

第7問

(事案)

Aは、Cから何らの代理権も授与されていないにもかかわらず、Bとの間で、Cがその所有する甲土地を代金3000万円でBに売却する旨の売買契約書(以下「本件売買契約書」という)を作成した。本件売買契約書は、2通作成され、それらの内容は同じものであり、そこには、A及びBの署名があり、Aの署名には、AがCの代理人である旨が示されていた。

後日、Aは、Cに対して、本件売買契約書を示して、追認を求めた。Cは、これを承諾して、その場でBに電話をし、本件売買契約書に係る契約について異存はない旨を告げた。

(設問)

BがCに対して甲土地の所有権移転登記の手続を請求することができるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第7問は、無権代理と追認に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

有権代理(99条1項)と無権代理の追認(113条2項)とは選択的な請求原因であるから、要件事実的には、無権代理の追認に先立って、先立つ代理権授与の存在を否定する必要はない。この意味において、先立つ代理権授与の不存在は無権代理の追認の請求原因ではない。

もっとも、実体法上は、無権代理の追認は、先立つ代理権授与の存在が認められない場合に問題となる法律構成であるから、有権代理から検討し、先立つ代理権授与の存在を否定した上で、無権代理の追認について論じるべきである。

平成25年司法試験設問1参考

基礎応用64頁以下、論証集
36頁

(参考答案)

1. B は、C に対して、甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、甲土地の所有権移転登記手続請求をすることが考えられる。

2. 本件売買契約は A が C の代理人として締結しているところ、代理（民法 99 条 1 項）の要件は、①代理行為、②顕名及び③代理行為に先立つ代理権授与の 3 つである。

B は、C との間で、C が所有する甲土地を代金 3000 万円で購入する旨の本件売買契約書を作成することにより、同内容の売買契約（555 条）を締結した（①）。

本件売買契約書には A 及び B の署名があり、A の署名には、A が C の代理人である旨が示されていたため、A が C の代理人である旨の顕名もあるといえる（②）。

しかし、A は、C から何らの代理権も授与されていないにもかかわらず、C の代理人として本件売買契約を締結しているのだから、①の代理行為に代理権授与を欠く（③）。

したがって、本件売買契約は、無権代理によるものであり、原則としてその効果は C に帰属しない（113 条 1 項）。

3. もっとも、C は、B に電話をし、本件売買契約書に係る契約について異存はない旨を告げることで、無権代理の「相手方」である B に対して追認の意思表示をしている（113 条 2 項本文）。

これにより、本件売買契約の効果は C に帰属することになる（113 条、116 条本文）。

4. したがって、B の請求が認められる。

以上

第 8 問

(事案)

Aは、Bに対して、自己が所有する甲土地及び乙土地をそれぞれ代金2000万円でCに売却することを内容とする代理権を授与した。

Bは、売却代金を着服するつもりで、Cとの間で、Aの代理人であることを示した上で、甲土地を代金2000万円で、乙土地を代金2000万円で売却する旨の契約をそれぞれ締結した。

なお、Cは、上記の売買契約を締結した時点で、Bが甲土地の代金2000万円を着服するつもりであることを知っていた。

(設問)

Cは、Aに対して、甲土地及び乙土地について、所有権移転登記の手続を求めることができるか。理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第8問は、代理権の濫用に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

Bは、Aから甲土地及び乙土地の売却に関する代理権を授与された代理人(99条1項)として、甲土地を代金2000万円で、乙土地を代金2000万円で売却する旨の売買契約(555条)をそれぞれ締結しているところ、Bは売却代金を着服するつもりだったのだから、Bの代理行為は「代理人が自己…の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合」(107条)として代理権濫用に当たる。

代理権濫用行為は、相手方が代理人の代理権濫用の目的について悪意又は有過失であった場合には、無権代理行為とみなされる(107条)。

Cは、契約締結の時点で、Bが甲土地の代金2000万円を着服するつもりであることを知っていたのだから、Bの代理権濫用の目的「を知り」ながら契約に応じたとして、悪意であるといえる。

他方で、問題文には、CはBが乙土地の代金2000万円を着服するつもりであることも知っていたとは書かれていないから、乙土地の代理権濫用の目的についての悪意・過失の有無が問題となる。Cの悪意又は過失を認める方法は2つある。

1つ目は、㉠Cは、乙土地の売買契約と同時に行われた甲土地の売買契約におけるBの代金着服意図について認識していたのだから、㉡乙土地の売買契約におけるBの代金着服意図についても認識していたと推認できるとして、㉠を間接事実として㉡の主要事実を推認する方法である。

2つ目は、㉢Cは、乙土地の売買契約と同時に行われた甲土地の売買契約におけるBの代金着服意図について認識していたのだから、㉣乙土地におけるBの代金着服意図を疑うべき状況にあったとして、㉢を不審事由として乙土地の売買におけるBの代金着服意図の有無を調査・確認する義務を認め、同義務違反による過失を認めるという方法である。

なお、代理権の濫用は、有権代理の要件(代理行為、顕名、先立つ代理権授与)を満たす場合にはじめて問題となるものだから、はじめに有権代理の要件を認定する必要がある。

平成28年司法試験設問1(1)

参考

基礎応用66頁、論証集43頁

(参考答案)

1. C は、A に対して、甲土地及び乙土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、所有権移転登記手続を請求することが考えられる。

2. 甲土地及び乙土地の売買契約は B が A の代理人として締結しているところ、代理（民法 99 条 1 項）の要件は、①代理行為、②顕名及び③代理行為に先立つ代理権授与の 3 つである。

B は、A から甲土地及び乙土地をそれぞれ代金 2000 万円で C に売却することを内容とする代理権を授与された上で (③)、C との間で、A の代理人であることを示すことにより顕名をして (②)、甲土地を代金 2000 万円で売却する旨の売買契約及び乙土地を代金 2000 万円で売却する旨の売買契約を締結した (①)。

このように、代理の要件を全て満たす。

3. もっとも、上記 2 つの売買契約は「代理権の範囲内の行為」であるものの、B が売却代金を着服するという「自己…の利益を図る目的で…した」代理権濫用行為（107 条）である。

C は、契約締結の時点で、B が甲土地の代金 2000 万円を着服するつもりであることを知っていたのだから、B の代理権濫用の目的「を知り」ながら契約に応じているといえる。したがって、甲土地の売買契約は無権代理行為とみなされるため、その効果は A に帰属しない。

また、C は、乙土地の売買契約と同時に行われた甲土地の売買契約における B の代金着服意図について認識していたのだから、乙土地の売買契約における B の代金着服意図についても認識していたと推認できる。仮に、このような推認が認められないとしても、C の上記認識からすれば乙土地における B の代金着服意図を疑うべき状況にあったといえるため、C には乙土地における B の代金着服意図の有無を調査・確認する義務があるといえるから、これを怠った C には過失が認められる。したがって、C は、乙土地の売買契約における B の代金着服意図について「知り、又は知ることができた」といえる。よって、乙土地も無権代理行為とみなされるため、その効果は C に帰属しない。

4. 以上より、C の各請求はいずれも認められない。 以上

第9問

(事案)

Bは、Aから何らの代理権も授与されていないにもかかわらず、Cとの間で、Aの代理人であることを示した上で、Aが所有する甲土地を代金1000万円でCに売却する旨の契約を締結した。

その後、Aが死亡したことにより、Bは、同じくAの子であるD及びEとともに、Aを共同相続した。

なお、B、D及Eの相続分は3分の1ずつとする。

(設問)

CがBに対して甲土地の所有権移転登記手続を請求することができるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第9問は、無権代理と共同相続に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Cの請求の根拠には、①甲土地の売買契約に基づく財産的移転債務としての所有権移転登記手続義務をBが相続により承継したとして、売買契約に基づく債権的登記請求権としての所有権移転登記請求権を主張するものと、②甲土地の売買契約によりCが甲土地の所有権を取得したとして、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権を主張するものが考えられる。

②の請求原因は①の請求原因を包摂するのが通常であるし、①について消滅時効(166条1項)が完成しているような事情もないから、請求の根拠としては①を選択すべきである。

(2) 論点

甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務としての所有権移転登記手続義務の発生要件として、無権代理人であるBが本人Aを共同相続したことにより無権代理行為が当然に有効になるのではないかが問題となる。

無権代理人が他の相続人と共に本人を共同相続した場合については、①無権代理人が本人を単独相続した場合と同様に、無権代理行為全体が相続とともに当然に有効になるか、②仮にそうでないとしても、少なくとも無権代理人の相続分の限度では当然に有効とならないかという問題がある。

判例は、無権代理人が本人を単独相続した場合について、「無権代理人が本人を相続した場合においては、自らした無権代理行為につき本人の資格において追認を拒絶する余地を認めるのは信義則に反するから、右無権代理行為は相続と共に当然有効となると解するのが相当である…」と解している。

もっとも、無権代理人が本人を共同相続した場合については、①無権代理行為全体に相続とともに当然に有効になるものではないという立場を前提としている。これは、他の共同相続人の追認拒絶権を保障する必要性を理由とするものであると考えられる。

さらに、判例は、「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わない限り、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

平成28年司法試験設問1(1)

参考

基礎応用 69頁 [論点1]、論証集 38頁 [論点1]、最判 S37.4.20・百I 32

基礎応用 70頁 [論点5]、論証集 39頁 [論点5]、最判 H5.1.21・百I 33

基礎応用 70頁 [論点6]、論証集 39頁 [論点6]、最判 H5.1.21・百I 33

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。」として、追認不可分説に立っている。

そうすると、本件売買契約は B の相続分（3分の1）の限度でも有効とならないから、C の請求は 3分の1 の共有持分権の移転登記手続請求の限度でも認められない。

(参考答案)

1. C は、B に対して、甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、甲土地の所有権移転登記手続を請求することが考えられる。

その上で、C は、B が C との間で締結した甲土地の売買契約（555 条）の効果は A に帰属しており、その後、A が死亡したことにより（882 条）、B は、同じく A の子である D 及び E とともに A を共同相続（887 条 1 項、896 条本文）することにより、A の本件売買契約に基づく所有権移転登記手続義務を承継したと主張する。

2. 本件売買契約は、B が A から何らの代理権も授与されていないにもかかわらず、A の代理人として締結したものであるから、無権代理行為であり、原則としてその効果は A に帰属しない（113 条 1 項）。

したがって、B は、共同相続により本件売買契約に基づく所有権移転登記手続義務を承継することにはならず、A から相続した追認拒絶権（113 条）を行使して C の請求を拒めるのが原則である。

3. もっとも、無権代理人である B が本人 A を相続したことにより無権代理行為である本件売買契約の効果が共同相続人である B、D 及び E に帰属することにならないか。

- （1）まず、無権代理人が本人を共同相続した場合、他の共同相続人の追認拒絶権を保障する必要性から無権代理行為全体の追完は生じないと解する。

したがって、本件売買契約全体の追完は生じないから、少なくとも B に対する甲土地の所有権移転登記手続請求は認められない。

- （2）次に、処分的効果を生じさせる追認権（113 条）が共同相続人に不可分的に帰属する（898 条 1 項・2 項、264 条・251 条 1 項）ことから、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でも当然に有効となるものではないと解する。

したがって、本件売買契約は B の相続分（3 分の 1）の限度でも有効とならないから、C の請求は、3 分の 1 の共有持分権の移転登記手続請求の限度でも認められない。 以上

第10問

(事案)

1. Aは、早くに夫と死別し、A所有の土地上に建物を建築して一人で暮らしていた（以下では、この土地及び建物を「本件不動産」という。）。Aは、身の回りのことは何でも一人で行っていたが、高齢であったことから、近所に住むAの娘Bが、時折、Aの自宅を訪問してAの様子を見るようにしていた。
2. 令和3年4月10日、Aの友人であるCがAの自宅を訪れると、Aは廊下で倒れており、呼び掛けても返事がなかった。Aは、Cが呼んだ救急車で病院に運ばれ、一命を取り留めたものの、意識不明の状態のまま入院することになった。
3. 令和3年4月20日、BはCの自宅を訪れ、Aの命を助けてくれたことの礼を述べた。Cは、Bから、Aの意識がまだ戻らないこと、Aの治療のために多額の入院費用が掛かりそうだが、突然のことで資金の調達のあてがなく困っていることなどを聞き、無利息で100万円ほど融通してもよいと申し出た。
そこで、BとCは、同日、返還の時期を定めずに、CがAに100万円を貸すことに合意し、CはBに100万円を交付した（以下では、この消費貸借契約を「本件消費貸借契約」という。）。本件消費貸借契約締結の際、BはAの代理人であることを示した。
Bは、受領した100万円をAの入院費用の支払に充てた。
4. 令和3年4月21日、Bは、家庭裁判所に対し、Aについて後見開始の審判の申立てをした。令和3年7月10日、家庭裁判所は、Aについて後見開始の審判をし、Bが後見人に就任した。そこで、CがBに対して前記3の貸金を返還するよう求めたところ、BはAから本件消費貸借契約締結の代理権を授与されていなかったことを理由として、これを拒絶した。

(設問)

Cは、本件消費貸借契約に基づき、Aに対して、貸金の返還を請求することができるか。

(解説)

1. 出題の概要

第10問は、後見人による無権代理行為の追認拒絶に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

設問では「Cは、本件消費貸借契約に基づき…請求することができるか」とあるため、訴訟物は契約上の請求に限られ、法定債権に基づく請求(事務管理、不当利得、不法行為)は訴訟物から除外されていることが分かる。

したがって、契約上の請求のうち、本件消費貸借契約(587条)に基づく貸金返還請求権が訴訟物にすることとなる。

(2) 論点

ア. 前提

本件消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の発生要件、行使要件及び同契約の効果帰属要件のうち、発生要件(消費貸借の合意、合意に基づく100万円の交付)及び行使要件(「当事者が返還時期を定めなかったとき」として591条1項が適用される)が問題なく認められる。残るは契約の効果帰属要件であり、ここで論点が顕在化する。

イ. 契約の効果帰属要件

(ア) 無権代理行為に関与した後見人による追認拒絶の可否

Bは、Aから本件消費貸借契約を締結する代理権を授与されていないにもかかわらず、Cに対してAの代理人であることを示すことで顕名し(99条1項)、Aの代理人としてCとの間で本件消費貸借契約を締結している。したがって、本件消費貸借契約の効果は、Bには帰属しないし(Bが顕名をしているため)、無権代理として原則としてAにも帰属しない(113条1項)。

もともと、Bは、無権代理行為をした後に、Aの後見人に就任することにより、本件消費貸借契約の追認又はその拒絶をする権限を取得している(859条1項)。そこで、無権代理人であるBは、後見人として本件消費貸借契約の追認を拒絶することができなくなり、その結果として、Aに契約の効果が帰属することになるのではないかが問題となる。

判例は、「後見人は、禁治産者を代理してある法律行為をするか否かを決するに際しては、その時点における禁治産者の置かれた諸般の状況を考慮した上、禁治産者の利益に合致するよう適切な裁量を行使してすることが要請される。ただし、相手方のある法律行為をするに際しては、後見人において取引の安全等相手方の利益にも相応の配慮を払うべきことは当然であって、当該法律行為を代理してすることが取引関係に

令和2年予備試験設問1参考

基礎応用 70 頁 [論点 4]、論証集 38 頁 [論点 4]、最判 H6.9.13・百 15

立つ当事者間の信頼を裏切り、正義の観念に反するような例外的場合には、そのような代理権の行使は許されないこととなる。」と判示した上で、例外的に後見人による追認拒絶が信義則違反として否定される「例外的場合」に該当するかを判断する際の考慮要素として、㉗「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」、㉘「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」、㉙「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」、㉚「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」、㉛「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」などを挙げている。

判例では後見人が無権代理行為に関与した程度(㉚の一部)が非常に重視されており、後見人が無権代理行為に立ち会ったに過ぎない事案では追認拒絶が肯定されている(前掲最高裁6年判決)一方で、後見人自身が無権代理行為を行った事案では追認拒絶が否定されている(最判S47.2.18)。

本問では、㉗本件消費貸借契約がAの入院費用の資金を調達するために締結されたものであり、実際に、交付された100万円が全てAの入院費用に充てられているため、契約による利益が全てAに帰属しているから、追認拒絶を否定することによりAが被る経済的不利益が小さいことと、㉚Bが自ら無権代理行為を行ったことの2点が極めて重要である。

(イ) 事務管理者が本人名義でした法律行為の効果帰属

BがAの入院費用を調達するために本件消費貸借契約を締結していることから、Bによる本件消費貸借契約の締結には事務管理(697条)が成立するとして、「事務管理者が本人名義でした法律行為の効果帰属」という論点も問題になると思われる(もっとも、令和2年予備試験の出題趣旨では言及されていない)。

判例は、「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って、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。従って、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。」として本人への効果帰属を否定している。

基礎応用 454 頁 [論点 1]、
論証集 223 頁 [論点 1]、最
判 S36.11.30、大判 T7.7.10

(参考答案)

1. Cは、Bとの間で、BをAの代理人として、返還の時期を定めずに、CがAに100万円を貸す旨の本件消費貸借契約（民法587条）を締結し、同契約に基づき100万円をBに交付した。BがAの代理人として100万円を受領したことをもって、要物性も満たす。したがって、上記契約が成立する。では、契約の効果はAに帰属するか。
2. Bは、Aから代理権を授与されることなく上記契約を締結している。もっとも、上記契約は、BがAの入院費用を調達するために締結したものであるため、「義務なく他人のために事務の管理を始めた」（697条本文）ものであり、Aの意思・利益に反することが明白であるともいえない（700条但書参照）から、事務管理が成立する。
しかし、事務管理に関する規定は対外的な権限付与までは目的としていないから、管理者が本人の代理人として行った法律行為は無権代理行為にすぎない（113条1項）。したがって、上記契約は無権代理であり、原則としてAに効果帰属しない。
3. 上記契約後、BはAの後見人に就任することで、上記契約の追認又はその拒絶をする権限を取得している（859条1項）。そこで、無権代理人Bは後見人として上記契約の追認を拒絶することができなくなり、その結果としてAに効果帰属するということにならないか。
 - (1) 後見人には、成年被後見人の利益のための裁量行使が要請される一方で、取引安全等の相手方の利益にも相応の配慮をすることが要請される。そこで、後見人が、後見人就職前に成年被後見人を本人として行われた無権代理行為について追認を拒絶することは、それが取引関係に立つ当事者の信頼を裏切り、正義の観念に反するような例外的場合には、信義則違反として許されないと解する。
 - (2) Bは、自らAの代理人として上記契約を締結し、100万円を受領しているから、無権代理行為への関与が極めて強い。また、Bは、Aの娘としてAと密接な人的関係にある上、後見開始の審判を申立てることで自らの意思で後見人に就任している。このようなBが後見人として追認を拒絶することはCにとっては全くの予想外のことであるから、Cの取引上の信頼を著しく害することになる。他方で、上記契約に係る利益が全てAに帰属しているため、追認拒絶を否定してもAの利益を害する程度は小さい。したがって、Bが追認を拒絶することは、それが信義則に反する例外的場合に当たるといえ、許されない。よって、上記契約の効果はAに帰属する。
以上より、「相当の期間を定めて返還の催告」及びその期間の経過があれば（591条1項）、Cの請求が認められる。 以上

第 11 問

(事案)

Bは、Aから、Cとの間における甲土地の抵当権設定契約に関する代理権を授与された際に、Aの実印と印鑑登録証明書も受け取ったことを奇貨として、Dとの間で、Aの代理人であることを示すとともに、Aの実印と印鑑登録証明書も示した上で、AがDに甲土地を代金2000万円で売却する旨の契約を締結し、売買契約書にAの実印により押印した。

Dは、Bより示されたAの実印と印鑑登録証明書を見てBには代理権があると信じたため、契約に先立ち、特段の確認をしなかった。

(設問)

DがAに対して甲土地の所有権移転登記手続を請求することができるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第11問は、110条の表見代理に関する基本的な理解を問う問題である

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Dの請求の根拠としては、甲土地の売買契約に基づく債権的登記請求権としての所有権移転登記請求権を選択すべきである。

理由は、第9問と同様である。

(2) 論点

ア. 原則論

Bは、Dとの間で、Aの代理人であることを示すことで顕名をして、AがDに甲土地を代金2000万円で売却する旨の売買契約(555条)を締結しているところ、BがAから授与されていた代理権はCとの間における甲土地の抵当権設定契約に関するものである。したがって、本件売買契約は、越権行為という意味で無権代理行為であるから、原則として、その効果はAに帰属しない(113条1項)。

イ. 110条の表見代理

110条の表見代理の成否では、DがBより示されたAの実印と印鑑登録証明書を見てBには代理権があると信じたことについての「正当な理由」の有無が問題となる。

110条でいう「第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由」とは、代理権の存在を信じたことについて無過失であることを意味するところ、過失の有無は、不審事由の存在→調査確認義務の発生→調査確認義務違反という流れで検討することとなる。

本問では、Dは、Bより示されたAの実印と印鑑登録証明書を見てBには代理権があると信じているため、Bの代理権の存在を疑うべき不審事由の存在が否定されるかが問題となる。

判例は、無権代理人Bが根保証契約書に本人Aの実印を押捺した上でAの印鑑証明書を添えて相手方Cに差し入れた事案において、「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、Cとしては、A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理由があるというべきである。」と判示している。

しかし他方で、⑦無権代理人Bが本件根保証契約によって利益を受ける立場にあることや、④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(A)の責任が比較的重いものであることなどから、「単にBが持参し

基礎応用 76頁 [論点2]、論
証集 41頁 [論点5]、最判
S51.6.25・百I 29

た A の印鑑証明書を徴しただけでは、本件約定書が A 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 A 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」として「特段の事情」を認めた上で、「さらに A 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、いまだ正当理由があるということはできないといわざるをえない。」として確認義務違反による過失を認めることで、「正当な理由」を否定している。

(参考答案)

1. D は、A に対して、甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、甲土地の所有権移転登記手続を請求することが考えられる。
2. B は、D との間で、A の代理人であることを示すことで顕名をして、A が D に甲土地を代金 2000 万円で売却する旨の売買契約（民法 555 条）を締結しているところ、B が A から授与されていた代理権は C との間における甲土地の抵当権設定契約に関するものである。したがって、本件売買契約は、越権行為という意味で無権代理行為であるから、原則として、その効果は A に帰属しない（113 条 1 項）。
3. もっとも、110 条の表見代理が成立しないか。
 - (1) B は、本件売買契約に先立ち、A から、C との間における甲土地の抵当権設定契約に関する代理権を授与されていたのだから、A の「代理人」にあたり、顕名をした上で、D との間で本件売買契約を締結することにより「その権限外の行為」をしている。また、D は、B には代理権があると信じている。
 - (2) D は、B より示された A の実印と印鑑登録証明書を見て B には代理権があると信じているため、そのように信じたことについて過失がないとして「正当な理由」が認められるのではないか。
 - ア. わが国の日常取引において実印や印鑑登録証明書が行為者の意思確認手段として重要な機能を果たしていることからすれば、代理人による本人の実印や印鑑登録証明書の所持・使用がある場合には、代理権の存在が推認され、特段の事情のない限り、「正当な理由」が認められると解する。
 - イ. 上記の通り、D は、B より示された A の実印と印鑑登録証明書を見て B には代理権があると信じている。そして、代理行為の内容が本人 A に対して極めて重大な負担を負わせるものであるといった、B の甲土地の売買契約に関する代理権の存在を疑わせるような特段の事情は見当たらないから、D は、B の代理権の存否を調査・確認する義務を負わない。したがって、D が特段の確認をしなかったとしても、D が B に代理権があると信じたことについて過失があるとはいえず、「正当な理由」が認められる。
 - (3) よって、110 条の表見代理が成立し、本件売買契約の効果が A に帰属する。
4. 以上より、D の請求が認められる。 以上

第 12 問

(事案)

Bは、夫であるAが入院加療中であり医療費を工面する必要があったことから、医療費を工面するために、Aに無断で、自宅にあるAの書斎の机の中からAの実印と印鑑登録証明書を持ち出し、これらを用いて、Cとの間で、Aの代理人として、Aが所有する甲土地を代金2000万円でCに売却する旨の契約を締結した。

なお、甲土地に関してAからBに対して代理権が授与されたことはなく、かつ、Aが上記の売買を追認した事実もない。

(設問)

CがAに対して甲土地の所有権移転登記手続を請求することができるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第12問は、日常家事代理に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Cの請求の根拠としては、甲土地の売買契約に基づく債権的登記請求権としての所有権移転登記請求権を選択すべきである。

理由は、第9問と同様である。

(1) 論点

ア. 原則論

Bは、Cとの間で、Aの代理人として、Aが所有する甲土地を代金2000万円でCに売却する旨の売買契約を締結しているが、AからBに対する任意代理権の授与がないから、任意代理権に基づく有権代理(99条1項)を根拠として本件売買契約の効果がAに帰属するとはいえない。

イ. 日常家事代理

そこで、日常家事代理(761条)を根拠として本件売買契約の効果をAに帰属することの可否が問題となる。

判例は、「761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。」として夫婦相互の日常家事代理権を認めた上で、「民法761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、性質等をも十分に考慮して判断すべきである。」と解している。

甲土地の売却代金を入院加療中のAの医療費に充てるという個別事情は、重視できない。そして、不動産売買の非日常性及び取引金額の高額性という本件売買契約の客観的性質からすれば、本件売買契約は「夫婦…の日常の家事に関」する「法律行

令和2年司法試験設問3参考

基礎応用 79頁 [論点1]、論証集 43頁 [論点10]、最判 S44.12.18・百III9

為」に当たらない。したがって、761条により本件売買契約の効果がAに帰属するとはいえない。

そうすると、本件売買契約は無権代理行為となるから、原則として、その効果はAに帰属しない（113条1項）。

ウ. 110条の表見代理

では、761条の日常家事代理権を基本代理権として110条の表見代理の成立を認めることはできないか。

判例は、「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110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110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。」と解している。

110条の直接適用の場合、信託の対象は代理権の存在となるが、上記判例における「110条の趣旨を類推適用」する立場では、信託の対象は代理権の存在ではなく当該法律行為が「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」ことであり、このように、前者と後者とで信託の対象が異なるのである。

そして、BがCに対してAの実印と印鑑登録証明書を示した事実は、AからBに対する本件売買契約に関する代理権の授与を事実上推定するものであるが、本件売買契約の日常家事性を事実上推定するものではない。このことに、不動産売買の非日常性も考慮すると、Cには日常家事性について確認する義務があった。にもかかわらず、Cは、Aに確認するなどの措置をとらず確認義務を怠ったのだから、本件売買契約がA・Bの日常家事の範囲内であると信じたことについて過失があり、正当な理由を欠く。したがって、110条の趣旨の類推適用も認められない。

よって、本件売買契約の効果はAに帰属しないから、Cの請求は認められない。

基礎応用 80頁 [論点 2]、論
証集 43頁 [論点 11]、最判
S44.12.18・百Ⅲ9

(参考答案)

1. C は、A に対して、甲土地の売買契約に基づく財産権移転債務の履行として、甲土地の所有権移転登記手続を請求することが考えられる。
2. B は、C との間で、A の代理人として、A が所有する甲土地を代金 2000 万円で C に売却する旨の売買契約を締結しているが、A から B に対する任意代理権の授与がないから、任意代理権に基づく有権代理 (99 条 1 項) を根拠として本件売買契約の効果が A に帰属するとはいえない。
3. もっとも、761 条により A に効果帰属することにならないか。
 - (1) 「夫婦の…日常の家事に関」する「法律行為」とは、当該夫婦の共同生活において通常必要とされる法律行為を意味する。この判断では、取引安全のため当該夫婦に関する個別事情よりも当該法律行為の客観的性質を重視する。
 - (2) 甲土地の売却代金を入院加療中の A の医療費に充てるという個別事情は、重視できない。そして、不動産売買の非日常性及び取引金額の高額性という本件売買契約の客観的性質からすれば、本件売買契約は「夫婦…の日常の家事に関」する「法律行為」に当たらない。したがって、761 条により本件売買契約の効果が A に帰属するとはいえない。
4. そうすると、本件売買契約は無権代理行為となるから、原則として、その効果は A に帰属しない (113 条 1 項)。

もっとも、110 条の表見代理が成立しないか。

 - (1) 夫婦の連帯責任の前提として夫婦に付与されている日常家事代理権 (761 条) を基本代理権とする 110 条の表見代理の成立を広く認めることは、夫婦の財産的独立を害する。そこで、相手方が当該法律行為が当該夫婦の日常家事に関する法律行為の範囲に属すると信じたことについて正当な理由がある場合に、110 条の趣旨の類推適用が認められると解する。
 - (2) B が C に対して A の実印と印鑑登録証明書を示した事実は、A から B に対する本件売買契約に関する代理権の授与を事実上推定するものであるが、本件売買契約の日常家事性を事実上推定するものではない。このことに、不動産売買の非日常性も考慮すると、C には日常家事性について確認する義務があった。にもかかわらず、C は、A に確認するなどの措置をとらず確認義務を怠ったのだから、本件売買契約が A・B の日常家事の範囲内であると信じたことについて過失があり、正当な理由を欠く。したがって、110 条の趣旨の類推適用もない。
5. よって、本件売買契約の効果は A に帰属しないから、C の請求は認められない。以上

参考文献

- ・「民法(全)」第3版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第4版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「基本講義 債権各論Ⅱ」第3版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「プラクティス民法 債権総論」第5版補訂(著:潮見佳男-信山社)
- ・「民法(債権関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
- ・「詳解 改正民法」初版(著:潮見佳男ほか-商事法務)
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)
- ・「Before/After 民法改正」第2版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 民法・不動産登記法改正」初版(編著:潮見佳男・木村貴裕-弘文堂)
- ・「<民法>所有権・相続のルール大改正」初版(著:児玉隆晴-信山社)
- ・「民法Ⅰ 総則・物権総論」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅱ 債権各論」第3版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅳ 親族・相続」補訂版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「LEGAL QUEST 民法Ⅵ 親族・相続」第6版(著:前田陽一ほか-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅰ 総則」第3版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅳ-1 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第5版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第3版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法」第4版(著:道垣内弘人-有斐閣)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」4訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹界)
- ・「完全講義・法律実務基礎科目 民事」(著:大島眞一-民事法研究会)
- ・「完全講義・民事裁判実務 基礎編」(著:大島眞一-民事法研究会)
- ・「要件事実マニュアル1」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第3版(有斐閣)
- ・「最新重要判例解説」平成18年度～令和4年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023(日本評論社)