

2014 年合格目標 司法書士講座

択一式対策講座【理論編】

<テキスト>

民法 I (総則・物権・担保物権)

※無断複写・転載を禁じます。

TAC

第 1 編 総則

第1章

人

1 権利能力

1 意義

権利能力とは、私法上の権利義務の帰属主体となることができる資格をいう。

2 権利能力の始期

(1) 権利能力の始期

権利能力は、出生の時に取得する（3条1項）。

「出生」とは、母体から胎児が全部露出した時である（通説）。

(2) 胎児の権利能力の例外

次に掲げる場合には、胎児は既に生まれたものとみなされる。

① 損害賠償の請求権（721条）

② 相続（886条1項）

③ 遺贈（965条で準用する886条）

(3) 「既に生まれたものとみなす」の意義

① 学説

a 停止条件説

胎児のままでは権利能力は認められず、生きて出生した場合に不法行為又は相続の開始の時点にさかのぼって権利能力が認められる。

b 解除条件説

胎児の段階で権利能力が認められ、仮に死産であった場合には不法行為又は相続の開始の時にさかのぼって権利能力が失われる。

② 判例

判例は、胎児の損害賠償請求権について、親族が胎児のために加害者を行った和解は、胎児に対して効力を有しないとして、停止条件説を採用している（大判昭7.10.6）。

なお、登記実務においては、解除条件説が採用され、胎児名義の相続登記が認められている（明 31. 10. 19 民刑 1406 号，昭 29. 6. 15 民事甲 1188 号（注））。

（注） 昭 29. 6. 15 民事甲 1188 号は、胎児の名義の相続登記をする場合には、未成年者の法定代理に関する規定が胎児にも類推適用されるが、胎児の出生前においては、相続関係が未確定の状態にあるため、胎児のために遺産分割その他の処分行為をすることはできないとしている。

（4） 権利能力の終期

権利能力は、死亡によって消滅する。

なお、失踪の宣告があった場合であっても、失踪の宣告を受けた者の権利能力が消滅することはない。

⇒ 失踪の宣告を受けた者は、その失踪の宣告後に、金銭消費貸借契約を締結することができる【H22-4-7】。

2 意思能力及び行為能力

1 意義

（1） 意思能力

意思能力とは、法律関係を発生させる意思を形成し、それを行為の形で外部に発表して結果を判断、予測できる知的能力をいう。

民法には規定はないが、意思能力を欠く状態で行われた行為は、無効である（大判明 38. 5. 11）。

⇒ 就学前の幼児が、贈与の申込みに承諾をしても、その承諾は、無効である【S63-1-2】。

（2） 行為能力

行為能力とは、法律行為を単独で行うことができる法律上の能力をいう。

2 制限行為能力者の意義

制限行為能力者とは、次に掲げる者をいう（20 条 1 項参照）。

- ① 未成年者
- ② 成年被後見人
- ③ 被保佐人
- ④ 補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人

補助人に代理権を付与する旨の審判だけを受けた被補助人は、制限行為能力者ではない。

⇒ 補助人に代理権を付与する旨の審判のみがされた場合に被補助人がした不動産の処分は、有効であるた

め、当該補助人から当該不動産を買い受けた者は、当該被補助人から当該不動産を買い受けた者に対して、当該不動産の所有権を対抗することができない【H22-pm36-(2)】。

なお、行為能力の制限を受けない者を、行為能力者という（20条1項参照）。

3 未成年者

(1) 意義

未成年者は、年齢が20歳未満の者をいう（4条）。

(2) 未成年者の法律行為

① 原則

未成年者が法律行為をするには、法定代理人の同意を得なければならず（5条1項本文）、同意を得ないでした法律行為は、取り消すことができる（同条2項）。

⇒ 法定代理人の同意は、未成年者に対してではなく、その相手方に対してすることもできる【S63-1-4】。

この取消しは、法定代理人のほか、未成年者も、法定代理人の同意を得ないで、することができる（120条1項）【H23-4-イ, H2-14-ア, S63-1-5, S57-2-4】。

法定代理人は、未成年者の法律行為の追認をすることもできる（124条1項・3項）。

⇒ 未成年者も、法定代理人の同意を得て、追認（法定追認を含む。）をすることができる（通説）【H6-7-オ, H5-8-2, H2-14-イ】。

② 例外

ただし、次に掲げる法律行為については、法定代理人の同意を要しない。

a 単に権利を得、又は義務を免れる法律行為（5条1項ただし書）

⇒ 未成年者が債権者から債務の免除の意思表示を受ける場合には、法定代理人の同意を要しない【S60-1-1】。これに対して、未成年者が負担付遺贈の放棄をする場合には、法定代理人の同意を要する【S57-2-5】。

b 法定代理人が目的を定めて又は目的を定めなくて処分を許した財産の処分（5条3項）

c 1種又は数種の営業を許された場合におけるその営業（6条1項）

⇒ この営業の許可をする場合には、その営業の種類を特定しなければならない【S63-1-3】。

また、未成年者が婚姻をしたときは、成年に達したものとみなされるため（753条）、法律行為をする場合であっても、法定代理人の同意を要しない（注）。

（注）これに対して、営業を許された未成年者であっても、婚姻をする場合には、父母の同意を得なければならない（737条）。

⇒ 未成年者である被保佐人が婚姻をしても、被保佐人としての行為能力の制限は、解除されない【S63-1-1】。

4 成年被後見人

(1) 成年後見制度

成年後見制度とは、精神上の障害により判断能力が不十分であるため契約等の法律行為における意思決定が困難な者について、後見人等の機関がその判断能力を補う制度である。そして、その判断能力を補うことによって、その判断能力が不十分な者の生命、身体、自由、財産等の権利を擁護することを目的としている。

なお、法律上は、未成年者についても後見開始の審判等を行うことができる。

(2) 後見開始の審判

精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族【H25-4-ウ】、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、後見開始の審判を行うことができる（7条）【H15-4-ア, S60-1-3】。

後見開始の審判を受けた者は、成年被後見人とされ、成年後見人が付される（8条）。成年後見人は、法定代理人である（859条）。

後見開始の審判をする場合において、本人が被保佐人又は被補助人であるときは、家庭裁判所は、その本人に係る保佐開始又は補助開始の審判を取り消さなければならない（19条1項）。

(3) 成年被後見人の法律行為

成年被後見人の法律行為は、日用品の購入その他日常生活に関する行為を除き、取り消すことができる（9条）【H25-4-ア, H15-4-イ】。成年後見人は成年被後見人の法律行為につき同意権を有しないため、成年後見人の同意を得てした法律行為であっても、取り消すことができる【H19-6-エ, H9-1-1, H5-8-3, S60-1-2】。この取消しは、成年後見人のほか、成年被後見人もすることができる（120条1項）。

成年後見人は、成年被後見人の法律行為の追認をすることもできる（124条1項・3項）。また、成年後見人は、成年被後見人の法律行為を代理することができる（859条1項）【H25-4-イ】（注）。

（注） 取消権の対象から除外される日用品の購入その他日常生活に関する行為も、成年後見人の代理権の対象から除外されていないため、成年後見人は、日用品の購入その他日常生活に関する行為についても、本人である成年被後見人を代理することができる。

(4) 後見開始の審判の取消し

後見開始の審判の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、後見人（未成年後見人及び成年後見人。以下同じ。）、後見監督人（未成年後見監督人及び成年後見監督人。以下同じ。）又は検察官の請求により、後見開始の審判を取り消さなければならない

ない(10条)。

5 被保佐人

(1) 保佐開始の審判

精神上の障害により事理弁識能力が著しく不十分である者については、家庭裁判所は、本人、配偶者【H25-4-オ(本人の同意を要しない)】、4親等内の親族、後見人、後見監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、保佐開始の審判をすることができる(11条本文)【S63-3-1】。ただし、精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある者については、後見開始の審判をすべきであるため、保佐開始の審判をすることができない(11条ただし書)。

保佐開始の審判を受けた者は、被保佐人とされ、保佐人が付される(12条)【S60-1-5】。

保佐開始の審判をする場合において本人が成年被後見人又は被補助人であるときは、家庭裁判所は、その本人に係る後見開始又は補助開始の審判を取り消さなければならない(19条2項, 1項)。

(2) 保佐人の同意を要する行為

被保佐人が次に掲げる行為をするには、日用品の購入その他日常生活に関する行為をする場合を除き【H25-4-ア】、その保佐人の同意を得なければならない(13条1項)。家庭裁判所は、保佐開始の審判において、次に掲げる行為の一部について、その保佐人の同意を要しない旨を定めることはできない【H15-4-ウ】。

- ① 元本を領収し、又は利用すること。
- ② 借財又は保証をすること。
- ③ 不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること。
- ④ 訴訟行為をすること。

民事訴訟法は、この特則として、被保佐人が相手方の提起した訴え又は上訴について訴訟(応訴)行為をする場合(同法32条1項)及び必要的共同訴訟の共同訴訟人の1人が提起した上訴について、被保佐人が共同訴訟人として上級審で訴訟行為をする場合(同法40条4項)には、保佐人の同意を要しないものとしている。

保佐人が訴え又は上訴に関する同意をする場合には、当該審級における一連の訴訟行為全部について包括的な同意をしなければならない(大判明41.2.26)。また、訴え又は上訴の取下げ、和解、請求の放棄又は認諾等の判決によらずに訴訟を終結させる行為に関しては、各行為について個別の同意(特別の授權)が必要である(民訴法32条2項)。

- ⑤ 贈与、和解又は仲裁合意をすること。【H25-4-エ(贈与)】

「贈与」には、被保佐人が贈与を受ける場合は含まれない。

- ⑥ 相続の承認もしくは放棄又は遺産の分割をすること【H7-21-エ, S60-1-4】。
- ⑦ 贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること。
- ⑧ 新築、改築、増築又は大修繕をすること。
- ⑨ 602条に定める期間(注)を超える賃貸借をすること。

(注) 602条に定める期間は、次のとおりである。

- ・ 樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借 10年
- ・ 上記の賃貸借以外の土地の賃貸借 5年
- ・ 建物の賃貸借 3年
- ・ 動産の賃貸借 6か月

家庭裁判所は、保佐開始の審判の請求権者又は保佐人もしくは保佐監督人の請求により、被保佐人が上記①から⑨までに掲げる行為以外の行為をする場合（日用品の購入その他日常生活に関する行為をする場合を除く。）であってもその保佐人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる（13条2項）。

(3) 保佐人の同意に代わる許可

保佐人の同意を得なければならない行為について、保佐人が被保佐人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、被保佐人の請求により、保佐人の同意に代わる許可を与えることができる（13条3項）【H15-4-エ】。

(4) 保佐人の同意又はこれに代わる許可を得ないでした行為

保佐人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる（13条4項）【H9-1-1】。この取消しは、保佐人のほか、被保佐人も、保佐人の同意を得ないで、することができる（120条1項）【H5-8-5】。

保佐人は、被保佐人の法律行為の追認をすることもできる（124条1項, 3項）。

(5) 保佐人に代理権を付与する旨の審判

家庭裁判所は、保佐開始の審判の請求権者又は保佐人もしくは保佐監督人の請求によって、被保佐人のために特定の法律行為について保佐人に代理権を付与する旨の審判をすることができる（876条の4第1項）【H25-4-イ, H15-4-オ】。

本人以外の者の請求によって保佐人に代理権を付与する旨の審判をするには、本人の同意が必要ではない（876条の4第2項）。

家庭裁判所は、保佐人の代理権を付与する旨の審判の請求権者の請求によって、保佐人に代理権を付与する旨の審判の全部又は一部を取り消すことができる（876条の4第3項）。

(6) 保佐開始の審判等の取消し

保佐開始の審判の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官の請求により、保佐開始の審判を取り消さなければならない（14条1項）。また、家庭裁判所は、保佐開始の審判の取消しの請求権者の請求により、被保佐人が前記の(2)の①から⑨までに掲げる行為以外の行為をする場合（日用品の購入その他日常生活に関する行為をする場合を除く。）であってもその保佐人の同意を得なければならない旨の審判（13条2項）の全部又は一部を取り消すことができる（14条2項）。

6 被補助人

(1) 補助開始の審判

精神上の障害により事理弁識能力が不十分である者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族【H25-4-り】、後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人又は検察官の請求により、補助開始の審判をすることができる（15条1項本文）【H15-4-7】。ただし、精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者及び精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分である者については、後見開始の審判や保佐開始の審判をすべきであるため、補助開始の審判をすることができない（15条1項ただし書）。

本人以外の者の請求により補助開始の審判をするには、本人の同意がなければならない（15条2項）【H25-4-オ(配偶者による請求の場合)】。

補助開始の審判は、補助人の同意を要する旨の審判又は補助人に代理権を付与する旨の審判とともにしなければならない（15条3項）。

補助開始の審判を受けた者は、被補助人とされ、補助人が付される（16条）。

補助開始の審判をする場合において本人が成年被後見人又は被保佐人であるときは、家庭裁判所は、その本人に係る後見開始又は保佐開始の審判を取り消さなければならない（19条2項、1項）。

(2) 補助人の同意を要する旨の審判

家庭裁判所は、補助開始の審判の請求権者又は補助人もしくは補助監督人の請求により、被補助人が特定の法律行為をするにはその補助人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる（17条1項本文）。ただし、その審判によりその同意を得なければならないものとする行為は、被保佐人が保佐人の同意を得なければならない行為を定める13条1項に規定する行為の一部に限られる（17条1項ただし書、平21.9.10民一2139号）。

⇒ 被補助人が贈与をする場合には、贈与をする事について補助人の同意を得なければならない旨の審判がなければ、補助人の同意を得ることを要しない【H25-4-エ】。

本人以外の者の請求により補助人の同意を要する旨の審判をするには、本人の同意がなければならない（17条2項）。

なお、補助人の同意を要する旨の審判を受けていない被補助人（補助人に代理権を付与する旨の審判のみを受けた被補助人）は、制限行為能力者ではない（20条1項参照）【H22-pm36-(2)】。

(3) 補助人の同意に代わる許可

補助人の同意を得なければならない行為について、補助人が被補助人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、被補助人の請求により、補助人の同意に代わる許可を与えることができる（17条3項）。

(4) 補助人の同意又はこれに代わる許可を得ないでした行為

補助人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる（17条4項）。この取消しは、補助人のほか、被補助人も、補助人の同意を得ないで、することができる（120条1項）。

補助人は、被補助人の法律行為の追認をすることもできる（124条1項、3項）。

(5) 補助人に代理権を付与する旨の審判

家庭裁判所は、補助開始の審判の請求権者又は補助人もしくは補助監督人の請求によって、被補助人のために特定の法律行為について補助人に代理権を付与する旨の審判をすることができる（876条の9第1項）【H15-4-才】。

本人以外の者の請求によって補助人に代理権を付与する旨の審判をするには、本人の同意がなければならない（876条の9第2項、876条の4第2項）。

家庭裁判所は、代理権を付与する旨の審判の請求権者の請求によって、その審判の全部又は一部を取り消すことができる（876条の9第2項、876条の4第3項）。

(6) 補助開始の審判等の取消し

補助開始の審判の原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、補助開始の審判を取り消さなければならない（18条1項）。

家庭裁判所は、補助開始の審判の取消しの請求権者の請求により、補助人の同意を要する旨の審判の全部又は一部を取り消すことができる（18条2項）。

補助人の同意を要する旨の審判及び補助人に代理権を付与する旨の審判をすべて取り消す場合には、家庭裁判所は、補助開始の審判を取り消さなければならない（18条3項）。

7 制限行為能力者の相手方の保護

(1) 制限行為能力者の相手方の催告権

① 行為能力者となった者に対する催告

制限行為能力者の相手方は、その制限行為能力者が行為能力者となった後、その者に対し、1 か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認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（20 条 1 項前段）。

この場合において、その者がその期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなされる（20 条 1 項後段）【H4-7-7】。

② 法定代理人、保佐人又は補助人に対する催告

制限行為能力者の相手方が、制限行為能力者が行為能力者とならない間に、その法定代理人、保佐人又は補助人に対し、その権限内の行為について、1 か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことができる行為を追認するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができ、この場合において、その者がその期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなされる（20 条 2 項）【H23-4-オ】。

③ 後見監督人がある場合における後見人に対する催告

後見監督人がある場合において、後見人に対して催告があったときは、1 か月以内にその同意を得た旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなされる（20 条 3 項）。

④ 被保佐人又は補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人に対する催告

制限行為能力者の相手方は、被保佐人又は補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人に対しては、1 か月以内にその保佐人又は補助人の追認を得るべき旨の催告をすることができる（20 条 4 項前段）。

この場合において、その被保佐人又は被補助人がその期間内にその追認を得た旨の通知を発しないときは、その行為を取り消したものとみなされる（20 条 4 項後段）【S63-3-3】。

⑤ 未成年者又は成年被後見人に対する催告

未成年者又は成年被後見人は、意思表示の受領能力を有しないため（98 条の 2 本文）、未成年者又は成年被後見人に対する催告は、無効である【H2-14-ウ】。

ただし、未成年者又は成年被後見人の法定代理人がその意思表示を知った後は、その意思表示をもって対抗することができる（98 条の 2 ただし書）。

(2) 制限行為能力者の詐術

制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない（21 条）【H9-1-4】。

なお、相手方が第三者の言葉を信じて制限行為能力者を行為能力者であると信じたときは、21条の規定は適用されない【H2-14-オ】。

① 21条の「詐術」の意義

21条の「詐術」とは、制限行為能力者が相手方に行為能力者であることを信じさせるために積極的な手段を用いることである（大判大5.12.6）。例えば、成年被後見人が契約を締結するに当たって、成年後見に関する登記記録がない旨を証する登記事項証明書を偽造して相手方に交付する行為である【H19-6-オ】。

② 相手方が悪意である場合

制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いた場合であっても、その相手方が制限行為能力者であることを知っていたときは、21条の規定は適用されない【H19-6-オ】。

③ 制限行為能力者であることを黙秘することと21条の「詐術」

単なる黙秘は、21条の「詐術」に当たらないが【H23-4-7, S63-3-5】、他の言動等とあいまって、相手方を誤信させ、又は誤信を強めたものと認められるときは、詐術に当たる（最判昭44.2.13）。

3 不在者の財産の管理及び失踪の宣告

1 不在者の財産の管理

(1) 不在者の意義

不在者とは、従来の住所又は居所を去った者をいう（25条1項）。

(2) 不在者の財産の管理

① 管理の命令

不在者がその財産の管理人を置かなかったときは、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、その財産の管理について必要な処分を命ずることができる（25条1項前段）。

⇒ 失踪の宣告の要件を充足している場合でも同様である【H7-2-イ】。

本人の不在中に管理人の権限が消滅したときも、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、その財産の管理について必要な処分を命ずることができる（25条1項後段）。

② 管理の命令の取消し等

不在者の財産の管理について必要な処分を命じた後、本人が管理人を置いたときは、家庭裁判所は、その管理人、利害関係人又は検察官の請求により、その命令を取り消さなければ

ならない（25条2項）。

不在者が管理人を置いた場合において、その不在者の生死が明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、管理人を改任することができる（26条）【H22-4-エ】。

③ 管理人の権限

管理人は、103条に規定する権限を超える行為を必要とするときは、家庭裁判所の許可を得て、その行為をすることができる（28条前段）。

⇒ 例えば、管理人が不在者の不動産を売却する場合には、その売却代金をその不在者の財産の管理費用に充てる目的であっても、家庭裁判所の許可を得なければならない【H22-4-イ】。

不在者の生死が明らかでない場合において、その管理人が不在者が定めた権限を超える行為を必要とするときも、同様である（28条後段）。

2 失踪の宣告

(1) 意義

失踪の宣告とは、ある人の失踪が一定期間続いた場合に、利害関係人の請求によって家庭裁判所がする宣告をいう。

(2) 普通失踪

不在者の生死が7年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる（30条1項）。

⇒ 夫婦の一方は、配偶者の生死が3年以上明らかでないときは、離婚の訴えを提起することができるため（770条1項3号）、婚姻の解消の方法は、失踪宣告の制度に限られない【H14-1-1】。

この失踪の宣告を受けた者は、7年間の期間が満了した時に、死亡したものとみなされる（31条）。

⇒ そのため、この7年間の期間が満了する前に行われた失踪の宣告を受けた者の財産の処分は、有効とはみなされない【H14-1-2】。

(3) 特別失踪

戦地に臨んだ者、沈没した船舶の中に在った者その他死亡の原因となるべき危難に遭遇した者の生死が、それぞれ、戦争が止んだ後、船舶が沈没した後又はその他の危難が去った後1年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる（30条2項）【H7-2-ア】。

⇒ 利害関係人は、不在者の財産の管理人が選任されている場合でも、失踪の宣告を請求することができる【H7-2-イ】。逆に、失踪の宣告の要件を充足している場合でも、利害関係人は、不在者の財産の管理

人の選任を請求することができる【H7-2-イ】。

この失踪の宣告を受けた者は、その危難が去った時に、死亡したものとみなされる（31条）【H7-2-ウ】。

(4) 失踪の宣告の取消し

① 失踪の宣告の取消し

失踪者が生存すること又は死亡したものとみなされた時と異なる時に死亡したことの証明があったときは、家庭裁判所は、本人又は利害関係人の請求により、失踪の宣告を取り消さなければならない（32条1項前段）【H14-1-3】。失踪の宣告の取消しの請求は、失踪の宣告によって財産を得た者から更に当該財産を善意で取得した者がある場合でも、することができる【H7-2-オ】。

⇒ 失踪の宣告によって財産を得た者は、失踪の宣告が取り消されない限り、その財産を返還することを要しない【H14-1-4】。

⇒ Aが、Bと婚姻をしていたが、ある日、Bが家を出たまま行方不明となった場合において、Bに失踪の宣告がされた後、Aが死亡し、その後にBの失踪の宣告が取り消されたときは、Bは、Aの遺産を相続する【H14-1-5】。

② 失踪の宣告の取消しの効果

失踪の宣告が取り消された場合においても、その取消しは、失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない（32条1項後段）。ここでいう「善意」とは、契約については、契約当時に当事者双方が善意でなければならない（大判昭13.2.7）【H22-4-7, H18-5-ウ・エ】。契約当時に当事者双方が善意であれば、その後に出現した者が悪意であっても、その行為の効力には影響を及ぼさない（通説）【H18-5-オ】。

失踪の宣告によって財産を得た者は、その取消しによって権利を失うが、現に利益を受けている限度においてのみ、その財産を返還する義務を負う（32条2項）。

例えば、失踪の宣告によって生命保険金を取得した者は、その生命保険金を遊興費として費消した場合には、費消した生命保険金の相当額を返還する必要はないが【H18-5-7】、その生命保険金を生活費として費消した場合には、費消した生命保険金の相当額を返還する必要がある【H18-5-イ】。

なお、32条2項は、失踪宣告によって財産を得た者の善意・悪意を問題としていないが、悪意者を保護する必要はないため、善意者にのみ適用される（通説）【H22-4-オ】。したがって、悪意者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない（704条）。

4 同時死亡の推定

数人の者が死亡した場合において、そのうちの1人が他の者の死亡後になお生存していたことが明らかでないときは、これらの者は、同時に死亡したものと推定される（32条の2）。

これにより、被相続人と子の同時死亡が推定される場合には、相続は開始しない。これに対して、被相続人の子が、相続開始以前に死亡したときは、その者の子がこれを代襲して相続人となるため（887条2項）、被相続人と子の同時死亡が推定される場合でも、代襲相続は開始する（注）【H23-22-イ, H17-23-オ, H8-21-ウ, H2-6-4】。

（注） これに対して、遺贈は、遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したときは、その効力を生じないため（994条）、遺言者と受遺者の同時死亡の推定がされる場合には、遺贈はその効力を生じない。

第2章

法人

1 法人

法人については、33条から37条まで規定のほか、次に掲げる法律を参照されたい。

- ① 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（平成18年法律第48号）
- ② 公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律（平成18年法律第49号）
- ③ 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成18年法律第50号）

(1) 一般社団法人、権利能力なき社団及び民法上の組合の比較【H11-1】

	一般社団法人	権利能力なき社団	民法上の組合
構成員が団体に抛出した不動産について 団体の名義で登記をすることの可否	可	不可	不可
構成員の債権者がその債権に基づいて構 成員が団体に抛出した財産を差し押さえ ることの可否	不可	不可	不可
団体の債権者がその債権に基づいて構 成員の個人財産を差し押さえることの可否	不可	不可	可
団体の設立の登記の位置付け	成立要件	登記不可	登記不可
営利を目的とすることの可否	不可	可	可

(2) 一般社団法人又は一般財団法人の代表理事の行為に関する判例

① 代表理事の権限濫用の行為と 93 条ただし書

代表理事が自己の利益を図るため代表権の範囲に属する法律行為を行った場合において、相手方が代表理事の意図を知らない場合において、そのことに過失がなかったときは、法人は、その行為の無効を主張することができない（株式会社の代表取締役に関する最判昭 38. 9. 5）【H10-1-1】。

② 代表理事の行為と 110 条

代表理事が代表権を行使するには理事会の決議を要する旨の定款の定めがあるにもかかわらず、代表理事が理事会の決議を得ないで取引をした場合に、相手方が、その定款の定めを知っていたときであっても、理事会の決議があるものと信じていたときは、110 条が類推適用され、相手方は、表見代理の主張をすることができる（最判昭 60. 11. 29）【H18-4-オ, H10-1-2】。

③ 代表理事がした職務権限外の行為についての相手方の悪意・重大な過失

代表理事がした職務権限外の行為が外形からみてその職務行為に属するものと認められる場合であっても、その行為が代表理事の職務行為に属さないことを知らなかったことについて相手方に重大な過失があるときは、法人は、その行為について法人法 78 条及び 197 条の損害賠償責任を負わない（地方公共団体に関する最判昭 50. 7. 14）【H10-1-3】。

④ 被用者の職務権限内において適法に行われたものでない行為についての被害者の悪意・重過失と 715 条

一般社団法人の被用者がした取引行為が、その行為の外形からみて一般社団法人の事業の範囲内に属するものと認められる場合であっても、その行為が被用者の職務権限内において行われたものではなく、かつ相手方が重大な過失によってこれを知らずに取引したときは、一般社団法人は、その取引によって相手方が受けた損害について、715 条 1 項の規定に基づく損害賠償責任を負わない（最判昭 42. 11. 2）【H6-3-5】。

⑤ 715 条の「使用者に代わって事業を監督する者」の意義

715 条 2 項の「使用者に代わって事業を監督する者」とは、客観的にみて使用者に代わって現実に事業を監督する地位にある者を指称するため（最判昭 35. 4. 14）、使用者が法人である場合において、その代表者が現実に被用者の選任及び監督を担当しているときは、その代表者は同項の代理監督者に該当し、その被用者が事業の執行についてした行為について、代理監督者として責任を負わなければならないが、代表者が、単に法人の代表機関として一般的業務執行権限を有することから、直ちに同項を適用してその個人責任を問うことはできない（最判昭 42. 5. 30）【H6-3-4】。

⑥ 即時取得と法人の善意・無過失

代表理事が代理人により動産購入の取引をしたところ、その取引の当時その動産が売主の所有に属しなかった場合において、その代理人が善意・有過失であるときは、その代表理事が善意・無過失であつ

ても、法人は、その動産の所有権を即時取得することができない(最判昭 47. 11. 21)【H10-1-5, H6-3-2】。
これは、192 条における善意・無過失の要件は、法人については、第一次的にはその代表機関について決すべきであるが、その代表機関が代理人により取引をしたときは、その代理人について判断すべきことが 101 条の趣旨から明らかであるからである。

2 権利能力なき社団

1 意義

権利能力なき社団と叫ぶためには、(a)団体としての組織を備えていること、(b)多数決の原則が行われていること、(c)構成員の変更にかかわらず団体が存続すること、(d)その組織における代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確立していることを要する(最判昭 39. 10. 15)。

⇒ 権利能力のない社団が規約に従い総会の決議によってした構成員の資格要件を変更する旨の規約の改正は、特段の事情がない限り、その決議について承諾をしていない構成員に対しても、その効力を有する(最判平 12. 10. 20)【H16-4-ウ】。

⇒ 権利能力なき社団の構成員は、死亡により退社するが、その相続人がその地位を承継して構成員となる旨の規則を定めることは可能である【H16-4-エ】。

⇒ 権利能力なき社団の代表者は、土地の賃貸借契約を締結した場合には、構成員全員の同意がなくても、原則として、その多数決により、その賃借権を処分することができる【H3-4-7】。

2 権利能力なき社団の権利義務の帰属

権利能力なき社団がその名においてその代表者により取得した資産は、構成員に総有的に帰属する(前掲最判昭 39. 10. 15)。権利能力なき社団の資産が構成員に総有的に帰属するとは、その資産の利用収益権は各社員に属するが、各社員は持分権を有せず、したがって各社員は当然には分割請求権を有せず【H16-4-イ】、その資産の管理処分は、定款の定めるところにより、総会の議決に従って行われるものであるということである。

なお、権利能力なき財団の場合には、構成員を想定することができないため、資産は財団自体に帰属する(最判昭 44. 6. 26)。

3 権利能力なき社団の登記名義

判例は、権利能力なき社団の資産たる不動産については、社団の代表者が、社団の構成員全員の

受託者たる地位において、個人の名義で所有権の登記をすることができるにすぎず(注)、社団を登記名義人とする登記をし、又は、社団の代表者である旨の肩書きを付した代表者個人名義の登記をすることは許されないとし、また、権利能力なき社団の資産たる不動産につき、登記名義人となった代表者がその地位を失い、これに代わる新代表者が選任されたときは、新代表者は、旧代表者に対して、当該不動産につき自己の個人名義に所有権の移転の登記を請求することができるとしている(最判昭 47. 6. 2)。

(注) 代表者でない構成員も、構成員全員のために登記名義人となることができる(最判平 6. 5. 31)【H3-4-1】。

登記実務も、権利能力なき社団を登記名義人とする登記申請は、受理されないとし(昭 23. 6. 21 民事甲 1897 号)、また、登記名義人を当該社団代表者何某とする登記をすることはできないとしている(昭 36. 7. 21 民三発第三課長)。

4 権利能力なき社団の民事訴訟の当事者能力

権利能力なき社団で代表者の定めがあるものは、その名において訴え、又は訴えられることができる(民訴法 29 条)。権利能力なき財団についても、同様である。もっとも、権利能力なき社団の代表者は、個人として、当該社団のために訴訟当事者となることもできる(前掲最判昭 47. 6. 2 等参照)【H3-4-4】。

5 権利能力なき社団の債務と構成員の責任

権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、社団の構成員全員に 1 個の義務として総有的に帰属し、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し個人的債務ないし責任を負わない(最判昭 48. 10. 9)【H16-4-7, H3-4-7】。

また、権利能力なき社団の代表者は、個人責任を負わない(権利能力なき財団に関する最判昭 44. 11. 4 参照)【H16-4-7, H3-4-7】。

第3章

法律行為

1 意思表示

1 意義

意思表示とは、一定の法律効果の発生を欲する意思を外部に対して表示する行為をいう(注)。

(注) 例えば、契約の申込み(申込みの誘引は意思表示ではない【H22-6-オ】。), 承諾及び遺言等は、意思表示であるが【H22-6-7】、債務の履行の催告(153条, 412条3項, 541条等)は、意思表示ではなく、意思の通知である【H22-6-イ】。また、遺失物の拾得(240条)は、意思表示ではなく、事実行為である【H22-6-ウ】。更に、指名債権の譲渡の債務者に対する通知(467条)は、意思表示ではなく、観念の通知である【H22-6-エ】。

伝統的な理論によると、意思表示は、動機、効果意思、表示意思及び表示行為のように、細かく分けて分析される。

2 意思主義と表示主義

表示行為から推測される内心的効果意思と表示行為とが一致しない場合の処理に関する立法上の立場に関しては、次の2つの立場がある。

(1) 意思主義

意思主義は、表意者を保護するため、内心的効果意思を重視する立場である。

(2) 表示主義

表示主義は、取引の安全を保護するため、表示行為を重視する立場である。

民法は、後記のとおり、両者の折衷的な立場を採用している。

3 心裡留保

(心裡留保)

第 93 条 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が表意者の真意を知り、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。

(1) 意義

心裡留保とは、表意者がその真意ではないことを知ってする単独の意思表示をいう。

(2) 要件

93 条の要件は、次のとおりである。

- ① 効果意思と表示が一致しないこと。
- ② 表意者が効果意思と表示が一致しないことを知っていること。

(3) 効果

① 原則

意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない（93 条本文）。すなわち、意思表示は有効である。

なお、93 条本文は、相手方を保護するための規定であるため、相手方から無効を主張することは許される。

② 例外

相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は無効である（93 条ただし書）【H3-8-7】。

心裡留保による意思表示が無効となることは、表意者にとって有利であるため、93 条ただし書の要件は、表意者が立証する必要がある。

③ 第三者との関係

判例は、心裡留保の意思表示を前提として新たに法律関係に入った第三者について、94 条 2 項を類推適用している（最判昭 44. 11. 14）。

(4) 意思主義と表示主義

心裡留保による意思表示は、意思主義からは無効となるが、表示主義からは有効となる。

93 条は、意思表示の相手方の主観に応じて、本文において表示主義を採用し、ただし書において意思主義を採用し、意思主義と表示主義を折衷的に調和させている。

(5) 93 条ただし書が類推適用される場合

代理人が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濫用の事実を知り又は知ることができたときは、93 条ただし書を類推適用して、その行為の効果は本人には

及ばない（最判昭 42. 4. 20）【H22-5-7, H18-4-7, H12-3-3, H9-2-エ, H6-4-7】。

4 虚偽表示

（虚偽表示）

第 94 条 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。

（1）意義

虚偽表示とは，相手方と通じてした虚偽の意思表示をいう（注）。

（注） 通謀による虚偽の意思表示は，必ずしも双方行為に限らず，相手方のある単独行為についても成立し得る（最判昭 31. 12. 28[法定解除に関する判例]）。

（2）要件

94 条の要件は，次のとおりである。

- ① 虚偽の外形が存在すること。
- ② 相手方との通謀があること。

（3）効果

① 当事者間

相手方と通じてした虚偽の意思表示は，無効である（94 条 1 項）。

⇒ そのため，A B 間で A の所有する土地を B に売却する旨を仮装した後，B が事情を知らない C に転売した場合でも，A は，B からのその土地の引渡し請求を拒むことができる【H3-8-イ】。

虚偽表示による意思表示は，意思主義からは無効となるが，表示主義からも無効となる。これは，表示主義によっても，当事者間においては，取引の安全を考慮する必要がないからである。

② 第三者に対する関係

虚偽表示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（94 条 2 項）。つまり，善意の第三者との関係では，虚偽による意思表示は，有効と扱われる。

虚偽表示による意思表示が有効と扱われることは，第三者にとって有利であるため，善意であることは，第三者が立証する必要がある（最判昭 35. 2. 2）。

（4）94 条 2 項の第三者

① 94 条 2 項の第三者の意義

94 条 2 項の第三者とは，虚偽表示の当事者又はその一般承継人以外の者であって，その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至った第三者をいう（大判大 9. 7. 23，最判昭 45. 7. 24）。

a 第三者に該当するとされた例

(a) 仮装債権の譲受人（大判昭 13. 12. 17）【H19-7-オ, H15-5-エ, H14-17-7】

(b) 虚偽表示の目的物の譲受人（最判昭 28. 10. 1）【H9-10-2】

⇒ Cがその所有する不動産をBに対して虚偽表示により贈与した後に、Bがその不動産を善意のAに売却した場合において、AがBに代位してCに所有権の移転の登記を請求したときは、Cは、Aに対して、虚偽表示による無効を主張することができない【H2-5-5】。

(c) 虚偽表示の目的物に抵当権等の設定を受けた者（大判昭 6. 10. 24）

(d) 虚偽表示の目的物を差し押さえた一般債権者（最判昭 48. 6. 28）【H19-7-エ, H15-5-オ, H11-3-ウ】

b 第三者に該当しないとされた例

(a) 虚偽表示により債権が譲渡された場合の当該債権の債務者（大判大 4. 12. 13）
【H24-4-エ, H15-5-ウ】

(b) 仮装名義人に金銭を貸し付けた一般債権者（前掲大判大 9. 7. 23）

(c) 債権が仮装譲渡された場合の譲受人から取立てのために当該債権の譲渡を受けた者（大決大 9. 10. 18）

(d) 土地の賃借人がその所有する地上建物を仮装譲渡した場合の土地賃貸人（最判昭 38. 11. 28）

例えば、Aから土地を賃借しているBが、その所有する地上建物をCに仮装譲渡した場合においても、Aは、94 条 2 項の第三者に該当しないため、Bによる賃借権の無断譲渡を理由として、Bとの間の賃貸借契約を解除することができない。

(e) 土地の仮装譲渡がされた場合において、土地の仮装譲受人から地上建物を賃借した者（最判昭 57. 6. 8）【H15-5-7, H11-3-イ】

例えば、土地の仮装譲受人Bから地上建物を賃借したCは、94 条 2 項の第三者に該当しないため、土地の仮装譲渡人Aは、Cに対して、土地の明渡しを請求することができる。

(f) 土地が仮装譲渡された場合において、土地の仮装譲受人に代位して所有権の移転の登記請求権を代位して行使した債権者（大判昭 18. 12. 22）【H11-3-7】

② 無過失であることの要否

94 条 2 項の第三者は、善意であれば足り（注）、無過失であることを要しない（大判昭 12. 8. 10）。

（注） 94 条 2 項の第三者の善意の存否は、同項の適用の対象となるべき法律関係ごとに当該法律関係につき第三者が利害関係を有するに至った時期を基準として決すべきであるとするのが判例であ

る（最判昭 55. 9. 11）。この最判昭 55. 9. 11 に関連する判例として、「通謀虚偽の売買契約における買主が当該契約の目的物について第三者と売買予約を締結した場合において、その目的物の物権取得の法律関係につき、予約権利者が民法第 94 条第 2 項にいう善意であるかどうかは、その売買予約成立の時ではなく、当該予約完結権の行使により売買契約が成立する時を基準として定めるべきである。」とした最判昭 38. 6. 7 がある。

なお、このことは、94 条 2 項が類推適用される場合も、同様である（前掲最判昭 45. 7. 24）。

③ 登記を経由していることの要否

94 条 2 項の第三者は、登記を経由していることを要しない（最判昭 44. 5. 27（注））【H19-7-7, S57-19-4】。

（注） この判例は、仮装の登記名義を作出した真の所有者と仮装の登記名義人からの善意の譲受人と
の関係は、177 条の対抗関係ではないとしたものである。

ただし、A が B に不動産を仮装譲渡し、これを C が善意で B から譲り受けた場合であつても、C が所有権の移転の登記を経由する前に、A からの譲受人 D が B を債務者として当該不動産について処分禁止の登記を経由していたときは、C は、その所有権を、D に対して対抗することができない（最判昭 42. 10. 31）【H19-7-4, S58-13-3】。

(5) 第三者の範囲

① 善意の第三者からの転得者が悪意である場合【H20-4, H12-4】

善意の第三者からの転得者が悪意である場合の取扱いについては、次の 2 つの考え方があ
るが、判例は、絶対的構成を採用している（大判昭 6. 10. 24）【H11-3-オ】。

a 絶対的構成

この説は、法律関係の安定及び取引の安全を重視し、94 条 2 項により善意の第三者が
絶対的・確定的に権利を取得するため、転得者は、虚偽表示について悪意であっても、有
効に権利を取得し、原権利者からの目的物の追奪を受けないとするものである。

b 相対的構成

この説は、94 条 2 項があくまでも権利の外観を信頼した者を保護する趣旨であること
を重視し、処分行為の効力は当事者ごとに相対的・個別的に判断すべきであるため、いつ
たん 94 条 2 項により保護される善意の第三者が出現しても、その第三者からの転得者が
悪意であれば、原権利者は、転得者に対しては、なお虚偽表示による無効を主張して、権
利の回復を図ることができるとするものである。

② 悪意の第三者からの転得者が善意である場合

悪意の第三者からの転得者も 94 条 2 項の第三者に含まれる（前掲最判昭 45. 7. 24）【H19-7-
ウ, H15-5-4, H11-3-エ】。

(6) 94 条 2 項の類推適用

① 意義

94 条 2 項は、本来は権利者と登記名義人とが通謀して意思表示をすることにより故意に虚偽の外観(不実の登記等)を作出した場合に適用される。しかし、意思表示(権利移転の外観)がない場合でも、権利者と登記名義人との間に通謀がない場合でも、権利者が自ら虚偽の外観作出に積極的に関与した場合や、権利者が虚偽の外観(不実の登記等)が作出されたことを知りながらこれを明示又は黙示に承認したような場合には、判例は、94 条 2 項(及び 110 条)を類推適用することにより、作出された外観(不実の登記等)を信頼して無権利者から不動産を取得した第三者を保護するという理論を採用している【H15-8】。

② 類型

判例に現れた 94 条 2 項(及び 110 条)を類推適用した事案は、一般に、次の 3 つに類型化されている。

a 意思外観対応—自己作出型

これは、権利者自身が虚偽の外観(不実の登記等)を作出した場合である。

b 意思外観対応—他人作出型

これは、他人によって虚偽の外観が作出されたが、権利者がこれを事後に明示又は黙示に承認した場合である。

この類型に該当するものとしては、最判昭 45. 9. 22 等がある。すなわち、最判昭 45. 9. 22 は、不動産の所有者 A が、その不知の間に A から B に対する所有権の移転の登記が經由されたことを知りながら、経費の都合や、のちに B と婚姻して同居するようになった関係から、当該登記の抹消手続を 4 年余にわたって見送り、その間に A において他から金融を受けた際にもその債務を担保するため B 所有名義のまま当該不動産に対する根抵当権の設定の登記が經由されたような事情がある場合には、94 条 2 項を類推適用し、A は、不動産の所有権が B に移転していないことをもって、その後にこれを B から買い受けた善意の第三者 C に対抗することができないとしている【H9-10-4】。

c 意思外観非対応型

これは、名義人の背信行為により権利者が承認した範囲を超える虚偽の外観が作出されてしまった場合である。

この類型に該当するものとしては、最判昭 43. 10. 17 がある。すなわち、最判昭 43. 10. 17 は、不動産について売買の予約がされていないにもかかわらず、相通じて、その予約を仮装して所有権の移転請求権保全の仮登記手続をした場合において、外観上の仮登記権利者がほしいままに当該仮登記に基づき所有権の移転の本登記手続をしたときは、外観上の仮

登記義務者は、94 条 2 項及び 110 条の法意、外観尊重及び取引安全の要請により、当該本登記の無効をもって、善意・無過失の第三者に対抗することができないとしている。

③ 類型ごとの第三者の保護要件

上記②a及びbの類型(意思外観対応型)については 94 条 2 項のみが類推適用され、第三者は「善意」であれば保護されるのに対し、上記②cの類型(意思外観非対応型)については、権限外の行為の表見代理がされた場合に類似することから、「94 条 2 項、110 条の法意に照らし」、第三者が「善意・無過失」である場合に限り、保護される。

④ 新しい類型

判例は、不動産の所有者であるXから当該不動産の賃貸に係る事務や他の土地の所有権移転登記手続を任せられていたAが、Xから交付を受けた当該不動産の登記済証、印鑑登録証明書等を利用して当該不動産につきAへの不実の所有権の移転の登記を了した場合において、Xが、合理的な理由なく上記登記済証を数か月間にわたってAに預けたままにし、Aの言うままに上記印鑑登録証明書を交付した上、AがXの面前で登記申請書にXの実印を押捺したのにその内容を確認したり使途を問いただしたりすることなく漫然とこれを見ていたなどの事情の下では、Xには、不実の所有権の移転の登記がされたことについて自らこれ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帰責性があり、Xは、94 条 2 項、110 条の類推適用により、Aから当該不動産を買い受けた善意・無過失のYに対し、Aが当該不動産の所有権を取得していないことを主張することができないとしている（最判平 18. 2. 23）。

この判例においては、XがAに対する所有権の移転の登記という虚偽の外観の作出自体に自ら積極的に関与したという事実は認定されておらず、Xが虚偽の登記の存在を知りながらこれを承認したという事実も認められなかった。しかし、判例は、従来の理論構成を基本的に維持しながら、虚偽の外観作出について権利者の積極的な関与又は承認がある場合に加えて、権利者にこれらと同視し得るほど重い帰責性が認められる場合にも、94 条 2 項、110 条を類推適用すべき基礎があり、善意・無過失の第三者が保護されることを示したものである。

⑤ その他の判例

a 不動産競売手続における建物の買受人が 94 条 2 項、110 条の法意により建物所有権を取得してもその敷地の賃借権を取得しないとされた事例

土地賃借人Aが土地上にB名義で建築確認申請をして建物を建築し、B名義での家屋補充課税台帳への登録を事後的に承認していたところ、BがAに無断で建物につき所有権の保存の登記を経由した上、当該登記を過失なく信頼したCとの間で抵当権の設定契約を締結した場合において、当該抵当権に基づく不動産競売手続により建物を買い受けたDは、

94 条 2 項, 110 条の法意により建物の所有権を取得しても, その土地の賃借権についてこの法意により保護されるなどの事情がないときは, その土地の賃借権を取得しない (最判平 12. 12. 19)。

- b 地目変更等のためと偽って不動産の所有者から交付を受けた登記済証, 白紙委任状, 印鑑登録証明書等を利用して当該不動産につき不実の所有権移転登記がされた場合において不動産の所有者が善意無過失の第三者に対して当該不動産の所有権が移転していないことを対抗することができないとした原審の判断に違法があるとされた事例

所有不動産を A に売却した権利者 X が, A から, 地目変更等のために使用するといわれて, 登記済証, 白紙委任状, 印鑑登録証明書等を A に交付したところ, A は, 代金を支払わないまま, 印鑑登録証明書の交付を受けてから 27 日後に A 名義に所有権の移転の登記を経由し, それから約 10 日後に第三者にこれを売却してその旨の登記を経由したという事案においては, X が虚偽の権利の帰属を示すような外観の作出につき何ら積極的な関与をしておらず, 上記の不実の登記の存在を知らながら放置していたとみることもできないなどの事情の下においては, 94 条 2 項, 110 条の類推適用は認められない (最判平 15. 6. 13 (注))。

(注) 最判平 15. 6. 13 の事案においては, ①それまで不動産取引の経験のなかった X が, 不動産売買等を業とする会社である A から, 売買代金決済日に予定している所有権の移転の登記に間に合わせるため地目変更等の事前準備の必要があるとの言葉巧みな申入れを受け, これを信じて登記済証等を交付したもので, X が登記済証等を A に交付したことには合理的な理由があったこと, ② X は, 自己の財産管理に意を用いなかったわけではなく, 登記済証等を交付したことには不安を抱き何度も A に問い合わせたが, A は言葉巧みな説明をして言い逃れをする一方, ごく短期間の間に A 名義に所有権の移転の登記を経由した上で第三者に売却してしまったもので, X において虚偽の外観 (A への所有権の移転の登記) の作出を防止することは困難な状況であったため, 権利者 X に自ら虚偽の外観を作出したに等しい重大な帰責性があつたと評価することは難しかった。

5 錯誤

(錯誤)

第 95 条 意思表示は, 法律行為の要素に錯誤があつたときは, 無効とする。ただし, 表意者に重大な過失があつたときは, 表意者は, 自らその無効を主張することができない。

(1) 意義

錯誤とは, 表示行為に対応する効果意思が存在せず, 表意者がこれを知らないことをいう。

(2) 態様

錯誤は、動機の錯誤、表示上の錯誤、内容の錯誤に分けることができる。

① 動機の錯誤

動機の錯誤とは、動機と効果意思の不一致をいう。

動機の錯誤は、表示行為に対応する効果意思は存在するため、95 条が予定する錯誤であるかが問題となる（後記(6)参照）。

② 内容の錯誤

内容の錯誤とは、効果意思と表示意思の不一致をいう。

内容の錯誤は、95 条が予定する錯誤である。

③ 表示上の錯誤

表示上の錯誤とは、表示意思と表示行為の不一致をいう。

表示上の錯誤も、95 条が予定する錯誤である。

(3) 要件

95 条の要件は、次のとおりである。

① 法律行為の要素に錯誤があること。

「要素の錯誤」とは、意思表示の重要部分に錯誤があることを意味し、その錯誤がなかったならば、表意者のみならず、一般通常人も意思表示をしなかったであろうと認められる場合でなければならない（大判大 3. 12. 15）。

なお、婚姻のような身分行為には、95 条の規定は適用されない。これに対して、相続の放棄に法律上の無効原因が存在する場合には、その無効を主張することができる（最判昭 29. 12. 24）【H17-4-オ】。

⇒ 相手方が資産家であると誤信し、それを動機として婚姻をした場合には、その動機が表示され、意思表示の内容となっていたときであっても、その婚姻について、錯誤による無効を主張することはできない【H17-4-7】。

要素の錯誤に関する判例は、次のとおりである。

- (a) 保証契約は、保証人と債権者との間に成立する契約であって、他に連帯保証人があるかどうかは、通常は、保証契約を締結する動機にすぎず、当然にはその保証契約の内容とならないため、要素の錯誤ではない（最判昭 32. 12. 19）。
- (b) 保証契約は、特定の主債務を保証する契約であるから、主債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容であるため、いわゆる空クレジット契約とは知らずにされた立替払契約に基づく債務について連帯して保証する旨の意思表示は、要素の錯誤により無効となる（最判平 14. 7. 11）。

(c) 家屋の賃貸人が自ら使用する必要があるとして、賃借人を相手方として家屋明渡しの調停を申し立て、その結果、賃貸借契約を合意により解除し、家屋を賃貸人に明け渡す旨の調停が成立した場合においては、仮に、その後、賃貸人に家屋を必要とする事情のなかったことが明らかになったとしても、賃貸人において家屋を必要とする事情が合意解除又は明渡しの合意の内容となっていないときは、その調停に要素の錯誤があるものということとはできない（最判昭 28. 5. 7）【H17-4-エ】。

② 表意者に重大な過失がないこと。

表意者に重大な過失がある場合は、表意者を保護する必要があるため、錯誤による無効を主張することができない。

この要件の立証責任は、表意者に重大な過失があることによって利益を受ける相手方にある（大判大 7. 12. 3）。

(4) 効果

① 原則

意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効である（95 条本文（注））【H20-5-7】。

（注） 売買契約がその一方の当事者の錯誤による無効となる場合において、その当事者に過失があるときは、相手方は、その当事者に対して、損害賠償の請求をすることができる（通説）【H3-21-オ】。

⇒ 手形の裏書人が、額面 1,000 万円の手形を額面 100 万円の手形と誤信し、100 万円の手形債務を負担する意思で裏書をした場合には、その裏書人は、裏書人に額面どおりの手形債務負担の意思がないことを知って手形を取得した悪意の取得者に対し、その手形金のうち 100 万円を超える部分に限り、錯誤を理由に手形金の償還義務の履行を拒むことができる（1,000 万円ではない。最判昭 54. 9. 6）【H17-4-イ】。

錯誤による無効を主張することができる者については、後記(5)において説明する。

② 例外

表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない（95 条ただし書）【H20-5-オ】。

なお、表意者に重大な過失がある場合であっても、相手方が悪意であるときは、表意者は、錯誤による無効を主張することができる（通説）。

(5) 錯誤による無効を主張することができる者

錯誤による意思表示の無効を、表意者のみならず、相手方や第三者においても主張することができるかが問題となる。

① 表意者が無効を主張することができない場合

95 条は、法律行為の要素に錯誤があった場合に、無効を主張することができるとしているのは、その表意者を保護するためであるから、表意者に重大な過失があるため、表意者が無効を主張することができない場合には、表意者でない相手方又は第三者は、無効を主張することができない（最判昭 40. 6. 4）【H17-4-ウ, H3-21-ア】。

② 表意者に無効を主張する意思がない場合

表意者に無効を主張する意思がない場合には、原則として、第三者が無効を主張することはできない（最判昭 40. 9. 10）【H3-21-ウ】。

③ 第三者が無効を主張することができる場合

判例は、贋作の絵画がAからB、BからCへと売買されたところ、CがAに対し、各契約はいずれも要素に錯誤があり無効であるとして、CのBに対する売買代金返還請求権を保全するため、BのAに対する意思表示の無効を主張し、BのAに対する売買代金返還請求権を代位行使した事案において、「当該第三者において表意者に対する債権を保全するため必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許される」と判示して、CがBの意思表示の錯誤による無効を主張することを認めた（最判昭 45. 3. 26(注)）【H12-7-ウ】。これは、自ら無効を主張しない債務者(B)は、無効を主張しないことによって、自己の債権者たる第三者(C)に不当な損害を与えるもので（BのCに対する売買代金返還債務の不履行）、誠実な債務者とはいえないからである。

（注） この判例は、錯誤による意思表示の無効を第三者が債権者代位権の行使として主張することの許否を問題としているのではない点に注意する必要がある。代位行使するのは、あくまで売買代金返還請求権である。

(6) 動機の錯誤【H13-2】

伝統的な意思表示理論で考えると、動機の錯誤は、内心的効果意思に錯誤はなく、錯誤が存在するのは、内心的効果意思を発生する過程であるということになる【H23-5-ウ】。

そのため、動機の錯誤は、95 条の錯誤においては、問題とならないとされていた。なぜなら、この解釈は、表意者の保護よりも取引の安全を優先する趣旨であり、自由で安全な経済活動を求める社会の要請に合致していたからである。

しかし、動機の錯誤を 95 条の錯誤から完全に除外すると、表意者がまったく保護されないことになるため、判例は、動機の錯誤であっても、その動機が相手方に明示的又は默示的に表示されれば、取引の安全が害されることがないため、95 条の錯誤となり得るとした（最判昭 29. 11. 26(注)）【H23-5-エ】。

(注) なお、動機の錯誤は、あくまで「95 条の錯誤となり得る」のであって、無効とされるためには、その動機が意思表示の内容となり、その点に錯誤があり、更に、それが要素の錯誤とされる必要がある。

6 詐欺

(詐欺又は強迫)

第 96 条 詐欺…による意思表示は、取り消すことができる。

2 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。

3 前 2 項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。

(1) 意義

詐欺とは、人を騙して、その者を錯誤に陥れることをいう。

(2) 要件

96 条の要件は、次のとおりである。

① 詐欺をした者に故意があること。

この故意には、相手方を錯誤に陥らせる故意のみならず、錯誤によって意思表示をさせる故意も必要である（二段の故意。大判大 6. 9. 6）【H23-5-7, H13-1-1】。

⇒ B が、C 社の従業員から甲薬品はガンの予防に抜群の効果があるとの虚偽の説明を受け、これを信じて A に同様の説明をし、A がこれ信じて甲薬品を購入した場合、A は、B との間の売買契約を取り消すことができない【H13-1-1】。

② 欺罔行為が違法であること。

欺罔行為は、作為であるか不作為であるかを問わず、沈黙も、信義則上の告知義務違反がある場合には、欺罔行為となる（大判昭 16. 11. 18）【H23-5-1】。

③ 表意者が錯誤に陥り意思表示をしたこと。

④ ②と③に因果関係があること。

(3) 効果

① 当事者間

詐欺による意思表示は、取り消すことができる（96 条 1 項）。

⇒ 表意者の相手方（詐欺を行った者）には、制限行為能力者の相手方と異なり、催告権は認められない（20 条参照）【H10-4-7】。

ただし、相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる（96 条 2 項）

【H18-6-オ, H13-1-ウ, H7-7-エ】。

② 第三者に対する関係

詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない(96条3項(注))
【S63-14-イ】。

(注) 善意の第三者がいる場合であっても、表意者は、詐欺による意思表示を取り消すことはできる
【H18-6-エ, S59-2-2】。また、善意の第三者がいる場合であっても、表意者は、詐欺を行った者に対して、登記の抹消を請求することはできる【H10-4-エ】。

(4) 96条3項の第三者

① 意義

96条3項の第三者とは、詐欺による意思表示の当事者又はその一般承継人以外の者であって、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至った第三者をいう(大判昭7.8.9)。

96条3項の第三者については、94条2項の第三者に関する議論(前記4の(4)参照)が当てはまり、詐欺をした者の取得した所有権の転得者や、その所有権について抵当権等の設定を受けた者、一般債権者であっても、その目的物を差し押さえた者は、第三者に該当するが、一般債権者や、詐欺による意思表示によって反射的に利益を受けたにすぎない者は、第三者に該当しない。

例えば、1番抵当権者が詐欺によって当該抵当権を放棄した場合における2番抵当権者(大判明33.5.7)【H18-6-7, S59-2-5】や連帯債務者の1人が詐欺により代物弁済をした場合における他の連帯債務者(大判昭7.8.9)は、96条3項の第三者に該当しない。

② 第三者の出現時期

判例は、96条3項は取消しの遡及効から第三者を保護するための制度であるという理解から、その適用は取消前の第三者に限られるとした上で、取消後の第三者の保護を拒絶し、取消後については、登記の先後で決すべきとの理論を採用している(対抗問題説。大判昭17.9.30, 最判昭32.6.7)【H18-6-イ, H13-5】。

③ 無過失であることの要否

96条3項の第三者は、善意であれば足り、無過失であることを要しない(注)。

(注) なお、94条2項の第三者として保護されるための要件として、判例は、善意であることだけを要求しているが(大判昭12.8.10。前記4の(4)②参照)、仮に、94条2項の第三者の要件として、善意であることのみならず、無過失であることまで要求した場合には、論理的に、96条3項の第三者についても、無過失であることを要求することになる。なぜなら、94条2項の第三者として保護されるための要件として無過失であることを要求しておきながら、96条3項の第三者として保護されるための要件として無過失であることを要求しないこととすると、虚偽表示の場合よりも

表意者を保護すべき詐欺の場合の方が、第三者が保護される要件が緩くなり、バランスを失することになるからである。

④ 登記を経由していることの要否

96条3項の第三者は、登記を経由していることを要しない（最判昭 49.9.26）。

最判昭 49.9.26 は、A を欺罔してその農地を買い受けたBが、農地法5条の許可を条件とする所有権の移転の仮登記を得た上、当該売買契約上の権利を善意のCに譲渡して当該仮登記の移転の付記登記をした事案において、96条3項の第三者は、「所有権その他の物権の転得者で、かつ、これにつき対抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い」と説示し、登記を経由していることを要しないとしたものである。

(5) 錯誤との関係

詐欺（96条）と錯誤（95条）の要件の双方が充たされる場合には、表意者は、いずれの規定でも選択することができる（通説）【H23-5, H6-5-7, H3-21-イ, S59-2-1】。なぜなら、詐欺も錯誤も、表意者を保護するための制度であるからである。

これを前提として、表意者が95条の錯誤による無効を主張した場合に、96条3項を類推適用して、善意の第三者を保護することができるかが問題となる。

この点、自分で勝手に勘違いした者が騙されて勘違いした者よりも厚く保護されることになり妥当ではないことから、96条3項の類推適用を認める見解もあるが、95条が適用されるのは法律行為の要素に錯誤がある場合であり、それに至らない錯誤の場合にも成立する詐欺の規定を（類推）適用するのは無理であるとして、96条3項の類推適用を認めない見解もある。

【錯誤による無効の主張と詐欺による取消しの主張の差異】【H6-5】

	錯誤による無効の主張	詐欺による取消しの主張
主張権者	表意者 ※1	瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人もしくは承継人（120Ⅱ）
追認の可否	可（119） ※2	可（122）
主張期間	制限なし【H23-5-オ】	追認をすることができる時から5年間又は行為の時から20年を経過するまで（126） 【H23-5-オ】
善意の第三者への対抗	可【H23-5-オ, H4-15-イ, S57-19-3】	不可（96Ⅲ）【H23-5-オ】

- ※1 第三者が表意者に対する債権を保全する必要がある場合において、表意者がその意思表示の要素に関して錯誤があることを認めているときは、表意者自らはその意思表示の無効を主張する意思がなくとも、当該第三者は、その意思表示の無効を主張して、その結果生ずる表意者の債権を代位行使することが許される（最判昭 45. 3. 26）。
- ※2 無効な行為は、追認によっても、その効力を生じないのが原則であるが、当事者がその行為の無効であることを知って追認をしたときは、新たな行為をしたものとみなされる（119）。

7 強迫

（詐欺又は強迫）

第 96 条 強迫による意思表示は、取り消すことができる。

2・3 （省略）

（1）意義

強迫とは、人に害悪を告知して、その者を畏怖させることをいう。

（2）要件

96 条の要件は、次のとおりである。

- ① 強迫をした者に故意があること。
- ② 強迫行為があること。
- ③ 表意者が畏怖に陥り意思表示をしたこと。
- ④ ②と③に因果関係があること。

強迫による意思表示が成立するためには、表意者が、畏怖の結果、完全に選択の自由を失ったことを要するものではない（最判昭 33. 7. 1）。

（3）効果

強迫による意思表示は、取り消すことができる（96 条 1 項）。

相手方に対する意思表示について第三者が強迫を行った場合においては、相手方がその事実を知らないときであっても、その意思表示を取り消すことができる（96 条 2 項の反対解釈）【S59-2-4】。

強迫による取消しの意思表示は、詐欺の場合とは異なり、善意の第三者に対しても、対抗することができる（96 条 3 項の反対解釈）【H18-6-ウ, H10-14-ウ, S63-14-ウ】。このことは、第三者が登記を経由している場合でも、同様である【H10-14-ウ, H3-8-ウ】。

なお、表意者が、畏怖の結果、完全に意思の自由を失った場合は、その意思表示は、当然に無効であり、96 条の規定は適用されない（前掲最判昭 33. 7. 1）。そのため、表意者は、その意思表示を取り消すことなく、目的物の返還を請求することができる【S59-2-3】。

8 隔地者に対する意思表示

(1) 隔地者に対する意思表示

① 到達主義

隔地者に対する意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる（到達主義，97条1項）。

到達とは、相手方又は相手方から受領の権限を付与されていた者によって直接受領され、又は了知されることを要するものではなく、意思表示又は通知を記載した書面が、それらの者のいわゆる支配圏内（相手方の了知可能な状態）におかれることをもって足りる（最判昭36.4.20）【H24-4-ウ】。

⇒ 法人に対する意思表示を当該法人の使用人が受けた場合において、当該意思表示が効力を生ずるためには、当該使用人が当該法人から当該意思表示の受領権限を与えられていることを要しない【H24-4-ウ】。

そのため、会社に対する催告書が使者によって持参された時、たまたま会社事務室に代表取締役の娘が居合せ、代表取締役の机の上の印を使用して使者の持参した送達簿に捺印の上、当該催告書を机の引出しの中に入れておいたという場合には、同人に当該催告書を受領する権限がなく、また同人が社員にその旨を告げなかったとしても、催告書の到達があったものと認められる（前掲最判昭36.4.20）。

また、遺留分減殺の意思表示が記載された内容証明郵便が留置期間の経過により差出人に還付された場合において、受取人が、不在配達通知書の記載その他の事情から、その内容が遺留分減殺の意思表示又は少なくともこれを含む遺産分割協議の申入れであることを十分に推知することができ、また、受取人に受領の意思があれば、郵便物の受取方法を指定することによって、さしたる労力、困難を伴うことなく当該内容証明郵便を受領することができたなどの事情の下においては、当該遺留分減殺の意思表示は、社会通念上、受取人の了知可能な状態に置かれ、遅くとも留置期間が満了した時点で受取人に到達したものと認められる（最判平10.6.11）。

② 発信主義

97条1項の到達主義の例外として、発信主義が採用されている場合がある。

- (a) 隔地者間の契約の成立時期（526条1項）
- (b) 制限行為能力者の相手方の催告権の確答（20条）
- (c) 株主総会の招集の通知（会社法299条3項）

(2) 表意者が通知をした後に死亡し、又は行為能力を喪失した場合

隔地者に対する意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、又は行為能力を喪失したと

きであっても、そのためにその効力を妨げられない（97条2項）【H24-4-オ、H3-8-エ】。

⇒ Aがその所有する土地をBに騙されて売却した後、売却の意思表示を取り消す旨を記載した手紙を出した場合において、その手紙が到達する前にAが死亡したときは、取消しの効果は生ずる【H3-8-エ】。

ただし、契約における申込者が反対の意思表示をした場合又はその相手方が申込者の死亡もしくは行為能力の喪失の事実を知っていた場合には、申込みの効力は生じない（525条）。

9 公示による意思表示

意思表示は、表意者が相手方を知ることができず、又はその所在を知ることができないときは、公示の方法によってすることができる（98条1項）。

この公示は、公示送達に関する民事訴訟法の規定に従い、裁判所の掲示場に掲示し、かつ、その掲示があったことを官報に少なくとも1回掲載して行われる（98条2項本文）。ただし、裁判所は、相当と認めるときは、官報への掲載に代えて、市役所、区役所、町村役場又はこれらに準ずる施設の掲示場に掲示すべきことを命ずることができる（98条2項ただし書）。

公示による意思表示は、最後に官報に掲載した日又はその掲載に代わる掲示を始めた日から2週間を経過した時に、相手方に到達したものとみなされる（98条3項本文）【H24-4-7】。ただし、表意者が相手方を知らないこと又はその所在を知らないことについて過失があったときは、到達の効力を生じない（98条3項ただし書）。

10 意思表示の受領能力

意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に未成年者又は成年被後見人であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができない（98条の2本文）。

⇒ 例えば、未成年者Aの法定代理人BからAにおいて土地を購入したい旨の申込みを受けたCが、これを売却する旨の意思表示を直接Aに対してした場合には、Cは売買契約の成立を主張することができない【H3-8-カ】。

ただし、その法定代理人がその意思表示を知った後は、その意思表示をもってその相手方に対抗することができる（98条の2ただし書）【H24-4-1】。

なお、被保佐人や被補助人は、意思表示の受領能力を有する。

2 代理

2 - 1 代理一般

1 代理の意義

代理とは、代理人の意思表示により、その法律効果が直接本人に帰属する制度である。

代理制度には、私的自治の拡張と私的自治の補充の2つの存在理由がある。

2 代理の種類

(1) 任意代理と法定代理

① 任意代理

任意代理とは、本人の意思に基づいて代理人となるものをいう。

② 法定代理

法定代理とは、本人の意思に基づかないで代理人となるものをいう。

(2) 能動代理と受動代理

① 能動代理

能動代理とは、代理人が意思表示をするものをいう。

② 受動代理

受動代理とは、代理人が意思表示を受けるものをいう。

(3) 有権代理と無権代理

有権代理については後記 3 以下において、無権代理については後記 **2 - 3** において、それぞれ説明する。

3 代理の要件

(1) 代理の要件

代理の要件は、法律行為一般の要件のほか、次のとおりである。

- ① 顕名があること。
- ② 代理意思に基づく代理行為があること。
- ③ 代理権が授与されたこと。

(2) 顕名

① 原則

代理人は、代理行為をするにあたり、本人のためにすることを示して意思表示をしなければならない（顕名主義。99条1項）。受動代理の場合は、第三者が、代理人に対して、本人

のためにすることを示して意思表示をしなければならない（99条2項）。

いわゆる代行方式（機関方式。例えば、Aの代理人Bが「A代理人B」という表示をせずに、「A」という表示をしたような場合）も、有効な代理行為である（大判大9.4.27）【H22-5-エ】。

② 例外

代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のためにしたものとみなされるため（100条本文（注））、代理行為の効果は、原則として、代理人に帰属することになる。

（注） 100条は、「自己のためにしたものとみなす」としているため、代理人は、代理行為の相手方について錯誤があったと主張することはできない。

ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、又は知ることができたときは、本人に対して直接にその効力を生ずる（100条ただし書、99条1項）【H22-5-イ、H18-4-ウ、H5-4-4、S60-20】。

なお、商法504条は、「商行為の代理人が本人のためにすることを示さないでこれをした場合であっても、その行為は、本人に対してその効力を生ずる。ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知らなかったときは、代理人に対して履行の請求をすることを妨げない。」と規定しているが、同条は、民法99条及び100条の特則である。すなわち、商法においては、顕名主義が採られておらず、たとえ代理人が顕名をしなくても、常に本人に効果が帰属することになる。商法504条の特殊性は、相手方が代理行為であることを知らなかった場合には、本人への効果帰属はそのまま、代理人に対しても履行の請求ができる点にある。

（3）代理行為の瑕疵

代理行為の瑕疵を、本人を基準に判断するのか、それとも、代理人を基準にするかが問題となる。

① 原則（代理人を基準に判断）

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も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（代理行為に瑕疵がある場合）には、その事実の有無は、代理人について決せられる（101条1項）【H18-4-イ、H12-3-5、H9-2-ウ・オ、S57-3-2・3】。これは、相手方に対して、現実に意思表示を行うのは、代理人であるからである。

② 例外（本人を基準に判断）

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(101条2項。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様である。)
【H9-2-イ, H5-4-1】。なぜなら、代理人が特定の法律行為をすることを委託された場合には、代理人は、本人が行った意思決定の内容を単に相手方に伝えるだけの役割しか果たさなくなるため、本人を基準に判断すべきであると考えられるからである。

101条2項の「指図」については、判例は、本人の指図がなくても、特定の法律行為を委託すれば足りるとしているが(大判明41.6.10)、有力説は、101条2項を更に拡張して解釈し、本人が代理人をコントロールする可能性があれば、本人の主観的態様を考慮することができるとしている。

⇒ AがEに対しガン予防の『薬品』の購入を委任し、EがBから甲薬品はガンの予防に抜群の効果があるとの虚偽の説明を受け、これを信じてAの代理人として甲薬品を購入した場合、Aは、『甲薬品』がガンの予防に効果がないことを知っていたとしても、Bとの間の売買契約を取り消すことができる(101条1項、96条1項)【H13-1-エ】。なお、AがEに対しガン予防の『甲薬品』の購入を委任していた場合には、Aは、『甲薬品』がガンの予防に効果がないことを知っているため、Bとの間の売買契約を取り消すことができない。

③ 代理と詐欺

ここでは、代理行為において詐欺があった場合の扱いを説明する。なお、本人は、代理人に対して、特定の法律行為をすることを委託していないものとする。

a 相手方が代理人に詐欺を行った場合

代理行為の瑕疵の有無は、代理人を基準に判断するため(101条1項)、本人は、その代理行為を取り消すことができる(96条1項)【S57-3-3】。これに対して、代理人は、その代理行為を取り消すことができない【H22-5-ウ】。

b 代理人が相手方に詐欺を行った場合

判例は、101条1項を適用し、相手方は、本人の善意・悪意を問わず、取り消すことができるとしている(大判明39.3.31)【H12-3-4】。これに対して、通説は、101条1項は、代理人について意思表示に瑕疵があった場合の規定であって、代理人が詐欺を行った場合には適用されないとして、あくまで96条の問題であるとし、代理人は同条2項の第三者に該当せず、また、本人は同条3項の第三者に該当しないため、相手方は、同条1項により、取り消すことができるとしている。

c 相手方が本人に詐欺を行った場合

代理行為の瑕疵の有無は、代理人を基準に判断するため(101条1項)、本人の意思表示に瑕疵があっても、本人は、代理行為を取り消すことができない。ただし、本人が詐欺を受けた結果、代理人の意思決定に影響を及ぼした場合には、本人は、代理行為を取り消

すことができると解されている。

d 本人が相手方に詐欺を行った場合

この場合は、96 条の問題であり、本人は同条 2 項の第三者に該当せず、また、代理人は同条 3 項の第三者に該当しないため、相手方は、同条 1 項により、取り消すことができる【H9-2-7】。

(4) 代理人の行為能力

代理人は、行為能力者であることを要しない(102 条。ただし、代理人として意思表示をする以上、意思能力は必要である。)【H22-5-オ, H14-4-1(復代理人), H13-1-オ, H12-3-1, H9-1-3, H5-4-2, S59-3-2, S57-2-2】。これは、代理人が制限行為能力者であっても、代理行為の効果は直接本人に帰属するため、制限行為能力者が不利益を受けることがないからである。

制限行為能力者である代理人が、制限行為能力を理由として、本人との代理権を授与する旨の契約(委任契約等)を取り消すことができるかが問題となる。

この点、本人との代理権を授与する旨の契約(委任契約等)を取り消すことはできるが【S59-3-1】、代理権は将来に向かって消滅し、既にされた代理行為の効果は失われないと解されている。

(5) 代理権

① 代理権の発生

a 任意代理の場合

任意代理の場合、代理権は、本人の意思に基づいて発生する。

b 法定代理の場合

法定代理の場合、代理権は、法律の規定によって発生する。

(a) 法律上当然に代理権が発生する場合

例えば、親権を行う父母(818 条, 824 条)である。

(b) 協議や指定によって代理権を取得する場合

例えば、父母の協議によって定める親権者(819 条 1 項)、未成年後見人の指定(839 条)である。

(c) 裁判所の選任による場合

例えば、不在者の財産の管理人(25 条, 26 条)、裁判上の離婚の場合の親権者(819 条 2 項)、成年後見人(843 条)、相続財産の管理人(918 条 3 項)である。

② 代理権の範囲

a 任意代理の場合

任意代理の場合、代理権の範囲は、代理権の授与行為によって定まる。

b 法定代理の場合

法定代理の場合、代理権の範囲は、法律の規定によって定まる。

c 権限の定めのない代理人の権限

権限の定めのない代理人は、次に掲げる行為のみをする権限を有する（103条）。

(a) 保存行為

- (b) 代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

したがって、権限の定めのない代理人は、いわゆる処分行為をすることができない。

③ 代理権の消滅

a 任意代理及び法定代理に共通の消滅事由

- (a) 本人の死亡（111条1項1号）

- (b) 代理人の死亡【S59-3-4】又は代理人が破産手続開始の決定もしくは後見開始の審判を受けたこと（111条1項2号）

b 任意代理の場合

委任による代理権は、委任の終了によっても消滅する（111条2項）。

なお、委任の終了事由は、次のとおりである（653条各号）。

- (a) 委任者又は受任者の死亡【H24-18-1】
(b) 委任者【H9-21-ウ】又は受任者が破産手続開始の決定を受けたこと。
(c) 受任者が後見開始の審判を受けたこと。

⇒ 委任者が後見開始の審判を受けたことは、委任の終了事由ではない【S62-15-3, S57-6-3】。

c 法定代理の場合

法定代理の場合の代理権は、それぞれの法律の規定によって消滅する。

4 代理権の濫用

(1) 意義

代理人が、客観的には代理権の範囲内の行為であるが主観的にはその行為による経済的利益を本人に帰属させる意思がなく、自己又は第三者の利益を図る意思で代理行為をした場合を、代理権の濫用という。

(2) 判例の見解（93条ただし書類推適用説）

代理権が濫用された場合でも、代理行為は有効である。なぜなら、この場合にも、代理意思（直接本人に効果を帰属させる意思）が存在するからである。もっとも、相手方が代理権の濫用の事実を知り、又は知ることができた場合に、相手方を保護する必要はない。

そこで、判例は、代理人が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濫用の事実を知り又は知ることができたときは、93条ただし書を類推適用して、その行為の効果は本人には及ばないとしている（最判昭42.4.20等）【H22-5-7, H18-4-7, H12-3-3, H9-2-エ, H6-4-7】。

この説の特徴は、過失ある相手方の保護が否定されるという点にある。

この説に対しては、代理行為が成立するために必要な代理意思としては、直接本人について行為の効果を生じさせようとする意思が存在すれば足り、本人の利益のためにする意思の存することは必要ではないところ、代理人が自己又は第三者の利益をはかることを心裡に留保したとしても、その代理行為が心裡留保となるとすることはできないとの批判がある。

(3) 信義則説

信義則説も、代理権が濫用された場合でも、代理行為は有効であるとするが、信義則又は権利濫用（1条2項・3項）の法理により、相手方が悪意又は重過失のときのみ代理行為の効力を否定する。

この説は、93条ただし書類推適用説よりも、取引の安全を重視するものである。

この説に対しては、代理権が濫用された場合の効果を論ずるに当たっては、一般条項の導入は慎重であることを要するとの批判がある。

(4) 表見代理説

表見代理説は、無権代理の意義を「本人の利益のために行動するという義務に反すること」と広く解し、代理人が自己又は第三者に利益を図る意思で代理行為を行った場合には、無権代理と構成する。

この説によると、代理人の義務違反を権限外の行為の表見代理（110条）と捉えるため、相手方が表見代理の要件（善意・無過失）を充たせば保護されることになる（注）。

この説に対しては、無権代理の意義を広く解しているため、代理権の範囲が不明確かつ主観的すぎるとの批判がある。

（注） 善意・無過失の相手方が保護されるという点では、93条ただし書類推適用説と同じであるが、立証責任の点を考慮とすると、表見代理説の方が、相手方が保護されにくくなる。

5 代理行為の効果

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）。すなわち、代理行為の効果は、直接本人に帰属する。このことは、第三者が代理人に対してした意思表示についても、同様である（99条2項）。

代理行為の一切の効果が本人に帰属するため、代理行為の瑕疵による効果も、直接本人に帰属す

る。

6 復代理

(1) 意義

復代理とは、代理人が自己の名において代理人（復代理人）を選任し【H19-5-7】、その復代理人が、直接本人を代理することをいう【H5-4-5】。復代理人も、代理人と同様、行為能力者であることを要しない（102 条）【H14-4-1】。代理人は、復代理人の選任後も、自己の代理権を失うものではない【H19-5-1, H4-2-ウ, S61-8-2】。

なお、代理人が本人の名において選任する者、すなわち、本人を代理して選任される者は、復代理人ではない。

(2) 復代理人の選任

① 任意代理の場合

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（104 条）【H4-2-7, S61-8-1】。

⇒ 代理人が本人を代理して代理人を選任する場合には、任意代理人による復代理人の選任に関する 104 条の規定の適用はない【H14-4-2】。

② 法定代理の場合

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（106 条前段）。

(3) 復代理人を選任した代理人の責任

① 任意代理の場合

a 原則

代理人は、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（105 条 1 項）【H4-2-1, S61-8-3, S59-3-3】。

b 例外

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、責任を負わないが、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、責任を負う（105 条 2 項）【H14-4-3】。

⇒ 105 条 2 項の規定から明らかなように、代理人は、復代理人を解任する権限を有する【H19-5-1】。

② 法定代理の場合

a 原則

代理人は、一切の責任を負う（106 条前段）【S61-8-4】。

b 例外

代理人は、やむを得ない事由があるときは、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（106 条後段）【H5-4-3】。

(4) 復代理人の権限等

① 復代理人の権限

復代理人は、その権限内の行為について、本人を代表する（107 条 1 項）。

⇒ このことは、復代理人が本人の許諾を得て選任されたか、又はやむを得ない事由があるため選任されたかを問わない【H14-4-4】。

復代理人の権限は、代理人の代理権を前提とするため、代理人の代理権が消滅した場合には、復代理人の代理権も消滅する【H19-5-オ、H4-2-イ】。

② 本人及び第三者と復代理人との関係

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（107 条 2 項）。

⇒ 復代理人の代理行為が本人に対して直接にその効力を生ずるためには、復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必要があるが、代理人のためにすることを示して意思表示をする必要はない【H14-4-5、H4-2-イ、S61-8-5】。

③ 復代理人が委任事務を処理するにあたり受領した物を代理人に引き渡した場合と復代理人の本人に対する受領物引渡義務

107 条 2 項により、本人は、代理人に対しても、復代理人に対しても権利義務を有し、復代理人が代理行為による受領物を保管している場合には、復代理人に対して、その受領物の引渡しを請求することができる（大判昭 13. 3. 10(注)）。

(注) この場合に、代理人に対してその受領物の引渡しを請求することはできない(大判昭 10. 8. 10)。

ここで、復代理人が委任事務を処理するにあたり受領した物を代理人に引き渡した場合に、復代理人の本人に対する受領物引渡義務が消滅するかが問題となる。

この点について、判例は、次のとおり判示した（最判昭 51. 4. 9）【H19-5-ウ】。

本人代理人間で委任契約が締結され、代理人復代理人間で復委任契約が締結されたことにより、民法 107 条 2 項の規定に基づいて本人復代理人間に直接の権利義務が生じた場合であっても、右の規定は、復代理人の代理行為も代理人の代理行為と同一の効果を生じるところから、契約関係のない本人復代理人間にも直接の権利義務の関係を生じさせることが便宜であるとの趣旨に出たものであるにすぎず、この規定のゆえに、本人又は復代理人がそれぞれ代理人と締結した委任契約に基づいて有している権利義務に消長をきたすべき理由はないから、復代理人が委任事務を処理するに当たり金銭等を受領したときは、復代理人は、特別の事情がないかぎり、本人に対して受領物を引渡す義務を負うほか、代理人に対してもこれを引渡す義務を負い、もし復代理人において代理

人にこれを引渡したときは、代理人に対する受領物引渡義務は消滅し、それとともに、本人に対する受領物引渡義務もまた消滅するものと解するのが相当である。

この判例は、本人代理人間で委任契約が締結され、代理人復代理人間で復委任契約が締結された場合には、本人復代理人間、本人代理人間、代理人復代理人間の各権利義務関係は併存し、復代理人は、原則として、その受領物を本人及び代理人の双方に引き渡す義務を負うが、代理人に引き渡したときは、本人に対する引渡義務は消滅することを明らかにするものである。

7 使者

(1) 意義

代理に類似する制度として、使者がある。使者とは、本人の決定した意思を表示するもの（表示機関）又は完成した意思表示を伝達するもの（伝達機関）をいう。

(2) 代理と使者の比較

① 意思決定【H16-5-エ】

代理においては、代理人が意思決定をするが、使者においては、本人が意思決定をする。

② 意思能力及び行為能力【H16-5-ウ】

代理人は、意思能力は要するが、行為能力は要しない（102条）。

使者は、意思能力も、行為能力も要しない。

③ 意思表示の瑕疵の有無の判断【H16-5-イ】

代理においては、原則として、代理人を基準に判断するが（101条1項）、使者においては、本人を基準に判断する。

④ 錯誤【H16-5-ア】

代理における錯誤とは、表示と代理人の意思との不一致をいうが、使者における錯誤とは、表示と本人の意思との不一致をいう。

⑤ 復任【H16-5-オ】

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に限り、その任務を他の者に委ねることができるが（104条）、使者は、これらの事由がなくても、その任務を他の者に委ねることができる。

8 自己契約及び双方代理

(1) 意義

自己契約とは、同一の法律行為について、当事者の一方が相手方の代理人となることをいい、双方代理とは、同一人が、同一の法律行為について、当事者双方の代理人となることをいう。

(2) 自己契約及び双方代理の禁止

同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない（108条本文）。

108条の規定によって保護される利益は、不当な契約から生ずる損害を避ける当事者の利益であるため【H11-4-イ】、同条に違反した行為は、無権代理となる【H11-4-エ】。

⇒ 108条の規定によって保護される利益は、不当な契約を一般的に防止しようとする公益ではないため、同条に違反した行為は、絶対的無効ではない【H11-4-7・ウ】。

(3) 自己契約及び双方代理が許される場合

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、同一の法律行為であっても、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることができる（108条ただし書）。

例えば、登記申請行為は、「債務の履行」に該当する（最判昭43.3.8）【H11-4-キ・ク, S59-3-5】。

なお、判例は、借家人が家屋の賃貸借契約を締結する際に、家主との間で紛争が生じた場合には、家主に借家人の代理人を選任することをあらかじめ委任する旨の契約を締結していた事案について、108条の趣旨を援用して、当該委任を無効としている（大判昭7.6.6）【H11-4-オ・カ】。

2-2 表見代理

1 意義

表見代理とは、代理権を有しない者がした行為を、その相手方を保護するために有効と扱う権利外観法理に基づく制度である。

民法は、表見代理が認められる場合として、次の3つの類型を定めている。

- ① 代理権授与の表示による表見代理
- ② 権限外の行為の表見代理
- ③ 代理権消滅後の表見代理

2 代理権授与の表示による表見代理

(代理権授与の表示による表見代理)

第 109 条 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。

(1) 趣旨

109 条は、権利外観法理に基づくものであるが、禁反言の原則にも基づくものである。

(2) 要件

① 代理権を与えた旨を表示したこと。

判例は、この要件を拡張し、自分の名義や商号を使用することを他人に許容した場合に、広く 109 条の適用を認めている。

この要件に関する判例は、次のとおりである。

a 「東京地方裁判所厚生部」のした取引と同裁判所の責任

一般に官庁の部局を表す文字である「部」と名付けられ、裁判所庁舎の一部を使用し、現職の職員が事務を執っていた「東京地方裁判所厚生部」は、東京地方裁判所の一部局としての表示力を有するものと認めるべきであり、東京地方裁判所当局が同部の事業の継続処理を認めた以上、これにより同裁判所は、「厚生部」のする取引が自己の取引であるかのような外形を作り出したものといえるため、善意・無過失の相手方に対し、「厚生部」のした取引につき自ら責任を負わなければならない（最判昭 35. 10. 21）。

b 白紙委任状の交付

債務者 A が、債権者 B との間に、A 所有の不動産について抵当権設定契約を締結し、A が B に対し、抵当権設定登記手続のため白紙委任状等の書類を交付して登記手続を委任した場合でも、とくに何人が当該書類を行使しても差し支えない趣旨でこれを交付したものでない限り、B が、更に当該書類を C に交付し、C が当該書類を濫用して A 代理人名義で D との間に当該不動産について抵当権設定契約を締結したときは、A は、109 条の「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者」に該当しない（最判昭 39. 5. 23）。

なお、法定代理の場合には、代理権の授与はないため、109 条は、法定代理には適用されない。

② 代理権の範囲を超えないこと。

代理権の範囲を超えた場合でも、直ちに 109 条の保護が拒絶されるわけではなく、110 条の表見代理が成立する場合がある（最判昭 45. 7. 28 参照。表見代理の規定の重量適用については、後記 5 において説明する。）。

③ 相手方が善意・無過失であること。

表見代理が、権利外観法理に基づくものである以上、相手方は、善意・無過失でなければならない(注)。

(注) 109 条ただし書は、「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。」としているため、第三者が悪意又は有過失であることについて、本人に立証責任がある。

3 権限外の行為の表見代理

(権限外の行為の表見代理)

第 110 条 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。

(1) 趣旨

110 条は、権利外観法理に基づくものであるが、その成立には、いわゆる基本代理権の存在が必要であるため、本人の帰責性にも基づくものである。

⇒ 相手方は、本人が無権代理行為の追認を拒絶した場合でも、表見代理の成立を主張することができる【S62-2-2】。

(2) 要件

① 基本代理権があること。

110 条の表見代理が成立するためには、基本代理権がなければならない。

a 公法上の行為についての代理権

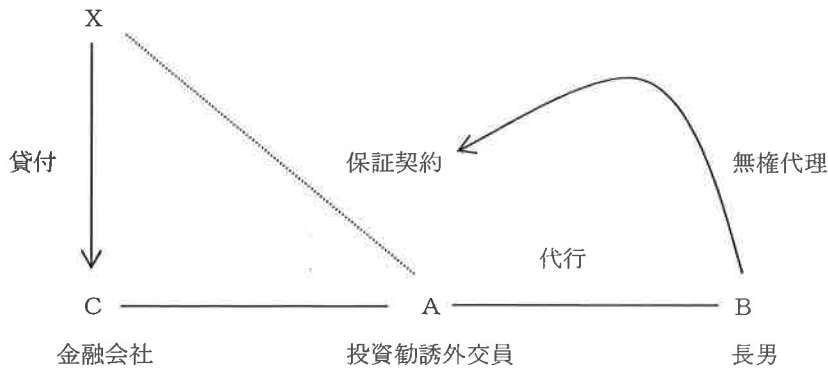
判例は、印鑑証明書下付申請手続を依頼された者が、勝手に本人所有の不動産につき抵当権設定契約の締結及びその登記をしたという事案において、「取引の安全を目的とする表見代理制度の本旨に照らせば、民法110条の権限踰越による表見代理が成立するために必要とされる基本代理権は、私法上の行為についての代理権であることを要し、公法上の行為についての代理権はこれに当たらない」とした（最判昭39.4.2）。

一方、基本代理権が登記申請行為の事案においては、「本人から登記申請を委任されてこれに必要な権限を与えられた者が右権限をこえて第三者と取引行為をした場合において、その登記申請が本人の私法上の契約による義務の履行のためになされるものであるときは、その権限を基本代理権として、右第三者との間の行為につき民法110条を適用し、表見代理の成立を認めることができる。」（下線は、筆者が挿入）とした（最判昭46.6.3）。

b 事実行為の委託

判例は、勧誘外交員を利用して一般人を勧誘し、金員の借入をしていた会社Cの勧誘員

Aが、事実上長男Bを一切の勧誘行為にあたらせていた事案において、BをAの代理人として、110条を適用することはできないとしている（最判昭35.2.19）。



c 法定代理権

法定代理権が基本代理権となるかが問題となった判例は、最判昭44.12.18（以下「昭44判例」という。）である。

昭44判例で問題となったのは、761条の規定を根拠とする110条の権限外の行為の表見代理の成否であるが、110条の表見代理が成立するためには、まず、基本代理権が存在しなければならない。

この点、昭44判例は、明確な理由付けは示していないものの、「民法761条は、『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」として、761条が、夫婦が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も規定しているとした。

次に問題となるのが、761条所定の日常の家事に関する法律行為とはどのような行為を指すのか、特にその判定基準はどのようなものである。この点、昭44判例は、「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、性質等をも充分に考慮して判断すべきである」としているとした。これによると、夫婦の一方の特有財産である不動産を担保に供し、又はそれを売却する行為は、一般的には、日常の家事に関する法律行為には属しないと考えることができる。

最後に問題となるのが、761条は夫婦が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と解した場合において、これを基本代理権として、110条の権限外の表見代理の成立を肯定することができるかである。この点、昭44判例は、「夫婦の一方が…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る、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」(下線は、筆者が挿入)とした【H18-4-エ, H6-4-ウ】。

② 代理人がその権限外の行為をしたこと。

代理人がした行為が、基本代理権と異質のものであってもよい(大判昭5.2.12)。

③ 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こと。【H3-1-1・4】

ここでいう「正当な理由」とは、一般に、相手方において代理権があるものと信じ、かつ、信じることに過失がないことであるが【H12-3-2】、判例は、相手方の事情だけでなく、本人側の事情も考慮しているため、この要件は、表見代理の成立を認めるか否かの総合的な判断がされる要件であるとする見解が有力である。

本人が代理人に実印を交付した場合には、その権限外の行為につき正当な理由の存在が認定されることが多い(最判昭35.10.18等)。ただし、本人及び代理人の関係が同居の親族であるなどの特段の事情があれば、相手方には、本人に確認する義務があり、正当な理由の存在は認定されないこともある(最判昭36.1.17)。

⇒ 無権代理人が無権代理行為の目的物を現実に所持していても、代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるとはいえない【S62-2-1】。

(3) 110条に関するその他の問題

① 本人の過失の要否

110 条を適用するにあたって、「正当な理由」が本人の過失ないし作為・不作為に基づくものであることを要するかについて、判例は、本人の過失に基づくものであることを要せず、また、本人の作為・不作為に基づくものであることを要しないとしている（最判昭 28. 12. 3, 最判昭 34. 2. 5）。

② 110 条の第三者の範囲

代理人がその権限外の手形行為をし、取得者がその手形を更に第三者に譲渡し、第三者（第三取得者）より本人に対して手形金を請求するという事案において、判例は、手形行為の直接の相手方が悪意で、第三取得者が善意・無過失の場合には、第三取得者は手形金を請求できないとし（大判大 14. 3. 12, 最判昭 35. 12. 27）、これに対して、手形行為の直接の相手方が善意・無過失で、第三取得者が悪意の場合には、第三取得者は手形金を請求できるとしている（最判昭和 36. 12. 12）。

③ 代理人が直接本人の名で権限外の行為をした場合

判例は、不動産を担保として金員を借り入れる代理権を与えられた代理人が、本人の名においてそれらの不動産を売却した事案において、代理人が本人の名において権限外の行為をした場合において、相手方がその行為を本人自身の行為と信じたときは、代理人の代理権を信じたものではないが、その信頼が取引上保護に値する点においては、代理人の代理権限を信頼した場合と異なるところはないとして、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るときは、110 条の規定を類推適用することができるとしている（最判昭 44. 12. 19）。

④ 一般社団法人の代表理事の行為

判例は、第三者が代表理事の代表権に制限が加えられていることについて善意であるとはいえない場合であっても、第三者において、代表理事が当該具体的行為につき理事会の決議等を得て適法に一般社団法人を代表する権限を有するものと信じ、かつ、このように信じるにつき正当の理由があるときには、110 条を類推適用し、一般社団法人は当該行為につき責任を負うとしている（最判昭 60. 11. 29）【H18-4-オ, H10-1-2】。

4 代理権消滅後の表見代理

（代理権消滅後の表見代理）

第 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。

(1) 趣旨

112条は、権利外観法理に基づくものであるが、代理権が存在するかのような外観を撤回しない場合に成立するものであることから、本人の帰責性にも基づくものである。

(2) 要件

① 代理人が代理権を有していたこと。

代理権の消滅前に相手方と代理人が取引をしたことがあるという事実は、112条の表見代理の成立要件ではなく、ただ相手方の善意・無過失に関する認定の一資料となるにすぎない（最判昭44.7.25）【H6-4-エ】。

なお、法定代理の場合にも、112条は適用される。

② 代理権の範囲を超えないこと。

代理権の範囲を超えた場合でも、直ちに112条の保護が拒絶されるわけではなく、110条の表見代理が成立する場合がある（最判昭45.7.28参照。表見代理の規定の重畳適用については、後記5において説明する。）。

③ 相手方が善意・無過失であること。

表見代理が、権利外観法理に基づくものである以上、相手方は、善意・無過失でなければならない(注)。

(注) 判例・通説は、立証責任は、本人にあるとしているが（大判明38.12.26）、実務においては、112条が、その本文で「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。」、ただし書で「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。」と書き分けていることから、まず、相手方に善意の立証責任を負わせ、これが立証された場合に、次に、本人が相手方の過失を立証するという分配を定める趣旨であると解されている。

5 表見代理の規定の重畳適用

(1) 意義

表見代理制度は、本人と無権代理人との間に、代理権が存在すると信じさせる外観がある場合に、その外観を信頼して取引関係に入った相手方を保護し、もって取引の安全を図るために、本人にその効果を帰属させる制度であるため、109条、110条及び112条の規定は、それぞれ重畳適用される場合がある。

(2) 109条と110条の重畳適用を認めた判例

Aが、その所有の不動産を、Bに売り渡し、Bの代理人Cを介して白紙委任状、名宛人白地の売渡証書など登記関係書類を交付したところ、当該不動産の所有権を取得したBから、これをD所有の不動産と交換することを委任されて当該各書類の交付を受けたCが、これを濫用し、Aの代理人名義でDとの間で交換契約を締結したときは、DにおいてCに代理権があると信じ

たことに正当の理由があるかぎり、Aは、Dに対し、109条、110条によって、契約につき責任を負わなければならない（最判昭45.7.28）。

(3) 110条と112条の重畳適用を認めた判例

無権代理人Aが、Bの代理人と称して、Cと締結した抵当権設定契約を、Bが追認した後、Aが、Bの代理人と称して、Dと抵当権設定契約を締結した場合において、Dが、AにBを代理して抵当権設定契約をする権限があると信ずべき正当の事由を有するときは、Bは、110条及び112条の類推適用により、Aのした抵当権設定契約につき責任を負わなければならない（最判昭45.12.24）。

6 表見代理の効果

表見代理の基本的効果は、代理行為の効果が、直接本人に帰属するというものである。

ただし、有権代理の場合とまったく同じになるのではなく、相手方は、表見代理の主張をせずに、無権代理人の責任を追及することもできる（この場合に、無権代理人が表見代理の主張をし、その責任を免れることができないことについては、後記 **2-3** の3において説明する。）。

2-3 無権代理

1 意義

無権代理とは、代理人に代理権がない場合をいう。

無権代理行為の効果は、原則として、本人に帰属しない。

2 本人が採ることができる手段

(1) 追認又はその拒絶

無権代理行為は、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じない（113条1項）。

⇒ 本人は、無権代理人が本人の利益を図る意思で無権代理行為をした場合でなくても、追認をすることができる【H9-3-2】。

⇒ Aが、何ら権限もないのに、Bの代理人と称して、Cとの間でB所有の不動産を売却する契約を締結した場合において、AC間の売買の合意が錯誤によって無効であるときでも、Bは、Aの無権代理行為を追認することができる【H7-4-1】。この場合には、Bの追認により無権代理行為の効果がBに帰属した上で、代理行為の瑕疵（101条）等の問題となる。