

# 代理権濫用論における相手方保護範囲の検討の覚書

——心裡留保規定に依拠する説の検討を中心に——

平 山 也 寸 志

- 一 はじめに
- 二 心裡留保規定に依拠する学説の状況
  - (1) ドイツ的解釈法学全盛期（明治 43 年から大正 9 年）
  - (2) 第一次大戦後の新思潮期（大正 9 年から昭和 20 年）
  - (3) この時期までの小括
  - (4) 戦後
    - (ア) 善意・有軽過失の相手方不保護の説
    - (イ) 善意・有重過失の相手方不保護の説
    - (ウ) 「知りうべかりしとき」は「知っていたとき」の認定を志向した認定判断のための安全弁的機能をもつに過ぎないと解する説
    - (エ) 無過失を要しない場合と要する場合とを分ける説
    - (オ) その他
  - (5) 戦後の学説の小括
- 三 総括
  - (1) 代理権濫用の意義
  - (2) 代理取引における相手方保護理論
  - (3) 代理の種類により相手方保護範囲に差異があるか
  - (4) 代理の法的構成との関係
  - (5) 本人に過失ある場合—過失相殺的处理—
  - (6) 相手方保護要件に関する一般的な研究との関係
- 四 おわりに

## 一 は じ め に

代理取引における相手方保護は重要な問題であり、たとえば、表見代理（109条、110条、112条）において、相手方が保護されるための要件などが議論さ

れている。また、代理権濫用事例においても、どのような相手方が保護に値するのかという相手方保護範囲の問題は議論される。本稿では、代理取引における相手方保護に関する諸問題のうち、代理権濫用事例に検討の対象を絞り、わが国における代理権濫用と相手方保護範囲に関する議論の状況を整理して、この問題に関する今後の検討課題を示し、又、今後、検討を加えるための基礎的資料としたいと思う。

ところで、わが国において、代理権濫用が論じられる際、論者により、念頭に置かれる事例は様々であるが、一般的には、代理人が与えられた代理権の範囲内で、本人の損失において自己または第三者の経済的利益を図る目的（背任的意図）をもって代理行為をする場合が念頭に置かれているといえる。具体例としては、債権取立の代理権のあるものが、自分で消費するつもりで取り立てるような場合である<sup>2)</sup>。

そして、代理権濫用事例における相手方保護範囲の問題とは次のようなものである。すなわち、代理人が背任的意図をもって代理行為をしても原則としてそのような行為の効果は本人に帰属するものとされる（民法99条）<sup>3)</sup>。しかし、代理人に背任的意図があり、このような代理人と取引をすれば本人に損害が生ずるであろうことを相手方が認識していたにもかかわらず、代理取引に入ったような場合、この代理行為の効果は本人に帰属させるべきか否かについては疑問が生じよう。そして、どのような相手方に対しては、本人は、代理人が自己に損害を加える代理行為をしたと主張しうるのかという問題が生ずる。たとえば、代理人と相手方とが共謀して本人に損害を加える場合には、本人は相手方からの代理効果の主張に応じる必要はないという点については異論がないようである<sup>4)</sup>。さらに、代理人が本人に損害を加えるという背任的意図をもち、これについて相手方が悪意である場合にも、このような相手方を保護する必要はないとされる点でも、ほぼ、異論はないであろう<sup>5)</sup>。

説が分かれうるのは、ここから先である。すなわち、代理人が背任的意図をもって代理行為をしていることについて、相手方が善意であるが、重過失によ

り背任的意図を認識しえなかった場合に本人は代理行為の効果を否定できるか。更に、善意・軽過失の相手方に対してはどうかなどという問題である<sup>9)</sup>。

この問題は、ドイツにおいては代理取引において相手方は代理権の範囲の無因性により濫用の危険（無権代理になる危険）から保護されるので、どのような相手方との関係でこの無因性が破られるかという形で論じられる<sup>10)</sup>。すなわち、代理人が本人の損失において代理人自身または第三者の利益を図るということは代理人・本人間の内部的関係（委任契約など）に反していると考えられるが、このことは、代理権の範囲に影響を与えず、有権代理のままにとどまる（代理権の範囲の無因性）。しかし、代理人と相手方とが共謀して本人に損失を加える代理行為をするなど保護に値しない相手方との関係では、この代理権の範囲の無因性は破られ、相手方から本人に代理効果の主張がなされるような場合には本人から相手方に悪意の抗弁が立てられるということになる。

これに対し、わが国では、濫用の危険から相手方を保護する理論について、代理権の範囲の無因性という概念は一般的なものとはなっていないと思われる。しかし、前述のごとく、代理人が背任的意図をもってなした代理行為であっても、原則として民法99条により、その効果は本人に帰属するというのが判例である<sup>11)</sup>。このことを前提に、相手方が代理人の背任的意図について悪意等である場合に、本人が相手方に濫用の異議を述べる法的構成として、民法93条類推適用説、権利濫用・信義則違反説、無権代理直接形成説、相手方に本人に対する付随義務を問う説などが存在するのであるといえる<sup>12)</sup>。ドイツでは濫用の危険から相手方保護を図る理論として代理権の範囲の無因性が存在するのに対し<sup>10)</sup>、わが国では相手方保護理論が曖昧になったまま、代理権濫用論だけが存在していたともいえる。

しかし、いずれにしても、わが国においても、ドイツにおいても、代理人が背任的な代理行為をし、このことによって本人に損害が発生した場合、どのような相手方に対しては、本人は代理行為の効果を否定できるのかという問題は共通に存在し、議論されている。

以下では、代理権濫用につき93条に依拠して解決する各説がどのような事案を念頭においているのか、濫用事例において、相手方保護はどのような理論によりはかられているのか、代理の種類により相手方保護範囲に差異が設けられているのか、相手方保護範囲確定に際し、代理の法的構成が関連付けて考察されているのか<sup>11)</sup>、また、ドイツでは相手方に過失がある場合でも、本人にも代理人監督上の義務違反があれば、相手方・本人双方の過失割合に応じて一部、相手方が保護されうるというBGHの判例があり(BGB 254条参照)、学説においても議論がされているが、このような過失相殺的処理がなされているのかという点に着目して整理していき、以上の作業を前提に、代理権濫用と相手方保護範囲という問題を解決するに際しての今後の検討課題を示すことにしたい。

## 二 心裡留保規定に依拠する学説の状況

すでに、心裡留保規定(93条)に依拠する諸説の法的構成に関する学説史的な検討は、拙稿<sup>12)</sup>で、おえているので、ここでは、相手方保護範囲について心裡留保規定に依拠する諸説がどのような立場をとっているのかという点を中心に整理・検討を進めていく。また、本稿は、この問題に関する今後の検討の資料的な意味も有するので、やや詳細に各学説の内容を引用する。以下では、戦前については、ドイツ的解釈法学全盛期、第一次大戦後の新思潮期に時代区分して<sup>13)</sup>学説を概観し、戦後については、幾つかの説に分類して、整理・検討していくことにする。

### (1) ドイツ的解釈法学全盛期(明治43年から大正9年)

この時期の学説として、中島玉吉説、石坂音四郎説が存在する。

(a) 中島玉吉説は、『民法釈義』において、おおむね次のような見解を唱えている。すなわち、代理行為の要件として本人のためにすることを示すことが必要であるが、代理人に本人のためにする真意は必要でない。そこで、代理人

が、内心自己のためにする意思をもっていても、代理行為の要件をみたとす。すなわち、「代理人ニ本人ノ為メニスルノ真意アルヲ要スルヤ、曰ハク然ラス (Oertmann 509. Leonhard. Vertretung bei Farnnisserwerb. S. 6 ff 参考)客観的ニ本人ノ為メニスルコトヲ示ス事情存スレハ代理行為トナル、右ノ如キ真意アルヲ要セス、蓋シ外形上ニ於テ本人ノ為メニスルコトヲ示シ内心自己ノ為メニスルノ意思アリト雖モ其内部ノ意思ノ効力ヲ認ムルハ取引ノ安全ニ害アレハナリ (九三 (同論三八, 六, 一〇大審院判決))」<sup>14)</sup>と述べている。この時期の中島説においては、相手方が悪意等である場合についての記述はない<sup>15)</sup>

(b) 心裡留保規定を直接適用することによって解決することを石坂音四郎が大正5年に大判大正4年2月15日(民録21輯3巻99頁以下)<sup>16)</sup>の判例批評<sup>17)</sup>で詳細に検討している。石坂説は概ね次のようなものである。すなわち、代理行為の事実上の結果たる利益を本人に帰せしむる必要のあるときに、代理人が自己の利益のために代理行為をなす際には、代理人は本人の代理人として行為をなす意思があるのか、すなわち、表面上、本人の名義を用いていても、真に本人の名義を用いる意思はないのではないかという問題として捉える説であった。そして、「本人ノ為メニスルコト」の表示に関しては、一般意思表示の適用があることは明らかであるので、代理人が本人の為にする意思を有しないのに<sup>18)</sup>故意に本人の為にすることを示して、行為をすれば、93条の適用により、この意思表示は有効である<sup>19)</sup>しかし、もし相手方が、代理人の真意を知りまたは知りうべかりしときは、この意思表示は本人に効力を生じない<sup>20)</sup>旨の見解である。この説のねらいの一つは、代理人の背任的意図を知りえた相手方との代理行為の効果が本人に帰属するという結果は不当であるのでそれを避けたいという点にあった<sup>21)</sup>

## (2) 第一次大戦後の新思潮期 (大正9年から昭和20年)

この時期の学説として、末弘巖太郎説、我妻栄説、大浜信泉説が存在する。

(a) 末弘巖太郎は、生命保険会社の取締役が会社を代表して、取締役個人の

振出にかかる約束手形につき手形保証をしたという事案の判例（大正10年1月21日民一録27輯100頁）の評釈において、93条但書により、これを解決する立場を示している<sup>22)</sup>。このような事案のもとでは、反対事実が存在しない限りその行為の相手方は、表意者（取締役）の真意を「知ルコトヲ得ベカリシ」ものとして（九三但書）自己の不明による損失を負担すべきである旨の見解を示している。また、会社の利益と相手方の利益保護および会社代表者の代表形式での意思表示についての表示主義、意思主義という観点から判決を分析し、この判決は、会社の利益を重く見て、意思主義を適用して会社に責任なしとしたという旨の見解を示している<sup>23)</sup>。

(b) この時期の我妻栄説は、すでに見た、ドイツ的解釈法学全盛期における石坂音四郎の説とほぼ同旨である。すなわち、代理行為として成立するためには、『本人ノ為メニスルコトヲ示シテ』なすことが必要であるが、この本人のためにすることを示すことも代理行為たる意思表示の一部であり、意思表示の原則の支配を受け、代理人が効果を本人に帰属せしめまいとする意思を内心に蔵していても第93条によって代理として効果を生ずる妨げとはならず、代理人が権限を濫用せんとする意思を有する場合にも原則として代理の効果を生ずる。しかし、当該の場合、諸般の事情から代理人の不正な意思が相手方から知り又は知り得べきものであるときは、第93条ただし書によって、その効力を生ぜず、従って、代理行為として成立しない<sup>24)</sup> というものである。

(c) 大浜信泉説は、大判昭和9年5月15日民集13巻1123頁（組合理事が自己の利益をはかるため手形裏書をした事案）の判例批評<sup>25)</sup>において、相手方保護理論に関しては、次のような見解を示している。すなわち、組合事務や否やは抽象的に観察すべきものであって、理事個人の利益のためになされた場合であってもこれをもって、組合の事務に属せず、理事の権限内の行為にあらずと解すべきではないと<sup>26)</sup>。そして、法人の代表者がその権限を濫用し、私利を営む目的をもって法人の名において意思表示をした場合、本人につきその効力が生ずるものとなすべきかは心裡留保に関する民法93条を適用して解決す

るのが、理論的に最も正確でその結果においても妥当であるとするが<sup>27)</sup>代理意思の理解の点に於て、前述の石坂説、我妻説と異なるものであった<sup>28)</sup>大浜説は、悪意の相手方を保護することは正義の観念に反し、必要以上に個人の利益を蹂躪するものであるという旨の見解を述べている<sup>29)</sup>

### (3) この時期までの小活

いずれの説も念頭においているのは代理人に背任的意図がある場合である。

相手方保護理論に関しては、ドイツ的解釈法学全盛期において、中島玉吉説は、代理行為の要件として本人のためにすることを示すことを要するが、代理人に本人のためにする真意があることを要しないので、代理人が内心自己のためにする意思をもっていても代理行為の要件を満たす旨の見解をとっていた。代理人に内心自己のためにする意思があってもこの内部の意思の効力を認めると取引の安全を害するからというのがその理由として挙げられている。石坂音四郎説は、代理人が自己の利益のために代理行為をなす際には、代理人には本人の代理人として行為をなす意思はなく、「本人ノ為ニスルコト」の表示に関し心裡留保があるということになり、代理人の真意を知りうべかりしでなかった相手方保護は、93条本文に依拠するものであると解される（ドイツ的解釈法学全盛期の我妻説同旨）。第一次大戦後の新思潮期の大浜信泉説は、組合の専務理事が理事個人の利益を図るため理事の資格を利用して手形の裏書きをしたという事案の判例批評で、機関の権限の範囲を機関個人の意思いかんにかかわらず専ら客観的に観察してこれを判定すべしとする。

相手方保護範囲、及び相手方不保護の根拠は、石坂説が、代理人の背任的意図を知りえた相手方との代理行為の効果が本人に帰属するという結果が不当であるのでそれを避けたいということあげ、末弘巖太郎説は、生命保険会社の取締役が会社を代表して、取締役個人の振出にかかる約束手形につき手形保証を与えたという事案の判例評釈で、93条但書により解決する立場をとり、このような事案のもとでは、反対事実が存在しない限りその行為の相手方は表意

者（取締役）の真意を「知ルコトヲ得ベカリシ」ものとして、自己の不明による損失を負担すべきである旨の見解を示している。大浜信泉説は、機関の権限濫用行為につき、法人の利益を犠牲にして悪意の相手方を保護することは正義の理念に反し、必要以上に個人の利益を蹂躪するものである旨の見解を示しているのであった。

代理の法的構成との関係では、中島玉吉説が、代理人の指図違反行為と代理の本質論との関係に言及している<sup>30)</sup>

この時期においては、本人にも過失ある場合、過失相殺的処理をすべきことを指摘するものはない。

#### (4) 戦 後

戦後については、心裡留保規定に依拠して解決する学説が多数であり、それらの中でも相手方保護範囲について様々な内容の見解が唱えられているので、説の内容に応じて幾つかの説に分けて紹介する。

##### (ア) 善意・有軽過失の相手方不保護の説

心裡留保規定に依拠して解決する説においては、相手が保護範囲に関して、善意・有軽過失の相手方不保護の見解が多数である。以下、於保不二雄説、幾代通説、中井英雄説、中舎寛樹説、半田吉信説、内田貴説、山本敬三説を紹介する。これらの説は、それぞれニュアンスがやや異なるので、個別に以下に引用する。

(a) 於保不二雄説は、『民法総則講義』（昭和34年）においては、相手方保護理論としては、「本人のためにする」というのは、効果転帰ということであって、本人の利益のためにするか否かはこれを問わないので、自己または他人の利益を目的として代理資格を冒用した場合でも代理行為たることを妨げるものではない旨のことを述べられている。その上で、民法93条但書を準用されて、代理権冒用の事実を諸般の事情から相手方が知り又は知りうべかりしときは、代理行為としての効力を生じないと解すべきであるとされる<sup>31)</sup> また、株式会



社の代表取締役が自己の利益のため表面上会社の代表者として会社の建物を売り渡したという事案に関する最判昭和38年9月5日民集17巻8号の判例批評（昭和39年）において<sup>32)</sup> 相手方保護範囲については、次のような見解を明らかにしている。すなわち、「代理人または代表機関が自己または第三者の利益をはかるためにその権限を冒用した場合に、相手方がその情を知悉していたときは、本人はその責に任じない。この結論については、大体において、異論がないように思われる。もっとも、本件原審判決にみられるように、異論は全くないとはいいきれない」<sup>33)</sup> さらに、竹田博士が唱導された「代表取締役がその職権を冒用した場合でもその代表行為が有効であるが、相手方または第三者が悪意であるときは、右の背任行為によって取得した権利は、権利の濫用または信義則の法理により、会社に対しては主張しえない」<sup>34)</sup> という見解に対して相手方保護範囲の観点からも批判を加えている。すなわち、善意保護は、民事では善意無過失を原則とし、商事では悪意重過失を排除するのが原則であるが、権利濫用又は信義則の法理を適用すれば、悪意重過失を一層制限することにならざるをえないが、それ程の必要さがあるのか疑いなきをえないと<sup>35)</sup>

(b) 幾代通説は、代理意思の表示があれば、たとえ具体的には背任的意図があっても、原則として代理行為は成立し、それが真実代理権を伴い、かつ他に瑕疵がないものである以上は、代理行為としての有効性は妨げられることはない<sup>36)</sup> とされた上で、代理権濫用であるのに、あえて有効な代理行為であると相手方が主張することが信義誠実の原則に反する場合（相手方が悪意または重過失の場合）には、代理行為の有効性を本人に対抗し得ないとする説は、相手方が軽過失なら代理行為として有効とするものであるが、これは妥当でない旨の見解を示される。すなわち、本来は無権代理であるはずのものが表見代理になるための軽過失という要件よりも、代理権は真実存在しながら具体的・実質的に本人の利益に反するという場合の相手方保護の要件の方が多少軽くてよいという結論に理解を示しつつも、意思表示そのものに関しての心裡留保においてさえ93条で相手方の軽過失もないことが要求されていることを考え合わせる

と相手方が軽過失なら代理行為として有効とする点は妥当でない旨の見解を示される<sup>37)</sup>

(c) 中井美雄説は、相手方保護理論については、於保説と同旨である。また、相手方に過失ある場合にも本人保護という帰結がえられるとして93条但書に「仮託」して理論構成を試みる説に賛意を表している。すなわち、この問題は、代理権濫用行為と善意の第三者保護との関連を論ずるものであり、本人と相手方の利害関係の接点を求めるものにほかならず、民事上の代理の問題として考えれば相手方が悪意の場合だけではなく、過失によって代理権の濫用を知らなかったときには本人は責任を免れると。そして、民事上の代理と商事上の代理の場合とで扱いを異にする学説の存在を指摘されている<sup>38)</sup>

(d) 中舎寛樹説は、93条は、ある意思表示＝法律行為がなされた場合に、その背後にある事情を相手方に主張しうるか否かに関する規定であるとし、代理権濫用の問題は、代理行為の背後にある内部関係（たとえば、委任における善管注意義務など）を相手方に主張できるかという問題ととらえられる<sup>39)</sup>。そして、相手方保護範囲に関しては、「代理権の範囲内での行為については、相手方は代理人が抱いている背信的な意図を外見から了知することは原則としてできないと考えられるから、93条但書により相手方の悪意有過失の立証責任は本人に負担させてよいと思われる<sup>40)</sup>」という見解を明らかにされている。

(e) 半田吉信説は、相手方保護理論については、於保説と同旨である。そして、権利濫用行為を代理権限の範囲内と捉える場合には、相手方がそれについて悪意である場合にも保護するのは妥当でないからこのような場合には代理行為の効力を認めるべきではないとされる。そして、民法93条但書類推適用説によると相手方に単に過失がある場合でも本人が保護されることになるが、取引の大量的かつ画一的な処理の要請から、悪意または重過失ある相手方のみが保護に値しないとする商法上の多数説からは、一般原則たる信義則規定に依拠すべきことになろうが、このような商法上の原則が適用されるためには、そのような解決を必要とする事情の存在が必要であり、一般的には過失ある相手方

は保護に値しないと解すべきであるとされる。また、民法54条などのような、法人理事の代表権に加えられた制限が悪意の第三者に対してのみ制限できないとする規定との均衡から、代理権（代表権）濫用の場合に悪意または重過失者に対してのみ対抗できないとする辻正美説<sup>41)</sup>に対し、次のように批判される。すなわち、法人の代表権の内部的制限の場合は、そもそも法人自ら制限を予定したものであるのに反し、権限濫用では法人がこのような背信行為を知りえない場合も多いから、本人（法人）の静的安全の要請はより大きいとみるべきであり、権限濫用の場合に相手方に無過失要件を課すことが必ずしも不当とはいえない<sup>42)</sup>と。

(f) 内田貴説は、概ね次のとおりである<sup>43)</sup> すなわち、代理人が自己あるいは第三者の私腹をこやすための行為で本人がそれによって損害をこうむるという場合でも、形式的には、代理権の範囲内の行為であり、相手方との契約の効果は本人に帰属するのが原則である。つまり、このような場合に、代理行為の効果は本人に帰属しなくなるのでは、取引の安全を害することになり、むしろ、このような代理人を選任した本人がリスクを負うべきだからである。そして、相手方が、代理人の私利のために行動しているということに気づいている場合には相手方から本人に対する請求を認める必要はなさそうであるとされ、更に、次のように述べられる。すなわち、「問題は、この結論をどのように法律構成するかである。妥当と思われる解決を提案するだけなら誰でもできるが、民法の規範体系と整合的な法律構成を与えることができはじめて、当初の直観的判断は法的判断としての正当性を主張できる。そして、そこに法解釈者の専門的能力が発揮される」と。さらに、相手方保護範囲に関しては、すでにみた幾代説と同様、軽過失の相手方を救うことは93条本来の場合でさえ、保護される相手方が無過失を要求されていることとのバランスを失うとされる。また、代理権の濫用も代理の種類に応じて考えていく必要性を指摘される<sup>44)</sup>

(g) 山本敬三説は、93条但書類推適用説を概ね次のようなものであるととらえられる<sup>45)</sup> すなわち、93条但書類推適用説は、代理権濫用を有権代理とし

て考えるのであるが、これは、次のようなことが前提となっている。すなわち、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本人と代理人の間での内部的な義務であり、代理権の範囲はそれとは別に客観的に決めるべきであるという考え方である。そしてこれは、次のような理由に基づくとされる。すなわち、まず、代理権の範囲を主観的に決めると、相手方のうかがい知れない事情によって、無権代理となる可能性が出て来て、相手方に正当の理由がない限り本人に責任を問えないため円滑な代理取引が害されるおそれがあること、そして、本人も自ら認めた行為が客観的に行われているのだから、その行為に対する責任を問われてもやむをえないこと、代理人が背信的な行為をしたとしても、そのリスクはそのような代理人を選んだ本人が負担するのが原則であることである。そして、代理権の濫用は、原則は有権代理であるので、それに反して効果の帰属を否定する本人が証明責任を負うので、相手方に悪意または過失があることを本人が証明したときに代理行為が無効となるとする。さらに、心裡留保説によると相手方に過失があれば本人は免責されるが、これには、次のような考慮があることを指摘される。すなわち、本人と相手方が直接取引をする場合は、民法では、93条をはじめとして過失の有無を問題とすることが多いが、代理取引だけがどうして例外でなければならないのかということを経験されるのである<sup>46)</sup>

#### (h) 善意・有軽過失の相手方不保護の説の小括

各説が念頭におく事案は、いずれも代理人に背任的意図がある場合であるといえる。

相手方保護理論に関して、各説が明示しているものは、次のようなものである。すなわち、①「本人のためにする」というのは、効果転帰を意味し、本人の利益のためにするか否かは問わないので、代理人に背任的意図がある場合でも代理行為たることを妨げないこと（於保説、同旨のものとして幾代説、中井説、半田吉信説）。②代理人に背任的意図がある代理行為でも形式的には代理権の範囲内の行為であること（半田吉信説、内田貴説、山本敬三説）。これと

同旨の説は、第一次大戦後の新思潮期に、産業組合理事の手形行為を念頭においてのものであるが、大浜説により唱えられていたのであった。また、これを基礎付けるために、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本人と代理人との間での内部的な義務であり、代理権の範囲はこれとは別に客観的に決めるべきであること（山本敬三説）、更に、濫用事例において代理行為の効果が本人に帰属しなくなるのでは取引の安全を害することになり、むしろ代理人を選任したりリスクを本人が負うべきこと（内田貴説、山本敬三説）が挙げられている。

善意・有軽過失の相手方不保護の根拠は、次のようなものであった。すなわち、①権利濫用または信義則の法理を適用すれば悪意・重過失をいっそう制限することになること（於保説）、②民事上の代理の問題として考えれば、相手方保護要件としては善意・無過失が原則であること（於保説、中井説）、③意思表示そのものに関しての心裡留保においてさえ、93条で相手方の軽過失がないことが要求されていることとのバランス（幾代通、内田貴説）、④法人の代表権の内部的制限の場合と権限濫用行為の場合とは異なり、後者の方が法人の静的安全の要請はより大きいとみるべきであり、権限濫用の場合に相手方に無過失要件を課すことが必ずしも不当とはいえないこと（半田吉信説）、⑤直接取引と代理取引とのバランス論（山本敬三説）などである。

代理の類型により相手方保護範囲に差異を設ける説として、於保説、中井説、半田吉信説、内田貴説等がある。代理の法的構成と明確に直接結び付けて論ずる説は見当たらない。本人にも過失ある場合にそれをどのように評価するかという点に言及する説も見当たらない。

#### (イ) 善意・有重過失の相手方不保護の説

森泉章説、星野英一説がこれに属する。

(a) 森泉章説は、代理人に背任的意図がある場合に限られず、客観的に本人の利益を害すべき行為を代理人がした場合（客観的濫用の場合）も代理権濫用事案として、念頭に置かれる<sup>47)</sup> 相手方保護理論に関しては、於保説と同旨の

見解を前提とし、更に、「本人は、相手方に対し、背信的行為をなした（客観的に本人の利益を害すべき行為をなした）代理人を選任した責任と背信的代理行為をなすにいたった代理権を授与した責任を自らの責任として負うべきであることを理由に、理論的には本人にも責任があるということで、代理権濫用の危険は、代理権濫用の相手方の知・不知を問わず、原則として有権代理的構成をとり、本人が負うべきことになろう。ついで、代理人対相手方の関係は、本人・代理人対相手方の関係としてみることができるので、相手方との関係では、あたかも履行補助者の過失について本人が責任を負うように、本人が責任を負うことになる」<sup>48)</sup>と述べ、代理人の選任責任と代理権を授与した責任をも根拠とされている。また、履行補助者の過失的な構成も示唆されている。これと併せて、権限濫用行為は、代理人（代表者）に背信的意思（ないし背信的行為）があるという内側の問題であり、行為としては客観的にも具体的に代理権の範囲に属する行為として有効に成立していることも相手方保護の根拠として挙げられている<sup>49)</sup>。

相手方保護範囲に関しては、次のように述べられる。すなわち、相手方が、代理人の背信的意思ないしは濫用の事実について悪意・重過失の場合に、本人の負担において、相手方が有権代理的構成によって保護を受けるのはどうみても妥当性を欠くので、本人は、相手方ないし第三者の悪意を立証し悪意の抗弁で対抗しうる。具体的な理論構成としては、心裡留保類似の関係がなりたつので心裡留保に関する規定の趣旨を類推適用する。濫用行為を代理行為として常に有効とし、他方、悪意の相手方の権利行使を違法とするのであるから、この場合には、相手方の権利行使が権利濫用といえる程度に不法性が強いものであることが必要とされるので、相手方が悪意であるか悪意に準ずべき重過失がある場合に限定されてこよう<sup>50)</sup>。

また、本人に過失があった場合には、本人が一切の責任を負うが、過失の程度によっては、共同過失として、それぞれの過失の程度にしたがって、損失を分配するというような理論を構成すべきであろうとのべて、過失相殺的処理の

可能性に言及されている<sup>51)</sup>

更に、代理における内部関係と外部関係の分離・無因論を基礎に代理理論を展開しているのが学説の趨勢であり、本人の利益保護と相手方の信頼保護を調整するために、内部関係と外部関係との相関関係においてとらえていくことの必要性和これに関連して、代理人行為説にのみこだわることなく、本人行為説や共同行為説を見直す必要があり、代理理論が再検討されるべき段階にきていることは否定しえない旨述べられている<sup>52)</sup>

(b) 星野英一説は、最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁(事案は、株式会社の代表取締役が、自己の利益のため表面上、会社の代表者として会社所有の建物を売り渡したというもの)の判例批評<sup>53)</sup>において、相手方保護理論については、於保説と同旨の見解を示し、又、相手方保護範囲に関しては、概ね次のような見解を示されている。すなわち、相手方が代表機関の真意を知っていた場合に、保護に値するものは、法人であって相手方ではないので、法人に効果が帰属しないとする点にはまず異論がなく、問題は、相手方がこれを「知り得べきものであったとき」をどう解するかであり、「知り得べき」ときとは何か、相手方にどの程度の注意義務を課するのかが妥当かを考える必要がある。民法57条とのバランスを考えると、「相手方としては、進んで代表機関が私利をはかるために代表行為をしているか否かについてまで調査する必要はないが、とって、特に何をしなくても代表機関の私利をはかろうとの真意が通常人なら当然わかるような場合(大判大正10年1月3日はこの事例であろうか)には、保護に値しないといえよう」という旨の見解を示されている。また、星野説は、続けて、「知り得べきとき」、「過失」の語について、各場合につき、その内容、すなわち、その者に要求される注意または作為不作為の義務が異なっている点を指摘されている<sup>54)</sup>

また、星野説は、『民法概論Ⅰ(序論・総則)』においては、重過失ある相手方不保護の立場をとられる。すなわち、法人の理事が、売得金を私腹するために法人の財産を売るなど私利をはかるために法人の財産を売るという事案を念

頭に置かれ、判例が、民法93条但書を類推適用して相手方が右の事情を知りまたは知りうべきものであったときは代表行為として効力を有しないとしていることにふれられて、そこにいう「知りうべき」は、「右の事情を相手方が知っていたとき、または、誰が見てもその事情がわかるのに気のつかなかったとき(通常「重過失」と呼ばれるものにあたる)」の意味に解すべきであるとされる<sup>55)</sup>

(ウ) 「知りうべかりしとき」は「知っていたとき」の認定を志向した認定判断のための安全弁的機能をもつに過ぎないと解する説

東孝行説は、最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁(事案は株式会社製菓原料店主任が同人らの利益をはかる目的をもってその主任としての権限を濫用し、製菓原料店名義を用いて相手方と取引をしたというもの)の判例批評<sup>56)</sup>において、詳細に検討されているが、本稿に関連する限度でその概略を以下に紹介すると次のとおりである。すなわち、まず相手方保護理論については、於保説と同旨であられる。

相手方保護範囲に関しては、93条但書類推説によるとき、相手方が代理人(代表者)の背任的意思を「知っていたとき」に加え、「知りうべかりしとき」が付加されるが、この説のもとでは、「知りまたは知りうべかりしとき」の主張・立証責任は本人(法人)の側にあり、かつ、この説に従う多くの裁判例を分析すると、その立証が成功している事例が少なく、「知りうべかりしとき」は「知っていたとき」の認定を志向した認定判断のためのいわば安全弁的機能をもつにすぎないことがうかがえる。それゆえ、権利濫用説が、民法93条但書類推適用説よりも取引の安全の保護の観点から見て優れているとはいえないとされる。

また、代表者につき民法54条(理事の代表権に加えた制限の第三者への対抗に関する規定)等により解決せんとする説への批判として、本問は、悪意者不保護の問題であり、善意者保護を志向していないのに、この説は両者を混同しているとされる。すなわち、本問の場合および心裡留保の場合における悪意者不保護の法技術は悪意者(またはそれに準ずる者)に行為の有効性を主張させることは信義に反し妥当でないので、これを法の保護から排斥しようとする



ものであって、善意者を特別に保護しようとするものではない旨の見解も示されている。この区別は、「知りまたは知りうべかりしとき」の主張・立証責任の負担のところで、意味を持って来るとされる<sup>57)</sup>

#### (エ) 無過失を要しない場合と要する場合とを分ける説

平野説は次のようなものである<sup>58)</sup> すなわち、代理権濫用として念頭に置かれる事案は、代理人に背任的意図がある場合に限られ、代理人に自分の利益を図る意図がない場合を次のように明確に除外されている<sup>59)</sup> すなわち、権利濫用がこの場合にはないので、権利濫用の効力を相手方に対抗できないが、相手方の契約締結に際しての説明義務などを理由として本人に対する何らかの損害賠償責任を問題にすることができるだけであるとされる。

相手方保護理論については、①於保説と同様、顕名の要件の「本人の為め」というのは、その行為の帰属先を示すことを意味するに過ぎないこと、②山本敬三説と同様に、本人との委任契約上、本人の利益のために行動しなければならない契約上の義務を負うが、それは、本人と代理人の委任契約上の関係における債務的拘束にすぎず、対外的な代理権は客観的に定められること。以上のことを理由に、代理人が背任的意図ある代理行為をした場合でも、代理の顕名そして本人への効力帰属に影響がない旨の見解を示されている。この結論は、本人はそのような代理人を選任したことによるリスクを自己責任として自ら負担すべきであり、使用者責任（715条1項）の趣旨とも整合性が保てることから妥当であるとされる<sup>60)</sup>

しかし、代理行為の相手方が、代理人の背任的意図につき悪意であった場合には、本人の方を保護すべきであるとされる。その理由として、本人も被害者であるので、第三者が本人に損失を負担させて保護されるにふさわしいものでなければならないからであるとされる。問題は相手方が善意・無過失であった場合にいずれを保護するか、また効力否定を法的にどう根拠付けるかであるとされる。更に、無権代理説、信義則説、付随義務違反説などの他説を詳細に検討された上で、93条において二つに分け、無過失を要しない場合と要する場

合とを分ける立場<sup>61)</sup>にあわせて、93条類推適用の場合も無過失を要求する場合と要求しない場合とを分け信義則説と同じ結論を実現する解決を提唱されている<sup>62)</sup>。

#### (オ) その他

たとえば、我妻栄『新訂民法総則』<sup>63)</sup>においては、相手方保護理論については、於保不二雄説と同旨であり、「本人の為にする」とは、その行為の法律的效果を本人に帰属させようとするので、代理人に背任的意図がある場合にも、行為の法律的效果を本人に帰属させようとする意思は存在するので、代理行為の成立に影響がない旨の見解である。相手方保護範囲に関し、「背任的意図をもっていることを相手方が知りまたは知りうべかりしときは、相手方の立場を考慮することなく、本人の利益をはかることが適当である」旨の記述があるだけであり、「知りうべかりしとき」の内容に関する詳しい記述はない。

#### (5) 戦後の学説の小括

戦後の諸学説のうち、善意・有軽過失の相手方不保護の説についてはすでに、小括したので、それ以外の説を中心に小括すると次のようなことであった。各説が念頭におく事案については、我妻説、星野説、東説、平野説は、代理人に背任的意図がある場合を念頭におかれる。森泉説は、客観的濫用の場合も含めておられる。

相手方保護理論については、①代理人に背任的意図がある代理行為でも形式的には代理権の範囲内であること（森泉説、平野説）（平野説は、これを基礎付けるために本人の利益のために行動しなければならない契約上の義務は、本人と代理人の委任契約上の関係の債務的拘束にすぎず、対外的な代理権は客観的に定められるべきことを述べている）、②「本人の為にする」とは、その行為の法律的效果を本人に帰属させようとするので、代理人に背任的意図がある場合にも、行為の法律的效果を本人に帰属させようとする意思は存在するので、代理行為の成立に影響がないこと（我妻説、星野説、東説、森泉説、平野

説), ③代理人の選任責任(森泉説, 平野説)(森泉説は, 代理人の選任責任だけでなく, 背信的代理行為をなすに至った代理権授与責任も問題としている), ④履行補助者的構成(森泉説)などが挙げられている。

①については, 同旨の見解は, 第一次大戦後の新思潮期の商法学者である大浜信泉説が唱えており, 戦後の善意・有軽過失の相手方不保護の説のうち半田吉信説, 内田貴説, 山本敬三説もとっているものである。②については, 戦後の善意・有軽過失の相手方不保護の説のうち, 於保説が唱えられたものであるが, 幾代説, 中井説, 半田吉信説もとられている。③については, 戦後の善意・有軽過失の相手方不保護の説のうち, 内田貴説, 山本敬三説もとられる。

相手方保護範囲及び保護範囲確定の根拠については, 森泉説が, 悪意の相手方の権利行使を違法とするのであるから, 相手方の権利行使が権利濫用といえる程度に不法性が強いものであることが必要とされるので, 相手方が悪意であるか悪意に準ずべき重過失がある場合に限定する説を唱えている。星野説は57条とのバランスから, 「知りうべき」は, 「右の事情を相手方が知っていたとき, または, 誰が見てもその事情がわかるのに気のつかなかったとき(通常「重過失」と呼ばれるものにあたる)」の意味に解すべきであるとする。東説は, 多くの裁判例を分析し93条但書類推説にいう「知りうべかりしとき」は「知っていたとき」の認定を志向した認定判断のための安全弁的機能をもつに過ぎないと解する。また, 平野説は, 93条類推適用の場合も無過失を要する場合と要しない場合とを分け, 信義則説と同じ結論を実現する解決を提唱される。

代理の種類により相手方保護範囲に差異を設ける説として, 平野説がある。代理の法的構成との関係では, 森泉説が, 代理における内部関係と外部関係の分離・無因論, 代理理論の再検討の必要性に触れられている。また, 過失相殺的処理についても, 森泉説が言及されている。

### 三 総 括

以上に見てきたように、心裡留保規定に依拠する説のなかで、相手方保護範囲について、様々な見解が唱えられていることが明らかになった。以下では、以上のような議論状況を前提に、この代理権濫用と相手方保護範囲という問題を解決するために、さしあたりどのような検討を加えていけばよいのかという今後の検討課題を示してみたい。

#### (1) 代理権濫用の意義

代理権濫用として念頭におかれる事案は様々であり、代理人に背任的意図がある場合が典型であるが、本人の代理人に対する指図違反行為、代理人に背任的意図のない代理権の客観的濫用の場合<sup>64)</sup>も代理権濫用事案であるとされることがある。以上に見てきた心裡留保規定に依拠する諸見解の多くは、代理人に、背任的意図がある場合を念頭においているといえる。心裡留保規定に依拠する諸説のうち、代理人に背任的意図がない客観的濫用の場合でも足りるとする説は、森泉説だけである。森泉説は、「(客観的に本人の利益を害すべき行為をなした) 代理人」<sup>65)</sup>という表現をし、代理人に背任的意図がない場合にも代理権濫用を問題とされる。平野裕之説は、明確に、客観的濫用の場合を代理権濫用の事案から除外しているのであった。

濫用として唱えられるためには、代理人に背任的意図があることを要求すれば、それだけ、本人保護に薄く、相手方保護に厚いことになる。すなわち、本人が相手方に対し、濫用の異議を唱えるためには、代理行為により本人に損害が発生し、相手方が代理行為時に代理行為により本人に損害が生ずることを認識していたことだけでは足りず、更に、代理人に、背任的意図が代理行為時にあり、これを相手方が認識していたこと等も必要になるからである。このように、相手方に濫用の異議が唱えられるためには、代理人に背任的意図があることを要するかという問題を解決することは相手方保護範囲を確定するに際し、

意味を持ってくる。

更に、指図違反の代理行為も代理権濫用事例として扱うべきかという問題もある。これに関して、指図違反の代理行為を念頭において、代理の本質論において本人行為説をとると、取引の安全を害することになる旨の見解を中島説が唱えている<sup>66)</sup>

相手方保護範囲を確定するに際しては、濫用の異議が唱えられるためにはどのような代理人の行為の態様（代理人に背任的意図ある場合、背任的意図がない客観的濫用の場合、指図違反の場合）が要件とされるのかが検討される必要がある。

## (2) 代理取引における相手方保護理論

心裡留保規定に依拠する諸説は有権代理的構成をとるので、いずれの学説も、代理人が背任的意図を有して代理行為をしても、原則として代理行為の効果は本人に及ぶと解する点には異論はないものと思われる。そのように解する根拠はすでに、小括しながらみてきたように、様々である。

ところで、高橋三知雄博士、伊藤進教授、福永礼治教授などによる、ドイツ代理権濫用論の詳細な研究<sup>67)</sup>によれば、ドイツにおいては、代理権濫用論の出発点となる相手方保護理論として、代理権の範囲の無因性という概念があることが知られる。我が国の心裡留保規定に依拠する諸説においては、このような共通の出発点は明確な形では存在しないように思われる。しかし、代理権の範囲の無因性という言葉は用いられないが、93条に依拠する説の中では、商法学者の大浜信泉説に始まり現在では多くの民法学者によりとられている根拠付け、すなわち、代理人に背任的意図がある代理行為でも形式的には代理権の範囲内であるとされることは、これとほぼ同旨のものとして解する余地がある。また、この根拠付けを明示しない場合であっても、93条に依拠する諸見解は、代理人が背任的意図をもって代理行為をしても原則として有権代理であることを前提としていると解されるので、この根拠付けは、いずれの見解にも共通す

るべきものであるとも解しうるのではなからうか。

相手方保護理論を明確にすることによって、相手方保護範囲の確定という問題が解決されると解される。ドイツでは、代理権濫用論の出発点に代理権の範囲の無因性という概念が必ず来るので、この代理権の範囲の無因性という概念の内容を明らかにし、わが国においても相手方保護理論として代理権の範囲の無因性という概念が認められるべきかの一層の検討をなすことが必要となると解される<sup>68)</sup>

### (3) 代理の種類により相手方保護範囲に差異があるか

四宮和夫『民法総則』(弘文堂, 第4版)には、93条但書類推適用説では「代理権の種類化(任意代理と法定代理の区別)はむりといえよう」という記述が見られる<sup>69)</sup> 実際には、93条に依拠する各説をみると、民事代理・商事代理、あるいは任意代理・法定代理、法人代表という代理(代表)の種類により相手方保護範囲に差異を設けることに言及する見解が存在する。たとえば、於保説は、前にみたように、竹田博士が唱導された権利濫用・信義則説によると相手方保護に関し、悪意重過失を一層制限することになるという批判を加えている中で、善意保護は、民事では善意無過失を原則とし、商事では悪意重過失を排除するのが原則である旨の見解を明らかにしているのであった<sup>70)</sup> 於保説によれば、民事と商事とで相手方保護範囲に差異が生じることになる。また、於保説は、最判昭和44年11月14日民集23巻11号2023頁の判例批評で、「権限濫用の手形行為については、手形行為の特殊性または商事行為の特殊性というものが混入する可能性があり…」<sup>71)</sup>と述べていた。不動産の売買のような民事取引か手形行為かというような代理行為の種類によっても相手方保護範囲が異なってくる可能性もある。

内田貴説も、代理権の濫用を代理の種類に応じて考えていく必要があると解する説である。法定代理人の権限濫用をどう構成するかについて、任意代理と全く同様に構成することも可能であるが、無能力者保護の要請を前面に出して

すべて効果不帰属と構成することもありえ、任意代理の場合よりも本人保護にウエイトを置いた解釈論も十分理由がありそうであるとされる。他方、営利法人の代表者については、法人は、自らのリスクで信頼できる代表者を選ぶべきであるという議論が説得的であり、代表者の行為を監督するための仕組みもあるので、なるべく法人に効果を帰属させて取引の安全を図るべきである旨の見解を示されている<sup>72)</sup>

以上のように、心裡留保規定に依拠して解決する説のなかにも、代理の種類により相手方保護範囲に差異を設ける説は存在する<sup>73)</sup>。代理権濫用につきどのように法的構成をする場合であっても、代理の種類、代理行為の性質を考慮して相手方保護範囲を確定していくことの必要性・可否についての検討が必要とされよう<sup>74)</sup>

#### (4) 代理の法的構成との関係

代理の法的構成とは、代理等の場合、本人に法的効果が生ずるのは何故か、その法的根拠をどこに求めるかについての議論である<sup>75)</sup>。その概略を示せば次のとおりである<sup>76)</sup>。すなわち、本人行為説、代理人行為説などが存在する。本人行為説とは、代理人は、本人の授権行為に基づいて意思表示をなすものであり、代理人のなす意思表示は本人の意思表示にすぎず、法律行為の当事者は本人であるゆえに、当然に本人の権利及び義務の効果が発生するというものである<sup>77)</sup>。代理人行為説は、代理において、法律上の行為者は代理人であって、ただその効果のみが、直接本人に帰属するというものである<sup>78)</sup>

この代理の法的構成と相手方保護範囲との関係については検討の余地がある。すなわち、どのように代理を法的構成するかにより、相手方保護範囲に差が生ずるかという問題の検討である。この点につき、中島玉吉説が、指図違反の代理行為の事例に関してであるが、本人行為説をとると取引の安全を害することになる旨の指摘をなす記述が存在するのであった<sup>79)</sup>

また、森泉章説は、権限濫用行為に関連して本人の利益保護と相手方の信頼

保護を調整するために内部関係と外部関係との相関関係においてとらえていくことが必要であり、これに関連して代理人行為説にのみこだわることなく、本人行為説や共同行為説を見直す必要があり、代理理論が再検討されるべき段階にきていることは否定しえないという見解を示されていた<sup>80)</sup>

伊藤進説は、表見代理説に立たれるが、代理権濫用問題を代理人の内心的効果意思との関係でのみ解決することにつき、代理の本質を本人行為説あるいは統一要件論に求めようとする立場からは認できない旨の見解を述べられ<sup>81)</sup> 代理による危険を本人、第三者、代理人のいずれに負担させるかについて次のような見解を示されている。すなわち、「代理に伴う危険は代理制度自体の中に構造的に存在する危険として受け止め、この危険あるいは危険により生ずる不利益をどのような場合に誰に負担させるかの法政策的価値判断のもとで、代理効果の帰属を考えていく必要がある。この際にはこれまでのように本人と第三者との間の利害についての価値判断にとどまらず代理人の利害をも考慮に入れて判断することも重要である」<sup>82)</sup> という見解を示されている。

代理の法的構成が相手方保護範囲を決定する際にどのような影響を与えるのかの検討が必要であると思われる。

#### (5) 本人に過失ある場合—過失相殺的処理—

相手方に代理権濫用につき過失がある場合でも、本人にも代理人監督上の義務の違反等の過失があるときの過失相殺的処理について<sup>83)</sup> わが国においては、すでにみたように、心裡留保規定で処理する見解のうち、森泉説が、過失相殺的処理について言及している。過失相殺的処理を認めれば、相手方・本人双方の過失割合に応じた相手方の一部保護ということになる。この問題も、そもそもわが国とドイツとでは代理取引における相手方保護理論に違いがありえるので、ただちにわが国に取り入れることは容易ではないとおもわれるが、なお検討の余地があるものと解される。



## (6) 相手方保護要件に関する一般的な研究との関係

最後に、保護要件の決定要因に関する一般的な研究とこの問題との関係も整理する必要がある。東孝行説は、本問の場合における悪意者不保護の法技術は、悪意者を法の保護から排斥しようとするもので、善意者を特別に保護しようとするものではない旨の見解を示されていたのであった<sup>84)</sup> 本問を善意者保護の問題と捉えるか、悪意者不保護の問題と捉えるかによって、「知りうべかりし」の立証責任に差異がでてきうるとされる<sup>85)</sup> また、難波譲治「第三者保護要件の諸相」では、保護要件の決定要因として、①外観の存在の程度②帰責事由との相関関係③商事性、取引の迅速性④他の制度、条文とのバランス⑤立証責任、登記等⑥諸要因の組み合わせを挙げられている<sup>86)</sup> これら、相手方保護要件の決定要因に関する一般的な研究の成果も参考にしつつ、代理権濫用と相手方保護範囲の問題を検討していく必要がある。

## 四 お わ り に

本稿は、代理権濫用と相手方保護範囲という問題につき、今後、検討を進めていくための基礎資料として、従来の諸見解のうち、93条に依拠して解決する諸説を整理・検討したものである。今後の検討課題としては、わけても、わが国における代理取引の保護理論として、ドイツにおけると同様に、代理権の範囲の無因性という概念を取り入れることができるのか、代理権の種類、代理取引の種類により相手方保護範囲に差が生ずるのか、そして、代理の法的構成と相手方保護範囲との関係については、一層、検討する必要がある。以上のことを検討した上で、代理権濫用論における相手方保護範囲という問題は解決されうるものと思われる。また、本稿では、「知りうべかりしとき」の主張・立証責任の問題については十分触れることができなかつたのでこの点も他日に期したい。

## (追記)

大学院時代から御指導を賜りました、三好登先生からの日頃の学恩にこの場を借りて謝意を表します。また、この論文を掲載する機会をお与え頂いた松山大学論集編集委員会にも謝意を表します。

## 注

- 1) 本稿は、紙幅の関係上、わが国における代理権濫用に関する通説的地位を占めていると目されている、心裡留保規定に依拠する諸学説に検討の対象を限定し、代理権濫用と相手方保護範囲の問題の整理をして、今後の検討課題を示すことを目的とするものである。なお、他の法的構成(信義則説、表見代理説等代理理論による説)における相手方保護範囲の問題の整理・検討については、他日に期す。

ところで、代理権濫用事例における、相手方保護範囲という問題の研究として、すでに、福永礼治「代理権の濫用と相手方保護」Law School 30号24頁以下(昭56)、遠田新一『代理と意思表示論』(法律文化社、昭60)などが存在する。福永論文は、民法93条但書類推説、代理権濫用説、民法54条準用説、表見代理説につき、どの程度の過失をもって「悪意」と認定し、代理の効果を否定しうるか、悪意の立証責任は誰が負担すべきか、第三取得者の保護は可能かについて各理論構成について検討を加えられている。遠田新一『代理と意思表示論』においては、遠田博士は、代理制度の内在的統制原理は、自己契約、双方代理禁止の法理(民法108条)及び利益相反行為禁止の法理(民法57条、826条、847条等)であるとされ、これらの法理を手がかりとして、信義則により善意の相手方を保護する解釈論を見つけださなければならないとされる。そのために、代理権濫用に関する判例を総合的に検討され、内在的統制原理による解決が、また比較法的に類似の解決が可能で妥当であるかを検討されている(遠田新一『代理と意思表示論』7頁以下参照)。紙幅の関係上、福永説、遠田説を含めた代理理論による諸説(表見代理説、無権代理直接形成説、民法108条説等)の整理は別稿を予定している。

- 2) 我妻栄『新訂民法総則』345頁(岩波書店、昭40)参照。ちなみに親権者の代理権濫用の場合には、最高裁の判例(最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁)においては、法人代表権限濫用(最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁)や商業使用人の権限濫用の場合(最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁)と比較すると、代理権濫用にあたるとされる場合が更に限定されるようである。すなわち、「子の利益を無視して自己または第三者の利益を図ることのみを目的としてなされるなど、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存しない限り、親権者による代理権の濫用に当たると解することはできない」という判断を示している。このような限定が加えられるのは、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、

むしろ制限能力者の保護に役立つと考えられるためであるとされる（山本敬三『民法講義 I 総則』372頁参照（有斐閣，平13）参照）。この最判平成4年12月10日については、福永礼治「代理の種類と代理権濫用についての覚書—最高裁平成4年12月10日判決を契機として—」品川孝次先生古稀記念『民法解釈学の展望』71頁以下（信山社，平14）ほか参照。本稿では、検討の対象を主に任意代理に限定し、親権者などの法定代理における相手方保護範囲の検討については他日に期す。

- 3) 拙稿「わが国における代理権の範囲の無因性に関する一考察—明治民法典成立の前後期までを中心として—」下関市立大学論集45巻1号11頁以下（平13）参照。
- 4) たとえば、浅沼武判事は、最判昭和42年7月6日金判67号16頁（表見代表取締役が会社の営業目的外の資金調達を目的をもって会社代表取締役に無断で約束手形を振り出したという事案）の判例批評で、「代表者等が相手方と通謀しその権限を濫用し、背任的行為をした場合にもその効果を本人に及ぼして共犯者を利するのはいかにも正義感の許さないところであり、これと同様に共謀こそなければ、相手方が代表者の権限濫用を知悉しながらこれと取引する場合も、本人への効果を否定し得なければならない」という見解を示されている（浅沼武「判批」金判504号12頁（昭43）参照）。加藤雅信説も、「相手方が悪意のとき、とりわけ代理人と共謀して…途中筆者省略…売買契約を締結した場合にも、いわば被害者ともいふべき本人がその売買契約に拘束され、要保護性のない相手方が法律行為の効果を享受できるとするのは、妥当性を欠く」旨の見解を明らかにされている（加藤雅信『新民法大系 I 民法総則』307頁以下（有斐閣，平14）参照）。
- 5) 星野英一「判批」法協82巻4号99頁（昭41）、森泉章『公益法人の現状と理論』108頁（勁草書房，昭57）、幾代通『民法総則』311頁（青林書院，第2版，昭59）、平井一雄「代理権の濫用」法セ385号40頁（昭62）、平野裕之『民法総則』336頁（日本評論社，平15）参照。なお、於保不二雄説については、本稿項目二(4)ア(a)参照。
- 6) 平井一雄教授は、「相手方が代理人の背信的眞意を知っていた（悪意）という場合には、本人は自己に効果が生ずることを否定しうるということに異論はないが、相手方が過失で知りえなかったという場合については、学説が分かれている。本人保護と相手方保護との調和をどのあたりに求めるかで考え方に差が生ずるからであり、また、代理権の性質をどう見るか、任意代理と法定代理とを分けて扱うのが妥当か、という点でも相違があるからである」と述べられる（平井，前掲注5）40頁参照）。
- 7) ドイツにおける代理権濫用に関する議論については、すでに、高橋三知雄『代理理論の研究』205頁以下（有斐閣，昭51）、伊藤進「ドイツにおける「代理権の濫用」理論」明大法論49巻5号102頁（昭52）〔伊藤進『任意代理基礎理論』175頁以下（成文堂，平2所収）〕、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論（1）（2・完）」上智法論22巻2号・3号（昭53，54）ほかにより詳細に紹介、検討がなされている。
- 8) 拙稿，前掲注3）11頁以下参照。

- 9) わが国における代理権濫用に関する学説史については、拙稿「代理論史—代理権濫用論を中心に—」水本浩=平井一雄編『日本民法学史・各論』41頁以下(信山社, 平9)参照。
- 10) 前掲注7)の高橋三知雄博士, 伊藤進教授, 福永礼治教授の研究参照。
- 11) 伊藤説は, この点に関し, 貴重な見解を述べられている(伊藤, 前掲注7) 89, 102頁以下(『任意代理基礎理論』211, 223頁以下参照, 本稿項目三(4)参照)。ところで, 川島武宜博士は19世紀ドイツにおける本人行為説や共同行為説などの学説は, ローマ法では承認されていなかった代理を有効として承認するための理由付けないし正当化の論理構成を目的とするものであり, 現代法では代理の有効性を正当化する実際上の必要性はなく, 本人行為説とか共同行為説などの19世紀ドイツの論争は全く意味を持たない旨の見解を述べられている(川島武宜『民法総則』306頁(有斐閣, 昭40)参照)。しかし, 本稿は, このような代理の本質論が, 相手方保護範囲の確定に意味を持つものであるか否かの検討をなすことは必要なのではなかろうかとの立場に立つ。
- 12) 拙稿, 前掲注9)論文参照。
- 13) 時代区分については, 水本浩=平井一雄編『日本民法学史・通史』(信山社, 平9)2頁以下の「二 日本民法学史の時代区分」を参考にした。
- 14) 中島玉吉『民法釈義』552頁(金刺芳流堂, 訂正4版, 大4)。なお, 中島玉吉が参照判例としてあげている判例(大判明治38年6月10日)の事案は, 支配人の権限濫用に関するものである。
- 15) なお, 代理権濫用事例における相手方保護範囲の問題を考察するに際しては, 代理の本質論がこの問題にどのように関係しているのかという検討をすることも必要になると解するが(本稿項目三(4)参照), 中島玉吉『民法釈義』(550頁)に, 指図違反の行為と代理の本質論に関する記述がある。中島説は, 代表説(意思表示其モノト其効力トハ全ク主体ヲ異ニシ意思表示ハ全然代理人ノ意思ノ表示ニシテ其ノ効力ハ全然本人ニ帰スルモノトス(中島, 前掲書551頁参照))に立つが, 中島説によれば, 本人行為説は, 概ね次のようなものである。すなわち, 「代理行為の基礎をなすのは, 代理人の意思ではなく, 本人の意思であり, 代理行為の真の当事者は本人である。本人は, 言語または書面により意思表示をなすと同一の意義において代理人を中間人として意思表示をなす」。この本人行為説をとると, 指図違反の代理行為の場合に, 取引の安全を害することになるという。すなわち, 「本人カ代理人ニ指図ヲ與ヘタル場合ニ代理人之レニ反シ法律行為ヲ為ストキハ本人ニ対シ効力ヲ生セサルモノト云ハサル可カラス, 然ルニ此ノ如キハ取引ノ安全ニ害アリ」。なお, 指図違反の代理行為を代理権濫用事例に含めるかという点については, 考察が必要であると思われる。この点の検討については他日に期す。
- 16) 大判大正4年2月15日の事案は, 被上告人である村の前戸長が, 同村総代2名の連署をもって, 村尋常小学校改築資金のため公借名義により上告人より金1,500円を受領し, 利息及び弁済方法を契約したというものである。

- 17) 石坂音四郎「判批」法協 34 卷 12 号 129 頁以下（大 5）参照。はじめて、詳細に心裡留保規定に依拠して解決しうるかという点を検討したのはこの石坂説であると解しうるが、これ以前の華道文芸「判批」京都法学会雑誌 11 卷 4 号 80 頁以下（大 5）も同旨の説と思われる。
- 18) 石坂説は、代理人が背任的意図をもって代理行為をする場合には、代理意思がないと見ていると解されるのであるが、この点に関しては、於保不二雄説から、「代理人・代表機関が権限冒用行為をする場合には、むしろ、積極的に、代理行為・代表行為をする意思をもって行為するのであって、代理行為・代表行為をする意思がないことを心裡に留保して行為するという事は事実と反する」という批判がなされている。於保不二雄「判批」民商 50 卷 4 号 60 頁（昭 39）参照。
- 19) 石坂・前掲注 17) 134 頁参照。
- 20) 石坂・前掲注 17) 136 頁参照。
- 21) 石坂説は、前掲注 17) 136 頁以下で、次のように述べている。すなわち、「若シ相手方カ代理人ノ真意ヲ知り又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ヲ無効トナスニ於テ不当ナル点アルヲ見ス…途中筆者省略…相手方カ代理人ノ真意（即本人ノ為メニスル意思ヲ有セサルコト）ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テモ尚代理人ノ意思表示ハ本人ニ対シテ効力ヲ生スル結果ヲ生ス是レ徒ニ理由ナキ制限ヲ加フルモノナリ」。
- 22) 末弘巖太郎「判批」『民法判例研究会 判例民法 大正 10 年度』11 頁以下（有斐閣）参照。
- 23) 末弘，前掲注 22) 13 頁参照。
- 24) 我妻榮『民法総則』478 頁以下（岩波書店，昭 5）参照。
- 25) 大浜信泉「判批」民商 1 卷 2 号 63 頁以下（昭 10）参照。
- 26) 大浜，前掲注 25) 65 頁参照。
- 27) 大浜，前掲注 25) 67 頁参照。
- 28) 代理意思の理解についての、石坂説・我妻説と大浜説の違いの詳細については、拙稿，前掲注 9) 64 頁以下参照。
- 29) 大浜，前掲注 25) 68 頁参照。
- 30) 注 15) 参照。
- 31) 於保不二雄『民法総則講義』219 頁以下（有信堂，昭 34）参照。この見解は、相手方保護理論の部分は、ドイツ的解釈法学全盛期中の中島玉吉の見解と同趣旨であると解される。本稿項目二(1)(a)参照。
- 32) この判例批評において、於保説は、心裡留保説について詳しく検討を加えられ、また、代理権冒用行為と善意の第三者保護の問題は、双方代理・自己契約・利益相反行為と善意の第三者保護の問題と密接に関連することにも言及されている（於保，前掲注 18) 63 頁参照）。

- 33) 於保, 前掲注18) 59頁参照。於保判例批評が指摘している最判昭和39年9月5日の原審(東京高裁昭和35年8月1日民集17巻8号929頁)は、「代表取締役が会社を代表して行為をする場合にその経済的利益を自己に収める底意があったと云う事実は何等会社に対する効果に影響はない」という判断を示している。これに対して、上告理由では、「此の判決を認容すれば法人の財産は外部から糸を引く悪意の相手方によりて常に不当の損失を蒙らしめられ、会社財産は常に危険にさらされて会社代表者に一切の代表権限を与える現行の会社制度に根本的改革を必要とすることになり、著しく正義衡平の観念と相反することとなる次第である」(民集17巻8号912頁参照)という主張が為されている。
- 34) 竹田説は、会社の代表者がその代表権限を濫用して小切手を振り出した事案の判例(東控判昭和12年10月29日新聞4215号13頁以下)の判例批評において、「事案取締役の小切手金の用途を問はず、当然その権限内の行為であり、会社が責任を負ふは当然だということになる。しからば、悪意の第三者に対してはどうなるか、この場合とても、取締役の権限内の行為たることは同じであるが、第三者がそのことを主張することが、法の保護の目的を超脱した権利の濫用だといふことになるのであると考へる」という見解を示している(竹田省「判批」民商7巻2号340頁以下(昭13))。本文中の権利の濫用または信義則の法理により解決する見解のまとめは、於保・前掲注18) 61頁による。
- 35) 於保説の詳細は次のとおりである。「悪意の相手方又は第三取得者を排除するために権利濫用又は信義則の法理をもってすることは、いかにも不自然であるというのみでなく、鶏頭を断つに牛刀をもってするという感なきをえない。けだし、会社の側から職権冒用を理由として無効の主張をする場合ならとにかく、相手方は、悪意の場合でも、背任行為に積極的に加担して不正不当な利益の獲得を目的とする場合と、別に不正不当な利益の獲得を目的とすることなく結果的に背任行為を遂行せしめたにとどまる場合とがありうるからである。また、善意保護は、民事では善意無過失を原則とし、商事では悪意重過失を排除するのが原則である。権利濫用又は信義則の法理を適用すれば、悪意重過失を一層制限することにならざるをえない。果して、それ程の必要さがあるのか疑いなきをえない」(於保, 前掲注18) 61頁以下参照)。
- 36) このような結論を導くにあたって、幾代説は、大判明治38年6月10日民録919頁、大判大正6年7月21日民録1168頁、大判大正9年10月21日民録1561頁などを参照されている(幾代, 前掲注5) 312頁参照)。ちなみに、大判明治38年6月10日判決の要旨は次のようなものである。「若シ代理人ノ真意如何ニヨリ其権限内ニ於テ為シタル意思表示ノ効力ニ影響ヲ及ホスヘキモノトセハ一方ニ於テハ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ危惧シ安シテ代理人ト取引ヲ為シ得サラシメ他方ニ於テハ代理人ト本人トノ通謀ニ因リ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシメ得ルノ弊風ヲ助長スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘキヲ以テナリ」(大判明38年6月10日民録11輯919頁以下)。
- 37) 幾代, 前掲注5) 311頁以下参照。同旨の見解として、内田貴『民法I 総則・物権総

- 論』142頁以下（東京大学出版会，第2版補訂版，平12）参照。
- 38) 中井美雄「代理権の濫用」法セ318号149頁以下（昭56）参照。
- 39) 中舎寛樹「代理人の権限濫用行為と民法九三条の役割」名法90，92頁（昭57）参照。
- 40) 中舎，前掲注39）97頁参照。
- 41) 辻正美「判批」別冊法教『民法の基本判例』36頁（昭61）参照。なお，辻正美説は，『民法総則』295頁以下（成文堂，平11）では，代理権消滅後の代理行為の効力に関する民法112条の規定の類推適用説をとられている。
- 42) 川井健ほか編『民法コンメンタール 総則3』308頁以下（半田吉信）（ぎょうせい，平元）参照。半田説は，更に，法定代理の場合に検討を進められ，法定代理人を付す目的が，行為能力を有しない本人や代理権の制限された相続人の利益の保護等である点を考慮すれば，相手方よりも本人保護を優先すべきという考え方も成り立つが，法定代理人の行為の相手方が任意代理人や法人の代表者の行為の相手方と同じ利益状況下に置かれているとみられることも多く，一般的に保護に値しないとはいえないように思われるので，既に述べた代理権の濫用に関する理論が適用されるべきであるが，法定代理の場合には，相手方の善意・無過失の認定にあたっては厳格な判断が要求されようとの見解を示されている。
- 43) 内田，前掲注37）142頁以下参照。伊藤進説は，この内田説に着目され，内田説が，代理権濫用との関係でであるが，代理について民法の規範体系と整合的な法律構成をすることを強調していることを指摘されている。伊藤進「代理の法的構成に関する覚書」明大法論74巻4・5合併号115頁（平14）参照。
- 44) 本稿項目三(3)参照。
- 45) 山本，前掲注2）368頁以下参照。
- 46) 本文中に挙げた説のほか，善意・無過失の相手方保護という立場をとる説として，近江説がある（近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則』207頁以下（成文堂，第3版，平13）参照）。近江説は，権利濫用説が，相手方保護範囲に関して，権利濫用とされるほどの高度な「悪意または重過失」を要求するのだから，その基準を裁判官に委ねる不明確さはともかく，民事事件の処理としては「悪意または重過失」というのは妥当ではない旨の見解を示されている。
- 47) 森泉章『公益法人の現状と理論』111頁（勁草書房，昭57）参照。森泉説は，高橋三知雄博士が，93条但書の類推適用の基礎が失われたことを示すために，ドイツの学説を引用しつつ，ドイツでは代理人が背信的意図はなくとも，客観的に本人の利益を害する行為がなされ，その事実を相手方が知りうべき場合であれば，効果は本人に及ばないという「客観的濫用」の可能性が承認されていることを指摘していることを紹介している。
- 48) 森泉，前掲注47）112頁参照。
- 49) 森泉，前掲注47）119頁以下参照。
- 50) 森泉，前掲注47）112頁以下参照

- 51) 森泉, 前掲注 47) 112 頁参照。
- 52) 森泉, 前掲注 47) 120 頁参照。
- 53) 星野英一「判批」法協 82 巻 4 号 539 頁以下 (昭 41) 参照。
- 54) 星野, 前掲注 53) 543 頁参照。星野説と関連して, 淡路説は, 通常の注意義務を用いずして知らない者をも保護する必要があるかどうかは疑問であるとされ, 星野説のいわれるごとく, 注意義務の内容・程度との関連で, 従って, 取引の諸類型との関連で, 知ることをうべかりし場合の具体的内容を豊富にしていくべきである旨の見解を示される (淡路剛久「判批」法協 85 巻 4 号 163 頁 (昭 43) 参照)。
- 55) 星野英一『民法概論 I (序論・総則)』136 頁 (良書普及会, 改訂版, 平 5) 参照。
- 56) 東孝行「判批」神戸 18 巻 1 号 149 頁以下 (昭 43) 参照。
- 57) 東, 前掲注 56) 154 頁以下参照。なお, 淡路説は, 大判大正 10 年 1 月 21 日民録 27 輯 100 頁や大判昭和 16 年 5 月 1 日新聞 4712 号 14 頁は知るをうべかりしケースであったので, 知るをうべかりしケースでどう判決されるかについては, 判例の線はかなり固まっているという見解を示される (淡路, 前掲注 54) 161 頁参照)。
- 58) 平野, 前掲注 5) 335 頁以下参照。
- 59) 平野, 前掲注 5) 340 頁参照。
- 60) 平野, 前掲注 5) 335 頁以下参照。
- 61) 平野, 前掲注 5) 164 頁以下参照。なお, 村田彰「心裡留保無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』334 頁以下 (日本評論社, 平 13) 参照。
- 62) 平野, 前掲注 5) 338 頁以下参照。平野説によると, 信義則説の概要は次のようなものであるとされる。すなわち, 代理権濫用の場合には, 取引安全の保護のために, いわば, 善意・無過失の第三者に, 権利濫用という本人・代理人間の効力を第三者たる相手方に対抗できないものとする必要がある。相手方が悪意, 有過失であれば権利濫用の原則に戻って, 本人への効力帰属を生じないことを第三者にも対抗できる。更に, 本人の利益との調整を考えて, ①法定代理の場合には相手方が悪意か有過失であったら保護されないが, ②任意代理では本人・代理人間に債権関係があり, 代理人選任のリスクは本人が負担すべきであるので, その分本人の保護は後退してよく, 相手方が悪意か重過失があった場合にのみ制限されるだけであるとされる。
- 63) 我妻栄『新訂民法総則』344 頁以下 (岩波書店, 昭 40) 参照。
- 64) 代理権の客観的濫用については, 拙稿「代理権の客観的濫用に関する一考察—代理人に背任的意図がない場合—」獨協法学 46 号 233 頁以下 (平 10) 参照。
- 65) 森泉章, 前掲注 47) 112 頁参照。
- 66) 注 15) 参照。
- 67) 注 7) 参照。
- 68) 遠田新一博士は, 代理権の抽象性・不可制限性, 或いは代理権の範囲についての考え方



- において、日本民法はドイツ民法と異なる旨の見解を示されている（遠田新一，前掲注1）『代理と意思表示論』194頁，遠田新一「代理権の抽象性と表見代理」『代理法理論の研究』161頁-211頁（大阪市立大学法学叢書（38），有斐閣，昭59）参照。
- 69) 四宮和夫『民法総則』241頁（弘文堂，第4版，昭61）参照。
- 70) 本稿項目二(4)(ア)(a)参照。
- 71) 於保不二雄「判批」民商63巻1号130頁以下（昭45）参照。於保説は，続けて，「権限濫用行為については商事売買についても民法93条但書を類推適用するという判例（昭和38年9月5日最高民判民集17巻909頁，昭和42年4月20日最高民判民集21巻697頁）の傾向と合わせて，手形行為についても同一法理を適用する最高裁の方向はほぼ固まったといっても妨げあるまい」と述べられる。
- 72) 内田貴，前掲注37) 144頁参照。
- 73) 本文に挙げたほか，たとえば，半田吉信説について，本稿項目二(4)(ア)(e)及び注42)，平野説について本稿項目二(4)(エ)及び注62) 参照。
- 74) 椿寿夫教授も，「任意代理では法定代理よりも取引安全を重視して，相手方が軽過失なら保護されるとする学説がある。こういう視点はひろく全般にわたり考慮してよい」という見解を示されている（椿寿夫『民法総則講義（下）』242頁（有斐閣，平6））参照。
- 75) 伊藤進「代理の法的構成に関する覚書」明大法論第74巻第4・5合併号（平14）95頁参照。伊藤説は，代理の法的構成について，代表，授權，使者などの代理等を視野に入れて，行為者と相手方との適法行為（法律行為）によって，本人に法的効果の生ずるのは何故かという問題の解明であるとされる。代理の法的構成に関しては，高橋，前掲注7)『代理理論の研究』，遠田新一『代理理論の基礎的研究』（広島大学叢書，広島大学政治経済研究所刊，昭51），遠田，前掲注68)『代理法理論の研究』，伊藤，前掲注7)『任意代理基礎理論』，佐久間毅『代理取引の保護法理』（有斐閣，平12）など参照。
- 76) 本稿では，代理の法的構成の概略については，伊藤，前掲注7)『任意代理基礎理論』16頁以下を参照した。
- 77) 伊藤，前掲注7)『任意代理基礎理論』17頁参照。
- 78) 伊藤，前掲注7)『任意代理基礎理論』26頁参照。
- 79) 注15) 参照。
- 80) 森泉章，前掲注47) 120頁参照。
- 81) 伊藤，前掲注7) 明大法論102頁（伊藤，前掲注7)『任意代理基礎理論』224頁所収）参照。
- 82) 伊藤進教授は，最近，実際，代理関係を創造するためには，代理人と本人と第三者（相手方）の三つの意思が必要とされるとする指摘に注目され，仮定的命題として，「三当事者法律行為」とでもいうべき法律行為類型の形成へと展開するものではないかという旨の見解を示されている。伊藤，前掲注43) 117頁以下参照。

- 83) 代理権濫用と過失相殺については、青野博之「代理権の濫用と過失相殺的处理—西ドイツ・連邦裁判所1968年3月25日判決を参照して—」判タ671号38頁以下(昭63)、中島秀二「濫用代理論批判」幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』79頁以下(有斐閣,平5)、拙稿「代理権濫用と過失相殺—本人に監督義務違反ある場合—」独協法学37号141頁以下(平5)ほか参照。
- 84) 本稿項目二(4)(ウ)参照。
- 85) 東, 前掲注56) 155頁参照。
- 86) 難波讓治「第三者保護要件の諸相」椿寿夫教授古稀記念『現代取引法の基礎的課題』76頁以下(有斐閣,平11)参照。他に, 相手方保護要件に関する一般的研究として, 多田利隆「信託保護における無過失要件の検討」民商81巻5号13頁以下(昭55)などがある。