

登記代理委託事務が行われる際に現れた 忠実義務違反の事例についての検討

柳 勝 司

目次

(1) 序

- (1) 忠実義務とは
- (2) 忠実義務違反
- (3) 本稿の目的
- (4) 委任契約と準委任契約

(2) 判決の検討

- (1) [判例 2] 東京高裁昭和 50 年 9 月 8 日判決 (判タ 335 号 216 頁)
- (2) [判例 3] 名古屋地裁昭和 57 年 2 月 10 日判決 (金商 643 号 42 頁)
- (3) [判例 4] 東京地裁昭和 52 年 6 月 28 日判決 (判時 873 号 62 頁)
- (4) [判例 5] 福岡地裁昭和 61 年 5 月 16 日判決 (判タ 612 号 55 頁、判時 1207 号 93 頁)
- (5) [判例 6] 横浜地裁昭和 58 年 9 月 30 日判決 (判タ 511 号 148 頁、判時 1092 号 87 頁)
- (6) [判例 7] 大阪地裁堺支部昭和 60 年 3 月 7 日判決 (判時 1166 号 123 頁)
- (7) [判例 8] 大阪地裁昭和 57 年 12 月 24 日判決 (判タ 496 号 148 頁)
- (8) 判決のまとめ
- (9) 忠実義務違反の効果と背信的悪意者理論

(3) まとめ

(1) 序

(1) 忠実義務とは

受任者などが代理人となって、委任者などの本人のために、法律行為や意思表示をする場合、委任者などの本人は自己の利益や情報などを信頼している受任者などの代理人に提供することになるが、受任者などの代理人は、善良な管理者の注意義務を負い、委任者などの本人から提供された利益や情報などを、慎重に扱わなければならない、提供された利益や情報を委任者などの本人のためにのみ用いなければならない。

もし、受任者などの代理人が、その授与された信頼を逆手に取って、その提供を受けた利益や情報などを自己や第三者の利益のために用い、そのため、委任者などの本人が損害を被る場合には、受任者などの代理人は、忠実義務違反行為をしたことになる。受任者などの代理人は、委任者などの本人の利益を護り、委任者などの本人に対して忠実に振る舞う義務を負うのであり、委任者などの本人の利益を害する行為をしてはいけないという、忠実義務を負っているのである。

このような受任者などの代理人に課される忠実義務は、委託を受けた行為を履行する義務に付随した、いわゆる付随義務の一種である¹が、委託を受ける本来の契約が成立する前であっても、いわば契約成立前の委任者などの本人が自己の利益や情報などを信頼を置いた契約成立前の受任者などの代理人に提供すれば、その時点において、忠実義務は生じ、また、委託を受ける本来の契約が終了した後であっても、いわば契約終了後の委任者などの本人が自己の利益や情報などを信頼していた契約終了後の受任者などの代理人に提供し続けている間は、忠実義務は存続するのである²。その意味において、忠実義務は、本来の委託契約の履行義務に付随した義

1 柳勝司「代理権濫用理論と代理人の忠実義務違反」名城法学第64巻第1・2合併号208頁注73。

2 柳勝司「委任による代理」231頁以下参照。

務ではあるが、本来の委託契約の履行義務とは独立して存在することになる。

(2) 忠実義務違反

代理人に課される忠実義務は、本来の委任契約の履行義務に付随した義務ではあるが、代理人の履行義務とは異なり、故意・過失などの帰責事由によって義務違反となるものではない。

代理人の忠実義務違反行為とは、受任者などの代理人が、委任者などの本人から得ている利益や情報などを利用して、自己又は第三者の利益のために用いる行為のことであり、代理人の忠実義務違反行為によって、本人に損害が生じる場合には、代理人は本人に対して損害賠償責任を負う。

そして、代理人の忠実義務違反行為の相手方が、委任者などの本人から得ている利益や情報などを自己又は第三者のために用いていること知っている（悪意）か、又は、知っているともみなされる状態（重過失）にある場合においては、委任者などの本人は、代理人の忠実義務違反行為の相手方に対して、契約などの代理行為を取り消し、代理行為の無効を主張することができる。

なお、受任者などの代理人の悪意又は重過失については、委任者などの本人が証明しなければならないと考えられる³。受任者などの代理人の悪意又は重過失については委任者などの本人に立証責任があるとすると、委任者や本人には大きな負担が課されることになるが、受任者や代理人が、委任者や本人から得ている利益や情報などを利用して、自己又は第三者の利益のために行為していることは客観的な状況から判断できることもあり、悪意又は重過失の立証は委任者などの本人にあるとしても、客観的な状況から大きな負担となることがない場合もあると考えられる。例えば、代理人が本人の財産を不当に安い値段で売却し、第三者（買主）が隠れて代理人に報酬を支払っていることが明らかになったり、代理人と第三者（買主）

3 柳勝司・前掲論文 175 頁参照。

が夫婦となっていたというような場合は、代理人と第三者は本人の利益に損害を与えていたことを知っていたと扱われることになる⁴。

そして、受任者などの代理人が忠実義務違反行為をした場合の効果としては、前述のように、委任者などの本人が受任者などの代理人に対して損害賠償請求をすることになるが、受任者などの代理人が資力がないなどのために、損害賠償請求をしても功を奏することがない場合には、例えば、代理人が代理権限の範囲内で、本人の財産について売買契約を結んだが、代理人は買主から受領する代金を、本人に渡すつもりは無く、自己又は第三者のために使用する意図であったような場合は、買主も代理人の意図を知っていたり、又は、知っていたとみなされるならば、前述のように、本人は、その売買契約を詐欺に準じて取り消し、売買契約の無効を主張できると考えられる。以上が、受任者などの代理人が負う忠実義務及び忠実義務違反の効果についてである。

(3) 本稿の目的

さて、受任者などの代理人が負う忠実義務については、既に、数回、私見として述べているところであるが、今回、また、忠実義務のことについて言及をしたいのは、山崎俊彦教授が以前に発表された論文「登記代理委任契約の成否—司法書士の職務上の過誤責任に関わる裁判例をてがかりに—」において紹介されている判決を、忠実義務の観点から、検討をしたいと考えたからである⁵。

山崎俊彦教授は、「...裁判例をてがかりとして、司法書士を受託者とする不動産登記代理委任契約の成否に関わる問題について考えてみたい⁶」

4 このような例が、フランス法の判決の中で示されている（柳勝司・前掲書 235 頁・236 頁参照）。

5 山崎俊彦「登記代理委任契約の成否—司法書士の職務上の過誤責任に関わる裁判例をてがかりに—」判例タイムズ 649 号（1987 年 12 月 25 日）10 頁～22 頁

6 山崎俊彦・前掲論文 12 頁は、登記手続委託の準委任契約が成立しており、必要書類の持参督促の義務の存否が問題とされているのであるとしている。

という趣旨で、8件の下級審判決を取り上げて検討をされている。山崎教授の論文は、私にとっては非常に興味深く、長い間、山崎教授の問題提起をどのように扱うべきかについて考え続けて来ている。そして、その一つの結論として、山崎教授が取り上げる判決の多くは、忠実義務が関わっている事案であるとして扱うべきであるという結論に至ったのである。

山崎俊彦教授は、司法書士の職の業務の一環として、取引の比較的早い時点で顧客と接触がもたれ、書類の受領・保管や書類の真正であることの調査など多くのことが行われることから、「従来契約の成否に関し登記必要書類の整備・完備にこだわっていた（有効な登記の可能性につき確実な見通しがなければ委任契約の成立は認められないとする）という事情がうかがわれるに鑑み、とりあえずのこととして、一定の類型のものにあっては、こうしたことにこだわらずに司法書士と顧客との間の登記代理委任契約の成立を認め、これを踏まえて右契約関係について立論することが可能であり、また必要なのではないかということを指摘しておきたかった」として、論文執筆の目的について説明をされている。

このような山崎教授の見解については、私見によれば、履行が可能な段階で契約は成立するのであるが、契約成立前であっても、一方が利益や情報を他方に委ねているという「一定の類型のものにあっては」、他方は一方に忠実に振る舞わなければならない、一方の利益や情報を他方は自己又は第三者のために用いてはならないという忠実義務が生ずるということになる。私見は、山崎教授の見解と対立するものではなく、山崎教授の見解を更に展開させたものであると言えるであろう。

そこで、本稿の目的は、山崎教授が「司法書士を受託者とする不動産登記代理委任契約の成否に関わる問題」であるとした事案を、代理人の忠実義務違反の事案であるという観点から、山崎教授が取り上げた判決を再検討するということになる。

(4) 委任契約と準委任契約

なお、不動産登記手続きを司法書士に委託することは、法律行為の委託ではないので、委任契約ではない。不動産登記手続きの委託者は、司法書士が委託者の意向に基づいて、登記取得のための書類を整えた上で、法務局に対して、委託者に代わって登記取得の意思表示をすることを委託するのであり、司法書士に登記取得のための意思表示をすることを委託しているのである。従って、不動産登記手続きを司法書士に委託する契約は、正式には、準委任契約である。しかし、法律行為をすることの委託ではなく、委任契約は成立してはいないが、意思表示をすることの委託であるので、準委任契約として、委任の規定（民法 643 条から 655 条）や委任の理論が準用されることになる⁸。

そして、不動産登記手続きをする契約が成立しているか否かを問わず、司法書士を信頼した委託者が登手続をするために司法書士に引き渡した登記権利書などの書類や情報を、司法書士は、自己や第三者の利益のために用いて、委託者に不利益を与えるような行為はしてはいけないという忠実義務を負うことになる。

(2) 判決の検討

山崎教授は、8 例の事案を取り上げて、不動産登記手続委託契約が成立しているか否かについて検討するとともに、司法書士にはどのような義務が課されているかについて検討をしている。前述のように、本稿においては、山崎教授が紹介する 8 事例の中には、司法書士の忠実義務が関わっている事例があるということを明らかにしたい。それによって、受任者や代理人に課されている忠実義務や忠実義務違反行為の具体例を示すことにしたい。

8 なお、事実行為をすることの委託は、準委任契約ではなく、雇用や請負などの規定が適用されるべきである（柳勝司・前掲書 95 頁以下参照）。しかし、請負は「仕事を完成することを約」する契約となっている（民法 632 条参照）ため、適用される範囲が狭いということが言われている。

忠実義務が関わっている事例であると思われる判決を、順番に取り上げ、検討することとする。

(1) [判例 2] 東京高裁昭和 50 年 9 月 8 日判決 (判タ 335 号 216 頁)

[事実関係]

X (原告・控訴人) は、司法書士 Y (被告・被控訴人) に、本件山林について、A から X への所有権移転登記申請手を委託した。しかし、その際、A の手許に権利証がなかったので、申請手続をすることができなかった。実は、後で判明したのであるが、Y は、X からの委託の 11 日ほど前に、右山林につき、A から B への所有権移転登記申請の委託を受けて右申請をなし、B のために既に登記が経由されていたのであって、A から X への登記は、実は不可能であった。

そこで、X が、Y は受託した以上、直ちに登記関係を調査し、B への登記が経由されていることが判明したときは X に連絡し、X をして相当な前後措置を講ぜしめる準委任契約上の注意義務があったとして、Y に損害賠償を求めた。

[判決]

これに対して、東京高裁は、Y が X より登記申請手続を受託するにあたり、本件山林の実体上および登記簿上の権利関係を事前に調査するよう依頼されたことを認めることはできず、たとい本件山林がその受託の日から 10 日ほど前に自ら扱った A から B への登記の対象物と同一物件であると気付いたとしても登記申請手続を適式に処理することを要請され、不動産についての実体上の権利義務関係の得喪変更に関与せず、またみだりに関与すべきでない司法書士として、さらにただ後日書類が完備されるのを待って受託の登記申請手続を処理するつもりでいたという事実関係のもとでは、Y が本件山林についての前記登記関係などを登記申請手続の依頼者たる X に告げ、あるいは前後措置の助言をするなどの介入的行動に出なくとも、登記申請受託者たる司法書士の職にあるものとしての注意義務に欠けるところがあるということとはできない。……してみれば、Y に

司法書士として誠実に善良な管理者の注意をもって受託事務を処理すべき義務をつくさなかった点に準委任契約上の過失があるとする X の主張は採用できない、と判決した。

[判決に対する私見]

既に本件山林の所有権登記は A から B に移転しているの、A から X への所有権移転登記申請の準委任契約は原始的不能であり、無効であり、登記移転手続を行う義務は発生せず、したがって、善管注意義務も発生しない。善管注意義務について規定する民法 644 条は、司法書士が依頼者の委託を受けて、依頼者に代わって登記移転のための意思表示をする際に適用（準用）されるものである。登記移転自体が起こり得ない場合には、民法 644 条が適用（準用）されることはない。

しかし、登記移転自体が起こり得ない場合であっても、司法書士は、依頼者に忠実に振る舞い、依頼者に損害を与えるような行為はしてはいけないという忠実義務を負う。A から X への登記移転申請の依頼を受けた司法書士 Y は、本来は、A から B への登記移転申請の依頼は受けてはいけないはずである。もし、司法書士 Y が A から B への移転登記申請の依頼を受け、それを実行すれば、委託者 X は損害を受けることになるからである。

このように、A から X への所有権移転登記申請を依頼する委任契約は成立しなくとも、それとは別に、委託を受けた Y（司法書士）には、委託者に損害を発生させてはならず、委託者に忠実に行動しなければならないという忠実義務は発生するのである。

本件の事案においては、同一不動産について、既に A から B への所有権移転手続の依頼を受け、実際に登記移転手続をしている司法書士 Y は、A から X への移転登記手続についての X の委託を拒否すべきであったが、A から B への登記移転手続したことを忘れて、X の委託を受けてしまった。しかし、その後、そのことに気づいた司法書士 Y は、委託者 X に対して忠実義務を負っているの、X に、A から X への所有権移転登記手続をすることは不可能であることを、X の被る損害を最小限にするため

に、直ちに、伝えるべきである。その Y の連絡が不当に遅れたために X に損害が発生したような場合には、Y には損害賠償義務が生ずることもあり得る。

本判決においては、依頼を受けて所有権移転登記手続をした司法書士が、同一不動産について再び所有権移転登記手続の依頼を受けたことに気付くことなく、また、気付いた後も依頼者に報告することもなかったとしても、司法書士に何らの制裁も課されないということであり、現実的にも納得のいかない結果である。

判決は、「その受託の日から 11 日前みずから取り扱った A より B への所有権移転登記の対象物たる本件山林と同一物件であると気付いたとしても」、司法書士は、「本件山林についての前記登記関係等を登記申請手続の依頼者たる X に告げ、あるいは前後措置の助言をするなどの介入的行動に出なくとも」、登記申請手続受託者としての注意義務に欠けるところがあるということとはできないとしている⁹。しかし、登記移転手続の受託を受けた司法書士が、同一物件については他の司法書士が関与して既に登記がされていることに気が付いた場合とは異なり、登記移転手続の受託を受けた司法書士が、同一物件について、登記移転手続の受託を受けて、みずから、登記移転をしていたことに気が付いた場合には、司法書士には忠実義務が生じ、司法書士は、直ぐに、委託者にその旨を伝え、委託者の損害が最小限に食い止められるように協力すべきである。それによって、司法書士は、委託者、ひいては、国民に対して、信頼を得ることにもなると思われる。

なお、登記移転手続の受託を受けた司法書士が、他の司法書士により登記移転手続がされており、委託者は登記を得ることはできないことに気付いた場合にも、道義的には、委託者にその旨を直ちに伝えるべきであろう。

また、山崎論文が取り上げる [判例 1] 東京地裁昭和 41 年 12 月 26 日判決 (判タ 205 号 157 頁) では、建物の保存登記手続を X が Y (司法書

9 判例タイムズ 335 号 217 頁。

士)に依頼したが、保存登記手続をするためには家屋台帳に登録をしたり、建築基準法6条の確認や同法7条の検査があったことを証する書面、Xが所有者であることを証する書面などが必要であるので、それらを持参することを、YはXに促したが、Xはそれらの書面を持参せず、保存登記手続が遅れたという事案において、判決(東京地裁昭和41年12月26日判決判タ205号157頁)は、たとい書類の持参が遅滞していようと、進んでその督促を繰り返すようなことまで受任事務の処理に関して要求される事柄ではないとして、Y(司法書士)の責任を否定した。[判例1]の事案においては、登記手続きを依頼したXと依頼を受けたY(司法書士)との間の争いであり、移転登記手続を委託する契約の履行責任をめぐる争いである。

これに対して、[判例2]においては、同一不動産について所有権移転登記手続の委託を受けたY(司法書士)には忠実義務が課されているので、Y(司法書士)は、同一不動産についてY自身がAからBへの移転登記手続をしており、AからXへの登記移転は不可能であることを知った場合には、直ちに、Yはその事実をXに伝えなければならない、Xがその事実を理解できないならば、何度も、Xに伝え、説明をしなければならない義務もある。

(2) [判例3] 名古屋地裁昭和57年2月10日判決(金商643号42頁)
[事実関係]

Aが所有していた土地を、B、Cを介して取得したXは、中間省略登記をする旨の約束に基づいて、Aとともに、Y(司法書士)に、所有権移転登記手続を委任し、登記済権利証など、右登記手続に必要な書類を交付し、手数料の一部として1万円を支払った。しかし、書類の一部に不備があり、直ちには手続をすることができなかった。

ところが、その後まもなく、Yは、Aから求められ、登記済権利証をAに返還した。そして、Aは、ほどなく右土地をDに売却して所有権移転登記を了してしまった。

結局、Xは右土地の所有権を取得することができなくなり、代金相当額の損害を被ったとして、これはYがXの同意なく右書類をAに返還したことにより生じたものであるとして、その賠償を求めた。

[判決]

判決は、司法書士としては登記義務者から登記手続に必要な書類の返還を求められてもそれを拒むことができるし、拒むべき義務があるものというべきであって、それを拒まずに右書類を返還した結果登記権利者への登記手続が不能となれば、同人は債務不履行の責めを負わなければならないとして、Xの主張を認容した。

[判決に対する私見]

登記済権利証はAのものであるから、本来は、Y（司法書士）はAの申出に従ってAに返還しても問題はないのであるが、事案においては、Aの所有する土地をXに売買をするという契約に基づいて、XとAは、Xは登記権利者として、Aは登記義務者として、共同で、Y（司法書士）に移転登記手続を依頼しているのであり、Y（司法書士）は、Aだけの申出でAに登記済権利証を返還することは、Xの利益を害することになるので、義務違反となる。

それでは、Y（司法書士）の行為はどのような義務違反となるのであろうか。AはY（司法書士）から登記済権利証を取り戻し、その登記済権利証を使用して、二重に売買をしたため、Xは当該土地を取得できなくなり、損害を受けたのである。つまり、Y（司法書士）がAに登記済権利証を返還したために、Xは損害を被ったのである。

Y（司法書士）がXに無断でAに登記済権利証を返還する行為は、Xの利益を害する可能性のある行為であり、Xに対して忠実な行為であるとはいえ、Xに対しては忠実義務違反をしたことになる。Y（司法書士）がAに登記済権利証を返還すれば、Aは二重売買を行い、そのため、Xに損害が発生する可能性のあることについては、Y（司法書士）は当然知っていなければならないはずである。Y（司法書士）は、X（委託者）の了承を取ることなく、Aに登記権利証を返還すべきではない。

判決は、登記済権利証を返還した結果登記権利者への登記手続が不能となれば、Yは債務不履行の責めを負わなければならないとして¹⁰が、Yは債務不履行責任を負うのではない。そもそも、登記移転手続をするために必要な書類が整えられていなかったために、所有権移転登記手続委託契約はまだ成立してはならず、履行義務もまだ発生してはいないので、Xへの登記移転がYの過失によってできなかったということ（債務不履行責任）は問題とはならないのである。Y（司法書士）が、委託者Xに損害が発生する危険性があることをY（司法書士）は知りながら、Xに無断でAに登記済権利証を返還することが問題となっているのである。Y（司法書士）の行為（委託者Xに損害を与え得る行為）は、Xに対して忠実義務違反行為となるのである。

(3) [判例4] 東京地裁昭和52年6月28日判決（判時873号62頁）

[事実関係]

本件土地は、AからB、BからXへと、売買され、Xは、AとBとともに、Y（司法書士）に、中間省略の所有権移転登記の申請事務の処理を依頼した。その際、A・B・Xの印鑑証明書、委任状等が交付され、登録免許税、手数料の概算額も支払われたが、Aから登記済権利証は交付されなかった。

その後、Aは、本件土地を第三者Cに移転することとし、その旨の登記（別件登記）の申請事務をYに委任して、右登記手続を了してしまった。

そこで、登記が經由されるものと信じ、Bに代金の一部500万円を支払っていたXは、Yに債務不履行があるなどして、右損害の賠償を求めた。

[判決]

裁判所は、次のような趣旨を述べて、Xの請求を棄却した。

本件においては、Xらの囑託にあたって、登記済権利証の交付を停止

10 山崎俊彦・前掲論文13頁は、いわゆる書類保管義務の不履行が問題とされたのであるとしている。

条件とするものであると解すべきところ、右条件が成就した事実は認めることができないから、Yに同契約に基づく債務不履行があったとするXの主張は、すでにその前提において失当たるを免れない。また、Xは、Yは本件委任契約上の任務に背いてXに財産上の損害を与えることを認識しながらCへの登記申請事務を受任してこれを処理しXに損害を被らせたから不法行為責任を負う旨主張するが、右にいう任務が未成立であるのみならず、YはBから必要書類を完備したうえで別件登記の嘱託を受けたものであるから、およそ、司法書士は正当な事由がある場合でなければ他人からの業務の委託を拒むことはできないうえ、特段の事情なき限り嘱託の順序に従って業務を処理すべきである以上、別件登記申請を先に処理したYの行為をもって違法とすることはできない。

[判決に対する私見]

判決は、AからXへの所有権移転について登記手続の依頼を受けていたY(司法書士)が、Xには無断で、AからDへの所有権移転登記手続の依頼を受け、それを実行してしまった場合でも、Y(司法書士)は、Xに対して、いかなる責任も負わないとしている。しかし、このような判決には、大きな疑問が生じる。Y(司法書士)は、Xからの信頼を踏みにじているのであり、Xが怒るだけでなく、一般的に、司法書士達の仕事についても疑問が抱かれ、司法書士の社会的評判も下がるであろう。Y(司法書士)は、Aの二重売買に加担しているのであり、許されることではない¹¹。

事案において、Xに代わって移転登記をするための意思表示をするY(司法書士)には、本人のために法律行為をする代理人に適用される忠実義務が課され、Xより登記移転手続の委託を受けたYは、Xに忠実に行

11 山崎俊彦・前掲論文14頁は、「ここにおいて留意すべきは、目的不動産について二重譲渡がされ、これに同一の司法書士が関わった場合に、いわば司法書士としていずれのために登記申請をなすべきかが問題とされている」としているが、司法書士が二重売買に関わっており、そのこと自体について非難されることになる。

動をし、Xの不利益となるような行為はしてはいけないという義務が課される。従って、AからXへの所有権登記移転手続の委託を受けているY（司法書士）は、AからCへの所有権登記移転手続の依頼が来ても、Xの承諾を得ることがない限り、受理してはいけないという義務を負う。受理をすれば、それだけで、Xに不利益が生じるので、Xとの関係においては、Yは忠実義務違反をしていることになる。Y（司法書士）が負う忠実義務は、履行義務ではなく、従って、故意過失といった帰責事由の有無は問題とせず、また、登記済権利証の交付を停止条件とする所有権登記移転手続委任契約から生ずる義務ではない。

本件判決は、Aが登記済権利証を交付していないので、Y（司法書士）は登記移転手続をすることができない、つまり、委任契約の履行をすることができないので、所有権登記移転手続の準委任契約は成立していないと解していることについては誤りはない。しかし、判決が、所有権登記移転手続準委任契約は成立していないので、Y（司法書士）にはいかなる義務も生じないと判断したことには、大きな誤りがある。

(4) [判例 5] 福岡地裁昭和 61 年 5 月 16 日判決（判タ 612 号 55 頁、判時 1207 号 93 頁）

[事実関係]

土地が D から A に、さらに、A から X に売買され、登記移転手続を Y（司法書士）に依頼したが、未だ分筆登記もされていなかったことなどから D から A への移転登記もできなかったため、X への移転登記手続もできなかったが、X は、Y の事務所、売買残代金 381 万円を A に支払ったが、後に A が無資力になり、X は、登記を得ることもできず、A に支払った代金も回収できなかったため、Y に対し、登記手続が不可能であったことを Y は説明すべきであったとして、損害賠償請求をしたという事案であり、不動産の二重売買の事案ではなく、忠実義務違反の事例ではない¹²。

12 山崎俊彦・前掲論文 14 頁も、司法書士が二重譲受人双方に関わりをもったと

[判決]

なお、判決は、登記手続に関する専門家である司法書士は、手数料も含めた登記手続費用を受け取っていたので、Y（司法書士）は、所有権移転の登記手続の委任を受けた際に、X に対して事情を通知し、X が適切な措置を講じる機会を与えるべき注意義務があったというべきであるが、Y がそのような通知を怠っていたとして、Y に損害賠償責任があるとしている。

[判決に対する私見]

しかし、事案においては、B は同時履行の抗弁権を放棄して残代金を A に先払いをしているのであるが、それを見ていた Y（司法書士）が、B に同時履行の抗弁権があるということや先払いには危険があるというようなことを通知する義務があるとするには、疑問がある。先払いの危険性を、なぜ登記手続に関する専門家である司法書士が通知しなければならないのか、しかも、手数料も含めた登記手続費用を受け取っていない場合には、通知しなくともよいということになるのか、多くの疑問点が残る。取引をする B は、代金先払いの危険性については、当然知っていなければならない。

司法書士は登記手続に関する専門家であるからとか、手数料も含めた登記手続費用を受け取っていたからということだけでは、司法書士に損害賠償義務を課すことはできないと考える。

- (5) [判例 6] 横浜地裁昭和 58 年 9 月 30 日判決（判タ 511 号 148 頁、判時 1092 号 87 頁）

[事実関係]

金融業者 X は、A との間で、600 万円を貸し付け、その担保のために A が B から譲り受けた土地につき抵当権を設定する旨の契約を結び、Y（司法書士）の事務所を訪ね、本件土地について、B から A への所有権移

いうのではないということを指摘している。

転登記および X のための抵当権設定登記の各申請手続の委託の申込みをすると同時に、X・A 間の金銭消費貸借契約書のほか、登記済権利証、B、A、X の委任状等の書類を交付した。しかし、本件土地について分筆登記をする必要があるため、直ちには抵当権設定登記手続をすることはできなかったため、提出した書類のうち登記済権利証のみを取り出し、その余の書類は、前記手続をするため Y 事務所において保管してもらうこととなった。

しかし、その後、Y (司法書士) の事務員 C が、分筆された本件土地につき、A から依頼を受け、B から第三者 D に対する所有権移転手続を行い、その旨の登記がなされた。その際、C は先に預かっていた書類の一部を用いていた。

そのため、X は、当初予定していた抵当権設定登記をすることができなくなり、さらに、その後 A が倒産したので右貸金の回収ができなくなり、貸金相当額の損害を被るに至ったとして、損害賠償請求をした。

[判決]

判決は、次のような主旨を述べて、X の損害賠償請求を棄却した。

まず、X が登記手続を委託するために申込みをしたことは認められるが、Y (司法書士) においてこれを受託したと認める余地はなく、委任契約の成立を前提とした債務不履行責任を問うことはできない。

次に、司法書士が登記権利者および登記義務者から登記申請手続に関する委託の申込を受け関係書類の不備のため一応委託を断ったが、右不備が是正されたときに新たに右申込を受託する意図の下に右関係書類の一部を預かった場合において、後日右登記義務者から右申込の趣旨に反し登記権利者の権利を害するような登記申請手続の委託の申込がありこれを受託するには必ずしも登記権利者の同意ないし了解を要するものではないが、諸般の事情によっては、登記権利者に右事情を通知し、その権利の阻害されることを未然に防止せしめるべき信義則上の注意義務を負うにいたることも否定できないところである。

しかし、本件において、Y が D のための手続を受託したのは、A の X

との話はすべて解決済である旨の言動を信用したためであり、しかも A より新たな登記申請手続の申込時には抵当権設定手続を必要とする抵当権の被担保債権の弁済期が既に到来しているのに X よりその後なんらの連絡もないことを認めることができるのであって、こうした事情によると、Y が X に対し、A より新たに委託があった旨の通知をすべき信義則上の注意義務が発生したとは到底考えられない。

[判決に対する私見]

事案において、X は Y (司法書士) に抵当権設定登記手続の委託はしたが、本件土地について分筆登記をする必要があるため直ちには抵当権設定登記手続をすることはできなかったという状態では、抵当権設定登記手続の委託契約が成立したとはいえないので、判決がいうように、Y (司法書士) に対しては、準委任契約の成立を前提とした債務不履行責任を問うことはできないということになる。

しかし、私見によれば、Y (司法書士) は X から抵当権設定登記手続の委託を受け、登記済権利証などの登記手続のために必要な書類を預かった段階で、Y (司法書士) には、委託者 X が Y (司法書士) を信頼して預けた書類や情報を、X のために預かり、X の不利益になるように用いてはいけないという忠実義務が課される。それにもかかわらず、事案においては、Y (司法書士) は、その事務所の事務員が行ったことかもしれないが、抵当権設定登記手続における登記義務者である A の依頼を受け入れ、B から A への所有権移転登記手続ではなく、B から D への所有権移転手続を、X に無断で、してしまったのである。それによって、X は本件土地に抵当権設定登記を得ることができなくなり、A の倒産もあり、損害を被るといふ不利益が生じた。Y (司法書士) は、委託者 X の信頼を破り、X に損害を与える行為をしたので、忠実義務違反をしたことになり、損害賠償義務が発生する。

ところが、判決は、「後日右登記義務者から右申込の趣旨に反し登記権利者の権利を害するような登記申請手続の委託の申込がありこれを受託するには必ずしも登記権利者の同意ないし了解を要するものではないが」、

「諸般の事情によっては、登記権利者に右事情を通知し、その権利の阻害されることを未然に防止せしめるべき信義則上の注意義務を負うにいたることも否定できない」としている。しかし、私見によれば、Y（司法書士）は委託者 X に対して、忠実義務を負うので、「後日右登記義務者から右申込の趣旨に反し登記権利者の権利を害するような登記申請手続の委託の申込があ」っても、これを受託してはいけないのであり、受託をすれば忠実義務違反となる。

判決は、「諸般の事情によっては、登記権利者に右事情を通知し、その権利の阻害されることを未然に防止せしめるべき信義則上の注意義務を負うにいたることも否定できない」としている¹³が、このような認識には問題がある。「諸般の事情によっては、……信義則上の注意義務を負うにいたることも否定できない」としているので、「諸般の事情によっては、……信義則上の注意義務を負わないときもある」ということになるが、現実の問題として、司法書士が委託者から預かった証書や情報を委託者が不利益を被る手続に使用したとしても、そのこと自体には問題はないとされるときもあるとするならば、司法書士の仕事に対して不信感が抱かれることになるであろう。司法書士が委託者から預かった証書や情報を委託者が不利益を被る手続に使用しただけで忠実義務違反となる¹⁴として、司法書士が委託者の利益を害する行為をすることを禁止する必要がある。

13 そこで、山崎俊彦・前掲論文 18 頁は、「契約が不成立と認定されても何らかの義務が司法書士に課せられることがありうるということが示されているということである」としている。

14 例えば、忠実義務について、学説は、「委任者から債務者に対する貸付金の回収を委任された受任者が、既に、同一の債務者に対して貸付金を有している場合に、受任者がそのような委任を承諾すること自体、……委任者に対する忠実義務に違反する」と述べている（柳勝司・前掲書 231 頁参照）。そこで、「債権を回収するために受任者になって欲しい旨の申込がなされた段階で、その申込を受け取った者には、忠実義務が生じると考えなければならない。そして、申込を受けた者が、自分も同一の債務者に対して債権を有しているという事実を、申込者に、開示することなく、債権回収の委託を承諾すると、忠実義務違反となる（柳勝司・前掲書 232 頁）」という解釈となる。

判決は、事案においては、「信義則上の注意義務が発生したとは到底考えられない」として、Y（司法書士）にはいかなる責任もないとしているが、このような結論には賛成できない。判決は、抵当権設定登記手續の委託契約が成立していないことにこだわっているように見えるが、抵当権設定登記手續の委託契約の成立とは無関係に、代理人の委託者に対する忠実義務は生じるのである。

忠実義務は、登記移転手續委託契約が成立しなくとも生じる義務なので、次に取り上げる [判例 7] 大阪地裁堺支部昭和 60 年 3 月 7 日判決が民法 709 条を適用していることから分かるように、不法行為にも類似する面がある¹⁵といえる。

(6) [判例 7] 大阪地裁堺支部昭和 60 年 3 月 7 日判決 (判時 1166 号 123 頁)

[事実関係]

A が造成した宅地を X に売却し、X は代金を支払い、Y（司法書士）に所有権移転登記手續を委託したが、本件土地については、地目変更・分筆・地積更正・根抵当権設定登記の抹消などが必要で、直ちには所有権移転登記手續はすることができなかった。そこで、A がこれらの手續を自己の責任で行うということになった。そして、Y（司法書士）は、X 宛てに本件書類（登記済権利証・A の印鑑証明書・A の委任状・売渡証書）を登記申請必要書類として預かるとともに、A の指示に従い、本件書類を預かる旨などの記載がされている預かり証を作成し、A を介して X に交付した。

その 1 ヶ月ほど後に、A は、X に無断で、Y に対し本件書類の返還を申し入れたところ、Y は、預かり証を X に交付したことを失念して、求められるまま書類を A に返還してしまった。

15 もちろん、本文中でも述べるように、忠実義務においては、故意や過失の有無を問題にするのではなく、不法行為とは異なる。

A は、その後、自ら地目変更などをして、本件土地につき、D に対し譲渡担保を原因とする所有権移転登記を経由した。その後、まもなく、A は倒産し無資力になってしまった。

そこで、X は、Y に、債務不履行または不法行為による損害賠償請求をした。

[判決]

本件事実関係のもとでは X が Y に対し所有権移転登記手続をするよう委任したと認めることができないけれども、後に条件が整えば A から X に右登記手続をするにあたってその手続を Y に委任することを予定して、X が Y に書類を預けたことは明らかである。そうすると、Y は、司法書士として通常払うべき注意をもって本件書類を保管すべき義務があったというべきところ、A の求めるまま漫然と本件書類を A に返還したのであるから、Y は右注意義務違反に基づく責任を免れない。……Y は X に対し民法 709 条に基づき其の損害を賠償すべきである。

[判決に対する私見]

他の事案においては、Y (司法書士) が X (登記権利者) のために預かっていた登記済権利証を用いて第三者のために所有権移転登記手続をしたということであるが、この判決においては、A (登記義務者) の登記済権利証を X (登記権利者) のために預かっていた Y (司法書士) が A の申出に従って A に返還をただけで、Y (司法書士) は不法行為責任に問われ、損害賠償義務が課されている¹⁶。

私見によれば、Y (司法書士) は委託者 X に対して忠実に振る舞わなければならない、X に不利になるような行動をすれば、忠実義務違反となる。事案において、Y が X に無断で A に登記済権利証を返還することは、

16 山崎俊彦・前掲論文 19 頁は、「保管義務違反にかかる責任を不法行為上の責任とみることは賛成しかねる。委任契約を予定しての特殊な寄託契約とみて問題を処理する……か、とくに委任の申込を断っているのでもない限り後ほど必要書類が揃ったら登記手続をなす旨の委任契約が成立するとしうえで処理する可能性を考えてみたい」としている。

X が抵当権設定登記を得ることができないことを意味するので、X には不利益を生じさせることになるので、Y は忠実義務違反をしたことになる。忠実義務違反となるためには、Y（司法書士）が委託者 X の利益を害することを知りながら行為することであるが、本件事案においては、「その1ヶ月ほど後に、A は X に無断で Y に対し本件書類の返還を申し入れたところ、Y は預かり証を X に交付したことを失念して、求められるまま書類を A に返還してしまった」とされており、Y（司法書士）が、X の不利益となることを知っていた（悪意）かについては不明確になっているが、登記移転手続についての専門職に就いている Y（司法書士）は、知っていたとみなされる状態である（重過失）と考えることができる。

X と Y との間に所有権移転登記手続についての委託契約は成立していないので、契約上の債務不履行責任は生じず、判決は、不法行為責任として扱った。しかし、事案においては、Y（司法書士）は、登記済権利証の所有者 A にその登記済権利証を返還しただけであり、不法行為責任が課される理由はないと思われる。

重要な問題点は、Y（司法書士）は X（登記権利者）からの委託を受けて X のために A（登記義務者）の登記済権利証を預かっていたということである。そして、それにもかかわらず、Y が X に無断で A に登記済権利証を返還することは、X にとっては非常に不利なこととなり、かつ、そのことを Y が知らなかったとはいえないので、私見によれば、Y は忠実義務違反をしているということになる。

忠実義務は、所有権移転登記手続を委託する契約は成立していなくとも、生じるので、不法行為に類似してくるように見えるが、前述のように、登記済権利証の所有者 A にその登記済権利証を返還しただけであり、不法行為であるとは簡単にはいえず、また、Y（司法書士）は、登記済権利証などを A に返還すれば、X が不利益を受けるであろうことを知っていた（悪意）、または、知っていたとみなされる状態にあった（重過失）ことが、忠実義務の成立要件であるので、故意過失を要件とする不法行為とは異なると考えることができる。

(7) [判例 8] 大阪地裁昭和 57 年 12 月 24 日判決 (判タ 496 号 148 頁) 山崎論文が取り上げている最後の判決は、私見によれば、忠実義務違反の事例ではないが、なぜ忠実義務違反の事例ではないかについて説明するために、一応、取り上げる。

[事実関係]

B 名義の土地について、B から Y1 (仲介売買業を営む株式会社 A のオーナー) への売買契約が成立し、さらに、Y1 から X への転売契約が成立したとして、Y1 は、Y2 (司法書士) に、後日登記手続きをしてもらうが取りあえず預かってくれるように申し入れて、B 名義の土地についての登記済権利証、同人の印鑑証明書、委任状、X の住民票、委任状および本件土地の売渡証を預けた。これに対し、Y2 (司法書士) は、Y1 に預かり証を作成し、交付した。

そして、X は売買代金の一部として 750 万円を支払っていたが、Y1 が本件預かり証を示して残代金を支払えば直ちに所有権移転登記をすることができるといったので、その言を信じて、Y1 に対し残代金 5600 万円を支払った。

Y1 が本件土地につき登記名義を A の会社の代表取締役 C に移した上、さらに、X に移転してほしい旨を Y2 に指示したので、Y2 は、右登記書類を点検したところ、右書類の印影の不一致に気付いたため、Y1 にその旨を伝え、右委任状と印鑑証明書を返却した。

これに対し、Y1 は、一週間後に印影の一致したものを持ってくると述べたがこれを実行せず、右代金合計 6350 万円を着服横領して行方をくらました。

そこで、X は、Y2 (司法書士) が Y1 から登記移転のための書類を預る際に委任状と印鑑証明書上の印影が一致していることに注意していたならば、Y2 (司法書士) は途中で書類を返却することはなかったはずであると主張し、本件土地につき所有権移転登記を受けることができなくなるに至ったとして、Y2 に対して、不法行為に基づく損害賠償を求めた。

[判決]

判決は、Y2（司法書士）はY1から登記移転のための書類は預かっただけであり、登記手続の委任を受けたわけではないとした上で、「…司法書士の周到な専門家としての高度の一般的注意義務を斟酌しても、さらには近い将来に当該の登記事務を受任することが予定されていたとしても、Y2が本件各書類を預かるに際し、委任状と印鑑証明書上の印影が一致しているか否かを審査せず、これが一致していないことに気付いていなかったことをもって注意義務違背があるということとはできない」とした。

[判決に対する私見]

Y2（司法書士）がY1から登記移転のための書類を預る際に委任状と印鑑証明書上の印影が一致していることに気が付かず、後に、そのことに気が付き、登記手続に必要な関係書類を返却をしたことについて、Y2（司法書士）の注意義務違反を、Xが問うことには無理がある。

しかし、Y1からXへの所有権移転登記手続のために、Y1と共にXも、Y2（司法書士）に移転登記手続の依頼をしていたならば、Y2（司法書士）は、Xに無断で関係書類をY1に返却することはできないということになり、Xに無断で返却をした場合には、Y2（司法書士）はXに対して忠実義務違反をしたことになる。この事案においては、Y1だけがY2（司法書士）に登記移転手続を委託して関係書類を預けていたのであり、忠実義務違反の問題は生じない。

(8) 判決のまとめ

山崎論文においては、8つの判決が取り上げられているが、そのうち、[判例1] 東京地裁昭和41年12月26日判決（判タ205号157頁）は、債務不履行責任が問題となった事案であり、[判例5] 福岡地裁昭和61年5月16日判決（判タ612号55頁、判時1207号93頁）は、登記手続が遅れたことによる損害賠償責任が問われた事案であり、[判例8] 大阪地裁昭和57年12月24日判決（判タ496号148頁）は、敢えていえば、不法行為責任の事案であり、これらの三つの事案は、忠実義務が問題となった事

案ではない。

その他の判決、[判例 2] 東京高裁昭和 50 年 9 月 8 日判決 (判タ 335 号 216 頁)、[判例 3] 名古屋地裁昭和 57 年 2 月 10 日判決 (金商 643 号 42 頁)、[判例 4] 東京地裁昭和 52 年 6 月 28 日判決 (判時 873 号 62 頁)、[判例 6] 横浜地裁昭和 58 年 9 月 30 日判決 (判タ 511 号 148 頁、判時 1092 号 87 頁)、[判例 7] 大阪地裁堺支部昭和 60 年 3 月 7 日判決 (判時 1166 号 123 頁) は、いずれも忠実義務違反が問題となった事案である。

忠実義務違反の事案においては、共通した事実関係が存在する。それらの事案においては、A (売主) が X (買主) に不動産を譲渡するというところで、A と X が Y (司法書士) に登記移転手を委託しているにもかかわらず、A (売主) が、同一不動産を B (第二の買主) に、二重売買をしようとしたという事実関係が共通して存在する。

そのような事実関係において、Y (司法書士) は、登記移転手の委託者 X (登記権利者) の利益を害するを知りつつ (悪意)、または、知っていたとみなされる状態 (重過失) において、預かっている登記移転手続に関係している書類などを、X に無断で、A (登記義務者) に返還する行為をしており、そのような行為は、X (第一買主) に不利益を与え得る行為であり、X (第一買主) との関係においては、忠実義務違反行為となる。忠実義務違反となる事案においては、A は X に不動産を譲渡するとしながら、二重に、第三者に売却をしているのであり、Y (司法書士) は、X に無断で、関係書類を A に返却することにより、不動産の二重売買をしようとする A を幫助することになり、そのため、X に損害などの不利益が発生しているのである。

(9) 忠実義務違反の効果と背信的悪意者理論

なお、山崎論文において掲げられている判決の再検討をただけなので触れなかったが、事案において、Y (司法書士) が X に対して忠実義務違反をしていることを、A から二重売買により不動産の所有権を得た B (第二の買主) が、知っていた又は知っていたとみなされる場合には、X

(第一の買主) は、B (第二の買主) に対して、A と B との間の売買契約が無効であり、B は当該不動産の所有権を取得することはないということを主張でき、B が仮に登記を取得していたとしても、X は B の登記取得を否定できることになる。つまり、B は、X との関係においては、背信的悪意者のように扱われることになる。

二重売買において、第一の買主が登記を備えていない場合でも、登記を取得している第二の買主が背信的悪意者であるとされると、第二の買主は「登記の欠缺一を主張するについて正当な利益を有しないものであり、第一の買主に登記が欠缺一していることを主張できなくなるとされている¹⁷⁾。背信的悪意者を正当な利益を有する者から排除する背信的悪意者排除理論は、不動産登記法第 5 条 2 項「他人のために登記を申請する義務を負う第三者は、その登記がないことを主張することができない」という規定に由来しているといわれている。

背信的悪意者の典型的な例としては、A と第一の買主 (X) との間で成立した不動産売買契約のために登記移転の委託を受けていた司法書士 (Y) が、第一の買主 (X) から授与されている信頼を破り、A との間で第二の売買契約を締結して、登記も取得するような場合であるが、忠実義務違反の事案においては、A と第一の買主 (X) との間で成立した不動産売買契約のために司法書士 (Y) が登記移転の委託を受けていたのであるが、A が B との間で第二の売買契約を締結したことを司法書士 (Y) が知り、その上で、第二の買主 (B) のために移転登記をするのであり、司法書士 (Y) は、信頼を Y に授与していた第一の買主 (X) に背く行為、つまり、背信行為をしているのである。そこで、第一の買主 (X) は、司法書士 (Y) の背信行為を知っていた又は知っていたとみなされる第二の買主 (B) に対して、司法書士 (Y) によって取得した登記の無効を主張できることになる。簡潔に言えば、A (売主) と第二の買主 (B) と司法

17 例えば、最高裁昭和 43 年 8 月 2 日判決民集 22 卷 8 号 1571 頁など。

書士 (Y) の三者が、第一の買主 (X) を取引から除外するために結託をしているような場合においては、第一の買主 (X) は、第二の買主 (B) の登記の取得を否定できるということである。

そして、第二の買主 (B) が第一の買主 (X) に対して登記の欠缺を主張できないという背信的悪意者排除論を忠実義務違反の効果の観点に立って説明をするとすれば、第二の買主 (B) は司法書士 (Y) が忠実義務違反をしていることについて悪意又は重過失であることを、第一の買主 (X) が証明して、A と第二の買主 (B) の間の売買契約を取り消したことにより、A と第二の買主 (B) の間の売買契約は無効となり、第二の買主 (B) が仮に登記を取得していても、その登記取得は効力が無くなるということになる。

(3) まとめ

以上、山崎論文において掲げられている判決の再検討を通して、受任者などの代理人に課される忠実義務について述べてきたが、最後に、忠実義務と「代理権の濫用」との違いについて説明をしつつ、忠実義務について、本稿全体のまとめをしたい。

「民法 (債権関係) の改正に関する要綱案」¹⁸ によると、「代理権の濫用」として、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす」という規定を設けることが提案されている。

「代理権の濫用」として提案されている規定は、幾つかの最高裁判決に由来するものである¹⁹が、既に多くの批判が出されていることは周知のと

18 法務省平成 27 年 2 月 10 日決定。

19 例えば、最高裁平成 4 年 12 月 10 日判決民集 46 巻 9 号 2727 頁は「……親権者が権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が右濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法 93 条ただし書の規定を類推適用して、その行為の効果は子に及ばないと解するのが相当である (最高裁昭和 42 年 4 月 20 日判決民集 21 巻 3 号 697 頁参照)」としている。

ころである。それにもかかわらず、民法の改正案として提案されることについては賛成はできないと考える。

判例に由来する「代理権の濫用」については多くの問題があるが、ここでは、忠実義務との関係で論ずることにする。

「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」は、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす」としているが、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で……行為をした場合」においては、代理人が、純粋に、内面的に、「自己又は第三者の利益を図る目的で……行為を」しているのであり、代理人以外の者には、代理人の内心の意思については、どんなに注意を払っても知ることとはできないのであり、故意・過失を問題にすることはできないはずである。

これに対して、表見代理や無権代理においては、代理権の範囲や代理権の有無については、代理人の内心の問題ではなく、外部に表示されているので、代理権の有無や代理権の範囲について知り得たかについては、故意や過失を問うことができる。

このように、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で……行為をした場合」とは、代理人の内心の問題であり、これに対して、代理人が代理権が無いにもかかわらず行為をしたとか、代理権の範囲を超えて行為をしたかということは外部から判断できる問題であり、二つの問題は明確に区別されるべきである。

そして、本人から信頼を受けている代理人は、本人の利益のために行為をしなければならぬにもかかわらず、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で……行為をした場合」とは、忠実義務違反をしていることになる。この場合、代理人は代理権の範囲内で行為をしているのであり、代理人の行為は有権代理行為となり有効な行為としなければならない。ただ、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で……行為をした」ことを、知っていた（悪意）か又は知っていたとみなされる（重過失）場合には、

本人の取消の意思表示があれば²⁰、代理人の行為は無効になるということになる。

代理人の行為は有権代理行為であり、有効であるにもかかわらず、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」のように、相手方が、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的を……知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす」という規定については理論的にも説明がつかない²¹。

取引においても、客観的に、代理権の範囲で行為している代理人が、内心的には、「自己又は第三者の利益を図る目的」で取引をしているような場合において、相手方は、代理権の範囲内の代理行為であるか否かについては、取引上必要な注意を払う義務はあるが、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的」で代理行為をしているかどうかについては、純粋に代理人の内心の意思であるので、相手方は、取引上の注意を支払うべき範囲を超えているのである。取引外において、偶々、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的」で代理行為をしていることを、知っていたり、又は、知っているともみなされる場合には、代理人の忠実義務違反行為として、代理行為が、本人によって取り消され、無効となることはあり得ることになる。

さらに、前述のように、背信的悪意者理論においては、相手方（第二の買主）が背信的悪意者の場合には、第一の買主は、相手方（第二の買主）の登記取得を否定できるのであるが、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」によれば、相手方（第二の買主）が、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的を……知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす」ということになり、相手方（第

20 理論的な説明としては、民法 96 条の詐欺の制度の類推適用ということになる（柳勝司・前掲書 242 頁参照）。

21 私見によると、本人の取消の意思表示により、代理行為は無効となるのであり、本人の無効の主張は、取消権の消滅時効に服することになるが、要綱案においては、無効を主張できる期間については、どのように理解すべきであろうか。

二の買主)は、「……知り、又は知ることができたとき」だけで、登記取得が否定されることになり、背信的悪意者理論とも整合がとれないことになり、この点においても問題があることになる。

以上のように、最後に、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」による「代理権の濫用」の規定について批判をしつつ、代理人の忠実義務について説明を加え、まとめとした。