阻却

4. 被害者の承諾：事前に被害者が承諾していた場合（自由意思で、社会的に見て合理性が必要）

※公序良俗に反する承諾ではダメ

⇔事後の承諾は損害賠償請求権の放棄と解される

5. 正当（業務）行為

- ・ 法定の正当業務行為：懲戒権(§822)、現行犯逮捕、学校長・教員の体罰以外の懲戒行為、事務管理にあたる行為、正当な手続による法の執行行為など
- ・ 解釈上の正当業務行為：医師の医療行為（被害者の承諾で大半は阻却でき、残りの一部）、スポーツや遊戯中の損害（→実際は過失が認められない場合も多い）

6. 自力救済：原則として不可だが、絶対ダメとまではされない

【最判昭 40.12.7】自力救済の可否[昭 38 才 1236]

「私力の行使は、原則として法の禁止するところであるが、法律に定める手続によつたのでは、権利に対する違法な侵害に対抗して現状を維持することが不可能又は著しく困難であると認められる緊急やむを得ない特別の事情が存する場合においてのみ、その必要の限度を超えない範囲内で、例外的に許されるものと解することを妨げない。しかしながら……本件における事実関係のもとにおいては、右のごとき緊急の事情があるものとは認められず、上告人は法律に定められた手続により本件板囲を撤去すべきであるから、実力をもつてこれを撤去破壊することは私力行使の許される限界を超えるもの……したがつて……右板囲を実力によつて撤去破壊した上告人は不法行為の責任を免れない」（所有者の板囲みを破壊した上告人への損賠請求が認容されたもの）

第3節 特殊不法行為

第1款 監督義務者の責任（714条）

1. 責任無能力者の監督者の責任

- ・ 特徴：補充的責任・中間責任
- ・ 帰責根拠：ゲルマン法の家長の責任→ドイツ法で監督義務者に拡大→承継 and/or 危険責任
- ・ 要件：直接の加害者が709条の要件を充足+712or713条により責任を負わない

【最判昭 37.2.27】直接の加害者において違法性を欠く場合[昭 35 才 114]

「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を具えない児童が「鬼ごっこ」なる一般に容認される遊戯中前示の事情の下に他人に加えた傷害行為は、特段の事情の認められない限り、該行為の違法性を阻却すべき事由あるものと解するのが相当であるから、藤田要子の原判示行為は客観的にみて条理上是認しうべきものであつて、違法性を欠く……従つて、上告人ら主張の本件不法行為は、その客観的成立要件である違法性を欠くから、成立しない」→加害者（藤田要子）の父に対する損賠請求を棄却

2. 監督義務者・代理監督者

- ・ 本人に帰責できない場合の、監督義務者(#1)・代理監督者(#2)の賠償責任

＊ 加害者の責任無能力の立証責任は加害者にある

§714-1 前二条の規定により責任無能力者がその責任を負わない場合において、その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者は、その責任無能力者が第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、監督義務者がその義務を怠らなかつたとき、又はその義務を怠らなくても損害が生ずべきであつたときは、この限りでない

#2 監督義務者に代わって責任無能力者を監督する者も、前項の責任を負う

- ・ 法定の監督義務者：父母(§818)、親権代行者(§833,867)、未成年後見人(§857)、児童福祉施設の長(児童福祉 47)、成年後見人(§858)、保護者(精神保健福祉法 20~22)
- ・ 代理監督者：法律または法定監督義務者との契約により監督を委託された者・施設
例：託児所・幼稚園・精神病院等の職員又は施設の運営主体、引率者等

個人として責任無能力者を継続的に預かり監督する者も含む(一時的なものは除く)

※監督義務者・代理監督者の責任は並存し得る（不真正連帯債務となる）

【札幌地判平 1.9.28】幼稚園を運営する学校法人 [昭 61 ワ 2880]

園児が騒ぎ馬匹が暴走した事故について、その間の因果関係を認め、幼稚園に代理監督者責任を認めた事例

【福岡地小倉地判昭 59.2.23】少年団のボランティアの団長[昭 56 ワ 1664]

少年団のキャンプで友人の飛ばした竹とんぼが目にあたって負傷した子どもの事故

被告は「保護者の団体である後援会から少年団の団員の指導、監督を委嘱され、少年団の団長たる地位にあり、本件キャンプにおいては引率者たる地位にあるものであるから、被告沖田は民法七一条二項の代理監督者として一郎を監督すべき義務を負担しているものと解するのが相当なところ、指導者の監督、指導は奉仕活動であること、後援会と指導者は一体の協力関係にあり、保護者の干渉を排するものではないこと、個々の保護者と指導者との間に、子息の指導、監督の委託がないことをもって、左右されるものではない」

3. 責任を免れる場合(#1 但書,#2)：立証責任の転換（中間責任）

- ・ 無過失の証明による免責：「その義務を怠らなかつたとき」
- ・ 因果関係がないことによる免責：「その義務を怠らなくても損害が生ずべきであつたとき」
- ・ 監督義務の内容：法律・契約・事務管理の規定等による内容・範囲を定める

＊ 監督義務の種類とその判断

- ・ 特定具体的：損害発生の危険のある特定具体的な局面・行為における監督義務
→その具体的な行為について監督義務を果たしたかどうか
- ・ 抽象包括的：責任無能力者の生活全般についての監督義務
→責任無能力者につき危険をもたらさないよう教育し、躾をしたかどうか

＊ 監督義務の範囲

- ・ 身上監護型(親権者等)：被監督者の生活全領域に監督義務を負う場合 → 立証困難
 - ・ 特定生活監護型(教員等)：被監督者のある局面において義務を果たしたと証明すればよい
- ＊ 実際にはいずれも容易には認められない

【大判昭 18.4.9】無過失の立証責任は被告にある[昭 18 才 75]

「民法第七百十四条ノ規定ニ依レハ同法第七百十二条ノ規定ニ依リ責任無能力者力他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ヲ負ハサル場合ニ於テハ之ヲ監督スヘキ法定ノ義務アル者力賠償責任アルモノニシテ其ノ監督義務者ハ自己ノ監督ノ義務ヲ怠ラサリシコトヲ立証スルニ非サレハ其ノ責任ヲ免レ得サルモノナルコト明白」

4. 監督義務者に対する 709 条による責任追及

- ・ 可能。但し、714 条によるよりは難しい

∴原告の立証責任が重い：監督義務者の過失・監督義務懈怠と損害の因果関係

【最判昭 49.3.22 民集 28-2-347】709 条による父母の責任を認めたもの[昭 47 才 1067]

損害請求→一審：全部認容→控訴棄却→上告棄却（13 歳の亡 A が新聞代金集金中、当時 15 歳の B によって殺害され、亡 A の母である原告が、B と B の父母の被告 3 名に対し、不法行為に基づく損害賠償を請求したもの。なお、B 一家は家庭のどんらんの雰囲気もなく、両親とも非行の B を放任していた）

「未成年者が責任能力を有する場合であっても監督義務者の義務違反と当該未成年者の不法行為によって生じた結果との間に相当因果関係を認めうるときは、監督義務者につき民法七〇九条に基づく不法行為が成立するものと解するのが相当であって、民法七一四条の規定が右解釈の妨げとなるものではない」

【東京高判平 6.5.20】中野富士見中学いじめ自殺事件（親の責任を肯定）

【最判 18.2.24】19 歳の子の強盗傷人につき監督義務者の過失を否定[平 17 受 882]

少年院を仮退院して保護観察に付された 3 名(当時 19 歳)の原告に対する強盗傷人事件につき、3 名とその親権者に対して不法行為に基づく損害賠償を求めたもの。原審は加害者 3 名に対してのみ認容

○保護観察遵守事項を守らせる義務を怠ったとの主張「本件事件当時、A らは、いずれも、間もなく成人に達する年齢にあり、既に幾つかの職歴を有し、被上告人らの下を離れて生活したこともあったというのであり、平成 13 年 4 月又は 5 月に少年院を仮退院した後の A らの行動から判断しても、被上告人らが親権者として A らに対して及ぼし得る影響力は限定的なものとなっていたといわざるを得ないから、被上告人らが、A らに保護観察の遵守事項を確実に守らせることができる適切な手段を有していたとはいえない」

○少年院への再入院手続を怠ったとの主張：本件の事実関係では「本件事件当時、A らが本件事件のような犯罪を犯すことを予測し得る事情があったということはできない……し、A らの生活状態自体が直ちに再入院手続等を執るべき状態にあったということもできない」

※年齢によって差がある？

→幼年者では抽象レベルの義務違反で有責⇔成年近いと具体的な義務違反でないと無責

第2款 使用者責任（715条）

1. 特徴：中間責任、代位責任（→事実上無過失責任で、戦後免責肯定例なし）

- ・ 意義：被用者が無資力の場合に、使用者に賠償させて救済を図るもの
- ・ 責任の根拠：立法者は自己責任（使用者の過失責任）→報償・危険責任に基づく代位責任
←企業自身に 709 条で責任を追及できる（多数）←法人の過失を問題とできるか
* 法人の不法行為責任は、会社法 350,600 等によっても生じうるが、代表者のみ

2. 要件：使用関係、被用者が事業の執行について、第三者に不法行為を行うこと

+ 免責事由の不存在（立証責任転換、#1 但書）

- ・ #1 但書の後段：選任監督上の過失と損害の因果関係の不存在をいう

←代位責任と解するなら、使用者の過失と損害についての事実的因果関係は不要である

§715-1 ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは、この限りでない

3. 使用関係

- ・ 「ある事業」：「仕事」程度の意味で、使用関係を限定する趣旨ではない（判例・通説）

【最判昭 56.11.27】事業の意義（兄弟間の車での送迎）[S56 才 573:民集 35-8-1271]

「上告人は、本件事故の当日、出先から自宅に連絡し、弟の訴外斎藤政夫をして上告人所有の本件自動車を運転して迎えに来させたうえ、更に、右訴外人をして右自動車の運転を継続させこれに同乗して自宅に戻る途中、本件事故が発生したものであるところ、右同乗後は運転経験の長い上告人が助手席に坐つて、運転免許の取得後半年位で運転経験の浅い右訴外人の運転に気を配り、事故発生直前にも同人に対し「ゴー」と合図して発進の指示をした」「右事実関係のもとにおいては、上告人は、一時的にせよ右訴外人を指揮監督して、その自動車により自己を自宅に送り届けさせるという仕事に従事させていた……から、上告人と右訴外人との間に本件事故当時上告人の右の仕事につき民法七一条一項にいう使用者・被用者の関係が成立していた」（損賠請求・上告棄却）

* 不法な行為でもよいか：最高裁は肯定（暴力団は暴力団対策法で組長らの無過失責任を規定）

【最判平 16.11.12 民集 58-8-2078】事業の意義（暴力団の資金獲得活動）[H16 受 230]

A組下部組織組員に対立組員と誤殺された警察官の妻子による組長への損賠請求→認容／棄却

「上告人は、A組の下部組織の構成員を、その直接間接の指揮監督の下、A組の威力を利用しての資金獲得活動に係る事業に従事させていたということが出来るから、上告人とA組の下部組織の構成員との間には、同事業につき、民法715条1項所定の使用人と被用者の関係が成立していた」「上記の諸点及び〔1〕暴力団にとって、縄張や威力、威信の維持は、その資金獲得活動に不可欠のものであるから、他の暴力団との間に緊張対立が生じたときには、これに対する組織的対応として暴力行為を伴った対立抗争が生ずることが不可避であること、〔2〕A組においては、下部組織を含むA組の構成員全体を対象とする慶弔規定を設け、他の暴力団との対立抗争に参加して服役した者のうち功績のあった者を表彰するなど、その資金獲得活動に伴い発生する対立抗争における暴力行為を賞揚していたことに照らすと、A組の下部組織における対立抗争においてその構成員がした殺傷行為は、A組の威力を利用しての資金獲得活動に係る事業の執行と密接に関連する行為というべきであり、A組の下部組織の構成員がした殺傷行為について、上告人は、民法715条1項による使用者責任を負う」

* 雇用等の契約関係は不要、実質的な指揮監督の関係が必要 → 委任や請負は不成立が通常

【最判昭 37.12.14】使用関係（下請負人の被用者）[S34 才 213:民集 16-12-2368]

「元請負人が下請負人に対し、工事上の指図をしもしくはその監督のもとに工事を施行させ、その関係が使用者

と被用者との関係またはこれと同視しうる場合において、下請負人がさらに第三者を使用しているとき、その第三者が他人に加えた損害につき元請負人が民法七一五条の責任を負うべき範囲については、下請工事の附随的行為またはその延長もしくは外形上下請負人の事業の範囲内に含まれるとされるすべての行為につき元請負人が右責任を負うものと解すべきではなく、右第三者に直接間接に元請負人の指揮監督関係が及んでいる場合になされた右第三者の行為のみが元請負人の事業の執行についてなされたものというべきであり、その限度で元請負人は右第三者の不法行為につき責に任ずる」(損賠請求→認容／破棄差戻し)

【最判昭 45.2.12】使用関係(下請負人の被用者) [判時 591-61]

(最判昭 37.12.14 を引用し)「本件工事の元請負人の地位にある上告会社は、その社員で土木技術者の訴外内田恒則を工事の責任者として現場に詰めさせて、下請負人である訴外佐藤徳之の工事施行を指揮監督させていたばかりでなく、右佐藤の被用者で工事の現場責任者である訴外山崎鋤身に対しても上告会社の直接の被用者と同様の指揮監督をしていた……から……その被用者と同視すべき右山崎が上告会社の業務執行中その過失により右事故を惹起したものであるとして、上告会社の損害賠償責任を肯定」した原審は正当(損賠請求→認容／棄却)

【最判昭 41.7.21】使用関係(他人の被用者) [S40 才 11:民集 20-6-1235]

「上告会社は、その請負った道路工事に使用するため、訴外奥山土建から、その所有のトラツク三台を、運転手助手つきで本件事故の発生する四〇日程前から借り受けたが、第一審共同被告滝口文太郎は、右助手の一人として、上告会社の道路工事現場に来て、すべて上告会社の現場監督の指揮に従い砂利、土、石等の運搬に関与し、時には自ら右トラツクの運転もし、上告会社の飯場で上告会社の作業員と共に生活していたもので、右工事については奥山三九郎の指図を受けたことはなかつた」という「右事実関係のもとにおいては、民法七一五条の適用上、滝口は上告会社の「被用者」に当る」(損賠請求→認容／棄却)

【最判昭 41.6.10】使用関係(名義貸) [S39 才 577:民集 20-5-1029]

控訴審「およそ自動車運送営業は現行制度上一定の基準に達しなければ免許を得られないものであるから、その免許を受けた営業者が無免許者に対して自己の商号使用を許諾した場合には、名義貸与自体が違法性を帯びるとともに右許諾者は自動車事故の発生を未然に防止するよう指揮監督すべき責務を負うべき筋筋とみるべきであつて、名義貸与者とこれを使用する者との間には、事実上指揮監督の関係があつたか否かを問うまでもなく、使用者としての指揮監督をなすべき義務を負う」→上告審も同様に使用者責任を肯定(損賠請求→認容／棄却)

4. 事業の執行について

- ・趣旨:「事業の執行のために」より広義、「事業の執行に際して」よりは狭義 → あいまい

＊ 一体不可分説(旧判例): 地位濫用などの場合は含まれない ← 狭すぎる

【大判大 5.7.29】「事業の執行について」の判断(一体不可分説) [T5 れ 926:刑録 22-1240]

「其損害を惹起したる被用者の行為が使用者の事業の執行自体なるか若くは其事業の執行と相関連して之れと一体を成し不可分の関係にあるものなることを要し、被用者が使用者の事業の執行として何等為すべきことの現存せざる場合に単に自己の目的の爲め其地位を濫用して擅に爲したる行為に因り第三者に損害を加ふる如きは仮令其行為が外形上使用者の事業の執行と異る所なしとするも之を以て其事業の執行に付き損害を加へたるものとし使用者をして之れが賠償の責に任ぜしむべきものにあらざ」(附帯私訴→破棄自判・棄却)

＊ 外形理論(外形標準説): 行為の外形から判断すべき

【大連判大 15.10.13】外形理論を採用(取引的不法行為) [民集 5-785]

【最判昭 36.6.9】外形理論を維持(取引的不法行為) [民集 15-6-1546]

【最判昭 30.12.22】外形理論を採用(事実的不法行為) [民集 9-14-2047]

- ・取引(行為)的不法行為: 外形理論で判例・学説とも一致

＊ 民法 110 条による保護: 基本代理権が必要／直接の相手方につき成立する必要がある

→これらが満たされない場合は§715 で行くしかない

→満たされた場合、優劣関係があるのか、どちらも採りうるのかは争いあり

* 事業の執行の判断：職務執行行為 + 外形上あたかも被用者の職務の範囲内とみられる行為

・ 被用者の職務との相当の関連性 + それを容易に行いうる客観的状态の存在 → 肯定

【最判昭 40.11.30】事業の執行の判断基準[S39 オ 1113:民集 19-8-2049]

会計係員による手形偽造。不法行為損賠→認容／棄却

「民法七一五条にいわゆる「事業ノ執行ニ付キ」とは、被用者の職務執行行為そのものには属しないが、その行為の外形から観察して、あたかも被用者の職務の範囲内の行為に属するものとみられる場合をも包含するものと解すべき……（最判昭 32.7.16、最判昭 36.6.9）。これを被用者が取引行為のかたちとする加害行為についていえば、使用者の事業の施設、機構および事業運営の実情と被用者の当該行為の内容、手段等とを相関的に斟酌し、当該行為が、（い）被用者の分掌する職務と相当の関連性を有し、かつ、（ろ）被用者が使用者の名で権限外にこれを行うことが客観的に容易である状態に置かれているとみられる場合のごときも、被害者の保護を目的とする民法七一五条の法意ならびに前示判例の趣旨にかんがみ、外形上の職務行為に該当する……けだし、（い）にいう本来の職務との間に相当の関連性を有することは、当該行為が被用者の職務の範囲内に属するものと思料される契機となりうることは疑いがなく、しかも、被用者の権限外の行為に対し使用者の支配が及びうるにかかわらず、（ろ）のごとくこれを容易に行いうる客観的状态が事業の施設機構等に存するときは、被用者の行為がその職務の範囲内に属するものとの外観をもたすのが通常の事態であると認められるからである」

・ 被用者の職務との相当の関連性は、使用者の事業の範囲であるだけでは足りない

【最判平 22.3.30】被用者の職務との相当の関連性の判断[H21 受 1780:判時 2079-40]

貸金業者の従業員が横領した金員の穴埋めのため、貸金原資に充てるとして顧客から金銭を詐取したもの

「上告人は貸金業を営む株式会社であって、Aを含む複数の被用者にその職務を分掌させていたことが明らかであるから、本件欺罔行為が上告人の事業の執行についてされたものであるというためには、貸金の原資の調達が使用者である上告人の事業の範囲に属するというだけでなく、これが客観的、外形的にみて、被用者であるAが担当する職務の範囲に属するものでなければならない」「原審は、貸金の原資を調達することが上告人の事業の範囲に属するということのみから直ちに、これが上告人の被用者の職務の範囲に属するとして、本件欺罔行為が上告人の事業の執行についてされた行為に該当するとした」が誤り、「被上告人は、Aが担当する職務の内容、上告人の資金調達に関するAの職務権限、当該職務と本件欺罔行為との関連性等に関し、何ら主張立証をしていない……貸金の原資の調達が客観的、外形的にみてAの担当する職務の範囲に属するとみる余地はない」→請求棄却（損賠請求→棄却／取消認容／破棄自判・控訴棄却）

・ 職務権限外である点につき悪意・重過失の相手方は外観理論で保護されない

【最判昭 42.4.20】悪意の相手方の§715 による保護[S39 オ 1025:民集 21-3-697]

菓子屋の社員が権限濫用し自分のために材料を仕入れた代金の請求。§93 但類推で契約無効としつつ、原告のうち善意者に§715 の損賠を認容し、悪意者の請求を棄却した原審に対し、悪意とされた原告が上告（棄却）

「被用者がその権限を濫用して自己または他人の利益をはかつたような場合においても、その被用者の行為は業務の執行につきなされたものと認められ、使用者はこれにより第三者の蒙つた損害につき賠償の責を免れることをえないわけであるが、しかし、その行為の相手方たる第三者が当該行為が被用者の権限濫用に出るものであることを知っていた場合には、使用者は右の責任を負わないものと解しなければならない。けだし、いわゆる「事業ノ執行ニ付キ」という意味を上述のように解する趣旨は、取引行為に関するかぎり、行為の外形に対する第三者の信頼を保護しようとするところに存するのであって、たとえ被用者の行為が、その外形から観察して、その者の職務の範囲内に属するものと見られるからといって、それが被用者の権限濫用行為であることを知っていた第三者に対してまでも使用者の責任を認めることは、右の趣旨を逸脱するもの」というほかないからである。した

がつて、このような場合には、当該被用者の行為は事業の執行につきなされた行為には当たらない」

（大隅意見）商 43 の番頭・手代にあたるから、内心によらず契約は有効だが、悪意の相手方は権利濫用ないし信義則違反で請求できない。多数意見だと有過失の相手方は保護されないが、保護すべき。

【最判昭 42.11.2 民集 21-9-2278】外観理論による保護と悪意・重過失[S39 才 1103]

被告銀行の支店長が、権限を逸脱した取引（第三者による手形割引の仲介を利用した融資：浮貸し）をし、その打ち合わせに原告会社の役員等が関与しており、悪意又は重過失が疑われた事案。

「被用者のなした取引行為が、その行為の外形からみて、使用者の事業の範囲内に属するものと認められる場合においても、その行為が被用者の職務権限内において適法に行なわれたものでなく、かつ、その行為の相手方が右の事情を知りながら、または、少なくとも重大な過失により右の事情を知らないで、当該取引をしたと認められるときは、その行為にもとづく損害は民法七一五条にいわゆる「被用者力其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害」とはいえず、したがってその取引の相手方である被害者は使用者に対してその損害の賠償を請求することができない」（損賠請求→認容／破棄差戻し）

・ 事実的不法行為：判例は外形理論

←危険物型は加害行為が客観的に使用者の支配領域内の危険に由来するかで判断し、暴行型は事業の執行行為との密接関連性で判断すべき

∴取引と異なって相手方の信頼保護は根拠とならず、選任監督上管理可能な範囲とすべき

←支配可能性（∴危険責任）と利益帰属性（∴報償責任）で判断すべき

* 自動車事故の例

【最判昭 39.2.4】事実的不法行為における判断基準[S37 才 589:民集 18-2-252]

内規に反して被用者が社用車で帰宅中、事故で被害者を死亡させたもの。損賠請求→認容／棄却／棄却

「上告人岩根の本件事故当夜における右ジープの運行は、会社業務の適正な執行行為ではなく、主観的には同上告人の私用を弁ずる為であつたというべきであるから、上告会社の内規に違反してなされた行為ではあるが、§ 715 に規定する「事業ノ執行ニ付キ」というのは、必ずしも被用者がその担当する業務を適正に執行する場合だけを指すのでなく、広く被用者の行為の外形を捉えて客観的に観察したとき、使用者の事業の態様、規模等からしてそれが被用者の職務行為の範囲内に属するものと認められる場合で足りるものと解すべきであるとし、この見地よりすれば、上告人岩根の前記行為は、結局、その職務の範囲内の行為と認められ、その結果惹起された本件事故による損害は上告会社の事業の執行について生じたものと解するのが相当であるから、被用者である上告人岩根の本件不法行為につき使用者である上告会社がその責任を負担すべき」とした原審は正当

【最判昭 52.9.22】交通事故での判断（否定）[S51 才 886:民集 31-5-767]

急の出張で、国鉄で行けたのに無断で自家用車で出張し、帰路事故を起こしたものの。損賠請求→棄却／棄却

「右事実関係のもとで、被上告人が森谷利夫に対し同人の本件出張につき自家用車の利用を許容していたことを認めるべき事情のない本件においては、同人らが米子市に向うために自家用車を運転したことをもつて、行為の外形から客観的にみても、被上告人の業務の執行にあたるということはできず、したがって、右出張からの帰途に惹起された本件事故当時における同人の運転行為もまた被上告人の業務の執行にあたらない」との原審は正当

* 暴行：事業の執行行為との密接関連性で判断

【最判昭 44.11.18】暴行における判断[S44 才 580:民集 23-11-2079]

「訴外（第一審被告）高橋縣蔵は、土木建築業を営む上告会社に配管工として雇用され、同会社が東京都三鷹市上連雀において行なっていた上水道管敷設工事に従事中、昭 41.11.12 右工事現場において、同じく右工事の作業をしていた被上告人に対し、作業に使用するため「鋸を貸してくれ」と声を掛けるところ、被上告人が自分の持っていた鋸を高橋縣蔵の方に向けて投げたことから、さらに右両名間に原判示のような遣り取りがあつたあげ

く高橋縣蔵が被上告人に対し原判示暴行を加えた……右事実によれば、被上告人が被つた原判示損害は、高橋縣蔵が、上告会社の事業の執行行為を契機とし、これと密接な関連を有すると認められる行為によつて加えたものであるから、これを民法七一五条一項に照らすと、被用者である高橋縣蔵が上告会社の事業の執行につき加えた損害に当たる」(損賠請求→認容／棄却)

＊外形理論になじまない不正行為を密接関連性で判断したもの

【最判平 15.3.25 判時 1826-55】保険外務員による詐取[H14 受 297]

郵便局の保険外務員が顧客に融資を持ちかけ詐取したもの。

「前記事実関係によれば……Dが被上告人らから融資を受けた行為はDと被上告人らとの個人的な貸借関係であり、被上告人AがDの言を信じ盗まれた保険金に充てる趣旨で融資金を交付したからといって、これが上告人の業務に属する公的資金の調達に当たると評価することはできない……本件契約者貸付けは、借主ないしその代理人である被上告人Aが直接郵便局の窓口に出向き、自らが署名押印した貸付請求書を窓口担当者に提出して行われたのであるから、この貸付けの手続をもってDが行う局外貸付けと同視すべきものではない。もっとも、Dが被上告人夫婦に対し契約者貸付けの方法を教示したり、被上告人らの貸付可能額を確認し、貸付請求書用紙に所要事項を記入して被上告人Aに交付したりした行為は、保険外務員の職務行為又はこれと密接な関連を有する行為であるとみることができる。しかしながら、被上告人夫婦に損害を生じさせた行為は、Dの上記教示行為等や窓口担当者らの行為ではなく、Dにおいて返済する意思も能力もないのにこれがあるように装って被上告人Aをその旨誤信させて融資を受けたことであり、この行為が職務と密接に関連する行為と評価されないことは既に説示したとおりである。以上によれば、Dの行為を外形的、全体的にみても、被上告人夫婦は、Dが確実に融資金を返済してくれるというD個人に対する信頼に基づきDに資金を融通したものと評価すべきであって、Dが被上告人らに加えた損害は、民法715条1項にいう「被用者力其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害」に当たらない」(債務不存在確認→認容／破棄自判・破棄差戻し)

5. 被用者が一般不法行為の要件を満たし第三者に責任を負うこと

←公害訴訟等での被害者救済を阻害する、被用者への求償の関係で安易な肯定は危険

- ・ 第三者の範囲：使用者・被用者以外の者すべてをいう

【最判昭 32.4.30】被害者自身に過失があってもよい[民集 11-4-646]

6. 効果：使用者（＋代理監督者）も加害者たる被用者とともに損害賠償責任を負う

→全額の賠償義務をそれぞれが負う（不真正連帯債務）

- ・ 代理監督者の範囲：営業所長、工場長、支店長、現場監督等

←使用者との関係では被用者であり、同じ責任を負わせるのは酷ではないか

#2 使用者に代わって事業を監督する者も、前項の責任を負う

【最判昭 35.4.14】代理監督者の範囲[民集 14-5-863]

「同条項にいわゆる「使用者二代ハリテ事業ヲ監督スル者」とは、客観的に観察して、實際上現実に使用者に代つて事業を監督する地位にある者を指称する」(被告会社（上告せず確定）と契約し、その名義を借りて人を雇って運送業をしていた上告人が、赤字で車を被用者に売却し、契約上の地位を被用者に代えるよう求めたのに、被告会社がこれを拒否していた場合に、上告人は代理監督者にあたらない、としたもの)

【最判昭 38.6.28】会社の営業所の所長を代理監督者と認めたもの[判時 344-36]

【最判昭 42.5.30】代表取締役は常に代理監督者か（否定）[民集 21-4-961]

「使用者が法人である場合において、その代表者が現実

に被用者の選任、監督を担当しているときは、右代表者は同条項にいう代理監督者に該当し、当該被用者が事業の執行につきなした行為について、代理監督者として責任を負わなければならないが、代表者が、単に法人の代表機関として一般的業務執行権限を有することから、た

だちに、同条項を適用してその個人責任を問うことはできない」(主張立証がなかった: 損賠請求→棄却/棄却)

7. 求償(#3): 代位責任ゆえ求償は認められるが、全額を認めてよいか

- ・ 自己責任としても、被用者の注意義務違反(債務不履行)として求償可能ゆえ、その確認規定
#3 前二項の規定は、使用者又は監督者から被用者に対する求償権の行使を妨げない
- ・ 損害の公平な分担という見地から、信義則上相当な範囲に求償権の行使は制限される
 - * 逆求償: 被用者が賠償した場合に使用者に求償できるか?

【最判昭 51.7.8】求償の制限[S49 才 1073:民集 30-7-689]

石油会社の被用者が臨時でタンクローリー運転中に追突事故をしたもの。信義則上 1/4 が限度とした。

「使用者が、その事業の執行につきなされた被用者の加害行為により、直接損害を被り又は使用者としての損害賠償責任を負担したことに基づき損害を被つた場合には、使用者は、その事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防若しくは損失の分散についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対し右損害の賠償又は求償の請求をすることができる」(損賠請求→1/4 認容/棄却/棄却)

第3款 工作物責任（717条）

1. 要件：土地の工作物の瑕疵 + 損害 + 因果関係

§717-1 土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたときは、その工作物の占有者は、被害者に対してその損害を賠償する責任を負う。ただし、占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは、所有者がその損害を賠償しなければならない

#2 前項の規定は、竹木の栽植又は支持に瑕疵がある場合について準用する

・土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があること

＊土地の工作物：人工的作業によって土地に接着して設置された物

例：自動販売機、プール、井戸、ゲレンデ、踏切、工場内の機械

＊瑕疵：本来の安全性を欠くこと(客観説：通説)、安全性を維持すべき義務違反(義務違反説)

←義務違反説だと、知りえない瑕疵は所有者に責任を負わせることができない

・設置の瑕疵：設置当初からの瑕疵

・保存の瑕疵：維持・管理が悪いため生じた瑕疵（後発的瑕疵）

【最判昭 46.4.23 民集 25-3-351】鉄道踏切に保安設備がないのは設置上の瑕疵

・因果関係：瑕疵と評価される事実と損害との因果関係

＊瑕疵がなくても損害が生じた場合は不可抗力として因果関係が否定される

＊瑕疵によって損害が拡大した場合は損害賠償の範囲・調整の問題になる

2. 損害賠償義務者

・工作物の占有者(#1 本文)：中間責任、必要な注意をしていれば所有者が責任を負う

＊通説：工作物を事実上支配する物をいい、物権法上の占有者のこと

【最判昭 31.12.18 民集 10-12-1559】工作物占有者の意義・間接占有者の責任[S29 才 848]

「民法七一条にいわゆる占有者とは工作物を事実上支配し、その瑕疵を修補しえて損害の発生を防止しうる関係にある者を指す……国が連合国占領軍の接收通知に応じ建物をその所有者より借り受けた場合においてはたといこれを同軍の使用に供し同軍が事実上右建物を占有支配している場合においても国は依然としてなお右建物の賃借人であることに变りはなく、従つてまた右建物についても当然に間接占有を有する……民法七一条にいわゆる占有者には特に間接占有者を除外すべき法文上の根拠もなくまたこれを首肯せしむべき実質上の理由もないから、国は右建物の設置保存に関する瑕疵に基因する損害については当然に右法条における占有者としてその責に任ずべき」(損賠請求→棄却／破棄差戻し)

＊有力説：危険責任と解し、創出・支配・管理する地位にいる者をいう

【最判平 2.11.6 判時 1407-67】液化石油ガス消費設備の占有者[S61 才 1512]

「本件ガス消費設備は、上告人が所有するもので被上告人会社は無償で貸与していたものであり、専ら上告人がその保守、管理及び操作を行うことが合意され、上告人の従業員はバスボンベ取替えのため定期的に集合装置の設置してある場所に入入りし、被上告人らもこのことをあらかじめ許諾していた……右事実関係のもとにおいて、上告人は、保守、管理及び操作に関しては本件ガス消費設備に対し直接的、具体的な支配を及ぼしていたから、民法七一条一項に規定する占有者に当たる」(損賠請求→認容／棄却)

・工作物の所有者(#1 但書)：無過失責任、但し占有者が責任を負わないときのみ

・求償権

#3 前二項の場合において、損害の原因について他にその責任を負う者がいるときは、占有者又は所有者は、その者に対して求償権を行使することができる

3. その他の論点

- ・ §717 の拡大適用

- * 無過失責任を規定する唯一の規定のため、危険責任に広く適用しようとするもの

- 航空機や製造物一般 (→ 製造物責任法)、企業組織一般を含める見解だが、無理がある

- ・ 自然力と工作物の瑕疵の競合：共同不法行為とみれば減額は不当となる

- 【長崎地佐世保支判昭 61.3.31 判時 1201-118】未曾有の豪雨を考慮し 35%減額

- 【名古屋地判昭 48.3.30 判時 700-3】飛騨川バス転落事故一審

- 【名古屋高判昭 49.11.20 高民 27-6-395】飛騨川バス転落事故二審

- 一審は減額、二審は通行止め等の措置が可能であったとして全額認容

- ・ 失火責任法との関係

- * 失火責任法優先説、嵌め込み説(瑕疵が重過失によって生じた場合以外は免責)

- * §717 優先説

- * 延焼部分のみ失火責任法を適用

- * 通常工作物には失火責任法を適用、花火工場等危険工作物には不適用

- 【大判昭 8.5.16 民集 12-1178】はめ込み説を採用

- 【東京地判平 5.7.26 判時 1188-116】【東京高判平 3.11.26 判時 1408-82】§717 優先説

第4款 共同不法行為（719条）

1. 意義

- ・ 共謀がある場合：§709ではそれぞれに因果関係ある損害を請求できるだけ
- ・ 加害者不明の場合：択一的に絞れても、因果関係不明でどちらにも請求できない
→いずれも両者に全額について連帯責任を負わせるもの（#1 前段／後段）＝因果関係の緩和
- ＊ 限界：加害者に事実的因果関係の範囲でのみ損害賠償責任を負わせる原則を修正すべき
相当の理由がある範囲にとどまる
- ＊ #2の意義：教唆者・幫助者について、1項前段の加害者の範囲に含むとするみなし規定
§719-1 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする
#2 行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する

2. 具体的検討

・ 加害行為一体型：1項前段

意義：複数の加害者が加害行為を行うが、全体としてひとつの加害行為と評価できる場合。共謀が典型的だが、社会通念上一体と評価されれば足りる

＊ 1項前段：共同の不法行為なら、事実的因果関係のない損害にも賠償責任を負わせる

→効果が強いので、「共同の不法行為」は限定的に解すべき

→加害行為一体型に限って適用できる

【大判昭9.10.15民集13-1874】闘争関与者の不法行為責任[S8オ3121]

要旨「闘争手段に訴ふるも目的を達すべき旨の決議に参加した者は現場に赴かざるも其の決議に基き殺傷を為したる者と共同不法行為者として其の責に任ずべきものとす」「闘争の目的を以て集合したる者の中人を殺傷したる者ある場合に於ては殺傷行為を為さざる者と雖共同不法行為者として其の責に任ずべきものとす」

・ 加害者不明型：1項後段

意義：加害行為を行った複数の主体のうち、誰かが加害者であることは明かだが、誰かは不明野合

＊ 1項後段：加害者不明なら因果関係を推定する、という効果

∴加害者側で因果関係がないことを証明して責任を免れることは許すべき

→要件：加害者たりうる数人を特定でき、かつそれ以外に加害者たりうる者はいないことを被害者側において証明すべき

・ 損害一体型

意義：加害行為は別々だが、被害に一体性が個々の加害行為と損害との関係でどこまで事実的因果関係があるか分からない場合（複数工場の有害廃液によって被害が生じた場合）

＊ §719適用外とすると結論不当

∴因果関係不明なら1項後段で連帯責任なのに、一定の因果関係があると思われるがどの程度か分からない場合には賠償責任をすべて免れるとするのは不均衡

→1項後段の類推適用で全部の責任を負わせる

・ 独立不法行為競合型

意義：独立の不法行為がたまたま競合した場合（個別に加害行為・損害・事実的因果関係を確定できる）

＊ それぞれ§709によって独立の不法行為責任を負わせれば足りる（→§719の適用外）

3. 学説の整理

- ・客観的関連共同を基準(従来通説・判例)

意義：客観的に一個の共同行為があるとみられること

→A B双方の過失で起きた事故でCが負傷した場合、§719-1 前段を認める

←これは独立不法行為競合型ではないか

→損害一体型も客観的関連共同性を肯定する

←因果関係の不存在を証明して責任を免れ得ない

- ・主観的関連共同を基準(新主観説、前田達明ら)

意義：各自が他人の行為を利用し、他方自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思をもつこと

→主観を狭く解すると(共謀に限定)、1項前段の適用領域が狭すぎる

→主観を広く解すると、過失についても主観的関連共同が認められるとする

→損害一体型で、コンビナートを形成しただけで主観的関連共同性が肯定されてしまう

←前段の基準としては妥当だが、実質的に客観的に評価していないか

- ・帰責における一体性(内田)

意義：複数の加害者の加害行為が、損害との関係で、一つの加害行為と評価できるか(価値判断)

4. 要件の整理

- ・1項前段：強い関連共同性が必要、個別の減免責は不許

①各人の行為がそれぞれ独立して不法行為の要件を備えること

【大判昭 18.7.6 民集 22-593】共同行為者に故意の者と過失の者が混在していてもよい

【大判昭 9.1.15 民集 13-1874】相当因果関係は必要だが、相当性の判断は緩和されうる

②関連共同性があること(判例は客観的関連共同性=当事者の意識は問題とならない)

【最判昭 43.4.23 民集 22-4-964】山王川事件[後掲 S39 オ 902]

- ・1項後段：弱い関連共同性でよい、個別の減免責は可能

①複数の者のうちに加害者がいること(それ以外には加害者たりうる者がいないこと)

②そのうち誰が加害者か不明であること

- ・共同不法行為の先例とされるが、単に§709で足り、共同不法行為ではないと批判されるもの

【最判昭 43.4.23 民集 22-4-964】山王川事件[S39 オ 902]

窒素含有量の多い工場廃液による水稻耕作の減収などの損賠請求→認容/棄却

「共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害についてその賠償の責に任ずべきであり、この理は、本件のごとき流水汚染により惹起された損害の賠償についても、同様であると解するのが相当である。これを本件についていえば、原判示の本件工場廃水を山王川に放出した上告人は、右廃水放出により惹起された損害のうち、右廃水放出と相当因果関係の範囲内にある全損害について、その賠償の責に任ずべきである。ところで、原審の確定するところによれば、山王川には自然の湧水も流入し水がとだえたことはなく、昭和三年の旱害対策として多くの井戸が掘られたが、山王川の流域においてはその数が極めて少ないことが認められるから、上告人の放出した本件工場廃水がなくても山王川から灌漑用水をとることができなかつたわけではないというのであり、また、山王川の流水が本件廃水のみならず所論の都市下水等によつても汚染されていたことは推測されるが、原判示の曝気槽設備のなかつた昭和三年までは、山王川の流水により稀釈され

る直前の本件工場廃水は、右流水の約一五倍の全窒素を含有していたと推測され、山王川の流水は右廃水のために水稲耕作の最大許容量をはるかに超過する窒素濃度を帯びていたというのである。そして、原審は、右の事実および原審認定の本件における事実関係のもとにおいては、本件工場廃水の山王川への放出がなければ、原判示の減収（損害）は発生しなかつた筈であり、右減収の直接の原因は本件廃水の放出にあるとして、右廃水放出と損害発生との間に相当因果関係が存する旨判断しているのであつて、原審の挙示する証拠によれば、原審の右認定および判断は、これを是認することができる」

- ・ 損害一体型の例外：複数工場の排出した有害物質による加害を 1 項前段で扱ったもの

【大阪地判平 3.3.29 判時 1383-22】西淀川大気汚染公害第一次訴訟[S53 ワ 2317]

要旨①「民法 7 1 9 条 1 項前段所定の共同不法行為が成立するためには、共同行為者各自に連帯して損害賠償義務を負わせるのが妥当であると認められる程度の社会的に見て一体性を有する行為（いわゆる強い関連共同性）が必要であり、その効果は、共同行為者が全損害についての賠償責任を負い、かつ、個別事由による減・免責を許さないものと解すべきである」

②「大気汚染公害に関して、共同不法行為者各自について、民法 7 1 9 条 1 項前段所定の共同不法行為の成立要件であるいわゆる強い関連共同性を認定するには、予見又は予見可能性の主観的要素並びに工場相互の立地状況、地域性、操業開始時期、操業状況、生産工程における機能的技術的な結合関係の有無・程度、資本的経済的・人的組織的な結合関係の有無・程度、汚染物質排出の様態、必要性、排出量、汚染への寄与度及びその他の客観的要素を総合して判断すべきである」→適用肯定

③「民法 7 1 9 条 1 項後段所定の共同不法行為において必要とされる関連共同性は、客観的関連共同性（いわゆる弱い関連共同性）で足り、同条項により各人の加害行為と損害の発生との因果関係が推定されるが、減・免責の主張・立証が許される」（損賠請求等→一部認容→控訴後和解）

【大阪地判平 7.7.5 判時 1538-17】大阪西淀川大気汚染公害第二～四次訴訟[S60 ワ 3528 他]

要旨①「汚染物質が入り交じって患者の健康を侵害している場合には、各排出源が主要汚染源でなくても共同不法行為規定を類推適用するのが相当であるが、各排出源の間に強い共同関係がない場合は、その責任は自己の排出の寄与割合に限定されるとして、道路管理者に対し、沿道住民の健康被害につき、寄与割合に相当する部分に限定した損害賠償を認めた事例」

要旨②「生命・身体に対する侵害を受けあるいは受けるおそれがある者は、権利を侵害する原因自体の排除を求めることで足り、どのような手段で原因を除去するかについてまで具体的に主張しなければならないものではないと解すべきであり、都市型複合汚染による健康被害に係る個別の主体に対する抽象的差止請求も、排出源が特定され、かつそれが主要な汚染源である場合には、債務者の責任範囲内において達成すべき事実状態を特定してその差止めを求めることは可能であり、その限度の特定で審判の対象も明らかとなっており、債務者の防御権の行使に特段の支障もないから、これを違法とすることはできない」

- ・ A B 双方の過失で起きた事故で C が負傷した場合
 - * 従来通説：典型的な共同不法行為の事例
 - * 内田：独立不法行為競合型。それぞれに損賠義務を認めて、あとは求償させればよい
 - 一方の帰責性が小さいなら、その損賠義務を限定して部分連帯にしてもよい
- ・ 廃液化合の場合：単独では無害な A B 工場の廃液が化合して有害となり損害を生じた場合
 - * 化合による損害発生を予見不可 → 過失を認定できないから不法行為責任なし
 - * 結果発生を認容／操業の一体性 → 加害行為が一体であるとして 1 項前段による
 - * A B それぞれに単純な過失がある → 独立不法行為競合型で処理すればよい
- ・ 道路管理の瑕疵による交通事故：独立不法行為競合型で処理し、寄与度減責を認める

- ・ 事故 + 医療過誤：共同不法行為(判例)、損害一体型として扱うべき(内田)

【最判平 13.3.13 民集 55-2-328】自転車事故 + 医療過誤[H10 受 168]

「本件交通事故により、優作は放置すれば死亡するに至る傷害を負ったものの、事故後搬入された被告人病院において、優作に対し通常期待されるべき適切な経過観察がされるなどして脳内出血が早期に発見され適切な治療が施されていれば、高度の蓋然性をもって優作を救命できたといえることができるから、本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、優作の死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある。したがって、本件交通事故における運転行為と本件医療事故における医療行為とは民法 719 条所定の共同不法行為に当たるから、各不法行為者は被害者の被った損害の全額について連帯して責任を負うべき……本件のようにそれぞれ独立して成立する複数の不法行為が順次競合した共同不法行為においても別異に解する理由はないから、被害者との関係においては、各不法行為者の結果発生に対する寄与の割合をもって被害者の被った損害の額を案分し、各不法行為者において責任を負うべき損害額を限定することは許されない……ただし、共同不法行為によって被害者の被った損害は、各不法行為者の行為のいずれとの関係でも相当因果関係に立つものとして、各不法行為者はその全額を負担すべきものであり、各不法行為者が賠償すべき損害額を案分、限定することは連帯関係を免除することとなり、共同不法行為者のいずれから全額の損害賠償を受けられるとしている民法 719 条の明文に反し、これにより被害者保護を図る同条の趣旨を没却することとなり、損害の負担について公平の理念に反することとなるからである」「本件交通事故と本件医療事故という加害者及び侵害行為を異にする二つの不法行為が順次競合した共同不法行為であり、各不法行為については加害者及び被害者の過失の内容も別異の性質を有するものである。ところで、過失相殺は不法行為により生じた損害について加害者と被害者との間においてそれぞれの過失の割合を基準にして相対的な負担の公平を図る制度であるから、本件のような共同不法行為においても、過失相殺は各不法行為の加害者と被害者との間の過失の割合に応じてすべきものであり、他の不法行為者と被害者との間における過失の割合をしん酌して過失相殺をすることは許されない」

5. 共同不法行為の効果

- ・ 不真正連帯債務：連帯債務のような絶対的効力事由は認められない

【最判平 6.11.24 判時 1514-82】共同不法行為者の 1 人への免除は相対効

【最判平 10.9.10 民集 52-6-1494】他の加害者の債務も免除する意思があれば他にも有効

* 3 人以上が関与する場合の共同不法行為と過失相殺 (A : B : C = 1 : 2 : 3 の場合)

- ・ 相対的過失割合：A → B は 1:2、A → C は 1:3 と個別に検討し、A は B に損害の 2/3、C に 3/4 の限度でしか請求できず、2/3 の限度で部分連帯する (← 結論不当)
- ・ 絶対的過失割合：A → B, C は 1:5 として、B, C は 5/6 の限度で連帯責任を負う (判例)

【最判平 15.7.11 判時 1834-37】絶対的過失割合で賠償責任を負う

- ・ 共同不法行為者間の求償：過失の割合ないし損害への寄与の割合に応じ可能 (通説・判例)

∴ 認めないと任意に賠償しなくなる、加害者間の公平の見地 (→ 不当利得)

【最判昭 41.11.18 民集 20-9-1886】使用者から第三者への求償(肯定)[S41 才 58]

「被上告会社(使用者)と上告人(第三者)及び被上告人風間(被用者)らは、増田に対して、各自、増田が蒙った全損害を賠償する義務を負う……右債務の弁済をした被上告会社は、上告人に対し、上告人と被上告人風間との過失の割合にしたがって定められるべき上告人の負担部分について求償権を行使することができる」

* 第三者から使用者への求償も可能

- ・ 但し、独立不法行為競合型であって、加害行為一体型は別に解しうる

例：第三者と被用者が通謀し手形を振出した場合、第三者が使用者に求償するのは不当

【最判昭 63.7.1 民集 42-6-451】 第三者から使用者への求償(肯定)[S60 才 1145]

「被用者がその使用者の事業の執行につき第三者との共同の不法行為により他人に損害を加えた場合において、右第三者が自己と被用者との過失割合に従って定められるべき自己の負担部分を超過して被害者に損害を賠償したときは、右第三者は、被用者の負担部分について使用者に対し求償することができるものと解するのが相当である。けだし、使用者の損害賠償責任を定める民法七一五条一項の規定は、主として、使用者が被用者の活動によって利益をあげる関係にあることに着目し、利益の存するところに損失をも帰せしめるとの見地から、被用者が使用者の事業活動を行うにつき他人に損害を加えた場合には、使用者も被用者と同じ内容の責任を負うべきものとしたものであって、このような規定の趣旨に照らせば、被用者が使用者の事業の執行につき第三者との共同の不法行為により他人に損害を加えた場合には、使用者と被用者とは一体をなすものとみて、右第三者との関係においても、使用者は被用者と同じ内容の責任を負うべきものと解すべきであるから」

※原審は過失を第三者：被用者：使用者 = 2 : 8 : 0 で、使用者に負担部分がない、として棄却した

* 使用者間での求償も可能

【最判平 3.10.25 民集 45-7-1173】 使用者間の求償・複数使用者間の負担割合[S63 才 1383]

クレーン車での作業中、A・B の過失により C が負傷し、A の使用者 X が賠償金を支払ったが、当時 A は Y の指揮監督下であり、かつ B は Y の被用者であったため、X→Y に求償したもの

「複数の加害者の共同不法行為につき、各加害者を指揮監督する使用者がそれぞれ損害賠償責任を負う場合においては、一方の加害者の使用者と他方の加害者の使用者との間の責任の内部的な分担の公平を図るため、求償が認められるべきであるが、その求償の前提となる各使用者の責任の割合は、それぞれが指揮監督する各加害者の過失割合に従って定めるべきものであって、一方の加害者の使用者は、当該加害者の過失割合に従って定められる自己の負担部分を超過して損害を賠償したときは、その超える部分につき、他方の加害者の使用者に対し、当該加害者の過失割合に従って定められる負担部分の限度で、右の全額を求償することができるものと解するのが相当である。けだし、使用者は、その指揮監督する被用者と一体をなすものとして、被用者と同じ内容の責任を負うべきところ（最判昭 63.7.1 参照）、この理は、右の使用者相互間の求償についても妥当するからである」

「一方の加害者を指揮監督する複数の使用者がそれぞれ損害賠償責任を負う場合においても、各使用者間の責任の内部的な分担の公平を図るため、求償が認められるべきであるが、その求償の前提となる各使用者の責任の割合は、被用者である加害者の加害行為の態様及びこれと各使用者の事業の執行との関連性の程度、加害者に対する各使用者の指揮監督の強弱などを考慮して定めるべきものであって、使用者の一方は、当該加害者の前記過失割合に従って定められる負担部分のうち、右の責任の割合に従って定められる自己の負担部分を超過して損害を賠償したときは、その超える部分につき、使用者の他方に対して右の責任の割合に従って定められる負担部分の限度で求償することができる……この場合において、使用者は、被用者に求償することも可能であるが、その求償し得る部分の有無・割合は使用者と被用者との間の内部関係によって決せられるべきものであるから（最判昭 51.7.8 参照）、使用者の一方から他方に対する求償に当たって、これを考慮すべきものではない」

「複数の者が同一の事故車両の運行供用者としてそれぞれ自賠法三条による損害賠償責任を負う場合においても、右と同様に解し得るものであって、当該事故の態様、各運行供用者の事故車両に対する運行支配、運行利益の程度などを考慮して、運行供用者相互間における責任の割合を定めるのが相当」

・ 連帯責任の例外：分割責任とすべき場合

* 被害者側の過失：自動車事故で、一方運転者の妻に対する損賠責任の扱い

→加害行為一体型では不当では（夫が第三者と共謀して妻を襲った場合も被害者側か）

【最判昭 51.3.25 民集 30-2-160】 夫の過失を被害者側の過失とし過失相殺[前掲 S47 才 457]

* 寄与度減責：損害への寄与度が著しく小さく、損害全額には及ばないため、損害発生に寄与した限度で賠償義務を負わせるもの。1 項後段にのみ認められる（有力だが異説あり）

∴推定の範囲は事実的因果関係のみだから

第5款 その他の特殊不法行為（716,718条）

1. 注文者の責任(§716)

- ・特徴：原則通り、注意的規定とされる：請負人は独立して仕事をするから

§716 注文者は、請負人がその仕事について第三者に加えた損害を賠償する責任を負わない。ただし、注文又は指図についてその注文者に過失があったときは、この限りでない

2. 動物占有者の責任(§718)

- ・特徴：中間責任（但書の免責は認められにくく、事実上無過失責任に近い）

* #2 の管理者はもともと受寄者や運送人だが、現在では占有者に含むので使われない

§718-1 動物の占有者は、その動物が他人に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、動物の種類及び性質に従い相当の注意をもってその管理をしたときは、この限りでない

#2 占有者に代わって動物を管理する者も、前項の責任を負う

【大判大 2.6.9】飼主の放置と注意義務違反[T2 オ 70:民録 19-507]

「犬ハ其性質ニ依リ人ニ損害ヲ加フル虞アルモノト其虞ナキモノトアリ其虞アルモノハ飼主ニ於テ之カ保管上特ニ損害ノ発生ヲ予防スルニ必要ナル設備ヲ為スノ義務アリト雖モ其性質柔順ニシテ人ニ損害ヲ加フル虞ナキモノニ至テハ必スシモ常ニ損害発生予防ノ設備ヲ為スノ要アルコトナク從テ飼主カ之ヲ放置シタル一事實ヲ以テ其保管上注意缺如ノ過失アルモノト謂フコトヲ得ス」(

【最判昭 37.2.1】飼主の注意義務の程度[S34 オ 1049:民集 16-2-143]

「民法七十八条一項但書の注意義務は所論2のごとく通常払うべき程度の注意義務を意味し、異常な事態に対処しうべき程度の注意義務まで課したものでないと解すべき」(損賠請求→認容/棄却)

【最判昭 58.4.1】飼い犬が人を襲って§718を適用した事例[S57 オ 993:判時 1083-83]

損賠請求→認容/棄却（宮崎反対：因果関係否定あり）

第4節 不法行為の効果

第1款 不法行為の効果

1. 損害賠償(§709 等) : 原則は損害賠償、方法は金銭賠償(§722-1→417)

§709 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う

§722-1 §417 の規定は、不法行為による損害賠償について準用する

§417 損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める

2. 適当な処分(§723) : 名誉棄損の場合の謝罪広告

§723 他人の名誉を毀損した者に対しては、裁判所は、被害者の請求により、損害賠償に代えて、又は損害賠償とともに、名誉を回復するのに適当な処分を命ずることができる

【最大判昭 31.7.4 民集 10-7-785】謝罪広告は陳謝表明程度なら憲法 19 条に反しない

3. その他 : 日照権侵害での建築設計変更や工事差止め、プライバシー侵害での出版差止めなど

- ・名誉棄損行為・プライバシー侵害の行為の差止め : 人格権侵害として事前差止めできる

【最大判昭 61.6.11 民集 40-4-872】北方ジャーナル事件

【最判平 14.9.24 判時 1802-60】石に泳ぐ魚事件

- ・不正競争行為の差止め(不正競争防止法 3,2-1)

- ・生命侵害・身体侵害・生活妨害等の差止め

＊権利的構成 : 物権的請求権・それに匹敵する人格権侵害として構成する

＊不法行為的構成 : 不法行為による損賠と差止めは連続的とし、要件も同じに考える

＊判例 : 権利的構成が基礎にあるが、侵害行為の態様を含む利益衡量をしている

→法律構成にはあまりこだわらず、受忍限度を超えているか否かとして違法性判断をする

※故意・過失は不要。差止めは将来の侵害防止だから、過去の損害回復とは異なるため

【最判平 7.7.7 民集 49-7-2599】国道 43 号線公害事件(差止め)[H4 才 1504]

「道路等の施設の周辺住民からその供用の差止めが求められた場合に差止請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮すべき要素は、周辺住民から損害の賠償が求められた場合に賠償請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮すべき要素とほぼ共通するのであるが、施設の供用の差止めと金銭による賠償という請求内容の相違に対応して、違法性の判断において各要素の重要性をどの程度のものとして考慮するかにはおのずから相違があるから、右両場合の違法性の有無の判断に差異が生じることがあっても不合理とはいえない」(原告らの日常生活の妨害と、道路のもたらす多大な便益を考慮して差止めを認容すべき違法性を認めなかった原審を肯定、なお、損賠は認容されている)

第2款 損害賠償—総論

1. 目的：他人に与えた損害の金銭による填補（→不法行為がなければあったであろう状態の回復）
2. 損害の金銭的評価：判例は差額説⇔学説は損害事実説

- ・財産的損害—物の損害の金銭的評価

- * 物の滅失：通常は交換価額で評価する

- ・金銭的評価の基準時：不法行為時が原則、その後の価格騰貴は§416 類推で処理

- ←特定物では事実審口頭弁論終結時にすべき(不法行為は損害の現実的填補が目的)

- ・物の使用価値は通常は交換価値に包含され、例外的に特別事情を予見可能な場合は肯定

- 【大連判大 15.5.22 民集 5-386】富貴丸事件[前掲 T12 才 398,521]

要旨①「民法第416条の規定は不法行為に因る損害賠償に準用すべきものとす」

②「不法行為に因る物の滅失毀損の場合に於て現実損害に対する賠償を得たる被害者は将来に於ける通常の使用収益に対する賠償の請求を為すことを得ず。但し特別の使用収益を為し得べかりしことを不法行為の当時予見し又は予見し得べかりし場合に在りては之に対する損害の賠償を請求することを得るものとす」

③「不法行為に因る物の滅失毀損に対する現実の損害賠償額は滅失毀損当時の交換価額に依りて之を定むべき」

④「不法行為に因り滅失毀損したる物の価額が其の後騰貴したるときは被害者は不法行為なかりせば転売其の方法に依り騰貴したる価額に相当する利益を確実に取得し得たるべき特別の事情あることを不法行為の当時予見し又は予見し得べかりし場合に限り之に相当する損害の賠償を請求することを得」(損賠請求中間判決)

- 【最判昭 39.6.23 民集 18-5-842】成育中立木伐採→適正伐採期の価格(収穫が予見可能)

- ・中古自動車：市場があればその交換価値、なければ新品調達費から価値減少分を控除(学説)

- 【最判昭 49.4.15 民集 28-3-385】中古自動車の評価は中古市場での同等品取得に要する価値

- ・美術品：鑑定等による評価をもって賠償する(学説)

- * 物の毀損：修理可能なら修理費+修理後の価格減少分(下級審)、不可能なら滅失と同じ

- 【最判昭 33.7.17 民集 12-12-1751】修理による(休業の)消極損害も原則通常損害に含む

- 【最判昭 49.4.15 民集 28-3-385】修理不可能な毀損は滅失と同様に扱う

- * 物の不法占拠

- 【大連判大 7.5.18 民録 24-976】賃借人の契約終了後の不法占拠→従来の賃料相当額が損害

- 【最判昭 34.7.30 民集 13-8-1209】無断転貸では転借料相当額

- 【大判昭 6.9.28 新聞 3321-7】より高い賃料で貸し付けていればその額が損害

- * 賃借権等の要益権侵害：喪失なら用益権の交換価値、妨害なら賃料相当額

- 【大判昭 8.7.5 民集 12-1783】(債務不履行)賃借権喪失→賃借権の交換価値が損害

- 【大判昭 7.7.7 民集 11-1498】賃借物の不法占有→賃料相当額が損害

- 【最判昭 32.1.22 民集 11-1-34】借地権侵害で借地利用の逸失利益は特別損害(賠償認容)

- * 担保権侵害

- 【大判昭 3.8.1 民集 7-671】物の残存価値>被担保債権額なら担保権侵害がない

- 【大判昭 11.6.29 新聞 4088-5】残存価値<被担保債権額なら満足されない額が賠償額

- 【大判昭 7.5.27 民集 11-1289】目的物の価格<被担保債権額なら目的物の価格が上限

- ・財産的損害—生命・身体

＊算定方法

- ・個別積算方式(個別査定方式・個別積み上げ方式・個別損害項目積み上げ方式)

→積極損害・消極損害・精神的損害のそれぞれを損害と考えて算定し合算する(判例)

- ・一括算定方式(包括算定方式)

→生命・身体侵害全体に対する損害額を一括して算定する(薬害・公害で下級審肯定例)

＊算定対象の損害項目と算定基準

- ・具体的(現実的)損害計算：被害者を基準に、当該被害者にどのような不利益が現実発生したのかという基準で損害項目を決定し、損害額を算定する

- ・抽象的損害計算：被害者が属する社会的グループの平均的な人を基準に、その平均的な人に発生するであろう不利益を抽象的・規範的に判断して損害項目を決定し、損害額を算定する

- ・判例：原則は具体的損害計算だが、例外的に抽象的損害計算を用いる

【最判平 9.1.28 民集 51-1-78】不法在留外国人の逸失利益(具体的損害計算)

【最判昭 42.11.10 民集 21-9-2352】後遺障害で実際には収入減なし(具体的損害計算)

<死亡の場合>

- ＊積極損害：治療費・入院費は実際に要した費用、葬儀費用は合理的な範囲で相続人の損害

【最判昭 43.10.3 判時 540-38】葬儀費用は被害者の社会的地位からみて合理的な範囲

- ＊消極損害：逸失利益＝推定年収×稼働可能年数－生活費－中間利息

←収入認定は原則として事実の問題として算定する

- ・収入ある者：給与所得者は死亡当時の給与額、個人営業事業者はその寄与度に応じる

【最判昭 43.8.27 民集 22-8-1704】昇級に相当程度の蓋然性があれば斟酌可能

【最判昭 43.8.2 民集 22-8-1525】個人営業事業者の場合の年収の判断[S37 才 611 等]

「企業主が生命もしくは身体を侵害されたため、その企業に従事することができなくなつたことによつて生ずる財産上の損害額は、原則として、企業収益中に占める企業主の労務その他企業に対する個人的寄与に基づく収益部分の割合によつて算定すべきであり、企業主の死亡により廃業のやむなきに至つた場合等特段の事情の存しない限り、企業主生存中の従前の収益の全部が企業主の右労務等によつてのみ取得されていたと見ることはできない。したがつて、企業主の死亡にかかわらず企業そのものが存続し、収益をあげているときは、従前の収益の全部が企業主の右労務等によつてのみ取得されたものではないと推定するのが相当」

- ・収入のない者：専業主婦・子どもとも賃金センサスを用いて収入を割り出す

【最判昭 49.7.19 民集 28-5-872】専業主婦は女子雇用労働者の平均的賃金相当額と推定

「女子雇用労働者の平均的賃金に相当する財産上の収益を挙げるもの」と推定

【最判昭 39.6.24 民集 18-5-874】子どもの逸失利益の賠償を認める

【最判昭 61.11.4 判時 1216-74】女兒につき女子の平均賃金を基礎とする

【東京高判平 13.8.20 判時 1757-8】女兒につき全労働者の平均賃金を用いる

【最決平 14.7.9 交民集 35-4-917】上記東京高判への上告申立てを不受理

- ・老人の収入

→受給権者自身の損失補償・生活保障目的の年金は平均余命期間分を逸失利益とする

【最判昭 41.4.7 民集 20-4-499】恩給法に基づく普通恩給→肯定

【最判平 5.9.21 判時 1476-120】普通恩給・国民年金(老齡年金)→肯定

【最大判平 5.3.24 民集 47-4-3039】地公共済組合法の退職年金→肯定

【最判平 11.10.22 民集 53-7-1211】障害基礎年金・障害厚生年金→肯定、妻子加給分否定

【最判平 12.11.14 民集 54-9-2683】遺族厚生年金→否定、遺族の生計維持、保険料なし

・外国人：予測される日本での(潜在)就労可能期間内は日本、その後は出国先での水準

【最判平 9.1.28 民集 51-1-78】日本での予測就労期間は日本で、その後は出国先での収入

・就労可能年数(稼働可能年数)：18～67 歳が標準、67 歳以上なら平均余命の半分

【最判昭 36.1.24 民集 15-1-35】死者の就労可能年数の認定[S31 才 364]

「死者の活動年令期の認定は経験則にもとづく認定であり、乙第三号証ノニの生命表記載の有限平均余命の数値は、その性質上一般平均人としての有限的活動年令期を示したものであること所論のとおりであるが、右数値は死者の活動年令期の確定が一般的には困難であるとの事実を鑑み、活動年令期を六〇歳までと仮定してこれを算出したものであるから、具体的な個々の場合において、特段の事情をも排斥して右数値が確定的なものとなるという積極的な意味を有するものではなく、裁判所は、右生命表の数値如何にかかわらず、死者の経歴、年令、職業、健康状態その他諸般の事情を考慮して、自由な心証によつてその活動年令期を認定し得るものと解すべき」

・生活費の控除：男子 50%、女子 30%を控除するのが実務

【最判昭 53.10.20 民集 32-7-1500】子どもの養育費は控除不要(損失と利得の同質性がない)

・中間利息：ライブニッツ式(複利)に統一すべきとの提案がされている

【最判平 17.6.14 民集 59-5-983】利率は民事法定利息(民 404 : 5%)によるべき

【最判昭 37.12.14 民集 16-12-2368】ホフマン式を利用(単利)

【最判昭 53.10.20 民集 32-7-1500】ライブニッツ式を利用(複利)

<負傷の場合>

* 積極損害：実際にかかった費用、後遺障害のため必要になる費用・介護費用も含む

【最判平 11.12.20 民集 53-9-2038】別原因での被害者死亡後の介護費用は含まない

* 消極損害：負傷による休業・休職中の収入・後遺障害による労働能力の喪失・減少

・労働能力の喪失・減少 = (障害なしと後遺ありの財産状態の)差額 - 中間利息

<その他>

* 死傷損害説：生命・身体の侵害それ自体を損害ととらえ、一定額を金銭的評価として示す

←実際には低額化ではないか、人の個別性を無視する

【大阪地判平 3.3.29 判時 1383-22】西淀川大気汚染訴訟(一括算定方式を肯定)

【最大判昭 56.12.16 民集 35-10-1369】大阪空港事件(慰謝料としての一括算定方式を許容)

* 負傷後、被害者が別原因で死亡した場合：原則として死亡後分も逸失利益は請求できる

【最判平 8.4.25 民集 50-5-1221】別原因で死亡しても逸失利益は減額されない[H5 才 527]

「交通事故の被害者が事故に起因する傷害のために身体的機能の一部を喪失し、労働能力の一部を喪失した場合において、いわゆる逸失利益の算定に当たっては、その後に被害者が死亡したとしても、右交通事故の時点で、その死亡の原因となる具体的事由が存在し、近い将来における死亡が客観的に予測されていたなどの特段の事情がない限り、右死亡の事実は就労可能期間の認定上考慮すべきものではない」「けだし、労働能力の一部喪失による損害は、交通事故の時に一定の内容のものとして発生しているのであるから、交通事故の後に生じた事由によってその内容に消長を来すものではなく、その逸失利益の額は、交通事故当時における被害者の年齢、職業、

健康状態等の個別要素と平均稼働年数、平均余命等に関する統計資料から導かれる就労可能期間に基づいて算定すべきものであって、交通事故の後に被害者が死亡したことは、前記の特段の事情のない限り、就労可能期間の認定に当たって考慮すべきものとはいえないからである。また、交通事故の被害者が事故後にたまたま別の原因で死亡したことにより、賠償義務を負担する者がその義務の全部又は一部を免れ、他方被害者ないしその遺族が事故により生じた損害のてん補を受けることができなくなるというのでは、衡平の理念に反することになる」

【最判平 8.5.31 民集 50-6-1323】別原因が交通事故であっても同じ[H5 オ 1958]

最判平 8.4.25 の判示は「被害者の死亡が病気、事故、自殺、天災等のいかなる事由に基づくものか、死亡につき不法行為等に基づく責任を負担すべき第三者が存在するかどうか、交通事故と死亡との間に相当因果関係ないし条件関係が存在するかどうかといった事情によって異なるものではない。本件のように被害者が第二の交通事故によって死亡した場合、それが第三者の不法行為によるものであっても、右第三者の負担すべき賠償額は最初の交通事故に基づく後遺障害により低下した被害者の労働能力を前提として算定すべきものであるから、前記のように解することによって初めて、被害者ないしその遺族が、前後二つの交通事故により被害者の被った全損害についての賠償を受けることが可能となるのである」

「交通事故の被害者が事故に起因する後遺障害のために労働能力の一部を喪失した後に死亡した場合、労働能力の一部喪失による財産上の損害の額の算定に当たっては、交通事故と被害者の死亡との間に相当因果関係があつて死亡による損害の賠償をも請求できる場合に限り、死亡後の生活費を控除することができると解するのが相当である。ただし、交通事故と死亡との間の相当因果関係が認められない場合には、被害者が死亡により生活費の支出を必要としなくなったことは、損害の原因と同一原因により生じたものということができず、両者は損益相殺の法理又はその類推適用により控除すべき損失と利得との関係にないからである」

- ・ 非財産的損害(§710)

§710 他人の身体、自由若しくは名誉を侵害した場合又は他人の財産権を侵害した場合のいずれであるかを問わず、前条の規定により損害賠償の責任を負う者は、財産以外の損害に対しても、その賠償をしなければならない

- * 法人の名誉棄損

【最判昭 39.1.28 民集 18-1-136】名誉棄損による法人への無形の損害と金銭賠償を肯定

- * 非財産的損害の算定：裁判官の裁量

【大判明 43.4.5 民録 16-273】慰謝料額の算定根拠を判決理由で示す必要はない

【最判昭 47.6.22 判示 673-41】同旨

【大判明 34.12.20 刑録 7-11-105】原告は請求にあたって慰謝料額の証明を要しない

【最判昭 48.4.5 民集 27-3-419】原告の請求総額の範囲内で請求額以上の慰謝料を認容可

- ・ その他の損害

【最判昭 44.2.27 民集 23-2-441】弁護士費用も損害として賠償請求可能(全額ではない)

第3款 損害賠償—範囲の画定

1. 判例：§416 は相当因果関係を定め、これが不法行為にも類推適用される

←債務不履行と不法行為は別。賠償が加害者の予見で限定されるのは妥当ではない

【最判昭 48.6.7 民集 27-6-681】 §416 類推への否定論(大隅反対)[S43 オ 1044]

「不法行為による損害賠償についても、民法四一六条が類推適用され、特別の事情によつて生じた損害については、加害者において、右事情を予見しまたは予見することを得べかりしときにかぎり、これを賠償する責を負うものと解すべきであることは、判例の趣旨とするところであり(大判大 15.5.22、最判昭 32.1.31、同昭 39.6.23 参照)、いまだちにこれを変更する要をみない」

(大隅反対)「債務不履行の場合には、当事者は合理的な計算に基づいて締結された契約によりはじめから債権債務の関係において結合されているのであるから、債務者がその債務の履行を怠つた場合に債権者に生ずる損害について予見可能性を問題とすることには、それなりに意味があるのみならず、もし債権者が債務不履行の場合に通常生ずべき損害の賠償を受けるだけでは満足できないならば、特別の事情を予見する債権者は、債務不履行の発生に先立つてあらかじめこれを債務者に通知して、将来にそなえる途もあるわけである。これに反して、多くの場合全く無関係な者の間で突発する不法行為にあつては、故意による場合はとにかく、過失による場合には、予見可能性ということはほとんど問題となりえない。たとえば、自動車の運転者が運転を誤つて人をひき倒した場合に、被害者の収入や家庭の状況などを予見しまたは予見しうべきであつたというがごときことは、実際上ありうるはずがないのである。その結果、民法四一六条を不法行為による損害賠償の場合に類推適用するときは、立証上の困難のため、被害者が特別の事情によつて生じた損害の賠償を求めることは至難とならざるをえない。そこで、この不都合を回避しようとするれば、公平の見地からみて加害者において賠償するのが相当と認められる損害については、特別の事情によつて生じた損害を通常生ずべき損害と擬制し、あるいは予見しまたは予見しうべきでなかつたものを予見可能であつたと擬制することとならざるをえないのである。そうであるとするならば、むしろ、不法行為の場合においては、各場合の具体的事情に応じて実損害を探究し、損害賠償制度の基本理念である公平の観念に照らして加害者に賠償させるのが相当と認められる損害については、通常生ずべきものであると特別の事情によつて生じたものであると、また予見可能なものであると否とを問わず、すべて賠償責任を認めるのが妥当であるといわなければならない。不法行為の場合には、無関係な者に損害が加えられるものであることからいつて、債務不履行の場合よりも広く被害者に損害の回復を認める理由があるともいえるのである。このように考えると、民法が債務不履行について四一六条の規定を設けながら、これを不法行為の場合に準用していないのは、それだけの理由があつてのことといわざるをえないのであつて、この規定を不法行為について類推適用することもまた否定されなければならないのである」

2. ある個別損害費目が賠償すべき範囲に含まれるか → 損害の金銭評価の判断要素にすぎない

【東京地判昭 38.10.14 判タ 154-124】 医師の指示なき温泉療養費(否定/不可欠・適切でない)

【最判昭 49.4.25 民集 28-3-447】 被害者娘の看護のための帰国旅費(肯定/普通運賃の限度)

3. 生じた損害が加害行為以外の原因の寄与で拡大した場合

* 平井説(義務射程説)：保護範囲に入るか否か(責任を加害者に帰するのが妥当かの規範的判断)

・ 故意 → 原則はすべてだが、異常な事態の介入の結果生じた損害は除く

・ 過失 → 加害者の(予見可能性に基づく)結果回避義務の及ぶ射程距離内にあるか否か

* 危険性関連説：直接引き起こされる損害(第一次損害)はすべて賠償すべきだが、因果関係のつながりで引き続き発生した損害(後続損害)は客観的な危険性が関連するかで判断

→不法行為による権利侵害によって、後続損害の危険性が高められた場合は責任を負うべき

* 判例

【大阪地判昭 51.7.15 判時 836-85】犬に襲われた少女が逃げて轢死した場合(死亡も肯定)

【東京高判昭 50.10.27 判時 819-48】逃げた乳牛を見て石垣上を逃げて落下(否定)

- ・被害者の自殺

【福島地いわき支判平 2.12.26 判時 1372-27】いわき市いじめ自殺事件(市の責任肯定)

【東京高判平 6.5.20 判時 1495-42】中野富士見中学いじめ自殺事件(区・加害両親の責任否定)

【最判平 5.9.9 判時 1477-42】交通事故被害者の自殺(相当因果関係肯定+心因的要因で減額)

- ・被害者の素因(対質・素質)：特異体質等は保護範囲に含めつつ、過失相殺で減額するのが通常

- ・第三者の行為の寄与：通常は共同不法行為とし、内部で求償させるが例外もある

【東京地判昭 54.7.3 判時 947-63】医師に重過失があれば医療過誤の損害に法的因果関係なし

4. 直接の被害者以外の主体に損害が生じた場合(間接被害者) → 多くは損害賠償請求権者の問題

* 合理的な範囲内の親族の旅費：定型的な費用項目とし、被害者の損害の金銭的評価とする

第4款 損害賠償—減額調整

1. 過失相殺(§722-2)

※§418 は過失相殺で損賠償責任自体の否定可 → §722-2 は文言上不可だが、可能とする(多数)
§722-2 被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる
§418 債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める

・過失相殺の評価対象

* 過失相殺能力：過失相殺されるために要求される(被害者の)能力 = 事理弁識能力で足りる
→ おおむね 5,6 歳(責任能力なら 11,12 歳)でよい(4 歳で肯定例あり)

【最判昭 39.6.24 民集 18-5-854】過失相殺能力[S36 才 412]

「民法七二二条二項の過失相殺の問題は、不法行為者に対し積極的に損害賠償責任を負わせる問題とは趣を異にし、不法行為が責任を負うべき損害賠償の額を定めるにつき、公平の見地から、損害発生についての被害者の不注意をいかにしんじやくするかの問題に過ぎないのであるから、被害者たる未成年者の過失をしんじやくする場合においても、未成年者に事理を弁識するに足る知能が具備していれば足り、未成年者に対し不法行為責任を負わせる場合のごとく、行為の責任を弁識するに足る知能が具備していることを要しない」(「行為の責任を弁識するに足る知能」を要求した最判昭 31.7.20 を変更)「本件被害者らは、事故当時は満八才余の普通健康体を有する男子であり、また、当時すでに小学校二年生として、日頃学校及び家庭で交通の危険につき充分訓戒されており、交通の危険につき弁識があつたものと推定することができる……本件被害者らは事理を弁識するに足る知能を具備していたものというべきであるから、原審が、右事実関係の下において、進んで被害者らの過失を認定した上、本件損害賠償額を決定するにつき右過失をしんじやくしたのは正当」(8 歳児死亡の交通事故の損賠請求→一部認容→変更(増額・過失相殺 6 割)→原告上告：棄却【本件】、被告上告：逸失利益部分破棄差戻し)

* 被害者側の過失：被害者と身分上・生活関係上一体をなすとみられる関係のある者の過失
→ 家族やその被用者など(恋人は×、内縁の夫は含む)

【最判昭 34.11.26 民集 13-12-1573】被害者側の過失の法理[S33 才 866]

「按ずるに、民法七二二条にいわゆる過失とは単に被害者本人の過失のみでなく、ひろく被害者側の過失をも包含する趣旨……もし、事故発生の際正人【= 8 歳】の監督義務者の如きものが同伴しており、同人において正人を抑制できたにもかかわらず、不注意にも抑制しなかつたというのであれば、原審としてはその同伴者の過失を斟酌したであろうやも測り難いのである」が、検討していないので破棄差戻し(損賠請求→認容/破棄差戻し)

【最判昭 42.6.27 民集 21-6-1507】被害者側の過失の法理とその範囲[S40 才 1056]

「民法七二二条二項に定める被害者の過失とは単に被害者本人の過失のみでなく、ひろく被害者側の過失をも包含する趣旨と解すべきではあるが、本件のように被害者本人が幼児である場合において、右にいう被害者側の過失とは、例えば被害者に対する監督者である父母ないしはその被用者である家事使用人などのように、被害者と身分上ないしは生活関係上一体をなすとみられるような関係にある者の過失をいう……両親より幼児の監護を委託された者の被用者のような被害者と一体をなすとみられない者の過失はこれに含まれない……けだし、同条項が損害賠償の額を定めるにあたって被害者の過失を斟酌することができる旨を定めたのは、発生した損害を加害者と被害者の間において公平に分担させるという公平の理念に基づくものである以上、被害者と一体をなすとみられない者の過失を斟酌することは、第三者の過失によつて生じた損害を被害者の負担に帰せしめ、加害者の負担を免ずることとなり、却つて公平の理念に反する結果となるからである」(保育園児を轢殺したがそれは監護中の保母の過失で園児が飛び出したためであったもの。慰謝料請求→一部認容→被告控訴：棄却→棄却)

【最判昭 51.3.25 民集 30-2-160】共同不法行為と被害者側の過失(夫婦で肯定)[S47 才 457]

「民法七二二条二項が不法行為による損害賠償の額を定めるにつき被害者の過失を斟酌することができる旨を定めたのは、不法行為によつて発生した損害を加害者と被害者との間において公平に分担させるという公平の理念に基づくものであると考えられるから、右被害者の過失には、被害者本人と身分上、生活関係上、一体をなすとみられるような関係にある者の過失、すなわちいわゆる被害者側の過失をも包含する……夫が妻を同乗させて運転する自動車と第三者が運転する自動車とが、右第三者と夫との双方の過失の競合により衝突したため、傷害を被つた妻が右第三者に対し損害賠償を請求する場合の損害額を算定するについては、右夫婦の婚姻関係が既に破綻にひんしているなど特段の事情のない限り、夫の過失を被害者側の過失として斟酌することができる……このように解するときは、加害者が、いつたん被害者である妻に対して全損害を賠償した後、夫にその過失に応じた負担部分を求償するという求償関係をも一挙に解決し、紛争を一回で処理することができるという合理性もある」※運転手夫と運転手第三者の責任は、連帯責任のところ、分割責任となる

【最判平 9.9.9 判時 1618-63】被害者側の過失(婚約間近の恋人の過失：否定)

【最判平 19.4.24 判時 1970-54】被害者側の過失(内縁の夫の過失：肯定)

【最判昭 56.2.17 判時 966-65】被害者側の過失(職場の同僚の過失：否定)

【大判大 9.6.15 民録 26-884】被害者側の過失(被害者の被用者の過失：肯定)

【大判昭 12.11.30 民集 16-1896】同旨

* 過失相殺の評価対象：実際は、過失より行為態様が斟酌されている(責任能力は不要ゆえ)

∴被害者の行為による加害者の非難可能性・違法性が減少しており、過失相殺はその評価の制度

【最判平 20.7.4 判時 2018-16】共同暴走行為での運転者他人の過失の考慮[H19 受 1386]

Aが運転しBが同乗する自動二輪車(暴走行為中)とパトカーとが衝突しB死亡、Bの相続人がパトカーの運行供用者に損賠請求→一部認容(過失相殺2割←Bの過失のみ)→被告上告：破棄差戻し

「本件運転行為に至る経過や本件運転行為の態様からすれば、本件運転行為は、BとAが共同して行っていた暴走行為から独立したAの単独行為とみることとはできず、上記共同暴走行為の一環を成すものというべき……したがって、上告人との関係で民法722条2項の過失相殺をするに当たっては、公平の見地に照らし、本件運転行為におけるAの過失もBの過失として考慮することができる」

・ 過失相殺の適用

* 主観的態様による適用の可否

・ 故意不法行為への適用：当然には排除されない(←完全排除説あり)

【大阪地判昭 63.6.30 交民集 21-3-687】被害者の挑発による加害行為なら過失相殺可能

・ 無過失責任や中間責任での過失相殺：適用されうる

* 裁判所の裁量による適用

【最判昭 41.6.21 民集 20-5-1078】過失相殺への弁論主義の適用(否定)[S39 才 437]

「不法行為による損害賠償の額を定めるにあたり、被害者に過失のあるときは、裁判所がこれをしんじやくすることができることは民法七二二条の規定するところである。この規定によると、被害者の過失は賠償額の範囲に影響を及ぼすべき事実であるから、裁判所は訴訟にあらわれた資料にもとづき被害者に過失があると認めるべき場合には、賠償額を判定するについて職権をもつてこれをしんじやくすることができると解すべきであつて、賠償義務者から過失相殺の主張のあることを要しないものである(大判昭 3.8.1 参照)」(約束手形金請求)

【最判昭 34.11.26 民集 13-12-1562】過失相殺の有無は裁判所の自由裁量[S32 才 877]

「被害者の過失を斟酌すると否とは裁判所の自由裁量に属することである」(慰謝料請求→認容/棄却)

【最判平 2.3.6 判時 1354-96】過失割合の認定が裁量権逸脱なら違法[S63 才 960]

断食療法を受けていた糖尿病患者がインスリン注射をやめたため死亡したもの

損賠請求→一審不明→一部認容(過失相殺 7 割)→原告上告：破棄差戻し

断食療法の危険性と「被上告人が本件断食道場で訴外清に施した断食療法が診療というべきものであることを考慮すると、被上告人の右過失の態様は重大であり、訴外清にも、被上告人が医師の資格がないことを知りながら、現に治療を受け、インシュリン注射等の常用を指示していた担当医師に対して、インシュリン注射等の中止や断食療法を受けることの可否等を事前に相談せず、漫然と被上告人の言葉を信用して同医師の指示に反してインシュリン注射等を中止したため、本件死亡事故に至った過失があることを考えても、原審の定めた被上告人の過失割合は著しく低きにすぎ、右判断は裁量権の範囲を逸脱して違法であるといわなければならない」

・過失相殺の応用

＊ 拡張された過失相殺：過失による損害拡大の場合にも適用される

＊ 被害者の素因：損害の発生・拡大に寄与する被害者の肉体的・精神的要因

・ §722-2 類推で減額され、病的素因・加齢的素因・心因的素因を問わない(判例)

←心因的素因以外は異説あり、また保険の範囲内は斟酌すべきでないとの有力説あり

・ 他に、§416 の特別の事情と扱う、事実的因果関係で割合的認定をする、
金銭的評価で寄与度に応じた減額を認める、とする構成もある

・ 心因的素因

【最判昭 63.4.21 民集 42-4-243】被害者の心因的要因に§722-2 類推を肯定[S59 オ 33]

軽微な事故でむち打ち症になったが、心因的要因があって長期の入院をし、完全な回復もしなかったもの

「身体に対する加害行為と発生した損害との間に相当因果関係がある場合において、その損害がその加害行為のみによつて通常発生する程度、範囲を超えるものであつて、かつ、その損害の拡大について被害者の心因的要因が寄与しているときは、損害を公平に分担させるという損害賠償法の理念に照らし、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、その損害の拡大に寄与した被害者の右事情を斟酌することができる」(損賠請求→一部認容(相殺 6 割)／棄却)

【最判平 12.3.24 民集 54-3-1155】電通過労自殺事件(減額を否定)[H10 オ 218]

「身体に対する加害行為を原因とする被害者の損害賠償請求において、裁判所は、加害者の賠償すべき額を決定するに当たり、損害を公平に分担させるという損害賠償法の理念に照らし、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、損害の発生又は拡大に寄与した被害者の性格等の心因的要因を一定の限度でしんしゃくすることができる(最判昭 63.4.21 参照)。この趣旨は、労働者の業務の負担が過重であることを原因とする損害賠償請求においても、基本的に同様に解すべき……企業等に雇用される労働者の性格が多様のものであることはいうまでもないところ、ある業務に従事する特定の労働者の性格が同種の業務に従事する労働者の個性の多様さとして通常想定される範囲を外れるものでない限り、その性格及びこれに基づく業務遂行の態様等が業務の過重負担に起因して当該労働者に生じた損害の発生又は拡大に寄与したとしても、そのような事態は使用者として予想すべきもの……使用者又はこれに代わって労働者に対し業務上の指揮監督を行う者は、各労働者がその従事すべき業務に適するか否かを判断して、その配置先、遂行すべき業務の内容等を定めるのであり、その際に、各労働者の性格をも考慮することができる……労働者の性格が前記の範囲を外れるものでない場合には、裁判所は、業務の負担が過重であることを原因とする損害賠償請求において使用者の賠償すべき額を決定するに当たり、その性格及びこれに基づく業務遂行の態様等を、心因的要因としてしんしゃくすることはできない」(破棄差戻し)

・ 病的素因 ← 本人に帰責の要素がない場合は否定すべき(有力)

【最判平 4.6.25 民集 46-4-400】病的素因(加害行為前からの被害者の疾患)での減額肯定

「被害者に対する加害行為と被害者のり患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合において、

当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失うときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の当該疾患をしんじやくすることができる……けだし、このような場合においてもなお、被害者に生じた損害の全部を加害者に賠償させるのは、損害の公平な分担を図る損害賠償法の理念に反するものといわなければならないからである」

【最判平 20.3.27 判時 2003-155】 §722-2 類推(病的素因)も職権で斟酌可能

- ・身体的特徴：疾患にあたらない場合は斟酌できない → 加齢的要因も同じ？

【最判平 8.10.29 民集 50-9-2474】 疾患ではない身体的特徴(否定)[H5 オ 875]

「被害者に対する加害行為と加害行為前から存在した被害者の疾患とが共に原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失うときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法七二二条二項の規定を類推適用して、被害者の疾患を斟酌することができる…（最判平 4.6.25）…被害者が平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、それが疾患にあたらない場合には、特段の事情の存しない限り、被害者の右身体的特徴を損害賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできない……」けだし、人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものといえることはできないものであり、極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されているものというべきだからである」（損賠請求→一部認容／原告上告：破棄差戻し）

- ・倫理的素因：恣意的な運用の疑い？

【東京地判昭 44.9.17 判時 574-53】 倫理的素因で減額

知りあって間もない男性の車に同乗した女性が事故で死亡したもの

＊好意関係

- ・好意同乗：過失相殺の類推か信義則で制限
- ・好意・ボランティアで預かった子が死亡した場合など → 過失相殺の法意を類推

【津地判昭 58.2.25 判時 1083-125】 隣人訴訟(過失相殺の法意の類推で 7 割減額：近所の子)

【津地判昭 58.4.21 判時 1083-134】 子ども会行事での水死(子の不注意・無償性で 8 割減額)

- ・根底的には、被害者の好意態様・素因・加害者との人間関係等が加害者の帰責性に影響
→賠償額の縮減を要請する、という関係がある：この現れが民法上過失相殺しかない

2. 損益相殺

- ・意義：不法行為の被害者が、損害を被ったのと同じ原因によって利益を受けた場合に、公平の見地から、その利益の額を賠償額から控除する法理：「損害の填補が目的ゆえ控除しないと不当
- ・基準

＊旧通説：不法行為と相当因果関係にある利益 ← 相当因果関係概念への批判

＊近時有力：ある利益が不法行為と同一の原因によって発生したこと

+ 不法行為によって生じた損害と利益の間の法的同質性のあること

- ・具体例

＊養育費：否定(判例・有力説)

【最判昭 53.10.20 民集 32-7-1500】 養育費の控除(否定)[S50 オ 656]

損賠請求→一部認容→原告上告：原審が控除した養育費につき破棄自判(認容)、他棄却

「交通事故により死亡した幼児の損害賠償債権を相続した者が一方で幼児の養育費の支出を必要としなくなつ

た場合においても、右養育費と幼児の将来得べかりし収入との間には前者を後者から損益相殺の法理又はその類推適用により控除すべき損失と利得との同質性がなく、したがって、幼児の財産上の損害賠償額の算定にあたりその将来得べかりし収入額から養育費を控除すべきものではない」

(大塚補足) 稼働能力喪失説は有職者が被害者の場合の妥当性が問題ゆえ採れない

(吉田補足) 養育費は父母が負担するもので、逸失利益の取得者たる幼児と異なる

(本林反対) 幼児のように不確定要素が多い場合は、失われた稼働能力そのものを積極損害として評価すべき。

その場合、養育費は必要経費であるから控除すべき

* 生命保険金：否定(判例・通説)

∴ 払い込んだ保険料の対価であって不法行為以外の理由で死亡しても支払われる

← 生命に価値はつけられないから、保険金を受け取って減少するのはおかしいから(異説)

← 逸失利益や扶養請求権は填補されるから、多分に政策的判断である

【最判昭 39.9.25 民集 18-7-1528】生命保険金の控除(否定)[S39 才 328]

「生命保険契約に基づいて給付される保険金は、すでに払い込んだ保険料の対価の性質を有し、もともと不法行為の原因と関係なく支払われるべきものであるから、たまたま本件事故のように不法行為により被保険者が死亡したためにその相続人たる被上告人両名に保険金の給付がされたとしても、これを不法行為による損害賠償額から控除すべきいわれはない」(損賠請求→被告上告棄却)

* 損害保険金：否定。但し、保険代位(保険法 25-1)により二重填補は回避される

【最判昭 50.1.31 民集 29-1-68】火災保険金の控除(否定)[S49 才 531]

「家屋焼失による損害につき火災保険契約に基づいて被保険者たる家屋所有者に納付される保険金は、既に払い込んだ保険料の対価たる性質を有し、たまたまその損害について第三者が所有者に対し不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償義務を負う場合においても、右損害賠償額の算定に際し、いわゆる損益相殺として控除されるべき利益にはあたらない……ただ、保険金を支払った保険者は、商法六六二条所定の保険者の代位の制度により、その支払った保険金の限度において被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権を取得する結果、被保険者たる所有者は保険者から支払を受けた保険金の限度で第三者に対する損害賠償請求権を失い、その第三者に対して請求することのできる賠償額が支払われた保険金の額だけ減少することとなるにすぎない。また、保険金が支払われるまでに所有者が第三者から損害の賠償を受けた場合に保険者が支払うべき保険金をこれに応じて減額することができるのは、保険者の支払う保険金は被保険者が現実には被った損害の範囲内に限られるという損害保険特有の原則に基づく結果にほかならない」(損賠請求・敷金返還請求→保険金相殺肯定／破棄自判(相殺否定))

* 労災保険給付：一時金方式の場合

・ 第三者行為災害：労災保険法 12/4-1 で国に求償権がある(保険代位と同様)

→ 労働者の損賠請求権は消滅するが、国が加害者に請求する

・ 使用者行為災害：労基法 84-2 類推で使用者は免責

【最判昭 52.10.25 民集 31-6-836】三共自動車事件[S50 才 621]

「労働者災害補償保険法に基づく保険給付の実質は、使用者の労働基準法上の災害補償義務を政府が保険給付の形式で行うものであつて、厚生年金保険法に基づく保険給付と同様、受給権者に対する損害の填補の性質をも有するから、事故が使用者の行為によつて生じた場合において、受給権者に対し、政府が労働者災害補償保険法に基づく保険給付をしたときは労働基準法八四条二項の規定を類推適用し、また、政府が厚生年金保険法に基づく保険給付をしたときは衡平の理念に照らし、使用者は、同一の事由については、その価額の限度において民法による損害賠償の責を免れる」(損賠請求→一部認容(将来分控除)／破棄自判(控除分を増額))

【最判昭 62.7.10 民集 41-5-1202】積極損害・慰謝料は同性質ではないので損益相殺しない

＊労災保険給付：年金方式の場合

・第三者行為災害

【最判昭 52.5.27 民集 31-3-427】将来給付分の損益通算(否定)[S50 才 431]

「厚生年金保険法四〇条及び労働者災害補償保険法二〇条は、事故が第三者の行為によつて生じた場合において、受給権者に対し、政府が先に保険給付又は災害補償をしたときは、受給権者の第三者に対する損害賠償請求権はその価額の限度で当然国に移転し、これに反して第三者が先に損害の賠償をしたときは、政府はその価額の限度で保険給付をしないことができ、又は災害補償の義務を免れるものと定め、受給権者に対する第三者の損害賠償義務と政府の保険給付又は災害補償の義務とが、相互補完の關係にあり、同一事由による損害の二重填補を認めるものではない趣旨を明らかにしている。そして、右のように政府が保険給付又は災害補償をしたことによつて、受給権者の第三者に対する損害賠償請求権が国に移転し、受給権者がこれを失うのは、政府が現実に保険金を給付して損害を填補したときに限られ、いまだ現実の給付がない以上、たとえ将来にわたり継続して給付されることが確定していても、受給権者は第三者に対し損害賠償の請求をするにあたり、このような将来の給付額を損害額から控除することを要しない」（損賠請求→一部認容→被告上告棄却）

・使用者行為災害

【最判昭 52.10.25 民集 31-6-836】三共自動車事件[前掲 S50 才 621]

「政府が保険給付をしたことによつて、受給権者の使用者に対する損害賠償請求権が失われるのは、右保険給付が損害の填補の性質をも有する以上、政府が現実に保険金を給付して損害を補填したときに限られ、いまだ現実の給付がない以上、たとえ将来にわたり継続して給付されることが確定していても、受給権者は使用者に対し損害賠償の請求をするにあたり、このような将来の給付額を損害賠償債権額から控除することを要しない…（最判昭 52.5.27 参照）」（損賠請求→一部認容(将来分控除)／破棄自判(控除分を増額)）

・地公共済法に基づく遺族年金

【最大判平 5.3.24 民集 47-4-3039】遺族年金の控除(受給確定分まで控除)[S63 才 1749]

損賠請求(妻子計 3300 万円)→一部認容→変更(妻分減額)→被告上告(対妻のみ)：変更(妻分減額)

被害者は退職年金の受給者、被害者の妻が遺族年金を受給できるようになった。控訴審は口頭弁論終結時までの支払分のみ控除。

「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要があり、また、被害者が不法行為によって死亡し、その損害賠償請求権を取得した相続人が不法行為と同一の原因によって利益を受ける場合にも、右の損益相殺的な調整を図ることが必要なときがあり得る。このような調整は、前記の不法行為に基づく損害賠償制度の目的から考えると、被害者又はその相続人の受ける利益によって被害者に生じた損害が現実に補てんされたといえることができる範囲に限られるべき」「不法行為と同一の原因によって被害者又はその相続人が第三者に対する債権を取得した場合には、当該債権を取得したということだけから右の損益相殺的な調整をすることは、原則として許されない……けだし、債権には、程度の差こそあれ、履行の不確実性を伴うことが避けられず、現実に履行されることが常に確実であるということとはできない上、特に当該債権が将来にわたって継続的に履行されることを内容とするもので、その存続自体についても不確実性を伴うものであるような場合には、当該債権を取得したということだけでは、これによって被害者に生じた損害が現実に補てんされたものといえることができないからである」「したがって、被害者又はその相続人が取得した債権につき、損益相殺的な調整を図ることが許されるのは、当該債権が現実に履行された場合又はこれと同視し得る程度にその存続及び履行が確実であるといえる場合に限られる」「退職年金を受給していた者が不法行為によって死亡した場合には、相続人は、加害者に対し、退職年金の受給者が生存していればその平均余命期間に受給することができた退職年金の現在額を同人の損害とし

て、その賠償を求めることができる。この場合において、右の相続人のうちに、退職年金の受給者の死亡を原因として、遺族年金の受給権を取得した者がいるときは、遺族年金の支給を受けるべき者につき、支給を受けることが確定した遺族年金の額の限度で、その者が加害者に対して賠償を求め得る損害額からこれを控除すべきものであるが、いまだ支給を受けることが確定していない遺族年金の額についてまで損害額から控除することを要しない」→原審口頭弁論終結時までには支払われたのは S63.5 分までだが、S63.7 分までの受給は確定していた（年金は 3 月ずつ給付だから）ので、その分をさらに減額した。

（藤島反対）そもそも退職年金を基礎として逸失利益を計算すべきでない（本人の稼働能力の表象でないから）

（園部・佐藤・木崎反対）受給権者が相続人とは必ずしも一致しないことや支給されなくなることもあるから、遺族年金は遺族の生計維持目的であって、損害発生と同一の原因による利益とは言えない（既受給分も控除不要）

（味村反対）被害者の平均余命期間の遺族年金受給確定額（の現在額）を控除すべき。なお、現在額に換算する際、遺族年金受給権者の死亡率や再婚率等を勘案して受給権存続の蓋然性を推定すべき。

＊税金：不法行為による人身損害の賠償金は非課税ゆえ、税を免れることはありうる

【最判昭 45.7.24 民集 24-7-1177】支払を免れた税額は損益相殺の対象とならない

＊葬式の香典や見舞金：対象外 ∴ 損害を填補するためのものではない

【最判昭 43.10.3 判時 540-38】香典・見舞金は損益相殺の対象とならない

・過失相殺と損益相殺の先後関係

＊過失相殺後控除説：過失相殺をし、賠償額を確定してから控除する（判例）

∴ 労災保険法 12/4 の求償権は国が填補した額をそのまま取得すると解するのが自然

＊控除後過失相殺説：控除をしてから、過失相殺をして実際の賠償額を確定する

＊労災保険給付における先後関係

【最判平 1.4.11 民集 43-4-209】第三者行為災害での先後関係[S63 才 462]

「労働者災害補償保険法（以下「法」という。）に基づく保険給付の原因となつた事故が第三者の行為により惹起され、第三者が右行為によつて生じた損害につき賠償責任を負う場合において、右事故により被害を受けた労働者に過失があるため損害賠償額を定めるにつきこれを一定の割合で斟酌すべきときは、保険給付の原因となつた事由と同一の事由による損害の賠償額を算定するには、右損害の額から過失割合による減額をし、その残額から右保険給付の価額を控除する方法によるのが相当…（最判昭 55.12.18 参照）。けだし、法一二条の四は、事故が第三者の行為によつて生じた場合において、受給権者に対し、政府が先に保険給付をしたときは、受給権者の第三者に対する損害賠償請求権は右給付の価額の限度で当然国に移転し（一項）、第三者が先に損害賠償をしたときは、政府はその価額の限度で保険給付をしないことができると定め（二項）、受給権者に対する第三者の損害賠償義務と政府の保険給付義務とが相互補完の關係にあり、同一の事由による損害の二重填補を認めるものではない趣旨を明らかにしているのであつて、政府が保険給付をしたときは、右保険給付の原因となつた事由と同一の事由については、受給権者が第三者に対して取得した損害賠償請求権は、右給付の価額の限度において国に移転する結果減縮すると解されるところ（最判昭 52.5.27、同昭 52.10.25 参照）、損害賠償額を定めるにつき労働者の過失を斟酌すべき場合には、受給権者は第三者に対し右過失を斟酌して定められた額の損害賠償請求権を有するにすぎないので、同条一項により国に移転するとされる損害賠償請求権も過失を斟酌した後のそれを意味すると解するのが、文理上自然であり、右規定の趣旨にそうものといえるからである」

（伊藤反対）労災保険制度は社会保障的性格を有し、控除後過失相殺説に立つ。「労働者に過失がある場合には、政府のした保険給付の中には労働者自らの過失によつて生じた損害に対する填補部分と、第三者の過失によつて生じた損害に対する填補部分とが混在しているものと理解し、第三者の損害賠償義務と実質的に相互補完の關係に立つのは、右のうち第三者の過失によつて生じた損害に対する填補部分であり、したがつて、国が取得する受給権者の第三者に対する損害賠償請求権も、第三者の過失によつて生じた損害に相当する部分である」

- ・ 不法原因給付(§708)や居住に堪えない建物の瑕疵と損益相殺

【最判平 20.6.10 民集 62-6-1488】ヤミ金融被害賠償請求訴訟(貸付金の控除)[H19 受 569]

「§708 は、不法原因給付、すなわち、社会の倫理、道徳に反する醜惡な行為【＝反倫理的行為】に係る給付については不当利得返還請求を許さない旨を定め、これによって、反倫理的行為については、同条ただし書に定める場合を除き、法律上保護されないことを明らかにしたもの……したがって、反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法 708 条の趣旨に反するものとして許されない」（損賠請求→一部認容→原告上告：破棄差戻し）

（田原補足）直ちにダメではなく「被害の性質や内容、程度、被害者の対応、加害行為の態様等」による

【最判平 20.6.24 判時 2014-68】投資詐欺での仮装のための配当金の控除(否定)

【最判平 22.6.17 判タ 1326-111】欠陥建物の居住利益控除(否定)[H21 受 1742]

第5款 損害賠償—請求権者など

1. 被害者本人の損賠請求権

- ・ 当然、請求権者である
- ・ 法人が非財産的損害の賠償請求が可能

【最判昭 39.1.28 民集 18-1-136】 名誉棄損による法人への非財産的損害の賠償[S34 才 901]

「民法七一〇条は、財産以外の損害に対しても、其賠償を為すことを要すと規定するだけで、その損害の内容を限定してはいない。すなわち、その文面は判示のようにいわゆる慰籍料を支払うことによつて、和らげられる精神上の苦痛だけを意味するものとは受けとり得ず、むしろすべての無形の損害を意味するものと読みとるべきである。従つて右法条を根拠として判示のように無形の損害即精神上の苦痛と解し、延いて法人には精神がないから、無形の損害はあり得ず、有形の損害すなわち財産上の損害に対する賠償以外に法人の名誉侵害の場合において民法七二三条による特別な方法が認められている外、何等の救済手段も認められていないものと論結するのは全くの謬見だと云わなければならない」「思うに、民法上のいわゆる損害とは、一口に云えば侵害行為がなかつたならば惹起しなかつたであろう状態（原状）を（a）とし、侵害行為によつて惹起されているところの現実の状態（現状）を（b）とし $a - b = x$ その x を金銭で評価したものが損害である。そのうち、数理的に算定できるものが、有形の損害すなわち財産上の損害であり、その然らざるものが無形の損害である。しかしその無形の損害と雖も法律の上では金銭評価の途が全くとざされているわけのものではない。侵害行為の程度、加害者、被害者の年令資産その社会的環境等各般の状況を斟酌して右金銭の評価は可能である。その顕著な事例は判示にいうところの精神上の苦痛を和らげるであろうところの慰籍料支払の場合である。しかし、無形の損害に対する賠償はその場合以外にないものと考えべきではない。そもそも、民事責任の眼目とするところは損害の填補である。すなわち前段で示した $a - b = x$ の方式における x を金銭でカヴァーするのが、損害賠償のねらいなのである。かく観ずるならば、被害者が自然人であろうと、いわゆる無形の損害が精神上の苦痛であろうと、何んであろうとかかわりないわけであり、判示のような法人の名誉権に対する侵害の場合たとえと否とを問うところではないのである。尤も法人の名誉侵害の場合には§723 により特別の手段が講じられている。しかし、それは被害者救済の一応の手段であり、それが、損害填補のすべてではないのである。このことは§723 の文理解釈からも容易に推論し得るところである。そこで、判示にいわゆる慰籍料の支払をもつて、和らげられるという無形の損害以外に、いつたい、どのような無形の損害があるかという難問に逢着するのであるが、それはあくまで純法律的観念であつて、前示のように金銭評価が可能であり、しかもその評価だけの金銭を支払うことが社会観念上至当と認められるところの損害の意味に帰するのである。それは恰も§709 の解釈に当つて侵害の対象となるものは有名権利でなくとも、侵害されることが社会通念上違法と認められる利益であれば足るという考え方と志向を同じうするものである。以上を要約すれば、法人の名誉権侵害の場合は金銭評価の可能な無形の損害の発生すること必ずしも絶無ではなく、そのような損害は加害者をして金銭でもつて賠償させるのを社会観念上至当とすべきであり、この場合は§723 に被害者救済の格段な方法が規定されているとの故をもつて、金銭賠償を否定することはできないということに帰結する」（財）代々木病院の慰謝料請求→棄却／破棄差戻し

- ・ 原則は権利能力が必要だが、権利能力なき社団・財団は請求権者たりうる(民訴 29)
- ・ 胎児：生まれたあとに、胎児の時の不法行為への損賠請求ができる

←胎児の間も母親を法定代理人に保存行為は認めるべき(有力)

§721 胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなす

【大判昭 7.10.6 民集 11-2023】 阪神電鉄事件[T6 才 2771]

要旨「胎児ノ損害賠償請求ニ付母又ハ其ノ他ノ親族力胎児ノ為ニ加害者ト為シタル和解ハ胎児ヲ拘束セサルモノトス」=§721 は生後に胎児のときの損賠請求ができるとする趣旨で、権利能力までは認められない

* 意義：§711 の固有の慰謝料請求権の適用が可能になるに意義がある

∴ §886 ですでに発生した損賠請求権は相続できるから

- * 不法行為で胎児が死亡した場合：§886-2(死産の場合)の法意から§721 は不適用と解する
→胎児の死亡は両親への不法行為として両親が損賠請求する

2. 近親者の慰謝料請求権(§711)

- ・ 意義：もともとは権利侵害を欠くから、§709 では賠償が認められないと考えられたため
→権利侵害を広く解する現在では、近親者自身への故意過失・損害発生 of 立証を不要とする意義
- ・ 対象：父母・配偶者・子のほか、それと実質的に同視すべき場合(類推適用)

§711 他人の生命を侵害した者は、被害者の父母、配偶者及び子に対しては、その財産権が侵害されなかった場合においても、損害の賠償をしなければならない

【最判昭 49.12.17 民集 28-10-2040】近親者の慰謝料請求権の類推適用[S49 オ 212]

「不法行為による生命侵害があつた場合、被害者の父母、配偶者及び子が加害者に対し直接に固有の慰謝料を請求しうことは、§711 が明文をもつて認めるところであるが、右規定はこれを限定的に解すべきものでなく、文言上同条に該当しない者であつても、被害者との間に同条所定の者と実質的に同視しうべき身分関係が存し、被害者の死亡により甚大な精神的苦痛を受けた者は、同条の類推適用により、加害者に対し直接に固有の慰謝料を請求しう……本件において……被上告人鈴木美代子は、信子の夫である被上告人鈴木房雄の実妹であり、原審の口頭弁論終結当時四六年に達していたが、幼児期に罹患した脊髄等カリエスの後遺症により跛行顕著な身体障害等級二号の身体障害者であるため、長年にわたり信子と同居し、同女の庇護のもとに生活を維持し、将来もその継続が期待されていたところ、同女の突然の死亡により甚大な精神的苦痛を受けたというのであるから、被上告人美代子は、§711 の類推適用により、上告人に対し慰謝料を請求しうる」(損賠請求→認容/棄却)

【最判昭 33.8.5 民集 12-12-1901】重傷の場合の近親者の慰謝料請求[S31 オ 215]

「被上告人一枝は、上告人の本件不法行為により顔面に傷害を受けた結果、判示のような外傷後遺症の症状となり果ては医療によつて除去しえない著明な瘢痕を遺すにいたり、ために同女の容貌は著しい影響を受け、他面その母親である被上告人久子は、夫を戦争で失い、爾来自らの内職のみによつて右一枝外一児を養育しているのであり、右不法行為により精神上多大の苦痛を受けた……§709,710 の各規定と対比してみると、所論§711 が生命を害された者の近親者の慰謝料請求につき明文をもつて規定しているとの一事をもつて、直ちに生命侵害以外の場合はいかなる事情があつてもその近親者の慰謝料請求権がすべて否定されていると解しなければならないのではなく、むしろ……被上告人久子はその子の死亡したときにも比肩しうべき精神上の苦痛を受けたと認められるのであつて、かかる§711 所定の場合に類する本件においては、同被上告人は、§709,710 に基いて、自己の権利として慰謝料を請求しうる」(損賠請求→認容/棄却)

3. 被害者死亡時の損賠請求権の相続

- ・ 積極損害
 - * 被害者自身が負担した場合：被害者の損賠債権が相続される
 - * 近親者が負担した場合：経済的に一体ならどちらが請求してもよい(実質上同じだから)

【大判昭 12.2.12 民集 16-46】治療費を負担した近親者自身が加害者に損賠請求できる

【大判昭 18.4.9 民集 22-255】被害者自身が加害者に損賠請求しうる

【最判昭 46.6.29 民集 25-4-650】近親者の付添看護は被害者が請求可能[S42 オ 1245]

「被害者が受傷により付添看護を必要とし、親子、配偶者などの近親者の付添看護を受けた場合には、現実付添看護料の支払いをせずまたはその支払請求を受けていなくても、被害者は近親者の付添看護料相当額の損害を蒙つたものとして、加害者に対しその賠償請求をすることができる……けだし、親子、配偶者などの近親者に身体故障があるときに近親者がその身のまわりの世話をすることは肉親の情誼に出ることが多いことはもとよ

りであるが、それらの者の提供した労働はこれを金銭的に評価しえないものではなく、ただ、実際には両者の身分関係上その出捐を免れていることが多いだけで、このような場合には肉親たるの身分関係に基因する恩恵の効果を加害者にまで及ぼすべきものではなく、被害者は、近親者の付添看護料相当額の損害を蒙つたものとして、加害者に対してその賠償を請求することができる……からである」(損賠請求→棄却／破棄差戻し)

・消極損害

＊被扶養者が扶養利益を固有損害として賠償請求することは可能

→これだと、本人の逸失利益より賠償額が小さくなる

【大判昭 7.10.6 民集 11-2023】父の死後生まれた子は扶養利益の侵害を損賠請求できる

【最判平 5.4.6 民集 47-6-4505】内縁の妻の扶養利益侵害[S61 才 1476]

「自動車損害賠償保障法七二条一項に定める政府の行う自動車損害賠償保障事業は、自動車の運行によって生命又は身体を害された者がある場合において、その自動車の所有者が明らかでないため被害者が同法三条の規定による損害賠償の請求をすることができないときは、政府がその損害をてん補するものであるから、同法七二条一項にいう「被害者」とは、所有者に対して損害賠償の請求をすることが出来る者をいうと解すべきところ、内縁の配偶者が他方の配偶者の扶養を受けている場合において、その他方の配偶者が所有者の自動車の運行によって死亡したときは、内縁の配偶者は、自己が他方の配偶者から受けることができた将来の扶養利益の喪失を損害として、所有者に対してその賠償を請求することができるものというべきであるから、内縁の配偶者は、同項にいう「被害者」に当たる」「政府が、同項に基づき、所有者の自動車の運行によって死亡した被害者の相続人の請求により、右死亡による損害をてん補すべき場合において、政府が死亡被害者の内縁の配偶者にその扶養利益の喪失に相当する額を支払い、その損害をてん補したときは、右てん補額は相続人にてん補すべき死亡被害者の逸失利益の額からこれを控除すべき……けだし、死亡被害者の内縁の配偶者もまた、自賠法七二条一項にいう「被害者」として、政府に対して死亡被害者の死亡による損害のてん補を請求することができるから、右配偶者に対してされた前記損害のてん補は正当であり、また、死亡被害者の逸失利益は同人が死亡しなかったとすれば得べかりし利益であるところ、死亡被害者の内縁の配偶者の扶養に要する費用は右利益から支出されるものであるから、死亡被害者の内縁の配偶者の将来の扶養利益の喪失に相当する額として既に支払われた前記てん補額は、死亡被害者の逸失利益からこれを控除するのが相当であるからである」(国への損賠請求(内縁配偶者への賠償額を控除して支給されたため、差額を請求)→棄却／棄却／棄却)

【最判平 12.9.7 判時 1728-29】相続放棄をした相続人の扶養利益侵害[H11 受 94]

「不法行為によって死亡した者の配偶者及び子が右死亡者から扶養を受けていた場合に、加害者は右配偶者等の固有の利益である扶養請求権を侵害したものであるから、右配偶者等は、相続放棄をしたときであっても、加害者に対し、扶養利益の喪失による損害賠償を請求することができる……しかし、その扶養利益喪失による損害額は、相続により取得すべき死亡者の逸失利益の額と当然に同じ額となるものではなく、個々の事案において、扶養者の生前の収入、そのうち被扶養者の生計の維持に充てべき部分、被扶養者各人につき扶養利益として認められるべき比率割合、扶養を要する状態が存続する期間などの具体的事情に応じて適正に算定すべき」→年収 780 万に対して 48 億円の負債があったため、センサスに基づいて計算した原審を破棄差戻し(センサスで計算したとはいえ被相続人の逸失利益をそのまま相続分で分割した点、子 2 人は就労可能期間中に扶養を要する状態が消滅するのを無視した点を指摘)：損賠請求→一部認容／被告上告：破棄差戻し

＊被害者本人の死亡による損害賠償は可能か：判例は肯定

←批判：死亡前に死亡の損賠請求権発生は理論的に不自然、逆相続や笑う相続人の不合理性

・固有の扶養利益侵害を賠償させれば足りる(多数) ← 加害者は殺した方が得になるのは不合理

【大判大 15.2.16 民集 5-150】即死でも重傷で逸失利益の損賠請求権が生じ、相続される

- ・慰謝料請求権

- * 意思表示(相続)説：本人が請求する意思表示すれば慰謝料請求権も相続される

- ∴慰謝料請求権は行使上の一身専属的権利で相続対象外だが、意思表示後は通常金銭債権

- 【大判昭 2.5.30 新聞 2702-5】残念事件判決

- * 当然相続説：生前に請求の意思を表明しなくとも相続される

- 【最大判昭 42.11.1 民集 21-9-2249】当然相続説に判例変更[S38 才 1408]

- 「案ずるに、ある者が他人の故意過失によつて財産以外の損害を被つた場合には、その者は、財産上の損害を被つた場合と同様、損害の発生と同時にその賠償を請求する権利すなわち慰謝料請求権を取得し、右請求権を放棄したものと解しうる特別の事情がないかぎり、これを行行使することができ、その損害の賠償を請求する意思を表明するなど格別の行為をすることを必要とするものではない。そして、当該被害者が死亡したときは、その相続人は当然に慰謝料請求権を相続する……けだし、損害賠償請求権発生の時点について、民法は、その損害が財産上のものであるか、財産以外のものであるかによつて、別異の取扱いをしていないし、慰謝料請求権が発生する場合における被害法益は当該被害者の一身に専属するものであるけれども、これを侵害したことによつて生ずる慰謝料請求権そのものは、財産上の損害賠償請求権と同様、単純な金銭債権であり、相続の対象となりえないものと解すべき法的根拠はなく、民法七一条によれば、生命を害された被害者と一定の身分関係にある者は、被害者の取得する慰謝料請求権とは別に、固有の慰謝料請求権を取得しうるが、この両者の請求権は被害法益を異にし、併存しうるものであり、かつ、被害者の相続人は、必ずしも、同条の規定により慰謝料請求権を取得しうるものとは限らないのであるから、同条があるからといって、慰謝料請求権が相続の対象となりえないものと解すべきではないからである」(慰謝料請求→棄却/破棄差戻し)

- (奥野補足) 判例変更の点明示、被害者の意思表示の有無によらず賠償させるのが趣旨に沿う

- (田中反対) 意思表示相続説。意思表示が立証できなければ、§711,709,710 で救済することもできる

- (松田反対、岩田同調) 相続否定説。多数意見によれば、相続財産債務超過なら管財人が慰謝料請求することになるし、また債権譲渡や差押、代位行使も可能になってしまう、

- (色川反対) 意思表示相続説だが、義務者への明確な意思表示が必要で、残念と叫んでもダメ。即死の場合に死亡の慰謝料を本人が取得するのは不合理。慰謝料の損賠額調整機能を重視すべきでない。

- * 相続否定説(学説) ∴慰謝料は裁量で決められ、§711 等の固有損害のみの場合と異なる

4. 間接被害者

- ・直接の被害者以外の第三者に及んだ損害の当該第三者による損賠請求

- §709 の要件を満たせば請求できる

- ・判断：相当因果関係で判断(旧通説・判例)

- ←多数：損賠請求の主体の問題—間接被害者は例外的に賠償債権の主体の地位を認めるべき

- ←有力：賠償範囲の問題としてとらえれば足り、間接被害者概念は不要

- ・近親者が治療費を支出した場合など

- * 本人の積極損害になるはずで出捐者が違うのみ → 請求を認めてよい

- 理論構成：扶養義務者など義務があれば賠償者の代位(§422 類推)

- ほかには任意代理(§499)や事務管理(§702)説などがある

- ・定型的付随損害：近親者の交通費など → 判例は相当因果関係で処理

- ・企業損害

- * 不真正企業損害：反射損害

- ・使用者が労働者に遺族補償等をした場合に、加害者に請求できるか：§422 類推で可能
 - ←主体説：使用者と不法行為者は不真正連帯債務者となり、使用者は求償できる(義務的支出)
 - 義務的でない支出は§499,500 の代位を類推する

←範囲説：加害者が負担すべき不利益が使用者が負担するのは不当ゆえ各条類推で認容する

【最判昭 36.1.24 民集 15-1-35】使用者の補償と代位[前掲 S31 オ 364]

「労働基準法は、同法七九条に基き、使用者が遺族補償を行つた場合において、補償の原因となつた事故が第三者の不法行為によつて発生したものであるとき、使用者はその第三者に対し、補償を受けたものが、第三者に対して有する損害賠償の請求権を取得するか否かについて何ら規定してはいないが、右のような場合においては、民法四二二条を類推して使用者に第三者に対する求償を認めるべきであると解するのが相当」

* 真正企業損害：企業の固有損害

- ・判例：相当因果関係で処理＝被害者と会社に経済的一体性がある個人会社のみ認める

→実質的には法人格否認の法理に近い

→狭義の間接被害者：個人会社以外の会社などは認められない(保険などで自衛すべき)

←主体説：間接損害は§711 とその類推に限るべきで、企業の固有損害は認められない

←範囲説：結果回避義務の範囲か否か、範囲内なら実質的に被害者の請求と同視し認容する

【最判昭 43.11.15 民集 22-12-2614】真正企業損害(肯定)[S40 オ 679]

「上告人の過失により惹起された加害行為の直接の被害者となつたのは飯田直であり、同人の負傷により得べかりし利益を喪失したと主張してその損害の賠償を求めるのは、同人を代表者とする被上告会社であつて、法律上、両者が人格を異にする」が「飯田直は、もと個人で飯田薬局という商号のもとに薬種業を営んでいたのを、いつたん合資会社組織に改めた後これを解散し、その後ふたたび個人で真明堂という商号のもとに営業を続けたが、納税上個人企業による経営は不利であるということから、昭 33.10.1 有限会社形態の被上告会社を設立し、以後これを経営したものであるが、社員は直とその妻貴恵の両名だけで、直が唯一の取締役であると同時に、法律上当然に被上告会社を代表する取締役であつて、貴恵は名目上の社員であるにとどまり、取締役ではなく、被上告会社には直以外に薬剤師はおらず、被上告会社は、いわば形式上有限会社という法形態をとつたにとどまる、実質上直個人の営業であつて、直を離れて被上告会社の存続は考えることができず、被上告会社にとつて、同人は余人をもつて代えることのできない不可欠の存在である」「これを約言すれば、被上告会社は法人とは名ばかりの、俗にいう個人会社であり、その実権は従前同様直個人に集中して、同人には被上告会社の機関としての代替性がなく、経済的に同人と被上告会社とは一体をなす関係にあるものと認められるのであつて、かかる……事実関係のもとにおいては……上告人の直に対する加害行為と同人の受傷による被上告会社の利益の逸失との間に相当因果関係の存することを認め、形式上間接の被害者たる被上告会社の本訴請求を認容しうべき」

第6款 損害賠償一期間制限（724条）

1. 損賠請求権の消滅時効(§724)

§724 不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から三年間行使しないときは、時効によって消滅する。不法行為の時から二十年を経過したときも、同様とする

2. 前段(3年)：消滅時効

- ・ 起算点：「損害及び加害者を知った時」→厳格に解する ∵ 3年で短いから

＊ 加害者：賠償義務者の住所氏名を知るなど、賠償請求が事実上可能な程度に知った時

【最判昭 48.11.16 民集 27-10-1374】加害者を知った時[S45 才 628]

「民法七二四条にいう「加害者ヲ知リタル時」とは、同条で時効の起算点に関する特則を設けた趣旨に鑑みれば、加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれを知った時を意味する……被害者が不法行為の当時加害者の住所氏名を的確に知らず、しかも当時の状況においてこれに対する賠償請求権を行使することが事実上不可能な場合においては、その状況が止み、被害者が加害者の住所氏名を確認したとき、初めて「加害者ヲ知リタル時」にあたるものというべき」（損賠請求→認容／棄却）

【大判昭 12.6.30 民集 16-1285】使用者責任の使用者も「加害者」で、別個に時効が進行

＊ 損害：実際に損害を生じたこと

←通説は他人の不法行為により生じた可能性があることの認識も含むとする

【最判平 14.1.29 民集 56-1-218】ロス疑惑事件(損害を知った時)[H8 才 2607]

「民法724条は、不法行為に基づく法律関係が、未知の当事者間に、予期しない事情に基づいて発生することがあることにかんがみ、被害者による損害賠償請求権の行使を念頭に置いて、消滅時効の起算点に関して特則を設けたのであるから、同条にいう「損害及び加害者ヲ知リタル時」とは、被害者において、加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況の下に、その可能な程度にこれを知った時を意味する…（最判昭 48.11.16 参照）…次に述べるところに照らすと、同条にいう被害者が損害を知った時とは、被害者が損害の発生を現実に認識した時をいう」「不法行為の被害者は、損害の発生を現実に認識していない場合がある。特に、本件のような報道による名誉毀損については、被害者がその報道に接することなく、損害の発生をその発生時において現実に認識していないことはしばしば起こり得ることであるといえる。被害者が、損害の発生を現実に認識していない場合には、被害者が加害者に対して損害賠償請求に及ぶことを期待することができないが、このような場合にまで、被害者が損害の発生を容易に認識し得ることを理由に消滅時効の進行を認めることにすると、被害者は、自己に対する不法行為が存在する可能性のあることを知った時点において、自己の権利を消滅させないために、損害の発生の有無を調査せざるを得なくなるが、不法行為によって損害を被った者に対し、このような負担を課することは不当である。他方、損害の発生や加害者を現実に認識していれば、消滅時効の進行を認めても、被害者の権利を不当に侵害することにはならない。民法724条の短期消滅時効の趣旨は、損害賠償の請求を受けるかどうか、いかなる範囲まで賠償義務を負うか等が不明である結果、極めて不安定な立場に置かれる加害者の法的地位を安定させ、加害者を保護することにあるが（最判昭 49.12.17 参照）、それも、飽くまで被害者が不法行為による損害の発生及び加害者を現実に認識しながら3年間も放置していた場合に加害者の法的地位の安定を図ろうとしているものにすぎず、それ以上に加害者を保護しようという趣旨ではない」（共同通信宛損賠請求→棄却／破棄差戻し、起算点は配信記事が実際に掲載されたのを知ったとき）

【大判大 9.3.10 民録 26-280】損害発生の認識で足り、損害の程度・種類の認識は不要

＊ 後遺症の扱い：通常予測可能なら損害発生を知った時、予測不能なら顕在化してから

【最判昭 42.7.18 民集 21-6-1559】予測不能な後遺症の扱い[S40 才 1232]

「被害者が不法行為に基づく損害の発生を知った以上、その損害と牽連一体をなす損害であつて当時においてそ

の発生を予見することが可能であつたものについては、すべて被害者においてその認識があつたものとして、民法七二四条所定の時効は前記損害の発生を知った時から進行を始めるものと解すべきではあるが、本件の場合のように、受傷時から相当期間経過後に原判示の経緯で前記の後遺症が現われ、そのため受傷時においては医学的にも通常予想しえなかつたような治療方法が必要とされ、右治療のため費用を支出することを余儀なくされるにいたつた等、原審認定の事実関係のもとにおいては、後日その治療を受けるようになるまでは、右治療に要した費用すなわち損害については、同条所定の時効は進行しない……けだし、このように解しなければ、被害者としては、たとえ不法行為による受傷の事実を知つたとしても、当時においては未だ必要性の判明しない治療のための費用について、これを損害としてその賠償を請求するに由なく、ために損害賠償請求権の行使が事実上不可能なうちにその消滅時効が開始することとなつて、時効の起算点に関する特則である民法七二四条を設けた趣旨に反する結果を招来するにいたるからである」(損賠請求→認容/棄却)

【最判平 16.12.24 判時 1887-52】後遺症が回復しない場合の起算点[H14 受 1355]

「民法 724 条にいう「損害及び加害者ヲ知リタル時」とは、被害者において、加害者に対する賠償請求をすることが事実上可能な状況の下に、それが可能な程度に損害及び加害者を知った時を意味し(最判昭 48.11.16 参照)、同条にいう被害者が損害を知った時とは、被害者が損害の発生を現実認識した時をいう…(最判平 14.1.29 参照) …被上告人は、本件後遺障害につき、平 9.5.22 に症状固定という診断を受け、これに基づき後遺障害等級の事前認定を申請したというのであるから、被上告人は、遅くとも上記症状固定の診断を受けた時には、本件後遺障害の存在を現実認識し、加害者に対する賠償請求をすることが事実上可能な状況の下に、それが可能な程度に損害の発生を知つたものというべきである。自算会による等級認定は、自動車損害賠償責任保険の保険金額を算定することを目的とする損害の査定にすぎず、被害者の加害者に対する損害賠償請求権の行使を何ら制約するものではないから、上記事前認定の結果が非該当であり、その後の異議申立てによって等級認定がされたという事情は、上記の結論を左右するものではない。そうすると、被上告人の本件後遺障害に基づく損害賠償請求権の消滅時効は、遅くとも平 9.5.22 から進行すると解されるから、本件訴訟提起時には、上記損害賠償請求権について 3 年の消滅時効期間が経過していることが明らか」(権利濫用の審理のため破棄差戻し)

＊継続的不法行為の場合

- ・加害者及び損害を最初に知った時(旧判例)

【大判大 9.6.29 民録 26-1035】同旨(→昭 15 に判例変更)

- ・逐次進行説(判例)：損害が継続して発生する限り、日々新たな損害発生として別個に時効進行

※不動産の不法占拠や騒音公害など被害が蓄積しないものはこれでよい

【大連判昭 15.12.14 民集 19-2325】逐次進行説(不動産の不法占拠)

【名古屋高判昭 60.4.12 判時 1150-30】東海道新幹線訴訟(逐次進行説)

【東京地八王子市判平 1.3.15 判タ 705-205】横田基地三次訴訟(逐次進行説)

【福岡高判平 4.3.6 判時 1418-3】福岡空港騒音故意訴訟(逐次進行説)

- ・一個の不法行為とみて終了時/起訴時を起算点とする：被害が進行性で累積的に発生する場合

【大阪地判平 3.3.29 判時 1383-22】西淀川大気汚染公害第 1 次訴訟

【千葉地判昭 63.11.17 判時(平 1.8.5 臨増)161】千葉川鉄大気汚染公害訴訟

- ・不法行為による損害賠償請求権が行使できることの認識の要否

＊加害行為が不法行為であることが客観的に明らかでない場合

【熊本地判昭 48.3.20 判時 696-15】熊本水俣病第 1 次訴訟(原因不明のうちは時効進行せず)

訴訟が可能な程度に原因が明らかになっていない場合は時効の進行は否定される

【大判大 7.3.15 民録 24-496】仮処分が不法行為との裁判確定まで時効は進行せず

【最判昭 46.7.23 民集 25-5-805】有責配偶者への離婚慰謝料の起算点は判決等で離婚成立時

* 被害者の法の不知：時効は進行する

【最判昭 50.2.25 民集 29-2-143】国への不法行為責任追及を知らなかったのは法の不知

3. 後段(20 年)：除斥期間(判例)、時効(多数)

- ・ 除斥期間の主張制限：当事者の援用が不要、信義則違反や権利濫用主張は失当

【最判平 1.12.21 民集 43-12-2209】20 年経過は除斥期間

* 除斥期間とすることによる不都合の回避：§158、§160 の法意を用いる

【最判平 10.6.12 民集 52-4-1087】予防接種ワクチン禍事件[H5 オ 708]

「§724 後段の規定は、不法行為による損害賠償請求権の除斥期間を定めたものであり、不法行為による損害賠償を求める訴えが除斥期間の経過後に提起された場合には、裁判所は、当事者からの主張がなくても、除斥期間の経過により右請求権が消滅したものと判断すべきであるから、除斥期間の主張が信義則違反又は権利濫用であるという主張は、主張自体失当である…（最判平 1.12.21 参照）」「§158 は、時効の期間満了前六箇月内において未成年者又は禁治産者が法定代理人を有しなかったときは、その者が能力者となり又は法定代理人が就職した時から六箇月内は時効は完成しない旨を規定しているところ、その趣旨は、無能力者は法定代理人を有しない場合には時効中断の措置を執ることができないのであるから、無能力者が法定代理人を有しないにもかかわらず時効の完成を認めるのは無能力者に酷であるとして、これを保護するところにある……これに対し、民法七二四条後段の規定の趣旨は、前記のとおりであるから、右規定を字義どおりに解すれば、不法行為の被害者が不法行為の時から二〇年を経過する前六箇月内において心神喪失の常況にあるのに後見人を有しない場合には、右二〇年を経過する前に右不法行為による損害賠償請求権を行使することができないまま、右請求権が消滅することとなる。しかし、これによれば、その心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合であっても、被害者は、およそ権利行使が不可能であるのに、単に二〇年を経過したということのみをもって一切の権利行使が許されないこととなる反面、心神喪失の原因を与えた加害者は、二〇年の経過によって損害賠償義務を免れる結果となり、著しく正義・公平の理念に反するものといわざるを得ない。そうすると、少なくとも右のような場合にあっては、当該被害者を保護する必要があることは、前記時効の場合と同様であり、その限度で§724 後段の効果を制限することは条理にもかなうというべきである。したがって、不法行為の被害者が不法行為の時から二〇年を経過する前六箇月内において右不法行為を原因として心神喪失の常況にあるのに法定代理人を有しなかった場合において、その後当該被害者が禁治産宣告を受け、後見人に就職した者がその時から六箇月内に右損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、§158 の法意に照らし、§724 後段の効果は生じない」

→禁治産宣告直後に提訴しているので、破棄差戻し

(河合意見・反対意見) 20 年は時効説がほぼ妥当、どちらにしても特段の事情があれば制限すべきでない

【最判平 21.4.28 民集 63-4-853】殺人・死体遺棄事件の損賠請求[H20 受 804]

殺害の 26 年後に死体が発見された殺人事件の被害者遺族による損賠請求→認容／棄却

「§160 は、相続財産に関しては相続人が確定した時等から 6 か月を経過するまでの間は時効は完成しない旨を規定しているが、その趣旨は、相続人が確定しないことにより権利者が時効中断の機会を逸し、時効完成の不利益を受けることを防ぐことにあると解され、相続人が確定する前に時効期間が経過した場合にも、相続人が確定した時から 6 か月を経過するまでの間は、時効は完成しない（最判昭 35.9.2 参照）……相続人が被相続人の死亡の事実を知らない場合は、§915-1 所定のいわゆる熟慮期間が経過しないから、相続人は確定しない。これに対し、§724 後段の規定を字義どおりに解すれば、不法行為により被害者が死亡したが、その相続人が被害者の死亡の事実を知らずに不法行為から 20 年を経過した場合は、相続人が不法行為に基づく損害賠償請求権を行使する機会がないまま、同請求権は除斥期間により消滅することとなる……被害者を殺害した加害者が、被害者の

相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出し、そのために相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま除斥期間が経過した場合にも、相続人は一切の権利行使をすることが許されず、相続人が確定しないことの原因を作った加害者は損害賠償義務を免れるということは、著しく正義・公平の理念に反する。このような場合に相続人を保護する必要があることは、前記の時効の場合と同様であり、その限度で§724 後段の効果を制限することは、条理にもかなう…（最判平 10.6.12 参照）。そうすると、被害者を殺害した加害者が、被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出し、そのために相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま上記殺害の時から 20 年が経過した場合において、その後相続人が確定した時から 6 か月内に相続人が上記殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、§160 の法意に照らし、§724 後段の効果は生じない」

（田原意見）724 条後段は時効と解すべきで、§160 が直接適用される

- ・ 起算点：加害行為時(判例の原則)、損害発生時(多数)

＊ 鉱業法 115-2：「進行中の損害については、進行のやんだ時から起算する」

【最判平 16.4.27 民集 58-4-1032】筑豊じん肺訴訟(国賠)[H13 受 1760]

「民法 724 条後段所定の除斥期間の起算点は、「不法行為ノ時」と規定されており、加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合には、加害行為の時がその起算点となると考えられる。しかし、身体に蓄積した場合に人の健康を害することとなる物質による損害や、一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる損害のように、当該不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には、当該損害の全部又は一部が発生した時が除斥期間の起算点となる……なぜなら、このような場合に損害の発生を待たずに除斥期間の進行を認めることは、被害者にとって著しく酷であるし、また、加害者としても、自己の行為により生じ得る損害の性質からみて、相当の期間が経過した後に被害者が現れて、損害賠償の請求を受けることを予期すべきであると考えられるからである」（国賠請求→認容／棄却）

【最判平 16.10.15 民集 58-7-1802】水俣病関西訴訟(同旨)

【最判平 18.6.16 判タ 1220-79】予防接種 B 型肝炎発症事件(同旨)

第7款 主要な事件類型

1. ○主要な事件類型（名誉・プライバシー侵害、公害・生活妨害、医療過誤、第三者による債権侵害、自動車事故、製造物による事故等）に即して、不法行為の要件・効果を説明することができる。
2. *自動車事故…14章[二]7:p.505-511
3. *製造物責任…14勝[四]p.521-528
- 4.
- 5.
6. あ

第4編 親族

第1章 総則（725～730条）

1. 親族の範囲と親等の計算（725,726条）
2. 縁組と親族関係（727,729条）

養子と養親及びその血族との間においては、養子縁組の日から、血族間におけるのと同じの親族関係を生じ（727条）、離縁によって終了する（729条）
3. 離婚等による姻族関係の終了（728条）

離婚の場合：姻族関係は、離婚によって終了する。

夫婦の一方が死亡した場合：生存配偶者が姻族関係を終了させる意思を表示したとき。
4. 親族間の扶け合い（730条）

直系血族及び同居の親族は、互いに扶け合わなければならない。

⇔扶養義務は直系血族及び兄弟姉妹の間にある。
5. 親族の分類

自然血族：本来的に血族関係にあるもの（親子、兄弟姉妹）

法定血族：養親子など、法定により血族関係を擬制されるもの。
6. 戸籍制度
 - ・ 同氏同籍の原則：同一戸籍には同一の氏の者しか入れない（戸籍 6,16）
 - ・ 三世代戸籍の禁止の原則：同一戸籍には夫婦と子の2世代しか入れない（戸籍 6,17）
 - ・ 戸籍公開の原則：公示機能があるから。2007 戸籍法改正で制限
 - ・ 創設的届出：法的効果の発生・変更・消滅をもたらすために必要（→義務なし）
→身分行為の成立要件（婚姻、協議離婚、普通養子縁組、協議離縁、任意認知）
 - ・ 報告的届出：すでに生じた事実・裁判所の確定判決の届出（→公示の必要から届出義務）
→出生、死亡、離婚判決、離縁判決、親権喪失宣告審判など
7. 家事紛争の解決手続き
 - ・ 家事事件：身分関係の存否・形成の紛争ゆえ公益的観点が必要→職権主義
 - ・ 人事訴訟：家族関係の訴訟を家庭裁判所で行うためのもの（2003 人訴法、2004 から家裁移管）
→当事者主義、弁論主義、処分権主義の適用除外、職権探知主義、対世効
 - ・ 家事調停（調停前置主義）→家事審判→訴訟
 - ・ 専属的家事審判事件：民法などで審判対象とされた事項
 - ①別表第一審判事項：争訟性がないもの（後見開始など）→調停なしで家事審判へ
 - ②別表第二審判事項：争訟性があるもの（監護、遺産分割等）→家事調停→家事審判
 - ・ 人事訴訟対象事件：すべて調停前置主義の対象
 - ①合意できるが協議ではできないもの（婚姻無効・取消、強制認知など）→合意に相当する審判
 - ②合意不成立だが審判相当のもの（離婚合意はあるが財産分与不合意など）→調停に代わる審判

第2章 婚姻

第1節 婚姻の成立（731～749条）

第1款 婚姻の成立－実質的要件

1. 婚姻する意思の合致（実質的要件。742条1号（婚姻の無効）の類推解釈）
 - ・婚姻による法的効果を全面的に享受する意思がなければ無効。離婚の場合は反対となる。
 - ・実質的意思説（通説・判例）…婚姻生活を営む意思があるかを重視

【最判昭 44.10.31】（婚姻無効・上告棄却・全員一致、民法Ⅳ p.57）

子に嫡出子としての地位を与えるために婚姻し、認知を行った（仮装身分行為）が離婚の手続きに応じない妻に対して夫が婚姻無効を訴えたもの ⇒ 婚姻無効

「民法七四二条一号にいう「当事者間に婚姻をする意思がないとき」とは、当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指し、たとえ婚姻の届出自体については当事者間に意思の合致があつたとしても、それが単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎないときは、婚姻は効力を生じない。」

- ・形式的意思説（離婚に関しては判例）…民法上の婚姻の効果を得ることに限定
2. 婚姻適齢（731条）
 3. 重婚の禁止（732条）
 4. 再婚禁止期間（733条）

女は、前婚の解消又は取消しの日から六箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない（1項）。ただし、前婚の解消又は取消の前から懐胎していた場合には、その出産の日から、前項の規定を適用しない（2項）。

- ・772条2項によると、婚姻解消後300日以内に生まれた子は前婚の、婚姻成立後200日以後に生まれた子は後婚の子と推定するから、本来、再婚禁止期間は100日あればよい。

【最(三)判平 7.12.5】（国賠請求却下、上告棄却、全員一致）

女性のみにも再婚禁止期間を設ける規定が憲法14条1項、24条違反であるとして、改廃しない国会ないし国会議員の行為が違法であるとして国家賠償を請求した事案 ⇒ 733条は違憲ではない

「再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法七三三条が憲法一四一条一項の一義的な文言に違反すると主張するが、合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法一四一条一項に違反するものではなく、民法七三三条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにありと解される以上、国会が民法七三三条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らか」

5. 婚姻関係の制限（734,735,736条）

- ・自然血族

直系血族又は三親等内の傍系血族の間は禁止（734条1項本文）

- ・法定血族

直系血族の間は禁止。離縁後も禁止。（734条1項本文、736条）

三親等内の傍系血族の間は可能。養子縁組＋（養親の子との）婚姻により家を継がせるため。

- ・姻族

直系姻族の間は禁止。離婚後も禁止。（735条）

∴ 配偶者死亡でも姻族関係を終了させるには意思表示が必要

例) 亡くなった配偶者の父母と結婚する場合など。

- ・ 特別養子縁組の例外

特別養子縁組により親族関係が終了しても、自然血族・姻族間の婚姻禁止は継続。(734 条 2 項、735 条)

6. 未成年者の婚姻についての父母の同意 (737 条)

- ・ 親権の有無に関わらず、父母の同意を得る必要がある (1 項)。ただし、一方でよい (2 項)。

7. 成年被後見人の婚姻 (738 条)

- ・ 成年被後見人の同意を要しない。(ただし、意思能力が回復していることを要する)

8. 異性であること (実質的要件?)

- ・ 同性愛や性転換に伴う問題。判例は性転換手術を受けても、戸籍上の性の訂正は認めない。

【名高判昭 54.11.8】性転換手術によっても戸籍の訂正はできない。

「性染色体は正常男性型であるというのであるから、同本人を女と認める余地は全くない」

【最(二)判平 15.6.1?】性転換手術によっても戸籍の訂正はできない。

第2款 婚姻の成立－形式的要件

1. 婚姻の届出、その受理、外国にある日本人間の婚姻の方式（739～741条）

- ・婚姻の効力発生：戸籍法の定めるところにより届け出ること（739条1項）。当事者双方および成年の証人二人以上が、署名した書面又は口頭で行う（2項）。
- ・婚姻適齢、重婚禁止、再婚禁止期間、親族間婚姻制限、未成年者の父母の同意、届出方式が法令を満たしていることを確認しなければ受理できない（740条）。
- ・外国に在る日本人間で婚姻をしようとするときは、その国に駐在する日本の大使、公使又は領事にその届出をすることができる。この場合においては、前二条の規定を準用する（741条）。

2. 届出の有効性判断

- ・届出の時点で意思能力を欠いた婚姻届は、原則として無効だが、内縁等が先行すれば特段の事情のないかぎり有効である。

【最判昭44.4.3】（婚姻有効・破棄差戻し・全員一致）

事実上の夫婦関係にあった男女が正式に結婚することとし、婚姻届を作成したが、その後容体が悪化し、受理された当時昏睡状態に陥っており、受理の1時間後に亡くなったもの。夫の弟が婚姻無効を訴えた ⇒ 婚姻有効
「本件婚姻届が夫の意思に基づいて作成され、同人がその作成当時婚姻意思を有していて、同人と上告人（妻）との間に事実上の夫婦共同生活関係が存続していたとすれば、その届書が当該係官に受理されるまでの間に同人が完全に昏睡状態に陥り、意識を失ったとしても、届書受理前に死亡した場合と異なり、届出書受理以前に翻意するなど婚姻の意思を失う特段の事情のないかぎり、右届書の受理によつて、本件婚姻は、有効に成立したものと解すべきである。」「もしこれに反する見解を採るときは、届書作成当時婚姻意思があり、何等この意思を失ったことがなく、事実上夫婦共同生活関係が存続しているのにもかゝらず、その届書受理の瞬間に当り、たまたま一時的に意識不明に陥ったことがある以上、その後再び意識を回復した場合においてすらも、右届書の受理によつては婚姻は有効に成立しないものと解することとなり、きわめて不合理となるからである。」

【最判昭45.4.21】（婚姻有効・上告棄却・全員一致）

婚姻を前提にした性的交渉が続いていたところ、届出受理時に意識を失っていた場合 ⇒ 婚姻有効

「将来婚姻することを目的に性的交渉を続けてきた者が、婚姻意思を有し、かつ、その意思に基づいて婚姻の届書を作成したときは、かりに届出の受理された当時意識を失っていたとしても、その受理前に翻意したなど特段の事情のないかぎり、右届書の受理により婚姻は有効に成立するものと解すべき」

- ・「特段の事情」がある場合、相手方または戸籍事務管掌者に対する明確な翻意の表示があればよい。例として、「不受理申出制度」（昭27.7.9民事局長回答による実務上の扱い）。

【東京高判昭41.11.8】（婚姻有効）

自ら押捺した婚姻届を相手方に預け帰郷した間に、両親の説得で翻意したものの、相手方に言えないでいるうちに婚姻届が出されてしまった事案 ⇒ 婚姻有効

「婚姻意思の撤回は、これを許すべきものとしても、相手方又は戸籍事務を担当する係員に対する明白な翻意の表示がなされなければ、婚姻意思の撤回があったとは云えない」

【最判昭34.8.7】（離婚無効・上告棄却・全員一致（補足意見1））

事前に市役所戸籍係員に離婚届を受理しないよう伝えていた事案 ⇒ 離婚無効

「協議離婚の届出は協議離婚意思の表示とみるべきであるから、本件の如くその届出の当時離婚の意思を有せざるが明確になつた以上、右届出による協議離婚は無効であるといわなければならない。そして、かならずしも所論の如く右翻意が相手方に表示されること、または、届出委託を解除する等の事実がなかつたからといって、

右協議離婚届出が無効でないとはいえない。」

第3款 婚約

1. 婚約は合意だけで成立する。破棄すると損害賠償責任が生じる。

【最(一)判昭 38.9.5】(損害賠償責任を認容、上告棄却、全員一致)

幼馴染の男女が、結納や同棲関係はなく、親兄弟にも知られずに結婚を誓い合い、3年余りにわたって情交関係を結び、2度の妊娠中絶を行ったにもかかわらず、男が婚約を破棄したため、女が慰謝料を請求した事案 ⇒ 慰謝料請求を認容。

「被上告人が上告人の求婚に対し、真実夫婦として共同生活を営む意思でこれに応じて婚姻を約した上、長期間にわたり肉体関係を継続したものであり、当事者双方の婚姻の意思は明確であつて、単なる野合私通の関係でないことを認定…右認定のもとにおいては、たとえ、その間、当事者がその関係を両親兄弟に打ち明けず、世上の習慣に従つて結納を取かわし或は同棲しなかつたとしても、婚姻予約の成立を認めた原判決の判断は肯認しうる」

2. 結納(夫側⇒妻側に授与)は証約手付と目的贈与を合わせたようなものとして理解。

停止条件付贈与と解し、130条(条件の成就の妨害)類推解釈により故意に条件を成就させた場合(夫側が婚約破棄につき有責)は信義則上請求できないとも考えられる。

【最判昭 39.9.4】(結納返金返還義務なし、上告棄却、全員一致)

挙式後8カ月余りにわたって夫婦生活を続け、その間に婚姻の届け出も完了したが、妻からの申し出により協議離婚したため、結納金の返還を請求した事案 ⇒ 結納金の返還義務を認めず

「結納は、婚約の成立を確認し、あわせて、婚姻が成立した場合に当事者ないし当事者両家間の情誼を厚くする目的で授受される一種の贈与であるから、本件の如く挙式後八カ月余も夫婦生活を続け、その間婚姻の届け出も完了し、法律上の婚姻が成立した場合においては、すでに結納授受の目的を達したのであつて、たとい、その後結納の受領者たる被上告人からの申出により協議離婚をするに至つたとしても、被上告人には右結納を返還すべき義務はないと解すべき」

【東高判昭 57.4.27】(結納返金返還義務なし、上告棄却、全員一致)

結納を済ませたのち、男の責めに帰すべき要因により不和が生じ、婚約を解消するに至つたが、結納品しか返還されなかったため、結納金の返還を求めた事案 ⇒ 結納金の返還請求は信義則上許されないとした。

3. 内縁に至つたが法的婚姻に至らなかった場合は、事案による。

【大判昭 3.11.24】内縁約1年間で返還請求を否定。

【大判昭 10.10.15】2カ月間の融和を欠いた内縁で返還請求を認容。

第4款 婚姻の無効及び取消し

1. 婚姻の要件と無効及び取消しの関係

- ・婚姻の意思の合致がないとき – 無効（742条1項）
- ・婚姻未適齢 – 取消し（744条）
- ・重婚 – 取消し（744条）
- ・再婚禁止期間内 – 取消し（744条）
- ・親族間婚姻 – 取消し（744条）
- ・父母の同意を欠く場合 – 取消しができない
- ・形式的要件を満たさない場合（届出がないとき） – 無効（742条2項）：実際には不存在
- ・詐欺又は脅迫による場合 – 取消し（747条1項） ※相手方の善意・悪意を問わない

2. 無効な婚姻

- ・三類型
 - 1.婚姻の実質的意思はないが届出意思のある場合（仮装婚姻）
 - 2.婚姻の実質的意思はあるが届出意思のない場合（内縁の一方当事者が勝手に届出をした場合）
 - 3.婚姻の実質的意思も届出意思のない場合（第三者が勝手に届出した場合や人違いの場合など）
- ・動機の錯誤による無効は一般には認められない（離婚の判断となる）
- ・無効な婚姻は当然に無効となる（訴訟は無効確認の訴え）が、追認することができる。
その場合、判例は届出に遡るとするが、疑問がある（離婚届の場合、財産分与請求権の消滅や親権者指定のない離婚を認めることになる）

【最(三)判昭 47.7.25】（追認有効、上告棄却、全員一致）

内縁の妻が夫に無断で婚姻届を提出し、1年4カ月後にそれを知っても争わず、納税・結婚披露宴・共済等で妻として扱ったものの、その6年半後に別居し、その後婚姻無効を申し立てた事案 ⇒ 無効な婚姻を黙示に追認したものとして、民法116条（無権代理の追認）類推解釈により婚姻は届出に遡って有効とした。

「事実上の夫婦の一方が他方の意思に基づかないで婚姻届を作成提出した場合においても、当時右兩名に夫婦としての実質的生活関係が存在しており、後に右他方の配偶者が右届出の事実を知つてこれを追認したときは、右婚姻は追認によりその届出の当初に遡つて有効となると解するのを相当とする。」

3. 婚姻の取消しを家庭裁判所に請求できる者（744条、詐欺又は脅迫の場合を除く）

- ・各当事者、その親族、検察官 – 検察官のみ当事者の一方が死亡すると請求できない。
- ・当事者の配偶者 – 重婚の場合のみ。 前婚は離婚理由となり、後婚は取消しうる。
- ・当事者の前配偶者 – 再婚禁止期間内の場合のみ。

【最判昭 34.7.3】婚姻の無効は第三者でも確認の利益があれば請求可能[27002556]

婚姻無効確認→一審：確認→控訴棄却→上告棄却（戦地にある原告の息子の妻との離婚届提出後、同人との再度の婚姻届を勝手に出したもの。原告が後の婚姻の無効を請求）

「当事者の意思に基く届出を欠いた婚姻が無効であることは、民法七四二条の明定するところであつて、当事者以外の第三者においてもその利益あるかぎり右無効の確認を求め得べく、その第三者が当該婚姻届出書類を偽造した本人であるからといってこれを別異に解すべきではない」

4. 婚姻の取消しの制限

- ・婚姻未適齢 – 適齢に達すると請求不可。 本人は三ヶ月以内かつ追認するまで可能。（745条）

- ・重婚－特になし。後婚が離婚した場合、相続等の特段の事情のない限り取消しは認められない。
失踪宣告取り消しの場合(32条1項 失踪宣告の取消し前に善意でした行為は効力を失わない)

当事者	後婚配偶者	前 婚	後 婚
善意	善意	無 効	有効
善意	悪意	有効（婚姻を継続し難い重大な自由）	取消し可
悪意	善意	有効（不貞行為）	取消し可
悪意	悪意	有効（不貞行為）	取消し可

- ・再婚禁止期間内－再婚禁止期間の経過後又は再婚後に懐胎したときは請求不可。(746条)
- ・親族間婚姻－特になし。
- ・詐欺・脅迫－詐欺を発見し若しくは強迫を免れた後三箇月以内かつ追認するまで。(747条2項)

5. 婚姻の取消しの効力

- ・婚姻の取消しは、将来に向かつてのみその効力を生ずる(748条1項)
※取消し前の日常家事債務の連帯責任、準正嫡出子などは取り消されない。取消しは本来遡って無効(121条)。
- ・善意の当事者は、相手方の善意・悪意によらず、婚姻によって財産を得たときは、現に利益を受けている限度において、その返還をしなければならない。(748条2項)
- ・悪意の当事者は、婚姻によって得た利益の全部を返還しなければならない。相手方が善意であったときは、これに対して損害を賠償する責任を負う。(748条3項)

当事者	相手方	現存利益	利益全部	損害賠償	根拠条文
善意	悪意	○	－	－	748条2項
善意	善意	○	－	－	748条2項
悪意	悪意	○	○	－	748条3項前段
悪意	善意	○	○	○	748条3項前段、後段

- ・姻族関係の解消、子の監護、復氏、財産分与などにつき、離婚の規定を準用する。(749条)

第2節 婚姻の効力（750～754条）

1. 夫婦の氏（750条）
2. 生存配偶者は、（戸籍上の届出により）婚姻前の氏に復することができる。（751条、戸95条）
3. 夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない（752条）

- ・同居義務は家庭裁判所の審判によって請求できるが、強制履行はもちろん、間接履行も許されない。【大決昭 5.9.30】ただし、履行しなければ、悪意の遺棄として離婚原因となる。
- ・同居請求の審判は公開の法廷で行われなくても違憲ではない。

【最大決昭 40.6.30】（同居義務肯認・抗告棄却・少数意見7）

妻が夫に同居を請求した事案において、同居義務の判断が公開の法廷における対審及び判決でない審判によって決定されることが憲法 32,82 条に違反するか ⇒ 合憲

「同居義務等は多分に倫理的、道義的な要素を含むとはいえ、法律上の実体的権利義務であることは否定できないところであるから、かかる権利義務自体を終局的に確定するには公開の法廷における対審及び判決によつて為すべきものと解せられる」「審判確定後は、審判の形成的効力については争いえないところであるが、その前提たる同居義務等自体については公開の法廷における対審及び判決を求める途が閉ざされているわけではない。」

- ・「扶助」義務は「扶養」義務より高度で、自己と同一程度の生活を保障する「生活保持義務」である。「扶養」義務は「生活扶助義務」と呼ばれる。

4. 婚姻による成年擬制（753条）

- ・結婚ということは、それだけ精神的能力が成熟しているからであり、婚姻時の父母の同意によりそれが保証されるため、並びに婚姻生活が親権から脱して自主的に営めるようにするため。
- ・婚姻が解消されても成年擬制の効果は消滅しない（婚姻中に生まれた子の親権処理の関係。833条から、未成年の場合、その親権者が親権を行う。）

5. 夫婦間でした契約は、婚姻中、いつでも、夫婦の一方からこれを取り消すことができる。ただし、第三者の権利を害することはできない。（754条）

- ・判例）婚姻破綻後に結んだ契約は取り消すことができない → 契約の時期に関わらず、形式的に継続していても、婚姻が実質的に破綻している場合には、取消すことは許されない。

【最(一)判昭 33.3.6】（移転登記認容、上告棄却、全員一致）

夫は婚姻が破綻してから、離婚を前提に妻に不動産を贈与したが、離婚届の提出前に贈与契約を取り消す旨の意思表示を行ったため、妻が移転登記を請求した事案 ⇒ 取消しを認めず、移転登記を認容。

「夫婦関係が破綻に瀕しているような場合になされた夫婦間の贈与はこれを取り消しえないと解すべき」

【最判昭 42.2.2】（移転登記認容、上告棄却、全員一致）

夫婦仲が悪化したので、夫が関係回復のため妻に不動産（山林）を贈与したが、不和は続き、双方より離婚訴訟が提起されるとともに、妻から移転登記を求める訴訟が提起されたので、夫が取消しの意思表示をしたもの ⇒ 取消しを認めず、移転登記を認容。

「民法七五四条にいう「婚姻中」とは、単に形式的に婚姻が継続していることではなく、形式的にも、実質的にもそれが継続していることをいうものと解すべきであるから、婚姻が実質的に破綻している場合には、それが形式的に継続しているとしても、同条の規定により、夫婦間の契約を取り消すことは許されないものと解するのが相当である。」

6. 貞操義務（離婚原因を定める 770 条 1 項 1 号からの解釈）

- ・不貞行為は離婚原因となるほか、配偶者から慰謝料請求ができる。子からの慰謝料請求は不可。

【最(二)判昭 54.3.30】（子からの慰謝料請求を認めず・上告棄却・補足 1 反対 1）

夫がホステスと不倫関係となり、妻子を捨ててホステスと同居、子設けるに至ったため、妻子がホステスに慰謝料を請求した事案。原審は自然の愛情に基いたものであり、妻からホステスへの慰謝料も含め、すべて却下していた（妻子が上告）⇒妻からの慰謝料は容認し高裁に差戻し。子からの請求は認めず。

「その女性が害意をもつて父親の子に対する監護等を積極的に阻止するなど特段の事情のない限り、右女性の行為は未成年の子に対して不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。けだし、父親がその未成年の子に対し愛情を注ぎ、監護、教育を行うことは、他の女性と同棲するかどうかにかかわらず、父親自らの意思によつて行うことができるのであるから、他の女性との同棲の結果、未成年の子が事実上父親の愛情、監護、教育を受けることができず、そのため不利益を被つたとしても、そのことと右女性の行為との間には相当因果関係がないものといわなければならないからである。」

【最(二)判昭 54.3.30】（子からの慰謝料請求を認めず・破棄差戻し・補足 1 反対 1）

妻がメキシコに赴任した同級生と不倫関係となり、夫・子を置いてメキシコに渡り、同棲した事案。原審は夫・子それぞれへの慰謝料を容認していた（同級生が上告）⇒夫への慰謝料は容認し上告棄却。子への慰謝料は認めず、破棄差戻し。

- ・婚姻生活破綻後は不貞行為があっても不法行為とならない。合意による不貞行為は婚姻共同生活の平和の破壊という法益の侵害としてのみ、不法行為を形成する。

【最(二)判平 8.3.26】（妻からの慰謝料請求を認めず・上告棄却・全員一致）

婚姻関係が破綻した夫婦の夫が別居したのち、スナック店員と同棲して子を設けたが、そのスナック店員に対して妻が慰謝料を請求した事案⇒妻からの慰謝料を認めず。

「甲の配偶者乙と第三者丙が肉體関係を持った場合において、甲と乙との婚姻関係がその当時既に破綻していたときは、特段の事情のない限り、丙は、甲に対して不法行為責任を負わないものと解するのが相当である。けだし、丙が乙と肉體関係を持つことが甲に対する不法行為となる（後記判例参照）のは、それが甲の婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害する行為といえることができるからであつて、甲と乙との婚姻関係が既に破綻していた場合には、原則として、甲にこのような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえないからである。」

- ・不貞行為の相手方からの請求は不貞の当事者の不法の程度が大きいときに限り認められる

【最(二)判昭 44.9.26】（不貞行為の相手方からの慰謝料請求を容認・上告棄却・全員一致）

在日米軍兵站司令部經理課に高卒後事務員として就職した女性を、經理課の上司である米国籍の男性が詐言を用いて情交関係を結ばせ、妊娠したのちに出産費用の相当部分を支払ったのみで交際を絶つようになったため、慰謝料を請求した事案。この上司は妻子があるが不和であつたが、離婚できる状況になく、また他にも愛人を作っていた⇒慰謝料請求を容認

「女性が、その情交関係を結んだ動機が主として男性の詐言を信じたことに原因している場合において…右情交関係を誘起した責任が主として男性にあり、女性の側におけるその動機に内在する不法の程度に比し、男性の側における違法性が著しく大きいものと評価できるときには、女性の男性に対する貞操等の侵害を理由とする慰藉料請求は許容されるべき」「前記事実関係のもとでは、その情交関係を誘起した責任は主として上告人にあり、被上告人の側におけるその動機に内在する不法の程度に比し、上告人の側における違法性は、著しく大きいものと評価することができる。したがつて、上告人は、被上告人に対しその貞操を侵害したことについてその損害を賠償する義務を負うものといわなければならない。また、被上告人の側において前記誤信につき過失があつたとしても、その誤信自体が上告人の欺罔行為に基づく以上、上告人の帰責事由の有無に影響を及ぼすものではなく、慰藉料額の算定において配慮されるにとどまるというべきである」

第3節 夫婦財産制（755～762条）

第1款 総則

1. 夫婦財産契約を婚姻の届出前に別段結ばなければ、財産関係は法定財産制による（755条）。婚姻の届出前に登記しなければ、夫婦の承継人及び第三者に対抗することができない。（756条）。
2. 夫婦の財産関係の変更禁止、管理失当時の変更請求（758条）、対抗要件としての登記（759条）

第2款 法定財産制

1. 夫婦はその資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する（760条）
 - ・ 夫婦関係が破綻しても、法的な婚姻関係に入っている以上、一方が困窮しているような場合には婚姻費用分担義務はある。具体的には家庭裁判所の審判による。審判があれば「執行力ある債務名義と同一の効力」を与えられ、強制力をもつ。

【東高決昭 53.12.14】（妻からの費用分担を認容）

夫の不倫疑惑から夫婦関係が破綻し、別居した妻が生活保護を受給するようになり、安定した高額の収入を得ている夫に対し、離婚訴訟とあわせ、婚姻費用の分担を請求した事案で、家裁の審判に対する即時抗告事件。⇒「双方が同一程度の生活を維持するに足りる」額の給付（別居又は婚姻の解消に至るまで1カ月15万円）を命じた。

- ・ 有責者配偶者からの請求は認められないことがあり、認められても部分的。

【東高決昭 42.9.8】（婚姻費用分担の義務はない）

【名高金沢支決 59.2.13】（限られた期間内、生活保護法の生活扶助基準の範囲内で認容）

【東高決昭 58.12.16】（婚姻費用分担請求は権利の濫用。子の監護費用は認容）

夫婦喧嘩から妻が実家に戻ったのち、縊りを戻したが、夫が躁鬱病と診断されてから妻は子2人を連れて実家に戻り、その後夫からの関係修復の努力に関わらず妻が交流を拒絶した。別居の9年後、夫が離婚訴訟を提起し、妻は婚姻費用の分担を請求した。なお、妻は当時収入があり、2人の子どもを養育していた ⇒ 妻の請求は「権利の濫用」であり許されないが、子の監護費は請求できる。

- ・ 過去の婚姻費用は請求できなかった（扶養しなくても生きていたから）→請求可能に判例変更
- ・ 婚姻費用分担請求の審判は公開の法廷で行われなくても違憲ではない。

← 婚姻費用分担義務そのものを訴訟で争うことが可能だから。

【最(大)決昭 40.6.30】（過去の請求は可能・婚姻費用分担請求の審判は合憲、抗告棄却、過去の婚姻費用は全員一致・婚姻費用分担請求の審判については少数意見7）

「家庭裁判所が婚姻費用の分担額を決定するに当り、過去に遡つて、その額を形成決定することが許されない理由はなく、所論の如く将来に対する婚姻費用の分担のみを命§488-1 じ得るに過ぎ§488-1 項§488-1 項ないと解すべき何らの根拠はない。」「婚姻費用の分担に関する審判は…その前提たる費用負担義務の存否を終局的に確定する趣旨のものではない。これを終局的に確定することは正に純然たる訴訟事件であつて、憲法八二条による公開法廷における対審及び判決によつて裁判さるべきものである。」

2. 夫婦の日常の家事に関する債務の連帯責任（761条）。

第三者に対し責任を負わない旨を予告した場合を除く（同但し書き）。

- ・ 「日常家事」の範囲は日用品の購入のほか、保健・娯楽・医療・教育上の債務、共同生活に必要な範囲内の借金も含むが、社会的地位・収入・資産など、個々の家庭の事情で異なる。
- ・ 761条は日常家事において夫婦の代理権を認めているが、これは取引の相手方が日常家事の範囲内と属すると信ずるにつき、正当の理由のあるときを除き、民法 110条（表見代理）の基本

代理権とならない。これを認めると夫婦の財産的独立を損なうため。

【最判昭 44.12.18 民集 23-12-2476】夫婦間の法定代理権と表見代理[S43 才 971]

A に対する債務返済のため、妻の土地を A に売却し、その代金と A の夫に対する債権を妻に譲渡する代金を相殺することにより、妻の土地が A に移転登記されたことを知った妻が、夫と離婚するとともに売買契約の無効と登記抹消を請求した事案 → 売買契約無効・登記抹消を認容。

「民法七六一条は、…その明文上は、単に夫婦の日常の家事に関する法律行為の効果、とくにその責任のみについて規定しているにすぎないけれども、同条は、その実質においては、さらに、右のような効果の生じる前提として、夫婦は相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することをも規定しているものと解するのが相当である」「民法七六一条にいう日常の家事に関する法律行為とは、個々の夫婦がそれぞれの共同生活を営むうえにおいて通常必要な法律行為を指すものであるから、その具体的な範囲は、個々の夫婦の社会的地位、職業、資産、収入等によつて異なり、また、その夫婦の共同生活の存する地域社会の慣習によつても異なるというべきであるが、他方、問題になる具体的な法律行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属するか否かを決するにあつては、同条が夫婦の一方と取引関係に立つ第三者の保護を目的とする規定であることに鑑み、単にその法律行為をした夫婦の共同生活の内部的な事情やその行為の個別的な目的のみを重視して判断すべきではなく、さらに客観的に、その法律行為の種類、性質等をも充分に考慮して判断すべきである。」

「夫婦の一方が右のような日常の家事に関する代理権の範囲を越えて第三者と法律行為をした場合においては、その代理権の存在を基礎として広く一般的に民法一一〇条所定の表見代理の成立を肯定することは、夫婦の財産的独立をそこなうおそれがあつて、相当でないから、夫婦の一方が他の一方に対しその他の何らかの代理権を授与していない以上、当該越権行為の相手方である第三者においてその行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときにかぎり、民法一一〇条の趣旨を類推適用して、その第三者の保護をはかれば足りるものと解するのが相当である。」

3. 夫婦間における財産の帰属（762 条）

- ・ 夫婦の一方が婚姻前から有する財産 及び 婚姻中自己の名で得た財産 → 特有財産とする
- ・ 夫婦のいずれに属するか明らかでない財産 → 共有に属するものと推定する

4. 夫婦別産制の理論

- ・ 旧民法：夫婦別産制を原則とするが、夫には妻の財産の使用・収益権があり（管理共通制）、夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は夫の財産と推定。
- ・ 共有制的解釈：対外的には名義の所在で判断するが、内部的には対価の実質的な負担において特有財産といえることが明らかでなければ、共有を推定する。
- ・ 対外的には「内助の功」は認められない・・・762 条 1 項違憲訴訟

【最(大)判昭 36.9.6】（762 条 1 項合憲、上告棄却・全員一致）

夫の所得の折半し、夫・妻それぞれの所得として申告した（このような方法を二分二乗方式という。一般に課税額は減ずる）が、所得税審査決定で訂正されたのは両性の平等を定めた憲法 24 条に違反するとして取消しを求めた事案 → 夫婦別産制は合憲。

「民法七六二条一項の規定…は夫と妻の双方に平等に適用されるものであるばかりでなく、…民法には、別に財産分与請求権、相続権ないし扶養請求権等の権利が規定されており、右夫婦相互の協力、寄与に対しては、これらの権利を行使することにより、結局において夫婦間に実質上の不平等が生じないよう立法上の配慮がなされているといえることができる。しからば、民法七六二条一項の規定は、前記のような憲法二四條の法意に照らし、憲法の右条項に違反するものといふことができない。」

- ・ 婚姻中に夫の収入で得た財産は、登記上の名義が妻であるだけで妻の特有財産であると認めるこ

とはできない。ただし、判例では妻の持分清算がなされていると解しうる。

【最(三)判昭 34.7.14】(登記上の名義だけでは妻の特有財産とならない、上告棄却、全員一致)
夫の父母が母名義で経営していた旅館を、母の死亡後妻の名義で営業していたが、その敷地所有権を収益金で買い取り、妻の名義として登記していたところ、妻の不貞行為により協議離婚することとなった。夫から妻に対して 50 万円(昭和 25 年ごろ)が支払われ、敷地所有権を妻から夫に移転登記することを約したが、その後妻が特有財産であるとしてこれを拒否したため、移転登記を求めて夫が提訴したもの ⇒ 移転登記を認容。
要旨『夫婦間の合意で、夫の買い入れた土地の登記簿上の所有名義人を妻としただけでは、右の土地を妻の特有財産と解すべきではない。』

第4節 離婚（763～771条）

第1款 協議上の離婚（763～769条のうち763～765条）

1. 夫婦は、その協議で、離婚をすることができる（763条）

- ・ 仮装離婚は有効となることが多い。（形式的意思説）

借金の強制執行を免れるため、戸主たる地位を夫に譲るため、生活保護受給のためなど。

内縁として継続しても、法的婚姻の効果を受けられないようにするための離婚であれば有効。

【大判昭 16.2.3】（離婚有効）

借金の強制執行を免れるため離婚届を出したが、夫が他女と婚姻してしまったため、離婚無効を訴えたもの ⇒ 離婚有効

【最判昭 44.11.14】（強制執行を免れるための離婚を無効とした原審を破棄差戻し）

【最判昭 38.11.28】（離婚有効・上告棄却・全員一致、民法Ⅳ p.58）

戸主たる地位を夫に与えるための協議離婚を行った夫が、妻の死後に戦死した長男の遺族扶助料を受けられなくなったため、離婚の無効を主張 ⇒ 離婚有効

「上告人及びその妻Eは判示方便のため離婚の届出をしたが、右は両者が法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいてなしたものであり、このような場合、両者の間に離婚の意思がないとはいえないから、本件協議離婚を所論理由を以つて無効となすべからざることは当然。」

【最判昭 57.3.26】（離婚有効・上告棄却・全員一致、民法Ⅳ p.58）

生活保護の受給を継続するための方便として、夫が収入のある妻との離婚届を出した事案で、離婚の無効を主張 ⇒ 離婚有効

「本件離婚の届出が、法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいてされたものであつて、本件離婚を無効とすることはできない」

2. 婚姻の準用：成年後見人の同意不要、届出、詐欺又は脅迫の場合の取消しを準用（764条）

- ・ 未成年の場合、婚姻による成年擬制により親の同意は不要。
- ・ 詐欺又は脅迫の場合の取消しにおいて、婚姻の取消しが将来に向かつてのみ効力を有するとする748条は準用されないので、121条によりはじめてから無効であったものとみなされる。

3. 離婚届の受理：届出の様式、子の親権者が定まっていることその他法令に違反しないこと。ただし、誤って受理された場合、効力は妨げられない。（765条）

- ・ 届出の有効性判断 ⇒ 届出の時点で意思能力を欠いた婚姻届は、原則として無効だが、意思能力の喪失や死亡の場合などは例外的に有効（婚姻と同じ）。
- ・ 無効な離婚届の追認 ⇒ 婚姻に比べ厳格に解すべき（財産分与請求権が2年で時効）

第2款 裁判上の離婚（770～771条）

1. 裁判離婚に至る場合

- ・前提：調停（⇒審判：裁判所の職権、異議申し立てで裁判へ移行）を経ること。
- ・一方が離婚に同意しない場合。
- ・離婚に必要な事項を定められないか（子の親権、監護）、財産分与で同意しない場合。
- ・離婚原因について同意しない場合。

【最判昭 39.9.17】（夫からの離婚請求認容、上告棄却、全員一致）

互いに相手の態度が「婚姻を継続し難い重大な事由」として離婚請求した例（争われたのは妻側の訴えた「悪意の遺棄」の認定可否）⇒妻側有責として夫からの離婚請求を認容

2. 裁判上の離婚の事由（770条1項1号）：配偶者に不貞な行為があったとき。

- ・解釈：有責主義的解釈（貞操義務違反）、破綻主義的解釈（婚姻破綻の典型例として例示）
⇒後者は5号と重複するため、一般に前者（不貞行為があれば、婚姻破綻を待たずに離婚できる）
- ・「不貞行為」は「配偶者以外の者と任意の性交をなす」よりも広い概念
- ・配偶者自身が任意かどうかにより、性交の相手方が任意でなくともよい（例：強姦）

【最判昭 48.11.15】（離婚請求認容、上告棄却、全員一致）

夫が3人に対する強姦で実刑となった妻が、離婚を請求した事例。夫は相手方が任意でないため、「不貞行為」にあたらないと主張した ⇒「不貞行為」と認定、離婚請求認容。

「民法七七〇条一項一号所定の「配偶者に不貞の行為があったとき。」とは、配偶者ある者が、自由な意思にもとづいて、配偶者以外の者と性的関係を結ぶことをいうのであつて、この場合、相手方の自由な意思にもとづくものであるか否かは問わないものと解するのが相当」

- ・不貞行為に相応の理由があるとき（古い判例では不貞行為と認める）

【最判昭 38.6.4】（離婚請求認容、拒否した原審を破棄差戻し、全員一致）

元キャバレー店員の妻が、夫から生活費を支給されなかったため実家に帰り、仕事を転々としつつ、ついに異性と情交関係を持ったり、街頭に立ったりして生活費を補い、その間に父親不明の子を中絶費用がないため出産していたところ、夫が不貞行為を理由に離婚請求をした事案。一審、二審は夫に責任の大部分があるとして離婚請求を認めず ⇒破棄差戻し（不貞行為を排斥するだけの特別の事情が不足として破棄差戻し）

- ・同性愛を1号として認めた判例は確認されない（5号ならある）

【名古屋地判昭 47.2.29】5号を理由に妻が離婚請求、認容。

結婚後数カ月で夫が同性愛に陥り、特定の男性につきまとうようになった事案、妻が5号の離婚を請求し、認容。

3. 裁判上の離婚の事由（2号）：配偶者から悪意で遺棄されたとき。

- ・直接には752条の同居協力義務の不履行。「悪意」は故意に近い（やむを得ない場合等は「知っていた」も成立しない）。なお、扶助義務は婚姻関係が破綻すれば消滅する。

【最判昭 39.9.17】（夫からの離婚請求認容、上告棄却、全員一致）

夫の意に反して妻が兄を同居させ、兄の為に夫の財産から多額の支出をしたことなどにより、夫が妻と別居し、生活費を支給しなくなったため、2号、5号を理由に妻が離婚を請求し、夫が5号を理由に反訴した事案 ⇒妻側有責による婚姻関係破綻で扶助義務は消滅したとして、夫からの離婚請求のみを認容

「上告人が被上告人との婚姻関係の破綻について主たる責を負うべきであり、被上告人よりの扶助を受けざるに至つたのも、上告人自らが招いたものと認むべき以上、上告人はもはや被上告人に対して扶助請求権を主張し得ざるに至つたものというべく、従つて、被上告人が上告人を扶助しないことは、悪意の遺棄に該当しないものと

為すべき」

4. 裁判上の離婚の事由（3号）：配偶者の生死が三年以上明らかでないとき。
 - ・ 7年経過で失踪宣告となると、死亡と同じく相続が開始する。
5. 裁判上の離婚の事由（4号）：配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。
 - ・ 精神病となった側の経済的手当に配慮がなければ、2項で認められない場合もある。

【最判昭 33.7.25】（夫からの離婚請求を認めず、破棄差戻し、全員一致）

妻の精神病を理由に夫が離婚請求したもの ⇒ 認めた一審、二審を破棄差戻し（精神病の状況を判断させるため）
「民法は単に夫婦の一が不治の精神病にかかった一事をもつて直ちに離婚の訴訟を理由ありとするものと解すべきでなく、たとえばかかる場合においても、諸般の事情を考慮し、病者の今後の療養、生活等についてできるかぎりの具体的方途を講じ、ある程度において、前途に、その方途の見込のついた上でなければ、ただちに婚姻関係を廃絶することは不相当と認めて、離婚の請求は許さない法意であると解すべき。」

【最判昭 45.11.24】（夫からの離婚請求を認容、上告棄却、全員一致）

妻の精神病を理由に夫が離婚請求したが、妻の実家は療養費を支出するのに余裕がある一方、夫は療養費を支出するほど生活の余裕がないにもかかわらず、誠実に支払っているほか、夫が長女を引き続き養育していた事例 ⇒ 離婚請求を認容

6. 裁判上の離婚の事由（5号）：その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。
7. 裁判所は、前項第一号から第四号までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。（2項）
 - ・ 有責配偶者からの離婚は不許可 → 有責性評価の緩和 → 積極的破綻主義（財産分与等重視）
破綻が認められる別居期間については 10 年程度を目安としつつ、諸般の事情で判断している。

【最(三)判昭 27.2.19】（離婚請求不許可、上告棄却、全員一致）

不倫相手に子を産ませた夫が逆上した妻に散々の暴行を受けたので、家を出、旧 813 条 5 号、新 770 条 1 項 5 号を理由に離婚を請求した ⇒ 却下。「踏んだり蹴ったり判決」

「被上告人の判示行為は情において宥恕すべきものがあり、未だ旧民法第八一三条五号に規定する「同居に堪えざる虐待又は重大なる侮辱」に当たらないと解するを相当とする」「原審の認定した事実によれば、婚姻関係を継続し難いのは上告人が妻たる被上告人を差し置いて他に情婦を有するからである。上告人さえ情婦との関係を解消し、よき夫として被上告人のもとに帰り来るならば、何時でも夫婦関係は円満に継続し得べき筈である、即ち上告人の意思如何にかかることであつて、かくの如きは未だ以前記法条にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当するものということは出来ない」「結局上告人が勝手に情婦を持ち、その為め最早被上告人とは同棲出来ないから、これを追い出すということに帰着するのであつて、もしかかる請求が是認されるならば、被上告人は全く俗にいう踏んだり蹴ったりである。法はかくの如き不徳義勝手気儘を許すものではない。道徳を守り、不徳義を許さないことが法の最重要な職分である。総て法はこの趣旨において解釈されなければならない。」「戦後に多く見られる男女関係の余りの無軌道は患うべきものがある。本訴の如き請求が法の認める処なりとして当裁判所において是認されるならば右の無軌道に拍車をかける結果を招致する虞が多分にある。論旨では裁判は実益が無ければならないというが、本訴の如き請求が猥りに許されるならば実益どころか実害あるものといわなければならない。」

【最(一)判昭 30.11.24】（有責性の小さい配偶者からの離婚請求を認容）

【最(二)判昭 46.5.21】（婚姻関係破綻後の他女との同棲は有責行為でなく、離婚請求を認容）

【最(大)判昭 62.9.2】（離婚請求認容、破棄差戻し、補足 2 少数 1）

自らの不貞行為で別居するに至った夫が妻に離婚を請求したが却下され、のち別居期間が 35 年に及んで再度調

停不調による離婚訴訟を提起したもの。なお別居の際に夫は全財産の処分権を妻に譲っていたが、その後生活費等の交付はなかった ⇒ 離婚請求認容

「有責配偶者からされた離婚請求であつても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもつて許されないとすることはできないものと解するのが相当である。」「別居期間は、原審の口頭弁論の終結時まででも約三六年に及び、同居期間や双方の年齢と対比するまでもなく相当の長期間であり、しかも、両者の間には未成熟の子がいないのであるから、本訴請求は、前示のような特段の事情がない限り、これを認容すべきものである。」

8. 協議上の離婚の後処理（子の監護の定め、復氏、財産分与、祭祀権利承継）を準用（771 条）

第3款 離婚の効果（協議離婚 766～769 条、裁判離婚 771 条が準用）

1. 離婚後の子の監護に関する事項の定め等（766 条）

- ・ 子の監護、面会、監護費用等は父母の協議により定める。（1 項）
- ・ 子の監護権

旧民法で親権（財産監護権と身上監護権）は父にあったため、子の（身上）監護権を分離。

母親が財産管理能力を欠く場合（父：親権、母：監護権）、第三者の監護権（父：親権、叔母：監護権）、親権争いの妥協（父：親権、母：監護権）など。

- ・ 面接交渉…親の権利としてではなく、「子の監護」についての処分。婚姻関係が破綻し父母が別居状態にある場合に類推適用される。

【最判昭 59.7.6】（特別抗告を民訴法の要件不充足で却下、特別抗告却下、全員一致）

親権者でない父の面接交渉を子の福祉に反するとして認めなかった家裁審判が憲法 13 条違反として特別抗告した事案 ⇒ 特別抗告の要件不充足で却下

【最判平 12.5.1】（家裁処分を支持、特別抗告却下、全員一致）

婚姻が破綻し母子と別居状態にある父が、面接交渉について家裁の処分を請求した事案 ⇒ 766 条類推で請求できる。あわせて、親の面接交渉は「親の権利」ではなく「子の監護の一内容」とする。

「子と同居していない親が子と面接交渉することは、子の監護の一内容である」

- ・ 子の監護費用（養育費）…別居状態の場合に類推適用

【最判平 9.4.10】（離婚の訴えにおいて、離婚後の監護費用とともに別居期間分の請求も可能）

- ・ 協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは家庭裁判所が定める。（2 項）
 - ・ 家庭裁判所は、必要があると認めるときは、変更し相当の処分を命じることができる。（3 項）
- #### 2. 離婚による復氏（767 条）、三ヶ月以内に戸籍法により届出れば婚氏続称できる。（2 項）
- ・ 婚氏続称の撤回（2 項の届出ののち、旧姓に復したい場合）は戸 107 条により「やむを得ない事由」と家庭裁判所の許可が必要であるが、「事由」は緩やかに解されることが多い。
- #### 3. 財産分与（768 条）、家庭裁判所へ処分を請求する場合、離婚から二年以内（除斥期間、2 項）
- ・ 特有財産となっているものを分与する請求であるから、登記上も共有財産となっているものを分割する必要はなく、またこれは二年の時効にかからない。
 - ・ 離婚による慰謝料と財産分与は異なるものだが、財産分与に慰謝料を含むことはできる。また、財産分与を受けたのち、それが慰謝料を含まないか過少であれば、別途請求することもできる。

【最判昭 46.7.23】（慰謝料請求認容、上告棄却、全員一致）[民集 25-5-805]

離婚訴訟によって財産分与を含む離婚判決を得た原告が、さらに慰謝料を請求した事案 ⇒ 離婚判決での財産分与は慰謝料を含まないものであるとし、別途の慰謝料請求を認容。

「離婚における財産分与の制度は、夫婦が婚姻中に有していた実質上共同の財産を清算分配し、かつ、離婚後における一方の当事者の生計の維持をはかることを目的とするものであつて、分与を請求するにあたりその相手方たる当事者が離婚につき有責の者であることを必要とはしないから、財産分与の請求権は、相手方の有責な行為によつて離婚をやむなくされ精神的苦痛を被つたことに対する慰藉料の請求権とは、その性質を必ずしも同じくするものではない。したがつて、すでに財産分与がなされたからといつて、その後不法行為を理由として別途慰藉料の請求をすることは妨げられない「裁判所が財産分与を命ずるかどうかならびに分与の額および方法を定めるについては、当事者双方におけるいつさいの事情を考慮すべきものであるから、分与の請求の相手方が離婚についての有責の配偶者であつて、その有責行為により離婚に至らしめたことにつき請求者の被つた精神的損害を

賠償すべき義務を負うと認められるときには、右損害賠償のための給付をも含めて財産分与の額および方法を定めることもできる」「財産分与として、右のように損害賠償の要素をも含めて給付がなされた場合には、さらに請求者が相手方の不法行為を理由に離婚そのものによる慰謝料の支払を請求したときに、その額を定めるにあたっては、右の趣旨において財産分与がなされている事情をも斟酌しなければならないのであり、このような財産分与によつて請求者の精神的苦痛がすべて慰藉されたものと認められるときには、もはや重ねて慰藉料の請求を認容することはできない」「しかし、財産分与がなされても、それが損害賠償の要素を含めた趣旨とは解せられないか、そうでないとしても、その額および方法において、請求者の精神的苦痛を慰藉するには足りないと認められるものであるときには、すでに財産分与を得たという一事によつて慰藉料請求権がすべて消滅するものではなく、別個に不法行為を理由として離婚による慰謝料を請求することを妨げられない」

- ・ 婚姻費用の分担の清算のための給付を含むことができる。

【最判昭 53.11.14】（請求認容、上告棄却、全員一致）

「離婚訴訟において裁判所が財産分与の額及び方法を定めるについては当事者双方の一切の事情を考慮すべきものであることは民法七七一一条、七六八条三項の規定上明らかであるところ、婚姻継続中における過去の婚姻費用の分担の態様は右事情のひとつにほかならないから、裁判所は、当事者の一方が過当に負担した婚姻費用の清算のための給付をも含めて財産分与の額及び方法を定めることができる」

- ・ 財産分与が一般債権者の共同担保を減少させる結果となってもよいが、不相当に過大で、財産分与に仮託してされた財産処分であると認められれば詐害行為で取消しの対象となる。

【最判昭 58.12.19】（詐害行為と認定せず、上告棄却、全員一致）

夫の家業であるが妻が事実上経営していたクリーニング業に使用している土地を、夫の不貞行為等を理由とした離婚の際、財産分与として妻に給付したことが、債務超過に陥っている夫による詐害行為であるとして取消しが求められた事案 ⇒ 詐害行為ではない

「分与者が債務超過であるという一事によつて、相手方に対する財産分与をすべて否定するのは相当でなく、相手方は、右のような場合であつてもなお、相当な財産分与を受けることを妨げられない」「分与者が既に債務超過の状態にあつて当該財産分与によつて一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、それが民法七六八条三項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為として、債権者による取消の対象となりえない」

【最判平 12.3.9 民集 54-3-1013】離婚に伴う財産分与・慰謝料と詐害行為(一部取消し)

有責の夫から妻に対し過大な慰謝料が合意されたが、夫の債権者と妻が夫の給料及び役員報酬債権を差し押さえたため、夫の債権者が過大な慰謝料で詐害行為であるとして配当異議を訴えたもの。原審は慰謝料の合意は過大であるとして全額を無効とした ⇒ 不相当に過大な部分のみが無効であるとして、破棄差戻し。

「離婚に伴う財産分与として金銭の給付をする旨の合意がされた場合において、右特段の事情があるときは、不相当に過大な部分について、その限度において詐害行為として取り消されるべき」「離婚に伴う慰謝料を支払う旨の合意は、配偶者の一方が、その有責行為及びこれによって離婚のやむなきに至ったことを理由として発生した損害賠償債務の存在を確認し、賠償額を確定してその支払を約する行為であつて、新たに創設的に債務を負担するものとはいえないから、詐害行為とはならない」「当該配偶者が負担すべき損害賠償債務の額を超えた金額の慰謝料を支払う旨の合意がされたときは、その合意のうち右損害賠償債務の額を超えた部分については、慰謝料支払の名を借りた金銭の贈与契約ないし対価を欠いた新たな債務負担行為というべきであるから、詐害行為取消権行使の対象となり得る」

- ・ 財産分与請求権は、具体的な範囲・内容が確定するまでは、債権者代位権を行使できない。

※423 条 2 項、「保存行為はこの限りでない」を適用すべき？

【最判 55.7.11 民集 34-4-628】（債権者代位権を認めず、破棄自判、全員一致）

協議離婚した夫が、妻名義となっている不動産の登記が離婚直前に妻の母の名義に移されたので、審判に係っている財産分与請求権を被保全債権に移転登記の抹消を請求した ⇒ 請求を認めず

「離婚によつて生ずることあるべき財産分与請求権は、一個の私権たる性格を有するものではあるが、協議あるいは審判等によつて具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容が不確定・不明確であるから、かかる財産分与請求権を保全するために債権者代位権を行使することはできない」

・ 財産分与と共通錯誤

【最判平 1.9.14 判時 1336-93】財産分与と共通錯誤[S63 才 385]

妻に全財産を財産分与した銀行員の夫が、譲渡所得税が自らに課されることを知って移転登記の抹消を請求したもの。妻に課税されることを夫が気遣う発言があった。登記抹消：棄却→破棄差戻→取消認容

「意思表示の動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤としてその無効をきたすためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要するところ（最判昭 29.11.26、同 45.5.29 参照）、右動機が黙示的に表示されているときであっても、これが法律行為の内容となることを妨げるものではない」譲渡所得税は分与側に課されるが、「前示事実関係からすると、本件財産分与契約の際、少なくとも上告人において右の点を誤解していたものというほかはないが、上告人は、その際、財産分与を受ける被上告人に課税されることを心配してこれを気遣う発言をしたというのであり、記録によれば、被上告人も、自己に課税されるものと理解していたことが窺われる。そうとすれば、上告人において、右財産分与に伴う課税の点を重視していたのみならず、他に特段の事情がない限り、自己に課税されないことを当然の前提とし、かつ、その旨を黙示的には表示していたものといわざるをえない。そして、前示のとおり、本件財産分与契約の目的物は上告人らが居住していた本件建物を含む本件不動産の全部であり、これに伴う課税も極めて高額にのぼるから、上告人とすれば、前示の錯誤がなければ本件財産分与契約の意思表示をしなかったものと認める余地が十分にあるというべきである。上告人に課税されることが両者間で話題にならなかったとの事実も、上告人に課税されないことが明示的には表示されなかったとの趣旨に解されるにとどまり、直ちに右判断の妨げになるものではない」

4. 離婚による復氏の際の（祭祀に関わる）権利の承継（769 条）→裁判上の離婚、婚姻の取消し、生存配偶者の復氏・姻族関係終了の意思表示に準用

第5節 内縁

第1款 従来型内縁と現代型内縁

1. 従来型内縁：旧法下での戸主の不同意、法定推定家督相続人たる長男・長女の婚姻のほか、婚姻がうまくいくかの確認期間、届出怠慢など ⇒ 婚姻予約として構成したが、準婚関係へと移行

【大(連)判大 4.1.26】(婚姻予約破棄の損害賠償を請求棄却)

婚姻の意思をもって挙式を行ったが、夫が些細な事由で妻を離別したため、妻が損害賠償を請求した事案 ⇒ 婚姻予約として損害賠償を認容した原審を破棄、婚姻予約は契約責任にとどまるとして賠償請求棄却

【大判大 8.5.12】(内縁の妻と情を通じた男へ、内縁の夫から損害賠償請求を容認)

【大判昭 7.1.6】(阪神電鉄事件。内縁の妻からの扶養請求権喪失による損害賠償請求を容認)

【最判昭 33.4.11】(婚姻費用の分担義務を容認、上告棄却、全員一致)

結婚式を挙げ、内縁関係に入ったものの、姑の嫁いびりが続く中で結核を患った妻が実家で療養生活を送っていたものの、9カ月の別居ののち夫側から内縁を解消した事案で、妻より内縁破棄の不法行為による損害賠償と、医療費を婚姻費用の分担義務として請求したもの ⇒ 準婚関係を認め、請求を容認。

「いわゆる内縁は、婚姻の届出を欠くがゆえに、法律上の婚姻ということとはできないが、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない」「民法七〇九条にいう「権利」は、厳密な意味で権利と云えなくても、法律上保護せらるべき利益があれば足りるとされるのであり、内縁も保護せられるべき生活関係に外ならないのであるから…内縁を不当に破棄された者は、相手方に対し婚姻予約の不履行を理由として損害賠償を求めることができるとともに、不法行為を理由として損害賠償を求めることもできる」

2. 現代型内縁：婚姻障害（重婚禁止等）によるもの、手続き上の遅れ、法的婚姻の効果を享受しない場合（事実婚）など ⇒ 事由によって保護するか判断。手続きの遅れは原則として準婚。
 - ・ 婚姻適齢、再婚禁止期間、父母の同意を欠くための内縁は保護を与える妨げにならない。

【大判大 8.4.23】婚姻適齢による内縁は法的保護の対象。

【大判昭 6.11.27】再婚禁止期間による内縁は法的保護の対象。

【最判昭 28.6.26】父母の同意要件による内縁は法的保護の対象。

第2款 内縁と法的保護

1. 内縁の不当破棄は準婚関係により処理される。不貞行為の相手方への請求も婚姻に準ずる。有責側の肉親が関与していた場合も、限度を超えると不法行為責任を生じる。

【最判昭 38.2.1】（内縁の妻を追い出した夫の父にも、夫とともに損害賠償責任を認める）

2. 内縁解消に伴う財産分与は婚姻に準ずるが、相続は特別の事情がなければ認められない。

【大高判昭 57.11.30】（内縁の夫婦の共同事業の収益により購入した不動産を共有と認める）

ただし、内縁の妻が共同経営といえる程度に寄与していた事案。持分について、250 条（共有持分の割合の推定）により2分の1とした。

【最判平 12.3.10】（財産分与を認めず、特別抗告棄却、全員一致）

寄与が通常の家事労働にとどまる内縁の妻が、死亡した内縁の夫の遺産からの財産分与を請求した事案 ⇒ 離別による内縁解消に財産分与の類推を認める一方、死別の際の相続や遺産からの財産分与・扶養義務を否定。

「法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしている。このことにかんがみると、内縁の夫婦について、離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推適用することは、準婚的法律関係の保護に適するものとしてその合理性を承認し得るとしても、死亡による内縁解消のときに、相続の開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないところである。また、死亡した内縁配偶者の扶養義務が遺産の負担となってその相続人に承継されると解する余地もない」

3. 内縁の配偶者の居住権（事実上の養子も同様）

- ・賃借人が相続人なしに死亡した場合、内縁配偶者・事実上の養子が借家権を承継する（借地借家法 36 条）
- ・相続人がいても、内縁配偶者・事実上の養子は賃貸人に対して相続人の借家権を援用できるが、相続人が放棄あるいは賃料不払いによって家主から解除されるとどうしようもない。

【最判昭 37.12.25】事実上の養子は被相続人の借家権を援用できる

相続人が、琴師匠である被相続人の遺産をすべて事実上の養子の所有と認めていた事案

【最判昭 42.2.21】（借家権援用を肯定、一部破棄自判、全員一致）

内縁の妻が亡父の借家権を援用し、家主が家屋明渡しと未払い賃料の支払いを請求した事案 ⇒ 賃料不払いによる家主からの契約解除を認め、家屋明渡し請求を容認。亡夫の相続人と内縁の妻に対して賃料の連帯支払いを命じた原判決から内縁の妻を除外（共同賃借人とはならない）

「上告人 A 1 は亡 D の内縁の妻であつて同人の相続人ではないから、右 D の死亡後はその相続人である上告人 A 2 ら四名の賃借権を援用して被上告人に対し本件家屋に居住する権利を主張することができると解すべきである。しかし、それであるからといって、上告人 A 1 が前記四名の共同相続人らと並んで本件家屋の共同賃借人となるわけではない。」

【最判昭 39.10.13】相続人から内縁の妻への家屋明渡し（持ち家）を権利濫用として却下

【大阪地判昭 38.3.30】内縁配偶者が住む家の賃借権を相続人が放棄したのは「無効」

相続人は離縁予定であった養子であり、また家屋を使用しなければならない差し迫った必要はないのに、内縁の寡婦の側は、夫婦の子が独立して生計を営むには至らず、家屋明渡しが家計上重大な打撃を受けるおそれがあると認定された事案。

【最判平 10.2.26】（相続人からの賃料請求棄却、破棄差戻し、全員一致）

20 年以上にわたって楽器指導盤の製造販売業を共同して営んでいたが、夫が死亡したのち、その相続人（子）が内縁の妻に対して所有権確認訴訟を提起したが、共同事業性を評価されて 2 分の 1 の共有と認められた。この判決を受け、相続人が内縁の妻に対して賃料相当額の 2 分の 1 につき不当利得返還を請求した事案 ⇒ 内縁の夫婦共同の事業のために共有財産を互いに無償で利用していたのであるから、共同所有者の 1 人が相続されたからといって、賃料が発生するのは誤り。死亡の時点で他方が単独で使用する旨の合意があったと推認する

「内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときは、特段の事情のない限り、両者の間において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である」

4. 遺族給付・死亡退職金についても準婚の場合が多い。

- ・死亡退職金については、遺族の生活保障を目的に受給権者に与えられるものという説（判例）と、賃金の後払いであって、労働者本人のもの（したがって、相続財産となる）の 2 説がある。

【最判昭 55.11.27】（死亡退職金は相続財産ではない、上告棄却、全員一致）

第一順位を内縁を含む配偶者とするほか、民法の相続順位と著しく異なる死亡退職金支給規定に基づく日本貿易振興会の死亡退職金が、相続財産であるかどうか争われた事案 ⇒ 相続財産ではない

【最判昭 60.1.31】（死亡退職金は内縁の妻に支給すべき、破棄自判、全員一致）

死亡退職金の支給規定は、「遺族にこれを支給する」とだけあったが、事件後間もなく日本貿易振興会と同じ規定を準用する旨追加された事案で、相続人である養子（兄の孫）と内縁の妻（養方の関係で婚姻届を未提出）の間で受給権が争われたもの ⇒ 受給権者は内縁の妻とした

5. 内縁関係において保護されるかどうかの整理

725 条 3 号	姻族関係の発生	×
750 条	氏の変更	×（重婚的内縁で認められる場合あり）
752 条	同居協力扶助義務	○
753 条	成年擬制	×
754 条	夫婦間契約取消権	○（ただし、適用は法的婚姻に準じて厳格）
760 条	婚姻費用分担義務	○
761 条	日常家事債務の連帯責任	○
762 条	夫婦別産制と共有推定	○
768 条	財産分与	○
770 条 1 項	貞操義務	○
772 条ほか	子の嫡出性	×
818 条 3 項	父母の共同親権	×（非嫡出子の親権は原則として母）
890 条	配偶者の相続権	×
その他	第三者不法行為への損害賠償請求	○（重婚的内縁の場合、限界あり）

第3款 重婚的内縁

1. 財産分与：戦前は「公序良俗に反して無効」⇒事実上保護へ。

【広高松江支決昭 40.11.15】重婚的内縁の配偶者からの財産分与請求を肯定

法律婚が破綻状態にあることを知って重婚的内縁に入った妻からの請求。重婚的内縁は望ましくないが、「類推適用を許すことは、むしろ法が望まない関係の清算に役立つのである」から、厳格な要件の下肯定すべき。

【東高決昭 54.4.24】重婚的内縁の配偶者からの財産分与請求を肯定

法律婚の破綻する原因をつくった重婚的内縁の相手方からの財産分与請求。

- ・重婚的内縁の相手方 ⇒ 重婚当事者への請求は、法律婚が事実上の離婚に至っており、重婚的内縁が夫婦の実質を伴っていることが要件。ただし、資力が限られる場合は法律婚を優先すべき。
 - ・重婚当事者 ⇒ 重婚的内縁の相手方への請求は、二重取り防止のために法律婚との調整が必要。法律婚が財産分与も含め事実上清算されていれば問題ない。
2. 婚姻費用分担請求権：法律婚が完全に破綻すれば請求権も消滅か減少するので問題ない。
 - ・法律婚が完全には破綻していない事案で、重婚的内縁の相手方が善意でない場合。

【東京家審昭 44.8.20】重婚的内縁の相手方の存在は考慮すべきでない。

体が弱い妻が退院したら離婚する約束で別の女性と内縁関係に入った夫が、結局双方とも関係を断てず、両方に子を設けて重婚状態を続けたが、やがて法律婚の妻へ生活費が途絶えがちになったため、妻から夫に対して同居と婚姻費用分担金の増額を請求した事案 ⇒ 別居継続を命じるとともに、重婚的内縁の配偶者は善意でないから、その存在は婚姻費用の分担額算定において考慮する必要はないとし、子の監護費用のみを考慮して分担額を決定。

3. 社会保障の受給権：法律婚が破綻していれば重婚的内縁の相手方に受給権がある。

【最判昭 58.4.14】農林漁業団体職員共済組合法に基づく遺族年金を重婚的内縁の妻に給付

合意により別居し、事実上離婚給付の性格を有する経済的給付もなされていた事案。

【東京地判平 10.5.27】労災保険の遺族補償給付を重婚的内縁の妻に給付

4. 死亡時の損害賠償請求権

- ・逸失利益は、死亡した本人の損害賠償請求権に基づく訴えを遺族が請求すると、重婚的内縁の妻が扶養請求権の侵害として構成しても認められない。遺族が請求しない場合は認められる。
- ・慰謝料は法律婚が完全に破綻していれば認められる（1人分の額を配分するという説もある）

【大高判昭 49.6.17】重婚的内縁の当事者が、相手方の死亡について慰謝料を請求し棄却

ただし、法律婚が完全に破綻していないことが認定された事案。

【山口地下関支判昭 51.10.27】重婚的内縁の配偶者からの慰謝料請求権を認容

【横浜地判昭 47.11.9】重婚的内縁の配偶者からの慰謝料請求権を認容

5. 氏の変更

- ・法律婚ができないため、「やむを得ない事由」により氏の変更が認められる場合がある

【京都家審平 6.10.3】16年余り同棲し2児がいる女性からの請求を認容

法律婚が形骸化しているとはいえない事案。形骸化している場合も認容例もある。

第3章 親子（772-817条の11）

第1節 実子（772-791条）

第1款 嫡出（772-778条）

1. 嫡出推定

- ・妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する（772条1項）
- ・婚姻成立の日から200日以後、婚姻の解消又は取消しから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（772条2項）
- ・再婚禁止期間に違反した再婚により、推定が重複する場合は裁判所がこれを定める（773条）

2. 嫡出推定の例外、推定されない嫡出子

- ・推定の及ばない子（表見嫡出子）…性的交渉を持ちえないなど、子ができない場合
⇒ 嫡出否認を要せず、親子関係不存在確認訴訟を訴えることができる。
- ・事実上の離婚は、婚姻が完全に破綻していることが要件となる。

【最判昭 44.5.29】（事実上の離婚の場合夫の嫡出否認の訴えは不要、上告棄却、全員一致）

2年にわたって事実上の離婚状態にあった妻と甲の間に子ができ、離婚後300日以内に生まれた。10年後に子から甲に対して認知請求がなされ、甲が前夫の嫡出推定を主張した ⇒ 嫡出否認を待たずして認知請求ができる
「子1は母と前夫との婚姻解消の日から三〇〇日以内に出生した子であるけれども、母と前夫間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約二年半以前から事実上の離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出がおくれていたにとどまるというのであるから、子1は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子というべく、子1は前夫からの嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる」

【最判平 10.8.31】（親子関係不存在確認請求を拒絶、上告棄却、全員一致）[平 7 才 1095]

別居後9カ月余りで生まれた子につき、別居後も出産の8カ月前に性交渉があったこと、婚姻費用の分担や子の出産費用の調停が成立するなど婚姻関係が完全に破綻していたわけでないことから、嫡出推定が及ぶとし、親子関係不存在確認請求を拒絶。嫡出否認の訴えを提起したのち取り下げており、妻の不貞行為は認められている。
「上告人とDとの間に婚姻の実態が存しないことが明らかであったとまではいい難いから、被上告人は実質的に民法七七二条の推定を受けない嫡出子に当たるとはいえない」

- ・出征・服役・海外赴任などで性的交渉を持ちえない場合も推定は及ばない。

【最判平 10.8.31】（親子関係不存在確認請求を認容、上告棄却、意見1）[平 7 才 2178]

結婚の12日後に夫甲が応召・出征し、2年半後に復員、その半年後に子が生まれ、嫡出子として届け出られたものの、実父夫婦の養子となった一方で甲夫婦は別に養子を迎えた。甲の死後、この養子が戸籍上の嫡出子に対して親子関係不存在確認請求を行ったもの ⇒ 当時の医療水準で、妊娠から半年での分娩はほぼ不可能であるとして推定の及ばない子と認定。親子関係不存在確認請求を認容。

「上告人は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子であり、丙男の養子である被上告人が亡丙男と上告人との間の父子関係の存否を争うことが権利の濫用に当たると認められるような特段の事情の存しない本件においては…親子関係不存在確認の訴えをもって、亡丙男と上告人との間の父子関係の存否を争うことができる」

- ・科学的に100%ありえない場合も推定が及ばないとした場合があるが、最高裁は慎重

【東京家審昭 52.3.5】（血液型鑑定により親子関係不存在確認請求を認容）

「科学的証明により親子関係が100パーセントあり得ないものとして否定された場合には」推定は及ばない。
ただし、戸籍上の父母は離婚し、母と実父が子と同棲している事案で、子からの訴え。

【最判平 12.3.14】（父からの親子関係不存在確認を否定、破棄自判、全員一致）

「婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、右の事情が存在することの一事をもって、嫡出否認の訴えを提起し得る期間の経過後に、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との間の父子関係の存否を争うことはできない」

- ・ 婚姻後 200 日以内に子が生まれても、嫡出推定はないが嫡出子と扱う（推定されない嫡出子）

【大連判昭 15.1.23】内縁が先行すれば婚姻開始後 200 日以内でも嫡出子として扱う

⇒ 戸籍吏に実質審査権がないため、婚姻成立後 200 日以内は一律嫡出子として扱う

【最判昭 41.2.15】（772 条の嫡出子推定ではない、上告棄却、全員一致）

夫と妻の内縁開始後 200 日以後で婚姻届出後 200 日以内に生まれた子が、実際の父が夫でないとして、実父に認知請求した事案で、夫の嫡出否認がないので認知請求は許されないとの実父の抗弁を認めなかった。

3. 嫡出否認（夫の側からのみ提起できる、子が生存している場合に限る）

- ・ 子が夫の子と推定される場合、夫は子の嫡出の否認ができる（774 条）
- ・ 子又は親権を行う母に対する嫡出否認の訴えによって行う。親権を行う母がいないとき（出産死亡など）は家裁が特別代理人を選定しなければならない（775 条）

※父が提訴期間内に死亡した場合、父の 3 親等の血族に否認権が認められる（人訴法 41 条）

- ・ 夫が子の出生後に、その嫡出であることを承認したときは、否認権を失う（776 条）

※ただし「承認」は厳格に解されるため、まず認定されない。出生届を出す、子を命名する程度では不認定。

- ・ 嫡出否認の訴えは、夫が（否認すべき）子の出生を知ったときから一年以内（777 条）

※夫の合意があれば期間は緩やかに解されている（すでに破綻していれば家庭の安定を保護する必要がない）。

※「夫が子の出生を知ったとき」は「夫が（否認すべき）子の出生を知ったとき」と解する判例もある。

【札幌家審昭 41.8.30】（出生ののち 10 年以上経過後の嫡出否認を肯定）

離婚前に子を懐妊し、真の父と再婚した場合で、前夫を含め子の父が前夫でないことに合意があったが、出生後 10 年以上たってから、子が母の前夫を相手方として嫡出否認の調停を申し立てた事案 ⇒ 認容（夫が血縁関係不存在を明らかにすることを希望していることを挙げる）

【東京家審昭 42.2.18】実の子でないことを知って 1 年以内ならば肯定

【奈良家審昭 53.5.19】実の子でないことを夫が知らないことにつき重過失でないことを要求

【大判昭 13.12.24】戸籍上子が嫡出子となっていなかった場合、28 年後の嫡出否認を拒絶

妻の不倫の子を知り合いの夫婦の子として届出て、さらに養子に出したが、その子が 28 年後に財産目当てで親子関係確認請求の訴訟を提起したもの ⇒ 嫡出否認を拒絶。学説は反対（抗弁の永久性）

- ・ 成年被後見人は後見開始の審判の取消しののち、夫が子の出生を知ったときから起算（778 条）

4. 準正（準正嫡出子 ⇔ 生来嫡出子）

- ・ 婚姻準正：子の誕生 ⇒ 父の認知 ⇒ 父母の婚姻 ⇒ 婚姻によって嫡出子（789 条 1 項）

- ・ 認知準正：子の誕生 ⇒ 父母の婚姻 ⇒ 父の認知 ⇒ 認知のときから嫡出子（2 項）

※相続に関しては婚姻時に遡及すると解される。婚姻後 200 日以内の子の誕生は認知がなくても嫡出子扱い。

- ・ 嫡出子の身分を取得する時点で、既に子が死亡していても適用される（3 項）

5. 嫡出子の類型

- ・ 生来嫡出子 推定される嫡出子（772 条）、推定されない嫡出子（婚姻後 200 日以内）

- ・ 準正嫡出子 婚姻準正（認知⇒婚姻、789 条 1 項）、認知準正（認知⇒婚姻、2 項）

- ・ 表見嫡出子 外観上夫の子ではありえないので、772 条が排斥される場合 ⇒ 非嫡出子へ

6. 親子関係不存在確認訴訟

- ・ 親子関係の存否を確認する訴訟は、確認の利益が認められる限り、誰からでも、また提訴期間制限に服さずに提起できる。
- ・ 一方の死亡後も訴えを提起することができる。

【最判昭 45.7.15】当事者の一方が死亡している場合、他方は検察官を相手方に提起できる。

【最判昭 56.10.1】第三者が訴える場合、生存者のみを相手方とすれば足りる。

- ・ 嫡出否認や認知請求が行いえる場合は、そちらを優先する。

【最判昭 44.5.29】表見嫡出子では、嫡出否認が先行しなくてよい。

※子⇒実父への請求で、実父が嫡出否認がされていないことを抗弁とした例

【最判平 2.7.19】嫡出でない子は認知の訴えによらずに父子関係存在確認訴訟を提起できない

※父の死後3年を経過したため認知請求ができなかったもの。

【最判平 12.3.14】嫡出否認の提起期間経過後では、婚姻破綻のみでは父からの請求を認めず

※嫡出否認の訴えを取り下げ、親子関係不存在確認訴訟を提起したもの。

- ・ 親子としての生活実態・期間、精神的苦痛、経済的不利益、原告が請求するに至った経緯・動機・目的、認容されない場合の他の者への影響等により、権利濫用として認められない場合もある。

【大分地判平 9.11.12】親子関係不存在請求確認を却下⇒【福高判平 10.5.14】認容

Aは未婚で子を生み、その両親の嫡出子として届け出た。父の可能性のある者が2人いたが、そのうちBがそれを承知で結婚を申し入れ、婚姻、幼稚園入園に際して親子関係不存在確認請求を行い、判決を得てA B夫婦の嫡出子とした。やがて双方の不貞行為で婚姻が破綻し、協議離婚したのち、Bは23歳となった子に対して親子関係不存在確認訴訟を提起したもの。DNA鑑定で親子関係は否定された。

【最判平 18.7.7】権利濫用として親子関係不存在確認請求を却下（2件）

①東京高裁：他人の子を嫡出子として届出て、51年間にわたって実親子として過ごしてきたが、母の遺産相続をめぐる、父が子との親子関係不存在確認請求を提起したもの ⇒ 権利濫用の実質審理のため破棄差戻し

「実の親子と同様の生活の実体があった期間の長さ、判決をもって実親子関係の不存在を確定することにより乙及びその関係者の受ける精神的苦痛、経済的不利益、甲が実親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求をする動機、目的、実親子関係が存在しないことが確定されないとした場合に甲以外に著しい不利益を受ける者の有無等の諸般の事情を考慮し、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらすものといえるときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されない」

②広島高裁：他人夫婦の嫡出子として届出られて、55年間にわたって実親子として過ごしたが、その夫婦の死亡後、遺言によりその遺産をすべて相続した姉2が死亡し、他家に養子となっていた姉1が、遺産を独占せんがために親子関係不存在確認請求を提起したもの ⇒ 権利濫用の実質審理のため破棄差戻し

第2款 認知（779-788条）

1. 認知

- ・嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる（779条、任意認知）
母親は分娩の事実があれば認知は不要であるから、認知の訴えでなく親子関係確認訴訟となる。

※ただし、子の成人後に母が扶養を求めてきた場合は、子の同意なしに認知はできないので、権利濫用または782条の法意を援用して親子関係確認請求を退ける余地がある。

【最判昭 37.4.27】（親子関係存在確認請求認容、上告棄却、全員一致）

虚偽の出生届が出されたが実母に養育された子が、妾の子であるのは体裁が悪いとして親子でない旨主張したため、母が親子関係の確認を求める訴訟を提起した事案 → 認知がなくても親子関係を認める。

「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生する」

- ・父又は母が未成年者、成年被後見人の場合、認知には法定代理人の同意を要しない（780条）
- ・認知は、戸籍法に定める届出によって行う（781条1項）。遺言によっても可能（2項）

【最判昭 54.3.30】届出の時点で意思能力を失っていても、翻意等特段の事情がなければ有効

- ・婚外子を法律婚の妻の産んだとして届け出た場合、出生届は父の認知としての効力を有する。

【大判大 15.10.11】（嫡出子としての出生届は、認知としての効力を有する）

【最判昭 53.2.24】（父が自らの子としてした出生届は、認知としての効力を有する）

「嫡出でない子につき、父から、これを嫡出子とする出生届がされ、又は嫡出でない子としての出生届がされた場合において、右各出生届が戸籍事務管掌者によつて受理されたときは…認知届としての効力を有する」

- ・代諾養子縁組は戦前に認知としての効力を否定した判例がある（現在は無効？）

【大判昭 4.7.4】（代諾養子縁組は認知としての効力を有さない）

婚外子を別の夫婦の実施として届出、代諾養子縁組で自らの法律婚の養子とした場合、養子縁組をしたことをもって認知があったとすることはできない。

2. 子による認知の制限

- ・成年の子：本人の承諾が必要（782条） ※成年は婚姻による成年擬制を含む。
- ・胎内に在る子：父のみ。母の承諾が必要（783条1項）
- ・死亡した子：直系卑属がある場合に限る。成年の直系卑属は本人の承諾が必要（783条2項）
- ・成年の場合に承諾が必要なのは、認知する側が扶養を期待している場合が少なくないため。

3. 認知の効力

- ・認知は、出生の時にさかのぼってその効力を生ずる。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。（784条）

※父の認知前に行われた相続については、再分割となり、処分していれば価額のみ請求できる（910条）母の死亡後に母子関係存在確認訴訟が認容された場合は、認知ではないから但し書きは不適用である。

【最判昭 54.3.23】母子関係存在確認訴訟により遺産分割のやり直しを命じた

- ・認知を行うと取消することができない（785条）
※錯誤無効、詐欺・脅迫による取消しは認められる（特に他人の子の場合）。
- ・父が認知する場合、子の監護・面接交流等の定めにつき、離婚の場合を準用（788条）

※父が認知するまでは親権は母の単独親権。

4. 認知無効の主張

- ・子その他の利害関係人は、認知に対して反対の事実を主張することができる（786 条）

※自分の子だと思って認知したが、他人の子であった場合は、錯誤無効が認められる。

無効確認訴訟となるが、判例上裁判で無効を確認しないと無効の効果を援用できない。

※自分の子でないことにつき悪意で虚偽認知した場合は、認められない（785 条に抵触）

← 認知により相続や扶養義務等が発生することは分かっていたのに認知したから。下級審に認容例あり。

【大判大 11.3.27】認知者本人からの認知無効の主張を認めず。

【大阪地判昭 63.7.18】認知者本人からの虚偽認知の無効請求を認める。

【最判平 1.4.6】認知者死亡後、被認知者は検察官を相手方に認知無効の訴えを提起できる。

【最判平 26.1.14】認知者本人からの認知無効の主張を認める[H23 受 1561]

認知無効・離婚等請求本訴・損賠請求反訴→認知部分原審認容→上告棄却

「血縁上の父子関係がないにもかかわらずされた認知は無効というべきであるところ、認知者が認知をするに至る事情は様々であり、自らの意思で認知したことを重視して認知者自身による無効の主張を一切許さないと解することは相当でない。また、血縁上の父子関係がないにもかかわらずされた認知については、利害関係人による無効の主張が認められる以上（民法 786 条）、認知を受けた子の保護の観点からみても、あえて認知者自身による無効の主張を一律に制限すべき理由に乏しく、具体的な事案に応じてその必要がある場合には、権利濫用の法理などによりこの主張を制限することも可能である。そして、認知者が、当該認知の効力について強い利害関係を有することは明らかであるし、認知者による血縁上の父子関係がないことを理由とする認知の無効の主張が民法 785 条によって制限されると解することもできない。そうすると、認知者は、民法 786 条に規定する利害関係人に当たり、自らした認知の無効を主張することができるというべきである。この理は、認知者が血縁上の父子関係がないことを知りながら認知をした場合においても異なるところはない」

（木内補足）一義的・一律に親子関係は決せられるべきだから、錯誤無効や詐欺取消しは適用されない

（寺田意見）身分関係が不安定になる子の不利益と認知無効を主張できない父の不利益を衡量すれば、父に不利としてもやむを得ず、認知者本人の認知無効の主張は認められない。本件では、フィリピン国籍の実父の存在が確定しており、フィリピン家族法によれば血縁上の父であることが証明されれば法律上の父となるのが原則ゆえ、父のある子を認知したことになり、公序に反するから、認知者は父の重複を理由に認知無効を主張できる。

（大橋反対）認知した父が反対の事実を主張して認知無効を主張するのは許されない。特に本件では子は日本国籍を失ってフィリピンへ強制送還されるおそれもあり、このように不安定な立場に追いやるのは許されない。

5. 強制認知（子から親への認知請求。任意認知は親から子へ）

- ・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。除斥期間は父又は母の死亡の日から 3 年（787 条）

- ・形成訴訟であり、他人の夫婦の嫡出子を任意認知することはできないが、強制認知は請求可能。

【最判昭 29.4.30】認知の訴えは、確認訴訟ではなく形成訴訟である。

【最判昭 44.5.29】推定の及ばない嫡出子は、嫡出否認の訴えを経ずに強制認知を請求できる

【最判昭 49.10.11】戸籍上、他人の夫婦の嫡出子であっても、真の父に強制認知を請求できる

- ・強制認知の確定判決があれば、第三者に対してもその効力は及ぶ。

【最判 28.6.26】強制認知の確定判決に、第三者が認知無効の訴えを提起することはできない

※どうしても争うならば、再審で争うことになる。

- ・法定代理人は親権を行う者と解されている（未成年者の子の場合、原告は親権者たる祖父母）
- ・法定代理人でも、子の意思に反して認知の訴えを提起することが認められない場合がある。

←身分行為の原則は、「あくまでの本人の意思を尊重すべきで代理に親しまない」

【最判昭 43.8.27】 14 歳の子の母が、父に財産上の要求のために認知請求したもの ⇒ 認容
子は実父を嫌っており、父子関係を生じさせることを全く望んでいなかった事案 ⇒ 意思能力があれば自ら原告となれる一方、子に意思能力があっても、法定代理人は認知の訴えを提起できる

「未成年の子も、意思能力がある場合には、法定代理人の同意なしに自ら原告となつて認知の訴を提起することができる」「未成年の子の法定代理人は、子が意思能力を有する場合にも、子を代理して認知の訴を提起することができる」

【青森地弘前支判昭 38.6.27】 認知訴訟を親権の濫用として却下

子を他人夫婦の嫡出子として虚偽の出生届を出し、本人もそれを知らず、まったく養育しなかった実母が、自らの財産上の利益追求のため、子が中学生のときに親子関係不存在確認訴訟を提起し、さらに認知請求した事案。

- ・ 母が胎児を代理して強制認知を求めることはできない（胎児は権利主体でない）

【大判明 32.1.12】 母が自己の権能をもって提起した強制認知の訴えを認めず。

- ・ 死亡後 3 年以内の提訴期間は合憲、それ以後の父子関係存在確認の訴えは不適法

【最(大)判昭 30.7.20】 提訴期間の制限が憲法 13,14 条違反との主張を認めず

【最判平 2.7.19】 嫡出でない子は認知の訴えによらずに父子関係存在確認訴訟を提起できない

※父の死亡後 3 年が経過していた事案。

- ・ 内縁中の懐胎は、772 条類推により挙証責任を父側に転嫁する（認知を推定するわけではない）

【最判昭 29.1.21】 内縁中の懐胎は内縁の夫の子と推定するが、認知は推定されない。

【最判昭 46.3.19】 772 条 2 項の類推により父子関係を推定

- ・ 内縁中の懐胎であっても、3 年の出訴期間制限は及ぶが、やむを得ない場合に例外あり。

【最判昭 44.11.27】 内縁中の懐胎で身分関係に伴う法的安定性を理由に出訴期間制限を適用

【最判昭 55.12.23】 両親が出産後婚姻したが認知届を出さなかった事案で出訴期間制限適用

【最判昭 57.3.19】（認知請求認容、破棄差戻し、全員一致）

内縁の夫が妊娠中に失踪したため、夫の親族と相談の上婚姻届、出生届、協議離婚届を提出したが（嫡出子として届出）、実は失踪直後に死亡していたことがわかった事案で、内縁の妻が子の法定代理人として、検察官を相手に子の認知を求めたもの。死亡後 3 年半が経過していた ⇒ 出訴期間の起算点は内縁の夫の死亡が客観的に明らかになったとき（身分の法的安定を損する他の特段の事情の有無の審理のため差戻し）

- ・ 戦前は、父側が他に性的関係があったと主張（不貞の抗弁・多数関係者の抗弁）すると、他に性的関係をもたなかったことを女性側で立証する必要があった ⇒ 戦後は挙証責任を父側に転換。
- ・ 法医学鑑定（血液型、DNA）は有力な証拠であるが、拒否しても他の証拠で認定されうる

【東京高判昭 57.6.30】 被告が採血を拒否したが、他の証拠から認知請求を認めた

【大分地判平 9.11.12】 親子関係不存在請求を却下⇒【福高判平 10.5.14】 認容

A は未婚で子を生み、その両親の嫡出子として届け出た。父の可能性のある者が 2 人いたが、そのうち B がそれを承知で結婚を申し入れ、婚姻、幼稚園入園に際して親子関係不存在確認請求を行い、判決を得て A B 夫婦の嫡出子とした。やがて双方の不貞行為で婚姻が破綻し、協議離婚したのち、B は 23 歳となった子に対して親子関係不存在確認訴訟を提起したもの。DNA 鑑定で親子関係は否定された。785 条に抵触するため、原審が正当？

- ・ 認知請求権は放棄することができず、相当長期間行使しなくても消滅しない

【最判昭 37.4.10】 認知を請求しないことを約定していたが、子からの認知請求を肯定

相応の財産を給付して、認知を求めないことを約定していたが、子から認知請求がなされた事案。

第3款 子の氏（790-791条）

1. 子は、嫡出子は父母の、非嫡出子は母の氏を称する（790条1項、2項）
 - ・出生の時点で父母が離婚していても、婚姻中の父母の氏とする（790条1項但書）
2. 子の氏の変更（791条）
 - ・父又は母と氏が異なる場合：家裁の許可 ⇒ 戸籍法による届出（1項）
 - ※離婚による復氏、死別による復氏、認知による場合、父又は母の再婚・養子縁組など。
 - 【東高決昭 60.9.19】重婚的内縁の子の改姓を却下（先送りすべき）
 - 法律婚の妻と子が、父の認知した非嫡出子が同じ戸籍に入ることを嫌い、異議を述べた事案。
 - 「あくまで子の福祉の観点を判断の中心に据えてその拒否を決すべき」
 - ・父又は母が氏を変えたことが原因であり、父母の婚姻中であれば家裁の許可は不要（2項）
 - ※改氏した側の父又は母の連れ子、準正嫡出子、婚姻中に父母が養子縁組した場合など。
 - ・1,2項の改氏は、子が15歳未満であるときは、法定代理人が代わって行うことができる（3項）
 - ・未成年のときに改氏した場合、成年後1年以内は、届出のみで復氏できる（4項）
3. 参考）氏の変更・名の変更（戸籍法107条1項、107条の2）
 - ・氏の変更は「やむを得ない事由」。珍奇・難解・難読、内縁配偶者の氏を通称していた場合など。
 - 【宮崎家審平 8.8.5】元暴力団員として有名なため、更生のために氏の変更を許可。
 - ・名の変更は「正当な事由」。珍奇・難解・難読、混同の恐れ、営業上の目的（襲名）など。

第2節 養子（792-817条の11）

第1款 縁組の条件（792-801条）

1. 主観的要件（意思の合致）

- ・ 不倫関係を持続し、隠蔽するための妾養子は公序良俗・養親子間の婚姻禁止により無効となる場合があるが、一時的な情交関係があっても夫婦というほどでなければ有効。

【大判昭 7.2.12】妾養子を有効としたもの

【最判昭 46.10.22】（縁組有効、上告棄却、全員一致）

伯父とその家事と自営業を手伝っていた姪の養子縁組に対し、伯父の実子が財産贈与目的で縁組無効、情交関係があり公序良俗違反として無効確認を請求したもの ⇒ 情交関係は認定されたが、縁組意思があるとし有効

- ・ 未成年養子の場合、子を監護教育する意思の有無が問われる

【大判大 11.9.2】芸娼妓養子を無効

【岡山地判昭 35.3.7】越境入学養子を無効

【最判昭 38.12.20】孫の相続養子を有効（親子としての精神的つながりをつくる意思を認定）

- ・ 代諾養子縁組で法定代理人が真の父母でなかった場合…無効だが養子の追認を認める

【最判昭 27.10.3】①満 15 歳の養子が明示・黙示に追認することを認める。

【最判昭 39.9.8】②養子縁組の追認に 116 条但書は適用されない（身分行為だから）

①戸籍上の父母の代諾で 3 歳時に養子となったが、約 30 年後に不和が生じ、養父が養子縁組無効確認を提起し、養子が追認したもの ⇒ 無権代理なので追認できる。養父も養子が 15 歳到達後、黙示の追認をしているし、養子も書面で追認していると認定 ⇒ 破棄差戻し、差戻し審で追認を認定

②追認により養父の実子の相続の期待権を害するから、116 条但書類推適用（追認で第三者を害することができない）により本件では追認はできず相続権を害することはできないと再度上告 ⇒ 身分行為に類推適用否定

2. 養親：成年に達していること（792条）

3. 養子が養親の尊属・年長者：養子にできない（793条）

4. 養親が後見人で養子が被後見人：家裁の許可が必要（794条）

- ・ 成年・未成年を問わない。後見人の任務が終了したが、その管理の計算が終わらない間も同様

5. 当事者が成年被後見人：後見人の同意を要しない（799条⇒738条準用）

6. 養親又は養子に配偶者がいる場合

- ・ 配偶者が意思表示できない場合：無制限（795条但書、796条但書）
- ・ 養子が未成年：養親は配偶者とともに養子としなければならない（795条）
- ・ 配偶者の嫡出子を養子にする場合：養親の配偶者は養子縁組不要（795条但書）
- ・ 養子又は養親の配偶者は縁組をしない場合：配偶者の同意が必要（796条）

	養子	養親配偶者の扱い	養子配偶者の扱い
未成年	他人の子	養子縁組必要	—
〃	配偶者嫡出子	同意必要*	—
成年	配偶者あり	同意必要※	同意必要※
〃	配偶者なし	同意必要※	—

*通常、代諾に同意の意思が含まれる。 ※任意に養子縁組する配偶者（任意的共同縁組）は同意不要。

7. 養子が15歳未満：養子の法定代理人が縁組を承諾できる（797条1項、代諾養子縁組）
- ・ 養子の父母でその監護をすべき者、親権停止中の者の同意なしには承諾できない（2項）
※前者は親権者と監護権者が別の場合など。後者の親権停止中の父母の同意は平23改正で追加。
※2項追加前は親権者が再婚相手との代諾養子縁組で監護権を取り上げるという濫用行為があった。
8. 養子が未成年：家裁の許可が必要。ただし、自己又は配偶者の直系卑属は不要（798条）
- 【東高決昭 51.4.12】家名祭祀・財産承継を主眼とした遠戚の9歳の女子との縁組を却下
※民法の趣旨に反し、未成年者の福祉にも適合しないとする
- 【新潟家裁昭 57.8.10】職業選択の自由侵害の虞を理由に尼僧と4カ月の幼児の縁組を却下
※子が養子縁組について意思表示できる年齢になるまで許可を留保すべきとする
9. 形式的要件
- ・ 届出：婚姻に準ずる（799条、当事者双方と証人2人の署名又は口頭）
 - ・ 792-798条の実質的要件、799条の形式的要件を満たしていると確認しないと不受理（800条）。
 - ・ 外国に在る日本人間の縁組は婚姻と同様（801条）。
 - ・ 届出時点で意思能力を失っていても有効（婚姻と同様）
【最判昭 45.11.24】受理前の翻意等特段の事情がなければ有効に成立する
 - ・ 虚偽の嫡出子出生届を出しても、養子縁組の届けとはみなされない（最高裁判例）
○養子の保護、戸籍上の親による代諾養子縁組との不均衡から有効とする説もあるが、判例は養子縁組の様式行為性（形式的要件）から無効と判定。
○その他の無効説：未成年養子の家裁許可が不要になってしまう（798条）、実父母の代諾も不要になってしまう（797条）、離縁の方法がない、実親が戸籍上不明となる（嫡出子出生届はきちんと出すべき）、虚偽の嫡出子出生届の直後に養子に出す場合はどうするのか。
【最判昭 50.4.8】養子とする意図でも嫡出子出生届を養子縁組届とみなすことはできない
他人の子を実子として届出た養子が養父死亡後事業に失敗し、養母と険悪になったため、養母が親子関係不存在確認の訴えを提起し、養父の遺産の回収をはかったもの。養父母の子となって約40年が経過していた。
【最判昭 54.11.2】養子とする意図の虚偽認知は養子縁組届とみなすことができない
虚偽認知ののち、実母と婚姻していた事案。形式的要件から無効判定。
【大高判平 3.11.8】46年間の親子関係がある事案で、嫡出子出生届による養子縁組成立を認定
長期間にわたって「実親子関係と同様の親子共同生活を継続してきた」場合に「何ら合理的理由もないのに、突如として親子関係を全く否定することが、一般の社会通念に照らし、信義則上、不当であると認められる場合」に限って嫡出子出生届を養子縁組届とみなせるとした。
【最判平 9.3.11】財産上の紛争では権利濫用となる可能性を指摘しつつ、不存在確認を認容
養父死亡後の相続争いにより、養子縁組の手続きで養子となった子が、虚偽の嫡出子出生届で子となった者に対して親子関係不存在確認を訴えたもの、養母が生存しているため、改めて養子縁組が可能であった。

第2款 縁組の無効及び取消し（802-808条）

1. 縁組の無効と取消し（縁組の無効は当然無効が判例・通説）
 - ・縁組の意思の合致がないとき－無効（802条1項）
 - ・形式的要件を満たさない場合（届出がないとき）－無効（802条2項）：実際には不存在
 - ・縁組の取消しは列举事項に限る（803条）。なお、請求先は家庭裁判所。
2. 養親が未成年者（792条違反）－取消し（804条）
 - ・請求者：養親又はその法定代理人
 - ・期間制限：養親が成年に達して六カ月経過、又は追認をしたとき
3. 養子が尊属又は年長者（793条違反）－取消し（805条）
 - ・請求者：各当事者又はその親族
4. 家裁の許可を欠く養親が後見人で養子が被後見人（794条違反）－取消し（806条）
 - ・請求者：養子又はその実方の親族
 - ・期間制限：管理計算の終了・成年到達・行為能力回復後、養子が追認又は六カ月経過（1,3項）
※この追認は養子が成年に達し又は行為能力を回復してからでなければ無効（2項）。
5. 配偶者とともにしない養子縁組（795条違反）－無効（802条1項）
 - ・養子縁組をしない配偶者にも養子縁組が成立しなければならないが、縁組意思がないため無効。
 - ・事実上の離婚などで、養親に単独でも縁組する意思があり、養子の福祉に反しない場合に例外
→ 配偶者の同意を欠く単独養子縁組となるから、806条の2で取消しうる（時効・追認あり）
【最判昭48.4.12】（養子縁組無効確認請求を棄却、上告棄却、全員一致）
事実上の離婚状態の夫が、重婚的内縁の妻と養育することを了解したうえで、妻に無断で幼児を養子とし、5年後に知った妻は是正を求めただけで、約10年後に夫が亡くなったあと、相続をめぐる妻が養子の養子縁組無効を訴えた事案 → 夫婦の一方と単独でも親子関係を発生させる意思があり、他方配偶者の「意思に反しその利益を害するものでなく、養親の家庭の平和を乱さず、養子の福祉をも害するおそれがない」場合には、同意していない配偶者との縁組のみを無効とし、他方とは有効としてよい
※民法改正前の事案で、現在は他方配偶者の意思・利益、養親の家庭の平和は考慮を要しないと考えられる。
6. 配偶者不同意（796条違反）－取消し（806条の2:1項）
 - ・請求者：同意をしていない配偶者
 - ・期間制限：請求権者が縁組を知った後、六カ月経過又は追認
7. 配偶者の詐欺又は強迫による同意（796条違反）－取消し（806条の2:2項）
 - ・請求者：詐欺又は強迫によって同意した配偶者
 - ・期間制限：詐欺を発見し若しくは強迫を免れたあと6カ月経過又は追認
8. 代諾養子縁組の法定代理人不承諾（797条1項違反）－縁組意思の合致がなく無効（802条）
9. 代諾養子縁組の父母の同意を欠く承諾（797条2項違反）－取消し（806条の3:1項）
 - ・請求者：同意をしていない者
 - ・期間制限：不同意者による追認、あるいは養子が15歳に達して六カ月経過又は追認
10. 代諾養子縁組の父母の詐欺又は強迫による同意（797条2項違反）－取消し（806条の3:2項）
 - ・請求者：詐欺又は強迫によって同意した者

- ・ 期間制限：詐欺発見・強迫を免れたあと6カ月経過又は追認（養子の15歳到達も？）

11. 家裁の許可を欠いた未成年養子（798条違反）－取消し（807条）

- ・ 請求者：養子、その実方の親族又は養子に代わって縁組の承諾をした者
- ・ 期間制限：養子が成年に達した後6カ月経過又は追認

12. 詐欺又は強迫－取消し（808条1項で747条準用、一部読み替え）

- ・ 請求者：詐欺又は強迫によって縁組をした者
- ・ 期間制限：詐欺発見・強迫を免れて6カ月経過又は追認

13. 縁組の取消しの効力（808条1項で748条準用）

- ・ 縁組の取消しは、将来に向かってのみその効力を生ずる（748条1項）
- ・ 善意の当事者は、相手方の善意・悪意によらず、婚姻によって財産を得たときは、現に利益を受けている限度において、その返還をしなければならない。（748条2項）
- ・ 悪意の当事者は、婚姻によって得た利益の全部を返還しなければならない。相手方が善意であったときは、これに対して損害を賠償する責任を負う。（748条3項）

当事者 相手方 現存利益 利益全部 損害賠償						根拠条文
善意 悪意	○	-	-			748条2項
善意 善意	○	-	-			748条2項
悪意 悪意	○	○	-			748条3項前段
悪意 善意	○	○	○			748条3項前段、後段

14. 離縁による復氏、縁氏続称、祭祀承継を準用（808条2項⇒816条、769条準用）

第3款 縁組の効力 (809,810 条)

1. 養子は、縁組の日から、養親の嫡出子の身分を取得する (809 条)
養子にのみ影響する。既に生まれていた養子の子は、養親の孫となるわけではない。
2. 養氏は、養親の氏を称する。ただし、婚姻によって氏を改めた者については、婚姻の際に定めた氏を称すべき間は、この限りでない (810 条)

第4款 離縁 (811-817 条)

1. 協議離縁 (811 条) …養子が 15 歳未満 (2-5 項)、死亡当事者の離縁 (6 項) に特則
 - ・ 養子が 15 歳未満：養親と離縁後に法定代理人となるべき者との協議で離縁できる (2 項)
→未成年養子の父母が離婚しているとき：養子の離縁後の親権者を協議で定める (3 項)
→親権についての協議不調・不可のとき：家裁は養親・養子の父・母の請求で審判できる (4 項)
→離縁後法定代理人不在：養子の親族・利害関係人の請求で未成年後見人予定者を選任 (5 項)
 - ・ 一方当事者の死亡後、生存当事者が離縁するときは家庭裁判所の許可が必要 (6 項)
養親死亡時：復氏、養親の血族との親族関係終了
養子死亡時：縁組後の養子の直系卑属と養親との親族関係終了
2. 養子が未成年で養親が夫婦の場合：夫婦共に離縁しなければならない (811 条の 2)
 - ・ 一方が意思表示ができないを除く (但書)
 - ・ 一方の養子を後から他方が養子とした場合も同様である (離婚→離縁なら大丈夫)。
3. 婚姻の準用：成年後見人の同意不要、届出、詐欺・脅迫の取消しを準用 (812 条)
4. 離縁届の受理：届出の様式、協議離縁の要件その他法令に違反しないこと。ただし、誤って受理された場合、効力は妨げられない。 (813 条)
5. 裁判離縁 (814 条)
 - ・ 要件：悪意遺棄、三年以上の生死不明、「その他縁組を継続し難い重大な事由があるとき」
 - ・ 悪意遺棄・三年以上の生死不明でも、離縁を認めないことがある (2 項⇒裁判離婚 770 条 2 項)
 - ・ 養子が 15 歳未満のときの訴えの当事者：811 条の法定代理人あるいは未成年後見人予定者
6. 離縁復氏・縁氏続称 (816 条) と祭祀の権利承継 (817 条⇒769 条準用)
 - ・ 離縁によって縁組前の氏に復する。ただし、養父母の一方とのみ離縁した場合を除く (1 項)
 - ・ 縁氏続称は、縁組から七年経過以後に限り、3 カ月以内の届出でできる (2 項)

第5款 特別養子（817条の2-11）

1. 特別養子縁組の成立（817条の2）

- ・養親となるべき者から家庭裁判所に請求する（817条の2）。

※後見人と被後見人（794条）、養子が未成年者（798条）のときの家裁の許可は不要（2項）

【仙台簡裁】菊田医師事件（1973年）→ 特別養子縁組制度の導入（1987年）

中絶希望の母を説得し、子をほしがる夫婦にあっせんの上、その夫婦の実子として出生証明書を偽造していたもの。医師法違反・公正証書原本不実記載・同行使で罰金20万円の略式命令。

2. 特別養子縁組の請求の要件（817条の3-8）

- ・養親は夫婦である：配偶者があり、夫婦ともに養親となること（817条の3）。

ただし、一方の実子である嫡出子を他方が特別養子とする場合はこの限りではない（2項但書）

※連れ子養子は817条の6「父母による監護が著しく困難」が認められにくい、普通養子で嫡出子とできる。

- ・養親の年齢制限：20歳以上であり、少なくとも一方は25歳以上であること（817条の4）
- ・養子の年齢制限：請求時に6歳未満。6歳以前から監護されていれば8歳未満（817条の5）
- ・養子父母の同意：養子の父母の同意が必要。ただし、意思表示ができない場合（棄児を含む）、虐待・悪意遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合は不要（817条の6）
- ・子の利益のための必要性：父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適当であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるとき（817条の7）
- ・試験養育期間：6カ月以上監護させた状況を考慮（817条の8）。起算点は請求時だが、請求前から監護している場合はこの限りでない（2項）

3. 特別養子縁組の効力（817条の9）

- ・養子と実方の父母及びその血族との親族関係が終了する（817条の9）

養親の一方の実子である嫡出子を養子とする場合は、養子の他方の実親とその血族のみ（但書）
例外）血族・姻族間の婚姻禁止は継続する（734条2項、735条後段）

4. 特別養子縁組の離縁とその効力（817条の10,11）

- ・養子の利益のため特に必要があると認めるときで、要件を共に満たす場合に限る。
- ・請求権者：養子、実父母、検察官
- ・要件：「養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があること」かつ「実父母が相当の監護ができること」
- ・効力：離縁の日から特別養子縁組によって終了した親族関係と同一の親族関係を生じる。
- ・養親の血族との法定親族関係の終了、離縁後の婚姻障害、復氏・縁氏続称は普通養子と同様。

第4章 親権（818-837条）

第1節 総則（818,819条+ 833条）

1. 親権成立の要件：子が未成年であること。但し、成年擬制を除く。（818条1項）
2. 親権者は父母共同行使（818条1項、共同親権共同行使の原則）、養子は養親（2項）。
3. 父母の婚姻中は共同親権であるが、一方が行えないときは他方が行う（818条3項）。
 - ・ 一方の行方不明や親権喪失・停止などの場合。また、後見開始の審判、海外赴任など。
 - ・ 特定の行為についてのみ代理権行使の障害がある場合（利益相反）は適用されない。
4. 単独親権の成立と家裁による審判・変更
 - ・ 一方の死亡・失踪宣告：生存親権者
 - ・ 一方の親権喪失・停止：他方の親権者
 - ・ 婚姻の取消し：離婚に準ずる。
 - ・ 協議離婚（1項）：協議で定める。
 - ・ 裁判離婚（2項）：裁判所が定める。
 - ・ 出生前の離婚（3項）：母。出生後に、父母の協議で父にできる。
 - ・ 非嫡出子（4項）：非嫡出子は母。父が認知すれば父母の協議で父にできる。
 - ・ 家庭裁判所は協議に代わる審判を行うことができる（協議離婚、出生前、認知のとき。5項）
 - ・ 子の利益のために必要があるときは、家裁は子の親族の請求で親権者を他方に変更できる（6項）
※父母の協議のみで、家庭裁判所の許可なく変更することはできない。調停ならばOK。
5. 親権者がいなくなった場合
 - ・ 子のために後見が開始される（838条）
 - ・ 単独親権者の死亡：親権者変更と後見開始のうち、子の監護教育上適切な方が選ばれる。
 - ・ 養親の死亡：普通養子であっても実親の親権が回復せず、後見が開始する。
【東高決昭 56.9.2】単独親権者の養親が死亡しても実親の親権は復活せず、後見が開始する
 - ・ 養親が夫婦のときの離縁：実父母の親権が回復する（養父母の片方との離縁はできない）
 - ・ 養親が単独のときの離縁：後見開始（養親の離婚や一方の死亡の場合。通説）
 - ・ 夫婦の一方が他方の嫡出子を養子としたのち（子連れ再婚、共同親権となる）
一方死亡⇒他方死亡：後見開始（生存するもう一方の実親の親権は回復しない）
離婚して養親を親権者としてその養親と離縁したとき：実親の親権が回復
6. 親権者の行為能力
 - ・ 親権者は行為能力者でなければならない（財産管理権を含むため）
 - ・ 未成年者：その親権者・後見人が親権を行う（833,867条） ※非嫡出子に限る。成年擬制
 - ・ 被保佐人・成年被後見人：子の後見開始（838条1項） ※共同親権の一方なら他方の単独親権となる

第2節 親権の効力（820-833条：833条を除く）

第1款 子の監護教育権－概要（820-823条）

1. 親権者は子の監護教育権・義務をもつ（820条）
2. 居所指定権（821条）
 - ・ 子に意思能力がある場合、自由意思に反して居住させる法的手段はない
3. 懲戒権（822条）
 - ・ 子の監護教育のために必要な範囲の実力行使を民事刑事上不問とする。懲戒場は平 23 削除。
 - ・ 虐待は懲戒権の濫用であり、親権喪失の例示原因である。
4. 職業の許可・取消し・制限（823条）
 - ・ 6条の職業を営むための許可は、自己の計算において事業をなすこと。
 - ・ 823条は労働することの許可であるから、行為能力は取得できない。
5. 身分上行為の代理権 … 身分行為は代理に親しまないので、原則明示されなければならない。
 - ・ 民法上の規定 … 強制認知（787条）、嫡出否認（775条、訴えの被告は子でなく母）、15歳未満の子の氏の変更（791条3項）、15歳未満の養子縁組・離縁・縁組取消し（797,815,804条）、親権に服する子の親権の代行（833条）、相続の承認・放棄（917条）

第2款 子の監護教育権－子の引渡請求権

1. 人身保護法による請求

- ・ 人身保護法は子の引渡請求に適用される

【最判昭 24.1.18】 人身保護法が子の引渡請求事件に適用されることを認める

離婚前の夫婦で、母が暴力的に子連れ去ったが、平穩に養育され幸福であるとして、人身保護法を適用せず

- ・ 迅速な審理…審問開始は1週間以内、手続きは疎明により、上訴は直接最高裁など。
- ・ 要件…法律上正当な手続きによらないで身体を拘束され、その違法性が顕著であること
意思能力のない幼児の監護は「拘束」にあたる。自由意思であれば「拘束」にあたらない

【最判昭 61.7.18】 監護者が長年拘束をつづけていれば、子が12歳でも自由意思ではない

異母弟夫婦に養育を委ねたが、2歳時より返還を求めており、異母弟夫婦は言を左右して引き渡さないばかりか、7歳時に親権妨害による引渡請求を上告審まで勝訴し、強制執行を前に10歳時に引き渡し和解をしたものを翻していた。その間、子に実親への恐怖心を抱かせるよう仕向けたため、子は実親の下に戻りたくないとしている。原審は歪曲されていても自由意思であるとして請求を棄却 ⇒ 意思能力はあるが、自由意思でとどまっているとは言えない特段の事情があると認定、破棄差戻しとした。

【最判平 2.12.6】 11歳4カ月の子で入信し現在12歳8カ月の子は自由意思ではない

母と3人の子がオウム真理教に入信し、父の監護を拒絶したため、父が人身保護法による引き渡しを求めた事案 ⇒ 入信当時11歳4カ月で現在12歳8カ月の子は自由な意思形成が妨げられているとして引き渡しを認容。原審は入信時13歳5カ月（現在14歳9カ月）の子は自由意思と認定。子側の弁護士は青山吉伸である。

- ・ 監護権者から非監護権者への請求は、それが「子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、非監護者による拘束は権限なしにされていることが顕著な場合に該当」する（最判平 6.11.8）

【最判昭 47.9.26】 離婚後の親権者である母から、非親権者となった父に対する請求を認容

【最判平 6.11.8】 未婚の母から未認知の父とその妻に対する請求を認容

未認知の父とその妻の家庭は特別養子縁組を申し立てていたが、未婚の母の家族の支援も重視して認容。

- ・ 親権者間では、比較考量の基準から明白性の基準となり、例外的救済に。

【最判昭 43.7.4】 「夫婦のいずれに監護させるのが子の幸福に適するか」を主眼とすべき

比較考量して、監護するのに望ましくないことが「明白」な側が監護していれば、それは違法性が顕著と言える、とただけだったが、実務上比較考量の側面が強調された。

【最判平 5.10.19】 拘束者の監護が「子の幸福に反することが明白であることを要する」

父が子連れだして実家に帰り、父母の協力を得て平穩に暮らしているが、母も今後は父母の協力により育児に専念できるとして請求したもの。原審は愛情・監護意欲・環境は大差なく、経済状況は母が幾分劣るとしつつ、単に3、4歳の幼児は母親に監護・養育されるのが適切として請求を認めたとして破棄差戻し。

可部恒雄補足意見（園部逸男同調）が家事審判法の充実により人身保護法が例外的措置であることに言及。

【最判平 6.4.26】 明白性の基準を例示（請求者側の監護環境がよいだけでは請求を認めない）

①家事審判規則五二条の二又は五三条に基づく幼児引渡しを命ずる仮処分又は審判が出され、その親権行使が実質上制限されているのに拘束者が右仮処分等に従わない場合。

②幼児にとって、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下においては著しくその健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないなど、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することができないような例外的な場合。

- ・ 親権者間でも、拘束開始の態様の違法性が強い場合は明白性の審理なしに認容。

【最判平 6.7.8】調停委員会での合意に反して子を返さなかった事案（請求認容）

【最判平 11.4.26】調停で合意した面接交渉から子連れ帰った事案（請求認容）

- ・非監護権者から監護権者への請求認容は例外的

【最判昭 49.2.26】拘束開始の態様に違法性が強く、非監護権者の請求認容（未婚の母事件）

未婚の母が産んだ子を、子を欲しがっていた夫婦の養子に出し、夫婦は実子として届出たが、母の気が変わって自分で育てようと思い、夫婦ともめたのちに子を実力で連れ去ったもの。夫婦が人身保護法に基づく子の引き渡しを請求し、認容 ⇒ 結局は実父が認知し、自分を親権者とし、夫婦を監護者とする申立てを行った。

【最判昭 53.6.29】日米争奪事件

国際結婚した夫婦の夫（日本人）が子を奪い去ったもの。母が人身保護法により子を返すよう求めた ⇒ 母に返すよう判決確定

- ・効力は実は弱い…命令に従わない拘束者への拘引、拘留、1 日 500 円以下の過料。
救済を妨げる行為をした者は別途刑事裁判による刑事罰。被拘束者の出頭命令などもある。

2. 訴訟手続 … 親権に基づく妨害排除請求

- ・明治は物の引渡請求と同じ扱い ⇒ 親権者の身上監護権への妨害排除請求

※意思能力のある子（10 歳程度）が自由意思で第三者の下にいるとき、「妨害」がないので排除請求できない。
自由意思を持つに至ってから、あえて第三者の下にいることを決意する必要がある。

※意思能力のない子であっても、子の福祉が考慮されるから、無条件に認められるとはいえない。

【最判昭 35.3.15】3 歳から被親権者に育てられ、10 歳でもその下にいるのは自由意思でない

3. 審判手続 … 家庭裁判所。（元）夫婦間の争いに限る。

- ・審判前の保全処分により、事前に子の引渡しを命じることができる。執行方法は争いがある。
- ・事前の調停においても、調停前の処分がありうるが、実効性は薄い。
- ・離婚せず別居の場合、夫婦の協力・扶助義務に関する審判とすれば審判。一方の親権濫用（⇒親権停止・喪失）を訴えるならば訴訟手続となる。

4. 子の引渡命令の執行（訴訟・審判の場合）

- ・子の引渡命令は親権行使に対する排除命令であるから、合憲

【最判昭 38.9.17】憲法 13 条（個人の尊厳）に違反との訴えを退ける

- ・間接強制は許される

【大判大 1.12.19】子の引渡命令の間接強制を認める。

- ・直接強制は意思能力がなければ許される。執行官が子どもを捕まえて連れてくる

【広高松江支判昭 28.7.3】【東京家審平 8.3.28】直接強制を認容

- ・子が自由意思で第三者の下にとどまっている場合、居所指定権に基づいて説得するほかない
※第三者が妨害しているわけではないし、そもそも意思能力があるので執行官が執行することもできない。

第3款 子の財産管理権 – 概要 (824,825,827-832 条)

1. 財産管理と法律行為の代理が内容 (824 条)
2. 子の行為を目的とする債務は本人の同意が必要 (824 条但書)
労働基準法 58 条 1 項で、労働契約を親権者が代理で契約することが禁じられているので、現実的には労働契約法の対象外である家事使用人の場合くらいしか適用されない。
3. 共同親権の場合、父母の一方が共同の名義でした、代理行為又は子の行為への同意は、他方の意思に反しても効力を妨げられない。相手方悪意の場合は効力を失う (825 条)
 - ・ 共同親権なのに単独名義でした場合、818 条 3 項 (共同親権共同行使の原則) 違反で無権代理となるが、他方の同意があればよく、また表見代理の類推適用の余地がある。
【最判昭 32.7.5】単独名義であっても、他方が同意していた場合は親権の共同行使として有効
4. 財産管理には「自己にするのと同じの注意」を要する (827 条)
5. 子が成年に達したとき、遅滞なく財産の管理の計算をしなければならない (828 条本文)
 - ・ 養育費・財産管理費は財産の収益と相殺したとみなす (828 条但書)
 - ・ 無償で子に財産を与える第三者が反対の意思を表示したときは相殺できない (829 条)
6. 第三者が無償で子に与えた財産の管理者 (830 条)
 - ・ 原則：親権者たる父母
 - ・ 第三者が反対の意思を表示：反対された父又は母は管理できない (1 項)
 - ・ 第三者の反対の意思により父母ともに管理権なし：第三者が指定した管理者 (2 項)
 - ・ “ + 第三者が管理者を指定せず：子、その親族、検察官の請求で家裁が選任 (2 項)
 - ・ 第三者に指定された管理者の権限が消滅するか改任する必要のあるときで、第三者が指定しないとき：子、その親族、検察官の請求で家裁が選任 (3 項)
 - ・ 管理人の職務・権限・担保提供及び報酬は、不在者の財産管理 (27-29 条) を準用 (4 項)
7. 親権者及び管理者への委任の規定の準用 (831 条)
 - ・ 委任の終了後の急迫の事情がある場合の処分権限・委任の終了の対抗要件 (654,655 条)
8. 財産の管理について生じた親子間の債権の消滅時効は管理権消滅から 5 年間 (832 条 1 項)
 - ・ 子がまだ成年に達しない間に管理権が消滅した場合において子に法定代理人がないときは、前項の期間は、その子が成年に達し、又は後任の法定代理人が就職した時から起算する (2 項)

第4款 子の財産管理権－利益相反（826条）

1. 親権者と子、親権に服する複数の子どうしの利益相反行為を行う場合は、親権者は家裁へ特別代理人を請求しなければならない（826条）
 - ・請求者は親権を行う者。ただし、子の親族や利害関係人も請求できるというのが通説。
 - ・自己契約・双方代理でも、中立的か親権者側に不利な契約（親から子への贈与）であればよい。
2. 利益相反の認定－行為の外形を原則とする。

- ・実質は親権者自身が使うものであっても、子の名であれば利益相反とならない。

【最判昭 37.10.2】（持分移転登記抹消登記手続履行請求棄却、上告棄却、全員一致）

母がみずからの営業資金の為に借金し、子と共有する不動産に抵当権を設定したが、これが実行された事案 ⇒ 母子が共同債務者であるから、母の債務につき子の持分に抵当権を設定した行為は無効である。一方で、母の債務につき母の、子の債務につき子の持分に抵当権を設定する行為は有効であるから、競売そのものは有効。

①子に借金させ、自分のものにするのはOK⇒「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受け、その債務につき子の所有不動産の上に抵当権を設定することは、仮に借受金を親権者自身の用途に充当する意図であつても、かかる意図のあることのみでは、民法八二六条所定の利益相反する行為とはいえない」

②自分の借金はダメ⇒「親権者自身が金員を借受けるに当たり、右債務につき子の所有不動産の上に抵当権を設定することは、仮に右借受金を子の養育費に充当する意図であつたとしても、同法条所定の利益相反する行為」

【最判昭 43.10.8】（所有権移転登記抹消・家屋明渡請求認容、上告棄却、全員一致）

母が子を代理して母子とも第三者の連帯保証人となり、母子が2分の1ずつ共有する土地に抵当権を設定したところ、抵当権が実行され、子が連帯保証契約・抵当権設定契約が利益相反行為で無効として所有権移転登記の抹消を請求した事案 ⇒ 母子とも連帯保証人であるから、子の共有持分につき母の負担が減じ、また母のみが弁済しても、子の連帯保証に代位できるから、利益相反となり、無効。抵当権そのものが無効なので、競売も無効。
※民事執行法 184 条により、現在は抵当権が無効だとわかっていても、代金を納付していれば競売は有効となる。

- ・親権者が利益を得なくても、権利濫用にあたると認められれば、93条但書（相手方の心裡留保につき悪意か過失のあるときは無効）を類推して無効とすることがある。

【最判平 4.12.10】（根抵当権等抹消登記手続を不認容、破棄差戻し、全員一致）

母が子の不動産に義弟の会社の根抵当権を設定したため、成年に達した子が抹消を求めた事案 ⇒ 第三者の担保に供する行為は、特段の事情がなければ代理権の濫用に当たらず、心裡留保を適用するまでもなく不認容

「親権者が右権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が右濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法九三条ただし書の規定を類推適用して、その行為の効果は子には及ばないと解するのが相当である」「親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為は、利益相反行為に当たらないものであるから、それが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、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、親権者による代理権の濫用に当たると解することはできない」

3. 利益相反により無効な行為－無権代理となる
 - ・親権者と利益相反となる子の行為に、親権者が同意をしても同意は無効である（取消しうる）。

【最判昭 46.4.20】利益相反により無効となった行為は、無権代理であり、追認できる

4. 相続と利益相反①－親権に服する子どうしの利益相反は、遺産分割の協議でも適用される
 - ・意図がなく、結果現実化されずとも、特別代理人を立てなかった協議は追認がないと無効。

【最判昭 48.4.24】（遺産分割協議は無効、上告棄却、全員一致）

「利益相反する行為にあたるか否かは、当該行為の外形で決すべきであつて、親権者の意図やその行為の実質的な効果を問題とすべきではないので、親権者が共同相続人である数人の子を代理して遺産分割の協議をすることは、かりに親権者において数人の子のいずれに対しても衡平を欠く意図がなく、親権者の代理行為の結果数人の子の間に利害の対立が現実化されていなかつたとしても、同条二項所定の利益相反する行為にあたる」「親権者が共同相続人である数人の子を代理してした遺産分割の協議は、追認のないかぎり無効である」

【最判昭 49.7.22】（遺産分割協議は無効、破棄差戻し、全員一致）

長男に全部相続させた遺産分割協議に、亡二男の妻が代襲相続人の孫 3 人のうち未成年の 2 人を代理して加わつたため、三男・四男・五男・二女・孫 3 人が無効を求めた事案 ⇒ 原審は遺産分割で 2 人とも何も得ていないから利益相反はないとしたが、最高裁は追認がない限り無効と認定（追認の有無の認定のため差戻し）

5. 相続と利益相反②－相続放棄は親権者側が先に又は同時に放棄していれば利益相反にならない

【最判昭 53.2.24】（利益相反は時期の先後による、破棄差戻し、全員一致）

先妻の子 A が後妻の子 4 名の後見人の事案で、先妻の子 7 名のうち、A を含む 6 名が相続を放棄し、A が後妻の子 4 名を代理して相続を放棄した場合、原審は放棄の順によらず利益相反としたが、最高裁は A が先行か同時に相続放棄していればよいとした ⇒ 時期の先後を審理するため差戻し

6. 共同親権者の一方との利益相反－利益相反する側の特別代理人を選定し、他方と共同行使する

- ・ 父の債務の弁済のため、子の不動産で代物弁済するような場合、父は利益相反となる

否定）利益相反でない母が単独で有効に代理する（818 条 3 項、他方が親権を行えないとき）

← 父母の利害は共通することが多い

否定）特別代理人が単独で代理権を行使する

← 利益相反にない親権者の代理権を一律に奪うことになる

判例・通説）父の特別代理人と母が共同で代理する

【最判昭 35.2.25】父が利益相反の場合、父の特別代理人と母の共同代理が必要

7. 裁判所の選定した特別代理人自身も利益相反である場合は、選任しなおす必要がある。

【最判昭 57.11.18】子と特別代理人がともに連帯保証人となる場合、選任しなおす必要がある

親権者の債務の連帯保証人である親戚が、特別代理人に選任されたからといって、子を同じ債務の連帯保証人とすることは、利益相反行為なので代理権限を行使できない ⇒ 無権代理となり無効

第3節 親権の喪失（834-837条）

第1款 親権喪失・親権停止・管理権喪失の審判（834,834の2,835条）

1. 請求の事由

- ・親権（管理権）の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するとき
- ・親権喪失：虐待、悪意の遺棄があるときも対象。

2. 請求：家庭裁判所への子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求

- ・児童福祉法 33 条の 7 により、児童相談所長も請求できる。

3. 2年以内にその原因が消滅する見込みのあるときは、親権喪失はできず、親権停止とする。

4. 親権停止は平 23 改正で追加。また親権喪失宣告が審判に。請求権者の拡大。

5. 改正前の喪失事由「著しい不行跡」：寡婦の私通が多い。他に過度の飲酒放蕩

【大判昭 4.2.13】事情によっては寡婦の私通も親権喪失事由にあたらない

歯科医の夫を亡くした寡婦が、妻子ある夫の友人の歯科医の妾となり子を産んだため、亡夫の父が親権喪失を請求したもの。原審は親権喪失を認めた ⇒ 寡婦の社会的地位・身分・資力その他の事情によっては親権喪失事由にあたらない場合があるとして原審を破棄（実際は生活費よりも子を歯科医にすることが主眼だった）

6. 親権喪失・停止の効果：親権としての身上監護権・財産管理権を失う。

- ・子の婚姻への同意権、扶養義務、相続権は存続する。

第2款 親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判の取消し（836条）

1. 請求の事由：原因が消滅したとき

2. 請求：家庭裁判所への本人又はその親族の請求（児童相談所長もできる）

第3款 親権又は管理権の辞任及び回復（837条）

1. 父又は母はやむを得ない事由があるときは、家裁の許可で親権・管理権を辞することができる。

- ・非嫡出子の母が、子を連れずに再婚する場合など ⇒ 後見開始となる

2. 事由が消滅したときは、家裁の許可で親権・管理権を回復できる。

第5章 後見（838-875条）

第1節 後見の開始（838条）

1. 未成年者に対して親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき
 - ・親権者の死亡、親権者の親権喪失・停止。後者は管理権喪失
2. 後見開始の審判があったとき ※未成年被後見人に対してでもよい。

第2節 後見の機関（839-852条）

第1款 後見人（839-847条）

1. 未成年後見人：親権者死亡時の指定（839条）
 - ・最後の管理権を有する親権者の死亡時：遺言で未成年後見人を指定できる（839条）
最後に親権を行う者（1項本文）。ただし管理権を有しないものを除く（但書）
共同親権で一方が管理権を有しない場合、他方が死亡するときも同様（2項）
2. 未成年後見人：任意の請求による選任（840条）
 - ・未成年後見人の指定のないとき、欠けたときは家裁が未成年後見人を選任する（840条1項）
請求者：未成年被後見人、その親族、その他利害関係人
 - ・家裁は、1項の請求権者、未成年後見人の請求又は職権で更に未成年後見人を選任できる（2項）
 - ・選任時に考慮すべき事情：以下の列举に加え、その他一切の事情を考慮する
 - 1、未成年被後見人の年齢、心身の状態並びに生活及び財産の状況、意見
 - 2、未成年後見人となる者の職業及び経歴並びに未成年被後見人との利害関係の有無
（法人のときは、事業の種類及び内容並びに法人・代表者と未成年被後見人との利害関係の有無）
3. 未成年後見人：親権・管理権を失う父母の選任請求義務（841条）
 - ・親権・管理権が辞任・喪失・停止となる父母は未成年後見人選任を遅滞なく請求する義務がある
 - ・児童相談所長も、子の福祉のため必要があるときは選任請求義務がある（児童福祉法33条の8）
4. 未成年後見人の人数は複数でもよかった（1人に限った842条は平23改正で廃止）
5. 成年後見人の選任（843条）
 - ・後見開始の審判のとき：家裁が職権で成年後見人を選任する（1項）
 - ・成年後見人が欠けたとき、更に成年後見人を選任するとき：成年被後見人・親族・利害関係人の請求又は職権で選任する（欠けたとき：2項、更に選任するとき：3項）
 - ・選任時に考慮すべき事情：以下の列举に加え、その他一切の事情を考慮する
 - 1、未成年被後見人の心身の状態並びに生活及び財産の状況、意見
 - 2、成年後見人となる者の職業及び経歴並びに成年被後見人との利害関係の有無
（法人のときは、事業の種類及び内容並びに法人・代表者と成年被後見人との利害関係の有無）
6. 後見人の辞任と後任選任請求義務（844,845条）
 - ・後見人の辞任は正当な事由と家裁の許可が必要。
 - ・辞任により、新たな後見人を選任する必要があるれば、辞任の際遅滞なく請求する義務がある。
7. 後見人の解任（846条）
 - ・要件：不正な行為、著しい不行跡その他後見の任務に適しない事由があるとき

- ・ 請求者：後見監督人、被後見人若しくはその親族若しくは検察官の請求により又は職権

8. 後見人の欠格事由（847 条）

- ①未成年者、②家庭裁判所で免ぜられた法定代理人、保佐人又は補助人
- ③破産者、④被後見人に対して訴訟をし、又はした者並びにその配偶者及び直系血族
- ⑤行方不明者

9. 後見人関連請求者のまとめ

		親権者 被後見人										注 意
対 象	行 為	死 亡	喪 失	本 人	親 族	利 害	後 見	監 督	検 察	職 権	条 文	
未成年	指定	○	-	-	-	-	-	-	-	-	839	
"	選任	-	義務	○	○	○	-	義務	-	-	840-1,841	
"	追加	-	-	○	○	○	○	-	-	○	840-2	平 23 改正追加
"	監指定	○	-	-	-	-	-	-	-	-	848	
"	監選任	-	-	○	○	-	○	-	-	○	849	
成年	審判	-	-	○	○	-	○	○	○	-	7	4 親等内親族、保佐人等も可
"	選任	-	-	-	-	-	-	-	-	義務	843-1	後見開始
"	選任	-	-	○	○	○	-	義務	-	○	843-2	後見人の欠けたとき
"	追加	-	-	○	○	○	○	-	-	○	843-3	
"	監選任	-	-	○	○	-	○	-	-	○	849	
辞任時	選任	-	-	-	-	-	義務	-	-	-	844,845	辞任に家裁の許可必要
その他	解任	-	-	○	○	-	-	○	○	○	846	
	監解任	-	-	○	○	-	-	○	○	○	852→846	

第 2 款 後見監督人（848-852 条）

1. 未成年後見監督人の指定（848 条）：未成年後見人（839 条）に同じ
2. 後見監督人の選任（849 条）：必要な場合、家裁が選任する
 - ・ 選任の開始：被後見人、その親族、後見人の請求又は職権
3. 後見監督人の欠格事由（850 条）：後見人の配偶者、直系血族、兄弟姉妹は不可
4. 後見監督人の職務（851 条）：4 つ
 - ・ 後見人事務の監督、後見人が欠けた場合の選任請求義務、急迫の場合の必要な処分、被後見人（の代表）と後見人利益相反行為につき被後見人を代表すること
5. 委任及び後見人の規定の準用（852 条）
 - ・ 委任の準用：善管注意義務（644 条）、委任終了後の処分(654)、委任終了の対抗要件(655)
 - ・ 後見人の準用：辞任(844)、解任(846)、欠格事由(847)、費用・報酬を被後見人の財産より支弁すること(861-2,862)、選任時に考慮すべき事情(840-3,843-4)、数人いるときの権限行使(857 の 2,859 の 2)、居住用不動産の処分の許可(859 の 3)

第3節 後見の事務（853-869条）

第1款 後見人に共通の事務（853-856,859,860-862,869条）

1. 被後見人の財産の調査及び目録の作成義務（853条1項本文）…1カ月以内だが、家裁において伸長できる（但書）。後見監督人がいるときはその立会がないと無効（2項）
2. 目録作成前は、急迫の必要ある行為しか権限がない（854条）
 - ・ただし、これをもって善意の第三者には対抗できない（但書）
3. 後見人は被後見人との債権債務を財産調査着手前に監督人に申し出る義務がある（855条1項）
 - ・知っていながら申し出なかった債権は、効力を失う（2項）
4. 被後見人が包括財産を取得した場合、853-855条の財産調査目録作成義務・作成前の権限・債権債務申出義務が準用される（856条）
5. 後見人の権限－財産管理と財産に関する法律行為につき被後見人を代表する（859条1項）
 - ・被後見人の行為を目的とする債務を生じるには本人同意が必要（2項→824条但書準用）
6. 利益相反行為には特別代理人が必要（860条）
 - ・後見監督人がいる場合は、後見監督人が代理するので特別代理人は不要（但書）
【最判昭45.5.22】内縁の夫に被後見人の不動産を無償譲渡したのは利益相反で無効と認定
※内縁の夫婦は特段の事情のない限り、利害関係が共通するものと認める。この夫婦はのちに婚姻した。
7. 後見人は、その就職の初めにおいて、被後見人の生活、教育又は療養看護及び財産の管理のために毎年支出すべき金額を予定しなければならない（861条1項）
8. 費用・報酬は被後見人の財産から支弁される。報酬は家裁が定める。
 - ・後見事務の必要費用は被後見人の財産から支弁する（861条2項）
 - ・家裁は相当の報酬を被後見人の財産から与えることができる（862条）
9. 後見人は善管注意義務がある（869→644条）

第2款 後見人の事務の監督、取消し（863-866条）

1. 後見監督人又は家裁は、いつでも、後見人に対し後見事務報告・目録提出を求め、後見事務・財産状況の調査ができる（863条1項）
2. 家裁は、後見監督人、被後見人、その親族、利害関係人の請求又は職権で、財産管理その他後見事務について必要な処分を命ずることができる（2項）
3. 営業又は元本の領収を除く13条1項の行為（被保佐人が保佐人の同意を要する行為）を後見人が代理して行い、又は同意を与えるには、後見監督人がいるときはその同意が必要（864条）
 - ・違反した場合、被後見人又は後見人が取消しうる（865条1項前段）
 - ・相手方は催告権がある（同後段→20条）、取消し・追認は121-126条の適用を妨げない（2項）
4. 後見人が被後見人の財産を譲り受け、被後見人に対する第三者の権利を譲り受けたときは、被後見人はこれを取消しうる（866条1項前段）
 - ・相手方は催告権がある（同後段→20条）、取消し・追認は121-126条の適用を妨げない（2項）

第3款 未成年後見人の事務（857,857条の2,867-869条）

1. 未成年後見人の事務 → 財産管理と監護教育（親権とほぼ同じ）
 - ・ 未成年後見人は子の親権のうち監護教育権も有する（857条）
 - ・ 親権を行う者が定めた教育の方法及び居所を変更し、営業を許可し、その許可を取り消し、又はこれを制限するには、未成年後見監督人があるときは、その同意を得なければならない（但書）
 - ・ 子の財産管理権は後見人の事務として当然に有する。
2. 親権者が管理権をもたないだけの場合は、未成年後見人は財産管理権のみ（868条）
3. 未成年後見人が数人ある場合の権限の行使の定め（857条の2）
 - ・ 共同してその権限を行使する（1項）
 - ・ 家裁は職権で、一部の後見人の権限を財産管理に限定し（2項）、財産管理を単独で又は数人で事務を分掌して権限行使するよう定め（3項）、この定めを職権で取消することができる（4項）
 - ・ 第三者からの意思表示は、後見人の1人に対してすれば足りる（5項）
4. 未成年後見人は、被後見人の親権に服する子に対し、親権を行う（867条1項）
 - ・ 本節[後見の事務]の規定は、原則として準用される（2項）
5. 第三者が無償で与えた財産を父母に管理させない意思表示をしたときを準用（869→830条）

第4款 成年後見人の事務（858条,859条の2,3）

1. 成年後見人の事務 → 財産管理と療養看護に関する事務（身上配慮義務がある）
 - ・ 成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない（858条）
2. 成年後見人が数人ある場合の権限の行使の定め（859条の2）
 - ・ 家裁は職権で、権限を共同行使するか事務分掌して行使するかを定め（1項）、この定めを職権で取消することができる（2項）
 - ・ 第三者からの意思表示は、後見人の1人に対してすれば足りる（3項）
3. 成年後見人が成年被後見人の居住する建物とその敷地につき、売却、賃貸、賃貸借の解除又は抵当権の設定その他これらに準ずる処分をするときは、家裁の許可が必要（859条の3）
 - ・ 許可がなければ、無効。

第4節 後見の終了（870-875条）

1. 後見の計算義務（870条）：2カ月以内（家裁において伸長できる）に管理の計算をする義務
 - ・ 後見監督人がいる場合、その立会いを要する（871条）
2. 未成年被後見人の後見人・その相続人に対する契約・単独行為取消権（872条）
 - ・ 成立の時期：被後見人が成年に達してから後見の計算終了までの間にしたもの
 - ※それ以前の後見人との契約は自己契約、それ以外は不利なら利益相反となる。
 - ・ 対象：後見人・その相続人との契約、後見人・その相続人に対する単独行為
 - ・ 相手方は20条の催告権があり、取消し・追認は121-126条の適用を妨げない（2項）
3. 被後見人・後見人間で返還すべき金額は、後見の計算終了時から利息が発生する（873条1項）
 - ・ 後見人が、自己のために被後見人の金銭を消費した場合、消費したとから利息が発生し（2項前段）、損害があれば賠償責任がある（後段）
4. 委任の準用：委任終了後の急迫の場合の処分、委任終了の対抗要件（874条→654,655条）
5. 財産の管理について生じた被後見人と後見人との債権の消滅時効は、管理権消滅から5年間
 - ・ 親権（財産管理権）の規定を準用（875条→832条1項）
 - ・ 872条（未成年被後見人の契約・単独行為取消権）による場合は、取消しの日から起算（2項）

第6章 補佐及び補助（876-876条の10）

第1節 保佐（876-876条の5）、第2節 補助（876条の6-10）

1. 保佐・補助は保佐・補助開始の審判によって開始する（876条、876条の6）
2. 保佐・補助人、臨時保佐・補助人の選任（876条の2,7）
 - ・ 開始審判のとき、家裁は職権で保佐・補助人を選任する（1項）
 - ・ 後見人の欠けたとき、追加選任、考慮すべき事情は成年後見人を準用（2項→843条2-4項）
 - ・ 後見人の辞任、辞任時の後任選任請求義務、解任、欠格事由を準用（2項→844-847条）
 - ・ 利益相反の場合、家裁に臨時保佐・補助人の選任を請求する必要がある（3項）
 保佐・補助監督人がいれば臨時保佐・補助人は不要（但書）
3. 保佐・補助監督人の選任と事務（876条の3,8）
 - ・ 被保佐・補助人、親族、保佐・補助人の請求又は職権で、保佐・補助監督人を選任できる（1項）
 - ・ 委任の準用：善管注意義務（644条）、委任終了後の処分(654)、委任終了の対抗要件(655)
 - ・ 後見人の準用：選任時に考慮すべき事情(843-2)、辞任(844)、解任(846)、欠格事由(847,850)、後見監督人の職務(851、一部読み替え)、数人いるときの権限行使(859の2)、居住用不動産の処分の許可(859の3)、費用・報酬を被後見人の財産より支弁すること(861-2,862)
4. 家裁の保佐・補助人に代理権を付与する旨の審判（876条の4,9）
 - ・ 特定の法律行為についての代理権であり、本人以外が請求する場合、本人の同意が必要（1,2項）
 - ・ 請求権者：本人、配偶者、4親等内の親族、後見・保佐・補助人、同監督人、検察官（1項）
 - ・ 請求権者の請求により審判の全部または一部の取消しができる（3項）
5. 保佐・補助の事務と任務の終了（876条の5,10）
 - ・ 原則：本人の意思尊重、心身生活状況への配慮（1項）
 - ・ 委任の準用：善管注意義務（644条）、委任終了後の処分(654)、委任終了の対抗要件(655)
 - ・ 親権の準用：本人行為を目的とする債務の発生に本人同意を要する(824但書)、保佐・補助人と被保佐・補助人間債権の時効は5年間（832）
 - ・ 後見人の準用：数人いるときの権限行使(859の2)、居住用不動産の処分の許可(859の3)、費用・報酬を被後見人の財産より支弁すること(861-2,862)、後見事務の監督(863)、後見の計算(870,871)、返還金の利息支払等(873)
6. 後見人関連請求者のまとめ

行 為	本 人	配 偶	4 親	6 親	後 見 人	監 督 人	保 佐 人	監 督 人	検 察 官	職 権	家 裁	条 文	後見 = 未成年後見人	保佐 = 成年後見・保佐・補助人
開始 審判	○	○	○	—	○	○	○	○	○	—	裁量	7,11,15	※成年後見、保佐、補助	
” 取消	○	○	○	—	○	○	○	○	○	—	義務	10,14,18	※成年後見、保佐、補助	
監督人選任	○	○	○	○	—	—	○	—	—	○	裁量	876の3,8	※保佐、補助。	
代理権付与	○	○	○	—	○	○	○	○	○	—	裁量	876の4,9	※保佐、補助。	

第7章 扶養（877～881条）

1. 扶養義務者（877条）

- ・直系血族及び兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある。（1項）
- ・家庭裁判所は、特別の事情があるときは、前項に規定する場合のほか、三親等内の親族間においても扶養の義務を負わせることができる（2項）。これは審判であり、事情変更が生じれば、「家庭裁判所はその審判を取り消すことができる」（3項）
- ・2項は遺産を承継している、特別受益があるなど特別な事情がないと当てはまらない。

2. 扶養の順位、程度又は方法、扶養に関する協議又は審判の変更又は取消し（878～880条）

- 扶養義務者、被扶養権利者が複数あるときに、協議が調わないか協議ができないとき、その順位は家庭裁判所が定める（878条）。程度又は方法も同様（879条）。協議又は審判のあった後の事情変更により、家庭裁判所は協議又は審判の変更又は取消しをすることができる（880条）。
- ・生活保持義務…夫婦間、親から未成熟の子。親権者でない親も含まれる。

【大高決昭 37.1.31】親権を有する者が扶養義務につき当然他方より先順位にあるのではない

【仙高決昭 37.6.15】非嫡出子の父につき同旨

- ・生活扶助義務…その他の親族間
- ・生活扶助義務の分配…各人がいったん扶養の全部義務を負い、その上で義務を分配する
※同位の扶養義務者が3人いるからといって、3分の1を上限とすることはない。
- ・主婦の扶養義務は夫から婚姻費用として得られる金員のうちの余裕によって判断される
【東京家審昭 43.11.7】「夫の収入のうち自由な使用を認められている範囲内で」判断する
【釧路家審昭 47.12.26】「夫から婚姻費用として得られる金員の中に余裕のあるとき」に義務
【神戸家審昭 48.11.27】夫の年2回の賞与時に一定額を支払うという審判がされた
- ・過去の扶養料請求は生活保持義務では原則認容される。

生活保持義務では権利者からの請求後、三親等内は審判後と考えられる。

【最(大)決昭 40.6.30】夫婦間で過去の扶養料請求を認容

- ・扶養義務者間の扶養料の求償は認容される（旧法では否定）。金額は家裁の審判で決定。
【最判昭 26.2.13】長女が過去の母の扶養料の半額を長男に求償し、却下した原審を破棄
長男と同居していた母を一方向的に引き取ったということだけをもって扶養料の求償を却下することはできない
【最判昭 42.2.17】扶養料の求償は、金額を通常の裁判でなく家裁の審判で決定する
- ・第三者から扶養義務者の全員又は任意の1人への扶養料の求償、通常の民事訴訟で認容される
【神戸地判昭 56.4.28】第三者から扶養義務者への求償を認容。連帯して支払い義務を負う

3. 扶養請求権の処分の禁止（881条）

第5編 相続

第1章 総則（882-885条）

1. 相続開始の原因（882条）：死亡による ※失踪宣告、認定死亡も含む
 2. 相続開始の場所（883条）：被相続人の住所 ※相続に関する訴訟の管轄のための規定
 3. 相続回復請求権（884条）：相続権侵害を知った時から5年、相続開始から20年の時効。
 - ・ 相続人又はその法定代理人が相続権を侵害された事実を知ったときから起算。
 - ・ 相続開始から20年は判例は時効、通説は除斥期間。
 - ・ 相続人が時効完成前に死亡した場合、その相続人が侵害の事実を知った時から改めて起算。
- 【大判大 7.4.9】相続回復請求権は一身専属性があり、相続人の相続人は固有の請求権を有する
- 【最判昭 39.2.27】20年は相続人が死亡しても起算しなおさず、相続開始から進行し続ける
- ・ 独立権利説：真の相続人が個々の財産を列挙せず、一括して相続回復を請求する権利とする説
 - ・ 集合権利説：相続回復は個々の財産の列挙が必要で、単に短期時効に服させる効果のみとの説
 - ・ 一部の共同相続人を除外した相続には、除外された相続人の存在を知らないことにつき、相続権侵害の開始時点で、善意無過失でなければ適用されない。

【最(大)判昭 53.12.20】（更正登記手続認容、上告棄却、補足2 + 1 + 1、少数6）

多数意見5：

- I 884条は表見相続人の相続権侵害に適用されるためのもの。
- II ①旧民法下では共同相続人間に適用されていた
 - ②共同相続人でも、過分に持分を占有管理する場合、表見相続人と何ら変わるところがない
 - ③第三者との関係上、相続権の帰属は早期に収束させるべき→共同相続人が自己の持分を超え、他の共同相続人の相続持分を自己のものと主張し占有管理する場合に、「適用をとくに否定すべき理由はない」
- III 遺産分割がいつでもできる（907条）について
 - ①共有状態から相続人の単独所有に変更することがいつでもできるだけであり、共同相続人が他の相続人の持分を侵害することがありうることを、否定するものではない。
 - ②遺産分割前に共有状態が崩れることは事実ありうるし、それでも共有状態存続を前提に遺産分割するまで求めるものではない。例）勝手に単独所有とし売却すると、第三者が時効取得・即時取得する場合など。→907条は共同相続人間に適用されないとする理由にはならない。
- IV 共同相続人が他の相続人の持分を侵害した場合、つねに表見相続人にあたるか
 - ①相続人でないことにつき悪意又は過失ある表見相続人は、本来、相続回復請求権の対象ではない
 - 無関係の人間であれば、相続財産であるからといって特別扱いすることはなく、一般の物権侵害者又は不法行為者であるから、短期消滅時効の援用は認められるべきではない。
 - ※「過失ある」は「相続権があると信じられるべき合理的な理由があるわけではないにもかかわらず」
 - ②他に共同相続人があることにつき悪意又は過失ある表見共同相続人も、同様に短期消滅時効を援用できない
 - ※「過失ある」は上に同じ。合理的な理由の例示は「戸籍上唯一の相続人であり、他人の戸籍に記載された共同相続人のいることが分明でないことなど」
 - 共同相続の場合であれば、適用されるのは特殊な場合に限られる。
- V 884条の時効を援用できるのは、自己の相続権の範疇であると善意・無過失で信じた場合に限られる。特に共同相続人間では、そういった場合は特殊な場合に限られる。

補足意見 1（環）：第三者の表見相続人が短期時効を援用でき、共同相続人間では援用できないのは均衡を欠く
少数意見 6：共同相続人間に相続回復請求権の短期時効を適用すると、本来無効である相続人の一部を除外した遺産分割が有効になってしまうから、適用はない。共同相続人の利益より第三者保護を優先するのは相当でない。
また、多数意見のいう「特殊な場合」に、他人の実子として届け出られた子が含まれてしまう。

※そのほかの「特殊な場合」：死後認知、被相続人との協議離婚・協議離縁が取り消される場合など。

【最判平 11.7.19】短期消滅時効を援用する側が、侵害開始時点での善意無過失を立証すべき
被相続人の相続人は妻、嫡出子 2 名、非嫡出子 5 名の計 8 名であったが、このうち妻は被相続人の死後 17 年で死亡し、養子 1 名が相続した。被相続人の死亡から 20 年以上経過後、大垣市が土地区画のために職権で被相続人名義の土地を所有権保存登記したが、その際に妻の養子、嫡出子 2 名、非嫡出子 2 名（原告と父母を同じくする）を 9 分の 3、各 9 分の 2、各 9 分の 1 で登記したのみで、非嫡出子 3 名（原告を含む）を脱漏した。その後、換地処分された土地の売却代金を、誤った登記の持分割合で分配した。原審は大垣市の誤った登記の時点で、登記された共有者 5 名の悪意又は合理的な理由がなかった証明がなく、善意無過失を推認し、短期消滅時効の援用を認めた ⇒ 侵害開始時点（この場合は職権登記の時点）での善意無過失を、時効を援用する側が立証しなければならないとして、破棄差戻し

※善意無過失であれば、相続開始の 20 年経過後であれば、請求の可能性なく除斥期間となるのが前提のよう。

【最判平 7.12.5】第三取得者も元の共同相続人が援用できない時効の援用はできない

他の共同相続人の持分を侵害した共同相続人からの第三取得者が相続回復請求権の短期消滅時効を援用する場合、侵害した共同相続人が善意無過失でなければ、有効に短期消滅時効を援用することはできない。

- ・ 相続回復請求権時効前の占有継続による取得時効の成立（成立する＝通説）

【大判昭 7.2.9】相続回復請求権の時効前は、取得時効が成立しない

※但し、第三取得者は表見相続人の占有をも合わせて主張して取得時効を援用できる。

4. 相続財産に関する費用（885 条）：相続財産から支弁する。相続人の過失の場合はその負担。
 - ・ 遺留分権利者が贈与の減殺によった財産からは支弁しない（2 項）

第2章 相続人 (886-895 条)

1. 胎児の権利能力 (886 条) : 死体で生まれたときは不適用 (2 項)
 - ・生きて生まれることを停止条件とし、権利能力を胎児のときに遡及させる (停止条件説、通説) と死んで生まれることを解除条件に、胎児にも権利能力を認める (解除条件説)
 - 【大判昭 7.10.6】 停止条件説を採用 ※したがって、胎児のうちに相続放棄することはできない
 - ・保存行為 (証拠保全、民事保全) には胎児の当事者能力を法定代理人に認める (未婚の母)
2. 相続権者、代襲相続、相続分遺留分 (887 条 1,3 項、889 条 1 項、890 条、900 条、1024 条)

順	相続権者	代襲相続	相続分	遺留分	条文
①	子	孫・曾孫	2 分の 1	2 分の 1	887 条 1,2,3 項
②	直系尊属	不可	3 分の 1	3 分の 1	889 条 1 項 1 号。配偶者も相続人→遺留分 2 分の 1
③	兄弟姉妹	甥姪のみ	4 分の 1	なし	889 条 1 項 2 号、2 項

 - ※ 配偶者 不可 残り 2 分の 1 890 条
3. 代襲相続 (887 条 2 項、3 項、889 条 2 項)
 - ・発生原因 : 相続の開始以前の死亡、欠格事由該当、廃除 ※相続放棄は不可、同時死亡は O K
※廃除後に生まれた子どもであっても、代襲相続できる。
 - ・代襲相続人 : 相続人の子であって、被相続人の直系卑属である者。(直系の孫、甥姪)
※縁組前から生まれていた養子の子とは親族関係が発生せず、直系卑属ではないので代襲相続できない。
 - ・再代襲相続 : 被相続人の直系の曾孫は再代襲相続できる。甥姪の子はできない。
4. 相続人の欠格事由 (891 条)
 - ・一、被相続人・先順又は同順相続人に対する故意殺人既遂又は未遂で刑に処せられた者
 - ・二、被相続人が殺害されたことを告発・告訴しなかった者
例外) 是非弁別がないとき、殺害者が自己の配偶者又は直系血族であった場合
 - 【大判昭 7.11.4】 犯罪が捜査機関に知れた後に犯罪事実を知った者は告発・告訴しなくてよい
 - ・三・四、被相続人の相続に関する遺言・撤回・取消・変更を、詐欺・強迫で妨害又は強制した者
 - ・五、被相続人の相続に関する遺言を偽造・変造・破棄・隠匿した者。
内容・目的が不当な利益を目的としていなければ欠格事由にあたらぬ (二重の故意必要説)
 - 【最判昭 56.4.3】 遺言書に欠けていた押印等方式を補充する行為は欠格事由にあたらぬ
「相続人が遺言者たる被相続人の意思を実現させるためにその法形式を整える趣旨で右の行為をしたにすぎないときには、右相続人は同号所定の相続欠格者にはあたらぬ」 (反対意見あり)
 - 【最判平 9.1.28】 自己に有利な遺言の破棄は欠格事由にあたらぬ
「相続人が相続に関する被相続人の遺言書を破棄又は隠匿した…行為が相続に関して不当な利益を目的とするものでなかったときは、右相続人は、民法八九一条五号所定の相続欠格者にはあたらぬ」
5. 推定相続人の廃除 (892-895 条)
 - ・対象 : 遺留分を有する推定相続人 (配偶者、直系卑属・直系尊属。892)
 - 【大高決昭 44.12.25】 配偶者の廃除を却下した原審 (離婚すべきとする) を破棄差戻し
離婚当初から夫婦の実態を欠く事案で、妻が重婚的内縁の夫の子を生んだため、夫が妻の廃除を申し立てたもの

- ・要件：被相続人への虐待、重大な侮辱、その他の著しい非行（892）
 【大高決昭 40.11.9】一時の激情に駆られ侮辱的な言葉を述べただけでは廃除事由とならない
 【東高決昭 59.10.18】被相続人の支配する会社での業務上横領を「著しい非行」に認定せず
 推定相続人が 5 億円を超える業務上横領により懲役 5 年の実刑判決を受けた事案。
- ・手段：被相続人が家裁へ請求。遺言による場合は遺言執行者が請求（892,893）
- ・取消：いつでも可能。被相続人が家裁へ請求。遺言による場合は遺言執行者が請求（894）
- ・審判確定前の相続開始：親族・利害関係人・検察官の請求で家裁が必要な処分を命じる（895-1）
 ※遺産の管理人を選任した場合、不在者の財産の管理の規定を準用（895-2→27-29 条）
 【最判昭 55.7.10】廃除は被相続人の権利ではなく、家裁の裁量たる非訴事件である

6. 相続人の重複

- ・養子と代襲相続の重複 → 併存
 例) 孫を養子としたが、その親たる子が死亡し、そののちに養親も死亡した場合
 → 子の代襲相続による相続分と、嫡出子(養子)の相続分を共に認める(戸籍先例 昭 26.9.18)
- ・養子と配偶者相続の重複 → 配偶者分のみ
 例) 子の配偶者を養子とした場合において、養親死亡後にその子が死亡した場合
 → 配偶者としての相続分を認め、養兄弟姉妹の相続分は認めない(戸籍先例 昭 23.8.9)
- ・嫡出子と非嫡出子の重複 → 嫡出子のみ
 例) 婚外子を認知し、夫婦で養子縁組した場合
 → 嫡出子としての相続分を認め、非嫡出子としての相続分を認めない。
- ・相続人資格が併存する場合、相続放棄の申述は一回で足りる(選択的放棄は不可、学説は反対)
 弟である養子が相続放棄すると兄弟としての相続分も認めない(戸籍先例 昭 32.1.10)
 孫である養子が相続放棄すると代襲相続分も認めない(戸籍先例 昭 43.8.5)
 ※当該相続から離脱する意思 → 選択的放棄は不可(実務)
 ※相続資格を放棄する意思 → 選択的放棄は可能(多数説)

第3章 相続の効力 (896-914 条)

第1節 総則 (896-899 条)

1. 相続開始のときから、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する (896 条 1 項)
 - ・ 一身専属性のあるものは例外 (但書)
2. 祭祀に関する権利の承継: 指定→慣習→家裁により祖先の祭祀を主宰すべき者が承継 (897 条)
 - ・ 遺骨は相続人に帰属→使者の祭祀供養を司る者に帰属

【大判大 10.7.25】遺骨は相続人に帰属

【最判平 1.7.18】遺骨は死者の祭祀供養を司る者に帰属

3. 相続財産の共同管理

- ・ 共同相続のときは、共有に属し、その相続分に応じて承継する (898,899 条)
- ・ この共有持分は登記なくして対抗できる

【最判昭 38.2.22 民集 17-1-235】(登記抹消請求一部認容、上告棄却、全員一致)[S35 オ 1197]

共同相続の不動産を偽造した遺産分割協議書により単独相続として登記し、第三者に譲渡したため、他の相続人が登記抹消請求した事案 ⇒ 原告の持分についての更正登記を認容。

- ・ 「相続財産に属する不動産につき単独所有権移転の登記をした共同相続人中の乙ならびに乙から単独所有権移転の登記をうけた第三取得者丙に対し、他の共同相続人甲は自己の持分を登記なくして対抗しうる……」
ただし乙の登記は甲の持分に関する限り無権利の登記であり、登記に公信力なき結果丙も甲の持分に関する限りその権利を取得するに由ないからである (大判大 8.11.3 参照) ……この場合に甲がその共有権に対する妨害排除として登記を実体的権利に合致させるため乙、丙に対し請求できるのは、各所有権取得登記の全部抹消登記手続ではなくして、甲の持分についてのみの一部抹消 (更正) 登記手続でなければならない (大判大 10.10.27, 最判昭 37.5.24 参照)。ただし右移転登記は乙の持分に関する限り実体関係に符合しており、また甲は自己の持分についてののみ妨害排除の請求権を有するに過ぎないからである」

- ・ 共同相続した財産は、原則として共有物の管理の規定を適用する

【最判昭 41.5.19】持分の過半数をもってしても、共同相続人に立ち退かせるには理由が必要

持分 12 分の 1 の共同相続人が居住する家屋につき、他の共同相続人 8 名 (持分合計 12 分の 11) が明渡請求したが、建物明渡請求は当然にできるものではなく、建物明渡を求める理由の主張・立証が必要として却下した
※共有物一般につき、管理行為は持分の過半数で決するが、共有者の 1 人への建物明渡は理由が必要とする。

【最判平 8.12.17】遺産分割まで、占有共同相続人への賃料の不当利得返還請求はできない

【最判平 10.3.24】共同相続人が遺産の農地を宅地化した場合、原状回復請求ができる

※共有物一般につき、変更行為は共有者全員の同意が必要としている。

【最決平 17.10.11 民集 59-8-2243】遺産分割前の相続人死亡時の相続財産[H17 許 14]

A,B に係る遺産分割: 審判→変更・B につき却下→Y1 許可抗告: 破棄差戻し

AB の子 X,Y1,Y2 間の遺産分割。A、次いで B が死亡したが、B は固有財産の不動産を X に相続させる遺言をしていた。A との関係で Y1,Y2 は特別受益があるほか、X,Y1 は B との関係で Y2 に特別受益があると主張。原審は「A の遺産に対する B の相続分は、A の遺産を取得することができるという抽象的な法的地位であって、遺産分割の対象となり得る具体的な財産権ではない」から、分割対象の遺産がなく不適法と判断。

「遺産は、相続人が数人ある場合において、それが当然に分割されるものでないときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属し、この共有の性質は、基本的には民法 249 条以下に規定する共有と性質を異にするものではない (最判昭 30.5.31、最判昭 50.11.7、最判昭 61.3.13 参照)。そうすると、共同相続人が

取得する遺産の共有持分権は、実体上の権利であって遺産分割の対象となるというべきである。本件におけるA及びBの各相続の経緯は、Aが死亡してその相続が開始し、次いで、Aの遺産の分割が未了の間にAの相続人でもあるBが死亡してその相続が開始したというものである。そうすると、Bは、Aの相続の開始と同時に、Aの遺産について相続分に応じた共有持分権を取得しており、これはBの遺産を構成するものであるから、これをBの共同相続人である原告人及び相手方に分属させるには、遺産分割手続を経る必要があり、共同相続人の中にBから特別受益に当たる贈与を受けた者がいるときは、その持戻しをして各共同相続人の具体的相続分を算定しなければならない」

4. 占有権の相続

- ・ 占有権も相続される

【最判昭 44.10.30】（田地所有権確認請求認容、上告棄却、全員一致）

息子が所有し、父母が耕作（占有）する田地を売却したところ、その父母が自らの所有物であると主張したため、購入者が所有権確認訴訟を提起したもの。一番は父母は占有権のみであることを認定し、購入者勝訴、控訴審で父が死亡し、母とその子が承継したが購入者勝訴、上告審で子が、実際に占有しているのは母であるから、自分たちへの引渡請求は失当であると主張したもの ⇒ 占有は相続されるとして主張を認めず

「相続が開始するときは、特別の事情のないかぎり、従前その占有に属したものは、当然相続人の占有に移る」

- ・ 被相続人の占有を主張せず、自らの占有のみを選択的に主張できる（187条占有の承継の適用）

【最判昭 37.5.18】（土地の時効取得を認めなかった原審を破棄、破棄差戻し、全員一致）

相続人は被相続人の占有をそのまま承継するという大審院の判例を変更し、被相続人の占有を主張せず、自身の占有のみを主張することができるとした。相続人が占有開始時に善意無過失だったか審理するため差戻し。

- ・ 相続による占有開始が新権原による占有となることもある（被相続人は他主占有）

【最判昭 46.11.30】（土地建物の時効取得を認めなかった原審を支持、上告棄却、全員一致）

兄の所有する土地建物の南半分に住居し、北半分の家賃を管理委託料として受領していた弟の死亡後、その妻子が引き続き居住し、家賃を受領していたものの、8年後から6年間、兄に対して南半分の分の家賃を払った事案で、妻子が時効取得による所有権移転を求めたもの ⇒ 家賃を払った事実から、所有の意思を認定されず却下

「本件土地建物に対する同人の占有を相続により承継したばかりでなく、新たに本件土地建物を事実上支配することによりこれに対する占有を開始したものというべく、したがって、かりに上告人らに所有の意思があるとみられる場合においては、上告人らは、右訴外人の死亡後民法一八五条にいう「新権原二因リ」本件土地建物の自主占有をするに至つたものと解する」

- ・ 被相続人が自主占有で、共同相続人の1人が遺産分割を経ずに単独で自主占有する場合もある

【最判昭 47.9.8】 相続財産への自主占有の開始を認定し、時効取得を認める。

「共同相続人の一人が、単独に相続したものと信じて疑わず、相続開始とともに相続財産を現実占有し、その管理、使用を専行してその収益を独占し、公租公課も自己の名でその負担において納付してきており、これについて他の相続人がなんら関心をもたず、もとより異議を述べた事実もなかつたような場合には、前記相続人はその相続のときから自主占有を取得したものと解する」

5. 債権の相続

- ・ 損害賠償請求権：財産的損害の損害賠償請求権は殺人の場合は死亡時に発生し、相続される
- ・ 慰謝料請求権：本人が請求する意思表示をすれば相続される → 当然相続（判例）

【大判昭 2.5.30】「残念」と叫んだのは特別事情がない限り慰謝料請求の意思表示（残念事件）

【東京控判昭 8.5.26】溺死者が水中から「助けてくれ」と言ったのは慰謝料請求とはいえない

【大阪地判昭 9.6.18】死に際に「くやしい」といったのは慰謝料請求の意思表示

【最(大)判昭 42.11.1】(補足 1、反対 4) 慰謝料請求権は当然相続に判例変更

特別な事情がなければ、損害発生と同時に慰謝料請求権を取得し、当然に相続される。学説は相続否定説。

- ・ 扶養請求権：確定した扶養料債権が遅滞に陥ったまま債権者が死亡した時に限る。
- ・ 生活保護受給権：遅滞分も相続性否定（最判昭 42.5.24 朝日訴訟）、扶養請求権と同じ（学説）
- ・ 財産分与請求権：清算分・慰謝料は肯定、扶養は確定債権のみだが、全体として相続性肯定。

6. 債務の相続…一般には相続されるが、一部は一身専属性の有無による

- ・ 一般の債務は相続され、相続後に生じた債務も当然保証債務を負う

【大判昭 9.1.30】賃料保証債務につき、当然に相続されるとする。

- ・ 身元保証：相続が否定される

【大判昭 18.9.10】身元保証契約の相続性を否定（既に具体化した債務は相続）

- ・ 信用保証：限度額及び期間の定めのない継続的信用保証契約は相続されない

【最判昭 37.11.9】保証人の死後生じた債務について相続人は保証債務を負担しない

責任の限度額又は期間の定めがあるは信用保証契約が相続され、また既に具体化した債務も相続される。

「継続的取引について…責任の限度額ならびに期間について定めのない連帯保証契約においては、特定の債務についてした通常の連帯保証の場合と異り、その責任の及ぶ範囲が極めて広汎となり、一に契約締結の当事者の人的信用関係を基礎とするものであるから、かかる保証人たる地位は、特段の事由のないかぎり、当事者その人と終始するものであつて、連帯保証人の死亡後生じた主債務については、その相続人においてこれが保証債務を承継負担するものではない」

- ・ 相続財産の管理費用：885 条により相続財産中から支弁される。
- ・ 相続税：相続人の債務であり、被相続人の債務とはみなされない。
- ・ 葬式費用：喪主の債務であり、被相続人の債務とはみなされない。

7. 契約上の地位の相続

- ・ 使用貸借（借主の死亡→終了）、委任（委任者・受任者の死亡→終了）、組合（組合員の死亡→脱退）、終身定期金（当事者の一方の死亡→終了）、代理権（本人・代理人の死亡→終了）
- ・ 借家権…賃借権として相続の対象となる。公営住宅は例外 ※内縁の妻、事実上の養子

【最判平 2.10.18】入居者死亡の場合公営住宅を使用する権利は当然に承継するものではない

- ・ 団体の構成員

脱退：組合、合名会社の社員、合資会社の無限責任社員、各種協同組合の組合員、公益社団法人の社員権

相続：株式会社の株主、合資会社の有限責任社員の社員権

※ゴルフクラブの会員権…譲渡が特約で禁止されていない限り相続可能（但し、譲渡時の要件は満たす必要あり）

8. 保険金等

- ・ 生命保険金請求権…一切、相続財産とはならない（判例）。貯蓄型の生命保険で一部（死亡時点での解約返戻金相当額など）は特別受益・遺留分で考慮すべき（学説）

【最決平 16.10.29】保険金が著しく多額で不公平など特段の事情があれば、特別受益になる

「保険金受取人である相続人とその他の共同相続人との間に生ずる不公平が民法 903 条の趣旨に照らし到底是認することができないほどに著しいものであると評価すべき特段の事情が存する場合には、同条の類推適用により…死亡保険金請求権は特別受益に準じて持戻しの対象となる」。特段の事情は「保険金の額、この額の遺産の総額に対する比率のほか、同居の有無、被相続人の介護等に対する貢献の度合いなどの保険金受取人である相

続人及び他の共同相続人と被相続人との関係、各相続人の生活実態等の諸般の事情を総合考慮して判断すべき」

- ・ 傷害保険…一切、相続財産とはならない（判例・通説）。受取人が「相続人」でも同じ。

【最判昭 40.2.2】受取人を「相続人」とする指定は有効であり、保険金は相続財産ではない。

【最判昭 48.6.29】約款にて受取人を「相続人」としていても同じ。

【最判平 6.7.15】受取人が「相続人」のとき、保険金の配分は相続分の割合による。

- ・ 死亡退職金・遺族給付…不明確（民法の相続人と範囲・順序が異なる場合は相続財産ではない）

【最判昭 62.3.3】財団法人の理事長の死亡退職金は妻への固有の給付で相続財産ではない

【広高岡山支決昭 48.10.3】死亡退職金は特別受益、遺族共済金は固有の権利とする

- ・ 香典・弔慰金…喪主・遺族への贈与であって相続財産ではない

9. 果実と遺産分割

- ・ 896 条より、遺産分割の対象は、相続開始時に被相続人に帰属していた財産に限られる

→遺産から生じた果実は、発生原因・種類・算定の難易等で判断

①預金利息・株式配当等、労力を要さないものは分割の対象

【大判大 4.3.8】相続財産である株式から生じた利益配当請求権は相続財産に含まれる

②賃料や自己使用利益は判例が分かれる

【東高決昭 56.5.18】遺産分割前に収受した賃料は遺産分割の対象ではない

※夫の遺産分割の審判で長女に帰属させられた共同住宅の賃料を、妻が収受していた事案。

第2節 相続分（900-905条）

1. 法定相続分（900条）

- ・子が2分の1、直系尊属3分の1、兄弟姉妹4分の1。残りが配偶者（1-3号）
- ・非嫡出子・異父異母兄弟姉妹（半血）は、嫡出子・同父母兄弟姉妹（全血）の2分の1（4号）

【東高決平 5.6.23】【東高判平 6.11.30】非嫡出子の相続分規定は違憲

【最(大)判平 7.7.5】非嫡出子の相続分規定は合憲（補足5、反対5）

2. 代襲相続人の相続分は、死亡した相続人の相続分を分割する（901条）

3. 遺言による相続分指定（902条）：共同相続人の相続分を、遺言で定め、第3者に委託できる

- ・遺留分に関する規定には違反できない ⇒ 当然無効説（少数）・遺留分減殺請求可能説（通説）
- ・共同相続人の一部の相続分を定め、第3者に定めさせた場合は、残りの相続人は法定による
- ・法定相続分以下の指定相続分の相続人が、法定相続分で登記し第三者に譲渡した場合、第三者は指定相続分を超える分につき、権利を取得できない（→指定相続分は取得できる）

【最判平 5.7.19 家月 46-5-23】法定相続分に応じた持分を譲渡された場合

「右の事実関係の下においては、鈴子の登記は持分八〇分の一三【＝指定相続分】を超える部分については無権利の登記であり、登記に公信力がない結果、上告人が取得した持分は八〇分の一三にとどまるというべきである」

4. 特別受益（903,904条）

- ・共同相続人に遺贈と一部の贈与（婚姻・養子縁組・生計資本としての贈与）があるとき
- ・相続財産に贈与の価額を加えて相続分を計算し、遺贈と贈与を控除したものを相続分とする
- ・遺贈・贈与の額が相続分以上のときは、マイナスではなく相続分をゼロにする（2項）
- ・遺留分に反しない限り、遺言で修正できる（3項）
- ・贈与の価額は相続開始の時点、受贈者の行為で価値の増減があっても原状で計算する（904条）

※地震など、受贈者の責によらない場合は持戻し（贈与の価額を相続財産に加えること）の対象外となる。

【最判昭 51.3.18】贈与された金銭は相続開始時の貨幣価値に換算する（物価指数による）

【最判平 7.3.7】特別受益にあたるかどうかの確認訴訟を単独で提起することはできない

「特定の財産が特別受益財産であることの確認を求める訴えは、確認の利益を欠くものとして不適法」

5. 寄与分（904条の2）

- ・共同相続人に特別の寄与（事業上労務提供、財産給付、療養看護で財産を維持増加）があるとき

【東高決平 1.12.28】代襲相続人の孫の寄与分として被代襲者たる子の妻の分を考慮できる

※組合・雇用契約が認定でき、利益分配・報酬支払を請求できる場合は通常訴訟でも、寄与分扱いでもよい

※配偶者の場合、「療養看護」は協力扶助義務の履行にすぎないので認められない。

- ・相続財産の価額から寄与分を控除して相続分を計算し、寄与分を加算したものを相続分とする
- ・寄与分は共同相続人の協議によるが、不調・不可のときは寄与した者の請求で家裁が決定（2項）
但し、家裁への遺産分割請求・相続開始後に認知された者の価額支払い請求の際に行える（4項）

【東高決平 3.12.24】遺留分を侵害するほど過大な寄与分を認めた審判を取消す

- ・寄与分は相続財産の価額から遺贈の価額を控除した残額が上限（3項）

6. 相続分取戻権（905条）

- ・積極・消極財産両方をまとめて、相続分を譲渡することができる。ただし、債務は譲渡人も併存

的に負担する（債務超過の受讓人に譲渡すると相続債権者を害するから）

- ・遺産分割前に共同相続人の1人が第三者に相続分を譲渡した場合、1カ月以内に他の共同相続人は価額・費用を償還してその相続分を譲り受けることができる（905条）
- ・相続分取戻権は、包括譲渡に限られ、個々の不動産の共有持分の譲渡には適用されない。

【最判昭 53.7.13】905条は個々の不動産の持分に適用ないし類推適用されない

- ・相続人への譲渡、予め共同相続人全員の同意を得た譲渡は取り戻せない（通説）

7. 具体的相続分額・具体的相続分率のみの確認の訴えは不適法

【最判平 12.2.24】具体的相続分の価額・割合の確認を求める訴えは確認の利益を欠き不適法「遺産の分割や遺留分減殺請求に関する訴訟事件…の前提問題として審理判断される事項」であるから。

8. 債務の相続＝可分債務は相続分に応じて分割、不可分債務は全員がおのおの負担する

- ・債務の分割になり、無資力のリスクを相続債権者に負わせることとなるが、相続債権者は相続人の固有財産から弁済を得られるから、連帯責任とすることはできない。

【大決昭 5.12.4】債務は、債権同様相続分の割合で相続人に分割される

- ・可分債務は連帯債務であっても分割承継される

【最判昭 34.6.19】連帯債務も可分債務であり、分割承継される。

- ・902条に関わらず、債権者は法定相続分・指定相続分どちらでも請求できる。

※債務超過の相続人に多く割り当てると相続債権者を害するから。

- ・不可分債務は全員が共同で相続し、債権者はその1人に全部の執行を求めることができる

【大判昭 10.11.22】不動産の引渡債務は共同相続人の不可分債務として相続される。

第3節 遺産の分割（906-914 条）

1. 遺産分割は遺産の種類性質、相続人の年齢職業・心身生活状態など一切の事情を考慮（906 条）
 - ・ 相続財産の経済的価値を害さないことも要請される。これらに反した審判は即時抗告できる。
 - ・ 遺産分割の際の遺産の評価は、現実には財産を分配する時点での時価（実務）

【名高決昭 47.6.29】分割時又は分割の審判時を基準に財産の価額を評価する

2. 遺産分割の協議・審判（907,908 条）

- ・ 共同相続人の遺産分割協議は遺産分割禁止期間内でなければ、いつでもできる（907 条 1 項）
- ・ 遺産分割協議不調・協議不可の場合、各共同相続人は家裁に分割を請求できる（2 項）
- ・ このとき、家裁は特別の事由があれば全部又は一部の遺産分割禁止期間を設定できる（3 項）
- ・ 遺産分割前の共有物の分割 → 共同相続人は遺産分割審判、第三者は共有物分割訴訟

【最判昭 50.11.7】持分譲渡を受けた第三者は共有物分割訴訟を提起できる

遺産分割が終わっていても、第三者は遺産分割審判ではなく共有物分割訴訟を提起しなければならない。

【最判昭 62.9.4】共同相続人は共有物分割訴訟を提起できず、遺産分割審判を申し立てるべき

- ・ 遺産分割審判と相続権・遺産の範囲等民事訴訟で争うべき前提事項の関係

【最(大)判昭 41.3.2】遺産分割の前提たる相続権・遺産の範囲は家裁が審判で判断できる

※ただし、既判力は生じず、相続権・遺産の範囲・有効な遺言の有無は民事訴訟で別途争うことができる（ゆえに審判で判断しても憲法 32,82 条に反しない）。実務では、当事者が同意した場合にその点の審判を行っている。

【最判昭 61.3.13】共同相続人間での特定財産の遺産確認の訴えは適法である

※共有持分確認訴訟では、取得原因が相続かどうかに関わらず、別途争うことができるから。

- ・ 財産分割は、①現物分割、②共有、③換価分割、④代償分割（均等に分けずに過不足を金銭で調整する、全面価格賠償方式など）、⑤用益権設定がある。一般の共有物分割より柔軟に解される。

【最判昭 30.5.31】相続財産の共有は 249 条の共有と同じで、分割できなければ競売すべき

【最(大)判昭 62.4.22】森林法違憲判決で、（共有物一般につき）代償分割を認める

【最判平 8.10.31】（共有物一般につき）全面価格賠償方式を認める

3. 遺産分割の方法指定・分割禁止（908 条）

- ・ 被相続人は遺言で遺産分割の方法を定め、第三者に委託し、5 年以内で遺産分割を禁止できる

※「方法」とは、分割の手法の指定、実際の分割方法の指定の両方を含む（判例）

【最判平 3.4.19 民集 45-4-477】「相続させる」遺言の解釈[H1 才 174]

「被相続人の遺産の承継関係に関する遺言については、遺言書において表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきものであるところ、遺言者は、各相続人との関係にあつては、その者と各相続人との身分関係及び生活関係、各相続人の現在及び将来の生活状況及び資力その他の経済関係、特定の不動産その他の遺産についての特定の相続人のかかわりあいとの関係等各般の事情を配慮して遺言をするのであるから、遺言書において特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」趣旨の遺言者の意思が表明されている場合、当該相続人も当該遺産を他の共同相続人と共にではあるが当然相続する地位にあることにかんがみれば、遺言者の意思は、右の各般の事情を配慮して、当該遺産を当該相続人をして、他の共同相続人と共にではなくして、単独で相続させようとする趣旨のものと解するのが当然の合理的な意思表示解釈といふべきであり、遺言書の記載から、その趣旨が遺贈であることが明らかであるか又は遺贈と解すべき特段の事情がない限り、遺贈と解すべきではない。そして、右の「相続させる」趣旨の遺言、すなわち、特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させようと

する遺言は、前記の各般の事情を配慮しての被相続人の意思として当然あり得る合理的な遺産の分割の方法を定めるものであって、民法九〇八条において被相続人が遺言で遺産の分割の方法を定めることができるとしているのも、遺産の分割の方法として、このような特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させることをも遺言で定めることを可能にするために外ならない。したがって、右の「相続させる」趣旨の遺言は、正に同条にいう遺産の分割の方法を定めた遺言であり、他の共同相続人も右の遺言に拘束され、これと異なる遺産分割の協議、さらには審判もなし得ないのであるから、このような遺言にあっては、遺言者の意思に合致するものとして、遺産の一部である当該遺産を当該相続人に帰属させる遺産の一部の分割がなされたのと同様の遺産の承継関係を生ぜしめるものであり、当該遺言において相続による承継を当該相続人の受諾の意思表示にかからせたなどの特段の事情のない限り、何らの行為を要せずして、被相続人の死亡の時（遺言の効力の生じた時）に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継されるものと解すべきである。そしてその場合、遺産分割の協議又は審判においては、当該遺産の承継を参酌して残余の遺産の分割がされることはいうまでもないとしても、当該遺産については、右の協議又は審判を経る余地はないものというべきである。もっとも、そのような場合においても、当該特定の相続人はなお相続の放棄の自由を有するのであるから、その者が所定の相続の放棄をしたときは、さかのぼって当該遺産がその者に相続されなかったことになるのはもちろんであり、また、場合によっては、他の相続人の遺留分減殺請求権の行使を妨げるものではない」

【最判平 14.6.10】「相続させる」遺言と第三者に対する登記の要否[H11 受 271:家月 55-1-77]

「特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」趣旨の遺言は、特段の事情のない限り、何らの行為を要せずに、被相続人の死亡の時に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継される（最判平 3.4.19 参照）。このように、「相続させる」趣旨の遺言による権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なることはない。そして、法定相続分又は指定相続分の相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその権利を第三者に対抗することができる（最判昭 38.2.22、最判平 5.7.19 参照）……被上告人は、本件遺言によって取得した不動産又は共有持分権を、登記なくして上告人らに対抗することができる」

【東高判昭 45.3.30】（多田判決）上記最判まで②を否定していた判例（遺産分割を要する）

4. 遺産分割の遡及効（909 条）

- ・ 遺産分割は、相続開始のときに効力が遡及するが、第三者の権利を害することはできない。
※共同相続人の 1 人が法定相続分で登記をし、売却していた場合は登記による対抗関係となる
- ・ 宣言主義：分割協議の結果通りになっていたものであり、分割は事後的に宣言したに過ぎない。
→分割前に持分譲渡を受けた第三者は（遺産分割前であることに善意無過失であれば）但書で保護される
- ・ 移転主義：共有になっていたが、分割によって共有持分が譲渡された。
→分割前に持分譲渡を受けた第三者は対抗関係に立つ

【最判昭 46.1.26 民集 25-1-90】相続人間では宣言主義、第三者とは移転主義[S45 才 398]

実際には、遺産分割協議後、登記を経る前に持分ゼロと決した共同相続人の債権者が、債権者代位権を行使して所有権移転登記と差し押さえを行った事案。遺産分割の前後を問わず、対抗関係とした。

「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいつたん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずるのと実質上異なるものであるから、不動産に対する相続人の共有持分の遺産分割による得喪変更については、民法一七七条の適用があり、分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗することができない」

5. 相続の開始後に認知された者の価額支払請求権（910 条）

- ・ 遺産分割その他の処分後に、相続開始後の認知で相続人となった者が分割請求をする場合は、価

額の支払い請求しかできない。

- ・直系尊属・兄弟姉妹が相続した場合は相続回復請求権取得説と、910 条类推適用説がある。

6. 共同相続人間の担保責任（911-914 条）

- ・物権の場合、売主に同じく相続分に応じて担保責任を負う（911 条）
- ・債権の場合、分割のときにおける債務者の資力を担保する（912 条 1 項）
弁済期に至らないか停止条件付の債権では、弁済すべき時における資力（2 項）
- ・無資力の共同相続人がいる場合、求償者との共同相続人が分担する（913 条）
求償者に過失があるときは、求償できない（但書）
- ・共同相続人間の担保責任につき、被相続人は遺言で別段の意思を表示できる（914 条）

7. 遺産分割と金銭債権（可分債権）

金銭債権（可分債権）は当然に分割され、銀行や郵便局は実務上応じていないが訴訟では負ける

【東京高判平 7.12.21】【東京地判平 8.11.8】銀行・郵便局で金銭債権の分割払戻しを認容

【東京地判平 9.10.20】預金債権を遺産分割の対象にする合意成立の余地がある間は拒否可能

- ・金銭債権は明示又は黙示の合意があれば、当然分割ではなく遺産分割対象となる。ただし、債務者・第三者に対しては対抗要件（債務者への通知又は承諾）が必要。

【福高決平 8.8.20】遺産が銀行預金だけの事案で、金銭債権を分割対象とした

【最判昭 48.11.22】遺産分割で法定相続分以上を取得した場合、対抗要件が必要。

- ・金銭そのものは遺産分割で調整に使うため、当然に分割帰属するわけではない
【最判平 4.4.10】相続財産たる金銭は、遺産分割前に当然に分割帰属するわけではない
「相続人は、遺産の分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して、自己の相続分に相当する金銭の支払を求めることはできない」
- ・共同相続人全員によって売却された相続財産の売却代金は、可分債権扱い
【最判昭 54.2.22】共同相続人全員で売却した相続財産の代金は、当然に分割債権である

8. 遺産分割の当事者

- ・相続人のほか、包括受遺者（990 条）、相続分譲受人（905 条）、遺言執行者（1012 条）
※不在者は不在者財産管理人が家裁の許可を得て代理する。

- ・胎児がいる場合の遺産分割

①生まれるまで待つべき（通説）※死産や 1 人と思っていたら双子だったなどの場合があるから

②先に分割して、生まれてから価額支払請求権（910 条）のみを付与する（少数）

9. 遺産分割と相続債権者の詐害行為取消権

- ・可分債務を相続人内で遺産分割の対象とすることは可能だが、債務引受けにあたるので、債権者に対抗するにはその同意が必要。
- ・法定相続分に従って債務を承継しながら、積極財産の相続が過少で、固有財産も少ない場合、詐害行為として取り消すことができる。

10. 遺産分割と相続人債権者の詐害行為取消権

- ・相続開始後に生じた債権者との関係では、遺産分割は詐害行為取消権の対象となる
【最判平 11.6.11】遺産分割を詐害行為取消権の対象と認める

相続開始の14年後に連帯保証した債務の履行を16年後に請求され、分割返済する旨述べていたにもかかわらず、2カ月後に自らの相続分皆無の遺産分割を成立させ、移転登記後に自己破産を申し立てた事案。

- ・ 相続開始前の債権者との関係では、害意で過少な財産しか取得しない場合に限る（通説）

11. 遺産分割協議の解除

- ・ 債務不履行を理由とした遺産分割協議の解除は認められない

【最判平 1.2.9】他の共同相続人から履行遅滞を理由に遺産分割協議の解除を請求 → 却下

母を同居扶養する約束で遺産の大部分を取得した長男が、母を扶養せず、暴力をふるうようになったため、母と他の子が履行遅滞を理由に遺産分割協議を解除したと主張し、更正登記を請求した事案。

「遺産分割協議が成立した場合に、相続人の一人が他の相続人に対して右協議において負担した債務を履行しないときであつても、他の相続人は民法五四一条によつて右遺産分割協議を解除することができない」

理由①：「遺産分割はその性質上協議の成立とともに終了」するから（←宣言主義）

理由②：認めると「遡及効を有する遺産の再分割を余儀なくされ、法的安定性が著しく害される」から

→第三者は保護される（545条1項但書、192条、909条但書）が、原状回復・やり直しは大変。

- ・ 遺産の大部分の取得を、負担付贈与による相続分譲渡を受けたものと構成すれば解除できる

【最判昭 53.2.17】遺産の大部分の取得を、負担付贈与による相続分譲渡として解除を認容

遺産の大部分を相続した養子が忘恩行為を働いたため、負担付贈与の負担の不履行を理由に解除を認めた（遺産分割で、相続分皆無証明書によりこの養子に相続分を集中させた事案）

- ・ 共同相続人全員の合意があれば遺産分割協議を解除できる

【最判平 2.9.27】共同相続人全員の合意で、分割協議の全部又は一部をやり直すことができる

「共同相続人の全員が、既に成立している遺産分割協議の全部又は一部を合意により解除した上、改めて遺産分割協議をすることは、法律上、当然には妨げられるものではない（事案としては、合意未成立で却下）」

※この解釈で、遺産分割に際して共同相続人全員の合意で解除条件を付すことはできる。

第4章 相続の承認及び放棄（915-940条）

第1節 総則（915-919条）

1. 相続の承認・放棄の期間、財産調査権（915-917条）
 - ・ 自己のために相続開始があったことを自己が知ってから3カ月（熟慮期間、1項）
利害関係人・検察官の請求で家裁において伸長できる（1項但書）
【最判昭 51.7.1】 相続人が複数いる場合、熟慮期間はそれぞれ別々に進行する。
 - ・ 相続人が未成年又は成年被後見人の場合、法定代理人が知ってから3カ月（917条）
 - ・ 相続人が承認・放棄をせずに死亡した場合、その相続人につき改めて起算（916条、再転相続）
再転相続人が相続人からの相続を放棄すると、被相続人→相続人の相続放棄ができなくなる
【最判昭 63.6.21】 再転相続人による相続放棄は、自身が放棄しても有効
被相続人→相続人について相続放棄したのち、相続人→再転相続人について相続放棄した場合、先行する被相続人→相続人の相続放棄が無効になるわけではない。
〔被相続人→相続人〕を承認→〔相続人→再転相続人〕を放棄：遡って無効？
〔被相続人→相続人〕を放棄→〔相続人→再転相続人〕を放棄：つねに有効
〔相続人→再転相続人〕を放棄→〔被相続人→相続人〕を承認・放棄：無効（資格なし）
 - ・ 相続の承認又は放棄をする前に相続財産の調査をすることができる（2項）
2. 相続の承認・放棄前の相続財産の管理（918条）
 - ・ 相続の承認又は放棄までは、自己の固有財産と同一の注意をもって管理（1項）
 - ・ 家裁は相続財産の保存に必要な処分ができる（2項）請求者は利害関係人・検察官
 - ・ 相続財産管理人に不在者の財産管理人を準用（3項→27-29条）
熟慮期間中 : 相続人、同一の注意、家裁の処分権、相続財産管理人（918条）
単純承認後 : 規定なし（原則、共有物の管理。遺産分割までは相続財産管理人選任請求は可能（通説））
限定承認後 : 相続人、同一の注意、家裁の処分権、相続財産管理人（926条→918条 2,3項）
相続放棄後 : 放棄者、同一の注意、家裁の処分権、相続財産管理人（940条→918条 2,3項）
財産分離命令後 : 相続人、同一の注意、家裁の処分権、相続財産管理人（943,944条）
相続人の不存在 : 相続財産法人の管理人
3. 相続の承認・放棄の取消しの制限（919条）
 - ・ 相続の承認・放棄は原則取消できず、詐欺・強迫・制限行為能力者の取消しに限る（1,2項）
【最判昭 40.5.27】 相続放棄において錯誤無効の主張は認められる
※相続放棄するはずがしなかった相続人がいた場合や、債務超過と誤信した場合などは動機の錯誤にとどまる。
 - ・ 取消権は追認ができるときから6カ月が時効、承認・放棄から10年が除斥期間（3項）
 - ・ 限定承認・放棄の取消しは家裁に申述する必要がある（4項）

第2節 相続の承認（920-937条）

第1款 単純承認（920,921条）

1. 効力：被相続人の義務を無限に相続する（920条）
 2. 要件：法定単純承認（921条）
 - ・ 相続財産の全部又は一部の処分。保存行為・短期賃貸借は除く（1号）
 - ・ 熟慮期間の経過（2号）
 - ・ 限定承認又は放棄の後、相続財産の全部又は一部の隠匿、債権者を害することを知っての消費、相続財産の悪意の目録不掲載をしたとき。ただし、次順位相続人が承認した場合を除く（3号）
- 【最判昭 42.4.27】行方不明の父の車を処分したら自殺していた事案→法定単純承認を認めず
「相続人が自己のために相続が開始した事実を知りながら相続財産を処分したか、または、少なくとも相続人が被相続人の死亡した事実を確実に予想しながらあえてその処分をしたことを要する」
- 【最判昭 29.12.24】相続放棄が受理されても、法定単純承認の要件があれば訴訟で争える
- ・ 熟慮期間の起算点は相続開始・自己が相続人であることを覚知したとき ⇒ 理由があれば緩和要件…①相続放棄・限定承認をしなかったのは被相続人に財産が全く存在しないと信じたため、②そう信じることにについて相当な理由がある、③相続財産の有無を調査することが著しく困難
起算点…相続人が相続財産の全部又は一部の存在を認識した時又は通常これを認識すべき時
- 【最判昭 59.4.27】（相続放棄認容、上告棄却、反対1）

ギャンブルに熱中する父の元を家出した子3名が、家出後13年で生活保護を受けながら父が死亡したことを知っていたものの、積極・消極の財産はないと考えていたが、家出の10年後に結ばれた連帯保証債務があることがわかったため、熟慮期間経過後に相続放棄を申し立てたもの。家裁は相続放棄の申述を受理した。訴訟は、父の生存中に提起された連帯保証債務履行請求。一審は父生存中に請求認容したが、判決正本送達前に父が死亡し、子3名の控訴に対して二審は相続放棄を理由に請求を棄却した ⇒ 相続放棄は有効とし、請求棄却

「熟慮期間は、原則として、相続人が前記の各事実を知った時から起算すべき」「相続人が…右各事実を知った時から三か月以内に限定承認又は相続放棄をしなかったのが、被相続人に相続財産が全く存在しないと信じたためであり、かつ、被相続人の生活歴、被相続人と相続人との間の交際状態その他諸般の状況からみて当該相続人に対し相続財産の有無の調査を期待することが著しく困難な事情があつて、相続人において右のように信ずるについて相当な理由があると認められるときには…熟慮期間は相続人が相続財産の全部又は一部の存在を認識した時又は通常これを認識すべき時から起算すべき」

第2款 限定承認（922-926,936 条）

1. 効力：相続によって得た財産の限度で債務及び遺贈を弁済すべきことを留保した承認（922 条）

- ・ 債務は全額承継されるが、弁済する義務は相続財産の限度となる（責任なき義務）

【大判昭 7.6.2】相続人は債務の全額を承継し、弁済は相続財産の限度でよい

相続債権者が相続人に給付訴訟を提起した事案で、債務全額の給付判決と、相続財産の限度において弁済をなすべき旨の留保を付した判決を下すべき、とした。

2. 要件

- ・ 共同相続の場合、全員が共同してのみ行える（923 条）
- ・ 期間内に相続財産目録を作成・提出して、家庭裁判所に申述すること（924 条）

3. 限定承認後の財産管理義務（926,936 条）

- ・ 自己の財産と同一の注意をもって管理を継続する義務（926 条 1 項）
- ・ 委任等の規定の準用（2 項）
委任：報告義務(645)、受取物引渡義務(646)、費用償還・債務弁済請求権（650-1,2）
相続承認・放棄前の相続財産管理：家裁の処分命令権・不在者財産管理人の準用（918-2,3）
- ・ 相続人が複数のとき、家裁はそこから相続財産管理人を選任しなければならない（936 条）
相続財産管理人は、相続人全員を代理して相続財産の管理・債務の弁済の一切を行う（2 項）
相続財産管理人も、同一の注意でよく、926-935 条の清算手続きを代行する（3 項）

4. 被相続人と相続人の間の権利義務は消滅しない（520 条混同の例外、925 条）

5. 限定承認と相続人への贈与

- ・ 被相続人が相続人に生前贈与し、相続開始まで登記が経由されなかった場合

【大判昭 9.1.30】死亡後であれば登記を経由しても相続債権者が優先する

※解釈…限定承認は一種の破産宣告とみなす（判例・通説）／限定承認は公示がないので、対抗関係（少数説）

- ・ 被相続人が相続人に遺贈（＝死因贈与）した場合

【最判平 10.2.13】限定相続の相続人たる受贈者は死因贈与による不動産取得を対抗できない

「不動産の死因贈与の受贈者が贈与者の相続人である場合において、限定承認がされたときは、死因贈与に基づく限定承認者への所有権移転登記が相続債権者による差押登記よりも先にされたとしても、信義則に照らし、限定承認者は相続債権者に対して不動産の所有権取得を対抗することができない」

登記する：所有権は対抗できる。債務超過の場合、限定承認者もしくは悪意の受遺者として損害賠償責任を負う
⇒ この構成は信義則違反として最高裁が認めず。

登記しない：相続財産の換価により所有権を得られる。遺贈・死因贈与が全部配当されない場合、持出しになる。

・

第3款 限定承認の清算手続き（927-935条）

1. 相続人全員による限定承認の申述 → 受理
2. すべての相続債権者・受遺者に対する公告（927条1,2,4項）
 - ・ 期間：限定承認をして5日以内、相続財産管理人選任後10日以内（1項、936条3項）
 - ・ 対象・方法：すべての相続債権者及び受遺者につき、官報による
 - ・ 内容：限定承認をしたこと、一定の期間内（2カ月以上）にその請求の申出をすべき旨。
付記：申出をしないときは弁済から除斥されるべき旨
3. 知っている相続債権者・受遺者に対する催告（927条2,3項）
 - ・ 対象・方法：知っている相続債権者・受遺者につき、各別に行う。
 - ・ 内容：その請求の申出をすべき旨。なお、相手方が申出をしなくても除斥できない。
4. 公告期間満了前の弁済拒絶権（928条）
5. 公告期間満了後の相続債権者に対する弁済（929,930条）
 - ・ 対象者：申出をした相続債権者、知っている相続債権者（929条）
 - ・ 対象債権：弁済期末到来債権も弁済の対象（930条1項）
条件付・存続期間不確定の債権は家裁の選任する鑑定人の評価に従う（同2項）
 - ・ 弁済額：相続財産をもって、それぞれの債権額の割合に応じて弁済を行う（929条）
 - ・ 例外：優先権を有する債権者の権利を害することはできない。（同但書）
6. 相続債権者に対する弁済終了後の受遺者に対する弁済（931条）
 - ・ 時期：公告期間満了後の相続債権者に対する弁済をした後
7. 弁済のための相続財産の換価（932条）
 - ・ 競売に付すか、鑑定人の評価に従って全部又は一部の価額を弁済することで換価する
8. 相続債権者及び受遺者の換価手続きへの参加（933条）
 - ・ 相続債権者・受遺者は自己の費用で、相続財産の競売・鑑定に参加できる。
 - ・ 請求者を参加させない競売・鑑定は対抗力をもたない（後段→260条2項：共有物の分割）
9. 不当な弁済をした限定承認者の責任（934条）
 - ・ 927条（公告・催告怠慢）、928条（公告期間満了前の弁済）、929-931条（弁済方法違反）の違反により他の相続債権者・受遺者に弁済できなくなったときは損害賠償責任を負う（1項）
 - ・ 相手方相続債権者・受遺者が悪意のときは、他の相続債権者・受遺者は求償できる（2項）
 - ・ 不法行為の準用：損賠請求権の3年時効、20年除斥（3項→724条）
10. 公告期間内に申出をしなかった相続債権者・受遺者（935条）
 - ・ 限定承認者に知れなかった場合、残余財産にのみ権利を行使できる。特別担保を有する者を除く。

第3節 相続の放棄（938-940条）

1. 要件：家庭裁判所に申述すること（938条）

- ・要式行為である、相続開始前に放棄することはできない。

2. 効力：初めから相続人とならなかったものとみなす（939条）

- ・相続放棄の効力は、遡及効を含めて登記なしに対抗できる

【最判昭 42.1.20】相続放棄の8年後に放棄者の債権者が行った差し押さえを無効とした

相続人7名のうち5名が相続放棄し、1名が持分を放棄した不動産につき、所有権移転登記をしていなかったところ、相続放棄した者の債権者が持分9分の1の保存登記を代位して行い、仮差押えしたので、単独相続した所有者が第三者異議を申し立てたもの ⇒ 無効として抹消登記を命じる

「（相続放棄の）効力は絶対的で、何人に対しても、登記等なくしてその効力を生ずる」

- ・債権者の詐害行為取消権の対象にはならない

【最判昭 49.9.20】相続放棄のような身分行為は詐害行為取消権行使の対象とならない

債務超過の被相続人の債権者が、資産超過の相続人の相続放棄の取消しを求めたもの。

「相続の放棄のような身分行為については、民法四二四条の詐害行為取消権行使の対象とならない」

理由①「既得財産を積極的に減少させる行為というよりはむしろ消極的にその増加を妨げる行為にすぎない」

理由②「身分行為については、他人の意思によつてこれを強制すべきでない…もし相続の放棄を詐害行為として取り消しうるものとすれば、相続人に対し相続の承認を強制することと同じ結果となり…不当である」

- ・無権代理行為が先行しても、相続放棄が権利濫用とはならない

【最判 42.5.30】相続放棄した子が無権代理で設定した根抵当権の抹消請求を認容

父の不動産に無権代理によつて根抵当権を設定した子が相続放棄し、単独相続した妻が根抵当権の抹消請求をした事案。権利者が権利濫用のほか、子の相続放棄により孫が代襲相続すると主張した ⇒ 主張却下、請求認容

「相続の放棄は、それによつて相続債権者に損害を加える結果となり、また放棄者がそれを目的とし、もしくは認識してなされたとしても、民法が相続放棄の自由を認めている以上、無効と解すべきではない。」

3. 放棄後の財産管理義務（940条）

- ・次順位相続人の管理開始まで、自己の財産と同一の注意をもって管理を継続する義務（1項）
- ・委任の規定の準用：報告義務(645)、受取物引渡義務(646)、費用償還・債務弁済請求権(650-1,2)
- ・相続承認・放棄前の相続財産管理の準用：家裁の処分命令権・不在者財産管理人の準用(918-2,3)

4. 事実上の相続放棄

- ・遺産分割協議で特別受益によつて相続分がゼロであるとする証明（相続分皆無証明書）をつけて相続登記申請書に添付する方式

【東高判昭 59.9.25】相続分皆無証明書による方法を有効と認める

- ・遺産分割協議で相続分として名目的な財産を取得させ、事実上財産を取得しない方式
- ・相続放棄した相続人も相続税額の計算上は含まれる（昭 33 改正後）

第5章 財産分離（941-950条）

第1款 第一種財産分離（941-949条）

1. 相続債権者又は受遺者による請求（941条1項）、相続人による請求の防止（949条）
 - ・ 相続開始から3カ月以内だが、相続財産が相続人の固有財産と混同しない間は請求可能
 - ・ 相続人が固有財産で弁済又は担保を供して、財産分離の請求を防止し、効力を消滅させることができる。但し、相続人債権者が、詐害行為を証明して異議を述べた場合を除く（949条）
2. 財産分離の公告（941条2,3項）
 - ・ 方式：財産分離の命令があつてから5日以内、他の相続債権者及び受遺者に対し、官報による
 - ・ 内容：財産分離命令のあったこと、一定の期間内（2カ月以上）に配当加入の申出をすべき旨。
3. 財産分離請求可能期間及び公告期間満了前の弁済拒絶権（947条1項…>941条1,2項）
4. 財産分離請求後の相続財産の管理（943-946条）
 - ・ 単純承認しても、相続人はその固有財産と同一の注意で管理しなければならない（944条1項）
→ 委任等の規定の準用（2項）：報告義務（645）、受取物引渡義務（646）、受任者の金銭の消費についての責任（647）、費用償還・債務弁済請求権（650-1,2）
 - ・ 家裁は相続財産の管理について必要な処分を命じることができる（943条1項）
→ 相続財産管理人を選任した場合、不在者財産管理人の規定を準用（2項⇒27-29条）
 - ・ 不動産の場合、財産分離は登記なくして第三者に対抗できない（945条）
 - ・ 物上代位の規定は財産分離の場合にも準用される（946条）→不動産の売却代金に代位できる
5. 公告期間満了後の相続債権者・受遺者への弁済（942,947条）
 - ・ 特色：相続人の債権者に先立って弁済を受ける（＝財産分離の効力、942条）
 - ・ 対象者：請求者及び配当加入申出をした相続債権者及び受遺者（2項）
 - ・ 弁済額：相続財産をもって、それぞれの債権額の割合に応じて弁済を行う（2項）
 - ・ 例外：優先権を有する債権者の権利を害することはできない。（同但書）
 - ・ 限定承認の準用（3項）
 - ①相続債権者に対する弁済終了後の受遺者に対する弁済（931条）
 - ②弁済期未到来債権の弁済義務、条件付・存在期間不確定債権の鑑定人評価義務（930条）
 - ③弁済のための相続財産の換価（競売もしくは鑑定人の評価、932条）
 - ④相続債権者及び受遺者の換価手続きへの参加（933条）
 - ⑤不当な弁済をした相続人の責任（934条）
6. 相続人の固有財産からの弁済（948条）…請求者・配当加入者は、相続財産で足りない場合に限って、相続人の固有財産から弁済を受けることができる。但し、相続人債権者に劣後する。

第2款 第二種財産分離（950条）

1. 期間は相続人が限定承認できる間及び相続財産・固有財産の混同する前。公告は請求者が行う。
2. 準用：限定承認の清算手続き（927-935）、相続財産管理（943-945,304）、相続人固有財産からの弁済（948）。949条請求防止は準用せず ※相続人債権者は破産法の相続財産破産を申立できない

第6章 相続人の不存在（951-959条）

1. 相続財産法人の成立（951条）：相続人があることが明らかでないとき
 - ・遺産全部の包括受遺者がいる場合、相続人があるとみなされる。
【最判平 9.9.12】遺産全部の包括受遺者がいても、相続人の不存在とした原審を破棄
2. 相続財産管理人の選任（952-954条）
 - ・利害関係人又は検察官の請求により家裁に選任義務（952条1項）
 - ・選任したとき、家裁は遅滞なく公告（相続人の有無を問う公告）する義務がある（2項）
 - ・不在者財産管理人の準用（953条⇒27-29条）
 - ・管理人の報告義務：相続債権者・受遺者の請求があるときの報告義務（954条）
3. 相続財産法人の不成立（955,956条）
 - ・相続人がいた場合。ただし、管理人が権限内でした行為は妨げられない（955条）
 - ・相続人の単純承認 → 管理人は代理権を失い、遅滞なく管理の計算を行う義務（956条）
4. 相続債権者及び受遺者に対する弁済（957条）
 - ・公告→二カ月以上→弁済の順で、公告内容（927条1項）、鑑定人の評価に従う弁済による相続財産の競売防止（932条但書）を除き、限定承認の清算手続き（927-935条）に準じる。
5. 相続人の搜索の公告（958条）
 - ・相続債権者・受遺者に対する請求申出期間経過後、なお相続人が不明のとき。相続財産管理人又は検察官の請求により、家裁は相続人の搜索の公告（6カ月以上）を行う義務がある。
6. 相続人の搜索の公告期間満了の効果：公告期間に主張する者がいないとき（958条の2）
 - ・相続人・相続財産管理人に知れなかった相続債権者・受遺者は権利行使できなくなる
7. 特別縁故者に対する相続財産の分与（958条の3）
 - ・家裁は特別縁故者に清算後の残存相続財産の全部又は一部を与えることができる
 - ・特別縁故者は「被相続人の療養看護に努めた者その他被相続人と特別の縁故があった者」で、法人でもよい。
 - ・相続人の搜索の公告期間満了後、3カ月以内に請求が必要（2項）
8. 残余財産の国庫帰属（959条）
 - ・残余財産は国庫に帰属する。相続財産管理人は遅滞なく管理の計算を行う義務（→956条2項）
 - ・255条（共有者の1人が死亡し相続人がないときは、その持分は他の共有者に帰属）に優先
【最判平 1.11.24】特別縁故者への分与ののち、国庫帰属の際にはじめて255条が適用される
「共有者の一人が死亡し、相続人の不存在が確定し、相続債権者や受遺者に対する清算手続が終了したときは、その共有持分は、他の相続財産とともに、法九五八条の三の規定に基づく特別縁故者に対する財産分与の対象となり、右財産分与がされず、当該共有持分が承継すべき者のないまま相続財産として残存することが確定したときにはじめて、法二五五条により他の共有者に帰属することになる」

第7章 遺言 (960-1027 条)

第1節 総則 (960-966 条)

1. 遺言の有効要件

- ・ 遺言の方式が第2節の方式によること (960 条)
- ・ 遺言する者が 15 歳に達していること (961 条) ※15 歳未満であれば、取消し対象ではなく当然無効
- ・ 遺言する時に、その能力を有していること (963 条) ※意思能力を要求される。
- ・ 制限行為能力者であっても、後見人等は取消しえない (962 条⇒5,9,13,15 不適用)

【東高昭 52.10.13】公証人が遺言能力を認めた公正証書遺言で、遺言能力を否定

2. 遺言者は遺贈によって財産の全部又は一部を処分できるが遺留分に反することは不可 (964 条)

- ・ 遺贈には、包括の名義 (包括遺贈) と特定の名義 (特定遺贈) がある
- ・ 受遺者は胎児でもよく、相続人欠格事由に該当すると受遺者たりえない (965→886,891 条)
- ・ 受遺者は法人でもよい (通説・判例)
- ・ 特定遺贈の場合、遺贈は物権的効力 (ただちに所有権移転) を有する

【最判昭 62.4.23】受遺者は遺言執行者がいても保全処分を行うことができる

「遺言者の所有に属する特定の不動産が遺贈された場合には、目的不動産の所有権は遺言者の死亡により遺言がその効力を生ずると同時に受遺者に移転する」⇒物権的効力を認める

【最判昭 49.4.26】特定債権の遺贈は遺贈義務者から債務者への通知・承諾が対抗要件

受遺者の通知では足りず、遺贈義務者から債務者への通知又は債務者の承諾がないと債務者に対抗できない

3. 被後見人の遺言の制限 (後見終了後も、計算の終了まで適用、966 条)

- ・ 被後見人が後見人・その配偶者・直系卑属の利益になる遺言をした場合、無効 (1 項)
- ・ 後見人が直系血族、配偶者、兄弟姉妹の場合は不適用 (2 項)

4. 遺言事項

- ・ 相続の法定原則の修正…相続人の廃除・廃除取消し (893,894-2)、相続分の指定 (902)、遺産分割方法の指定・分割禁止 (908)、特別受益の持戻し免除 (909)、遺産分割時の担保責任 (914)、遺留分減殺方法の定め (1034 但書)
- ・ 相続以外の財産処分…遺贈 (964 他)、財団法人設立のための寄附行為、信託の指定など
- ・ 身分関係に関する事項…認知 (781-2)、未成年後見人・監督人の指定 (839-1,848)
- ・ 遺言の執行に関する事項…遺言執行者の指定 (1006-1)、復任権、数人あるとき、報酬

第2節 遺言の方式（967-984条）

第1款 普通的方式（967-975,984条）

1. 遺言の方式の限定（967条）：自筆証書、公正証書、秘密証書と特別の方式に限る

2. 自筆証書遺言（968条）

- ・有効要件：遺言者が、全文、日付、氏名を自書し押印すること（＝自筆能力が必要）
- ・加除変更：遺言者が、場所を指示して変更した旨を付記・署名し、変更箇所に押印すること。
- ・自筆能力は文字を知り、かつ筆記する能力をいう。盲目でも筆記できれば自書能力はある。

【最判昭 62.10.8】運筆に他人の助けを借りただけでは自書能力は否定されない

添え手をした他人の意思が介入した形跡のないことが、筆跡の上で判定できる場合に限り、有効な自筆証書遺言と認めるとする。遺言者の声に従って、他人が誘導した場合は自書の要件を欠く。また、遺言の有効性の立証責任は有効を主張する側にあるとする。運筆に妻の助けを借りた事案で、自書能力は認めつつ、遺言は無効。

【最判平 5.10.19】カーボン紙を用いて複写しても自筆証書遺言として有効である

- ・本文が日本語ではなく、押印がなくても有効と認められる場合がある

【最判昭 49.12.24】帰化ロシア人の英文・押印欠落で署名のみの自筆遺言を有効と認める

約40年間日本に在住し、1年9カ月前に帰化した白系ロシア人で、普段はロシア語・英語を用い日本語は片言で、交際も日本人は少数、生活もヨーロッパ式、印章は請求された場合にしか押印していなかった事案。

【大判大 4.7.3】氏名の自書は、誰かわかり他人と混同しなければ、氏又は名のみで足りる

- ・押印は実印である必要はなく、指印でもよい。また、封筒の封じ目への押印でもよい。

【最判平 1.2.16】押印は指印でもって足りる

【最判平 6.6.24】書簡形式の自筆の遺言書で、封筒の封じ目への押印があれば有効とした

- ・日付は暦上の特定の日表示する必要がある（判例）が、「還暦の日」なども可能（通説）

【最判昭 54.5.31】「昭和四拾壹年七月吉日」は、日付が確定しないので無効

- ・明らかな誤記の訂正は加除変更の様式を満たさなくても有効

【最判昭 47.3.17】【昭 56.12.18】それぞれ死亡危急者、自筆証書遺言の事案で有効判定

3. 公正証書遺言（969条、969条の2）

①証人2名以上の立会いがあること

②遺言者が口授した遺言の趣旨を公証人が筆記する。

※遺言者が啞者の特則：通訳人の通訳による申述又は自書で口授に代え、公証人が筆記する

③遺言者及び証人に読み聞かせ又は閲覧させる

※遺言者又は証人が聾者の特則：読み聞かせを通訳人の通訳に代えることができる。

④遺言者・証人が筆記の正確なことを承認して記名・押印する

※遺言者が署名できない場合、公証人がその旨付記することで署名に代えることができる

⑤公証人が公正証書遺言の方式に従って作成した旨付記し、署名押印する。

※聾啞者の特則による場合は、公証人は特則による旨を証書に付記する。

【最判平 10.3.13】証人は④遺言者の記名押印に立ちあう必要がある

証人は直後に確認し押印しており、翻意等の事情はうかがわれないので、方式の瑕疵は認めつつ、遺言は有効。

- ・口授と読み聞かせの順序が逆になっても、遺言者の真意が確保されていれば有効

【最判昭 43.12.20】遺言者の承認・記名押印があれば、順番の前後があっても有効

公証人が遺言者の依頼を受けた者から聴取した内容を予め筆記し、遺言者に読み聞かせてから同趣旨を遺言者が口授し、承認して署名押印した事案。遺言者の真意が確保されているとして有効判断。

4. 秘密証書遺言（970-972 条）

①遺言者が、証書に記名押印したのち、②証書を封じ、証書の押印と同じ印で封印する。

※加除変更は自筆証書遺言に同じ。

③公証人と証人 2 名以上に封書を提出し、自己の遺言書である旨と筆者の氏名住所を申述する。

※遺言者が啞者の特則：申述を通訳人の通訳又は封紙への自書で代える。

④封紙に公証人が日付と申述を記載し、公証人・遺言者・証人が署名押印する。

※啞者の特則による場合は、公証人は特則による旨を封紙に付記又は記載する。

・ 秘密証書遺言の方式を欠いても、自筆証書遺言の方式を満たせば、その効力を有する（971 条）

※本文が自筆でなくてもよいから、自筆証書遺言の方式を満たさない場合もある。

5. 成年被後見人の遺言（973 条）

・ 事理弁識能力を一時回復しており、医師 2 人以上の立ち合いが必要。医師は事理弁識能力を欠く状態になかった旨を付記し署名押印する。秘密証書遺言の場合、封紙に記載し、署名押印する

6. 証人及び立会人の欠格事由（974 条）

・ 証人・立会人に関する事由（1 項）：未成年者

【最判昭 55.12.4】盲人は明文上も事実上も証人として欠格ではない（反対 2）

公証人は信用できることが前提にあるので、遺言者の口授と公証人の読み聞かせを対比するのに耳が聞こえれば十分だから。反対意見は、遺言者の口授と筆記の合致を確認する必要があるから、盲人は不適格とした。

・ 遺言者との関係による事由（2 項）：推定相続人・受遺者とその配偶者・直系血族

・ 公証人との関係による事由（3 項）：公証人の配偶者・四親等内親族・書記・使用人

7. 共同遺言の禁止（975 条）

・ 2 人以上が同一の証書で遺言することができない。

【最判平 5.10.19】単に合綴しただけで容易に切り離せる場合は、共同遺言ではない。

罫紙 3 枚の夫の遺言と 1 枚の妻の遺言が合綴され、夫の契印がされているが、容易に切り離すことができた。

【最判昭 56.9.11】一方に氏名を自書しない方式違背があっても、共同遺言として無効

夫が作成した自筆証書遺言の末尾に、勝手に妻の名を書いた遺言書につき、方式違背でも共同遺言と認め無効。

8. 外国に在る日本人の遺言の方式（984 条）

・ 遺言者の要件：日本の領事の駐在する地に在る日本人

・ 効力：公正証書遺言・秘密証書遺言をするときは、領事が公証人の職務を行う。

第2款 特別の方式（976-984条）

1. 危急時遺言①－死亡危急者（976条）

- ・遺言者の要件：疾病その他の事由によって死亡の危急に迫った者
- ・方式：
 - ①公正証書遺言の公証人を、証人が代行する（証人は計3名以上）、遺言者の署名押印は不要
 - ※遺言者が哑者の特則：通訳人の通訳による申述により、口授に代える（自筆は不可）
 - ※遺言者又は公証人代行しない証人が聾者：読み聞かせを通訳人の通訳に代えることができる
 - ②遺言の日から20日以内に、証人の一人又は利害関係人が請求し、家裁の確認を得る
 - ※遺言者の真意に出たものとの心証を得なければ、家裁は確認できない（→効力を生じない）
- ・方式違背は真意によるものであることにつき疑いを抱きしめない限り問題としない。
- ・家裁の裁判官の得るべき心証は確信の程度に及ぶ必要はない。

【東高決平 9.11.27】一応遺言者の真意に適うと判断される程度の緩和された心証で足りる

2. 危急時遺言②－船舶遭難者（979条）航空機遭難者に類推適用（通説）

- ・遺言者の要件：船舶が遭難した場合において、当該船舶中に在って死亡の危急に迫った者
- ・方式：
 - ①証人2人以上の立ち合いでもって、口頭で遺言する。
 - ※遺言者が哑者の特則：通訳人の通訳によって行う。
 - ②証人がその趣旨を筆記し、署名押印する→③遅滞なく、家裁の確認を請求（死亡危急に同じ）

3. 隔絶地遺言①－伝染病隔離者（977条）

- ・遺言者の要件：伝染病のため行政処分によって交通を断たれた場所に在る者
- ・方式：警察官1人及び証人1人以上の立ち合いで遺言書を作ることができる。

4. 隔絶地遺言②－在船者（978条）

- ・遺言者の要件：船舶中に在る者
- ・方式：船長又は事務員1人及び証人2人以上の立ち合いで遺言書を作ることができる。

5. 署名押印等の要件（980,981条）

- ・伝染病・在船者：遺言者・筆者・立会人・証人は各自遺言書に署名押印する（980条）
- ・伝染病・在船者・遭難者：署名又は押印不能者がいる時、立会人又は証人が付記する（981条）

6. 普通の方式の準用（982条）：加除変更の方式（968条2項）、成年被後見人の遺言（973条）

証人・立会人の欠格事由（974条）、共同遺言の禁止（975条）

【最判昭 62.4.23】973条準用は行為能力者たる死亡危急者に医師立会を求める趣旨ではない

7. 遺言者生存時の効力（983条）

- ・特別の方式による遺言は、遺言者が普通の方式によって遺言をすることができるようになった時から6カ月間生存するときは、効力を失う。

第3節 遺言の効力（985-1003 条）

1. 遺言の効力は、遺言者の死亡のときから生じる（985 条 1 項）
 - ・ 死亡時点で未成就の停止条件が付してある場合、条件が成就した時から効力を生じる（2 項）
2. 遺贈の承認・放棄とその催告・相続・取消し（986-989 条）
 - ・ 受遺者は遺贈者の死亡後いつでも遺贈を放棄でき、効力は死亡時に遡及する（986 条）
 - ・ 遺贈義務者その他の利害関係人は、受遺者に対し遺贈の承認・放棄の催告ができる（987 条）
※期間内に意思表示しない場合、遺贈を承認したものとみなす（同但書）
 - ・ 受遺者が証人・放棄せずに死亡した場合、その相続人は自己の相続権の範囲内で証人又は放棄できる。ただし、遺言者が遺言で別段の定めをすることができる（988 条）
 - ・ 遺贈の承認・放棄は原則取消できず、詐欺・強迫・制限行為能力者の取消しに限る。取消権は追認ができるときから6カ月が時効、承認・放棄から10年が除斥期間（989 条⇒919 条 2,3 項）
3. 包括受遺者は相続人と同一の権利義務を有する（990 条）
4. 受遺者の担保請求権・果実収受権
 - ・ 遺贈の弁済期末到来の間・停止条件付で成否未定の間は遺贈義務者に担保請求できる（991 条）
 - ・ 遺贈の履行の請求ができるときから果実を取得する。但し遺言で別段の定めができる（992 条）
5. 遺贈義務者の費用償還請求権（993 条）
 - ・ 遺贈義務者が遺贈者死亡後に遺贈の目的物につき支出した必要費・有益費は、受遺者に償還を請求できる（留置権者の費用償還請求権に準ずる。1 項⇒299 条）。
 - ・ 果実の収取に要した通常費用は、果実の価格の限度で償還請求できる（2 項）
6. 遺贈の失効（994 条）
 - ・ 受遺者が遺言者の死亡又は停止条件の成就より先に死亡すると、失効する（1,2 項）
 - ・ ただし、停止条件成就前の死亡は遺言により修正できる（2 項但書）
7. 遺贈の無効又は失効のときの財産の帰属（995 条）
 - ・ 遺贈の失効・無効又は遺贈の放棄のとき、財産は相続人に帰属するが、遺言で修正できる
8. 相続財産に帰属しない権利の遺贈
 - ・ 相続財産に不帰属の権利の遺贈は無効、不帰属でも遺贈する趣旨の遺言なら有効（996 条）
 - ・ 有効なら、遺贈義務者はその権利を取得して受遺者に移転する義務を負う（997 条 1 項）
 - ・ 取得不可・取得に過分の費用を要する場合は、価額を弁償するが、遺言で修正可能（2 項）
9. 不特定物の瑕疵担保責任（998 条）
 - ・ 第三者から追奪を受けたときは売主に同じく担保責任を負い、瑕疵があれば交換義務がある。
10. 遺贈の物上代位（999 条）
 - ・ 遺贈目的物の滅失等により償金請求権を得ている場合、その権利を遺贈の目的と推定する（1 項）
 - ・ 付合・混和により合成物又は混和物の単独・共同所有者となっていたとき、その所有権又は共有持分を遺贈の目的と推定する（2 項）
11. 債権の遺贈の物上代位（1001 条）
 - ・ 遺贈目的物が債権で、遺言者が既に弁済を受けた場合、受け取った物が相続財産中に在るときは、

その物を遺贈目的物と推定する（1 項）

- ・ 債権の目的物が金銭の場合、弁済済みでありさえすればその金額を遺贈の目的と推定する（2 項）

12. 第三者の権利の目的である財産の遺贈（1000 条）

- ・ 受遺者は、遺贈義務者に対して第三者の権利の消滅を請求できない。但し、遺言で修正可能。

13. 負担付遺贈（1002,1003 条）

- ・ 負担付遺贈の受遺者は、その価額の限度で負担した義務の履行責任を負う（1002 条 1 項）
- ・ 負担付遺贈の放棄の場合、負担の利益を受ける者は、自ら受遺者となれる。遺言修正可能（2 項）
※受益者が当然に受遺者となる（多数説。遺贈放棄すればいいから）。意思表示必要との少数説もある。
- ・ 負担付遺贈の価額が限定承認・遺留分回復の訴えで減少した場合、その減少の割合に応じて、受遺者は負担を免れる。但し、遺言修正可能（1003 条）

14. 遺贈へのその他の制限

- ・ 公序良俗違反の遺贈はできず、不倫な関係の維持継続を目的とする遺贈はこれで無効。

※ただし、愛人の生活保持目的の遺贈は有効となる。

【最判昭 61.11.20 民集 40-7-1167】愛人への 3 分の 1 の包括遺贈は有効[S61 オ 946]

夫婦関係の実体がある程度喪失した妻、既婚で教師の実子、7 年間半同棲した愛人に 3 分の 1 ずつ遺産を与える
遺言の無効確認 ⇒ 妻は法定相続分、実子の生活の基盤は脅かさず、愛人の生活の保全が目的として有効。

第4節 遺言の執行（1004-1021条）

1. 遺言書の検認・開封と罰則（1004,1005条）

- ・相続開始時の遺言書保管者、遺言書を発見した相続人は、遅滞なく家裁に検認を請求する。
- ・公正証書遺言は検認不要だが、危急時遺言は家裁の確認があっても執行には検認必要。
- ・封印があれば家裁で相続人又はその代理人の立会の下開封する。
- ・提出怠慢・検認なき執行、家裁外での開封は5万円以下の過料となる（1005条）

2. 遺言執行者の指定（1006条）

- ・遺言で一人又は数人の遺言執行者を指定し又は第三者に指定を委託できる（1項）
- ・受託者は遅滞なく執行者を指定するか、辞退する旨を相続人に通知しなければならない（2項）

3. 遺言執行者の就職・選任（1007-1010条）

- ・遺言執行者が就職を承諾したときは、直ちにその任務を行わなければならない（1007条）
- ・相続人その他の利害関係人は、遺言執行者に就職の承諾を催告できる。確答しない場合、就職を承諾したものとみなされる（1008条）
- ・遺言執行者の欠格事由は、未成年者及び破産者であること（1009条）
- ・遺言執行者不在か不在となったときは、利害関係人の請求で家裁が選任できる（1010条）
※遺言認知（戸籍法 64条）、相続人の廃除・取消し（893,894条）は遺言執行人しかできないので、必置。

4. 遺言執行者の任務権限（1011-1014）

- ・遺言に関係する限りの相続財産の全部又は一部につき、以下の任務権限をもつ（1014条）
- ・遅滞なく、相続財産の目録を作成し、相続人に交付する。相続人の請求があれば、その立会の下目録を作成し、又は公証人に作成させる（1011条）
- ・相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為を行う権利義務を有する（1012条1項）
- ・委任の準用（同2項）：善管注意義務（644）、報告義務（645）、受取物引渡義務（646）、受任者の金銭の消費についての責任（647）、費用償還・債務弁済・無過失損害賠償請求権（650）
- ・相続人は、相続財産の処分その他の遺言執行の妨害行為を禁止される（1013条）

【最判昭 30.5.10】受遺者の保全処分は、遺言執行者がいても妨げられない

相続人が勝手に第三者に譲渡したため、所有権保全の仮処分を求めたもの。遺言執行者も受遺者もできる。

【最判昭 62.4.23】相続人の妨害行為は、遺言執行者就職前でも絶対無効[民集 41-3-474]

遺言執行者に遺言の公正な実現を図らせるための規定であるから、遺言執行者の就職前であっても、相続人が勝手に遺贈の目的不動産を第三者に譲渡・抵当権設定して登記をしても、そもそも無効であるから、受遺者は登記なくして所有権取得を対抗できる ⇒ 受遺者の行った登記抹消請求（保全処分）を認容

【最判平 7.1.24】「相続させる」遺言と遺言執行者の登記義務（消極）[H3 才 1057:判時 1523-81]

特定の不動産を特定の相続人に相続させる遺言があったとき、相続人が単独で所有権移転登記を行えるので、遺言管理者は遺言の執行としてこの登記を行う義務を負わない（相続人が単独で登記しても妨害行為ではない）

【最判平 11.12.16】遺言で相続人が指定された特定不動産でも、遺言執行の一環のときがある

特定の不動産を特定の相続人に相続させる遺言があったが、この遺言に抵触した前遺言に基づいて単独登記した共同相続人がいるときは、遺言執行者が同抹消登記手続と真正な所有権移転手続を求めることができる。

- ・遺言執行者がいない場合、遺贈は登記なくして第三者に対抗できない

【最判昭 39.3.6 民集 18-3-437】遺贈不動産への題意による持分登記は有効

遺言執行者が競売申立記入登記後に選任された事案。特定遺贈の事案だが、包括遺贈も同じ。

「不動産の所有者が右不動産を他人に贈与しても、その旨の登記手続をしない間は完全に排他性ある権利変動を生ぜず、所有者は全くの無権利者とはならないと解すべきところ（最判昭 33.10.14 参照）、遺贈は遺言によって受遺者に財産権を与える遺言者の意思表示にはかならず、遺言者の死亡を不確定期限とするものではあるが、意思表示によつて物権変動の効果を生ずる点においては贈与と異なるところはないのであるから、遺贈が効力を生じた場合においても、遺贈を原因とする所有権移転登記のなされない間は、完全に排他的な権利変動を生じないものと解すべきである。そして、民法一七七条が広く物権の得喪変更について登記をもつて対抗要件としているところから見れば、遺贈をもつてその例外とする理由はないから、遺贈の場合においても不動産の二重譲渡等における場合と同様、登記をもつて物権変動の対抗要件とするものと解すべきである」

5. 遺言執行者の地位等（1015-1020 条）

- ・遺言執行者は、相続人の代理人とみなされる（1015 条）

【最判昭 62.4.23】代理人の権限をもつのみで、相続人の利益のために行うべき責務はない。相続人が遺贈目的物を譲渡したため、仮処分を申し立てた事案。本人の行為に代理人がケチをつける形になるが、問題はない。「遺言執行者の任務は、遺言者の真意の実現にある」

【最判昭 43.5.31】受遺者の遺贈目的物の所有権移転請求訴訟で、被告は遺言執行者に限る。遺言執行者は所有権移転の権限を持つ一方、相続人は妨害行為が禁止され、移転する権利がないから。

【最判昭 31.9.18】相続人の遺言無効（共有持分）確認請求は、被告を遺言執行者としてよい。遺言が無効となれば、遺言執行者は不要となるが、現に遺言執行者がいる以上、遺言執行者を被告としてよい。

【最判昭 51.7.19】すでに遺贈による所有権移転登記が終わっていれば、被告は受遺者に限る。遺言執行者が争うのは、それ自体遺言の執行ではなく、又もはや登記につき執行者に権利義務はないから。

【最判平 10.2.27】遺言で特定遺産を相続した相続人は、賃借権確認訴訟の被告となる。特定の不動産を特定の相続人に相続させる遺言があり、持分 2 分の 1 ずつ取得した共同相続人の現住する一方が、遺言執行者を被告に賃借権確認訴訟を提起したもの。他方の共同相続人を被告とすべきとして訴えを却下。

- ・復任権：第三者にその任を行わせるのは、やむを得ない事由のあるときに限る。遺言修正可能（1016 条 1 項）。遺言修正の場合、復代理人を選任した代理人の責任を準用（2 項⇒105 条）
- ・数人ある場合、保存行為は各自で行え、それ以外は過半数で決する。遺言修正可能（1017 条）
- ・報酬は①遺言で指定、②家裁が相続財産の状況等によって定めることが可能（1018 条 1 項）
←委任の準用（2 項）：報酬請求の規定（事務終了後にしか請求できないこと等、648 条 2,3 項）
- ・解任：任務懈怠等正当な事由があれば、利害関係人は家裁に解任請求できる（1019 条 1 条）
- ・辞任：正当な事由があれば、家裁の許可を得て辞任できる（同 2 項）
- ・任務終了後に委任終了を準用（1020 条）：委任終了後の処分（654 条）、対抗要件（655 条）

6. 遺言執行費用は、相続財産の負担。ただし、遺留分を減ずることはできない（1021 条）

7. 遺言の解釈基準

【最判昭 58.3.18】遺言書の文面の形式的解釈でなく、柔軟に遺言者の真意を探究すべき

「遺言の解釈にあたっては、遺言書の文言を形式的に判断するだけでなく、遺言者の真意を探究すべき」「遺言書が多数の条項からなる場合にそのうちの特定の条項を解釈するにあつても、単に遺言書の中から当該条項のみを他から切り離して抽出しその文言を形式的に解釈するだけでは十分ではなく、遺言書の全記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などを考慮して遺言者の真意を探究し当該条項の趣旨を

確定すべき」⇒破棄差戻し（遺贈を一度遺贈し、受遺者の死亡後にさらに別の者に遺贈する後継ぎ遺贈の事案）

【最判平 5.1.19】遺言は合理的に解釈すべきだが、可能な限り有効となるように解釈すべき

遺言で遺産を「公共に寄與する」とし、遺言執行人を指定した場合、利用目的・被選定者が限られるから、遺言執行人による選定権の濫用もなく、受遺者の選定を遺言執行人に委託していても有効とすべき。

遺言の解釈では「遺言書に表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきであるが、可能な限りこれを有効となるように解釈することが右意思に沿うゆえんであり、そのためには、遺言書の文言を前提にしながらも、遺言者が遺言書作成に至った経緯及びその置かれた状況等を考慮することも許される」

第5節 遺言の撤回及び取消し（1022-1027条）

1. 遺言の撤回（1022条）：いつでも遺言の方式に則って全部又は一部を撤回できる。

【最判平 11.6.11】成年被後見人であっても、遺言者生存中の遺言無効確認請求はできない
遺言者がアルツハイマー病で、禁治産宣告の前に甥に遺贈する旨の公正証書遺言を作成したが、養子が無効確認を請求した事案。いつでも撤回できる上、受遺者が先に死亡する場合もあるから、生存中は無効確認できない。それは遺言者が心神喪失の常況に在って回復の見込みがなくとも変わらない。

【最判昭 31.10.4】生存中の遺言者による遺言無効確認の訴えは不適法

2. 遺言後の抵触行為（1023条）

- ・遺言後に、矛盾する別の遺言や生前処分等の法律行為があれば、抵触部分は撤回したとみなす。

※遺贈の目的物をさらに停止条件付贈与の目的とした場合、停止条件の成就確定まで待つことになる。

【最判昭 43.12.24】抵触行為は意思表示では足りず、確定的に法律効果を生じる必要がある
財団法人設立の寄附行為が遺言でされた後、同じ目的の別の財団法人の設立寄附行為が生前処分でなされたが、主務官庁の許可を得る前に死亡した事案 ⇒ 主務官庁の許可が停止条件であり、成就しなければ抵触しない

【最判昭 56.11.13】扶養を前提に遺産の大半を遺贈する遺言に、養子との協議離婚は抵触する
終生扶養を受けることを約して養子縁組し、その不動産の大半を遺贈する遺言をしたが、その後養子が勝手に抵当権登記をしたため、協議離婚し扶養を受けなかった事案 ⇒ 協議離婚を抵触行為と認定

- ・生前処分とその後の遺言による遺贈が競合した場合は、対抗関係となる（判例）

【最判昭 46.11.16】未登記の贈与→遺言→遺贈の順となった場合、対抗関係に立つ

亡父の名義のままの不動産につき、母が共有持分 1/3 を子 A に贈与したが、未登記のまま A が死亡し、次いで子 B に遺贈する旨の遺言を作成し死亡したため、B が父の死亡による所有権移転・共有登記、次いで遺贈による共有持分移転登記をした事案 ⇒ A（の妻子）と B は対抗関係であり、先に登記した B の所有権を認める
※不動産は旅館で、経営にあたった A の死後、嫁姑の争いで姑に加勢した B が旅館を継いだという事案。最高裁は母の最終意思を尊重すべきとしているが、結果的に母の最終意思と登記が合致したに過ぎない。

3. 遺言書又は遺贈目的物の破棄（1024条）：故意であれば、遺言のその部分の撤回とみなす。

4. 遺言の撤回の撤回等（1025条）

- ・詐欺・強迫による撤回を除き、再撤回し・取消し・無効としても、遺言は効力を回復しない。

【最判平 9.11.13】撤回した遺言の復活を希望することが明らかであれば、効力が回復する
甲遺言書を乙遺言書で撤回し、丙遺言書で「乙遺言書を無効とし、甲遺言書を有効とする」と書いたもの

5. 遺言の撤回権の放棄の禁止（1026条）

6. 負担付遺贈に係る遺言の取消し（1027条）

- ・負担付遺贈の負担を履行しない受遺者に対し、相続人は履行を催告でき、履行がなければ家裁に取消しを請求できる ※取消し後、相続人が負担を負う（解釈）

※受益者には催告・取消し請求権がない ⇒ 内縁の妻や相続人でない直系尊属は相続人に頼む必要がある。受益者の負担履行請求権はない（多数説）又は 537 条（第三者のためにする契約）類推で認められる（少数説）

7. 遺言の無効原因・詐欺強迫取消し

- ・無効原因…方式違背（960条）、遺言無能力（961,963条）、共同遺言（975条）、被後見人が後見人等に利益となる遺言をしたとき（966条）、公序良俗違反、錯誤等
- ・取消し権…詐欺強迫。遺言者は撤回できるが、撤回前に死亡すると相続人が取消権を承継する。

第8章 遺留分（1028-1044条）

第1節 遺留分の総則（1028-1030,1043,1044条）

1. 遺留分（1028,1043,1044条）

- ・配偶者又は子があるとき2分の1、直系尊属のみのとき3分の1。兄弟姉妹はない（1028条）

パターン	遺留分	配偶者	子	直系尊属	兄弟	パターン	遺留分	子	直系尊属	兄弟
配+子	1/2	1/4	1/4	-	-	子あり	1/2	1/2	-	-
配+尊属	1/2	2/6	-	1/6	-	尊属あり	1/3	-	1/3	-
配+兄弟	1/2	1/2	-	-	ゼロ	兄弟のみ	ゼロ	-	-	ゼロ
配のみ	1/2	1/2	-	-	-	不在	ゼロ	-	-	-

- ・遺留分放棄は相続開始前は家裁の許可が必要、他の共同相続人の遺留分に影響なし（1043条）。

※相続開始後の遺留分放棄は自由にできる。家裁は放棄の許可の取消しの審判は可能だが、却下例もある。

【大高判昭 60.3.20】相続放棄があった場合、同種の他の共同相続人の遺留分は増える。

※例：子3人（遺留分各1/6）のうち1人が遺留分放棄しても影響はないが、相続放棄すると各1/4に増える。

- ・相続の準用（1044条）：代襲相続（887-2,3）、法定相続分（900,901）、特別受益（903,904）

【最判平 11.12.16】寄与分は遺留分に準用あるいは類推適用されない

寄与分があっても遺贈は削れないし、相続財産の大半の寄与分があっても減殺請求で減らすことができない。

2. 遺留分の算定（1029,1030条）

- ・相続開始時の被相続人の財産の価額+贈与の価額-債務の全額より算定する（1029条1項）
- ・条件付の権利、存続期間の不確定な権利は家裁の選任した鑑定人の評価による（2項）
- ・贈与は相続開始前1年間のものを対象とし、それ以前でも当事者双方が遺留分権利者に損害を与えることにつき悪意の場合は対象となる（1030条、以下8章に共通）

【大判昭 11.6.17】悪意には贈与契約時点で遺留分を侵害し、将来も侵害が続く予見が必要

したがって、双方悪意は実際には今後財産が増加する見込みが薄い高齢で収入が少ない場合などに限られる。

【最判平 10.3.24】相続人への贈与（特別受益）は特段の事情がない限り何年前でも減殺対象
特別受益にあたる贈与は「相続開始よりも相当以前にされたものであって、その後の時の経過に伴う社会経済事情や相続人など関係人の個人的事情の変化をも考慮するとき、減殺請求を認めることが右相続人に酷であるなどの特段の事情のない限り、民法一〇三〇条の定める要件を満たさないものであっても、遺留分減殺の対象となる」

【最判平 11.6.24】減殺される贈与の目的の占有者は、時効取得できない

さもないと、遺留分権利者は時効中断の手段がないまま遺留分に相当する権利を得られなくなるから。

【最判平 8.11.26】包括受贈者が遺産で債務を弁済し相殺しても、債務は算定する必要がある
遺産全部の相続分を指定された相続人が遺産の一部を売却し、他の共同相続人は遺留分減殺請求権に基づく損害賠償請求権を得たが、一方で単独相続人が債務を全部弁済し、他の共同相続人への求償権と相殺した事案。求償権の方が少額であった。原審は相続債務は消滅しているから算定不要とした ⇒ 債務算定は必要、破棄差戻し
遺留分額 = (財産の価額 + 贈与の価額 - 債務の全額) × 遺留分率 × 法定相続分率 - 特別受益
遺留分侵害額 = 遺留分額 - 相続で得た財産の価額 + 負担すべき債務の額 ※債務は内部的な分担額

第2節 遺留分減殺請求権（1031-1042条）

1. 遺贈・贈与減殺請求権、遺贈の減殺（1031,1033,1034条）

- ・遺留分権利者及びその承継人は、遺留分の保全に必要な限度で、遺贈・贈与の減殺を請求できる（1031条）。ただし、遺贈を減殺した後でなければ、贈与は減殺できない（1033条）

※減殺が目的物の全額に足りない場合、不動産は共有、動産は全部を取り戻して超過額返還となる（解釈）

※1033条は減殺請求額の計算においてであり、請求自体は贈与から行っても問題ない（通説）

遺留分を侵害する遺言は、いったん意思通りの効果を発し、減殺請求権行使は遺留分権者の任意。

【最判平 13.11.22 民集 55-6-1033】減殺請求権の代位行使の可否(消極)[H10 才 989]

遺留分減殺請求権は、「行使上の一身専属性を有する」。帰属上の一身専属性を有しないのみ。

「遺留分減殺請求権は、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、債権者代位の目的とすることができない」「遺留分を侵害する遺言について、いったんその意思どおりの効果を生じさせるものとした上、これを覆して侵害された遺留分を回復するかどうかを、専ら遺留分権利者の自律的決定にゆだねた」

- ・減殺請求権は形成権（×請求権）であり、行使されると当然に請求者に所有権が移転する。

但し、価額弁償の場合は所有権の復帰的移転が遡及的に消滅する。

※登記実務も減殺請求による減殺者への移転登記を認める（昭 30.5.23 民事局長回答）

【最判昭 41.7.14 民集 20-6-1183】減殺請求権が形成権であることを明示[S40 才 1084]

「遺留分権利者が民法一〇三一条に基づいて行う減殺請求権は形成権であつて、その権利の行使は受贈者または受遺者に対する意思表示によつてなせば足り、必ずしも裁判上の請求による要はなく、また一たん、その意思表示がなされた以上、法律上当然に減殺の効力を生ずる」

【最判昭 51.8.30 民集 30-7-768】減殺請求権の物権的効力説[S50 才 920]

「遺留分権利者の減殺請求により贈与又は遺贈は遺留分を侵害する限度において失効し、受贈者又は受遺者が取得した権利は右の限度で当然に減殺請求をした遺留分権利者に帰属するものと解するのが相当であつて（最判昭 35.7.19, 最判昭 41.7.14, 最判昭 44.1.28 参照）、侵害された遺留分の回復方法としては贈与又は遺贈の目的物を返還すべきものであるが、民法一〇四一条一項が、目的物の価額を弁償することによつて目的物返還義務を免れうるとして、目的物を返還するか、価額を弁償するかを義務者である受贈者又は受遺者の決するところに委ねたのは、価額の弁償を認めても遺留分権利者の生活保障上支障をきたすことにはならず、一方これを認めることによつて、被相続人の意思を尊重しつつ、すでに目的物の上に利害関係を生じた受贈者又は受遺者と遺留分権利者との利益の調和ををはかることができるとの理由に基づくものと解されるが、それ以上に、受贈者又は受遺者に経済的な利益を与えることを目的とするものと解すべき理由はないから、遺留分権利者の叙上の地位を考慮するときは、価額弁償は目的物の返還に代わるものとしてこれと等価であるべきことが当然に前提とされている……このようなところからすると、価額弁償における価額算定の基準時は、現実には弁償がされる時であり、遺留分権利者において当該価額弁償を請求する訴訟にあつては現実には弁償がされる時に最も接着した時点としての事実審口頭弁論終結の時である」

【最判平 4.11.16】価額弁償の場合は目的物が遺贈で譲渡された事実は何ら変動しない

受遺者が法人である遺贈は、被相続人の譲渡所得につき、減殺請求に対し価額弁償された場合は何ら変動がない

- ・遺贈の減殺は、その価額の割合に応じてする。遺言修正可能（1034条）

※各遺留分権利者は、おのおのの遺留分侵害額の割合に応じて減殺請求することになる

【東京地判昭 61.9.26】遺留分権利者が減殺請求する物件を選択することはできない

※複数の物件を遺贈された相手方がいる場合、権利者は均等に減殺請求することになる。

2. 贈与の減殺（1035-1037 条）

- ・ 贈与の減殺は、後の贈与から順次前の贈与に対してする（1035 条）※贈与契約の先後による
【東高判平 12.3.8】死因贈与は契約の先後によらず、贈与のうちで最初に減殺される
- ・ 受贈者は、減殺請求日以後の果実を返還しなければならない（1036 条）
- ・ 受贈者の無資力による損失の負担は、遺留分権利者の負担に帰する（1037 条）

3. 贈与の内容による特則（1032,1038-1040 条）

- ・ 遺贈・贈与の目的である条件付・存続期間不確定の権利を減殺する場合は、鑑定人評価額により、直ちに残部の価額を受遺者・受贈者に給付しなければならない（1032 条）
- ・ 負担付贈与：目的の価額から負担の価額を控除したものに付き、減殺請求できる（1038 条）
- ・ 不相当な対価による有償行為：当事者双方が悪意の場合に限る。減殺請求の際はその対価を償還しなければならない。（1039 条）

※不動産を不相当な安価で売却した場合など。不動産を取り戻せるが、その売価を償還する必要がある。

- ・ 受贈者が目的物を（減殺請求前に）譲渡・権利設定した場合：遺留分権利者に価額弁償する。譲渡・権利設定時に譲受人が悪意であれば、譲受人にも減殺請求できる（1040 条）

【最判昭 57.3.4】1040 条は受遺者が目的物を譲渡・権利設定した場合に類推適用される

【最判昭 35.7.19】受贈者が減殺請求後に双方悪意で目的物を譲渡した場合、対抗関係となる

①減殺請求をされた受贈者からの悪意の転得者に対し、さらに減殺請求することはできない。

②譲受人悪意の場合の減殺請求の時効の起算点は、相続開始と贈与のあったことを知ったとき。

4. 受贈者・受遺者の価額による弁償（1041 条）

- ・ 受贈者・受遺者は減殺を受ける限度で、価額を弁償して返還義務を免れることができる（1 項）
- ・ 受贈者が悪意で譲渡・権利設定した場合も価額弁償できる（2 項）
- ・ 逆にいうと、現物返還が原則。価額弁償の価額算定は現実の弁償時。客観的に相当な処分額で譲渡した場合、相続開始後は処分額、相続開始前は処分額を相続開始時の貨幣価値に換算する。

【最判昭 54.7.10】価額の弁償の現実の履行又は弁済の提供なくして現実返還義務は免れない
現物返還義務を免れるには、「受遺者において遺留分権利者に対し価額の弁償を現実に履行し又は価額の弁償のための弁済の提供をしなければならず、単に価額の弁償をすべき旨の意思表示をしただけでは足りない」

【最判昭 51.8.30】価額算定の基準時は現実の弁償時であり、訴訟では事実審口頭弁論終結時

【最判平 10.3.10】客観的に相当な処分額で減殺請求前に譲渡したときは処分額を基準とする
受遺者が減殺請求前に目的物を譲渡していた事案。1041 条類推適用で判示。

【最判平 9.2.25】価額弁償を認める遺留分減殺請求認容の主文につき判示

遺留分減殺請求の被告が、価額弁償のため価額を定めるよう申し立てた場合、価額弁償未履行であっても有効な抗弁であり、その場合、価額弁済しないことを停止条件とする所有権移転登記手続命令を主文とする。

- ・ 受遺者・受贈者は減殺対象の各個の財産につき価額の弁償を選択できる（包括遺贈でもよい）

【最判平 12.7.11】共同相続人間での包括遺贈の事案で、株式のみの価額賠償を認める

※単位株制度の適用のある株式を、単位株未満にする現物分割の命令はできないとの判示も。

5. 共同相続人間の遺留分減殺請求と減殺された財産の扱い

- ・ 減殺を受ける受贈者・受遺者が共同相続人の場合、減殺で共有になった土地の分割方法

①審判説…遺産分割の手續きに則るべき ⇒ 相続財産説

②訴訟説…物権法上の共有として分割すべき ⇒ 固有財産説

- ・ 共同相続人の一部が減殺請求し、取得した遺産の扱い

①固有財産説…請求した遺留分権利者の固有財産

②相続財産説…他の共同相続人と共有される相続財産と考える

- ・ 学説は審判説・相続財産説が多数、家裁実務は固有財産説⇒最高裁は訴訟説・固有財産説

但し、当事者間に合意があれば、家裁の遺産分割の前提問題として遺留分減殺を判断できる。

※包括遺贈も同様。但し包括遺贈は相続分指定であり、遺留分で修正された相続分で分割するとの説もある

【最判平 8.1.26 民集 50-1-132】固有財産説を採用[H3 才 1772]

「遺贈に対して遺留分権利者が減殺請求権を行使した場合、遺贈は遺留分を侵害する限度において失効し、受遺者が取得した権利は遺留分を侵害する限度で当然に減殺請求をした遺留分権利者に帰属するところ（最判昭 51.8.30）、遺言者の財産全部についての包括遺贈に対して遺留分権利者が減殺請求権を行使した場合に遺留分権利者に帰属する権利は、遺産分割の対象となる相続財産としての性質を有しない」「特定遺贈が効力を生ずると、特定遺贈の目的とされた特定の財産は何らの行為を要せずして直ちに受遺者に帰属し、遺産分割の対象となることはなく、また、民法は、遺留分減殺請求を減殺請求をした者の遺留分を保全するに必要な限度で認め（1031条）、遺留分減殺請求権を行使するか否か、これを放棄するか否かを遺留分権利者の意思にゆだね（1031,1043条参照）、減殺の結果生ずる法律関係を、相続財産との関係としてではなく、請求者と受贈者、受遺者等との個別的な関係として規定する（1036,1037,1039,1040,1041条参照）など、遺留分減殺請求権行使の効果が減殺請求をした遺留分権利者と受贈者、受遺者等との関係で個別的に生ずるものとしていることがうかがえるから、特定遺贈に対して遺留分権利者が減殺請求権を行使した場合に遺留分権利者に帰属する権利は、遺産分割の対象となる相続財産としての性質を有しないと解される。そして、遺言者の財産全部についての包括遺贈は、遺贈の対象となる財産を個々の掲記する代わりにこれを包括的に表示する実質を有するもので、その限りで特定遺贈とその性質を異にするものではないからである」

- ・ 相続人への遺贈が減殺対象のとき、遺留分を超える部分のみが減殺対象遺贈の目的の価額となる

【最判平 10.2.26】受遺者の遺留分額を超える部分のみが民法 1034 条にいう目的の価額

6. 減殺請求権の時効（1042 条）

- ・ 相続開始及び減殺すべき贈与・遺贈があったことを知った時から 1 年間で時効消滅、相続開始から 10 年間で時効消滅する（除斥期間）。ただし、減殺請求の意思表示は裁判外でもできる。

【最判昭 57.11.12 民集 36-11-2193】時効の起算点[S54 才 907]

「民法一〇四二条にいう「減殺すべき贈与があつたことを知った時」とは、贈与の事実及びこれが減殺できるものであることを知った時と解すべきであるから、遺留分権利者が贈与の無効を信じて訴訟上抗争しているような場合は、贈与の事実を知っただけで直ちに減殺できる贈与があつたことまでを知っていたものと断定することはできないというべきである（大判昭 13.2.26 参照）……民法が遺留分減殺請求権につき特別の短期消滅時効を規定した趣旨に鑑みれば、遺留分権利者が訴訟上無効の主張をしさえすれば、それが根拠のない言いがかりにすぎない場合であつても時効は進行を始めないとするのは相当でないから、被相続人の財産のほとんど全部が贈与されていて遺留分権利者が右事実を認識しているという場合においては、無効の主張について、一応、事実上及び法律上の根拠があつて、遺留分権利者が右無効を信じているため遺留分減殺請求権を行使しなかつたことがもつともと首肯しうる特段の事情が認められない限り、右贈与が減殺することのできるものであることを知つたものと推認するのが相当」

【最判昭 57.3.4 民集 36-3-241】意思表示後の返還請求権は 1042 条の対象外[S53 才 190]

「民法 1031 条所定の遺留分減殺請求権は形成権であつて、その行使により贈与又は遺贈は遺留分を侵害する限度において失効し、受贈者又は受遺者が取得した権利は右の限度で当然に遺留分権利者に帰属する…（最判昭 41.7.14、最判昭 51.8.30）、したがつて、遺留分減殺請求に関する消滅時効について特別の定めをした同法 1042 条にいう「減殺の請求権」は、右の形成権である減殺請求権そのものを指し、右権利行使の効果として生じた法律関係に基づく目的物の返還請求権等をもこれに含ましめて同条所定の特別の消滅時効に服せしめることとしたものではない」

【最判平 7.6.9】減殺請求意思表示後の所有権移転登記手続請求権は、時効で消滅しない

- ・遺留分減殺請求の意思表示は厳格に解される（遺産分割協議の申し入れは減殺請求の意思表示を通常は含まない）

【東高決平 4.7.20】生前贈与や遺贈の効力を争っている場合は、減殺請求と認められない

【最判平 10.6.11 民集 52-4-1034】全部遺贈の効力を争わない遺産分割協議申入れ（肯定）

この全部相続人は、遺産分割協議申入れの内容証明郵便が不在時に配達されたのをいいことにこれを受け取らず、減殺請求の時効を援用しようとしたが、不在配達通知書から、内容証明郵便が遺産分割協議申入れに関するものであろうと推測し、受領が容易でありながらこれを受け取らず、留置期間経過で差し戻された場合、受取人は遅くとも留置期間満了時点で了知したとみなされる、としてこれを認めなかった。

- ・遺留分を侵害する遺贈があつても、放置され、1 年以上経過後に履行を請求された場合、減殺請求権は時効に妨げられず、その時点から起算される（解釈）
- ・共同相続人間で遺留分減殺が問題となる場合、未履行の贈与・遺贈は遺産分割で処理するのが相続人の通常の期待であるから、遺産分割まで減殺請求権は時効消滅しない（解釈）