

## 第1部 書き方・考え方のコツ

### 第1章 請求権の選択

A

#### 1. 訴訟物から考える

「AはBに対し、…という請求をすることができるか。」という問題では、まず初めに、訴訟物を明らかにすべきである。訴訟物が何であるかによって、請求が認められるための要件が変わってくるからである。

そして、訴訟物を選択する際には、債権的請求権と物権的請求権を区別する必要がある。契約当事者間における請求が問題となっている場合には、契約に基づく債権的請求権を選択するのが通常である。債権的請求権の請求原因が物権的請求権の請求原因に包含されているのが通常だからである（ex.売買契約に基づく目的物引渡請求権と所有権に基づく返還請求権）。

#### 2. 契約当事者間における債権的請求

債権の発生原因には、契約、事務管理（697条）、不当利得（703条）、不法行為（709条以下）がある。これらのうち、事務管理・不当利得・不法行為に基づいて発生する債権を法定債権という。

契約当事者間における請求が問題になっている場合には、まずは、契約に基づく債権的請求権から考えることになる。

#### 3. 請求の根拠・内容・当否

平成28年司法試験では、「請求の根拠を説明し、その請求の当否を論じなさい。」「請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。」という2種類の設問がある。

出題の趣旨・採点実感を読む限り、設問によって“根拠”と“内容”が意味していることに若干のずれがある。

そのため、答案を書く際に、根拠・内容・当否を厳密に区別する必要はない。出題者側が根拠・内容・当否に該当するものとして想定している記述が答案のどこかに出てくれば良い。

したがって、①誰が、②誰に対して、③いかなる法律構成（権利、条文など）に基づいて、④どのような請求（目的物、金額など）をするのかということをも明らかにした上で、⑤請求の要件を検討し、⑥⑤の検討過程で論点に言及する、ということができていれば十分であり、①～⑥を根拠・内容・当否のどこで論じたのかは重要ではない。

## 第2章 請求の当否

A

### 1. 三者間形式

例えば、「Aは、Bに対して、～という請求をしようと考えている。この請求の当否について、Bからの予想される反論も踏まえて検討しなさい。」という設問では、まずはAにおいて実体法上の要件（少なくとも、請求原因）について一通りの主張をさせる。その上で、争点になる要件についてのみ、Bからの反論及びその当否を書くことになる。

### 2. 原告による先回り主張

主張反論型の問題では、原告に、請求原因事実のみならず、争いがない抗弁以降の要件事実等についてまで先回り主張をさせることがある。

### 3. 問題なく認められる要件の一括認定

ある請求や抗弁（再抗弁以下を含む）が認められるという結論を導くためには、実体法上の要件を網羅的に認定する必要がある。その一方で、事案における重要度に応じて、メリハリのある要件認定をする必要がある。

メリハリのある要件認定の方法の一つとして、問題なく認められる要件を冒頭で一括認定するというテクニックもある。

### 4. 要件の頭出し

原則として要件の頭出しは不要であるが、例外的に、以下の場合には要件の頭出しをする必要がある。

#### (1) 設問で指示がある場合

“Cは、Bが甲1部分を所有することを認めた上でBの請求の棄却を求める場合、どのような反論をすることが考えられるか、その根拠及びその反論が認められるために必要な要件を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。…”（平成29年司法試験設問1）

#### (2) 条文の文言だけでは要件が一義的に明らかにならない場合

共同不法行為者の責任（719条1項）のように、請求要件の整理について争いがあるなどの理由から、条文の文言だけでは要件が一義的に明らかにならないものについては、要件の頭出しをすることが望ましい。

### 5. 全ての要件を検討することの要否

ある請求や抗弁（再抗弁以下を含む）が認められるという結論を導く場合、その請求や抗弁に対応する要件を全て認定する必要がある。

これに対し、ある請求や抗弁が認められないという結論を導く場合、充足しない要件のところまで検討すればよく、それ以降の要件についてまで検討する必要はない。もっとも、この場合であっても、例えば不当利得返還請求では「利得・損失⇒因果関係⇒法律上の原因の不存在」という流れで検討するというように、要件検討の論理的順序を守る必要がある。

平成27年司法試験・出題趣旨

## 第3章 要件事実

A

平成24年司法試験・出題趣旨

### 1. 「法律上の意義」として問われていること

ある事実の「法律上の意義」としては、究極的には要件事実が問われているのが通常である。<sup>1)</sup>

このような要件事実問では、究極的には「訴訟上の意義」(＝要件事実)が問われているが、その検討過程において、①当該事実が実体法上問題となる事実であるのか、②実体法上問題となる事実であるとして、それが訴訟上はどういった意義の事実であるのか、ということに言及する必要がある。

②訴訟上の意義としては、以下の⑦～⑨に分解できる。

⑦自己が主張立証責任を負う主要事実に関するもの(主要事実そのものと、それを推認する積極的間接事実の双方を含む)

⑧相手方が主張立証責任を負う主要事実に関するもの(主要事実そのものと、それを推認する積極的間接事実の双方を含む)

⑨自己又は相手方が主張立証責任を負う主要事実に対する積極否認の理由となる消極的間接事実

### 2. 請求・主張の当否まで問われている場合

ある事実の「法律上の意義」として要件事実を問う要件事実問には、①ある事実の「法律上の意義」だけが問われている問題と、②請求・主張の当否という大きな問いがあり、この問いに答える過程である事実の「法律上の意義」についても言及するという問題の2種類がある。

①の問題では、ある事実との関係で「法律上の意義」が問題となり得る要件についてのみに検討すれば足りる。

②の問題では、ある事実の「法律上の意義」のみならず、他の要件についても検討した上で、請求・主張の当否に関する結論を出す必要がある。

### 3. 請求原因事実の摘示

平成25年司法試験設問1のように、「Aが、Cに対し、～の請求をするには、どのような主張をする必要があるか。」という設問では、請求原因事実を摘示することが求められている。

ここでは、抽象的に要件事実を摘示するだけでは足りない。要件事実該当する当該事案における具体的事実を摘示する必要がある。

要件事実とは「法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件」であり、主要事実とは「要件事実該当する具体的事実」(当該事案における生の事実)である。

<sup>1)</sup> もっとも、例外的に、要件事実が問われていない場合もある。例えば、平成26年司法試験設問1では、下線部分の事実の「法律上の意義」として、賃料不払いを理由とする賃貸借契約の債務不履行解除を否定するための法律構成を説明することが求められている。また、平成29年司法試験設問2では、事実①・②の「法律上の意義」として、借地上建物の賃貸は建物敷地の無断転貸に当たらないとした判例の射程が問われている。

## 第4章 主張・反論の分析

A

### 1. 請求の当否が問われている場合

(1) 例えば、「Aは、Bに対し、甲土地所有権に基づき、甲土地を明け渡すことを求める訴えを提起したところ、Bが、Aは甲土地をCに売却したのだから請求には応じないと述べた。これに対し、Aは、AC間における甲土地の売買契約は詐欺を理由に取り消したと反論した。」という事例において、「Aの甲土地の明け渡請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。」と問われているとする。

この問題では、AのBに対する甲土地の明け渡請求が認められるのかについて、Bの反論とこれに対するAの再反論を踏まえて検討することが求められている。

論点主義的に考えるのではなく、まず初めに、請求と各主張を、①「Aは、Bに対し、甲土地所有権に基づき、甲土地を明け渡すことを求める訴えを提起した」、②「Bが、Aは甲土地をCに売却したのだから請求には応じないと述べた」、③「Aは、AC間における甲土地の売買契約はCによる詐欺を理由に取り消したと反論した」という形に整理する。

(2) その上で、①～③を要件事実的に把握する。特に、被告の反論については、請求原因事実に対する否認なのか、それとも、請求原因事実を前提とした抗弁なのかという分析をする必要がある。原告の再反論についても、被告の反論が抗弁である場合には、抗弁事実に対する否認なのか、それとも、抗弁事実を前提とした再抗弁なのかということ进行分析する必要がある。

①は、土地所有権に基づく返還請求権としての土地明け渡請求権を訴訟物とする訴えであり、その請求原因は、Aの甲土地所有及びBの甲土地占有である。

②は、過去の一定時点におけるAの甲土地所有を認めた上で（権利自白）、AC間売買を理由とする所有権喪失の抗弁を主張するものである。

③は、AC間の売買契約の締結を前提として、詐欺取消しの再抗弁（96条1項）を主張するものである。

(3) 以上の整理をした上で、①⇒②⇒③という順序で、要件事実の充足性を検討する。その検討過程で、条文の形式的適用により（解釈をしないで）該当性を判断することができない文言（あるいは、本事例で論点が顕在化する文言）が出てきたら、その文言との関係で論点を展開する。

事案によっては、条文に書かれていない要件や法律効果に属する論点を論じることもある。

### 2. 反論の当否が問われている場合

例えば、「Aは、Bに対し、甲土地所有権に基づき、甲土地を明け渡すことを求める訴えを提起した。」という事例において、「Bは、Aの請求に対してどのような反論をすることが考えられるか。その根拠を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。」と問われているとする。

論点主義的に考えないで、法律要件から（さらには、要件事実に従って）考える。

被告側の反論の当否が問われている問題では、まずは、その反論が「請求原因事実に対する否認」なのか「抗弁」なのかということから考える。

次に、仮に反論が「抗弁」である場合には、抗弁事実が満たされているのかを考える。

そして、抗弁事実が満たされる場合に初めて、再抗弁を検討することになる。

{注}ここで、いきなり再抗弁・再々

抗弁に属する論点に飛びつかない。

## 第5章 判例の使い方

A

### 1. 判例のルールを、判例と同じ事案類型にそのまま適用する

判例のルールとそれを支える根拠を示してから、当てはめに入る。

### 2. 判例のルールを、判例と異なる事案類型に適用できるかを検討する（射程）

- ・①判例のルールとそれを支えている根拠（論証であれば、理由付けに対応するもの）を示した上で、②判例のルールを支えている根拠を比較基準として判例と本件の事案類型を比較することで、判例のルールを支えている根拠が事案類型の違いを跨いで本件の事案類型にも妥当するのかを検討する。
- ・判例のルールの射程を全面的に否定する場合には、判例のルールに代わって当該事案類型に適用されるルールまで示す。
  - ➡判例のルールの射程を部分的に否定する場合には、判例のルールがどのように変容して当該事案類型に適用されることになるのかまで示す。

同じ事案類型の内部で、判例のルールの射程が問題となることもある。

### 3. 判例のルールの内容を明らかにする

前記2は、(1)形式的に見れば判例のルールが適用されそうな事案について、判例のルールの適用が否定されるのではないかが問題となっている場面と、(2)形式的に見れば判例のルールが適用されなさそうな事案について、判例のルールを適用することの可否が問題となっている場面である。

これに対し、3では、判例のルールそのものの内容を明らかにすることで、判例のルールが適用される事案を明らかにするにすぎない。そのため、判例の射程を区切る・拡張することが問われている前記2とは、若干異なる。

ここでは、判例のルールを支えている根拠に遡った上で、判例のルールの具体的内容を明らかにすることになる。

### 4. 判例のルールを異なる論点に転用（応用）できるかを検討する

- ・①判例のルールとそれを支えている根拠を示した上で、②判例のルールを支えている根拠を比較基準として判例と本件の論点を比較することで、判例のルールを支えている根拠が本件の論点にも妥当するかを検討する。
- ・妥当する場合には、判例のルールが論点の違いを跨いでどのように変容して本件の論点にも適用されることになるのかまで示す。
  - ➡妥当しない場合には、判例のルールに代わって本件の論点に適用されるルールまで示す。

### 5. 判例理論自体の当否

判例のルール自体やそれを支える根拠の妥当性を検討し、妥当でないとして判例のルール自体を否定する場合には、判例のルールに代わって当該論点に適用されるルールまで示す。

## 第6章 現場思考問題の対処法

民法では、毎年のように、現場思考問題が出題される。現場思考問題のパターンにはいくつかあるが、ここでは、問題文で当てはめと結論の方向性が誘導されている場合における対処法について取り上げる。

上記の現場思考問題では、①条文（又は判例）の形式的適用により原則的な結論を示した上で、②問題文のヒントから出題者が求めている当てはめと結論の方向性（①とは逆の結論とそれを導くための当てはめ）を前提として、③②の当てはめと結論を導くことができる抽象論（理由＋規範）をその場でイメージして文章表現し、④③に従って②の当てはめをするとともに結論を導く、という過程を辿ることになる。

### [過去問1]

平成28年司法試験設問2(3)改題

(事案)

X、Y及びZは、(1) XがYに対して返済期日を令和3年3月1日として500万円を貸し付け、(2) Zが(1)の債務を連帯保証する旨の合意をし、(1)及び(2)について契約書を作成した。なお、Zが(2)の連帯保証をしたのは、Yからそのように頼まれたからである。

Xは、Yに対して500万円を交付していない。にもかかわらず、Xは、令和3年3月1日、金銭消費貸借契約書があることを奇貨として、Zに対して連帯保証債務の履行を請求した。

Zが直ちにYに照会したところ、Yは、間違えて、「Xに対する債務は1円も支払っていない。」と説明した。Zは、Yに対し、「仕方がないので連帯保証債務を履行する。」と述べた。

令和3年3月1日、Zは、Xに対して、連帯保証債務の履行として、500万円を支払った。

Zは、Yに対して、500万円の支払いを請求することができるか。

(答案)

1. Zは、受託保証人の求償権(459条1項)を行使することが考えられる。

保証人の求償権の成立には主「債務」の存在が必要であるところ、XがYに500万円を交付していないため、要物契約としての金銭消費貸借契約(587条)は成立していない。XY間の金銭消費貸借契約は「書面とする消費貸借」であるから、諾成契約としての金銭消費貸借契約(587条の2第1項)が成立しているが、合意に基づく500万円の引渡しがない以上、XのYに対する貸金返還債務は成立していない。したがって、ZのYに対する事後求償権は、主「債務」の存在という要件を欠くとして認められないのが原則である。

2. しかし、Zが主債務の存在を前提としてXに500万円を支払ったのは、YがZから事前の通知を受けた際に主債務の不存在について説明しなかったからである。にもかかわらず、ZがYに対して求償権を行使することができず、Xに対する不当利得返還請求においてX無資力の危険を負担するのでは、ZY間における公平を欠く(結論の妥当性を欠く)。そこで、ZのYに対する求償

権行使を認めるための法律構成が問題となる。

3. …略… (法律構成としては、463条1項・443条1項の類推適用、478条の援用、信義則などが挙げられる。)

[過去問2]

令和2年司法試験設問3改題

(事案)

X(60歳)は、兄(70歳)であるYが長期入院加療中であったため、Yの妹であり日頃からYの世話をしているZ(58歳)に相談して、事実上、Yの財産の管理を行っていた。

Xは、WからYが所有する甲不動産を売ってほしいと頼まれたため、そのことをZに相談したところ、Zから了承を得ることができたため、Wに甲不動産を売却することにした。

Xは、Yから代理権を与えられていないにもかかわらず、Yの代理人として、Wとの間で甲不動産を代金2000万円でWに売却する旨の契約を締結した。なお、契約締結の場には、Xの求めに応じてZも同席した。

その後、Yが死亡し、Yには配偶者も子もおらず、直系尊属も既に死亡していたため、XとZがYを共同相続した。Xは、相続を放棄した。

Wは、Yから後のことはZとの間で進めてほしいと説明を受けたため、Zに対し、代金2000万円を支払った上で、上記売買契約に基づき甲不動産の所有権移転登記手続を求めたところ、Zはこれを拒絶した。

(答案)

1. Xは、Yから甲不動産の売買に関する代理権(99条1項)を与えられていなかったのだから、XがYの代理人として締結した甲不動産の売買契約は、無権代理行為(113条1項)である。Yがこれを追認(113条1項)した事情もないから、本件売買契約の効果はYに帰属しないのが原則である。したがって、原則として、Zが相続(896条本文、889条1項2号)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したともいえない。

2. Xが相続放棄(938条)をしたことにより、ZがYを単独相続(938条)している。Zは、原則として、Yから相続した追認拒絶権(116条参照)を行使できる。もっとも、例外的にこれが否定されないか。

(1) 本人を単独相続した無権代理人が追認拒絶権を行使することは、矛盾挙動であり信義則に反するから、無権代理行為は相続とともに当然有効となると解される。そこで、無権代理された本人を単独相続した者について無権代理人に準ずる事情がある場合には、無権代理人による単独相続と同様に考え、追認拒絶権の行使が否定され、その結果、無権代理行為が有効になると解すべきである。

(2) 本件売買契約についてZがXから相談を受けて了承していること、Zが同契約を締結する場に同席していたことから、Zには無権代理人Xに準ずる事情がある。したがって、Zは追認拒絶権を行使できず、その結果、本件売買契約の効果がZに帰属する。よって、Wの請求は認められる。

基礎応用 69頁 [論点1] 最判

S37.4.20・百132

## 第5章 意思表示の瑕疵

### 第1節 心裡留保

[新] 93条

- ① 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知っていたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方がその意思表示が表意者の真意でないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。
- ② 前項ただし書の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

B

佐久間 I 116~120 頁

case1 : A は、B に対して、甲建物を売却するつもりがないにもかかわらず、甲建物を売却すると言い、これを信じた B との間で、甲建物を代金 1000 万円で売買する旨の契約を締結した。B は、A に対して、甲建物の売買契約に基づいて、甲建物の引渡しを求めることができるか。

case2 : 上記事例において、B が、過失により A の真意を知らなかったとする。B は、A から甲建物の引渡しを受けた後、C に対して甲建物を代金 1500 万円で売却し、引渡しも終えた。A は、C に対して、AB 間の売買契約は無効であるから自分が甲建物の所有者であると主張して、甲建物の返還を求めることができるか。

#### 1. 要件

心裡留保とは、①表意者の真意でない意思表示であって、②表意者が表示と真意の不一致について認識している場合である。

心裡留保無効の抗弁としては、①・②に加えて、③相手方の悪意又は過失（93条1項但書）も主張立証する必要がある。

#### 2. 効果

##### (1) 原則

心裡留保による意思表示は、原則として有効である（93条1項本文）。

真意ではないことを認識している表意者を保護する必要があるため、相手方を保護することで取引安全を図るべきだからである。

##### (2) 例外

相手方が悪意又は有過失である場合は、心裡留保による意思表示は無効である（93条1項但書）。悪意又は有過失の相手方は、表意者を犠牲にしてまで保護するに値しないからである。

善意・無過失の対象は「その意思表示が表意者の真意でないこと」であるから、相手方が表意者の真意の内容について知ることができなかつたとしても、相手方が表意者が真意と異なる意思表示をしていることを知り又は知ることができたのであれば、悪意・有過失が認められる。

後者の場合も意思表示が有効であることに対する相手方の正当な信頼が認められないのである。

##### (3) さらなる例外

心裡留保による意思表示によって形成された法律関係を基礎として意思表

示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った「第三者」が登場することがある。この場合、相手方が悪意又は有過失であっても、意思表示の無効を「善意の第三者」に対抗することはできない（93条2項）。

### 3. 相手方からの無効主張

93条1項本文が心裡留保と評価される意思表示を原則として有効としている趣旨は、相手方を保護するところにある。とすれば、相手方が無効でよいというなら、相手方からの無効主張を認めても差し支えない。したがって、相手方からの無効主張も認められると考える。

これに対して、いったん契約を欲した相手方からの無効主張は認めるべきではないとの説もあるが、93条の趣旨からすると行き過ぎである。

## 第2節. 通謀虚偽表示

[現] 94条

- ① 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。
- ② 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

A

司 H28 司 R4 予 H23 予 H29

民法(全) 49~50頁、佐久間 I 132

~123頁

### 1. 意義

「相手方と通じてした虚偽の意思表示」は、①意思表示が表意者の真意に基づかない「虚偽」のものであることと、②相手方との「通」謀(=意思の連絡)を要件とする。当事者が、意思表示が外形上のものにすぎず、その意思表示から法律効果が生じないことについて合意している場合に①・②を満たす。

通謀虚偽表示が無効であるとされる理由は、意思表示が法律効果を形成するための手段であるため法律効果不発生について合意してなされた通謀虚偽表示に法律効果を認める理由がないことと、表意者のみならず通謀した相手方も保護する必要がないことにある。

case1: Aは、Bとの間で、Aが所有する甲建物の売買契約を仮装することについて合意した上で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結した。その後、Aは、Bに対して、代金1000万円の支払いを求めた。

Aは、Bとの間で、AがBに甲建物を代金1000万円で売却する旨の売買契約を締結した事実を根拠として、本件売買契約に基づき代金1000万の支払いを請求している。

これに対し、Bは、本件売買契約がAB間の通謀虚偽表示によるものだから無効であるため(94条1項)、本件売買契約に基づく代金支払請求は認められないと反論する。この反論は認められる。

### 2. 「善意の第三者」の保護

予 H23

民法(全) 50頁、佐久間 I 123~124

頁

#### (1) 概要

通謀虚偽表示の表意者やその相手方は、「善意の第三者」に対して通謀虚偽表示の無効を主張できない(94条2項)。

94条2項の趣旨は、権利外觀法理、すなわち、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、真正権利者と第三者の利益調整(静的安全と動的安全の調整)を図るという考えにある。

なお、善意の第三者は、通謀虚偽表示の無効を主張することもできる。94条2項は、通謀虚偽表示の無効という効果は生じているところを、善意の第三者を保護するために無効主張を制限するものにすぎないため、第三者としてはその保護の享受を強制されるいわれがないからである。

case2: 前記case1の事例を発展させ、Bは、AB間の通謀虚偽表示による本件売買契約に基づきAから甲建物の引渡しを受けたことを奇貨として、甲建物の

売却代金を得たいと考え、Cとの間で甲建物を代金1500万円で売却する旨の売買契約を締結し、甲建物をCに引き渡したとする（なお、甲建物の登記名義はAのままである。）。

Aは、甲建物にCが居住していることに気が付き、甲建物の所有権に基づき、Cに対して、甲建物の明渡しを求めた。

Aは、自分が甲建物の所有者であることと、Cが甲建物に居住（占有）することでAの甲建物の所有権を侵害していることを理由として、Cに対して、甲建物の所有権に基づき甲建物の明渡しを請求している。

Cは、Aは甲建物に関するAB間の売買契約により甲建物の所有権を喪失しているから甲建物の所有権を有しないと反論する。

Aは、Cが所有権喪失原因として主張しているAB間の売買契約は通謀虚偽表示により無効であるから（94条1項）、Aは甲建物の所有権を喪失していないと再反論する。

Cは、自分はAB間の売買契約が通謀虚偽表示によることについて知らなかったため「善意の第三者」（94条2項）に当たるから、AB間の売買契約の無効を対抗されず、その結果、AはCとの関係では甲建物の所有権を失っていることになると再々反論する。この文脈で、94条2項が登場する。

## (2) 「第三者」の意義

94条2項の「第三者」は、通謀虚偽表示の当事者以外の者全般を意味するわけではない。

### 〔論点1〕「第三者」の意義

94条2項の「第三者」とは、虚偽表示の当事者及び一般承継人以外の者であって、虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったため、通謀虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者を意味する（判例）。

#### 〔肯定〕

- ・不動産の仮装譲受人からの転得者（最判S48.6.21：通謀による虚偽の登記名義を真正な者に回復するための所有権移転登記抹消手続請求訴訟で、登記名義人たる被告が敗訴し判決が確定しても、上記訴訟の口頭弁論終結後、被告名義の当該不動産を競落した善意の第三者に対しては、上記確定判決はその効力を有しない。）
- ・不動産の仮装譲受人から抵当権の設定を受けた者
- ・仮装の原抵当権者から、転抵当権の設定を受けた者（最判S55.9.11：転抵当権の取得につき377条1項所定の要件を具備しておらず、権利を行使し、権利取得の効果を原抵当権設定者に主張することができない場合であってもよい。）
- ・虚偽表示の目的物を差し押えた相手方の一般債権者（最判S48.6.28）
- ・仮装債権の譲受人（大判S13.12.17）

#### 〔否定〕

- ・一番抵当権が仮装で放棄され順位が上昇したと誤信した二番抵当権者

A

大判T5.11.17、民法（全）50頁、  
佐久間I124頁

詳細は(短)

詳細は(短)

- ・代理人や法人の理事が虚偽表示した場合における本人や法人
- ・債権の仮装譲受人から取立てのために債権を譲り受けた者
- ・仮装譲受人の単なる債権者（大判 T9.7.23：仮装名義人に金銭を貸付けた者）
- ・仮装譲渡された債権の債務者
- ・土地が仮装譲渡された場合の地上建物の賃借人
- ・土地の賃借人が地上建物を他に仮装譲渡した場合における土地賃貸人（最判 S38.11.28）

### (3) 「善意」の意味

ここでいう「善意」とは、通謀虚偽表示であること（＝法律効果不発生の合意）について知らなかったことを意味する。<sup>1)</sup>

#### [論点 2] 「善意」

通謀虚偽表示であることを知らなかったことについて過失がある場合も、「善意」に含まれるか。

例えば、case2 において、C が AB 間の売買契約が通謀虚偽表示によることを知らなかったが、知らなかったことについて過失があるという場合にも、C が「善意の第三者」に当たるか。

94 条 2 項では、「善意」と定められているにとどまり、96 条 3 項のように「善意でかつ過失がない」という文言は用いられていない。

また、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、両者間の利益調整を図ることにある。

そして、通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから、第三者に無過失まで要求することは、両者間の利益調整として妥当ではない。

そこで、94 条 2 項の「善意」では無過失までは不要と解する（判例）。

A

最判 S62.1.20

民法(全) 50 頁、佐久間 I 128～129

頁

### (4) 登記の要否

例えば、通謀虚偽表示に係る契約の目的物が不動産である場合、「善意の第三者」として保護されるためには登記を備える必要があるか。

#### [論点 3] 対抗要件としての登記

94 条 2 項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動について対抗要件を備える必要があるか。

例えば、case2 において、C が、通謀虚偽表示により AB 間の売買契約は無効である旨の A の主張に対して、自分は「善意の第三者」として保護されると主張するためには、BC 間の売買契約による所有権移転について対抗要件としての登記（177 条）を備えておく必要があるか。<sup>2)</sup>

A

最判 S44.5.27、佐久間 I 130～131

頁

<sup>1)</sup> 「善意」は、94 条 2 項の適用対象となる法律関係ごとに、当該法律関係について第三者が利害関係を有するに至った時期を基準として判断される（最判 S55.9.11、佐久間 I 123 頁）。

<sup>2)</sup> 例えば、A が甲建物を B と C の双方に売却したという二重譲渡事例では、BC 間において B と C のいずれが甲建物の所有者であるのが問題となる。177 条は、不動産物権変動に関する登記による対抗要件制度を定めており、これによると、所有権移転登記を備えた者が所有者として扱われることになる（詳細については、物権の章で説明する）。

確かに、177条は、不動産物権変動を「第三者」に対抗するためには、それを公示する不動産登記が必要である旨を定めている。

しかし、94条2項の趣旨は、「善意の第三者」との関係では虚偽表示を有効なものとして扱うことにある。

そうすると、真正権利者、相手方、第三者へと権利が移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たない。<sup>3)</sup>

そこで、94条2項の「善意の第三者」として保護されるためには、対抗要件としての登記(177条)は不要であると解する(判例)。

内田 I 59 頁

#### [論点 4] 権利保護資格要件としての登記

94条2項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動について対抗要件を備える必要がないとしても、権利保護資格要件を備える必要があるのではないか。

例えば、case2において、Cが、通謀虚偽表示によりAB間の売買契約は無効である旨のAの主張に対して、自分は「善意の第三者」として保護されると主張するためには、BC間の売買契約による所有権移転について権利保護資格要件としての登記を備えておく必要があるか。

A

最判 S44.5.27、佐久間 I 132 頁

確かに、94条2項の「善意の第三者」が保護される結果として、真正権利者が自己の権利の喪失・制約といった重大な不利益を受ける。

そうすると、このような真正権利者の犠牲の下に保護される「善意の第三者」には、権利保護資格要件としての登記を要求するべきとも思える。

しかし、94条2項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、両者間の利益調整を図ることにある。

そして、通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから、「善意の第三者」に権利保護資格要件としての登記まで要求することは、両者間の利益調整として妥当ではない。

そこで、94条2項の「善意の第三者」として保護されるためには、権利保護資格要件としての登記も不要であると解する(判例)。

### (5) 真正権利者からの譲受人との関係

#### [論点 5] 真正権利者からの譲受人との関係

「善意の第三者」が真正権利者からの譲受人に対して94条2項による権利取得を対抗するためには、対抗要件を備えることを要するか。

例えば、case2において、AがDとの間で、甲建物を代金1300万円で売却する旨の真実の売買契約を締結していたとする。

Dは、甲建物を占有するCに対して、AD間の売買契約により甲建物の所有権を取得したことを根拠として、甲建物の所有権に基づき、甲建物を自己

A

<sup>3)</sup> これと少し異なり、通謀虚偽表示をした真正権利者は、「善意の第三者」との関係では、通謀虚偽表示の無効を対抗できないために当該不動産の権利を有することも主張できなく結果、無権利者として扱われるから、177条の「第三者」に当たらないとして、無権利構成によって説明する見解もある(佐久間 I 128 頁)。

に明け渡すように請求することが考えられる。

Cは、AB間の売買契約は通謀虚偽表示によるものであるが、「善意の第三者」に当たるCとの関係ではAB間の売買契約は有効なものとして扱われるから、CはBC間の売買契約により甲建物の所有権を取得できていると反論する。

Cが上記の反論をする際、甲建物について対抗要件としての所有権移転登記を備えている必要があるか。

94条2項の趣旨は、善意の第三者の関係では虚偽表示を有効なものとして扱うことにある。

そうすると、真正権利者、相手方、第三者へと権利が移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立つ。

その結果、真正権利者を起点とした二重譲渡があったのと同様に考えることにより、真正権利者からの譲受人と「善意の第三者」とは二重譲渡における対抗関係に立つと考えることができる。

そこで、真正権利者からの譲受人は177条の「第三者」に当たり、「善意の第三者」が当該譲受人に対して94条2項による権利取得を対抗するためには、対抗要件としての登記を備える必要があると解する。

佐久間 I 130 頁

## (6) 直接の第三者からの転得者の保護

例えば、case2において、CがDに対して甲建物を売却して引渡しも終わっていたとする。

Aは、自分が甲建物の所有者であることと、Dが甲建物を占有することでAの甲建物の所有権を侵害していることを理由として、Dに対して、甲建物の所有権に基づき甲建物の明渡しを請求することが考えられる。

Dは、Aは甲建物に関するAB間の売買契約により甲建物の所有権を喪失しているから甲建物の所有権を有しないと反論する。

Aは、Dが所有権喪失原因として主張しているAB間の売買契約は通謀虚偽表示により無効であるから(94条1項)、Aは甲建物の所有権を喪失していないと再反論する。

Dの再々反論として、いかなる法律構成が考えられるかが問題となる。

### 【論点6】善意の第三者からの悪意の転得者

Dは、Cが「善意の第三者」である場合には、再々反論として、自己の善意・悪意にかかわらず、CD間の売買契約によりCが94条2項により取得した甲建物の所有権を承継取得できるから、その結果としてAは甲建物の所有権を喪失することになると主張することが考えられる。

そこで、直接の第三者が善意・転得者が悪意である場合において、悪意の転得者は「善意の第三者」が94条2項により取得した権利をそのまま承継取得できるのかが問題となる。

虚偽表示の無効主張の可否を第三者と転得者ごとに相対的に判断する立場(相対的構成)からは、善意の第三者が悪意の転得者から権利供与義務違反(555条・561条)を理由とする債務不履行責任(415条、541条・542

B

最判S42.10.31、内田I57頁、佐久

間I133~135頁

条等)を追及されることとなり、善意の第三者保護という94条2項の趣旨に反する。

そこで、「善意の第三者」が94条2項によって確定的に権利を取得し、転得者は善意・悪意にかかわらず「善意の第三者」の権利を承継取得すると解する(絶対的構成-判例)。

#### [論点7] 悪意の第三者からの善意の転得者

Dは、Cが悪意である場合には、[論点6]の法律構成を用いることができないため、再々反論として、自分はAB間の売買契約が通謀虚偽表示によることについて知らなかったため「善意の第三者」(94条2項)に当たるから、AB間の売買契約の無効を対抗されず、その結果、AはDとの関係では甲建物の所有権を失っていることになると主張することが考えられる。

そこで、直接の第三者が悪意・転得者が善意である場合において、悪意の第三者からの善意の転得者も94条2項の「第三者」に含まれるかが問題となる。

94条2項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、両者間の利益調整を図ることにある。

この趣旨からすれば、直接の第三者が悪意である場合、真正権利者は、直接の第三者から目的物を取り戻すことで虚偽の外形を取り除くことができた以上、これを怠った真正権利者の犠牲において虚偽の外形を信頼した転得者を保護するべきである。

そこで、転得者も94条2項の「第三者」に含まれると解する(判例)。

B

最判S45.7.24

佐久間I133頁、内田I56頁

### (7) 94条2項による権利取得の法的構成

類型別88~90頁

#### ア. 法定承継取得説

「善意の第三者」による権利取得の法的構成について、虚偽表示の相手方の地位が真正権利者のように扱われるのは、「善意の第三者」の有効な権利取得という結論についての一種の擬制であり、94条2項による権利変動の実体的過程は、真正権利者から「善意の第三者」への同条項による法定の承継取得であると理解する。

判例は法定承継取得説であると理解されている(最判S42.10.31)。

この見解によると、「善意の第三者」は真正権利者から直接に権利を承継取得することになるから、真正権利者の所有権主張→売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁→通謀虚偽表示の再抗弁→「善意の第三者」の主張という主張展開がなされる場合において、「善意の第三者」の主張は、再抗弁によりいったん覆滅した所有権喪失の抗弁による真正権利者の所有権喪失の効果を復活させるものではないため、再々抗弁には当たらない。<sup>4)</sup>

この見解からは、「善意の第三者」の主張は、売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁と通謀虚偽表示の再抗弁を前提とする予備的抗弁に位置づけ

<sup>4)</sup> 抗弁とは、主張事実が請求原因事実と両立し、かつ、請求原因事実から生じる法律効果を覆滅(障害・消滅・阻止)する機能を有するものである(新問題研究14頁)。これに対応して、再々抗弁とは、主張事実が再抗弁事実と両立し、再抗弁事実から生じる法律効果を覆滅するとともに、抗弁事実から生じる法律効果を復活させる機能を有するものを意味する(要件事実論30講132頁)。

られる。

#### イ. 順次取得説

「善意の第三者」による権利取得の法的構成について、「善意の第三者」が出現することにより、真正権利者と相手方の間における通謀虚偽表示に係る契約が有効であったものとして扱われ、「善意の第三者」はこれを前提として権利を承継取得するものであると理解する。

この見解によると、真正権利者の所有権主張→売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁→通謀虚偽表示の再抗弁→「善意の第三者」の主張という主張展開がなされる場合において、「善意の第三者」の主張は、再抗弁によりいったん覆滅した所有権喪失の抗弁による真正権利者の所有権喪失の効果を復活させるものとして、再々抗弁に位置づけられる。

### 3. 虚偽表示の撤回

通謀虚偽表示の当事者は、当事者間の合意により、虚偽表示を撤回することができる。

もっとも、虚偽表示を撤回しても、虚偽表示に基づく外形（登記名義、占有）が取り除かれない限り、第三者の信頼の対象となる虚偽の外形が存在している点において撤回前と変わらない。

そこで、虚偽表示の撤回を第三者に対抗するためには、虚偽表示を撤回することに加え、虚偽表示に基づく虚偽の外形（登記名義、占有）を除去することまで必要であり、虚偽表示の撤回後、虚偽表示に基づく外形の撤回前にその外形を信頼して登場した第三者は、94条2項の「善意の第三者」として保護されると解する。

### 4. 94条2項の類推適用

司 H28 司 R4 予 H29

#### (1) 不動産物権変動における公信の原則の有無

公信の原則とは、真の権利状態と異なる公示が存在する場合に、公示を信頼して取引した者に対して、公示通りの権利状態があったのと同様の保護を与えることをいう。

判例・通説は、不動産物権変動について公信の原則を認めない（＝不動産登記には公信力が認められない）。不動産には192条のような規定がないことや、登記官には形式面についての審査権限しかないこと（＝形式的審査主義：登記官は、登記申請が正しい内容かどうかという実質面まで審査する権限を有しない）などが理由である。

民法（全）130頁

case3 : Bは、同居している父Aの書斎にある机の引出しからAの実印、Aが所有する甲土地に関する登記済証（権利証）、印鑑登録証明書等を持ち出し、これらを利用して甲土地の登記名義をAからBに移した。その後、Bは、甲土地をCに売却し、登記名義をBからCに移転した。Cは、Bとの売買

の際、B から示された甲土地の登記簿を見て、登記名義人である B が甲土地の所有者であると信じていた。

A は、自分が甲土地の所有者であるとして、C に対して、甲土地の所有権に基づき、甲土地に関する C 名義の登記を抹消するように請求することが考えられる。

C は、自分は登記簿を見て甲土地に関する B 名義の登記を信じた上で B との間で売買契約を締結したのだから、甲土地の所有権を取得しており、その結果として A は甲土地の所有権を喪失していると反論する。

もっとも、不動産登記には公信力がないから、C は、甲土地に関する B 名義の登記を信じて甲土地に関する売買契約を締結していても、甲土地の所有権を取得できないのが原則である。

したがって、C の反論は、原則として認められない。

## (2) 94 条 2 項類推適用

case3 において、甲土地に関する B 名義の登記を信頼した C が甲土地の所有権を取得できないという結論では、C の取引安全が害される。そこで、C による甲土地の所有権の取得を認めることができないか、不実の不動産登記を信頼した第三者を保護するための法律構成が問題となる。

### 〔論点 8〕 94 条 2 項類推適用による権利取得

確かに、我が国では不動産登記に公信力が認められないから、登記そのものの効力として、不実登記を信頼した者について登記により公示された通りの権利の取得を認めることはできない。

また、通謀・虚偽表示がない場合には、94 条 2 項を直接適用することができない。

しかし、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある真正権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外観法理にある。

そこで、①不実登記の存在、②真正権利者の帰責性及び③第三者の正当な信頼がある場合には、94 条 2 項の類推適用により、第三者には不実登記に対応する権利取得が認められると解する（判例）。

### 〔論点 9〕 真正権利者の帰責性

②真正権利者の帰責性の典型例として、㊦真正権利者が自ら不実登記を作出した場合（積極的関与）、㊧真正権利者が他人が作出した不実登記を存続させた場合（意思的承認＝真正権利者が不実登記の存在を知りながら、それを存続させることについて明示又は黙示に承認した場合）が挙げられる。問題は、㊨不実登記に対する積極的関与も意思的承認もない場合であっても、②真正権利者の帰責性が認められるか否かである。

例えば、A が B から騙されて、B から言われるがままに、内容・用途を確認することなく自己が所有する甲土地に関する売買契約書に署名・押印するとともに、甲土地の登記済証、実印、印鑑登録証明書を B に交付し、その後、B がこれらを用いて甲土地について AB 間の売買契約を原因とする所有権移

A 司 H28 司 R4 予 H29

佐久間 I 135～136 頁、民法（全）

130 頁

百 I 21 解説 5

A 司 H28 司 R4 予 H29

最判 H18.2.23・百 I 21

前掲 H18 最判の事案を参考

転登記手続を行った上で、C に対して登記簿を見せて甲土地を売却したという事案では、B 名義の不実登記について、A による積極的関与も意思的承認も認められない。もっとも、A には、B 名義の不実登記の出現について落ち度があるため、これをもって A の帰責性ありといえるかが問題となる。

94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある真正権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないという権利外觀法理にある。

そうすると、②不実登記についての真正権利者の帰責性としては、第三者保護のために権利を喪失させられてもやむを得ないといえるほどのものであることを要する。

そして、94 条 2 項の類推適用が問題となる場面では、真正権利者と第三者の保護必要性の利益衡量が問題となり、この利益衡量の基礎をなすものが権利者の帰責性であり、外形作出に対する積極的関与や意思的承認は帰責性の徴表の典型にすぎない。

そこで、不実登記に対する積極的関与や意思的承認がない場合であっても、これらと同視し得るほど重い落ち度があれば、②真正権利者の帰責性が認められると解する（判例）。<sup>5)</sup>

#### [論点 10] 第三者の正当な信頼

ここでいう信頼とは、登記が真実であると信じたことを意味する。

問題は、正当な信頼というためには、善意のみならず無過失まで必要であるか否かである。

94 条 2 項類推適用が問題となる画面では、真正権利者の静的安全と第三者の取引安全の調整が問題となっていることから、真正権利者の外形作出に対する帰責性の程度に応じて第三者の無過失の要否が変わると解される。すなわち、真正権利者の帰責性が 94 条 2 項が直接適用される場合と同程度に大きい場合には、第三者は無過失まで要求されないが、真正権利者の帰責性が 94 条 2 項が直接適用される場合よりも小さい場合には、110 条も援用することにより第三者に無過失まで要求することになる。

##### 1. 意思外形対応型（94 条 2 項単独類推適用）

真正権利者が認めた外形と第三者の信頼した外形とが一致する場合（不実登記の事案であれば、第三者が信頼した不実登記そのものに対する真正権利者の積極的関与又は意思的承認が認められる場合）には、真正権利者の帰責性が大きいから、利益衡量上、第三者に無過失まで要求するべきではない。

そこで、正当な信頼としては、善意だけで足りると解する（判例）。

##### 2. 意思外形非対応型（94 条 2 項類推適用+110 条の法意）

真正権利者が認めた外形が第三者の信頼した外形の生じた原因になっ

佐久間 I 139~140 頁

百 I 21 解説 4

A 司 H28 司 R4 予 H29

民法（全）130 頁

佐久間 I 140~141 頁

民法（全）131 頁、佐久間 I 137 頁

最判 S45.9.22

民法（全）132 頁、佐久間 I 140~

142 頁、最判 S43.10.17、最判

<sup>5)</sup> 前掲最高裁平成 18 年判決は、[論点 9] の事例と同種の事案において、「X の帰責性の程度としては、自ら外形の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである」と述べて②真正権利者の帰責性を認めた上で、③第三者の正当な信頼として善意・無過失まで要求した。

S47.11.28

ているにすぎないために、真正権利者が認めた外形と第三者の信賴した外形とが一致しない場合（不実登記の事案であれば、真正権利者の積極的関与又は意思的承認のある不実の第 1 登記をもとに、その登記名義人が背信的行為により真正権利者の意思を逸脱する不実の第 2 登記を作出した場合）には、第三者の信賴の対象となった外形そのものについて真正権利者の積極的関与又は意思的承認がある場合に比べて、真正権利者の帰責性は小さいといえる。

そうすると、真正権利者と第三者との間の利益調整においては、第三者に無過失まで要求すべきである。

そこで、110 条の法意も考慮し、正当な信賴としては善意・無過失まで必要であると解する（判例）。

### 3. 真正権利者の意思によらないで外形が作出された場合（94 条 2 項類推適用+110 条類推適用）

外形作出について、真正権利者の積極的関与や意思的承認そのものはないが、これと同視し得るほど重い落ち度が認められるという場合には、第三者の信賴の対象となった外形そのものについて真正権利者の積極的関与や意思的承認がある場合に比べて、真正権利者の帰責性は小さいといえる。

そうすると、真正権利者と第三者との間の利益調整においては、第三者に無過失まで要求すべきである。

そこで、110 条も類推適用し、正当な信賴としては善意・無過失まで必要であると解する（判例）。<sup>6)</sup>

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

## （3）公信の原則と公示の原則の違い

### ア. 公信の原則

公信の原則は、無いものを有るものとして扱ってもらえるかの問題である。すなわち、権利関係が存在しないのにそれが存在するような不実の「公」示がなされた場合に、その不実の公示を見て公示された通りの権利関係が存在すると「信」じた第三者との関係で、公示された通りの権利関係が存在したものととして扱うべきかという問題である。

不動産取引であれば、C が、A 所有の甲不動産について B 名義の所有権移転登記がなされているのを見て甲不動産が B 所有に属すると信じ、B との間で甲不動産の売買契約を締結した場合に、B 名義の所有権移転登記により公示された通りに甲不動産が B 所有に属することを前提として、C による甲不動産の所有権取得を認めることができるか、という問題である。

民法は、不動産取引については公信の原則を認めていないため、不実登記を見て甲不動産が B 所有に属すると信じた C が当然に甲不動産の所有

<sup>6)</sup> 110 条の「法意」と「類推適用」については、⑦いずれも第三者の主観的要件が善意・無過失とされることを基礎付けるためのものであり、両者に区別はなく、「法意」も「類推適用」にほかならないとする説明と、⑧両者を区別した上で、110 条が「類推適用」されるのは真正権利者が授権に相当する行為をした場合であろうとする説明がある（民法講義 I 177 頁、佐久間 I 139 頁）。

権を取得することはできない。上記事例における C の保護は、民法 94 条 2 項類推適用の要件を満たす限りにおいて、図られるにとどまる。

これに対し、民法は、動産取引については、192 条（即時取得）を定めることにより、公信の原則を採用している。これにより、C は、B による動産甲（A 所有）の占有を見て B が動産甲の所有者であると信じて B との間で動産甲の売買契約を締結した場合、192 条の他の要件も満たせば、B の帰責性の有無にかかわらず、動産甲の所有権を取得（原始取得）できる。

## イ. 公示の原則

公示の原則は、有るものを有るものとして扱ってもらえるかの問題である。すなわち、実際に存在する権利変動（等）を、第三者（債権譲渡では債務者も含む）との関係でも存在するものとして扱ってもらうためには、公示する必要があるかという問題である。

民法 177 条（不動産取引）、民法 178 条（動産取引）及び 467 条（債権譲渡）等は、公示の原則について定めている。

公示の原則は、実際に存在する権利変動（等）を第三者との関係で存在するものとして扱ってもらうための公示の要否の問題であるから、公示の要否・有無を問題にする前提として権利変動（等）の存在が必要であり、権利変動（等）が存在しないのであれば公示の要否・有無の問題に辿りつかない。

公示の原則では、①権利変動（等）の存否（例えば、賃借権では、その効力が第三者に及んでいるか）、②公示の要否（正当な利益を有する第三者であるか）及び③公示の有無に分けて考える。

このように整理すると、「存在しない権利変動（等）は、公示の要否（②）や有無（③）を問題とするまでもなく、第三者を含む他者との関係で存在するものとして扱われない」ということを理解しやすい。

①権利変動（等）は、不動産賃借権を新所有者に対抗できるかという場面などで問題になる。

債権の相対的効力を強調し、対抗要件を具備しない賃借権の効力は第三者に及ばないと理解するならば、話が①で終わり、効力が及んでいる通りに扱ってもらうために公示を要するかという②の問題に進まないため、第三者が背信的悪意者であったとしても、第三者に対して賃借権を対抗することはできないということになる。<sup>7)</sup>

<sup>7)</sup> 平成 29 年司法試験設問 3 の出題趣旨でも、新所有者 E から賃借人 C に対して物権的返還請求がなされた事案について、対抗関係構成の採否では、「対抗関係構成」が「C の権利が E に対しても効力を有すること」を「前提」とするものであることと、「賃借権」が「債権である」ことが問題になると指摘されている。

## 第8章 代理

代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる（99条1項）。

司ブレ 司 H22 司 H25 司 R2

予 R2 予 R5

case1 : A は B に対して、C に甲建物を代金 1000 万円で売却することを内容とする代理権を授与した。B は、C との間で、A の代理人であることを示した上で、甲建物を代金 1000 万円で C に売却する旨の契約を締結した。C は、上記の売買契約を根拠として、甲建物の所有権を取得できるか。

### 第1節. 代理制度の必要性

C

#### ①私的自治の補充

自らの財産管理・身上監護などを合理的に行うことのできる能力を有しない者について、他の者達と同等の私的生活関係を築き上げていくことができるように、この者の自己決定を支援する人を設け、制限された私的自治能力を補充する。

#### ②私的自治の拡張

権利主体がその保有する財産につき自分自身で維持・管理・処分できる範囲には限界があるから、自分の分身としての他人に自分に代わって自分のために活動してもらうことで、自らの取引範囲を拡大する。

### 第2節. 代理効果の発生根拠

C

代理人が行った法律行為の効果は、本人に対して直接にその効力を生じる（99条）。この代理の効果（＝他人効）の根拠についていかに解すべきか。

#### [論点 1] 代理効果の発生根拠

C

代理効果発生の根拠は、代理人の効果意思に求められる（代理人行為説）。

この見解からは、代理は、本人に対して一定の関係にある者が、本人の権利関係に変動を及ぼそうとする意思表示をするときに、法律がこれを認めてその効果を保障するものであると構成することとなる。

### 第3節. 授権行為の性質

C

①単独行為説（授権行為は本人による単独行為である）、②無名契約説（内部契約とは別個の無名契約である）、③事務処理契約説（事務処理契約たる内部契約から直接に代理権が発生する）がある。②によるべきである。

#### [論点 1] 本人側が内部契約を取り消した場合における授権行為の帰趨

C

無名契約説からは内部契約と授権行為は一応別個の契約であるが、両者は密接不可分の関係にあるから、授権行為も遡及的に消滅すると考えるべきである。そうすると、遡及的に無権代理となる。

#### [論点 2] 代理人側が内部契約を取り消した場合における授権行為の帰趨

C

内部契約と授権行為の密接不可分性から、授権行為も消滅することになる。

もつとも、取消しにより保護されるべき代理人は、授権行為により何ら義務を負担するものではないから、取引安全を害してまで授権行為を遡及的に消滅させる必要はない。

そこで、授権行為は将来に向かって消滅すると解する。

## 第4節. 代理行為の瑕疵・代理人の行為能力・復代理人

C (択)

### 1. 代理行為の瑕疵

概要 15~16 頁 (択)

[新] 101 条

- ① 代理人が相手方に対してした意思表示の効力が意思の不存在、錯誤、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 相手方が代理人に対してした意思表示の効力が意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又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。
- ③ 特定の法律行為をすることを委託された代理人がその行為をしたときは、本人は、自ら知っている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。

③は改正前民法下の判例法理(大判 M41.6.10)を明文化したものの。

- 101 条 1 項・2 項は、代理行為の瑕疵(ある事実についての知・不知を含む)が意思表示の効力に影響を及ぼす場合について、①代理人が相手方に対してした意思表示の場合(101 条 1 項)と、②相手方が代理人に対してした意思表示の場合(同条 2 項:この場合は、ある事実についての知・不知のみ)を分けて定めている。
- 代理人が相手方に対して詐欺を働いた場合における相手方の意思表示については、「代理人が相手方に対してした意思表示」の問題ではないから同条 1 項は適用されず、相手方が代理人に対してした意思表示の効力が「意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又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」ではないから同条 2 項も適用されない。このように、101 条は、同条 1 項と 2 項を書き分けることにより、代理人による相手方に対する詐欺について 101 条が適用されないことを明文化している。改正民法下では、代理人による相手方に対する詐欺については 96 条 1 項が直接適用される。

詳解 35 頁

### 2. 代理人の行為能力

概要 16~17 頁 (択)

[新] 102 条

制限行為能力者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができない。ただし、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為については、この限りでない。

- (1) 但書が追加されたことにより、例えば、13 歳の子 A の父親 B が成年後見開始審判を受けている場合(成年後見人を C とする)に、父親 B が子 A の

財産を管理するために子 A を代理（824 条）したときは、代理人が制限行為能力者であることを理由として代理行為を取り消すことができることとなった（B が被保佐人である場合も同様である。）。

趣旨は、本人保護という行為能力制度の目的を達成することと、代理人の選任に直接関与するわけでない本人に代理人が制限行為能力者であることのリスクを引き受けさせる根拠を欠くことにある。

(2) これに伴い、改正民法では、13 条 1 項に 10 号を新設し、被保佐人 (B) が 13 条 1 項所定の行為を制限行為能力者 (A) の法定代理人としてすることを、被保佐人が保佐人 (C) の同意を得なければならない行為に追加している。

(3) また、120 条 1 項は、取消権者に関する括弧書を新設することで、制限行為能力者 (B) が他の制限行為能力者 (A) の法定代理人としてした行為は当該他の制限行為能力者 (A) 又はその承継人も取り消すことができるとしている。これにより、代理行為における本人である「他の制限行為能力者」(A) 及びその承継人にも取消権が認められることになる。

### 3. 復代理人

(択)

#### (1) 復代理人を選任した任意代理人の責任

任意代理人は、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 (104 条・自己執行の原則)。

任意代理人が復代理人を選任した場合における本人に対する責任については、代理権授与契約の債務不履行責任として債務不履行責任の一般規定 (415 条等) によって処理される。

#### (2) 法定代理人による復代理人の選任

[新] 105 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、本人に対してその選任及び監督についての責任のみを負う。

#### (3) 復代理人の権限等

[新] 106 条

- ① 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、その権限の範囲内において、代理人と同一の権利を有し、義務を負う。

A

司プレ 司 H22

## 第5節. 有権代理

法律行為の効果（権利変動）は意思表示をした者について生じるのが原則である（私的自治の原則）が、有権代理が成立する場合には、代理人の意思表示により法律行為の効果が本人について生じる（他人効）（99条1項）。

### 1. 代理行為

代理人による法律行為をいう。

### 2. 顕名

#### （1）意義

顕名とは、「本人のためにすることを示す」ことをいう（99条1項）。

顕名の趣旨は、相手方に対して法律行為の効果が本人に帰属することを示すことにある。それゆえ、代理人が自分の氏名を出さずに直接本人の名を示して法律行為をする署名代理の場合でも、相手方に対して法律行為の効果が本人に帰属することが示されているといえるから、顕名があるといえる。

ただし、特別な場合（相手の人柄が非常に重要な契約で、行為者が本人だと信じて、それを見込んで契約をした場合など）には、顕名主義に反し、代理行為は無効となる。

#### （2）顕名のない代理行為

原則として、その法律行為の効果は代理人に帰属する（100条本文）。

顕名がなければ、相手方は自らに対して意思表示をしている代理人こそ法律行為の当事者であると考えるのが通常であり、このような相手方の信頼を保護する必要があるからである。

商行為の代理については、特則がある（商法504条）。

### 3. 先立つ代理権授与

#### （1）意義

代理権授与は、法律行為に先立つことが必要である。そうでなければ、「代理人が…した意思表示」（99条1項）ということができないからである。

なお、法律行為の後になされた代理権授与は、113条2項の要件を満たす限りにおいて、無権代理の追認の意思表示であると考えることができる。

#### （2）代理権の範囲

法定代理の場合には、代理権の根拠となった規律から確定される。

任意代理の場合には、代理権授与を含む事務処理契約の解釈を通じて確定される。権限の定めのない場合には、①保存行為（物又は権利の現状を維持する行為）と、物又は権利の性質を変えない範囲内の②利用行為（収益を図る行為）及び③改良行為（物又は権利の価値（使用価値・交換価値）を増加する行為）のみをする権限を有する（103条）。処分行為を行う権限は認められない。

## 第6節 無権代理

代理行為の効果が本人に帰属するのは、その行為が代理権に基づいているためである。したがって、代理権を欠いた代理行為は本人に効果帰属しない（現 113 条 1 項）。

無権代理行為は、法律行為の有効要件を満たしているのだけれども、効果が本人に帰属しないものだから、いわば宙に浮いた状態になっている（不確定無効）。

case2 : 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、甲建物を代金 1000 万円で C に売却する旨の契約を締結した（無権限型）。

case3 : B は、A から借入れの代理権を授与されていたにすぎないのに、C との間で、A の代理人であることを示した上で、甲建物を代金 1000 万円で C に売却する旨の契約を締結した（権限逸脱型）。

case4 : A は B に対して、C に甲建物を代金 1000 万円で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、甲建物を代金 1000 万円で C に売却する旨の契約を締結した（権限濫用型）。

### 1. 無権代理の種類

#### (1) 代理権の不存在・逸脱・消滅

表見代理規定（109 条、110 条、112 条）に対応するものとして、もともと代理権を有しない者による代理行為、代理権を有する者による越権行為、過去に代理権を有していた者による代理権消滅後の代理行為がある。

#### (2) 自己契約・双方代理その他の利益相反行為

[新] 108 条

- ① 同一の法律行為について、相手方の代理人として、又は当事者双方の代理人としてした行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。
- ② 前項本文に規定するもののほか、代理人と本人との利益が相反する行為については、代理権を有しない者がした行為とみなす。ただし、本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

・自己契約・双方代理、及びこれらに該当しない利益相反行為についても、無権代理行為とみなされるため、無権代理に関する一連の規定（及び判例法理）が適用可能となる。

➡取引安全の見地から、利益相反行為該当性は、行為の外形に照らして定型的・外形的に判断されるべきである（外形説）。

・無権代理と擬制される自己契約・双方代理行為・利益相反行為を基礎として新たな法律関係に入った第三者については、192 条の直接適用（動産）、94 条 2 項の類推適用（無効な不動産登記を信託した場合）による保護の

B

司プレ 司 H25 司 H28 司 R2

概要 22～23 頁、詳解 55 頁

最判 S37.10.2（代理人の動機・目的は考慮されない）

余地がある。

### (3) 代理権の濫用

司プレ 司 H28

概要 20～21 頁

[新] 107 条

代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。

・代理権濫用行為は、相手方が悪意又は有過失である場合には無権代理行為とみなされるため、無権代理に関する一連の規定（及び判例法理）の適用を受ける。

ex. 追認拒絶に関する 113 条・116 条、相手方の催告権に関する 114 条、相手方の取消権に関する 115 条、無権代理人の責任に関する 117 条等

・無権代理行為と擬制される代理権濫用行為を基礎として新たな法律関係に入った第三者については、192 条の直接適用（動産）、94 条 2 項の類推適用（無効な不動産登記を信頼した場合）による保護の余地がある。

## 2. 無権代理行為の追認

司 H25

追認権は不確定無効の無権代理行為の本人への効果帰属を確定させるものである（民法(全)83 頁）。

無権代理人による法律行為の効果は不確定無効である（113 条）。もっとも、このように法律行為の効果が本人に帰属していないだけであるから、本人がその法律行為の効果の帰属を欲して、欠けている代理権を補充するのであれば、その他の有効要件を満たしている法律行為の効果を本人に帰属させることに問題はない。そこで、民法は、無権代理における本人に追認権を与えることで、その法律行為の効果を自己に帰属させる機会を保障している（113 条）。

無権代理行為の相手方は、その法律行為の効果を本人に帰属させるための請求原因事実として、①代理行為、②顕名、③本人の追認の意思表示を主張することができる。

## 3. 無権代理人の責任

[新] 117 条

① 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したとき、又は本人の追認を得たときを除き、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 前項の規定は、次に掲げる場合には、適用しない。

一 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。

二 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過失によって知らなかったとき。ただし、他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知っていたときは、この限りでない。

三 他人の代理人として契約をした者が行為能力の制限を受けていたとき。

case5：例えば、case2 では、BC 間で締結された甲建物の売買契約の効果は無権代理による不確定無効として、A に帰属しないから（113 条 1 項）、買主 C は上記売買契約により甲建物の所有権を取得することができない。そこで、C は、無権代理人 B に対して、無権代理人の責任を追及することが考えられる。

## (1) 請求原因

- ①無権代理人の契約締結
- ②顕名
- ③履行又は損害賠償のどちらかを選択する意思表示
- ④損害賠償を選択した場合には、損害の発生・額と因果関係も必要

## (2) 抗弁

### ア. 法律行為に先立つ代理権授与

117条1項は、「自己の代理権を証明したとき…を除き」と定めることにより、法律行為に先立つ代理権授与が抗弁であることを明文化した。

代理権授与のなかったことが請求原因であるとする、代理権授与が証明できず真偽不明となった場合に、有権代理のみならず無権代理人の責任の成立が否定されてしまい、相手方に酷だからである。

### イ. 本人の追認

117条1項は、「追認を得たときを除き」と定めることにより、追認が抗弁であることを明文化した。

### ウ. 相手方の悪意

無権代理人が代理権を有しないことを相手方が知っていたことも抗弁となる(117条2項1号)。

### エ. 相手方の過失

無権代理人が代理権を有しないことを知らなかったことについての過失の評価根拠事実も抗弁となる(117条2項2号本文)。

これに対し、「他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知っていた」こと(=無権代理人の悪意)が再抗弁となる(117条2項2号但書)。

117条2項但書が無権代理人が悪意である場合には軽過失の相手方も保護されると定めているのは、無権代理人が悪意である場合、無権代理人の責任が無過失責任であることとの均衡を理由として軽過失にとどまる相手方であっても保護されないとする改正前民法下の判例法理が妥当しないからである。

#### [論点1] 117条2項の「過失」

無権代理人の責任の要件として相手方の無過失まで要求すると、軽過失の相手方が表見代理・無権代理人の責任のいずれにおいても保護されないことになり得る。

そこで、117条2項2号本文の「過失」を重過失に限定する見解が主張されている。

117条2項1号・2号本文が悪意又は有過失の相手方に対する責任を否定している趣旨は、無権代理人の無過失責任という重い責任との均衡上、悪意又は有過失の相手方は保護に値しないという考えにある。

また、民法は軽過失と重過失を明文上区別している(95条3項1号但書・4項等参照)から、「過失」を重過失に限定する解釈には文理上無理がある。

佐久間 I 299 頁、概要 27 頁

最判 S62.7.7・百 I 31

B

最判 S62.7.7・百 I 31

そこで、117条2項2号本文の「過失」には軽過失も含まれると解する（判例）。<sup>1)</sup>

#### オ. 無権代理人が行為能力を有しない

無権代理人が制限行為能力者であったことも、抗弁となる（117条2項3号）。

なお、無権代理人が意思無能力者であった場合についても、3号と同様に解すべきである。

概要 27 頁

#### カ. その他の論点

##### 〔論点 2〕 無権代理人の契約責任との関係

例えば、case2において、無権代理行為の相手方である買主 C は、無権代理人 B に対して、無権代理人としての責任（117条1項）ではなく、契約者本人（売主）としての責任（所有権供与・引渡しの請求、債務不履行責任）を追及することもできるのか。

B

無権代理人が相手方と契約を締結した事実（請求原因①）があれば、それだけで、相手方は無権代理人に対し、契約責任としての履行請求をすることができる。これは、契約責任であり、117条責任とは別個の権利であるから、相手方はどちらを訴訟物とすることもできる。

相手方が無権代理人の契約責任を主張した場合、顕名が抗弁となる。代理人が「本人のためにすることを示して」（本人に契約の効果が帰属するものとして）契約を締結した以上、本人以外の者に契約責任を問うことはできないからである。

この場合、契約責任の請求原因である契約締結の事実と、抗弁である顕名という事実によって、117条責任の請求原因を構成することができるから、このように考えても相手方の利益が害されることはなく、不都合はない。

##### 〔論点 3〕 表見代理成立の抗弁

無権代理人は、表見代理の成立を抗弁として主張立証することにより、無権代理人の責任を免れることができるか。

例えば、case2において、無権代理人 B は、相手方 C からの無権代理人の責任追及に対して、その責任を免れるために、表見代理の成立を主張立証できるのか。

B

最判 S62.7.7・百 131

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、相手方保護という表見代理の趣旨に反するから、許されないと解する。

もっとも、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、二重救済を回避するため、無権代理人の責任は認められないと解する（判例）。

<sup>1)</sup> 表見代理と無権代理人の責任とは、善意・無過失の主張立証責任の所在が逆転しており、表見代理との関係で相手方が自己の善意・無過失を立証できなかったからといって、無権代理人の責任との関係で相手方の悪意又は有過失が認められることになるとは限らない。

#### 4. 無権代理と相続

##### (1) 無権代理人による本人の単独相続

司 R2

case6 : B は、A から代理権を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、甲建物を代金 1000 万円で C に売却する旨の契約を締結し、その後、A が死亡したことにより、唯一の相続人として A を単独相続した。無権代理人 B が A を単独相続したことにより、甲建物の売買契約が当然に有効となるか。

##### [論点 1] 追完の有無

A 司 R2 予 H23(他人物賃貸借)

本人を単独相続した無権代理人は、追認拒絶権を行使することができるか、相続による無権代理行為の追完が問題となる。

最判 S37.4.20・百 1 32

確かに、無権代理人は本人の地位を承継する (896 条) から、本人の資格において追認拒絶権を行使できるとも思える。

しかし、無権代理人が本人を単独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ことは矛盾挙動であって信義則に反する。

そこで、無権代理行為は相続とともに当然有効になると解すべきである (判例 - 資格併存説・信義則説)。<sup>2)</sup>

##### [論点 2] 本人の追認拒絶後に無権代理人が本人を単独相続した場合

A

確かに、無権代理人が本人を単独相続した場合において、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ことは矛盾挙動であって信義則に反するから、無権代理行為は相続とともに当然有効になると解される。

最判 H10.7.17

しかし、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 (113 条 1 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、追認拒絶後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、本人のした追認拒絶後に無権代理人が本人を相続したとしても、本人のした追認拒絶後の効果に何らの影響を及ぼすものではない。

そこで、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と解する (判例)。

##### [論点 3] 無権代理人を相続した者が本人を単独相続した場合

A

無権代理人を相続した者が、その後、本人も相続したという場合には、相続人は無権代理行為の追認を拒絶することができるか。

最判 S63.3.1

判例は、無権代理人が本人を単独相続した場合を同様に考え、相続人によ

<sup>2)</sup> かつての最高裁判例には、資格融合説 (無権代理人が本人を相続すると、無権代理人としての資格が本人としての資格に融合することとなるとして、本人自ら法律行為を行ったのと同様に扱うべきとする考え方) によるものもあったが、学説には資格融合説を支持するものがほとんどない。資格融合説に対する批判としては、①悪意の相手方が保護されることになりかねないし、善意の相手方が契約取消権 (115 条) を失うことになる、②例えば、本人の所有建物を無断で売却した無権代理人が本人を共同相続した場合に、相続人も契約相手方も望まない結果 (無権代理人の相続分の限度での部分的有効) となるおそれがある、③本人が無権代理人を相続した場合にも資格融合が生じるとすると、無権代理の被害者である本人が当然に権利を失い、又は義務を負うことになり妥当でない、といったことが挙げられる (佐久間 I 302~303 頁)。

る追認拒絶を否定する。

しかし、本人を相続した無権代理人による追認拒絶が信義則上許されないのは、無権代理人本人による追認拒絶が矛盾挙動と評価されるからであり、これと無権代理人の相続人による追認拒絶を同視することはできない。

また、第三者が本人と無権代理人のいずれを先に相続したかという偶然の事情によって結果が異なるのは妥当でない。

そこで、上記相続人は本人の資格で追認を拒絶することができ、無権代理行為が相続により当然有効となるものではないと解すべきである（判例）。

#### 〔論点 4〕 後見人による無権代理行為の追認拒絶

無権代理行為に関与した者が、その後、本人の後見人に就任することにより無権代理行為の追認又はその拒絶をする権限を取得した場合（859条1項）、後見人が後見人の立場として無権代理行為の追認を拒絶することができなくなり、その結果として契約の効果が本人に帰属するという事にならないか。

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（判例）。<sup>3) 4)</sup>

#### （2）無権代理人による本人の共同相続

case7：例えば、case6において、無権代理人Bが、同じくAの子であるD及びEとともに、死亡したAを共同相続したとする（各人の相続分は3分の1ずつ）。この場合、甲建物の売買契約は全部又は一部（Bの相続分の限度）において当然に有効となるか。

#### 〔論点 5〕 無権代理行為全体の追完

無権代理人の本人の共同相続により、無権代理行為全体の追完が生じるか。

無権代理人が本人を他の相続人とともに共同相続した場合には、他の共同相続人の追認拒絶権の行使の機会を確保する必要がある。

そこで、無権代理行為は相続とともに当然有効となるものではないと解する（判例）。

#### 〔論点 6〕 無権代理人の相続分に相当する部分での追完

無権代理行為全体の追完が生じないとしても、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当然有効とならないか。

無権代理行為を追認する権利（113条）は、共同相続人の準共有（898条、

B 予R2

最判 H6.9.13・百 I 5

司 H28

A 司 H28

最判 H5.1.21・百 I 33

A 司 H28

最判 H5.1.21・百 I 33

3) 信義則違反の基本的な判断枠組みは、本人の利益保護の必要性和相手方の利益保護の必要性和の衡量であり、この衡量の際には、①契約締結に至る前の無権代理人と相手方との交渉経過及び無権代理人が契約締結前に相手方との間でした法律行為の内容・性質、②追認により成年被後見人が被る経済的不利益と追認拒絶により相手方が被る経済的不利益、③契約締結から後見人就職までの間に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契約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する。

4) 平成6年最判では、後見人がその就職前に無権代理行為に立ち会ったにとどまる事案で、追認拒絶が肯定されている。これに対し、後見人自身がその就職前に無権代理行為を行ったという事案については、追認拒絶が否定されている（最判 S47.2.18）。

264条)に属する。

この追認は、不確定無効を有効化するという処分的効果を生じさせるものであるから、共同相続人全員の同意が必要である(264条・251条1項)。

そうすると、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ものであり、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。

そこで、他の共同相続人全員が無権代理行為を追認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と解する(判例)。

そして、この理は、無権代理行為が金銭債務の連帯保証契約についてなされた場合においても同様である(判例)。<sup>5) 6)</sup>

### (3) 本人による無権代理人の相続

case8: Bは、Aから代理権を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、甲建物を代金1000万円でCに売却する旨の契約を締結し、その後、死亡し、AがBを単独相続した。

#### [論点7] 本人による追認拒絶の可否

case8において、Aは、Cから売買契約に基づく履行を求められた場合、これを拒絶することができるか。AがBを相続したことによりBの無権代理行為に係る売買契約が当然有効になるのかが問題となる。

本人が無権代理人を相続した場合は、本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶することは、何ら信義に反するものではない。

そこで、被相続人の無権代理行為は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(判例)。

#### [論点8] 無権代理人の責任の承継

case8において、Cは、Aに対して、AがBを相続したことにより無権代理人の責任も承継したとして、無権代理人の責任を追及することができるか。

117条1項の無権代理人の責任が896条本文でいう「被相続人の財産に属した一切の…義務」として相続の対象となることは明らかである。

また、本人による無権代理人の相続という偶然の事情により、無権代理人の責任の追及の可否が左右されるのは、関係当事者間の公平を害し、不合理である。

B

最判 S37.4.20・百 I 32

B

最判 S37.4.20・百 I 32

5) 追認不可分説は、共同相続人が契約の本人への効果帰属を決め得る地位を承継し、その決定のための手段が追認権・追認拒絶権であると捉えている。これに対し、追認可分説は、共同相続人は無権代理行為の効果を引き受けるかどうかを決める地位を実質的に承継し、それを決定するのが追認権・追認拒絶権であると理解する。それゆえ、各相続人が相続分に応じて効果を引き受けるかどうかを判断すればよいことになり、その判断を全員で行う必要があるかどうかは効果帰属の対象になっている債務の性質(ex. 金銭債務、所有権移転義務)によって異なる(佐久間 I 308~309頁)。

6) 三好裁判官反対意見は、「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こととなり、無権代理人たる相続人は、右の限度において本人が自ら法律行為をしたと同様な法律上の地位におかれる結果となるというべきである。」とする。この見解は、無権代理行為の片面的有効の可能性を肯定する点で、多数意見とは異なる。

そこで、無権代理人を相続した本人は無権代理人の責任を承継するのであり、本人として無権代理行為の追認を拒絶できる地位にあったからといって同責任を免れることはできないと解する（判例）。

本人が無権代理人を共同相続した場合も同様である。

#### 〔論点 9〕 特定物給付義務の承継

B

本人が無権代理人の責任を承継するとしても、特定物給付義務まで承継するのか。

相手方としては、無権代理人の生前は無権代理人から損害賠償を得ることしかできなかったのであるから、相続という偶然の事情により、本人に対して無権代理人の責任として特定物給付義務の履行を請求できることになるのでは、相手方が不当に利されることとなり妥当でない。

また、本人が相続する無権代理人の責任は、本来無権代理人が負い得た固有の責任のみと考えるべきである。

そこで、本人は特定物給付義務までは承継しないと解する。

#### (4) 他人物売買などにおける相続・追認

##### 〔論点 10〕 所有者が他人物売主を相続した場合

B 司 R6(他人物賃貸借)

B は A に無断で、自らが買主となって、C との間で、A 所有の甲建物を代金 1000 万円で売却する旨の契約を締結し、その後、死亡した。A は、唯一の相続人として B を単独相続した。A は、C からの売買契約に基づく履行請求を拒むことができるか。

最大判 S49.9.4

真の権利者は、相続によって売主の義務ないし地位を承継しても、相続前と同様その権利の移転につき諾否の自由を保有する。

そこで、信義則に反すると認められるような特別の事情のないかぎり、売主としての履行義務を拒否することができるかと解する（判例）。

##### 〔論点 11〕 他人物の販売委託契約の追認

B

販売委託契約における受託者は、同契約に基づき、第三者（買主）から受領した代金を（場合によっては報酬を差し引いた上で）委託者に引き渡す義務を負う（646 条 1 項）。

最判 H23.10.18・百 I 34

では、無権利者を委託者とする販売委託契約が所有者により追認された場合、所有者が契約に基づく販売代金の引渡請求権を取得することになるか。

例えば、A が甲建物について無権利であるのに B に対して甲建物の販売を委託し、B が C との間で甲建物を代金 1000 万円で売却する旨の契約を締結して C から代金 1000 万円を受領した場合において、甲建物の所有者 D が AB 間の販売委託契約を追認したときには、D は B に対して、代金 1000 万円から販売委託報酬 50 万円を控除して得た 950 万円を引き渡すよう請求することができるのか。

この場合においても、販売委託契約は、無権利者と受託者との間に有効に成立しているものであり、当該物の所有者が同契約を事後的に追認することにより同契約に基づく契約当事者の地位が所有者に移転するわけではない。

仮に、追認により同契約に基づく債権債務が所有者に帰属するに至ると解すると受託者が無権利者に対して有していた抗弁を主張することができな

くなるなど、受託者に不測の損害を与えることとなり、相当ではない。<sup>7)</sup>

そこで、所有者の追認により所有者が同契約に基づく販売代金の引渡請求権を取得することはできないと解する（判例）。<sup>8)</sup>

---

<sup>7)</sup> 例えば、受託者 B が委託者 A に対して反対債権を有していた場合、所有者 D からの代金支払請求に対して相殺を主張できなくなる（債権の対立を欠くため）。

<sup>8)</sup> 無権代理人により締結された売買契約について追認があった場合には、売買契約に基づく債権債務が本人に帰属することになる（113 条・116 条）。これは、売買契約の他人効発生のために欠けていた代理権が追認により事後的に補充されて追完が生じるからである。

これに対し、他人物売買の追認の場合には、116 条類推適用により追認の遡及効が認められる（最判 S37.8.10・百 I 35）が、他人の権利の処分についての追認により事後的に補充されるのは処分権限だけであるから、追認により真実の権利者に帰属するのは処分行為の効果（所有権の移転等）だけであり、契約に基づく債権債務は無権利者に帰属したままである。

## 第7節 表見代理

表見代理規定の趣旨は、代理権があると信じた相手方を保護するという権利外観法理にある。

B

司プレ 司 H22 司 R2 予 R5

### 1. 109条の表見代理

[新] 109条

- ① 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 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、その行為についての責を負う。

case9: Aは、Bに何らの代理権も授与していないにもかかわらず、A所有に属する甲建物の売買に関する交渉をしていたCに対して、「今後一切をBに任せるから、Bと交渉をしてほしい」と伝えた。Cは、甲建物の売買についてAからBに対して代理権の授与があったと信じ、Bとの間で交渉を続け、Bとの間で甲建物の売買契約を締結するに至った。

#### (1) 要件事実

請求: ①代理行為、②頭名、③①に先立つ代理権授与表示

抗弁: 相手方の悪意又は過失

#### (2) 授權表示された代理権の範囲を超えた無権代理行為

改正前民法下では、109条・110条の重畳適用として処理されていた。

109条2項は、109条1項の上に110条が載せられるという構造を前提として、109条・110条の重畳適用事例に関する判例法理を明文化した。

概要 23~24 頁

最判 S45.7.28

#### (3) 論点

##### [論点 1] 法定代理への適用

109条1項は法定代理には適用されない。<sup>1)</sup>

法定代理の場合は、本人の意思に基づかず法律の規定に基づいて代理権が授与されるものであるために、本人による代理権授与表示を観念できないからである。

C

##### [論点 2] 白紙委任状

白紙委任状の交付が代理権授与表示に当たるかどうかについては、「本人が白紙委任状を交付した趣旨」により判断するのが判例の立場である。

しかし、これでは交付の趣旨を知り得ない相手方の信頼保護が図れないから、白紙委任状の客観的性質から判断するべきである。

B

最判 S39.5.23・百126

(判例) 不動産登記手続に必要な不動産の権利証・白紙委任状・印鑑証明書の交付

事案: 不動産所有者 A 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、

<sup>1)</sup> 110条の表見代理については、取引安全を重視する考えから、法定代理への適用が認められている(大判 S17.5.20)。

白紙委任状、印鑑証明書を特定人 B に交付した場合において、その交付を受けた者 B がこれをさらに第三者 C 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 D と不動産処分に関する契約を締結したときには、前記書類の交付をもって、A が D に対して C 「に対して代理権を与えた旨を表示した」（109 条 1 項本文）といえるか。  
判旨：本判決は、不動産登記手続に要する前記の書類（不動産の権利証、白紙委任状、印鑑証明書）は、これを交付した者よりさらに第三者に交付され、転々流通することを常態とするものではないから、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、前記の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これを濫用した場合にまで授權表示があったということとはできない、とした。

### 〔論点 3〕 名称使用の許諾と代理権授与表示

判例は、東京地方裁判所が「厚生部」が「東京地方裁判所厚生部」という名称を用いその名称のもとに他と取引することを認めていたという事案において、以下の見解を述べている。

民法 109 条・商法 14 条の趣旨は、代理権授与表示や商号使用の外観に対する信頼を保護して取引の安全を図ることにある。

これらの趣旨に照らし、①他人に自己の名称・商号等の使用を許し、②もっ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観を作り出した者は、③その外観を善意・無過失で信頼した第三者に対し、自ら責任を負うと解すべきである（判例）。

C

最判 S35.10.21・百 I 27

## 2. 110 条の表見代理

司プレ 司 H22

[新] 110 条

前条第 1 項本文の規定は、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。

case10：B は、A から、C との間における甲建物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。

### (1) 要件事実

請求：①代理行為

②顕名

③①に先立つ基本代理権の授与

④相手方が代理人に①の法律行為をする代理権があると信じた

⑤④の「正当な理由」の評価根拠事実

### (2) 論点

#### 〔論点 1〕 本人側の過失

相手方に代理権があると信じさせることについての本人の過失は、110 条の表見代理の成立要件そのものとしては要求されない。

もっとも、本人側の事情は、相手方の無過失の認定において、相手方の注意義務の内容・程度を確定するために、行為状況の一つとして考慮され得る。

C

## 〔論点 2〕 本人の実印の所持・使用

case10において、相手方 D が B より示された A の実印や印鑑登録証明書を見て B には代理権があると信じた場合には、D がそのように信じたことについて「正当な理由」が認められるか。

わが国の日常取引において実印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（判例）。<sup>2)</sup>

したがって、相手方としては、代理人による本人の実印の所持・使用という事実（評価根拠事実）を主張立証すれば、「正当な理由」があるという規範的評価の成立が肯定され、本人において、この規範的評価の成立を妨げるために、代理権の存在を疑わせる特段の事情（評価障害事実）を主張立証する必要が生じることとなる。<sup>3)</sup>

そして、本人が特段の事情について主張立証した場合には、相手方において、本人の意思確認義務を履行した事実（評価根拠事実）ことを主張立証する必要が生じる。本人の意思確認を怠ったという事実が正当理由の判断においてどの程度の重要性をもつのかは、本人の意思確認としてどの程度の調査をするべきであったか（＝特段の事情の程度）との相関関係により決まる。

## 〔論点 3〕 事実行為の代行権限

確かに、110 条は「代理人がその権限…」と規定しているから、基本権限たる「その権限」とは代理権を意味する。そして、99 条 1 項が「代理人が…した意思表示は…効力を生じる」と規定していることから、民法上の代理権は、意思表示を不可欠の要件とする法律行為を行う権限である。したがって、基本権限たる「その権限」は、法律行為を行う権限たる代理権を意味し、事実行為を代行する権限はこれに当たらないのが本来である。

例えば、金融会社 A の投資勧誘員 B は、投資契約を締結する代理権までは授与されていないにもかかわらず、C に対する投資勧誘に成功した際に、A 社の代理人として、C との間で、C が A 社に対して投資のために 1000 万円を預けることを内容とする投資契約を締結し、C から 1000 万円を受け取ったとする。B には投資契約を締結する代理権はないのだから、B が締結した投資契約は無権代理行為である（113 条 1 項）。問題は、事実行為である投資

A

最判 S51.6.25・百 I 29

B

最判 S35.2.19・百 I 28

2) 判例は、代理人が本人の実印の押捺された契約書とともに印鑑証明書を徴した事案について、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を理由に、本人の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、正当な理由があるといえるとしている。

実印を所持していれば本人に無断で印鑑証明書を手に入れるのは容易である場合が多いから、印鑑証明書の添付という事実は、使用された印鑑がたしかに本人の実印であることを示すにとどまり、当該行為による実印の所持・使用という事実と大差はないといえる（百 I 29 解説）。

3) 「特段の事情」の類型

- ・代理行為の内容が本人にきわめて重大な負担を負わせるものである（極度額や保証期間の定めのない連帯保証契約など）
- ・代理行為によって代理人自身が利益を受ける（代理人自身の債務についての保証契約など）
- ・代理行為が基本代理権の範囲を質的・量的に見て大きく逸脱している
- ・相手方が金融業者であるとき
- ・代理人が本人の家族であるとき（実印の持ち出しが容易であるから）
- ・その他代理行為がなされた経緯や状況のうち代理権の存在を疑わせる事実があるとき

勧誘の代行権限を基本代理権として 110 条の表見代理が成立するかである。

110 条の趣旨は権利外観法理にあり、基本権限の要件は、本人の帰責性として、本人が何らかの代理権を与えるという形で外観作出に関与したことを要求したにはかならない。

そして、対外的な関係を予定しつつ一定の事実行為を委託した場合には、その事実行為を契機として契約をはじめとする法律行為に発展する可能性が高いため、無権代理人が当該法律行為をする代理権を有するかのような外観の作出に本人が関与したといえ、本人の帰責性が認められるから、事実行為を代行する権限も基本権限たる「その権限」に当たると解する（判例）。

#### 〔論点 4〕 公法上の法律行為の代理権

確かに、110 条の趣旨は、代理権があるかのような外観に対する相手方の信頼を保護することで取引の安全を確保することにあるところ、単なる公法上の行為においては、取引の安全は問題とならないから、代理権の外観に対する相手方の信頼を保護する必要はない。

そうすると、単なる公法上の行為についての代理権は基本代理権に当たらないと解すべきである（判例）。

しかし、その公法上の行為が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、取引の安全が問題となるため、代理権の外観に対する相手方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と異なる。

そこで、単なる公法上の行為についての代理権であっても、その公法上の行為が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、基本代理権に当たると解する（判例）。<sup>4)</sup>

#### 〔論点 5〕 「第三者」（110 条）の範囲

直接の相手方について表見代理の成立が認められる場合には、直接の相手方はそれによって権利を確定的に取得し、第三取得者は、その主観的態様のいかんにかかわらず、相手方の権利を承継する。

直接の相手方について表見代理の成立が認められなかった場合、転得者は 110 条の「第三者」として保護されるかが問題となる。

110 条の表見代理の趣旨は、代理権の存在に対する信頼を保護することにあるところ、第三取得者の信頼の対象は、ごく例外的な場合を除けば、代理人における代理権の存在ではなく、自己の取引の相手方が正当な権利者であるという外観である。

そうすると、第三取得者の信頼については、192 条の適用や 94 条 2 項の類推適用による保護を考えるだけで十分である。

そこで、「第三者」とは、無権代理人と取引した直接の相手方に限られ、第三取得者は、代理人における代理権の存在を信じるについて正当な理由があるときであっても、直接の相手方について 110 条の表見代理の成立が認められない以上、民法 110 条によっては保護されないと解する（判例）。

B

最判 S46.6.3

B

最判 S36.12.12

<sup>4)</sup> 例えば、実体法上登記義務を負う者がその登記申請行為を他人に委任して実印等をこれに交付した場合には、基本代理権が認められる。

[論点 6] 署名代理（代理人が本人として行動した場合）

B

頭名の趣旨は、相手方に対して法律行為の効果が本人に帰属することを示すことにあるところ、代理人が自分の氏名を出さずに直接本人の名を示して法律行為をする署名代理の場合でも、相手方に対して法律行為の効果が本人に帰属することが示されているといえるから、頭名があるといえる。

最判 S44.12.19

問題は、代理人が本人として行動して越権行為をした場合に、110 条の表見代理の成立を認めることができるかである。

確かに、110 条の表見代理の趣旨は、代理権の存在に対する相手方の信頼を保護することにある。

そうすると、代理人が本人として行動した場合には、相手方の代理権の存在に対する信頼が生じる余地はない以上、110 条を直接適用できない。

しかし、この場合でも、当該法律行為の効果が本人に帰属するという信頼がある点においては、代理人が代理人として行動した場合と共通する。

そこで、相手方において本人自身の行為であると信じたことについて正当な理由があれば、110 条の類推適用が認められると解する（判例）。

3. 112 条の表見代理

予 R5

[新] 112 条

- ① 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した行為について、代理権の消滅の事実を知らなかった第三者に対してその責任を負う。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 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、その行為についての責任を負う。

case11 : A は、B に対して、甲建物の売買のために、代理権を授与するとともに、A の実印と印鑑登録証明書を交付したが、数日後、AB 間で代理の依頼を取りやめる旨の合意が成立した。ところが、B は、A の実印と印鑑登録証明書を所持していたことを奇貨として、これらを C に示した上で、A の代理人として、C との間で甲建物を代金 1000 万円で売却する旨の契約を締結した。

(1) 要件事実

30 講 306 頁 (択)

112 条については、有権代理の請求原因及び代理権消滅の抗弁を前提とする予備的請求原因であるとする見解と、代理権消滅の抗弁に対する再抗弁であるとする見解とがある。実体法上、相手方の主観的態様により代理権の消滅の効果が左右されるものではないから、112 条の主張は、代理権の消滅の抗弁の効果を覆滅するものとして再抗弁になるとはいえず、代理権消滅の抗弁を前提とする予備的請求原因であると解するのが妥当である。

請求 : ①代理行為、②頭名、③過去における代理権授与、④相手方の善意

- ➡112 条 1 項は、善意無過失の対象を「代理権の消滅の事実」と定めることで、過去に存在した代理権が代理行為前に消滅したことに限定し、善意無過失の前提として過去に代理権が存在していたことを

知っていたことを要求している。

抗弁：相手方の過失の評価根拠事実

## (2) 消滅した代理権の範囲を超えた無権代理行為

改正前民法下では、112条・110条の重畳適用として処理されていた。

112条2項は、112条1項の上に110条が載せられるという構造を前提として、112条1項・110条の重畳適用事例に関する判例法理を明文化した。

概要 26 頁

大判 S19.12.22

## 4. 日常家事代理権

司 R2

[現] 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。

case12 : 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、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。

### (1) 概要

761 条は、夫婦は一つの婚姻共同体をなす以上、そうした共同体を維持するのに必要な行為（日常の家事に関する法律行為）については、共同体に属する者が共同して責任を負うべきであるという考えから、何人も自らの意思によらずに責任を課されることはないという私的自治の原則に対する例外を定めたものである。

### (2) 夫婦の一方による法律行為についての他方の責任

この問題では、まず初めに、夫婦間で任意代理権の授与があったかどうかを検討する。任意代理権の授与があった場合、当該法律行為が代理権の範囲内のものであれば有権代理として有効であり（効果は本人にのみ帰属）、越権代理であれば 110 条の表見代理の成立が問題となる。これに対し、夫婦間での任意代理権の授与がなかった場合には、761 条や表見代理規定の適用が問題となる。

#### [論点 1] 「日常の家事に関」する法律行為

夫婦間での任意代理権の授与がなかった場合、761 条により当該法律行為の効果は帰属させられないかが問題となる。

B 司 R2

最判 S44.12.18・百Ⅲ9

同条でいう「日常の家事に関」する法律行為とは、個々の夫婦が各々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。

そこで、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（判例）。

そして、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、取引安全の要請にかんがみ、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（判例）。

**[論点 2] 「日常の家事に関」する範囲を超えた法律行為**

夫婦の一方が「日常の家事に関」する範囲を超えて第三者と法律行為をした場合には、110条の表見代理の成否が問題となる。

761条は、夫婦の日常家事連帯責任という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(法定代理権)を有することを規定していると解する。

もっとも、夫婦の財産的独立という観点からは、日常家事代理権の存在を基礎として広く一般的に110条の表見代理の成立を肯定したのでは、日常の家事をはるかに超えた重大な行為がなされたときでも表見代理が成立することとなり、妥当でない。

そこで、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があるときに限り、110条の趣旨を類推適用し、その第三者の保護を図れば足りると解する(判例)。

B 司 R2

最判 S44.12.18・百Ⅲ9

## 参考文献

- ・「民法(全)」第3版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第4版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「基本講義 債権各論Ⅱ」第3版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「ブラクティス民法 債権総論」第5版補訂(著:潮見佳男-信山社)
- ・「民法(債権関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)  
→「概要〇頁」と表記
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)  
→「概要・相続〇頁」と表記
- ・「詳解 改正民法」初版(編:潮見佳男ほか-商事法務)  
→「詳解〇頁」と表記
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)  
→「詳解・相続法〇頁」と表記
- ・「Before/After 民法改正」第2版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(編著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 民法・不動産登記法改正」初版(編著:潮見佳男・木村貴裕ほか-弘文堂)
- ・「<民法>所有権・相続のルール大改正」初版(著:児玉隆晴-信山社)  
→「R3大改正〇頁」と表記
- ・「民法Ⅰ 総則・物権総論」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅱ 債権各論」第3版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅳ 親族・相続」補訂版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「LEGAL QUEST 民法Ⅵ 親族・相続」第6版(著:前田陽一ほか-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅰ 総則」第3版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅳ-Ⅰ 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第5版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第3版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法Ⅲ」第4版(著:道垣内弘人-有斐閣)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」4訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹会)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹会)
- ・「完全講義・法律実務基礎科目 民事」初版(著:大島眞一-民事法研究会)
- ・「完全講義・民事裁判実務 基礎編」初版(著:大島眞一-民事法研究会)
- ・「要件事実マニュアル1」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第6版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第9版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第3版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)