

2023 年合格目標 司法書士講座

基礎マスター & 択一式対策講座【理論編】

テキスト

民法 I

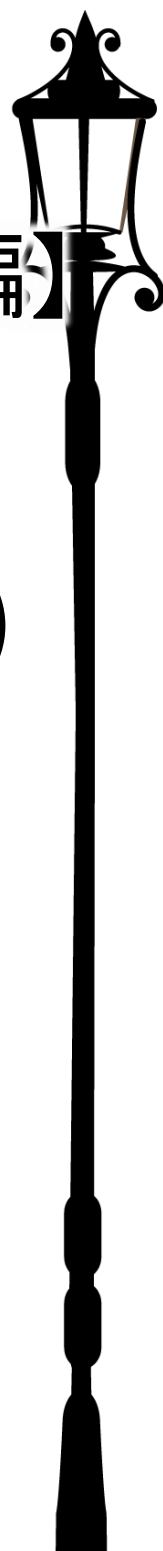
(総則・物権・担保物権)

無料体験
受講用

※無断複写・転載を禁じます。

※「択一式対策講座【理論編】
民法」の第1回講義 Chapter3
において扱う部分を掲載し
ています。

TAC



c 意思外観非対応型

A → B → C

仮登記 by A B

本登記 by B

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【H27-5-エ】。

③ 類型ごとの第三者の保護要件

上記② a 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② c 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

登記関係書類の交付

X → A → Y
善意・無過失

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の移転の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（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ら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の移転の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り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っ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、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。

① 意思表示に対応する意思を欠く錯誤

② 表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤

2 前項第 2 号の規定による意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、することができる。

3 錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、第 1 項の規定による意思表示の取消しをすることができない。

① 相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき。

② 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。

4 第 1 項の規定による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗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

錯誤の態様は、次のとおりである。

① 表示の錯誤 (95 条 1 項 1 号)

意思表示に対応する意思を欠く錯誤であり、表示の錯誤は、言い間違いや書き間違い等のように真意と意思表示とが一致していない場合である。

② 動機の錯誤 (95 条 1 項 2 号)

表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤であり、真意と意思表示とが一致しているもののその基礎となった事実誤解がある場合である。

(3) 要 件

錯誤による取消しを主張するための要件は、次のとおりである (95 条 1 項・2 項)。

① 意思表示が錯誤に基づくものであること (主観的な因果関係の存在)。

② その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき (客観的な重要性の存在)。

③ 動機の錯誤の場合には、表意者が法律行為の基礎とした事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたこと。【R3-5-イ, H23-5-エ】

意思表示の動機となった事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたとは、その事情が法律行為の当然の前提となっていることが相手方に表示されていた場合であり、黙示的に表示されていた場合も含まれる。

* 旧 95 条における動機の錯誤を題材とする過去問として、H23-5-ウ及び H13-2 がある。

なお、婚姻等の身分行為には、95 条の規定は適用されない【H29-5-エ（養子縁組）】。これに対し、相続の放棄に錯誤が存在する場合には、その取消しを主張することができる（最判昭 40.5.27）【H29-5-オ, 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、錯誤による取消しを主張することはできない【H17-4-ア】。

要素の錯誤（上記①と②の要件に相当する）に関する判例（いずれも旧 95 条に関するもの）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】。

(4) 効 果

① 原 則

錯誤による意思表示は、取り消すことができる（95 条 1 項(注)）【H20-5-ア】。

(注) 売買契約がその一方の当事者の錯誤による取消しの対象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）【H17-4-4】。錯誤による取消し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

錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、錯誤による意思表示の取消しをすることができない（95 条 3 項）【H20-5-オ】。

もっとも、次に掲げる場合には、相手方を保護すべき要請は低いため、錯誤による意思表示の取消しをすることができる（95 条 3 項）。

- a 相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき。【R3-5-ア, H30-4-エ（相手方が悪意であるとき）】
- b 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき（共通錯誤）。

③ 第三者との関係

錯誤による意思表示の取消しは、善意・無過失の第三者に対抗することができない（95 条 4 項）【R3-5-ウ, H26-4 参照, H23-5-オ, H4-15-4, S57-19-3】。これは、錯誤による意思表示を前提として第三者が出現した場合に、その第三者が錯誤について善意であり、かつ、過失がないときは、錯誤に陥って意思表示をした表意者には責められるべき事情がある以上、表意者よりもその第三者を保護すべきだからである。

(5) 錯誤による取消しを主張することができる者

錯誤の効果は、無効ではなく、取消しであるため、取消しを主張することができるのは表意者に限られる（120 条 2 項）。

* 錯誤の効果が無効であることを前提とする判例として最判昭 40.6.4 及び最判昭 45.3.26 があり、過去問として H17-4-ウ, H12-7-ウ, H3-21-ア及び H3-21-ウがある。

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り、又は知ることができたときに限り、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、善意でかつ過失がない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。

相手方を錯誤に陥らせる故意と錯誤によって意思表示をさせる故意が必要である（二段の故意。大判大 6.9.6）【H23-5-7, H13-1-4】。

⇒ 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 がこれを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【H13-1-4】。

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）【H23-5-4】。

③ 表意者が錯誤に陥り意思表示をしたこと。

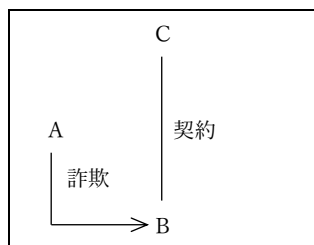
④ ②と③に因果関係があること。

(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(C)に対する意思表示について第三者(A)が詐欺を行った場合においては、相手方(C)がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、表意者(B)は、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】。第三者が詐欺を行ったことを相手方が「知ることができたとき」にも、その意思表示を取り消すことができるとされているのは、第三者が詐欺を行ったこ

とを相手方が現に知らなくても、これを知ることができたときは、相手方の信頼は保護に値しないからである。

② 第三者に対する関係

詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない（96 条 3 項(注)）【H23-5-オ, S63-14-4】。虚偽表示の場合と異なり、表意者は、過失がある第三者には対抗することができる。これは、自ら虚偽の外観を作出して虚偽の意思表示をした表意者(94 条)

と比較して、詐欺による意思表示をした表意者は、責められるべき事情が小さいため、詐欺による意思表示を前提として出現した第三者は、虚偽の意思表示を信頼した第三者より保護されるべき事情が大きいものでなければ保護に値しないからである。

(注) 善意・無過失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-Ⅰ, S59-2-2】。また、善意・無過失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-Ⅰ】。

(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-Ⅰ, H13-5】。

③ 無過失であることの要否

96 条 3 項の第三者は、善意であるだけでは足りず、無過失であることを要する。

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）【R2-7-オ】。

⇒ A がその所有する甲土地を B の詐欺により B に売却してその旨の登記がされ、B が詐欺の事実について善意無過失の C に甲土地を売却してその旨の登記がされた後、A が B との間の売買契約を取り消したときは、A は、C に対し、甲土地の所有権の A への復帰を対抗することができない【R2-7-オ：○】。

(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）【H29-5-ア, H23-5, H6-5-ア, H3-21-イ, S59-2-1】。なぜなら、いずれも、表意者を保護するための制度であるからである。

* 錯誤の効果が無効であったことを前提として、錯誤と詐欺の差異を問う過去問として、H6-5 がある。

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。

相手方を畏怖させる故意とその畏怖によって意思表示をさせる故意が必要である（二段の故意。大判昭 11.11.21）。

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ず、又は知らないことにつき過失がなくても、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】。

また、強迫による取消しの意思表示は、善意・無過失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）【H30-4-ウ, 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【H30-4-ウ, 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】。

〔第三者の保護要件〕

種 類	第三者の保護要件
93 条（心裡留保）	善意（93 条 2 項）
94 条（虚偽表示）	善意（94 条 2 項）
95 条（錯誤）	善意・無過失（95 条 4 項）
96 条（詐欺）	善意・無過失（96 条 3 項）
96 条（強迫）	保護されない。

8 意思表示の効力発生時期等

(1) 意思表示の効力発生時期

① 到達主義

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（97 条 1 項）。このように、民法は、隔地者に対する意思表示と対話者に対する意思表示とで区別することなく、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としている。

「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）。

② 到達が妨害された場合

相手方が正当な理由なく意思表示の通知が到達することを妨げたときは、その通知は、通常到達すべきであった時に到達したものとみなされる（97 条 2 項）。これは、正当な理由がない場合に、意思表示が到達しないことによる不利益を表意者に負わせるのは相当ではないからである。

③ 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) 制限行為能力者の相手方の催告権の確答（20 条）

(b) 株主総会の招集の通知（会社法 299 条 3 項）

なお、承諾の通知についても 97 条 1 項の規定が適用されるため、承諾の通知が申込者に到達した時点で契約が成立する（旧 526 条 1 項参照）。

(2) 表意者が通知をした後に死亡した場合等

意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失し、又は行為能力の制限を受けたときであっても、そのためにその効力を妨げられない（97 条 3 項）【H24-4-オ(契約の解除の意思表示)、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、申込者が申込みの通知を発した後に死亡し、意思能力を有しない常況にある者となり、又は行為能力の制限を受けた場合において、申込者がその事実が生じたとすればその申込みは効力を有しない旨の意思を表示していたとき、又はその相手方が承諾の通知を発するまでにその事実が生じたことを知ったときは、その申込みは、その効力を有しない（526 条）【H8-5-オ】。

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-ア】。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意思能力を有しなかったとき又は未成年者もしく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)【H3-8-オ】。

⇒ 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であったときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができる【H31-4-イ：×】。

ただし、次に掲げる者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)。これは、後になって相手方に法定代理人が選任された場合や、意思能力を回復し、又は行為能力者となった相手方が意思表示を認識した場合には、意思表示の効力を相手方に及ぼすべきだからである。

① 相手方の法定代理人【H24-4-イ】

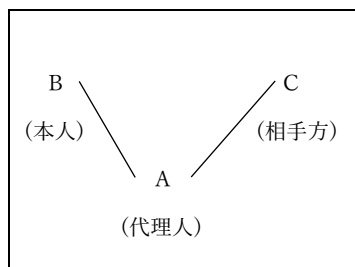
② 意思能力を回復し、又は行為能力者となった相手方

被保佐人や補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人は、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 意 義

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）。

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）【H26-5-7, H22-5-エ】。

② 顕名しない場合

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）【H26-5-イ, H22-5-イ, H18-4-ウ, H5-4-4, S60-20】。

(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）

a 代理人が相手方にした意思表示

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・4】。これは、相手方に対して、現実意思表示を行うのは、代理人だからである。

b 相手方が代理人にした意思表示

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、代理人について決せられる（101 条 2 項）。

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代理人が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 3 項前段）【H30-5-オ, H9-2-イ, H5-4-1】。このことは、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（101 条 3 項後段）。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。

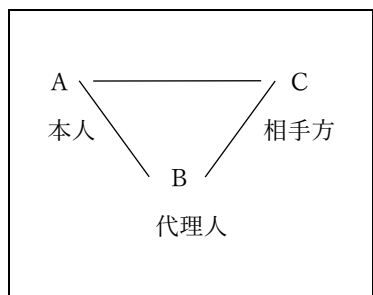
なお、特定の法律行為を委託すれば足り、本人の指図を要しない（旧 101 条 2 項参照）。

⇒ 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。

⇒教授： A と B との間で、A の代理人として C の占有する高名な乙絵画を買い受ける契約を締結する権限を B に与える委任契約を締結していたものとします。B が、A の指図に従い C との間で乙絵画の売買契約を締結してその引渡しを受けたものの、C が乙絵画について無権利者であった場合に、A は乙絵画を即時取得することができますか。

学生： C が無権利者であることについて、B が善意無過失であったとしても、A が善意無過失でなければ、A は乙絵画を即時取得することができません【H30-5-オ（本人を基準にするため即時取得できない。）】。

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、代理人は、その代理行為を取り消すことができない（99 条 1 項、120 条 1 項参照）【H22-5-ウ】。