

代理権踰越による表見代理

担当 射場一典 笹井弘達 佐藤あゆみ

0. 表見代理

無権代理行為は、原則として本人に効果帰属しない。しかし無権代理であっても、一定の要件のもとで相手方を保護し、本人に有権代理と同じ責任を課すための制度が表見代理制度である。

<表見代理制度の基本原則>

表見代理制度の趣旨をどう理解するかについては、争いがある。

1. 取引安全説¹ 表見代理制度を、取引安全としての制度として理解する考え方。
2. 表見法理説² 表見代理制度の基礎には、真実に反する外観を作り出したという帰責性を前提として、その外観を正当に信頼した者を保護する、つまり表見法理があるとする考え方。

I. 代理権踰越による表見代理（110 条）

本人から権限を与えられていても、その範囲を越えて代理行為をすれば、無権代理となる。この場合でも、相手方が代理人にそこまでの権限があると信じ、そう信じたことに正当な理由があるときは、表見代理が成立する。

1 要件

- (1)権限の踰越
 - ①基本代理権の存在＝本人の帰責性要件（基本代理権要件）
 - ②踰越行為
- (2)正当理由要件

2 要件構造

この 110 条の要件(1)(2)の関係に関しては、大きく分けて 2 つの考え方がある。

(A)本人側の事情は、要件(1)において本人が「権限」を付与したかどうかという要件のみで考慮され、要件(2)では、相手方の事情のみが考慮されるという見解。

→善意無過失説

(B)要件(2)の「正当理由」を相手方の善意無過失に限定せず、本人側の事情も含めて考える見解。

→総合判断説

※詳しくはⅡ 2 で扱う。

¹ 我妻 364 頁等

² 幾代 370 頁、近江 259 頁、山本 350 頁、佐久間 244 頁以下等

II. 要件の検討

1 権限の踰越

1. 本人の帰責性要件(基本代理権要件)

(1)原則的立場

- (A)起草者の立場 代理人に何らかの代理権が存在することを当然の前提としていた。
- (ア)帰責根拠 110条を不法行為に対する特別の責任と解し、自己の権限を遵守しない不注意者を代理人に選んだ本人の過失
- (イ)ポイント 110条は、不法行為者たる本人に特別に責任を課す異例な事態であり、その適用範囲は厳格に解される。

(B)判例の立場

- (ア)原則的立場 本人のために法律行為のための代理権を有していることが必要である³。
←事実行為の代行権や公法上の行為のための代理権は基本代理権足りえない⁴。
- (イ)立場の緩和 法律行為の代理権に厳密に限定しているわけではない。
Ex)登記申請行為のための代理権にも基本代理権を認めている⁵。
- (ウ)根拠の不足 判例が基本代理権を原則として、法律行為のための代理権に限定している理由は、民法の文言尊重にあることは間違いないが、それ以外に根拠が示されることはない。

(C)学説の立場

先にも述べたように、取引安全説と表見法理説の対立が同様に見られる。

1)取引安全説

a)基本代理権説(鳩山⁶、我妻⁷)

代理行為者に何らかの代理権の存在が必要だとする見解

基本代理権は静的安全を最小限保障する要件を占めると捉える。

理由 ①110条の文言 110条において「権限外の行為」という文言の尊重

②本人の静的安全と相手方の取引安全の適用な調和

正当事由の存否において本人の過失や与因、基本権限と越権行為の同種性等の本人側の事情を斟酌しない以上、無権限者の行為をも本人に帰責することはあまりにも本人の利益を害するから⁸。

←批判：①代理行為者における基本代理権の存在を要件化することに より本人の静的利益がなぜ、そしてどの程度保障されるのか定かでない。

3 最判昭和34年7月24日民集13巻8号1176頁、最判昭和30年7月15日民集9巻9号1069頁

4 前者に関して、最判昭和35年2月19日民集14巻2号250頁(金融投資勧誘行為の代行委託)

後者に関して、最判昭和39年4月2日民集18巻4号497頁(印鑑証明下付申請手続の依頼)

5 最判昭和46年6月3日民集25巻4号455頁

6 鳩山秀夫「判批」法協34巻1号107頁以下(大正5年)

7 我妻368頁以下

8 星野226頁、川井II178頁以下 だが、この中で、川井自身民法の条文の形式的解釈から離れていっている判例の現状を考慮して、基本的代理権の必要性という大前提は是認できるが、基本代理権の具体的認定に関してはかなり緩やかな態度を示してもよいと述べている。

②基本代理権を要件化しなくても、「正当な事由」で適当に判断することでも十分ではないか。

③110条は「権限外の行為」としか言っておらず、「代理権」とは述べていない。

2) 表見法理説

a) 基本権限説

110条の表見代理の本人帰責要件は事実行為の授権も含む基本「権限」で足るとする⁹

理由 ①本人の静的安全と相手方の取引安全の適用の調和

表見代理の成否は利益考量にかかっている以上、より柔軟な利益考量を可能にするために、110条の入口要件である基本代理権を緩和し、表見代理の成否は正当事由の有無の判断で適当に調節する方がよい。

②本人の代理行為者に対する信頼付与

些細な法律行為を委任するより、重要な事実行為を委託する方が本人は被委託者を厚く信頼しているということができ、このように信頼付与したことが本人の帰責性となるのである。

つまり、本人の帰責性とは、代理行為者が当該代理行為をする権限を有するかのような外観の作出に関与したこととする¹⁰。

←批判：①代理行為者における基本権限の存在を要件化することにより本人の静的利益がなぜ、そしてどの程度保障されるのか定かでない。

②基本権限を要件化しなくても、「正当の事由」で適当に判断することでも十分ではないか。

(ア) 外観作出への関与の判断

本人が法律行為をする権限をあたえたかどうかは、本人が外観の作出に関与した程度と対応していない。本人の帰責性を判断するためには濫用される恐れのある権限、つまり対外的に重要な行為をする権限を与えたかどうかをその基準とする¹¹。

b) 基本代理権説(佐久間¹²)

110条の本人の帰責要件として、基本代理権を授与したことが必要である。

(ア)110条の構成の捉え方 110条を本人が相手方に対して代理権授与表示をしたことに対する責任であると捉える¹³。

(イ)代理権授与表示 代理権授与表示とは、代理を実用的な取引手段とするために、代理行為者における代理権の實在に代えて、本人と相手方が両者間の法律関係形成の基礎にするためになし、又は受領する表示である。

9 四宮 262 頁以下、内田 189 頁以下、近江 266 頁以下等

10 山本 363 頁

11 山本 364 頁

12 佐久間 II 222 頁以下

13 佐久間 II 197 頁以下 佐久間は 110 条を 109 条と同様に代理権授与表示の有無により表見代理が成立するかどうかを判断している。

(ウ)表示の存否の判断

そのような代理権授与表示が存在するかどうかは、表示者は表示手段選択の自由を有しているので、

- ①表示の成立に必要な本人の主観的帰責要件が満たされているかどうか
- ②問題の容態に一定内容の表示としての表示価値があるかどうかによる¹⁴。

(エ)主観的帰責要件

①前提としての表示意識の必要性

意思表示が成立するには、表示者に自己の容態が意思表示足りうることの具体的認識、自らが新たな法律関係形成の場面にいることの具体的認識、という意味での表示意識が必要と考える¹⁵。

②基本代理権の存在の必要性

ここから意思表示が成立するには、本人が新たな法律関係形成を行うための表示を為す意識が必要であり、事実行為の委任や公法上の代理権の授与では、本人が新たな司法上の法律関係の認識をしているとは言えず、基本代理権まで必要である¹⁶。

(2)公法上の行為をする権限

公法上の行為をする権限も 110 条の権限に含まれるかどうかの問題である。

(A)判例 基本代理権説を出発点としながら、それを緩和する傾向を示している。

(ア)印鑑証明書下付申請の委任¹⁷

CASE X は A と同棲していたが、X の父親が死亡した際に、X が相続を放棄する手続きに印鑑証明書が必要だといわれたため、A に市役所に行って、印鑑証明書をもってもらうように頼んだところ、A は印鑑証明書を 2 通もらってその一通を利用し、自分が Y から 1000 万円の借金をするために、X を代理して Y のために甲に抵当権を設定した。

判例は、110 条の権限は私法上の法律行為をする権限に限られる以上、110 条の表見代理は成立しないとした。

(イ)登記申請の委任¹⁸

CASE A は兄 X から土地甲を贈与された際に、甲の登記を移すのに必要だとして、X から実印、印鑑証明書、権利証を預かった。これを奇貨とし、A は自分が Y から 5000 万円の借金をするのにそれを利用し、X を代理して、甲を X 所有にしたまま Y のために抵当権を設定し、X を連帯保証人とする旨の契約を Y と締結した。

判例は、公法上の行為を代行する権限であっても、その行為が特定の私法上の取引行為の一環としてなされるものである時は、これを 110 条の権限として表見代理の成立を認めることができるとした。

14 佐久間 II 198 頁以下

15 佐久間 II 122 頁以下

16 佐久間 II 225 頁

17 最判昭和 39 年 4 月 2 日民集 18 卷 4 号 497 頁

18 最判昭和 46 年 6 月 3 日民集 25 卷 4 号 455 頁

(B)学説

1)取引安全説

- a)基本代理権説¹⁹ なんらかの代理権があれば、足りると解している。
特に特定の取引行為に関連して印を交付することは、なんらかの代理権を授与する行為である。

<結論>上の二つの例においては本条適用の基礎となる。

2)表見法理説

- a)基本代理権説²⁰ 厳格に基本代理権が必要である。

理由 代理行為者を通じて、自己の私法上の法律関係の新たな形成を行うための表示を為す意識が本人ないから。

<結論>上の二つの例においては、本条適用の基礎とならない。

- (7)印鑑証明書下付申請⇒自己の法律関係形成を実現していないし、自己の法律関係が新たに形成されることを具体的に認識しているわけでもない。

- (4)登記申請行為の委任⇒私法上の契約を履行するためになされるものであっても、既に形成された法律関係を実現するものにすぎず、新たに法律関係を形成するためのものでない。

- b)基本権限説²¹ 代理行為者に濫用されるおそれのある権限を付与した場合には 110 条が成立する。公法上の行為の代行権限であってもそうした濫用の恐れがある限り、110 条の権限として認められる。

<結論>上の二つの例は前者においては濫用のおそれが比較的小さいから 110 条の成立が否定されているものの、後者においては濫用のおそれが大きいので肯定したものとして判例の結論も認めることができる。

(3)法定代理権

表見代理は無権代理であっても、一定の要件のもとで本人に有権代理と同様の責任を課すための制度である。こうした制度を法定代理にも適用してよいか??

<総論>

- (A)判例 法定代理人が越権代理行為をした場合にも、法定代理権を基本権限として 110 条の成立を認めている²²。

(B)学説

- 1)取引安全説 静的安全と動的安全の調整から法定代理にも 110 条を適用することができるか考慮していく。

- a)適用肯定説 法定代理人が越権代理した場合にも、法定代理権を基本権限として、110 条の成立を認めてよいとする。

19 我妻 368 頁 但し、夫が入監中に妻が事実上印を占有する事実があっても、夫が妻に代理権が授与されたと見るべきではない(大判大正 7 年 4 月 13 日民録 24 輯 681 頁)、単に戸籍役場に死亡届を出すことを委託して印を交付することには代理権の授与は見られない(大判昭和 7 年 11 月 25 日新聞 3499 号 8 頁)としている。

20 佐久間 II 224 頁

21 四宮=能見 348 頁等

22 最判平成 4 年 12 月 10 日民集 46 卷 9 号 2727 頁

理由 ①110条の文言 110条は本人の帰責事由として何らかの「権限」を付与することを前提としているが、その本質は「権限の踰越」であるから。

②取引安全の重視 表見代理は、取引安全を確保するために、外観に対する相手方の正当な信頼を保護する制度である。従って、法定代理権は本人が与えたものでないとしても、外観に対する正当な信頼があれば、表見代理の成立を認めるべきである。

2)表見法理説 本人の代理権授与表示があり、それが法的に意味のあるものといえるかどうか問題となる²³。

a)適用肯定説²⁴ 法定代理人が越権代理した場合にも、法定代理権を基本権限として、110条の成立を認めてよいとする。

理由 上の①に同じ

b)適用否定説²⁵ 法定代理人が越権行為をした場合には、110条を適用できないとする。

理由 表見代理制度の趣旨を表見法理に求める以上、本人に何ら帰責の要素のない法定代理の場合には、110条を適用することはできない。

(4)109条,112条において成立した権限(いわゆる重畳適用の問題)

109,112条において成立した権限に対しても、110条の表見代理は成立しうるのか。

(A)判例²⁶ 共に110条への適用を認めている。

(B)学説 学説も一様に認めているとみられる。

特に110条と112条の適用に関しては以下の通り述べられている。

相手方が110条の適用を認めても、本人は基本代理権の消滅を理由にそれを否定できるかのように見える。しかし、相手方が基本代理権の消滅につき善意である場合においては、112条本文により、本人はその消滅を相手方に対抗することはできない。その結果として、相手方に代理権ありと信じる正当な理由があるならば、本人の表見代理責任が認められることになる²⁷。

2. 踰越

(1) 踰越の程度

110条の表見代理が成立するには、以上で述べた権限を超える行為が必要である。その際、踰越の程度を斟酌するかどうかについて、争いがある。

1)取引安全説

a)踰越度斟酌否定説²⁸ 踰越の程度は問わない。つまり、与えられた権限と実際になされた行為との間に同種性・同質性が存在する必要はない。

²³ 佐久間Ⅱ254頁

²⁴ 近江271頁

²⁵ 内田190頁,四宮263頁

²⁶ 109条のケース:最判昭和45年7月28日民集24巻7号1203頁 112条のケース:大判昭和19年12月22日民集23巻626頁 最判昭和32年11月29日12号民集1994頁

²⁷ 佐久間Ⅰ272頁

²⁸ 大判昭和5年2月12日。我妻369頁、佐久間Ⅱ232頁

2)表見法理説

- a)踰越度斟酌否定説²⁹ 踰越の程度は問わない。つまり、与えられた権限と実際になされた行為との間に同種性・同質性が存在する必要はない。
- b)踰越度斟酌肯定説³⁰ 踰越の程度は「正当な理由」の中で斟酌すべきである。
- <前提> 正当な理由の中で、本人側の事情も考慮するという見解を前提とする。

(2)代理権濫用

客観的には代理権の範囲内にあるけれども、それを本人の利益のためではなく、自己または第三者の利益をはかるために悪用する行為を、代理権の濫用という。

1)代理権濫用と代理権踰越の区別

代理権の濫用と代理権の踰越を区別するかどうかについては、争いがある。

問題は、代理権の範囲をどのような基準によって画するかである。

(A)区別否定説³¹

- (7)両者の区別 代理権の濫用も、代理権の踰越であるとする。これによると、代理権の濫用は、無権代理として扱われることになる。
- (4)代理権の範囲「本人の利益のために代理行為をする」権限＝代理権 という考え方を前提とする。
- (7)法律構成 相手方の保護は、代理権踰越による表見代理に関する 110 条による。

(B)区別肯定説 (判例・通説)

- (7)両者の区別 代理権の濫用は、代理権の踰越とは異なるとする。これによると、代理権の濫用はあくまでも有権代理であり、原則として本人にその効果が帰属することになる。
- (4)代理権の範囲 代理権の範囲は客観的に決めるべきであり、本人の利益のために代理行為をするという代理人の義務は、あくまで本人と代理人の間の内部的な義務にすぎないという考え方を前提とする。

- 理由** ①代理権の範囲を主観的に決めると、円滑な代理取引が害されるおそれがある。
- ②本人も、自ら認めた行為が客観的に行われている場合、責任を問われてもやむをえない。

(7)法律構成

この場合、背信行為をされた本人をどのように保護するかが問題となる。

a)心裡留保類推説 (判例³²)

代理権の濫用について、心裡留保に関する 93 条但書を類推適用すべきであるとする。実質的に考えれば、この場合の代理人は、本当は自己又は他人の利益をはかるつもりで、本人のためにすることを表示しているのであり、そこに心裡留保に類似した状況をみてとることができる。

29 近江 268 頁

30 四宮 262 頁・266 頁以下、内田 185 頁・187 頁・194 頁

31 川島 380 頁等

32 最判昭和 42 年 4 月 20 日民集 21 卷 3 号 697 頁等

b)信義則説 代理権の濫用について、相手方に悪意又は重過失がある場合には、そのような相手方が代理行為の効果が本人に帰属すると主張するのは、信義則に反し許されないとする。

2)法定代理における代理権濫用

CASE 未成年者 X は父親の死亡により土地甲を相続した。その後、X の母親 A は亡夫の弟 S に頼まれ、S が Y 銀行から借金をする際に X を代理して甲に抵当権を設定した。後に成人した X は、このような抵当権の設定は無効だとして、登記の抹消を求めた。

法定代理の代理権濫用も、任意代理の場合と区別せず扱ってよいかが問題となる。

a)心裡留保類推説（判例³³）

判例は、法定代理にも 93 条但書が類推されるとしている。その上で、この種のケースで代理権濫用が認められる場合を「親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情」がある場合に限定している。

これは、法定代理の場合、法定代理人の裁量の余地を広く認めることが、むしろ制限行為能力者の保護に役立つと考えられるためである。

b)信義則説

本来は、相手方に悪意又は重過失があれば、本人が免責される。

しかし、法定代理の場合は、相手方に過失があれば、本人の免責を認めてよいとする見解もある³⁴。法定代理の場合の本人は、自ら代理人を選んでいるわけではない以上、その背信行為のリスクを負担するのが原則であるとはいえないためである。

2 正当理由要件

「第三者」が代理権の存在を信じ、かつ、そう信じることにつき「正当な理由」があることが必要である。

1. 110 条の「第三者」の意義

110 条の「第三者」は、無権代理行為の直接の相手方に限られるか、その転得者まで含まれるかについて、争いがある。

(1)限定説（判例³⁵） 110 条の第三者は、無権代理行為の直接の相手方に限られるとする。

理由 表見代理制度とは、代理権がないのにあるかのような外観を信じた者を保護する制度。このような外観に対面しているのは、直接の相手方である。

<転得者の扱い>

(ア)直接の相手方が悪意または有過失の場合

表見代理は不成立となり、転得者は 94 条 2 項類推適用により保護される可能性。

(イ)直接の相手方が善意無過失の場合

表見代理が成立し、転得者は直接の相手方との契約に基づき権利を取得する。

³³ 最判平成 4 年 12 月 10 日民集 46 卷 9 号 2727 頁

³⁴ 四宮 240 頁以下

³⁵ 最判昭和 36 年 12 月 12 日民集 15 卷 11 号 2756 頁。我妻 370 頁、川井 310 頁、佐久間 II 252 頁以下等

(2)非限定説 直接の相手方に限らず、その他の第三者も 110 条の第三者に含めてよいとする。

理由 110 条は取引安全のための規定である。

<転得者の扱い>

直接の相手方に表見代理が成立しなくても、転得者について要件を満たすかどうかを判断すればよい。

2. 正当理由要件

正当な理由の内容について、相手方の善意無過失であるとする説(善意無過失説)と、双方の事情を総合的に判断すべきであるとする説(総合判断説)が対立している。そして、この対立は、基本代理権要件の解釈と密接に関連する。

以下では、判例の立場を示した後、学説を基本代理権要件の対立に即して説明する。

(1)判例の立場

a)善意無過失説

判例は、正当な理由を相手方が代理権の存在を信じたことについての無過失と理解する³⁶

正当な理由＝善意無過失の判断方法

(ア)原則 代理行為者に代理権の存在を推測させる徴憑があれば、原則として正当な理由の存在が肯定される³⁷。

(イ)例外 そのような場合でも、代理権の存在を疑わせる客観的事情(不審事由)があるときには、正当な理由の存在が否定される場合がある。不審事由があると、相手方は、代理権の存否について適当な調査確認すべきであり、それを怠れば正当な理由がないとされる。

(ウ)不審事由の例 ①資格徴憑上に不自然な点がある場合³⁸

②取引の経緯に不自然な点がある場合³⁹

③法律行為の内容に疑念事由がある場合(利益相反取引、本人の不利益負担)⁴⁰

④本人と自称代理人との間に一定の人的関係がある場合⁴¹

(エ)調査確認の程度 相手方に要求される調査確認義務の程度は、取引の異常性の程度、調査の難易度および相手方の属性等個別の事情のもとで確定される⁴²。

(オ)調査確認義務構成への批判⁴³

①本人に調査確認する義務があるとされ、それを尽くさなければ保護されないとすれば、代理人を直接の相手として取引する可能性を認めた代理制度の意味がなくなる。

②徴憑に疑わしい点があるという事情は、端的に、相手方の保護が否定される一要素とすれば足りる。

³⁶ 最判昭和 35 年 12 月 27 日民集 14 卷 14 号 3234 頁等

³⁷ 最判昭和 51 年 6 月 25 日民集 30 卷 6 号 665 頁等

³⁸ 東京地判昭和 42 年 2 月 18 日金法 474 号 26 頁(委任状に押捺された印が三文判である場合)等

³⁹ 最判昭和 42 年 11 月 30 日民集 21 卷 9 号 2497 頁(相手方による本人への接触・代理権の確認を妨げるなど、不審な行動をとった場合)等

⁴⁰ 最判昭和 41 年 10 月 11 日金法 460 号 7 頁(代理行為者の債務につき、本人が連帯保証する旨の代理行為が行われた場合)等

⁴¹ 最判昭和 27 年 1 月 29 日民集 6 卷 1 号 49 頁(妻が夫の実印を保管していた場合)等

⁴² 一般に、調査確認義務の程度は、金融機関などの専門業者の方が一般人よりも高いと考えられている(東京地判昭和 56 年 11 月 26 日判タ 462 号 119 頁)

⁴³ 山本 368 頁以下、佐久間Ⅱ 232 頁以下

b)総合判断説??

判例の判断方法では、不審事由の認定や調査義務の程度を操作することで、正当な理由の存否、ひいては表見代理の成否について、柔軟に判断することは可能である。そのため、正当な理由は、事実上、当該事案において表見代理の成立を認めるべきか否かの総合判断の場になっている(つまり、表見代理の成立を認めるべきと考えられるときには正当理由ありとされ、認めるべきでないときは正当理由なしとされる)と指摘されている⁴⁴。

(2)学説の立場

1)取引安全説

(A)基本代理権説

a)善意無過失説(鳩山、我妻⁴⁵)

「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がもっともだと思われることである」

理由 ①動的利益の優先を実現するには、本人に過失や与因のあることを110条の要件とするべきではない。

②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、本人側の事情を考慮すべきでない。

<110条の要件構造> 基本代理権＝本人の静的安全を保障する最小限の要件、
正当理由＝相手方の保護要件 という二要件構造

←**批判**：①本人を保護すべき事情が十分に考慮されず、本人に過酷な責任を負わせることになりかねない。

②正当理由要件ではより柔軟な利益考量をすべき。

2)表見法理説

(A)基本代理権説

a)善意無過失説(佐久間⁴⁶)

「正当な理由とは諸般の事情から客観的に解釈して、相手方が代理権ありと信じるのがもっともであること」

理由 ①110条における正当な理由とは代理権授与表示の成立には、相手方がいかなる要件を充たしていなければならないかの問題である。

②ここでは、当該行為は本人・代理人間で代理行為者に授与されていた代理権に覆われている、という相手方による意味付与が正当理由を有するか否かを、判断すべきことになる→相手方の信頼が正当であれば、代理人の容態を媒介として行われた代理権授与表示の表示価値が認められる。本人の主観的帰責要件が充たされ、代理行為者に代理権ありとの表示価値を持つ容態があれば、代理権授与表示が存在し、110条の表見代理が成立する。

<110条の要件構造>

基本代理権＝本人帰責要件、正当理由＝相手方保護要件 という二要件構造

⁴⁴ 佐久間Ⅱ178頁、内田196頁、四宮262頁。なお、このような判例の理解に対して、佐久間Ⅰ268頁は、本人側の事情を考慮して表見代理の成立を否定するために過失を認定された相手方は、117条の無権代理人の責任すら追及できないことになりかねない、と指摘する。

⁴⁵ 鳩山「判批」法協34巻1号107頁以下、我妻372頁

⁴⁶ 佐久間Ⅱ226頁以下

(B)基本権限説

a)総合判断説 正当な理由を相手方の善意無過失に限定せず、本人側の事情もふくめて考える見解⁴⁷

- 理由** ①本人が権限を付与したことは、表見法理における帰責性が認められるための前提にすぎない。したがって、本人に最終的な責任を課すに足りるだけの帰責性があるかどうかは、正当な理由の中で判断するしかない⁴⁸。
- ②「基本代理権」要件で考慮されない本人側の事情も考慮して、表見代理成立の可否を決めるべきである。

<110条の要件構造>

「基本代理権」＝基本権限、正当理由＝総合判断要件という二要件構造

←**批判**：本人の利益保護の確実な保障が弱い⁴⁹。

※本人側の事情の例⁵⁰

以下のような事情が相手方から客観的に看取できない場合に、善意無過失説との違いが生じることになる。

①外観作出に対する本人の関与／②基本権限からの逸脱の程度／③本人の不利益

III. 効果

1 本人への効果帰属

表見代理が成立する場合には、本人は、相手方に対し、有権代理の場合と同様の責任を負う。つまり、無権代理人がした代理行為の効果が本人に帰属する。

2 無権代理と表見代理の関係

表見代理が成立する場合に、当事者に無権代理に基づく効果、すなわち、本人による追認（116条）、相手方による取消権（115条）と無権代理人の責任の追及（117条）が認められるかどうかについては、争いがある。

1. 選択可能説（判例⁵¹） 表見代理も無権代理であることに変わりはないため、表見代理が成立する場合でも、当事者は無権代理の効果を主張できるとする。

理由 相手方の選択可能性、本人の追認可能性を認めるべき。

2. 表見代理優先説⁵² 表見代理が成立する場合は、無権代理の効果を主張できないとする。無権代理人の責任は表見代理が成立しない場合の補充的な責任となる。

理由 ①有権代理と効果同様であるべき。

②相手方ももともと本人との取引を意図していたはず。

⁴⁷ 内田 196 頁以下、四宮 262 頁以下、近江 268 頁以下等。

⁴⁸ 山本 369 頁。

⁴⁹ 川井Ⅱ 181 頁。

⁵⁰ 山本 369 頁。

⁵¹ 最判昭和 33 年 6 月 17 日民集 12 卷 10 号 1532 頁、最判昭和 62 年 7 月 7 日民集 41 卷 5 号 1133 頁 幾代 402 頁以下、内田 166 頁以下・202 頁。四宮 270 頁、近江 260 頁、川井 333 頁以下等は、裁判上一方が確定すれば、他方はもはや認められなくなるとする。

⁵² 我妻 381 頁、川島 401 頁等

<参考文献>

- ・幾代 幾代通『民法総則』〔第2版〕青林書院新社 1984
- ・内田 内田貴『民法Ⅰ 総則・物権総論』〔第3版〕東京大学出版会 2005
- ・近江 近江幸治『民法講義Ⅰ 民法総則』〔第5版〕成文堂 2005
- ・佐久間Ⅰ 佐久間毅『民法の基礎Ⅰ 総則』〔第2版〕有斐閣 2005
- ・佐久間Ⅱ 佐久間毅『代理取引の保護法理』有斐閣 2001
- ・川井Ⅰ 川井健『民法総論Ⅰ（民法総則）』〔第2版〕有斐閣 2000
- ・川井Ⅱ 川井健「基本代理権の存否と一一〇条の表見代理」柚木馨ほか編『判例演習民法総則』
1963
- ・川島 川島武宜『民法総則』有斐閣 1965
- ・四宮 四宮和夫『民法総則』〔第4版〕弘文堂 1986
- ・四宮=能見 四宮和夫 能見善久『民法総則』〔第7版〕弘文堂 2005
- ・鳩山 鳩山秀夫「判批」法協 34 卷 1 号 1916
- ・林 林良平編『注解判例民法 民法総則』青林書院 1994
- ・星野 星野英一『民法概論Ⅰ』良書普及会 1971
- ・山本 山本敬三『民法講義Ⅰ 総則』〔第2版〕有斐閣 2005
- ・我妻 我妻栄『民法講義Ⅰ』岩波書店 1965