

代理権の濫用について : その理論構成

その他のタイトル	Zur Lehre von Misbrauch der Vertretungsmacht
著者	高橋 三知雄
雑誌名	関西大学法学論集
巻	23
号	4-6
ページ	461-516
発行年	1974-01
URL	http://hdl.handle.net/10112/00026706

代理権の濫用について

—その理論構成—

高橋三知雄

はし
がき

(一) ドイツにおける代理権濫用理論

(二) 考察

むす
び

は し が き

一、代理人がその権限を濫用した場合、判例および民法の通説は民法九三条但書の類推によって、相手方が代理人の背任的意図を知りまたは知りうべきときには本人に対する代理行為の効力を否定する。これに対し商法の有力説は、権限が濫用されても有効な代理行為であることはかわりないけれども、悪意の相手方が本人に対し契約上の権利を行使することは権利濫用もしくは信義則に違反して許されないと解する。あるいはまた、代理権が濫用され相手方がこれを知りうべきときには、そのかぎりで代理行為は無権代理になると解する見解もある。⁽¹⁾

かつて、於保博士は、代理権濫用が民法五四条などの代理権の制限になるか否かを考慮する必要のあること、表見代理などの諸制度と全体的、総合的に把握する理論の必要なことを指摘され、表見代理を有権代理的に構成して代理権の制限の場合と同一の法理を適用することをそのひとつの道として示唆された。⁽²⁾ 筆者は、「委任と代理の関係について」(法学論集二十卷二号)において、代理権の有因・無因の問題の中心は、わが国においてなされているような委任が無効ないしは取消されたときに代理権授与行為がどのような影響をうけるかということではなく、むしろ、内部関係における義務違反が代理行為にどのような影響を及ぼすか、すなわち義務違反によって直ちに無権代理行為となるのか、それとも有権代理として存続しうるのかということにあること、そして、従来、無権代理と解されている表見代理は現実に与えられた代理権が本人との関係で正当性を欠くような形で行使される場合であり、代理権濫用の一形態であると解すべきではないかと述べた。筆者は、ここでは、委任と代理の関係については代理の本質と関係した多くの重要な問題がなお残されていると述べているが、筆者自身の問題意識においては、二つの重要な問題点が

残っていた。

そのひとつは、私見のように表見代理の有権代理化を考えるならば、権限濫用の問題として処理された事案と表見代理規定が適用された事案との比較・検討が必要となる。この点については、別稿の「表見代理と有権代理の交錯―権限超越の場合―」⁽³⁾において、その作業にとりかかりつつある。またそこでは、「委任と代理の関係について」では留保しておいた問題点、例えば、表見代理が成立する場合でも、相手方はなお無権代理の主張をなしうるかという問題について、私なりの解答を示している。

もう一つの問題点は代理権濫用理論そのものの研究であるが、当時は、必要な文献が入手できなかったため立入った考察ができなかった。そこで本稿においては、この問題について少し本格的に検討しようと思う。

二、ドイツにおいては、代理権の濫用にかんして、一九二九年の Kipp の論文にはじまり、一九三〇年代にはかなりの論文が発表されて活発な論争が展開されているが、かつて山田博士は Kipp や Siebert などの論文を踏まえつつ、わが国では表見代理として論じられている問題がドイツでは代理権濫用の領域で取扱われていることを指摘された。⁽⁴⁾これに対し川村フク子氏は、代理権の濫用と本人の容認に対する第三者の信頼保護を目的とする表見代理とはその次元を異にする⁽⁵⁾といわれるが、ドイツにおける一九三〇年代の論争においても両者の交錯の問題は意識されているし、近時、外観論の立場から表見代理を論じている Gottardt も同様のことを指摘する。⁽⁶⁾詳しい説明は以下に譲るけれども、川村氏のように両者を次元を異にする問題だともみてしまうわけにはいかないのである。

本稿は、ドイツにおける代理権濫用理論の発展のあとをたどりつつそこに現われた問題点を検討して、わが国におけるこの問題の解決の手がかりにしようとするものである。⁽⁷⁾先にも述べたように、本稿は、「委任と代理の関係につ

いて」と問題意識において明確につながっているが、できるだけ重複は避けたいと思うので、そこにおける論述をも参照していただきたい。代理権濫用理論にかんする私見は、基本的には以前の論文において述べたこととは変っていないが、以前の考えを修正・補充している部分もある。

なお、自己契約・双方代理の禁止が代理権濫用の問題として論じられることが多い。そのことは、以下で紹介する Egger や Rinck の見解に端的に現われている。自己契約・双方代理の禁止を代理権濫用理論の射程範囲に入れるためには、自己契約・双方代理は概念上は可能であるけれども本人の利益を害するおそれがあるため禁止されているという考えを前提とする。かつてのドイツの有力説のように自己契約は契約の概念からみて不可能であると解するならば、自己契約をなす代理権が与えられる可能性はなく、したがってその濫用ということはありません。私見は自己契約・双方代理を概念上不可能であると解しているので、この問題は代理権濫用理論とは別の観点から論ずべきであると考えている。この点についても別稿で私見を述べた。⁽⁸⁾したがって自己契約の問題は原則として以下の考察から除外したい。Rinck の見解などからは、自己契約についてもいくつかの示唆を得ているが、それらについては別の機会に改めて論じたいと思う。

- (1) 学説については、三和「代理人の権限濫用」演習民法(総則物権)一七七頁、浜上「代理人の権利濫用の行為と民法九三条」民法の判例二四頁など参照。
- (2) 於保・民商法雑誌五〇巻四号(判批)五五〇頁以下、注釈民法(4)一八頁。
- (3) 山木戸先生還暦記念「実体法と手続法の交錯」に執筆の予定である。
- (4) 山田「表見代理とドイツ民法」現代私法の諸問題(上)一七一頁、一七八頁以下。
- (5) 川村「ドイツにおける表見代理理論」(一)民商法雑誌五七巻六号八六二頁注(3)。

- (6) Gortardt, Der Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht im deutschen und im französischen Recht (1970), S. 20ff.; 高橋「表見代理における信頼の保護」法学論集二巻四・五・六号七八〜九頁。
- (7) 脱稿後 Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972) を入手した。六〇〇頁を越える大著であり、本格的検討は後日に委ねなければならないが、一度通読したかぎりでは、私見を変更する必要はないようである。
- (8) 高橋「代理人の自己契約」(一)法学論集一八巻四号一二二頁以下。

(一) ドイツにおける代理権濫用理論

ドイツにおいて代理権濫用の問題をはじめて本格的に論じたのは Kipp である。本稿においては Kipp およびそれに続く一九三〇年代の四つの学説と、近時、この問題を論じている二つの学説を中心に検討する。他にもなお関係の論文は存在するであろうが、重要な学説はほぼ取上げることができたのではないかと思う。

(1) Kipp

ドイツにおける代理権濫用理論の形成には判例が大きな役割をはたしたといわれているが、Kipp も判例を分析しつつ問題を論じている。

「BGB の立法理由書によれば、被後見人の財産に対する悪意ある (arglistig) 侵害となるような後見人の代理行為は、普通法においては被後見人を拘束しなかったが、かかる代理権の制約は後見人の代表権限 (Repräsentativgewalt) の観念と相容れないから、これについては後見人の背任 (Untreue) に対する刑法上の保護で済ませるのが正しいとする。しかし、このような結果は正当ではない。なるほど取引の安全は害されてはならないが、第三者が悪意であったり後見人と通謀 (kolludieren) したり、あるいは後見人の意図を知りうべき (kennen müssen) であつたときには

第三者を保護する必要はない」ところのが Kipp の出発点である。そしてローマ法と普通法について若干の叙述をしたのち、Kipp は BGB 施行後の判決を次のように分析する。⁶⁾

「一九〇二年六月二八日の判決 (RG. 52, 96ff.) は代理人が本人の意思に反して表示したことを相手方が知っていた (kennen) ことに重点を置いており、一九〇四年六月三〇日の判決 (RG. 58, 356ff.) も、それ以上に出るものではない。この判決は悪意の抗弁 (exceptio doli) によって処理してゐる。

これに対し一九〇九年六月一四日の判決 (RG. 71, 219ff.) はさらに一歩進んだ。被告から包括的代理権を与えられていた被告の息子が自己の債務につき被告を代理して保証契約を締結した事例である。判決によれば、代理人は委任に反し、しかも与えられた代理権の範囲内で行為することも可能である。第三者は、ふつうは、委任に反するか否かについてわずらわされる必要がないのであるが、本人の利益に反する法律行為が締結され、代理権の濫用が明白で (offenbar) 相手方に認識可能な (erkennbar) ときには、第三者の請求に対し本人は悪意の抗弁をもって対抗しうる。取引が極めて異常なものであって本人がそのような取引を望んでいるはずがないと第三者が認めざるをえないときにも、第三者は包括的代理権を援用することはできない。また、この判決は、§ 126 HGB や § 37 GmbHG の如く対外的に制限しえない代理権については通謀、すなわち本人を害することについての相手方の故意の協力があつたときにかぎって抗弁は認められるけれども、通常の任意代理においてはそれは正当でないという。したがって、この判決によれば、裁判所がたんに固有の意味の通謀のみを無効原因と認めようとしているのではないことは明らかであるが、それ以上の程度まで認めようとしているのかは明らかでない。判決は、明白で相手方に認識可能な濫用を要求することによって、過失による不知が故意と同列に置かれるべきだと述べようとしているのであろう。⁷⁾

一九一一年二月一五日の判決 (RG. 75, 299ff.) は、遺言執行者の権限踰越にかんする事件において、次のように判示した。「相手方が遺言執行者の義務違反を知っているときには、その行為が相続人を拘束しないことは疑いないが、重過失があった場合にも拘束力はなく、相手方が濫用を知ることができかつ知りうべきである (erkennen können und müssen) とときには、このような重過失が存在するであろう。民法典によれば委任と代理は区別され、代理人の委任義務違反の行為それだけでは代理権を根拠に発生した第三者との法律関係に影響を及ぼさないのは確かである。しかし、たとえ代理権授与行為を無因的法律行為と認めたとしても、代理権がその効力において原因行為から必ずしも完全に切断されてしまっていないことは一六八条に示されている。しかも民法は本人と第三者との関係についても広く衡平を考慮している。一六九〜一七二条によれば、代理権の消滅はこれを知りうべきでなかった第三者にのみ對抗できないのであるから、代理権の濫用を第三者が知りうべき場合に本人に責任の拒絶を許さないという異なった取扱いをすることは正当とはいえない。法律は正当な取引の利益 (Verkehrinteresse) を保護するが、本人の利益も保護に価する。代理人が本人の不利益のために意識的に代理権を濫用し、第三者がこれを知りうべきときには、第三者は締結された法律行為から本人に対する権利を引出すことはできない」。(4)

Kipp は右の判決が重過失という要件を立てたことを遺憾としたが、判決の最後の部分を読めば、裁判所が実際にはたんなる過失で充分としていることは明らかであり、代理権の消滅について妥当することを代理権の発生および濫用の場合にもあてはめたのは健全な見方であると評価した。そして Kipp は、代理人が権限を濫用し第三者がこれを知りまたは知りうべき場合には代理人の行為から本人に対する権利を引出すことはできないという命題を判例が承認するにいたったと解している。(5) したが、判例が本人による制限が可能な代理権に限ってのみ故意と過

失とを同視し、合名会社の社員の代理行為や支配人の行為については相手方の故意 (Wissen) を要求するのは正当でない。すなわち、代理権は本人を悪意で害する権限を代理人に与えるものではないというのが Kipp の基本的な考えであり、それは不可制限的代理権や法定代理権についても一般的に妥当しなければならない。なお、一九一九年の判決が § 169～172 BGB と代理権濫用の場合とのバランスに言及し、Kipp もこれを正当としていることに注意しなければならぬ。

このように、ドイツの判例は代理権の濫用を良俗違反 (§ 138 BGB) や悪意の抗弁という代理法の外の原理によって処理しているが、Kipp はこれを代理法の枠内で解決しなければならぬとする。すなわち、

「代理人が故意にその代理権を濫用してなした法律行為は、相手方が過失によって濫用の事実を知らないときには代理権によって蔽われない。それは無権代理行為とみなされ、有効となるかどうかは本人の追認にかかっている。有効となるか否かを決めるのは本人でなければならない。本人が有効であることを望んでいるにもかかわらず相手方が無効として取扱えるというのは衡平に反する。かかる結論は判例の用いる一般悪意の抗弁によっても達成しうるけれども、それは応急手段 (Nothelf) とすべきである。契約の撤回権 (§ 178 BGB) は、相手方が代理人の悪意を知らないときにのみ与えられる。§ 179 BGB による無権代理人の責任は相手方に過失のないときにかぎって生ずるから、ここでは問題にならない。相手方に過失なきときには、法律行為は本人に対し効力を生ずるからである」。

最近、Schott は Kipp による立場を内因的解決 (die endogene Lösung) ¹ これに対し判例のような立場を外因的解決 (die exogene Lösung) ² と区別する。

(2) Egger

代理権の濫用について

Eggerの論文は、自己契約と第三者に対し行使された代理権が濫用された場合とを代理権の濫用のもとで統一的に論じている。

「一九世紀の普通法学によって承認せられた無因性 (Abstraktheit) の理論は所有権の移転や有価証券法において認められているが、とりわけ代理理論においては代理権授与行為が無因的行為として独立させられた。これらは取引の安全と明確化とに奉仕するものであるが、取引の安全は法秩序の担い手の一つにすぎない。例えば、有価証券法の無因性も悪意の抗弁を介して信義則による制限をうけ、同様のことは代理法においても認められる。とりわけ代理権限の行使は権利濫用の制限をうける。

あらゆる権利、法的権能には濫用の危険があるが、権利行使は信義則によって制限される。代理権についても同様である。代理権はその名において法律行為が締結されるべき本人の利益を守るために与えられるのがふつうであり、それ以外の目的のために行使することは代理権の濫用である。自己契約においては、たとえ権利濫用がまだなされていない⁽⁹⁾とも、利益の衝突があり権利濫用の危険も存在するので、自己契約は原則として禁止せられる」。

それでは、代理権が第三者に対し行使される場合についてはどうか。Eggerは代理と対内関係、代理権の無因性に言及しつつ、次のように述べる。

「代理権の範囲に留まりながら、代理権が本人ではなく第三者の利益のために利用されることがある。代理権はその基礎となる委任関係から分離され、代理人は委任に反しながら代理権の範囲内で行為しうる。そして第三者は、原則として法律行為の *Vollmachtmässigkeit* だけを注意すればよいといわれている。

何人も代理権が濫用されうることを否定しないが、かかる確認は基本関係を考慮に入れることによつてのみ可能と

なる。すなわち、代理権の濫用は、常に代理人と本人の対内関係の違反となる。そして、まず、目的に反した代理権の行使が濫用となる。この場合、代理人は対内関係に従って責任を負うけれども、もつと有効な本人の保護は、第三者に対して濫用を主張して法律行為を無効にすることである。ただ、自己契約においては本人の利益が優先するが、ここでは第三者も信頼の保護を主張するから、もし本人が保護されるならば、第三者の信頼が害されることになり、二つの利益の限界づけが必要なのである。⁽⁴⁰⁾

それでは、本人が第三者に対し代理権の濫用を主張しうるのはどのような場合であるか。それは、とりもなおさず、相手方の有責任、過失の程度の問題である。

「ドイツの判例は不可制限的な商事代理権について通謀を要求する。しかし通謀の場合にだけ濫用の主張を本人に認めるというのは不十分である。このような場合に代理人が当該法律行為の締結につき代理権限を有していないことは第三者にとっては疑いのないことであり、かかる行使は授權自体の意義に矛盾する。これに対し第三者のすべての過失を本人が援用しようというのは、たいていの場合において実定法に適合しているようにみえる。しかし、まず損害を負担すべきは本人である。本人は自己の *Vertrauensmann* を注意深く選任すべきであり、この危険を第三者に転嫁することはできない。だれでも代理権授与の意思表示を信頼することができるというのは、より一般的でより高い利益である。本人自身から生じた権利外観に対する信頼は保護されるべきである。だが、この信頼の保護は、保護に価する信頼がもはや存在しないところに限界がある。通謀はもとより故意も充分である。問題となるのは過失の取扱いであるが、軽過失は除外すべきである。第三者は代理人が代理権の範囲内に留まっていることを確かめればよい。それ以上の調査は必然的に本人と代理人の間の利害関係にまで及ばなければならぬから、第三者に期待しうるもの

ではない。ただ、重過失は故意と同様に取扱わなければならない⁽³⁾」。

以上のように、Kipp が代理権の濫用を主として本人の利益に反する行使として把握していたのを一歩進めて、Egger はこれを対内関係から生ずる義務の違反であると指摘した。そして本人が濫用を主張しうるための基準は相手方の重過失であるとする。もっともこの点については、Egger は一九一一年二月一五日のドイツ最高裁判所の判決が重過失を要求しているとするが、Kipp がこの判決は実際には軽過失で満足していると理解していることは前述のとおりである。なお、Egger が代理権授与行為の無因性を批判すると共に、代理権の濫用と権利外観の思想とを結びつけようとしていることに注意しなければならない。

(3) Siebert

Egger は Kipp の理論⁽⁴⁾について全く言及しつゝなく、Kipp の理論をさらに発展させようとするのは Siebert である。一九三五年前後における Siebert の権利濫用にかんする一連の研究は、ナチズムの強い影響を受けた理論であるという観点からも評価することができるが、ここでは、解釈論のレベルで取上げることにはしない。彼の理論は権利濫用の本質の解明から始まる。

「是認められない方法による権利の利用が権利の濫用である。これまで長い間、濫用の本質は権利の現実の利用のなかに求められ、権利の利用は、権利の保有者にむけられた特別の反対規範(Gegennorm)によつてはじめて不適法になると考えられていた。しかし、今日では、権利行使の許されない理由を権利自身のなかに求めようとする考えによつて克服された。すなわち、権利行使の制限は権利の内容そのものを限界づけ、権利濫用はみかけの利用にすぎず、実際には権利の超越なのである⁽⁵⁾」。

そして、Siebertによれば、権利濫用についての右の基本的観念は代理権にも妥当すべきであるが、代理権濫用には次のような特色がある。すなわち、

「通常の権利濫用に対する代理権濫用の基本的特性は、代理権が二つの側面から検討されなければならないということにある。すなわち、代理権は対内関係と結びついて本人と代理人の関係を表わすと同時に、第三者との対外的関係をも意味する。したがって、濫用の際に顕在化する代理権の具体的内容とその限界も二つの側面から決定されなければならない。そして代理権濫用の諸々の場合は、その本質、法的基礎および法律効果において統一的に判断されることができるし、また、そうされなければならない。」

しかし、対外関係としての代理権と対内関係としての事務処理権能(Geschäftsführungsbefugnis)の対立は、かかる統一的判断を不可能にするようにみえる。いかなる要件の下で本人は対内関係において自己に対して負っている義務に代理人が違反したと主張しうるか、これが代理権濫用理論の出発点である。このような問題設定は対内関係と対内関係の区別と分離を前提としなければならない。普通法においては委任と代理は同義語として用いられていたが、Labandの著名な論文以来、両者の区別は一般的に承認されている。この分離を代理権の発生・消滅だけではなく範囲についても貫いていけば、たんに対内関係の違反にすぎないのか、それとも同時に代理権も濫越されているのかによって異なった結論になる。そして真正の代理権の濫用は第一の場合に限られる。代理権の範囲内で行為されてはいるが、それは「反対規範」によって正当化されない利用なのである。真正の代理権の濫用は代理権能と事務処理権能の範囲の相違を前提とする。濫用が同時に代理権の濫越にもなるときには、みかけのうえの濫用は無権代理行為となる。それぞれの法律効果も異なる。前者においては、相手方は代理人の義務違反を知りうべきであったと主張して本

人が第三者の請求に対し防御しうるかどうかが問題となるが、後者においては無権代理として本人は §§ 177ff. BGB によって直ちに保護される。そして個々具体的なケースにおいては、いずれか一方の解決方法のみが妥当なのであって、真正の濫用(対内関係のみの濫越)とみかけの濫用(代理権濫越)にかんする規範が同時に適用されることはありえない。このように、代理権の濫用は本質において統一的でないというのが、これまでの通説的見解である⁽⁶⁵⁾。

Siebert の右の論述は、ドイツにおける代理権濫用理論の問題点を明確にしている。代理権濫用理論は委任と代理の分離の理論と密接に結びついており、しかも、そのような分離は、わが国の学説が問題にしているような代理権の発生・消滅についてはなく、むしろ両者の範囲、すなわち、対内関係における義務の違反が代理行為そのものにとのような影響を与えるかということに関連している。もっとも Siebert は、代理権濫用行為も代理権の範囲内に留まるとしつつ悪意の抗弁という反対規範によって本人に対する効果を否定しようとする理論には賛成せず、代理法の枠内で解決しようとする Kipp の理論に基本的には同意する。

「Kipp の理論は一つの新しい方向づけを示した。彼は、代理権は本人を故意に害する権限を与えるものではないとして、これまでの考察方法とは異なり、代理権濫用の問題点を対外関係に移した。そして、それ自体としては存在する代理権を故意に濫用して代理人のなした法律行為は、相手方が過失によって濫用を知らないときには、代理権によって蔽われなさいとの命題を立てる。残念ながら Kipp は詳しい理由づけを挙げていないが、彼の理論の理由づけのために §§ 167~173 BGB や § 177 以下の類推適用が主張されたり、§ 181 BGB の準用説もみられる。これらの見解は代理権そのものの制限を認める点において、Kipp と本質的に一致している。

Kipp の理論の大きな意義は、濫用の問題の核心を代理権そのもののなかに置いたことにある。しかし、Kipp は

代理人による意識的濫用にその議論を限定したため、代理人が過失によって義務に違反し、しかもそれを第三者が知りうべきであった場合をいかに判断すべきかという問題は残されたままである。ここで Kipp が本人を全く保護しないとは考えられない。むしろ、かかる場合に Kipp はたんなる対内関係の踰越を認め、これまでの学説に従って本人に悪意の抗弁を与えようとした。かくして、Kipp によつて、Können と Dürfen の分裂は代理人の故意の義務違反について克服されたにすぎない⁽⁶⁾。

それでは右の分裂はどうすれば克服されるのか。第三者に対し影響を及ぼす代理人の義務違反は、実際にはすべての場合において代理権の踰越になるというのが Siebert の基本的な考えである⁽⁶⁾。

「代理人の義務違反が第三者に対抗しようという結論は、もっぱら代理権そのものから理由づけられるべきであり、公正な第三者の保護は濫用の構成要件を相応に制限することによって確保されなければならない。前述のように、代理権濫用の要件は二つの側面から決定され、代理権踰越が認められるためには、たんに代理人が義務に違反しているだけではなく、信義則上第三者がそれを知りうべきであったことが必要である。この前提の下で無権代理にかんする § 177 BGB 以下の規定は直接的に適用される。義務違反を相手方が知りうべきでないならば、それは第三者に対しては効果はなく、悪意の抗弁が成立する要件も存在しない。したがって、代理権の範囲にとどまりながら代理人の義務違反が第三者に対して効力を有するということはありえない。かくして分裂は克服された⁽⁶⁾。」

このような Siebert の見解は、委任と代理とを区別して委任義務違反は必ずしも代理権の踰越とはならないというドイツの通説的見解と当然に対立する。そこで Siebert は代理権の無因性の理論を以下のように批判する。

「少なくとも代理権の範囲については代理権の独立性は放棄され、取引保護の原理だけが残される。すでに Wel-

Isbacher も、物権契約におけると同様に無因性の理論は適切な保護手段とはならないという。代理権を忠実に行使する義務は、これまでもっぱら対内関係から引出されていたが、それは代理権自体の範囲を決定する基準となる。ただ、公正な第三者は保護されなければならない。第三者が代理権の制限を知りまたは知ることをうべきときにのみ第三者に対しこの制限を主張しようという § 54 III HGB は、これまで例外的規定とみられていたが、実際は、代理権の範囲についての一般原理を現わすものである。代理権の範囲にかんする無因論は、悪意の抗弁などのまわり道によつてすでにかなり侵されていたが、このようにして、第三者の利益を害することなく無因論は排除された。

代理権濫用の対外的作用については、すべての場合において、代理人の義務違反が相手方にとって信義則上認識可能であったか否かが決め手になる。このような認識可能性がなければ代理権濫越が存在しないことは、二重性という代理権の特性から引出される。この結論の正しさは、公正な第三者の保護のために権利外観の思想を引合いに出すならば、より明白になる⁽⁸⁹⁾。

このようにして、少なくとも「範囲」については無因性を否定した Siebert は、Seeler や Wellspacher の権利外観論に接近してこく⁽⁹⁰⁾。

それでは Siebert は二重性の一側面である相手方についての要件をどのように考えているのであろうか。

「代理権濫用の対内的構成件である忠実義務違反については、これまでの通説は代理人による故意の義務違反が必要であると解していた。しかしこれには資成しえない。その理由として第三者の保護が挙げられるが、それはむしろ第三者側の注意義務を制限する方法でなされるべきである。

第三者の注意義務の程度は取引慣行を顧慮して信義則に従って決定されるが、法律自身が多くの規定のなかでどの

程度の第三者の過失が保護を排除するかについての手がかりを与えている。 § 173 BGB, § 54 III HGB, § 179 III BGB がその例として挙げられるべきである。利益状態からみて、代理権踰越の場合と全く代理権を欠く場合とを区別して取扱う必要があるという主張は認められない。すでに法律の規定がすべての場合に第三者を同様に取扱っている。すなわち、第三者が義務違反を知りまたは知ることをうべかりしときには、代理権の踰越となる。立証責任は原則として本人にある。

§ 173 BGB, § 54 III HGB の類推は、まず、制限可能な任意代理権のすべての場合に妥当する。それ以外の場合も過失で充分であるか否かは、取引保護の必要がすべての場合に等しく評価されるべきかどうかにかかっているが、後見、親権などの法定代理権については肯定されるべきである。それでは立法者が代理権の不可制限性を明示している場合かどうか。たとえ代理権の範囲が法定されていたとしても、一般的な義務思想に服さなければならない。ただ、このような場合には第三者はより高い保護を享受しなければならず、第三者に故意または重大な過失がなければならぬ。法人の機関については、不可制限的代理権でないかぎり、一般原則に従う⁶⁴⁾。

Siebert は、対内関係において本人に対し負っている代理人の義務を代理権の内容にまで高めることによって、代理権の濫用をすべて権限踰越として把握しようとした。その結果、Siebert は少なくとも代理権の範囲については Laband 以来の代理権の独立性は放棄されるべきだとし、Seeler や Wellspacher の外観理論に接近する。しかし Siebert も権限踰越となる要件として相手方の容態、過失というものを入れてこざるをえず、なお理論的には問題が残されている。また、この第三者側の過失の程度については、Kipp や Egger がすべての代理権につき統一的に判断しているのに対し、Siebert は不可制限的代理権を特別に取扱ってこることに注意しなければならない。

(4) Rinck

Rinck の *Pflichtwidrige Vertretung* (1936) は、ドイツ法と英法とを比較しながら、自己取引の禁止、その脱法および代理権の濫用の三類型を義務違反の代理行為として統一的に論じている。自己取引についても Rinck の見解には注目すべき点があるが、本稿ではそこまで言及できない。また、英法にかんしても、原則としてこれを割愛することを了承願いたい。

「他人から信頼を託されて行為する者は、(1) その地位によって利得してはならない、(2) 利益衝突 (*Interessenwiderstreit*) に陥入ってはならない、(3) 法律行為を可能なかぎり最高の条件で締結しなければならない、という三つの道義的な義務がある。しかし、法はこれら三つの義務に反するすべての法律行為を無効にしてしまうわけにはいかない。代理人と取引する第三者も保護されなければならないので、二つの正当な利益が衝突する。したがって法秩序には、(4) 本人と相手方の利害を調整する、という任務が生じてくる」。

Rinck の基本的な立場はこのようなものであり、代理権の濫用を代理人の忠実義務 (*Treupflicht*) の違反とみる。『§ 181 BGB およびその脱法の他に、代理人が本人の利益または希望に反する法律行為をなしたときには、忠実義務の違反となる。それは、ある者が一定範囲の代理権を有するけれども、これを利用してはならない場合にのみ考えられる。支配権にかんする § 50 I HGB の場合がそうであるが、法律が規定している以外にも、代理権を与えられているが特定の場合にはこれを利用してはならないという指図を受けている (*angewiesen wird*)。つまり、*Können* と *Dürfen* の分裂が認められる。最後に、特別の指図を受けていなくとも事情は同じである。これらすべての場合、代理人が随意に (*nach freiem Belieben*) ではなく、本人の最善のために代理権を行使すべきことは自明の前提であ

る。そして、いずれの場合においても、代理権 (Vertretungsmacht) は代理権限 (Vertretungsbefugnis) よりも広い。ドイツでは、「二つの概念の分離と相互の独立性が承認されている」。

このような考えは、委任と代理にかんする前述の Siebert の見解と対立するが、Rinck は Siebert の理論を次のように批判する。

「Siebert は Rechtsmacht とその行使義務とは不可分の一体であるというが、本人が意識的に行使義務よりも広い代理権を授与したときには、Siebert の見解を貫くことはできない。問題は、代理人がその代理権の範囲内でも忠実義務に違反してどの程度本人に対し拘束力のある法律行為を締結しうるかということにある。これは、代理権の範囲が明確にされることを前提とする。代理権の存在が肯定されなければ代理権の濫用はありえず、たんなる無権代理行為にすぎない。Siebert は濫用を権利の踰越とみるけれども、それはたんなる法的評価 (rechtliche Würdigung) にすぎないのであって、濫用と踰越との実際上の差異は依然として残されたままである」。

ここに Rinck は考察を進める。

「§ 164 BGB は、代理人の義務違反を考慮することなく、原則としてそのような取引もすべて本人を拘束することを前提としている。しかし、この効果は、まず § 826 BGB によって制約される。

すなわち、代理人と相手方が通謀するときには、同条にいう良俗違反となる。もっとも、この場合における無効の根拠は § 138 I BGB に求めるべきであらう。

近時の判例は、代理権の行使が義務に違反していることを知りまたは知ることをうべかりしときには、権利取得不法の抗弁や権利行使不法の抗弁 (一般悪意の抗弁) を認めている。しかし、代理権濫用の判断については、「善意の

保護」という第三の観点があり、これだけが代理権の本質と国民感情 (Volksanschauung) に適合する。§§ 173, 169 BGB, §§ 54 I, III, 55, 56, 87 HGB にみられるように、ドイツ法における原因主義 (Veranlassungsprinzip) によれば、ある者が代理権の存在を推測せしめるような事実を生ぜしめたときには、代理権に対する第三者の信頼は保護されなければならない。本人がそのような代理行為を欲していると認むべき根拠を持つ第三者に対しては代理権は与えられたものとみなされるが、本人がかかる行為による拘束を欲していないことを知りまたは知ることをうべき第三者に対しては、逆に代理権は存在していないものとみなされ、法律行為は無権代理行為と判断される⁶⁸⁾。

「ドイツ法は代理権とその利用権限の範囲を区別するので、両者がお互いにくいちがうときには代理権が決め手となり、本人の利益との調整は濫用理論によってなされる。これに対し英法は独立した濫用理論を認めない。代理権はそれを利用する権限以上には及ばないからであるが、これは、最近、Siebert がドイツ法について主張している立場でもある。委任状の文言その他の事情が権限よりも広い範囲の代理権の外観を生ぜしめているときには、善意者に対しては代理権は存在しているものとみなされる。このように、相対立する出発点から、二つの法秩序は同じ結論に達している。すなわち、ドイツ法では、悪意によって代理権が例外的に存在していないものとみなされるが、英法によれば、善意のときに例外的に代理権が存在するものとみなされる⁶⁹⁾」。

このように、Rinck も、代理権濫用と善意者保護の外観理論との結びつきを認めようとするが、それでは、いかなる場合に善意となり、逆にどのようなときには悪意 (böse Glauben) と認められるのか。Rinck によれば、「代理権濫用理論の意義は、なにをもつて悪意とみるかにかかっているが、代理権の種類のかんを問わず、過失があれば第三者は悪意になる。すなわち、通説は不可制限的代理権については通謀を要求するが、支配人を任命したのであれ通

常の代理人を選任したのであれ、本人は同じように保護される必要があり、代理権の制限が可能か否かによってその取扱いを異にすることはできない⁸³⁾。

このように、Rinck はあらゆる種類の代理権について第三者の過失の程度でよいとするが、手形行為については取引保護の観点から、代理権行使についての相手方の善意を手形法十六条二項や一七条但書（わが手形法十六条二項、一七条但書）によって決しようとしている⁸⁴⁾。

(5) Heinrich Stoll

一九三〇年代の論争の最後として Stoll の見解を検討する。Kipp とそれに続く Siebert は代理権濫用を無権代理の法理に服せしめようとしているが、Stoll はこれを以下のように批判する。

「代理権濫用の効果を §§ 138, 826, 242 BGB によって決せずに、無権代理にかんする規定を準用するという考えは魅惑的である。しかし、Kipp が不可制限的な法定代理権 (unbeschränkbare gesetzliche Vertretungsmacht) と任意代理権 (Vollmacht) を同じように扱うのは正しくない。また、代理権は本人を悪意で害する権限を与えるものではないという命題を濫用理論の基本とするのは誤っている。それはたしかに対内関係においては自明のことである。しかし問題は、本人を代理行為に対する拘束から解放するには代理人のこのような態度だけで充分であるか否かである。Kipp も、第三者が誠実である (redlich) とときには本人は拘束から脱れられないとする。代理権の濫用は対外関係の問題であって、したがって第三者の態度が決め手になる⁸⁵⁾。」

「Siebert の立場も正しくない。権利と義務の一体性を強調することによって濫用の諸場合の分裂を克服したというが、その試みは成功していない。もしそうしようとすれば、委任と代理を一体的に解する古い見解にもどるしかない

いが、Siebertも委任と代理とを区別する。そして、まず対内関係によって具体化された代理人の義務が害されたか否かを検討し、ついで、それが第三者に認識されていたかどうかを検討することによって対外関係に移る。もし彼が分離的思考(Trennungsgedanken)を克服しようとすれば、代理人のすべての義務違反は代理権の範囲外にあり、常に第三者に対しても作用するとみななければならぬ。Siebertの理論に従っても、代理権の範囲に留まる濫用と踰越になる濫用とを区別しなければならず、その理論は矛盾している」。

SoillはRinckの理論に対しても必ずしも同調せず、結局、これまでの理論に共通していえることは、取引の安全を犠牲にして本人が優遇され、代理の危険が常に第三者に転嫁されており、また、濫用そのものの概念についても一致がみられないとする。Soillによれば、直接代理における代理権の濫用とは、代理人が現実に存在する代理権の内にと留まりながら義務に違反して代理権を利用した場合をいう。そして、Soillによれば、問題は、第三者が代理人の態度を甘受しなければならぬための要件はなにかということにある。

「利益状態は代理権の種類によって相違する。代理人の利益も本人の利益も保護に価するが、二つの利益が対立するときには、代理権授与の表示に対する信頼がより一般的かつ高い利益である。Eggerのいうように、それは法律行為による取引の基礎を形成する。代理権の制限または濫用を第三者が知っているときには、もはや権利外観に対する信頼は問題にならない。知らないことに過失のあるときはどうか。軽過失の場合に信頼の保護を拒絶することは取引の安全という共同体の利益に反する。調査義務の誇張は代理を實際上無価値なものにする。

代理権が法律上制限しえない場合には強度の信頼の保護が保障され、積極的な認識(positive Kenntnis)のみが第三者を害する。KippやSiebertの見解は正しくない。これに対し、法定代理においては、本人によって惹起せられ

た権利外観というメルクマールは存在しないから、任意代理と本質的に区別される。取引の利益は後退し、第三者の注意義務は高くなる」。

Stollによれば、問題の解決は次の三つの原理に従ってなされるべきである(なお、Stollは「ここでは法定代理を除外して論ずる」)。

「まず第一に第三者の信頼が優先する。代理人を利用する者は代理人の行為について責任を負わなければならない。本人の利益を保護するのは第二の原理である。すなわち、他人と法的取引関係に入るものは、契約交渉の最初から他人の利害を考慮すべき保護義務(Schutzpflicht)を負う。そしてこの義務は権利外観の思想によって制限される」。かくして、Stollは保護義務と権利外観によって問題を解決しようとする。

「事務執行義務に対する代理権の独立性(Selbständigkeit) Können 々 Dürfen の分裂の可能性は承認されなければならない。Siebertがこれを克服したというのはこじつけであり、Rinckが正当に指摘するように、本人が業務執行義務よりも広い代理権を意識的に与えた場合や不可制限的代理権を正しく説明しえない。代理権の効力を限界づけるのは代理人の義務ではなく、契約の相手方(本人)に対し第三者が負う保護義務である。問題の決め手になるのは、保護義務と権利外観惹起との関係である。すなわち、すべての過失が第三者の保護義務を害することになるが、この一般的な注意義務は代理権の権利外観的効力によって制限される。代理権授与の目的は第三者に代理権の発生を知らしめることに他ならないから、第三者はこれを信頼できなければならない。代理権が本人から由来していないことが明らかに知れている場合を除いて、第三者は調査義務を負わない。

代理権の授与は代理権の範囲についても報知しなければならないが、ここでは解釈の問題が介入してくる。すなわ

ち、第三者は解釈に際して自己に知れている諸事情を考慮しなければならない」。

ついで Stoll は、代理人の義務違反の態度を以下の三つに区別して問題を処理すべきであるという独自の理論を展開する。

(a) 義務違反の (pflichtwidrig) 行為。代理人が課せられた指示 (Weisung) または義務に反してなした行為をいう。このような指示は代理権の行使を妨げようとするものであるが、本人がそのように欲するならば、この義務を証書の内容にしておかなければならない。そうでなければ指示の効力を第三者に主張しえない。相手方が代理人の義務違反を知っていても妨げない。ここで本人の効果意思を否定するのは誤りである。なるほど本人は代理人が指示に反することを欲してはいないが、それは問題ではない。本人がより広い範囲の代理権を意欲していたかどうかが重要である。

(b) 忠実義務違反の (treuwidrig) 行為。指示や義務には反していないが、自己または第三者の利益のために、本人の意思を無視して代理人が信頼された地位 (Vertrauensstellung) を利用する場合であり、判例に現われた多くのケースがそうである。例えば、代理人が自己の借金の担保のために本人を代理して保証契約を締結する場合が挙げられる。第三者は本人の利益に対し相当の考慮をほらわなければならず、締結に際して代理人が忠実義務に違反しているかどうかを確かめる義務がある。第三者自身が利益を受けるときには、その事実だけで疑いが生ずる。代理人が自己の利益をはかるときも、第三者は必要な場合にはこれを本人に問合わせなければならない。

(c) 目的違反の (zweckwidrig) 行為。明らかに代理権授与の目的・意義に反するような異常な取引の締結をいう。この場合、たんに本人の不利になるということだけでは不充分であって、本人が予期しえないような異常な合意がな

されたことを要する。第三者が本人の利益を正当に考慮すれば、代理権授与の文言にもかかわらず、当該の行為が代理権によって蔽われていないといわざるをえない」⁽⁸⁾。

代理権の濫用を三つの類型に区別した Stoll は、この区別に従って濫用の法律効果も相違すると解する。すなわち、「義務違反は原則として対外関係に影響を及ぼさないが、通謀のあるときには § 138 BGB によって取引は無効となる。また、第三者が代理人の義務違反を知っているときには無権代理行為となつて § 177 BGB 以下が適用される。第三者は代理人に対しても責任を追及しえない。

目的違反は「解釈」の領域に残された問題である。もし第三者に知れている事情から取引が目的に反していることを知りうべきときには、代理権の踰越となる。

忠実義務違反はどうか。第三者が保護義務に反するときには、本人に対し損害賠償義務を負う。本人は法律行為の効力を否定することも、自己の利益が顧慮されたならば締結されたであろう内容で取引が効力を有すべきであることも要求しうる。その場合、たんなる過失しかない第三者は、故意で行為した代理人に責任を追及しうる。それは一七七—一七九条の準用よりもすべれている⁽⁹⁾。

以上のように、Stoll は Kipp, Siebert の立場に反対して、代理行為の効力が否定されるか否かについて決め手になるのは相手方の態度であるとした。Siebert の理論によつても「分裂」は克服されていないとの Stoll の批判は正当である。もっとも Stoll が代理権濫用を三つの類型にわけて、それぞれの取扱いを異にしようとする点に問題のあることは、次に Flume が指摘するところである。

(6) Flume

代理権の濫用について

Flume 氏の著 *Das Rechtsgeschäft* に於て、ふたたび Kipp に近い立場から、この問題を論じている。

Flume によれば、「私的自治の原則は法律関係における個人の自己支配の承認を意味する。したがって、代理のような他人のための行為は常に義務的な拘束をうけるのであり、代理権を行使すべきか否か、いかに行使すべきかは、代理人と本人との間にある委任などの代理の基礎となる法律関係から明らかになる。しかし、Laband が明らかにして以来、ドイツ法は代理権をこの義務から独立させており、代理人は行為してはならない (nicht dürfen) ときでも、代理権の範囲内で本人につき有効に法律行為をなしうる (können)。代理権が義務にかなって行使されるときだけ代理人との取引を信頼しようというのであれば、代理は取引法の制度として実用的でなくなる。しかし、それにもかかわらず、やはりこの義務は代理の本質に属すると解すべきである。

代理権の独立性が実用性の要請に他ならないとすれば、その限界もこの要請のなかに見出される。しかし、代理権濫用の問題は民法典の立法者の意図にはなかった。判例が本人に悪意の抗弁を与えるとき、それは代理法の枠外での解決であるが、代理権の濫用を代理法の内に位置づけるのがより正しい。そうしたのは Kipp の功績である。代理人が義務に違反し、濫用が相手方に知られていたり明白である (evident) ときには、代理人の行為は無権代理行為になつて、§ 177 BGB 以下によつて規律される。すなわち、代理権という資格は除去せられる³⁾。

このように、Flume はより基本的には私的自治の原則から出発して、Kipp の見解を正当としつつ、これまでの諸見解とは異なり、濫用の事実を知らなかったことについての相手方の過失ではなく、濫用の明白性という基準を立てた。

「相手方の義務違反である Kennennüssen は代理人の資格を排除するや否やの基準とはなりえない。他方、主観的要件としての故意の立証は容易ではないので、かかる場合にのみ濫用を認めるような規範は実際的ではない。した

がって明白性という基準によるべきである。相手方に調査義務があるかどうかという問題は生じないはずであり、過失も重過失も問題にならない。「明白である」というのは、合理人 (reasonable man) であれば取引にかかわらないほど代理人の行為が疑わしくみえる場合である⁽⁴³⁾。

「Stoll は代理権の濫用を三つの場合に区別し、忠実義務違反についてのみ通説の代理権濫用理論を妥当せしめた。Stoll によれば、代理行為は相手方の保護義務違反によって無効となる。しかし、三つのグループに区別するのが實際上不可能であるということはべつにしても、注意義務違反としての過失ではなく明白性を基準にするならば、目的違反及び義務違反の行為を忠実義務違反と同様に取扱うことは、なんらの疑いも生じない。

濫用の明白性が認められるのは、ふつう、実質的に代理人が本人の不利に行為したときである。たんなる指示違反も濫用になりうるけれども、それを相手方が知っているときのみ「明白」となる。濫用の問題について法定代理と任意代理とを区別する必要はない。ただ、法定代理においては、本人の意思に対する拘束ではなく、代理人の実質的な義務 (sachliche Pflichtbindung) が前面に出るにすぎない。また、代理人が故意または過失によって代理権を濫用する場合のみならず、客観的濫用で充分である⁽⁴⁴⁾。

ところで、Fume の理論において注目すべきは、表見代理を代理権濫用の一態様として理解しようとする点である。Fume の理論については、これまで何度か紹介・検討しているので詳述は避けたいが、Fume は表見代理における権利外観説を否定して、意思表示によって与えられた代理権であると解する。

「代理権を原因関係上の義務から切断しているため、対内関係を欠く isolierte Vollmacht の生ずる余地がある。しかし代理権の独立性がドグマではなく法取引の実用性からくる要請に他ならないとすれば、代理人の資格が本人と

の関係、すなわち代理の基礎をなす法律関係において正当とされるものでないときには、かかる資格を妥当せしめる必要はない。§ 173 BGB はかかる趣旨である。ただ、同条が *Kennen* と *Kennennüssen* とを同視しているのは問題である。

§§ 170~172 BGB によって外部的に授權された代理人と契約を締結した第三者が代理権の発生・存続について一般的な問合わせ義務 (*Erkundungspflicht*) を負わないことは承認されている。Tur は、第三者は代理権の消滅を常に予期しなければならぬというが、かかる一般的な調査義務は外部的授權の制度的実効性を疑わしくする。合理人ならばもはや代理人との取引を信頼しないほどの濫用の明白性によってのみ、外部的授權の資格は除去せられる。外部的授權の内容は一七〇~一七二条の代理権授与の表示によって決まるが、代理権の内容についても代理人と本人との関係から制限が生ずる。代理人によるこの制限の不遵守は代理権の濫用にかんする規定に服する⁽⁴⁾。

かくして、Flume も代理権濫用と表見代理との密接な結びつきを承認するが、善意者保護の外観理論は否定する。むしろ、代理権の独立性の故に義務違反の行為といえども本来は本人に効果が及ぶということを前提として、相手方にとって濫用が明白であるかぎりで本人の責任は排除されるという、いわば悪意者排除の理論である。なお、Flume は商法上の不可制限的代理権には言及していない。

(7) Schott

最後に Schott の見解を検討する。Schott は判例および Kipp から Flume に至るまでの学説を検討したのち、次のように述べている。

「一七七条以下の規定に抛り所を求める内因的解決によっては何も得られない。契約が有効となるか否かの決定を

本人に委ねるといふ一七七条の長所も、外因的解決である抗弁説によつても達成される。一七九条による無権代理人の責任は全く役に立たない。というのは、同条三項が、相手方に過失があるといふことで問題となつてゐるような場合についての無権代理人の責任を否定してゐるからである。これもまた外因的解決によつて達成せられる結果であり、そのうえ、後者にはより柔軟であるといふ長所が認められる。また、内在的解決は、支配権 (Prokura) の場合などについて明らかに法文と矛盾する。Stoll の見解によつては、Flume が正当に批判してゐるとおりである」。

それでは、Schott 自身はどのように考へてゐるのか。

「まず、一八一条の類推拡張に解決を求めてはならない。同条の立法理由はたしかに利益衝突の防止である。しかし一般的な無効といふ同条の効果は硬直すぎる。ところで、代理権の範囲は本人の意思または法律の規定によつて決まり、これを越えれば無権代理となるけれども、わが法は、利益に適合した (interessengericht) 代理権の利用に限るといふ一般的な制限は認めてゐない。

代理権の濫用とはなにか。本人の利益と指示に反するあらゆる代理人の態度は、原則としてこれに該当するが、対内的効果しか有しない濫用と対外関係にも影響を及ぼす濫用とを區別すべきであり、問題となるのは後者である。取引保護の優位は、指示に反する代理行為が必ずしもすべて対外関係にも影響を及ぼしうるのでないことを要求する。むしろ本人の客観的利益に反するときのみ、対内関係を越えて代理権は欠陥のあるものとなる。代理権濫用の危険は、原則として本人が負担すべきである。第三者に対抗しうるのは利益の侵害だけであつて、他のすべては本人の危険領域にある。限界づけのために用いられる利益の観念は柔軟かつ實際的である。すべての解決の試みも、結局、本人の利益保護を内容としてゐる」。

しかし、Schott も本人の利益に反する代理人の態度を唯一の基準とみているのではない。たとえそのような態度があったとしても、第三者に非難が及ばなければ、危険は本人が負担する。それでは第三者に非難が及ぶのはいかなる場合であるのか。

「第三者が濫用を知っているときには問題はない。一六九条や一七三条などは故意と過失による不知とを同視しているが、これらの規定の類推は正しくない。Flume は濫用が明白であるという基準を立てているが、これは客観的に理解された重過失概念である。この結論は代理権の範囲が法律によって類型化されていると否とを問わず適用されるが、親族法上の法定代理においては個人の利益が取引の利益に優先する。本人自身が代理人を選任するのではないからである」。

最後に、Schott は代理権濫用にかんする各国の法制を比較する。それによれば、フランスにおいては委任と代理の分離は認められないから、対内関係と対外関係の範囲はお互いに一致する。代理権濫用は表見代理のなかに含まれ、権利外観が存在しなければ濫用行為は本人を拘束しない。権利外観は善意の場合にのみ存在し、第三者に軽過失があれば権利外観が排除されることについては、ほぼ見解が一致している。また、その出発点の相違にもかかわらず、各国の法における問題点とその解決はたいがい一致している。

Schott は Flume の「明白性」という基準を採用し、それは重過失の意味に他ならないとした。このように Schott の見解は Flume に近うところもあるが、Flume は一六九条、一七三条についても「明白性」の基準を妥当せしめ、また相手方の過失とか重過失は問題にならないとしていることは前述のとおりである。

- (1) Kipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II (1929), S. 273f.
- (2) 以下、Kipp の引用する判例の事実関係およびその他の判例については、山田「ドイツ民法と表見代理」一八一頁以下に負っている。
- (3) 但し、本人の責任を否定した原判決を破棄差戻した事件であり、山田・前掲一八五頁が指摘されるように、「おそらく行為は有効であろう結果となったであろうから、この判決に対する Kipp の理解には問題がある。
- (4) Kipp, a. a. O., S. 281ff.
- (5) A. a. O., S. 285f.
- (6) A. a. O., S. 287f.
- (7) Schott, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171, S. 394.
- (8) Egger, Mißbrauch der Vertretungsmacht, Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland (1934), S. 47ff. 49ff. の論文が、ドイツ民法とドイツ民法について論じたものであろう。
- (9) A. a. O., S. 58ff.
- (10) A. a. O., S. 60ff.
- (11) A. a. O., S. 61.
- (12) 広渡「キントヘンタ会議における若き法律家たち」法学論叢九二巻四・五・六号一九四一五頁以下参照。Schott, a. a. O., S. 387 Anm. 8 参照 Siebert の代理権総論や nationalsozialistische Grundlage の下への議論については、
- (13) Siebert, Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 95 (1935), S. 629ff.
- (14) A. a. O., S. 631ff.
- (15) A. a. O., S. 640ff.
- (16) A. a. O., S. 642.
- (17) A. a. O., S. 642f.

- (91) A. a. O., S. 644ff.
- (92) A. a. O., S. 644 Anm. 2, S. 645 Anm. 3, S. 649 Anm. 1.
- (93) A. a. O., S. 650ff.
- (94) 例えは、Rinck は、§ 181 BGB に違反して代理人が手形を振出したとき、この手形にもとづいて請求された本人は善意の第三者に対しても無権代理の抗弁によって対抗しえ、この抗弁が許されることは手形法十七條から明らかであるとす (S. 74)。ところが、わが国では民法一〇八條違反の抗弁善意の第三者に対抗しうるという結論は妥当でないとして、人的抗弁として構成しようとする見解が有力である (服部「手形行為の代理」手形法・小切手法講座一 二六六頁および引用の文献)。筆者もかつてそのように解すべきではないかと考えていた (代理人の自己契約(2)法学論集一八卷六号七八頁注2)。しかし、この結論と無権代理の抗弁が物的抗弁であるという解釈との関係はどうなるのか (服部・前掲は、無権代理は完全に無効な行為ではないから、彈力的に考ふる余地ありとされる)。手形行為を債務の履行的な性質のものと解しても、右の問題は解決されない。「債務ノ履行ハ此ノ限りニアラス」ということは、債務の履行については自己契約ないし双方代理する代理権も不用だ、という意味ではない。そのための代理権は授与されていなければならぬ。一般的理解によれば、一〇八條は任意規定と解される。この説に従えば、自己契約につき本人の許可、すなわち代理権の授与があれば、一〇八條の禁止は妥当せず、それ故、抗弁の問題は最初から生じない。これに反し、もし同意がなければ、債務の履行であろうとなかろうと当該の行為は無権代理行為となる。私見は一〇八條任意法規説には従えないけれども、とりあえず問題点だけ指摘しておく。
- (95) Rinck, Pflichtwidrige Vertretung, S. 12f.
- (96) A. a. O., S. 111f.
- (97) A. a. O., S. 112 Anm. 508, S. 113 Anm. 513.
- (98) A. a. O., S. 113ff.
- (99) A. a. O., S. 124, S. 124 Anm. 575.
- (100) A. a. O., S. 116ff.
- (101) Stoll, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, Festschrift für Heinrich Lehmann (1937), S. 121f.
- (102) A. a. O., S. 122ff.

- ⑧ A. a. O., S. 124f.
- ⑨ A. a. O., S. 125.
- ⑩ A. a. O., S. 126.
- ⑪ A. a. O., S. 127f.
- ⑫ A. a. O., S. 132.
- ⑬ A. a. O., S. 132f., S. 132 Anm. 6.
- ⑭ A. a. O., S. 134f.
- ⑮ A. a. O., S. 137f.
- ⑯ Flume, Das Rechtsgeschäft (1965), S. 9, S. 785ff., S. 788f.
- ⑰ A. a. O., S. 789f.
- ⑱ A. a. O., S. 790f.
- ⑲ A. a. O., S. 825f. 高橋「代理理論の再検討」⑩法学論集一七卷一四頁以下参照。
- ⑳ Schott, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171 (1971) S. 394f.
- ㉑ A. a. O., S. 395f.
- ㉒ A. a. O., S. 397f.
- ㉓ A. a. O., S. 398f.

㊦ 考 察

一、代理権の濫用については、ドイツにおいても種々の学説が対立している。しかし、ドイツの学説を通じてほとんど共通していえるのは、代理権の *Abstraktheit* が代理権濫用の問題と結びつけられて論じられていることである。それは、とりもなおさず、対内関係における義務違反が代理行為の効力にどのような影響を及ぼすか、すなわち対内

関係上の義務からの代理権の独立性の問題である。

代理権の独立性を最初に理論化したのは Laband であり、それは Laband による発見 (Entdeckung) であるといわれている。しかし、Laband はなんの法律上の根拠もなくそのような主張をしたのではない。Laband はドイツ旧商法典の規定を根拠に自説を展開しており、Dölle によれば、もし旧商法典の規定がなければ、Laband が委任と代理の区別を証明することはできなかったであろう。そして、Laband の主張の中心は、代理権を委任その他の対内関係から生ずる義務から解放することであった。ところが、わが国においては、Laband が委任と代理を觀念上区別したという結論だけが知られており、Laband の理論の重点がどこにあったのかが明確にされていないのである。⁽³⁾ 例えば、「与えられた代理権のわく内で正当になされた、完全ないわゆる有権代理であっても、当該法律行為の実質的内容が本人の期待していたような利益をもたらさないときには、内部関係上は、代理人が受任者・労務者などとして善管注意義務違背などの責任を追及されるという場合は、しばしばありうる」⁽⁴⁾ という主張が、代理権の無因性のみならず独自性さえも承認しない融合契約説の立場からなされ、また、無因性だけを否定する学説においても、代理権は代理人に一つの資格を与えるだけで何等の義務を負担させるものではないと定義されることもあるが、「任意代理権を委任から、代理権限を代理人と本人との間に存する具体的な法律関係から解放することによって、独立の取引資格の可能性が与えられることになる。代理人は本人との間でいかなる法律関係にあるのか、本人の利益を実質的に促進するか害するかを問わず、第三者に対し本人の権利を行使する権限が与えられる。今日の経済生活における取引については、実質的な権限の調査が形式的標準にとって代わらなければならない。代理権という形式的権能はこの根から成長している」⁽⁵⁾ というのが Laband の結論そのものに他ならないのである。これに対し、ドイツ法についても授權行為

の抽象性を否定する *Setzer* は、代理人の行為はそれが本人に対し正当性を有する限りにおいてのみ本人に対し効果を生ずるといふ、古い学説において承認されていた基本観念に立ち、義務違反の代理行為を無権代理の一種たる表見代理の法理で説明しようとしている。⁽⁷⁾

ところが、わが国においては、対内関係設定行為の無効・取消が代理権授与行為にどのような影響を及ぼすかというところに議論が集中し、⁽⁸⁾ 理論的にも実際的にも重要であるにもかかわらず、義務違反が代理権をいかに限界づけるかということとは、ほとんど論じられていない。端的にいうならば、無因性についてドイツ民法の解釈を参照しつつも、ドイツにおける論点が充分に把握されていないように思われる。⁽⁹⁾ 最初にも述べたように、筆者は、対内関係上の義務に違反してもなお有権代理でありうるという現象がわが民・商法においても多くみられることを根拠にして、委任と代理を観念上区別しない学説を批判したが（「委任と代理の関係について」、これに対しジュリスト四七一号一六九？七〇頁の紹介・批評には、「ドイツの学説を論拠としていて、融合契約説の問題提起と必ずしもかみ合っていないようだ」との批判があった。たしかに私見はドイツの学説を論拠にしたが、それと共にわが民・商法の規定を根拠として挙げている（いうまでもないが、筆者の関心はドイツ法の解釈ではなく、わが国の実定法の解釈にある）。しかも、筆者が主として批判の対象とした森島教授の「委任と代理」（契約法大系IV）においても、両者の区別は *Laband* にはじまるとし、無因性を承認した立法例としてドイツ民法が挙げられ、種々の議論がなされている。にもかかわらず、対内関係上の義務違反が代理権の行使に影響を及ぼすかどうかというドイツでの問題点が看過されていると主張するためにドイツの学説を論拠にすることが「かみ合っていない」というのであれば、いったい、新しい視点から問題を提起する場合にはどうすればよいのか、御教示願いたいものである。また、筆者は、「授権行為を観念する概念

上の必要性、実質上の必要性」(森島・前掲論文)の二点につき、検討・批判した。すなわち森島教授や幾代教授の御見解に対して真正面から対応したつもりであるが、それ以外になお融合契約説の重要な問題提起があるのだろうか。更に同批判は、筆者が「第三者保護にかんする結果の差異(いわゆる実益の有無)によってかかる問題を論ずること自体に疑問を感じる」と論じたことについて、それは、「法律学そのものに対する考え方のちがいに帰着して批判としての鋭さはあまり感じられない」とする。法律学そのものに対する考え方のちがいに帰着するのが、どうして批判としての鋭さを欠くことになるのか私にはよく理解しえないが、それはともかくとして、筆者は融合契約説によって説明しきれない現象があるという批判を中心に論じたはずであるし、また、「たとえ第三者保護が結果においてすぐれていると仮定しても、「無因性を承認しても第三者保護にはとくに役立たない」という考えからは、無因性の承認が結果において有因説よりも劣るとはいえず、有因説がよりすぐれ、無因説は誤りであると結論することはできない」と述べたはずである。いうまでもないが、自説の積極的根拠を示すと共に他説の誤りを指摘するのが学問における鉄則であろう。⁽⁹⁸⁾ お互いにそれぞれの考えを主張するだけでは、相互の議論によって理論を深化させていくことはできない。⁽⁹⁹⁾ このように、筆者はジュリストの批評からは自分の研究にとってなら積極的な示唆を得ることはできず、また、批判の内容にも承服しえないが、もし同批評のいうように、融合契約説批判を中心とする筆者の見解には、「批判としての鋭さを欠く」のであれば、それにもかかわらず、なぜ、「意欲は買うべき論文である」との評価がなされうるのか。これも理解に苦しむところである。

二、代理権濫用理論が意義を持つためには、対内関係上の義務からの代理権の独立性、すなわち義務に違反しても代理人は代理権の範囲内で本人に対し有効な代理行為をなしうることを前提とする。代理権と対内関係において認め

られた事務処理権限の範囲とが全く同一であるならば、義務違反の行為はすべて無権代理行為となる。したがって、RinckやSchottによれば、英法やフランス法では独立した代理権濫用理論は存在しない。すなわち、本人に代理行為の効果が帰属することを前提としつつ悪意者が排除されるのではなく、逆に agency by estoppel, mandat apparent といった外観理論によって善意者保護が行われることになる。最近、Gothardtも同様の指摘をしているが、Laband が義務違反の有権代理と解しているものを Seiler が表見代理として論じ、権限濫用行為はすべて権限越に他ならないとする Siebert が外観理論に傾いていく理由もここにあるものと思われる。ということは、逆に、表見代理を有権代理的に構成し、対内関係上正当化されない権限濫用行為として、これに代理権濫用理論を適用する方法も考えられるということである。かくして、表見代理と代理権濫用とは次元の異なる問題だといえないことは明らかであろう。英法やフランス法において対内関係上の義務からの代理権の独立性が認められないのかどうか、疑問を感じないわけではないが、いずれにせよ、代理権の独立性の問題の中心が義務違反行為をめぐる議論にあることは疑いない。委任と代理の関係については、わが民・商法の解釈においても基本的にはドイツ法と同じように理解すべきだというのが「委任と代理の関係について」における筆者の見解であった。したがって代理権濫用についても、ドイツの理論をほぼそのまま採用してさしつかえないと考えられる。以下、そのような観点から論ずることにする。

三、ドイツにおいては、わが国の通説のような心裡留保の規定の準用という考えは、ほとんど見当らない。すでに指摘があるように、代理人の意思表示の成立過程にはなんらの欠陥はない。まさに法律効果を本人に帰属せしめようとする意思を表示しているからこそ、本人に不利益が生ずるのである。最近、信義則・権利濫用説からの九三条但書準用説に対する批判は当たらないという反論がみられるが、九三条但書説には、次の二つの点に問題がある。

まず、この説は、代理人の背任的意図を相手方が知りうべきであったかどうかを問題とするが(いうまでもないが、九三条は表意者自身が意思と表示の不一致を知っていることを前提とする)、ドイツにおいては、Flumeの見解に示されているように、代理人にかかる意図はなくとも客観的に本人の利益を害すべき行為がなされ、その事実を相手方が知りうべき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し、代理人の「故意」に重点を置くべきでないことは、SiebertやStollによっても指摘されている。しかし、このような場合には、もはや代理人の心理状態を問題にすることはできず、心裡留保規定の類推の基礎は全く失われてしまう。九三条準用説が、背任的意図であれ本人を害する客観的事実であれ、ともかくも相手方がこれを知りうべきであったということに重点を置くというのであれば、⁽⁴⁾本人に効果の生じないことの根拠は、相手方の態度自体に求められなければならない、それはまさに、権利濫用・信義則説に他ならない。また、相手方の善意・無過失とか悪意・過失ということだけであれば、民法一一〇条や一一七条の類推適用であってもよいはずであり、九三条但書でなければ準用しえないという理由はないはずである。悪意または過失があれば一定の事実を主張しえないというのは、民法全般に妥当する一般的原则であるが、その根拠そのものを解明する作業は依然として必要である。

つぎに、九三条但書によるならば、相手方の立場が顧慮されないための要件は、すべての種類の代理について「故意または過失」ということになり、類型に応じて異なった取扱いをするということはできない。しかし、ドイツにおいては、前述のように、代理権の類型に応じて相手方の有責性の程度が異なるべきか同一でよいか大きな論点になっている。とりわけ、支配権などの不可制限的代理権にかんしては、たとえすべての代理権について一様であってよいとする見解にあっても、重大な関心が示されている。わが国においては、九三条但書説、権利濫用説ともこのよう

な問題にはほとんど関心を示さないけれども、意思表示の一般的規定たる民法九三条は民・商法を通じて一般的に適用されるから——あるいは手形行為などについてはこれを修正しうる余地はあるかも知れないが——代理権の類型に応じた取扱いを異にすべきか否かという論争の生ずる余地はない。これに対し、信義則違反ないしは権利濫用によって処理するならば、相手方ほどの程度の有責性があれば信義則違反ないしは権利濫用が認められるかということとは、各取引の分野においてそれぞれ相違してもさしつかえないはずである。事実、表見代理の消極的要件である第三者の有責性はそれぞれの代理の類型に応じて相違している（例えば民法一〇九、一一〇条と商法四二、二二二条など）。これに対し、九三条但書準用説によっても代理権の類型や利益状態に応じて異なった取扱いをすることが可能だというのであれば、これまた、なんのために九三条但書を出したのか、全く意味がなくなる。いずれにせよ、相手方の有責性は、ドイツの理論をみても明らかかなように、代理人との取引にさいして相手方に調査義務を認むべきか否か、それほどの程度のものであるかという代理法の問題であって、意思表示の一般原則によって処理せられるべきではない。信義則違反・権利濫用説に対しては問題を代理法の枠外で解決しているともいわれるが、権利濫用や信義則の代理法における発現だと解しても、まったくさしつかえない。これに対し、民法九三条の代理法における発現ということとは、意味をなさない。

四、以上のように、心裡留保規定の準用によって問題は解決しないから、残された道は、代理権が濫用され相手方がその事実を知りうべきかぎりにおいて無権代理になると解するか（内因的解決）、それとも、有権代理であることにはかわりなしとしつつ、悪意の抗弁によって本人の責任を否定するか（外因的解決）のいずれかである。もっとも、義務違反があればすべて無権代理となり、したがって善意者保護の問題が残されるだけだという Seeler などの表見

代理理論による構成が考えられるが、義務違反行為を当然に無権代理行為と解することができないことは、繰返し述べたとおりである。理論的な位置づけからすれば、内因的解決説は、外因的解決説と表見理論との中間に位置するものといえよう。筆者は、「委任と代理の関係について」においては内因的解決説に賛成したが、現在では、もう一度検討しなおしてみなければならぬと考えている。

(1) まず理論構成に着目するならば、両説ともたんに代理人の義務違反の事実だけでは本人の責任が直ちに否定されるものでないと解する点では一致している。逆にいえば、代理人の権限濫用の事実だけでは有権代理にとどまるのであり、それは対内関係上の義務からの代理権の独立を前提とする。ただ、Siebertによれば、代理権濫用はすべて代理権の踰越になるとするが、Siebertもまた、代理権濫用の要件は二側面から決定されなければならないとして、信義則上第三者が知りうべきであったことを要求する。しかし、Stollなどが批判するように、濫用行為をすべて代理権の踰越とみながら、なお相手方の過失を要求する点において、Siebertの理論には無理があり、これを採用することはできない。これに対し、最近の内因的解決説は、代理権の独立性は絶対的なドグマではなく、法取引の安全が要求するかぎりにおいてのみ認められるのであり、相手方が権限濫用の事実を知りまたは知りうべきときには代理権という独自の資格がなくなることを強調する⁶⁸⁾。しかし、このような理論構成に対しては次のような疑問が生ずる。まず第一に、ドイツにおいても指摘されているように、不可制限的代理権をどう説明するのか。また、本人の意思によって制限可能な代理権についても、相手方の態様によって有権代理になったり無権代理になったりするような構成に説得力があるといえるであろうか。与えられた代理権が一回だけしか行使されないものならばともかく、継続的な代理権が与えられて同一内容の行為が繰返しなされるときには、悪意の相手方との関係では無権代理となる行為が善意

の相手方との関係では有権代理行為であるという理論構成をしなければならなくなる。⁽²⁾これに対し、抗弁権説（外因的解決説）ならば、いずれの相手方との関係でも有権代理行為であることにはかわりないが、悪意の相手方に対しては本人は抗弁を主張して請求を拒絶しようという筋の通った説明が可能となる。

ここで参考になるのは手形の無因性の理論である。⁽³⁾手形債務の無因性はドイツでもわが国でも異論なく承認されている。手形における人的抗弁の切断は手形行為の無因性によるものと解されているが、害意のある手形取得者に対しては人的抗弁をもって対抗することができる（手形法十七条但書）。すなわち、無因性を承認したからといって、いかなる手形取得者との関係でもそれが貫徹されているわけではないが、この場合、害意ある者との関係でも、はたして手形債務の無因性そのものがなくなっていると解すべきなのであろうか。いうまでもなく、同一の手形が害意なき第三者に譲渡されてしまえば、その者には人的抗弁をもって対抗しえないのである。そして、悪意者に対する人的抗弁の対抗は、明文の規定なき法制においても認められていたが、その根拠は一般悪意の抗弁や権利濫用ないしは信義則違反に求められていたのである。⁽⁴⁾代理権についても、相手方の故意とか過失によって代理権そのものが限界づけられると考えるべきか、それとも代理権そのものは依然として存在すると解すべきかはすぐれて理論的な問題であるが、理論構成という点からみれば、やはり後者、したがって権利濫用ないしは信義則違反によって処理する見解のほうがよりすぐれていると言わざるをえないのではなからうか。

(2) つぎに、具体的な法律効果について考察しなければならぬ。いずれの説に従っても、相手方に故意または過失があれば、本人が権限濫用行為の効果を否定しようという結果はかわりない。ドイツにおいても、また、わが国においても本人の責任を否定する根拠をどこに求めるかということに議論が集中しているようであるが、詳細に検討す

れば、必ずしもそれだけではすまされない。無権代理にかんする規定が適用されると解するならば、本人が、たとえ権限濫用行為であっても積極的にその効果を受けようと欲するときには、あらためて追認しなければならぬ⁸³ (§ 177 BGB わが民法 一一三条)。これに対し抗弁権説によるならば、とくに追認の意思表示は必要ないはずである。この差異は、必然的に相手方の契約撤回権の問題と関連する。§ 178 BGB およびわが民法 一一五条によれば、代理権のないことにつき過失はあっても善意である相手方は(この場合には本人による代理権濫用の主張が認められる)、本人の追認あるまで契約を撤回することができるが(Klipp の主張である)、有権代理的構成によれば撤回権は認められないはずである。無権代理説をとりながら撤回権を否定したり、逆に抗弁権説から撤回権を認めるような解釈はむずかしいのではなからうか。あるいは、無権代理説によりながら本人のみが無権代理の抗弁を主張しようという理論構成が考えられるかも知れないが、それならば抗弁権説とほとんどかわりない。本来、無権代理説の主張の中心は代理権濫用に対して無権代理にかんする規定の適用を認めることにあったはずである。

無権代理行為は本人の意思とのつながりを欠く。そこでその効果が本人に帰属するためには、あらためて本人の追認が必要となる。ところが、ある目的物を処分する代理権を与えつつ、同時に代理権を行使するときには自分の同意を得るよう指図を与えておいたところ、代理人がこの指図に反して処分をしたような場合に、本人の効果意思の存在すなわち当該代理行為と本人の意思とのつながりを否定することは、Stoll の指摘するように理論的とはいえない。債権取立の代理権を与えたところ、代理人が代金を着服したようなときも同様である。要するに代理権が濫用されたとしても、代理行為と本人の意思とのつながりは否定しえないであろう。代理権濫用の危険は原則として本人が負担すべきだといわれる理由も、結局、本人が問題の行為をなす代理権を現実⁸⁴に与えたということに求められるべきであ

り、ともかくも代理人をみずから選任したという理由だけでは、本人の責任を認めるには充分な説明とはいえない。

以上、要するに、代理権が濫用された場合といえども、本人がその代理行為の効果を受けるためにはあらためて追認する必要はないと解すべきである。また、善意の相手方の撤回権も認められない。抗弁を行使しない以上、本人は代理行為の効果を否定しないのだから、とくに相手方に不利益は生じない。表見代理を代理権濫用の一態様とみる私見からすれば、表見代理の場合も同様に解しなければならぬ。いずれの場合においても代理行為と本人の効果意思とはつながっている。ただ、濫用の事実を知りまたは知りうべき相手方との関係では本人に抗弁が帰属するという点において、義務に従って代理権が行使される正常な代理行為との差異があるにすぎない。基本的にはこのような理解から出発すべきであろう。

なお、無権代理人の責任 (§ 179 BGB、わが民法一一七条) が問題にならないことは Schott の指摘するとおりである。

五、無権代理説については、問題を代理法の枠内で解決するという長所が主張される。たしかに、対内関係上の義務と代理権とのつながりを明確にしたことは、この理論の否定しえない功績である。しかしながら、抗弁権説がまったく代理法の枠外で問題を処理しているといえるのであろうか。

無因性の理論を貫くならば、相手方の害意や悪意にかかわらずなく代理行為の効果は本人に帰属することになると、しばしば主張されている。そうであるならば、代理行為の効果の否定の根拠を代理法の内に求めることはできない。しかし、無因性の承認が必然的にそのような絶対的効力を認めることになるのであろうか。例えば、なにびとも無因性を否定しない手形債務についても、手形法は原因関係上の抗弁を害意ある第三者に対して主張することを認めてい

るし、代理権を対内関係上の義務から解放した *Laband* も、あらゆる第三者との関係で絶対的に代理権が効力を有すると主張したわけではない。代理権の類型に依じて、詐欺的通謀、悪意あるいは過失ある相手方の本人に対する権利主張を否定している(後述)。

害意ある第三者に対し手形債務者が人的抗弁をもって対抗しうる根拠が、権利濫用や信義則違反、一般悪意の抗弁に求められていたことは前述した。しかし、だからといって、そのような考えが手形法の枠をまったく越えた一般条項のなかに根拠を求めようと断定しうるものではない。いかなる場合に人的抗弁をもって第三者に対抗しうるのか、通謀や害意を要するのか、たんなる悪意でよいのか、また重過失はどうなるのかという判断、すなわち、いかなる場合に信義則違反や権利濫用が認められるかということ、高度の流通性という手形の本質を顧慮し、民法上の債権譲渡の場合とも比較して決定されなければならない。それは当然に手形法の内部の問題といわなければならぬ。繰返すように、悪意の抗弁の根拠は、明文をもって規定されていない立法の下において多く論じられた。しかし今日のようには悪意の抗弁につき明文の規定がある場合においても、その根拠はやはり論じられなければならない。「手形法十七条但書が認めているから」というだけで満足するのであれば、実定法そのものの根拠、すなわちどうして法は一定の場合に人的抗弁をもって第三者に対抗することを許しうるのかということは、なにも解明されないままである。小橋教授は、「自己の手形取得によって債務者が譲渡人に対して有する抗弁を失うことを知りながらあえて手形を取得することは、債務者の正当な意思に不当に干渉するものであり、手形という形式を楯にとって権利を主張することは権利の濫用である。その場合に権利行使を拘束するのは信義則であり、信義則は一般的関係において認められる権利を個別的関係において拘束するものである。手形上の意思は、手形に記載され、一般的に是認された意思として、個

別的關係を無視して転々とするが、それは個別的關係における意思によりこの關係において阻止されることを認めざるをえない。すなわち、實質的權利が形式的權利に対し防禦せられる」といわれる。形式的權利に対する實質的權利の防禦という現象は法のあらゆる分野において種々の場合に現われる。信義則や權利濫用が私法の通則である民法総則の冒頭の条文において規定されているのはその現われである。手形法十七条但書は、そうした一般原則の手形法における発現と理解しなければならぬ。⁶³⁾

代理権についても、基本的にはこれと同様に解すべきであろう。独立性、抽象性、有因と無因といった諸概念の意義と相互の關係、あるいは、ドイツの學說のいう *Abstraktheit* と日本の學說における「無因性」がまったく同じ意味であるのかどうか、なお検討しなければならないが、要するに有因とか無因とかいうのは原因 (*causa*) からの抽象化の程度の問題であり、独立性とは抽象せられる關係についての独立の意思の存在である。無因性を承認したからといって原因關係との關係が完全に切断されてしまうものではない。代理権が有因か無因かといわれるとき、代理権が原因關係からどの程度抽象化されているかという議論をしなければ無意味である。⁶⁴⁾

代理人は、委任その他の内部關係によって本人のために法律行為を締結する義務を負う。もし、代理人を本人のたんなる道具とみるならば、對外關係において代理人が本人のために意思決定する可能性は、對内關係においてなされた合意によって代理人に認められた範圍に限られることになる。しかし、それでは、はたして代理人が本人を義務づけることができるかどうかについて相手方は確信を持つことができない。そこで、代理人が對外關係において本人のために意思決定をなしうる範圍は、對内關係においてなされた合意の種類からある程度独立して存立する特別の *Vollmacht* によって決定される。すなわち、相手方は、對内關係上代理人がいかなる範圍で本人を拘束することがで

きるかということにわずらわされずに、代理権の存在を信用しうる。ドイツにおいて代理権の *Abstraktheit* とは、このように解されている。⁶⁵⁾ しかし、それによって代理権が対内関係と全く無関係になってしまふものでないことは、ドイツの判例や学説、とりわけ内因的解決説の主張するところである。代理人が対内関係において正当化されないような行為をなし、相手方にも非難すべき態度があるとき、代理権という形式的資格を楯にとつて本人に対し代理行為の有効性を主張することは権利の濫用である。例えば、民法五四条や商法三八条三項によって、悪意の第三者が理事や支配人の代理権の存在を主張することができないのは、これを現わしている。対内関係において正当化されない態様としては、対内関係上の合意が成立していなかったり取消された場合、対内関係が消滅した場合、指図違反、あるいは、必要以上に本人に不利益な内容の取引をした場合など、さまざまのケースが考えられる。また、本人が代理行為の効果を否定しうるにたる相手方の有責性の程度も代理の類型に応じて相違してもよいはずである。少なくとも、一律に決しなければならぬ必然性はない。とくに商事代理権は対内関係からの独立性を極めて強く要求する。

六、右のような立場から、第三者の「有責性」の程度をめぐる議論に移ろう。この点にかんしては、すべての代理権について共通の基準でよいとする説と不可制限的代理権を特別に取扱う説とが対立し、前者においても重過失を要するか軽過失でたるかの争いがあり、その他、*Stoll* のような特殊な見解もみられる。

ところで、本人が代理権に加えた制限の効力について実定法自身が明文の規定をおいているが、このような制限に反する行為も代理権の濫用となるので、第三者の有責性の程度を論ずるとき、かかる規定の存在を無視するわけにはいかない。むしろ、実定法の規定に即して有責性の程度を決定するという態度がとられなければならない。

先にも述べたように、*Laband* はドイツ旧商法典の規定に従って、代理権をいくつかの類型に区別したが、⁶⁶⁾ 現行の

ドイツ商法典においても、その区別はほぼ妥当する。すなわち、§ 50 HGB は支配権の制限は第三者に対抗しえないと定め、同様の規定として合名会社の社員 (§ 126)、代表取締役 (株式会社七四条) の代理権などがある。ついで、§ 531 HGB は、船長の法定権限を制限した船舶所有者は第三者が制限を知りたるときに限り制限違反を對抗しうるとし、船舶管理人にかんする四九五条も同様に規定する。また、支配権以外の商業代理権の制限は第三者がこれを知りまたは知りうべかりしときに限り第三者に対抗しうる (§ 54 HGB)。

第三者の有責性の程度については、通謀、害意、悪意(故意)、重過失といった諸段階が考えられるが、支配権などの不可制限的代理権については、ドイツでは通謀を要求する見解も有力である。Laband も、「第三者に詐欺の罪があり、義務に違反している代理人と本人を意図的に害すべく法律行為を締結する場合」にかぎって本人は代理権の制限を對抗しうるとする。おそらく、もっとも厳格な詐欺的通謀を要求するという趣旨と解せられる。ドイツ法における不可制限的代理権についての程度の第三者の有責性が要求されるべきかを明確に決定するだけの能力は筆者にはないが、実定法規のバランスから判断するかぎり、たんに制限を知っていた(悪意)だけでは、本人は第三者に制限を主張しえないと解すべきではなからうか。もっとも、右の諸段階の限界は実際上しばしば流動的であり、例えば取引の内容からみて本人に不当な不利益を及ぼすことを知りつつ、あるいは、代理人の横領の意図を知りつつあえて代理人と取引すれば、故意のみならず害意ありと判断されることが多いかも知れないが、これらの概念を全く同義と解することもできないであろう。例えば、手形法につき、融通手形の抗弁は、その存在が手形取得者に知れていても手形法十七条但書の害意には相当しないとされている。また、前述のように、Flume がたんなる指図違反は相手方がその事実を知っている場合にのみ濫用の「明白性」の要件を満たすと述べていることが注目されるが、この点について

ては詳細な検討を今後に留保しなければならない。

不可制限的代理権において本人が容易に代理権の制限を第三者に対抗しえない理由は、代理権の包括性、定型性、あるいは商取引の迅速性ということに求められるべきであろう。⁽⁴⁰⁾これに対し、近時、Tankは、無能力者の法定代理権においても通常の代理権と同じく相手方に過失があればたるが、この代理権も制限不可能であるから、代理権の不可制限性は商法の特性ではなく、したがって商事代理権を特別扱いする理由はないという。⁽⁴¹⁾しかし、不可制限性、包括性という共通点だけを根拠に両者を同列に置くのは妥当でない。無能力者はみずから代理人を選任することはできないのに対し、営業主は定型性を有する支配人の権限をみずからの意思によってあえて制限するのであり、代理人がその権限を濫用するのをチェックする能力も有している。かかる差異は代理権濫用の問題については決定的な意義を有する。さらにまた、相手方の注意義務の軽減は商事における一般的な特色である。

それでは、わが民・商法についてはどうか。これについても「委任と代理の関係について」で示した私見は現在でも基本的には変っていない。代理権の制限を善意の第三者には対抗しえない旨の規定が法人の理事(民法五四条)、支配人その他の商業使用人(商法三八条三項、四三条二項)、代表取締役(商法二六一一条)、船長(商法七一条)の代理権等について存在する。わが国ではドイツのように悪意の第三者にも対抗しえないという規定は存在しない。⁽⁴²⁾また、表見代理を現実と与えられた代理権が濫用された場合であると解する立場からすれば、表見代理の規定も第三者の有責性の程度の基準として考慮されなければならないが、表見支配人(商法四二条)、物品販売店舗の使用人(四四条)、表見代表取締役(二二二条)など、商法上の表見代理の消極的要件は悪意であるのに対して、民法上の表見代理については過失でたとと解釈されている。そうすると、法人の理事や商事代理権については代理権濫用一般につ

き悪意者のみが代理行為の効果を主張しえないことになるのに対し（重過失者の取扱いについてはここでは考慮の外におく）、こうした範疇に入らない通常の民事代理については過失があれば主張しえないという基準が導き出されなければならない。代理権濫用にかんする相手方の有責性の程度について、Kippとかドイツの判例が §§ 169~172 BGBとのバランスを主張しているのは正当である。代理権の濫用につき無過失を要求することは、相手方に調査義務を負担せしめるとの理由で反対する見解があるが（Soill）、それは、Flumeのいうように、§§ 169~172 BGBにおいても相手方は調査義務を負担するものではないと解することによって克服すべきであろう。代理権という独立の取引資格は相手方対内関係にまで立入って調査する必要性から解放したが、表見代理の規定の意義も、代理人との取引に際していちいちその権限を調査しなくともよいということにあったはずである。⁽⁴³⁾

ところで、民法九三条但書説は過失でたるとするのに対し、権利濫用説は悪意を要求するが、後説は、もともと、定型的な商事代理権の制限について主張せられた学説である。そうだとすると、相手方の有責性の程度をめぐる両説の対立も、結局、それぞれの説がどのような代理権を対象としているのかという相違に還元されるものと思われる。⁽⁴⁴⁾

もっとも、通常の民事代理は過失、定型的な商事代理権については悪意という基準については、ひとつ留保しておくべき点がある。というのは、代理権消滅後の表見代理については、他の場合と異なって商法上特別の規定が設けられていないのである。ただ、支配人や会社の代表機関の退任は登記事項になっているため、退任の事実を善意の第三者に対抗しえないが、⁽⁴⁵⁾ 番頭手代などについてはそのような規定がない。そこで、これらに民法一二条をストレートに適用すべきか、それとも商事における特色として第三者の注意義務の軽減を考慮すべきかといった問題が生ずる。⁽⁴⁶⁾ あるいは、支配人や代表取締役については、表見支配人とか表見代表取締役にかんする規定があるが、法人の理事の

僭称を黙認している場合に表見代理が成立することは疑いないとしても、この場合の第三者の注意義務の程度をどう考へるべきか、營業の主任者たることを示すべき名称(商法四二条)や会社を代表する権限を有するものと認むべき名称(商法二六二条)の使用を禁止したのちの代理行為についても表見代理は成立するのか、成立するとすれば民法一二二条を適用ないし準用するのか、等々の問題が生じてくる。しかし、それらは表見代理固有の問題領域に属するから、本稿ではこれ以上は立入れない。いずれ稿をあらためたいと思うが、現在のところでは、代理権濫用が現われる「場」の違いによって、たとえ同一類型の代理権においても、相手方の有責性の程度は相違してもさしつかえないものと考えている。それは、表見代理を有権代理的に構成するために生じた問題ではない。外観理論に従っても、表見代理の成立に相手方の善意とか無過失とかが要求されるかぎり、同様の問題が生ずるはずである。

したがって、民事代理については過失、商事代理については悪意というのは、あくまでも大筋の基準であり、それによってすべてが律せられるものではない。にもかかわらず、この基準が法律に明文の規定を欠く問題の解決に際して、また、より基本的には代理権の無因性の本質を理解するために重要な意義を有することは否定しえないであろう。

- (1) Thöl, Das Handelsrecht, Bd. I, (6 Aufl.) S. 190ff. 同様に参照。
- (2) Dölle, Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. II, S. Bstf.
- (3) 高橋「委任と代理の關係に就て」五頁。
- (4) 幾代・民法総則三三三頁注一。
- (5) 我妻・新訂民法総則三三四頁。
- (6) Laband, ZHR, Bd. 10, S. 240f.
- (7) 高橋・前掲論文二二頁以下参照。

(8) 無因性を肯定すれば代理権は対内関係から独立して存続するということだけを強調するから、当事者間になんの関係もないのに代理権を与えられるというようなことは具体的にほとんど考えられないとか(森島「委任と代理」契約法大系IV三〇五頁)、対内的には法律行為を義務づけられていながら対外的には代理権を有しない状態が生ずるのか(幾代・前掲書三一九頁注三)といった批判が融合契約説の立場からなされることになる。

(9) 表見代理のうちで権限濫越による表見代理のケース(民法一一〇条)が圧倒的に多いのも当然である。私見によれば、一一〇条によって処理されている事案には権限濫用の法理がそのまま妥当する(「表見代理と有権代理の交錯」を参照されたい)。なお、委任よりも代理権の範囲が広いことを承認すれば、より広い部分については、まさしく「委任なき代理権」である。

(10) 対内関係上の義務から切断されるが故に、代理権は無因的法律行為によって発生せしめられ、この代理権の無因性によってはじめて種々の種類の代理権を一つの統一した法制度として説明することが可能になる(Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II, S. 334f.)というのがドイツにおける基本的な考えではなからうか。

(11) もし、民法の代理と商法の代理とで委任と代理の関係が理論的に異なるというのであれば、そのような出発点を明確に意識して論ずる必要がある。

(12) 「結果において差異がない」とか、「従来の説でも同じ結論を導びきうる」といった反論は不十分である。そのような態度を固執するかぎり、民法学の進歩は望めない。結論が同じであっても、いづれがより論理的にすぐれた説明であるという判断によって学説の優劣は決定されなければならない。理論化・体系化の作業は悪しき概念法学と混同されてはならない。それは学問としての民法学に不可欠の作業なのである(原島「民法理論の古典的体系とその限界」近代法と現代法一一九頁以下参照)。近時の民法学には明るさ・おおらかさが失われているという原島教授の見解には、筆者も全く同感である。

(13) いうまでもないが、「批評」もまた学説の一部として評者の学説全体の中で理解されなければならないし、それ自身も批判にさらされなければならない。また、批評された者の側からすれば、評者に質問をして御教示を得たいと思うことも多い。例えば、かつて筆者のある論文は、同じジュリストの批評において(三八二号一四九七五〇頁)、「意思から出発する点において概念的・思弁的である」と批評されたが、私の研究の基本にかなう批判であるから、なぜ意思から出発するのが「概念的・思弁的」なのか、逆に表示から出発すれば「概念的・思弁的」でないのかなど、御教示願いたいことも多いが、匿名の批判はこれらすべてを不可能にする。水本教授がジュリストの匿名批評を批判されているが(「民法学における利益衡量論の成立

とその成果」(『民商法雑誌六四卷二号二〇九頁注二五九)、匿名批評が学問の進歩にプラスにならないということについては、筆者も全く同感である。それは、民法学の方法論以前の問題である。

- (14) はしがき注6参照。
- (15) 対内関係を設定する契約が無効であったり取消された場合、すなわち対内関係が全く欠ける場合でも、代理行為が正当化されないことは、対内関係上の義務に反する場合と同様である。vgl. Pawlowski, a. a. O., S. 336 Anm. 62.
- (16) Siebert (a. a. O. S. 637.) がほんのわずかに §116 BGB に言及している程度であろう。
- (17) 四宮・民法総則二五一頁、小橋・民商法雑誌六二卷二号(判批)二九〇〜二九一頁。
- (18) 例えば、江頭・法協八八卷一号一〇四頁は、判例の見解も、代理権濫用行為は心裡留保だということではなく、軽過失ある相手方は保護されるべきではないという価値判断の上になって、法律効果を同じくする民法九三条但書の法律構成を借用したにすぎないとされる。
- (19) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 789, 791 vgl. Flume 791を誤りだとしているわけではない。
- (20) Elume, a. a. O., Pawlowski, a. a. O., S. 336.
- (21) 高橋「表見代理における信賴の保護」法学論集二二卷四・五・六号一〇九頁注6参照。
- (22) 以下、小橋・手形行為論二四一頁以下に負うところが多い。
- (23) 小橋教授によれば、手形法における悪意の抗弁の根拠については表現の相違にもかかわらず著しく隔ったことを意味しているのではなく、本来手形の文言に従って生ずべき責任が手形取得者の悪意のゆえに制約せられるという基本的態度には隔りはなかったとされる(前掲書二七三、二八三〜四頁)。
- なお、権利外観説は本来附着して移転すべき抗弁が善意者保護のためにとくに切断されるという理論構成になるが、これは、代理権が濫用された限度で無権代理になるけれども、善意者の信賴の保護のために本人は責任を負担するという理論構成と同様である。
- (24) 周知のように、表見代理についても一般的には同様に解されている。
- (25) Seeler の見解である。高橋「委任と代理の関係について」一二頁以下参照。
- (26) 高橋「表見代理における信賴の保護」一〇三〜四頁、一〇九頁注(6)参照。

⑦ 相手方が請求したとき、本人がそのまま契約を履行すれば、抗弁を行使するつもりはないことになるし、抗弁を行使すれば本人の責任は否定され、いずれにせよ法律関係は確定する。したがって、無権代理行為の相手方の催告権もとくに必要としない。表見代理の場合も同様と解する。

⑧ 私見によれば、表見代理においても、本人が契約の効果を甘受するつもりであるにもかかわらず、相手方が無権代理を主張することは許されないことになる。但し、責任を追求された表見代理人自身が代理権を根拠にして代理行為の効果が本人に帰すべきだと主張することは、本人との関係で正当化されない行為をしながらその行為の効果を本人に帰属せしめることになつて許されないものと考えている。この点についても「表見代理と有権代理の交錯」を参照されたい。

⑨ Gothardt, Der Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht, S. 27. また、表見代理の有権代理的構成に対して、相手方の善意・無過失を要件とする有権代理という発想がどの点に実益を示すのか問題があるともいわれている(権・注釈民法(4) 二二七、一八七、八頁)。

⑩ 実定法そのものの根拠を説明することは、法解釈学の極めて重要な任務であると考えている。

⑪ 小橋・前掲書二八四～五頁。

⑫ 高橋「表見代理における信賴の保護」一〇八頁。なお、そこにおいては筆者のミスで次のような誤りがあるので、ここで訂正したい。すなわち、一〇八頁七行目の、「この手形抗弁の切断は」を「悪意者に対して人的抗弁をもって對抗しうること」は「に、九行目の「抗弁切断につき」を「この点につき」に、それぞれ訂正する。

⑬ 小橋・前掲書二四七頁以下。なお、Pawlowski, a. a. O., S. 294ff. 参照。これら諸概念の検討は将来の課題とし、本稿ではいちおう従来用語に従って叙述する。この点につき、大西・代理の研究二二三頁以下は有因・無因という用語を避け、代理権授与行為の成立、範圍並に消滅が基礎的法律関係の成立、範圍並に消滅と如何なる関係が存在するかというように考察するとされる。正当な見解であると思う。

⑭ 無因性を肯定すれば相手方の態様にかかわりなく代理行為の効果は本人に帰属するという考えは、この点を看過しているものと思ふ。

⑮ Pawlowski, a. a. O., S. 334f. Pawlowski は、代理権の対内関係に対する依存も無因性を否定するのではなく、抽象化の程度の問題であるとみる。

- (39) 詳細は、高橋「委任と代理の関係について」一頁以下参照。
- (40) Thöl, a. a. O., S. 191. 支配権の制限は第三者に対しては無効であって、第三者が制限を知っていてもさしつかえない。²⁾
- (41) Froitz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 398f. 57. § 50 HGB によれば、支配権の範囲を対象にかんじて (gegenständiglich) 制限しえなうだけであって、それは代理人の義務 (Pflichtbindung) については何も述べていない。したがって、かかる代理権についても相手方が義務違反につき知りまたは知りうべきときには、通常の代理権と同じく、相手方は本人に対する代理行為の効果を主張しえないとする。しかし、§ 50 II HGB の挙げるような代理権の制限 (行為の種類、場所、時期等にかんする制限) の違反も内部的には代理人の義務違反とする。したがって、§ 50 HGB が義務について何も述べていないとする Froitz の見解は理解しがたい。
- (42) 小橋・前掲書二七五頁以下、二八五頁。
- (43) 大隅・商法総則一五二頁以下参照。
- (44) Tank, Der Mißbrauch von Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis, NJW 1969, S. 9.
- (45) 但し、民事訴訟法八一三条三項参照。
- (46) Pawlowski, a. a. O., S. 366f, S. 337 Anm. 64. Flume の代理権濫用の明白性という基準を採用し、相手方には調査義務はなく、本人との関係における注意義務に有責的に違反するものでないことを強調する。ただ、適切かつ簡明な言葉がないために、本稿でも、過失とか重過失、有責性といった用語を用いたことを明らかにしておく。
- (47) 梅・民法要義卷之一・二五六頁。基本代理権がない場合とか法定代理についても表見代理の規定の適用を最初から否定するのではなく、適用可能性を肯定しつつ過失の認定を通常の場合より厳格にすることに、妥当な解決をはるという方法がしばしば主張されているが、私見はこのような理論には疑問を感じる。ただ、前者にかんしては、繰返し述べているように表見代理の機能の拡大という視点に立たなくとも、本来、一一〇条の解釈として基本代理権という要件は不用と考えている (「表見代理における信頼の保護」一〇四頁、民商法雑誌六五巻五号 (判批) 八三六〜七頁。詳細は、「表見代理と有権代理の交錯」参照)。

また、本人に問合わせなかったから過失があるなどという考えは、直接代理の制度そのものとも矛盾する (「表見代理にお

ける信頼の保護」一〇二頁)。但し、一般的な理論としてはともかくも、個々の判決が本人への問合わせに言及することは、必ずしも誤りというわけではない。裁判の争点は、要するに本人に効果が生ずるか否かである。「問合わせる必要はない」ということは「問合わせはいけない」ということではない。相手方の問合わせにもかかわらず表見代理人の行為に異議を述べなかつた本人が、後で代理行為の効果を否定しえないのは明らかである。銀行などが直接本人に照会するのは、安全性のために念には念を入れていただけのことである。したがって、たとえそれが金融取引の通念だとしても、それをしなかつた金融機関に「過失がある」とはいえない(高橋・法律時報(判批)四四卷九号一三七頁)。但し、念を入れて調査した結果、代理人の権限に疑いが生じたにもかかわらずこれと取引したときには、「過失あり」ということにならう。

- (46) 四宮・前掲書一一九、二五一頁は、心裡留保に類比するよりも、代理権の範囲内の行為として一応有効(本人への効果帰属)とし、信義則上、悪意または重過失の第三者に対しては、本人は無効(効果不帰属)を主張しようという構成をすべきだとされる。
- (47) 高橋「委任と代理の関係について」二五頁。
- (48) いうまでもないが、商法上の代理のすべてについてそうだというのではない。権限の法定されていない商業使用人や代理商の代理行為は民法法理に従う(塩田・私法二六号三〇頁下段)。
- (49) 民法上の法人の理事の氏名も登記事項であり、その変更については民法四六条二項が適用される。
- (50) 塩田・前掲二九頁。

む す び

ドイツにおける論争の検討を通して、代理権濫用の基本的な理論構成について考察した。しかしながら、なお論ずべき問題点が残されていることはいうまでもない。まず第一に、表見代理を包摂する統一的、体系的な理論構成をより完全にするためには、表見代理についての理解を深めなければならない。また、代理人が権限を濫用して手形行為

をした場合には手形抗弁との関係を明らかにしなければならぬ。その他、本文中のあちこちで留保しているような問題点もある。本稿において考察した代理権濫用の基本理論を軸としてこれら一つ一つの問題を矛盾なく解決しなければならぬが、それは今後の研究の課題である。

代理権濫用については商事代理権が重要な意義を有する。以前、雑談のあいまに池垣先生の御専門である船長の代理権の範囲についてお話をうかがったことがあった。昨年秋、法学部長の任期を終えられたので、先生から更にくの御教示を得たいと思っていたが、もはやそれも不可能になってしまった。今は、本稿を中間的報告として先生の御霊前に捧げると共に、一層の研究を誓うほかない。

なお、本稿の執筆にあたり、文献借覧について、伊藤昌司大阪市立大学助教授と京都大学大学院法学研究科博士課程中松纓子氏にお世話になった。厚く御礼申し上げます。