

司法試験

---

基本事項習得講義 民法～代理

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 158167

LU15816



無料公開講座  
重要事項完成講義

矢島の体系整理テキスト2015  
民法Ⅰ（総則） サンプルテキスト

本冊子は、〔重完〕重要事項完成講義～知識編の民法の講義で使用しているテキストのサンプルです。実際のテキストとサイズが異なります。実際のテキストはLEC各本校で閲覧することができます。

実際のテキストは、民法Ⅰ（総則）、民法Ⅱ（物権）、民法Ⅲ（債権総論）、民法Ⅳ（債権各論）、民法Ⅴ（家族法）、民法（別冊 資料集）の合計6冊で構成されています。

平成27年6月20日

LEC専任講師 矢島純一

## 重要度ランク記号

- ・記号 ● (黒丸)

論文試験，短答試験を通じて最重要事項で，制度の根幹に関わる事項や，論文試験では法的三段論法をする際の規範(要件)となる事項。この事項の理解と記憶を最優先することでその科目全体をいち早く把握することができるようになります。「●」印がついた規範(要件)については論文試験で書けるように理解と記憶をしてください。

- ・記号 ◆ (菱形)

復習の優先度は「●」印がついた項目よりも落ちるが，穴のない学習をして試験の合否が運に左右される領域を少しでも狭めるために習得することが必要な事項。「◆」印がついた項目の復習については，「●」印がついた項目の理解と記憶がある程度できるようになったらやってください。「●」印と「◆」印がついている項目の理解と復習ができるようになると，その科目に対する苦手意識がなくなっているはずです。

- ・記号 ▲ (三角形)

重要度は「●」及び「◆」と比べると落ちるが，余裕があれば試験本番までにおさえておきたい事項。「●」や「◆」を完璧に習得できて余裕があったら「▲」まで手を広げるようにしてください。

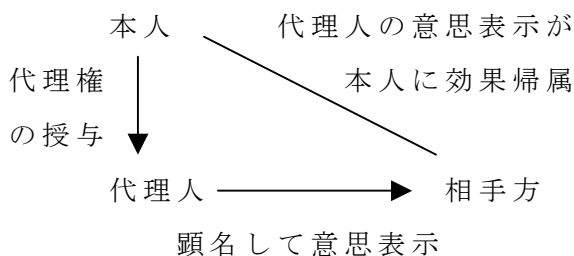
- ・無印下線

短答試験対策用又は論文対策として完全に穴のない知識の習得のためにおさえておきたい事項。この部分の復習は●，◆，▲と比べると優先順位が下がるので，●，◆，▲の理解と記憶がしっかりできるようになってからやってください。このレベルまで完璧にしている受験生は少ないので，最終的に無印下線の部分を完璧にマスターしていなくても，短答試験や論文試験の過去問の学習をしっかりとやっていれば合格することができます。無印下線の部分は受験生各自の可処分時間に応じて可能な範囲で復習してください。

## 第7章 代理

### 1 代理の意義

→ 代理人が本人のためにすることを示して（顕名），その代理権の範囲内で，相手方に意思表示をした場合は，その意思表示による効果が本人に帰属する（99 I）。●



#### \* 代理と使者の違い

→ **代理**は，代理人が本人のためにすることを示して意思表示をするところ，この意思表示は代理人自身の意思表示である。◆

→ **使者**とは，使者自身が意思表示をするのではなく，①本人が作成した契約書等を相手方に交付するなど，本人が既に完成させている意思表示の内容をそのまま伝達する者（**伝達機関としての使者**）と，②本人が既に決定した意思の内容をそのまま相手方に表示して本人の意思表示を完成させる者（**表示機関としての使者**）をいう。◆

## 2 代理の実体法的要件（要件①～③）

→代理人が本人のためにすることを示してした法律行為の効果は有権代理として本人に帰属するところ、このような代理の効力が生じるには、①本人が代理人に対して代理権を授与し（代理権の授与）、②代理人が本人のためにすることを示して（顕名）、③代理人が相手方との間で法律行為をすることが必要である。● 判-6, H20-6

### \* 代理の実体法上の要件 ●

要件① 代理権の授与

要件② 顕名

要件③ 代理人の法律行為

#### ・要件①の補足 ●

任意代理の場合は代理権の授与行為、法定代理の場合は法定代理権の発生原因事実が必要となる。

#### ・要件②の補足 ●

代理人が直接本人の名前で法律行為をした場合（署名代理）でも、効果帰属主体が本人であることを明らかにするという顕名の趣旨は満たされるので、このような場合でも顕名があったといえる。

#### ・法定代理の事案であるが、親権者が未成年者の名義で行った法律行為（署名代理）につき顕名を肯定した判例がある（大判大 9.6.5）。

注：なお、後述する代理の要件事実のところでは、①と③の要件が逆になっているが、あまり気にしなくてよい。実体法の要件は民法の基本書、要件事実は実務の通例に従って①から③の要件を書いたに過ぎず、意味の違いはない。

### 3 効果 ●

① 代理人による法律行為の効果が本人に帰属する。

② 取消権や抗弁権も本人に帰属する。

- ・ なお，詐欺による取消権は本人に帰属するが，詐欺にあったかどうかという点は代理人につき判断する（101 I 参照）。この点は，後述「代理行為の瑕疵」の項目を参照。

## \* 代理行為の瑕疵 ◆

例えば、代理人が相手方の詐欺により意思表示をした場合、詐欺取消権は代理人ではなく本人に帰属するが、詐欺にあったかどうかは代理人につき判断することになる（101 I）。これは代理が、使者と異なり、代理人自身が意思表示をする制度であるからである。

H24-4

（代理行為の瑕疵）

- 101 条 1 項 意思表示の効力が意思の不存在，詐欺，強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。
- 2 項 特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様とする。



## \* 復代理

復代理とは、代理人が自己の責任で代理人（復代理人）を選任して、復代理人に本人を代理させるものである。復代理人は、代理人の代理人ではなく、あくまでも本人の代理人である（107）。H20-6, H23-4

- ・ 代理人が復代理人を**選任**するには、**法定代理**の場合には代理人は自己の責任で自由になしうるが（106）、**任意代理**の場合には本人の許諾があるか、やむを得ない事由があるときでなければ復代理人を選任できない（104）。 H26-3
- ・ 代理人が復代理人を選任したときの**代理人の本人に対する責任**については、**法定代理**の場合は、やむを得ない事由により選任した場合を除いて、全責任を負い（106）、**任意代理**の場合は、復代理人の選任監督に過失があるときに責任を負い（105 I）、本人の指名に従って復代理人を選任したときは復代理人が不適任又は不誠実であることを知りながら本人に通知又は復代理人を解任することを怠ったときに責任を負う（105 II）。

（任意代理人による復代理人の選任）

**104 条** 委任による代理人は、本人の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任することができない。

（復代理人を選任した代理人の責任）

**105 条** 代理人は、前条の規定により復代理人を選任したときは、その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う。

**2** 代理人は、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、前項の責任を負わない。ただし、その代理人が、復代理人が不適任又は不誠実であることを知りながら、その旨を本人に通知し又は復代理人を解任することを怠ったときは、この限りでない。

（法定代理人による復代理人の選任）

**106 条** 法定代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができる。この場合において、やむを得ない事由があるときは、前条第一項の責任のみを負う。

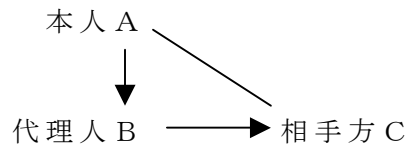
（復代理人の権限等）

**107 条** 復代理人は、その権限内の行為について、本人を代表する。

**2** 復代理人は、本人及び第三者に対して、代理人と同一の権利を有し、義務を負う。

★代理の要件事実★ 代理の攻撃防御の例（要件事実）

事例：本人AがBを代理人として相手方Cから甲動産を買い，AがCに動産の引渡しを求める場合。



訴訟物：売買契約に基づく目的物引渡請求権

請求原因 ●

① BがCに売買の意思表示をしたこと（法律行為） カン-6

② ①の際，BがAのためにすることを示したこと（顕名）

\* 署名代理（BがAの名前で直接意思表示）でもよい。

③ ①のときにBがその代理権を有していたこと（代理権）

フレ-28

\* ③については，相手方が代理権の存在を争えば，代理権の発生を基礎づける具体的事実（先立つ代理権の授与の事実など）を主張立証する。

## 4 代理権の濫用

### (1) 意義

→例えば、本人Aから甲土地を売る代理権を授与された代理人Bが、代金を着服する意図でAを代理して相手方Cに甲土地を売った場合のように、代理人が内心では自己又は第三者の利益を図る目的で、代理権の権限内の代理行為をした場合は代理権の濫用の事例となる。代理権の濫用の事例における本人保護と相手方の保護のバランスをとるために、判例は、93条但書の類推適用による処理をしている（**最判昭42.4.20**）。相手方に代理権の濫用について悪意又は過失があるときは、民法93条但書を類推適用して当該代理行為は無効（代理行為の効果の本人への不帰属）となり、その結果、本人は、相手方に対して、代理行為により発生した契約上の請求を拒むことができる。 ● H20-6, H25-4

#### \* 論理構成 代理権の濫用 ●

代理権濫用による代理行為でも外形上は権限内の正常な代理行為なので、無権代理になるわけではなく、有権代理として原則として本人に効果帰属する。

もっとも、代理権の濫用につき悪意有過失の相手方を保護する必要はない。また、内心の効果意思と表示には不一致はないが、経済的效果を自己に帰属させようとする意思と表示との間に不一致があるので心裡留保の規定を類推する基礎がある。そこで、相手方が、代理権濫用の事実について悪意又は有過失があるときは、民法93条但書を類推適用して、本人はその相手方に対しては代理行為の効果は自己に帰属しないことを主張できると解する。

注：上記の下線部分を中心に短くまとめて論証すればよい。

## (2) 親権者の法定代理権の濫用

→ 親権者は原則として子の財産に関する法律行為を代理する権限（法定代理権）を有する（824）。親権者がその代理権を濫用した場合、相手方がその濫用の事実につき悪意又は過失があるときは民法93条但書を類推適用して代理行為の効果は子に及ばない。

**もっとも**、親権の行使は子をめぐる諸般の事情を総合考慮してなされるものなので、利益相反行為に当たらない限り親権者の広範な裁量に委ねられている。そのため、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するなど、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（後掲**最判平 4.12.10**）。●

### \* 平成4年判決の事案と判旨の概要 ●

最判平 4.12.10 は、親権者が、子を代理して、第三者が負担する債務を担保するために、子の不動産に抵当権を設定する行為は利益相反行為に当たらないとした上で、親権者の法定代理権の濫用の有無を検討した判例である。

この判例は、母Hが、子を代理して、子の叔父Gが代表を務めるJ社が信用保証協会（上告人）に対して負う債務（保証債務の履行による求償債務）を担保するために、子の不動産に根抵当権を設定したという事実関係のもと、子は本件根抵当権設定行為が自己に帰属しないものだとして、上告人に対して、根抵当権設定登記の抹消を求めた事案であった。本件代理行為が仮に利益相反行為に当たれば無権代理となり子に効果帰属せず、子は、上告人に対して根抵当権の設定が無効であることを前提に、所有権に基づき根抵当権の抹消登記請求ができることになる。

最高裁は、本件根抵当権設定行為は、利益相反行為に当たらないことを前提に、親権者による代理権の濫用に該当するかどうかを検討した。なお、判旨では利益相反行為に当たらないとする理由の詳細は述べられていないが、親権者自身の債務を担保するためではなく、第三者の債務を担保するために、親権者が子を代理して子の不動産に根抵当権を設定する行為は、外形的客観的にみて利益相反行為に当たらないことは容易に判断できる。

その上で、最高裁は、本件根抵当権設定行為が利益相反行為に当たらないとしても、それが親権者の代理権の濫用に当たるといえる場合は、民法93条但書を類推適用して、相手方が代理権の濫用につき悪意または有過失であるときは、本件根抵当権設定契約の効果は子に効果帰属しないということを指摘した。**もっとも**、親権者の子の財産を管理する権限は広範なものであり、「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と一般論を判示した上で、**本件**では叔父Gが日ごろから母Hや子の諸事にわたり面倒を見ていた事情があったことから、前記特段の事情の存否を審理せずに代理権の濫用を認めた原審の判断を破棄し、特段の事情についての審理を尽くさせるために原審に差し戻した（後掲最判平4.12.10）。

注：この判例の事案の詳細は**民法V**で改めて学習する。

● 最判平 4.12.10 親権者の法定代理権の濫用

〔判旨抜粋〕

- 1 親権者は、原則として、子の財産上の地位に変動を及ぼす一切の法律行為につき子を代理する権限を有する（民法八二四条）ところ、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（最高裁昭和三九年（オ）第一〇二五号同四二年四月二〇日第一小法廷判決・民集二一卷三号六九七頁参照）。
- 2 しかし、親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているものとみるべきである。そして、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ものというべきである。したがって、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について、それが子自身に経済的利益をもたらすものでないことから直ちに第三者の利益のみを図るものとして親権者による代理権の濫用に当たると解するのは相当でない。

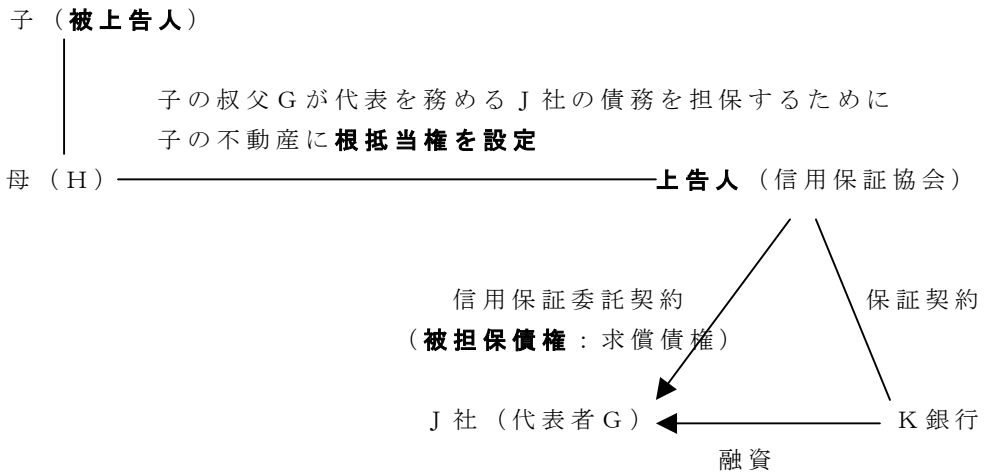
＊平成4年判決の補足～利益相反行為 ●

利益相反行為は無権代理となる。利益相反行為の該当性の判断は、親権者が子を代理してなした行為自体を外形的客観的に考察して判定すべきであり、親権者が当該代理行為をした動機や意図をもって判定すべきでないとするのが判例である（最判昭 37.10.2，最判昭 42.4.18）。

平成4年判決は、母Hが、子を代理して、子の叔父Gが経営する会社J社が信用保証協会に対して負う債務を担保するために、子が所有する土地に根抵当権を設定してその登記を具備させた事案で、当該根抵当権設定行為が利益相反行為に当たらないことを前提に、親権者の代理権の濫用に当たるかを検討した上で、本件事案では親権者の代理権の濫用を否定した。

この判例の事案を極めて簡単に説明すると、母が、子の叔父の債務を担保するために、子の不動産に抵当権を設定する行為は利益相反行為に当たらないということである。

注：利益相反行為の詳細は民法Vを参照



## 5 無権代理

### (1) 意義

→無権代理とは、代理権のない者が、本人のためにすることを示して（顕名）、相手方と法律行為をすることをいう。有権代理の3要件のうち、顕名と法律行為はあるが、代理権の存在の要件を欠くものが無権代理である。●

- ・無権代理行為は原則として本人に効果帰属しない（113 I）。●
- ・無権代理が例外的に本人に効果帰属するのは、本人が相手方に対して追認した場合や（113 I，II），後述する表見代理が成立する場合である（109，110，112）。●

#### \*比較～無権代理と他人物売買 ●

代理権がない者が、本人のためにすることを示して（顕名）、本人の物を勝手に売ったという態様の無権代理は、本人以外の者が本人の物を勝手に売ったという点で他人物売買と似ている。

しかし、**無権代理**は、顕名、すなわち無権代理人が本人のためにすることを示して契約の効果を本人に帰属させようとするものであるのに対して、**他人物売買**はこの顕名をしないのはもちろん、他人物売主が自ら契約の当事者となってその法律行為の効果を自らに帰属（例：自ら売買代金債権を取得）させようとするものである点で無権代理とは異なる。



## (2) 無権代理に対して本人がなしうる行為

### ア 追認

→本人は、無権代理につき、相手方に対して**追認**をすることができる。本人の追認は相手方に対してしなければその相手方に対抗できないが、相手方が本人が追認した事実を知ったときは、本人は相手方に追認を対抗できる（113Ⅱ）。

- ・ **追認**（113Ⅰ）すると、特段の意思表示がない限り、契約時にさかのぼって無権代理の効果が本人に帰属する（116本）。● H24-4
- ・ **他人物売買**の場合も所有者が追認すれば **116条を類推適用**し他人物売買が物権的にも有効となる。なお、他人物売買は権利者が追認しなくても契約当事者間では債権的には有効である（560参照）。結論が同旨の判例もある（**最判昭 37.8.10**）。● H25-5

（無権代理行為の追認）

116条 追認は、別段の意思表示がないときは、契約の時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。 H26-4

### イ 追認拒絶

→本人は無権代理を**追認拒絶**することもできる（113Ⅱ）。本人が追認拒絶をすると、表見代理が成立しない限り、無権代理が確定する。●

（無権代理）

113条 1項 代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、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じない。  
2項 **追認又はその拒絶**は、相手方に対してしなければ、その相手方に対抗することができない。ただし、相手方がその事実を知ったときは、この限りでない。

### (3) 無権代理に対して相手方がなしうる行為

→無権代理の相手方が採ることができる行動としては、①本人に対する追認するかどうかの催告、②無権代理行為の取消権の行使、③無権代理人に対する責任追及、④表見代理の成立による無権代理の本人への効果帰属の主張がある。以下、順番に説明するが、表見代理の主張については後の別項目で説明する。●

#### ア 催告（114）

→本人に対して相当の期間を定めて追認するかどうかを催告できる（114前）。本人から確答がないと本人が追認拒絶したものとみなされる（114後）。▲ プレ-28, H23-3

（無権代理の相手方の催告権）

**114 条** 前条の場合において、相手方は、本人に対し、相当の期間を定めて、その期間内に追認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、本人がその期間内に確答をしないときは、追認を拒絶したものとみなす。

#### イ 取消権（115）

→無権代理につき善意の相手方は無権代理によりなされた契約を取り消すことができる（115）。取消権を行使すると無権代理行為がなかったことになり無権代理人の責任追及もできなくなる。▲

（無権代理の相手方の取消権）

**115 条** 代理権を有しない者がした契約は、本人が追認をしない間は、相手方が取り消すことができる。**ただし**、契約の時ににおいて代理権を有しないことを相手方が知っていたときは、この限りでない。 H23-3, H24-5

## ウ 無権代理人に対する責任追及 (117)

→無権代理の相手方は、①無権代理人が自己に代理権があることを証明できず、かつ②本人の追認がなく、③相手方が無権代理人に代理権がなかったことを知らずかつ知らなかったことに過失がなかったときは（相手方の善意無過失）、その選択に従い、無権代理人に対して履行又は損害賠償の請求ができる（117）。●

- ・無権代理人の責任は、法が特に規定した無権代理人の無過失責任である（**最判昭 62.7.7**）。したがって、無権代理人は自己に過失がないことを理由に無権代理人の責任を免れられない。 プレ-28
- ・ここでの損害賠償は履行に代わるものなので信頼利益にとどまらず、履行利益の賠償まで請求できる（**最判昭 32.12.5**）。● プレ-28

### \* 117条責任の**実体法上の要件**

- ① 無権代理であること（自己の代理権を証明できないこと）
- ② 本人の追認がないこと
- ③ 相手方が無権代理につき善意無過失

H24-5

（無権代理人の責任）

**117条1項** 他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、**かつ**、本人の追認を得ることができなかつたときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。

**2項** 前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、**若しくは過失によって知らなかつたとき**、**又は**他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかつたときは、適用しない。

## ★ 117条に基づく請求権の要件事実★

### 事例

無権代理人Bが、本人Aから代理権を与えられていないのに、本人Aのためにすることを示してC所有の甲土地を相手方Cから買った場合に、相手方Cが、Bの代理行為によりAB間で成立した甲土地の売買を理由に、Aに対して売買契約に基づく代金支払請求をした場合の攻撃防御の例は以下のとおりである。

なお、117条に基づく請求権の要件事実については考え方に争いがあるので、ここではその一例を示しておく。これが唯一の例というわけではない。

### ・請求原因

- ① 代理人と相手方との間の法律行為
  - ② 顕名
  - ③ 117条1項の請求のうち履行請求を選択する意思表示  
\*相手方が履行請求を選択する場合
- o r
- ③ 117条1項の請求のうち損害賠償請求を選択する意思表示  
\*相手方が損害賠償請求を選択する場合
  - ④ 損害の発生とその数額

## \* 抗弁

### 抗弁 1 代理権の存在又は追認（117Ⅰ）

- ① 代理権の発生原因事実又は本人の追認があること

### 抗弁 2 悪意又は有過失（117Ⅱ）

- ① 相手方が代理人に代理権がなかったことを知っていたこと（**悪意**）又はそれを知らなかったことに過失があること（**有過失**）

- ・ここでの「過失」は重過失ではなく軽過失の意味である（**最判昭 62.7.7**）。

### 抗弁 3 代理人の制限行為能力（117Ⅱ）

- ① 代理人が K g①の法律行為をしたときに制限行為能力者であったこと

#### (4) 無権代理と相続

##### ア 無権代理人が本人を相続した場合

→判例は単独相続の事例で、無権代理は当然に有効となるとして無権代理人と本人の地位が融合するかのような見解にたっている（地位融合説）（**最判昭 40. 6. 18**）。●

注：なお、判例は、共同相続の事例では地位融合説をとっていないようである。判例は共同相続の事例では、無権代理が追認拒絶の対象となることを前提とした論旨を展開しており、その論旨は後述する地位併存説と整合する（**最判平 5. 1. 21**）。

後掲「ウ 無権代理と共同相続」の項目を[参照](#)

注：**短答対策**として、判例が、単独相続の事例で、無権代理が当然に有効になるとする見解を採っているということをおさえておけば足りる。

- ・**学説**は、相手方の取消権を奪うべきではないとして、無権代理行為は当然には有効とならず、本人を相続した無権代理人については、無権代理人と本人の地位が併存するとの見解に立っている（地位併存説）。●

### \* 無権代理人による追認拒絶の可否 ●

地位併存説に立った場合、本人を相続した無権代理人は、本人の地位も併有するが、無権代理人自身が、本人の立場で追認拒絶することは信義則に反して許されないと解されている。 ●

なお、後で述べる無権代理人が本人の地位を他の共同相続人と共に共同相続した事例では、無権代理の本人を無権代理人と共に相続した共同相続人が本人の立場で追認拒絶することは信義則に反しないと解されている。

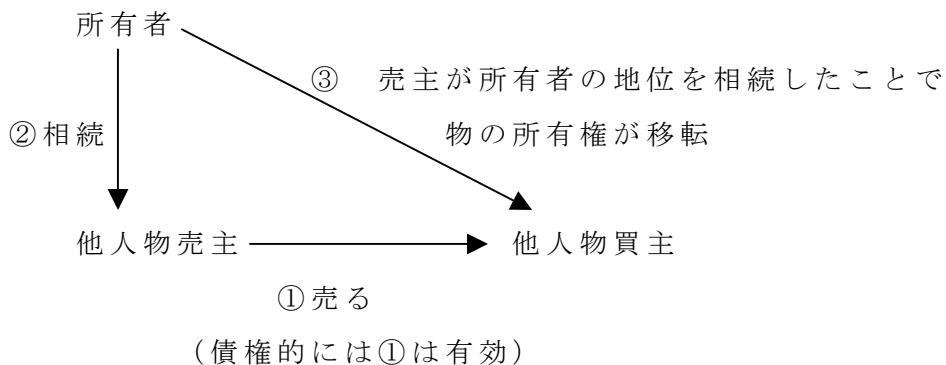
後掲「ウ 無権代理と共同相続」の項目を[参照](#)

### \* 無権代理人による本人の追認拒絶の援用 ●

本人が追認拒絶してから死亡して無権代理人が本人の地位を相続した場合は、相続前に本人による追認拒絶が確定しているので、無権代理人が本人のした追認拒絶を援用することは信義則に反しない（最判平 10.7.17）。地位融合説に立ったとしても、本人自身が死亡する前に追認拒絶をしていれば、その時点で無権代理は追認拒絶されたことが確定するため、無権代理人が、本人による追認拒絶を援用できるとしても理論上は問題ない。**ただし**、無権代理人は無権代理人としての責任（117）を追及されることになる（最判昭 48.7.3）。 H18-33, H21-6, H23-3, H26-4

＊応用論点1 他人物売買と相続 ●

無権代理と相続の論点は、他人物売買の売主が所有者を相続した場合にも応用できる。**例えば**、他人物売買の売主が、所有者の地位を相続した場合に、売主が、買主に対して、所有者の地位で他人物売買を追認拒絶することは信義則上許されないと考えることができよう。この場合、下図のとおり、他人物売主が所有者の地位を相続した時点で、売買の目的物の所有権は、他人物買主に当然に移転し、そのことを他人物売主は拒絶できないことになる。



＊応用論点2 無権代理と後見開始 ●

無権代理行為をした者が制限行為能力者である本人の後見人に就任した場合、後見人は制限行為能力者の利益のために行動する義務があるので、無権代理人が後見人の立場で追認拒絶することは特段の事情がない限り信義則に反しないと解されている。



## イ 本人が無権代理人を相続した場合

→本人が無権代理人を相続した場合、本人が追認拒絶しても何ら信義則に反しないので本人は追認拒絶できる（**最判昭 37.4.20**）。●

H18-33

- ・なお、本人が無権代理行為を追認拒絶した場合であっても、本人は無権代理人の相続人として、117条の無権代理人の責任を相続して損害賠償責任や履行責任を負担することになる。したがって、本人は追認拒絶したからといって完全に責任を免れられるわけではない。●
- ・例えば、無権代理人が、本人の居住する不動産を勝手に売ったのに対して、本人がその無権代理につき追認拒絶をして無権代理が確定したところ、相手方が、無権代理人に対する履行請求を選択して、無権代理人の地位を相続した本人に対して、不動産の引渡しを請求してきた場合、本人は、相手方からの履行請求を拒めるかということが**問題**となる。この問題は、相手方が117条に基づき特定物の引渡請求をしてきた場合に、無権代理人の地位を相続した本人は、その請求を拒めるかという形で一般的に議論されている。

本人が無権代理による特定物の引渡債務を相続した場合、本人の追認拒絶に対して相手方の履行請求を認めると、本人は相続という偶然の事情で特定物を失うことになりあまりに酷な結果となる。そこで、このような酷な結果を避けるために、上記のような場合、本人は相手方の履行請求を拒絶できると解されている。ただし、本人が履行請求を拒絶した場合、本人は無権代理人の損害賠償責任を相続しているので、その損害賠償責任を負うことになる。●

## ウ 無権代理と共同相続 ●

→ 無権代理人が他の共同相続人とともに本人を共同相続した場合，他の共同相続人全員が無権代理行為の追認をしているのに，無権代理人が追認拒絶をすることが信義則に反するとしても〔注：判例は，共同相続の場合は，無権代理が追認の対象となる余地を肯定しており，単独相続の場合と異なり，無権代理が当然に有効となる地位融合説をとっていないようである。〕，追認権や追認拒絶権は性質上，相続人全員に不可分的に帰属するので，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。したがって，他の共同相続人が追認拒絶した場合は，無権代理人の追認の効力は全く生じない。そして，この理は金銭債務のような可分債務にも妥当する（後掲**最判平 5.1.21**）。 H18-33

例：父 A を無権代理して第三者の金銭借入れの連帯保証契約を締結した B が，共同相続人 C とともに父 A の地位を相続し，C が無権代理を追認拒絶した場合，無権代理人の相続分についても金銭債務の連帯保証契約は有効とはならない（無権代理人への効果不帰属）とするのが判例である（後掲**最判平 5.1.21**）。● プレ-28，H21-6，H23-3，H26-4

● 最判平 5.1.21 無権代理と共同相続

〔判旨〕

一 省略

二 **原審**は、右事実関係の下において、無権代理人が単独で本人を相続した場合に限らず、無権代理人と他の者とが共同で本人を相続した場合であっても、その無権代理人が承継すべき被相続人（本人）の法的地位の限度では、本人自らしたのと同様の効果が生じるとした上、本件においては、Gと無権代理人たる上告人とが、金銭債務について、本件連帯保証契約の当事者たる本人の地位を各二分の一の割合により相続承継し、この地位は既に確定的なものとなっているのであるから、無権代理人たる上告人が相続により本人たるFの地位を承継した分について、本人自らが本件連帯保証契約をしたのと同様の効果が生じ、上告人がその連帯保証責任を負うべきであり、上告人は、被上告人に対し、Fの連帯保証のうち上告人が相続承継した二分の一に相当する部分、すなわち、被上告人の請求額の二分の一の四二五万円及びこれに対する弁済期の翌日である昭和五七年四月二日から完済まで約定の年三割の割合による遅延損害金の支払をすべきことを命じた。

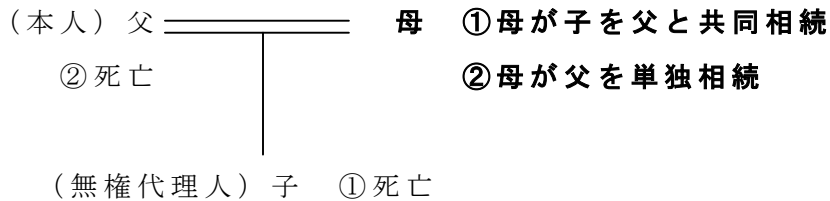
三 **しかし**、原審の右判断は、これを是認することができない。その理由は、次のとおりである。

すなわち、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的に帰属するところ、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と解すべきである。

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。そして、以上のことは、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。

**これを本件についてみるに**、前記の事実関係によれば、上告人は、Fの無権代理人として本件連帯保証契約を締結し、Fの死亡に伴い、Gと共にFの権利義務を各二分の一の割合で共同相続したものであるが、右無権代理行為の追認があった事実について被上告人の主張立証のない本件においては、上告人の二分の一の相続分に相当する部分においても本件連帯保証契約が有効になったものということとはできない。

エ 本人と無権代理人の両方の地位を相続した場合



→例えば、子が父を無権代理して法律行為をし、その後、無権代理人である子が死亡し、無権代理人である子を、父（本人）と母が共同相続したところ、しばらくして父（本人）が死亡してその本人の地位を母が単独相続したときのように、この事例で母を基準にみると、まず、本人とともに無権代理人の地位を共同相続して、次に、本人の地位を単独相続した場合、判例は、無権代理人が本人を相続した場合と同じに扱い、本人自らが法律行為をしたのと同様に無権代理行為は当然に有効になるとした（後掲**最判昭63.3.1**）。 ● H18-33

- ・この**判例**は、この場合、まず本人が他の共同相続人と共に無権代理人の地位を共同相続し、その後、本人が死亡し、前記共同相続人が、本人の地位を単独相続した場合に、無権代理人が本人を相続したものとして、無権代理人が本人を単独相続した事例と同様の考え方で形式的な処理をしている。
- ・**学説**は、無権代理をしていない者が追認拒絶しても何ら信義則に反しないので追認拒絶を認めるべきであるとして判例を批判している。 ●

● 最判昭 63.3.1 本人が無権代理人を相続し、その本人を相続した場合

〔判旨〕

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ものと解するのが相当である。ただし、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、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、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、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。

・昭和63年判決の妥当性の検討 ●

なお、**判例の事案と異なり**、本人が先に死亡し本人の地位を無権代理人と共同相続し、次いで、無権代理人が死亡して無権代理人の地位を単独相続した者の取扱いをどうするかについては昭和63年判決からは明らかにならない。

**仮に**、このような事例でも、昭和63年判決の処理と同じように相続の順番によって形式的に処理するのだとしたら、**まず**、母は、子と共に本人である父を共同相続し、**次に**、無権代理人である子を単独相続するわけなので、本人が無権代理人の地位を相続した場合と同様に扱い、母が無権代理行為を追認拒絶しても信義則に反しないという取扱いをするはずである。

**しかし**、相続の順番により追認拒絶ができるか否かの結論に違いができるのは不合理であるとして、このような形式的な処理に対して批判がなされている。この批判は説得力があるので、この論点については判例を軽く批判した上で、無権代理をしていない者が追認拒絶しても何ら信義則に反しないので追認拒絶を認めるべきであるとの学説による処理をした方が妥当であろう。

## 6 代理権授与表示の表見代理（109）

### (1) 意義（要件・効果）

→代理権を与えていないのにそれを与えた旨の表示（授権表示）をした者は、それを信賴した善意無過失の第三者に対して有権代理と同様の責任を負うことになる（無権代理行為の本人への効果帰属）。●

#### \* 109条の表見代理の**実体法上の要件** ●

有権代理の要件の、①代理権、②顕名、③法律行為のうち、①の代理権の代わりに、授権表示と相手方の善意無過失が要件として加わる。

**要件① 授権表示**

**要件② 顕名**

**要件③ 法律行為**

**要件④ 相手方の善意無過失**

#### 109条（代理権授与表示による表見代理）

第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

## (2) 授権表示

→授権表示とは、本人が、相手方に対して、代理人に代理権を与えていないのにそれを与えた旨の表示をすることをいう。例えば、Aが、Bに代理権を与えていないのに、その代理権を与えた旨をCに表示することが授権表示となる。●

- ・商法14条及び会社法9条の**名板貸人の責任**に関する規定は、民法109条の授権表示の表見代理の**特則**である。例えば、Y商店の商号で事業を営む商人が、特定の代理権をAに授与する旨の表示を第三者にしなくても、Aに対してY商店の名前で事業を営むことを許諾した場合、AをY商店と誤認して取引をした相手方に対して、取引上の債務を連帯して負うことを認めたのが名板貸人の責任である。名板貸人の責任は、名前を貸した者(名板貸人)が、商人(商法14条)又は会社(会社法9条)である場合に限定されているものの、本人たる名板貸人が明示的に授権表示をしなくても、名板借人を名板貸人と誤認して取引をした者に対して取引上の責任を負うことになる点では、民法109条と比べると適用範囲が広いものといえる。
- ・民法109条及び商法14条(当時は旧商法23条)等の法理に照らして本人に契約責任を認めた判例がある。本件では**本人による授権表示**がされていないため109条は直接適用できず、本人が裁判所(国)であって商人ではない上に裁判所が営業することを許諾したわけではないので商法14条が直接適用されないが、利益状況が109条及び商法14条の適用場面と似ているため上記のような法律構成が採られたものと考えられる。事案の概要及び判旨は以下のとおりである。

Aは、裁判所職員の福利厚生を図るための互助団体として自然発生したもので、「**東京地方裁判所厚生部**」との名称を用いて、東京地方裁判所の建物内で東京地方裁判所の総務課が置かれている部屋と同じ部屋に事務



室を置いて、同じ裁判所の職員が生活物資の配給活動をしていたが、国の組織である東京地方裁判所とは法的には関係がない別人格のものであったところ、Xは、Aに対して、布を販売して納品したが、Aが代金を支払わないので、民法109条及び商法14条等の法理に基づき、国に対して売買代金374万円の支払い請求をしたという本件の事案において、最高裁は、Aが東京地方裁判所の建物内で一般に官庁の部局をあらわす「部」という文字を用いていることは、Aが東京地方裁判所の一部局である旨の表示力を有するといえるし、Aが東京地方裁判所の総務課がある部屋と同じ部屋に事務室を置き、同じ職員が事務に当たっていたことなどから、Aが裁判所とは関係のないものであることを一般人に認識させることは到底できず、取引の相手方としては、Aと東京地方裁判所を同一のものともみるのも無理はないといえることなどを理由に、**民法109条及び商法14条等の法理に照らして、本人に契約責任が認められる余地がある旨を判示した。なお、最高裁は、原審において同法理による責任発生に必要なXの善意無過失の認定がされていないため、その点の審理を尽くさせるために本件を原審に差し戻した（最判昭35.10.21）。** H24-5

\* 最判昭 35.10.21 民法109条と商法14条の法理による表見責任

〔判旨〕

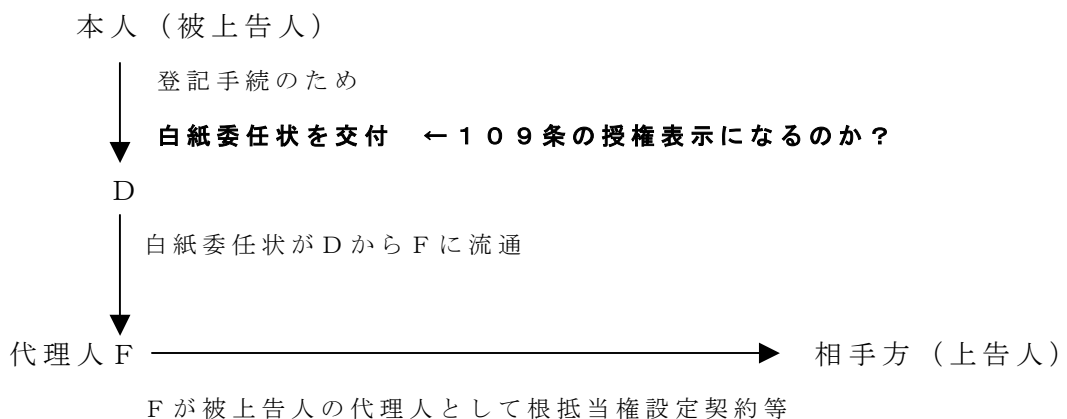
一般に、他人に自己の名称、商号等の使用を許し、もしくはその者が自己のために取引する権限ある旨を表示し、もつてその他人のする取引が自己の取引なるかの如く見える外形を作り出した者は、この外形を信頼して取引した第三者に対し、自ら責に任ずべきであつて、このことは、民法109条、商法23条〔現商法14条〕等の法理に照らし、これを是認することができる。

### (3) 白紙委任状の交付と授権表示

→本人が代理権を授与しないまま白紙委任状を交付した場合，それが109条の成立要件の1つである授権表示となるのかが問題となる。この問題は白紙委任状を交付した帰責性ある本人と相手方の取引の安全の保護とを調整しようとする視点から考える。委任事項欄の濫用の事例と代理人欄の濫用の事例とがありうるが，後で争いになるのは委任事項欄の濫用の事例が多いのでここでは委任事項欄の濫用のケースを考える。●

- ・白紙委任状が本人から直接交付を受けた者に委任事項欄を濫用された場合（直接交付型），本人はその者による濫用を覚悟するべきなので，白紙委任状の交付は授権表示となる。一方，本人が白紙委任状を直接交付した者以外の者に委任事項欄を濫用された場合（転々流通型），本人が白紙委任状を何人が使用してもかまわないという意図でそれを交付したのでない限り，授権表示とはならない。これと同旨の判例がある（後掲最判昭39.5.23）。●

フレ-15(見解問題)



〔判旨〕

原判決引用の第一審判決は、被上告人は昭和三三年四月一七日訴外Dから一二万円を借り受けるに当り、右債務の担保として本件土地、建物に抵当権を設定することとし、その登記手続のため右土地、建物の権利証および被上告人名義の白紙委任状、印鑑証明書をDに交付したが、Dは自己のための抵当権設定登記手続をすることなく、訴外Eを介して金融を得る目的でこれらの書類をFに交付したところ、Fはこれらの書類を用い、被上告人の代理人であると偽り、上告人と債権極度額一〇〇万円とする本件根抵当権設定契約および停止条件付代物弁済契約を締結したこと、DやFがこのようにこれらの書類を使用することについては上告人が承諾を与えたことがないとの事実を確定したものである。

論旨は、以上の場合において、被上告人は民法一〇九条にいわゆる「第三者ニ対シテ他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ表示シタル者」に当るという。

しかしながら、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なり、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、必ずしも民法一〇九条の所論要件事実が具備するとはいえない。

けだし、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っ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民法一〇九条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。

本件において原判決が前掲の事実を確定しFの判示行為につき民法一〇九条を適用することができないとしたのは相当であり、原判決に所論の法律解釈を誤った違法はない。

#### (4) 109条の善意無過失の主張立証責任

→相手方の主観的要件（善意無過失・悪意有過失）の主張立証責任について、109条と110条の違いに注意を要する。条文の構造上、**109条**は、本文で相手方の主観的要件の有無を問わず表見代理が成立することを規定し、但書で、相手方に悪意又は過失があるときに表見代理が成立しない旨を規定している。一方、**110条**は、但書を置かず、相手方が善意無過失であること（代理権限があると信じるにつき正当な理由の存在）が表見代理の成立に必要な要件として規定されている。109条と110条の条文構造の違いは、以下のように相手方の主観的要件の主張立証責任に違いをもたらす。

**109条**の場合は、授權表示により代理権を与えていないのに与えたかのような外観を作出した本人の帰責性が単に代理人に基本代理権を与えたにすぎない**110条の場合と比べて大きい**ので、本人が表見代理の責任を免れるためには、**本人が**、授權表示にかかる代理権の存在についての**相手方の悪意又は有過失を主張立証**しなければならないとされている。すなわち、本人が、授權表示にかかる代理権が存在しないことについて相手方が知っていたこと又は知らなかったことに過失があることを主張立証しなければならない。●

一方、**110条**の表見代理については、外観作出に対する本人の帰責性が109条の表見代理のときほど大きくないこととの均衡から、相手方の主張立証責任を重くし、本人に対して表見代理責任を追及する無権代理行為の相手方が、自己の善意無過失を主張立証する必要があるとされている。詳細は110条の表見代理の項目で説明する。● H18-25, H21-6

## ★ 109条の表見代理の要件事実★

### \* 要件事実

- ① 代理人による意思表示
- ② 顕名
- ③ ①に先立つ授権表示

\* 授権表示：代理権を授与していないのに授与したかのような表示行為をすること。

### \* 抗弁

- ① 代理権の不存在につき相手方の悪意又は有過失（109但）

- ・ 109条の場合は、授権表示により代理権を与えていないのに与えたかのような外観を作出した**本人の帰責性**が単に代理人に基本代理権を与えたにすぎない110条の場合と比べて大きいので、本人が表見代理の責任を免れるためには、本人が授権表示にかかる代理権の存在について相手方の悪意又は有過失を主張立証しなければならないとされている。すなわち、本人が、授権表示にかかる代理権が存在しないことについて相手方が知っていたこと又は知らなかったことに過失があることを主張立証しなければならない。

## 7 権限外の表見代理（権限踰越の表見代理）（110）

### (1) 意義（要件・効果）

→代理人が基本代理権の範囲を超えて代理行為をした場合に，本人は，当該代理行為が代理人の権限内の行為と信じた善意無過失の相手方に対して有権代理と同様の責任を負うことになる（無権代理行為の効果帰属）。●

### 110条（権限外の表見代理）

前条本文の規定は，代理人がその権限外の行為をした場合において，第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

#### \* 110条の表見代理の**実体法上の要件** ●

有権代理の要件の，①代理権，②顕名，③法律行為のうち，①の代理権の代わりに，表見代理の成否が問題とされる法律行為以外の法律行為の代理権（基本代理権）と相手方の善意かつ無過失（代理権があると信じ，かつ，そう信じたことの正当な理由）が要件として加わる。

**要件①** 基本代理権

**要件②** 顕名

**要件③** 法律行為

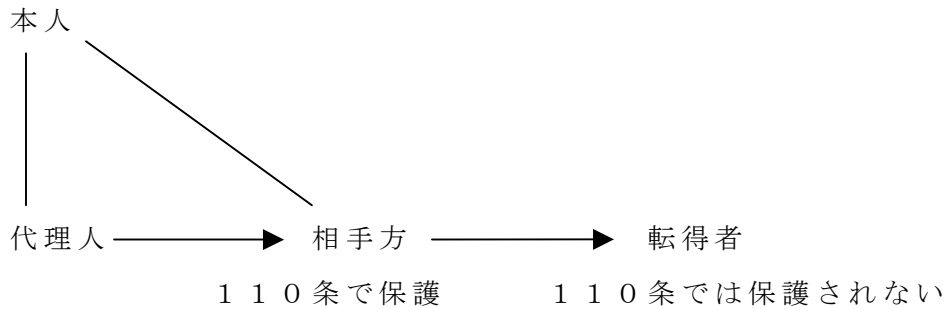
**要件④** ③の法律行為をする権限があると信じたこと（**善意**）

**要件⑤** ④と信じたことについての**正当な理由**（④と信じたことにつき**無過失**）

注：実体法上の要件と要件事実とでは①から⑤の順番が違うがあまり気にしなくてよいことは有権代理の場合と同じである。

- ・無権代理人は、表見代理が成立することを理由に無権代理人の責任を免れることはできない。無権代理の相手方は、表見代理を主張して無権代理の本人への効果帰属を主張することもできるし、表見代理を主張せずに無権代理人に対して無権代理人の責任追及（117）をすることもできる。これら主張の選択権は相手方にある。これと同旨の判例がある（**最判昭 62.7.7**）。◆
- ・110条の基本代理権は私法上の法律行為をする代理権を意味する。したがって、事実行為の代理権や公法上の行為の代理権は基本代理権にはあたらないのが原則である。●
- ・投資会社の勧誘員が息子に勧誘行為を任せていた事例で、投資勧誘行為は事実行為であるから110条の基本代理権にあたらないとした判例がある（**最判昭 35.2.19**）。
- ・不動産の移転登記手続を委任するなどの公法上の行為の代理権であっても、それが特定の私法上の取引行為の一環として行使されるものであるときは例外的に110条の基本代理権となる（**最判昭 46.6.3**）。● H18-25, H25-4
- ・本条は109条と異なり法定代理にも適用がある。◆  
注：表見代理は権利外観法理の現れであり、権利外観法理は本人の帰責性があることを前提としているが、委任による代理だけでなく法定代理による権限逸脱でも取引の安全を図る必要性が強く認められることから110条の場面では徹底して取引の安全を重視し本人の帰責性は必ずしも必要とはされないと解されている。受験生は学者を目指して勉強しているわけではないので、試験対策上は、理屈を追究せずに結論をおさえておけば足りる。

- ・ 転得者は代理人の基本代理権を信頼して取引をするわけではないから、110条の表見代理を主張できる者は、代理行為の直接の相手方に限られており、相手方からの転得者は110条では保護されない。結論が同旨の判例がある（**最判昭 36.12.12**）。◆ H25-4





＊「**正当な理由**」の有無の判断枠組み ●

110条の表見代理の成立要件である代理人に権限があると信ずべき「正当な理由」の有無の判断は、相手方から見た事情だけではなく、本人側の事情をも考慮して総合判断される。

110条の「**正当な理由**」は、事実に規範的な評価を加えてその該当性を判断する**規範的要件**といわれており、訴訟では正当な理由を基礎付ける**評価根拠事実**を、**主要事実**として主張することになる。110条の表見代理の成立を主張する者による**評価根拠事実**の主張に対して、その成立を否定する者が正当な理由の成立を障害する**評価障害事実**を、**主要事実**として主張し、最終的には、裁判所が、評価根拠事実と評価障害事実を総合考慮して「正当な理由」が肯定できるかを判断する。

ここでの**評価根拠事実**と**評価障害事実**は、請求原因と抗弁の関係に立つので、両者は両立しうる事実である必要がある。例えば、**評価根拠事実**として主張された事実に対して、それと非両立の事実を主張して反論する場合は、**評価障害事実**の主張をしたのではなく、単に積極否認（理由付け否認）をしたに過ぎないことになる。なお、抗弁と積極否認の違いや、規範的要件については民事訴訟法の科目で詳細を講義する。

関連問題：H22司法論文民事系第2問設問1

＊**間接事実**と**評価根拠事実**の違い ●

**主要事実**を推認させる事実を**間接事実**というが、**評価根拠事実**や**評価障害事実**は、**主要事実**を推認させる間接事実ではなくて、それが**主要事実そのもの**となる。

民事訴訟法の知識として● 詳細は民事訴訟法の科目で講義する。

**\* 実印と「正当な理由」の有無の判断枠組み ●**

取引において実印の信用性が重視されるわが国においては、実印が押印された契約書と印鑑登録証明書が存在する場合は代理権の存在に疑いを生じさせる特段の事情がない限り「正当な理由」が認められる。

もつとも、第三者に対する代理人の債務を保証するために代理人が本人を代理して第三者との間で連帯保証契約を締結したり、本人と代理人との関係が本人の実印を持ち出しやすい同居の家族であったりするなどの事情があるときは前記特段の事情があると認められる。そして、前記特段の事情が認められるときは、保証意思の有無を本人に確認するなど代理権の存在につき調査義務が生じ、その義務を尽くしていないといえるときは代理権があると信じるにつき「正当な理由」は認められない。

なお、金融業者など業務として貸金をする者は、貸金及びそれに関する保証契約の締結について特に高度の注意義務を負っていると解されており、本人に対する保証意思の確認はかなり厳格なものが要求されると解されている。

- ・ 110条の正当な理由の有無が争われた有名な判例を紹介する。  
Bが自己の経営するA会社の取引上の債務の保証を、電気器具販売業者である相手方Xから求められたため、Bが、Bの妻の叔父Yに無断で、Yから別件で預かっていたYの印鑑を利用して、Yを代理して、Xとの間で、前記債務を連帯保証する旨の契約を締結して連帯保証契約書を作成し、Yの印鑑登録証明書を交付した事案で、**最高裁**は、実印が押印された契約書とともに、印鑑登録証明書が相手方に交付された場合は、代理権の存在を疑わせる特段の事情がない限り「正当な理由」が認められるが、そのような特段の事情があるときは、相手方は本人に直接照会するなど可能な手段によって保証意思を確認する義務があり、その義務を尽くさずに代理権があると信じても「正当な理由」は認められないとの判断枠組みを前提に、本件の保証が保証期間も保証限度額も定められておらず本人の負担が非常に重いものであったこと、本件の保証契約の締結により代理人自身が利益を受けることになること、その他の事実関係から本件では前記特段の事情があるとした上で、XがYに保証意思の確認をとっていなかったことから「正当な理由」はないとした。(最判昭 51. 6. 25) ●
- ・ また、前記最高裁は、Xが金融業者でないことを理由に可能な調査手段の有無にかかわらず「正当な理由」を肯定した原審の判断につき、110条の解釈を誤るものであるとの指摘をしている。したがって、判例は、金融業者でなくても、代理権の存在を疑わせる事情があるときは、一定の調査義務が課されることを肯定しているものといえる。●

## ★ 110条の表見代理の要件事実★

具体例

本人Aが、代理人Bに対して、A所有の甲土地に抵当権を設定する代理権（基本代理権）を与えたところ、Bが、Aに無断で甲土地を相手方Cに売却したとする。このとき、Cが、Aに対して、売買契約に基づき所有権の移転登記を求めたところ、Aが、その売買契約はBが勝手にやったものであるとして売買契約の成立を否認した場合、Cは、110条の表見代理の成立を理由に本件売買契約の効果がAに帰属するとして、Aに対して、売買契約に基づく所有権の移転登記を求めることが考えられる。

CがAに対して、110条の表見代理を主張する場合は、① BがCに対して甲土地を売ったこと（BC売買）、② ①の際にBがAのためにすることを示したこと（顕名）、③ ①のときにCがBに①の行為をする代理権があると信じたこと（善意）、④ Cが③と信じたことに正当な理由があること（無過失）、⑤ ①のときにBに抵当権設定行為の代理権（本件における基本代理権）があったことの5点を主張することになる。

### 要件事実

#### ① 代理人による意思表示

\*代理人と相手方との間の法律行為を具体的に摘示する。

#### ② 顕名

\*代理人が本人のためにすることを示したことを摘示する。

#### ③ ①のときに相手方が代理人に①の代理権があると信じたこと（善意）

#### ④ ③につき正当な理由があること（無過失）

・無過失を基礎づける評価根拠事実を主張立証する。

#### ⑤ ①のときに代理人が①以外の特定の事項について代理権を有していたこと（基本代理権）

## (2) 日常家事に関する法律行為についての代理行為

### ア 日常家事に関する法律行為と代理権

→民法761条本文は、「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。」と規定している。

761条は、日常家事債務について夫婦間に連帯責任が生じる前提として、夫婦相互に日常家事に関する法律行為について代理権が発生することを認めた規定であると解されており、さらに、その代理権に基づく法律行為は、顕名は不要であり、その効果は夫婦相互に帰属し連帯責任が発生するものと解されている。●

H26-3

(日常の家事に関する債務の連帯責任)

\*761条 夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。ただし、第三者に対し責任を負わない旨を予告した場合は、この限りでない。

## イ 日常家事債務に関する代理権と110条の表見代理

→ 夫婦の一方が、日常家事に関する法律行為についての代理権の範囲を超えて夫婦の他方を代理して法律行為をした場合、日常家事に関する法律行為についての代理権（761）を基本代理権として110条の表見代理の成立を肯定できるか否かが問題となる。

判例は、110条の直接適用を否定し、110条の趣旨を類推適用して事案を解決することで、無権代理の相手方と本人の保護の調整を図っている（後掲**最判昭44.12.18**）。● H21-6, H25-4

### \* 110条の趣旨類推適用説のポイント ●

- ① 761条から夫婦相互の日常家事に関する法定代理権を肯定。
- ② 日常家事の代理は、通常の代理と異なり、顕名不要で、夫婦相互に効果帰属する。
- ③ 日常家事の範囲は、個々の夫婦ごとに異なり、社会的地位、職業、資産、収入などによって個別的に判断される。
- ④ その判断の際は、相手方の取引の安全に配慮して、夫婦の内部的な事情だけを重視して判断するのではなく、法律行為の性質等の客観的事情をも考慮して判断する。
- ⑤ 上記判断により日常家事の範囲に属する法律行為と判断されるときは、その相手方の保護は、761条を根拠とする有権代理として図られることになる。一方、日常家事の範囲に属しない法律行為の相手方の保護については、夫婦の財産的独立（762 I 参照）を不当に損なうので日常家事代理権を基本代理権として110条を直接適用することはできないが、相手方に、当該行為が当該夫婦の日常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な理由がある場合は、110条の趣旨を類推適用して相手方の保護を図る。

●最判昭 44.12.18〔所有権移転登記手続請求事件〕

～日常家事債務と民法 110 条の趣旨類推適用

〔判旨〕

「民法七六一條は，「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは，他の一方は，これによって生じた債務について，連帯してその責に任ずる。」として，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規定しているものと解するのが相当である。

そして，民法七六一條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，収入等によって異なり，また，その夫婦の共同生活の存する地域社会の慣習によっ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たっては，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，性質等をも十分に考慮して判断すべきである。

しかしながら，その反面，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るから，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。

したがって，民法七六一條および一一〇条の規定の解釈に関して以上と同旨の見解に立つものと解される原審の判断は，正当である。

ところで，原審の確定した事実関係，とくに，本件売買契約の目的物は被上告人の特有財産に属する土地，建物であり，しかも，その売買契約は上告人の主宰する訴外株式会社 E 商会在訴外 D の主宰する訴外株式会社 F 商店に対して有していた債権の回収をはかるために締結されたものであること，さらに，右売買契約締結の当時被上告人は右 D に対し何らの代理権をも授与していなかったこと等の事実関係は，原判決挙示の証拠関係および本件記録に照らして，首肯することが

できないわけではなく、そして、右事実関係のもとにおいては、右売買契約は当時夫婦であった右Dと被上告人との日常の家事に関する法律行為であったといえないことはもちろん、その契約の相手方である上告人においてその契約が被上告人ら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があったといえないことも明らかである。

してみれば、上告人の所論の表見代理の主張を排斥した原審の判断は正当であって、原判決に所論の違法はなく、論旨は、ひっきょう、原審の適法にした事実の認定を争い、または、独自の見解を主張するものにすぎず、採用することができない。」



＊おまけ～日常家事債務に関する表見代理につき**110条の「直接適用説」と「趣旨類推説」とで結論が分かれそうな事例** ●

→夫XはX名義の建物を所有し、その建物に妻Aと共に居住していた。  
Aは、Xが仕事で留守の間に、無断でXの実印を持ち出してその実印の印鑑登録証明書を取得し、さらにその実印を用いて、同建物を売却する代理権をAに授与する旨が記載されたX名義の委任状を偽造した。Aは、上記印鑑登録証明書と委任状を提出して、Xを代理して、Yとの間で同建物を売却する契約を締結した。Yは、契約締結の際に、電話でXの売却意思を確認したいと申し出たので、Aは、事前に事情を話して協力を頼んでいたAの実弟Bの携帯電話の電話番号をXの電話番号だと偽ってYに伝えた。Yは、その場でその番号に電話したところ、Xの名前を名乗ってX本人であるかのような言動をするBに売却意思を確認して、Xに売却意思があるものと信じるに至った。

以上の事実関係において、**110条の直接適用説**に立つと、761条でAに基本代理権が認められ、さらに、YにはAが上記売買をする代理権があると信じたことに過失がないといえれば、110条により上記売買の効果がXに帰属することになる。Yは、Xの実印が押印されている契約書と印鑑登録証明書の交付を受けている上に、結果的には本人に対する確認がなかったものの一応は本人確認もしているため、Yの無過失が肯定される可能性が極めて高い。そうすると、Yに、Aが上記売買をする代理権を有していることを信ずるにつき正当な理由があるといえそうなので、761条により発生した日常家事代理権を基本代理権として、110条により売買の効果をXに帰属させる可能性があることになる。

一方、**110条の趣旨類推適用説**に立つと、上記印鑑登録証明書や委任状、上記内容の電話確認だけでは、Yが、上記売買をXA夫婦の日常家事に関する法律行為の範囲内に属すると信じるにつき

正当な理由があるとはいえないので，上記事実関係においては上記  
売買の効果がXに帰属しないことが明らかであるといえる。

## 8 代理権消滅後の表見代理 (112)

### (1) 意義 (要件・効果)

→ 代理人が代理権消滅後に消滅前の代理権の範囲内の法律行為を代理した場合に、本人は、代理権が消滅していないと信じた善意無過失の相手方に対して、有権代理と同様の責任を負う (無権代理行為の効果帰属)。●

・本条は110条と同様に法定代理にも適用がある(大判昭17.5.20)。

● H18-25

### \* 112条の表見代理の**実体法上の要件** ●

有権代理の要件の、①代理権、②顕名、③法律行為のうち、①の代理権の代わりに、かつて①の代理権を有していたこと及び相手方の善意無過失が要件として加わる。

**要件① かつて代理権を有していたこと (代理権の消滅)**

**要件② 顕名**

**要件③ 法律行為**

**要件④ 善意無過失**

・ **112条の善意無過失**については、**条文上**は、善意が本文、有過失が但書にそれぞれ規定されていることから、表見代理を主張する無権代理行為の相手方が自己の善意を主張し、表見代理を否定する本人が相手方の有過失を主張することになる。

112条 (代理権消滅後の表見代理)

代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。

## (2) 代理権の消滅原因

ア 法定代理と委任による代理（任意代理）に**共通**する消滅原因

① 本人の死亡（111 I ①）

② 代理人の死亡，破産手続開始，後見開始審判（111 I ②）

予 H23-1, H24-4

イ 委任による代理（任意代理）だけの消滅原因

① 委任の終了 例：本人の破産手続開始（111 II, 653 II）

② 代理権授与行為の解除

- ・ 委任の解除の効力に関する 6 5 2 条が準用する 賃貸借の解除の効力を規定する 6 2 0 条は講学上「告知」とよばれるものを規定していると解されている。告知には解除のような遡及効がなく将来効のみが認められる。したがって、委任による代理につき代理権授与行為を解除した場合は将来的に代理権授与の効力が消滅するだけで代理権の消滅の効果は遡及しない。
- ・ **なお**，委任契約を締結した場合，委任契約は委任者が受任者に対して法律行為をすることを委託するものであることから，委任契約の締結の効果として，委任者が受任者に対して代理権授与という行為をしなくても，当然に代理権が発生するという見解（**事務処理契約説**）に立つと，代理権授与行為という概念がないので，代理権授与を取り消すという行為を観念する必要はなく，委任契約の解除の効果として当然に代理権が将来的に消滅し，**消滅の効果は遡及しない**ことになる。詳細は第 6 編の「委任」の章で説明する。

## ★ 112条の表見代理の要件事実★

### (1) 112条の表見代理の主張の位置づけ

→ 112条の表見代理の主張は、例えば、相手方が、本人の代理人の代理行為があることを理由に本人に対して履行請求（有権代理を理由とする請求）したのに対して、本人が代理権の消滅の抗弁を主張した場合に、その抗弁に対する反論として用いられる。

・ この場合の 112条の主張をどう位置づけるかについては、再抗弁説と予備的請求原因説の対立がある。

・ 再抗弁説

112条の表見代理の主張は、有権代理の請求原因に対して代理権消滅の抗弁が主張された場合のその抗弁に対する再抗弁として位置づけられる。

・ 再抗弁説に対する批判

この主張が再抗弁といえるためには、この再抗弁が認められると請求原因の主張を復活させるような関係にあることが必要であるが、代理権消滅の表見代理の主張によって有権代理の主張が復活するわけではないので、この主張を再抗弁とみることはできない。

・ **予備的請求原因説（実務）**

112条の表見代理の主張は、有権代理の請求原因とそれに対する代理権消滅の抗弁を前提とする予備的請求原因として位置づけられる。

## (2) 相手方の主観的要件（善意や無過失）の位置づけ

→ 善意が112条本文，無過失が112条但書に規定されているという条文構造から，112条の表見代理の主張をする者が自己の善意を主張することになる。すなわち，本人に対して112条の表見代理責任を追及しようとする無権代理の相手方は，自己の善意を予備的請求原因（再抗弁説なら再抗弁）として主張する（実務）。

(3) 無権代理の相手方が112条の表見代理を**予備的請求原因**として主張するときの要件事実（予備的請求原因説）

### 予備的請求原因～112条の表見代理

#### (① 代理権の消滅原因事実 )

\* なお，①は抗弁で本人が主張するので実際には予備的請求原因としては主張不要。

#### (② 代理行為の相手方の**善意**（112本文）

\* 本人に対して表見代理責任を追及する無権代理人の相手方が自己の善意を主張する。

### 予備的請求原因に対する**抗弁**（112但書）

条文構造上（112但書），相手方の**過失**が予備的請求原因に対する抗弁（前述した再抗弁説なら再々抗弁）となる。112条の表見代理の成立を否定したいと思う本人が，無権代理の相手方の過失を主張することになる。

### 参考条文

（代理権消滅後の表見代理）

112条 代理権の消滅は，善意の第三者に対抗することができない。ただし，第三者が過失によってその事実を知らなかったときは，この限りでない。

## 9 表見代理の規定の重畳適用

### (1) 意義

→表見代理の各規定は虚偽の外観を信頼した者の取引の安全を保護するためのものであり、いずれも権利外観法理の現れであるといえる。表見代理の各規定は権利外観法理の一例であり明文のない類型の表見代理を否定する趣旨ではない。 ●

### (2) 109条と110条の重畳適用

→本人が代理権を授与していないのに代理権授与表示をしたところ、代理人が表示された代理権の範囲を超えて代理行為をした場合、109条の授權表示があったことで存在するものとして扱われる代理権を110条の基本代理権として表見代理の成立を認め、無権代理行為の効果を本人に帰属させる。 ●

- ・結論として、109条と110条の表見代理の重畳適用が理論的に認められることを肯定した判例がある（**最判昭45.7.28**）。

#### \* 改正法案～109条に第2項を追加（109条と110条の重畳適用の要件を明文化）

第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間で行為をしたとすれば前項〔現109条〕の規定によりその責任を負うべき場合において、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときは、第三者がその行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、その行為について責任を負う。 ●

### (3) 112条と110条の重畳適用

→ 代理人が代理権消滅後に消滅前の代理権の範囲を超えた代理行為をした場合、112条の表見代理であるものとして認められた消滅前の代理権を110条の基本代理権として表見代理の成立を認め、無権代理行為の効果を本人に帰属させる。●

- ・ 結論として、112条と110条の表見代理の重畳適用が理論的に認められることを肯定した判例がある（**大判昭19.12.22**）。

H21-6

#### \* 改正法案～112条に第2項を追加（112条と110条の重畳適用の要件を明文化）

他人に代理権を与えた者は、代理権の消滅後に、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間で行為をしたとすれば前項〔現112条〕の規定によりその責任を負うべき場合において、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときは、第三者がその行為について他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、その行為について責任を負う。●



## \* 事例演習 代理権の濫用と110条の表見代理

### 事例

Aは、Bに対して、Aが所有する甲土地を誰かに月額10万円前後で賃貸することについて代理権を授与した。ところが、Bは、これを機会に代金を着服しようとして、Aのためにすることを示した上で、甲土地を1000万円で売ることがを申し出た。その際、Bは、予め偽造しておいたAがBに甲土地を売却することについての代理権を授与した旨の委任状をCに交付していたため、Cは、BがAのために甲土地を売る代理権を有していると過失なく信じていた。〔注：ここでは事案を短くするために、問題文で前記の無過失を確定した。〕もっとも、Cは、Bが借金を多く抱えて日頃から金策に苦勞していたことを知っていたことや、Bが指定した売買代金の振込先がAの預金口座ではなくBの預金口座であったことから、Bが代金を着服する意図でAを代理していることに薄々気付いていた。しかし、Cは、甲土地を欲しいと思っていたため、Bの申し出を受けて甲土地を買うとの意思表示をした。後日、Cは、Aに対して、本件売買契約に基づき甲土地の所有権移転登記の請求をしたところ、Aは、甲土地を売った覚えはないとしてその請求を拒んだ。

以上の事実関係を前提にCの請求は認められるかについて簡単に説明しなさい。

### ・本問のポイント

本問は、代理権濫用の事例と110条の表見代理の事例の複合事例である。この検討の際は、代理権濫用の93条但書類推適用の悪意有過失の対象となる事実と、110条の表見代理の善意無過失の対象となる事実の違いに着目する必要がある。

・考え方の一例

- 1 Cは、Aの代理人Bとの間で締結した売買契約を根拠にAに対して甲土地の所有権移転登記を求めている（555条）。Bの代理行為により売買の効果がAに帰属するには、①BがAのために甲土地を売る代理権があり（代理権）、②Bが売買の際にAのためにすることを示し（顕名）、③BがCに甲土地を売ったこと（法律行為）が必要である（99条1項）。本問では、BはAのためにすることを示して甲土地をCに売っているので、②と③の要件は満たすが、Bには甲土地を売る代理権がないので無権代理としてその効果はAの追認がない限りAには帰属しないのが原則である（113条1項、116条本文）。
- 2 もっとも、BにはAのために甲土地を賃貸する権限があったため、これを基本代理権とする110条の表見代理が成立すれば売買の効果はAに帰属し、Cの請求は認められることになる。110条の表見代理が成立するには、①基本代理権、②顕名、③法律行為、④その法律行為をする権限があると信じたこと（善意）、⑤そのように信じたことにつき正当な理由があることすなわち過失がなかったといえること（無過失）が必要となる。本問では、①Bには前記基本代理権が認められ、②Aのためにすることを示して、③Cに甲土地を売っており、④CはBに甲土地を売る代理権があることを信じ、かつ⑤そう信じることに過失がなかったのであるから、110条の表見代理が成立する。
- 3 しかし、Cは、売買の際に、Bが代金を着服する意図で代理権を行使していたという代理権濫用の事実を薄々気付いていたため、このような場合にも代理行為としてなされた法律行為を有効なものとしてよいのかが問題となる。代理権の濫用があっても代理権の範囲内の法律行為がなされた場合は有権代理として代理行為の効果は原則として本人に帰属するが、代理権濫用の事実を知っているか知らないことに過失があった相手方を保護する必要はない。そこで、相手方が、代理権濫用の事実について悪意又は有過失であるときは93条但書を類推適用して代理によりなされた法律行為は無効となると考える。そして、このことは、有権代理の場合だけではなく110条の表見代理が成立して結果として有権代理と同様の効果が生じる場合にも当てはまると考える。

本問では、Cは、甲土地の売買の際に、Bが代金を着服する意図でAを代理していることに薄々気付いていたのであるから、Bが代理権を濫用している事実を知っているか少なくともその事実を知らなかったことについて過失があったものといえる。したがって、93条但書を類推適用してBの代理行為は無効となる。よって、Cは本問請求をすることはできない。

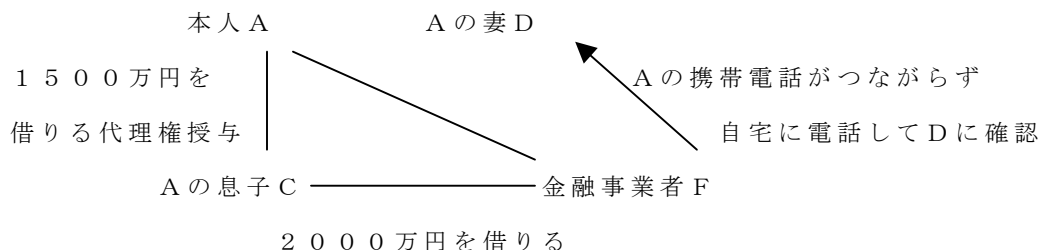
以上

★司法試験の論文試験の問題の分析コーナー★

\* 司法論文 H 2 2 民事系第 2 問設問 1

問題の事実関係の概略

A は、自らが営んでいる印刷や製版の工場の事業拡張のために、金融事業を営む F に、1500 万円の融資を依頼し、A が、A 所有の甲土地、乙土地、及び丙土地に抵当権を設定することとして、F が A に 1500 万円の融資をするとの交渉がほぼまとまり、平成 19 年 3 月 15 日に直接会って正式な書類を取り交わすことになった。



以下は問題文の一部抜粋

4. ところが、平成 19 年 3 月 15 日に A に所用ができたことから、前日である 14 日に A は F に電話をし、「自分が行けないことはお詫びするが、息子の C を赴かせる。先日の交渉の経過を話してあり、息子も理解しているから、後は息子との間でよろしく進めてほしい。」と述べ、これを F も了解した。
5. 平成 19 年 3 月 15 日午前に F と会った C は、F に対し、「父の方で資金の需要が急にできたことから、融資額を 2000 万円に増やしてほしい。」と述べた。そこで、F は、一応 A の携帯電話に電話をして確認をしようとしたが、A の携帯電話がつながらなかったことから、A の自宅に電話をしたところ、A は不在であり、電話に出た〔A の妻〕D は、F の照会に対し「融資のことは C に任せてあると聞いている。」と答えた。これを受け F は、同日に、融資額を 2000 万円とし、最終の弁済期を平成 22 年 3 月 15 日として融資をする旨の金銭消費貸借の証書を作成し、また、2000 万円を被担保債権の額とし、甲、乙及び丙の各不動産に抵当権を設定する旨の抵当権設定契約の証書が作成され、C が、これらに A の名を記して A の印鑑を押捺した。

6. 省略 注：消費貸借は要物契約なので金銭を交付している↓
7. 同じ3月15日の午後にAの銀行口座にFから2000万円が振り込まれた。これを受けCは、同日中に、日ごろから銀行口座の管理を任されているAの従業員を促し500万円を引き出させた上で、それを同従業員から受け取った。

7項 以下省略

8. 省略

9. 借入れの経過に納得しないAは、弁護士Pに相談した。そして、Aは弁護士Pを訴訟代理人に選任した上で、平成19年6月1日、Fに対し、平成19年3月15日付けの消費貸借契約（以下「本件消費貸借契約」という。）に基づきAがFに対して負う元本返還債務が1500万円を超えては存在しないことの確認を求める訴え（以下「第1訴訟」という。）をJ地方裁判所に提起した。

〔設問1〕 【事実】1から9までを前提として、Fが、第1訴訟において、AがCに借入れの代理権でその金額に限度のないものを授与したとする主張、及びAがCに借入れの代理権でその金額の限度を1500万円とするものを授与したとする主張とを選択的にしたとする場合、それぞれの主張にとって、次に掲げる事実①及び事実②は法律上の意義を有するか、また、それを有すると考えられるときに、どのような法律上の意義を有するか、それぞれ理由を付して解答しなさい。

- ① 【事実】4に記す事実のうち、AがFに電話をして、3月15日に赴かせるCには交渉の経過を話してあり、それをCが理解しているから、後はCとの間でよろしく進めてほしい、と述べたこと。
- ② 【事実】5に記す事実のうち、Fが、Aの携帯電話に電話をして融資額の変更を確認しようとしたが、Aの電話が繋がらなかったこと。

- ・以下に設問1の事実①についての考え方を述べることにする。受験生に深い理解をしてもらうためにやや丁寧に説明してあるが、答案にするときは下線部分を中心に試験時間内で書ける程度の分量にまとめるとよい。

\* 考え方の一例

1 2000万円の借入れの有権代理の主張について

- (1) Aが、Fに対して、2000万円の借入れのうち元本債務が1500万円を超えては存在しないことの確認を求めて提起した第1訴訟で、Fが、**額に限度がない借入れの代理権**をAがCに**授与**した旨の主張をした場合、そのFの主張は、**有権代理の主張**すなわち、CがAのためにFとの間でなした**2000万円の借入れが有権代理**によりAに効果帰属するとの主張を意味する。Fのこの主張が認められるためには、(ア)CがFから2000万円の借入れをしたこと、(イ)その借入れの際にCがAのためにすることを示したこと、(ウ)**その借入れに先立ってAがCに2000万円の借入れをする代理権を授与**していたとの各主要事実が第1訴訟で当事者から主張されることが**必要**となる。

注：通常、要件は①②③などと表記することが多いが、本問は設問に①や②の表記があり通常の表記をすると紛らわしくなるので〔ア〕〔イ〕〔ウ〕などと表記した。

- (2) 有権代理と事実①について

AがFに、Cには交渉の経過を話しているから後はCとの間でよろしく進めてほしいと述べたとの事実①は、そのことにより、(ウ)**Cが実際にFから2000万円を借り入れたことについて事前に代理権を与えたことを推認させるもの**であり、**Aが、CがFから2000万円を借り入れる旨の代理権を授与したという主要事実を推認させる間接事実**に当たるという法律上の意義がある。

- (3) 有権代理と事実②について

Fが、Aの携帯電話に電話をして融資の額を確認しようとしたがAの電話がつながらなかったとの事実②は、前記有権代理の主張に必要な事実を基礎づけるものにもならず、その事実の存在を推認させる事実にもならない。したがって、事実②は有権代理の主張との関係では法律上の意義がない。

2 1500万円の借入れの権限授与と表見代理の主張について

- (1) Aが、前記第1訴訟で、Fが、**1500万円の限度で借入れの代理権**をAがCに**授与**した旨の主張をした場合、そのFの主張は、**110条の表見代理の主張**すなわち、CがAのためにFとの間でなした**2000万円の借入れが110条の表見代理**によりAに効果帰属するとの主張を意味する。Fのこの主張が認められるためには、(ア)CがFから2000万円の借入れをしたこと、(イ)その借入れの際にCがAのためにすることを示したこと、(ウ)**その借入れに先立ってAがCに基本代理権を授与**していたこと、すなわち1500万円を限度とする借入れの代理権を授与していたこと、(エ)、Fが、CがAのために2000万円を借り入れる代理権があることを信じていたこと、(オ)**Fがそう信じたことに正当な理由があること**との各主要事実が第1訴訟で当事者から主張されることが**必要**となる。

(2) 110条の表見代理と事実①について

AがFに、Cには交渉の経過を話しているから後はCとの間でもよしく進めてほしいと述べたとの事実①は、そのことにより、(ウ)Cが実際にFから2000万円を借り入れたことについて事前に代理権を与えたと信じたことに過失がないことを基礎付けるものとして、Fがそのように信じたことに正当な理由があることを基礎付ける評価根拠事実としての法律上の意義がある。

同時に、事実①は、そのことにより(ウ)2000万円の借入に先立って、AがCに1500万円を限度とする借入の代理権を授与していた事実を推認することもできるので、その借入に先立ってAがCに基本代理権を授与していたとの主要事実を推認させる間接事実としての法律上の意義を有する。

(3) 110条の表見代理と事実②について

事実②のうち、Fが、Aの携帯電話に電話をして融資の額を確認しようとした部分は、Fが、CがAのために2000万円を借り入れる代理権があったかどうかを調査しようとした事実であり、FがこのようにCの代理権の有無を調査しようとした事実は、(ウ)CがAのために2000万円を借り入れる代理権があることを信じていたことにつき過失がなかったことを基礎付けるものであり、正当な理由があることを基礎付ける評価根拠事実としての法律上の意義がある。

事実②のうち、FがAに電話をするもAの電話がつながらなかったとの部分は、融資額がFA間の事前の打ち合わせで確認された額が、1500万円から2000万円に変更されたにもかかわらず、Fがその時点でのAの真意を確認しなかったという意味で、代理権の有無の調査義務が不十分であることを基礎付け、前記正当な理由があることを否定する方向に働く評価障害事実としての法律上の意義がある。

事実②は、正当な理由につき評価根拠事実になる部分と、評価障害事実となる部分で構成されているので、両事実をふまえて前記正当な理由があるかを検討する。FはFA間の事前の打ち合わせで融資額を1500万円と決めているのであるから、その額に変更があった場合は、Aの代理人Cの言うことをそのまま信用するのではなく、本人であるAに一言確認するか、2000万円の融資額での借入に関する代理権を授与した旨の委任状の提示をCに求めるべきであった。そのようなことを怠ったFは、Cに2000万円の借入をする代理権があると信じたことに過失が認められるというべきであり、Fに正当な理由は認められない。事実②はこのように正当な理由の有無を判断するのに必要な評価根拠事実及び評価障害事実としての法律上の意義がある。〔注：最後の段落は省略してもよい。〕

設問1以上

〔調整余白〕

# 民法 I (総則) サンプルテキスト

## 目次

第 7 章 代理	3
1 代理の意義	3
* 代理と使者の違い	3
2 代理の実体法的要件 (要件①～③)	4
* 代理の実体法上の要件	4
3 効果	5
* 代理行為の瑕疵	6
* 復代理	7
★ 代理の要件事実★ 代理の攻撃防御の例 (要件事実)	8
4 代理権の濫用	9
(1) 意義	9
* 論理構成 代理権の濫用	9
(2) 親権者の法定代理権の濫用	10
* 平成 4 年判決の事案と判旨の概要	10
5 無権代理	14
(1) 意義	14
* 比較～無権代理と他人物売買	14
(2) 無権代理に対して本人がなしうる行為	15
ア 追認	15
イ 追認拒絶	15
(3) 無権代理に対して相手方がなしうる行為	16
ア 催告 (114)	16
イ 取消権 (115)	16
ウ 無権代理人に対する責任追及 (117)	17
* 117 条責任の実体法上の要件	17
★ 117 条に基づく請求権の要件事実★	18



(4) 無権代理と相続	20
ア 無権代理人が本人を相続した場合	20
* 無権代理人による追認拒絶の可否	21
* 無権代理人による本人の追認拒絶の援用	21
* 応用論点1 他人物売買と相続	22
* 応用論点2 無権代理と後見開始	22
イ 本人が無権代理人を相続した場合	23
ウ 無権代理と共同相続	24
エ 本人と無権代理人の両方の地位を相続した場合	26
・昭和63年判決の妥当性の検討	28
<b>6 代理権授与表示の表見代理 (109)</b>	<b>29</b>
(1) 意義 (要件・効果)	29
* 109条の表見代理の実体法上の要件	29
(2) 授權表示	30
(3) 白紙委任状の交付と授權表示	32
(4) 109条の善意無過失の主張立証責任	34
★ 109条の表見代理の要件事実★	35
<b>7 権限外の表見代理 (権限踰越の表見代理) (110)</b>	<b>36</b>
(1) 意義 (要件・効果)	36
* 110条の表見代理の実体法上の要件	36
* 「正当な理由」の有無の判断枠組み	39
* 間接事実と評価根拠事実の違い	39
* 実印と「正当な理由」の有無の判断枠組み	40
★ 110条の表見代理の要件事実★	42
(2) 日常家事に関する法律行為についての代理行為	43
ア 日常家事に関する法律行為と代理権	43
イ 日常家事債務に関する代理権と110条の表見代理	44
* 110条の趣旨類推適用説のポイント	44
* おまけ～日常家事債務に関する表見代理につき110条の「直接適用説」と「趣旨類推説」とで結論が分かれそうな事例	47

8	<b>代理権消滅後の表見代理（112）</b> .....	49
	(1) 意義（要件・効果） .....	49
	* 112条の表見代理の実体法上の要件 .....	49
	(2) 代理権の消滅原因 .....	50
	ア 法定代理と委任による代理（任意代理）に共通する消滅原因 .....	50
	イ 委任による代理（任意代理）だけの消滅原因 .....	50
	★ 112条の表見代理の要件事実★ .....	51
	(1) 112条の表見代理の主張の位置づけ .....	51
	(2) 相手方の主観的要件（善意や無過失）の位置づけ .....	52
	(3) 無権代理の相手方が112条の表見代理を予備的請求原因として主張 するときの要件事実（予備的請求原因説） .....	52
9	<b>表見代理の規定の重畳適用</b> .....	53
	(1) 意義 .....	53
	(2) 109条と110条の重畳適用 .....	53
	(3) 112条と110条の重畳適用 .....	54
	* 事例演習 代理権の濫用と110条の表見代理 .....	55
	★ 司法試験の論文試験の問題の分析コーナー★ .....	57
	* 司法論文H22民事系第2問設問1 .....	57

## 判例索引

### 【大審院】

大判昭 17.5.20 ..... 48

大判昭 19.12.22 ..... 53

### 【昭和】

最判昭 32.12.5 ..... 16

最判昭 35.2.19 ..... 36

最判昭 35.10.21 ..... 30

最判昭 36.12.12 ..... 37

最判昭 37.4.20 ..... 22

最判昭 37.8.10 ..... 14

最判昭 37.10.2 ..... 12

最判昭 39.5.23 ..... 31, 32

最判昭 40.6.18 ..... 19

最判昭 42.4.18 ..... 12

最判昭 44.12.18 ..... 43, 44

最判昭 45.7.28 ..... 52

最判昭 46.6.3 ..... 36

最判昭 48.7.3 ..... 20

最判昭 51.6.25 ..... 40

最判昭 62.7.7 ..... 16, 18, 36

最判昭 63.3.1 ..... 25, 26

### 【平成】

最判平 4.12.10 ..... 9, 10, 11

最判平 5.1.21 ..... 19, 23, 24

最判平 10.7.17 ..... 20

**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU15816