

# 他方名義の不動産処分と日常家事行為

高 森 八四郎  
高 森 哉子

はじめに

一 問題の所在

(一) 民法七六一条の趣旨

(二) 日常家事行為の範囲

(三) 日常家事行為と表見代理

二 他方名義の不動産処分と日常家事行為

(一) 最高裁昭和四四年二月二十八日判決以前の判例

(二) 最高裁昭和四四年二月二十八日判決

(三) 最高裁昭和四四年二月二十八日判決以後の判例

三 小 括

おわりに

他方名義の不動産処分と日常家事行為

はじめに

夫婦の一方が、正当な代理権なしに他方を代理して、民法七六一条所定の日常家事行為の範囲をこえて行為をした場合、その行為について表見代理の規定が適用されるかについては議論のあるところである。また、一口に日常家事行為の範囲をこえる行為といっても、その行為が他方名義の特有財産（例えば不動産）の処分であるか、借財であるか、クレジットカード契約であるかによって、問題の局面は異なる。

そのなかで、他方名義の不動産処分については、従来判例は一貫してこれを日常家事行為ではないことを前提とした上で、七六一条は夫婦相互に代理権を認めたものか、それが肯定されるならば七六一条の日常家事代理権を基礎として問題となった不動産処分行為について一一〇条を適用しうるかについて議論してきた。

しかるに、最高裁昭和四四年一月一八日第一小法廷判決（民集二三卷一二号二四七六頁）は、夫Mが妻X所有の不動産を自己のYに対する債務を清算するために、Xに無断でYに売却してしまったという事案において、はじめ七六一条の日常家事行為の判断基準について述べ、七六一条に基づく夫婦相互の代理権を肯定した上で、夫婦の一方が日常家事に関する代理権の範囲をこえて第三者と取引したときには、夫婦の財産的独立をそなわせないために、七六一条の日常家事代理権を基本代理権として一一〇条の表見代理を成立させるべきではないが、相手方においてその行為が夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときにかぎり、一一〇条の趣旨を類推して、第三者の保護を図ればよいと、判示した。

この最高裁昭和四四年判決以後、他方名義の不動産処分と表見代理が問題となった事案において、下級審は最高裁

の立場を踏襲し、最高裁の判示した日常家事行為の判断基準に照らして当該不動産処分が日常家事行為に該らないことを判断した上で、取引の相手方がその不動産処分が夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由があるかどうかを判断するという建前をとっている。

しかしながら、他方名義の不動産処分も事情によっては日常家事行為の範囲内に含まれるというように、最高裁の判示した日常家事行為の判断基準を解釈するのは疑問であるし、最高裁が七六一一条は夫婦相互の代理権を肯定した規定であると判断したのは妥当であるにしても、日常家事行為と表見代理の関係についての判旨には疑問点が多い。

そこで本稿では、夫婦の一方が正当な代理権なしに他方名義の不動産を処分した場合について、最高裁昭和四四年判決及びそれ以前とそれ以後の判例を振り返り、日常家事行為の範囲の具体的判断基準と、日常家事行為と表見代理の関係について考察したい。

## 一 問題の所在

### (一) 民法七六一一条の趣旨

(1) 民法七六一一条は、「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責に任ずる。」と規定する。

旧法の下では、夫が妻の財産に対する管理権、使用权を有する反面、夫のみが婚姻費用を負担していたが、現行法の下では、婚姻生活における両性の本質的平等の理念に従って、夫婦別産制の下で、婚姻費用は夫婦が分担するものとしている(七六〇条)。この婚姻費用の分担責任に基づいて、日常の家事に関する支出は夫婦が共同して負担すべ

きものであるならば、日常の家事に関して生じた債務についても、夫婦が共同して責任を負うとするのが、夫婦共同体のきずなを強化することになり、かつ、日常の家事に関する事項について、その夫婦の一方と取引した第三者を保護することにもなる。これが、日常家事行為に関して生じた債務について夫婦の連帯責任を定めた七六一条の趣旨である。

(2) 次に、旧民法八〇四条は「日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス」として明確に代理権の存在を規定していた。しかし、現行七六一条は法文上これを明らかにしていないため、七六一条が日常の家事に関して生じた債務について夫婦の連帯責任を定めた前提として、夫婦が相互に日常の家事に関する法律行為について他方を代理する権限を有することをも規定したと解することができるか否かについて学説は対立する。

夫婦相互間の代理権の存在を否定する見解(否定説)は、七六一条と旧民法八〇四条との表現上の差異及び現行婚姻法の基本理念を強調して、七六一条は単に日常家事についての夫婦の連帯責任という効果だけを定めたものであり、夫婦の間の相互的代理権を認めたものではないとする(立石芳枝『我妻栄「親族法・相続法コンメンタール」一一五頁、青山道夫「家族法論」一〇四頁、谷田貝三郎「親族法」六六頁、鍛治良堅「日常家事債務に関する理論構成」法律叢書四八巻四七六号三〇九頁、国府剛「判批」同志社法学八二号六九頁)。

これに対して夫婦相互間の代理権の存在を肯定する見解(肯定説)は、七六一条が夫婦の連帯責任を定めた前提として、日常家事に関する法律行為について夫婦が相互的に他方を代理する権限を有すると解する説であるが、夫婦が相互的に有する権限の法的性質についての理解の仕方の差異により、部分的代理権説(板木郁郎「民法第七六一条と夫婦相互の法定代理権の有無」立命館法学二巻二二頁)、代表権説(中川善之助「新訂親族法」二四四頁、松坂佐一

「民法提要・親族法相統法」五八頁、三島宗彦「日常家事債務の連帯責任」家族法大系Ⅱ二四八頁、同「判批」判例評論一四〇号（判例時報六〇二号）二四頁、中川淳「家事債務と表見代理」Law School No. 34 一三三頁、遠藤浩「民法七六一條と表見代理」民法の判例（第二版）二八頁、遠田新一「妻の行為の表見代理」家族法判例百選（第一版）四三頁）、管理権説（我妻栄「親族法」一一二頁注四）、授權説（伊藤進「民法七六一條についての一考察」法律叢四一卷四〜六合併号四〇八頁）等に分かれる（各説の紹介として中川淳・前掲一三一頁以下、同「夫婦の家事代理権」民法学7一〇六頁以下、奥村長生「判例解説」法曹時報二二卷八号一六五五頁、右近健男「日常家事債務の連帯責任と表見代理」民法の争点Ⅰ二〇二頁、小野幸二「日常家事代理権と表見代理」法学教室第二期7号一二四頁、各説に対する批判として伊藤・前掲三八九頁以下、鍛冶・前掲三〇九頁以下）。

このような学説の対立を反映して判例も肯定説と否定説に分かれていたが、最高裁昭和四四年一月一八日判決は、民法七六一條は「その明文上は単に夫婦の日常の家事に関する法律行為の効果、とくにその責任のみについて規定しているにすぎないけれども、同条は、その実質においては、さらに、右のような効果の生じる前提として、夫婦は相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することを規定しているものと解するのが相当である」と判示し、肯定説の立場にたつことを明らかにした。

思うに、旧法から新法への規定の変化・家制度の廃止と夫婦の平等の原則に基づく夫婦別産制の確立ということから日常家事行為の夫婦相互の代理権の存在を確定的に否定することはできないと考える。婚姻共同体の夫婦の実質的なありようから判断して夫婦相互の代理権を肯定すべきか否かが検討されねばならない。そして、日常家事行為についての実質を考えれば、夫婦相互の代理権の存在を肯定せざるをえないのであるから、旧民法八〇四條のような規定

を欠く以上、七六一条の基礎に代理権の存在を肯定しているとみるのが妥当であると考ええる。否定説のようにあえて代理権の存在を否定する必要はないし、<sup>(1)</sup>また、代理権の存在を根拠づけるために、肯定説のいづれの見解によらねばならないというものでもない。<sup>(2)</sup>この意味において最高裁昭和四四年判決がその法理的根拠を積極的に説明することなしに代理権の存在を肯定した判旨に私見も賛成することができる。<sup>(3)</sup>

(3) なお、七六一条の日常家事代理権は法定代理とみるべきではない。何故なら七六一条の代理権は商業使用人(商法三八条、四三条、四四条)と同じく客観的・画一的・包括的に代理権の範囲が法定されているだけで性質上無能力者のための法定代理とは異質のものと考えられるからである。従って、客観的にみて日常家事行為に属する行為を夫婦の一方が内部的に制限しても善意の第三者には対抗できず、夫婦の一方が七六一条の責任を免れようと思えば「第三者に対し責に任じない旨を予告」しなければならない(七六一条但書)という構造になっている(高森八四郎「石田編・民法総則」二二九頁)。また仮に七六一条の代理権が法定代理であるとの見解をとるにしても、今日四官説にみられるように法概念の相対性という考え方にたつて(四宮和夫「民法総則」(第四版)二六八頁)表見代理の法理が理論上問題となりうる場合は性質上任意代理とみて法的処理するのが妥当である。

(1) もっとも否定説の論者も現実の夫婦関係における日常家事行為の相互的代理権を全く否定しようというのではなく、通常は夫婦相互間に任意の代理権授与があるとみるのであるから(国府「民法七六一条の日常家事の範囲と表見代理の成否」法律時報四二巻四号一三四頁)はたして肯定説と理論上対立しているといえるか必ずしも一義的ではないように思われる。

(2) 肯定説の各説に対する批判として、拙稿「夫婦の日常家事行為と表見代理」名城法学別冊本城先生還暦記念号所収参照。

(3) ドイツの改正法は「鍵の権限」(Die Schlüsselgewalt)を廃止して、「各配偶者は、家族の生活の必要を相当に充足するため他方配偶者にも効果を生ずる行為をなす権利を有する。その行為によって夫婦双方は共同して権利を有し義務を負

う……」と定めている(一三五七条一項)のが参考になるであろう。山島正男「民法七六一条と表見代理」民法判例百選I(第二版)八六、八七頁。

(二) 日常家事行為の範囲

(1) 日常家事行為とは「衣食住ニ関シ何レノ家ニ於テモ通常必要トスル法律行為ヲ謂フ例ヘハ米、塩、薪、炭、油ノ買入、衣服ノ調整、家賃ノ支払等ノ如キ即チ是ナリ」というのが立法者の見解である(梅謙次郎「民法要義四」一九一頁)。日常家事行為が抽象的には、個々の夫婦がそれぞれの共同生活を営むために通常必要とする法律行為を指すのであれば、どの家庭の家計簿の支出欄にも日々記入される事項の買入や支出は日常家事行為に当然含まれる。たとえば、食料品や燃料、衣類(但し相当範囲内での)の買入、家賃・地代・水道・電気・ガス・電話・管理費などの支払、相当な範囲内での家族の保健・娯楽・医療・未成熟の子女の養育・教育などに関する支出である。これらは、行為の種類・性質からして夫婦の共同生活を維持するために日常的に反復継続されることが、社会通念上当然予想される行為である。いいかえれば、「日常家事行為とは、行為の種類・性質からして夫婦の共同生活を維持するために日常的に反復継続されることが、社会通念上当然予想される行為である」と定義できよう。<sup>1)</sup>

(2) 日常家事行為の範囲について問題となるのは、その具体的判断基準である。

最高裁昭和四四年判決は、「その具体的な範囲は、個々の夫婦の社会的地位、職業、資産、収入等によって異なり、また、その夫婦の共同生活の存する地域社会の慣習によっても異なるというべきであるが、他方、問題になる具体的な法律行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属するか否かを決するにあたっては、同条が夫婦の一方と取引関係に立つ第三者の保護を目的とする規定であることに鑑み、単にその法律行為をした夫婦の共同生活の

内部的な事情やその行為の個別的な目的のみを重視して判断すべきではなく、さらに客観的に、その法律行為の種類、性質等をも充分に考慮して判断すべきである。」と判示した。

多くの学説も右最高裁判旨に同調し、ある行為が具体的に日常家事行為の範囲に属するか否かについては、当該夫婦の内部的事情(社会的地位、職業、資産、収入、地域社会の慣習等)や主観的意図(行為者の目的、動機)及び客観的事情(行為の種類、性質)を考慮して客観的に判断すべきであるとする(我妻・前掲一〇六頁、於保不二雄「表見代理」民法演習Ⅰ一六七頁、三島・前掲二四二頁、加藤永一「新民法演習Ⅴ」四六頁、中川淳「家事債務の連帯責任」判例演習講座民法Ⅱ五八頁)。

しかし夫婦の内部的事情や主観的意図及び行為の種類・性質等の客観的事情の何に重点を置いて判断するかについては、論者の説くところにより差異がある。

我妻・前掲一〇六頁は、「家族の食料・光熱・衣料などの購入、保健・娯楽・医療、子女の養育・教育、家具・調度品の購入などは当然に含まれる。問題となるのは、これらの目的のために資金を調達する行為―既存の財産の処分と借財―だが、これも、普通に家政の処理と認められる範囲内(例えば月末の支払いのやりくりのための質入・借財など)においてはもとよりのこと、これを逸脱する場合でも、当該夫婦の共同生活にとくに必要な資金調達のためのものは、なお含まれると解すべきものと思う。」としており、これは日常家事行為の具体的範囲を判断するにあたって広範囲に行為者の主観的意図(目的・動機)を考慮する立場である。

これに対して奥村・前掲一六五六頁は、「社会通念上生活必需品とされる食糧・衣類・燃料の購入、夫婦の共同生活に不可欠な家賃、地代、電気水道料金の支払等の法律行為や、相当な範囲内での家族の保健、娯楽、医療、未成熟

の子女の養育、教育等に関する法律行為は、その行為をする夫婦の主観的意図のいかんにかかわらず、民法七六一条所定の家事に関する法律行為であると解してよいであろうし、他方、日常の生活費としては客観的に妥当な範囲を越える借金をしたり、また、夫婦の一方の特有財産である不動産を担保に供したり、それを売却したりするような行為は、一般的には、日常の家事に関する法律行為には属しないものというべきであろう。」としている。

この見解に対して齊木敏文「日常家事代理権と表見代理」(判例タイムズ六五〇号六二頁)は、奥村説は、夫婦の主観的目的をほとんど考慮しないか、しても重視はしないという趣旨ではないかと疑問視し、「当該行為が日常の家事に関するものかどうかは、容観的事情(行為の外観、これはたとえば行為の種類、性質、債務金額によって判断される。)」と主観的事情ないし主観的目的との相関関係によって決せられ、行為の外観から、どの家庭においても日常の家事に関する行為とされるものであって、夫婦の一方が他方に相談することなく行為をしたとしても夫婦の他方から異論の出ることはないであろうと強く推認されるような行為については、仮に、それを他に売却した上遊興費にあてる目的であったとしても、日常の家事に関する行為と認めてよいが、他方、行為の外観からは日常の家事に関する行為かどうかは必ずしも明らかでないような場合、換言すれば、目的いかんによって行為のもつ意味に大きな差が生じることがあらかじめ予想される場合(たとえば借財)、あるいは当該行為によって夫婦の他方にも債務を負担させるときには他方の了解を絶対にする家庭もあるし、了解が不要な家庭もあるであろうと推認されるような場合(たとえば、二〇万円相当の服の購入)には、当該夫婦の資産・収入、当該行為の主観的目的を重視せざるをえないと考えるべきである。」とする。

従来判例上、日常家事行為が問題となった事案の多くは、他方名義の借財と他方名義の不動産処分であるが、我妻

説のように、日常家事行為の範囲の判断にあたり行為者の主観的意図を重視すると、普通の家政処理の範囲を逸脱した金額の借財についてのみならず、他方名義の不動産を処分する行為も、行為者の目的如何（処分の目的が家族の生計維持に必要なような場合など）によっては、日常家事行為の範囲内に含まれることになる（我妻・前掲一〇六頁、一一〇頁注（二））。

最高裁昭和四四年判決が日常家事行為の具体的判断基準を判示した部分は、我妻説にたつものと理解されているようであり（右近「判批」判例タイムズ六三三五号七九頁）、この理解を前提として以後の判例は「少なくとも理論上は、配偶者の財産である不動産を日常家事のために処分することも認めうるという前提になっていることを確認しておく必要があるであろう。」（佐藤幸代「判批」法学協会雑誌八八巻七・八号七六六頁）等と評されている。

しかし判旨を素直に読めば、日常家事行為の具体的範囲はその夫婦の資産・収入等の内部的事情により個別的に異なるが、七六一条が第三者保護の規定であることを考慮すれば単にそのみを重視して判断すべきではなく、更に客観的に、その行為の種類、性質等を充分に考慮して判断すべきだと、最高裁は説いているのであり、この様に解するのが本判決の調査官の解説である奥村・前掲一六五六頁の記述からも妥当であると思われる。

最高裁昭和四四年判決が、日常家事行為の具体的範囲につき我妻説にたったと誤解されるのは、七六一条と表見代理規定との関係につき我妻説に従っていること、「単にその法律行為をした夫婦の共同生活の内部的な事情やその行為の個別的な目的のみを重視して判断すべきではなく、……」というくだりで我妻説にひきづられた形で「目的」ということばを使ったためではなからうか。

- (3) 私見は、日常家事行為が、行為の種類、性質からして夫婦の共同生活を維持するために日常的に反復継続され

ることが、社会通念上当然予想される行為であるならば、その具体的な範囲については、その夫婦の資産・収入・職業・社会的地位等の内部的事情と、その行為の種類、性質等の客観的事情を考慮して、社会通念に照らして客観的に判断すべきであると考ええる。夫婦の一方が他方の承諾を得ずになした行為が七六一条の日常家事行為と判断されれば他方は連帯責任を負わされるのであり、加えて七六一条が夫婦の一方と取引をした第三者保護の規定であることを考えあわせれば、日常家事行為の概念と範囲をあいまいにする行為者の目的や動機といった主観的意図は考慮にいれるべきではない。

右の判断基準に従えば、借財については、いかなる程度が日常家事行為の範囲内に含まれるかは、その夫婦の資産・収入と債務額の観点から客観的に決定すべきである。一般的には月収の一〜三割程度の借財が他方の承諾をとる必要のない日常家事行為と認められるべきであろう。(但しサラ金等から高利で借りる場合には、この程度内でも日常家事行為と認めるべきではない)。この範囲をこえる場合には、通常の健全な家庭を営んでいる限り、他方の特別の承諾を得て相談の上借財するのが普通であると思われる。

これに対して、夫婦の一方が他方名義の不動産を担保に供したりまたは売却するなどの処分行為は、原則として日常家事行為とみることはできない。他方の不動産の処分が日常家事行為に該することを認めた判例としては、東京地判昭和三十六年七月四日(下級民集一二巻七号二三頁)がある。これは電灯線の配線工事を行うに際して障害になる夫所有の樹木の伐採を夫に無断で妻が承諾したという事案で「共同の家庭生活を営んでいる夫婦の間では、たとえそれが夫婦のいずれか一方の特有財産の処分にわたる行為であっても、その処分行為が夫婦一方に特有の生活範囲に属する事象ではなく、むしろ家庭生活と云うべき夫婦共同の生活範囲に属するものであり且つその財産的価値が軽微なもの

であるときは」七六一条の日常家事行為に該ると判断したが、他方の不動産の処分が日常家事行為の範囲内に含まれるのはこのような場合だけであろう。

他方名義の不動産処分が問題となった事案において他の判例は、最高裁昭和四四年判決以前は、一貫してこれは日常家事行為の範囲外であることを前提にしている。そして最高裁昭和四四年判決以後は、最高裁の判示した日常家事行為の判断基準に照らして当該不動産処分が日常家事行為に該らないことを判断するという形式にはなっているが、実質的には他方名義の不動産処分は原則として（東京地判昭和三六年七月四日のような事案を例外として）日常家事行為には該らないとするのが判例の一貫した態度であるといえる。

しかし、学説のなかには他方名義の不動産処分は通常日常家事行為には該らないとしても、配偶者が長期にわたり旅行・出張・入院・服役等により不在の場合には他方の日常の家事に関する権限の範囲が拡大すると説く論者（三島「日常家事債務の連帯責任」家族法大系Ⅱ二四三頁、同「判批」判例時報六〇二号一三一頁）やそのような夫婦の共同生活の事情に、処分の目的を併せ考慮して、判例の立場を批判する見解もある（我妻・前掲一〇六頁、佐藤・前掲七六六頁）。

私見は、日常家事行為の範囲は、夫婦の資産・収入・職業・社会的地位等の内部的事情と、その行為の種類、性質等の客観的事情を考慮して、社会通念に照らして客観的に判断されるのであるから、夫婦の一方のいるいないという事情によってその範囲が縮小したり拡大したりするものではないと考える。このような場合には、むしろ夫から妻へ（あるいは妻から夫へ）授与された任意代理権の範囲が拡大することがあるとみるべきであろう。

- (1) 日常家事行為の定義については拙稿「夫婦の日常家事行為と表見代理」名城法学別冊本城先生還暦記念号所収参照。

(三) 日常家事行為と表見代理

(1) 夫婦の一方が他方を代理して日常家事行為の範囲外と判断されるような行為をした場合（私見では他方名義の不動産処分行為は原則としてこれにあたる）、その日常家事行為外行為について七六一条の日常家事代理権を基本代理権として一一〇条の表見代理の規定を適用しうるかについては、従来より判例・学説上議論のあるところである。

最高裁判昭和四四年判決以前は、日常家事行為外行為について七六一条の日常家事代理権を基本代理権として一一〇条の適用を肯定するのが学説の多数説であった（幾代通「民法総則」三九二頁、中川善之助・前掲二四四頁、松坂・前掲五八頁、三島「日常家事債務の連帯責任」家族法大系Ⅱ二五〇頁、椿寿夫「注釈民法」4巻一六四頁）。一一〇条を適用しその正当理由を認めた判例として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）、浦和地判昭和三五年一月二三日（下民集一一巻一二号二七二四頁）、最判昭和四一年一月二一日（裁判集八二巻一〇九頁）等がある。

この多数説に対しては一一〇条の適用を直接肯定することは夫婦の財産的独立を侵害するおそれがあるとの批判があり、このように批判する学説は「日常の家事の範囲は、……各夫婦共同生活の事情により、またその行為をなす目的によって異なり、外部から正確に判断することは困難である。それにもかかわらず、内部的事情に従ってその範囲を限定することは、第三者を害するおそれが多いのみならず、一第三者に過当な警戒を強いることになって一ひいては夫婦共同生活の運営を妨げる。従って、表見代理の趣旨を類推適用して、日常の家事の範囲内と信ずるについて正当な事由がある場合には、第三者は保護されると解すべきである」（我妻・前掲一〇七頁）とし、「日常の家事の範

囲を……広く解し、かつその範囲についてだけ表見代理の趣旨を適用し、それ以外の行為については、代理一般の法理に譲り、とくに代理権の授与があった場合にだけ、それを基礎として一一〇条を適用することが、夫婦の財産的独立の理想に近づくゆえんではあるまいか。」(同・前掲一〇九頁)と主張する。

この我妻説に従って最高裁判昭和四四年判決は「夫婦の一方が右のような日常の家事に関する代理権の範囲を越えて第三者と法律行為をした場合においては、その代理権の存在を基礎として広く一般的に民法一一〇条所定の表見代理の成立を肯定することは、夫婦の財産的独立をそこなうおそれがあって、相当ではないから、夫婦の一方が他の一方に対しその他の何らかの代理権を授与していない以上、当該越権行為の相手方である第三者においてその行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときにかぎり、民法一一〇条の趣旨を類推適用して、その第三者の保護をはかれば足りるものと解するのが相当である。」と判示した。

この最高裁判決の判旨(我妻説(一一〇条類推適用説)が、現在のところ日常家事行為と表見代理に関する見解の有力説である(川井健「表見代理制度」民法基本問題一五〇講一八六頁、中川淳「家事債務と表見代理」Law School No. 34 一三六頁、遠田新一「夫婦相互の家事代理権と表見代理」代理理論の基礎的研究四五三頁、四宮・前掲二六八頁、齊木・前掲六七頁、原田純孝「日常の家事の範囲と表見法理の類推適用」ジュリスト七七二号二〇九頁、遠藤浩「民法七六一一条と表見代理」民法の判例(第二版)三一頁)。

一一〇条類推適用説にたち、その「正当理由」を否定した、最高裁判昭和四四年判決以後の判例(他方名義の不動産処分が問題となったもの)としては、東京地判昭和四七年六月二〇日(金商三二七号一七頁)、東京地判昭和四七年一月二一日(判時七〇五号六七頁)、東京地判昭和四七年二月一九日(判時七〇八号五一頁)、東京高判昭和四八

年七月三十一日（金商三七九号一四頁）、大阪高判昭和四九年一月二十九日（判時七七六号五二頁）、東京高判昭和五〇年一月二十九日（金商四六五号一八頁）がある。<sup>①</sup>

(2) 最高裁昭和四四年判決は、七六一条の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は夫婦の財産的独立をそこなうことになるから、相手方に「日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由のあるとき」にかぎりという要件を附加して、第三者が保護される範囲を限定することにより（即ち一一〇条を類推適用することにより）夫婦の財産的独立と第三者の保護との調和が図られると説く。

しかし一一〇条を直接適用することが何故夫婦の財産的独立を侵害することになるのか、最高裁が制限的に附加した要件であるところの相手方が日常家事行為と誤信するについて正当の理由があるとはいかなる場合なのか、その具体的内容は最高裁の判旨からは明らかではない。また最高裁は日常家事行為の範囲は客観的に定まるとも判示しているのであるから、その客観的に定まるはずの日常家事行為の範囲を相手方が誤信するとはいかなる場合かという問題もある。

一般的に一一〇条を直接適用すると一一〇条の「正当理由」はゆるやかに判断されるから、最高裁の判示したような制限的要件を附加した方が第三者の保護される範囲がせばまり夫婦の財産的独立に資すると解されているようである。<sup>②</sup>確かに最高裁昭和四四年判決に影響を与えた我妻説のごとく日常家事行為の範囲を行為者の目的・動機等を重視して広くとらえ、かつ一一〇条の正当理由を「普通の人が代理権があると信ずるのこともだと思われること」（我妻「新訂民法総則」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余りにも漠然と規定すると、一一〇条の成立するケースがかなり広くなり夫婦の財産的独立を侵害するおそれ強いから、日常

の家事の範囲内と信ずるについて正当な理由があるときのみ相手方は保護されるという制限的要件を附加せざるをえないであろう。また我妻説にたてば、夫の不在中妻が夫名義の不動産を売却するときその売却代金を生計維持費にあてるためなら日常家事行為、遊興費にあてるためなら非日常家事行為となるから、妻が相手方に生計維持費にあてる」と説明し相手方がそれを信じたが実際は遊興費に費消していたという事案では、相手方が実際には日常家事行為ではなかったのにその範囲を誤信していたことになって、その目的・動機の誤信についての正当理由が一一〇条の類推適用という形で判断されることになるのであろう。

しかし日常家事行為の範囲を判断するにつき行為者の目的・動機といった主観的意図を考慮することは、日常家事行為の範囲をあいまいにしかえて夫婦の財産的独立を侵害する結果となると考える私見では、妻が夫名義の不動産を処分することは原則として日常家事行為には該らないから、その目的・動機についての相手方の誤信はそもそも正当理由の判断については問題とならない。

結局日常家事行為と表見代理が問題となる事案についてまず考察されるべきは、一一〇条の正当理由の判断基準であり、具体的に如何なる事実があればその正当理由が肯定されるかを明らかにすることである。

(3) 私見は、一一〇条の「正当理由」の説明について、従来「普通の人々が代理権があると信ずるのもっともだと思われること」(我妻「新訂民法総則」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余りに漠然と規定されていたのに対し、一一〇条の正当理由を否定した判例(たとえば最判昭和四二年一月三〇日民集二二卷二四九七頁、最判昭和四五年一月二日民集二四卷二〇八一頁、最判昭和五一年六月二五日民集三〇卷六号六六五頁等)がしばしば用いる「代理権有無の確認手段」「本人の意思確認」という表現を「正当理由」

の具体的な規定の中に盛り込んでいくべきだと考える。即ち一一〇条の正当理由を否定した判例が「本人の意思の確認」を広汎に要求するならば、「正当理由」の内容の規定において、この表現を採用し「本人に代理権の有無・範囲について問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規定すべきである（高森「不動産取引業者と民法一一〇条の『正当理由』」法律時報五六卷三号一一九頁以下）。

一一〇条の正当理由を否定した判例がしばしば「本人の意思の確認」を要求するのと同様に、日常家事行為と表見代理が問題となった事案において一一〇条類推適用説の立場にたちその正当理由を否定した判例もしばしば「本人の意思を確認すべきであった」と断じている。一一〇条類推適用説にたつ判例もその正当理由を否定する時「本人の意思の確認」を要求するということは、私見によれば実質的には一一〇条の正当理由の有無つまり「本人に代理権の有無・範囲について問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たといえるか否かを判断し、それが認められない時に「日常家事の範囲内に属すると信ずべき正当理由がない」という表現を最高裁昭和四四年の判旨に従って述べているにすぎないと思われる。

そこで次章では他方名義の不動産処分が問題となった判例を私見に即して検討してみたい。

- (1) 他方名義の不動産処分が問題となった事案において、最高裁昭和四四年判決以後、一一〇条類推適用説にたちその「正当理由」を肯定した判例は一件もみられない。借財については、肯定した判例が、東京高判昭和三七年六月一九日（高民集一五卷六号四三〇頁）の以前の判例のほか名古屋地判昭和五五年一月一日（判時一〇一五号一〇七頁）と最判昭和六〇年二月一日（金法一〇九三号四二頁）の二件ある。その「正当理由」に対する考察は拙稿「夫婦の日常家事行為と表見代

理」名城法学別冊本城先生還暦記念号所収参照。

(2) これは一一〇条類推適用説にたつ論者の一般的理解の仕方であり、一一〇条直接適用説にたつ幾代・前掲三九二頁、七六一条の日常家事代理権を基本代理権として表見代理の法理を適用することに批判的な佐藤・前掲七六九頁もこの理解を支持する。

## 二 他方名義の不動産処分と日常家事行為

(一) 最高裁昭和四四年一月二八日判決以前の判例

戦後最高裁昭和四四年判決までの判例をみると、夫婦が現に共同生活を行っている事案と夫の長期不在中妻が夫名義の不動産を処分した事案とに分類され、両者は自ずとその正当理由の判断基準に差異があると思われる。そこで、まず夫婦が現に共同生活を行っている場合の他方名義の不動産処分の事案を検討し、次いで一方配偶者の長期不在中の事案を検討したい。

(1) 夫婦が現に共同生活を行っている場合

(i) 広島高判昭和二六年三月五日(高民集四巻七号二二二頁)。

事案は、XはYの夫Mに対し薪炭売掛代金六八万七千七百八円八分の債権を有していたが、昭和二五年一月一二日Mと右債権を目的として弁済期を同年三月三十一日とする準消費貸借契約を締結し、訴外K・Oが右債務の保証をしたと同時に、Mが妻Yの代理人と称して右債務の担保としてY所有の不動産につき抵当権設定契約をしたので、それに基づきYに対し抵当権設定の登記を求めたというものである。Xは仮にMがYから抵当権設定契約につき代理権を授与され

ていなかったとしても、MはYの夫として家政全般を掌握しており、Yの実印を所持していたのであるから、代理権ありと信じたことには正当理由があると主張した。これに対してYは、Mに実印を託したことはないし、政治好きな夫を警戒していたからMに家政について何等の権限を与えたこともなく、右事情はXが調査すれば容易に知り得た筈だからXの表見代理の主張は失当であると反論した。

原審は、MがYから抵当権設定契約について代理権を授与されていたとは認められないとして、Xの表見代理の主張について審按し、YはMに実印の保管又は所持を依頼したものでないからMの実印の所持という事実から代理権を認めることはできないが、七六一条は日常家事について一種の法定代理権を附与しているから、Mもこの意味の代理権を有すると判断した上で、①MはYの真実実印を所持していたこと、②Mは本件不動産の一部である家屋の建築についても種々奔走し、かつ本件不動産の建築費を調達するについても種々画策し、昭和二五年五月広島信用組合から金員を借入れる際もMが主としてその衝に当り、Yを代理して消費貸借契約を締結し、かつ右消費貸借に基づく債権担保のため本件不動産の一部に抵当権設定契約を締結している事実等からして、XがMに代理権ありと信じたことは正当理由が認められると判断し、Xの請求を認容した。これに対しYは控訴し、控訴審でもX主張の表見代理の成否が争われたが、控訴審は原審が七六一条により夫婦は日常家事につきお互に相手方の法定代理権を付与せられたものという見解を採ったのは不当であるとし、Mが本件抵当権設定契約当時Yから特定の法律行為につき代理権を授与されたことについてはXの主張しないところであるから、MにYの何等かの法律行為につき代理権があることを前提とするXの表見代理の主張は、その余の点につき判断を加えるまでもなく失当であることは明らかであると判示して、原判決を取消し、Xの請求を棄却した。

他方名義の不動産処分と日常家事行為

本件ではまず、原審が七六一条に基づく夫婦相互間の代理権の存在を肯定したのに対し、控訴審はこれを否定してMにはYからの他の任意代理権の授与があった旨のXの主張がないから、正当理由の有無について判断するまでもなく表見代理は成立しないと判断した。しかし私見は七六一条は夫婦相互に代理権があることを前提とした規定であると考えるので、この点に関する控訴審の判断は不当である。

次に正当理由の有無について検討すると、原審は④MはYの真実の実印を所持していたことをもって、正当理由肯定の一要素としている。確かに判例は「実印は余程信頼しなければ預託したり、交付したりしない以上、実印の所持という事情を信頼した者は正当理由を認められて当然である」旨の抽象的な定式を持ち出すのが普通であるが（たとえば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）、この定式も結論導出過程では現実には有効に機能していないのであり（高森「不動産取引業者と民法一一〇条の『正当理由』」法律時報五六卷三号一二二頁）、しかも本件は本人がその意思に基づいて他人に実印を交付したという場合ではなく、夫婦間で実印の盗用がなされたのであるから④の事実は私見では正当理由肯定の要素とはならない<sup>1)</sup>。そして控訴審が正当理由肯定の要素とした⑤の事実であるが、板木・前掲一二三頁はこの事実から「原告(X)が右基次(M)が代理権を有すると信じたことは正当の理由があるものと思う。」とし、「原告の表見代理の主張を容れた原判決こそ正当である」とするが、⑥の事実は昭和二五年五月ごろのことであり、本件の抵当権設定契約がなされたのは昭和二五年一月のことであるから、抵当権設定契約後の⑥の事実をもって正当理由の有無の判断要素とすることはできない。また仮に⑥の事実が抵当権設定契約前の事実であったとしても、この代理行為はすべて妻Yのためのものようである。しかし本件では、夫の債務のために妻の財産が担保に供されたのでありこの点が決定的に異なる。相手方としては、代理人自身の債務の保証ないし担保のために代

理人が本人を代理して行為をなす場合には、特に慎重な態度が要求されるのである。従って㊸の事実が抵当権設定契約前の事実であったとしても正当理由は肯定されないと考える。

結局本件では㊸と㊹の事実から正当理由を肯定した原審の判断も不当である。

(ii) 仙台高判昭和三二年四月一五日（高民集一〇卷一〇号五三一頁）。

事案は以下の通りである。Xの息子Sが勤先のY銀行で二七八万円余の金員を使込んでいる事実が昭和二十七年二月二五ごろ発覚したので、YがSの身元保証人であるXにその善処を要望したところ、XはSの行為を陳謝したうえ右使込金額が判然したならX所有の本件不動産を処分してもこれを弁償する旨を答え、Yとしては直ちにSの使込金額の調査に取り掛かるとともにXに対し直接あるいはSやその母W（Xの妻）を通じて右使込事件を内済にする故逸早く本件不動産を提供されたい旨繰返し要求した。しかしXはSの使込額が不明であることを理由に容易に右要求に応じようとはせず、一方、使込事件にひどく心を痛めなんともしてSを救いたいものと心を砕いていたWはその様なXの態度を頼りなく思い、昭和二十八年一月初め思い余ってXに無断でその印鑑をYのもとへ持ち出したうえYのいうがままに必要な書類を作成し、同じころXに無断で持ち出した本件不動産の権利証とともにYに手渡したため、Yは同月六日右各書類により本件不動産につき所有権移転登記を経由した。XはSまたはWがYの要望に押し切られXの印鑑をYのもとに持ち出す気配があったので、同月五日印鑑を改印届出したが、翌六日戸籍係員が誤ってWが持ち出した元の印について印鑑証明したためその印によって右登記がなされたのである。Xはその実弟を通じ本件不動産を他に処分すべく交渉中同月二〇日ごろ同不動産の登記がY名義になっているのを知りYに抗議したが確答を得ることができなかったため、Yに対し所有権移転登記の抹消を求めたのが本件である。

原審はX勝訴。Yは控訴して、Sの使込金賠償の担保のためXからその承諾を得て売渡担保として本件不動産の提供を受けたこと、仮に本件不動産の所有権の移転がWによりXに無断でなされたものであるとしても、WにはSの不始末についてXを代理してYと交渉する権限があり、また妻として七六一条による代理権もあるから、Wの権限外の行為につき善意無過失のYには表見代理が成立すると主張した。

控訴審は、XはSの不正行為に対し身元保証人として責任を感じ、本件不動産を処分してでもそれによるYの損害を賠償する意思であり、そのことをYに表明し、また事実右不動産を処分しようとして他にも交渉したのであるが、右処分はどこまでもXの手でするつもりであったから、Yの主張のごとく右賠償の債務担保のため本件不動産を売渡担保としてYに提供する意思はなかったものと認めるのが相当であり、XがWにSの不始末につきYと交渉する権限を授与したとはとうてい認められないとした上で、七六一条は夫婦相互に代理権を認めた規定ではないから、Wに何らかの任意代理権ないし七六一条の代理権のあることを前提とするYの表見代理の主張は認められないと判断してYの控訴を棄却した。

七六一条は夫婦相互の代理権を肯定した規定ではないとする判断以外の控訴審の判断は正当である。七六一条によりWに代理権が肯定されると考える私見に即して本件の正当理由の有無を判断すると、YはXにはYの要望に応じて本件不動産の所有権をYに移転する意思のないことをよく知悉していたにもかかわらず、Sの不始末を表沙汰にせず何とかYの要望に応じてSを救いたいと思っていたWが思いあまってXに無断でXの実印・権利証などをYのもとへ持ち出したのを奇貨として、Xの意思を確認するどころかほしのままに移転登記に必要な書類をWに作成させたのであるから、Wに本件所有権移転につき代理権のないことについてYは悪意でさえあったと思われるケースであり、と

うてい一一〇条の表見代理の正当理由は認められない。

仮に悪意でないとしても、Xは、Sの賠償額がはつきりしない間はYへの賠償にも応じられないと明言していたのであり、Yのしつような所有権移転請求に母親としてやむにやまれずWがそくさとして実印と権利証を持参したとしてもそれはXの承諾なく勝手に持ち出してきたと判断するのがむしろ当然であり、Wの代理権についてXに問合せをすることを全く不要と感じさせる客観的事情があったとはとうてい認められない。それ故本件判旨の結論は正当である。

なお日常家事行為の範囲の判断につき行為者の目的・動機という主観的意図を重視する我妻説は、(i)で述べた広島高判の事案は日常の家事の範囲に含まれないが本件は含まれるとする(我妻「親族法」一一一頁注④)。また佐藤・前掲七六六頁も(Ⅱ)で述べる最判昭和四三年七月一九日の事案と並んで本件も「処分行為はかなり日常の家事に近い性質のものとなっており、処分の目的を考慮すれば、あるいはこれを(日常家事行為であることを)肯定してもよいかと考えられる」とする。両者の見解は子の使込金の賠償のためというWの主観的意図を重視したのであるが、日常家事行為の範囲の判断基準につき行為者の主観的意図を一切考慮しない私見からはかかる見解は夫婦の財産的独立を侵害するものとして不当であるし、事案の具体的解決からもきわめて不当であるといわざるをえない。

(Ⅱ) 最判昭和四三年七月一九日(判例時報五二八号三五頁)。

事案は、身体障害者である長男Sのために自動車修理工場を建築する目的で夫婦が相談の上、夫X所有の土地を売却してその資金を捻出すべく企画していたところ、Xが大工職で昼間不在勝ちのため、ふだんから対外的にも家政の経営一切を行っていた妻Wが本件土地をYに売却し、XがYに対して所有権移転登記の抹消を求めたというものである。

29。

一審・二審Y敗訴。Yは上告して次のように主張した。①本件土地の売却はXとWが合意の上企画したところの、身体障害者であるSの将来の生活の基盤とさせるための自動車修理工場を建築するという夫婦並びに家族の共同の目的のためなされた処分行為であるから、仮りにWが右土地を売却するにつき、Xの承諾ないし特別の代理権限を与えられていなかったとしてもWの処分行為は七六一条の日常家事行為に該る。②仮りにWの本件土地売却行為が日常家事の範囲をこえていたとしても、①本件土地の売買契約締結当時は、XとWとの間においてSの建築資金捻出のため、Xの土地を売却することとし、そのためすでにX所有の土地を数人の者に売却してこれに充当しており、この売却についてWがXに代理して法律行為をなしたこと（もちろんそれ以前にもWは代理人として土地を売却している）③特に昭和三七年暮頃には工場資金が不足し早急に資金調達を迫られており、土地を売却することはX・Wの夫婦並びにその家族の共同生活の維持に必要であったこと、本件土地は一部を除き宅地であったので早急に換金し易く、かつX所有の他の土地に比し特に重要なものではなく、Xの生活内容から見ても重要なものではない如くYもWも考えていたこと④Wはふだんから対外的にも家政の経営一切を行いYはX家におけるWの主導的立場を充分承知しており、Sの工場建築についても相談をうけ、Wに協力して資金捻出のため尽力し、その一環として前記数人の者へのX所有土地の売却の仲介をなし、特に昭和三七年一二月暮頃には建築代金支払いのため困却していることをWから知らされ、遂にはY自らの買受を懇請されたことから、YとしてはXに確かめるまでもなく、早急に換金し得るのは一部を除き宅地になっている右土地以外にはないので、Wの代理権につき何等疑念をさしはさむ余地がなかったこと、売却代金も過去に売却した他の土地の代金や一般時価に比し廉価ではなかったこと、以上①②③④の事情からすればYがWにX

の代理権があると信じたことに何等の過失はなく、信じるにつき正当の理由があったものと認めるのが相当であり、第一審判決が、単にYがX宅の近隣に居住して直接Xに真意を確める機会があるのに、これをしなかったの一事をもってWに代理権ありと信じるにつき正当の理由があったものと言えないとして、一一〇条の適用を排除したのは不当であると述べた。

最高裁は、Yの①の主張に対しては、原審が本件土地の売買契約に関し確定した諸般の具体的事情のもとにおいては、「被上告人(X)がその妻訴外ときを(W)と相談のうえ、訴外賢造(S)の工場建築資金を被上告人所有の土地を売却して捻出すべく企図していたとしても、被上告人所有の不動産を売却するような行為は、いわゆる日常の家計上の行為に該当するものでない旨の原審の判断は正当である。」と判示し、②の表見代理の主張に対しては、「原判決の確定した事実関係のもとにおいては、上告人(Y)が前記土地の売買契約に関して被上告人の妻ときをに被上告人を代理する権限があると信じたとしても、上告人にはこれを信ずべき正当な理由があったものということはできない旨の原審の判断は正当である」と判示した。

本件は判例集に登録されておらず、判例時報五二八号三五頁以下にも原審が確定した事実の記載が何らないので事実関係が不明確である。<sup>(2)</sup>そこでYが上告理由で主張した事実が仮りに真実であると仮定して本件を考察すると、まず他方名義の不動産処分は原則として日常家事行為とみない私見からは、最高裁が当該処分行為は日常家事行為に該らないと判断したのは正当である。<sup>(3)</sup>

次に本件では、Sのために自動車修理工場を建築する目的でXとWが相談の上、X所有の土地を売却してその資金を捻出することを企画していたのであるから、本件土地を売却するについてXからWへ任意代理権が授与されていた

と解すべき余地があったように思われる。

仮りに任意代理権が授与されていなかったとして、七六一条の日常家事代理権を基本代理権として一一〇条の正当理由が肯定されるか否かを、Yが上告理由中で主張した事実を真実と仮定して検討することとする。Yの主張によれば、本件土地の売買契約締結当時XとWはSの建築資金捻出のためXの土地を売却することを相談し、そのためにすでにX所有の土地を数人の者に売却し、この売却についてはふだんから対外的にも家政の経営一切を行っていたWがXを代理したこと(上告理由②―①)、YはX家におけるWの主導的立場を充分承知しSの建築資金捻出についてもWの相談をうけ、WがXを代理して行ったX所有の土地の売却について仲介をなしたこと(上告理由②―②)、昭和三七年一二月暮頃には、建築代金支払いのため困却していたWからY自らの買受けを懇請され、早急に換金し得る見込みのあるかつXの生活内容からすればさして重要でない本件土地を相当額で買受けた(上告理由②―③・④)とのことである。以上の事実からすれば、YはXにWの代理権の有無・範囲について問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Wの代理権の不存在を気づきえなかったと判断してよいケースであると思われる。問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ったのであるから、単にXに問合せをしなかったの一事をもって、正当理由を否定した原審及び最高裁の判断は、Yの主張した事実を真実とみる限り、不当であるといわざるを得ない。

(2) 一方配偶者の長期不在中の場合

(i) 東京地判昭和二六年一〇月六日(下民集二卷一〇号一一七二頁)。

事案は以下の通りである。Xは戦災で住居を失ったので妻Wと子女五人とともに昭和二〇年中から知人S宅に寄寓

していたが昭和二二年三月二日突然家出をしていずこへか姿を消した。あとに残ったWは、格別の財産もなく、生活に苦勞し、子供がさわぐとSに叱られるので、五人の子供とともに単なる知合にすぎないS宅に寄寓しているのを、つらく思い一刻も早くS宅を立退きたく考え、Sも立退きを求めた。そこでWは昭和二二年十月ごろからしばしばX所有の本件土地中一八〇坪の賃借人であるYに対し、住家を手に入れたいから本件土地を買ってくれと懇願した。Yは当時Xが家出して不在であることを知っており、本件土地を買うことには気がすまなかったが、Wに涙をもって頼まれたので遂にその申出を承諾した。そこでWは後日Xが帰宅しても「あなたには絶対に迷惑をかけない」旨の覚書をYに入れXが置いていったXの印で委任状その他登記に必要な書類を作り、昭和二三年六月八日Xの代理人としてYと土地の売買契約をした。その売買代金は十万円と定められ、そのうち五万円の受渡しはすんだが（Wが住居用のバラックを買ったときの代金）、残代金については菓子屋をはじめめるか娘を嫁にやるときの費用にあてたいとWが言ったので、Yは「二週間の間において請求してくればいつでも払う」といって保管している。その後Xは帰宅し、Yに対して本件土地の所有権移転登記の抹消を求めたのが本件である。YはWには本件土地を売却するについてXから代理権を与えられていたこと、仮りにそうでないとしても、Wは日常家事についてはXを代理する権限をもっており、Wは本件土地の売買にあたり後日Xが帰宅してもYには絶対迷惑をかけない旨の覚書を入れ、Xの実印・権利証を保管していたのであるから、Yは本件売買についてWの代理権を信じ、かく信じるについて正当理由があったと主張した。

東京地裁はXが家出した昭和二二年三月二日当時は、東京都においてはインフレの昂進がもっとも甚だしく住宅難であったことは公知の事実であり、Xが家出をすればW及び子女五人が直ちに生活にこまり、ことに住居について

は難渋するであろうということをXは当然予想しながら、何らの手当をすることなくあえて家出をしたのは、Xの財産を妻子の暮しの足しにしてよい、住居を得るために換価してよいと、暗に承諾を与えたとかみることができないから、Xの妻子の住居を得るために本件土地を処分するについては、Xは家出にあたり暗にWに代理権を与えたといふのが相当であると判断して、Xの請求を棄却した。

配偶者の一方が長期不在中は、他方の日常の家事に関する権限の範囲が拡大するとする説(我妻「親族法」一〇六頁、三島「日常家事債務の連帯責任」家族法大系II二四三頁)があり、たとえば我妻「親族法」一〇六頁は、「例えば婚姻費用を負担すべき夫が子女の養育を妻にまかせて他処に居住するようなときには、妻の権限内となる日常家事の範囲は却って拡大され、夫の財政的援助なしに生活するために、必要な借財をしまたは夫の名義の財産を処分することも含まれると解さねばならない場合が多いと思う。従来判例は、行為を抽象的に考え、その目的が夫婦共同生活の維持のために必要かどうかを考えないのは不当である。また夫の不在中に妻が生計に窮して夫名義の借財をしまたは夫名義の財産を処分したような場合に、これを有効とするために、夫が暗黙に代理権を与えたものとみようとするのも、無用のことである」とし、本件については「夫が暗黙に代理権を与えたものと認定したのは、結論において正しい。しかし、一歩進んで、日常の家事に含まれると解すべしと主張するのである」(我妻・前掲一一〇頁注(二))と批評する。

しかし、私見は、日常家事行為の範囲は、夫婦の資産・収入・職業・社会的地位等の内部的事情と、その行為の種類・性質等の客観的事情を考慮して、社会通念に照らして客観的に判断されるのであるから、夫婦の一方がいるいなという事情によってその範囲が縮小したり拡大したりするものではないと考えるので、東京地裁がWの処分行為を

日常家事行為の範囲の問題としなかったのは正当であると解する。もっとも配偶者の一方が長期不在中は他方の日常の家事に関する権限の範囲が拡大すると説く論者も、別居によって共同生活が消滅し夫婦が事実上全く別個独立の生活を営むようになった場合（いわば離婚の前段階）には、日常家事行為の範囲も著しく縮小すると考える（我妻・前掲一〇六頁、三島・前掲二四四頁）。しかし三島・前掲二四四頁が自ら指摘するように、旅行などによる単なる長期不在なのか、離婚の前段階としての別居なのかは、外部の第三者には容易に窺い知ることのできない夫婦のプライバシーであり、かかる不確実な要素をもって日常家事行為の範囲が拡大あるいは縮小すると考えるのは、日常家事行為の概念をあいまいにするものであり、取引の相手方を害し、夫婦別産制を危うくさえする理論であると言わざるを得ない。配偶者の一方が長期不在中は他方へ授与された任意代理権の範囲が、拡大することがあるとみれば足りると考える。

そこで本件であるが、インフレの昂進中甚だしく住宅難であった時代に、扶養すべき妻子がいながらこれを単なる知人宅に放置して家出したXは、生活が困窮した時には自分の財産を暮しの足しにしてよい、住居を得るために処分してよいという黙示の代理権をWに与えていたと解してよいと思う。この意味で東京地裁の判断は正当である。また、仮りに黙示の代理権の授与を認定できないとしても、WはXの土地を売却しその売却代金で住居を得たのであるから、後に家に帰ってきた無責任なXが無権代理の主張をするのは、権利濫用の法理により排斥されるべきである。あるいは本件土地の売却行為が無権代理で無効であるとしても、その売却代金は現実に住居を得るために支出されているのであるから、それについてXは日常の家事債務として七六一条の連帯責任を負い、YはXの連帯責任を追求して、売却代金返還請求権に基づいて本件土地を留置できると解されるから、その範囲でYの保護もはかられるのである。

なおYは表見代理の主張をしているが、YはXが不在中であることに不安を覚えWに前記覚書を入れさせていることからして、むしろWに代理権がないことを知りこれを救済する意思で売買に応じたと思われ、正当理由は成立しないと考えられる。

(ii) 最判昭和二十七年一月一九日（民集六卷一号四九頁）。

事案は以下の通りである。Xは昭和一九年四月二六日陸軍司政官としてスマトラに赴任した。その不在中昭和二十一年三月二二日、Xの妻WはXの母M<sub>0</sub>と協議し、仲介者Kとも相談の上、Xの代理人としてX所有の本件土地建物を代金十萬円で（二萬五千元は内金として即日支払われた。これは、昭和二十一年九月二三日Wが供託している）、Yに売却する契約を締結し、同年五月一七日、右不動産について所有権移転登記請求権保全の仮登記をした。その後Xは昭和二十一年八月一二日帰還し、Yに対して右売買契約の無効確認と右仮登記の抹消を請求したのが本件である。

第一審X勝訴。Yは控訴して次のように主張した。XはWに不動産処分代理権を授与していたこと、仮りにそうでないとしても①W又は仲介者Kは売買に当りYに対して「Xはスマトラに出発するに当り同人等に代理権を与えていった」旨を告げたこと ②売買契約の前に、YはWからXが南方に赴く際渡された遺書に本件不動産を唐牡丹外四種の植木を除いて売ってよいと記載してあることを告げられたこと ③Xが出発に際しWにその実印を預けWがこれを保管していたことから、Wに代理権ありと信ずるにつき正当理由があったと主張した。控訴審はXがWに代理権を授与したことはないと判断した上で、④のXの遺書であるとWが称した紙片の読み聞かせの事実については、右書面はWが自ら作成したものであること及び書面読み聞かせの事実は、売買について最後の決定をしたあと、いよいよ売買契約書作成の時になって為されたのであるから、売買についてのYの意思決定自体には何等の影響なく、前記唐牡丹

丹外四種の植木を売買の目的から除外させる目的に用いられたにすぎないとし、①と②の事実からは、Wに代理権ありとXが信じたことにつき正当理由は認められないと判断して、Yの控訴を棄却した。

Yは上告して、(1)正当理由として原審が判断した①②③の事実の外に、第一審裁判所に提出した準備書面には、なお二つの事実―④Xの母M<sub>0</sub>も本件土地建物をWと共に売る意思で契約の締結に立会い、Wの代理を否認せずむしろ進んでWに同調し売却を喜んでしたこと ⑤Yの援助者でありYの親戚に当るA<sub>1</sub>・A<sub>2</sub>もWに代理権ありと確信し、この点につき何等の疑念を挿むこともなく契約の立会人になったこと―が記載されているのに、原審がこれを閑却したのは違法であること、(2)書面を読み聞かされるまでは、YはWに代理権ありと確定的に信じていなかったこと (3)前記①②③④⑤の事実の外に、⑥当時Xは南方から何時帰還するか不明であったこと ⑦X家の家事一切はWとM<sub>0</sub>が司っていたことを考慮すればYがWに代理権ありと信ずるのは当然であると主張した。

最高裁は、上告理由(1)に対して、Yが正当理由として主張したのは原審の認定した①②③の事実のみであり、④⑤の事実では準備書面に引用されている証人の証言中に現われている供述に過ぎないこと (2)に対しては原審が自由裁量の範囲内でした証拠判断による事実認定を非難するものに外ならないとし、(3)に対しては、Xの実印をその妻たるWが保管していたこと並びにW・K等が自ら代理権があると告げたことがあったとしても、これだけの事実によって、本件売買契約の締結につきWがXを代理する権限をもっていったとYにおいて信ずべき正当の理由があったと判断しなければならぬものではない。それゆえ、原審が右の事実を目して代理権があったと信ずべき正当の理由に当たらないと判断したとしても原判決には所論のような違法はない旨を判示した。

本件では最高裁は①②の事実から正当理由を否定しているが、Yは上告理由において①②③④⑤⑥⑦の七つの事実

をあげWに代理権ありと信ずるにつき正当理由があったと主張している。そこで仮りにYの主張した七つの事実をすべて考慮するとすれば本件事案において正当理由が肯定されるか否かを検討してみたい。

Yの主張した七つの事実とは①W及びKがYに対して自ら代理権があると告げたこと②売買契約の前に、YはWからXが南方に赴く際渡された遺書に本件不動産を唐牡丹外四種の植木を除いて売ってよいと記載してあることを告げられたこと③WがXの実印を保管していたこと④Xの母M<sub>0</sub>も本件物件をWと共に売る意思で契約の締結に立会い、Wの代理を否認せずむしろ進んでWに同調し売却を喜んでしたこと⑤Yの援助者であり世故にもたけたA<sub>1</sub>・A<sub>2</sub>もWの代理権を確信し契約の立会人になったこと⑥当時Xは南方から何時帰還するか不明であったこと⑦X家の家事一切はWとM<sub>0</sub>が司どっていたことである。このなかで①④⑤の事實は正当理由を肯定する要素としては働かない。何故なら代理人が代理権があると言うのはふつうのことであって、いくらY側の立会人のA<sub>1</sub>・A<sub>2</sub>がWの代理権を確信していたとしてもそれは何の意味もないことであり、YとしてはXの不在を知り何時帰還するかも不明であるを知っていたのであるから、なおさら慎重にWの代理権を調査すべきであったといえるからである。次に⑥の事實は一見正当理由を肯定する方向に働きそうにみえる。しかしWが遺書だと称した紙片は実はWの作成したものであり、かつYはそれを読み聞かされたにすぎないのであるから、やはり正当理由を肯定する要素とはならない。仮にこれが真実Xの作成したものであり、かつXの不在中相当範囲の財産を処分してよい旨の記載があり、Yが他の文書のXの筆跡等と比較して真実のものだと信じたときは、Wの売却処分がXの許諾した相当範囲の財産処分から逸脱していたとしても正当理由肯定の有利な要素となるであろう。

⑦の実印保管の事實は、本人がその意思に基づいて他人に実印を保管させたときは、何らかの代理権の徴表とみら

れる場合もないではないが、本件ではXとWは夫婦でありしかもXは長期不在中であつたのであるから、如何なる意思でWに保管を命じたのかも不明であり、とりたてて正当理由を肯定する要素とはならない。最後に残る二つの事実、①WとXの母M<sub>0</sub>が家政一切をとりしきっていたこと②M<sub>0</sub>も売買に積極的であつたことは、正当理由を肯定する方向に働く要素である。この二つの事実、前述したようにXの不在中相当範囲の財産を処分してよい旨の真実Xの作成した遺書がありYがXの他の文書の筆跡と比較して真実のものだと信じたというのであれば、正当理由を肯定する可能性があるように思われる。しかしこの二つの事実のみでは未だ正当理由ありとの判断を下すことはできない。

一般に配偶者の一方が長期不在中に不在者名義の財産について他方と取引する場合には、本人の不在を知っている相手方としては無権代理の危険を覚悟するか、本人帰宅後の追認を期待して(i)の東京地判昭和二六年一〇月六日の事案のように)取引しているとみるべきであろう。他方配偶者が日常家事の範囲をこえた特定の行為について真実本人を代理したことがあるという事実を相手方が知っていたというような場合以外は、正当理由は肯定されない。

右に述べた理由によつて正当理由を否定した最高裁の結論は妥当であると考へる。なお本件ではXの帰宅した時点では売買契約は未だ未履行の状態にあり、その意味でも売買を無権代理で無効と判断したのは妥当であらう。<sup>(6)</sup>

(iii) 最判昭和二八年二月二八日(民集七卷七号一六八三頁)。

事案は、Xは昭和一八年八月戦争に應召しその不在中、昭和二〇年七月Xの妻WがXを代理して、X所有の建物及び動産を代金八千円でYに売り渡す契約をし同月中旬Yに右物件を引渡し以後Yがこれを占有していたところ、後に帰宅したXがYに対して右物件に対する所有権の確認とその明渡しを求めたというものである。

第一審X勝訴。Yは控訴して次のように主張した。(1)Xは応召出発に際し、Wに対し本件物件その他家産の管理と

X家内外の家事整理を委託しあわせてX不在中本件物件を必要と認めた場合売却する代理権を明示もしくは黙示に授与した。そして本件売買当時は本件物件所在地は空襲必至の状況にあり、Xの帰還の見込が立たずXとの通信も容易でないWは自己及び子女の将来における生活費の窮乏に悩んでいたので、Wはその代理権に基づいてYとの間に売買契約をした。(2)それのみならず、右の様に急迫した事情の下では、Xが応召にあたりWに委託した本件物件の管理権限のなかには、物の保存のために必要な行為として物が滅失するおそれのある場合にその経済的価値を保存するためこれを換価処分する等の処分行為をなす権限をも含むのである。仮りに以上の抗弁が理由がないとしても、(3)WはXの妻として日常家事代理権を有しており、かつ①管理権限をXより授与され現実にこれらの行為を代理してきた事実(本件建物敷地の貸料の支払、町内会費の支払、生活物資の購買、本件建物に対する火災保険契約の締結その保険料の支払など)、②WがXの印鑑を所持しYに対してその印鑑証明書、Xの記名のある白紙委任状と本件建物に対する火災保険契約証書を示して右の火災保険契約は自らXを代理しX名義で締結し保険料を支払ってある事実を告げ、自己に本件物件売却の代理権限があると申し向けたのであるから、YがWに代理権ありと確信するにつき正当理由があったと主張した。

控訴審はY主張の(1)に対して、Xのように大東亜戦争のさ中に応召した者にとっては、反対の意思のあったことが認められない限り、その財産の管理は後に残った妻に委託されたものと推定すべきであり、この場合妻は夫が扶養義務を有する自己及び子女の生活維持や夫の営業継続に必要な範囲内で財産処分の権限が与えられたものと推認するものが相当であるが、その範囲をこえて必要もないのに夫の不在中その財産特に不動産や営業上必要な動産を処分するなどの行為は、特に夫の明示的委託がない限りその管理の権限に属しないと解すべきであり、Xがこのような広汎な代

理権限をWに委託したものと認めることはできないとした上で、(2)に対して本件売買契約のあった当時、Yの主張するように本件物件所在地である小樽市は空襲必至の情勢にあったことは当裁判所に顕著な事実であるが、特に戦時立法で認めなかった限りは、右物件の滅失のおそれのある場合にその経済的価値保存のためにこれを換価処分することがWの管理人としての権限に属したとは認められないし、Wが生活費に窮していた事実も認め難い（X家はかなりの資産家であり本件物件にも七千円の火災保険が附されていた）から、Wが管理行為としてXを代理し本件物件を売却する権限があったとは認められないと判断した。そして(3)の表見代理の主張に対して、X名義の売渡証書や委任状はWから依頼を受けたHがXの名前を書いた上W及びその父の立会で押印したものであり、印鑑証明書はHが市役所から交付を受けたものであって、Xの応召不在を熟知していたYには、正当理由は肯定されないとし、Yの控訴を棄却した。

Yは上告して、応召した者は妻に対して必要に応じて不動産処分の権限をも含む広汎な代理権限を附与したと推認することが戦時の国民の一般常識であったこと、経済的価値保存のために売却したのは善良な管理者として当然とらねばならぬ措置で保存行為の一種であること、WがXの実印を所持しこれを使用していた事実のある以上、YがWの代理権を信じたのは常識上当然であると主張した。

最高裁は、原審が、「応召した者の財産の管理は、反対の意思表示のない限り、後に残った妻に委託されたものと推定すべきであり、この場合妻は夫が扶養義務を有する自己及び子女の生活維持や夫の営業継続に必要な範囲内においてのみ財産を処分する権限を与えられたものと推認すべきである」として、本件家屋及び物件の売却につきXの妻Wに夫を代理する権限がなかったものと判断していても、違法ではないとし、戦火による滅失を見越して本件家屋を

売却処分することは、たとえそれが罹災による損害を回避し経済的価値を保存する目的に出たものであっても、それは財産自体の性質上の減損を防止する場合と異り、管理財産の現状維持を目的とする行為の範囲を逸脱するもので、本件のような場合において、Xの不在中Wに付与されたと認めうる代理権限の範囲内に属する保存行為には該当しないものと解するを相当とする上で、表見代理の主張についても、Yは売買当時Xが応召不在中であることを熟知しており、X名義の売渡証書や委任状は、Xの意思に基づかずW等がXの印章を使用して作成したものであるから、かかる場合WがXの印章を保管しこれを使用していた事実があっても正当理由は認められない旨を判示した。

配偶者の一方が応召・服役などで長期不在中は、不在者に反対の意思のあったことが認められない限り、不在者は配偶者の他方に財産管理の権限を委託したものと考えられ、その範囲は不在者が扶養義務を有する家族の生活維持や不在者の営業継続に必要な限度内での財産処分に限定されると解すべきである。私見は、日常家事の範囲は客観的に定まり、配偶者の一方の長期不在という事情によって他方の日常家事の範囲が拡大するとは考えないから、右に述べた財産管理の権限の範囲はあくまでも不在者が他方へ授与した任意代理権の範囲の問題であり、かつそう解すれば足りる。たとえば(i)東京地判昭和二六年一〇月六日の事案は、まさにこの夫が妻に黙示的に授与した財産管理の権限の範囲内での財産処分であった。そして特に不在者の明示的委託がない限り右の範囲をこえた財産処分は他方の財産管理権限に含まれないと解すべきであり、Xの明示的な委託がなかった本件のWの処分行為はXが黙示的に授与した財産管理の権限をこえた行為と解すべきである。この点に関する最高裁及び原審の判断は妥当である。

次に最高裁が判示するように、戦火による滅失を見越して本件物件を売却処分することは、たとえそれが戦災による損害を回避し経済的価値を保存する目的であったとしても、財産自体の性質上の減損を防止する場合とは異なり、

管理財産の現状維持を目的とする行為の範囲を逸脱するもので、XがWに黙示的に授与した代理権限内に属する保存行為には該当しないとみるべきである。

表見代理の成否について検討すると、Yが控訴審で主張した④の事実は日常家事の範囲内に属する行為であり、火災保険契約をWがXを代理して締結し保険料を支払っているという事実も、日常家事の範囲をこえた特定の行為についてWが真実Xを代理したという場合に該当しないから正当理由を肯定する要素とはならない。そして印鑑証明書はWの委託をうけたHがWの保管する実印を利用して交付を受けたものであり、X名義の売渡証書や委任状もXの意思に基づかず、W等がXの実印を使用して作成したものであった。正当理由の有無の判断に本人の何等かの関与は不要であるとの判例・学説の見解もあるが、本件における最高裁・原審の判断をみれば、正当理由を肯定するには代理権のあるらしき外観の作出について本人の何等かの作為・不作為が必要であるとの実質的考慮が窺えるのではなからうか。Xの応召不在を熟知していたYは、単にWがXの実印を保管し使用していたとの事実だけでは、とうていWの代理権を信ずるについて正当理由があったとは判断されないものであって、この点に関する最高裁・原審の判断もまことに妥当である。

(iv) 最判昭和三十六年一月一七日（民集一五卷一号一頁）。

事案は以下の通りである。Xは昭和一九年七月三十一日訴外Yから別府市所在の本件土地家屋を買い受け、昭和二六年頃までは妻や家族とともに本件家屋に居住したが、その頃から家族との間が円満を欠くようになったのと病氣療養の必要のため昭和二七年初頃から単身飯塚市に別居することとなり、以後家族の生活は本件家屋が相当広いので妻Wに管理を委任し、W名義でなす貸間営業からの収入で支弁されるに至った。昭和二八年九月一九日WはXを代理して

本件不動産を代金三一〇万円でYに売却し同月二二日に所有権移転登記を完了、以後Yが本件不動産を占有するに至ったので、XからYに対し所有権移転登記の抹消とその明渡しを求めたのが本件である。

第一審X勝訴。Yは控訴して、(1)妻子を扶養すべきXが別居したまま妻子に何等の扶養手段も講じなかったことからすれば、XはWに本件不動産処分について黙示の代理権を与えたものとみるのが相当であること (2)仮りにそうでないとしても表見代理が成立するとして

①本件売買においては売主側が形式上何等欠点のないXの印鑑証明書、権利証、委任状および印鑑を所持していたこと

②売買契約はX所有の本件家屋において公然となされ、またXを代理したのはその妻であるWであり、かつ契約に際してはXの長男、娘三人および娘婿であり東京都の大和産業株式会社取締役社長の肩書を有し、本件売買のため東京から馳せ参じたという訴外Tも立ち会っていること

③本件不動産については本件売買以前の昭和二八年二月二五日訴外株式会社F銀行のため債権額三〇万円の根抵当権設定登記ならびに同年八月六日訴外Oのため債権額一〇〇万円の抵当権設定がなされたが、右はいずれもWがXを代理してなしたものであること

④本件不動産を売却する理由は、売主側の言によれば、X一家の負債整理というのであったこと

⑤売買交渉から契約成立、代金支払および移転登記完了まで数日間を要し、その間前記立会人らも終始立ち会い協力したこと

の五つの事実を主張した。

控訴審は(1)についてXがWに本件不動産を売却処分する権限まで附与したものと解せられないとした上で、(2)の①②③④の事實は大体そのとおりであると認められるが、①については偽造印を使用したこと、登記申請に際してはXの手許にある権利証が用いられなかったこと、②の事實は本件売買契約当時Yが承知していた形跡がないとし、更に本件売買の交渉の際YはWから本件不動産を売却する理由として、「主人は飯塚に別居し、長年の病気で動きもできず、仕送りをしてくれないので借金ができ、その整理のため売る」旨を告げられたというのであるから、さように妻が長年病臥の夫と別居して看護にもあたらず、また夫からの仕送りも受けないというのでは、通常の注意力を有する第三者として、何か夫婦間に面白からざる点があるのではないかとの疑念を生ずるのがむしろ普通であり、本件の場合、Yとしても今一步注意力を働かせて、売主本人たるXに対し不動産売却の真偽を確かめる位の処置をとるのが相当であったと解せられる」と判断し、YがWの代理権をたやすく信じたことには、Yにも相当の落度があるとして、一一〇条の正当理由を否定した。

Yは上告して、原審においてWが偽造印を使用した点が重視されていることを取り上げ、かりに越権行為が犯罪を構成するとしてもその故に民法一一〇条の適用を妨げられるものではないと言い、前記②の各登記において使用された印鑑証明も本件におけると同じく偽計によって得られた偽造印の印鑑証明であり銀行すら本人に問合せしていないのに、通常人たるYにそれを要求するのは酷ではないか等と論じた。

最高裁は、一見WがXを代理して本件不動産を処分する権限をもつと信じさせるような事情が一方に存在していたとしても、もしYが本人であるXについて不動産売却の真偽を確かめていたならば、本人にその意思のないことも、印鑑証明書が偽造にかかるものであることも知り得た筈である。そして、通常の注意力を有する者であれば、右のよ

うな事実関係を聞かされつつ（二審判決文中のYに対するWの発言内容）三〇〇万円からの不動産を買い受けるについては、慎重に行動して、さして遠方でもない土地に別居中の本人について確かめるのが当然であろう。しかるにYはこの期待される行動を試みず、軽々とWに代理権があると信じてしまったのであって、本件の実事関係の下においては、Yがかく信じたことにつき民法第一一〇条の正当理由ありというを得ない旨を判示した。

私見は、一般に、相手方が一方配偶者の長期不在中に、その不在者名義の財産について他方配偶者と取引する場合には、本人の不在を知っている相手方としては無権代理の危険を覚悟するか、本人の追認を期待して取引しているとみるべきだと考えるので、本件においても売買の交渉に際して「主人は飯塚に別居し、長年の病気で動きもできず、仕送りをしてくれないので借金ができ、その整理のため売る」旨をWより告げられ、Xの不在を知っていたYに正当理由が成立するためには、よほど強固な「本人に代理権の有無・範囲について問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」がなければならぬ。

そこで本件でYが主張した五つの事実を検討すると、私見は他方配偶者が日常家事の範囲をこえた特定の行為について幾度か真実本人を代理したことがあるという事実を相手方が知っていたような場合には、かなり強固な本人への問合せを不要と感じさせるほどの客観的事情になると考える。<sup>(8)</sup> 本件でもYは④の事実をもってこれを主張しているが、原審の認定によればYは本件売買契約当時はその事実を知らなかったとのことであるから④の事実<sup>(9)</sup>は代理権の有無について本人への問合せを不要と感じさせるほどの客観的事情とはならない（しかも本件では④の各登記において偽造印が使用されておりWの無権代理である）。次に①の事実も②最判昭二八年二月二八日の事案で検討したごとくXの実印を保管所持して、それを利用した印鑑証明書やXの意思に基づかないX名義の委任状をWが作成してYに交付

していたとしても本人への問合せ不要の客観的事情とはならない。㊦の事実も家庭不和による別居を匂せる発言内容であったら、正当理由の有無の判断ではマイナスに働きそれだからこそかえって本人に問合せるべきであったと評価されるのである。Wが家政一切を処理していた事実やその売買の過程で成人した子供たちが協力したという事実(㊦)は、たしかに正当理由を肯定する方向に働く要素である。しかし、(ii)最判昭和二七年一月一九日の事案で検討したように㊧WとXの母M<sub>0</sub>が家政一切をとりしきっていた㊨M<sub>0</sub>も売買に積極的であったという二つの事実のみでは未だ正当理由ありとの判断を下すことはできないのと同様に、本件でも㊩と㊪の事実のみでは本人に代理権の有無について問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ったとは判断できないのである。従って私見の基準に照らしても本件のYに正当理由は成立せず、最高裁の結論は妥当であると考えらる。

本件の判批として倉田卓次・判解民昭和三六年度1事件がある。倉田判批は正当理由の有無の判断についてプラスとなる要素とマイナスとなる要素を本件事案のなかからとりあげて衡量し、本件事案の正当理由は肯定的にも否定的にも判断されうる可能性があることを指摘しつつ、最終的には夫の長期不在中妻が夫名義の財産を夫の不在を知っている相手方に売却したという事実をとりあげ、かかる場合にはYは本人たるXにWの代理権について問合せをするべきであり、それをしなかったYには過失があったと判断され、結局正当理由は否定されるという趣旨を展開している。思うに、右判批には正当理由とは何かという判断基準があきらかにされておらず、あれこれの要素を比較衡量しながら、最後に決定的な要素を示して正当理由を否定するという思考の過程が窺われる点が不当である。

これに対して私見は、「本人に代理権の有無・範囲について問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不存在を全く知らなかったことが、相手方に代理権ありと信すべき正当理由のあ

ることであると規定し、倉田判批が最後に指摘するように、夫の長期不在中妻が夫名義の不動産を夫の不在を知っている相手方に売却するという決定的な事実のある本件では、他によほど強固な本人への問合せを不要とさせる客観的事情がなければ正当理由は肯定されないのである。それゆえこの基準に照らして原審認定の諸事実が評価・判断されなければならぬのである。

- (1) 谷口知平「民法第七六一一条と夫婦相互の法定代理権」(民商法雑誌二八卷四号七四頁)は、「仮に法定代理にも一一〇条の適用があるという見解に立つと、実印を盗用されたのであっても、夫婦互に表見代理の責を負わしめられる可能性が生ずることとなる」として控訴審判決を支持するが、この批判は私見にはあたらない。
- (2) 判例時報五二八号三五頁三六頁のコメントからも原審が確定した事実をうかがい知ることができない。
- (3) 前述したように佐藤・前掲七六六頁は、本件の処分目的を考慮して本件の処分行為は日常家事行為であることを肯定してもよいのではないかとする。
- (4) なお本件土地については昭和二三年七月一五日Yのために限度額一五万円の根抵当権設定登記がなされており、Xは本訴において同時にその根抵当権者に対して根抵当権設定登記の抹消を請求している。
- (5) ドイツ民法一三五七条三項は別居の場合には日常家事代理権の適用を排除する旨規定している。
- (6) 本件については幾代・民商法雑誌二八卷五号三三七頁、加藤一郎・川井健・判例民事法昭和二七年度一七頁の判批がある。また我妻「親族法」一一〇頁注(二)は本件を日常の家事に含まれると解すべきとしているが、判例集にはWの処分目的については一切記載されていない。
- (7) 本件については谷口・民商法雑誌三〇卷五号四五頁の判批がある。
- (8) たとえば夫婦間の事案ではないが、父に代り世帯主として家政一切を処理していた長男が、父に無断にその所有の山林を売却したが、それ以前に長男は同一相手方に対し真実父を代理して父所有の山林を売却しその履行が無事完了されているような事実があった場合の如くである(最判昭和三十一年五月二二日民集一〇卷五号五四五頁)。

(二) 最高裁判昭和四四年一月一八日判決(民集二三卷一、二、三、四、五、六、七頁)。

(1) 事案は、本件土地建物はXが婚姻前の昭和二四年三月頃、訴外Tから自己の働きにより買い受けそれぞれについて登記済の上所有してきたものでいわばXの特有財産であったが、右不動産につきXの夫MがXを代理してYとの間に昭和三七年四月二日売買契約を締結し同年四月一、二日所有権移転登記を完了したところ、その後昭和三九年六月九日Mと離婚したXが本件不動産の所有権移転登記の抹消を求めた、というものである。

第一審・控訴審において、XはMに代理権を授与したことがないこと及び本件売買契約は、Mの主宰するM商店が昭和三七年三月倒産した頃、Yの主宰するY商会に対して八百余万円の債務を負担していたところからYの債権回収のためなされたものであり、Yの主張によれば代金支払方法はM商店の清算事務終了の際Y商会がM商店に対して有する残債権をY商会がXに譲渡してこれを売買代金に充てることとされているが、Y商会がXに譲渡し代金に充てることとしている債権はM商店の倒産後は全く支払を受けられる見込みのない実質上無価値の債権であるのに対し、本件不動産の価値は当時五百万円を下らないものであり、かつXにとっては本件不動産は幼子三名を含む家族五名の生活場所であり、もしその所有権を失いこれをYに明渡すことになればたちまち無財産となり路頭に迷うことになる重要な財産なのであって、それをYはX及びMの窮迫、無知、軽卒に乗じて実質上無償で奪ったものであり、従って右契約は九〇条により無効であると主張した。

これに対してYはMには本件売買について代理権がXより授与されていたこと、仮りにそうでないとしてもMは七六一条により日常家事に関しXを代理する権限を有しており、しかもXは右契約当時自己の印鑑・印鑑証明書をMに交付していたのであるから何等かの処分をする代理権を与えていたところ、①XはM商店の倒産後Yの代理人R弁護

士の訪門を受け同弁護士から「お宅の土地と建物をいただくことになっているから権利証・印鑑証明書・委任状をもらいにきた」旨訪門の目的を告げられて、X方二階に案内しているし、㊸Mは右契約の際Xの印鑑を所持していた外、契約に当りYに対しXの白紙委任状・権利証・印鑑証明書を交付したのであるから、YとしてはMに本件不動産を売却する代理権ありと信じたことについて正当理由があると反論した。

第一審X勝訴。控訴審はYの主張する㊸の事実に対してR弁護士の訪門の目的は、Mとの面談にあり、しかもその際Rは本件不動産の登記簿上の名義人はXであるが真実の所有者はMであると考えていたこともあってXのことなど念頭におかず、しかもこのためXに対してその所有にかかる右不動産を売却するかどうかにつき全然念をおすことすらせず、XもR訪門の際の口上の意味を了解せず、ひたすら夫たるMへの客として遇したにすぎないとした上で、㊹の事実に対しては売買契約締結当時本件不動産には三井銀行のため根抵当権が設定されており権利証は三井銀行に保管されていたこと、その権利証の返還手続やそれにつづく本件登記手続において、MはXの何ら関知しないところで同人宅に保管してあったXの実印を勝手に持出した上これを利用してX名義の委任状を作成したこと、XはMから命ぜられて同年四月一日自ら印鑑証明書の交付をうけこれをMに引渡したが、その際Mは印鑑証明書の使用目的をXに明確にせず、Xも小学校を卒業したのみで取引の実情にうとく当時は何事も夫たるMに易々諾々と従って疑うことがなかったからその使用目的も確かめず、ただ夫から命ぜられるままにその交付をうけたにすぎないとした。控訴審はこの事実認定に基づいて、MがXから本件不動産の売却について代理権を授与されていたとはいえないとした上で、Yの表見代理の主張については、一一〇条類推適用説の立場にたち、㊸RはXに対して何ら念を押さなかったこと、㊺売買契約当時XはMの実印は所持していたが、権利証・委任状・印鑑証明書はYに交付しなかったこと（これらは

前記認定の経過で登記の際交付された)、③本件売買の目的はY商会のM商店に対する債権回収のためであったことから、Yには本件売買が日常家事の範囲内に属すると信ずるにつき正当理由がなかったと判断して、控訴を棄却した。

Y上告。最高裁は、「民法七六一一条は、『夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責に任ずる。』として、その明文上は、単に夫婦の日常の家事に関する法律行為の効果、とくにその責任のみについて規定しているにすぎないけれども、同条は、その実質においては、さらに、右のような効果の生じる前提として、夫婦は相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することを規定しているものと解するのが相当である。」と判示し、七六一一条は夫婦相互に日常家事について代理権を有することを認めた規定であるとし、日常家事行為の範囲の具体的判断基準については、「民法七六一一条にいう日常の家事に関する法律行為とは、個々の夫婦がそれぞれの共同生活を営むうえにおいて通常必要なる法律行為を指すものであるから、その具体的な範囲は、個々の夫婦の社会的地位、職業、資産、収入等によって異なり、また、その夫婦の共同生活の存する地域社会の慣習によっても異なるというべきであるが、他方、問題になる具体的な法律行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属するか否かを決するにあたっては、同条が夫婦の一方と取引関係に立つ第三者の保護を目的とする規定であることを鑑み、単にその法律行為をした夫婦の共同生活の内部的な事情やその行為の個別的な目的のみを重視して判断すべきではなく、さらに客観的に、その法律行為の種類、性質等をも充分に考慮して判断すべきである。」と判示した。

そして表見代理との関係については、「夫婦の一方が右のような日常の家事に関する代理権の範囲を越えて第三者

と法律行為をした場合においては、その代理権の存在を基礎として広く一般的に民法一一〇条所定の表見代理の成立を肯定することは、夫婦の財産的独立をそこなうおそれがあるから、相当でないから、夫婦の一方が他の一方に對しその他の何らかの代理権を授与していない以上、当該越権行為の相手方である第三者においてその行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときにかぎり、民法一一〇条の趣旨を類推適用して、その第三者の保護をはかれば足りるものと解するのが相当である。」と判示した上で、本件不動産はXの特有財産であり、その売買の目的はY商会のM商店に對する債権の回収のためであったから、本件売買はXとMとの日常家事行為ではないし、Yが右契約をX・M夫婦の日常家事の範囲内に属すると信ずるにつき正当理由があったといえないことは明らかであると判断した。

(2) 本件においてYはMには本件不動産売買につき所有者である妻Xから代理権が授与されていたと主張している。そこで、M商店倒産後本件売買契約前に、Yの代理人R弁護士がMに面談するためX宅を訪問した際にXに「お宅の土地と建物をいただくことになっているから権利証・印鑑証明書・委任状をもらいに来た」と告げたときにXが何ら拒絶せずRを二階のMのもとへ案内したという事実が、本件売買についてのXの承諾と認められるかについて検討すると、本件売買の目的は倒産したM商店のY商会に對する債務を弁済するためであり、そのためにXの特有財産をM商店の債権者たるYに売却しようとするのであるから、その売買の目的を熟知しているYの代理人Rとしては、法律専門家たる弁護士としてその売買の法律上意味するところをXに説明しその上でXの承諾を得べきところ、かえって小学校を卒業したのみで取引の实情にうといXの無知を奇貨としてあえて説明をせず、Xもそれ故に何の拒絶もせずただ夫Mの客としてRを二階に案内しただけであるから、本件売買についてXが承諾していたとはとうてい認めら

れない。

次に本件では原審認定の事実によればXが他にMに対して何らかの代理権を授与していたとも認められないので、七六一条の日常家事代理権を基本代理権とするYの表見代理の主張について検討する。本件において決定的な要素は、M商店のY商会に対する債務を弁済するためにXの特有財産をYに売却しようと（しかも売買代金は現実には受けられないのであるから、実質は債務のカタにとられてしまったものである）意図した点である。(1)(i)広島高判昭和二六年三月五日の事案でも指摘したように、代理人自身の債務の保証ないし担保のために代理人が本人を代理する場合には相手方としては特に慎重な態度が要求される。まして本件ではMのYに対する債務の弁済のためにX一家の生活の場でありXにとっては唯一の所有財産である本件不動産をYに売却させようとするのであるから、Yとしてはよほど強固な本人への問合せを不要と感じさせるほどの客観的事情がなければ一一〇条の正当理由は肯定されない。しかるに本件ではすでに指摘したようにR弁護士がX宅訪問の際の口上はXに対する問合せとはなっておらず、実印の所持についても原審認定の事実によれば売買契約締結の際Mが自宅に保管してあったXの実印を勝手に持ち出して所持していただけのことである。この実印所持の事実についても(1)の各判例でしばしば指摘したように（たとえば同じく夫婦間で実印の盗用がなされた(1)(i)広島高判昭和二六年三月五日の事案に対する検討）何ら正当理由を肯定する要素とはならない。従って本件では私見の一一〇条正当理由の有無の判断基準であるところの、「本人に代理権の有無について問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」が存在せず、Yについて一一〇条の表見代理は成立しない。

- (3) (i)右に検討したように本件はYの主張する七六一条の日常家事代理権を基本代理権とする一一〇条の正当理由

は肯定されない事案であった。しかるに最高裁は七六一一条が夫婦相互の代理権を認めた規定であることを肯定し、日常家事行為の範囲の具体的判断基準を示しその範囲は客観的に定まるとしながら、七六一一条の日常家事代理権を基本代理権として一一〇条の表見代理の成立を肯定することは、「夫婦の財産的独立をそこなうおそれがあって、相当でないから」相手方において「その行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときにかぎり」一一〇条を類推適用すればよい旨を判示した。この最高裁の判旨に示された七六一一条と表見代理との関係における抽象的理論は、本件事案の解決に全く不要であるのみならず、事後の夫婦間の他方名義の不動産処分と日常家事行為が問題となる事案において適用されるときはかえって夫婦の財産的独立をそこなうおそれすらある理論である。

(ii) まず最高裁は一一〇条を直接適用すれば夫婦の財産的独立を侵害するというが、その理由が明らかでない。(一)においてこの最高裁判決以前に夫婦間の他方名義の不動産処分が問題となった事案を検討したが、判例は一一〇条を直接適用して結論としては妥当な解決を導き出しているのである。そして、「本人に代理権の有無・範囲について問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あり」それゆえに代理権の不存在を全く知らなかったことが正当理由の具体的内容であると主張する私見は、判例がしばしば一一〇条の正当理由を否定するときに用いる「本人の意思を確認すべきであった」という表現を正当理由の具体的な規定のなかに盛り込んだもので、判例は実質的には私見の基準に照らして正当理由の有無を判断しているように思われる。従って一一〇条を直接適用することは夫婦の財産的独立を侵害することには決してならず、むしろ私見のような厳格な基準を用いることによって夫婦の財産的独立を尊重する結果となるのである。

(四)七六一条と表見代理との関係に関する最高裁の判旨は我妻説に依拠するものである。我妻説は日常家事行為の範囲を行為者の目的・動機等主観的意図を重視して広くとらえ、かつ一一〇条の正当理由を「普通の人が代理権があると信ずるのもっともだと思われること」（我妻「新訂民法総則」三七二頁）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余りにも漠然と規定するから、一一〇条をそのまま適用したのでは一一〇条の成立する範囲がかなり広くなり夫婦の財産的独立を侵害するおそれが強いので、一一〇条の適用についてはそこに何らかの制限的要件を附加して一一〇条の成立範囲をせばめる必要があったのであろう。最高裁が一一〇条を直接適用すると夫婦の財産的独立を侵害するおそれがあるといったのは、本件事案の分析に基づくものではなく、かつ過去一一〇条を適用した判例に対する検討に基づくものでもなくて、ひとえに我妻説に従った結果の表現にすぎない。

しかも我妻説が附加した制限的要件であるところの「日常の家事の範囲内と信ずるについての正当理由」とはその内容が如何なるものか不明確である。我妻説に従えば、他方名義の不動産処分であっても所有者たる配偶者が長期不在中であつたり生活維持という処分目的があるときは日常家事行為の範囲に含まれることになる。その際妻が夫名義の不動産を処分するにつき生活維持という目的なら日常家事行為、妻の遊興費にあてるという目的なら非日常家事行為となるから、妻が相手方に生活維持費にあてると巧妙に説明し相手方がそれを信じたが実際には売却代金を遊興費に費消していたという事案では、相手方は実際には日常家事行為ではなかったのにその範囲を誤信していたことになって、その目的・動機の誤信についての正当理由が一一〇条の類推適用という形で判断されることになるのであろう。結局我妻説が附加した制限的要件であるところの「日常の家事の範囲内と信ずるについての正当理由」とは相手方が行為者の説明した目的から日常家事行為と誤信したが、このように誤信したのはもっともだと思われるかどうかとい

う程度の内容でしかないと思われる。我妻説は日常家事行為の範囲を行為者の目的・動機といった主観的意図を重視して広くとらえた上で、その目的・動機に対する相手方の誤信がもつともだといえるかどうかを一一〇条類推の際の正当理由の内容で判断するのであるから、夫婦の財産的独立を侵害するおそれは二重に強いといわねばならない。

(iv) 最高裁が日常家事行為の範囲は客観的に定まるとしながら、一一〇条の直接適用は夫婦の財産的独立を侵害するおそれがあるから、その行為が日常の家事の範囲内に属すると信ずるにつき正当理由のあるときに限り一一〇条を類推する旨判示したのは我妻説に依拠した結果であり、その我妻説が夫婦の財産的独立を侵害するおそれが強いのは右に指摘したとおりである。「日常の家事の範囲内に属すると信ずるについての正当理由」の具体的内容は最高裁の判旨からも明確でない。本件は、M商店のY商会に対する債務を弁済するためにXの特有財産をMがYに売却しようとした事案で、(2)で検討したようにYとしてはよほど強固な本人への問合せを不要と感ぜさせるほどの客観的事情がなければ正当理由は肯定されないケースであった。しかるに本件ではR弁護士がXのX宅訪問の際の口上はXに対する問合せとはなっておらず、ただ売買契約締結の際Mが自宅に保管してあったXの実印を勝手に持ち出して所持していただけのことであるから、私見に即してはもちろんのこと従来判例の立場でも一一〇条の正当理由が成立しないのは明白であった。従ってこの事案は一一〇条を直接適用して正当理由を否定すれば足りたのであり、原審認定のどの事実がYをして「日常の家事の範囲内に属すると信ずるについての正当理由」をなからしめたのかは不明である。

(4) 最高裁は本件において事案の解決に全く不要な抽象的理論を判旨において展開したのであり、その内容は明確で以後の同種の事案に対して先例たりうる具体的明確な基準を示したものではなかった。(iii)で検討するように以後の判例は最高裁判旨の抽象的理論に従ってその「正当理由」の有無を判断しようとしているが、その意味で昭和四四

年の最高裁判旨は先例的拘束力をもっているが、その「正当理由」の内容が不明確なため事案の解決のためには先例として実質的に機能していないように思われる。最高裁としては当該事案の解決に不必要な抽象的理論を判示するという態度は厳に慎むべきであろう。

(三) 最高裁昭和四四年一月一八日判決以後の判例

(1) 夫婦が現に共同生活を行っている場合

(i) 東京地判昭和四五年一月一七日（金法六〇八号三〇頁）。

事案は妻Wが夫Xに無断でXの土地に所有権移転請求権保全仮登記、根抵当権設定登記、賃借権設定請求権保全仮登記をして、他から融資を受け、その結果最終的にY名義に所有権移転登記がなされたので、XがYに対してこれらの登記の抹消を求めたというものである。

YはWの行為は日常家事に該ると主張したが、東京地裁は、「民法第七六一条にいわゆる日常の家事に関する法律行為とは夫婦共同の日常生活に必要とされる法律行為をさすものであって、その具体的な範囲は、個々の夫婦共同生活の社会的地位や資産、或いは地域社会の慣行等によっても異なるが、一般に不動産の担保提供行為や売却行為は日常の家事に関するものとはいえず、このことは本件において被告(Y)主張の杉本常蔵(Xの父か?)が老令でいわゆる隠居の身であり、夫たる原告(X)も当時は警察官として不在勝ちであったという事情を考慮しても変るところはない。」と判示した。

東京地判が不動産担保提供行為や売却行為は日常家事行為に該らないと判断したのは正当であるが、本件において

他方名義の不動産処分と日常家事行為

はいかなる経過でY名義に所有権移転登記がなされたのかその事実関係が不明である。従って事案の分析が困難なので表見代理に関する判旨の検討は省略する。

(ii) 東京地判昭和四七年六月二〇日(金商三二七号一七頁)。

事案は以下の通りである。WはKがY<sub>2</sub>から金三百万円を借り受ける際にWの夫X名義の土地建物を担保として提供してほしいと懇請されて、昭和四四年八月はじめ本件土地建物の権利証・Xの印鑑証明書・X名義の白紙委任状をY<sub>2</sub>に交付した。このうち権利証は昭和四四年二月ごろWがXに無断でXの実印とともに持ち出したもので、Wは右印鑑を利用して印鑑証明書の下付を受け、かつ右印鑑を冒捺してX名義の白紙委任状を作成し、別の金融会社にXに無断でKの債務の担保として交付してあったものを取り戻してきたものである。ところでY<sub>2</sub>はKに三百万円を交付したがこれはY<sub>2</sub>がY<sub>1</sub>より借り受けたものであったので、土地建物につき昭和四四年八月五日根抵当権設定登記をするに際して、登記簿上の貸主並びに根抵当権者をY<sub>1</sub>、借主並びに担保設定者をXとする話しが、Y<sub>2</sub>をY<sub>1</sub>の代理人として、WをXの代理人としてまとまりその旨の登記がなされた。その後Y<sub>2</sub>はY<sub>1</sub>に三百万円を代位弁済したのでY<sub>1</sub>のXに対して有する三百万円の債権と根抵当権を弁済者の代位により取得した。

他方WはY<sub>2</sub>にX所有の本件土地建物を担保として一五〇万円の融資を申込み、これに応諾したY<sub>3</sub>の求めに応じてXの代理人としてY<sub>3</sub>との間に本件土地建物を目的とする極度額二百万円の根抵当権設定契約をし、四四年一月二十六日契約書債務者欄にXの名前を記載しその名下にXに無断で持ち出したXの実印を押し、さらに根抵当権の設定登記の申請及び公正証書作成のために、Xの実印を利用して印鑑証明書の下付を受け右実印を利用してX名義の白紙委任状を作成しこれらをY<sub>3</sub>に交付した。

そこでXが $Y_1 \cdot Y_2$ に対して三百万円の債務の不存在確認と根抵当権設定登記の抹消、 $Y_3$ に対して一五〇万円の公正証書の無効と根抵当権設定登記の抹消をそれぞれ請求したのが本件である。

東京地判はWの各行為は無権代理であると認定した上で $Y_1 \cdot Y_2 \cdot Y_3$ 主張の一〇九条の表見代理の主張について、「実印はWが原告(X)に無断で持ち出して印鑑証明の交付を受け、更に委任状を偽造したものであり、また原告(X)はこのことを知る由もなかったのであるから、このことをもって、代理権授与の表示と解することはできない。本件全証拠によっても他に代理権授与の表示を首肯させる事実を認定することはできず、被告( $Y_1 \cdot Y_2 \cdot Y_3$ )らの右表見代理の主張は理由がない。」と判示した。この点に関する東京地判の判断は妥当である。

次に $Y_1 \cdot Y_2 \cdot Y_3$ の一〇〇条の表見代理の主張については、最高裁昭和四四年の判旨と同様の趣旨を述べた上で、「原告(X)はかつて一度も本件土地建物を担保に供し、借金をしたことがないこと、原告(X)は、日常の生活費の支払のために、妻である繁子(W)に原告の実印を用いて銀行預金等の積みおろしをすることを任せてはいたが、それは、文字通り、日常生活費に関するものであり、額も多額ではなかったこと、および原告は会社の課長をしており、その家庭もいわゆるサラリーマンとしての家庭であったことが認められ、原告(X)夫婦の個別的事情よりすれば、原告(X)の妻である繁子(W)の本件各行為は、日常家事の範囲を逸脱するものであり、さらに社会通念上客観的にみても、被告( $Y_1 \cdot Y_2 \cdot Y_3$ )らの貸与金額(金三〇〇万円および金一五〇万円)および不動産担保供与行為は、日常家事に属する法律行為とはいえず、それをあえて、日常家事の範囲内に属すると被告( $Y_1 \cdot Y_2 \cdot Y_3$ )らが信ずるに足りる正当の理由は、本件全証拠に照らしてもこれを認めることができない。」と判示してXの請求を認容した。

Xは会社の課長でありその家庭は普通のサラリーマン家庭であること、各債務額は三百万円と一五〇万円であること

とからして各借財が日常家事行為に該らないことは明白である。そして各根抵当権設定契約が日常家事行為に該らないことも当然である。一一〇条の正当理由の有無については、私見は妻が真実夫の実印を保管所持し、夫より交付された白紙委任状を所持していたにしても夫たる本人に妻の代理権について問合せをすることが不要と感じさせるほどの客観的事情があったとは考えないので、ましてやWがXの実印を盗用し白紙委任状を偽造した本件では、一一〇条の正当理由は成立しない。東京地判の本件に対する結論は妥当であるが、本件事案においてはWの行為が日常家事行為に属さないことは明々白々であり、従ってその判旨に最高裁昭和四四年判決の判旨と同趣旨の文を長々と記述するのは不要であり、その記述は事案の解決にとって何ら有効に機能していない。

(iii) 東京地判昭和四七年一月二二日(判例時報七〇五号六七頁)。

事案は以下の通りである。Wは昭和四五年七月二一日夫Xの代理人としてY<sub>1</sub>から金三十万円を弁済期同年九月末日、利息三万六千円(月六分の割合による二ヶ月分)天引の約定で借り受ける旨の合意をし、昭和四五年七月二二日二六万四千円の交付を受けた。合意の成立した七月二一日Wは本件土地の権利証、Xの印鑑証明書、X名義の白紙委任状をY<sub>1</sub>に交付したが、その際Y<sub>1</sub>はWに対し本件土地の抵当権設定登記手続をしないことを約した。その後同年九月二、三日頃Wは勤務先の応接室においてXの代理人としてY<sub>1</sub>に対し、Xが弁済期に前記借受金を弁済しないときはY<sub>1</sub>が本件土地をどのように処分しても異議がない旨誓約し、日付を遡らせた昭和四五年七月二二日付誓約書を差入れるとともに、Xの代理人としてXの借入金債務を担保するため債務不履行を停止条件とする本件土地の売買契約(換言すれば債務不履行があれば当然に本件土地の所有権はY<sub>1</sub>に移転する旨の売買契約)を締結し、坪当り四万円合計三百万円の売買代金の支払方法として、前記借受名目額三十万円に相当する金額は手附金として受領したものとし、残代金は

昭和四六年六月末日に支払を受ける旨約定した。しかるにY<sub>1</sub>は昭和四五年七月三〇日付で本件土地につき所有権移転登記を経由し、同日さらにY<sub>2</sub>に所有権移転登記を完了した。そこでXがY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対して各所有権移転登記の抹消を求めたのが本件である。

Y<sub>1</sub>は消費貸借及び停止条件付売買契約（以下これを本件契約という）はWの日常家事代理権の範囲内の行為であるとして①借受金額は三十万円が多額のものでないこと②WはXの印鑑を所持し、Xの印鑑証明書、本件土地の権利証を持参したこと③X・W夫婦は同居しXは浦和市教育委員会指導主事、Wは公立小学校の教員で、両名で月収本俸合計一九万五千円位の収入を得ていたこと④借財の目的はXとも交遊があり困ったときには金を融通し合うWの教員仲間を援助するためであったこと等を主張し、仮に本件契約が日常家事代理権の範囲をこえていても、①②③等の事情の下では、Y<sub>1</sub>が本件契約をX夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由があったと主張した。

東京地判は、七六一条が夫婦相互に代理権を認めた規定であること、日常家事の範囲は「夫婦の共同生活の内部的な事情や当該行為の個別的な目的のみならず当該行為の種類、性質等をも考慮して判断すべきである」旨判示し、①Xは浦和市教育委員会の指導主事、Wは公立小学校の教員で月収本俸はそれぞれ一萬円、八万五千円であったこと②借受目的はWの元の教員仲間が緊急に金員の必要がありその者の依頼によるもので、その者とXの間には格別深い交際はなかったこと③本件土地はX一家の将来の定住の地としてXがその名義で借受けた金員を投じて購入したものでありXの特有財産とみるべきであること（本件土地の名義人については認定されていない）から、本件契約はようやく中流に属するX夫婦の共同生活を営むために必要な目的に出たものと認められないことが明らかであり、このこ

とと三〇万円の借受金担保のため代金三〇〇万円の本件土地の停止条件付売買契約を締結することは、たとえ代金の清算が伴うとはいえ原告(X)方の資産状態に著るしい変動をもたらすものであることをあわせ考えると、本件契約は原告(X)夫婦の共同生活に通常必要とされる法律行為に該当しないとすべきである、と判断した。

次にY<sub>1</sub>の表見代理の主張についてはWがXの代理人として金員を借受ける際、Xの印鑑を所持していたこと、Y<sub>1</sub>に本件土地の権利証、Xの印鑑証明書、X名義の白紙委任状を交付したことは認められるが、「しかし、同居する夫婦の場合において、一方配偶者が他方配偶者の登記済権利証、印を冒用し、右印を用いて他方配偶者の印鑑証明書の交付を受け、白紙委任状等を作成して代理人を装うことは、本人と無権代理人がこのような身分的共同生活関係に立たない場合に比して、比較的容易であるから、一方配偶者が他方配偶者の代理人と称して第三者との間で締結する契約の種類、性質の如何によっては、一方配偶者が他方配偶者の印鑑を所持する等前記事情が存するからといって、第三者において直ちに当該契約を夫婦の日常の家事に関する法律行為であると信ずることは正当視できない。」と判示した上で、WはXに無断でXの印鑑と本件土地の権利証を持ち出し、右印を用いてXの印鑑証明書の交付を受け、本件契約に当り右印を所持し、権利証、印鑑証明書をY<sub>1</sub>に交付し、WがY<sub>1</sub>に交付したX名義の白紙委任状もXの印を冒用して作成されたものと推認され、「本件契約は三〇〇万円相当と評価された原告(X)所有の本件土地を名目額三〇万円の借受金の担保に供し、債務不履行の場合は被告飯塚(Y<sub>1</sub>)にその所有権を取得させ、これにより原告(X)方の資産状態に著るしい変動をもたらすものであること前述のとおりであるから、訴外浅見節子(W)が原告(X)の印鑑を所持し、本件土地の登記済権利証、原告(X)の印鑑証明書、原告(X)名義の白紙委任状を交付し、原告(X)の印を契約書類を押捺したことの故をもって被告飯塚(Y<sub>1</sub>)が本件契約を原告(X)夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信じたとすれ

ばいささか輕卒のそしりを免かれ」ず、Y<sub>1</sub>はWが小学校教員であるから同人の言動に疑を抱かなかつたものようであるが、そのことは右判断を左右するものではなく、本件契約の種類・性質に徴すると、Y<sub>1</sub>としては電話その他の方法によってXの意思を確認すべきであつたにもかかわらずしなかつたのであるから、Y<sub>1</sub>が本件契約をX夫婦の日常家事の範囲内と信ずるにつき正当の理由があつたとはいえないと判断して、Xの請求を認容した。

まず私見は、いかなる程度の借財が日常家事行為の範囲内に含まれるかについては、その夫婦の資産・収入と借財額の観点から客観的に判断され、一般的には月収の一〜三割程度（但しこの程度内でも高利のものを除く）の借財が日常家事行為の範囲内であると考えるので、月収一九万五千円のX夫婦において債務額三十万加えて月六分の高利の本件借財は日常家事行為に該らない。そして三十万円の借受金担保のため三百万円の本件土地の停止条件付売買契約を締結することが、日常家事行為に該らないことは当然である。

次に本件ではWはXの印鑑と本件土地の権利証をXに無断で持ち出し、右印を利用してXの印鑑証明書の交付をうけX名義の白紙委任状を作成、それらをY<sub>1</sub>に交付したというのであるから、Y<sub>1</sub>においてXにWの代理権の有無について問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は全然存在しておらず、Y<sub>1</sub>に一一〇条の正当理由は肯定されない。東京地判もY<sub>1</sub>の表見代理の主張に対して私見と同様の判断をし、「Xの意思を確認すべきであつた」にもかかわらずそれをしなかつたY<sub>1</sub>には「正当理由」が認められないとしてXの請求を認容している。その結論は妥当であるが、東京地判が「正当理由」を否定する際に考慮した事實は、まさにWに代理権ありと信ずるについての正当理由がY<sub>1</sub>に認められるかについて考慮される事實であるから、端的に一一〇条を適用してその正当理由を否定すれば足りるのであつて、事案の解決に不要な一一〇条類推適用説に従つた表現をする必要はなかつたと思われる。

(iv) 東京高判昭和五〇年一月二九日(金商四六五号一八頁)。

本件は(iii)の控訴審判決である。<sup>(1)</sup>

控訴審は、原審認定の事実によれば、「Y<sub>1</sub>がWにXを代理する権限ありと信じたとしても、もっともな点が全くない訳ではない」が、今問題とされているのは「通常の代理権ありと信じたことの当否ではなく(……そのような主張は現行民法の下においては採ることを得ないから……傍点筆者)Wの行為をもって本件夫婦の日常家事行為に属すると信じたか否か及び信じたとすればその当否である」と判示した上で、①Y<sub>1</sub>はX夫婦が一介の教育関係者であるにすぎないことを知っていたこと②債務額は三十万円であるのに担保に供されたX名義の不動産の時価は三百万円であること③夫婦間においては一方配偶者の実印、権利証等を他方配偶者が冒用する可能性が多分に存すること④右のような事情の下でY<sub>1</sub>は本件契約についてX本人に何ら確かめなかったこと等からY<sub>1</sub>には右のように信ずるにつき正当理由がなかったと判断してY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の控訴を棄却した。

控訴審が原審認定のいかなる事実をもってY<sub>1</sub>がWにXを代理する権限ありと信じたことについてもっともな点が全くない訳ではないと判断したのか不明であるが(iii)で検討したように私見の基準によればY<sub>1</sub>には全く一一〇条の正当理由を肯定する要素は認められない)、一一〇条を直接適用することは現行民法の下においては採ることのできない旨の判旨は不当である。民法の建前からすれば一一〇条を直接適用すべきなのであって、一一〇条を類推適用しようとしたのは最高裁昭和四四年判決の判旨にすぎない。

次に控訴審がその「正当理由」を判断する際に考慮した①②の事実、本件契約が日常家事行為に該るか否かを判断する際に考慮される事実にすぎない。そして③④はY<sub>1</sub>がWにXを代理する権限ありと信じたことについて正当理由

があつたか否かについて考慮される事実である。控訴審も実質的にはY<sub>1</sub>には一一〇条の正当理由がないから一一〇条類推の際の正当理由がないと判断したのであって前記判旨（傍点部分）は全く不当である。

(v) 東京地判昭和四七年一月二十九日（判時七〇八号五一頁）。

事案は以下の通りである。Wは知人であるK商事に対する借財の保証をし、債権者から保証人としての責任を追求されたため、夫Xを代理して昭和三八年一月二十七日Sから金員を借り受け昭和三九年一月六日X所有の本件建物について根抵当権設定登記を経由したがWが弁済しなかつたため昭和四一年一月三日競売手続開始決定がなされた。更にWはXを代理してAから金員を借り受け昭和四二年三月八日いわゆる起訴前の和解をし、昭和四二年四月一二日までに弁済しなければ一三日限りで本件建物の所有権移転登記及び引渡をする旨約した。

そこでWは本件建物を競売から守り、又右和解調書に基づく強制執行を免かれるために、新たに金員を調達する必要に迫られY<sub>2</sub>に借財を申込んだがY<sub>2</sub>は手持金がなかつたのでY<sub>1</sub>に金融の件を持ち込み、Y<sub>1</sub>は本件建物を担保に金員を貸与することを承諾し、Y<sub>2</sub>に当該契約に関する一切の事項を委任した。

昭和四二年四月五日Y<sub>2</sub>とWとの間で、Y<sub>1</sub>の貸金額を四一〇万円とし、右貸金を担保するためXからY<sub>1</sub>に対し本件建物を買戻特約付で売渡すこと、その代金額は四一〇万円、Xは昭和四二年六月五日までにY<sub>1</sub>に四三〇万円を支払つて本件建物を買戻すことができる旨の合意が成立した。即ち昭和四二年四月五日Y<sub>1</sub>代理人Y<sub>2</sub>とXの代理人と称するWとの間で売買代金四一〇万円、買戻代金四三〇万円と定めたX所有の本件建物の買戻特約付売買契約が締結された（以下これを本件契約という）。

Y<sub>1</sub>は昭和四二年四月五日本件建物の所有権移転登記を完了し、昭和四二年六月二日Y<sub>2</sub>に所有権移転登記をしてい

る。一方Y<sub>1</sub>を申立人、X及びWを相手方とする和解事件につき昭和四二年五月一日和解が成立し（和解期日にはWがXの代理人を兼ねて出頭した）Y<sub>1</sub>は右和解調書の執行力ある正本に基づき昭和四二年六月一五日本件建物の占有を取得し（Y<sub>2</sub>を占有代理人として）Y<sub>2</sub>は直接占有者として昭和四二年六月一五日以降本件建物を占有している。昭和四二年八月四日XはWと離婚しY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対してそれぞれ所有権移転登記の抹消とY<sub>2</sub>に対して本件建物の明渡を求めたのが本件である。

Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>はXがWに本件売買契約締結の代理権を授与したこと、仮にそうでないとしても一一〇条の表見代理を主張し、XはWに①昭和三八年一月二七日本件建物を担保に供してSから金員を借受ける代理権を授与し②Sが本件建物の競売を申立てた際、Sに弁済すべき金員を他から借受け、Sに弁済し、かつ弁済契約を締結し、競売申立取下の折衝等をする代理権を授与したこと③Wは七六一条の日常家事代理権を有していたこと、以上①・②・③を基本代理権として、Wは本件契約に際しXの印鑑証明書、X名義の委任状を提示し「Xからすべて委任されている」と述べたので、Y<sub>1</sub>はWが真実売買契約締結の代理権を有するものと信じ、そのように信ずるにつき正当の理由を有していたから、Xは一一〇条の規定により本件契約につき責を負うべきだと抗弁した。

東京地判はXがWに本件契約締結の代理権を授与したことはないとし、表見代理の成否についてはY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>が基本代理権として主張する①②はいずれもWがXに無断でXの印鑑を冒用しX名義の委任状を偽造などしてなしたWの無権代理行為であると判断した。そして③の日常家事代理権を基本代理権とする一一〇条の主張については、一一〇条類推適用説にたつ旨を判示した上で、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の③の主張は、「一一〇条の類推適用を主張する趣旨をあわせ含むものと認められるので」その当否を判断するとして、①夫婦の一方が、事情により他方の登録印を無断で用いて印鑑証明書

の交付を受け、他方配偶者名義の委任状を作成したうえ、その代理人資格を名乗って右登録印を契約書や金員領収証に押捺する行為に出ることは、本人と代理人がそのような身分的共同生活関係に立たない場合に比べて、比較的容易になしうることであることも否定できないこと（本件でも認定された事実によれば、本件契約を締結するに際しWはXの印鑑を盗用し、Xに無断で印鑑証明書の下附を受け、X名義の委任状を偽造した）④Xの月収は約一三万〜一五万でX家はほぼ中流に属する家庭生活を営んでいること⑤本件契約が締結されるにいたった発端は、X夫婦の共同生活の維持とは関係ないWの保証行為にあったこと⑥四一〇万円の債務の担保として一〇〇〇万円を越える価値のある物件について買戻特約付売買契約を締結し、その行為の効果たるやX夫婦の資産、生活に著るしい変動をもたらすものであるというのに、物件の権利者であるX自身は契約の締結はもとよりその事前の折衝にも全く姿を見せていないという状況だったこと、⑦⑧⑨⑩の状況からすればY<sub>2</sub>は「直接に本人であるXにつきその意思を確認すべきであった」のにそれをしなかった以上、本件契約をX夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当の理由があったとはいえない旨判示した。

そして昭和四二年五月一五日に成立した和解はWの無権代理行為という実体法上の無効原因を包含するから無効であり執行力を有しないとして、Xの請求を認容した。

Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>が一一〇条の基本代理権として主張する①・②の任意代理行為はいずれもWの無権代理行為であったのであるから、これを基礎として一一〇条が成立しないのは当然である。次に③の日常家事代理権を基本代理権とする一一〇条の正当理由の有無について検討すると、本件は四一〇万円の債務の担保として一千万円をこえる価値のある本件物件について買戻特約付売買契約を締結したものであり、権利者たるXは、契約の締結はもとよりその事前の折衝に

も全く姿を見せていなかったこと、WはXの印鑑を盗用し、それを利用して印鑑証明書の交付を受け、X名義の委任状を作成していたのであるから、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>にXにWの代理権の有無について問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は何ら存在していない。従って本件は七六一条を基本代理権とする一一〇条の正当理由は全く存在しない事案である。東京地判の結論は妥当であるが、そこにおいて認定された①②の事情から一一〇条の正当理由は存在しないと判断すれば足りるのであって、あえてY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>らの主張に一一〇条の類推適用を主張する趣旨が含まれていると読みかえて、一一〇条類推の「正当理由」がないと判示する必要は全くなかったものと思われる。

(vi) 東京高判昭和四八年七月三十一日(金商三七九号一四頁)。

事案は以下の通りである。Yは昭和四二年二月六日A会社(代表理事A)を債務者として金融取引契約を締結したが、その際WはAから依頼されていわば好意から右金融取引契約に基づくA会社のYに対する債務を担保するため、夫Xの代理人という立場でYに対してX所有の本件建物に元本極度額一千万円の根抵当権を設定することを承諾し、右設定を約する旨のY宛の金融取引契約及び根抵当権設定証書中の担保提供者欄に記載されたXの名下にXの実印を押捺し、翌日右根抵当権設定契約を原因として根抵当権設定登記が経由された。その際YはWの代理権や本件根抵当権設定契約に関してXにたしかめる処置は全くとっていなかったところ、その後XがYに対して右根抵当権設定登記の抹消を求めたのが本件である。

#### 第一審X勝訴。

控訴審はWがXを代理して本件根抵当権設定契約を締結する権限(本件代理権)を有したか否かについて①Xは終戦後十年くらの頃家業(家具製造業・X商店)を長男であるSに委ねるとともに本件建物(家具の倉庫として使

用)の管理処分権限を同人に与え以後はいわば隠居の生活を送っていたが、その頃からWとの仲は冷えきっており、XがWに本件建物の処分権限を与えたという事実や、Sが有する前示処分権限を更にWに与えたという事実は認められないこと②XはWに対して離婚等の制裁的措置を格別とっていないが、本訴の提起はXに知られないように事態を処理しようとしたWがSと相談の上Xに無断で自らX名義で訴訟を提起し、後日そのことを知ったXは訴訟行為の追認を行って本訴を維持したこと③WはかねてS名義で預金取引をしていたこと、WがX商店及びS(X商店の代表取締役・Xは取締役・Wは監査役)のそれぞれ氏名と印を使用しX商店及びSを代理して数回にわたりJ信用組合やYから融資を受けSの所有不動産を担保に供したこと④XもX商店もAと取引その他の関係は全くなく、XはAとは面識もなかったこと⑤本件契約に関連して後日Yに差入れられた書類たる火災保険金請求権の質権設定承認請求書及び承認書中のX名下の印影はWがXに無断で押捺したものであること等の事実を考慮してもWがXを代理して本件契約を締結し得る代理権・その他本件建物の処分権限をXあるいはSから与えられていたとは認められないと判断した。

次にYはWの七六一条の日常家事代理権を基本代理権として一一〇条の表見代理の主張をしていたので(Yは基本代理権として日常家事代理権以外の代理権の存在は主張していない)控訴審はこのYの主張に対して一一〇条類推適用説にたつ旨を判示した上で、本件契約はWが知人のAに依頼されてA会社のYに対する継続的金融取引契約に基づく債務を担保するために締結したものであり、右契約内容、被担保金額(元本極度額一千万円)その他①④⑤等の事実関係によれば、Yが同契約の締結がX夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信ずるにつき正当理由はなかったと判断してYの控訴を棄却した。

本件はXとは面識すらないAのYに対する継続的取引契約に基づく債務を担保するために、WがAに依頼されてXに無断でX所有の本件建物に元本極度額一千万円もの根抵当権設定契約を締結したものであり、日常家事行為に該らないことは明白である。Y主張の七六一条の日常家事代理権を基本代理権とする一一〇条の直接適用についても、右に述べた契約内容からしてYはXにWの代理権の有無について問合せをするのが当然であり、控訴審認定の①②⑤の事實はXに問合せをすることを全く不要と感ぜさせるほどの客観的事情には何ら該当しない。従って私見に即してYには一一〇条の正当理由は成立せず、控訴審が一一〇条類推適用説にたつ旨の判旨をする必要は全くなかったと思われる。

(2) 夫婦が別居している場合

(i) 大阪高判昭和四九年一〇月二十九日(判時七七六号五二頁)。

事案は以下の通りである。本件土地とこれに隣接する山林五筆はAが昭和九年に一括して買い受け、その後旅館を建築すべくその全部を宅地として整地していたが、戦争のため建築を中止していたところ、昭和二五年五月頃Aの妻WがAを代理して本件土地及び山林五筆を一括して代金二十万円でXに売り渡す契約をして、代金全額を受領し、Aの実印をXに託してその所有権移転登記手続を委ねた。山林五筆については昭和二五年七月一日同月五日付売買を原因とする所有権移転登記がなされたが(Xが女性のため登記名義は知人Hの名を借りた)、本件土地は地目が農地であったため昭和二二年中に自作農創設特別措置法に基づいて国に買収されており(この買収ずみの事実を契約当時Xは知らなかった)Xは本件土地については登記をなしえなかった。

その後Aは、昭和二七年一〇月一八日に死亡したので、Xは、Aの相続人である妻Wと子Yに対して本件土地につ

き国に対して農地法八〇条に基づく売払いの申請をし、売払いがあったときはその地目を宅地に変更した上で、昭和二五年五月売買を原因とする所有権移転登記をせよと請求したのが本件である。

### 第一審W・Y勝訴。

控訴審は、①Aは、昭和一三年頃から妻のWおよび子のYと別居して他の女性と同棲し、昭和二五年当時、AとWとの間にはまったく往来がなく、Wは飲食店営業をして自活していたこと、②Aは、実印をWのもとに置いたままに、自己所有の不動産の管理等をも一切顧みることがなかったこと、③本件売買契約に際し、Wは、Aの右実印を用いて必要書類を作成し、かつ、登記手続のためXに右実印を託したが、Xは、親類であるWとAとの別居の事実を知悉しながら、A自身について売買の意思の有無を確認しなかったこと、以上①・②・③の事実が認められるとした上で、右のような事実があるとしてもAがWに本件土地及び山林五筆についての処分権限を包括的に与えていたものと推認できないし、WがAを代理して本件売買契約を締結する権限を有していたとは認められないと判断した。

次にA主張の七六一条の日常家事代理権を基本代理権とする一一〇条の成立については、WとAとは、「長期間別居し、生計を異にしていたものであって、当時、夫婦の共同生活は破綻に帰していたものと推認されるのであるから、夫婦の日常の家事に属する行為はありえないものと解すべきである。」と判示した上で、「のみならず、日常家事に関する代理権を基本代理権として、民法一一〇条の類推適用による表見代理が成立するためには、当該越権行為の相手方において、右行為が夫婦の日常家事に関する法律行為に属すると信ずるにつき、正当の理由があることを必要とするものと解すべきところ（最高裁昭和四三年(オ)第九七一号同四四年一月一日第一小法廷判決・民集二三卷一二号二四七六頁参照）、たとえ生計の資を得る目的に出たものであっても、本件売買契約のように多数の土地を処分する

ことをもって、日常の家事に属するものと通常考えられるものではないし、しかも、前記のように、控訴人(X)において操(A)夫婦が別居している事実を知っていたものと認められる以上、控訴人(X)が被控訴人鷹枝(W)のした本件売買契約の締結をもって日常の家事の範囲に属する行為と信じたとしても、このように信ずるにつき正当の理由があるものということはできない。」と判示した。そこで本件売買契約はWの無権代理行為となるところ、本人たるAを相続したYの追認拒絶は信義則に反しないが、このことはただちにWの無権代理人としての責任に消長を来たすものではないとして、Wに履行責任を負わせた(X勝訴)。

本件のAは昭和一三年頃から他の女性と同棲し、昭和二七年の死亡にいたるまで妻Wとは別居したままであった。このような別居の場合、ドイツ民法一三五七条三項は日常家事代理権の適用を排除する旨規定しており、大阪高判も「夫婦の日常の家事に属する行為はありえないものと解すべきである」と判示している。しかし夫婦関係が破綻に帰し長期別居していても妻が夫名義の家屋に居住してそれを管理し、夫名義で日常品費を購入し、夫名義で公共料金や子女の教育費等を支払っている以上、妻にはかかる場合にも日常家事代理権がないとは断定できないと思われる。

そこで七六一条の日常家事代理権を基本代理権とする一一〇条の成否について検討すると、本件における決定的要素は、XはA・Wの地元の親類でありA・Wの長期間の別居の事実を熟知していたという事実と本件の契約が旅館を建設できるほどの広汎・多額な土地の売買であったという事実である。かかる事情のもとでは、Xに一一〇条の正当理由が肯定されるためには、よほど強固な、本人に代理権の有無についての問合せを全く不要と感じさせるほどの客観的事情が他になければならないが、本件ではそのような事情が全く認められないので、Xについて一一〇条の正当

理由は成立しない。

大阪高判は、前述したように長期間別居している夫婦には日常家事行為はない即ち日常家事代理権はないと判断した上で、日常家事代理権を基礎とする一一〇条の類推適用説にたつ旨判示し、その「正当理由」の有無を判断しているが、これは背理であろう。日常家事代理権がないのであればそれを基礎とする一一〇条類推適用説を展開する余地もないのである。この大阪高判の判旨は、最高裁昭和四四年判決の判旨がいかにも具体的な検討もなされないままその抽象的な理論のみが以後の判例を絶対的に拘束しているかを示す顕著な例である。

(1) 判例時報七〇五号六七頁には本件が第一審で確定したかのような記載があるが、(iv)は(iii)と事案も当事者も同一であるから(iii)の控訴審判決であると思われる。

### 三 小 括

一において日常家事行為の範囲の具体的判断基準と七六一条の日常家事代理権を基本代理権とする一一〇条適用の成否、一一〇条を適用する際の正当理由の具体的判断基準について私見の概要を述べ、二において最高裁昭和四四年判決以前の判例・最高裁昭和四四年判決、及びそれ以後の判例を、夫婦が共同生活をしている場合と長期不在(別居)の場合とに分類し、私見に即して一一〇条の正当理由の有無を網羅的に検討した。

最高裁昭和四四年以前の判例は、他方名義の不動産処分は日常家事行為に該らないことを当然の前提とした上で、一応詳細に認定された事実から一一〇条の正当理由の有無を判断し、いずれもその正当理由を否定している。これに対し最高裁昭和四四年判決以後は、最高裁の抽象的判旨が(これ自体不当であることは二(二)で述べたが)具体的な

検討もなされないままに先例的拘束力を有し、いずれの判例も事案の解決に不必要な最高裁昭和四四年判決の判旨を引用して(その顕著な例は二(三)(2)(i)大阪高判昭和四九年一〇月二十九日である)、認定された事実から一一〇条類推の正当理由を否定するという構成をとっている。

最高裁判旨の依拠する我妻説は、日常家事行為の範囲を行為者の目的・動機等主観的意図を重視して広くとらえ、その上で相手方が行為者の主観的意図を誤信して日常家事行為の範囲を見誤った時その様に誤信したのもっともだといえるかどうかを、一一〇条類推の正当理由の内容として判断しようとするものであるから、夫婦の財産的独立を侵害する危険性の極めて高い学説である。

最高裁判旨の一一〇条類推適用における正当理由の内容は不明確で何らの具体的判断基準を示すものではないが、一一〇条類推適用説に固執するそれ以後の判例が如何なる認定事実からその正当理由を否定したかといえば、①日常家事行為の範囲を判断する際に考慮した事実のみから一一〇条類推の正当理由を否定する(二(三)(1)(ii)東京地判昭和四七年六月二〇日)②一一〇条を直接適用する際にその正当理由の有無を判断するのに考慮される事実(即ち実印の所持や本人名義の白紙委任状、権利証の交付など代理権ありと信ずべき正当理由の有無の判断に考慮される事実)から一一〇条類推の正当理由を否定する(二(三)(1)(iii)東京地判昭和四七年一月二一日)③①と②の両方の事実から一一〇条類推の正当理由を否定する(二(三)(1)(iv)東京高判昭和五〇年一月二十九日)の三つに分類されるようである。

私見は、日常家事行為の範囲については、その夫婦の資産・収入・職業および社会的地位等の内部的事情と、その行為の種類・性質等の客観的性情を考慮して、社会通念に照らして客観的に判断し(従って不動産処分は原則として日常家事行為に該らない)、客観的に非日常家事行為と判断された行為については一一〇条を直接適用し、その正当

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いえるか」と規定し、右基準に照らして一一〇条の正当理由の有無を厳格に検討すべきであると考ええる。最高裁昭和四四年判決以後の判例は、すべて右基準で正当理由を否定しうる事案ばかりであり一一〇条類推適用における正当理由の有無という不要な構成をとる必要は全くなかったと思われる。

そして右基準に照らして一一〇条の正当理由が否定されても、不動産の売却代金が現実に日常家事に費消されていれば(一)(2)(i)東京地判昭和二六年一月六日)、他方配偶者の無権代理の主張は権利濫用の法理によって排斥されるか(右の様な事案の場合)あるいは日常家事費にあてられた売却代金の返還請求権について他方配偶者は七六一条により連帯責任を負い、相手方は返済あるまで当該不動産を留置できると解されるから(売却目的や売却代金が何に費消されたかの事実認定はこの点において重要である)その範囲で相手方は保護され、夫婦の財産的独立の尊重と第三者保護の要請との調和は図られると考える。

## おわりに

他方名義の不動産処分判例では私見に即して一一〇条の正当理由を肯定できる事案はなかったが、借財では肯定できる判例があるので最後にこれを紹介する(借財と日常家事行為については稿を改めて論述する)。

夫Mが妻Yの実印を冒用してY名義でX農業協同組合と農協取引契約及び消費貸借契約を締結したが、それ以前にMは三一五回以上も真実Yを代理してXと取引したことがあったという事案である。最高裁昭和六〇年二月一四日判決(金法一〇九三号四二頁)は、この従前の取引(傍点部分)を重視して、XがMにYを代理して本件契約を締結す

るための代理権があると信ずるについて正當理由がある旨判示した。この事案は私見に即してもMが眞実Yを代理して三一五回以上もXと取引していたという事実は、「本人Yに代理権の有無について問合せをすることが全く不要と感じさせるほどの客觀的事情」に該當し、それ故Mの代理権を信じたXに一一〇条の正當理由ありと肯定できるものである。換言すればこれほどの客觀的事情がなければ一一〇条の正當理由は容易には成立しないというべきであろう。

参考文献一覽

論說

- 鍛冶 良堅 「日常家事債務に関する理論構成」法律論叢四八卷四〇六号三〇九頁。
- 三島 宗彦 「日常家事債務の連帶責任」家族法大系II二四八頁。
- 中川 淳 「家事債務と表見代理」Law School No. 34 1三〇頁。
- 同 「夫婦の家事代理権」民法学7一〇六頁。
- 同 「家事債務の連帶責任」判例演習講座民法II五八頁。
- 伊藤 進 「民法七六一条についての一考察」法律論叢四一卷四〇六合併号四〇八頁。
- 右近 健男 「日常家事債務の連帶責任と表見代理」民法の争点I二〇二頁。
- 同 「金銭借用と日常家事債務」金法一〇五一号六頁。
- 加藤 永一 「家事債務と夫婦財産關係」新民法演習5四四頁。
- 於保不二雄 「表見代理」民法演習I一六七頁。

齊木 敏文「日常家事代理権と表見代理」判例タイムズ六五〇号六一頁。  
川井 健「表見代理制度」民法基本問題一五〇講一八六頁。  
同 「日常家事債務の連帯責任と表見代理」演習民法（親族・相談）九三頁。  
松嶋由紀子「日常家事債務と表見代理」演習民法（総則・物権）二〇〇頁。  
小野 幸二「日常家事代理権と表見代理」法学教室第二期第七号一二四頁。  
広橋 次郎「日常家事債務の連帯責任」経済理論七三九五九頁。  
沼 正也「家事債務と夫婦財産関係」民法演習五、二七頁。  
青木 康「不動産売却行為と日常家事行為」民事研修一四〇号一三頁。  
小石 侑子「クレジット・カードと夫婦財産関係」杏林社会科学研究一卷一号五六頁。  
高橋忠次郎「日常家事債務と表見代理」現代社会と民法一四一頁。  
人見 康子「夫婦間の日常家事代理権と表見代理」新版・判例演習民法五四三頁。  
高森八四郎・高森哉子「夫婦の日常家事行為と表見代理」名城法学別冊本城先生還暦記念号。

### 判例批評

山田 晟「判批（大判昭和八年一〇月二五日）」判民昭和八年度一七九事件。  
谷口 知平「判批（広島高判昭和二六年三月五日）」民商二八卷四号七〇頁。  
板木 郁郎「判批（広島高判昭和二六年三月五日）」立命館法学二卷一一六頁。  
我妻 栄「判批（広島高判昭和二六年三月五日）」ジュリスト四七号一九頁。  
幾代 通「判批（最判昭和二七年一月二九日）」民商二八卷五号三三七頁。  
加藤 一郎「川井健」判研（最判昭和二七年一月二九日）」法協七二卷一号九二頁、判民昭和二七年度五事件。

他方名義の不動産処分と日常家事行為

- 西川 達雄「判研(最判昭和二七年一月二九日)」近大法学一卷一号。  
 最高裁民事調査官室「判研(最判昭和二七年一月二九日)」判例タイムズ一八号四九頁。  
 打田 峻一「判批(最判昭和二七年一月二九日)」判例演習(民法総則)一八五頁。  
 同 「判批(最判昭和二七年一月二九日)」家族法判例百選(第一版)四三頁。  
 谷口 知平「判批(最判昭和二八年二月二八日)」民商三〇卷五号四五一頁。  
 大場 茂行「判批(最判昭和二八年二月二八日)」判タ三七号四八頁。  
 倉田 卓次「判批(最判昭和三六年一月一七日)」判解民昭和三六年度1事件。  
 佐藤邦 夫「判批(東京高判昭和三七年六月一九日)」判タ一七二号八六頁。  
 谷口 知平「判批(東京高判昭和三七年六月一九日)」民商四九卷二二四六頁。  
 国府 剛「判批(東京高判昭和三七年六月一九日)」同志社法学八二卷四一頁。  
 広橋 次郎「判批(東京高判昭和三七年六月一九日)」法時三四卷一〇〇頁。  
 国府 剛「判批(東京地判昭和四一年五月九日)」法時三九卷二二号一七頁。  
 同 「判批(名古屋地判昭和四四年一〇月一八日)」法時四二卷四号一三四頁。  
 三島 宗彦「判批(最判昭和四四年二月一八日)」判例評論一四〇号(判時六〇二号)二三(二二九)頁。  
 浜上 則雄「判批(最判昭和四四年二月一八日)」家族法判例百選(第三版)四四頁。  
 佐藤 聿代「判研(最判昭和四四年二月一八日)」法協八八卷七・八号七六二頁。  
 遠田 新一「判批(最判昭和四四年二月一八日)」民商六三卷三三三頁、代理理論の基礎的研究四四〇頁。  
 奥村 長生「判批(最判昭和四四年二月一八日)」曹時二二卷八号一六〇頁、判解民昭 and 四四年度九七事件。  
 遠藤 浩「判批(最判昭和四四年二月一八日)」民法の判例(第二版)二八頁。  
 人見 康子「判批(最判昭和四四年二月一八日)」昭和四四年度重要判例解説ジュリスト四八二号六九頁。

山島 正男「判批（最判昭和四四年一月二八日）」民法判例百選Ⅰ（第二版）八六頁。  
奥田 昌道「判批（最判昭和四四年一月二八日）」家族法判例百選（新版）五三頁。  
松崎 康夫「判批（最判昭和四四年一月二八日）」民事研修一五七号四五頁。  
松本 崇「判批（最判昭和四四年一月二八日）」手形研究三三六号七二頁。  
原田 純孝「判批（名古屋地判昭和五五年一月一日）」ジュリスト七七二号二〇九頁。  
高森八四郎「判批（東京高判昭和五五年一月二五日）」法時五六卷三号一一九頁。  
右近 健男「判批（大阪簡判昭和六一年八月二六日）」判タ六三三五号七八頁。