

# 代理権の踰越と濫用

伊 藤 進

## 序

代理の法的構成として、「代理なる法律行為」を三当事者法律行為形象とみるのが妥当と提唱した。すなわち、代理なる法律行為は、本人の意思表示（いわゆる「代理許諾意思表示」）、代理人の意思表示（いわゆる「代理行為意思表示」）及び相手方の意思表示（いわゆる「代理承諾意思表示」）が等価値において結合することによって成立する法律行為と構成すべきであり、これら三当事者の意思表示の等価値的結合からなる、いわゆる「三当事者法律行為」形象とみるべきであるとの仮定的提言である<sup>(1)</sup>。そして、この代理なる法律行為における代理人の意思状態は、本人に代わって法律行為の効果内容に係わる意思決定を行う意思（代理意思）と、自己の行った効果内容に係わる意思決定によって生ずる法律効果を自己には生じさせないで、本人に生じさせるとする意思（効果転置意思）を内容とする二面性をもった意思決定であり、いわゆる「代理行為意思表示」と呼ぶのが妥当とも提言した<sup>(2)</sup>。

本稿は、このような「代理なる法律行為」を構成する代理人の意思表示が、本人の「代理許諾意思表示」の範囲を踰越している場合、及び本人の「代理許諾意思表示」を濫用した場合の法律関係について検討する。従来、代理権の踰越及び代理権の濫用の問題として議論されてきたことを、私見の立場から再検討するのが目的である。

(1) 拙稿「わが国における代理の法的構成—「三当事者法律行為」形象の提言—」明治大学法科大学院論集 1 号97頁以下。）

(2) 拙稿・前掲（法科大学院論集 1 号）106頁。）

## 第1章 「代理許諾意思表示」の範囲と相手方の保護

代理人が、本人が表明した「代理許諾意思表示」の範囲を逾越する「代理行為意思表示」を行って場合の法律関係はどうか。代理人の行為によって、本人に効果が生ずるためには、「その権限内において」の行為でなければならない(民法99条)。これを、従来の代理論では、代理権の範囲の問題として議論してきた。そして、代理人が、この代理権の範囲を超えて行った行為を代理権限逾越行為として処理してきた。私見の立場からすれば、代理人の意思表示が、本人の「代理許諾意思表示」の範囲内であるかどうかの問題ということになる。そして、代理人の「代理行為表示意思」が、その範囲を超えているときは、本人の「代理許諾意思表示」の逾越として処理することになる。そこで、従来の理論を借用しながら本人の「代理許諾意思表示」の範囲の確定について若干の検討を行うことにする。

### 1 「代理許諾意思表示」の範囲確定の準則

#### (i) 代理権授与行為 = 「代理許諾意思表示」の解釈

代理権の範囲は、まず代理権授与行為の解釈操作によって確定する。代理権授与行為の性質を契約とみる立場では契約の解釈の問題であり、単独行為とみる立場では本人の意思表示の解釈の問題である。私見では、「代理許諾意思表示」の性質は本人の単独の意思の表明と解することから、本人の意思表示の解釈により、その範囲を確定することになる。

ところで、今日における一般的な見解は、まず代理権授与の法律問題と本人・代理人間の内部的な法律関係をを一応観念的に区別し、代理権の範囲の問題は代理権授与の法律関係内の問題であると認識されてきたと解してよい。このことから、代理権の範囲決定の問題は、實際上多くの場合は本人と代理人間の内部的事務執行依頼と結び付いてはいるが、一応、観念的に区別されるところの本人による代理権授与の意思表示の解釈問題ということになる。そして一般的には、その範囲決定には一般的な意思表示の解釈における同様の要因が考慮されることになる。まず代理権授与に際して本人が表明した意思が基準となる。この意思は明示でも黙示でもよい。それだけではなく信義則や慣習または取引慣行あるいは代理権授与に際しての客観的事情もまた基準となりうるこ

とについては争いはない。このような従来からの代理権授与行為の解釈操作による代理権の範囲確定準則は、本人の「代理許諾意思表示」の範囲確定においても準則となることには変わりはない。そして、このような準則に基づいた範囲の踰越が、代理権ないし「代理許諾意思表示」の顕在的・量的範囲においての踰越を意味することになる。

(ii) 内部関係での範囲制限と「代理許諾意思表示」の範囲確定

とるで、委任などの内部事務執行依頼に際しての指図や義務あるいは目的による制限が「代理許諾意思表示」の範囲確定の準則になるかである。この問題は、従来、代理権授与行為と内部関係との関係論に係わって議論されてきた。代理権授与行為の独自性を認めない立場によれば、当然のこととして内部関係により規定されることになる。代理権授与行為の独自性を認め内部関係とは無因であるとの立場によれば、内部関係によって規定されることはない。これらに対して、Flumeは、本人の意思表示とその原因となった法律行為の問題を概念的に区別することは可能である。このことを前提として本人の意思表示が原因となった法律関係とは無因としても有因としても処理することは可能である。しかし原因となった法律関係が本人の意思表示の内容を規定するとみるのが妥当とする<sup>(1)</sup>。Pawlowskiは、任意代理権は内部関係から抽象化されているが、それは相手方の保護に必要な限りで及ばないことになる。従って、内部関係による制限を知りまたは知りうべかりし限りにおいて、代理権の範囲は、内部関係により制限されるとみる<sup>(2)</sup>。私見では、本人の「代理許諾意思表示」を独立の概念として認めるが、内部関係とは有因とみるのが妥当とみていることから、Flume同様に、内部関係により「代理許諾意思表示」の範囲は規定されると解する。

かかる見地に立って「代理許諾意思表示」の範囲決定の準則についてみると、内部的事務執行依頼に際しての指図や義務あるいは目的による制限についても、一般的な解釈原則に従い、このような制限が表示されたときは代理権授与の意思表示の内容となり範囲決定要因として是認される<sup>(3)</sup>。本人による表示に至らないが第三者がそれを知っているときはどうであろうか。本人が代理人に代理権の行使に際して与えた指図については第三者がそれを知っているかどうかは代理権の範囲決定には何の関係もないとする見解がある<sup>(4)</sup>。しかし代理人の行為がこのような指図に、あるいは義務や目的に違反し本人の意思と矛盾するこ

とを知っているときは、信義則にしたがった解釈として、代理権の範囲はどのような制限づけられたものとみるべきである<sup>(5)</sup>。しかし、それは第三者が知っていたということによってではなく、第三者にも客観的に明らかになっていたためである。すなわち、代理権の範囲決定にあたっては第三者に内部関係の制限が明らかになっているときその内部関係は決定要因となるとみてよい。そしてこのような考えは、代理権の内部関係からの独立・無因性を否定するまでもなく導き出され、法律行為解釈の原則から一般に承認されるものと解しうる<sup>(6)</sup>。これまでは、このような決定要因にもとづき解釈されて代理権の範囲が決められてきたわけである。そこで、このような決定要因のもとに導き出された代理権の範囲を顕在的・量的範囲と称することにする。これまでの代理権の踰越はこのような代理権の顕在的・量的範囲においての踰越を意味してきたといえる。また、内部関係の制限が客観的に明白である場合も、代理権の授与に際しての事情や慣習、取引慣行などが範囲決定要因になることから、これらと同質の要因として、代理権の顕在的・量的範囲を決定する基準とみてよい。このことから、Flumeが、明白な濫用の場合には代理権によっておおわれないと解したことは妥当と思われる。

なお、第三者が過失によって内部関係の制限を知らなかったときも、内部関係は決定要因となるだろうか。内因的解決論者は内部関係の違反＝事務執行権限の踰越を第三者が認識している場合だけでなく過失により認識しえなかったときも代理権によっておおわれなしとして、代理権の範囲決定要因になるものと解している。Frotzもまた、代理権の範囲の決定にあたり、その内容が疑わしいときは第三者は注意深くそれを解明する義務があることから第三者の知っているときだけでなく知らねばならないときには内部的な権限の範囲が決定要因となるものと主張する<sup>(7)</sup>。たしかに代理権の範囲決定にあたり第三者は注意深く解明しなければならないが、そのことを怠ったことによって知り得なかったからといって内部関係が範囲決定基準となるとは解し難い。それでは、第三者の容態によって代理権の範囲が左右されることになり妥当でないし、代理権の範囲は本人において決めるという原則に反することになる<sup>(8)</sup>。ただ、客観的に認識可能な状態であったが過失で、あるいは解明義務を怠ったため認識できなかったというのであればそのような客観的事情が存在していたということに注目し“明白”の場合と同様にその内部関係が決定要因となりうると解するこ

とができる。このように内部関係での制限も、これまでの解釈理論により、分離・無因性を前提としながらも範囲決定要因となりうるものといえる。そして以上のような見地から判断された代理権の範囲の踰越，すなわち代理権の顕在的・量的範囲の踰越がこれまでも考えられてきた代理権の踰越そのものである。

なお、さらに分離・無因性を否定する立場からみれば、内部関係での制限は全て代理権の範囲決定要因となる。本人の効果形成意思が代理行為の効果を本人に帰属させる根源であるとみるならば、どの範囲においてそれを望んだかの面においてもこの本人の効果形成意思の内容によって決めなければならない。この場合、本人の効果形成意思は本人と代理人間の内部関係における目的設定、指図、義務づけと切り離して考えることができない。この点、Siebertもまた、権利と義務の統一理論から代理権の範囲も代理人に課された義務設定によって決まると解している<sup>(9)</sup>。しかしこの点は理解に苦しむ。代理権の基礎をなす内部関係による代理人の義務設定にもとづき代理権の範囲が決まると解するだけでよいのではなかろうか。このため、観念的に内部関係と外部関係の分離を認めるとしても実際には内部関係は代理権の基礎となりそれを支えるものとして位置づけることが必要となる。代理権は内部関係によって基礎づけられることによって、その代理権にもとづいた代理人の行為により本人に効果が生ずるといふ力を備えることになるのである。このため、もし、内部関係において制限されているならば、その範囲において代理権の基礎が制限されていることになり、代理権の範囲の側面からみるならば代理権の潜在的な面において、あるいは質的な面において制限されていることになる。ただ、このような内部関係が前述のような解釈にもとづいて代理権の範囲決定要因となるときは直接、代理権の顕在的・量的範囲となって位置づけられるが、そのような作用をもちえないとき、すなわち内部関係での目的決定・指図・義務づけが、単に本人と代理人間に存在するだけで第三者において認識しうる客観的状态にない場合には、代理権の潜在的・質的範囲の制限にとどまることになる。たとえばAがBに事業活動に関連する包括代理権を与えたが、その際、事業の機械化による合理化を禁止していたとき、この禁止が第三者にとって明白なものであったならば、これまで認められてきた代理権の範囲，すなわち顕在的・量的範囲の制限ということになるが、そうでないならば代理権の潜在的・質的範囲の制限となるものと解しうることになる。ところで、この内部関係の制限は本人の内心的意図

を意味するのではなく本人と代理人間の内部的法律関係において一般解釈理論によって導き出されたところの本人の代理人に対する指図や、代理人の本人に対する義務あるいは目的による制限などによって決まるものである。

(iii) 民法103条と「代理許諾意思表示」の範囲確定

民法103条は「権限の定めのない代理人は、次に掲げる行為のみをする権限を有する」としてその範囲を明定している。本条は、代理権のあることは明らかだが、その権限の範囲が明らかでない場合に備えて、これを一定の範囲に限定した規定である<sup>(10)</sup>。そのために、代理権の範囲は一応定められたがそれが明確でない場合には、諸般の事情を考察してきめるわけであるが、それでも決まらない場合には本条を適用すべきであろう。かかる意味で、本条の性質は、補充的規定である<sup>(11)</sup>。もっとも、包括的代理権の場合には、その権限の範囲は限定されてはいないが、権限の範囲は定められていることから、民法103条にかかわらず、その範囲を決すべきである<sup>(12)</sup>。民法103条は、「代理許諾意思表示」の範囲確定との関係においても、従来と同様に解される。

その内容は、原則として、保存行為、利用改良行為の範囲に限定され、いわゆる処分行為は除外されている。そして、保存行為とは財産の価値を現状において維持することを目的とする行為で、家屋の修理、時効中断、権利の登記等がそれである。さらに、保存行為なりや否やは財産全体の立場から考えるべきであり、腐敗しやすい物の処分、期限到来の債務の弁済<sup>(13)</sup>、相殺<sup>(14)</sup>等の行為も包含すると解している。しかし、代物弁済、更改は弁済と同じく債務を消滅させる行為ではあるが新たな利益の交換をなすもので、単に現状を維持する行為とはいえ保存行為に含まれないと解する<sup>(15)</sup>。

利用行為とは、財産の収益価値を取引の観念上通常の仕方 で 取 取 する ことを 目的とする行為で、物を賃貸したり、金銭を利息付で確実に預金する等の行為である。ただ、借地法、借家法が適用される土地、家屋の貸借は問題である<sup>(16)</sup>。

改良行為とは、取引の通念上適当な程度で、財産の使用価値または交換価値を増加させる行為で、家屋に造作を施したり、無利息の貸金を利息付としたりする等の行為である<sup>(17)</sup>。しかし、利用改良行為は「代理の目的たる物、または権利の性質を变えざる範囲内」でなすべく、その決定は社会の取引観念によってなすべきである。したがって、金銭をもって株式を買入れ、材木をもって家屋を建築すること等は、その性質を変えるものとして許されない。

以上が、民法103条の規定する代理権の範囲であり、一般には管理行為といわれているもので、処分行為と区別する。そして、これをもって、処分、処分行為に対する観念として、管理、管理行為という観念が認められ、また、このように慣用されている。だが、腐敗しやすい物を売却して金銭価値を維持するとか、金銭を利息付で確実に預金するとか、必要な債務の弁済をすることなどこれには処分を伴うが、これらもまた、管理行為に属するとしていることから、処分行為に対立せしめられる管理行為にあっても、それは、財産全体との関連なり、または財産的価値の維持という目的観点からすれば、処分ということとを完全に排除するものではない。このことからすると、民法103条は、代理権限の範囲が定められていない場合には、本人の財産的価値の維持の範囲においてのみ、代理人の行為によって本人に効果を生じさせるのが妥当との法政策に基づく補助的規定と解される。

すなわち私見の立場からすると、本人の「代理許諾意思表示」は存在するが、その範囲が定められていないし、解釈準則によって定めることができないとすると、代理人によってなされた意思作用が、その範囲において一致するののか一致しないのかが判明できないことになる。このことから不一致であるとして代理なる法律行為の成立を否定することにならざるを得ない。しかし「代理許諾意思表示」の存在が明らかであるのに、無下に代理なる法律行為の成立を否定することは妥当とはいえない。そこで、民法103条は、その範囲の定められていない「代理許諾意思表示」を、本人の財産的価値維持の範囲での「代理許諾意思表示」と解し、代理人の「代理行為意思表示」がその範囲におけるものであれば、代理なる法律行為の成立を肯認することを明らかにしたものと解される。またそれは、本人の財産的価値維持の範囲外である場合は、その範囲の定められていない「代理許諾意思表示」の客観的・量的踰越とみる解釈準則でもあるということになる。

- 
- (1) 高橋三知雄・代理理論の研究（有斐閣・昭和51年）92頁。
  - (2) 佐久間毅「任意代理の法理」岡山大学法学会雑誌39巻4号181頁（Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB (1972) S. 301 ~ 302）。
  - (3) v. Tuhr, Die Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2. 2 (1918) S. 397ff., Siebert, Zur Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht, Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft 95 (1935) S. 644.
  - (4) Stoll, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, Fest. für Heinrich Lehmann 1937.,

S. 120.

- (5) Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972 S. 621.
- (6) Hezel, Der Missbrauch der Vertretungsmacht. Diss. 1937 S. 24, 25.
- (7) Frotz, a.a.O., S. 218.
- (8) Schott, a.a.O., S. 394.
- (9) ただSiebertはそれに続いて代理権の場合は第三者の態様も考慮されなければならないとする (a.a.O., S. 643)
- (10) 我妻栄=有泉亨・民法総則・物権法コンメンタル (昭和25年・日本評論新社) 152頁。
- (11) 中島玉吉・民法釈義卷之一 (総則) (明治44年・有斐閣書房) 592頁, 我妻栄・民法総則 (昭和33年・岩波書店) 273頁。
- (12) 判例は「営業に関する事務一済の包括代理権が授与された場合には第103条に定めたる権限のみならず, 金員, 貸借, 抵当権設定のごとき処分行為についての代理権をも有すること, 同条の禁止するところにあらず」とする。大判大正5・8・2民録22輯1593頁。
- (13) 我妻栄=有泉亨・前掲書152頁, 小出廉二・民法総則 (昭和33年・評論社) 170頁。
- (14) 相殺は自ら期限の利益を放棄する場合の外は保存行為と信ず (鳩山秀夫・法律行為乃至時効 (大正2年〔初版明治45年〕・金刺芳流堂) 291頁)。
- (15) 鳩山秀夫・前掲書291頁, 穂積重遠・民法総則下巻 (大正13年・有斐閣) 342頁。
- (16) 於保不二雄・民法総則講義 (昭和28年・有信堂) 228頁, 小出廉二・前掲書170頁。
- (17) 於保不二雄・前掲書228頁。小出廉二・前掲書170頁。

## 2 代理人の「代理許諾意思表示」範囲外行為の性質と相手方保護法理

このような代理権の範囲確定の問題は, 従来, 代理人の行為が代理権の範囲内の行為として有権代理になるのか。範囲外の行為であった場合でも代理行為は成立するが, 権限のない代理行為 (無権代理行為) となり, 本人に効果が生じないものとして扱うための作業を意味した。すなわち, 代理人の代理行為が有権代理行為か無権代理行為かを画定するための作業であった。そして, それを権限踰越行為として捉え, 相手方の保護は, わが国では民法110条の表見代理に委ねるというものであった。このような代理権の範囲確定の意義は, 代理人行為説では妥当する。しかし, 代理人行為説以外の法的構成論においても同様ということになのかどうか吟味する必要がある。(この問題は, 代理権の範囲外の行為についての法的構成にとどまらず, 基本的には, いわゆる無権代理行為といわれる場合の法的構成に係わる問題であることから, 各説についての検討は無権代理行為の法的構成のところで議論する。)



私見のように「代理なる法律行為」を三当事者法律行為とみる立場からすると、代理人の意思作用である代理行為が、本人の「代理許諾意思表示」の範囲外である場合は、代理人の意思作用の範囲と本人の意思作用の範囲に齟齬が生ずる。そして、恐らく相手方の意思作用は代理人の意思作用の範囲に対応したものであることからすると、代理人・相手方と本人の意思作用間の齟齬ということになり、三当事者の意思表示が合致せず、代理なる法律行為は不成立になる。この意味では、従来、代理権の範囲として議論されてきた問題は、代理なる法律行為の成立、不成立に係わる問題としての意義を持つことになる。そこで、もし相手方が代理人の意思作用の範囲が本人の意思作用の範囲内であると信頼をして代理人の意思作用に対応した意思表示を行った場合の相手方の保護は、このことを前提として展開することになる。わが国の民法110条の権限踰越による表見代理は、このような場合の受け皿となるものと解される。

## 第2章 「代理許諾意思表示」の濫用

代理人が本人との間の内部関係での指図・義務・利益に違反し<sup>(1)</sup>、あるいは代理人の義務違反、目的違反、忠実義務違反、合意違反、利益違反、利益衝突<sup>(2)</sup>などの背任的意思をもってした「代理行為意思表示」の場合、代理なる法律行為の効果はどうなるか。本人の「代理許諾意思表示」との関係においてみると、前述のように、このような代理人の「代理行為意思表示」は本人の「代理許諾意思表示」の範囲を顕在的・量的には踰越していないが、潜在的・質的に踰越している場合である。このような場合を、従来、代理権の濫用として議論されてきた。すなわち、代理人が代理権の範囲内ではあるが、代理人が自己または第三者の利益をはかるなどの背任的意思を持ってした代理行為を意味し、代理人が権限の範囲を超えて行った代理権限踰越行為とは異なるものであるとして議論されてきている。そこでは、代理権濫用と代理権限踰越行為とは質的に違う問題として捉えられている。しかし、それらの場合、このような質的な違いとして捉えることができるものなのかどうか問題である。そこで、ドイツ及びわが国での代理権濫用論につき検討し、私見の立場からみて、どのように構成するのが妥当かにつき再検討する。

- 
- (1) 拙稿・任意代理基礎理論 (平成2年・成文堂) 199頁。  
 (2) 平山也寸志「代理権濫用と相手方保護範囲」法律時報79巻3号77頁。

## 1 ドイツにおける代理権の濫用に関する問題状況<sup>(1)</sup>

ドイツにおいては、代理人が代理権にもとづき代理行為を行うに際し、本人と代理人間に存在する目的や指図あるいは義務に違反している場合や本人の意思と矛盾したり本人の利益に反する場合は、代理権の濫用の問題として取扱われている<sup>(2)</sup>。そして、この場合の代理人の代理行為は現象的形式的には代理権の範囲内の行為ではあるが、内部関係において課されている限界—目的、指図、義務などを無視していることから直ちに効果を本人に帰属させることにはいささか疑問が生ずるため、どのような理論構成により、どのような要件のもとで本人への効果帰属を否認できるかとの見地から多く議論されている。そして、この問題に関するドイツでの議論は多様である。ここでは、まずその代表的見解につき理論別に分けて概観し、その後に他の見解をも考慮しながら検討を加える。

### 一 詐欺の抗弁 (exceptio doli) 理論

(1) Reichsgericht (以下RG) の見解 RGは、代理権の濫用問題を詐欺の抗弁理論により解決している。1882年9月16日判決<sup>(3)</sup>は、本人の名で締結された代理行為により本人が拘束を受けないためには「第三者が、行為の締結の際にその代理権に与えられている制限を踰越していること、あるいは与えられた指示に反して行っていること、たとえば代理権能を代理人の私的利益のために使用していることを知っている」だけでは「十分ではない」。「法律によって授与された代理権能が本人に不利益をもたらし代理人自身あるいは他人が違法な利益を得る意図で使用され、したがって代理権能が代理人によって濫用されるとともに、第三者が代理人のかかる犯意 (Dolus) に関与していること、たとえば故意に本人の不利益のために代理人と通謀 (kolludieren) している場合には、一般的法原理に従い本人にはのexceptio doliが認められる」と述べている。1940年6月30日判決<sup>(4)</sup>は合名会社の社員が、自己の個人的借財のために、その代理権にもとづき合名会社を保証人とした。そして相手方である原告も金を貸す際にこのことを知り、かつそのことによって合名会社の他の社員である

被告の財産の害せられることをも知っていたが、合名会社が解散したため、原告は被告に保証債務の履行を求めた事案で「民法典には……詐欺の抗弁についての一般的規定はない。しかし前述の場合には826条および249条から同様のことが導き出しうる。原告は合名会社の社員の不誠実な行為に協力することにより、善良の風俗に反し、故意に、保証による3,000マルクの責任を負うという損害を被告に加えたのであるから、原告は826条によりこの損害を被告に賠償せねばならない。このため原告は、249条によりこの請求権を実行しないことによって賠償しなければならない」とする。しかし以上二つの判例は、「代理権の濫用」現象に際しての代理人と相手方との間で本人に損害を与えることについて共働した場合、いわゆる“通謀（Kollusion）”の場合に関する見解である<sup>(5)</sup>。1909年6月14日判決は、いわゆる“代理権の濫用（Missbrauch der Vertretungsmacht）”に関し判断を示した<sup>(7)</sup>。この判決は代理権の濫用に関するリーディングケースとみられている。すなわち、被告がその息子に被告の公法上、私法上の事務を有効に代理しうる包括代理権を与えたが、その息子は自己の債務につき、この包括代理権にもとづき被告を保証人とした事案で「一般的には、当該行為が本人の利益のためであったかどうかの問題は本人と代理人との内部関係においてのみ意味がある。この内部関係、とくに委任関係は外部上効力のある代理関係とは法律上厳格に区別される。代理人は委任に違反しているが、なお自己に授与された代理権の限界内で行為することができる。契約の当事者である第三者は、通常、委任に違反していることについて心配することなく、代理に適合した行為であるかについてのみ心配すればよい。勿論、当該行為が代理人によって、明白に、契約の相手方に知りうる（erkennbar）代理権の濫用のもとで本人の利益に反して締結されたか、あるいは代理人が本人を害するという相手方に知れた意図をもって行為したときは、本人は代理人の約束により拘束されることを承認し得ないから、行為を取消すか第三者の請求を悪意の抗弁で対抗する権利がある。また、問題となった行為が全く慣行に反した性質のものであり、本人がかかる行為の意味を認めることができないときもまた第三者は自から無制限に包含された代理権を援用できない。任意代理に際しては、法定代理や§ 126 HGBや§ 37 HGBの規定が存在するため外部上制限できない代理権と同様の基準で、たとえば第三者が故意に本人を害するために悪意で協力したときのような通謀の場合にのみ、本人に代理権の濫用を理由と

する取消権や抗弁を認めることは正当でない」としている。1911年2月15日判決<sup>(8)</sup>はこの判例の見解をさらに発展させた。「被告が遺言執行者の義務違反を知っているときは、その行為は相続人を拘束しないことは疑いない。しかし被告が重過失にあるときでも不拘束性をみとめなければならない。そして、かかる重過失は、被告が、執行者によってその者に職務上存在する代理権を濫用していることを知ることができあるいは知らねばならないとき (erkennen kennen und erkennen müssen) に存在する。このことは代理に関する法律上の規定から明らかになる。民法典によれば、代理は本人と代理人間の内部関係で決められた委任と区別され、また代理人の委任義務違反はそれだけでは法律関係に影響を及ぼさず、代理権によって本人と第三者の間を基礎づける。しかし民法典にしたがってそれを無因的法律行為 (abstraktes Rechtsgeschäft) とみても、その効果は原因行為から完全に切り離して判断することはできない。原因行為との密接な結び付きは代理権の消滅はその授与の原因による法律関係によって決まるとする § 168 BGBに明らかにされている。しかもなお法律は本人と第三者間の法律関係につき広い範囲において衡平を計っている。§ 169～§ 127 BGBの場合に、代理権の消滅は第三者がこれを知らなかったか知りうべきでなかったときは主張できないとしている。このことから本人に、第三者に対する代理権濫用からの責任を第三者が濫用を知っていたか知らねばならない場合にも拒否することができないというような異なる取扱いをすることは正当でない。法律は正当な取引の利益を保護することを欲するが、第三者の利益だけでなく本人の利益についても保護を必要としている。……このことから、代理人によって締結された法律行為から生ずる本人に対する権利は、代理は代理人が意識的に代理権を本人の不利益になるよう濫用し、第三者がこのことを知らねばならないときには、導き出すことはできない」として第三者が濫用を過失で知らなかった場合にも同一理論の適用を認めている。さらにRGは“知らねばならない (Kennenmüssen)” ということを § 122 II BGBと同意義に解することから“明白な (Offenbaren)” 代理権の濫用の場合には軽過失で濫用を知らなかったときも同様<sup>(9)</sup>とみるとともに、濫用の疑いのあるときは本人と代理人の内部関係を調査する注意義務があり、これに違反したときは本人に悪意の抗弁が認められる<sup>(10)</sup>としている。

(2) 学説の支配的見解 学説の支配的見解もまたRGの形成した悪意の抗弁

理論<sup>(11)</sup>に立っている。すなわち、代理権の濫用とはその代理行為は代理権によって蔽われているが、内部関係において違反し本人の利益を害し相手方もそれを知っているか知りうべき場合であり、この場合には本人は第三者に悪意の抗弁を主張できるとする。なお、代理人と第三者との“通謀”の場合には、その行為は善良の風俗に反し § 138 BGBにより無効となり、第三者がその行為から生ずる権利を行使するときは § 826, 853, 242 BGBにより本人には悪意の抗弁の主張が認められるとの見解は学説のほぼ一致したもの<sup>(12)</sup>とみられている。

## 二 信義則理論

Bundesgerichtshof（以下、BGH）の見解 BGHは本質的にはRGの見解を承継しているが、信義則理論を重視するところに特徴がみられる<sup>(13)</sup>。1964年3月25日判決<sup>(14)</sup>は「RG（RGZ 143, S. 196）は、相手方が軽過失で代理権の濫用を知らなかったときにも本人に悪意の抗弁を認めているが、これを承継する。悪意の抗弁の根拠は、相手方が契約締結に際し良俗違反の方法で代理人と共働し、意図的に損害を与える場合に限らず、相手方の意図的でも、良俗違反でもなく自己の有責な（schuldhaften）態度に対する法的評価にもとづくものである。それゆえに悪意の抗弁が認められるためには相手方が代理権の濫用を過失で知らなかったというだけでは十分でなく、むしろ代理権の濫用のもとで締結された契約の効力を信義則に従い相手方に対し拒否できるかどうかを双方の利益を考慮しながら全ての事情を評価することによって判断される」として、悪意の抗弁の根拠を信義則（§ 242 BGB）に求めている。1996年2月28日判決<sup>(15)</sup>も代理権濫用の場合には、本人は信義則に従って相手方の請求を拒否できるかどうかを判断することになるとしたのち、さらにこの考え方を基調として、「本人は原則として代理権濫用の危険を負担しなければならない。相手方は一般的には代理人が内部関係において拘束されているかどうか、それがいかなる程度においてであるかにつき特に調査する義務はない。しかし……代理人がその代理権を明白に疑わしい方法で行使しているときは相手方はその疑いについて本人の代理人に対する信頼違反が存在するかどうかを解明しなければならない」としている。1968年3月25日判決<sup>(16)</sup>も、この信義則理論の見地から、代理権の濫用に際し本人にも過失のある場合につき、「本人の保護は、相手方において本人が行いうる代理人に対するコントロールを放置していたがために代理権の濫用が生じたことを論証できるときには、§ 242 BGBに従い全部または部分的に

失なわれる。……本人に期待しうるコントロールの処置を放置しているときには、代理権濫用によって生じた過失の全てを相手方に負担させることは信義則上許されないからである。§ 254 BGBは信義則の考えを明瞭化したものといえるから、かかる場合には、本人と相手方それぞれに存在する過失の程度にしたがって損失を分割しなければならない」とする。信義則理論は、一見、本人の共同過失の場合をも含めて把握しうるという長所がみられる。しかし、はたしてそうであろうか。なお、BGH以前にも相手方に重過失のある場合に§ 242 BGBにもとづき悪意の抗弁を認める見解があった<sup>(17)</sup>。

### 三 権利濫用理論

代理権の濫用を一般的権利濫用理論によって解決しようとする理論で、代表的なものとしては、Siebert, EggerとFischerである。しかし、前者と後者間にはつぎにみるように§ 177 BGB以下の規定の適用をめぐる見解がわかれている。

(1) Siebertの見解<sup>(18)</sup> Siebertの出発点は、Kippの導き出した“代理人が自己に与えられている代理権を意識的に濫用し、相手方がその濫用を知っているか過失で知らなかったときは、その代理行為は代理権によって蔽われない”との命題<sup>(19)</sup>を評価しながら、ただKippによっては、なぜ“代理権によって蔽われない”ことになるのかの詳しい理由づけがなされていないのが残念である<sup>(20)</sup>として、この理由づけを権利濫用理論に求めようとするところにある。また権利濫用の本質は、外形上は権利の使用であるが実際には権利踰越になることだと解し<sup>(21)</sup>、代理権濫用についても基本的には同様に観念しなければならない<sup>(22)</sup>とする。ただ、一般の権利濫用に対する代理権の濫用の特性は、代理権を内部関係と結びついて代理人と本人との関係を示す側面とそれが同時に形式的外部関係を決定するという側面が存在することから、この二つの側面から決めなければならない点にある<sup>(23)</sup>。このことから代理権の濫用の場合は、外部関係としての代理権の範囲と内部関係としての事務執行権限の範囲の相違、“Können”と“Dürfen”の矛盾が生ずる場合であるとみる<sup>(24)</sup>。そこで、代理権濫用の問題としては代理人が本人に対して負っている内部関係での義務に違反し事務執行権限を踰越した場合、いかなる要件のもとに代理権濫用として代理権の踰越となるかを検討しなければならないとする。そして、代理権の範囲は、それぞれの権利はその行使において義務と結び付いており、かかる拘束は権利自体に

内在的に存在し、権利自体の内容を形成しかつ限界となる権利と義務の統一の考え方<sup>(25)</sup>から代理人の義務設定によって形成され限界づけられるが、代理権の二重側面性のため代理権の濫用の要件は二つの面から決定され、代理人が代理権を義務に違反して使用したと第三者が信義則上その義務違反を知りうべきであったことが必要である<sup>(26)</sup>。ただ、その場合、代理人が義務違反につき認識していたかどうかは問わない<sup>(27)</sup>。また第三者に関しては、§ 173 BGB, § 54 III HGBの規定から、一般的には義務違反を知っていたときと知ることをうべかりしときすなわち過失での不知のときでもよいが、不可制限代理権の場合は故意または重大な過失での不知でなければならないとする<sup>(28)</sup>。そして、このような要件を前提として、代理権の濫用は代理権の踰越となり、それゆえに無権代理に関する§ 177BGBの規定を直接適用している<sup>(29)</sup>。ところで、このような見解は代理人の内部関係における義務が代理権の内容を形成し限界づけるということでドイツの通説的見解である代理権の無因・独立性の理論と矛盾することになるが、Siebertは代理権の範囲の領域においてこれを否定し、そのことによって生ずる第三者の保護の問題を権利外観（Rechtschein）の理論を用いることによって解決している<sup>(30)</sup>。

ところで、Siebertが、代理権の濫用を代理権の踰越として構成しようとした点はKipp同様に高く評価されてよい。しかし、そのために権利と義務の統一の考えを持ち出しながら代理権の内容の形成、限界づけに際し第三者による認識性（Erkennbarkeit）をも基準としたことは説得力に欠けるものがあるし<sup>(31)</sup>、代理権の踰越として構成するために権利濫用理論を介在させる必要があったのか疑問が残る。

(2) Eggerの見解 Eggerは、スイス法の領域のなかで代理権の濫用を権利濫用の考え方をういて解決している。「一九世紀の法律学は法律行為における抽象化理論（Isolierungs-Methode）を生み、これをもって概念的体系的発展をもたらししたが、代理法では代理権を無因的（abstrakt）で独立したものとして内部関係から分離した。このことによって原因行為と結び付いた危険から解放され、法的安定性（Rechtssicherheit）をもちうることとなったが、そこにはその規範の内容的正当性と相当性（inhaltlichen Richtigkeit und Angemessenheit）との関係で緊張関係が生じてきた。このため最も無因性の強調される手形法でも、双方の調和を計るために信義則上の制限を見出し悪意の抗弁

を認めている。同様に、代理法においても代理権能の行使は権利濫用の制約を受けることになる」<sup>(32)</sup>として代理権濫用問題の基本的課題がどこにあるかを明らかにしている。そして、「代理権の濫用とは、代理権の範囲内にとどまるが、代理権が代理人や第三者の利益のために、あるいはもっぱら本人の不利利益のために行使される場合であり、常に本人と代理人間の内部関係を侵害し目的に違反して行使される場合である」<sup>(33)</sup>とし、その場合には、「本人の保護として第三者に対して濫用を主張して法律行為を無効にするということと第三者による信頼に対する保護の限界づけが問題となる。その限界づけとしては、第一次的に本人自身が形成した“Rechtschein”にもとづく第三者の信頼は保護されなければならないが、この第三者の信頼保護にあたっては、“通謀”や代理権濫用を“知っているとき”はその制限を受けるし、重過失の場合も同様に理解できる」<sup>(34)</sup>とする。

(3) Fischerの見解 Fischer<sup>(35)</sup>は、代理人の行為は、濫用の場合も代理権能によって蔽われているとのRGの見解から出発しながら、その場合、その代理を根拠とすることは権利濫用となり、法秩序上許すことができないとする。そして、かかる代理権の濫用は代理法に存在する信頼の原理に違反した場合に認められ、その限りにおいて、その信頼の原理に関して独自の意義をもっている表見代理 (Anscheinsvollmacht) の法形態とパラレルにみるべきだと主張する。さらに § 177 BGB以下による解決に対しては、代理権の濫用は代理権が原則として存在する場合のみが問題となることから、その適用は否定しなければならないとする。

Fischerが直接 § 177 BGBを適用することを拒否し、表見代理として捉えたことは卓見である。ただ代理権の存在に執着するのであれば表見代理の有権代理的構成を前提とすることになりこの点でにわかに賛同し得ない<sup>(36)</sup>し、また表見代理として捉える前提として権利濫用理論を導入する必要があったか疑問である。

#### 四 契約締結上の過失理論

この理論は、代理権の濫用の場合でも代理権は存続し、それにもとづく代理行為は有効であるとの判例 (RGとBGH) や支配的見解を前提としながら、それでも契約締結上の過失理論にしたがって第三者が本人に損害賠償義務の生ずる場合があるとして、代理権の濫用問題の解決をめざしている。Lehmannと



Jöckelがそれであり、その延長線上で修正したのがStollとSchottである。

(1) Lehmannの見解 Lehmann<sup>(37)</sup>はまず「代理権の文言に包括されるが、本人の利益と明らかに矛盾する代理行為と濫用の疑いだけが存在し、さらに第三者による解明を必要とする代理行為とに区別する」。そして、「前者の場合は、一般的な解釈原理から代理権の範囲は第三者において認識しえた本人と代理人の内部関係もまた考慮され、それによって制限されることになるから、正当に限界づけられた代理権では蔽われないので、実際は無権代理である。後者の場合は、契約の相手方の利益についての考慮が契約締結上の過失の理論のもとで要請されているのであるから、第三者には代理人がその代理権を内部関係において本人の期待にそうよう使用されているかどうかを調査する義務があり、この調査義務を怠っていても契約締結上の過失にならないときは信頼義務違反は認められないが、第三者が代理権濫用を知って行為をしているときか、その利益の追及において正当に期待できる方法に違反しているときは信頼義務違反であり、本人は§ 262, 249, 853 BGBによって保護されるし、第三者の請求に際し悪意の抗弁を主張できる」とする。

(2) Jöckelの見解 JöckelもLehmannの理論を承継しながら契約締結上の過失理論は本人の共同過失の場合にも適切に説明しようとする。Jöckelはまず「§ 177 BGBを適用する考え方は、民法において要求されている代理権と内部関係の分離を否定することになり妥当でない」<sup>(38)</sup>とする。そして「代理法においては本人によって作り出された権利外観を信じた者を保護し、本人が損害の荷い手として最も近くに存在しているとの考えに立たねばならず、このため代理権の濫用の場合もまず本人がその危険を負担することになる。しかし、明白な (evidenten) 代理権の濫用の場合に、第三者が重大な過失でそれを知らなかったときは、契約締結上の過失の原理から生ずる潜在的な契約相手方の利益の考慮義務の違反となり、第三者に損害賠償義務が生ずる」<sup>(39)</sup>。「ただ、本人に代理人選任に関する注意義務や代理人に対するコントロール義務の違反による共同過失 (Mitverschulden) の存在する場合には、第三者の損害賠償義務の履行に際し、過失相殺に関する § 254 BGBを直接主張できる」とする<sup>(40)</sup>。

契約締結上の過失理論は代理権の濫用問題の解決に際し第三者の態様を判断基準とするにあたって最も理論的にスムーズであり、かつ本人と第三者間の利害調整の面においても本人の共同過失の場合にみられるように理論的に無理な

く説明できる点で評価されなければならない。しかしFischerが正当に批判するように代理においては第三者の特別の義務が問題になるのであって契約締結に際しての当事者の一般的義務と異なることから、契約締結上の過失に振替えることに問題がある<sup>(41)</sup>とともに、根本的に代理法理の外で解決することにつき疑問が残る。

(3) Stollの見解 StollはLehmannの見解を発展させ、代理権の濫用問題の解決を、一般的解釈と契約締結上の過失理論および第三者の取引利益・信頼利益が本人の保護利益より優位にあるとの観点に立ってその代理に際して利益状態の検討という立場から理論構成を試みている。代理において「本人の利益保護と代理権を信頼した第三者の信頼保護および取引の安全・容易化という共同利益 (Gemeinschaftinteresse) 保護の関係が問題となるときは、本人が代理人を選びその者を知見しているのであるからその代理人が本人を欺き損害の生じたときはその代理人を信頼し権利外観を惹起した本人が責任を負うべきで、このため後者の利益保護が優位に立つ。ただ、本人の利益は、契約行為の開始によって生ずる共同関係を基礎とする保護義務 (Schutzpflicht) として、各人は相手方の利益を相互に正当に配慮しなければならないとの民法の原則に従い、代理の場合には代理人の存在から生ずる本人の特別の危険を考慮したところの一般的信頼義務より広い信頼義務を第三者が負うことによって保護される。このため代理権濫用の問題解決には、権利外観惹起と保護義務との関連づけが決定的なポイントになる」<sup>(42)</sup>。そして、かかる基本的発想のもとに、代理人の本人に対する義務違反の態様とこれに対する第三者の容態から代理権濫用の問題を処理する。「(α) 代理人が与えられた指図または課せられた義務に違反して行った行為は義務違反 (pflichtwidrig) の行為である。このような義務違反の態度は外部関係では原則として考慮されない。ただ“通謀”で本人に損害を与えるときはその行為は無効であり (§ 138 BGB)、第三者は本人に保護義務の侵害のため § 826 BGBにより賠償義務がある。第三者が、代理人が義務に違反し本人に損害を与える意図であることを知っているときは、何者も意図的に損害をうけるため他人に代理権を授与することを欲していないのであるから、その行為は代理権によって蔽われておらず § 177 BGBが直接適用される。代理人には損害を与える意図はないが義務に違反し、第三者が本人のそれと対立する意思を知っているときは、本人が代理権自体を制限していることを知ることに

なるから代理権の踰越にもとづく行為となる」<sup>(43)</sup>。「(β) 指図や個別的義務に違反していないが、本人の利益を度外視して自己または他人の利益を求めるために代理権を使用した行為は忠実違反の行為である。判例の多くのケースがこれであり、代理権濫用の重要な場合である。代理権は本人の利益にも、代理人の利益にも、他人の利益にも授与されるのであるからこの場合でも原則として代理権によって蔽われている。しかし契約行為の開始に際して信頼保護の原則から第三者には代理人との契約締結に際しそれが忠実違反でないことを確かめ、本人の利益を相当に配慮しなければならない。そこで、第三者に課されたこの保護義務を侵害したときは、第三者は本人にその義務違反によって生じた損害を賠償する責任があり、また本人に追認か拒絶かの選択権があり(§ § 177, 179 BGB)あるいは第三者の請求に対し抗弁を主張できる」<sup>(44)</sup>。「(γ) 明白に代理権授与の目的と意味に反するような普通でない性質のもとに締結された代理行為は目的違反(zweckwidrig)の行為である。それは、本人に不利益になるだけでは十分でなく本人がそれについて予期できないような“aussergewöhnliche”な合意による行為でなければならない。この場合には、代理権の範囲についての解釈が問題となるだけである。そして、第三者がその知られた事実によってその行為が代理権の目的外のものであることを知らねばならないときは、代理権の踰越となり、§ 177 BGBが適用される」<sup>(45)</sup>とする。これによって、Stollは、忠実違反の場合にだけ判例および支配的見解に従っている。

Stollの類型化は詳細であるが、しかし三つのグループに区別することが実際上可能かどうか疑わしい<sup>(46)</sup>。第三者の態様ではなく濫用の明白性(Evidenz)——合理人であれば取引にかかわりをもたないほど代理人の行為が疑わしくみえる場合——を基準とすれば目的違反、義務違反の行為は忠実違反の行為と同様に扱うとのFlume見解<sup>(47)</sup>に従うならば、その類型化は無意味であるとともに、法的効力についても再考しなければならないことになる。

(4) Schottの見解 Schottは、Stollに対するFlumeの批判を踏まえた上で、Stollの理論をさらに補充し発展させている。Schottはまず代理法規にもとづく、内因的解決(endogenen Lösungen)と抗弁理論による外因的解決(exogenen Lösungen)に分け、内因的解決が内部関係と外部関係の区別を否定すること、契約締結上の過失理論を採用していること、代理権の範囲決定に第三者の容態を考慮していることにつき批判し、かつ内因的解決によって達成しようとする

目的、すなわち本人の行為にその効果をかかわらしめようとする目的は外因的解決によっても可能として、その解決を外因的解決に求める<sup>(48)</sup>。そして、Stollによる類型化を修正し、指図違反 (Weisungswidrige)、利害違反 (Interessen-widrige)、明白な利害違反 (evident Interessewidriges) の代理人の態度という三つの類型に区別する。そして代理権の濫用の問題の解決は、これらの違反のどういう場合に、外部関係に影響を与えるかにかかわるものとして検討する。「指図違反の場合は取引保護の要請が優先し原則として外部関係に影響が生じないことから、代理権濫用の危険は本人が負担する。利害違反の場合はそのことだけでは判断基準となりえず、本人が第三者を非難できるかどうかにかかわる。第三者が濫用を知っているときか重過失による不知のときがそれぞれ本人は第三者に抗弁を主張できる。明白な利害違反の場合はそのことによって第三者の保護義務は制限されていることから、また法定代理の場合も本人が代理人を選出したのではないことから、本人の利益が取引利益より優先し、代理権濫用となる」<sup>(49)</sup>と解する。

Schottによる内因的解決と外因的解決という区別は不明確であるし、正鵠を得たものではない。このため、内因的解決によりながら契約締結上の過失理論を用いているとの批判的を射ていない。内因的解決と外因的解決の意義を、むしろ適用条文にこだわらず、実質の見地からみた代理法理にもとづく解決と一般的法理 (権利濫用や悪意抗弁や契約締結上の過失など) による解決とに対応させて区分することが望ましい。また、外因的解決がよりベターだとする点についても疑問が残る。

## 五 代理法理準用理論

代理権の濫用問題の解決を代理法の中に存在している理論により試みるものである。これには、自己契約禁止規定 (§ 181 BGB) を準用する見解と代理権消滅に関する規定 (§ § 169, 173 BGB) を準用する見解に分けられる。

(1) 自己契約禁止規定準用説<sup>(50)</sup> この説は、§ 181 BGBの目的は、代理人が本人の利益に反して行為した場合の危険から本人を保護するところにある。代理人自身がその契約の相手方となることは、代理人が代理権授与の目的に反し本人の負担において利益を受けるもので、利益違反の最も端面的な場合であるから、そのような法律行為を原則として無効としているのである。代理権の濫用においても本人の利益保護が問題となっており、その点では§ 181 BGBのめざ

す目的と同様であることから、その準用によって解決できると主張する。これに対し、§ 181 BGBはかかる目的を持つ規定ではなく、意思表示の本質から生ずるところの疑問、すなわち表示が自分自身との関係で有効となるのかどうかの疑問を解消するための規定であるから、代理権の濫用の場合には準用できないとの反論もある<sup>(51)</sup>。また§ 181 BGBによって生ずる一般的な無効という効果は硬直すぎるとして反対する者もある<sup>(52)</sup>。このような反論の当否の検討はここでは留保するが、代理権の濫用問題の解決にあたって、本人の利益保護の追及という観点に立つことに疑問がある。むしろ、第三者の保護範囲の追及の中で、その範囲を越える部分として現われるのが代理権の濫用の場合であり、その反射的效果として本人の利益保護がもたらされるものとみなしなければならないと考えられることから、§ 181 BGBの準用は妥当でない。

(2) Kippの見解 Kippは代理権の濫用の場合の理論構成として、RGの主張した悪意の抗弁理論が久しく支配していたのに対し、代理法の規定によって解決することをはじめで試みた。KippはまずRGの判例を分析したのち「RGは、代理人が意識して代理権を本人の不利益のために濫用し、そのことを第三者が知っているか知りうべき場合には、その代理人の法律行為から本人に対し何らの権利も帰結することができないことを承認している」とし、評価している<sup>(53)</sup>。ただ、RGは、制限可能な代理権の場合には“Wissenmüssen”を“Wissen”と同じように位置づけているが、支配人(Prokuristen)や類似の者の代理行為の場合、すなわち不可制限代理権の場合には“Kennenmüssen”では十分でなく“Wissen”を必要としているが、正当ではない。かかる区別をすることなく不可制限代理権や法定代理権の場合も制限可能代理権の場合と同様に解すべきである<sup>(54)</sup>。そこで、このための理論構成が問題となるが、その問題の解決には代理と代理権に関する法理を借用しなければならないとする。そして「代理権は本人に悪意で損害を生じさせるために授与されることはない」<sup>(55)</sup>との基本的考えに立つならば、「第三者が代理権の濫用を知っているか過失によって知らないときは代理権によって蔽われない。それゆえに無権代理行為とみなされ、本人の行為によって有効とするかどうかが決まる。本人が有効であることを望んでいるにもかかわらず第三者が無効として取扱えるというのは衡平に反する。しかし、このことは一般悪意の抗弁ででも達成できるが、それは間に合わせのもの(Notbehelf)で、適切ではない」<sup>(56)</sup>とする。

Kippが、代理権の濫用を代理法理によって解決すべしと主張したことは卓見である。このことから、その後の学説形成に大きな影響を与えることとなった。しかし、Kippは、代理法理の借用にとどめたことは、その出発点において無因性理論の影響から抜けきれなかったからではないかと想像される。もう一步進んで代理法理の中で、この問題は解決されるべきであった。また、そのために、代理権の濫用の場合には代理権によって蔽われることがないとする理由を、代理権は本人に悪意で損害を生じさせてために授与されるものではないからだとしながらも、第三者の“知”または“過失不知”をも加味したため、その論拠が不十分との批判に甘んじる結果になった。そこで、その後、代理法理適用理論に立つ者はその論拠づけに苦心することになった。

(3) Hammel, Albermann, Rinckの見解 まずHammel<sup>(58)</sup>は、代理権の濫用は内部関係の踰越として捉え、内部関係における代理権の消滅に関する§169 BGBから§173 BGBの準用によって論拠づける。「外部的に有効な代理権の範囲内の行為であっても、内部関係に存在する権能を踰越し、そのことを第三者が知っているか知らねばならないときは、§169 BGBから§173 BGBを基礎づけている法思想、すなわち、代理権の消滅に関する第三者の信頼保護は第三者が保護に違反したときに限り否定するとの考え方に従い本人において内部関係の踰越の主張を認める」。その結果、法律行為は無権代理となり、§177 BGBが適用されると解する。Albermann<sup>(59)</sup>もHammelと同趣旨である。外部的に表示された代理権が内部的に違反している場合、すなわち“Handelnkönnen”(代理権)が“Handelndürfen”(代理権能)より広い場合に代理権の濫用が問題となる。しかし、第三者は、原則としてこのように矛盾する部分についても保護される。ただ§169 BGBから§173 BGBで第三者が消滅につき知っているか知らねばならないとき保護を拒否しているのと同様の利益状態が代理権の濫用の場合にも存在することから、これらの規定の基本的考え方に従って形式的には代理権にもとづく場合でも無権代理とみなされ、が適用されるとする。Rinckは、まず代理権の濫用を代理人の忠実義務(Treupflicht)違反とみる。そしてこの違反は、代理人が本人の利益または希望に反する法律行為をしたときに生ずるとし、本人による特別の指図違反のとき、指図がなくても代理人が随意ではなく本人の最善のために代理権を行使すべき自明の前提に反したときにみられるとする<sup>(60)</sup>。そして、代理権の範囲内ではあるが、このような忠実義

務に違反しているとき、どのような方法で本人が拘束されるかが問題だとする。そしてこの場合、第三者が善意であるときは保護され、悪意のときは保護を失い、本人が反転保護（Umkehrschutz）を受けることになり、本人はその行為によって拘束をうけない。すなわち代理権は存在しないものとみなされ無権代理となると解する<sup>(61)</sup>。

HammelとAlbermannが内部関係が外部関係に影響を与えることを説明するために§ 169, 173 BGBを採用していることは高く評価される。ただ、この両規定を持ち出すことによってその論拠づけに成功したといえるだろうか。本人保護か第三者保護かを第三者の内部関係についての“知”、“過失不知”の存否で決めようとする点では一応の説得力を持つが、この両規定は代理権消滅後の表見代理の根拠規定と解されていることから、この両規定を持ち出すのならば直接に代理権踰越による表見代理の問題として捉えてもよかったのではなかろうか。

(4) Flumeの見解 FlumeはKippの見解を評価し、承継しながら、本人行為説にもとづいた独自の見解を展開している<sup>(62)</sup>。「私的自治の原則は法律関係における自己支配（Selbsterherrlichkeit）を法的に承認する力を任意に形成する」<sup>(63)</sup>。「代理のような他人のための行為は常に義務的な拘束を受け、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以来、代理権をこの義務から独立させ、代理人において行為の許されないときでも代理権の範囲内で本人に対する有効な法律行為をすることができる。代理権が義務に従って行使されたときだけ代理人との取引が信頼できるにすぎないのであれば、代理は取引法の制度として実用的でなくなる」<sup>(64)</sup>。ただ「代理人の義務拘束に対する代理権の独立性が実用性の要請に他ならないのならば、独立性はその要請によって限界づけを見出すことになる」<sup>(65)</sup>との前提から出発している。そして「代理権の濫用は代理法の内に位置づけることが妥当であり、代理人が義務に違反し、第三者が濫用を知っているか明白である（evident）ときは、代理権という資格権能が除去されることになるから、代理人の行為は無権代理行為となり、§ 177 BGB以下によって規律される」<sup>(66)</sup>。そしてさらに、代理権という資格権能が除去される場合について検討し、第三者が代理権の濫用を知っている場合のほか、に、“明白性（Evidenz）”のある場合にも認めている。この“明白性”という

ものは合理人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り、“Kennenmussen”と同義にも解しうるとみる。そして、“明白性”の問題として捉えることによって、軽過失か重過失かの問題や調査義務の存否の問題は生じないことになるとする<sup>(67)</sup>。

Flumeにおいて、代理権の濫用の問題が表見代理と最も密接に結びつけられたといえる。また“Kennenmussen”概念の客観化として“Evidenz”概念を用いたことも評価される。ただ、表見代理的構成に際して、善意者保護の外観理論を否定し、代理権の独立性のゆえに、義務違反の行為でも本人に効果の及ぶことを前提に、第三者における濫用の“知”“明白”にかぎり本人の責任を排除するという悪意者排除の理論を用いている<sup>(68)</sup>ことにつき問題が残る。この点は表見代理の本質論にかかわる問題で軽々に批評できないが、Flumeの出発点である私的自治論から推察すれば本人による指図、義務づけが本人への効果帰属の基点になり、これに違反する場合は効果が生じないが、第三者保護のための論理を形成するという発想がすなおなのではなかろうか。

(5) Frotzの見解<sup>(69)</sup> Frotzは、内部関係での義務違反の代理行為を本人の関与可能性という一定の基準に基づいて類型化し、それぞれの類型の性格に応じた解決を試みている<sup>(70)</sup>。そして、「代理行為が義務に反して行われる一方、法律の解釈、あるいは任意代理権の授与、もしくはその通知の解釈によって見出されるべき客観的な権限の範囲を踰越するならば、……ただ踰越ということのみが問題になる」<sup>(71)</sup>だけであるのに対して、内部関係の義務違反の代理行為が問題となるのは「義務違反の代理行為が代理権の客観的（gegenstandlich）な範囲内に存在する」場合である<sup>(72)</sup>として、代理権限踰越行為と異なる場合であるとみている。そして、これを代理に伴う人的危険として捉えている。この危険への対応として、任意代理については、法定代理と異なり、損害賠償法上の責任法理（契約締結上の過失、積極的債権侵害、不法行為）によることは、本人が代理人に関与することが可能であるという点を無視したことになり妥当でない<sup>(73)</sup>として、代理法理での処理を検討する。そして、まず、代理権の無因性の理論を批判<sup>(74)</sup>した上で、「任意代理人の義務違反行為に対する誠実な相手方は、その任意代理権授与者との関係において自動的に代理法上保護される。」<sup>(75)</sup>が、「相手方が代理人の行為の義務違反を知り又は知らねばならない場合は、相手方の保護の必要もなく、保護に値することもないということであ



る。」<sup>(76)</sup>とみる。そこで、福永講師は、Frotzは、このように、無因性の理論をまったく否定した上で、取引保護を信頼保護の観点から試みていると評されている<sup>(77)</sup>。

(5)代理法理適用理論は、今日では、多くの支持を得ており、学説の多数見解<sup>(78)</sup>となりつつあるといえる。ただ、この理論に対し、取引保護の見地から妥当でないとか<sup>(79)</sup>、代理権の濫用は代理権が現存する場合にのみ生ずる問題であるから代理権で蔽われないことになるとして捉えることは妥当でない<sup>(80)</sup>との反論がある。しかし前者については他の方法で取引保護を計ることも考えられるし、後者については代理権濫用は代理権の現存を前提とするとの考え方自体が問題であることから、それを正しいものとしての批判は妥当でない。

- 
- (1) ドイツにおける代理権の濫用については、拙稿・任意代理基礎理論175頁以下（1990年・成文堂）で、既に検討をした。そこで、本稿では、私見の立場からの再検討にあたり、その後の状況を加筆ないし補正をした上で、基本的にこれを転載した。なお、ドイツにおける代理権の濫用については、山田晟「ドイツ民法と表見代理」現代私法の諸問題（上）174頁以下、高橋三知雄・代理理論の研究205頁以下（昭和51年・有斐閣）、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論（一）（二完）」上智法学論集22巻2号129頁以下、3号177頁以下、平山也寸志「代理権の客観的濫用に関する一考察」獨協法学46号238頁以下でも詳細に検討されている。本稿でも、これらの論稿に負うところが多い。なお、高橋助教授は、年代を追って検討しておられることから、学説史的展開を知ることができよう。
- (2) ドイツにおいても、代理権の濫用概念については統一をみない（Jöckel, Die Rechtsfolgen bei Missbrauch und Überschreitung der Vertretungsmacht-insbesondere unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Vertretenen, Diss. 1975 S. 113～116.）。それは、代理権の濫用に関する法的理論構成と密接に関連するためである。そこで、ここでは一応、本文で述べたような行為現象を前提にして考察を行う。
- (3) RGZ 9, S. 148ff.
- (4) RGZ 58, S. 356ff.
- (5) Jöckel. aa.O., S. 122. (注) 149.
- (6) RGZ 71, S. 219ff.
- (7) ドイツにおける支配的見解は「代理権の濫用」現象を“通謀”といわゆる“代理権の濫用”とに分けて理解している。もっともかかる区分が妥当かどうかの問題は、代理権の濫用に関する法的理論構成と密接に結び付いていることから後に検討する。
- (8) RGZ 75, S. 299ff.
- (9) RGZ 83, S. 346, 134, S. 71, 143, S. 196.
- (10) RGZ 145, S. 314.

- (11) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des allgemeine Teil § 185 I 5, Staudinger-Coing, Kommentar § 167 17a., Hezel, Der Missbrauch der Vertretungsmacht 1937 Diss. S. 62, 61, Planck, Kommentar zum BGB I 1913 S. 45 Anm. c., Palant, BGB § 164, 1976.
- (12) Staudinger-Coing, a.a.O., § 167 17a., v. Tuhr, Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Recht, Bd. II S. 400, Flume, Das Rechtsgeschäfte S. 788, Schott, Der Missbrauch der Vertretungsmacht. Acp. 171 S. 389, 反対論としてKipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. 2 (1929) S. 287. § 164.
- (13) Jöckel, a.a.O., S. 126. Jöckelはこの点に注目してBGHの見解を信義則理論としてとらえている。
- (14) BGH WM 1964 S. 505.
- (15) BGH WM 1966 S. 491 = NJW 1966 S. 1911.
- (16) BGHZ 50 S. 113.
- (17) Klas, Die Kollusion des Stellvertreters mit dem Geschäftsgegner, Diss. 1934 S. 28.
- (18) Siebert, Zur Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht, Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft 95 (1935) S. 629ff.
- (19) Kipp, a.a.O., S. 287.
- (20) Siebert, a.a.O., S. 641.
- (21) Siebert, a.a.O., S. 642, 631.
- (22) Siebert, a.a.O., S. 629.
- (23) Siebert, a.a.O., S. 631, 632.
- (24) Siebert, a.a.O., S. 632, 633.
- (25) Siebert, a.a.O., S. 629.
- (26) Siebert, a.a.O., S. 643.
- (27) Siebert, a.a.O., S. 643, 650.
- (28) Siebert, s.s.O., S. 650ff.
- (29) Siebert, s.s.O., S. 643ff.
- (30) Siebert, s.s.O., S. 644ff.
- (31) 同旨の批判, Stoll, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, Fest. für Heinrich Lehmann 1937 S. 123ff., Jöckel, a.a.O., S. 151. 高橋・前掲書216頁。
- (32) Egger, Missbrauch der Vertretungsmacht, Festgabe für K. Wieland 1934 S. 47, 48, 54.
- (33) Egger, a.a.O., S. 58, 59.
- (34) Egger, a.a.O., S. 64, 65.
- (35) Fischer, Der Missbrauch der Vertretungsmacht auch unter Berücksichtigung der Handelsgesellschaft. Fest. für W. Schilling 1973 S. 3ff. 14.
- (36) わが国においても表見代理の有権代理的構成が提唱されており(高橋・前掲書247

頁以下) 注目に値するが、ここでその当否の判断をする余裕のないことから、通説に従い無権代理的構成にもとづき、評価するものである。

- (37) Lehmann, Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichtes v. 17. 1. 1934 JW 1934. S. 683.
- (38) Jöckel, a.a.O., S. 157.
- (39) Jöckel, a.a.O., S. 157, 158.
- (40) Jöckel, a.a.O., S. 160ff. S. 173.
- (41) Fischer, a.a.O., S. 18.
- (42) Stoll, a.a.O., S. 132, 133.
- (43) Stoll, a.a.O., S. 134, 135, 137.
- (44) Stoll, a.a.O., S. 135, 136, 138.
- (45) Stoll, a.a.O., S. 136, 137, 138.
- (46) Flume, Das Rechtsgeschäft, 1965 S. 790.
- (47) Flume, a.a.O., S. 790.
- (48) Schott, a.a.O., S. 394.
- (49) Schott, a.a.O., S. 396-398.
- (50) Predari, 2 Fragen aus dem Gebiet des Geschäftsabschlusses in sich selbst, Gruchot 63, S. 675ff, Baur-Mengelberg, Generalvollmacht, S. 37ff.
- (51) Hammel, Wann wirkt bei der Vertretungsmacht die blosse Überschreitung des zwischen Vertreter und Vertreten bestehenden Innenverhältnisses aus das Aussenverhältnis zwischen Vertretenen und Dritten ein? JW 1933 S. 1877.
- (52) Schott, a.a.O., S. 395.
- (53) Kipp, a.a.O., S. 285, 286.
- (54) Kipp, a.a.O., S. 286.
- (55) Kipp, a.a.O., S. 286.
- (56) Kipp, a.a.O., S. 286, 287, 288.
- (57) Siebert, a.a.O., S. 641, Jöckel, a.a.O., S. 146.
- (58) Hammel, a.a.O., S. 2875-2878.
- (59) AIBermann, Der Missbrauch der Vertretungsmacht. Diss. 1935 S. 28ff.
- (60) Rinck, Pflichtwidrige Vertretung 1936 S. 111 ff.
- (61) Rinck, a.a.O., S. 115, 116.
- (62) Flumeの見解の紹介に関しては高橋助教授による紹介に負うところが多い(前掲書224頁参照)。
- (63) Flume, a.a.O., S. 9.
- (64) Flume, a.a.O., S. 785-787.
- (65) Flume, a.a.O., S. 788.
- (66) Flume, a.a.O., S. 789.
- (67) Flume, a.a.O., S. 789-791.
- (68) 高橋助教授の適切に指摘される場所である(前掲書226頁)。

- (69) Gerhard Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Zugleich ein Beitrag zur sozialen Verantwortung als Korelat privatautonomer Gestaltungs-freiheitp 1972. Frotzの見解に関しては、福永講師の紹介に負うところが多い。
- (70) 福永礼治「代理権の濫用に関する一試論 (二・完) 上智法学論集22巻3号178頁参照。
- (71) 福永・前掲188頁 (Frotz, a.a.O S. 603)
- (72) 福永・前掲188頁 (Frotz, a.a.O S. 603)
- (73) 福永・前掲198 (Frotz, a.a.O S. 615)
- (74) 福永・前掲198～199 (Frotz, a.a.O S. 615f.)
- (75) 福永・前掲200 (Frotz, a.a.O S. 618f.)
- (76) 福永・前掲200 (Frotz, a.a.O S. 621)
- (77) 福永・前掲206頁。
- (78) Soergel/Siebert, Kommentar der BGB 1 § 177 Amn. 16, Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 185 I 5S. 1125.
- (79) Mertens, Die Schranken gesetzlicher Vertretungsmacht im Gesellschaftsrecht, Jur. A 1970. S. 466, 475.
- (80) Fischer, a.a.O., S. 12.

## 2 わが国における代理権の濫用についての若干の考察<sup>(1)</sup>

わが国でも、ドイツにおけるのと同様に、代理人による代理権濫用行為をどのように理論構成するかについては多様である。

### 一 内部関係処理構成

代理人が背任的意図を有してなす代理権濫用行為について、ボアソナード草案では、代理人の義務に関して規定し (ボアソナード草案935条)<sup>(2)</sup>、これを内部関係義務違反として処理した<sup>(3)</sup>。旧民法も、代理人は委任の本旨に従い委任を成就する責めがあり、この義務に違反した場合は本人に対して賠償責任があると規定 (旧民法237条1項) するのみである<sup>(4)</sup>。これは、代理における本人・代理人間の内部関係と、本人・相手方間の外部関係との概念的区別を意識しなかったことによるもので、代理関係への影響を観念するに至らなかったものと推測される。しかし、このような内部関係処理構成は、委任と代理を観念上も分離していなかった時点での処理であり、今日のように観念上の分離を必要とする立場からは当然には、このような処理はできない。

### 二 有権代理構成

代理人が背任的意図を有してなす代理権濫用行為も、民法99条により本人に効力が及ぶとする。民法制定時において、内部的には、委任契約上の義務に違

反する旨の規定（644条）に対して、外部的効果についての質問に対し、富井委員が、「無論民法99条によって本人に対して直接に効力を生ずる」と説明し<sup>(5)</sup>、代理人が地位を濫用し不正に自己の利益を図ろうとする場合であっても民法99条の適用があるとする判例が相次いで出現した<sup>(6)</sup>。その理由は明らかでないが、平山教授は、代理人の義務違反や背任的意図の存在は代理権の範囲に影響を与えないことを前提としているものと解されると指摘する<sup>(7)</sup>。また、鳩山博士は、代理意思との関係につき論及し、代理権濫用の場合も、代理人には法律行為の直接の効果を本人について生じさせる意思があるから「本人ノ為メニスルコト」の要件に違背しないとして判例を支持している<sup>(8)</sup>。これらの諸見解においては、なぜ、代理権の範囲に影響を与えないことになるのかについては直接言及されていないが、内部関係と外部関係との観念上の分離とともに、無因であることを当然の前提としているものと推測される。代理人行為説の立場を徹底したものである。代理人行為説を妥当としない立場からは是認することはできないし、本人の利益考慮が全くなされていない。

### 三 意思欠缺の構成

(i) 心裡留保処理 代理人が背任的意図を有してなす代理権濫用行為は、代理人が自己に利益を帰属させるという意図でなされおり、本人に行為の効果を帰属させる意思（代理意思）が欠落する場合であって、心裡留保に関する民法93条が適用されるとする。石坂博士は、内部関係における義務違反も、代理権限内の行為である<sup>(9)</sup>ことを前提として、代理人は本人に効果を帰属させる意思を有しないのに本人に効果を帰属させることを示していることになり民法93条が適用されるとみる<sup>(10)</sup>。そして、代理人にこの背任的意図があることを相手方が「知ルコトヲ得ヘカリシトキ」は代理行為の效果は本人に帰属しなくなると主張する<sup>(11)</sup>。平山教授は、代理権濫用を代理意思とその表示の齟齬の問題として捉えたものであると共に<sup>(12)</sup>、相手方が代理人に背任的意図あることを知りうべきときには、かかる代理行為は本人につき効果を生じないという基本的判断の基礎を心裡留保の規定の有する価値判断に置いている<sup>(13)</sup>と評している。我妻博士も旧説で、「本人ノ為メニスルコト」も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93条で代理としての効果が生じ、相手方が代理人の不正の意思を知りまたは知りうべきものであるときは93条但書により代理行為は成立しないと解している<sup>(14)</sup>。石坂

博士と同様に代理意思の欠缺として処理する<sup>(15)</sup>。この他、中島博士<sup>(16)</sup>、末弘博士<sup>(17)</sup>も同旨である。かかる見解は、代理権で覆われていることを前提とする代理人行為説に立ちながら、「本人ノ為メニスル」意思の欠缺の問題として捉えるものであるが、心裡留保とみることができるか疑問である。

(ii) 民法93条但書類推構成 代理人が権限を濫用し、背任的な行為をするときでも、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ため、93条を適用することは妥当でないが、相手方が代理人の背任の意図を知りまたは知りうべきときは、本人の利益を図るため、93条但書を類推して、代理行為の効力を否定すべきであるとみる。最判昭和38年判決<sup>(18)</sup>で代表権濫用につき93条但書を類推適用する旨を判示したのち、最判昭和42年判決<sup>(19)</sup>で代理権の濫用にも普遍し、最高裁判例法理として固まったものと評されている<sup>(20)</sup>。於保博士も、権限を濫用する代理人であっても代理意思を有していることから、権限冒用行為が心裡留保と解するのではなく、最判昭和38年判決は「相手方が知りまたは知りうべきときは無効である、という一般法理をとりあげ、これを単に民法93条但書に擬律したにとどまる」が非難するに当たらないとする<sup>(21)</sup>。我妻博士も、代理人が権限を濫用し、背任的な行為をするときでも代理意思は存在すると変更し、93条但書類推適用構成に改説される<sup>(22)</sup>。そして、この見解が、今日の通説となっている<sup>(23)</sup>。民法93条但書類推構成は、意思欠缺処理の延長線的構成である。心裡留保に当たらないとするの妥当であるが、意思と表示が齟齬する場合の意思表示法理から脱却することなく、本人の利益をはかるのが適当との価値判断が先行し、93条但書の擬律・準用・類推・仮託したものにはすぎない。このような処理構成は、ドイツにおいては、ほとんどみられない。わが国で、なぜ、判例理論として確立し、通説となったのか理解に苦しむところである。また代理権の濫用は、代理人の主観的有責性を問題とすることなく、客観的な内部関係の義務等違反・執行権限踰越だけでよいと解すべきであることから、このような見解では代理権の濫用現象の全てを処理することができないように思われる。また、この場合、代理人は内心において背任の意思があるだけで、その法律効果を本人に帰属させる意思があることから心裡留保規定の類推適用は妥当でないとの批判も正当といえる。一歩ゆずって、内心における背任意思も内心的効果意思を形成するものであるとみても、代理権の濫用問題を代理人の内心的効果意思との関係でのみ捉え解決することについては代理の法

的構成に当たって本人意思を重視する立場からはとうてい是認することのできない理論である。さらに、代理人に背任的意図のない場合の処理は可能かも疑問である<sup>(24)</sup>

(iii) 心裡留保に新たな機能を与えた上での構成 中舎教授は、93条は、ある意思表示がなされた場合に、その背後にある事情を相手方に主張し得るか否かの規定であり、代理権濫用も、ある代理行為がなされた場合に、代理行為の背後にある内部関係を相手方に主張できるか否かという問題であるから93条但書が適用されるとみる<sup>(25)</sup>。平山教授は、このような問題の捉え方は、表見代理説の問題の捉え方に近いと評れる<sup>(26)</sup>。そこでは、表見代理構成も、内部関係上の制限を対第三者効を考えている<sup>(27)</sup>とみて、接点を見いだしている。しかし、表見代理構成は権限の範囲の問題として処理しているのに対して、意思欠缺処理の延長線的構成によっている点、根本的に異なるものではないかと思われる。より根本的には、代理の法的構成においては、代理人行為説を前提とするものである。

### 三 権利濫用・信義則・公序良俗違反・悪意の抗弁構成

(i) 権利濫用構成 竹田博士は、代理人が自己の利益のためになした行為も当然その権限内の行為であるとした上で、悪意の第三者がそのことを主張することは、法の保護の目的を逸脱した権利の濫用になるとみる。竹田博士により初めて唱えられものであるが<sup>(28)</sup>、多数の支持を得ている<sup>(29)</sup>

(ii) 信義則違反構成 相手方の行為の職権濫用であり、違法なることを知りつつ契約を締結する当事者が、その効力を主張することは信義誠実の要求に反し、法の保護の目的を逸脱するとみる。大隅博士により主唱されたものである<sup>(30)</sup>。山中教授も、代理権濫用行為を授権の原因である委任契約その他の契約上の義務に違反する場合であり、授権契約上の義務違反は見るべきでないとした上で、このため、授権行為には瑕疵はなく有効になり相手方が保護されるが、相手方が代理人の背任横領の意図について悪意・重過失のときは信義誠実則にもとることになり、本人に対抗できないとみる<sup>(31)</sup>。多数の支持を得ている<sup>(32)</sup>。下級審判決ではあるが、代理人が自己の利を図るために弁済金を受領することを知って、あえて代理人に弁済金を交付した場合に、信義則上本人に対し弁済行為の有効なることを主張できないと判示している<sup>(33)</sup>。また、最高裁判例でも、相手方が権限濫用であることについて悪意であっても権限内の行為であるが、

権利濫用ないし信義則違反の行為として許されないとする少数意見がみられる<sup>(34)</sup>。この処理の前提は、授權行為に瑕疵がないものであるというだけで、有効になると解し、その有効性を主張することが信義則上許されないとしていることである。しかし、授權行為に瑕疵がないものであるというだけで、有効になると解することには論理的飛躍がある。代理権濫用行為は、本人による授權行為すなわち「代理許諾意思表示」に瑕疵のないことが前提であり、このことを前提とした上で、代理人の代理行為すなわち「代理行為意思」が、その本人による授權行為すなわち「代理許諾意思表示」の意図や目的に違背する場合の法的処理が問題とされているからである。そのためには、代理権濫用行為の場合でも、本人による授權行為すなわち「代理許諾意思表示」に覆われていることを根拠づけなければならない。そしてさらには、代理人の代理行為の瑕疵でもないことを理由づけた上で、信義則を登場させることが必要ではないかと思われる。

(iii) 公序良俗違反構成 大西博士は、内部的法律関係によって代理人がなすことを禁止されている法律行為は、同時に代理権の範囲外の行為となるが、しかし受任者または事務管理者の注意義務違反行為は代理権外の行為ではない<sup>(35)</sup>とした上で、代理人がこのような義務に違反するのみならず、故意に本人に対して損害を加える意図を有し、相手方がこの意図を知っている場合には、代理権の範囲内であるが、本人は民法90条に抵触するとして行為の無効を主張できるとする<sup>(36)</sup>。平山教授は、代理権の範囲と義務違反との関係に言及しており、最近の学説の傾向と一致すると評されている<sup>(37)</sup>。

(iv) 信義則ないし権利濫用処理 高橋助教授は、代理権濫用行為の処理としては、相手方がその事実を知りうべき限りにおいて無権代理となると解するか(内因的解決)、有権代理であるとしながら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)のいずれかであるが<sup>(38)</sup>、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よりも、代理権そのものは依然として存在するとした上で、権利濫用ないし信義則違反によって処理する見解の方が優れているとされる<sup>(39)</sup>。確かに、代理権の範囲を相手方の故意・過失によってのみ確定することは妥当でない。しかし、高橋助教授のいわれる内因的解決は、代理権の範囲を、このような相手方の故意・過失のみを基準としているのではなく、客観的な本人による授權行為すなわち「代理許諾意思表示」



の意図や目的に違反する場合には本人による授權行為すなわち「代理許諾意思表示」に覆われていない無權代理になるとするものである。そして、高橋助教授は代理の法的構成として本人の意思を最重視する立場に立っておられることからすると代理権濫用行為を本人による授權行為すなわち「代理許諾意思表示」に覆われない無權代理としての処理に帰結することになるのではなかろうか。このような帰結に至らなかった理由はどこにあるのか理解に難くない。

また、わが国でも信義則ないし權利濫用という一般法理による構成も有力に主張され<sup>(40)</sup>、商法学者の多数説であるともいわれている<sup>(41)</sup>。この見解は、代理権の濫用は内部関係の義務等違反・執行権限踰越であるにとどまり、代理行為自体は権限内の行為で、本人に対しては代理効果が帰属しているが、第三者が有責である場合、第三者から本人に対する権利主張は信義則に反しまたは権利濫用として許されないとするものである。内部関係と外部関係の分離・無因性あるいは代理権の内部関係からの分離・独立を承認することを前提としての理論である。この基本的な点に疑問のあることは、すでに詳論したところである。代理権の濫用の問題とされてきた内部関係の義務等違反・執行権限踰越は、実は代理権自体の踰越であり、常に無權代理となるとの観点から出発するのが妥当であるからである。

### 三 無權代理構成

そこで、わが国でもまた代理権の濫用を無權代理行為として構成する見解も有力になりつつある。しかし、その場合にも理論構成上若干の差異のあることに注意しなければならない。

#### (i) 自己契約・双方代理類推説

その一は、ドイツにおける理論と同様に、自己契約・双方代理の禁止規定（民法108条）を類推し無權代理と解する見解である。谷口教授は、代理人が本人を良俗に反する方法で害するために第三者と故意に協力したり、代理人が自己自身の利益のために代理権を濫用した場合は、形式的には相手方代理や双方代理の禁止（108条）に違反しないがこの趣旨を類推して、本人について無權代理となり、本人の追認を俟って本人に効力が生ずるとみる<sup>(42)</sup>。遠田教授は、代理人の権限濫用について相手方が悪意または重過失の場合には、自己契約・双方代理の禁止の法理（108）または利益相反行為禁止の法理（民法57条）から、無權代理行為とし、本人に追認するか否かの自由を認めべきと解する<sup>(43)</sup>

## (ii) 無権代理直接形成説

その二は、これもドイツにおける理論にならって代理権の濫用を第三者がそれを知っているか、過失で知らないときは代理権で蔽われないことになるので無権代理となると解する見解である。浜上教授は、代理権の独自性と無因性を認めながら、相手方が知っているとき、もしくは過失で知らないときには、有因とみる。この結果、代理権濫用行為について、相手方が善意・無過失の場合は有権代理になるが、悪意・有過失の場合には無権代理になる<sup>(44)</sup>。このため表見代理として保護される余地はないことになる<sup>(45)</sup>。

これら二つの見解に対しては、これまでの検討を通じ、その不都合を指摘してきた通りである。ただ、無権代理直接形成説は、第三者の「知」と「過失不知」の場合に限ってではあるが代理権の範囲に関連しての「有因性」を承認するものだと明言していることは至当である。

## 四 表見代理構成

## (i) 110条表見代理処理

正当な代理行為のために与えられた代理権の濫用は、その範囲において代理権は存在せず無権代理となり、したがって第三者は表見代理法理によって保護される余地があるだけであると解する見解である。そして、第三者が代理権の濫用を知らず、かつ知らないことにつき「正当ノ事由」のあるときは民法110条によって保護され、そうでないときは無権代理となとする。この見解は、戦後になって初めてみられるようになったと言われている<sup>(46)</sup>。舟橋教授は、「本人の爲にする意思」とは、「その行為を本人が直接したと同様の効果を事実上発生させようとする意思」<sup>(47)</sup>であり、代理人が私利をはかろうとして権限を濫用し、背任的行為をした場合でも、代理意思の表示は存在するが、それが濫用となる範囲において代理権が存在しないことになるため、無権代理となり、相手方は表見代理で保護されるとみる。ところで、舟橋教授は、代理権授与行為を単独行為と解した上で、内部関係からの独自性と無因性を承認することと矛盾する<sup>(48)</sup>。川島教授は、抽象的形式的には代理権の範囲に属するが、実質的には、本人の利益のためではなく代理人その他の者の利益のためになされる場合は、代理権の範囲に属しないと解すべきであり、相手方が実質的側面を知らず、且つ知らないことが「正当の理由」を有するときは110条によって保護されると見る<sup>(49)</sup>。これは、授与行為は、単独行為であるが、授權行為と原因関係

は有因関係にあるとみる立場から導かれる結果である。なお、下級審判例には戦前から、代理人が他人の利益を図る目的をもってなした行為は権限外の行為となるが、第三者が権限ありと信すべき正当の理由があるときは民法110条の規定するところとなるとするものもあみうけられる<sup>(50)</sup>。福永講師は、代理権濫用行為を本人の関与可能性という観点から法定代理と任意代理の二類型に分け、任意代理においては、代理権の無因性を否定し有因と捉えることによって、代理権濫用行為は代理権限外の行為であることを前提として処理するのが妥当とする<sup>(51)</sup>。そしてその際の法的処理としては、任意代理では、本人は代理人に関与して濫用の危険を阻止することができるのであるから、相手方が善意無過失であれば民法110条の表見代理が成立し代理の効果が発生するが、相手方が代理人の濫用行為を知りもしくは知りうべき場合には、表見代理は成立せず無権代理になると構成するのが妥当とする<sup>(52)</sup>。

伊藤旧説では、代理権の濫用問題は、わが国においては代理権の踰越による表見代理（民法110条）の問題として理論的に把握していくべきであることから、わが国における表見代理説の見解については結論的に賛成である。ただ、この表見代理説に対し、代理権の濫用の問題は代理人の信用性に対する本人の信頼保護と第三者の代理人に対する信頼保護を信義則に基づいて利益調整することであり、本人の容態に対する第三者の信頼保護を目的とする表見代理とは次元を異にする問題であるとの批判もあるが、代理権の濫用問題をこれまでのように有権代理であることを前提にして、第三者の信頼保護が計られてきたのに対する本人の利益保護を求めていくという発想に対してならばこの批判もあたらなこともなかろうが、代理権の濫用問題を始めから代理権の踰越の一類型として捉えようとする限りにおいては第三者の信頼保護を目的とする表見代理そのものの次元の中で自然に解決されていくのであって必ずしも的を射たものではないといえる。そこで、そのことよりも、わが国における表見代理説は、代理権の濫用問題を代理権限踰越の表見代理理論で捉えていくための前提として検討してきたより基本的な理論を是認した上で展開されているのかどうかの疑問が残る。すなわち、表見代理説を導き出すための、代理における内部関係と外部関係の分離・無因論に対する反論、代理権の内部関係からの分離・独立論の否定、代理の本質論における代理人行為説への批判というような、長い間、一九世紀概念法学の影響のもとに形成され、つちかわれてきた代理理論そのも

のに対する反省と批判, それに代る理論形成への努力をみとめることを前提としたものであったのだろうか。民法110条の規定が幸運にも存在していたということから, このような前提となる理論の検討を経ないで, 本人の利益保護と第三者の信頼保護の調整という目的のためにだけ, 代理権の踰越による表見代理理論を援用したにすぎないのではないだろうかと指摘していた<sup>(53)</sup>。

## (ii) 109条表見代理処理

岡松博士は, 代理権濫用行為の相手方を109条で保護してはと主張される<sup>(54)</sup>。

## 五 付随的義務違反処理

中島教授は, 代理権濫用が問題になる契約関係に立つ当事者は, 相互信頼関係に基づき, 特殊的な信義誠実の原則から相手方保護の付随的義務を相互に負っている。そこで, 代理権濫用の状況を重ねると, 代理権濫用は有効な代理行為となり, 相手方の悪意はそれに消長をきたさないが, 相手方は, 本人に対するこの付随的義務違反となり, 本人は相手方に契約解除権を行使し, あるいは損害賠償請求権を有するとみる<sup>(55)</sup>。

- 
- (1) わが国における代理権の濫用に関する論稿は, 多数に及ぶ。ただ, 本稿では, 代理の法的構成についての私見の立場との関係での再検討が目的であることから, これら諸論稿にいちいち言及していない。そこで, 主としては, 拙稿・前掲書(任意代理基礎理論)223頁以下を基底にしながら, わが国における代理権の濫用を沿革的に検討した平山也寸志「代理論史—代理権濫用論を中心に—」日本民法学史・各論41頁以下(平成9年・信山社), 学説の理論状況を検討した平山也寸志「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252頁以下, 中島秀二「濫用代理論批判」(鈴木緑弥・徳本伸一編・財産法学の新展開(平成5年・有斐閣))81頁以下に依拠して検討することにした。
  - (2) ボアソナード起稿・再閣修正民法草案注釈1435条1項。
  - (3) 平山・前掲(日本民法学史・各論)47頁。
  - (4) 平山・前掲(日本民法学史・各論)47頁。
  - (5) 広中俊雄・第九回帝国議会の民法審議(昭和61年・有斐閣)128頁。
  - (6) 大判明治38・6・10民録11輯919頁, 大判明治39・3・20民録12輯275頁など。
  - (7) 平山・前掲(日本民法学史・各論)52頁。
  - (8) 鳩山秀夫・法律行為乃至時効(明治45年・巖松堂)261頁。
  - (9) 石坂音四郎「判例批評」法協34巻12号132頁。
  - (10) 石坂・前掲134頁。
  - (11) 石坂・前掲136頁。
  - (12) 平山・前掲(日本民法学史・各論)57頁。
  - (13) 平山・前掲(獨協法学46号)272頁。

- (14) 我妻栄・民法総則（岩波書店・昭和5年）479頁。
- (15) 平山・前掲（日本民法学史・各論）64頁。
- (16) 中島玉吉・民法釈義（金刺芳流堂・大正3年）552頁。
- (17) 末弘巖太郎「判例批評」（判例民法大正10年度）11頁。
- (18) 最判昭和38・9・5民集17巻8号909頁。
- (19) 最判昭和42・4・20民集21巻3号697頁。
- (20) 中島教授は、最判昭和38年判決以後、最高裁に限っても10件ほど報告され、判例理論として確定したといえると評している（中島・前掲79頁，平山・前掲73頁）。
- (21) 於保不二夫「判例研究」民商50巻4号60頁。
- (22) 我妻栄・民法総則（岩波書店・昭和40年）344頁。
- (23) 民法93条但書類推構成に立つ見解については、平山・前掲（日本民法学史・各論）80頁注<sup>(10)</sup>参照。
- (24) 平山・前掲（日本民法学史・各論）64頁。
- (25) 中舎寛樹「代理人の権限濫用行為と民法93条の役割」名法90号92頁。
- (26) 平山・前掲（日本民法学史・各論）79頁。
- (27) 中舎・前掲92頁注<sup>(18)</sup>参照。
- (28) 竹田省「判例批判」民商7巻2号164頁。
- (29) かかる構成を支持する学説の状況については、平山・前掲（日本民法学史・各論）83頁注<sup>(11)</sup>参照。なお同旨の学説として田中誠二「判例批評」法協56巻12号173頁など。
- (30) 大隅健一郎「判例批評」「商事法判例研究（三）昭和一三年度」（有斐閣・昭和15年）51頁。
- (31) 山中康雄・民法総則講義（青林書院・昭和30年）286頁。
- (32) かかる構成を支持する学説の状況については、平山・前掲（日本民法学史・各論）83頁注<sup>(11)</sup>参照。
- (33) 名古屋高判昭和51・11・29判時851号198頁。
- (34) 最判昭和42・4・20民集21巻3号697頁，最判昭和44・4・3民集23巻4号737頁。
- (35) 大西耕三・代理の研究（昭和3年・弘文堂）274頁。
- (36) 大西・前掲書276頁注<sup>(22)</sup>。
- (37) 平山・前掲（日本民法学史・各論）67頁。
- (38) 高橋・前掲書234頁。
- (39) 高橋・前掲書236頁。
- (40) 山中・前掲書286頁，柚木・前掲書349頁。高橋助教授も、ドイツでの代理権濫用問題の検討を通じてこの説が妥当だとされる（前掲書230頁以下，とくに236頁）。
- (41) 三和・前掲181頁。三和教授のこの点に関するよく整理された論稿があり（「代理人の権限濫用」遠藤・川井・西原編・演習民法（総則・物権）179頁以下参照）これに負うところが多い。
- (42) 谷口知平・民法論第一巻（有斐閣・昭和63年）70頁。
- (43) 遠田新一・代理と意思表示論43頁（法律文化社・昭和60年），遠田新一代理法理

の研究112頁 (有斐閣・昭和59年)

- (44) 浜上則雄・注釈民法(4)20頁 (昭和42年・有斐閣) 浜上則雄「判例批評」ジュリ増刊民法の判例 (第三版) 32頁。
- (45) 平山・前掲 (日本民法学史・各論) 90頁。
- (46) 平山・前掲 (日本民法学史・各論) 87。
- (47) 舟橋淳一・民法総則 (弘文堂・昭和29年) 131頁。
- (48) 舟橋・前掲書127頁。
- (49) 川島武宜・民法総則 (有斐閣・昭和40年) 380頁。
- (50) 大阪控判大正3・4・16新聞951号27頁。
- (51) 福永礼治「代理権の濫用に関する一試論」(二・完) 上智法学論集22巻3号219頁。
- (52) 福永・前掲書223頁。
- (53) 伊藤・前掲書226頁。
- (54) 岡松・注釈民法理由 (明治29年・有斐閣書房) 219頁。
- (55) 中島・前掲94頁以下。

## 六 若干の検討

(i) 代理権濫用問題の広がり 代理権濫用の問題は、以上考察してきたように、代理なる法律行為を構成する代理人が本人との間の内部関係での指図・義務・利益に違反した「代理行為意思表示」の場合であることを前提として議論されている。しかし、このような内部関係での制約違反行為である指図・義務・利益違反に限らず、代理目的違反、利益相反、相手方との共謀、さらには忠実義務違反の場合をも包含して、これらに違反して代理人が「代理行為意思表示」を行った場合、代理なる法律行為の効果は、どうなるのか、また相手方との関係においてどのように処理するのが妥当かの問題として検討すべきではないかと思われる。

(ii) 従来の諸見解と代理の法的構成論との関係 内部関係処理構成は代理と委任を観念上も分離していないことから、両者を常に一体としてその効果が決められることになる。このため、代理権濫用行為特有の問題は観念されないことになる。しかし、今日においては、代理と内部関係の観念上の分離は必要であることから、上述のようないわゆる代理権濫用行為特有の問題は回避できないであろう。ところで、両者に関係づけについて、代理権の無因性を否定し有因とみる見解が、今日ドイツにおいても、わが国においても有力であることから、内部関係処理構成に回帰することになるのかどうかという疑問が生ずる。

しかし、そこでは、内部関係が代理に影響を及ぼすとするだけであって、代理と内部関係を一体的に処理することを意味するものではないという点で、重大な差異のあることに留意する必要がある。内部関係処理行為の対極にあるのが有権代理構成である。代理権濫用行為は、代理に何らの影響も生じさせないというものである。かかる構成は、代理人行為説の基本的前提となっている代理権の無因性を徹底するものである。しかし、沿革的には、代理権濫用の問題は、かかる構成を徹底することから生ずる本人との関係での不当性の認識から派生するものであることから、今日では、堅持することは妥当でない。そこで、ドイツでは代理権濫用行為の場合も代理は有効に成立し本人に効果が生ずるものであることを前提とした上で、悪意の抗弁や信義則、権利濫用という当事者間での衡平、妥当性を導くための私法一般法理による処理が主張されることになる。このことは、わが国でも、同様である。また、ドイツでは、契約締結上の過失という損害賠償法理を用いての処理もみられるが、わが国では余り顧みられていない。ただ、それは代理法理では、代理の効果を否定することができないとみたことから、代理法理外での処理に持ち込むものである。そのことによって、代理人行為説を貫徹しながら、それによって生ずる不当性を回避するという思考が見て取れるのである。その一方で、ドイツでは、代理法理での処理への努力もみられる。しかし、そのためには、代理権濫用行為は代理には影響を及ぼすことがないとしてきたドクマを修正しなければならないことになるのが必然である。その修正においては、代理人行為説に立ちながら修正しようとする見解と、代理人行為説から脱却して統一要件論や本人行為説に立って修正する見解とが混在することになる。しかし、前者の修正見解は代理人行為説と有因性を承認することによって基本的に矛盾することになる。この意味では、代理権濫用行為を代理法理での処理が妥当する限り、代理人行為説と決別することが必要になる。なお、わが国では、意思欠缺の法理によるものがみられ、これが判例、通説をなしている。しかし、ドイツでは、このような議論がみられない。ドイツでは代理権濫用行為は代理権にどのような影響を与えるかの問題として議論されてきたのに対し、わが国では代理権への影響の問題ではなく代理人の代理意思の問題として捉えたところに原因があるものと推測される。これは代理の法的構成において、代理の効果発生の根源について、代理人の意思のみを重視したことの帰結ではないかと思われる。ここに、ドイツにお

ける代理論とわが国における代理論とで若干の差異があるともいえる。

(iii) 代理権限踰越との関係 代理人の代理権限踰越行為は客観的な代理権限の範囲を踰越した場合であり、そのため代理権では覆われない無権代理行為となり、代理の効果の生じないのが原則であるのに対して、代理権濫用行為は代理権の客観的な範囲内の行為であって代理権に覆われ、有権代理行為として代理の効果の生ずることを前提として、本人への効果帰属を問題とする場合であると区別するのが従来の見解である。ただ、代理法理処理構成では、このことを前提としながら、代理権濫用であることを相手方が知りまたは知りうべき場合、あるいは明白な場合には代理権で覆われないことになるとみる。すなわち、それらの場合においては、代理権の無因性を貫徹することは妥当でなく有因とみるべきであり、そのことによって代理権の範囲を踰越した行為になるからだとみている。しかし、これらの見解では、無因性を否定し有因とみる点は妥当としても、なぜ代理権濫用行為であることを相手方が知りまたは知りうべき場合や明白性のある場合には、代理権限踰越行為になるのかについては説得力ある論拠は示されていない。

ところで私見では、前述したように、内部関係での目的決定、指図、義務づけが、単に本人と代理人間に存在するだけで第三者（相手方）において認識しうる客観的状态にない場合には、代理権の潜在的・質的範囲の制限にとどまることになる。なお、さらに代理権行使に際しての代理人の一般的な注意義務あるいは忠実義務も代理権の潜在的・質的範囲を形成するものと解すべきでる。これらの義務は、一般的に権利それ自体に内在的に存在するものであり、代理権の場合もその例外ではないからである。そこで代理権濫用行為は、このような代理権の潜在的・質的範囲を踰越した行為として捉えることができる。

このように私見のような代理権の範囲決定準則によると、代理権の顕在的・量的範囲を踰越する場合と、潜在的・質的範囲を踰越する場合とがみられる。そこで、これらのいずれの場合でも、民法110条の権限踰越による表見代理の問題として処理すべきかどうか問題になる。従来 of 支配的見解は、前者の顕在的・量的範囲を踰越する場合については民法110条の権限踰越による表見代理の問題として処理し、後者の潜在的・質的範囲を踰越する場合については代理権濫用の問題として処理してきた。しかし、このような処理は代理人行為説においては妥当する。代理人行為説以外の説において妥当するものではない。



Flumeは、代理人の代理行為においての意思表示が、原因によって規定された本人の意思表示と齟齬する場合には、本人の意思表示が欠缺することになり、代理の効果は生じないで無効となると解し、相手方の保護の必要な場合は表見代理で処理すると構成する<sup>(1)</sup>。そこで、私見のように「代理なる法律行為」を三当事者法律行為とみる立場からすれば、本人の「代理許諾意思表示」が顕在的・量的範囲において踰越する場合も、潜在的・質的範囲において踰越する場合も、その踰越する範囲においては本人の「代理許諾意思表示」が欠缺することになることから、いずれの場合も代理なる法律行為は不成立になると解される。そして、このことを前提とした上で、わが国では、代理権の範囲を踰越する場合の問題を処理するための受け皿となっている民法110条の権限踰越による表見代理規定による処理の問題として取り扱うのが妥当ということになる。

(iv) 私見による処理 以上のような立場に立ってみるとき、これまで代理権濫用として本人へ効果を否定してきたところの相手方が知っているが知りうべき場合、あるいは明白性の認められる場合というのは、客観的な権限の踰越の場合であり顕在的・量的範囲を踰越する場合であって、従来、代理権限踰越行為といわれてきた場合であって、本人の「代理許諾意思表示」が欠缺する場合として代理なる法律行為の成立は否定される場面であったといえる。しかし、代理人の内部関係での制約違反行為である指図・義務・利益違反、代理目的違反、利益相反、さらには忠実義務違反行為も、相手方が認識できない場合、あるいは明白性に欠ける場合であっても、本人の「代理許諾意思表示」の潜在的・質的範囲を踰越することになるのであるから、原則としては、本人の「代理許諾意思表示」が欠缺し、代理なる法律行為は成立しないことになる。そこで、このことを前提とした上での相手方の保護の法理が求められよう。民法110条は、このような場合の保護法理として予定されたものとして処理することが妥当ということになる。

(1) 拙稿「ドイツにおける代理の法的構成論—Müller-Freienfels代理論以降の諸見解の再検討」明大法科大学院論集 4 号221頁参照。