

民法七六一條と表見代理

小 野 幸 二

一 問題の提起

民法七六一條本文は、「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。本条は、新法が旧法の妻の無能力制度、妻の財産に対する夫の管理権を廃し、夫婦の本質的平等にしたがいほぼ完全な別産制を採用、婚姻生活から生ずる費用も夫婦の分担としたことに対応し、夫婦の双方を相手方と判断しその一方と取引をする第三者を保護するため日常家事の債務を夫婦双方の連帯責任としたものである。しかしこの連帯責任の規定によっても夫婦財産関係の対外的な処理について、なお問題が残る。けだし夫婦の日常家事に関する行為は多様であり、しばしばその範囲を越えてなされるからである。このように夫婦の一方が日常家事の範囲を逸脱して第三者と取引をした場合、他方もまた表見代理の適用によって当該行為につき責任を負うことになるのだろうか、これが本問の課題である。このテーマ自体はさほど重要な問題ではないとの指摘もあるが、日常家事行為の法的性質や日常の家事の範囲などをどう理解するかが、表見代理の成否に微妙に影響して

くると思われるので、以下若干の検討を加える。

二 法定代理権の有無

夫婦の日常家事行為に表見代理が成立するかどうかは、まずその理論的前提として夫婦相互に日常家事代理権が存するか否かが検討されなければならない。

(1) 旧法 家父長的家族制度のもとでは、家政を担当する妻に日常の家事を処理させるため「鍵の権限」(Schlüsselgewalt)を与え、それより生ずる債務につき夫が責任を負うとする必要があった。そこで大陸法系の諸国は妻に日常家事代理権を与えた。ドイツ民法は、「妻は日常家事の範囲内において夫にかわりその事務を処理し、かつ代理する権能を有す」(旧一三五七条)と規定し、スイス民法は、「妻は日常家事行為について、夫とともに夫婦共同体を代表する権能を有する」(二六三条)と定めている。わが旧法は右ドイツ民法にない、「日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス」(八〇四条一項)と定めた。したがって旧法下では妻が夫の代理人であること疑いがなかったが、その性質については見解がわかれ、任意代理説をとる者もあったが、一般には、妻の家事代理権は一種の法定代理権であると解されていた。

(2) 新法 新法は旧法と異なりたんに日常家事債務について夫婦の連帯責任を認めているにすぎない。そこで民法の解釈として夫婦相互に日常家事代理権を認めることができるか否か、学説・判例のわかれるところとなった。

(a) 否定説 学説に、新法が旧法のような日常家事代理権を明定しなかったことから、夫婦間の法定代理権を否定するものがあり、当初これと同じ立場にたつ下級審判例も少なくなかった。薪炭売掛代金約七十万円の債権を目的として

準消費貸借契約を締結した夫が、その際相手に妻の代理人と称し、勝手に妻所有の不動産に抵当権設定契約を結んだ事件において、広島高裁は、「原判決は民法第七百六十一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示しておるけれども、同条は夫婦の一方が日常家事について第三者との間にした法律行為によって生じた債務につき相手方の連帯責任を定めたにとどまり、これを以て夫婦がお互に相手方の法定代理人たる地位をもつことを定めたものと解することはできない」と判示した²⁾。新法下の最初の判例において否定説がうちだされたのであるが、その後の仙台高裁判決も、子供の使込金賠償の担保として妻が無断で夫の印鑑と権利証をもちだし夫名義の不動産所有権を移転したという事件で、「これは(七六一条)、夫婦財産に関する夫婦の独立平等の理念と事実上の夫婦共同体の存在という全く新しい観点から、日常の家事に関する限り夫婦の一方の行為によって生じた債務は法律上当然に他方の連帯責任となることを定めたもので、条文の規定の仕方自体から見ても右責任の根拠を旧法のごとき代理の擬制に求めるものとは解し得られない。すなわち民法第七百六十一条は日常の家事に関しその責任が夫婦の連帯にあることを法定したにとどまり、そのことから夫婦が互に他方の代理人たる地位に立つことまでも定めたものと見るべきではない」と判示し³⁾、右広島高裁と全く同じ立場がとられ、これによって下級審判例はほぼ否定説にかたまつたかにみえた。

(b) 肯定説 しかし形式論に依拠するこのような下級審判例の傾向には学説はこぞって反対する。すなわち夫婦共同体の實際を直視すればおのずと夫婦は互いに他方を代理する権限をもつと解するのである(通説⁴⁾)。もっともこの代理権の性質については、(a) 家族共同生活体のためにする代表権と解したり⁵⁾、(b) 基本的には(a)説に組みながら日常家事に関する夫婦相互の部分的代理権と表現したり⁶⁾、(c) 他人の財産を自分の名で処分し権利義務を本人に帰属させる権限という意味で管理権と解する⁷⁾など多少の差異がみられる。

このような学說的傾向に影響されてか、しだいに家事代理権を肯定する下級審判例が増加してきた。妻が夫の承諾なくして夫の印鑑を盗用し委任状を作成、公正証書によって三万円を借りた事件で、控訴審浦和地裁は、「特に他の一方の授權のない場合にあつても、共同生活を営む夫婦の実情からみて、それぞれ他方の代理権のあるものと解することが夫婦という生活共同体の本質に沿うことであり、この場合特に夫婦の一方が他の一方、すなわち本人の為にすることを顯示する必要はなく、右の限度において夫婦は互に相手方の代理人となるものと解するのが正当である」とし、⁸⁾上告審東京高裁も、「右規定（七六一條）は単に夫婦の他の一方に責任あることだけを定めたものでなく、同時にその連帯責任の生ずべき前提として、夫婦相互に日常の家事に關し自己の法律行為の効果を他の一方に及ぼし得る権限をもつことをも間接に規定しているものと解するのが相当である」、「日常家事の範圍において夫婦の一方がその共同生活の維持のためになした法律行為に基く債務は夫婦共同の債務たる実質をもつものというべく、この範圍において夫婦が相互に他を代理する権限をもつと解することが新法の精神に反するとは考え難い」と判示している。⁹⁾また最近の東京地裁判決に、「民法第七六一條は、直接には夫婦の一方のした法律行為によって生じた債務についての夫婦の責任の面のみについて規定しているが、同條は夫婦の一方が家計のため他の一方の財産を処分したような場合も含むものというべく、そうした場合を考慮すれば、同條は日常の家事に關し必要な限り夫婦の一方が他の一方を代理する権限を有することを前提としたものと解するのが相当である」とするものがある。¹⁰⁾

以上みてきたように、学説および戦後における初期の判決をのぞいた下級審判決は、¹¹⁾ともに夫婦間に代理権の存在を肯定し、夫婦は相互に日常家事に關して一種の代理關係にあることを認めたのであるが、最高裁も昭四四年ついにこの結論を是認する判決を下した。¹²⁾

事案はこうである。X（原告・被控訴人・被上告人）は特有財産として婚姻前買受けた本件土地建物を所有していた。ところがXの夫Aは自己の経営する会社が倒産し多額の借金を負ったので、債権者Yに本件不動産を返済のため売り渡し、かつXからYへの所有権移転登記がなされた。まもなく離婚したXは、Yに本件不動産を売り渡したことはない。右登記は無効であるとして、登記抹消の本訴を提起した。これに対しYは、YはXの代理人としてのAとの間で、YがXから本件不動産を買受ける旨の売買契約をした。かりに右主張が認められないとしても、前記売買契約当時Aは、Xと婚姻関係にあったから民法第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いたものであり、しかもXは、右契約当時自己の印鑑および印鑑証明書をAに交付していたのであるから、同人に対し本件不動産を売却する代理権を与えていないにしても売却をのぞく何らかの処分をする代理権を与えていたものというべきである。さらに登記手続においては、AはXの白紙委任状、本件不動産の権利証、印鑑証明書を交付したのであるから、Yとしては、Aが本件不動産の売却につき代理権を有すると信じたものであり、またそのように信じたことについて正当の理由がある、と主張した。ところが第一審、第二審とも、① XからAに代理権の授与があったとは認められない、② Aが日常家事のため本件売買契約をしたものと信ずるにつき正当の理由があったとはいえないからXの表見代理に関する主張もいられない、として原告勝訴の判決を言渡したので、被告Yはさらに右の二点を争って上告した。

最高裁判所は右第一点、第二点とも原審の判断を支持、家事代理権の存否についてはこれを肯定しつぎのように判示した。

「民法七六一一条は、……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ことも規定しているものと解するのが相当である」

前述のように、家事代理権の存否については学説・判例ともに肯定説・否定説にわかれ意見の一致をみなかったのであるが、本判決は肯定説をとることを明快にうちだし、この問題について一応の終止符をうった。本判決は、さきにもたように、通説的地位にまで高められた学説および最近の下級審判例の大勢にしたがったものと思われる。

民法七六一条は旧法とちがって家事代理権を認める文言を規定していない。しかしこのことから直ちに本条は家事代理権を否定したものと解するわけにはいかない。家事代理権の存否は、否定説のように法文の形式的な面からのみ判断しないで、夫婦共同体の実際に照らし、より実質的に判断しなければならない¹³。もっとも否定説のやや実質的な根拠として「夫婦の独立平等の理念」があげられるが、家族制度の廃止にもなう家庭生活の新理念は家事代理権の否定に直接には結びつかないし、¹⁴より重要なことは新法下でも現に夫婦共同生活が行なわれているということである。婚姻は当然にして夫婦共同体を形成し、そこに夫婦の共同生活がはじまる。この共同生活に必然に要求される日常の家事は夫婦共同体全体の仕事である。たとえ夫婦の一方だけが家事を処理してもそれは夫婦共同体の行為であって行為者だけの行為とはみなされない。取引の相手方もまたそう感じる。それゆえ夫婦の一方の行為については日常の家事に関するかぎり他方も責任を負わねばならない。夫婦の連帯責任の根拠はそこから導かれ、夫婦の一方の行為を代理していると観念されるのである。こうして最高裁判決は支持されねばならないが、肯定説は右本質的理由のほか、実際的理由として夫婦間に代理権を認めた方が一層取引安全の法理に合致すること、夫婦の他方が権利を取得することについての説明が容易になること¹⁵などの点をあげている。

三 表見代理適用の可否

夫婦相互に家事代理権を肯定できるとして、つぎに問題となるのは、この代理権を基礎に民法一一〇条の表見代理を適用できるか否かである。正確にはその前提に、家事代理は法定代理なのか、法定代理と解した場合これに表見代理の適用が可能か、という問題がある。前者について代理権を認めるほとんどの学説が法定代理説であり、¹⁶前記最高裁判決も確かな表現はないが法定代理説をとるものと思われる。後者について判例は、つぎにのべるように古くは動揺したがほぼ肯定に確定し、学説もこれを支持する。¹⁷

(1)旧法 法定代理一般について民法一一〇条を適用すべきか大審院が混迷をつづけていたころでも、¹⁸夫が妻の財産管理権を、また妻が日常家事代理権をそれぞれ踰越してなした行為(旧民法八〇一条・八〇四条)についてはだいたいの適用を認めていた。夫が妻の承諾(旧民法八〇二条)をえないで妻を代理し自分とともに金三〇〇〇〇円の連帯債務者とし、¹⁹そのうえ妻所有の山林を勝手にその担保に供した事件で、大審院は旧民法八〇一条の夫の財産管理権を基礎に²⁰つぎの理由をもって民法一一〇条の適用を認めた。

「妻が財産ヲ有スルトキハ、夫ハ民法第八〇一条ニ依リ妻ノ財産ヲ管理スベキ権利ヲ有スルモノニシテ、此ノ権利ニ基キ管理行為ヲ為ス場合ニ、第三者ニ対スル関係ニ於テハ夫ハ妻ノ為代理人トシテ其ノ行為ヲ為シ得ルモノト解スルヲ相当トス。故ニ妻が財産ヲ有スル以上、夫ハ必ず或範圍ニ於テ妻ノ代理人タル権限ヲ有スルモノト云ハザルベカラズ。本件ニ於テ妻タルXが係争不動産ヲ有シタル事実ハ原判決ノ確定セル所ナレバ、夫タルAハ全然Xノ代理人タル権限ナ

キ者ニハ非ズ。同人ガXノ為借財ヲ為シX所有ノ右不動産ヲ担保ニ供スルニハ民法八〇二条ニ依リXノ承諾ヲ要スルガ故ニ、同人ガXノ承諾ナクシテ其ノ代理人トシテYトノ間ニ為シタル係争消費貸借及抵当権設定契約ハ固ヨリ同人ノ代理権ノ範囲外ノ行為ナリト雖、若シ、Yニ於テ其ノ権能限アリト信ズベキ正当ノ理由ヲ有セシ場合ニハ、民法第一一〇条ニ依リXハ右契約ニ付其ノ責ニ任ズベキヤ当然ナリ」

旧民法八〇二条は、「夫ガ妻ノ為ニ借財ヲ為シ、妻ノ財産ヲ讓渡シ、之ヲ担保ニ供シ又ハ第六百二条ノ期間ヲ超エテ其債貸ヲ為スニハ妻ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス」と定めていたが、この規定を根拠に右判決に反対する学説があった。本条は、夫の代理権は妻の財産管理にかぎられるべきこと、夫の代理権の濫用から妻を保護するため妻の財産管理に伴う夫の代理権は借財行為および財産処分についてはおよばないことなどをとくに明言したものであるが、もしこの場合表見代理の法理を適用するとすれば右の立体趣旨が全く没却される、というのがその理由であったが、多くの学説は民法一〇条の正当事由を妻の利益に判断することによって本条の立法趣旨はいかされるとして右判決に賛成した。²¹

日常家事代理権の踰越については、大審院は、妻として夫の家政をきりまわし、また夫の選挙運動費などの調達に従事していた妻と夫の秘書が夫の実印を濫用して夫に無断で一三、〇〇〇円の消費貸借を夫名義で締結、その弁済に充当するため夫所有の不動産を貸主に売却、移転登記を完了した事件で、「上告人主張ノ如ク、本件売買契約締結当時被告人ノ妻トシテ日常家事ノ代理権ヲ有セシモノトセハ、本件売買契約ハ其ノ権限踰越ノ行為ナリトスベク、從テ上告人ニ於テ(妻A)ニ本件売買契約締結ニ付テノ代理権アリト信スベキ正当ノ理由存シタリトセハ、被上告人ハ民法第一百十條ニ依リ該契約当事者トシテノ責ニ任スベキハ言ヲ俊タサル所ナリ。然ラバ則チ、原審ハAガ前出二個ノ消費貸借締結ニ付テノ代理権ヲ有シタリトノコトヲ否定シタルノミヲ以テ足レリトスベキニ非ズ。須ラク進ンデ前叙妻トシテノ代理権ノ有無

ヲ判断シ、若シ、之ヲ肯定スルニ於テハ更ニ進ンデ、前叙正当ノ理由ノ存否ノ判断ニ及ビ、之ヲ否定シタル後ニシテ始メテ上告ノ前掲抗弁ヲ排斥シ得ベク此ノ審理ト判断トヲ尽サズシテ輒スク之ヲ排斥シ得ベキモノニ非ズ」と判示し、妻Aに表見代理の法理を適用する要件としての基本代理権がないとの理由で、被告Yの抗弁をしりぞけた原判決を破毀差戻した。²³その後大審院は、妻が夫に無断で夫の代理人と称して第三者と消費貸借契約を締結した事件や妻が留守中必要に応じ使用を許されていた夫名義の貯金通帳を担保に日常の家事に属さない多額の借金をした事件で、²⁴それぞれ民法一〇条の表見代理の適用を肯定した。

かくて昭和一七年ついに大審院は民事連合部判決をもって、法定代理一般についても民法一〇条を適用する旨宣言するにいたった。²⁵

(2) 新法

(a) 一一〇条適用否定説 新法施行時の下級審判例には民法一一〇条の適用を否定するものが多い。前掲広島高裁、²⁷仙台高裁²⁸はそれぞれ、「(夫)に控訴人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被控訴人の表見代理の主張は、その余の点につき判断を加へるまでもなく失当であること明らかである」、「それなら(妻)になんらかの委任代理権ないし民法第七百六十一条による代理権のあることを前提とする右表見代理の主張は他の点の判断を俊つまでもなく失当である」と判示し、夫婦相互に表見代理の基礎となる代理権が存在しないから表見代理の適用は認められないと結論している。

学説にも、「夫の権威に服従する因習のなお強い今日の妻の地位を考えると夫によって妻の実印が悪用される可能性が可なり多いと思われるので、妻を保護するためには、表見代理をできるだけ否定する理論が望まし(い)」とする見解

がある²⁹。夫婦の一方がみずから保管する実印を他方が勝手に持ち出し盗用したような場合には、盗まれるような保管の仕方をしたところに表見代理を認める根拠を求めえないこともないが、あまり本人に苛酷にすぎるので、この場合には相手方を犠牲にして本人を保護してはどうか、というのがその理由である。要するに否定説は、日常家事の範囲をこえた行為について表見代理を認めれば、夫婦の一方が恣意に他方の財産を処分したり、他方名義の借財をすることを許すことになり、それが民法の夫婦の独立平等の理念に背反することを指摘するのである³⁰。

(b) 一一〇条適用肯定説 右の判例と異なり学説の多くは一一〇条の適用を肯定している。その論理は、日常家事行為について夫婦相互に代理権が認められ、法定代理一般に一一〇条が適用されるとするならば、法定代理権である家事代理権にも当然一一〇条が適用されるべきであるというのである。結局この説は、代理権の存在と表見代理の適用を不可分に考え夫婦の一方と取引した第三者を保護しようとするのである³¹が、すでにみたように旧法下においてもこのような考え方が通説・判例であった。ここにおいて、一一〇条を無制限に適用する下級審判例が現われた。すなわち、函館地裁は、妻と妻の父の兩名義人の手形振出を差止められていた夫が、以前兩名義人を代理して有効な手形を振出したことのある同じ町内の同業者に対し兩名を代理して約束手形を振出した事件で、「兩名に対する関係において、基本代理権が存するものといえるか否かは疑問の余地はあるが、民法七六一一条は夫婦はそれぞれ家政の代表者たることを規定し、その効果として相互の連帯責任を定めたものであって、それに対しても民法一一〇条の適用があるものとなす」と判示し³²、前掲浦和地裁は、さらに明確に「(妻)の日常家事代理権を以て表見代理の基本代理権と解することができる」と断定し、つづいて「控訴人が右(妻)に、本件消費貸借について被控訴人(夫)の代理権があったと信ずるについては、正当な理由がある」と認定している。

このように代理権の肯定、すなわち表見代理の適用という無制限説に対し妻の保護という立場から批判的見解があったことはさきに述べたとおりであるが、さらにつきのような見解が登場した。³⁴⁾

(c) 類推適用説 この説は、日常の家事の範囲は外部から正確に判断することは困難であり、内部的事情にしたがつ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から、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だけ第三者は保護される、と解する。³⁵⁾ すなわち、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、というのである。³⁶⁾

最近はこの見解を支持する学説が増加しつつあり、この説にしたがつた下級審判決もでてきた。すなわち前掲浦和地裁判決の上告審である東京地裁判決は、結論において原審を維持しながらも、表見代理の規定の適用範囲について差異を生ずることを指摘し、つぎのように判示している。³⁸⁾「もっとも所論の新法の精神殊に夫婦の財産的独立の尊重という点は表見法理を適用するにあたり考慮して然るべきことであり、また日常家事に関する前記権限の範囲は一応抽象的に定まっております、第三者に公知せしめられているともいい得るのであるから、第三者において日常家事の範囲に属すると信ずるにつき正当の理由あるときに限り右権限を基礎にして表見法理を適用するのが、当事者の利益の調和からも前記新法の趣旨からしても相当であると解される」。本判決は表見代理の規定を無制限に適用する従来の判例に変更を加え、これを制限的に解することによって当事者の利益を調整せんとするものであるが、つぎの東京地裁判決も全く同様の立場をとっている。会社の代表取締役である夫が、妻の代理権授与なきにかかわらず、妻の代理人の資格で連帯債務を負担

し根抵当権設定契約などを締結した事件で、結局は相手方の善意無過失を認めないで表見代理を否定したが、その成否については以下のように判示している。「民法第七六一条は、日常の家事に關し夫妻は各自管理権をもつことを前提としたものと解するのが相当であり、この場合表見代理の適用を認めて然るべきものと考えるところで日常家事に關する管理権の範囲は明確に限定されており、何が権限外の行為であるかは客觀的に明瞭であるのだから、それが第三者からみて明瞭でないのを通例とする任意代理について表見代理を認める必要があるのとは、その事情を異にしている。さよ
うな点等を考慮に入れるときは、第三者が日常家事の範囲に属すると信じるにつき正当の理由がある場合にかぎり、み
ぎの管理権を基礎として表見代理を認めるのが正当であるといえよう」。

以上のような学説・判例の変遷・対立のなかで、かねてより最高裁の判断がまたれたところであるが、昭和四四年一月一八日の前記最高裁判決⁴⁰は最近の有力説および下級審判例の動向にしたがい一一〇条類推適用説をとることを明らかにした。すなわち、民法七六一条と表見代理との關係について、つぎのように判示している。

「民法七六一条にいう日常の家事に關する法律行為とは、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、問題になる具体的法律行為が当該夫婦の日常の家事に關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關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、さらに客觀的に、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。しかしながら、その反面、夫婦の一方が右のような日常の家事に關する

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、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。」

四 若干の検討

本問の解決は、夫婦の固有財産の保護と取引の相手方の保護をいかに調和させるかにかかっている。しかるとき、適用否定説はその依拠する形式論は別としても、取引の相手方すなわち第三者の保護に欠けるきらいがある。問題は適用肯定説と類推適用説である。両説の基本的な差は、適用肯定説が家事代理権を基礎にして無制限に一一〇条の表見代理の成立を認めるのに対し、類推適用説は一定の「わく」内でしかこれを認めない点にある。すなわち後説は、第三者がその行為について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場合にのみ一一〇条の趣旨を類推適用しようとするものである。この相違は具体的には夫婦の一方が日常の家事の範囲を逸脱してなした行為にどの程度まで表見代理の適用が可能か、という点で少なくとも理論的には大きなちがいがでてくる。適用肯定説によれば、第三者が当該行為について、たとえ代理権の授与がない場合でもそれがあったと信ずべき正当の理由を有すれば、七六一条の家事代理権が一一〇条の基本代理権となって表見代理が成立することとなる。つまりここでは表見代理の成立につき何ら「日常の家事」の

制限をうけないのである。これに対し類推適用説によれば、代理権の授与があった場合にのみそれを基礎に一一〇条の規定が適用され、授権のない家事逸脱行為についてはたとえ第三者が特別の代理権があったとしてもこれに表見代理は成立しない。⁴²ただこの場合第三者が当該行為を日常の家事の範囲内と信じていたとすれば、この場合にかぎって一一〇条の趣旨が類推されることとなる。つまりここでは表見代理の成立につき「日常の家事」の制限をうけるのである。

思うに、適用肯定説によるときは、あまりにも表見代理の適用範囲が広がりすぎ、夫婦の固有財産の保護という観点からみて適当でない。⁴³したがって基本的には類推適用説を妥当としなければならないが、ただ類推適用説に立つとしても従来の判例のように日常の家事の範囲を狭く解釈しては、結局は適用否定説と同じ批判をうけることとなる。そこで我妻説は日常の家事の範囲を広く解し、日常の家事とは、夫婦の共同生活に通常必要とされる一切の事項と定義し、一般に家政の処理と認められる範囲を逸脱した場合でもそれが共同生活にとくに必要なものであれば既存の財産の処分や借財などによる資金調達も日常の家事に含まれると解する。⁴⁴この解釈によって適用否定説に加えられる批判は一応免れるが、右のように日常の家事の範囲をあまり広く解しては、こんどは反対に適用肯定説と同じ批判をうけることとなる。⁴⁵

そもそも従来の判例は行為を抽象的に判断しその範囲を狭く解したのであった。日常の家事か否かは、夫婦の共同生活の内部事情や行為の目的のみならず行為の種類・性質などを考慮して客観的に判断しなければならない。しかるとき従来の判例よりはやや広く、⁴⁶しかし我妻説よりは狭く解するのが妥当のように思われる。⁴⁷たとえば不動産の担保提供や売却行為を一般的に日常の家事とみるのは広すぎるが、一切日常の家事にあたらなないと考えるのもまた狭すぎる。前述のように、夫婦の共同生活の内部事情や行為の目的などから判断して、これらの行為が夫婦の共同生活を維持するにつ

いて、必要かつやむを得ない場合には、ごくかぎられた範囲で日常家事性を帯びると考える⁴⁸。すなわち、夫婦の固有財産はこの限度で第三者の利益と調整されることとなるのである。

以上一応の結論を導いたのであるが、仔細に考察すればこのような理論構成に全く疑問がないわけではない。ただし、夫婦間ではなんらかの代理権が授与されればその代理権を基礎に一一〇条を適用できるのであるが、従来の判例はこのような任意代理の問題と思われるものまで家事代理権の越権行為として処理してきたきらいがあり、もし夫婦間の無権代理行為がほとんど任意代理の領域で解消できるとすればこれまで述べてきたいわゆる民法七六一条の日常家事代理権が民法一一〇条の基本代理権となりうるか、という問題は完全に意味を失ってしまうことになるからである⁴⁹。もしそうだとすれば、問題の重点は、もっぱら表見代理の要件である「正当理由」の有無の実質的判断に転換されることになる。この見解が適切かどうかは、いま少し判例の総合的研究を必要とするが、本稿ではその余裕がなかったので一応通説・判例の理解にしたがっておいた。ともあれ、類推適用説によるときは、「日常の家事の範囲内と信ずるにつき、正当の理由があるとき」とは、いかなる場合か、その判断基準の設定が最大の課題となるのであるが、今後における学説・判例の発展を期待してこの小論稿を終りとしたい。

- (1) 島津一郎・親族法一〇二頁。青山道夫・家族法論一〇四頁、国府剛「民法第七六一条と表見代理」同志社法学八二号六九頁、沼正也「民法第七六一条と夫婦相互の法定代理権の有無」法学新法五九卷一〇号五二頁。疑問とするものに、人見康子「日常家事行為をめぐる一考察」法学研究四五卷七号四六頁。

- (2) 広島高裁判決、昭和二六年三月五日、高裁民集四卷七号二二二頁。

- (3) 仙台高裁判決、昭和三二年四月一五日、高裁民集一〇卷五三二頁。
- (4) 注(5)に掲げるもののほか、幾代通・民法総則三九二頁、椿寿夫・注釈民法(4)一六四頁、太田武男・夫婦の法律一四〇頁、佐藤邦夫「民法第七六一条と表見代理」判例タイムズ一七二号八六頁、鈴木敏和・板橋郁夫編 判例演習シリーズ民法(3)五〇頁、中川淳「家事債務の連帯責任」判例演習講座民法II五五頁、遠藤浩「民法七六一条と表見代理」ジュリスト基本判例シリーズ4民法の判例(第二版)三〇頁、石外克喜「印鑑の預託と表見代理」不動産取引判例百選一九頁、奥田昌道「夫婦相互の日常家事代理権と表見代理」家族法判例百選(新版)五三頁、深谷松男・法学セミナー基本法コンメンタール民法III六三頁。
- (5) 中川善之助・新訂親族法二四四頁、於保不二雄「表見代理」民法演習(1)一七一頁、乾昭三「表見代理」新民法演習(1)一八八頁、有泉享・中川善之助編注釈親族法(上)二二〇頁、三島宗彦「日常家事債務の連帯責任」家族法大系II二五〇頁、松坂佐一・民法提要親族相続法五五頁。
- (6) 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」立命館法学二号一二二頁。
- (7) 我妻栄・親族法一一一頁。
- (8) 浦和地裁判決、昭和三五年一二月二三日、下民集一一卷二七二四頁。
- (9) 東京高裁判決、昭和三七年六月一九日、高民集一五卷上四三〇頁。
- (10) 東京地裁判決、昭和四一年七月一四日、判例タイムズ一九五号一三九頁。
- (11) 前掲判決のほか、函館地裁判決、昭和三四年九月二九日、下民集一〇卷九号二〇五一頁、東京地裁判決、昭和三六年七月四日、下民集一五八五頁、東京地裁判決、昭和四一年五月九日、判例時報四五五号四三頁。

(12) 最高裁判決、昭和四四年一月一八日民集二三卷一二号二四七六頁。

(13) 中川淳・前掲五五頁、三島宗彦・前掲二四七頁。

(14) 中川淳・前掲五五頁。

(15) 板木郁郎・前掲一二二頁、深谷松男・前掲六三頁。これとは逆に、「代理による効果は本人にのみ帰属するものであるから、その夫婦間の連帯義務が代理権にもとづくものであれば、夫婦の一方の行為は他方にのみ帰属して連帯責任ということと矛盾することとなる」と主張するものもある(国府剛・前掲七〇頁)。

(16) 板木郁郎・前掲一二二頁、三島宗彦・前掲二四九頁、於保不二雄・前掲一七一頁、乾昭三・前掲一八八頁、佐藤邦夫・前掲八八頁。なお、代理権を認める説のなかには、直接にはその性質にふれていないが、当然法定代理説に立つと思われるものが多い(たとえば有泉亨・中川編前記註釈二二〇頁)。

(17) 我妻栄・新訂民法総則三七二頁、舟橋諄一・民法総則一四二頁、於保不二雄・前掲一七一頁は表見代理適用の理由に、「法定代理においては、代理権は法律規定によって直接授与され、代理権の範囲は法定されている。代理権の存否・範囲が法定されている法定代理については、相手方の信頼保護ということを特に考慮する必要はない、というのも一つの理屈である。しかしながら、代理権の範囲が抽象的に法定されていても、具体的には果たして権限内であるか否かの判定は必ずしも容易ではない。また、法定代理人の就任・退任は、原則として、一定の手続によって公示されるが、この公示も必ずしも真実と一致しているとはいえない。したがって、善意者保護・取引の安全保護の理想が強調され、表見代理制度の適用が拡大されるにつれて、法定代理にも表見代理を適用すべきことが一般的に承認されるようになってきている」とのべられているが、谷口知平「民法第七六一条と夫婦相互の法定代理権」民商法雑誌二七三頁はこの点についてつぎのよう

な疑問を提起されている。「民法一一〇条の適用のためには、本人が信頼を裏切つて代理行為をする様な者を信頼し他人をしてその代理権ありと信ぜしめたことが必要であるので、単に何程かの代理権があつて、それを超えて代理行為がなされたというだけでは足らぬのではないかと思う。即ち、本人の意思や責任に全く関係なくむしろ本人の判断力の弱さに対して本人を保護するための制度である法定代理の場合に、民法一一〇条の適用を認めることには大いに疑問があるのである」。なお判例の変遷については、後藤清「表見代理」総合判例研究叢書民法(20)五〇頁以下。

- (18) 大審院判決、明治三十九年五月九日民録一二卷七〇六頁(肯定)、大審院判決、大正四年六月一九日民録二一卷九八七頁(否定)、大審院判決、昭和八年一月九日民集一二卷二四号二八二七頁(否定)、大審院判決、昭和一〇年三月二五日民集一四卷五号三八九頁(肯定)、大審院判決、昭和二年二月二五日法律新聞四〇八一号一三頁(否定)。
- (19) 否定するものに、大審院判決、大正七年四月一三日、民録二四卷六八一頁。
- (20) 大審院判決、昭和七年五月一〇日民集一一卷九号九二〇頁。
- (21) たとえば穂積重遠・判民昭和七年度二三六頁。
- (22) 中川善之助・日本親族法(旧版)二四六頁。
- (23) 大審院判決、昭和八年一月二五日民集一二卷二三号二六一三頁。
- (24) 大審院判決、昭和十五年八月一七日法学一〇卷二号二〇〇頁。
- (25) 大審院判決昭和一六年一月一日新聞四七三七号一〇頁。
- (26) 大審院判決、昭和十七年五月二〇日民集二一卷一一号五七一頁。
- (27) 前掲注(2)

(28) 前掲注(3)

(29) 谷口知平・前掲七四頁。

(30) 有地享・前掲注釈民法三九八頁。

(31) 有泉享・前掲註釈二二〇頁、中川善之助・前掲新訂相続法二四五頁、板木郁郎・前掲一二三頁、於保不二雄・前掲一七一頁など。

(32) 前掲注(11)。

(33) 前掲注(8)。

(34) 我妻栄・前掲一〇九頁。三島宗彦・前掲二四九頁も日常の家事という限度で表見代理を適用されるものようである。遠田新一・前掲一四〇頁には、代理権を肯定するほとんどの学説が限定説としてあがっている。なお、深谷松男・前掲六四頁参照。

(35) 我妻栄・前掲一〇七頁。

(36) 我妻栄・前掲一〇九頁。

(37) 山本正憲・親族法講義案一五一頁、加藤永一・東北法学一二号六五頁、遠田新一「妻の行為の表見代理」家族法判例百選四三頁、川井健「表見代理制度」民法基本問題一五〇講I一八六頁など。

(38) 前掲注(9)。

(39) 前掲注(1)昭和四一年五月九日判決。その他の制限説に同調する判例として、前掲注(10)、大阪高裁判決、昭和四三年五月三十一日金融法務五一八号三一頁、名古屋地裁判決、昭和四四年一〇月一八日判例時報五七六号七四頁。

(40) 前掲注(12)。

(41) けだし日常の家事の範囲は内部的事情によって異なり外部から正確に判断することは困難だからである(我妻栄・前掲一〇七頁)。適用否定説によれば、日常家事逸脱行為は狭義の無権代理に関する民法の規定によって処理されるのが理論的であるが(国府剛・前掲七二頁、深谷松男・前掲六四頁参照)、取引安全の理念からいろいろ見解がわかれている。谷口知平・前掲二七四頁は、夫婦相互に日常家事についての法定代理権を認めるか否かは民法一一〇条の適用の認否には関係がない、との見地から、「何等の委任をせずに実印を単に保管せしめていた様な場合にもその夫婦が円満で第三者をして代理権ありと信ずる正当の理由あらしめるならば表見代理を認めてもよいであろう」とされる。この説は表見代理を認める根拠がかならずしも明瞭でない。もっとも基本代理権が存在しない場合にも一一〇条を拡張して適用すべきであるとの説もあるが(柚木馨・判例民法総論(下)二四六頁)、一一〇条は代理権を有する者がその権限を踰越した場合の規定であって、全く代理権を有しないものなした行為については適用がないと解するのが通説である(我妻栄・新訂民法総則三六八頁)。この点について、沼正也・前掲五二頁はいわゆる家団論によって夫婦相互に代理権を認めこれに表見法理を適用しようとする。板木郁郎・前掲一二二頁も、表見代理の法理により本人に責任を負わせることの正当性を理由づける根拠としては、「表見代理人と本人とが夫婦の関係にあり、日常互に他方に代って行動し、互に利用し合っている関係にあるという生活事実だけで十分で」あるとされる。

(42) 我妻栄・前掲一〇九頁、一一一頁。

(43) 「この見解では、表見代理の成否は、もっぱら、第三者⇐相手方の『代理権ありと信ずべき正当の理由』いかにかかることになる。この点、弾力的な解釈がなされる余地が多いという利点があるが、夫婦間の財産的独立侵害のおそれが大きい

に過ぎることにならないとはいえない」(遠藤浩・前掲三〇頁)。

(44) 我妻栄・前掲一〇六頁。

(45) 人見康子・前掲七一頁、遠藤浩・前掲三一頁、深谷松男・前掲六二頁。

(46) 前記最高裁判決の立場については、遠藤浩・前掲三〇頁は「弾力性を示すようにもとれるし、弾力性を示さないようにもとれる」と解され、川井健・前掲九七頁は「従来考えられていたところよりも若干広がることは疑いが無いであろう」とされる。

(47) 川井健・前掲九六頁は、我妻説は日常家事の範囲という言葉の限定からして広すぎはしないかと疑問を投じておられる。

(48) したがって第三者は場合によっては夫婦間の代理に至るについてのある程度の具体的認識が必要であろう(遠藤浩・前掲三一頁)。

(49) この点をつとに強調されるものに、佐藤聿代・法学協会雑誌八八巻七・八号七六九頁以下。なお幾代通・前掲三九二頁参照。