

民法110条の「権限ありと信ずべき正当の理由」は本人の過失に基づくことを必要とするか

民法一一〇条の「権限ありと信ずべき正当の理由」は
本人の過失に基づくことを必要とするか

西山井依子

目次

- 一 はじめに
 - 二 民法の起草者および初期の判例の態度
 - 三 鳩山博士の反論と鳩山・我妻説の通説化
 - 四 判例の変更
 - 五 今日の判例・通説
 - 六 安永・高森説
- 《参考文献》

一 はじめに

説

民法一一〇条の権限踰越による表見代理は、「代理人」がその「権限外」の行為をなした場合において、第三者がその権限があると信ずるべき正当な理由があるとき、本人はその代理人の行為について責任を負う、というものである。従つて、本条の表見代理が成立するためには、先ず、代理人が必ずなんらかの「代理権」を有することが必要である（基本代理権の存在）。何の代理権もない者が他人の白紙委任状や印鑑を無断で使用する場合には、相手方第三者からその真偽を判断しえないようなときでも、本条は適用されない。次いで、相手方が本条の保護を受けるためには、代理人にその権限外の行為について代理権限があると信ずるについて正当な理由を有しなければならぬが、このいわゆる正当の理由が本人の「過失」によつて生じたことを要するか、すなわち本人が責任を負う要件として、基本代理権の存在の他に、権限外の行為についてその権限ありと第三者に信じさせるにいたつた「過失」が本人にあることが必要か、というのがここでの問題点である。

二 民法の起草者および初期の判例の態度

民法の起草者は、この点については言及せず、基本代理権の存在に関して、「本人ハ権限ヲ守ラサルカ如キ不誠実ナル代理人ヲ選任スルノ過失アリ」（梅謙次郎・民法要義卷之一（初版明治二九年）二五六頁）、「自己の権限ヲ嚴守セサル如キ不注意者ヲ選定シタル者ノ過失ニ歸スルヲ至当トス」（富井政章・民法原論第一卷総論（初版明治三六年）五一五頁）と述べているだけである。

しかるに、判例は、最初相手方の誤信が本人の「過失」に基因することを要するとした。すなわち、本人たる運送会社の支配人Aは貨物賃納金に対する割戻金受領の権限を有したが、他人と共謀して文書を偽造し、割戻金額を膨大にしてその一部を詐取したという事案において、大判明治三六年七月七日（民録九輯八八八頁）は、「其正当ノ理由アリトスルニハ本人タル上告会社ニ於テ被告入ヲシテ其ノ受領スル権限アリト信セシムルニ至レル過失ナカルヘカラス而シテ上告会社ハAニ被告会社カ交付スヘキ割戻金ヲ受領スル権限ヲ与ヘタルモノナルモ固ヨリ終始其行動ヲ監視スヘキ責アルニモアラサレハAカ他人トノ共謀ニ因リ割戻金額ヲ膨大ナラシメ其一部ヲ詐取シタル所為ニ就テハ其過失ニ出テタルモノト云フヲ得ス」と判示した。また、本人から五〇〇〇円の借用証書および右借入金に関する金額部分空白の地所抵当登記申請委任状用紙を交付されていたAは、金額部分をそれぞれ一五〇〇円に変造、偽造し、被告入代表者Bから貸借した事案で、大判明治三九年二月二日（刑録一二輯二三八頁）は、本人たる「上告人ハ金額ノ部ヲ空白トナシタル委任状用紙ヲAニ交付シ同人ヲシテ容易ニ金千五百円ノ貸借ニ関スル抵当登記申請委任状ヲ偽造シテ行使スルヲ得セシメタルノ過失換言スレハBヲシテAニ上告人ヲ代理スルノ権限アルコトヲ信スルニ至ラシメタルニ付キ過失アルモノナレハAノ行為ニ付キ責ヲ負フヘキハ当然」と判示した。

二 鳩山博士の反論と鳩山・我妻説の通説化

以上のような過失主義の大審院を批判し、過失不要論を最初に唱えたのは、鳩山秀夫博士であった。すなわち、右の大判明治三六年七月七日に対して次ぎのように反論した。「若シ必ラス本人ニ過失アリタルコトヲ要スルモノトセハ甚シク本条ノ適用範囲ヲ狭クシ立法ノ精神ニ反スルモノト信ス。唯第三者ノ善意ニ付テ客観的正当ノ理由即チ取引

説

上正当ト認ムヘキ事由アラハ足レリ。其事由ヲ成立セシメタルコトカ本人ニ付テ主観的ニ過失ナリヤ否ヤハ問フ所ニアラス。」(「法律行為乃至時効」(初版明治四五年)三二九頁)そして、大判明治三九年五月九日(民録一二輯七〇六頁)が「民法第一百十條ノ規定ハ、菅ニ委任代理權ニ欠缺アル場合ニ適用セラルヘキノミナス本件ノ如ク法定代理權ニ欠缺アル場合ニモ適用セラルヘキコト論ヲ俟タス」と法定代理にも一一〇條ノ適用を肯定しているが、それならば本人の過失を要件とすることはできないと指摘した(同三三〇頁)。

論

そこで、大審院は、本人の「過失」を要件とする過失主義から本人の「作為・不作為」を要件とする原因主義へとその態度を緩和した。すなわち、大判大正三年一〇月二九日(民録二〇輯八四六頁)は、蝟および香料油の卸売業者の支店の支配人が、職務権限を超えて手形を濫発した事案で、「権限アリト信スヘキ正当ノ理由トハ客観的ニ觀察シ第三者ヲシテ代理人ニ権限アリト信セシムルニ足ル事情ニシテ其事情ノ存在カ本人ノ作為若クワ不作為ニ出ツルモノヲ謂フ」として、本人の責任を肯定した(詳細不明)。そして、法定代理の一一〇條適用についても、否定の立場に判例変更し、大判大正四年六月一九日(民録二一輯九八七頁)は「民法百十條ハ本人ニ於テ第三者ニ対シ代理人ニ代理權アリト信セシムヘキ行為アリタルコトヲ前提トスルモノナリ」と判示した。

これに対し、鳩山博士は、一一〇條の法定代理への適用を主張し、次ぎのように反論した。「表見代理ノ場合ニ於ケル本人ノ責任ハ原因主義ニ基ケルモノテハナイ」(一一〇條の場合)現在ニ他ノ關係ニ於テハ代理權アリト言ウコトカ本人ト代理行為トノ連絡ヲ為シテ居ルノテアル」「此ノ如キ寧ロ輕微ナル本人トノ連絡ヲ基礎トシテ本人ノ責任ヲ定メタルノテアルカ」(それは)偏ニ代理取引ノ安全ヲ図リ代理制度ノ信用ヲ重厚ナラシメンカ為メニ特ニ代理取引ニ付テハ一定ノ条件ヲ備ヘタル善意ノ第三者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタル」(以上、「民法百十條ノ適用範圍」

民法110条の「権限ありと信ずべき正当の理由」は本人の過失に基づくことを必要とするか

(大正五年) 法協三四卷一四頁)「(一一〇条は)代理取引ニ於ケル動的安全ヲ保護スルカ為ニ無過失責任ヲ認メタルモノ」「本人ノ原因ヲ与ヘタルモノニ限ルハ法文ニ根拠ナキ制限ヲ加ヘテ表見代理ノ範圍ヲ不当ニ狹隘ナラシムルモノ」(以上、「日本民法総論」下(大正一三年)四五四頁)と。

そして、以上のような動的安全を重視する鳩山博士の解釈論はそのまま我妻栄博士に受け継がれた。すなわち、「(一一〇条の正当理由について本人の過失ないし作為・不作為を要件とする判例は)個人意思絶対の思想に影響せられ、本人の静的安全を過重し、第一一〇条が規定せざる要件を加へてその適用を制限せんとするもの」「本人・代理人間に何等かの代理権ありとの客観的事情はそれだけで表見代理の基礎となるに充分」(以上、「民法総論」(昭和五年)五一〇頁)「(一一〇条は)既に本人の過失乃至行為に基くことを必要とせずとせば、法定代理にも均しく適用ありと謂はねばならない」(同・五一二頁)と。そして、以上の鳩山・我妻両博士の解釈論は他の学説に受け入れられ通説化した。

四 判例の変更

鳩山・我妻両博士の批判にもかかわらず、大審院はその後も法定代理への一一〇条適用をくりかえし否定したが(ただし、大判昭和一〇年三月二五日(民集一四卷三八九頁)は傍論で適用可能性を示唆)、昭和一七年五月二〇日の連合部判決(民集二二卷五七二頁)はこれを肯定し、それ以後判例は、すでに学説上通説であった適用肯定説に従った。

そして、一一〇条の正当理由が本人の作為・不作為によることを要すとしていた判例も、右連合部判決により理論

説

論

上その変更を余儀なくされ、最高裁になって、最判昭和二八年一月三日（民集七卷一〇号一三二頁）は、運送業を営むY会社（上告人・控訴人・被告）の出張所たる千住営業所の主任であるAが、Y会社の運送契約締結、その料金の受取りについて代理権を有するが、小切手振出については代理権がなかったところ、かねてY会社からその使用を許されていた「Y小型運送有限会社千住営業所主任A」というゴム印を押捺して、Y会社に無断でその代理人として金額四万円の小切手を振り出し、X（被上告人・被控訴人・原告）に交付した事案で、「民法一一〇条にいわゆる代理権ありと信ずべき正当な理由は、必ずしも常に本人の作為または不作為に基くものであることをようしないと解するを相当とする。そればかりでなく、原審の認定によればY会社は昭和二三年以来、AがY会社の千住営業所の責任者として同所に同営業所と記載した看板を掲げ、Y会社の貨物自動車を使用し、同会社のため運送契約を締結すること及び、本件小切手に押捺したゴム印を使用し営業上の書類を作成することを許容して来たものである。そして、Xは右のごとき事情その他原審認定の事情があったればこそ、本件小切手の振出につきAにおいてY会社を代理すべき権限を有するものと信ずるに至ったのであって、右信ずるに至ったのは、Y会社の作為不作為に基くものと認めることができる。」と判示した。「必ずしも常に本人の作為または不作為に基くものであることを要しない」という判旨冒頭の部分は抽象的な傍論にすぎないが、これまで判文の上で必ずしも明瞭とは言えなかった点を初めて明言したものであった。

そして、最判昭和三四年二月五日（民集一三卷一号六七頁）は、本人の過失を要件とするものではないことを重ねて明確にしたものである。すなわち、訴外Aは、昭和二八年一月頃その義兄であるX（原告・控訴人・上告人）から、東京都民銀行から金融を受けるべき代理権を付与され、実印および本件土地の登記済証（権利証）並びに本件建物

民法110条の「権限ありと信ずべき正当の理由」は本人の過失に基づくことを必要とするか

(当時未登記)の建築許可書(建物登記に必要な書類)の交付を受けて預かっていたが、同年六月下旬頃右代理権限を越えて本件土地建物を担保に金借せんとし、金融会社を経営しているY₁を案内して本件土地建物を見分させ、前記実印を使用して作成したX名義の委任状、印鑑証明書、前記登記済証などを見せた。Y₁はAがXの正当な代理人と信じ、Aに金一三〇万円を交付し、ここにY₁とAとの間で、借受人をXとし、借受金の弁済期を同年一二月末日、利息年一割とし毎月末支払うことを約定し、本件土地建物に抵当権を設定し、右弁済期に弁済しないときは代物弁済として本件土地建物をY₁に移転することおよび本件土地建物に賃借権を設定することを約定した。なお、Aは一カ月後に右借受金を返済するにつき右登記を経ないことを求めたが、その支払いがなかったので、Y₁において同年九月一日前記委任状に基づき本件建物の保存登記を経て、本件土地建物につき抵当権設定登記、所有権移転請求権保全の仮登記および賃借権設定登記を経た。その後Y₁は前記金一三〇万円の債権並びに抵当権および仮登記上の権利などをY₂に譲渡し、その旨Xに通知し、これに副う登記を経たが、Xにおいて前記金一三〇万円を支払わないため、Y₂が前記契約に基づき本件土地建物につき代物弁済による所有権移転の本登記を経て、Y₃のため抵当権設定登記、所有権移転請求権保全の仮登記、賃借権設定登記を経た。これに対して、Xは、右各登記はいずれもXの不知の間になされたものと主張し、右各登記の抹消を求めて提訴した。第一審でX敗訴。X控訴。Xは、Y₁がAに代理権のなかったことを知り、または、知らないにつき過失があったと主張し、また、前記代物弁済に関する契約は公序良俗に違反しあるいは信義誠実の原則に違反すると主張したが、いずれの主張も採用されず、X敗訴。X上告。上告理由は、AがY₁にXの権利証等を渡したときに「Xに内密なのだし、また綺麗な権利証を汚すことになるから最悪の場合の来るまでは抵当権の設定登記をしないように」頼みY₁もこれを承諾し、かつAがY₁の面前でXの委任状や印鑑証明願書等を偽造し

説

論

てY₁に渡したのであるから、Y₁が初めから本件一三〇万円をXが借りるのではなくXの印章と署名を冒用してAが借りるのだということを知悉していた。かりにY₁がAにXを代理する権限ありと信じたとしても、かく信ずるにつき重大な過失があり、民法一一〇条のいわゆる正当の理由を有せざるものといふべきである。また、民法一一〇条を適用してXにその責を負わせるにはAにXを代理する権限ありとY₁をして信ぜしむるに至れる過失がXになければならぬと思考するが、かりにXがAに対して本件土地建物を担保として東京都民銀行から金融を受けるにつき代理権を付与したとしても、AがXの委任状等を偽造してY₁から一三〇万円を詐取した場合に直ちにXに過失があったとはいえないから、本件の場合民法一一〇条の適用はない、ということである。以上の上告に対して最高裁は、「所論は、原判決の認定に副わない事実を主張し、これを前提として判例違反を云為するものであって、所論判例はいずれも本件に適切ではない。なお、民法一一〇条による本人の責任は本人に過失あることを要件とするものではないから（最高裁判所昭和二八年一月三日第一小法廷判決、集七卷一二号一三一頁以下参照、本件の場合上告人が所論のように無過失であったからといってその責を免れ得べきではない。それ故所論はすべて採用できない。」と判示し、裁判官全員的一致で上告を棄却した。

五、今日の判例・通説

かくして、本人の過失ないし作為・不作為は一一〇条適用の必要要件ではないという見解が、判例・通説の立場として確立した。

しかし、本条の適用に当たって本人の過失などを考慮すべきかは別問題であって、学説も「権限ありと信ずべき理

民法110条の「権限ありと信ずべき正当の理由」は本人の過失に基づくことを必要とするか

由が本人の作為不作為に基くものであるか否か・・・は、正当の理由の認定に当たって考慮さるべき事情たるにすぎないのである」(廣橋次郎「民法第一一〇条の正当理由と本人の作為不作為の要否」(前掲最判昭和二十八年二月三日の批評) 民商法雜誌三〇巻四号(昭和三〇年)五三頁)、「本人の過失や関与は要件ではないが、正当な理由の判断においては、これも十分考慮しなければならない」(於保不二雄・民法総則講義(昭和四一年)一三九頁)、「本人への帰責性の問題、本人の有責性の軽重は、必然的に正当理由の成否に関連してくる」(石田喜久夫・私法二六号(昭和三九年)二五頁)、「本人の過失などが要件でないというのは、それらを確定できない場合になお本人の責任を認めても、そのことだけから違法な判決にはならないという意味であって、本質的に利益考慮を基礎とする表見代理では、ある判例もいごとく「諸般ノ事情ヲ斟酌シテ」決すべきである」(椿寿夫・注釈民法4総則4(昭和四二年)一五〇頁)、「表見法理の適用は、結局、その事情のもとで本人と第三者のどちらを保護すべきかの問題に帰着する。そこで、本(一一〇)条の適用に際しては、本人の帰責要素(「本人の過失」や「本人の行為・不行為」も入る)・・・なども、考慮に入れなければならない。そして、裁判所としては、それを正当理由の有無の判断という形で行うことをよぎなくされる」(四宮和夫・民法総則(第三版)(一九八二年)二七八頁)、「本人の具体的・主観的な容態を問題にしないという解釈は、とくに、法定代理への本条の適用を肯定するための前提として意義をもつ。と言うのは、任意代理にあつては、基本権限の存在という点において本人の意思や過失は一般的・抽象的には視野にとりこまれていて、ということもでき、また本人の過失や行為の有無は、多かれ少なかれ外部に反映し、無権代理行為の相手方の善意や無過失(とくに後者)の成否を左右する場合が少なくない」(幾代通・民法総則(第二版)(一九八四年)三八五頁)とされている。

説

論

そして、判例についても、「最高裁は必ずしも常に本人の作為または不作為に基づくものであることを要しないと、また本人に過失あることを要件とするものではないと解するに至っております。こういった最高裁の判例が実質的に本人の作為、不作為、帰責性というものをほんとうに問題としていないかどうかということには疑問がのこります」(石田・前掲二二頁)、「裁判所は正当の理由を見るときに、用語はともかく、かなり具体的に、第三者の善意無過失といったような抽象的なものだけじゃなしに、本人の側のシチュエーションというものをかなり考慮に入れていくというふうには私は考えるわけです。」(川島武宜・私法二六号(昭和三九年)七五頁)、「判例は、一一〇条による本人の責任は本人に過失あることを要件としないから、本人が無過失であったとしても本条の責任は免れないとしている(前掲最判昭和三四・二・五)が、一一〇条は定形化された本人の過失を含んでいるとも解しうるから、この判例が過失主義を排したものである」ということはできないであろう」(多田利隆・講義民法総則(篠塚昭次・石田喜久夫編)(一九八一年)一五五頁)、「基本代理権」でもってしてもなお考慮に余る本人側の事情が存在し、これは「正当理由」の判断に持ちこまねざるを得ないが、この判断を客観的の事情を基礎としてなす通説では、それをなまのかたちでは斟酌することができないのである。本人側の事情は内部事情であり、通常外部から分らないことが多いと思われるからである。しかし、少なからぬ判決例で、それらはなお、相手方有过失の構成を通して、事実上「正当理由」を否定する要素として作用していることが分かった。判例上、通説の理論的枠組みがなお堅持されているとはいえず、実質は、「正当理由」の判断のなかに本人の帰責性が直接影響しているというべきである」(安永正昭「越権代理と帰責性」林良平先生還暦記念論文集・現代私法学の課題と展望(中)(一九八二年)五五頁、なお安永正昭「表見代理」民法講座一卷「民法総則」(一九八四年)四八九頁、間部俊明「最高裁判所判例にみる正当理由の認定基準」横浜弁護士会

民法110条の「権限ありと信ずべき正当の理由」は本人の過失に基づくことを必要とするか

編・表見代理の判例と実務（一九八四年）三二八頁参照）とされている。

六 安永・高森説

このようにして、基本代理権の存在の他に、本人の過失ないし作為・不作為が存在することは、一一〇条適用の必要要件ではないが、本条適用にさいして考慮されるべきものではあるというのが、判例・学説の立場であるといえる。

これに対して、安永・前掲五五頁は「ある人を信頼して代理権を付与したというのみでは、民法一一〇条の表見代理成立における本人への帰責の標準として十分ではなく、むしろ、当該越権行為自体との関連における本人側の事情をとらえることが必要なのではないか」と、本人の過失ないし作為・不作為すなわち本人の帰責性を一一〇条適用の必要要件とすることを提唱される。

他方、高森八四郎・哉子「表見代理理論の再構成」（一九九〇年）三五頁以下は、「本人に代理権の有無・範囲について問い合わせをすることが全く不要と感じさせるほどの客観的事情があり（代理人が従来同種の法律行為をした場合に、本人がこれを承認しかつその履行を拒んだことがない場合、あるいはそれに準ずるような場合がそうである）」それゆえに「代理権の存在を信じた」といえるときに、相手方に「正当理由」が成立し、このようにして「正当理由が成立するとき」は、必ず相手から見て本人が代理人に当該取引についての代理権を授与したと推定できる「本人の行為が存在する」と解される。

《参考文献》

本文中に掲げたもの以外に

説 最判昭和二八年一月三日の評釈として、我妻栄・法学協会雑誌七三卷三号。

最判昭和三四年二月五日の評釈として、北村良一・法曹時報一一卷四号、谷口知平・民商法雑誌四一卷一号、宮内竹和・法学協会雑誌七六卷六号、篠塚昭次・民法判例百選Ⅰ(第三版)六八頁、西山井依子・民法判例百選Ⅰ(第四版)六四頁。

論