

第11問

Xは、友人AのBに対する債務を担保するため、Bとの間で、自己所有の甲土地に抵当権を設定する契約を締結するとともに、Bに対して、抵当権設定登記手続を行う代理権を授与した。ところが、金銭的に困窮していたBは、上記代理権があることを悪用して、Xのためにすることを示して、甲土地をYに3000万円で売却し、登記名義をYに移転してしまった（以下「本件売買契約」という。）。その際、Yは、本件売買契約を締結することの代理権がBにあると信じていた。

本件売買契約を締結するに当たり、Bは、Yに対し、Xの実印、印鑑登録証明書、本件売買契約を締結することについての委任状（以下「本件委任状」という。）を示した。なお、本件委任状は、BがXから受け取った抵当権設定登記手続を行うことについての委任状の委任事項欄を改ざんしたものであったが、改ざんの跡のようなものが分かるものであった。また、YがBとXの関係について確認したところ、Bは自身に債務を負うAから紹介を受けたと答えた。Yは、Xの意思を確認するため、本件委任状に記載された電話番号に架電し、受話者から売買の意思を確認したが、それはBが用意した別の人物で、Xではなかった。なお、当該電話番号部分は、改ざんの跡のようなものが全くなかった。

Xは、Yに対して、どのような請求をすることができるかについて論じなさい。また、本件売買契約が締結されるより前に、XがBに対し抵当権設定登記手続を行う代理をしないよう申し入れ、Bも了承していた場合はどうか。なお、Yは当該事情を知らず、そのことについて過失もなかった。

第1 設問前段

※ 最判昭46.6.3、最判昭51.6.25【百選I 29】を素材とする問題である。

所有権（206）に基づく妨害排除請求権、有権代理（99 I）、表見代理（110）の要件を前提に、基本代理権と公法上の代理権、「正当な理由」（110）の意義を問う問題である。

XはYに対し所有権に基づく妨害排除請求権を根拠にY名義の所有権移転登記抹消登記手続を請求すると考えられるだろう。なぜなら、本件売買契約の効果がXに帰属しない場合、X Y間に契約関係がないからである。したがって、その要件を検討すればよい。なお、所有権に基づく返還請求権を根拠とする甲土地明渡請求も考えられるが、Yの甲土地占有が問題文からはっきりしないため、解答例では指摘していない。

上記要件のうち、所有に関して、本問では有権代理や追認（113 I）は認められず効果帰属しないのが原則である。当該部分の指摘は簡潔でよいだろう。解答例もそのように構成している。

そこで、表見代理による効果帰属の要件を検討すればよい。

上記要件のうち、「代理人」（基本代理権の存在）に関して、抵当権設定登記手続を行う旨の代理権が問題となる（**論点** 基本代理権と公法上の代理権）。上記前者の素材判例は、「単なる公法上の行為についての代理権は民法110条の規定による表見代理の成立の要件たる基本代理権にあたらないと解すべきであるとしても、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ときは、右規定の適用に関しても、その行為の私法上の作用を看過することはできないのであって、実体上登記義務を負う者がその登記申請行為を他人に委任して実印等をこれに交付したような場合に、その受任者の権限の外観に対する第三者の信頼を保護する必要があることは、委任者が一般の私法上の行為の代理権を与えた場合におけると異なるところがないものといわなければならない。したがって、本人が登記申請行為を他人に委任してこれにその権限を与え、その他人が右権限をこえて第三者との間に行為をした場合において、その登記申請行為が本件のように私法上の契約による義務の履行のためになされるものであるときは、その権限を基本代理権として、右第三者との間の行為につき民法110条を適用し、表見代理の成立を認めることを妨げない」とする。解答例も判例を踏まえたものとなっている。なお、解答例は当該問題を「代理人」に位置付けているが、「権限」に位置付けて構成することも考えられる。

また、「正当な理由がある」（110）も問題となる（**論点** 「正当な理由」（110）の意義）。「正当な理由がある」とは無過失のことをいうとするのが判例であるとされる（最判昭35.12.27）。総合的に判断すべきとの立場もあるが、同立場に立つ場合はなぜ同立場に立つのか説明する必要があるだろう。解答例は、無過失をいうとの立場に立っている。

上記後者の素材判例は、「原審は、他方において、（一）被上告人会社が砂田に対して本件根保証契約の締結を要求したのは、訴外会社との取引開始後日が浅いうえ、訴外会社が代金の決済条件に違約をしたため、取引の継続に不安を感じるに至ったからであること、被上告人

 総合 62頁  論証 30頁

 総合 63頁  論証 31頁

会社は、当初、砂田に対し同人及び同人の実父……に連帯保証をするよう要求したのに、砂田から『父親とは喧嘩をしていて保証人になってくれないが、自分の妻の父親が保証人になる。』との申入れがあって、これを了承した……こと、上告人の代理人として本件根保証契約締結の衝にあたった砂田は右契約によって利益をうけることとなる訴外会社の代表取締役であることなど、被上告人会社にとって本件根保証契約の締結における砂田の行為等について疑問を抱いて然るべき事情を認定し、(二) また、原審認定の事実によると、本件根保証契約については、保証期間も保証限度額も定められておらず、連帯保証人の責任が比較的重いことが推認されるのであるから、上告人みずからが本件約定書に記名押印をするのを現認したわけでもない被上告人会社としては、単に砂田が持参した上告人の印鑑証明書を徴しただけでは、本件約定書が上告人みずからの意思に基づいて作成され、ひいて本件根保証契約の締結が上告人の意思に基づくものであると信ずるには足りない特段の事情があるというべきであって、さらに上告人本人に直接照会するなど可能な手段によってその保証意思の存否を確認すべきであったのであり、かような手段を講ずることなく、たやすく前記のように信じたとしても、いまだ正当理由があるということとはできないといわざるをえない。」

「しかるに、原審は、被上告人会社が金融業者ではないことの故をもって、右のような可能な調査手段を有していたかどうかにかかわらず、民法110条の類推適用による正当理由を肯認できると判断しているのであるが、右の判断は同条の解釈適用を誤」っているとする。なお、現在は印鑑証明から印鑑登録証明へ制度が変わっている。

ここで、過失の有無は、代理権が存在するとの徴憑（実印、印鑑登録証明書、委任状等）があるか、あるとしても代理権の存在を疑う不審事由（委任状に改ざん跡がある等）があるか、代理権の存否の確認・調査義務を怠っていないかによって判断すればよいだろう。解答例もそれに沿って上記後者の素材判例を踏まえつつ構成している。なお、解答例と異なり、確認・調査義務を怠ったとの構成も考えられるだろう。

そして、他の表見代理の要件を全て充足する場合、Xの請求は認められない。

第2 設問後段

設問前段と同じ項目、112条2項の要件を問う問題である。

以前は、代理権の消滅後に範囲外の行為をした場合、従前は110条と112条1項の重量適用により本人への効果帰属が認められていた。その後、法改正により、112条2項が定められた。したがって、同項の要件を検討すればよい。解答例もそれに沿ったものとなっている。

そして、同項の要件を全て充足する場合、Xの請求は認められない。

■ 答案構成

第1 設問前段

- 1 X⇒Y 所有権移転登記抹消登記請求、所有権（206）に基づく妨害排除請求権

↓

2 所有

- (1) 本件売買契約によりXは甲土地所有権失うか

↓

- (2) 有権代理（99 I）認められない、「追認」（113 I）ない

↓

- (3) 表見代理（110）が認められるか

↓

「行為」

↓

抵当権設定登記手続についての代理権を与えられたBは「代理人」に当たるか

↓

「権限外」、「本人のためにすることを示し」、「信」じた

↓

「正当な理由がある」の意義、あてはめ

↓

- (4) Xの甲土地所有認められない

↓

3 X請求認められない

第2 設問後段

- 1 X⇒Y 所有権移転登記抹消登記請求、所有権に基づく妨害排除請求権

↓

2 所有

- (1) 本件売買契約によりXは甲土地所有権失うか

↓

- (2) 有権代理は認められない

↓

- (3) 表見代理（112 II）が認められるか

↓

「行為」、「代理権を与えた」、「本人のためにすることを示し」、「代理権の消滅後」、「知らなかった」、無「過失」、「範囲外」、「信」じた、「正当な理由がある」

↓

- (4) Xの甲土地所有認められない

↓

3 Xの請求認められない

第1 設問前段

1 Xは、Yに対し、所有権（民法（以下、法令名省略。）206条）に基づく妨害排除請求権を根拠に、Y名義の所有権移転登記抹消登記手続を請求することができるか。

2 所有

(1) もともとXが甲土地を所有するところ、Yは、売買（555条）による所有権喪失（176条）を根拠に、Xの甲土地所有が認められないと主張することができるか。

(2) Bが行った本件売買契約は、有権代理（99条1項）を根拠に、Xに効果帰属しない。なぜなら、XはBに対し抵当権設定登記手続を行う代理権を授与したにすぎず、本件売買契約は「権限内」に当たらないからである。なお、「追認」に当たる事実もないから、追認による効果帰属（113条1項）も認められない。

(3) では、表見代理（110条）を根拠に、Xに効果帰属するか。

本件売買契約は「行為」に当たる。

抵当権設定登記手続を行う代理権を授与されたBは「代理人」に当たるか。代理制度の趣旨は、私法関係の変動を企図した本人にのみ法律行為的責任を負わせることにある。したがって、単なる公法上の行為についての代理権を授与された者は「代理人」に当たらないが、特定の私法上の取引行為の一環としてなされる場合は「代理人」に当たると解する。本件では、Xは、Bとの間で甲土地に抵当権を設定する契約を締結するとともに、Bに対して上記代理権を授与した。つまり、

1

当該抵当権設定契約という特定の私法上の取引行為の一環としてなされる場合といえる。したがって、Bは「代理人」に当たる。

本件売買契約は「権限外」に、Xのためにすることを示したことは「本人のためにすることを示し」（99条1項）に、Yが本件売買契約を締結することの代理権がBにあると信じていたことは「信」じた（110条）にそれぞれ当たる。

では、上記代理権があると信じたことに「正当な理由がある」か。

110条の趣旨は、虚偽の外観作出に帰責性ある者に外観どおりの責任を負わせることで、これを信じて取引をした者の保護を図ること（権利外観法理）にある。したがって、「正当な理由がある」とは、無過失をいうと解する。本件では、たしかに、本件売買契約を締結するに当たり、Bは、Yに対し、Xの実印、印鑑登録証明書、委任状を示した。しかし、本件売買契約の金額は3000万円と高額である。また、本件委任状の委任事項欄は改ざんの跡のようなものが分かるものであった。つまり、本件売買契約を締結する代理権の存在について不審事由があるといえる。したがって、Yには代理権の存在を確認・調査すべき義務があるところ、YはXの意思を確認するため本件委任状に記載された電話番号に架電し受話者から売買の意思を確認している。たしかに、受話者はBが用意した別の人物でXではなかったが、電話番号部分に改ざんの跡のようなものが全くなかった以上、受話者をXだと思うのはやむを得ないといえる。したがって、Yは無過失といえるから、上記代理権があると信じたことに「正当な理由がある」。

2

よって、本件売買契約は、表見代理を根拠に、Xに効果帰属する。

(4) Yは上記主張をすることができる。すなわち、Xの甲土地所有は認められない。

3 以上より、Xは、Yに対し、Y名義の所有権移転登記抹消登記手続を請求することができない。

第2 設問後段

1 設問前段と同様に、Xは、Yに対し、Y名義の所有権移転登記抹消登記手続を請求することができるか。

2 所有

(1) 設問前段と同様に、Yは、売買による所有権喪失を根拠に、Xの甲土地所有が認められないと主張することができるか。

(2) Bが行った本件売買契約は、有権代理を根拠に、Xに効果帰属しない。なぜなら、本件売買契約が締結されるより前にXがBに対し抵当権設定登記手続を行う代理をしないよう申し入れ、Bも了承しているため、当該代理権が消滅し（111条2項、651条1項）、Bは「代理人」（99条1項）に当たらないからである。

(3) では、表見代理（112条2項）を根拠に、効果帰属するか。

本件売買契約は「行為」に、抵当権設定登記手続を行う代理権の授与は「代理権を与えた」に、Xのためにすることを示したことは「本人のためにすることを示し」（99条1項）に、上記本件売買契約締結前の代理権の消滅は「代理権の消滅後」（112条1項）に、Yが当該事情を知らなかったことは「知らなかった」に、そのことについて

3

て過失もなかったことは無「過失」に、本件売買契約は「範囲外」（同条2項）に、それぞれ当たる。また、設問前段と同様に、「信」じた、「正当な理由がある」それぞれに当たる。

したがって、本件売買契約は、表見代理を根拠に、Xに効果帰属する。

(4) Yは上記主張をすることができる。すなわち、Xの甲土地所有は認められない。

3 以上より、Xは、Yに対し、Y名義の所有権移転登記抹消登記手続を請求することができない。

以上

4