

# BREAK THROUGH

ブレイクスルー

# 民法総則





## はしがき

### ＜司法書士新時代へ＞

弊社では、20 数年にわたり、法律系資格を目指される方を支援して参りました。これは、知識社会といわれる 21 世紀を切り開く人材育成のためであります。その中でも司法書士ほど活躍の場が広がる魅力的な資格はないと考えております。

司法書士は、従来の登記申請業務に加え、成年後見制度や ADR（裁判外紛争解決手段）等の分野での活躍も期待されております。さらに、昨今の司法サービスの規制緩和により簡易裁判所での訴訟代理権が認められることとなりました。司法書士は、弁護士と並ぶ法律家としての地位を築きつつあるのです。21 世紀において、最も身近な法律家として司法書士が国民に認識される日も近いことでしょう。

### ＜今回の改訂について＞

弊社では、皆様が早期合格を果たされるのに必要な情報を「ブレイクスルーテキスト」に集約して参りました。今回、その「ブレイクスルーテキスト」を内容面・形式面の両面において大幅改訂致しました。形式面においては、2 色刷りにより、より見やすくなっております。また、内容面では、より法律への理解を深め、本試験対策における各科目の特性をテキストに反映させております。たとえば、推論対策が必要な科目については推論対策の記述を、制度趣旨からの理解が必要な科目については制度趣旨の記述を掲載しております。この改訂により、極めて効率的かつ分かりやすく法律を理解できます。

弊社では、司法書士受験生の立場に立ったテキスト制作を日々心掛けております。この「ブレイクスルーテキスト」を用いて皆様が合格し、その後、司法書士として活躍されることを切に願っております。

2003 年 1 月吉日

## 第八版 はしがき

平成 19 年 9 月 1 日現在に施行されている法令等に対応させております。

また、まだ未施行である、公益法人改革に関連する法律についての記載を、第 1 編第 2 章第 2 節「法人」中に掲載しております。

2007 年 9 月吉日

LEC 東京リーガルマインド

法律総合研究所 司法書士試験部

「ブレイクスルーテキスト」改訂委員会

代表 反町 勝夫

古藤 嘉麿

樋口 正登

米永 知則

# 本書をお使い頂くにあたって

## 一 本書の特長

本書は、司法書士試験における民法を解くにあたって必要な知識を、効率よく勉強することを目的として作成されています。民法は知識量が膨大なため、最初からすべてを覚えようとしても、かなり困難だと思われます。したがって、本書では、読者の学習進度に合わせた学習を可能にすべく、中上級者向けの知識を区別して掲載しています。初學者の方は、基本的な部分を正確に把握し、中上級者向けの知識はあまり気にしないようにしてください。

## 二 本書の構成

### 1 章導入 (Navigator's Voice)

章の始めには、導入文が設けてあります。ここでは、この章で学習する内容に関する話題を提供しています。主に何を学習するのかを把握してから本文に入ることができるので、イメージがつかみやすくなります。

### 2 学習の指針

学習の指針では、その節又は款で学習する内容のポイントを簡単に示してあります。まずここを押さえてから勉強すると効率的です。

### 3 本文中の各種コーナー

**ステップアップ** 中上級者のために設けられた知識補充のためのコーナーです。発展的な知識や先例が掲載されていますので、初學者は、読み飛ばして頂いて構いません。

**関連知識** 章や節の構成上、本文に盛り込めなかった知識のうち、過去問で問われるなど、重要な部類に入るものを記載しています。

**推論対策** 近年、司法書士試験の民法においても、単なる知識問題とは別に、判例と学説の対立などを知らなくては解けない、いわゆる「推論型」の問題が出題されるようになりました。これらの出題に対応できるように、重要かつ今後出題可能性のあるものを、選抜し掲載しました。  
なお、「推論対策」は、比較的内容の難しいものも掲載されていますので、知識の整理ができていない初學者は、読み飛ばして頂いて結構です。

**LINK** 司法書士試験において直接必要とされる知識ではありませんが、改正の経緯など、知っているとう理解が深まる周辺情報について記載しています。勉強の合間に一読してください。

## 4 欄外の各種コーナー

重要度ランク	重要度にあわせて、節又は款ごとに AA, A, B, C のランクをつけています。意味は次のとおりです。 AA 過去問でも非常によく問われる重要な部分です。 A 学習をするうえで基本となる部分を含んでいるため、しっかり理解しなくてはならない部分です。 B あまり過去問でも問われていない部分です。学習をするうえでも必須の部分ではありませんので、初学者の方は軽く読む程度でも構いません。 C 直接出題される可能性が非常に低い部分です。参考程度に見ておけば十分です。
ワンポイント	理解の手助けとなるような知識や要点、理由等を簡単にまとめて掲載しました。理解の一助に利用してください。
先取情報	他の科目に関する知識で、民法を勉強するうえでの前提知識や、その論点から派生する知識を記載しています。 横断的な知識の整理に役立ててください。
用語解説	難しい用語には、その意味を掲載しました。
比較しよう	混同しやすい箇所や間違えやすい箇所に、比較すべき事項を掲載しました。知識の整理に役立ててください。
復習しよう	民法でこれまで学んだ知識のうち、その分野を勉強するうえでの前提知識や、その論点から派生する知識を記載しています。 横断的な知識の整理に役立ててください。
+ $\alpha$	中上級者向けの論点を記載しています。初学者の方は読む必要はありませんので、読み飛ばして構いません。
制度趣旨	重要条文には制度趣旨を掲載しました。
結論	判例の結論を欄外に掲載しました。どうしても判旨が理解できない場合は、最低ここだけはおさえるようにしてください。
参照	詳しく解説されている部分への参照を記載しています。学習の際の一助にしてください。

## 5 欄外・本文に共通のコーナー

関連判例 同じく章や節の構成上，本文に盛り込めなかった先例や判例のうち，過去問で問われているものを掲載しました。

## 6 過去問の出題状況

昭和 57 年以降の本試験問題を肢ごとに分割し，単元ごとにまとめ，本書の該当箇所に掲載しました。

これらを利用して，効率的な学習を心掛けてください。

第1編	民法総則	1
第1章	民法序説	3
第2章	私権の主体	9
第1節	自然人	10
第1款	権利能力	10
第2款	意思能力	15
第3款	行為能力	16
第4款	住所・不在者・失踪宣告	34
第2節	法人	40
第1款	法人総説	40
第2款	法人の能力	42
第3款	公益法人改革総説	44
第4款	一般社団法人・一般財団法人	45
第5款	公益社団法人・公益財団法人	61
第6款	経過措置	63
第7款	権利能力なき社団	65
第3章	私権の客体（物）	69
第1節	物の意義	70
第2節	物の分類	71
第4章	法律行為総説	79
第1節	序論	80
第2節	法律行為の分類	81
第5章	法律行為の客観的有效要件	85
第6章	意思表示	89
第1節	総説	90
第2節	意思の不存在と瑕疵ある意思表示	92
第1款	心裡留保（93条）	92
第2款	虚偽表示（94条）	94
第3款	錯誤（95条）	104
第4款	詐欺（96条）	110
第5款	強迫（96条）	118
第3節	意思表示の到達と受領	120

<b>第7章 無効と取消し</b>	<b>123</b>
第1節 総説	124
第2節 無効	126
第3節 取消し	128
<b>第8章 代理</b>	<b>135</b>
第1節 代理制度の意義と機能	136
第2節 代理の種類及び代理と類似する制度	138
第3節 代理人の法律行為の効果が本人に帰属するための要件	142
第1款 本人と代理人の関係（代理権）	142
第2款 代理人と相手方の関係	149
第3款 相手方と本人の関係	161
第4款 無権代理	162
第5款 表見代理	176
<b>第9章 条件・期限</b>	<b>189</b>
第1節 条件	190
第2節 期限	196
<b>第10章 時効</b>	<b>199</b>
第1節 総説	200
第2節 取得時効	210
第3節 消滅時効	213



# 第 1 編

# 民法総則

## 目次

### ▶ 第 1 編 民法総則

- 第 1 章 民法序説
- 第 2 章 私権の主体
- 第 3 章 私権の客体（物）
- 第 4 章 法律行為総説
- 第 5 章 法律行為の客観的有効要件
- 第 6 章 意思表示
- 第 7 章 無効と取消し
- 第 8 章 代理
- 第 9 章 条件・期限
- 第 10 章 時効

### 第 2 編 物 権

### 第 3 編 担保物権

### 第 4 編 債権総論

### 第 5 編 契約総論

### 第 6 編 契約各論

### 第 7 編 事務管理・不当利得・不法行為

### 第 8 編 親族法

### 第 9 編 相続法



## 第1章 民法序説

### Navigator's Voice

私達が生活している社会は「市民社会」と呼ばれます。この「市民社会」は、私たち一人一人が自由に法律関係を形成すべきであり、国家の介入はできる限り回避させるべきだ、とする思想から成っています。

たとえば、あなたがパンを食べたくなれば、コンビニに行ってパンを買うことができます。これは、「パンを買いたい」というあなたの自由な意思と、「パンを売りましょう」というコンビニ側の自由な意思との合致により、一つの法律関係が形成されたということです。

そして、パンを買ったあなたは、パンを手に入れる権利を得るとともに代金支払義務を負うことになります。つまり、この「市民社会」の思想からは、「自己の意思に基づいた場合にのみ、人は義務を負う」という「私的自治の原則」の法理が導かれるのです。これは、これから学ぶ民法の指導原理となっており、とても重要な役割を果たしています。

このように、民法は、私たち一般人（私人）の生活や経済活動から生じる関係を定めた法律（私法）として位置付けられるものです。したがって、私たちにとって、もっとも身近な法律といえるでしょう。

では、これから民法の学習を始めましょう。

## 第1章 民法序説

### 目次

- 一 民法はどのようなかたちをしているのだろうか
- 二 法律の解釈とは何だろう
- 三 民法の指導原理

### 学習の指針

この章では、これから民法について詳しく学んでいくための足がかりとして、民法の全体構造がどうなっているのかについてまず把握しましょう。そして、民法を現代社会にあてはめるためのルールや、民法の根幹をなしている原則について学習しましょう。

### 一 民法はどのようなかたちをしているのだろうか

民法はどのようなかたちをしているのだろうか。日常生活において最もよく行われる売買契約、たとえば、あなたが本屋で本を買った場合を例に、これから民法のかたちを簡単に説明する。

本屋で本を買うと、あなたはその本を本屋から引き渡してもらうことができ、以後、その本を自由に読んだり、読み終えたら捨てることもできる。これを民法の見地から考えると次のようになる。

#### 1 法律関係

まず、本屋にあなたが、「この本を売って下さい」と言うことは「売買契約」という「契約」の「**申込の意思表示**」というものにあたり、本屋が「はい、いいですよ」と言うことは売買契約の「**承諾の意思表示**」というものにあたる。そして、この申込と承諾が一致することによって売買契約という契約が成立するのである。そして、この売買契約成立の効果として、あなたは本屋に対し「この本を引き渡してくれ」と言える権利を取得し、その本を自由に使える権利、すなわち所有権を取得するのである。このようにしてあなたが売買契約により取得する権利のうち、①本屋という「人」に対して「本の引渡」という一定の行為を請求する権利を「**債権**」といい、②本を自由に使うという「物」に対する権利を「**物権**」という。

他方、本屋としては、あなたに対し「この本の代金を支払ってくれ」と言える権利（債権）を取得し、今まで有していた本の所有権（物権）を失うことになる。

#### 2 私権の変動

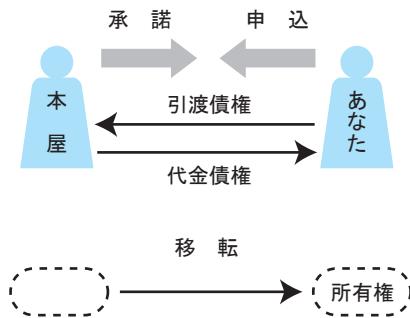
このように本の売買契約によって、あなたと本屋の双方が互いに債権を取得し、本の所有権という物権が本屋からあなたに移転するという効果が生じるのである。民法はこの債権・物権に代表される「私権」がどのようにして発生・変更・消滅するのかを規定することによって、市民生活の規律を図っているわけである。この**私権の発生・変更・消滅を私権の変動**という。

そこで、先程の例において、①どのような権利を、②誰が（主体）、③何に対して（客体）、取得しているのかを具体的にみてみる。

まず、物権について考えてみよう。そもそも売買契約が成立するまでは、本の所有権は本屋にあった。すなわち、本屋は本の所有権の「主体」であり、本は所有権の「客体」だといえる。その本の所有権が売買契約によって、本屋（売主）からあなた（買主）に移転するわけである。

次に、債権について考えてみよう。今の例で説明すると、売買契約によってあなたは本屋に対し、「本を引き渡してくれ」という「引渡債権」を取得する。この引渡債権を有しているあなたを「債権者」といい、この債権の「主体」となる。そして、本を引き渡さなくてはならない本屋を「債務者」といい、この債権の「客体」と考えることができる。もっとも、売買契約においては、引渡債権の債権者であるあなた（買主）は同時に本屋（売主）からみれば代金支払債務という債務の債務者であり、本屋は代金債権という債権の債権者であるということに注意する必要がある。このような債権は売買契約によって発生し、本屋が本を引き渡したり、あなたが代金を支払うことによって消滅する。

図表1 売買契約の成立に伴う私権の変動



### 3 売買以外の私権の変動

これまでは、申込・承諾という意思表示に基づく私権の変動について説明してきたが、私権の変動は、当事者の意思による場合だけでなく、一定の事実の発生等によっても生じる。たとえば、父親の死亡という事実によって相続が生じ、父親の財産を取得することがあったり、あるいは交通事故という事実によって負傷した人は加害者に対し、損害賠償請求権という債権を取得することがある。また、他人の土地に長期間家を建てて暮らしていた人がその土地を時効取得するということもある。

さらに、民法は、市民生活のさまざまな場面を規律している。

本の売買契約について考えるならば、契約が正常に行われた場合だけでなく、本屋が間違っって別の本を渡してしまった場合や、渡した本に乱丁・落丁があったというような場合についても詳細な規定を置いている。

## 用語解説

## ★1 判例

過去に下された裁判に含まれる法理論（条文の解釈や事案への適用）のうち、現在拘束力をもつものをいいます。このテキストでは、最判昭54.12.14（最高裁判所判決昭和54年12月14日の略）、最大判平11.11.24（最高裁判所大法廷判決平成11年11月24日の略）、大判大26.26（大審院判決大正2年6月26日の略）、東京高判昭48.4.26（東京高等裁判所判決昭和48年4月26日の略）のように表示しています。

★2 法律要件、法律効果  
 法的な効果を生じさせる原因を法律要件といい、それにより生じた法的な結果を法律効果といいます。要約すれば、権利義務の変動（発生・変更・消滅）を生ぜしめる原因を法律要件、変動の結果を法律効果といいます。

## 二 法律の解釈とは何だろう

これまでのところで民法の全体構造を考えてきたが、法律を学ぶにあたっては法律の解釈ということが不可欠である。法律というものが一般的・抽象的に規定されているのに対して、世の中に生起する事実は具体的にさまざまなものがある。また、時代の流れによって、法律が予定していない事実も発生する。その意味で法律には必ず「すきま」があり、それを埋める作業が必要になる。その際には一定のルールが必要であり、それが法律の解釈である。

### 1 通説・判例とは

民法は明治31年に施行されたものであり、当然、当時と現代の人々の考え方は大きく違ってきている。そこで、現代に合うように民法を解釈し適用していかなければならない。したがって、法律の解釈に「このように解釈すべきである」という価値判断が入ってくることはどうしても避けられない。

そこで、どのような価値判断に基づく、どのような解釈が最も妥当なのかが、さまざまな場面で争われるのである。これを「学説の対立」「学説の争い」などといい、多くの民法学者が日々「より妥当な解釈は何か」を研究しているのである。私たちはこうしたさまざまな学説の中で最もポピュラーと思われるものを基本的に採用している。これを「**通説**」と呼んでいる。また裁判所の判断のことを「**判例**★1」というが、この判例の立場も採用している。

よって、これからはこの判例・通説に従って議論を進めていくことにする。

### 2 法的三段論法について

では、解釈とは具体的にはどのような作業をいうのだろうか。

民法を適用していく場合をごく単純化していうと「Aという事実（法律要件★2）があれば、Bという法律効果★2が生じる。」（大前提）、「その事案においてAという事実があった。」（小前提）、「ゆえにその事案においてBという法律効果が生じる。」（結論）という三段論法のかたちをとる。しかし、大前提である民法の規定自体は、抽象的なかたちでしか定められていないのでその意味内容を明確にしなければならない。この民法の規定の意味内容を明確にする作業が「解釈」である。

### 3 解釈の方法

法律の解釈は、**文理解釈**（言葉の通常の意味に従って、文法どおりに理解する）、**目的論的解釈**（客観的な立法目的にかなうように言葉に意味付けをする）、**反対解釈**（ある事実についてのみ規定がある場合に、類似する事実であるが定められていない事実についてはその定めのある規定と反対の結論を認める）、**類推解釈**（ある事実についてのみ規定がある場合に、類似する事実であるが定められていない事実についてその定めのある規定と同様の結論を認める）などの、手法を使って行う。

仮に「この橋、馬車は通るべからず」という立て札が立っていたとする。これに各手法を適用すると、次のような解釈となる。

- 文理解釈 : 「文字どおり馬車は通行禁止である」と解釈すること。
- 目的論的解釈 : 「馬車のような重い乗り物は危険なので通行禁止なのだ。では馬車以外でも重いものはこの立て札の趣旨からすると通ってはいけないのだ」と解釈すること。
- 反対解釈 : 「馬車はダメだが、自動車は馬車ではないのだから通行してもいいのだ」と解釈すること。
- 類推解釈 : 「馬車がダメなら、馬車ではなくても牛車は同じようなものだからやはりダメなのだろう」と解釈すること。

しかし、何が目的論的なのか、どのような場合に類推すべきなのか、解釈する者の恣意的な判断に任せることはできない。そこで、この場合の解釈の合理性を測る物差しとして指導原理が必要となる。一般には「権利能力平等の原則」「所有権絶対の原則」「私的自治の原則」「過失責任の原則」が重要とされている。

### 三 民法の指導原理

「権利能力平等の原則」「所有権絶対の原則」「私的自治の原則」「過失責任の原則」とは、本来、西欧において、近代市民革命を通して成立してきた原則である。

すなわち、西欧ではフランス革命等の近代市民革命によって封建体制が打ち倒され、市民革命が成立した。近代市民革命以前の封建社会においては、個人的生活関係も封建的な身分的階層秩序や封建的土地支配によって支配されてきた。封建社会では一部の特権階層を除き、土地は領主や地主のものとしており、女性をはじめ自分の財産・権利を認められていない者が数多く存在した。多くの人々は自分の意思によってではなく、封建的な制度・権力の支配の下で生活するしかなかった。日本でも徳川時代は士農工商の身分制度や地主・小作人等の封建秩序が存在していたことは御存じだろう。近代市民革命はこのような身分的階層秩序や封建的土地支配を内容とする封建制を廃止することを目的としていた（フランス革命における「自由・平等・博愛」という言葉は有名）。そして、特権的階層を否定してすべての個人は自由平等に活動することができるとし、これらの個人に何らの封建的拘束も受けない自由な所有権を承認し、さらに、個人的生活関係の形成は封建的秩序によってではなく個人の意思に委ねられるべきだとしたのである。これを表すのがこれらの原則なのである。

#### 1 権利能力平等の原則

**権利能力★1 平等の原則とは、すべての自然人は、階級・職業・年齢等によって差別されることなく、平等に権利義務の主体となることができるという原則である。**これは、個人について他人の支配に属さない自主独立の地位を保障するものであり、個人を封建的身分制から解放することを意味するものといえる★2。

#### 用語解説

- ★1 権利能力  
権利や義務の主体となる資格のことをいいます。

#### 💡ワンポイント

- ★2 関連条文  
憲法 14 条 1 項  
すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。  
憲法 29 条 1 項  
財産権はこれを侵してはならない。



★1 民事訴訟法の原則である処分権主義、弁論主義等は私的自治の原則の現れとされています。

ここに、処分権主義とは、民事訴訟による紛争処理を求めるか、どの範囲で紛争処理を求めるか、また訴え提起後もそのまま訴訟を維持して終局判決による争訟処理を求めるかどうか、につき当事者に自己決定権を認める原則をいいます。

また、弁論主義とは、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の提出を当事者の権能と責任とする建前をいいます。

詳しくは、民事訴訟法で学習します。

## 2 所有権絶対の原則

**所有権絶対の原則とは、近代的所有権は何らの人為的拘束を受けない完全円満な支配権であり、神聖不可侵であることをいう。**

自由・平等という近代法の大原則は、人を身分・土地・権力から解放したが、土地も身分・権力から解放した。すなわち外界の物を全面的に使用・収益・処分しうる所有権を考え出したのである。これによって市民は自らの創意・工夫によって、生産関係と流過程において飛躍的な発展を図ることができるようになった。

## 3 私的自治の原則

**私的自治の原則とは、すべての個人は、自由な意思によらなくては権利を取得し、義務を負わされることはないという原則である★1。**

この私的自治の原則は、自由・平等という近代法の建前のうち、自由の理念を私法関係に適するかたちで、端的に表したものである。すなわち、人は自らの欲するところに従って、市民としての生活関係を決定することができる。このような私法関係に関しては個人はその自由意思に基づいて法律関係を形成することができ、国家はこれに干渉すべきではないのである。

## 4 過失責任の原則

**過失責任の原則とは、人は故意又は過失に基づいて他人の権利・利益を侵害し、損失を与えた場合にのみ損害賠償責任を負うとするものである。この原則は、自らの行為について十分注意すれば責任を負わされることはない、という意味で人々の自由な行動を裏面から保障している。すなわち、人の活動の自由に対する一つの限界を示すものということができる。**



## 第2章 私権の主体

目次	第1節	自然人
	第2節	法人

### Navigator's Voice

私達は、誰もが私法上の権利や義務の帰属主体となり得る資格（権利能力）を有しています。しかし、生まれたばかりの子のように、自分の行為の結果を理解できる能力（意思能力）がない場合、そもそも法律関係を形成する上で有効な「意思表示」というものがありえません。

たとえば、レストランで注文をすれば、その代金を支払うことになります。しかし、注文したのが2、3歳の子供であった場合にまで、同じように代金支払義務を課すことは無理でしょう。そもそも、注文するという行為から代金を支払うという義務が生じることを理解するだけの「意思能力」があったとはいえないからです。そこで、民法では、「意思能力」を欠く者の行為は無効と解されています。

また、自らの行為により、法律行為の効果を確定的に帰属させる能力（行為能力）が十分でない人もいます。たとえば、強度の認知症に陥ったお年寄りが、訪問販売員と布団を購入する契約を締結したとします。しかし、このお年寄りにはもはや、布団が必要なのか否か、その質に適した代金なのか否かの判断をする能力がなかった場合、契約を有効とすることはあまりにも酷です。

そこで、民法は、そういった行為能力の不十分な者（制限行為能力者）を、その判断能力及び保護の必要性の程度に応じて三類型（被後見人・被保佐人・被補助人）に区分し、保護する制度を設けています。

さらに、「自然人」だけでなく、一定の要件を充たした団体（又は財産の集合体）についても、「法人」としてその「権利能力」が認められています。これは、個人に限らず団体（又は財産の集合体）にも権利・義務の帰属主体たる資格を与えることが、取引を行っていく上で便利だからです。

本章では、このような私権の主体について学びます。

## 第1節 自然人

- 目次**
- 第1款 権利能力
  - 第2款 意思能力
  - 第3款 行為能力
  - 第4款 住所・不在者・失踪宣告

★ **ランク**

### 第1款 権利能力

**目次**

- 一 総説
- 二 権利能力の始期
- 三 胎児
- 四 権利能力の終期及び同時死亡の推定

**学習の指針**

ここでは、自然人の権利能力について学習します。  
個人はすべて権利能力を有しています。その権利能力の始期については、例外的に胎児に権利能力が認められる3つの場合と、その場合の法律構成を確実に覚えることが重要です。権利能力の終期については、同時死亡の推定をおさえておきましょう。

**条文** 3条 (権利能力の始期)  
1項 私権の享有は、出生に始まる。

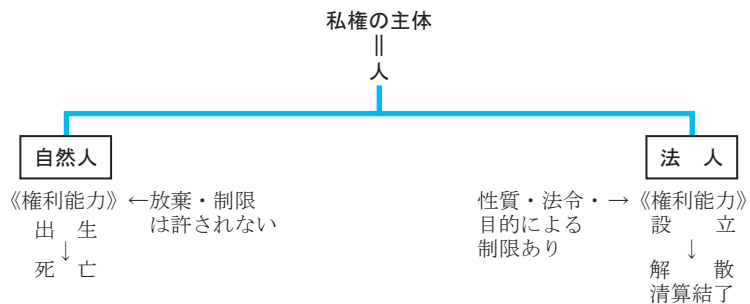
#### 一 総説

民法は、財産関係を規律するという観点から法律効果を帰属させるにふさわしいと考えたものをすべて、権利・義務の主体としている。この権利・義務の主体となりうる地位・資格のことを権利能力という。この権利能力を有するものは、自然人(生きている人間)と自然人以外のもので法が権利能力を与えた法人(会社など人間が作り出した制度である)とに区別される。

**制度趣旨**

3条  
憲法14条を受けて自然人は平等に完全な権利能力を有する旨を間接的に宣明した。

図表2 私権の主体



## 二 権利能力の始期

社会生活における個人の地位の向上の歴史は、自然人の権利能力の拡張の歴史であり、個人の自由平等という近代法の原理は、すべて自然人は平等の権利能力を有する（権利能力平等の原則）という近代民法の原理を生み出した。

したがって、個人はすべて権利能力を有するわけであるが、その始期がいつかが一応問題となる。

この点に関して民法は、「私権の享有は出生に始まる」（3条1項）と規定している。これは、すべて自然人は出生と同時に権利能力を取得する意味だと解されている。

では、「出生」とは何か。「出生」の時期いかに、胎児が生きて生まれたか否かの決定（886条2項参照）を通して相続関係者の利害に影響したり、また、年齢・成年に達する時点・出生届の届出期間の始期（戸籍49条）の決定にとって意味があるところから、その具体的時期が問題となるが、**通説は生きて母体から完全に分離した時**（全部露出説）、その瞬間から権利能力を取得すると解している★1。

出生はあくまで事実上の問題であるから、出生届、及びそれに基づく戸籍の記載は、出生の証明に関する有力な証拠だが、唯一の証拠ではなく、医師、助産師等の証明でこれを動かすことも可能である。

## 三 胎児

胎児はまだ「出生」しておらず、人ではないのであるから、本来権利能力を有しないはずである。しかし、やがて人となることが予想されながら、出生の時間が少し遅いという単なる偶然によって、常に権利取得を否定するのは、不公平である。

たとえば、出生前に父親が死亡した場合、父親の遺産は他の相続人に帰属することになり、たとえ父親が不法行為によって死亡した場合でも、胎児は、加害者に対して損害賠償請求（709条）ができないことになる。

そこで、民法はこのような不都合・不公平をできるだけ少なくするために、**不法行為による損害賠償請求（721条）・相続（886条）・遺贈（965条）**について、個別的に、胎児をすでに生まれたものとみなすことにした★2、3。

もちろん、一般的に、胎児をすでに生まれたものとみなすこともできようが、それでは適用の範囲をめぐって解釈上疑義が生じる場合もあり不確かを残すことになるところから、民法は個別主義をとることにした。なお、みなされるのは、生きて生まれた場合に限るのであり、死産の場合は別である。

なお、胎児の側から（母が胎児のために）父に対して認知を請求する方法は現行法上認められていない（787条参照）のは注意すべきである。もっとも、これは立法上の欠陥ではないかと批判されている。ただし、父が胎児を認知することは認められている（783条）。

### 比較しよう

★1 刑法では、一部露出説が判例・通説です。母体から一部露出中の者を殺害した場合、その者に対する殺人罪が成立します（大判大8.12.13）。

### ワンポイント

★2 721条

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。

886条1項

胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす。

965条

第886条…の規定は、受遺者について準用する。

### 用語解説

★3 みなす

ある事柄と他の事柄を一定の法律関係について同視することをいいます。たとえば、「失踪宣告を受けた者は死亡したものとみなす」とは、失踪宣告を死亡と同視するということです。反証を許さないところが推定と異なります。

推定

ある事項について、事実の存在等が不明確な場合に、一応明確なものとして定め、法律効果を生じさせることをいいます。

みなすと異なり、反証が許されます。

 推論対策

「既に生まれたものとみなす」(721条, 886条, 965条)の意味

問題点

①胎児が生きて生まれた場合、胎児中の事件について損害賠償請求の主体となることができ、また、胎児中に死亡した被相続人の財産を相続し、あるいは遺贈を受けることができる。これに対して、②死産の場合には損害賠償請求できず、また、相続することも遺贈を受けることもできない。

では、③胎児の間に、母が胎児を代理して損害賠償請求や示談・遺産分割などを行うことができるか。胎児の法律上の地位と関連して問題になる。

解説

A 解除条件説（多数説）

胎児の間でも生まれたものとみなされる範囲内ではいわば制限的な権利能力があり、死産の場合には遡って権利能力がなかったことになる。

→ 出生までの間も権利能力があるので、胎児にも法定代理人を付けられる★1。

(理由)

- ① 死産の事例がかつてより格段に少なくなっている今日では、配偶者と胎児とに相続させ、胎児が生きて生まれなかった場合に相続関係を改める方が適当である。
- ② 配偶者と胎児が相続人である場合に、胎児中は権利能力がないものとしてまず配偶者と直系尊属に相続させ、胎児が生まれた後に相続を回復させることは法律関係を複雑にする。
- ③ 胎児に法定代理人をつけることによって、遺産の分配に参加させることが可能になる。

B 停止条件説（判例）★2

胎児の間は権利能力はないが、無事に生まれると相続の開始や不法行為の時に遡って権利能力を取得する。

→ 出生までは権利能力がないので、胎児に法定代理人は付けられない。

(理由)

胎児の出生まで遺産の分配を停止すると解する方が実際のだし、胎児に法定代理人を置くことが、必ずしも胎児の利益につながるとは限らない。

※ ただし、母と胎児の財産的な利害が一致しないこともあることから、立法論としては胎児のために財産管理人を選任して胎児のために財産の管理にあたらせるべきだと解されている。

 ワンポイント

★1 ただし、それは不法行為による損害賠償請求・相続・遺贈の3つの場面のみです。たとえば、胎児の母が、胎児のためにその代理人として土地を購入するといったことは解除条件説からも認められません。

 先取情報

★2 登記実務は、解除条件説を採り胎児名義の登記を認めています。

## 判例

## 阪神電鉄事件（大判昭7.10.6）

電車事故で死亡した甲に、父と妊娠中の内縁の妻がおり、この両者が電鉄会社との間で、今後本件に関し一切の請求をしないという内容の和解契約を結び、親族縁者の総代として甲の実父が胎児の分も含めて弔慰金の交付を受けたが、その後、出生した子が損害賠償の請求をした事案で、この和解契約は後日出生した子に対し何ら効力はないと判示して、B説（停止条件説）に立つことを明らかにした。

## 四 権利能力の終期及び同時死亡の推定

権利能力の終期については、民法は直接には何ら触れていないが、死亡によって権利能力が消滅することは当然である。人が死亡すると相続が開始し（882条）、相続が開始すると、その人の財産に属して発生した一切の権利義務が相続人に承継される（896条）と規定しているのは、そのことを当然の前提としているといえよう。

このように、死亡は相続の開始原因として重要である（882条）が、たとえば数人の者が、船舶の沈没事故とか飛行機の墜落事故など同一の危難に遭遇して死亡した場合などには、死亡時の前後の証明が困難であることが多く、しかもその前後によって相続関係は重大な差異を生ずることになる★1。

そこで民法は、**同一又は各別の原因で死亡した場合、死亡した数人のうち1人が他の者の死亡後もなお生存し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」される**とした（32条の2）。同時死亡が推定されるということは、利害関係を有する者が一方の死亡と他方の死亡の時が異なることを証拠を挙げて証明しない限り、双方は同時に死亡したものとして扱われるということである。その結果、本来ならば被相続人・相続人の関係に立つ者同士の間でも、相続は起こらず、遺言者と受遺者との間でも、遺贈は効力を生じないことになる（994条1項の「以前」に同時死亡も該当する★2）。

## 先取情報

★1 明文の規定はないが、相続においては「同時存在の原則」（相続開始時に存在していなければ相続人となれないとする原則）があり、このため死亡時の前後で権利関係に差異を生じることとなります。

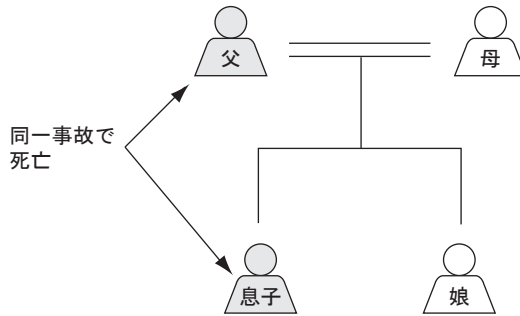
## ワンポイント

★2 994条1項  
遺贈は、遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したときは、その効力を生じない。

### ＜具体例＞

父母と息子・娘の4人家族で、父とその息子が一緒に乗っていた飛行機が墜落し、父と息子が死亡した場合

図表3 同時死亡の具体例



母（妻）にとっては父（夫）が息子よりも先に死亡したものとして扱った方が有利である。というのは、妻・息子・娘がそれぞれ遺産の $1/2 \cdot 1/4 \cdot 1/4$ を相続し（890条・887条1項・900条1号4号）、妻は息子の死亡により息子の分をも相続することになるからである（889条1項）。

これに対して、娘にとっては、父の息子である自己の兄妹が父より先に死亡したものとして扱った方が有利である。というのは、父死亡の結果、娘と母（妻）がそれぞれ $1/2$ を相続することになるからである（900条1号）。

ところが、死亡の証明ができない場合には、相続人・相続分を法律的に決定することができないから、結局、事実上遺産を先に自己の管理下に置いた者がそのままそれを自分のものとすることができることになって不合理である。

しかし、同時死亡の推定により、先の例でいえば、息子は父の相続人とはならず、娘・妻はそれぞれ $1/2$ を相続することになる。しかし、もしも息子に子どもがいれば、その子どもが代襲相続によって祖父の相続人となる（887条2項は代襲相続の要件として「被相続人の子が、相続の開始以前に死亡したとき」としている）。その結果、妻は $1/2$ 、孫は $1/4$ 、娘は $1/4$ を相続することになる（887条2項・901条）。

## 第2款 意思能力

### 学習の指針

私的自治の原則から、法律行為が有効であるためには、行為者に自己の行為の結果を弁識（物事の道理を十分に知ること）するに足りるだけの精神能力が必要です。この能力を意思能力といい、意思能力のない者がした法律行為は無効となります。次款で学ぶ行為能力との違いを理解しましょう。

権利能力が認められていても、そこから当然に権利を取得したり、義務を負担したりすることになるわけではない。人が権利能力を有するということは、ただ単に権利を取得したり、義務を負担することができるという地位・資格を有するにすぎないということを意味することとどまるからである。

個人の自由意思が尊重され、私的自治の原則が認められる近代法の下では、各個人は自らの行為によって自己を拘束する具体的規範（法律関係）を形成することが認められるが、それは自己の正常な意思活動に基づく行為によることを前提とする（個人意思自治の原則）。すなわち、契約という法律行為が本来の効果を生ずるには、**自己の行為の結果**（それによって自己の権利義務に変動が生じる、たとえば売買によって自分の土地所有権が買主たる相手方に移転する）**を弁識するに足りるだけの精神能力**（この能力を意思能力といい、だいたい7歳から10歳の子どもの精神能力を指す）**を有する者**によってなされなければならない。

意思能力を欠く者（意思無能力者、たとえば高度の精神病患者や3、4歳の幼児等）のなした契約などの法律行為は、明文の規定はないが、無効と解されている（大判明 38.5.11）《昭 63-1-2》。

