

I—2 代理による契約の締結

担当 沼尾・佐坂・松尾

Aは、建設資材の取次業を営んでいたが、折からの不況のため、資金繰りに窮するようになり、取引先Yに対する1億円の貸金債務を期日（2004年3月31日）に弁済できなくなつた。そこで、Aは、2004年4月1日に、Yに懇請して、2週間の猶予を取り付けたうえで、母親Xに支援を乞うことにした。Xは、夫と死別した後、夫の遺産として自宅のほか土地甲（現況は空き地となっている）を相続し、近くに住むAの弟Bの介護を受けながら暮らしていた。Aは、事態を正直に伝えるとうまくいかないと考え、2004年4月7日にX宅を訪れ、Xに対し、新たに事業を拡張するため、知人Yから運転資金を借り入れる必要が生じたと説明し、ついてはどうしても担保が必要なため、Xが所有する項に抵当権を設定してもらえないかと頼み込んだ。Xは、老齢のため、込み入った話は理解できず、Aが絶対に迷惑をかけることはないと力説することもあって、その場でAの依頼を了承し、Aのいままに、④甲の権利証と⑤Xの実印及び⑥印鑑証明書のほか、⑦委任事項と受任者欄を空欄にしたXの記名実印のある委任状をAに交付した。

その後、2004年4月10日に、Aは、Yに対し、④～⑦を示しながら、母親Xから甲の処分について一任を受けたことを告げ、Yと協議したところ、Aの債務の弁済に換えて、甲をYに譲渡することになった。そこで、2004年4月14日に、Aは、Xを代理して、AのYに対する1億円の債務の弁済に代えて、Xが甲をYに譲渡する旨の契約を締結し、甲の登記をYに移転した。

(1)2004年7月1日になって、BはXから事情を伝え聞き、急いでAに問い合わせたところ、すでに甲がYに売却されていることが判明した。この場合に、Xは、Yに対し、甲の返還を求めることができるか。

(2)Yがすでに2004年6月1日に甲をZに転売し、登記もZに移転していることが判明した場合はどうか。

Questions

- (1) Xは、Yに対し、甲の返還を求めることができるか。
- (a) XがYに対して「甲の返還を求める」とは、具体的に何を意味するか。また。その返還を求めるための法律上の根拠及びその要件は何か。
- (b) Xの返還請求を拒絶するためには、Yはどのような主張をおこなう可能性があるか。
- (ア) Xが甲をYに譲渡する旨の契約が成立したといえるためには、どのような要件が必要か。
- (イ) 109条による表見代理が成立するためには、どのような要件が必要か。本件ではその要件をみたしているか。その際、Aが、①委任状をYに示したときに、委任事項と受任者欄を空欄にしたままだったが、Aが委任事項に「甲の処分に関する一切の事項」、受任者欄に「A」と書き込んだ上で示したかどうかで、違いがあるか。
- (ウ) 110条による表見代理が成立するためには、どのような要件が必要か。本件ではその要件をみたしているか。その際、Aが、④委任状をYに示したときに、委任事項と受任者欄を空欄にしたままだったが、Aが委任事項に「甲の処分に関する一切の事項」、受任者欄に「A」と書き込んだ上で示したかどうかで、違いがあるか。また、この場合に、甲の時価が1億円程度、1億2000万円程度、2億円程度だったかで、違いがあるか。そのほか、Yが、資材の販売業者だったか、不動産業者だったか、金融業者だったかで、違いがあるか。
- (c) Yの主張をしりぞけるためには、Xはどのような主張をおこなう可能性があるか。
- (2) Yがすでに甲をZに転売し、登記もZに移転していることが判明した場合に、Xは、Zに対し、甲の返還を求めることができるか。
- (a) XがZに対して甲の返還を求めるための法律上の根拠およびその要件は何か。
- (b) Xの返還請求を拒絶するためには、Zはどのような主張をおこなう可能性があるか。
- (ア) Zは、誰と誰との間で甲の処分がおこなわれたことを主張すればよいか。
- (イ) Zは、表見代理の成立を主張することができるか。
- (ウ) そのほかに、ZがXの返還請求を拒絶するための法律構成として、どのようなものが考えられるか。その際、YがAと協議するときに、譲受けの手続と譲り受けた後の処分方法に関して相談するために不動産業者Zに同席してもらい、Zのアドバイスにしたがって、YがXから甲を譲り受けたうえで、甲を1億2000万円でZに売却したという事情があったとした場合に、この事情は意味をもつか。

(1) XはYに対し、甲の返還を求めることができるか。

(a) XがYに対して「甲の返還を求める」とは、具体的に何を意味するか。また、その返還を求めるための法律上の根拠およびその要件はなにか。

文責 松尾 佐坂

そもそも代理とは？

「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じる（民99-1）」。前項の規定は、第三者が代理人に対してした意思表示について準用する（99-2）。

代理の要件

- ① 代理権の存在—本人が代理人に対して代理権を授与したこと
- ② 顕名—代理人が本人のためにすることを示したこと
- ③ 法律行為—代理人が相手方と契約を締結したこと

代理の効果

代理人と相手方間の法律効果が本人に帰属する。

本件

AはYに対して、Xから甲の処分について一任を受けた上で、Yとの間で、甲をYに譲渡するという契約を締結しているため、上記要件の②と③を満たすことはわかる。しかし、本人Xが代理人Aに対して委任したのは、甲土地に抵当権を設定することなのであって、Aの債務の弁済に代えて甲をYに譲渡することではない。よって、①にいう代理権があるとはいはず、代理人Aの行為は無権代理行為となり、AY間の法律行為は無効である。したがって、所有権はなおXのもとにあるので、Xは、甲における自己の所有権（206条）にもとづき、Yに対して甲の返還、および登記抹消を請求すると考えられる。

(b) Xの返還請求を拒絶するためには、Yはどのような主張をおこなう可能性があるか。

(ア) Xが甲をYに譲渡する旨の契約が成立したといえるためには、どのような要件が必要か。

AY間の法律行為がXに帰属するには、本人Xと代理人Aの間に有効な代理関係があると主張する必要がある。XA間の代理関係が有効であるかどうかは、上述の要件3つを検討すればよい。（1）（a）より、代理人Aが行った法律行為には代理権があるとはいえないので、代理の要件を満たさず、Aの行為は無権代理行為となる。

無権代理行為となった場合、代理人と相手方間の契約は不成立となるので、本人が追認（116条）をしない限り、契約の効果は本人に帰属せず、相手方は不利益を受けることになる。そこで、無権代理であっても、相手方が代理人につき代理権があると信じたことが尤もだと思われる客観的事情が存する場合、一定の要件のもとで相手方を保護し、本人に代理効果を帰属させ、有権代理と同じ責任を課すべきであると考えられる。具体的には、表見代理制度について検討していく。

(イ) 109条による表見代理が成立するためには、どのような要件が必要か。本件ではその要件を満たしているか。その際、Aが委任状をYに示した時に、委任事項と受任者欄を空欄にしたままだったか、Aが委任事項に「甲の処分に関する一切の事項」、受任者欄に「A」と書き込んだうえで示したかどうかで違いはあるか。

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、その他人が代理人を与えられていないことを知り、または過失によって知らなかつたときは、この限りでない。」

109条要件

- ①代理権がないこと
- ②本人が他人に代理権を与えた旨を相手方に表示したこと
- ③表示された代理権の範囲内で行為をしたこと
- ④第三者が善意無過失であること

効果

本人が第三者に対して有権代理と同じ責任を負う。

本件

委任事項・受任者欄空欄だった場合

単に白紙委任状が呈示されただけでは、本人が誰にいかなる代理権を授与したかが分からぬいため、109条要件②の代理権授与表示があったとはいえない。

白紙委任状以外に、土地の権利証や実印、代理人に特定の代理権が授与されたと推断させる事情があるようなときは、109条の代理権授与表示があったといえるかもしれない。

しかし、委任事項、受任者欄がともに空欄であるならば、たとえ本件のように、AがXの実印や甲の権利証のようなものを示していたとしても、相手方は、本当に代理人に代理権

があるのかと当然疑いをもつべきであり、にもかかわらず単に信じてしまえば、要件④の善意無過失であるとはいえない。よって、109条表見代理は成立しないと考える。

委任事項に「甲の処分に関する一切の事項」、受任者欄に「A」と書き込んで示した場合白紙委任状が書き込まれて相手方Yに呈示された場合は、相手方Yからみれば、書かれた内容の委任状が本人X自身によって作成されたと思われるため、②の代理権授与表示の要件を満たす。本人Xは、白紙委任状という濫用されるおそれの高いものを交付した以上、その交付を受けたAが濫用して、X自身が表示を行ったと相手方Yに思われてもやむを得ない。また、AはYに対し表示された代理権の範囲内で代理行為をしたので、要件③も満たす。さらに、AはYに甲の権利証やXの実印、印鑑証明書を委任状とともにしめしていることから、YはAが委任事項にかかれた代理権を有すると信じても、過失があるとはいえない。よって、要件④も満たし、109条による表見代理が成立すると考える。

(ウ) 110条による表見代理が成立するためには、どのような要件が必要か。本件ではその要件を満たしているか。その際、Aが、委任状をYに示した時に、委任事項と受任者欄を空欄にしたままだったか、Aが委任事項に「甲の処分に関する一切の事項」、受任者欄に「A」と書き込んだうえで示したかどうかで違いがあるか。また、この場合に、甲の時価が1億円程度、1億2000万円程度、2億円程度だったかで違いがあるか。そのほか、Yが資材の販売業者だったか、不動産業者だったか、金融業者だったかで、違いがあるか。

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すべき正当な理由があるときについて準用する。」

要件

- ①代理人に、本人から与えられた何らかの権限（基本代理権）があること
- ②代理人が代理権の範囲をこえた行為をおこなったこと
- ③代理権にもとづく代理行為と第三者が信じるにつき正当な理由があること

①について

Q.この「権限」は代理権（法律行為を行う権限）に限られるか？

（a）代理権限定説（判例）

110条の権限は代理権に限られるとする。法律行為でなく、単なる事実行為をするに過ぎない代理権は、基本権限となりえないとする。勧誘など。

（b）代理権非限定説

110条の権限は、代理権に限られず、対外的に重要な行為をする権限であれば足りる。本人の帰責性は「正当な理由」で判断すればよいので、一般的な権限であればよい。

Q.代理権以外の権限として、公法上の行為をする権限も110条の権限に含まれるか。

単なる公法上の代理権も原則は基本権限となりえない。しかし、登記申請手続きの代理権などは、公法上の行為といつても私法的作用を有するものであるから、110条の基本代理権となるとしている（判例）。具体的な事情の下における本人の帰責性という観点から判断し、広く表見代理の成立を認めてよいと思われる。

③「正当な理由」について

一般的には相手方の善意無過失と考えられている。

110条の「正当な理由」が、相手方が代理行為者に代理権があると信じたことに過失がなかったことを含むことに争いはない。問題は、相手方がそう信じたことに過失があったかどうかをどのようにして判断するかである。

（a）判例

本人への調査・確認義務はないが、特殊事情がある場合（代理人に不信な言動が認められる場合など）には義務があるとする。

（b）調査確認義務構成

代理行為者に代理権があるかどうかにつき、相手方が本人に調査確認すべきなのにそれを怠った場合に、相手方に過失が認められ、正当な理由が否定される。

懲懲重視説

代理行為者に代理権の存在を推測させる懲懲（実印、印鑑証明書、委任状、権利証など）がある場合において

- ・とくに代理権の有無について疑念を生じさせるに足りる事情がない限り、相手方に過失はなく、正当な理由が肯定される。
- ・代理権の有無について疑念を生じさせる事情がある場合は、相手方は本人に調査確認すべきであり、それを怠れば正当な理由がないとされる。

否定要因について（判例の傾向）

- ・代理人が有する懲懲に疑念がある場合一関係書類の不備や改ざんの形跡
- ・代理行為者に疑念がある場合一実印を所持していても、代理行為者が本人の家族で入手しやすい

- ・利益相反取引一代理行為によって代理行為者が利益を受ける場合
- ・本人の不利益一本人に重大な不利益を負わせる代理行為の場合

しかし、調査確認義務構成をとったうえで、代理権に関する本人の調査確認義務を相手方に課し、それを尽くさなければ保護されないとすれば、代理人を直接の相手として取引する可能性を認めた代理制度の意味がなくなってしまうという批判がある。

とはいっても、110条における「正当な理由」の立証責任は相手方にあるとされているので、代理制度だからといって、相手方ばかりを保護するのは妥当でないと思う。

そこで、相手方の事情を中核としつつ、本人の事情も考慮して判断すればよい。

110条の効果

本人に有権代理と同様の責任を課す。

本件

要件①

XはAに対して甲に抵当権を設定する権限を与えていたので、Aには基本代理権があるといえ、この要件を満たす。

要件②

Xから与えられた代理権の範囲は甲に抵当権を設定することだったが、その権限の範囲を超えてYに対して甲を譲渡したので、この要件を満たす。

要件③

(a) Aが委任状をYに示した時に、委任事項と受任者欄が空欄だった場合

委任状の重要な部分が空欄であれば、代理権の有無について、当然疑いをもってしかるべきであると思う。にもかかわらず、Yは調査確認を怠ったので、Yには正当な理由があるとはいえない。

(b) Aが委任事項に「甲の処分に関する一切の事情」、受任者欄に「A」と書き込んだうえでYに示した場合

AはYに対して、委任事項欄、受任者欄に上記の内容を書き込んだ委任状とともに、甲の権利証、Xの実印、印鑑証明書といった、代理権の存在を信じさせる懲懲を示しているので、YはAに上記代理権があると信じるに正当の理由があったといえる。Xについても、濫用されやすい白紙委任状を交付している以上、Aが濫用してYに示し、YがAに代理権があると信じてもやむを得ず、Xに帰責性がないとはいえない。よって、110条により、Xには表見代理責任が成立する。

★甲の時価が1億円程度だった場合

AがYに対して示した委任状や甲の権利証、Xの実印、印鑑証明書等に不備や改ざんの形跡といったことがなく、代理人が有する懲懲に疑念を生じないのであれば、Yには正当な理由があったといってよい。

★甲の時価が1億2000万程度であった場合

時価が1億2000万円程度であるにもかかわらず、1億円で譲渡することは不利益を生じさせるが、Xに重大な不利益を負わせるものとまではいえない。よって、代理権の有無について疑念を生じるべき事情ではなく、Yには正当の理由があるといえる。

★甲の時価が2億円程度であった場合

時価が2億円程度の甲土地を、1億円で譲渡することは、本人Xに重大な不利益を負わせるものである。Xが本当にここまで不利益を負担する意思があるのかどうか、Yは調査確認すべきであったといえる。それにもかかわらずXに対して調査確認を怠ったので、Yには正当な理由があったとはいえない。

@Yが資材の販売業者であった場合

Aは建設資材の取次業を営んでいたことから、YがよくAと取引をする資材販売業者のような場合は、多少予測がつくかもしれないが、Yが一般的な資材販売業者であるときは、AはYに委任状や甲の権利証、Xの実印、印鑑証明を示していたので、代理権の有無について、Xに調査確認すべきであるほどの疑念を生じさせるものとはいえない。よって、Yには正当な理由があったといえる。

@Yが金融業者であった場合

相手方が金融機関の場合は、このような金銭を伴う契約に関して危険察知できる可能性が高く、注意義務が高いといえるので、AがYに対して上記のようなものを示して代理権の存在を信じさせるような外部的懲懲があったときでも、ほかに代理権の存在を信頼するに足りる事情がない限り、本人に調査確認すべきであった。よって、Yには正当な理由があったとはいえない。

@Yが不動産業者であった場合

同様に、Yが不動産業者であった場合は本件のような不動産取引には精通しているはずなのであるから、代理権の存在を信じさせるような徴徴があったとしても、本人Xには調査確認すべきであった。よって、Yには正当な理由があったとはいえない。

以上より、A が委任事項欄に「甲の処分に関する一切の事項」、受任者欄に「A」と書き込んだうえで、甲の権利証、X の実印、印鑑証明書とともに Y に示し、甲の時価が 1 億円または 1 億 2 0 0 0 万円程度であり、さらに Y が資材の販売業者であれば、Y に正当な理由があるといえ、要件①から③を満たし、110 条の表見代理が成立するものと考える。

(c) Y の主張を退けるためには、X はどのような主張を行う可能性があるか。

以上述べてきた表見代理が成立しないと主張すればよい。

表見代理の要件を満たさないと主張する。

- ・ 109 条の場合、相手方悪意・有過失の立証責任は本人にあるので、代理人として行為した者に代理権がないことを相手方が知っていたか、過失により知らなかつたため、表見代理は成立しないと主張すればよい。
- ・ 110 条の場合、相手方に正当な理由があることの立証責任は相手方にあるので、相手方が証明できなければ 110 条表見代理は成立せず、X は表見代理責任を負わない。

(本件では、X と A は親子関係にあり、X の実印等、A は入手しやすい立場にあったといえるので、Y は X に対して確認すべきであった。Y には確認すべきことを怠ったという過失が認められ、正当な理由とはならず、表見代理は成立しない。逆に、親子関係であるからこそ、相手方は信頼してしかるべきであるともいえるのかもしれない。)

(2) Y がすでに甲を Z に転売し、登記も Z に移転していることが判明した場合に、X は Z に対し、甲の返還を求めることができるか。

Question(2) (a)

X が Z に対して甲の返還を求めるための法律上の根拠およびその要件は何か。

民法 99 条 1 項

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。

民法 113 条 1 項

代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、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。

まず、(1) (a) で検討したように、Xの代理人AがYとの間でなした売買契約は、代理権限外の無権代理行為であり、AY間の代理行為は無効である。この結果としてYは無権利者になる。Xは、Yに対して所有権に基づく登記抹消請求をすることができる。

本問では、Yが甲をZに転売し、登記も移転している。Xは、Yから甲を譲り受けたZに対しても甲の返還を求めることができるか。

＜あてはめ＞

無権利者から譲り受けた者は有効に権利を取得することはできない。そのため、無権利者Yから譲り受けたZは無権利者である。Xは所有権にもとづいて、Zに対して甲の返還を求めることができる。

Question(2) (b)

Xの返還請求を拒絶するためには、Zはどのような主張をおこなう可能性があるか。

(ア) Zは、誰と誰との間で甲の処分がおこなわれたことを主張すればよいか。

＜あてはめ＞

Zは、Yから甲を譲り受け、登記を備えている。問題となるのは、XとYとの間で、甲の処分が有効になされているかである。Yが、Xから有効に甲を承継取得していれば、Zも有効に甲を承継取得することができる。よって、Zは、XとYとの間で甲の処分がおこなわれたことを主張する。

(イ) Zは、表見代理の成立を主張することができるか。

Zは、自らの表見代理の成立を主張できれば、たとえYが甲についての処分権限を持っていなかったとしても、表見代理の保護の対象となり甲を取得することができる。そこで、110条によって保護される「第三者」とは、無権代理行為の直接の相手方に限られるか、その転得者までふくまれるかについて争いがある。

【1】110条の「第三者」の範囲

(1) 限定説（判例）

110条の第三者は、無権代理行為の直接の相手方にかぎられるとする。

表見代理制度とは、代理権がないのにあるかのような外観を信じた者を保護するための制度である。したがって、代理権があるかのような外観に対面しているのは直接の相手方である以上、110条により保護される第三者は直接の相手方にかぎられる。

(2) 非限定説

110条を取引安全のための規定と考え、直接の相手方にかぎらず、その他の第三者も110条の第三者にふくめてよいとする。これによると、直接の相手方Yについて表見代理が成立しなくても、Zについて要件をみたすかどうかを判断すればよいことになる。

110条の表見代理制度によって保護される「第三者」は、代理権の存在を正当に信じた者である。そうであるならば、ここで110条によって保護される「第三者」に、転得者は含まれないと考える。よって、110条の「第三者」とは、無権代理行為の直接の相手方にかぎられる、と考えるのが妥当である。

＜あてはめ＞

Zは、無権代理行為の直接の相手方Yから甲を譲り受けた者であり、直接の相手方ではない。そのため、Zは、110条の「第三者」に当たらず、表見代理の成立を主張することができない。

(ウ) そのほかに、ZはXの返還請求を拒絶するための法律構成として、どのようなものが考えられるか。その際、YがAと協議するときに、譲受けの手続きと譲り受けた後の処分方法に関して相談するために不動産業者Zに同席してもらい、Zのアドバイスにしたがって、YがXから甲を譲り受けたうえで、甲を1億2000万円でZに売却したという事情があったとした場合に、この事情は意味をもつか。

上述のように、Zには表見代理を主張できないが、ZはYに甲建物を処分する権利を有すると信じて契約をしていると考える。そこで、Zのこのような信頼を保護して例外的にZに権利を取得させることができないか。

そこで、94条2項を類推適用することでこの問題を解決することができないか？

民法94条1項

相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

民法94条2項

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。

まず、94条2項を類推適用できるための要件をどうするべきか。

通謀虚偽表示と同視できる程の外形

+ 第三者の信頼の保護という目的 本人の責任であること

【2】94条2項類推適用の基礎づけ

94条2項を類推適用し、善意の第三者を保護するという考え方が確立している。それは、次のような考慮にもとづく。

①虚偽表示との類似性

虚偽の外観の存在について、真の権利者に何らかの意思的関与がある

②表見法理による基礎づけ

表見法理からいって虚偽表示の場合と同様にあつかう必要がある。この表見法理から導かれる原理には、以下の二つがある。

(a) 信頼原理

登記簿上には「第三者Yが真の権利者Xから甲を譲り受けた」という外観がある。この外観に対する第三者Zの信頼を保護する必要がある。

(b) 帰責原理

虚偽の外観を作り出した者は、そのことを原因として権利を失ってもやむをえない。

(1) 権利証の交付と積極的関与の不存在

虚偽の外観を作り出したのが真の権利者ではなく、他人である場合は、94条2項の基礎にある帰責原理からすると、それだけでは類推の基礎がないことになる。したがって、ここで、94条2項を類推するためには、いったん作り出された外観が存続することについて、真の権利者に帰責性が要求されることになる。

虚偽の外観を作り出したのは、真の権利者Xではない場合に、Xに帰責性が認められるかどうかを判断する要因はいかなるものであるか。

(a) 外観作出の帰責性

(ア) 肯定要因——権利証等の交付

XがAに権利証等を交付していなければ、このような虚偽の外観は作出されることはなかったはずである。そのかぎりで、Xには、虚偽の外観の作出について帰責性を肯定する要因が存在する。

(イ) 否定要因——積極的関与の不存在

しかし、Xは、虚偽の外観作出に積極的に関与したわけではなく、94条2項の類推を基礎づけるに足りるだけの帰責性があるかどうかは問題である。

1) 外観作出意図の不存在

Xが権利証を交付したのは、Aのための抵当権設定の必要からであり、Xは、虚偽の外観を作出する意図がなかった。

2) 外観作出防止の困難

権利証交付の後に虚偽の外観が作出されるのを防止するのが、困難な状況にあった。

(b) 外観存続の帰責性

真の権利者から相手方への虚偽の移転登記がおこなわれた後、それと接着した時期に相手方から第三者への売却がおこなわれている場合、真の権利者が外観を放置していたということもできない。

【2】第三者の主観的要件——無過失の要否

以上の場合について、94条2項の類推により第三者が保護される要件として、無過失まで要求すべきかどうかについては争いがある。

(1) 無過失不要説（判例）

第三者が保護されるためには、善意であればよいとする。真の権利者は、虚偽の外観作出に関与が認められる以上、権利を失ってもやむをえない、とする。

(2) 無過失必要説

第三者が保護されるためには、善意無過失でなければならないとする。

(a) 94条2項の本來的適用についても無過失を要求する見解

94条2項の基礎にある表見法理からすると、94条2項の本來的適用の場合はもちろん、その類推適用の場合も、第三者の信頼は正当なものであることが要請されるとする。

(b) 94条2項の本來的適用については無過失を要求しない見解

94条2項の本來的適用の場合は第三者に無過失を要求しないとしても、94条2項の類推適用の場面では、外観を他人が作出了した場合にまで真の権利者に帰責性を認め、94条2項を類推する可能性を認める以上、それによって第三者が保護を受けるためには無過失まで要求すべきであると考えられるからである。

これら学説について、どの説が妥当であるか。

やはり、虚偽の外観を作出了した本人側の責任は大きく、それを信頼した者の保護と比して本人を保護する必要性は小さいと考える。しかしながら本件ではその虚偽の外観の作出は実質的に A によって行われている以上 X を保護する必要性もあると考える。そこで、本件事案においては第三者の主観面に善意無過失を要求するのが妥当であると考える。

以上より、94条2項の類推適用により、第三者が保護されるためには、①虚偽の外観の存在、②真の権利者に虚偽の外観の作出に帰責性があること、③第三者の善意無過失、が必要である。

あてはめ

まず、甲不動産の登記はYに移転しており、客観的にはYに高不動産を処分する権限を有するような外形が存在する。(①充足)

次に真の権利者の虚偽の外観作出について帰責性があるかどうかである。確かに、XはAの代理権限越により不本意ながら甲不動産の所有権の移動している。このことからXには帰責性が無いようにも思える。しかしながら、本来抵当権を設定するという行為の代理を目的としていると言われている以上、代物弁済のような本権を移動させる契約が結ばれていたことが異変に気付くはずである。またAY間の契約日から2ヶ月ほど経っており、登記の抹消請求など求めることも可能であったと考える。よって帰責性はあったと言える(②充足)

そして第三者であるZの主観面である。Zは不動産業者でありかつAY間の契約時に同席している。この場合XY間の権利変動がAを介した代理行為によるものだと認識しうると考える。そしてZが不動産業者であるところ本契約が代理によるものと認識していたのならば取引において正当な代理権を有しているかの確認を通常しうると考える。よってZは少なくとも有過失であり94条2項類推適用を認めることはできないと考える。

よって返還請求を拒むことはできないと考える。

参考文献

山本敬三『民法講義I』

近江幸治『民法講義I 民法総則』(第6版)

「民法判例百選① 総則・物権」(第6版)

最高裁昭和51年6月25日第二小法廷判決 解説のみ参照

「最高裁判所 判例解説」

最高裁昭和45年7月28日第三小法廷判決