

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——

平 山 也 寸 志

目次

- 一 はじめに
- 二 ドイツにおける議論の状況
- 三 わが国における議論の状況
- 四 検討
  - (1) 代理権濫用において原則として相手方が保護される根拠
  - (2) 代理人に背任的意図がありこれについて相手方が悪意等であれば代理の効果が後退するのはなぜか
  - (3) 代理人に背任的意図がなくても相手方に濫用の異議が唱えられることはあるか
- 五 おわりに

一 はじめに

わが国においては代理権濫用は代理人が代理権の範囲内で本人の損失において自己または第三者の利益をはかるためになす代理行為であると定義され、代理権濫用として共通して念頭に置かれている事例は、債権取立の代理権のある者が自分で消費するつもりで取立てるときのように、代理人に背任的意図がある場合であるといつてよく、従来の代理権濫用に関する諸研究の大半は、このような場合を念頭に置いてきたといえる。このような、代理人に背任的意図がある場合がどのように処理されるかについては、すでに第九回帝国議会衆議院民法中修正案委員会(明治二十九年三月四日)の審議の中で、富井政章政府委員が代理人が自ら消費するなど、自己の利益を図るような代理行為の効果も民法九九条により本人に及ぶという見解を示していた。<sup>(4)</sup>更に、この富井政府委員の見解と同じく、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九九条を適用する判例も多数出現した。<sup>(5)</sup>

かかる見解は、委任契約上の義務違反は無論のこと、自己の利益を図るといふ代理人の背任的意図の存在も、代理権の範囲及び代理人の顕名の存在には影響を与えないということを前提としていと解される。<sup>(6)</sup>そこで代理人が背任的意図をもって本人に損害を与える代理行為であっても、相手方は本人に対して代理行為の効果を主張していることになる。しかし、相手方が代理人の背任的意図を知り、本人に損害が発生することを認識している場合には、代理行為の効果が本人に及ぶことは妥当ではないという基本的判断が一般的に認められ、この基本的判断を実現するための法的構成が模索されることになった。<sup>(8)</sup>

この法的構成については、現在の最高裁の判例は、心裡留保規定（民法九三条）を類推適用するという立場をとっている。これは、「代理人が自己または第三者の利益をはかるため権限内の行為をしたときは相手方が代理人の右意図を知りまたは知ることをうべかりし場合に限り、民法九三条但書の規定を類推して本人はその行為につき責に任じないと解するを相当とする<sup>(9)</sup>」というものである。

ところで、最近の研究の中には代理人が故意ではなく過失で、または過失すらなく本人の利益に反する代理行為をする場合——具体例としては代理人Aが最近の物価の動向を調査しないでXから異常に高い値段で商品を購入したというような場合<sup>(10)</sup>（以下、代理人が代理権の範囲内で背任的意図なく、過失をもってまたは過失すらなく代理行為により本人に損害を加えることを代理権の客観的濫用の場合という）——をも代理権濫用論を検討する際に念頭に置いて行っているものがある。<sup>(11)</sup>このような場合には、確かに本人に損害が生ずるが代理人には、代理行為時には本人に損害を加えようという明確な意図がない。代理人は、いわば不注意で代理行為により本人に結果として損害を加えてしまったのである。

このような、代理人が単に不注意で本人に損失を加えたという場合には、代理人が背任的意図をもって代理行為により本人に損害を加えるという、代理権濫用の典型例として扱われる場合とは異なって、相手方がたとえ行為時に本人に損失が発生することについて認識していたとしても代理行為の効力は妨げられるということではなく、代理行為の効果は本人に帰属する（民法九九条）とするのが従来の一般的な理解であると思われる。<sup>(12)</sup>しかし、後でみるように（本稿項目二、三）この点についてまったく異論がないわけではない。そこで本稿では、代理人に背任的意図がない代理権の客観的濫用の場合に、相手方が本人に行為時に損失が生じることについて認識あるときに、かかる相手方は本人に対して代理の効果を主張していけるのかという点について検討することを目的とする。この検討

は、濫用として相手方に異議が唱えられるためには、代理人に背任的意図があることを要するのかという問題としても捉えられる。代理人に背任的意図があることを要するのであれば客観的濫用は相手方に異議として唱えられることはないし、背任的意図は不要であるとすれば異議として唱えられることになる。

ところで、代理人に背任的意図があり、相手方がこれについて知りうべきであれば代理の効果は後退するとされているが、この基本的判断ははまだ論証されたことはなく、従来の議論の中で疑いの余地のない自明の事とされ、それだけに何れの立場でもほとんど無批判のままに措定されてきたが、その妥当性はおおよそ論証の要もないほど自明であるかは利益衡量上疑問があるという指摘が、最近中島説によりなされている<sup>(13)</sup>。このような指摘に鑑みても、この基本的判断の根底にはいかなるものがあるのか、わけてもこの基本的判断に占める代理人の背任的意図という事実のもつ意義についてここで検討することには大きな意義があると考えらる。

以下では、まずドイツ及びわが国における客観的濫用に関する議論の状況を概観し(本稿項目二、三)、その後、代理人の背任的意図の意義の検討に入りたい。

注

- (一) 代理権濫用という概念規定について実方説は、支配人の権限濫用についての論文において次のように述べている。すなわち、権限濫用という言葉はかなり広い意味で用いられている言葉であるが、その概念内容を限定して他の類似現象との相違を明瞭にしておくことは、それぞれの問題解決に適用される法理を求める場合に重要な意味を持つと(実方正雄「支配人の権限」民商一三巻七九頁参照〔昭一六〕)。実方説が指摘するように、代理権濫用に関する研究をなす際には、権限濫用という概念内容を限定して他の類似現象との相違を明瞭にする必要があると思われる。権限濫用という概念は、わが国では現在では、①代理人に背任的意図がある場合、②代理人に背任的意図がない客観的濫用の場合、③目的違反の場合、④指図違反の場合、⑤義務違反の場合などを指して用いられる。この中でも、①の代理人に背任的意図がある場合が、わが国

では通常、代理権濫用として論じられ、代理権濫用として共通して念頭に置かれていた事例である。②から⑤のいずれの場合も代理権濫用として扱うかについては一致を見ない状況であると思われる。また、①から⑤の場合を同一の法理で解決することが適当であるか否かについてもなお検討の余地があるように思われる。本稿は②の代理人に背任的意図がない客観的濫用の場合に限定して考察するものである。

- (2) 我妻栄『新訂民法総則』三四五頁（岩波書店、昭四〇）に挙げられている事例である。もっとも本人から代理人に贈与する意思をもって、代理人をして本人が第三者に対して有する債権を取り立てさせ、その取り立てた額を代理人に保有させる場合などは、代理人が自分で消費するつもりで取り立てても、代理権濫用として処理されることはない。石坂音四郎「判批」法協三四卷一二号一三〇頁以下参照（六五）。

- (3) 伊藤進「表見代理、代理権の濫用」月刊法教一四四号三四頁（平四）参照。

- (4) より詳しく述べれば、第九回帝國議會衆議院民法中修正案委員会（明治二九年三月四日）において、丁稚をもって金を取りにやったところが、相手方が丁稚であるということに金を渡したが、その丁稚は金を取って主人に渡さずに逃げてしまったという場合の適用について、中島又五郎委員が質問をしたのに対して、富井政章委員は、無論、民法九九条によってその法律行為は主人に対して直接に効力を生ずるといふ見解を示していたのである。廣中俊雄編著『第九回帝國議会の民法審議』一八二頁（有斐閣、昭六一）。

- (5) 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九九条の適用があるとす諸判例については本稿項目四（一）の注（8）参照。

- (6) 判例は、代理人が背任的意図をもって行為をしても、民法九九条を適用して、相手方を原則として保護しているのだが、その根拠については本稿項目四（一）参照。

- (7) たとえば、代表権濫用の事案に関する判例批評においてであるが、星野説は、「相手方が代表機関の真意を知っていた場合に、法人に効果が帰属しないとす点には、まず異論がないといえよう」と述べられている。星野英一「判批」法協八二卷四号九九頁（昭四一）。

- (8) わが国の、この基本的判断を実現するための法的構成の詳細については、拙稿「代理論史——代理権濫用論を中心に——」獨協法学四〇号四四七頁以下（平七）、「水本浩」平井一雄編『日本民法学史・各論』所収、四一頁以下（信山社、平

九) 参照。

(9) 最判昭和四二年四月二〇日民集二一卷三九七頁から引用。

(10) 本文に挙げた例はUlrich Jüngst, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, 1981, S. 95. に挙げられているものである。なお、大西耕三説も後述のごとく、代理人が一層の注意を払いまたはより経験を有していたならばもっと高価に売却できたであろう場合について検討しているが、このような場合も客観的濫用の具体例であると考えられる。本稿三(1)(a)参照。

(11) 代理権の客観的濫用の場合についても代理権濫用について検討する際に念頭に置いているわが国の諸見解については本稿項目三参照。

(12) 本文中に引用した最判昭和四二年四月二〇日の判文をみると、「代理人が自己または第三者の利益をはかるため」とあり、これによると濫用の異議が相手方に唱えられるためには、代理人の背任的意図という主観的な要件が必要とされていると解される。よって代理人に背任的意図がない場合には、たとえ相手方が代理行為時に本人に損失が発生することについて知りうべきであったとしても、相手方に濫用の異議が唱えられることはなく、原則通り民法九九条によって代理行為の効果は本人に帰属すると考えられるのである。もっとも、後でみる高橋、伊藤、福永氏らの最近の代理権濫用に関する研究(本稿項目三参照)を除けば、大方の論者は代理権の客観的濫用という問題についてとくに論じられていないので、一般的にはどのように理解されているのかということを明確には知りえない。しかし、本文中で述べたごとく、代理人に背任的意図がなく単なる不注意で代理行為により本人に損害が発生してしまった場合には相手方が本人に損害が発生するであろうことについて認識があったとしても代理行為の効力に妨げはないということについては大方の論者の暗黙の了解があるものと推測される。

(13) 中島秀二「濫用代理論批判」『財産法学の新展開』七九頁、八六頁(有斐閣、平五)参照。

## 二 ドイツにおける議論の状況

ドイツにおいては、代理人が代理権の範囲内で本人の名においてなした意思表示は、直接、本人のため及びこれに対して効力を生ずる（ドイツ民法典一六四条<sup>(1)</sup>）。ドイツにおいては代理と委任とはまったく別個独立の法律関係としてとらえられ、代理関係の成立は委任とは別個のものである代理権授与行為という単独行為によって行われるものとし、原則として内部関係は代理関係に影響を及ぼすことはないものとされている（代理権の独自性・無因性<sup>(2)</sup>）。そこで、本人に代理行為により取引上、損害が発生した場合でも、このことは本人・代理人間の内部関係の問題であり、外部関係に影響を与えないので、代理効果は本人・相手方間に有効に生ずることとなる。そこで、代理権の客観的濫用の場合には、この代理権の独自性・無因性を貫けば、代理効果は本人・相手方間に有効に生ずることになる。

ところで、代理人が本人・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に<sup>(3)</sup>、これについて相手方が悪意であるなどの事情があるときには、実質的に内部関係が代理関係に影響を与えるような解釈が代理権濫用論としてなされていることはすでに高橋、伊藤、福永氏らの研究<sup>(4)</sup>により紹介されているとおりである。ドイツにおいても代理権濫用として検討の対象とされているのは代理権の客観的濫用の場合に限られず、もっと幅広い場合が対象となっているのであるが、以下では、ドイツにおいて代理権濫用として扱われる諸場合のうち代理人に背任的意図がないのに本人に損害が発生する客観的濫用について特に論じているもの<sup>(5)</sup>に限定して、学説について、代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図が必要であり、客観的濫用の場合には相手方に異議が唱えられることはないとする見解（1）と異議が唱えられるとする見解（2）とに分けて検討することにした。

(1) 代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図が必要であり、客観的濫用の場合には相手方に異議が唱えられることはないとする見解(ヘック、ヨーン、レプティーン、ユンクスト)

(a) ヘックは、合名会社の社員の権限濫用の場合を念頭に置いて検討している。彼によれば、合名会社の利益がおかされる場合はさまざまであり、行為をする社員に過失がないのに客観的に合名会社に損害を加えることもあり、また過失をもって損害を加えることもあるが、これらの場合については、濫用の異議を認めない。なぜなら、社員が合名会社の利益を配慮しているかぎりでは、社員によってなされた法律行為が合名会社にとって有益であるか否かを監視することは、取り引き相手の責務ではないからであるという。このことは代理人によらない自己当事者との取り引きの場合に、契約相手方が利益の配慮を原則として自己当事者自身にゆだねることができたのと同様であるという。<sup>(7)</sup>

このようにヘックは、代理人によらない自己当事者間取り引きの場合とのバランスを持ち出して、代理人が故意に本人の利益を害するのでない限りは、本人は濫用の異議をなしうる可能性はなく、第三者が会社に客観的に不利になる代理行為であることを認識していても、このことは代理行為の効力になんら影響を与えない旨の見解を示しているのである。

他方、社員が会社の利益を故意に害した場合には、第三者は、形式的に成立した代理権を引き合いに出すことはできないという。なぜなら、第三者が、社員が会社の利益を故意に害しているということを認識している場合には信義誠実の原則は第三者が法律行為をなすことを思い止まらせることを要求するからであるという。<sup>(8)</sup>

ヘックは、代理人の故意という事実を相手方が本人に対して代理行為を主張していくことが信義誠実に反すると



するための一要素として位置付けているといえる。

(b) ヨーンは、機関代表権濫用について検討しているのであるが、代表権の濫用となるには代表者の故意の行為という要件を維持すべきであるとしている。その理由として、①法人は当然、代表者の愚行(Dummheit)について法人自身についてと同様に責任をもたなければならないこと、②代表者による、不注意であっても無意識な加害行為は団体にとっていわば業務災害であること、③団体は機関構成員の弱点を受け入れなければならないことなどを理由に挙げて濫用として異議が相手方に唱えられるためには代理人に故意がなければならないとしている<sup>(9)</sup>。

(c) レプティーンは、「代理人のどのような行為が代理権の濫用としてとらえられるべきかは議論の余地があるが、意識的な任意代理権限の悪意の濫用が権利濫用なのである。なぜならば、このような濫用を本人は覚悟する必要はないからである。しかし過失によるまたはそれどころか過失のない代理権限の「濫用」はつねに生活経験の範囲内にあるので、本人により受忍されるものである。このような場合には、本人保護は民法一三八条二項による<sup>(11)</sup>」と述べて、代理人の意識的な濫用を要求している。

(d) エンクストも、意識的な加害行為の場合にのみ商事会社の機関による代表権の濫用を認めているが、その理由として、①代表者が無意識に、例えば不手際または無知によって会社の損失になるように行為をしている場合が代表権の客観的濫用の場合であるが、このような場合、会社の利益を適切に追求できない機関を会社が選任したのであるから、会社だけに責任があり、不利な法律行為の締結という事情は会社の危険領域に属する。この責任は転嫁されるはならない。②相手方の代表機関の不手際または無知を自己の利益のために利用することは、商取引に関与するすべてのものの正当な権利でありその限界は良俗違反(S138Abs.1und2)に求められる<sup>(12)</sup>ことを挙げている。

ただしユンクストは、以上のことは商法上の機関代表権の濫用を念頭に置いており、民法上の代理人と法律行為をなす第三者の保護を同様に論ずるわけにはいかないとする。<sup>(13)</sup>

このように、ユンクストは、会社の代表者選任責任と商取引の性質とを挙げて代理権の客観的濫用の場合には会社は代表権濫用の異議をなしえない旨の見解を示している。また民法上の代理人の場合には別異に解すべきだとしている。

(2) 相手方に濫用の異議を唱えることを認めるためには、代理人に背任的意図が存在することを要しないので客観的濫用の場合にも相手方に異議が唱えられうるとする立場

この説は、(a)信義則説と(b)無権代理説とに分類されうる。

(a) 信義則説

タンクは、本人にとって損失的な代理行為であるということ相手方が不注意に認識しなかった場合には、本人は信義の原則 (§243BGB) に基づいて保護されるという見解をとっている。<sup>(14)</sup> つまり故意ではなく軽率に行為をしている代理人と取り引きをなすことによって本人から利益を引き出す相手方と、本人に対する代理人の加害意図を不注意に認識しないで利益を引き出す相手方とは信義に反する程度は同じである旨の見解を述べている。<sup>(15)</sup> すなわち、タンクは、背任的意図をもって代理行為をしている代理人と取り引きをする相手方は、本人に対する関係で信義に反することになるが、代理人にかかる背任的意図がなく、代理人の軽率ゆえに本人に損害が発生する場合にも

相手方がかかる代理人と取り引きをなすときには相手方は本人に対する関係で信義に反することになるのだと判断しているのである。<sup>(18)</sup>

この説によれば、代理権の客観的濫用の場合であっても、相手方が不注意でこのことを認識しなければ、代理人に背任的意図がある場合と同様に、本人は相手方に対して信義の原則に基づいて濫用の異議を主張することができることになる。

(b) 無権代理説（ジーベルト、ラーレント、フロッツ、フルーメ）

次に、代理人に背任的意図がなくても、本人に損害が発生することを相手方が知りうる場合には無権代理となるとして本人に効果が帰属することを認めない説としてはジーベルト、ラーレント、フルーメがいる。<sup>(17)</sup>

(a) まず、ジーベルトは、キップの理論を更に発展させようとした見解であると位置付けることができるのであるが、彼は、「代理権濫用の対内的構成要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、これには賛成し得ない。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」と述べて、代理権の客観的濫用を認めると第三者（相手方）の保護に欠けることになるという不都合があることを示した上で、この不都合を第三者（相手方）の注意義務を軽減（eine Begrenzung）する方法で回避するという見解を示している。ちなみに、第三者の注意義務としては§173BGB、§54IIIHGB、§179III BGBを手がかりに第三者（相手方）が義務違反を知りまたは知ることであろうべかりしときには相手方保護の限界があることを明らかにしている。<sup>(20)</sup> またジーベルトは、代理権の濫用の問題を彼独自の権利濫用の思想に基づいて考察し、キップによる無因性に対する批判を更に進めて、代理権の範囲

について有因と解して相手方が信義則上知りうべき限度で無権代理 (§177BGB) となるという見解をとっている。<sup>(21)</sup>

(β) フロッツは代理人の故意という要件は共謀という出発点となる事例の歴史的な遺物に他ならず、代理人の故意の必要性は一度も詳細に根拠づけられたことはないこと、<sup>(22)</sup>更に、代理権濫用における相手方保護の有無の判断においては、代理人の主観的意図は関係がなく、相手方の視野が重要なのであり、もし意図された代理行為が相手方の目からは明らかに義務違反であれば、代理人がいかなる企図で行ったかはまったく関係がないこと<sup>(23)</sup>などを理由に濫用の異議が認められるためには代理人の故意を不要とし、客観的濫用も無権代理であるということが異議として相手方に唱えられうるという見解を示している。<sup>(24)</sup>

(γ) ラーレンツは、客観的濫用については、おおむね「以前の支配的見解は通常、代理人自体に意識的な代理権濫用のあることを求めていたが、取り引き相手の信頼の保護こそが問題となっていたのである。それゆえ取り引き相手が義務違反を認識し、または認識しなければならなかったということが問題なのである」<sup>(25)</sup>と述べて、代理権濫用は、取り引き相手の信頼保護の問題であるという<sup>(26)</sup>ことを根拠にして、代理人が自己の行為の義務違反性を認識していることを問題としない旨を明らかにしている。ラーレンツは代理権濫用一般について無権代理説をとっているので、客観的濫用の場合に相手方が本人に損害が発生することを知りうべきであれば、かかる代理行為は無権代理となることとなる。<sup>(26)</sup>

(δ) フルーマは、次のように述べている。すなわち、「代理権の濫用は代理権濫用について第三者の認識がある場合または濫用が明白である場合において、代理人が故意にまたは過失をもって代理権を濫用する場合のときだけ代理権を除去するのではない。むしろ、代理権の客観的濫用で十分なのである。代理人が代理権濫用の場合に有責に行為をすることは重要ではない」<sup>(27)</sup>。フルーマは、前述のキップに近い立場から代理権濫用について論じており、無

権代理説をとっている<sup>(29)</sup>ので、代理権の客観的濫用の場合についてもフルーメは§177 BGB以下によって無権代理行為として処理するという見解を示しているといえる。

(3) 小括

(a) 以上、代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図が存在することを要するとする立場の根拠としては、①代理人が本人の利益を配慮しているかぎりでは、代理人によってなされた法律行為が本人にとって有益であるか否かを監視することは取り引き相手の責務ではないので代理人に背任的意図がない限り代理行為は有効であるが、他方、代理人が故意に本人の利益を害していることを相手方が認識すれば、信義誠実の原則は、相手方が法律行為をなすことを思い止まらせるであろうこと（ヘック）、②法人代表の場合について、代理人の愚行については法人は当然、法人自身についてと同様に責任をもたなければならないこと（ヨーン）、③代理人の無意識な加害行為は団体にとっていわば業務災害であること（ヨーン）、④団体は機関構成員の弱点を受け入れなければならないこと（ヨーン）、⑤過失すらない代理権限の濫用は常に生活経験の範囲内にあるので本人により受忍されるべきこと（レプティーン）、⑥会社代表権の濫用の場合について、会社の利益を適切に追求できない無頓着で無能な機関を会社が選任したのであるから、会社だけに責任があり不利な法律行為の締結という事情は会社の危険領域に属すること（ユンクスト）、⑦代表機関の不手際または無知を自己の利益のために利用することは商取引に関与するすべてのものの正当な権利である（ユンクスト）ということなどが挙げられている。

また、商法上の機関代表権の場合と民法上の代理人と法律行為をなす場合とは別異に解されるべきであるという

ことも指摘されている(ユンクスト)。

(b) 代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図があることを要しないとされる立場の根拠としては、①軽率にまたは愚かに行為をする代理人と取り引きをなすことによって本人から利益を引き出す相手方は信義に反しているということ(タンク)、②代理人の故意という要件は共謀という出発点となる事例の歴史的遺物に他ならず、代理人の故意の必要性は一度も根拠づけられたことはないこと、③代理権濫用の問題は取り引き相手の保護の問題であるということを根拠に、代理人が自己の行為の義務違反性を認識していることを問題されるべきではないこと(フロッツ、ラーレンツ)が挙げられている。

(c) 以上の諸説は、代理権の範囲の無因性を貫く構成か代理権の範囲の有因性を認める構成かという観点からも分類される。すなわち、代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図が必要であり客観的濫用の場合には相手方に異議が唱えられることはないとする見解(ヘック、ヨーン、レプティエン、ユンクスト)は客観的濫用という事例に限っていえば、代理人が本人に対して内部的に負う義務違反は代理行為の効力に影響を与えない(無因)とする見解であるといえる。他方、相手方に濫用の異議を唱えることを認めるためには代理人に背任的意図があることを要せず、客観的濫用の場合にも代理権濫用の異議を唱えうるとする立場のうち信義則説(タンク)は無因性を貫く見解であるといえる。そして無権代理説(ジーベルト、ラーレンツ、フロッツ、フルーメ)は一定の場合に有因性を認める見解であるといえる。

(d) 最後に、各論者が特に念頭に置いているのは商事代理であるか否かという点についてであるが、ヘック、ヨーン、ユンクスト、が商事代理を念頭に置いており、これらはいずれも客観的濫用は相手方に異議を唱えられることはないという見解をとっている。他方、レプティエン、タンク、ジーベルト、ラーレンツ、フロッツ、フ

ルームは特に商事代理を念頭に置いて置いているわけではなく、これらのうちレプティーエンを除いては客観的濫用も相手方に異議として唱えられうるという見解である。このように、商事代理を念頭に置く見解は客観的濫用の異議を本人が相手方に主張することを認めず、とくに商事代理を念頭に置かない見解は客観的濫用の異議を主張することを認めるといふ傾向はみてとれる。<sup>(30)</sup>

## 注

- (1) ドイツ民法典一六四条は次のような規定である。「代理人ガ其ノ権限内ニ於テ本人ノ名ニ於テ為シタル意思表示ハ、本人ノ利益及不利益ニ於テ直接本人ニ対シテ其ノ効力ヲ生ズ」。訳は柚木馨『現代外国法典叢書 獨逸民法〔I〕民法総則(4)』二五一頁(有斐閣、昭一三)による。
- (2) 福永礼治「代理権の濫用に関する一試論(一)」上智法論二二卷二号一四五頁参照(昭五三)。なお、代理権の無因性はドイツ普通商法典に端を發し、ラーバントによつて形成された。vgl. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Erstes Buch. Allgemeiner Teil(§§164-240), 13. Auflage, 1995. / Eberhard Schölen, Vorben zu §§ 164ff Rdn. 33. ドイツにおける代理権の無因性に関する詳細の検討は他日に期す。
- (3) ドイツにおいては、本文に挙げたような場合が代理権の濫用の問題として扱われている。伊藤進「ドイツにおける代理権の濫用」理論」明治法論四九卷五号五六頁参照(昭五二)。
- (4) 高橋三知雄『代理理論の研究』二〇五頁以下(有斐閣、昭五一)、伊藤・前掲注(3)五三頁以下、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論(一)」上智法論二二卷二号一二九頁以下(昭五三)、(二・完)上智法論二二卷三号一七七頁以下(昭五四)。
- (5) 客観的濫用は代理権濫用論の一部だけを構成するものである。ドイツにおける代理権濫用論全体に関する判例・学説のより詳細な検討は他日に期す。
- (6) ドイツにおける代理権濫用に関する判例の詳細な検討は他日に期すが、ティエツの研究によれば(Christoph Tietz,

- Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis im Recht der BGB-Vollmacht und der Prokura. Diss. Bielefeld, 1989. S. 207ff.) 濫用として相手方に異議が唱えられるために代理人の背任性を要件としなかった判例が、戦前に一件(ライヒスゲリヒト一九三二年一〇月一四日の判決〔RGZ 134, 67〕)、戦後に一件(連邦通常裁判所一九七二年四月二四日の判決〔BGH, WM1972, 1380〕)存在する。いずれも単純な任意代理(einfache Vollmacht)の事案であり、数としては少数である(チエニッツは、戦前、戦後あわせて全体として五〇あまりの判例を検討している)。他方、とくに代理権濫用の意義に言及し、客観的濫用は相手方に異議として唱えられないとする判例も存在する。これらはいずれも、商法上の不可制限の代理権(支配権)の濫用の事案であり、代理人の意識的な加害行為がなければ濫用として相手方に異議は唱えられないとする(連邦通常裁判所一九六八年三月二五日判決〔BGHZ 50, 112〕、連邦通常裁判所一九七三年九月一七日判決〔BGH WM1973, 1318〕)。このように、チエニッツの研究によれば、判例は、濫用として相手方に異議が唱えられるためには単純な任意代理の事案では客観的濫用で良いとし、他方、不可制限の商法上の代理権の事案では代理人に背任的意図があることを必要としているという傾向にあるといえる。なお、前掲連邦通常裁判所一九六八年三月二五日判決(BGHZ 50, 112)に関しては、青野博之教授の詳細な研究がある。青野博之「代理権の濫用と過失相殺的处理——西ドイツ・連邦裁判所一九六八年三月二五日判決を参照して——」判タ六七一号三八頁以下(昭六三)。
- (7) Hueck, Alfred: Das Recht der OHG, 4 Auflage, 1971, §20Ⅲ2b, S. 297. ヴァント同頁の説として、Westermann, Harry: Personengesellschaftsrecht, 4 Auflage, 1979, I Rdn. 199, Geßler, Ernst: Zum Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht in: Festschrift v. Caemmerer, 1978, S. 536.
- (8) Hueck, a. a. O., S. 297.
- (9) これを対して、意識的な利益違反行為は、公然たる紛争を意味するところ。Uwe John, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, in Festschrift für Otto Mühl, 1981, S. 358.
- (10) John, a. a. O., S. 357f.
- (11) Lepien, in Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 (Allgemeiner Teil, §81-240), 12 neubearbeitete Auflage, 1987, S. 1375. ドイツ民法典一三八条二項の規定の内容をめぐっては、注(6)参照。
- (12) Ulrich Jürgst, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, Diss. Köln 1981, S. 99.



- (13) Jüngst, a. a. O., S. 99.
- (14) Tank, Gerhard: Der Mißbrauch von Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis, in: NJW 1969, S. 11. 同頁の見解として Staudingers Kommentar / Eberhard Schilken, §167 Rn. 95.
- (15) Tank, a. a. O., S. 9.
- (16) 前述のごとく（本稿項目二（一）（a））、ヘックは、社員が会社の利益を故意に害した場合において、第三者が社員が会社の利益を故意に害しているということを認識しているときには、第三者が、形式的に成立した代理権を引き合いに出すことは信義誠実の原則に反するが、これに対し、客観的濫用の場合には反しない旨の見解を述べていたのであった。このように、客観的濫用の局面においては信義誠実の原則に反するか否かの判断は論者によって異なる。
- (17) 高橋・前掲注（4）（二）一頁参照。シーベルトは、キップが導き出した、「代理人が自己に与えられている代理権を意図的に濫用し、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覆われない」という理論を更に発展させようとして、なぜ代理権によって覆われないことになるのかという理由付けを権利濫用理論に求めた。伊藤・前掲注（3）（六一頁参照）。
- なお、ライヒスゲリヒトは、代理権濫用の場合の理論構成として多くは悪意の抗弁を採用していたが、代理権濫用の問題の解決を初めて代理法内で試みたのはキップである。伊藤・前掲注（3）（六九頁、福永・前掲注（2）（一五六頁参照。キップの理論（Kipp, Theodor: Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II, 1929, S. 273-292）の詳細については、前掲、伊藤論文、福永論文のほか、高橋前掲注（4）（二〇六頁以下参照）。
- (18) Siebert, Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 95(1935), S. 650ff. 訳は、高橋・前掲注（4）（二一五頁以下）。
- (19) ドイツ民法典一七三条（日民一一二条ただし書に対応）、一七九条三項（日民一一七条に対応）は次のような規定である。
- 一七三条一 第三者が法律行為締結当時、代理権ノ消滅ヲ知り又ハ知ルベカリシトキハ第一七〇条、第一七一条第二項及第一七二条第二項ノ規定ハ之ヲ適用セズ」。

一七九条三項「相手方が代理権ナキコトヲ知り又ハ知ルベカリシトキハ、代理人ハ責ヲ負ハズ。代理人ガ行為能力ノ制限ヲ受ケタルトキ亦同ジ。但シ、法定代理人ノ同意ヲ得テナシタルトキハ此ノ限ニ在ラズ」。訳は柚木・前掲注(1)二六〇頁、二六三頁による。

(20) 高橋・前掲注(4)二一六頁。

(21) 福永・前掲注(4)「試論(一)」一五九頁以下参照。このジールベルトの帰結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超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(高橋・前掲注(4)二一四頁参照)。そこでジールベルトは代理権の無因性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、取り引き保護の原理だけが残される。既に *Weissacher* 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、これまで専ら対内関係から引き出されていたが、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するべきときのみ第三者に対しこの制限を主張しうるという *§54 III HGB* は、これまで例外的規定とみられていたけれども、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。代理権の範囲に関する無因論は、悪意の抗弁などのまわり道によって既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」*Siebert, a. a. O. S. 644f.*。訳は高橋・前掲注(4)二一四頁による。なお、ジールベルトの説の詳細については、高橋・前掲注(4)二一頁以下参照。

(22) *Frotz, Verkehsschutz im Vertretungsrecht, 1972, S. 544.* フロッツの見解の詳細については、福永・前掲注(4)「試論二・完」一七八頁以下参照。

(23) *Frotz, a. a. O., S. 623.* 福永・前掲注(4)「試論(二・完)」二〇二頁。

(24) フロッツが、代理権の無因性を否定し、代理権の有因性を起点にした解決の可能性を探って取り引き保護を信頼保護の観点から体系的に試みていることについては、福永・前掲注(4)「試論(二・完)」一九一頁以下参照。

(25) *Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. neubearbeitete Auflage, 1989, S. 599f.* ローレンツは、以前は支配的な見解は通常、代理人に代理権の意識的な濫用を要求していたので、第四版では支配的な見解に從っていたが、現在では改説したことも述べている。

- (26) ラーレンツは代理権濫用一般について無権代理説に立つが、無権代理説をとることについての詳しい説明は代理権濫用に関する記述部分 (S30 II a) をみるかぎりではみあたらない。Larenz, a. a. O., S. 599.
- (27) Flume, Werner : *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Band, *Das Rechtsgeschäft*, Vierte, unveränderte Auflage, 1992, S. 791. 本文中でみたようにフルーメは客観的濫用という概念は代理人に代理権濫用についての故意も過失もない場合であるとしている。
- (28) キップの理論については前掲注(17)参照。
- (29) フルーメは、「代理権濫用の問題は民法典の立法者の意図にはなかつた。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付けるのがより正しい。そうしたのは *StB* 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ときには、代理人の行為は無権代理行為になって *§177 BGB* 以下によって規律される。すなわち、代理権という資格は除去される」という見解をとっている。Flume, a. a. O., S. 789. 訳は高橋・前掲注(4)二二四頁による。
- (30) なお、代理人に本人に対する背任的意図がなくても、例えば、相手方が代理人の無経験に乗じて自己に不当に多額の財産的利益を約束させ、本人に損害が生じてしまうような代理行為をしている場合には、かかる代理行為を暴利行為（ドイツ民法一三八条二項）として無効として本人を保護すべきであるという見解をとる者もいる。この見解をレプティエン (Leptien, a. a. O., S. 1375) 、ユングスト (Jüngst, a. a. O., S. 99) が明らかにしている。
- ドイツ民法典一三八条二項は次のような規定である。「善良の風俗に違反する法律行為は無効とす。特に、他人の窮迫、軽率、又は無経験に乗じて或給付に対し自己又は第三者に財産的利益を約束又は供与せしむる法律行為は、その財産的利益が当該事情より見て著しく給付と権衡を失する程度に給付の価値を超過するときは、之を無効とす」。訳は、柚木・前掲注(一)二一六頁以下による。

三 わが国における議論の状況

判例に代理権濫用の事案として現れる事案は代理人に背任的意図がある場合がほとんどである。<sup>(1)</sup> 学説については、前述のごとく、<sup>(2)</sup> 一般的な見解としては、相手方が行為時に本人に損害が発生することを認識していたとしても、代理人に背任的意図がなければ代理行為の効力は妨げられることはなく、代理行為の効果は本人に帰属すると解していると思われる。しかし、わが国の学説においても代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図が存在することは不要であるとする見解も存在する。また、客観的濫用という問題を念頭に置いた上で、やはり代理人の背任的意図は必要であるとする説も存在する。以下に学説について概観する。

(1) 代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図が必要であり客観的濫用の場合には相手方に異議が唱えられることはないとする見解(大西説、中島説)

(a) 大西説

大西説は内部関係から生ずる代理人の義務と代理権の範囲との関係について明らかにしている。すなわち代理人に向かって表示された授權の範囲は原則として本人・代理人間の内部関係と一致すべきであり、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、<sup>(3)</sup> 内部的法律関係から生ずる代理人の義務のすべてが代理権の範囲を制限するとは考えられず、このことは特に受任者または事務管理

者の注意義務についてそうであるという。例えば代理人が一層の注意を払い、またはより経験を有していたならばもっと高価に売却ができたであろう場合にもこれより低価の売却は代理権外の行為ではない。<sup>(4)</sup>そして、代理人が内部的法律関係より生ずる義務に反していることを行為時に相手方が知りもしくは知りうべきときでも代理行為の効力に影響を及ぼすものではないという。その理由として、第三者はただ行為が代理権の範囲内においてなされるか否かについて注意を払うべきであって、代理人の義務違反を防止すべき積極的義務を負担すべきでないということ<sup>(5)</sup>を挙げている。すなわち、代理人が法律行為を成立せしめることによって、例えば彼の委任契約上の義務を違背するに至るや否やはまったく本人と代理人との間の関係であって、第三者の関知するところではない<sup>(6)</sup>という<sup>(5)</sup>ことを挙げている。

他方、代理人が単に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行為を共にした場合については、行為は代理権の範囲内であるが、本人は民法九〇条に抵触するものとして行為の無効を主張できるとする。<sup>(6)</sup>これはいわゆるKollisionの問題であるとし、このような場合には何らかの救済手段を被害者に与えなければならぬことは明白であり、これに対して不法行為の損害賠償を認めるよりむしろ、率直簡明に九〇条の適用を認めるべきである旨の見解を示している。<sup>(7)</sup>

大西説がこのように、代理人に本人に対する損害を加える意図がある場合とない場合とに分けて処理していることは注目すべきであると思われる。

(b) 中島説

代理人が本人に対する内部的義務に違反していることを取り引きの相手方が知りえた場合に、その付随義務違反

を問うことができるかが濫用代理論の真の問題であるとする試論の結論からすれば、背任的意図のある場合に限局すべき理由はないが、一般論としていえば、取り引きの相手方は代理人の通常の過失（注意義務違反）行為に対しては仮にこれを知りえたとしても付随義務を負わないと考えるべきであること、そして直接二当事者間の取り引きの場合、一方が不用意に不利な契約条件に応じるとしても他方当事者が義侠的にこれを論じあるいは締約を控えるべき義務は原則としてなく、このことは代理人を介する取り引きでも同様であって直接取り引きの場合以上に本人を保護すべき理由はなく、結局、濫用代理（等）に関して付随義務が問題となるのは、代理人に背任的意図があるか、あるいは専断的行為のような著しい逸脱行為があり、相手方がこれを黙過することが取り引き上の信義に反する場合に限られる旨の見解を述べられている。<sup>8)</sup><sup>9)</sup>

(2) 代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには背任的意図は必要ではなく、客観的濫用の場合にも相手方に濫用の異議は唱えられうるとする見解

この見解には、(a)信義則ないし権利濫用により処理する見解と(b)無権代理・表見代理規定によって処理する見解とが帰属する。

(a) 信義則ないし権利濫用により処理する立場（高橋説、田沼説）

(α) 高橋説

高橋説は、「ドイツにおいては、Fulme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おり、代理人の「故意」に重点を置くべきでないことは、Siederit<sup>10</sup>やStoll<sup>11</sup>によっても指摘されている」と述べて代理権濫用論の対象にするためには代理人の故意は不要であるとする旨の見解を明らかにしている。ただなぜ不要であるのかということについてのそれ以上の理由は見当たらない。そして、代理権が濫用され、相手方がその事実を知りうべきときでも代理権そのものは依然として存在し、有権代理であることにはかわりはないという外因的解決をとられ、権利濫用ないしは信義則違反によって処理している。<sup>(11)</sup>

(β) 田沼説

田沼説は、代理人が過失で義務に反し、相手方がその事実を知っているときにも本人保護を図るべきであり、代理権濫用の問題とするために代理人の背信的意図を要件とするのは不徹底であり、本人保護の要請という問題である以上、代理人の当該行為が本人を害しうるものであり、それを相手方が知っていれば本人を保護すべきであるとしてよいはずであるとして客観的濫用の場合も代理権濫用の一場合として処理している。<sup>(12)</sup>そして、代理権濫用について権利濫用説が妥当な結論を導きうるということと権利濫用説によって、<sup>(13)</sup>

(b) 無権代理・表見代理規定によって処理する説（伊藤、福永、篠田説）

(α) 伊藤説

伊藤説は、これまでの代理権濫用に関する諸理論からは代理人の主観的有責性を要件とする理論的根拠付けは十分に見いだしえないとする<sup>(14)</sup>。更に、観念的にはともかく実際上は、少なくとも代理権の範囲に関しては分離・独立論をも否定し、代理権の濫用と見られてきた内部関係での踰越はそのことからただちに代理権そのものの踰越となると理解されていることから<sup>(15)</sup>、代理人の客観的な内部関係違反の存在だけで十分であるとされる<sup>(16)</sup>。

このように伊藤説は内部関係と外部関係の無因性を否定し、そのことによって内部関係の義務等違反・執行権限踰越は常に代理権自体の踰越となり無権代理となることから出発し、表見代理理論によって第三者の信頼保護を図るという解決をしている<sup>(17)</sup>。

(β) 福永説

福永説は、「従来の判例・通説は代理権の濫用を代理人の背信的意図といった観点から捉えているが、代理権の濫用を代理人と本人との間の内部的義務違反という観点から捉えれば内部関係を考慮した解決が可能であり、また客観的濫用を取り込むことができる。また、従来のわが国の代理権の有因・無因の議論では代理権の範囲について論じていないが、代理権の範囲についてもそれを論じるべきであり、この場合有因と捉えることによって内部関係を反映させた代理権の濫用の解決が可能となる」という旨の見解を明らかにされて、代理権濫用として処理するには代理人に背信的意図があることを要しないことを明らかにされている<sup>(18)</sup>。そして、福永説は、代理権濫用の問題を実質的な観点から把握し代理権濫用という代理人の内部的義務違反行為によって生じる危険を本人または相手方のどちらが負担すべきか、またどのような事情のもとでは本人あるいは相手方にその危険を負担させることが合理的かつ妥当であるかといった危険の分配の問題としてとらえ<sup>(19)</sup>、代理人に対する本人の関与可能性のない「法定代理」



の類型でも、本人の関与可能性のある「任意代理・機関代理」の類型でも代理行為は無権代理であるとする。そして任意代理・機関代理の類型では相手方が善意・無過失であれば民法一一〇条の表見代理が成立することとされている。

(7) 篠田説

篠田説は、「支配権・代表権濫用の問題は、その危険を企業者・会社に負担せしめるといふ基本的視点に立ちながら、取引安全を図ることに尽きるから、代理人に企業者利益を害する意図があったか否かは問題とならない」とい<sup>(20)</sup>、代理権濫用の問題として扱うためには、代理人の加害の意図は不要であるといふ見解を示している。そして篠田説は、代理人の権限濫用行為は相手方が悪意の場合には無権代理に準じて無効とし、企業者・会社の追認を認めるべきであるといふ見解を示している<sup>(21)</sup>ので、相手方が行為時に本人に損害が発生することについて悪意であれば代理行為は無権代理となり保護されないことになる。

(3) 小括

以上に挙げた学説だけが、わが国では客観的濫用について言及しているものである<sup>(22)</sup>。

(a) 以上、代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには、代理人に背任的意図を要し、代理人に背任的意図がない客観的濫用の場合には、相手方に濫用の異議が唱えられることはないとする立場の根拠としては、まず、①第三者はただ行為が代理権の範囲内においてなされるか否かについて注意を払うべきであって、代理人の義

務違反を防止すべき積極的義務を負担すべきでないが、代理人において故意に本人に損害を加える意図がある場合には、Kollisionの問題となりうるものが挙げられ(大西説)、更に、②直接当事者間の取り引きの場合、一方が不利益に不利な契約条件に応じるとしても、他方当事者が義侠的にこれを論し、あるいは締約を控えるべき義務が原則としてないこととのバランスからして直接二当事者による取り引きの場合以上に代理取り引きにおいて本人を保護すべき理由はないが、代理人に背任的意図があり、相手方がこれを知りえた場合に黙過することが取り引き上の信義に反すること(中島説)が挙げられている。

(b) 代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図があることを要せず、客観的濫用の場合でも相手方に異議が唱えられうるとする立場の根拠としては、①代理人の背任的意図を問題とするのは不徹底であり、本人保護の要請という問題である以上、代理人の当該行為が本人を害しうるものであり、それを相手方が知っておれば本人を保護すべきであるとしてよいはずである(田沼説)こと、②代理権の範囲に関して分離・独立論を否定して、その範囲は第三者の容態によって左右されるのではなく、本人に対する関係によって決められるという解決を取る場合には、代理人の主観的有責性は代理権濫用の問題とは無関係であること(伊藤説)、③代理権の濫用を代理人の義務違反という客観的な側面から捉えるべきであること(福永説)、④これまでの代理権濫用に関する諸理論からは、代理人の主観的有責性を要件とすることについての理論的根拠付けは十分に見いだせないこと(伊藤説)、⑤支配権・代表権濫用の問題は、その危険を企業者・会社に負担せしめるという基本的観点に立ちながら、取り引き安全を図ることにつきるから、代理人に企業者利益を害する意図があったか否かは問題とならないこと(篠田説)などが挙げられている。

(c) わが国の見解も代理権の範囲の無因性を貫く構成か代理権の範囲の有因性を認める構成かという観点から

も分類される。すなわち、代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには、代理人に背任的意図があることが必要であり、客観的濫用の場合には相手方に異議が唱えられることはないとする見解（大西説、中島説）は、代理人が本人に対して内部的に負う義務違反は代理行為の効力に影響を与えない（無因）とする見解である。他方、相手方に濫用の異議を唱えることを認めるためには、代理人に背任的意図があることを要せず、客観的濫用の場合にも代理権濫用の異議を唱えられうるとする説のうち、信義則ないし権利濫用により処理する見解（高橋説、田沼説）は無因性を貫く見解である。そして、伊藤説、福永説は代理権の範囲の有因性を認める見解であり、篠田説は相手方悪意の限度で代理権の範囲の有因性を認める見解である。

注

- (1) わが国の判例に代理権濫用の事案として現れるのは、代理人に背任的意図がある場合がほとんどである。なお、代理人の背任的意図の存否が問題となった戦前の下級審の判例については、本稿項目四(2)(ア)(a)の注(18)参照。
- (2) 本稿項目一参照。
- (3) 大西耕三『代理の研究』二七四頁（弘文堂、昭三）。
- (4) 大西・前掲注(3)二七五頁。
- (5) 大西・前掲注(3)二七六頁以下。
- (6) 大西・前掲注(3)二七六頁。
- (7) 大西・前掲注(3)二八三頁以下。
- (8) 一方が不用意に不利な契約条件に応じるとしても、他方当事者が義侠的にこれを論じ、あるいは締約を控えるべき義務はないという原則は変容しつつあることについて本稿項目四(3)の注(11)参照。
- (9) 中島秀二「濫用代理論批判」『財産法学の新展開』九九頁（有斐閣、平五）。
- (10) 高橋三知雄『代理理論の研究』二二三頁（有斐閣、昭五一）。

(11) 高橋・前掲注(10)二三五頁以下。具体的な法律効果については、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こと、善意の相手方の撤回権も認められないこと、第三者の責任の程度については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善意者のみが代理行為の効果を主張しえないこととなるのに対し、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ている。同旨の見解として、平井一雄「代理権の濫用」法セミ四〇頁以下(昭六二)。

(12) 田沼征「わが国における代理権の濫用」中央大学大学院研究年報九号八頁(昭五四)。

(13) 田沼・前掲注(12)一〇頁。

(14) 伊藤進「ドイツにおける「代理権の濫用」理論」明大法論四九卷五号九五頁(昭五二)。

(15) 伊藤・前掲注(14)八二頁以下参照。

(16) 伊藤・前掲注(14)九五頁参照。

(17) 伊藤・前掲注(14)九七頁。

(18) 福永礼治「民法 ワークショップ 代理権の濫用」『私法』五七号一四九頁(有斐閣、平七)。

(19) 福永礼治「代理権の濫用に関する一試論(二・完)」上智法論二二卷三号二一〇頁(昭五四)。

(20) 篠田四郎「共同支配(代表)と支配権(代表権)の濫用」『名城法学別冊 長尾遷曆記念、八六』三三二頁(昭六一)。ドイツにおけるラーレンツと同旨の見解と思われる。本稿項目二(2)(b)(γ)参照。

(21) 篠田・前掲注(20)三二二頁。

(22) ここでは、親権者の権限濫用などの法定代理の類型についての検討は別稿を予定しているので原則として省かせて頂いた。

#### 四 検 討

以上、ドイツ及びわが国における議論の状況を概観すると客観的濫用をめぐってはさまざまな問題点があること<sup>(1)</sup>

がわかるが、なかでも何よりも、以下のような点についての検討が必要であると思われる。すなわち、ドイツにおいてはフロツツにより、代理人の故意という要件は共謀という代理権濫用の出発点となる事例の歴史的な遺物に他ならず、代理人の故意の必要性は一度も詳細に根拠づけられたことはないということが指摘されており、わが国においても伊藤説により、これまでの代理権濫用に関する諸理論からは代理人の主観的有責性を要件とする理論的根拠付けは十分に見いだせないということが指摘されている<sup>(3)</sup>。そこで以上のような指摘を念頭に置きつつ、代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図がなければならないのか、あるいは背任的意図がなくても、行為時に相手方が本人に損失が発生することを知りうべきであればたりるのかということが何よりもまず端的に検討されなければならない。そこで、このためには、そもそも従来判例・学説が主に代理人に背任的意図がある場合を代理権濫用として扱ってきたのはなぜなのか、その理由を探ってみる必要がある<sup>(4)</sup>。

また、以上のことを検討する前提として、そもそも内部的に正当視されない代理権濫用行為であっても相手方善意の場合には、民法九九条により相手方・本人間に効力を生ずるとされるのが一般的なのであるが、この根拠は何であるのかということも探られなければならない。

(1) 代理権濫用において原則として相手方が保護される根拠

わが民法は、代理人による取り引きの場合、①代理人が授与された代理権の範囲内で、②本人のためにすることを示して行為をすれば、その行為の効果は本人に直接帰属するという建前をとっている(九九条)<sup>(6)</sup>。そして、前述のごとく、第九回帝国議会衆議院民法中修正案委員会(明治二九年三月四日)の審議の中で、富井政章政府委員によ

り代理人が自ら消費するなど自己の利益を図るような代理行為であっても、その効果は民法九九条により本人に及ぶという見解が示されており、更に、この富井政府委員の見解と同じく、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九九条の適用があるとする判例も多数出現したのであった。<sup>(8)</sup>

このような判例理論を支える根拠としては、例えば一番古い判例である大判明治三八年六月一〇日民録一一輯九二九頁には、次のようなものが挙げられている。すなわち、もし代理人の真意いかによりその権限内においてなした意思表示の効力に影響を及ぼすべきものとすれば、一方においては第三者が不測の損害を危惧して安んじて代理人と取り引きをなすことができなくなり、<sup>(9)</sup>他方において代理人と本人との通謀によって第三者に不測の損害を被らせる結果を発生させることになるというものである。

その後、代理の効果が生ずる要件のうち、顕名行為に着目して、民法九九条に「本人ノ為メニスル」というのは、本人の利益を図るという意味ではなく、本人に効力を生ぜしめるという意味であるので、代理人が自己の代理人たる地位を濫用して私利を営む法律行為をなす場合においても本人に対して効力が生ずるという理由付けをするものが現れた。<sup>(11)</sup>

また、代理の効果が生ずるもうひとつの要件の代理権の存在の方に着目して理由付けをするものも存在する。すなわち、大判大正九年七月三日は、産業組合の理事の代表権限濫用に関するものであるが、理事の真意如何により代表権限の有無を定め、その効力を決すべきものとすれば第三者は不測の損害をこうむるに至るといふ判断を示しているのである。<sup>(12)</sup>

更に、内部関係、外部関係という文言を用いて代理権授与行為の独自性、さらには代理権の範囲の無因性という概念になじむ構成で相手方を保護する判例(大判昭和九年五月一五日)も存在する。すなわち、振出人Aは被上告

組合Yの専務理事でもあるのであるが、自己の利益を図るためほしいままに組合理事の資格を利用して、上告人Xに裏書きしたという事案で、Aが自己の利益のためにほしいままに組合理事の資格を利用したというのは、本人と代表者との間における内部関係に過ぎず、これを客観的に外部関係についてみれば代表者がその権限により本人のために裏書きをなしたにほかならないのであるから、この裏書きは有効で、直接に本人たる組合に対してその効力を生ずるといふ判断を示しているのである。<sup>(13)</sup>

このように、判例において相手方が保護される理論構成は多様ではあるが、これらの判例の根底には、代理人と本人とのところに存在する事情により相手方に不測の損害を与えてはならず、このことから、代理人が背任的意図をもって代理行為をしたとしても原則としてその損失は本人が負担すべきであり、相手方は保護されるべきであるという判断が横たわっていると解される。そして、以上に挙げた諸判例では相手方保護のための法的構成として民法九九条が用いられているのである。

(2) 代理人に背任的意図があり、これについて相手方が悪意等であれば代理の効果が後退するのはなぜか

しかしながら、代理人が代理権の範囲内で本人の名において行為をしたとしても、代理人が背任的意図を有しつつ代理行為をした場合、これについて相手方が知りうべきであれば本人は相手方が代理の効果を主張してきた場合、これを拒むことができるというのが現在の判例・通説的な考えである。<sup>(14)</sup> このことは以上のような諸判例による民法九九条による相手方保護が、一定の場合には後退することを意味する。代理人が背任的意図をもって行為をしたとしても、このことは代理人と本人との内部的な問題であって、基本関係上の債務不履行・不法行為の問題と

して処理すれば足り、代理人の背任的意図の存在は本人と相手方間で対外的に効力を持ちうるものではないとも考えられるのに、一体なぜ、民法九九条の適用を一定の場合には後退させるような帰結が認められているのであろうか。<sup>(17)</sup>以下ではこのような帰結に代理人の背任的意図はどのような役割を果たしているのかを判例と学説とに分けて探っていく。

(ア) 判例

(a) 判例で問題となる事案は代理人に背任的意図がある場合がほとんどである。<sup>(18)</sup>相手方が悪意の場合にはこのようなものを保護するなんらの根拠はないとする判決は種々存在する。戦前については、親権者の濫用の場合(Xの前親権者Aが遊蕩の資料に窮したことに乗じて相手方BにおいてAの親権濫用に加功してXの土地を抵当に取り、金員を貸し渡したという事案)<sup>(19)</sup>に相手方が悪意のときには親権を行うものと相手方との直接関係になり、本人に対して無効であるとするものが、<sup>(19)</sup>まず存在する。

この他に、合名会社の代表社員が、自己個人の債務につき会社の代表資格を冒用して約束手形を振り出しもって自己の債務を会社の債務に振り替えたという事案で、たまたま自己の利益を図る目的をもって約束手形を振り出し、<sup>(20)</sup>このことは内部関係において問題となるにとどまり、手形の形式よりすれば、会社の代表社員がその権限内において振り出したものであり、偽造手形ではなく、悪意の所持人に対しては右の事由を対抗できる旨の判断を示し、民法五四条に依拠するものが存在し、また、清算人の権限濫用の事案で、清算人の受領した金員が清算の事務に使用されなかった場合に、<sup>(20)</sup>金員消費貸借契約はそれ自体、清算の目的に背馳しない行為であることはもちろんであるので、契約締結当時に清算人がその職務外に使用すべき真意を有したことを相手方が知りまたは知りうべきで



あったことを立証するのになければ会社は清算人の行為に対し責任を負うべきであるとするもの<sup>(21)</sup>、被上告会社Yの取締役Aが、会社を代表して約束手形を振り出したのは、もっぱらA自身の利益を図る目的をもつてなし、その権限を濫用してなしたという事案で、株式会社Aの取締役が会社のためにする意思を有せず自己の利益のため、表面上会社の代表者として法律行為をなした場合における該法律行為の効力は民法九三条、心裡留保に関する法律に準拠してこれを決定すべきであるとしたもの<sup>(22)</sup>などがあつたが、これらの判例はいずれも代理人に背任的意図が存在する事案を対象としている。これらの判例も、代理の効果の後退のための法的構成を明らかにしてはいるが、なぜ代理人に背任的意図が存在し、これについて相手方が悪意等であれば代理行為の効果をも本人に対して主張しえなくなるのかという基本的判断の実質的な根拠までを明らかにしてはいるとはいえない。

(b) 戦後は、最高裁の判例は心裡留保の規定（民法九三条）を類推適用することにより、代理人の背任的意図について知りうべき相手方から本人を保護するという立場を一貫して取っている（最判昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁、最判昭和四二年四月二〇日民集二一巻三号六九七頁<sup>(23)</sup>はか）。

これらの判例も法的構成としては民法九三条ただし書を類推適用するということを明らかにしているものの、そもそも、なぜ背任的意図について相手方が知りうべきであれば本人を保護しなければならないのかという基本的判断についての実質的な理由を明らかにしていない<sup>(24)</sup>。ただ、判例の見解は権限冒用行為が心裡留保であると解するのではなく、相手方が知り又は知りうべきときは無効であるという一般法理をとり上げこれを単に擬律したにとどまるのであろうという指摘が学説によりなされている<sup>(25)</sup>。

ところで、最判昭和四二年四月二〇日には、大隅裁判官の少数意見が付されている。これは次のようなものである。すなわち、被上告会社の製菓原料店主任が他に転売してひそかにその利益を私する意図のもとに上告会社の支

配人から練乳を買い入れたという事案において、製菓原料店主任は商法四三条にいわゆる番頭手代にあたり、同条により右製菓原料店における原料の仕入れに関して一切の裁判外の行為をなす権限を有するものと認められるが、ある行為がその権限の範囲内に属するかどうかは客観的にその行為の性質によって定まるのであって、行為者の内心の意図のごとき具体的事情によって左右されるものではなく、この場合に相手方たる上告会社の支配人が主任の権限濫用行為であることを知っていても主任の権限内の行為であることに変わりはないが、悪意の相手方がそのことを主張して契約上の権利を主張することは法の保護の目的を逸脱した権利濫用ないし信義則違反の行為として許されないと解すべきである<sup>(26)</sup>。

(c) 右のように、判例は、代理人の背任的意図について知りうべきであれば代理の効果は本人に帰属せず、知りうべきでなければ帰属するという基本的判断を、①相手方と本人との直接関係になる、②民法五四条に依拠する、③目的の範囲の問題とする、④民法九三条に準拠するなど様々に法的に構成している。ただこの基本的判断そのものは自明のものとして措定され、この正当性は論証されていない。

注

- (1) 代理人が介入しない直接二当事者間取り引きの場合と比較して、代理人が介入する取り引きにおいて本人をより厚く保護すべきであるかというバランス論、代理権の範囲の無因性・有因性論、代理行為が商取引である場合に、代理人の不手際を自己の利益のために利用することは、商取引に関与する者の正当な権利であるかなどの問題である。
- (2) 本稿項目二(2)(b)(β)参照。
- (3) 本稿項目三(2)(b)(α)参照。
- (4) 本稿項目二、三では、代理権濫用として念頭に置かれる諸事案のうち、一部に過ぎない客観的濫用についてとくに言及

している諸見解だけを取りあげて、客観的に議論の状況を示したのであった。ここでは、項目二、三には現れなかった、代理人に背任的意図がある場合について検討している諸見解（前述したように「項目一」、わが国では代理権濫用という場合、代理人に背任的意図がある場合を念頭に置くのが通常である）を素材として、そもそもなぜ代理人に背任的意図がある場合が念頭に置かれるのか、その根拠を探り、このことよって代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには、背任的意図があることがそもそも必要であるのかということの回答をえようというのがここでのねらいである。

(5) 相手方善意の場合には、民法九九条により、相手方・本人間に内部的に正当視されない代理行為（代理権濫用行為）であっても効力を生ずるとされるのが一般的であるが、代理人がその権限内の事項につきなした意思表示といえども、その真意が自己のためにするときには本人に効力を生じないとする旨の判例も存在しないわけではない。すなわち、大判大正四年二月一五日の原審民録二一輯九九頁以下は、村の総代の権限濫用の事案、すなわち、村の戸長が総代と共謀の上、その権限を濫用し公借名義を偽り、相手方より金員を騙取したという事案において、村の代表者がその権限内の事項につきなした意思表示といえども、その真意が自己のためにすることにあるときは、村に対して効力を生じないと判示していた（上告人である相手方は被告上告人である村の戸長らの権限濫用につき善意であったと主張している）。大判大正四年二月一五日の原審と同旨のものとして、大判大正六年七月二二日の原審民録二三輯一一七四頁。大判大正九年一月二八日民録二六輯二二二二頁。

(6) 本条は、①代理人が権限内においてなし②本人のためにすることを示してなした場合に、法律行為は代理人がなしたが、本人がなした如く直接にその行為によって本人が権利をえ義務を負うという代理の効果を示したものであるという旨の説明が、第一回法典調査会（明治二七年四月六日）において富井政章委員によってなされている。法務大臣官房司司法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』法典調査会民法議事速記録一』一頁以下（商事法務研究会、昭五八）。

なお、現代法では、代理の有効性を正当化する実際上の必要はないのみならず、正当化の理論構成は本来は法律実務家のなすべき実践的作業であって、科学的法学にとっては認識の対象ないし分析の素材たるべきものであり、したがって我々は代理をその事実過程に則して観察し、それを法的にどのように評価しまたは法律構成すべきかを考究すれば足りるので、本人行為説とか共同行為説等の一九世紀ドイツの論争は今日においてはまったく意味をもたないものとなっているとの見解が存在する（川島武宜『民法総則』三〇六頁以下「有斐閣、昭四〇」）。他方、この、いかなる学説をとっても實際

的に大して違った結果にならず、いまさら代理理論を再検討することは概念の遊戯にすぎない旨の非難に対し、代理理論は代理制度ひいては法律行為の本質を理解するのに理論上ゆるがせにできない問題であり、法規の適用についても実際上大きな影響を持つという見解も存在する。高橋三知雄『代理理論の研究』七頁（有斐閣、昭五一）。代理人の行為により本人に法律効果を生じさせる関係をどのように法的に理論構成するかという問題をここで検討する余裕はないので、この問題についての詳細は、他日に期したい。なお、この問題についての最近の研究として、伊藤進「代理の法的構成に関する議論は、どういう方向で整理すればよいか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第四卷 代理・約款・契約の基礎的課題』三頁以下（日本評論社、平六）がある。

(7) 本稿項目一参照。

(8) 大判明治三八年六月一〇日民録一一輯九二九頁、東控判明治三八年一月二一日新聞三三五号二〇頁、大判明治三九年三月二〇日民録一二輯二七五頁、大判大正四年二月一五日日民録二二輯九九九頁、大判大正六年七月二一日民録二三輯一一六八頁、東地判明治四三年(ワ)九三五号及び同年(ワ)九三四号判決年月日不明新聞六八三号二五頁、大判大正九年一〇月二一日民録二六輯一五六一頁ほか。

(9) 大判明治三八年六月一〇日の判例は、Y銀行の支配人Aが、A個人として振り出した手形を上告人Xに裏書き譲渡し、上告人Xより金銭を得てこれを私消したという事案において、次のように判示した。「代理人カ其権限内ニ於テ本人ノ為メニスルコトヲ示シテ為シタル意思表示ハ本人自カラ之ヲ為シタルモノト看做スヘク又第三者カ代理権限内ノ事項ニ関シ其代理人ニ対シ為シタル意思表示モ之ヲ本人ニ対シ為シタルモノト同視スヘキモノナルコトハ民法九十九条ノ規定スル所ナリ抑モ同規定ハ第三者保護ノ為メニ設ケラレタルモノニシテ代理人ノ為シタル意思表示カ其権限内ノ事項ニ関スル事実ト其意思表示ハ之ヲ本人ノ為メニスルコトヲ示シタル事実トアル以上ハ代理人ノ真意カ果シテ本人ノ為メニスルニ在リシヤ或ハ又タ其地位ヲ濫用シ不正ニ自己ノ利益ヲ計ラントスルニ在リシヤ否ヲ問ハス常ニ必ス同条ノ規定ヲ適用スヘキモノト云ハサルヘカラス何トナレハ若シ代理人ノ真意如何ニヨリ其権限内ニ於テ為シタル意思表示ノ効力ニ影響ヲ及ボスヘキモノトセハ一方ニ於テハ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ危惧シ安シテ代理人ト取引ヲ為シ得サラシメ他方ニ於テハ代理人ト本人トノ通謀ニ因リ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシメルノ弊風ヲ助長スルノ結果ヲ生ズルニ至ルヘキヲ以テナリ」。

(10) 同旨の理由を用いるものとして、大判明治三九年三月二〇日民録一二輯二七五頁。

- (11) 大判大正六年七月二日民録二三輯一一六八頁。同じ理由付けをするものとして、大判大正九年一〇月二日民録二六輯一五六一頁。
- (12) 大判大正九年七月三日民録二六輯一〇四二頁。これは、産業組合の理事が、その資格を濫用して私利を営もうとして手形を振り出し、これに付帯する利息に関する契約を締結したという事案で、「組合ノ事務ナルヤ否ヤハ之ヲ抽象的ニ觀察スヘキモノニシテ縦令個々ノ行為ハ其実理事個人ノ利益ヲ計ルヲ目的トシテ為サレタリトスルモ性質上組合ノ事務ニ関スルモノタルコトヲ得ヘキトキハ理事カ其資格ニ於テ組合ノ為メニスルコトヲ示シテ為シタル行為ノ効力ハ原則トシテ組合ニ及フモノト謂ハサルヘ可カラス若シ夫レ然ラスシテ理事ノ真意如何ニヨリ代表権限ノ有無ヲ定メ其行為ノ効力ヲ決スヘキモノトセムカ第三者ハ不測ノ損害ヲ蒙ルニ至リ何人モ安シテ理事ト取引ヲ為シ得サルカ如キ不都合ナル結果ヲ生スルニ至レハナリ」と判示したものである。なお同旨の判例として、東控判大一一二年六月二十九日新聞二一七六号一八頁がある。
- (13) 大判昭和九年五月一日民集一三・一五・一一二二三は次のようなものである。「本人タル右組合ハ該裏書ニ付其ノ責ニ任スヘキモノトス蓋シ右裏書ハ笹原喜平(A)カ自己ノ利益ヲ図ル為擅ニ組合理事ノ資格ヲ利用シテ為シタルモノナリトスルモ這ハ本人ト代表者トノ間ニ於ケル内部関係ニ過キスシテ之ヲ客観的ニ外部関係ニ付テ觀レハ代表者カ其ノ権限ニ依リ本人ノ為ニ裏書ヲ為シタルニ外ナラサルヲ以テ其ノ裏書ハ有効ニシテ直接ニ本人タル組合ニ対シテ其ノ効力ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラサレハナリ」。
- (14) 本稿項目一参照。
- (15) 石坂音四郎「判批」法協三四卷一二号一三二頁以下参照(大五)。
- (16) 現に、代理人(代表取締役)が会社を代表して行為をする場合に、その経済的利益を自己におさめる底意があったという事実はならんら会社に対する効果に影響はないとする判例も存在するのである。最判昭和三八年九月五日の原審。民集一七卷八号九二九頁以下参照。
- (17) 民法九九条の適用が一定の場合にはなぜ後退させられるのかという点に関して、民法編纂過程の各段階すなわち、主査委員会、委員総会、整理委員会などにおける審議では、前述の第九回帝国議会における審議(本稿項目一参照)以外には、直接の手がかりは見いだされなかった。更に、明治民法の起草者である梅謙次郎の『訂正増補民法要義卷之一』二五一頁以下(有斐閣書房、訂正増補改版、第三七版、大四)、富井政章『民法原論 第一卷総論』四七九頁(有斐閣、大一一)、関与



三九号一一頁（株式会社Yの代表取締役AがXから金銭を借り入れたが、本件借り入れはAの個人的利益のために行われたものであり、かつXにおいても当然これを知りえた認められる余地があると考えられる事案）、最判平成四年一〇月一二日民集四六卷九号二七二七頁（親権者の代理権濫用の事案）ほか。

- (24) ちなみに、戦後最初の最高裁の判例（最判昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁）の上告理由中には次のようなことが挙げられている。事案は法人代表権限濫用に関するものであったが、もし会社代表取締役においてその経済的利益を自己に収めるといふ底意があったという事実はなら会社に対する効果に影響はないという原審の判決を容認すれば、法人の財産は外部から糸を引く悪意の相手方により常に不当の損失を蒙むらしめられ会社財産は常に危険にさらされて、会社代表者に一切の代表権限を与える現行の会社制度に根本的改革を必要とすることになり、著しく正義衡平の観念と相反することとなるというものである。なおこの判決の事案は、会社代表者が会社のためではなく自己の利益のために会社の唯一の財産である建物を処分したというものであった（民集一七卷八号九一一頁以下）。相手方もこの会社代表者及び前の会社代表者に対する自己の融資の回収をはかることのみ専念して会社代表者の私意による処分であることを認め、代表者が会社のためではなく自己の利益のために本件建物を処分するものであることを察知しながら、会社代表者と本件建物を買い受ける契約をしたと第一審では認定されている（民集一七卷八号九一五頁以下）。
- (25) 於保不二雄「判批」民商五〇卷四号六〇頁（昭三九）。
- (26) 民集二一巻三号七〇〇頁以下。なお、最判昭和四四年四月三日民集二三巻四号七三七頁にも同じく大隅裁判官による権利濫用ないし信義則説に立つ少数意見が付されている。

(イ) 学説

学説については便宜上、(a)心裡留保説(b)権利濫用、信義則、悪意の抗弁説(c)無権代理・表見代理説に分けて検討する。

(a) 心裡留保説

学説史上初めて代理権濫用について検討し、心裡留保説をわが国で最初に唱えた石坂説<sup>(1)</sup>は、代理の観念には代理行為から発生する権利義務が直接本人に帰属することで足りるので、その事実上の利益が何人に帰してもよいとしている<sup>(2)</sup>。そこで、代理人が代理行為をなすにあたり、本人の名義をもちいる以上は、たとえ代理人が自己の利益のためにする意思をもってなしてもその行為の効力は直接に本人に対して効力を生ずる<sup>(3)</sup>。しかし、このことは、本人が代理人に利益が帰属することを許している場合に妥当することであり、代理行為の事実上の結果たる利益を本人に帰せしむることを要する場合なのに、代理人がその利益を自己に帰せしむる意思をもって代理行為をなすとき(背任的意図あるとき)は代理人には代理意思は欠けているので、顕名行為の部分に心裡留保が生ずることになるという旨の見解を示している。そこで、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ントキ」には代理行為の効果は心裡留保の規定(民法第九三条)により本人に帰属しなくなるのだという説を唱えている<sup>(5)</sup>。

このように沿革上、心裡留保説は、当初は、代理人に背任的意図がある場合を念頭に置いて唱えられた説であるといえる。石坂説は、相手方が代理人に背任的意図あることについて知りうべきであるときには、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まさに心裡留保の規定の有する価値判断(民法九三条)に置いていたといえる<sup>(6)</sup>。

現在までにこの心裡留保説を唱える説は多数存在するが、多くは石坂説と同様に、代理人に背任的意図がある場合を念頭に置いているのである<sup>(7)</sup>。しかし、現在の多くの説は石坂説と異なり、代理権濫用の場合であっても代理意思が存在することを否定しないので、代理人の顕名行為の部分に心裡留保は存在しないことを前提としている。そ



ここで基本的判断の基礎を心理留保規定そのものに置くことから離れ、代理人の背任的意図について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、民法九三条を擬律、準用、類推適用、仮託するといふ立場をとっている。<sup>(9)</sup>

(b) 権利濫用、信義則、悪意の抗弁説

権利濫用説、信義則説、悪意の抗弁説は、当初は別のものとして唱えられたが、現在では共に基底をほぼ同じとする一般条項に準拠するもので、本質的な差異のない見解と解されている。<sup>(10)</sup> 権利濫用説をわが国で最初に唱えた竹田説は、取締役の相手方たる小切手取得者に対する小切手の支払の効力を判決している判例の批評において、おおむね次のような見解を唱えている。すなわち、法律が支配人・会社代表者の権限につき一定の範囲を定めかつこれを登記せしめるゆえんのもの、登記さえ見れば安心してこれと取り引きをすることができ、具体的事情を探究して代理権の有無を調べる必要をなからしめるためであって、営業に関する行為であるか否かを判断するにあたり、一々具体的事情の調査を必要とすれば、法律が支配人等の代理権の範囲を法定した趣旨はすべて蹂躪される。そこで、取締役がその資格で個人用のための小切手の振り出しをしても当然その権限内の行為であるが、悪意の第三者が小切手の振り出しが取締役の権限内であることを主張することは、法の保護の目的を超脱した権利の濫用であるとする。<sup>(11)</sup>

実方説も、内部関係に過ぎない権限濫用問題が、どうして悪意の相手方に対しては對抗されうるのかという問題の立て方をし、権限濫用行為が機関の権限内の行為であることは悪意の第三者に対しても同じであるが、悪意者がそれを主張することは、法の保護を超脱した権利の濫用であるとし、ここに悪意の第三者排撃の積極的根拠がある

とする。<sup>(12)</sup>

(c) 無権代理・表見代理説

無権代理・表見代理説は、わが国では戦後になって初めて舟橋説によって唱えられた説である。これは、代理人が私利を図ろうとして権限を濫用し背任的行為をした場合には正当な代理行為のため与えられた代理権を濫用した<sup>(13)</sup>ものとして、その濫用となる範囲において代理権が存在しないこととなるため無権代理となりしたがって相手方は表見代理の規定によって保護を受けることとなるというものである。<sup>(13)</sup>この範疇に属する諸説のうちでも小林説は、代理権の背信的濫用の場合については、そのリスクは原則として相手方よりも本人において負担すべきであるし、また濫用かどうかについての積極的調査義務を相手方におわすのも不当であるから、本人の免責は相手方に悪意または重過失あるときにのみ限定されるべきであるという旨の見解を明らかにしている。<sup>(14)</sup>

無権代理・表見代理説をとられる論者のうち、背任的意図についての悪意の相手方不保護という基本的命題を論証しているものはみあたらない。

また、この範疇に属する説のうち近年唱えられた伊藤、福永説は背任的意図を不要としていることについてはすでにみた。<sup>(15)</sup>

(d) その他

(a) なお、毛戸勝元博士は大判大正四年六月一六日民録二二輯九五三頁の判例批評で、清算人の権限濫用の事案において清算人が自己の目的のためにする意思を有し、かつ相手方がこれを知っているときはその行為が無効と

なるという判断を示しているが、その理由として、このような行為は清算人の背任罪を構成し、相手方はこれを幫助するものであるからだという理由を述べている。<sup>(15)</sup>

(β) また納富義光説は法律感情を理由に挙げている。すなわち、例えば取締役が自己の金融の手段として取締役の代表権を冒用して手形を振り出し、第三者もこの事情を知っているときにおいても悪意の第三者に対しかかる手形行為が抽象的客観的に会社の目的内の行為であることを理由として会社に手形法上の責任を負担させることは我々の法律感情が許さないとする。<sup>(17)</sup>

(e) 学説の小括

学説史上、大正五年に代理権濫用を初めて検討し、心裡留保説を唱えた石坂説は、代理人に背任的意図があり、これについて悪意等であれば、相手方は本人に代理の効果を主張していくことができないという基本的判断の基礎を心裡留保規定（民法九三条）のもつ価値判断そのものに求めていたのであった。その後、心裡留保規定類推適用説は代理人に心裡留保がないことを認め、基本的判断の基礎を心裡留保規定に置くことから離れ、むしろ、権利濫用・信義則などの一般的法理においている。そして、その一般的法理を適用する際に、民法九三条の「仮託」が行なわれているにすぎないといえる。無権代理・表見代理説については、（本稿項目三でとりあげた伊藤説、福永説を除いては）この基本的判断自体をとくに批判的に取り上げたものは、みあたらない。無権代理・表見代理説が、わが国で唱えられたのは戦後になってからであり、すでに心裡留保説、権利濫用・信義則・悪意の抗弁説が前提としていた基本的判断に従っているように思われる。

(ウ) 小括

結局、この基本的判断の基礎にあるのは権利濫用・信義則という一般法理であるといえる。すなわち、代理人が代理権の範囲内で本人の名において代理行為をすれば、その効果は本人・相手方間に直接に生ずるのであるが(九条)、相手方が代理人の背任的意図について悪意等であれば、かかる相手方が本人に代理の効果を主張していくことは権利の濫用であり、信義則に反するので、この限度で代理の効果を外例的に後退させるべきであるという判断が心裡留保説、無権代理・表見代理説など法的構成を問わずにその説の根底にもあるといえる。そして、代理人に背任的意図があることは、相手方から本人に対して代理効果を主張していくことが権利の濫用となり信義則に反することになるためのひとつのファクターであるに過ぎないということになるのではなからうか。それゆえ場合によっては代理人に背任的意図がなくても濫用として相手方に異議が唱えられることもありうる」と解される。

注

- (1) 石坂音四郎「判批」法協三四卷一二号一二九頁以下(大五)。
- (2) 石坂・前掲注(1)一三〇頁。
- (3) 石坂・前掲注(1)一三一頁以下。
- (4) 例えば、本人が代理人に贈与する意思をもって、代理人をして本人が第三者に対して有する債権を取り立てさせ、その取り立てた額を保有させる場合などが、代理人の利益のためになされる場合として挙げられている。石坂・前掲注(1)一三〇頁以下参照。
- (5) 石坂・前掲注(1)一三六頁。
- (6) 同じく心裡留保規定を直接に適用する大浜説は、「取り引きの安全乃至一般的利益の考慮も固より重要ではあるが、しか

し同時に静的の安全乃至個人的の利益も亦十分尊重されねばならぬ。而して本件に於ける如く機関の権限濫用行為に付き法人の利益を犠牲に供して、悪意の相手方を保護する如きは正義の理念に反するのみならず、必要以上に個人の利益を蹂躪するの誹りを免れぬ」ということも述べて、心裡留保規定を適用する根底には正義の理念が存在する旨の見解を明らかにしている。大浜信泉「判批」民商一卷二号六八頁（昭一〇）。浅沼武「判批」金法五〇四号二二頁（昭四三）も、相手方と通謀しその権限を濫用し背任的行為をした場合にも、その効果を本人に及ぼして共犯者を利するのは正義感の許さないところであるとす。

(7) 石坂説と同様に、代理人に背任的意図がある場合を念頭に置いて心裡留保規定により解決する見解を唱えている説は以下のとおりである。末弘巖太郎「判例民法大正十年度」一一頁以下（有斐閣）、我妻栄『民法総則』四七九頁（岩波書店、昭五）、大浜・前掲注（6）六三頁以下、於保不二雄『民法総則講義』二一九頁（有信堂、昭三四）、於保不二雄「判批」民商五〇巻四号五六頁（昭三九）、松坂佐一『民法提要 総則』二〇二頁（有斐閣、新版）、我妻栄『新訂民法総則』三四五頁（岩波書店、昭四〇）、星野英一「判批」法協八二巻四号九五頁（昭四一）、石田喜久夫「心裡留保」谷口知平・加藤一郎編『新民法演習』一二七頁（有斐閣、昭四二）、淡路剛久「判批」法協八五巻四号一六一頁（昭四三）、東孝行「判批」神戸一八巻一号一四九頁（昭四三）、辻正美「判批」民法の基本判例三六頁（昭六一）、中舎寛樹「代理人の権限濫用行為と民法九三条の役割」名法九〇 五二頁以下（昭五七）。

(8) 我妻・前掲注（7）新訂民法三四五頁参照。

(9) すなわち、代理関係について権利濫用、信義則、禁反言等の一般的法理を適用しようとする場合にしばしば民法九三条への「仮託」が行われているのである。稻本洋之助『注釈民法（3）総則（3）』一一六頁（川島武宜編）（有斐閣、昭四八）。更に、安永正昭『新版注釈民法（一）』一〇九頁以下（谷口知平他編）（有斐閣、昭六三）、拙稿「代理論史—代理権濫用論を中心に—」獨協法学四〇号四八九頁以下（平七）、「水本浩」平井一雄編『日本民法学史・各論』所収、七七頁以下（信山社、平九）参照。

(10) 松岡正美「判批」法時三三巻一号一一頁（昭三二）。

(11) 竹田省「判批」民商七巻二号一六〇頁以下（昭一一）。

(12) 実方正雄「判批」民商九巻一号七七頁以下（昭一四）。他に、権利濫用説、信義則説、悪意の抗弁説をとるものとして、

田中誠二「判批」法協五六卷一、二号一七六頁。山中康雄『民法総則講義』二八六頁(青林書院、昭三〇)、野津務「代表取締役」田中耕太郎編『株式会社法講座第三卷』一一一頁(有斐閣、昭三二)。亀井秀夫「代表取締役の代表権の超越と濫用」末川先生古稀記念『権利の濫用中』一八五頁(有斐閣、昭三七)、菅原菊志「判批」法学二九卷四号一一六頁(昭三九)、平井一雄「代理権の濫用」法セ三八五号四〇頁(昭六二)、四宮和夫『民法総則』二四〇頁(弘文堂、第四版補正版、平八)ほか多数。

(13) 舟橋諄一『民法総則』一三三頁(弘文堂、初版、昭二九)、川島武宜『民法総則』三八〇頁(有斐閣、初版、昭四〇)、下森定「判批」『民法判例百選』七二頁(有斐閣、昭四九)、小林一俊「判批」金判五二五号二頁(昭五二)、鈴木祿弥『民法総則講義』一六四頁(創文社、昭五九)。

(14) 小林・前掲注(13)六頁。

(15) 伊藤、福永説については、本稿項目三(2)(b)参照。

(16) 毛戸勝元「判批」京都法学会雑誌第一一卷上(大五)。毛戸説は、代理権濫用行為は清算人の背任罪を構成し、悪意の相手方はこれを補助するものであるから、このような行為は法律行為の中心的目的が反社会性を有し民法九〇条により無効となるという見解であると考えられる(我妻・前掲注「7」新訂民法二八二頁以下参照)。もっとも、亀井説は、代表取締役の代表権濫用行為について、民法九〇条を適用することについて、代表権濫用行為は公序良俗に反する行為として民法九〇条により無効とはならないかという点について、法律行為につきいかなる意図でそれがなされるに至ったかというような心裡の意思はそれが表示に表されていない限り法律行為の目的を構成せず、その動機に不法性があってもその法律行為の目的が不法であるとして法律行為が無効となるものではないという旨の見解を述べている。亀井・前掲注(12)一八五頁。

(17) 納富義光「判批」『商事法判例研究』(3)——昭和三三年度』二二〇頁(有斐閣)。

(3) 代理人に背任的意図がなくても相手方に濫用の異議が唱えられることはあるか

(ア) 以上の検討を通じて、代理の要件が備わっている場合であっても、代理人に背任的意図があり、これについて相手方が悪意等である場合に、相手方が代理の効果を主張していけないという基本的判断の根底にあるのは、権利濫用・信義則という一般法理であることが明らかになったといえよう。すなわち、代理権の範囲内で代理人が行為をしていても、相手方が代理人の背任的意図について悪意等であれば、かかる相手方が本人に代理の効果を主張していくことは権利の濫用であり信義則に反することになるといふ判断が法的構成を問わず、いずれの説の根底にもあることが明らかになったといえる。

そして、代理人に背任的意図が存在することは、相手方が本人に代理の効果を主張していくに際し、この主張が権利の濫用・信義則という一般法理に反するか否かを判断する際のひとつの判断要素を構成しているのであり、代理人に背任的意図があることが、相手方に濫用として異議が唱えられるための絶対条件ではないといえる。

そこで、更に検討すべきは特に、代理人に背任的意図がなくても、代理行為により損害が発生することについて行為時に悪意等である相手方が、本人に対し代理の効果を主張していくことが権利の濫用になり信義則に反することになる場合があるのかという点である。<sup>(1)</sup>そして、その際には、代理権濫用という代理人の内部的義務違反行為によって生じる危険を本人または相手方のどちらが負担すべきか、またどのような事情のもとでは本人あるいは相手方にその危険を負担させることが合理的かつ妥当であるかという危険の分配の問題であると捉える福永教授の見解に依拠し、代理権濫用問題を実質的に捉えていくべきである。<sup>(2)</sup>

ところで、民法上の個別的な任意代理の場合、法定代理(親権者の法定代理権、後見人の法定代理権ほか)の場合、法人代表の場合は、それぞれ利益状況が異なるので、<sup>(3)</sup>必ずしも同一に論じられることはできないであろう。すなわち、任意代理の場合は、代理人の選任は本人自身の意思に基づいておりまた、本人による代理人の監督も可能

であるのに対して、法定代理の場合にはその選任は本人の意思とはかかわりなく行われ、また本人による代理人の監督を期待できないというように本人への帰責性の点で両者の間には大きな差異が存在し、更に、代理と代表との間でも違いが見られるからである。<sup>(5)</sup> 本稿では、民事上の個別的な通常の任意代理の場合に限定して検討をする。<sup>(6)</sup>

(イ) 任意代理の特徴としては、まず、代理人を本人が選任していることから、授与した代理権の範囲内の行為に関して、本人による代理人の選任責任が認められるべきであることが挙げられる。代理人の選任責任に関して民法一〇二条も強く認めているところである。すなわち、本人が行為無能力者を代理人に選任し、この代理人に知識、経験が欠けるために、不注意で本人に損失となる代理行為を締結したとしても、民法一〇二条の規定によれば、無能力を理由として代理人によっても本人によっても当該代理行為は取り消されることはない。<sup>(7)</sup> この民法一〇二条の立法理由は、「行為能力の制度は無能力者自身の保護のために存在するのであり、代理では代理人のした代理行為の効力は直接本人に帰属し、代理人がそれによって不利益を被ることはないから、本人が無能力者を代理人に選んだことよって生じうべき不利益を甘受してこのような者を代理人にした以上は、代理行為の効力をあえて奪う必要はないとするところにある」<sup>(8)</sup>。

客観的濫用の場合は、代理人に行為能力が備わっている場合であり、ただ、代理人が過失でまたは過失すらない状態で代理行為により本人に損失を生じさせたという場合であるので、民法一〇二条の適用場面ではない。しかし、未成年者などの行為無能力者を代理人に選任した場合でさえ、本人にこのような責任が課されているのであるから、行為能力者を代理人に選任したが、この代理人の不注意で代理行為により取り引き上、本人に損失を与えてしまったという場合も、もちろん本人に同様の代理人の選任責任が認められるべきであり、原則として自己の選任した代理人の行為から生じた不利益を甘受すべきである。<sup>(9)</sup>



この本人による代理人の選任責任を背景にして強調されるべきであるのは、本人が直接に相手方と取り引きをする二当事者間取り引きの場合と比較して、代理人を使用することによって、背後にいる本人が不当に厚く保護されることになるべきではないという二当事者間取り引きとのバランス論である。<sup>(10)</sup> この代理人の選任責任と二当事者間取り引きの場合とのバランス論に鑑みれば、「直接二当事者の取り引きの場合一方が不用意に不利な契約条件に陥じるとしても他方当事者が義侠的にこれを論じあるいは締約を控えるべき義務は原則としてない」<sup>(11)</sup>のであるから、代理取り引きの場合にも、二当事者間取り引きの場合と比較して高度な注意義務を相手方が負うと解すべきではないのではなからうか。<sup>(12)</sup>

自己に経済的に有利な取り引きであるからといって、代理行為の相手方に内部関係について調査義務を課し、一々本人等に問い合わせることを法的に強制し、もし本人等に問い合わせしなければ、本人からの相手方に対する濫用の異議を認めるというのでは、まさに任意代理に関しては代理制度を無意味なものにするであらう。

以上のことから、任意代理の場合には代理人の代理行為から生ずる危険を原則として本人が負担すべきであると解される。そこで相手方が代理人と取り引きをしたときに、本人に損失が発生することを認識していたとしても、かかる相手方が本人に対し代理の効果を主張していくことは権利濫用にも信義則にも反することはないと解される。<sup>(14)</sup>

以上のことから、代理人に背任的意図がない客観的濫用の場合にも、本人が相手方に濫用の異議を主張することを認めることになる諸見解は、<sup>(15)</sup>確かに代理取り引きにおいて本人を厚く保護することにはなるが、他方、これらの見解は本人による代理人の選任責任と代理人が介入しない二当事者間取り引きの場合とのバランスを看過されているのではなからうか。すなわち、代理人が介入しない二当事者間取り引きの場合には、取り引きの当事者の各々

相手方の利益を配慮する義務を負担しないことが原則であるのに、代理人を選任し、これにより取り引きを相手方とする場合、本人は相手方に自己の利益についての配慮義務を負わせることになるということはバランスを失することとなるように思われるのである。

注

(1) すでにみたように、ドイツではタンクが、代理人に背任的意図がなく代理人の軽率ゆえに本人に損害が発生するような代理行為をする場合に、相手方がこのような代理人と取り引きをなせば、相手方は本人に対する関係で信義に反することになる旨の見解をとっていたのであった。本稿項目二(2)(a)参照。このように、代理人に背任的意図がなくても、代理行為により損害が発生することについて行為時に悪意等である相手方が本人に対し代理の効果を主張していくことが権利の濫用になり信義則に反することになるという立場はありうる。

なお、わが国において、権利の行使が信義誠実の原則に反するとされるのは、一般的にいつて権利行使者のふるまいが倫理的な誠実さを欠いていると判断される場合がその中心となり、倫理的な誠実さを欠くふるまいとされるのは、伝統的に以下のような場合が代表的なものとされるといえる。すなわち、まず第一に、義務者の利益が不当に害されるにもかかわらず、形式的に存在する権利ないし法的な地位をあえて主張しつくす態度、第二に不誠実な行為により取得した権利ないし地位を主張すること、第三に以前の行為に矛盾する行為をなすことなどである。安永正昭『新版注釈民法(一)』九六頁以下参照〔谷口知平・石田喜久夫編〕(有斐閣、昭六三)。

(2) 福永礼治「代理権の濫用に関する一試論」(二・完)「上智法論」二卷三号二二〇頁以下(昭五四)参照。

(3) 福永・前掲注(2)「試論」(二・完)「二二〇頁以下、四宮和夫『民法総則』二四〇頁以下(弘文堂、第四版補正版、平八)参照。

(4) 角紀代恵、法教一六〇号一四八頁(平六)。

(5) 代理は法律上の二主体間の関係であるのに対して、機関と法人とは異なった権利主体間の関係として現われない。浜上

則雄「機関と代理の相違について」『阪法第三五号二二頁（昭三五）』。代理と代表とはこのような違いはあるものの、民法上の社団法人の場合は、代表機関である理事は定款の記載に基づいて通常は社員総会ないし他の理事によって選任され、いわば本人の意思に基づいて選任されるので、任意代理的な性質を帯び、また、理事の代表権は定款、総会の決議による制限（五三条ただし書）などに服し、このような制限によって代表権の濫用される危険が予防ないし排除されうることになる。四宮・前掲注（3）九九頁以下参照。それゆえ、法人代表は法定代理人であるか任意代理人であるかという点について争いはあるが、民法上の社団法人の場合は、民法上の任意代理の場合と同じ法的処理に服させてもよいものと思われる。

（6）親権者の代理権濫用については最判平成四年二月一〇日民集四六卷九号二七二頁があり、そこではまさに親権者において子を代理してその所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為が代理権濫用にあたるかという、代理権濫用の意義が問題とされている。親権者の類型での客観的濫用の検討にあたっては親権法に関する洞察が必要となるが、本稿でこれをなす余裕はなく他日に期したい。なお、親権者の類型での代理権濫用の意義について詳細な検討をするものとして、熊谷土郎「判批」法学六一巻一号一六三頁（平九）がある。

（7）我妻栄『新訂民法総則』三五〇頁以下（岩波書店、昭四〇）、幾代通『民法総則』三一九頁（青林書院、第二版、昭五九）。

（8）半田吉信『民法コンメンタール総則3』九一〇頁以下〔川井健ほか編〕（ぎょうせい、平元）。本文中に引用した見解は通説であるとされる。明治民法制定の当初から、本条に関しては同様の説明がなされていた。廣中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』一五九頁（有斐閣、昭六二）、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録第一回―第二六回』三五頁以下（商事法務研究会）参照。同旨の見解として、鳩山秀夫『日本民法総論下巻』四二七頁（岩波書店、大一三）、我妻・前掲注（7）三五〇頁以下参照。

（9）ドイツにおいても、本人の代理人に対する選任責任を強く認め、客観的濫用による損失は本人が負担し、代理権濫用として相手方に異議が唱えられるためには代理人に背任的意図があることを求めるヘック、ヨーン、ユンクストなどの見解は存在するのであった。本稿項目二（1）（a）（b）（d）参照。

（10）本稿項目二（1）（a）のドイツにおけるヘックの見解参照。更に、中島秀二「濫用代理論批判」九九頁以下参照『財産法学の新展開』（有斐閣、平五）。

(11) 中島・前掲注(10)九九頁以下より引用。しかし、一方が不用意に不利な契約条件に応じるとしても、他方当事者が義務的にこれを論じ、あるいは締約を控えるべき義務はないという原則は変容しつつある。すなわち、現実には、消費者取り引きのときには交渉によって契約内容が決まることは少なく、我々には契約をするか否かの自由及び複数の業者の間での選択の自由ぐらいしかない。その代わり契約関係においては、自分の利益を守ることのみを考えていれば良いのであって、相手方のことまで配慮することはないという原則も変容しつつあるのである。契約の履行過程において相手方の利益に配慮すべきことは以前から認められていたが、最近では更に契約の成立過程においても主張されている(「契約締結上の過失」論)。滝沢昌彦「契約当事者の「かかわりあい」」法セミ五〇一号六四頁以下参照(平七)。

(12) もっとも、ドイツにおいてはシュトルにより代理関係において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という見解が唱えられている。しかし、本文中で述べたように、本人の代理人の選任責任と二当事者間取り引きの場合とのバランスを考えれば、代理人を使用する本人が、相手方に対して厚く保護されるのは不当であるといえよう。シュトルの見解については、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論(一)」上智法論二巻二号一六三—一六五頁(昭五三)、伊藤進「ドイツにおける「代理権の濫用」理論」明大法論四九巻五号六五頁以下(昭五二)参照。vgl. Stoll, Heinrich: Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin 1937, S. 132, 133.

(13) そもそも自己に有利であるか否かについての判断も困難である。vgl. Ulrich Jünger, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, S. 97. 先行する取り引きにおいて、代理人が商品を時価より高く相手方から購入し、相手方に有利な取り引きをしたとしても、それは後続する取り引きを円滑にするためのものであったということもありうる。この場合、先行する取引だけに着目すれば、相手方に有利となり本人に損失となるが、一連の取り引きを全体としてみる場合、必ずしも本人にとって損失とならないといえない。このように相手方から見ると本人に損失が生ずるか否かについての確実な判断を相手方がなすことは困難であるといえる。

(14) このように、任意代理人による民事取り引きの場合に、代理人に背任的意図がないときには代理権濫用論などの代理固有の法理で本人が保護されることを認めることは難しいが、代理取り引きが消費者取り引きである場合には、消費者法など代理固有の法理以外の法理で本人が保護される場合はありえよう。

（15）本稿項目三（2）に挙げた諸見解。

## 五 おわりに

本稿では、代理権濫用として、代理行為の相手方に異議が唱えられるためには、代理人に背任的意図を要するかという点について考察した。そこで、従来、代理権濫用として念頭に置かれてきた事案は主として代理人に背任的意図がある場合であったのだが、なぜ代理人に背任的意図があることを要するのかという点について積極的に根拠を示す見解は見当たらなかった。ただ、判例に現れる事案は、代理人に背任的意図がある場合がほとんどである。結局、代理人の背任的意図は、これについて相手方が知りうべきであるにもかかわらず、代理行為に着手し、本人に代理の効果を主張していくことが権利の濫用になり、信義則違反となるという「基本的判断」の一要素に過ぎないということが明らかになった。この「基本的判断」は、権利濫用・信義則説だけではなく、心裡留保説、無権代理・表見代理説など、現在唱えられているいずれの説の根底にも存在するものである。そこで代理人に背任的意図がなくても相手方が本人に対して代理の効果を主張していくことが権利の濫用になり、信義則違反となる場合があるのかということが検討されなければならないが、本人に代理人の選任責任が強く認められる任意代理の場合において、代理人に背任的意図のない客観的濫用のときには代理人を介しない二当事者間取り引きとのバランスを理由として、相手方に対して代理権濫用の異議を唱えることを認めることは難しい。ただ代理固有の法理での本人保護は認められないとしても、代理行為が消費者取り引きである場合には、消費者法など代理以外の法理で本人が保護される場合などはありえようが、この問題に関するさらなる検討は他日を期したい。

以上