

# 権限踰越の表見代理と「正当理由」

高 森 八四郎  
高 森 哉子

## 一 序

### 二 梅・富井両博士の見解

- (一) 梅博士の見解に対する誤謬
- (二) 梅博士の「民法要義」
- (三) 梅博士の見解
- (四) 富井博士の見解
- (五) 起草者の見解のまとめ

### 三 鳩山・我妻両博士の見解

- (一) 鳩山博士の見解
- (二) 任意代理と「原因主義」

### (三) 法定代理と「原因主義」

### (四) 我妻博士の見解

- (一) その後の学説の展開
- (二) 前章までのまとめ
- (三) 利益衡量論的な見解
- (四) 本人の帰責性を重視する見解

### 五 結 び

- (一) 一一〇条の「正当理由」の具体的判断基準
- (二) 他の表見代理規定との関係

権限踰越の表見代理（民法一一〇条）において相手方が保護されるためには、代理人の権限外の行為について代理権があると信じ、かつそう信じたことに正当な理由がなければならぬ。

この「正当理由」の内容について、従来「普通の人々が、代理権があるものと信ずるのもっともだと思われること」（我妻栄『新訂民法総論』三七一頁）という事情があり、代理権の存在についての善意・無過失のことをいうとかなり漠然と規定されてきた。この考え方の背後には、実印等の所持はなんらかの代理権が与えられたと信ずるについての「もっともだと思われる」事情だとする判断があり、その判断は実印等の所持があれば、代理権ありと信ずるのが当然であり、そう信ずるについて過失はない旨を抽象的に判示する判例を導いたように思われる。確かに実印等の所持は、なんらかの代理権が与えられたと信ずるについての「もっともだと思われる」事情のひとつにはなり得るが、その所持のみを以て、代理人が自称する当該取引に関する代理権存在の徴表と見るには問題がありすぎる。一一〇条において相手方が保護されるためには、相手方が当該取引に関して、代理人が自称する当該取引についての代理権が自称代理人にあると信じ、かつ、そう信じたことに、正当理由があるものでなければならぬ。<sup>(1)</sup>しかし、我妻説に代表される正当理由の内容に関する漠然とした表現は、正当理由の判断をなんらかの一般的な代理権があったか否かという抽象的な判断に流しやすく、代理人が自称している当該取引に関する代理権があったか否かという問題の把握には至りにくい。正当理由の内容は、正当理由の有無の具体的判断基準として機能しうるように規定されねばならないが、表見代理を有権代理的に構成する高橋説を除けば、正当理由を利益衡量論的に説明するのが近時の学説の傾向であり、あるい

は正当理由の内容を具体的判断基準として機能しうるように規定するという努力を放棄して、判例においていかなる事実が認定されたときに正当理由が肯定されるいは否定されたかを検討するという認定事実の分類による研究もなされている。<sup>(3)</sup>

実印所持等をめぐる判例を検討してみると、多くは、①実印ないし白紙委任状の所持があれば、原則として、それを信頼した者には一一〇条の正当理由が認められると説示し、この考え方を前提に、さらに具体的な事情を吟味して、その判定に対する「否定的ファクター」を認定し、それがあつた場合、即ち②「疑念を生ぜしめるに足りる事情」の存在が認められるならば、そのときに③「代理権の有無」「本人の意思を確認すべき注意義務」を第三者（特に金融業者）に課し、それを怠れば「過失」ありとして正当理由を否定するという、三段構えの構成をもっているから、判例の認定事実から、正当理由を肯定あるいは否定するファクターを抽出・分類することはそれ自体意味のあることではある。しかし、正当理由の有無の具体的判断基準なしに「肯定的ファクター」「否定的ファクター」を抽出・分類するならば、Aの事実があるときは正当理由は肯定されやすいが、それにBの事実が加われば否定されやすくなり、それに更にCの事実が加わると……というように結局場当りのな利益衡量論に陥るといふ危険性を有している。

私見はすでに正当理由の有無の具体的判断基準として「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」それゆえに「代理権の存在を信じた」ことが、相手方が代理権ありと信ずべき正当理由のあることと定式化すべきである<sup>(3)</sup>と提言しているが、本稿では、起草者をはじめとして主要な学説が、いかなる場合に正当理由が成立すると考えていたかを、私見の基準に照らして検討し、いかなる客観的事情があるときに「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

る」といえるのかを考察したい。

(1) 高橋三知雄『代理理論の研究』二四七頁以下。表見代理を代理人の代理権の濫用として捉える高橋説に対する批判は後述す。

(2) 川島武宣『民法総則』三七六頁、幾代通『民法総則』三八五頁。

(3) 横浜弁護士会編『表見代理の判例と実務』二二九頁以下。

(4) 高森八四郎「不動産取引業者と民法一一〇条の『正当理由』」法時五六卷三号二二〇頁、同『民法総則(石田喜久夫編)』二二七頁。

(5) 高森八四郎「不動産取引業者と民法一一〇条の『正当理由』」法時五六卷三号二二三頁、同『民法総則(石田編)』二二五頁、高森八四郎・高森哉子「夫婦の日常家事行為と表見代理」名城法学三八卷別冊本城武雄教授還曆記念論文集一九頁以下、同「他方名義の不動産処分と日常家事行為」関法三八卷四号一頁以下、高森八四郎「白紙委任状の交付と表見代理」関法四〇卷一号一頁以下、高森哉子「借財と日常家事行為」関法四〇卷一号三八頁以下。

## 二 梅・富井両博士の見解

(一) 梅博士の見解に対する誤謬

我が民法の起草者のひとりである梅謙次郎博士の著作『民法要義(巻之一総則編)』二五五頁二五六頁(初版明治二九年)(訂正増補版の二八三頁二八四頁)は、しばしば以下のように引用される。即ちそのひとつは「今日、判例上代理人の代理権限に関する相手方の調査の有無ないし程度が無過失ないし正当理由の判定において一つの標準とされている。しかし、わが民法の起草者は、取引の敏活を尊ぶ立場に立ち、相手方が代理人と取引をなす際にいちいちその権限を調査することは煩に耐えないから、代理権限を調査しなくても一般的に相手方には過失はないとした(梅・要義(一)二五六頁)」「半田吉信「民法コンメンタール」(3)「八ぎょうせい」二〇九一頁」とか「もともと一

権限超越の表見代理と「正当理由」

三九(二二九)

一〇条の立法趣旨は、代理人との取引に際し、いちいち権限を調査しなくてもよいということにあったはずである（梅・民法要義巻之一・二五六頁）（高橋・前掲二七五頁）という引用の仕方であり、いまひとつは梅博士は一一〇条の解釈として「一方で、正当理由をあげ、他方で、本人の過失を述べる（梅謙次郎「民法要義（巻之一総則編）」二五五頁以下）」（安永正昭「越権代理と帰責性」現代私法学の課題と展望 中 七頁）とし、その過失の内容を「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」の部分を用いて、梅博士は一一〇条の法的構成として「正当理由」と「選任監督上の本人の過失」を考慮していたという理解の仕方である。

右にあげた梅博士の著作の引用の仕方、その見解の理解の仕方には、私見からすれば誤謬があると思われるので、誤解を招かないように次に『民法要義（巻之一総則編）』の訂正増補版二八三頁から二八五頁の全文を引用し、現代口語訳をつける。

(二) 梅博士の『民法要義』及び現代口語訳

「第一百十条 代理人カ其権限外ノ行為ヲ為シタル場合ニ於テ第三者カ其権限アリト信スヘキ正当ノ理由ヲ有セシトキハ前条ノ規定ヲ準用ス（取二五〇、二項三号、旧商五二、五三、三四四、四一六）

本条モ亦前条ト同一ノ精神ニ出テタルモノニシテ善意ノ第三者ヲ保護センカ為メニ設ケタル公益規定ナリ蓋シ代理人カ其権限ヲ越エテ為シタル法律行為ハ全ク代理権ナクシテ為シタルモノナルカ故ニ此行為ニ付テハ毫モ代理関係ナク本人ハ第九十九条ニ依リテ責任ヲ負フコトヲ要セサルモノナリ然リト雖モ若シ第三者ニシテ特ニ代理人ニ其権限アルモノト信スルニ足ルヘキ正当ノ理由ヲ有スルトキハ本人ニ責任ヲ負ハシメ以テ其第三者ヲ保護スルニ非サレ

ハ取引ノ安全得テ期スヘカラス例ヘハ、代理人カ従来同種ノ法律行為ヲ為シタル場合ニ本人ハ之ヲ承認シ嘗テ其履行ヲ拒ミタルコトナク又ハ慣習上同種ノ代理人カ皆其権限ヲ有スル場合ノ如キ即チ是ナリ

或ハ曰ハン右ノ場合ニ於テハ、第三者ハ其権限アリト信スル正当ノ理由アリトスルモ是レ固ヨリ自己ノ疎漏ニ出ツルモノナリ蓋シ代理人ト法律行為ヲ為ス者ハ必ス先ツ其権限ヲ調査シ然ル後法律行為ヲ為サスンハアルヘカラス然ルニ此場合ニ於テハ、第三者ハ其調査ヲ為ササル過失アル者ナリ之ニ反シテ本人ハ敢テ過失アル者ト認ムルコトヲ得ス然リ而シテ其過失アル第三者ヲ保護シテ却テ過失ナキ本人ヲ保護セサルハ頗ル権衡ヲ得サルカ如シト曰ク然ラス第三者カ代理人ト法律行為ヲ為ス毎ニ一一其権限ヲ調査スルカ如キハ實際其煩ニ堪ヘサル所ナリ故ニ前ニ例示セル場合ノ如キハ、第三者カ代理人ニ権限ナキコトヲ知ラサリシヲ以テ其過失ト認ムルコト能ハス之ニ反シテ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ト云フコトヲ得ヘシ故ニ寧ロ第三者ヲ保護シ本人ヲシテ責ヲ負ハシメ以テ取引ノ安全ヲ保タント欲シタルナリ此理由アルヲ以テ本条ノ規定ハ各国大抵皆之ヲ採用セリ」(傍点筆者)

(現代口語訳) 「一一〇条も一一〇九条と同一の精神に出たもので善意の第三者を保護するために設けられた公益規定である。何故なら代理人がその権限を越えて為したる法律行為は、全く代理権なくして為したものであるが故に、この行為については毫も代理関係がなく、本人は九九条によって責任を負うことを要しないものである。しかしながらもし第三者において特に代理人にその権限があるものと信ずるに足るべき正当理由を有するときは、本人に責任を負わしめることによってその第三者を保護するのだけければ、取引の安全を得ることを期待できない。たとえば、代理人が従来同種の法律行為を為したる場合に本人はこれを承認しかつてその履行を拒んだことがなく、または、慣習

上同種の代理人が皆その権限を有する場合の如きが即ちその例である。

あるいは右の場合においては第三者はその権限ありと信ずる正当の理由があるとしても、これはもとより自己の疎漏に出たものかもしれない。何故なら代理人と法律行為を為す者は、必ず先ずその権限を調査し、しかる後法律行為をしなければならぬのに、この場合においては第三者はその調査をしなかつた過失がある者であるのに反して、本人はあえて過失ある者と認めることができぬからである。けれどもその過失ある第三者を保護して、かえって過失のない本人を保護しないのは、すこぶる権衡を得ないようだというべきではない。第三者が代理人と法律行為を為すごとにいちいちその権限を調査するがごときは実際その煩にたえないところである。それ故に、前に例示した場合のごときは、第三者が代理人に権限がないことを知らないことをもってその過失と認めることはできない。これに反して本人は権限を守らないような不誠実な代理人を選任したという過失があつたといえる。故にむしろ第三者を保護し本人をして責任を負わしめることによって取引の安全を保とうと欲したのである。この理由があるから一一〇条の規定は各国たいいてい皆採用している。」

右に全文引用したように梅博士の一一〇条に関する見解は、前段と後段の記述から成る。梅博士は前段末尾に一一〇条の正当理由が肯定される場合を例示し（傍点部分）、後段部分は「右ノ場合ニ於テハ」あるいは「前ニ例示セル場合ノ如キハ」の記述からも明らかかなように、前段末尾に例示された一一〇条の正当理由が肯定される場合に関する記述であり、「相手方の過失」や「本人の過失」はその場合の説明としてはじめて登場する。

梅博士は一一〇条の正当理由が肯定される場合として次の二類型をあげる。ひとつは、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てその履行を拒んだ事がない場合（これを梅・第一類型と呼ぶ）であり、

いまひとつは、慣習上同種の代理人が皆その権限を有する場合（これを梅・第二類型とよぶ）である。

このように第一類型・第二類型の正当理由が成立するような場合において（「右ノ場合ニ於テハ」）相手方に権限ありと信じる正当理由があるといつても、相手方はもともと疎漏であるといわれるかもしれない。何故なら代理人と法律行為をしようとする者は必ず先ずその権限を調査すべきなのであって、第一類型・第二類型の正当理由が成立するような場合でも（「此場合ニ於テハ」）相手方は代理人の権限を調査すれば無権限であることはわかったのに、その調査をしないで代理人と法律行為をした過失があるのに対して、本人にはあえて過失があるとは認められないからである。だから過失ある相手方を保護して過失のない本人を保護しないのは、すこぶる権衡を欠くようだとされるかもしれないが、しかしそれはそうではない。第一類型・第二類型の正当理由が成立するような場合には（「前ニ例示セル場合ノ如キハ」）相手方が代理人と法律行為をすることにより、いづれその権限を調査するのは実際その煩にたえないから、このような場合に、代理人の権限の調査をせずに相手方が代理人の無権限を知らなかったことを、相手方の過失と認めることはできない。これに対して過失をいうならばむしろ権限を守らないような不誠実な代理人を選任したという過失があったともいえると、梅博士は説明している。

### （三） 梅博士の見解

(1) 要するに梅博士は「もともと一一〇条の立法趣旨は、代理人との取引に際し、いづれ権限を調査しなくてもよいということにあった」（高橋・前掲二七五頁）とか「相手方が代理人と取引をなす際にいづれその権限を調査することは煩に耐えないから、代理権限を調査しなくても一般的に相手方には過失はない」（半田・前掲二〇九一



頁) などといっているわけではない。第一類型・第二類型のように正当理由が成立するような場合にも、相手方は代理人の権限を調査していれば無権限であることがわかったのだから、調査しなかった相手方には過失があるのではないかと批判があるかもしれないが、それはそうではなくて第一類型・第二類型の正当理由が成立するような場合にまで、いちいち権限を調査することは実際煩にたえないから、このような場合には調査をしなかった相手方には過失はないと説いているのである。

(2) また、梅博士は一一〇条の「法的構成として、一方で、正当理由をあげ、他方で、本人の過失を述べ」(安永・前掲七頁) ているわけではない。第一類型・第二類型のように正当理由が成立する場合にも、権限を調査しなかった相手方には過失があり、本人にはあえて過失がないのではないかと批判(過失のある相手方を保護して、過失のない本人を保護しないのは、すこぶる権衡を得ないとの批判)を想定し、この批判に答える形で、これに対してこのような場合には権限を調査しなかった相手方には過失がなく、むしろあえていえば、権限を守らないような不誠実な代理人を選任した本人には過失がある(過失がないとは必ずしもいえない)と、相手方の無過失との対比で本人の過失に言及したにすぎないと思われる。梅博士の「民法要義」を素直に読めば一一〇条の法的構成として、梅博士が一方で正当理由を、他方で本人の過失を考慮していたとは解することはできないし、正当理由の内容を選任監督上の本人の過失と捉えていたとも解せない。梅博士のいう「本人の過失」とは、第一類型・第二類型のように正当理由が成立する場合には、代理人の権限を調査しなかった相手方には過失がなく、それとの対比であえていえば権限を守らなかった不誠実な代理人を選任した本人の側に過失がないとは必らずしもいえないという程度の表現にすぎない。従って梅博士は、選任監督上の本人の過失があるときに正当理由が成立すると考えていたわけではないし、正当理由の根拠

を選任監督上の本人の過失に求めていたわけでもないのである。あくまでも第一類型・第二類型の事情があるときのみ、相手方に正当理由が認められ、本人に責任を帰せしめうるとの考え方を示しているのである。

#### 四 富井博士の見解

(1) いまひとりの民法の起草者である富井政章博士の正当理由に関する見解も、梅博士に同旨である。その該当箇所を富井博士の著作『民法原論(第一巻総論)』(初版明治三十六年) 五一四頁五一五頁(訂正増補版)から引用すると、「例へハ代理人カ平常同種ノ法律行為ヲ為シ来リタルニ本人ニ於テハ嘗テ其履行ヲ拒ミタルコトナキカ如キ或ハ委任状ヲ訂正セシメテ委任事項ヲ制限シタルカ如キハ此規定ノ適用ヲ見ルヘキ場合ナルヘシ若此等ノ場合ニ於テ第三者ハ代理人ト法律行為ヲ為サントスル毎ニ予メ其権限ノ有無ヲ調査セサルヘカラサルモノトセハ實際其煩ニ堪ヘサルノミナラス難キヲ責ムルモノト謂ハサルコトヲ得ス寧ロ自己ノ権限ヲ厳守セサル如キ不注意者ヲ選定シタル者ノ過失ニ帰スルヲ至当トスヘキナリ此理由ハ多数ノ法定代理人ニハ適中セスト雖モ取引ノ安全ヲ保ツ為メニハ第三者ノ保護ヲ主要トスル民法一般ノ精神ト符合スルモノト謂フヘシ(取二五〇条二項、旧商四五条二項四一六条、独商四三条) (傍点筆者) とある。即ち富井博士は正当理由が肯定される場合として、代理人が平常同種の法律行為をしてきたのに本人においてかつてその履行を拒んだことがない場合(これを富井・第一類型とよぶ)あるいは委任状を訂正せずに委任事項を制限した場合(これを富井・第二類型とよぶ)をあげる。このように第一類型・第二類型の正当理由が成立するような場合において(「此等ノ場合ニ於テ」)相手方は代理人と法律行為をしようとするごとに、あらかじめその権限の有無を調査しなければならないとすれば、實際その煩にたえないのみならず「難キヲ」責めるものだ

といわなければならない。このような場合にはむしろ自己の権限を厳守しないような不注意者を選定した者の過失に帰せしめるのが妥当であると説明する。

(2) 右の富井・第一類型は梅・第一類型と全く同一である。起草者は相手方の正当理由が肯定される場合として、先ず、代理人が従来あるいは平常同種の法律行為をしてきた場合に本人がこれを承認しかつてその履行を拒んだことがなかったというような例を、念頭においていたことは明らかである。富井・第二類型は、本人が代理人に百万円の借財をするについての代理権を与えた旨を記載した委任状を交付し代理人がそれを相手方のところに持参したので、相手方が代理人には百万円の借財についての代理権があると信じたところ、実際は本人は代理人に五〇万円の範囲の借財についてしか代理権を与えていなかったという場合である。これは外部的に明示された代理権の範囲が、内部的に制限されていたという場合であるから、私見では一〇九条で処理されるべき場合であると思われる。しかし、いずれにせよ、富井博士も第一類型・第二類型の正当理由が成立するような場合には、あらかじめいちいち代理人の権限を調査することは実際煩にたえないところだし、相手方に無理なことを要求するようなものだから、このような場合にはむしろ自己の権限を厳守しないような不注意者を選定した本人に過失があるともいえるので、本人に責任を負わせるのが妥当であると述べているのである。

(五) 起草者の見解のまとめ

(1) 一一〇条は旧民法財産取得篇二五〇条第二項第三の規定を採用したといわれており（民法議事速記録一法務図書館版一一九頁富井発言）、この財取篇二五〇条第二項第三はフランス民法典にはこれに対応する規定がなく、ポアン

ナード修正草案一四五四条の滅権代理を根拠としたものとみられる（遠田新一『代理理論の基礎的研究』二四一頁）。

安永・前掲五頁以下は、ポアソナードの解説とポアソナードに影響を与えたとみられる当時フランスの判例において徐々に形成されつつあった表見委任の法理から、財取編二五〇条第二項第三は「条文上にはないが、沿革から、委任者において委任範囲の限定を十分に明確にしておかなかった点での過失が問題とされる」ことになり、法典調査会での富井委員の趣旨説明でも旧民法と同じ内容の本人の過失が問題とされ、「成立した民法一一〇条の解釈として、梅・富井両起草委員の著す教科書等も、基本的発想は右のとおりである」が、「過失の内容について微妙な変化がみられ……ポアソナード、および、法典調査会での立法趣旨説明で、過失が、代理権の制限をしていたのにそれを明確化しておかなかった点に結びつけられていたのと異なっており、むしろ、今日存在する、越権行為をするような不誠実な代理人の選任（基本代理権の授与）そのものを本人の帰責性と結びつける立場の萌芽がみられる」とする。

(2) ポアソナード修正草案一四五四条に関するポアソナードの説明によれば、最初「汎博」なる代理権を与えたがこれを内部的に「制限」したり、又は最初の代理を全く「廃止」したりすることがある。この場合、善意の第三者はこの「制限」「廃止」によって損害をこうむるべきではない。しかも本人は最早不正確となった委任状、廃止されてしまった委任状を「代理人ノ掌中ニ遺付」した、代理人の手に残したままにしたのであるから、自己の「過失ナキニアラザルナリ」、過失がないとは必ずしもいえない、と述べている（ポアソナード『再閣修正民法草案註釈第三編下巻（司法省）』二〇九頁）。

ここでポアソナードが想定していた事案は、本人は最初は広汎な代理権を代理人に与えたが、後にこれを内部的に制限あるいは全く廃止したのに、不正確となった最初の委任状、廃止されてしまった最初の委任状を回収しないで代

理人の手元に残したままにしておいたというものである。代理権の範囲を内部的に制限したのに広汎な代理権を与えた旨の委任状を代理人の手元から回収しなかったという第一の場合は、富井・第二類型に該当するし、代理権がすでに全く消滅したのに最初の委任状を代理人の手元から回収しなかったという第二の場合は、法典調査会において富井博士が例示した事案に該当する。しかし、ボアソナードのいう第一の場合は現行法一〇九条で処理されるべき事案であるし、<sup>(1)</sup>第二の場合は現行法一一二条で処理されるべき事案である。<sup>(2)</sup>しかも「過失」に責任の根拠を求めているのではなく、あくまでも第一・第二の事実関係自体に責任の根拠を求めていると思われる。

ボアソナードが現行法一一〇条の先駆となった財取篇二五〇条第二項第三において想定していた事案が現行法一〇九条・一一二条において処理されるべき事案であるならば、一〇九条・一一二条とは別に一一〇条を規定した起草者は当然ボアソナードが想定していたのとは別の事案を想定しそれを処理すべく一一〇条を規定したはずである。そしてそれが起草者の著書で相手方に正当理由が成立する場合として例示されている梅・富井・第一類型及び梅・第二類型である。一一〇条の文言は確かに財取篇二五〇条第二項第三とほぼ同一であるが、内容的には断絶があると解すべきであろう。<sup>(3)</sup>

(3) 安永・前掲七頁、一五頁は、越権行為をするような不誠実な代理人を選任したことを本人の過失とみる梅・富井両博士の見解が、鳩山秀夫博士によって(梅・富井両博士のいう)信頼すべからざる代理人への代理権授与が本人の静的利益の配慮要件として、いわゆる基本代理権の授与として位置づけられたと理解する。

しかし梅・富井両博士は相手方に正当理由が成立する場合としてそれぞれ第一類型・第二類型をあげ、第一類型・第二類型のように相手方に正当理由が成立する場合には、代理人の権限をあらかじめ調査しなかった相手方には過失

がなく、その場合の相手方との比較でいえば権限を守らなかつた不誠実な代理人を選任した本人の側にむしろ過失がないとはいえないという程度で、本人の過失について言及しているにすぎない。不誠実な代理人を選任したという本人の過失があるときに第一類型・第二類型の正当理由が成立すると考えていたわけではないし、正当理由の根拠を不誠実な代理人を選任したという本人の過失に求めていたわけではない。あるいは不誠実な代理人を選任したという本人の過失が、相手方の正当理由と並列的な一一〇条の成立要件であるとと考えていたわけではないのである。

(1) 富井・第二類型は、むしろ一〇九条の問題として処理されるべき場合であることは前述した。

(2) 原田慶吉『日本民法典の史的素描』六六頁も同旨である。

(3) このように理解しなければボアソナードの説明する第一・第二の場合と梅・富井・第一類型及び梅・第二類型との違いが説明できない。

### 三 鳩山・我妻両博士の見解

(一) 鳩山博士の見解

(1) 今日の通説的見解によれば一一〇条の成立要件は「基本代理権」と「正当理由」であり、「基本代理権」において本人側の内部的事情を考慮し、「正当理由」において相手側の客観的・外部的事情を考慮すると説明されている。このような一一〇条に対する通説的理解の基礎となる見解を主張したのは鳩山秀夫博士である。

鳩山博士はその著作『法律行為乃至時効』（初版明治四五年）三二八頁以下において「代理権アリト信スルニ付キ正当ノ理由アリシコトヲ要ス即チ第三者ノ善意ハ過失ニ基カサリシコトヲ要スルナリ」とする。代理権ありと信ずべき正当理由とは、相手方が代理人に代理権があると信じかつそう信じたことに過失がないことと一般的に説明されて

いるが、正当理由 $\parallel$ 善意・無過失と表現したのは鳩山博士が最初である。梅・富井両博士は正当理由が成立するときには、あらかじめ代理権限の有無を調査しなかつた相手方に過失はないと表現しているが、正当理由 $\parallel$ 善意・無過失とは説明していない。起草者はむしろ一一〇条の正当理由を、単なる善意・無過失とは区別していたように思われる。この点が鳩山博士の見解の第一の特徴である。

(2) (i) 次に鳩山博士は、正当理由が成立するためには「必ラスシモ本人ノ方面ニ於テ主観的ニ過失アリタルコトヲ要セス」(鳩山・前掲三二九頁)と主張し、大判明治三六年七月七日(民録九輯八八八頁)<sup>(1)</sup>を過失主義に立つものとして批判する。鳩山博士の分析によれば大審院のこの過失主義は、親権者たる母が民法上必要な親族会の同意を得た上で未成年の子を代理し借財及び抵当権設定契約をしたが、後に裁判によってその親族会の同意が取消されたという事案において「民法第百十條ノ規定ハ、畜ニ委任代理權ニ欠缺アル場合ニ適用セラルベキノミナラズ本件ノ如ク法定代理權ニ欠缺アル場合ニモ適用セラルベキコト論ヲ俟タズ」と判示した大判明治三九年五月九日(民録一二輯七〇六頁)によって棄てられたとのことである。鳩山博士はこの大審院明治三九年判決を「其判決理由ニ付テ見レバ明ニ過失主義ヲ棄テタ。之レ余ノ双手ヲ挙ゲテ賛成スルニ躊躇セヌ所デアル」と評する(「民法第百十條ノ適用範圍」法協三四卷一号一一三頁<sup>(2)</sup>、大正五年)。

(ii) この「民法第百十條ノ適用範圍」は、法定代理人である継母が親族会の同意書を偽造して借財をなし抵当権を設定したという事案において「民法第百十條ハ本人ニ於テ第三者ニ対シ代理人ニ代理權限アリト信ゼシムベキ行為アリタルコトヲ前提トスルモノナリ」と判示して、一一〇条の適用を否定した大判大正四年六月一九日(民録二一輯九八七頁)の判例批評である。鳩山博士は本判決は「民法第百十條ニ所謂權限アリト信ズベ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ゼシムルニ足ル事情ニシテ其事情ノ存在ガ本人ノ作為若クハ不作為ニ出ヅルモノヲ謂フ本人ノ作為若クハ不作為ニ出デタル斯ノ如キ事情ノ存在スルナクシテ縱令第三者ニシテ権限アリト信ズルモ代理人ノ為シタル権限外ノ行為ニ付キ本人ニ其責ヲ帰スベキ理由アラザレバナリ」と判示した大判大正三年一月二十九日(民録二〇輯八四六頁)<sup>3</sup>と同じくいわゆる「原因主義」を採用したものであるとして批判する。<sup>4</sup>

鳩山「民法第一百十條の適用範圍」一一四頁以下によると「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デハナイ」のであって、一一〇條の場合ハ「現在ニ他ノ關係ニ於テハ代理權アリト言フコトガ本人ト代理行為トハ連絡ヲ為シテ居ルノデアル」から本人ハ責任を負うのである。では何故「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ノデアルカ。」といえはそれは「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ガ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デタル」のである。原因主義によつて一一〇條の適用範圍を制限すべきではない。大審院が原因主義を採つた隠れた有力な原因は、未成年者を特に保護しようとする思想であるが「徒ニ弱者ノ保護ノミニ偏スルコトガ法律ノ使命デハナイ、又民法ノ趣旨デハナイ。客観的根拠ニ信賴シタル善意ノ第三者ヲ、時ニ或ハ、未成年者ニ比シテ、ヨリ厚ク保護スルコトアルモ怪シムニハ足ラヌト信ズル。」

(iii) 要するに鳩山博士の見解によれば、表見代理とは代理取引における動的安全を保護するために無過失責任を認めたものであって、正当理由が成立するためには本人の過失は不要であるし、本人の作為・不作為もまた不要である。いわゆる原因主義を採ることは法文に根拠のない制限を加えて表見代理の範圍を不当に狹隘ならしめるものである。理論上においても本人と当該の代理行為との間には、他の事項に関して本人と代理人との間に有効なる代理關係



ありという連絡があるが故に本人は責任を負うのである。この問題は、一一〇条が法定代理にも適用されるか否かという問題に極めて密接に関係するが、原因主義を採らないが故に法定代理にも一一〇条が適用される、ということになる(鳩山『日本民法総論』四五二頁、四五六頁)。

(二) 任意代理と「原因主義」

(1) 鳩山博士は、代理権ありと信ずべき正当理由を相手方の善意・無過失と表現し、相手方に正当理由が成立するために、本人の過失はもちろん原因主義を排除して本人の作為・不作為も不要であり、越権代理において本人が責任を負わされる根拠は、現在に他の事項において本人と代理人との間に有効な代理関係があるというむしろ軽微な連絡にあるとする。ここにおいて、本人の内部的事情は「基本代理権」において考慮し、これを本人の静的安全保護の要件と位置づけ<sup>(5)</sup>、相手方の客観的<sup>(6)</sup>の外部的事情は「正当理由」において考慮し、これを代理取引における動的<sup>(7)</sup>安全保護の要件と位置づける、今日の通説的見解の基礎が見い出される。

(2) ところで原因主義を排除することを頑固に主張した鳩山博士が具体的に如何なる場合に正当理由が成立すると考えたのか、その例示としてあげられているのは以下の場合である。「委任状ニ示シタル代理権ヨリ狭隘ナル代理権ヲ与ヘタル場合ノ如キハ之ニ属スヘシ白紙委任状ノ受領者カ擅ニ権限ヲ記入シテ第三者ト法律行為ヲ為シタル場合ニ本条ヲ適用シタルハ(三十五年五月十二日大阪地方裁判所判決法律新聞一〇二号)正当ナリト信ス其他平常代理人ノ行為ヲ黙許シテ履行ヲ拒マサリシニ対シテノミ爾後其事項ヲ禁スル旨ヲ言渡シタルカ如キ亦之ニ属スヘシ」(鳩山『法律行為乃至時効』三二九頁)。即ち①委任状に明示した代理権よりも実際は狭い代理権を与えていた場合、②白紙委任状の受領者が勝手に権限を補充して取引した場合、③平常代理人の行為を黙許して履行を拒んだこと

がなかったが、代理人に対してのみ事後はその事項を禁ずる旨を言い渡した場合、等に正当理由は成立すると鳩山博士は述べている。

右①の場合は、外部的に明示的に表示された代理権の範囲が内部的に制限されていたという場合であるから、二④で述べた富井・第二類型に該当する。③は代理人が従来同種の法律行為をした場合に、本人がそれを承認しかつて履行を拒んだことがなかったのに、今回は従来より狭い範囲の代理権を本人は代理人に与えたところ、相手方は今回も従来と同様の範囲の代理権があると信じた場合であるから、梅・富井・第一類型に該当する。

この③の場合（梅・富井・第一類型）が、正当理由が成立する典型例として起草者が先ず念頭においていた場合であり、相手方としては代理人と従来同種の取引を行いそれが本人によって支障なく履行されてきたので、代理人の権限を調査しなかったが、今回も従来と同種の範囲の代理権があると信じたのであるから、相手方が当該取引について代理人に代理権があると信ずるにつき、まさに本人の作為・不作為があったケースである。梅・富井両博士は先ずこのような場合に正当理由が成立すると考え、鳩山博士も本人の作為・不作為のあるこのケースを正当理由が成立する例としてあげている。

(3) ①が富井・第二類型、②が梅・富井・第一類型であるのに対して、③は白紙委任状の受領者が勝手に権限を、補充して取引したという場合であり、正当理由が成立する類型として起草者が考えていなかった例である。他に何らかの客観的事情がなく、ただ代理人が勝手に権限を補充した委任状を相手方に持参したというだけで、相手方が代理人に代理権があると信じかつそう信じたことに過失がない（鳩山博士は正当理由＝善意・無過失とする）といえるか否かはなほ疑問である（私見では他に肯定的ファクターがない限り正当理由は成立しない）。しかし仮に鳩山博

士のいうようにこのような場合に正当理由が成立するとしても、本人は権限を容易に補充できるような白紙委任状を代理人に交付したのであるから、本人には過失あるいは作為・不作為があったといえる。

②と類似の事案で正当理由を肯定したものととして大判明治三十九年二月二日（刑録一二輯二三八頁）がある。これは本人が代理人に五〇〇円の借用証書と、右借入金に関する土地の抵当登記申請委任状を、その金額欄を白地のまま交付したところ、代理人は五〇〇円の借用証書を一五〇〇円の借用証書に変造するとともに、受領した抵当登記申請委任状の金額欄に一五〇〇円と補充し、その変造した一五〇〇円の借用証書と偽造した一五〇〇円の委任状を利用して、相手方より一五〇〇円を借り受けたという事案である。

大審院は「代理人ノ行為カ犯罪ヲ成ス場合ニ於テモ第三者ニ代理人ノ権限ヲ有スルコトヲ信スヘキ正当ノ理由アリテ毫モ責ムヘキ過失ナク而シテ本人ニ第三者ヲシテ代理人ノ権限ヲ有スルコトヲ信セシムルニ至ラシメタル過失アリタルトキハ本人ヲシテ代理人ノ行為ニ付キ責ヲ負ワシムヘキハ当然（傍点筆者）」であると判示し、「上告人（本人）ハ金額ノ部ヲ空白トナシタル委任状用紙ヲ定三郎（代理人）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鈴木太郎（相手方）ヲシテ有泉定三郎（代理人）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定三郎ノ行為ニ付キ責ヲ負ウヘキハ当然（傍点筆者）」であるとして一一〇条の適用を肯定した。

本判決は、鳩山博士が過失主義に立つものとして批判した大判明治三十六年七月七日と同じくいわゆる過失主義を採用する判例であるが、<sup>6)</sup>大審院は代理人が容易に偽造できるような金額欄を白地にしたままの委任状を代理人に交付した本人には過失があるとして、いいかえれば相手方をして代理人に本人を代理する権限があると信ぜしめたるにつき本人

には過失があるから、本人は責任を負うと判断している。

私見では本判決で認定された事実からだけでは、本人と代理人との間の関係や、代理人が従来本人を代理して一五〇〇円程度の借財を相手方からしたというような事情があったのか否かが不明であるため、未だ「本人に代理権の有無・範囲について問い合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」それ故に「代理権の存在を信じた」とは判断できない（即ち認定された事実からだけでは未だ正当理由を肯定できない）。

しかししづれにせよ、本件で代理人が容易に偽造できるような金額欄白地の委任状を代理人に交付した本人には、過失あるいは作為・不作為があるのは確かである。

(4) 結局鳩山博士が起草者が考えていなかったところの正当理由が成立する例としてあげた②にも、①・③と同じく本人の過失あるいは作為・不作為が認められるのであるから、鳩山博士が任意代理において、はたして如何なる場合に本人の作為・不作為がないのに相手方に正当理由が成立すると考えたのか、はなはだ疑問である。

任意代理の事案において鳩山博士は「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ハ不作為ニ出ツルモノヲ謂フ」と判示した大判大正三年一〇月二九日を原因主義を採用したものであるとして批判するが、本判決は結論において一一〇条の適用を肯定している。鳩山博士は任意代理の具体的事案において、鳩山博士のいうところの原因主義を判例が採った結果、代理取引における動的安全を著しく阻害する結論が生じたという認識のもとに、原因主義を排除せよと主張しているのではなくて、むしろ代理取引における動的安全は何よりも先ず保護しなければならぬという抽象的觀念が先行していたように思われる。<sup>(8)</sup>

(三) 法定代理と「原因主義」

(1) 鳩山博士の見解は、任意代理の具体的事案において、判例が原因主義を採った結果、代理取引における動的安  
全が著しく阻害されたとの考察に基づくのではなく、鳩山博士が任意代理において正当理由が成立する例としてあ  
げた①・②・③はいずれも本人の作為・不作為があるケースであり、本人の作為・不作為がないのに相手方に正当理  
由が成立するような場合を、鳩山博士が任意代理の事案で具体的に想定していたかどうかとも疑わしい。そうであると  
すれば代理取引における動的安全を何よりもまず保護しようとする鳩山博士の基本的発想からして、本人に全く作  
為・不作為がないのに相手方に正当理由が成立する場合として鳩山博士が観念したのは、法定代理の事案しか考えら  
れない。いいかえれば本人に作為・不作為が全くない法定代理の事案に一一〇条を適用するために、鳩山博士は過失  
主義を批判し原因主義を排除しようとしたといえる。<sup>(9)</sup>

(2) 鳩山博士が「民法第一百条ノ適用範囲」のなかで過失主義を棄てたとして支持した大判明治三十九年五月九日も、  
原因主義を採ったとして批判した大判大正四年六月一九日も、いずれも未成年の子を法定代理人である母が代理して  
借財をなし抵当権を設定したという法定代理の事案である。

大判明治三十九年五月九日においては、母が民法上必要な親族会の同意（民法旧規定八八六条）を得た上で子を代理  
したが、決議手続等に違法の事実があり後に裁判で右親族会の決議が取消されたので、これに基づき右代理行為の取  
消を主張したところ（民法旧規定八八七条）、相手方は一一〇条の適用を主張した。大審院は一一〇条は「本件ノ如ク  
法定代理権ニ欠缺アル場合ニモ適用セラルヘキコト論ヲ俟タス」と判示し、相手方に一一〇条の正当理由が認められ  
るか否かを審理判定すべきであって、それを審理判定した上でなければ未成年者に取消を許すべき筋合ではないとい

ろ、原判決が「殊ニ未成年者タル控訴人ニ何等過失アルコトノ認ムヘキモノナキ本件ノ如キ場合ニ於テハ民法第百十條ノ適用ヲ為スヘキ限ニアラサルヲ以テ被控訴人ハ自己ノ善意且無過失ナルコトヲ理由トシ本件法律行為ノ取消ヲ拒ミ得ヘキモノニアラス」と判示して未成年者の取消権を認めたるは理由不備の違法があるものとして、原判決を破棄し事件を原院に差戻した。

これに対して大判大正四年六月一九日は、法定代理人である母が親族会の同意を得ずに親族会の決議書を偽造した上で子を代理したというものであり、大審院は相手方の表見代理の主張に対して「法定代理人カ親族会ノ同意ヲ得スシテ為シタル行為ヲ取消シタル場合ニハ民法第百十條ノ規定ハ適用ナキモノナリト解セサル可カラス」と判示し相手方の上告を棄却した。大審院は一一〇條の適用を否定した理由として、①「法定代理人カ親族会ノ同意ヲ得ルヲ要スル一定ノ行為ハ法律上之ヲ制限列記シタルヲ以テ第三者ハ予メ之ヲ調査スルニ於テハ毫モ不測ノ損害ヲ蒙ル虞ナキノミナラス」、

②「我民法カ善意ノ第三者ヨリモ寧ロ未成年者ノ利益ヲ保護セントスルノ主義ヲ採リタルコトハ民法第四條第六條第二項等ノ規定ニ徴シ之ヲ窺シスルニ十分ナレハ善意ノ第三者保護ノ為メニ設ケタル民法第百十條ノ規定ノ適用ハ其主義ニ於テ相背馳スルモノニシテ若シ所論ノ如ク本件親族会決議書ノ偽造セラレタル如キ場合ニ於テモ亦善意ノ第三者保護ノ為メニ同條ノ規定ノ適用アルモノト解センカ法定代理人ノ擅恣ナル行為ハ遂ニ未成年者保護ノ為メニ設ケタル親族会ノ同意ヲ要スヘキ規定ヲシテ有名無実タラシメ法ノ目的ヲ貫徹シ得サルニ至ルノミナラス」、

③「民法第百十條ハ本人ニ於テ第三者ニ対シ代理人ニ代理權限アリト信セシムヘキ行為アリタルコトヲ前提トシテ善意ノ第三者ヲ保護センカ為メニ設ケタル規定ナルヲ以テ専ラ保護ヲ要スヘキ無能力者タル未成年者ノ法定代理人ノ場

合ニ之ヲ適用セントスルハ同条ノ趣旨ニモ亦相反スルニ至ルヲ以テナリ」の三点をあげている。

(3) このふたつの判例を比較すると、未成年者の法定代理人である母が子を代理して親族会の同意を要する（民法旧規定八八六条）借財をなし抵当権を設定したという点では共通するが、大判明治三十九年においては取引時に親族会の同意が存在していたの後に裁判で右親族会の決議が取消されたのに対して、大判大正四年においてはそもそも親族会の同意が存在せず親族会決議書の偽造がなされたという違いがある。

民法旧規定八八六条は、一定の場合に、法定代理人である母が未成年者の子を代理するときには親族会の同意を要する旨を定めていた。母が親族会の同意を得ずに子を代理した場合には、その行為は子又は法定代理人（多くの場合は母自身）によって取消しうべきものとされており、その場合には一九条の規定が準用され、又取消の効果は一二一条ないし一二六条によって定まる（民法旧規定八八七条）とされていた（穂積重遠『親族法』五八七頁以下、中川善之助『日本親族法―昭和十七年―』三六三頁以下）。大判大正四年の事案においては、母が親族会の同意を得ずに親族会決議書を偽造して子を代理したわけであるから、その代理行為は取消しうべきものとなる。これに対して大判明治三十九年においては母は親族会の同意を得ていたが、この親族会の同意決議について後に取消の判決が確定すれば、遑って親族会の同意決議はなかったことになって、母の行為は親族会の同意を得ずになしたことになる（中川・前掲三六五頁）。つまり大判明治三十九年においても、大判大正四年との事案の相違（代理行為時における親族会の決議の有無）はあるにせよ、法形式上は大判大正四年と同じく、その母の代理行為は民法旧規定八八七条によって取消しうべきものとされるのである。

従って両判例においては法定代理人である母の取消しうべき代理行為について一一〇条を適用し得るか否かが争わ

れ、原因主義を排除することを主張する鳩山博士は、未成年者たる本人の作為・不作為が全くない場合でも一一〇条を適用すべしと主張するのである。

(4) (i) 法定代理人である母が親族会の同意を得ないでなした代理行為につき、民法旧規定八八七条がその行為は子又は法定代理人において取消しうべきものとし、無能力者の相手方の催告権を定めた一九条を準用し、取消の効果は一二一条ないし一二六条によって定まるところから、この規定は親族会の同意を得ないでなした法定代理人の代理行為を無権代理行為であるとして表見代理の規定の適用を認める趣旨ではなかつたように思われる。<sup>(10)</sup> また民法旧規定は、法定代理人の恣意的な行為から未成年者を保護するために親族会の同意を要する旨を定め、それに違反した行為は未成年者の利益のために取消しうるところとしたのであるから、この取消しうべき代理行為に一一〇条が適用されるならば、未成年者の利益を保護しようとした趣旨が貫徹されなくなることも事実である(大判大正四年の否定理由②はこれを述べる)。

しかし鳩山「民法第百十條ノ適用範圍」一一八頁は、このような議論をふまえてなお取消しうべき代理行為に一一〇条を適用せよと主張する。

(ii) 法定代理人である母が子を代理する場合、親族会の同意を要する行為は旧規定八八六条に制限列挙されており(大判大正四年の否定理由①)、借財や抵当権の設定等重要な行為について母を子の法定代理人として取引する相手方としては、それにつき親族会の同意を要することは戦前ならば周知のことであつたと思われる。しかし大判明治三九年のように、代理行為時には親族会の同意が存在していたが後に手続上の瑕疵によりそれが裁判によって取消されたという場合には、相手方の信頼を保護すべき客観的事情がないわけではない。



ここで注意すべきはこのような場合に相手方は、親族会の同意が必要であるということは知っていたわけであるから、親族会の同意がないのにあると信じたことである。一一〇条は自称代理人に当該取引についての代理権がないのに相手方は代理権があると信じた場合に、その信頼に正当理由があるとき相手方を保護しようとするもので、親族会の同意がないのにあると信じた場合とは保護すべき信頼の内容が異なる。

私見は正当理由の有無の判断基準として「本人に代理権の有無・範囲について問い合せをすることが全く不要と感じさせるほどの客観的事実があり」それ故に「代理権の存在を信じた」ことが、相手方が代理権ありと信ずべき正当理由のあることと定式化すべきであると提言している。従って親族会の同意がないのにあると信じた相手方については「親族会(その構成員)にその同意の有無・範囲について問い合せをすることが全く不要と感じさせるほどの客観的事実があり」それ故に「親族会の同意があることを信じた」といえるときに、一一〇条を類推適用して保護すべきであると考ええる。具体的には、法定代理人である母が親族会の同意を得て従来同種の行為について子を代理し相手方と取引してきたというような場合には、相手方に一一〇条類推の正当理由が成立するとみるべきであろう。私見では大判明治三九年の事案も大判大正四年の事案も、認定された事実からだけでは未だ相手方に一一〇条類推の正当理由は成立しない。

(iii) 鳩山博士は本人に作為・不作為の全くない法定代理の事案に一一〇条を適用するために、原因主義を排除して代理取引における動的安全を保護しようと意図した。しかし、相手方に保護すべき客観的事実のある場合には、私見のような基準を用いて一一〇条を類推適用すれば足りたのであって、あえて原因主義を排除し法定代理に一一〇条を適用しようとする議論は全く不要であり、その後の学説の展開に有害であったとさえいえる。

#### (四) 我妻博士の見解

(1) 我妻博士の基本的発想及び一一〇条の解釈論は、鳩山博士と同旨である。我妻博士は「取引の安全は、近代法の理想である。しかも、代理は、近代取引の重要な制度であるから、取引の安全の思想は、とくに強く現われねばならない。表見代理の規定は、この意味において適当にその拡張をはかるべきである」(我妻『新訂民法総則』三六四頁)とし、一一〇条においては「本人の静的安全の保護のための最少限度の要件として」自称代理人には当該行為については代理権がなくても、他に何等かの範囲の代理権があることが必要である」(我妻・前掲三六八頁)とする。正当理由については、相手方が代理権があると信ずるのに正当な理由があるとは「無権代理行為のなされた際に存在する諸般の事情から客観的に観察して、普通の人が代理権があるものと信ずるの<sup>が</sup>も<sup>つ</sup>とも<sup>だ</sup>と思<sup>われ</sup>る<sup>こ</sup>とである。要するに、信じたことが過失といえない(無過失)ということに帰着する。(傍点筆者)」(我妻・前掲三七二頁)。「正当な理由は、本人の過失に基づくことを必要としないのはもちろんのこと、その行為に基因することも必要ではない。」判例は、本人に不利益を課すためには、少なくとも本人が原因を与えることを必要とするという思想に基づいて、最初「本人の過失」を要すると解し、ついで、「本人の作為または不作為」を要するとしたが「代理制度の信用を維持し取引の安全を保護するためには、さらに一步前進すべきである。」これは一一〇条が法定代理にも適用されるかという問題と密接な関係を有する。何故なら、正当理由が成立するためには「本人の過失を要するものとすれば、少なくとも無能力者の法定代理人の場合には、本人保護のために、本条の適用を排斥すべきだからである。しかし、すでに本人の過失ないし行為に基づくことを必要としないと解すれば、法定代理にも同様に適用されるといわなければならない。」(我妻・前掲三七二頁)。

(2) (i) 我妻博士は、正当理由を「普通の人が代理権があるものと信ずるのもっともだと思われること」という事情があり、代理権の存在についての善意・無過失のことをいうと説明する。「普通の人が代理権があるものと信ずるのもっともだと思われる」事情は、「いかなるものかは一般的にはいえない」が、その事情について、本人の過失が不要であることはもちろん、本人の作為・不作為も不要であるとする。

このような見解を採る我妻博士が、正当理由が認められる場合が多いとしてあげる例は、①「特定の財産の管理、事業の経営などに関する一般的な代理権を与え、そのうちの特定の行為については本人の同意を要するというような制限を加えたとき」、②「制限のない委任状、ことに白紙委任状を与え、その使用を一定の範囲に限ったとき（大正大一四・一二・二一民七四三頁（判民一一八事件平井（末延）評釈）。保証人になることを承諾して債務者に白紙委任状・印鑑証明書などを交付したところ、債務者がそれを悪用し、代理人として第三者から借金した例）」、③「代理権の授与とともに実印・印鑑証明書・権利証などを交付してあるとき（大判大正八・二・二四民三四〇頁、大判昭和八・八・七民二二七九頁（判民一五五事件戒能評釈）、最高判昭和三一・九・一八民一一四八頁など）」（我妻・前掲三七一頁）である。

(ii) 我妻①の場合のように、代理人が本人から与えられた特定の財産の管理や事業の経営などに関する一般的代理権に基づいて、従来相手方との間に同種の法律行為をなし、本人もこれを承認しかつてその履行を拒んだことがなかったの、相手方は今回の取引についても代理人に代理権があると信じたというのであれば、それは梅・富井・第一類型に該当する。あるいは代理人が本人から事業の経営などに関する一般的代理権を与えられ、支配人などの名称の使用を許されていたので、相手方が当該取引について、支配人には慣習上皆そのような取引について代理権限がある

から、代理権があると信じたというのであれば、梅・第二類型に該当する。いずれにせよ本人の作為・不作為のあるケースである。

我妻②の場合は、鳩山②の場合に類似する。本人が代理人に白紙委任状を与え、その使用を一定の範囲に限定したのに、代理人がそれを悪用したというような場合（私見では他に肯定的ファクターがない限り正当理由は成立しないが）、本人は権限を容易に補充でき、代理人によって悪用されやすい白紙委任状を交付したのであるから、本人に過失あるいは作為・不作為があったといえる。

(3) (i) 問題なのは我妻③が、代理権の授与とともに実印・印鑑証明書・権利証などを交付しているときには、代理人の権限超越があっても、正当理由が認められるべき場合が多いとしている点である。確かに通常は、何らかの代理権を授与するときにそれとともに実印等を交付することが多いから、実印等を所持していれば、普通の人はその実印等の所持人に何らかの代理権が与えられていると信ずるのは「もつともであり」、従って実印等を所持していれば、普通の人が何らかの代理権があるものと信ずるのもだと思われる事情があり、そう信ずるについて過失はない旨の判断を導きやすい。

(ii) 判例も実印等の所持があれば、原則として、それを信頼した者には一一〇条の正当理由が認められると抽象的に判示することが多い。そのような判例の典型例として、しばしば引用されるものに大判大正八年二月二四日（民録二五輯三四〇頁）がある。<sup>(12)</sup>これはYがAに訴外Bより一〇〇円を借入るべき代理権を授与し、借入のために必要な実印を交付したところ、AはXより二〇〇円を借受けたという事案である。大審院は「我國ニ於テハ印影ヲ貴ヒ却テ署名ヨリモ之ヲ重ンスルハ慣習アリ故ニ印ハ常ニ重セラレ就中実印ハ日常ノ取引ニ於テ最も重要視セララルモノトス

是ヲ以テ本人ハ深く代理人ヲ信頼スルニアラサレハ之ニ実印ヲ託セサルヲ通常ト為シ第三者ハ実印ヲ託セラレタル代理人カ其實印ヲ使用シテ取引ヲ為セル場合ニ於テ其取引ヲ為スヘキ権限ヲ有スルモノト信スルハ当然ナリトス從テ金百円ヲ借入ルル権限ヲ有スル岡田与三松(A)カ其借入ヲ為ス為メ上告人(Y)ハ実印ヲ使用スルニ際シ被上告人(X)ニ対シ金二百円ヲ借入ルル権限アリト称シタルトキハ被上告人ハ之ヲ信スヘク信スルニ過失ノ咎ムヘキモノナキヲ以テ与三松ニ於テ右金百円ヲ借入ルル権限アリト信スヘキ正当ノ事由ヲ有スルモノト謂フヘシ」と判示し、またYがAに對して債権者をBと指定していたのにAがXより借受けた点については、「被上告人カ過失ナクシテ之ヲ知ラス且ツ第一点に説明シタル事実(筆者註・前掲引用部分)アルニ於テハ与三松ノ代理権アルコトヲ信スヘキ正当ノ事由アリト為スニ妨ナキヲ以テ上告論旨ハ理由ナシ」と判示して、一一〇条の適用を肯定した原判決は相当であると判断し、Yの上告を棄却した。

右大審院判決は、実印は日常の取引において最も重要視されるものであるから、本人は、深く代理人を信頼しなれば実印を交付しないのが通常であり、従つて実印を託された代理人がその実印を使用して取引する場合には、相手方において代理人にその取引をなすべき権限があると信ずるのは当然であり、かつそう信じたことに相手方には過失はない旨判示して、それを唯一の根拠にXにつき正当理由が成立することを肯定している。

確かに我が国においては実印は日常の取引において重要視されているのは事実であり、本人は代理人を深く信頼して実印を交付することが多いであろう。しかしまた同時に、代理人が自分が借財するにつき保証人になってほしいと本人に詐欺的な言辞で話を持ちかけ、本人が保証人ならばよいと思つて代理人の言を轻信し実印を交付したところ、本人を債務者とする借財が実印を利用して代理人によりなされてしまった等の例も多いのであつて、実印は必ずしも

本人が代理人を深く信頼した結果交付するとは限らない。しかし仮に、本人は代理人を深く信頼しなければ実印を交付しないという前提を承認するとしても、実印を託された代理人がその実印を使用して取引した場合には、相手方はその代理人に何らかの代理権があると信ずるのもっともであろうが、そうであるからといって実印の所持だけでは、当該取引についてその代理人に代理権があるかどうかは不明である。実印の所持は何らかの代理権の徴表とはなり得ても、当該取引についての代理権の徴表とはなり得ない。

本件においては、本人Yと代理人Aとの関係や、Aが従前Yを代理して二〇〇円程度の借財について相手方XあるいはBと取引したことがあったのか否か、等の事情が不明である。仮に、Aが従前Yを代理して二〇〇円程度の借財についてXと取引したことがあったとか、その程度の借財につきAがYを代理してBと取引していたのをXが知っていたとかというような事情があれば、本件のXについて正当理由を肯定し得る余地はある。しかし認定されている事実だけでは、「本人YにAの代理権の有無・範囲について問い合わせをすることが全く不要と感ぜさせるほどの客観的事情があり」それ故にXは「当該取引についてのAの代理権を信じた」とは判断できないから、Xには正当理由は成立しない。いずれにせよ本件では事実関係が不明であり、事実関係が不明な判例の抽象的判旨には、先例的拘束力を認めるべきではない。

(4) (i) 実印は日常取引において重要視され、本人は深く代理人を信頼しなければ実印を交付しないから、実印を託された代理人がその実印を所持して取引する場合には、相手方において代理人の代理権の存在について善意・無過失であったといえるという大正大正八年の抽象的判旨は、正当理由を「普通の人が代理権があるものと信ずるのこともだと思われること」という事情があり、代理権の存在についての善意・無過失のことをいうと説明する我妻博

士の見解になじみやすく、我妻博士によって支持された結果、大判大正八年の抽象的判旨は「本人が他人に対し自己の実印を交付し、これを使用して或る行為をなすべき権限を与えた場合に、その他人が代理人として権限外の行為をしたとき、取引の相手方である第三者は、特別の事情のない限り、実印を託された代理人にその取引をする代理権があったものと信ずるのは当然であり、かく信ずるについて過失があったものということはできない。」と判示した最判昭和三五年一〇月一八日(民集一四卷一二号二七六四頁)を導いていくことになる。

(ii) 大判大正八年及び最判昭和三五年の判旨、我妻・前掲三七一頁の正当理由の説明や正当理由が認められる場合が多いとしてあげた④の例、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要であるという我妻・前掲三七二頁の記述等から、判例は、実印等の所持があれば原則として相手方には正当理由が認められると判断しているとの一般的理解が形成されていくことになる。

しかし後述するように多くの判例は、実印の所持だけで正当理由を肯定しているわけではないし、実印を所持していても疑念を生ぜしめるに足りる特別の事情があれば、正当理由を否定している。そこで、実印等の所持があれば原則として相手方には正当理由が認められると判例は判断しているという一般的理解を前提とする学説は、実印等の所持があれば正当理由は原則として認められるが、夫婦や親子関係の場合には盗用がなされやすいから実印等を所持しているでも正当理由は認められにくいとか実印が偽造印であった場合には『印章が偽造である』という生まの事実はそのままこれをここ(筆者註・一一〇条の正当理由の有無の判断)へ持ち込むことは許されず、一応第三者即ち取引の相手方の立場からの光に照らして見る必要がある。そうすると、それは『偽造の事実そのもの』でなく『相手方の方で偽造であると知りえたか』あるいは『偽造ではないのかと疑いえたか』といった形で発想せられなければ

ならぬ問題であること明らかである。」(倉田卓次「最判昭和三六年一月一七日の判批」判解民昭和三六年度1事件五頁)<sup>(14)</sup>とか、実印の盗用とか偽造印の場合には、通説・判例の立場からすれば相手方の信頼した客観的事情(実印の所持という外觀)に差異はないのに正当理由が否定されるのは、本人の帰責性(本人の関与)がないことが正当理由の有無の判断で考慮されたからではないか等と議論する。<sup>(15)</sup>

これらの見解については後述するが、注意しておきたいことは、大判大正八年にせよ最判昭和三五年にせよ、我妻③の例にせよ、実印の所持があれば原則として相手方は代理権の存在について善意・無過失であると言っているわけではないことである。大判大正八年も最判昭和三五年も、代理人は本人から実印を託されているし、我妻③も「代理権の授与とともに実印・印鑑証明書・権利証などを交付してあるとき」と記述している。即ち、判例も我妻博士も本人がその意思に基づいて実印を代理人に交付していた場合を念頭においていたのに、正当理由が成立するには本人の作為・不作為は不要であるとの我妻博士の記述から、本人の作為・不作為のない実印の盗用・偽造の場合にも、とにかく代理人は実印を所持しているのだから、判例及び通説は原則として正当理由は認められると考えているはずだ、との誤解を招いたように思われる。

(iii) 我妻博士も鳩山博士に倣い「代理制度の信用を維持し取引の安全を保護するためには」正当理由成立のために本人の作為・不作為は不要と考えるべきだと主張したが、我妻博士も鳩山博士と同じく、正当理由が認められやすいとしてあげた①・②・③の例はいずれも本人の作為・不作為があるケースであった。

鳩山博士も我妻博士も、代理取引における動的安全を保護するという抽象的観念から、あるいは本人の作為・不作為の全くない法定代理に一一〇条を適用するために、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要である



と主張したわけであるが、両博士とも正当理由が成立する場合としてあげている例は本人の作為・不作為のあるケースであり、両博士は任意代理において、本人の作為・不作為なしに正当理由が成立するような具体的場合を想定していなかったようである。にもかかわらず、正当理由が成立するためには本人の行為は不要であるとの両博士の主張は、具体的事案に即した批判的検討もなされないまま判例の抽象的判旨となり、今日の通説的見解の基礎を形成していったのである。

(1) この大審院判決は、大審院は当初、正当理由が成立するためには本人の過失を要すると解していたとして、しばしば引用される判例である(例えば後藤清『総合判例研究叢書民法(20)』一三八頁)。

(2) 『民法研究 I』所収。

(3) この大審院判決は、最初「過失主義」を採った大審院がその後見解を改めて、正当理由が成立するためには本人の過失は必要ではないが、本人の作為・不作為は必要であると判断したとして、しばしば引用される判例である(例えば後藤・前掲一四〇頁)。

(4) 鳩山博士は大判明治三六年七月七日が採った過失主義は、法定代理に一一〇条を適用した大判明治三九年五月九日によって棄てられたが、過失主義を棄てたはずの大審院が大判大正三年一月二十九日によって原因主義に移ったのは不当であるとし「中島博士ノ表見代理論ニ於テハ代理權アリト信セシムベキ本人ノ表見的行為アルコトヲ以テ所謂表見代理ノ成立要件トセラレテ居ルカラ同氏ハ此点ニ於テ判決ノ趣旨ヲ是認セラルムモノト考フルガ(中島氏「表見代理」余ハ遺憾ナガラ之ニ從フコトヲ得ヌ)」とする(『民法第百十條ノ適用範圍』一一四頁)。右に引用された中島博士とは我が国に表見代理の概念を紹介した中島玉吉博士のことであり、中島博士は我が民法において表見代理思想が認められるのは一一〇九条、一一一〇条、一一一二条であるとし、「第百十條モ亦其場合ノ一ナリ代理人カ權限外ノ行為ヲナシタルトキハ之レ明ニ代理權ニ基カサル行為ナリ然カモ第三者カ其權限アリト信ス可キ正当ノ理由アルトキハ本人ハ代理人ノ行為ニ付キ責任ス其正当ノ理由トハ本人ノ行為ニヨリテ第三者ヨリ見レハ代理權ノ範圍ニ屬スト見ラル可キ事實ノ存在ヲ指スモノナリ左レハ是レ亦其ノ代理權ニ基クモノニ非シテ表見的行為ニ基クモノナレハ表見代理ノ場合ナリ。(傍点筆者)」とする(中島玉吉「表見代理論」京都法学

会雑誌五卷二号一九六頁・明治四三年)。鳩山博士は中島博士の見解は「原因主義ヲ採ル」ものであるとして批判する(鳩山『日本民法総論』四五五頁)。

(5) 但し鳩山博士自体は「基本代理権」という用語をもちいていない。

(6) 後藤・前掲一三九頁もこの判例を過失主義を採るものとして紹介している。

(7) ②の例をあげる鳩山『法律行為乃至時効』三二九頁は、大判明治三六年七月七日を過失主義を採る判例として批判するが、②と類似の事案で過失主義を採る大判明治三九年二月二日については何も触れていない。

(8) 安永・前掲一五頁が「任意代理自体において、大審院のとる態度そのものを検討しそれを不当とする議論がなされたわけではない」とするのは私見と同旨であると思われる。

(9) 安永・前掲一頁〜一五頁も私見と同旨であると思われる。

(10) 富井・前掲五一五頁も法定代理には一一〇条を適用しない趣旨であると思われる。

(11) 安永・前掲一六頁は、我妻博士は基本的に鳩山博士と同趣旨であるが、この部分の記述は、鳩山博士が「法定代理に(一一〇条の)適用を拡大するとの目的指向で正当理由と本人との主観的結びつきを切り離そうとした経緯からは、逆転した論理となっている」とする。

(12) 我妻・前掲三七一頁もこの判例を引用している。

(13) 後藤・前掲一六二頁、谷口知平「最判昭和三五年一〇月一八日の判批」民商四四卷五号九〇九頁、林豊「民法一一〇条にいう正当理由の有無に関する具体的判断基準とその主張・証明責任」民事判例実務研究一卷六三頁、川島武宜『民法総則』三八一頁、幾代通『民法総則』三八七頁等。

(14) 最判昭和三六年一月一七日(民集一五卷一号一頁)及び倉田判批については高森八四郎・高森哉子「他方名義の不動産処分と日常家事行為」関法三八卷四号三七頁以下参照。

(15) 安永・前掲三三頁、三六頁、四〇頁等。

#### 四 その後の学説の展開

(一) 前章までのまとめ

(1) 二において、起草者たる梅・富井両博士が、いかなる場合に正当理由が成立すると考えていたかを考察した。梅博士は正当理由が成立する例として、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てその履行を拒んだことがない場合(梅・第一類型)、慣習上同種の代理人が皆その権限を有する場合(梅・第二類型)をあげ、富井博士は、代理人が平常同種の法律行為をしてきたのに本人においてかつてその履行を拒んだことがない場合(富井・第一類型)、委任状を訂正せずに委任事項を制限した場合(富井・第二類型)をあげる。両博士は、代理権ありと信ずべき正当理由を代理権の存在についての相手方の善意・無過失(正当理由 $\parallel$ 善意・無過失)とは表現していない。梅・富井・第一類型・第二類型のように相手方に正当理由が成立する場合には、代理人の権限をあらかじめ調査しなかつた相手方には過失がなく、その場合の相手方との比較でいえば権限を守らなかつた不誠実な代理人を選任した本人の側にむしろ過失がないとはいえないという程度で、本人の過失について言及する。

従つて、梅・富井両博士の見解において重要なのは、両博士が正当理由が成立する例としてそれぞれあげている第一類型・第二類型の内容である。私見では両博士は、第一類型・第二類型のような客観的事実が存在する場合には、本人に代理権の有無・範囲について問い合せをすることが全く不要と感じさせるほどの客観的事実があったといえ、それ故に相手方が代理人の当該取引についての代理権の存在を信じたのであれば、相手方には正当理由が成立すると、説いていたと考へる。

(2) 三において、代理取引における動的安全を何よりも保護するために、一一〇条の適用範囲を拡張しようとした鳩山・我妻両博士が、任意代理においていかなる場合に正当理由(鳩山・我妻両博士の見解では、正当理由＝代理権の存在についての善意・無過失)が成立すると考えていたかを考察した。

鳩山博士は、①委任状に明示した代理権よりも実際は狭い代理権を与えていた場合、②白紙委任状の受領者が勝手に権限を補充して取引した場合、③平常代理人の行為を黙許して履行を拒んだことがなかったが、代理人に対してのみ事後はその事項を禁ずる旨を言渡した場合、をあげる。この鳩山①は富井・第二類型に該当し、鳩山③は梅・富井・第一類型に該当する。鳩山②は、正当理由が成立する類型として起草者が考えていなかった例である。私見では、他に肯定的ファクターがなければ、ただ代理人が勝手に権限を補充した委任状を相手方に持参したというだけでは、正当理由は成立しない。しかし仮に鳩山博士のいうようにこのような場合に正当理由が成立するとしても、この場合の本人には権限を容易に補充できるような白紙委任状を代理人に交付したという行為(作為・不作為)があるといえる。

我妻博士は、①特定の財産の管理、事業の経営などに関する一般的な代理権を与え、そのうちの特定の行為については本人の同意を要するというような制限を加えたとき、②制限のない委任状、ことに白紙委任状を与え、その使用を一定の範囲に限ったとき、③代理権の授与とともに実印・印鑑証明書・権利証などを交付してあるとき、をあげる。この我妻①は梅・富井・第一類型あるいは梅・第二類型に該当する。我妻②は鳩山②に類似する。我妻③は、我妻博士においてはじめて、正当理由が成立する類型としてあげられた例である。代理権の授与とともに本人が代理人に実印等を交付し、代理人がそれを利用して相手方と権限を超越した取引をしたとしても、実印の所持は何らかの代理権

の徴表とはなりえても、それだけでは当該取引についての代理権の徴表とはなりえないから、私見では他に肯定的なファクターがない限り、正当理由は成立しない。しかし、我妻<sup>③</sup>においても本人はその意思に基づいて実印等を交付したという行為があるといえる。

(3) 結局、鳩山・我妻両博士が、起草者が考えていなかったところの正当理由が成立する類型としてあげたのは、本人が代理人に白紙委任状を交付した場合(鳩山<sup>②</sup>・我妻<sup>②</sup>)と、本人が代理人に実印等を交付した場合(我妻<sup>③</sup>)とである。私見では、これらの場合にこれだけの事実では正当理由は成立しないが、ここで注意しておきたいのは、鳩山・我妻両博士はいずれも本人が代理人に白紙委任状なり実印なりを交付した場合を考えていたということである。両博士は、代理人が盗用あるいは偽造した白紙委任状や実印を所持して取引した場合にも、白紙委任状や実印の所持という事実を、代理人の詐欺的な言辞とあいまって信頼した相手方に、正当理由が成立するといっているわけではない。換言すれば、両博士は任意代理において、本人の作為・不作為なしに正当理由が成立する場合を、想定していなかったのである。

しかし他方で両博士は、法定代理に一一〇条を適用するために、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為が不要であると頑固に主張した。最高裁は、両博士の法定代理における主張に惑わされて、任意代理の事案において、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要であるとか(最判昭和二八年二月三日《第一小法廷》民集七卷一二号一三一頁)<sup>(1)</sup>、本人の過失は不要であるとか(最判昭和三四年二月五日《第一小法廷》民集一三卷一七頁)<sup>(2)</sup>判示するに至った。最判昭和二八年は、本人には作為・不作為がないから相手方に正当理由が成立しないとの上告理由に対して最高裁が、正当理由は「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」が本件の本人には作為・不作為があると判示したものであり、最判昭和三四年は、本人には過失がなく相手方には重大な過失があるとの上告理由に対して、最高裁が、最判昭和二八年を引用し「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」本人が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と判示したものである。

両判例の分析は、紙数の制限もあり註(1) 註(2) で述べることにするが、いずれにせよ両判例は事実関係が不明であって、上告理由の一部に対応する形で具体的事案の解決に不要な抽象的判旨を述べたにすぎず、先例的拘束力を認むべきではない。また具体的に事案を考慮することなしに、最高裁は正当理由が成立するためには本人の作為・不作為あるいは過失を不要と解しているとして、安易に両判例の抽象的判旨を引用する学説の態度も、改むるべきであろう。

(4) 鳩山・我妻両博士の法定代理における主張を、最高裁が任意代理の事案において支持したところから、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要であると解するのが、判例・通説の立場であるとの、一般的理解が形成されるに至った。とりわけ我妻③にあげられた、本人が代理人に実印を交付し代理人がそれを所持して取引したという例は、代理人が盗用あるいは偽造した実印を所持して取引した場合でも、相手方が実印の所持(や代理人の詐欺的言辭)という客観的事情を信頼して代理権があると信じたときは、そのように信じたことについて過失がないとするのが原則であると、誤解された。我妻博士が正当理由を「普通の人が代理権があるものと信ずるのもっともだと思われること」という事情があり、代理権の存在についての善意・無過失のことをいうと、かなり漠然と説明していたことも、この誤解の重要な一因となったのである。

しかし現実には、多くの判例は実印の所持だけで正当理由を肯定しているわけではないし、実印を所持していても疑念を生ぜしめるに足りる特別の事情があるときは、相手方に調査確認義務を課し、それを怠れば過失ありとして正当理由を否定する。そこで、実印等の所持があれば原則として相手方には正当理由が認められると、判例・通説は解しているという一般的理解を前提とする学説は、実印の所持という同じ客観的事情に対する、判例の結論の差異を説明しようとして、正当理由とは「結局は、当該行為の具体的諸事情に照らして法の保護に値すると判断すべきかどうか、ということに帰着する。」(川島武宜『民法総則』三七六頁)とか「当然そこでは、代理行為の相手方と本人とのそれぞれの保護についての利益考量が実質的な決め手になる。そして、結論的に相手方の保護つまり取引の安全の確保ということのほうを重くみる価値判断が働く場合なのである。」(幾代通『民法総則』三八五頁)とかいうように、正当理由を利益衡量論的に把握しようとする。あるいは、相手方に調査確認義務が課せられる場合を、判例の認定事実のなかから抽出・分類しようとする(横浜弁護士会編『表見代理の判例と実務』三三三頁以下)。あるいは、また「外観において差のない、つまり客観的判断を基礎とする『正当理由』において甲乙つけがたいこの二つのケース(筆者註・夫婦間で実印の盗用がなされた場合と、夫婦間で特定の代理権の授与とともに実印が交付された場合)を別異に扱う実質的な根拠は、結局、直接当該越権行為に対する本人の関与の有無ということにならざるをえない。」(安永・前掲四〇頁)と論じたりするのである。

(5) 以上において、前章までのまとめとして、起草者である梅・富井両博士が正当理由が成立する例として考えていた梅・富井・第一類型・第二類型を述べ、次いで鳩山・我妻両博士が任意代理において正当理由が成立する例として考えていた鳩山①・②・③我妻①・②・③を検討した。他方、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は

不要であるとの両博士の法定代理における主張が、任意代理の事案において最高裁の抽象的判旨によって支持され、それが事案の具体的検討を忘れた学説によって追隨された結果、任意代理においても正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要であるとの見解が、判例・通説として承認されるに至ったのである。

今日においては、正当理由の有無の判断は、当該行為の具体的事情に照らして、相手方と本人とのいずれを保護すべきかの利益衡量を通じて、総合的に判断されるとするのが学説の大勢である。このように正当理由の有無を利益衡量論的に総合的に判断しようとする見解や、本人の関与（帰責性）を考慮しようとする見解は、すべて右判例・通説の見解を大前提とするものである。

即ち正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要であり、それ故盗用であれ偽造であれ本人の意思に基づいて交付されたものであれ、実印の所持という客観的事情があれば、それは普通の人が代理権があるものと信ずるのもっともだと思われる事情であるから、相手方は代理権の存在について善意・無過失だといえる、という見解を動かさない大前提とみると、判例が実印の所持という同じ客観的事情のある事案に対して、あるときは正当理由を肯定し、あるときは調査確認義務をもちだして相手方の過失を認定し正当理由を否定する、この判例の結論の差異をなんとか説明しようとして、正当理由の有無は結局は利益衡量論的に総合的に判断されるのだとか、本人の関与の有無によって決せられるのだとか、論じているにすぎないのである。

## (二) 利益衡量論的な見解

- (1) (i) 正当理由の有無を利益衡量論的に判断する学説の代表的なものとして川島説がある。川島武宜『民法総



則』三七六頁は、正当理由の内容を定義せず、正当理由を『善意無過失』と表現してみても、同意反復にすぎず、結局は、当該行為の具体的諸事情に照らして法の保護に値すると判断すべきかどうか、ということに帰着する。」と説明する。

川島説が、正当理由が成立する場合として考えている例を、川島・前掲三七七頁以下から引用すると、①「一般的に言つて、或る地位にある者が当該取引をなすことを常態とするような事情がある場合には、相手方は代理権の存在を信ずるにつき『正当ノ理由』を有すると言つてよいが、そうでない場合には、相手方は取引上相当と認められる程度の調査をした場合でなければ、『正当ノ理由』あるものと認められない。」②「問題となるのは、抽象的形式的に観察すれば代理権の範囲に属する行為が、実質的には、本人の利益のためではなくて代理人その他の者の利益のためになされる場合である。言うまでもなく、そのような行為は、代理権の範囲には属しないと解すべきであるが、取引の相手方がそのような実質的側面を知らず、且つ知らないことが『正当の理由』を有するときは（たとえば、当該の代理人としてはその取引をなすことが常態であるような場合）、一一〇条によって保護されるのである。したがって取引の相手方がその取引の実質的側面を知つたときは無権代理となる、と解すべきである。」③「一般に、実印を所持する者、或いは実印が押してある証書を所持する者の代理権を信じて取引するのは、『相当ノ理由』があると認められる。ただし、夫又は妻がその配偶者の実印を所持している場合は、必ずしもそれは認められない。実印でない印を所持する者、或いはこれが押してある証書を所持する者については、諸々の具体的事情によって決するべきであり、一般的に『正当ノ理由』があるとは言えないであらう。」④「委任事項を白地とする白紙委任状の所持人の代理権を信ずるのは、原則として『正当理由』がある。」などである。

そして川島説は、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為が必要か否かについて、「右の問題を肯定に解するのは、表見代理を本人の側の事情に焦点をおいて評価するものであるが、取引の相手方の側の事情（すなわち、取引の安全）に焦点をおいて表見代理を評価するなら、右の問題を否定に解することにならう。おそらく今後の判決においてはこの点は重要な判断基準として機能しないであろう、と推測される。」とし、本人の過失の要否については「かつて判決はこれを肯定に解して、表見代理の成立を否定したことがある（筆者註・川島・前掲三八五頁註（三三）は鳩山博士が過失主義を採る判例として批判した大判明治三六年七月七日をあげる）。これまた、本人の側の事情に焦点をおいて表見代理を評価するものであり、その当否は疑問である。のみならず、その判決の先例的価値も疑問であって、戦後判例は明確にこの点を否定した（筆者註・三八六頁註（三四）は最判昭和三四年二月五日をあげる）。学者も一般に否定に解している。」とする。

(ii) 川島①の前提が、本人が代理人をある地位に付け、相手方が当該取引について、慣習上その地位にある代理人は皆そのような取引についての代理権限があるから、代理権があると信じたという意味であれば、それは梅・第二類型に該当し妥当である。

川島②は、抽象的形式的に観察すれば代理権の範囲内の行為を、代理人が自己又は第三者の利益のためになしたと  
いうのであるから、これは代理人の権限濫用の問題であり、一一〇条の正当理由の有無について論ずべき問題ではない。  
。

(iii) 問題なのは、川島説が、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為あるいは過失が必要であると解するのは、表見代理を本人の側の事情に焦点をおいて評価しようとするもので、取引の相手方の側の事情（即ち、取引の

安全)に焦点をおいて表見代理を評価するなら、それは否定に解すべきであるとの前提にたつて、実印を所持する者の代理権を信じて取引するのは一般に正当理由あり(川島③)としている点である。

ここにおいて、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要であるから、盗用であれ偽造であれ本人の意思に基づいて交付されたものであれ、実印の所持という客観的事情があれば、それは普通の人が代理権があるものと信ずるのもっともだと思われる事情であるから、相手方は代理権の存在について善意・無過失だといえる、という通説的理解が明確にあらわれる。逆にいえば、本人の作為・不作為が全くないのに相手方からみて代理権があるものと信ずるのもっともだと思われる客観的事情は、実印の所持と実印を所持する者の詐欺的言辞しかありえないから、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要であるというかぎり、実印の所持という客観的事情があれば、原則として、正当理由は成立するといわざるを得なくなる。しかし判例は実印の所持という同じ客観的事情のある事案に対して、あるときは正当理由を肯定しあるときは否定しているところから、この判例の結論の差異を有意味的に説明しようとして、実印の所持という客観的事情があれば原則として正当理由は成立するが、例外として夫婦間では実印の盗用がなされやすいから、夫婦の一方が他方の実印を所持しても、必ずしも正当理由は認められない(川島③)と論ずることになる。

実印は夫婦間であれ他人間であれ、本人から代理人にいろいろの理由によって預託されたり交付されたりするものであるし、また盗用・偽造の可能性も高いものである。本人が代理人に当該取引についての代理権の授与とともに実印を交付している現場を相手方が見ていない限り、代理人が実印を所持しているとしても、相手方には代理人がいかなる理由で本人から実印の交付を受けたのか、あるいは盗用したのか偽造したのか、その内部的事情は不明のまま

ある。従つて、本人が代理人に当該取引についての代理権の授与とともに実印を交付している現場を見ていない相手方にとつては、本人の意思に基づく交付であれ盗用であれ偽造であれ、そこには実印の所持というひとつの事実があるにすぎない。そして代理人が実印を所持するに至る内部的事情は様々なのであるから、実印の所持というひとつの客観的事実から相手方が代理人に何らかの代理権があると信ずるのは仮にもつともであるとしても、決して、そのみでは当該取引についての代理人の代理権限を相手方が信ずるについての正当理由を成立させる客観的事情とはなり得ない（高橋三知雄「最判昭和四二年一月三〇日の判批」民商五九卷一号八八頁、好美清光「最判昭和四五年一月一五日の判批」民商六六卷一号一四頁、遠田新一「最判昭和五一年六月二五日の判批」民商七六卷五号七三三頁も同旨であると思われる）。

(iv) 実印の所持は、それだけで原則として正当理由が成立する客観的事情ではなく、正当理由肯定的ファクターのひとつにすぎない。他に肯定的ファクターが存在し（たとえば相手方は従前も代理人との間で同種の取引をしたことがあり、それは本人によって承認され、つつがなく履行されたという事実など）それに実印の所持という肯定的ファクターがあわさつて「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実があり」それ故に「代理権の存在を信じた」といえるときに、はじめて相手方に正当理由が成立するのである。正当理由を肯定し結論的に妥当な解決を導いた判例（たとえば最判昭和三一年五月二二日・民集一〇卷五号五四五頁、最判昭和三一年九月一八日・民集一〇卷九号一一四八頁）は、実質的には、実印の所持以外の肯定的ファクターを認定しそれと実印の所持という肯定的ファクターをあわせて、結論を導出している。逆に実印の所持以外の肯定的ファクターが認められず、否定的ファクターだけが存在しているとき、あるいは実印の所持以外の肯定的ファクターがあ

るにしても同時に否定的ファクターも存在し、実印の所持を含めた肯定的ファクターが否定的ファクターを凌駕するほどのものでないとき、判例は正当理由を否定するのである。

夫又は妻が他方を代理して借財したり、他方名義の不動産を処分したりする事案において、判例のほとんどは正当理由を否定している。それはこれらの事案において、実印の所持以外の肯定的ファクターが認められず、あるいは実印の所持を含めた肯定的ファクターが否定的ファクターを凌駕するほどのものでないので、判例は正当理由を否定しているのであり（詳細は高森八四郎・高森哉子「夫婦の日常家事行為と表見代理」名城法学三八巻別冊二〇頁以下、同「他方名義の不動産処分と日常家事行為」関法三八巻四号一頁以下、高森哉子「借財と日常家事行為」関法四〇巻一号三八頁以下）、川島③のように実印の所持という客観的事情があれば原則として正当理由は成立するが、例外として夫婦の一方が他方の実印を所持していても正当理由は認められにくいと、解すべきではない。

(v) 川島④に対しても、川島③に対すると同様の批判があてはまる。本人が代理人に当該取引についての代理権の授与とともに委任事項を白地とする白紙委任状を交付している現場を見ない相手方にとっては、本人が何らかの意思で白紙委任状を交付したのであれ、代理人が偽造したものであれ、そこには白紙委任状の所持というひとつの事実があるにすぎない。白紙委任状の所持というひとつの客観的事実から、相手方が代理人に何らかの代理権があると信ずるのは仮にもつともであるにしても、決してそのみでは当該取引についての代理人の代理権限を相手方が信ずるについての正当理由を成立させる客観的事情とはなり得ない。実印の所持と同じく、白紙委任状の所持についても、それは正当理由肯定的ファクターのひとつにすぎないと位置づけるべきである。

(2) (i) 川島説と同じく正当理由の有無を利益衡量論的に判断するものとして幾代説がある。幾代通『民法総則』

三三四頁は、正当理由を「客観的にみて行為者に代理権ありと考えるのがもっともだと思われる事情があること、をいう。すなわち、相手方についていえば、代理権の不存在について善意かつ無過失であることを要する」と説明し、「正当の理由ありというるためには、本人の過失に基づいたものであることも、本人の行為（作為もしくは不作為）に基因したものであることも必要でない。……現在においては、本人の過失などを必要としないというのが判例（大判大正三・一〇・二九民録八四六頁、最判昭和二八・一二・三民集一三一一頁、最判昭和三四・二・五民集六七頁）・通説である。正当の理由とは、結局は、『当該行為の具体的諸事情に照らして法の保護に値すると判断すべきかどうか』に帰着するのであり（川島・三七六頁）、当然そこでは、代理行為の相手方と本人（とされた者）とのそれぞれの保護についての利益考量（単なる無権代理にとどめる場合と、表見代理成立を認めるとした場合との）が実質的な決め手になる。そして、結論的に相手方の保護つまり取引の安全の確保というこのほうを重くみる価値判断が働く場合なのである」とする。このように正当理由が成立するには本人の行為は不要であり、正当理由の有無を相手方と本人とのそれぞれの保護についての利益衡量で判断する幾代説においては「具体的にいかなる場合に相手方の誤信に『正当ノ理由』があるとされるか否かは、結局のところは、具体的な諸事情の総合的判断によるのであって、過去の多くの判例から簡単かつ具体的な定式を帰納することは不可能である。」（傍点筆者）（幾代・前掲三八五頁）ということになる。

(ii) 正当理由の有無が争われた多くの事案においては、肯定的ファクターと否定的ファクターとが混在しているから、いかなる場合に正当理由が肯定され、あるいは否定されるかは、これらの肯定的ファクターと否定的ファクターとを個別的具体的に検討せざるを得ない。しかしその過程で、正当理由の有無の具体的判断基準が欠如していれば、

いかなる事実を肯定的ファクターとして認定するかについても誤りが生じる。たとえば、代理人が自分には当該取引についての代理権があると相手方に説明し、その言動が詐欺師的に巧妙であればあるほど、相手方は代理権があると信じるかもしれないが、このような代理人の詐欺師的な言辞は肯定的ファクターに該らない。

また判例のいう「疑念を生ぜしめるに足りる事情」とは否定的ファクターであるが、否定的ファクターが強ければ強いほど、それを凌駕するほどの積極的な肯定的ファクターがなければ正当理由は成立しない。そこでいう積極的な主要な肯定的ファクターとは、何らかの代理権の徴表の道具に過ぎない実印・白紙委任状等の所持ではなく（これは補強的な肯定的ファクターにすぎない）、「本人に代理権の有無・範囲について問い合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」でなければならぬ。それは具体的にはたとえば梅・第一類型があげるように、相手方は代理人との間で従来同種（同量）の取引を何度もしてきたが、それらはすべて本人によって承認され、つつがなく履行されてきたというような客観的事情であろう。

このようにいかなる事実を肯定的ファクターとして認定するか、いかなる肯定的ファクターが正当理由を成立させる決定的ファクターとなるかを判断するに際しては、正当理由の有無の具体的判断基準（具体的な定式）の設定が不可欠である。幾代・三八五頁は「過去の多くの判例から簡単かつ具体的な定式を帰納することは不可能である」とするが、具体的な定式の設定は不可能ではないし、また具体的な定式を設定することは不可能である」と述べていれば、正当理由の有無の判断は、結局場当りのな利益衡量になってしまい、取引の安全の名の下に安易に正当理由を肯定する方向に流れるであろう。なお、幾代・前掲三八五頁以下が正当理由が成立する類型としてあげている例は、川島①、川島③に該当するので、川島説に対する批判と同じ批判があげてはまる。

(iii) 横浜弁護士会『表見代理の判例と実務』三一七頁は、倉田卓次「最判昭和三六年一月一七日の判批」（判解民昭和三六年度1事件）五頁が『印章が偽造である』という生まの事実そのままこれへ持ち込むことは許されず、一応第三者即ち取引の相手方の立場からの光に照らして見る必要がある。そうすると、それは『偽造の事実そのもの』でなく『相手方の方で偽造であると知りえたか』あるいは『偽造ではないのかと疑いえたか』といった形で発想せられなければならない問題であること明らかである」としているのを、幾代・前掲三八五頁が「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側の善意や無過失（とくに後者）の成否を左右する場合が少なくない」と述べているのと同旨であるとし、本人の過失や作為・不作為といった事実が外部に反映する限りで考慮されるという意味で妥当であるとする。

一一〇条は「第三者カ其権限アリト信スヘキ正当理由」と規定しているのであるから、相手方から見ても「本人に代理権の有無・範囲について問い合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」それ故に相手方が「代理権の存在を信じた」と判断できるときに、相手方には正当理由が成立する。いかに本人に作為・不作為があるうと、それを相手方が見知っていない限り、それは正当理由の肯定的ファクターにも否定的ファクターにもならないことは当然である。逆に相手方からみて「本人に代理権の有無・範囲について問い合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」それ故に相手方が「代理権の存在を信じた」といえるときには、必ず相手方からみ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。したがって正当理由が成立するためには本人の行為は不要であるというのは不当であるし、逆に相手方が見知っていない本人の行為は正当理由の肯定的ファクターにも否定的ファクターにもならない。



従つて偽造印の場合、「実印が偽造である」という事實は、相手方が知らない限り否定的ファクターにはならず、「実印（らしきもの）の所持」というひとつの肯定的ファクターがあるにすぎない。しかし仮に偽造がずさんで「偽造ではないかと疑いえた」場合には、その事情は否定的ファクターとして認定される。その場合、正当理由が成立するためには、それを凌駕するだけの積極的な肯定的ファクターが必要とされ、それが認定されなければ、相手方に正当理由は成立しない。倉田判批の引用部分は内容それ自体において誤まりはないが、最判昭和三六年において正当理由が否定されたのは、倉田判批が指摘するように「本人全く不知の間に偽造印鑑によって登記がなされた」という事情ではなく、否定的ファクターを凌駕するだけの本人への問い合せを不要とする肯定的ファクターが存在しなかつたからである（最判昭和三六年一月一七日についての詳細は、高森八四郎・高森哉子「他方名義の不動産処分と日常家事行為」関法三八卷四号三七頁以下）。

なお相手方からみて「実印が偽造ではないか」と疑いえる外部的事情が存在する場合、それは否定的ファクターとなるが、しかしそれによって幾代・三八五頁のように相手方の過失が認定され、正当理由が否定されるという法的構成をとるべきではない。一一〇条は法文上、一一二条のように相手方の善意・無過失を要件とせず、より積極的な「正当理由」を相手方の保護されるべき要件としているのであるから、否定的ファクターが存在するときは、それを凌駕するだけの積極的な肯定的ファクターをさがし、そのような積極的な肯定的ファクターが認定できないときには、「本人に代理権の有無・範囲について問い合せをすることが全く不要と感ぜさせるほどの客観的事情がない」として、相手方の正当理由を否定すべきである。

本人の行為の有無は多かれ少なかれ外部に反映し、外部に反映する限りで、相手方の過失の成否を左右するという

見解は、実印の所持があれば、それは原則として相手方に正当理由を成立させる客観的事情になるという誤った前提から生じる。なぜならば実印の所持は原則として相手方に正当理由を成立させる客観的事情ではなく、肯定的ファクターのひとつにすぎない。しかも実印の所持はそれだけで正当理由を成立させる肯定的ファクターではなく、他の積極的な肯定的ファクターとあわせてはじめて正当理由を成立させるところの、それ自体は弱い肯定的ファクターにすぎない。その実印が偽造印の場合でも、それを相手方が見知っていない限り、否定的ファクターにはならない。しかし相手方からみて「実印が偽造ではないか」と疑いえる外部的事情が存在する場合には否定的ファクターとなる。この場合は、それを凌駕するだけの積極的な肯定的ファクターの存在こそを問題とすべきであり、それが認定できないときには相手方に正当理由は成立しないという、私見のように法文に忠実な解釈こそを採るべきである。

(三) 本人の帰責性を重視する見解

(1) (i) 正当理由の有無の判断について本人の帰責性を重視する見解に安永説がある。安永・前掲五五頁は「『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』の判断に持ちこまざるを得ないが、この判断を客観的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、少なくとも判決例で、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、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。」とする。

即ち、安永・前掲四〇頁は、夫又は妻が他方に無断で他方名義の不動産を処分したという事案で、実印・権利証等の所持という客観的事情がありながら、多くのケースで判例が正当理由を否定しているのは、これらのケースが実印の盗用あるいは偽造の事案であったからだとする。もしこれが仮に「現実、妻に対し土地を担保に金銭を借りるよう授権し実印を預けたところが、越権して土地を処分してしまった」という場合には、正当理由なしとはにわかに判断しないであろう。だとすれば、外観において差のない、つまり客観的判断を基礎とする『正当理由』において甲乙つけがたいこの二つのケースを別異に扱う実質的な根拠は、結局、直接当該越権行為に対する本人の関与の有無ということにならざるをえないと考えられる。(傍点筆者)」

(ii) 夫婦間の事案でなくても「たとえば、極端な例をあげれば、ある種の代理権を与えられた者が、本人の実印・権利証を盗用して、あるいは偽造して、与えられている代理権とまるで関係のない代理行為をした場合など、『基本代理権』、代理権ありと信ずべき客観的事情があったとしても、『正当理由』をただちに認めることには抵抗がある。人への信頼はあるとしても、当該越権行為につき代理権ありとすべき事情についての本人の関与は、極めて稀薄であるからである。

それでは、右の如き『基本代理権』の認否判定の際とりこまれえなかった本人側の事情は、純粹に客観的事情によって決せられる『正当理由』の判断へいかなるかたちで影響を及ぼしうるのか。この点、明白に述べるものはすくない。結局、右理論からは『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側の善意や無過失(とくに後者)の成否を左右する場合が少なくない』<sup>(3)</sup>として、本人側の事情が、信ずべき外観不成立に働くとか、相手方の有過失を導きうる限りで、結果的に考慮する以外にはないこととなろう。しかし、本人側の事

情は内部事情であり、それが外部に反映し相手方の有過失をみちびくことの保証はない。むしろ基本的には問題とされる事情がストレートに相手方の有過失をみちびくことは稀ではないかと思われる。」(安永・前掲三三頁、三四頁)。

(iii) このように実印が偽造されたという「最も影響を及ぼすべき本人側の事情といえども、外観に反映せず内なる事情にとどまる限り、『正当理由』の判断にあたって表立ってそれを考慮することはできない仕組みになっている。第二に、それにもかかわらず、実務上は、このケースにみられるようなある種の本人側の事情は実質的に『正当理由』否定の方向に作用し、ただ、形式のうえでは、別途何らかの状況を設定したうえで相手方の過失に結びつけるかたちで、その結論をみちびいていることがありうる。その際、本人への確認を求めその確認をしないのが過失であるとの論理を使うことがある。この本人への確認義務は問題のあるところで、本人に確認すればすべて明るみにでてしまふから、むやみやたらとこれを持ち出せばおよそ表見代理が問題となる余地はなくなってしまうはずである。」(安永・前掲三六頁)。しかしこの確認義務も「結局は相手方からみる客観的状況を前提とせざるをえないはずであるから、結局、『正当理由』で本人の事情を直截に考慮しうる装置が欠けているといわざるを得ず、この点が問題を生じさせる原因であることを感じさせる。本人の事情を考慮すべき『基本代理権』、もっぱら客観的判断を旨とする『正当理由』の二要件構造は、かかるケースに十分に対処する体勢にはないのである。望ましい理論構成としては、『Xの側に何らの帰責事由がない』という点から、表見代理の成立を否認すべき』ではなからうかと考えられるのであるが、この結論をみちびくにはなお検討が必要である。(傍点筆者、筆者註・このような否定的言辭が問題なのである)」「(安永・前掲三七頁)とする。

(iv) 以上の安永説を要約すると、安永説は代理人が実印・権利証等代理権を徴表する道具を所持していれば、それは代理権ありと信ずべき客観的事情であるとする。しかし同じ客観的事情（実印等の所持）があるのに、正当理由が肯定されたり（本人の意思に基づく交付の例が多い）否定されたり（盗用・偽造の例が多い）するのは、本人の何らかの関与の有無（本人の帰責性の有無）を判例は正当理由の有無の判断の際に考慮しているからである。しかし、本人の帰責性を否定する盗用とか偽造とかいう重要な事情は、本人と代理人間の内部的事情であるから、それが外部に反映しないかぎり、通説・判例の立場ではストレートに相手方の有過失を認定する材料とはならない。そこで判例は実印等の所持があり原則として正当理由が成立する客観的事情があるが、なおかつ本人の帰責性がない事案（盗用・偽造）で正当理由を否定するために、調査確認義務をもち出して相手方の過失を認定しようとするが、その調査確認義務についても結局は相手方からみる客観的事情を前提とせざるを得ないから、結局、正当理由の有無の判断において、帰責性がないという本人の事情を、直截に考慮しうる装置が欠けているとする。

(2) (i) 安永説は、正当理由の有無を利益衡量論的に判断しようとする見解と同じく、実印の所持があれば、それは原則として正当理由を成立させる客観的事情であるとみる。しかし、実印の所持は何らかの代理権を徴表する事実にはすぎないから、それは肯定的ファクターのひとつにすぎず、しかも他の積極的な肯定的ファクターとあわせてはじめて正当理由を成立させるところのそれ自体は弱い肯定的ファクターにすぎない。

安永説のように、実印の所持は原則として正当理由を成立させる客観的事情であるが、例外として盗用や偽造の場合のように代理人の実印の所持について本人の関与がない場合には正当理由が否定されるべきだとすると、逆に本人が何らかの代理権に基づいて実印を交付した場合（これは我妻③に該当する）には、代理人の実印の所持について本

人の関与があるということになって、安易に正当理由が肯定されるという危険性を有する。

(ii) 安永説は、一方で実印等の所持が原則として正当理由を成立させる客観的事情であるとし、他方でそのような同じ客観的事情がありながら場合によって判例が正当理由を否定する、その実質的な根拠は「直接当該越権行為に対する本人の関与の有無ということにならざるをえない」（安永・前掲四一頁）とみて、その具体例として夫婦の一方が他方の実印を盗用あるいは偽造して他方名義の不動産を処分したという事案で判例が正当理由を否定していることをあげる。そして、これらの否定ケースでは、夫婦間でなければ基本代理権の面で一一〇条の成立を否定できたから、最判昭和四四年二月一日（民集二三卷一二号二四七六頁）が日常家事代理権を基本代理権として一一〇条を直接適用することを否定したのは妥当であると評する（最判昭和四四年二月一日についての詳細な検討は、高森八四郎・高森哉子「他方名義の不動産処分と日常家事行為」関法三八卷四号四三頁以下）。

最判昭和四四年の採る一一〇条類推適用説の問題点は本稿ではさておくとしても、夫婦の一方が他方に真に日常家事行為の範囲内で、あるいは日常家事行為の範囲を越えて、特定の代理権を個別的に授与した場合には、一一〇条類推適用説をとる判例の立場でも、安永説においても、一一〇条の正当理由の有無がやはり問題となる。

安永説はその場合、つまり現実には夫が妻に対し土地を担保に金銭を借りるように授權し実印を交付したところ、妻が越権して土地を処分してしまったという場合には、土地処分という越権行為について正当理由を肯定するかどうかである（安永・前掲四〇頁）。しかしこの場合でも、盗用、偽造のケースとは異なり本人の意思に基づく実印の交付があっただけで、やはり土地処分という当該越権行為に対する本人の関与はないといわざるを得ない。

判例が正当理由を否定した夫婦間代理の事案において、たしかに安永説のいうように「越権代理行為に対し本人の

具体的関与の欠如」していたことは事実であるが、右にあげたように本人の意思に基づく実印の交付があったケースでも、やはり越権代理行為に対する本人の具体的関与は欠如しているのである。にもかかわらず、安永説が右にあげたケースでは正当理由が肯定されるというのであれば、安永説のいう「直接当該越権行為に対する本人の関与の有無」とは結局「本人の意思に基づく実印の交付の有無」にすぎないということになり、本人が代理権の授与とともに代理人に実印等を交付した場合（我妻③の事案）には、原則として正当理由が肯定されてしまうということになる。

私見によれば判例が正当理由を否定した夫婦間代理の事案では、実印の所持という肯定的ファクターの他に、積極的な肯定的ファクターが存在せず「本人に代理権の有無・範囲について問い合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なかった」から、判例は実質的に正当理由を否定したのである。同様に私見では、右にあげた本人の意思に基づく実印の交付があるケースでも、他に積極的な肯定的ファクターがない限り、正当理由は成立しない。

(3) (i) 安永説は、一方で実印等の所持が原則として正当理由を成立させる客観的事情であると、他方で「当該代理事項と本人との結びつきの欠如」（安永・前掲四二頁）しているとき、「越権代理行為に対し本人の具体的関与の欠如している」（安永・前掲四一頁）とき、本人には「何らの帰責事由がない」（安永・前掲三七頁）から、実印の所持という同じ客観的事情があっても正当理由は否定されるとし、正当理由を否定した判例をこの視点から評価する。たしかに判例は本人の意思に基づく実印の交付のないケースでは正当理由を否定しており、正当理由が否定された判例では「越権代理行為に対し本人の具体的関与の欠如している」ことも事実である。しかし問題は安永説の立場からいえば、いかなる場合に「越権代理行為に対し本人の具体的関与があり」正当理由が肯定されるかであり、正当理由を肯定せしめるところの越権行為に対する本人の具体的関与とは何かが明らかにされなければならないということ

である。

安永・前掲五九頁は「以上の私の検討は、民法一一〇条を一般の理解と同様、代理権でおおわれぬがなおかつ本人に特別の責任が生ずる場合（表見代理）にとらえている。この特別の責任は相手方の正当な信頼とそれに相応する本人の責任根拠の存在を前提とするものである（信頼責任）。そしてこの責任根拠は、結局、当該越権行為事項が代理権でおおわれていると信ずるに足る事情（代理権の外観）を知りつつあるいは知るべきであるのに知らないで、代理権授与の際代理人に手渡ししてしまったという意識的行為に求めざるをえない。これは結局、授与した代理権をこえて代理人に余分の衣を着せることで、外部に対しそれに相応する代理行為の結果を負担するとの表示をなしたことに基づく責任ということにならう。（傍点筆者）」として自説をまとめるが、これが民法一〇九条の授權表示による本人の責任の根拠としてはともかく、そこにおいてもなお、安永説の立場からして、民法一一〇条の「正当理由」を肯定せしめるところの越権代理行為に対する本人の具体的関与とは何か、は明らかにされていない。

(ii) 安永説が妥当であると評価する正当理由肯定判例に対するコメントをあげると、安永・前掲四三頁は最判昭和三十一年九月一八日（民集一〇巻九号一一四八頁）について「代理行為に使用された実印も右事務のため本人から任意に交付されたものである」から「本人への帰責性は十分にあるといえる」とし、最判昭和三五年一〇月一八日（民集一四卷二二号二七六四頁）について「本人もそれなりの関与をしていることも否定に結びつきにくい」（安永・前掲四五頁）とする。

しかし私見では、最判昭和三十一年についていえば、本人の任意の実印の交付だけでは相手方の正当理由は認められないのであって、むしろ本件では「債務整理のための相当な範囲の土地処分」の権限が包括的に代理人に授与されて



いたと解釈しうるところに「正当理由」が認められた実質的理由があり、これは本来なら一一〇条ではなく、有権代理の事案として処理されるべき場合であったといえよう。

最判昭和三五年は最判昭和四六年四月二〇日(判時六二八号四二頁)(安永・前掲四五頁)と比較すれば、後者は私見によれば、梅・第一類型の事案に相当し、結論も妥当である。これに対し、前者は、実印の所持という肯定的ファクターがあるだけで、梅・第一類型のような積極的な肯定的ファクターが認定されていないから、原審認定事実だけでは、正当理由は肯定できない。従って、この両判決を、安永説がいずれも本人の関与があった事案であるとして「結論的に妥当」と評しているところには賛成できない。

(iii) 安永説は、実印等の所持という原則として正当理由を成立させる客観的事情があっても、越権代理行為に対する本人の具体的関与がないときには、本人には帰責性がなく、正当理由は成立しないとするが、「何が正当理由肯定に働らく本人側の具体的関与か」の明確な提示には至っていない。

私見は、相手方に正当理由が成立するときには、必ず相手方からみて、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考えるし、そのような本人の行為が欠如しているときには相手方に正当理由は成立しないと考える。しかし、一一〇条は、相手方に代理権ありと信ずべき正当理由があるときに、相手方は保護されると規定しているのであるから、一一〇条の解釈のプロセスとしては、実印等の所持を原則として正当理由を成立させる客観的事情とみて、それから例外的に正当理由を否定する事実を抽出するのではなく、実印の所持をひとつの肯定的ファクターとして位置づけ、本人への問い合せを不要とする客観的事情の存在を主要な肯定的ファクターと定め、積極的に主要な肯定的ファクターの存在することを問題として、その結果、相手方からみて「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」それ故に相手方が「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」が成立すると解すべきである。その際の決定的な肯定的ファクターの内容としては梅・第一類型を要求すべきであろう。

(1)(i) 最判昭和二八年一月三日(第一小法廷)(民集七卷二二号一三一頁)は、最高裁が、一一〇条の正当理由は必ずしも常に本人の作為・不作為に基づくものであることを要しないと判示したとして引用される判例である。本判決については第二審の認定事実がほとんど記載されておらず(当審の認定する事実原審の認定と同一であるとしながら、第一審の認定事実が省略されている)、従って最高裁がいかなる認定事実によって正当理由を肯定したかは、上告理由に引用された原審の認定事実と最高裁の判決理由から推断するほかない。それによると本件の事案は以下の通りである。

(ii) AはY小型運送有限会社の千住営業所の責任者として、YからY会社の運送契約締結並料金の受取について代理権を与えられていたところ、昭和二四年五月二一日Aは「Y小型運送有限会社千住営業所主任A」の振出名義の額面四万円の小切手をXに交付した。X(青果商)は訴外B(Xと同業者)に対する五万円余の青果物売渡代金の支払確保のため本件小切手をAから受け取ったものであり、A・B・Xは顔見知りの間柄であった。Xは昭和二四年五月二三日本件小切手を支払銀行に呈示したが拒絶されたので、Yに対して小切手金四万円とこれに対する呈示の翌日以降完済までの年六分の割合の利息の支払を求めたのが本件である。

第一審X勝訴。Yは控訴したが第二審は「小林益雄(A)は小切手振出当時既に於て上告会社(Y)の運送契約締結並料金の受取に於て上告会社を代理する権限を有したこと、小林益雄は小切手を被告A(X)に持参して上告会社で之に付て全責任を取る旨確言したこと。小林益雄は上告会社は自動車を数多く所有し確実なる会社であつて四万円位は直ちに払込んで迷惑をかけないと断言したこと、並に其の直前頃被告Aは右小切手と同一振出名義人の金額四千円の小切手を受取りたるも問題なく支払われたこと。此の事実を鑑みて被告Aは小林益雄が右小切手を振出す権限を有するものと信ずるに於て正当の理由を有したものに於て、表見代理に関する民法の規定に従い上告会社はその小切手振出行為の責任を負わなければならない旨(傍点筆者)判示して(Yの上告理由より引用)Yの控訴を棄却した。そこでYは上告して、XがAに小切手振出権限ありと信ずるに足るとした原審認定事実(前掲引用部分)は、「孰レモ終始小林益雄ト被告人間ノ言

動ノミニ基因シテ生ジタ事実ニシテ、上告会社ハ之レニ何等関与シナイトコロデアル。従ツテ上告会社ノ作為不作為ニ出デタル事柄デハナイノデ、之レヲ以テ其ノ本人ナル上告会社ニ対スル關係ニ於テ小林益雄ニ小切手振出行為ノ代理権限アリト信ズルニ足ル正当ナ理由ガアツタモノト謂ウコトハ出来ナイ(傍点筆者)と主張した。

これに対して最高裁は「民法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要しない」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上告会社は昭和二三年暮以来、小林益雄が上告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、上告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、被上告人は右のごとき事情その他原審認定の事情があつたればこそ、本件小切手の振出につき小林において上告会社を代理すべき権限を有するものと信ずるに至つたのであつて、右信ずるに至つたのは、上告会社の作為不作為に基くものと認めることができる。それ故、右信ずるに至つたのは、上告会社の作為不作為に出でたものでないとする論旨前段は採ることを得ない。(傍点筆者)と判示した上で、原審認定の事実からすれば、XがAの代理権の有無につきYに問合せる等調査をしなかつたのは、未だXの過失とは認め難いから、Xには正当理由が成立すると判断して、Yの上告を棄却した。

(iii) 本件においては先ず、Aがいかなる商業使用人に該当するかを認定する必要があると思われる。最高裁判旨のなかで引用された原審認定事実によれば、Yは昭和二三年暮以来、AがY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、本件小切手に押捺したゴム印(Y小型運送有限会社千住営業所主任A)を使用して営業上の書類を作成することを許容して来たところがあるが、千住営業所の実体がいかなるものであるかは不明である。しかしYがAに、Y会社の運送契約締結並料金の受取についての代理権を授与していたことは確かであるから、これは「営業ニ関スル或種類又ハ特定ノ事項ノ委任」に該当し、Aは商法四三条の商業使用人であつたといえる。従つて、Aは運送契約締結並料金の受取に關しては、一切の裁判外の行為をなす権限を有するから、運送契約締結並料金の受取の事項に關してはAは小切手を振出す権限がある(商法四三条一項)。しかし本件小切手は、Aの知人BのXに対する青果物売渡代金の支払確保のために交付されたのであるから、運送契約締結に關する小切手振出ではない。従つて商法四三条二項は適用されず、Aの越権行為について一一〇条の表見代理が問題となる。

(iv) 原審の認定した事実によれば、Xは本件小切手の交付直前頃、同一振出名義人（Y小型運送有限会社千住営業所主任A）の金額四千円の小切手を受取ったが、これは問題なく支払われたとある。しかしこの同一振出名義人の金額四千円の小切手が、如何なる目的でXに交付されたのか等は、全く認定されていない。仮にこの同一振出名義人の金額四千円の小切手が、本件小切手と同じくAの知人BのXに対する代金債務の支払確保のため、AによってXに交付され、Yの承認を得てあるいはYの責任において決済されていたのであれば（本件小切手の金額は、その直前の小切手の金額の十倍であるという問題は残るが）、梅・第一類型に該当し、私見においてもXに正当理由が成立する余地はある。しかし原審認定事實では、そのような事情が不明であるので、これだけの事実ではXについて正当理由が成立するとは判断できない。

また原審は、Aが小切手をXに持参した際Yがこれについて全責任を取る旨確言したこと、Yは自動車を数多く所有し確実なる会社であって四万円位は直ちに払込んで迷惑をかけないと断言したこと、を認定しこれらを正当理由の肯定的ファクターとして取扱っている。しかし、代理人が自分には代理権があると云ったとか、大丈夫であると保証したとかいような類のことは、一般的に無権代理人が用いる常套手段であって、正当理由を肯定する方向に働く事実ではない。

(v) Yは、原審がXに正当理由が成立すると判断するに際して認定した事實は、すべてYの作為・不作為に出たものでない主張し、これに対して最高裁は、YはAがY会社の千住営業所の責任者としてY会社千住営業所と記載した看板を掲げ、Y会社の自動車を使用し、Y会社のために運送契約を締結し、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等を許容してきたから、Yには作為・不作為がある旨判断している。しかし本件では、Aがいかなる商業使用人であったか、金額四千円の同一振出名義人の小切手はいかなる事情でXに交付されたものであるか等の事実が不明であるから、最高裁の判示したところの作為・不作為がYにあるにせよ、それだけではXについて正当理由が成立するとは判断できない。

まして、最高裁が冒頭で正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要である旨判示したのは、本件の事案の解決に全く不要な抽象的判旨であり、鳩山・我妻両博士の主張におもねたとしか判断しえない。しかし、その抽象的判旨が、事案を具体的に検討しない学説によっていわば追認され、正当理由が成立するためには本人の作為・不作為は不要であるとの通説的見解を形成し、また判例はそのように解しているとの誤解を生ぜしめたのは看過できない重要な事実である。

る。

※本件判批として広橋次郎・民商三〇巻四号二八五頁がある。

(2)

(i) 最判昭和三四年二月五日(第一小法廷) (民集一三巻一七六頁)は、最高裁が一一〇条の正当理由が成立するには本人の過失を要しないと判示したとして引用される判例であり、事案は以下の通りである。

足立西三(A)は、昭和二八年一月頃その義兄であるXから、東京都民銀行から金融を受けることを依頼されて、その実印及び本件土地の登記済証並びに本件建物(当時未登記)の建築許可書の交付を受けて預っていたが、これを担保にして借金をせんとして、同年六月下旬頃あたかもXの代理人の如く装い訴外袁(B)を通じ何(Y<sub>1</sub>)に本件土地建物を担保にXに金一三〇万円の貸与方を求め、何(Y<sub>1</sub>)、袁(B)ら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てXが借り受ける名義で何(Y<sub>1</sub>)から一三〇万円の交付を受け、日附欄を空白とするX名義の抵当権設定金員借用証書、建物所有権保存登記申請書、建物所有権保存登記申請の委任状、抵当権設定登記申請及び所有権仮登記申請並びに賃借権設定登記申請の委任状及び前記登記済証、印鑑証明書などを何(Y<sub>1</sub>)に交付したので何(Y<sub>1</sub>)は足立(A)がXの正当な代理人と信じ、ここに何(Y<sub>1</sub>)と足立(A)との間に、借受人をXとし借受金の弁済期を昭和二八年十二月末日利息を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何(Y<sub>1</sub>)に移転すること及び本件土地建物に賃借権を設定することを約定し、なお一ヶ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、その支払がなかったので何(Y<sub>1</sub>)において、同年九月十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及び賃借権設定登記(賃借権の譲渡及び賃借物の転貸をなし得る特約付)を経た。

その後何(Y<sub>1</sub>)は昭和二九年三月一七日前記一三〇万円の債権並びに抵当権及び仮登記上の権利など一切を沢登(Y<sub>2</sub>)に譲渡し、その旨を内容証明郵便によりXに通知し、これに副う登記を経、更にXにおいて前記一三〇万円を支払わないため同月一八日沢登(Y<sub>2</sub>)が前記契約に基づき本件土地建物につき代物弁済予約による所有権移転の本登記を経た。

更に昭和二九年四月一九日沢登(Y<sub>2</sub>)は伊藤(Y<sub>3</sub>)のため、本件土地建物につき一〇〇万円の金銭貸借契約に基づく抵

当権設定登記、並びに抵当権の債務を期限内に弁済しないときは、代物弁済として所有権を移転すべき請求権保全の仮登記及び賃借権設定登記（賃借権の譲渡及び賃借物の転貸をなし得る特約付）を経た。そこでXが何（Y<sub>1</sub>）沢登（Y<sub>2</sub>）伊藤（Y<sub>3</sub>）に対して、全登記の抹消を請求したのが本件である。

第一審X敗訴。Xは控訴して①Y<sub>1</sub>はAに代理権がないことを知り、または知らないことにつき過失があった、②代物弁済契約は、当時三〇〇万円以上の価値のあった本件土地建物を一三〇万円の弁済に代えその所有権をY<sub>1</sub>に移転しようとするもので、公序良俗に違反しあるいは信義誠実の原則に違反して無効であると主張した。これに対して控訴審は①について、XはAに本件土地建物を担保に東京都民銀行から金融を受けるに付き代理権を授与し、それとともに実印、本件土地の登記済証、本件建物の建築許可書を交付しており、AはXの代理人の如く装って、Y<sub>1</sub>に本件土地建物を見分させ、Xより預った実印を使用して作成したX名義の委任状、印鑑証明書、登記済証などをY<sub>1</sub>に持参したのであるから、Y<sub>1</sub>にはAに代理権があったものと信ずるにつき正当理由があったと判断し、②について、本件土地建物の価額がXの主張の如く三〇〇万円を超えるものであったとしても（これを認めるに足る証拠はないが）、一三〇万円の貸借において期限後の損害金として一日金一〇〇円につき金三五銭（日歩三五銭）の割合を約定しているから、前記代物弁済契約が公序良俗又は信義誠実の原則に違反するとは言えないと判断して、Xの控訴を棄却した。

Xは上告して、①Y<sub>1</sub>とBらは金融業者であり、AがY<sub>1</sub>とBにXの権利証等を渡した際に「Xに内密なのだし又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」と頼み、Y<sub>1</sub>等の面前でX名義の委任状やXの印鑑証明書を偽造したこと、Y<sub>1</sub>はAに対しては一三〇万円の返還請求をしたがXには一回も返還請求をせず（AとBの第一審における証言）、Y<sub>1</sub>からY<sub>2</sub>に一三〇万円の債権並びに抵当権及び仮登記上の権利などを一切譲渡したという内容証明郵便をY<sub>1</sub>がXに出した以前はXとは全然交渉しなかった（Bの証書）等の事実からすれば、Y<sub>1</sub>はAに代理権がないことを知っていたか、または知らないことにつき重大な過失があった、②XがAに本件土地建物を担保に東京都民銀行から金融を受けるにつき代理権を付与していたとしても、AがXの委任状等を偽造してY<sub>1</sub>から一三〇万円を詐取したことに、Xには過失がない、と主張した。

これに対して最高裁は、Xの上告理由は「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(最高裁判所昭和二十八年二月三日第一小法廷判決、集七卷一、二、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。」と判示してXの上告を棄却した。

- (ii) 本件の特徴は、Y<sub>1</sub>がAをXの代理人として昭和二十八年九月一日に、本件建物の保存登記、本件土地建物につき抵当権設定登記、弁済期(昭和二十八年二月末日)に弁済しないときは代物弁済として本件土地建物をY<sub>1</sub>に移転する旨の所有権移転請求権保全の仮登記、貸借権の譲渡及び貸借物の転貸をなし得る特約付の貸借権設定登記をしてから、わずか七カ月の間に本件土地建物に関する権利がY<sub>1</sub>↓Y<sub>2</sub>↓Y<sub>3</sub>と移転されたことにある。本件の特徴を明らかにするためにY<sub>1</sub>↓Y<sub>2</sub>↓Y<sub>3</sub>への権利移転の経過を原審認定事実により整理すると、XがAに東京都民銀行から金融を受けることを依頼して、実印、本件土地の登記済証、本件建物の建築許可書を交付したのが昭和二十八年一月頃であり、Aがそれらを利用してB(Y<sub>1</sub>と同業の金融業者)を通じてXの代理人としてY<sub>1</sub>と取引し、一三〇万円の貸借契約、土地建物につき抵当権設定契約、代物弁済予約契約、賃貸借契約を締結したのが昭和二十八年六月下旬頃で、Y<sub>1</sub>がそれに基づき前記各登記をしたのが昭和二十八年九月一日である。その後Y<sub>1</sub>は昭和二十九年三月一、七日、一切の権利をY<sub>2</sub>に譲渡(その旨を内容証明郵便でXに通知)これに副う登記を経、Y<sub>2</sub>が前記契約に基づき本件土地建物につき代物弁済予約による所有権移転の本登記を経たのが、Y<sub>1</sub>から権利一切を譲渡された翌日の三月一、八日である。更にY<sub>2</sub>は本登記を経てからわずか一カ月後の四月一、九日、Y<sub>3</sub>のため一〇〇万円の貸借契約に基づく抵当権設定登記、代物弁済予約による所有権移転請求権保全の仮登記、譲渡・転貸特約付の貸借権設定登記を経ている。

- (iii) このようにY<sub>1</sub>が昭和二十八年九月一日に前記各登記をしてから僅か七ヶ月の間に本件土地建物に関する権利は、Y<sub>2</sub>からY<sub>3</sub>へとめまぐるしく移転されており、しかもY<sub>1</sub>が昭和二十八年九月一日にした登記は、弁済期(昭和二十八年二月末日)に弁済しないときは代物弁済として本件土地建物をY<sub>1</sub>に移転する旨の所有権移転請求権保全の仮登記であったこと、譲渡・転貸特約付の貸借権設定登記であったことが重要である。右二つの登記は当時通常人には考え及ばない法律手段であった、金融業者であるY<sub>1</sub>とBは、はじめからXの不知をよいことにXからの弁済を期待せず、一三〇万円で本件土地建物を丸取りする意図であったことが窺える。Y<sub>1</sub>は弁済期(昭和二十八年二月末日)を過ぎてからも、X本人に弁済を催促した様子がないし、本件土地建物の賃料も一度もXに支払っていないようである(Xの上告理由中に引用された第一審にお

けるBの証言によると、Aとの約束があったからXには登記について何の通知もせず、元利金の返還について何の請求もしなかったとのことである。Y<sub>1</sub>がXと接触をもったことが認定されているのは、昭和二十九年三月一七日にY<sub>1</sub>が一三〇万円の債権、本件土地建物に関する一切の権利をY<sub>2</sub>に譲渡した旨の内容証明郵便をXに送ったという事実のみであって、その翌日の三月一八日にはY<sub>2</sub>は早々に本件土地建物につき代物弁済予約による所有権移転の本登記を経、さらに一カ月後の四月一九日にY<sub>2</sub>はY<sub>3</sub>のために前記各登記をしている。

この一連の経過をみれば、金融業者であるY<sub>1</sub>とBはXの不知をよいことに、一三〇万円で本件土地建物を丸取りしようと思図し、代物弁済予約による所有権移転請求権保全の仮登記を付け、Y<sub>2</sub>を介在させてY<sub>2</sub>のもとで本登記に直させ、更にXの権利追求を困難にするためにY<sub>3</sub>を登場させたのではないか、との疑いを抱くのが事案に即した合理的な判断というものである。

(iv) Y<sub>1</sub>の悪意を窺わせるAの無権代理行為後のこれだけの事実を原審は認定しているのであるから、原審としては当然Aの無権代理行為時の事情を厳しく認定しなければならない。にもかかわらず、原審は、XはAに本件土地建物を担保に東京都民銀行から金融を受けるに付き代理権を授与し、それとともに実印、本件土地の登記済証、本件建物の建築許可証を交付したこと、AはXの代理人の如く装ってY<sub>1</sub>に本件土地建物を見分させ、Xより預った実印を使用して作成したX名義の委任状、印鑑証明書、登記済証等をY<sub>1</sub>に持参したことを以て、Y<sub>1</sub>の正当理由を肯定している。

これは本人が代理人に代理権の授与とともに実印等を交付し、代理人がその実印等を利用して越権行為をしたという我妻③に該当するが、私見では本文でも述べたようにこれだけの事実では、Y<sub>1</sub>に正当理由は成立しない。

しかもXが上告理由において主張しているように、AがY<sub>1</sub>とBにXの権利証等を渡した際に「Xに内密なのだし……」と頼み、Y<sub>1</sub>等の面前でX名義の委任状やXの印鑑証明願書を偽造したこと等の事実について、原審は一切考慮を払っておらず、またこれについて最高裁も、これらは原審の認定に副わない事実であるとして一顧だにしていない。もしX主張の事実が真実であれば、Y<sub>1</sub>はAに代理権がないことを知っていたか、または知らないことについて重大な過失があったわけであり、Y<sub>1</sub>の悪意を窺わせるAの無権代理行為後の一連の事実を原審は認定しているのであるから、最高裁はせめて審理不尽による理由不備の違法があるとして、原判決を破棄し事件を原審に差戻すべきであったと思われる。最高裁の上告棄却の判決はいかにも不当である。



(v) 最高裁は、Xには過失がなかったとのXの上告理由に應える形で、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、Xが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と判示している。しかし、XがAに東京都民銀行から金融を受けることを依頼して、実印、登記済証などをAに交付したのは昭和二十八年一月頃であり、Aがこれらを利用してYと取引したのは同年六月下旬頃であるから、Xは悪用されるおそれの強い実印、登記済証などを約半年間もAのもとに預けたままにしておいたことになり、いささか軽率のそしりを免れない。しかし、その点につきXに過失があるにせよ、そのこと自体がそれのみをもって、Yについて正当理由を肯定する理由とはならないことはいうまでもない。

なお原審は、Xの控訴審における②の主張に対して、本件土地建物の価額を証拠によって認定せず、仮にX主張の如く三〇〇万円以上の価額であるとしても、一三〇万円の貸借について期限後の損害金として日歩三五銭を約定しているから、代物弁済契約は公序良俗又は信義誠実の原則に違反しないと判示している。しかし、日歩三五銭は年利一二七・七五パーセントの高利である。一三〇万円の元金につき遅延損害金は年利三〇パーセントが限度であって(利息制限法一条、四条)その超過部分は無効なのであるから、この点に関する原審の判断も不当である。

(vi) 最判昭和二八年も最判昭和三四年も、事実認定がずさんであり、いずれも具体的事案の解決に不要な抽象的判旨を展開している。兩判決はいずれも第一小法廷においてなされたもので(最判昭和二八年〓裁判長裁判官 真野毅・裁判官 斎藤悠輔、岩松三郎、入江俊郎) (最判昭和三四年〓裁判長裁判官 下飯坂潤夫・裁判官 斎藤悠輔、入江俊郎、高木常七)、同時期に第三小法廷でなされた最判昭和三年五月二二日、最判昭和三年九月一八日がいずれも詳細な事実認定のうえで正当理由を肯定していること、あるいは正当理由を否定した原判決に対して、正当理由がなかったと認められる特別の事情があったかどうかの点について審理し直せとして破棄差戻判決をした最判昭和三年一〇月一八日などに比較してみると、「個々の事件において何が『正当理由』になるかは、裁判官のさじ加減でどうにでもなる」(高橋・前掲二六九頁)という印象をぬぐいきれない。

※本件判批として、谷口知平・民商四一巻一〇一頁、北村良一・曹時一一巻四号、宮内竹和・法協七六巻六号六九八頁、篠塚昭次・民法判例百選I(第三版)六八頁がある。

## 五 結 び

(一) 一一〇条の「正当理由」の具体的判断基準

(1) (i) 正当理由を否定した従来判例を検討してみると、ほとんどの判例は、①実印ないし白紙委任状の所持があれば、原則として、それを信頼した者には民法一一〇条の正当理由があると判定し、この考え方を前提に、さらに具体的な事情を吟味して、その判定に対する「否定的ファクター」を認定し、それがあつた場合、すなわち②「疑念を生ぜしめるに足りる事情」の存在が認められるならば、そのときに③「代理権の有無」「本人の意思を確認すべき注意義務」を第三者（とくに金融業者）に課し、それを怠れば「過失」ありとして、正当理由を否定するという、三段構えの構成をもっている（高森八四郎「不動産取引業者と民法一一〇条の『正当理由』」法時五六卷三号一二〇頁）。

たとえば最判昭和四二年一月三〇日（民集二二卷九号二四九七頁）は、XがAに購入した土地上に建物を建築するための資金借入についての代理権を与え、この借入金弁済その他一切の権限を委ねて（XはAに完成した建物を第三者に賃貸するについての管理も委ねている）実印を交付していたところ、Aは建物の賃借人Bの弟Y（金融業者）との間で、Xの土地を担保に元本極度額五〇万円の根抵当権を設定し停止条件付代物弁済契約を結び、Yに対する根抵当権設定登記と停止条件付代物弁済契約を登記原因とするYに対する所有権移転仮登記が経由されたので、XがYに対して右登記の抹消を請求したという事案であり、最高裁は、正当理由を肯定した原判決を破棄差戻した。この事案において、権限の有無について疑念を生ぜしめるに足りる事情とは、YはAが本件土地の所有権移転登記を本

件契約締結直前にXのためにしたことを知っており、借入金の用途はA個人の営業上の資金に充てることを告げられ、更に借入に際して必ず弁済するから根抵当権設定登記及び所有権移転の仮登記申請手続をしばらく待ってくれと頼まれて、実際にそうしていること等である。最高裁はこのような事情のもとでは、Aが本件土地建物の権利証やXの実印を所持しているも、Yとしては直接本人に問い合せるなどして右権限の有無を調査すべきであり、これを怠ったYには過失があるから正当理由ありとはいえない旨判示している。

(ii) このように正当理由を否定する判例は、実印の所持があればそれは原則として正当理由を成立させる客観的事情であるとしながら、疑念を生ぜしめるに足りる事情があるときは、本人に代理権の有無・範囲について問い合せるべきであったとし、この調査確認義務を媒介項として、それを怠った相手方の過失を認定し、正当理由を否定するという三段構えの構成をとる。そこで、いかなる場合に相手方に調査確認義務が課せられるか(調査確認義務が課せられるところの疑念を生ぜしめるに足りる事情とは何か)を、判例の認定事実のなから抽出・分類しようとする研究がなされる(横浜弁護士会編『表見代理の判例と実務』三三三頁以下)。

しかし、相手方が代理人を通して本人と取引する際に、代理人の代理権の有無・範囲について相手方が本人に問い合せなければならぬ義務(調査確認義務)はない。相手方が代理人の代理権の有無・範囲について本人に問い合せずに代理人を通して取引し、代理人に当該取引についての代理権がなかった場合には、相手方は無権代理の不利を負うだけである。もちろん、問い合せる義務がないということは、問い合せてはならないということではない。むしろ、相手方が無権代理の不利を負いたくなかったら、代理人の代理権の有無・範囲について本人に問い合せるのが普通である。

しかし、相手方がこれまでも代理人を通して今回の取引と同種（同量）の取引をしたことがあり、これまではそれらの取引が本人によって承認されつつがなく履行されてきたので、今回の取引についても本人に問い合せるまでもなく従来と同様に代理人には代理権があると相手方が信じたところ、今回は代理権がなかったというような場合には、相手方に無権代理の不利を負わせるのは酷である。一一〇条は、まさにこのような場合の相手方を保護するために、代理権ありと信ずべき正当理由があることを相手方が保護されるべき要件であると定め、相手方に正当理由が成立するときに本人に責任を負わせることによって、取引の安全を得ようとしたのである。

従って、相手方には本人に問合せる義務はなく、しかし、相手方が無権代理の不利を負いたくなかったら問い合せるのが普通であるが、「本人に代理権の有無・範囲について問い合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」それが相手方が「代理権の存在を信じた」とときには、相手方に代理権ありと信ずべき正当理由が成立するのである。

(iii) 一一〇条の文言を忠実に解釈すれば、「本人に代理権の有無・範囲について問い合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る」と判断できる肯定的ファクターの存在こそを問題とすべきであるのに、判例が、疑念を生ぜしめるに足りる事情Ⅱ否定的ファクターの存在を問題にして、否定的ファクターがあるときに相手方に調査確認義務を課し、相手方の過失を認定して正当理由を否定するという、一一〇条の規定の仕方とは逆の形式的推論のプロセスを採るのは、ひとえに多くの学説と同じく、実印の所持があればそれは原則として正当理由を成立させる客観的事情であると解しているからである。

しかし、実印は、さまざまな理由によって本人から代理人に預託されたり交付されたりするものであるし、盗取や

拾得もなされる可能性の高いものである。そして、代理人が実印を所持するに至る内部事情はさまざまであるが、そのような内部事情を見知っていない相手方にとっては、実印の所持というひとつの客観的事実があるにすぎないから、実印の所持は何らかの代理権の徴表とはなり得ても、代理人が自称する当該取引についての代理権の徴表とはなり得ない。従って、実印の所持は原則として正当理由を成立させる客観的事情ではなく、ひとつの肯定的ファクターにすぎず、しかも他の決定的な肯定的ファクター（梅・第一類型）とあわさって、はじめて正当理由を成立させるところのそれ自体は弱い肯定的ファクターにすぎない。

判例の形式的推論のプロセスは、実印の所持を原則として正当理由を成立させる客観的事情とみることから誤導されているにしても、判例も実質的には、疑念を生ぜしめるに足りる事情 $\parallel$ 否定的ファクターを認定することによって、実印の所持以外の肯定的ファクターが存在しないから、「本人に代理権の有無・範囲について問い合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ない」と判断して、正当理由を否定したと考えられる。即ち、判例が否定的ファクターを認定し「本人に代理権の有無・範囲について問い合せをすべきであった」と断ずるのは、「本人に代理権の有無・範囲について問い合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ない」ことを表現しているものである。

(iv) 正当理由を肯定する判例は、三段構えの構成の①の定式をまず大段に説示して、②・③の検討を顧慮せずに（従って調査確認義務など持ち出さずに）相手方の善意・無過失を認定してしまう傾向が看取される。しかし、よくみると、正当理由肯定判例は、若干の例外を除き、ほとんど否定的ファクターの存在を認めず、むしろ肯定的ファクターを認定し、それと実印の所持をあわせて、結論を導出している。

ここにおいても、実印の所持を原則として正当理由を成立させる客観的事情とみることから、他の肯定的ファクターについては、その存在が軽視されがちである。しかし、判例は実印の所持以外の肯定的ファクターが存在せず否定的ファクターしか認定できないときには、正当理由を否定し、実印の所持以外の肯定的ファクターが認定できるときには、正当理由を肯定するのであるから、ともすれば軽視されがちな実印の所持以外の肯定的ファクターこそが重要である。判例も実質的には実印の所持以外の肯定的ファクターが認定できたからこそ、「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」それ故に「代理権の存在を信じた」と判断して正当理由を肯定しているのである。

私見は「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」それ故に「代理権の存在を信じた」ことが、相手方が代理権ありと信ずべき正当理由のあることと定式化すべきであると提言しているが、これは右にのべた判例の実質的判断プロセスを正当理由の具体的内容として盛り込んだものである。

(2) (i) 実印の所持は原則として正当理由を成立させる客観的事情であるとき、正当理由 $\parallel$ 相手方の善意・無過失と解する学説は、いかなる例外的事情のあるときに正当理由が否定されるかとか、いかなる場合に相手方に調査確認義務が課せられるかという視点で正当理由を論じる。判例が相手方に調査確認義務を課すときは、否定的ファクターを認定したときであるから、いかなる事実が否定的ファクターにあたるかを明らかにする意味において、これらの作業は意味のないことではない。しかしそこにおいて、正当理由の具体的判断基準の設定という視点が欠如している限り、いかなる客観的事情が正当理由にあたるかを理解するにつき、一層混迷を深めることになる。

一一〇条は一二条とは異なって、相手方の善意・無過失ではなく、「正当理由」のあることを、相手方の保護されるべき要件として規定しているのであるから、いかなる客観的事情が正当理由を成立させる主要な肯定的ファクターであるかを論ずることこそ重要である。

(ii) そこで、起草者をはじめとして主要な学説が、いかなる場合に正当理由が成立すると論じてきたかを整理すると、

・「代理人が従来同種の法律行為を為したる場合に本人はこれを承認しかつてその履行を拒んだことがない」(梅・

第一類型、富井・第一類型、鳩山③、我妻①)

・「慣習上同種の代理人が皆その権限を有する」(梅・第二類型、我妻①、川島①)

・「委任状を訂正せずに委任事項を制限した」(富井・第二類型、鳩山①)

・「白紙委任状の所持」(鳩山②、我妻②、川島④)

・「実印の所持」(我妻③、川島③)

以上のように分類できる。

このなかで、「実印の所持」や「白紙委任状の所持」は何らかの代理権の徴表にすぎず、他の肯定的ファクターとあわさってはじめて正当理由を成立させるところのそれ自体は弱い肯定的ファクターであることは、すでに論じた。

富井・第二類型は、外部的に明示的に表示された代理権の範囲が内部的に制限されていたという場合であるから、私見では一〇九条で処理される場合である。

梅・第二類型は、明示的に一定範囲の代理権を伴う地位を与えたり、地位を与えたとの表示を許していたが、内

部分的には代理権の範囲が制限されていたり、全く与えられていなかったところ、そのように内部的には制限されている行為について、相手方がそのような地位にある代理人は皆その行為についての代理権があるから、代理権があると信じたという場合である。梅博士は、外部的明示的授權の表示のある場合のみを、一〇九条で処理すべしと考えていたため、右のような場合は一一〇条の問題とされたようであるが、私見ではこれは外部的明示的授權の表示のある場合と同じく一〇九条で処理すべきであると考えている。

そうすると残るのは梅・第一類型のみである。これは代理人が相手方と従来同種の法律行為をしてきた場合に、本人がこれを承認しかつてその履行を拒んだことがなかったので、相手方は従来と同種の取引である今回の取引においても代理権があると信じたところ、本人は今回の取引については代理権の範囲を制限していたという場合である。

ボアソナードが現行法一一〇条の先駆となった財取篇二五〇条第二項第三において想定していた事案が、現行法においては一〇九条、一一二条において処理されるべきことは、すでに述べたが、一〇九条、一一二条とは別に一一〇条を規定した起草者は、当然ボアソナードが想定していたのとは別の事案を想定しそれを処理すべく一一〇条を規定したはずであり、それこそが起草者が相手方に正当理由が成立する場合として例示した梅・第一類型のような場合である。即ち梅・第一類型のあがる客観的事情が「本人に代理権の有無・範囲について問い合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」であり、正当理由を成立させる主要な肯定的ファクターなのであって、この客観的事情の故に相手方が「代理権の存在を信じた」とき、相手方に代理権ありと信ずべき正当理由が成立する。

(iii) 正当理由を成立させる主要な肯定的ファクター、即ち「本人に代理権の有無・範囲について問い合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」とは、相手方がこれまで代理人を通して本人と同種(同量)の取引を



してきたが、いずれもこれらの取引は本人によって承認されつつがなく履行されてきた(梅・第一類型)、あるいはこれに準じるような客観的事情(たとえば本人の認容的言動)のあることである。

正当理由肯定判例のなかで、梅・第一類型のあがる客観的事情があるとして、私見の基準からしても正当理由が成立すると考えられる判例は、④最判昭和三年五月二二日(民集一〇巻五号五四五頁)⑤最判昭和六〇年二月一四日(金法一〇九三号四二頁)⑥函館地判昭和三四年九月二九日(下民集一〇巻九号二〇五一頁)などである。

④は七〇才の父に代り世帯主として家政一切を処理している長男が、父に無断でその所有の山林を売却したという事案であり、長男はその取引の一年ぐらい前にも同一相手方に対し父所有の山林を売却し、所有権移転登記も經由して履行が無事完了されているという事実があった。⑤は夫が妻の実印を冒用して妻名義で農業共同組合と農協取引契約及び消費貸借契約を締結したという事案であり、夫は本件契約前に、妻の実印を用いて妻名義で、その同一の農協から八回にわたり金員を借り受け、七回にわたり前渡金を受領し、農協に対する妻名義の普通貯金から三一五回にわたり払戻又は引落決済を受け、かつ三回夫名義の普通預金に振り替える等したが、妻は夫に対し、農協とのこれらの従前の取引をするための代理権を与えていたという事実があった。⑥は夫が妻と妻の父名義で兩名の承諾を得ずに額面七三、五〇〇円の約束手形を振出したが、その約束手形は夫が事業資金(夫は妻の父から水産加工業を任されている)一五万円の債務につき弁済の猶予を受けるに際し、その利息金の支払確保のため振出したもので、この一五万円の貸付に際しては、夫が妻と妻の父兩名を代理して兩名名義の約束手形を適法に作成交付したという事実があった。

以上④・⑤・⑥の判例においては、梅・第一類型のあがる客観的事情、即ち「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」それ故に相手方が「代理権の存在を信じた」

といえるから、私見の基準に照らしても相手方に正当理由が成立することを肯定できる（④の判例について高森哉子「借財と日常家事行為」関法四〇巻一号八九頁参照。なお④は有権代理と解する方が妥当であるともいえる。）

梅・第一類型に準じるような客観的事情のある場合で、正当理由が成立することを肯定できる判例として、名古屋地判昭和五年一月一日（判時一〇一五号一〇七頁）がある。これは妻が夫に無断で夫名義で相互銀行から一五〇万円を借り受けたという事案であり、相互銀行は夫の代理人と称する妻と取引するのは初めてであるが、妻が銀行に提出した夫の給与証明書は、銀行から予め交付された「この証明書は、借入申込書の際に提出して下さい。」と付記してある給与証明書用紙を妻が夫に手渡し、夫が自らその証明書用紙をもってその勤務先の証明を受けた上で再び妻に手渡したものであること、銀行の係員は夫の勤務先に電話しその給与証明書は夫自身発行を受けたものであることを確認しているから、この二つの事実をもって一応「本人に代理権の有無・範囲について問い合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」それ故に「代理権の存在を信じた」と判断できる（名古屋地判昭和五年についての詳細な検討は、高森八四郎・高森哉子「夫婦の日常家事行為と表見代理」名城法学三八巻別冊四八頁以下、高森哉子「借財と日常家事行為」関法四〇巻一号六四頁以下参照）。

## (二) 他の表見代理規定との関係

(1) (i) 一一〇条と一一〇九条、一一二条との関係について一言言及すると、一〇九条は、外部的明示的な授權の表示があるが内部的には代理権が零か制限されている場合（これを一〇九条の第一類型とよぶ）、あるいは一定範囲の代理権を伴う地位を与えたり、地位を与えたとの表示を許したが、内部的には代理権が零か制限されている場合

(これを一〇九条の第二類型とよぶ)<sup>(1)</sup>、この両者の場合に明示的に表示された代理権の範囲内で内部的に制限された代理権の範囲をこえて代理人が行為したとき、代理権不授与に対する相手方の善意・無過失を要件として適用される。<sup>(2)</sup>

これに対して一一〇条は、一〇九条とは異なり明示的な代理権の表示がなく、代理人が本人から与えられた代理権の範囲をこえて行爲し、相手方からみるとこの行爲について代理権があるらしくみえる場合であり、具体的には、梅・第一類型及びそれに準じる客觀的事情のあるときに、相手方の正当理由が成立することを要件として適用される。一〇九条の第二類型の場合で、表示された代理権の範囲をこえて、代理人が行爲したときには、梅・第一類型及びそれに準じる客觀的事情があり、相手方に正当理由が成立すれば、一一〇条が適用される可能性はある。

一一二条は、かつて内部的にも外部的にも代理権を与えていたところ、委任が消滅して代理権が消滅したが、代理権の外観だけが存続している場合に、外観の範囲内で代理人が行爲したとき、代理権の消滅に対する相手方の善意・無過失を要件として適用される。

(ii) 最後に高橋説について少し述べると、高橋説は、外部的授權を承認し、一〇九条と一一〇条について、一〇九条は委任状の交付などによる明示的外部的授權のケース、一一〇条は本人の従来態度からみて、そのような行爲を認容しているケースという容態の違いはあるが、外部に対して代理人に代理権を与えたと表示している点では、本質的に異ならないとする。従って、客觀的な代理権の範囲内で本人の委任に反して行爲がなされたという意味において、一〇九条、一一〇条の場合と、代理人の権限濫用の場合とは差異がないことになる(高橋・前掲二三二頁、二四八頁、二六四頁)。

しかし、一〇九条は、外部的明示的な授權の表示があるのに内部的には代理権が全く与えられていないか制限され

ている場合であり、一一〇条は、代理権が与えられその範囲をこえて行為がなされたが代理権が与えられているらしくみえる場合であって、外部的にも内部的にも代理権があり単に代理人が本人に対する背信的意図をもって行為する権限濫用の場合とでは、同一の次元で論じられないと思う。私見では、一〇九条は相手方の善意・無過失を要件として、一一〇条は相手方に正当理由があることを要件として、本人は権利外観法理により責任を負うのであり、権限濫用の場合は、本人は信義則に基づいて善意（無重過失）の相手方にのみ代理行為の無効を主張しえない。

(2) 以上に述べてきた私見を簡単に要約すると、私見は一一〇条の正当理由の内容を「本人に代理権の有無・範囲について問い合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」それゆえに「代理権の存在を信じ」ことが、相手方が代理権ありと信ずべき正当理由のあることと定式化すべきであると考える。

右は起草者である梅・富井両博士の見解、一一〇条の立法趣旨、一一〇条の文言の忠実な解釈、正当理由の有無に関する判例の実質的判断プロセス（形式的推論のプロセスではなく）から導かれた定式である。

具体的には、梅・第一類型のあげる客観的事情あるいはそれに準じるような客観的事情（正当理由を成立させる主要な肯定的ファクター）があり、それ故に相手方が当該取引についての代理人の代理権を信じたと判断できるとき、正当理由は成立する。実印の所持はそれだけで正当理由を成立させる肯定的ファクターではなく、他の主要な肯定的ファクターとあわせてはじめて正当理由を成立させるところのそれ自体は弱い肯定的ファクターである。一一〇条の正当理由の有無の判断については、実印の所持をそれだけで正当理由を成立させる肯定的ファクターとみて、例外的に正当理由を否定するファクターのあることを問題とすべきではなく、一一〇条の文言に忠実に、より積極的に正当理由を成立させる主要な肯定的ファクターの存在こそを、問題とすべきである。そして「本人に代理権の有無・範

囲について問い合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」それゆえに「代理権の存在を信じ」と判断できるとき、相手方に代理権ありと信ずべき正当理由が成立するのである。

なお本稿で引用した判例及び紙数の関係で引用できなかった正当理由（肯定・否定）判例については、稿を改めて、私見の基準に照らして、分析する。

(1) 一〇九条の第二類型は、白紙委任状の呈示のケースや一一〇条における梅・第二類型のケースなどである。なお高森八四郎「白紙委任状の交付と表見代理」関法四〇巻一号三〜六頁参照。

(2) 通説的理解によれば、一〇九条の善意・無過失は一一〇条の正当理由と内容において差異はなく、ただ一〇九条については、本人が立証責任を負担するという点において、差異があるにすぎないと説明されている。しかし私見では、一一〇条の正当理由は一〇九条の善意・無過失と内容において決定的に異なり、単なる立証責任の負担の差異と解すべきではない。一〇九条の第一類型の場合は、授權表示の明示性が強いので、相手方が善意であれば無過失であることは事実上推定されよう。これに対して、一〇九条の第二類型の場合には、授權表示の明示性が弱いので、授權表示の存在が肯定されても、相手方の善意・無過失の内容が問題とされる。高森八四郎「白紙委任状の交付と表見代理」関法四〇巻一号二九頁以下参照。

※ 本稿は、われわれが敬愛する本学の教授・間登志夫先生のために執筆されたものです。ここに慎しんで間登志夫先生の遺曆を記念して先生に献呈させていただきます。