

《研究ノート》

代理論史

——代理權濫用論を中心に——

平山也寸志

目次

- 一 はじめに
- 二 第一期 ボアソナード来朝前（明治元年～明六）
- 三 第二期 ボアソナード時代（明六～明二八）
- 四 第三期 明治民法成立の前後期（明二八～明四三）
- 五 第四期 ドイツ的解釈法学全盛期（明四三～大正九）
- 六 第五期 第一次大戦後の新思潮期（大九～昭二〇）
- 七 第六期 戦後（昭和二〇年の敗戦以後現在までの時期）
- 八 総括

## 一 はじめに

日本民法学史の一環として代理理論全般の歴史をとらえるとすれば、それについての主要な論題も多岐にわたり、かつ各論題に関する明治初年から今日までの著書論文は膨大である。そこで本稿では、代理権濫用の史的考察に限定することにし、他の論題に関する史的考察については別の機会にゆずることとする。

代理権濫用とは、「抽象的形式的に觀察すれば代理権の範囲に属する行為が実質的には、本人の利益のためではなくて代理人その他の者の利益のためになされる場合<sup>(1)</sup>」を言う。代理権濫用にあたる場合には、代理人は、善管注意義務(六四四条)、受取り物引渡し等の義務(六四六条一項)などの内部的に負う義務に違反していることは勿論であるが、更に、行為時に本人以外の者の利益を図る意図(背任的意図)をもって代理行為をなしているのである。そして、相手方が、この代理人の背任的意図について悪意であったような場合には、代理行為の効力は本人に及ばないと解するのが、一般的な理解であると考えられる。

このような理解を、現在の最高裁の判例は、心裡留保規定(民法九三条)を類推適用することによって実現している。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>(2)</sup>」というものである。民法学説上も心裡留保規定を類推適用する立場が通説的地位を占めているといわれている<sup>(3)</sup>。

ところで、近時の諸研究は、内部的義務の範囲と代理権の範囲とが異なりうるのか、それとも一致するのかとい

う代理権の範囲の無因・有因性論と代理権濫用論との関係に着目して立論している<sup>③</sup>。すなわち、代理権の範囲と内部的義務の範囲とが一致する（代理権の範囲の有因性）ならば、内部的義務違反行為は代理権の範囲外の行為となると解することができるので、内部的義務違反行為である代理権濫用行為は代理権の範囲外の行為となり<sup>⑤</sup>、これは無権代理・表見代理説などへとつながる。両者の範囲が異なる（代理権の範囲の無因性）ならば、内部的義務違反行為は、必ずしも代理権の範囲外の行為になるとは解されない<sup>⑦</sup>ので、代理権濫用行為は、代理権の範囲内の行為であることになり、このことから生ずる不都合を除去する理論が他に考えられなければならない。このように、代理権の範囲の無因・有因性論は、代理権濫用論の分水嶺とも言うべき役割を果たすということが近時の諸研究により認識されているのである。

ドイツにおいては、「一九世紀時代の概念法学の影響のもとに、Lalandが代理権を内部的な債務関係から分離し、かつ無因なものとして独立させ」、「この代理権の内部関係からの分離と無因・独立性の理論は一般的に承認され、そのことによって、本人と代理人間の内部関係での指図・義務・利益違反は代理権に影響を及ぼさないとの命題もまた承認された<sup>⑧</sup>」。「しかし、いかなる場合にも、この原則をかがけて、内部関係での指図・義務・利益違反に際し代理行為の効力に影響が及ばないといえるかが問題とされることにな<sup>⑩</sup>」り、代理権濫用問題が認識され論議されたといえるのである<sup>⑪</sup>。

我が国においては、代理権の範囲の無因性という概念は、最近まで明確に示されることはなく、したがって、この代理権の範囲の無因性が明確に意識されて、この代理権の範囲の無因性との関係で代理権濫用が論じられるようになったのは、つい最近のことであると思われる<sup>⑫</sup>。それでは、我が国における代理権濫用論は、どのように理論的に展開してきたのであろうか。本稿では、我が国における代理権濫用論の歴史的展開を学説史的に検討することを

目的とする。<sup>13)</sup>

なお、時代区分に関しては、獨協大学民法学史研究会により策定されたものに依拠する。<sup>14)</sup> すなわち、第一期 ボアソナード来朝前(明治元々明六) 第二期 ボアソナード時代(明六々明二八)、第三期 明治民法成立の前後期(明二八々明四三)、第四期 ドイツ的解釈法学全盛期(明四三々大正九)、第五期 第一次大戦後の新思潮期(大九々昭二〇)、第六期 戦後である。

もっとも、第一期 ボアソナード来朝前、第二期 ボアソナード時代については、ほとんど文献が見当たらないので、たまたま私が見つけることができた文献の範囲内で簡単に触れることしかできないことをお断りしておく。

注

(1) 川島武宜『民法総則』三八〇頁(有斐閣、昭四〇)。

(2) 代理権濫用のリーディングケースといわれる最判昭和四二年四月二〇日民集二二卷三号六九七頁から引用。戦後の最高裁判所の判例は全部この立場である。戦後の最判の詳細については、本稿項目七の(1)(ア)で述べる。

(3) 心裡留保類推適用説の詳細については、本稿項目七(2)(ア)(a)で述べる。

(4) 高橋三知雄『代理理論の研究』二三〇頁(有斐閣、昭五一)。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一〇二頁(昭五二)。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一三二頁参照(昭五三)。

(5) 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二〇九頁(昭五四)。

(6) 無権代理・表見代理説は、代理権の範囲の要因性を認めるものであると解しうるが、これらの説の詳細については、本稿項目七(2)参照。

(7) 福永・前掲注(5)二〇九頁。

(8) 例えば、心裡留保規定に依拠する説、権利濫用・信義則・悪意の抗弁説、相手方に、本人に対する付随義務違反を問う

説などは、代理権の範囲の無因性を前提とする説であると解しうるが、これらについては、本稿項目七（2）参照。

- （9）伊藤・前掲注（4）七八頁。ラーバントの理論の詳細については高橋・前掲注（4）一七〇頁以下、遠田新一『代理法理論の研究』一九二頁以下（有斐閣、昭五九）参照。

- （10）伊藤・前掲注（4）七八頁。

- （11）ドイツ代理権濫用論の詳細については、高橋・前掲注（4）二〇五頁以下、伊藤・前掲注（4）一七五頁以下、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論（一）」上智法論二卷二号（昭五四）一四三頁以下、福永・前掲注（4）一七八頁以下、石原全「支配人の権限濫用について」一論九五卷二五一頁（昭六一）、青野博之「代理権濫用と過失相殺的処理」判タ六七一号四〇頁（昭六三）などを参照。

- （12）我が国でも代理権の独立性・無因性という理論が論じられることはあったが、その実際的な効果としては、代理権濫用の場合ではなくて、もっぱら無能力者に代理権を授与する場合や表見代理が念頭に置かれていたのである。海老原明夫「ドイツ法学継受史余滴 有権代理・表見代理・無権代理……その二」ジュリ九九〇号一〇頁（平三）、「……その三」ジュリ九九二号一〇頁（平三）参照。この点について福永論文は、我が国において、従来なぜ代理権の範囲について有因・無因が論じられてこなかったのか、代理の本質や我が国の代理法の沿革的側面から詳細に検討した上で判断すべきであると思われると述べられ、詳細な検討を別稿に譲られている。福永・前掲注（5）二一〇頁参照。

- （13）本稿においては、相手方保護範囲、客観的濫用論、本人に過失ある場合、親権者の権限濫用、転得者保護などの論点についての検討に立ち入ることはできない。これらの論点については他日を期したい。

- （14）水本浩「我妻民法学の発足——方法論の確立——」八八—九〇頁、獨協法学法学会編『獨協大学法学部創設二五周年記念論文集』（第一法規、平四）。

## 二 第一期 ボアソナード来朝前（明治元年—明治六）

この時期の民法及び商法等の様々な立法準備作業<sup>①</sup>の中で、明治六年六月に、民法の中の代理関係の法規だけが優

先に規定された。<sup>(2)</sup> すなわち、明治六年六月一八日に、代人規則(太政官布告二一五号)の公布をみたのである。<sup>(3)</sup> 代人規則においては、その第二条において、代理は次のように定義されている。すなわち、「凡ソ他人ノ委任ヲ受ケ其事件ヲ取扱フ者ハ代人ニシテ其事件ヲ委任スル者ハ本人ナリ故ニ代人委任上ノ所行ハ本人ノ関係タル可シ」。これに示されているように、代人規則においては、委任と代理の区別がなく、代理は委任に基づいて行われたので、代理行為の相手方・本人間の外部関係(代理関係)と委任者・受任者間の内部関係との概念的区別はなされていなかった。また、代人規則には代理権濫用に関する規定は存在していなかった。<sup>(4)</sup> さらに、代理権濫用論もこの時期にはまだ見当たらない。

注

- (1) 石井良助教授によれば、全体としての明治民法編纂史は、(一)ポアソナード以前の初期民法編纂史、(二)旧民法編纂史(民法典論争史を含む)、(三)明治民法編纂史、の三部に分けられるという。利谷信義『日本近代法研究資料集 第一 皇国民法仮規則』(東京大学社会科学研究所 特定研究「日本近代化」研究組織、昭四五)二頁。石井良助教授による(二)ポアソナード以前の初期民法編纂史の時期が、本研究での第一期のポアソナード来朝前の時期にあたるわけである。この時期には、一〇以上の民法草案が編纂された。これらの草案の検討をなすことは今回でできなかった。別稿に譲りたい。ポアソナード以前の初期民法草案の一覧については利谷・前掲五―八頁参照。
- (2) 明治当初の立法準備作業と代理法規優先の事情については、遠田新一『代理と意思表示論』九―一七頁(法律文化社、昭六〇)参照。
- (3) 代人規則が公布される以前の代理制度に関する我が国の民事の慣習や人民の意思については、長尾治助『表見代理論序説』一五七頁以下(成文堂、昭四六)を参照。
- (4) 代人規則は、長尾・前掲注(3)一五九―一六〇頁に全文復刻されている。
- (5) 遠田新一『代理法理論の研究』一二頁(有斐閣、昭五九)。

(6) ところで、代人規則の第三条には、「凡ソ代人ハ心術誠実ニシテ二十一歳以上ノ者ヲ撰ムヘシ」という規定を置き、代人の資格として、代人は成人にして誠実な人格である者を選ぶことが要請されていた。この規定に違反して、誠実ではない者を代人として選び、その結果、本人に損害が生じた場合をどのように処理するかは、代理権濫用と類似した問題であるといえなくもない。この点に關し、長尾治助教授は、「心術誠実」なることは、とりたてて規定するほどのことがらではないから、この文言は立法者が之れによって訓示的な意味を盛らせたかったものと解せられる」といい、代人規則第三条に違反しても、代理行為の効力には別段の影響がない旨の見解を示されている。長尾・前掲注（3）一六一頁。

### 三 第二期 ボアソナード時代（明六〜明二八）

この時期についてはボアソナード草案、旧民法、学説について検討する。

#### （1） ボアソナード草案（明一九）

ボアソナード草案（G.E. Boissonade, *Projet de Code Civil pour l' Empire du Japon*）の九二五条から九五五条が代理の規定にあてられていた。<sup>(1)</sup> ボアソナード草案において、代理は、「代理トハ一個ノ契約ニ一方ノ者依テ以テ他ノ一方ノ者ニ委任者ノ名義ヲ以テ其利益ノ為メ即其計算ノ為メ或ル事物ヲ為スコトヲ委任スルモノナリ」（九二五条、再閱修正民法草案注釈一四二五条）という定義が与えられていた。そして九四六条（再閱修正民法草案注釈一四四六条<sup>(2)</sup>）で、代理人が委任者の名義をもって、かつ自己の権限内において第三者と結約した時には、委任者においてこの結約より生ずる直接の責任を負うべきことが規定されていた。<sup>(3)</sup>

ボアソナード草案においても、九二五条の定義で明らかになっているように、代理を委任契約そのものであるとしているので、代理行為の相手方・本人間の外部関係(代理関係)と委任者・受任者間の内部関係との概念的区別は意識されていなかった。

また、ボアソナード草案には、「代理人ハ代理ヲ盡スニ善良ナル管理者ノ為スヘキ一切ノ注意ヲ為ス可キモノトス」という代理人の義務に関する規定が存在していた(九三五条一項、再閱修正民法草案注釈一四三五条第一項<sup>⑤</sup>)。背任的意図を有しなす代理権濫用行為は、この義務に違反することになる<sup>⑥</sup>。しかし、代理人の背任的意図が代理関係にどのような影響を及ぼすかという代理権濫用に関する規定は存在しなかった。

## (2) 旧民法(明二三)

旧民法は、財産取得編第一章(二二九—二五九条)において、代理という表題で委任者と代理人(受任者)との関係及び第三者(代理行為の相手方)と委任者または代理人(受任者)との関係を併せて規定していた。この旧民法の二二九条に代理の定義が示されている。すなわち、「代理ハ当事者一方カ其名ヲ以テ其利益ノ為メ或ル事ヲ行フコトヲ他ノ一方ニ委任スル契約ナリ」。そして、「委任者ハ代理人カ委任ニ従ヒ委任者ノ名ニテ約束セシ第三者ニ対シテ負担シタル義務ノ責ニ任ス」るものとされた(二五〇条)。このように、旧民法においても、代理という言葉は委任契約そのものであり、委任者・受任者間の内部関係と代理行為の相手方・本人間の外部関係とが区別されていなかった<sup>⑦</sup>。

代理人の義務に関しては、代理人は委任の本旨に従い、自己の了知した委任者の意思を斟酌して委任事件を成就



する責めに任ずる旨の規定があった（二三七条一項前段<sup>7</sup>）。この義務に違反した場合、代理人は本人に対して損害賠償を負担することとなった（二三七条一項後段<sup>8</sup>）。自己または第三者の利益を図る意図をもって代理人が行為をなす場合、代理人は、この義務に違反することになるが、このような場合に、委任者と相手方の間の代理関係がどのようになるのかということに関する規定は旧民法典中にも存在しなかった。

### （3）学 説

この時期の学説で、代理権濫用にあたり得る事案について論述している者としては、私が調べたところでは、富井政章しか見当たらない。<sup>9</sup> 富井政章は『代理法講義』（明二〇）において、「委任者ハ外人ニ対シテ其代理者ノ過失詐欺ノ責ニ任セサル可ラス」という見解を示している。その理由として、次のようなことを挙げている。すなわち、相手方（外人）が代理人と契約したのは、代理人を信用したためではなくて、委任者その人を信用したことによる。換言すれば、委任者が相手方に向かって自ら選任した代理人と安んじて契約すべきであると告げたのであるから、代理人が信用に背いても相手方がその責に任ずべきいわれはなく、委任者が代理人の選任を誤った責任を負うべきであるからであるという。<sup>10</sup> 責任を負うとは、代理行為上の責任を指すものであるか否かは不明である。この富井政章の記述は、代理権濫用にあたる事案を念頭に置いていたのかどうかはわからないが、代理権濫用も、代理人の真意は、自己または第三者の経済的利益を図るところにあるのに、表面上、本人の経済的利益を図るがごとく装っている点に相手方に対する欺罔行為があるといえるので、代理権濫用行為は詐欺行為でもあるといえる。それゆえこの富井政章の述べることは代理権濫用についても妥当するとも解し得る。

(4) この時期の小括

この時期には、ボアソナード草案(九三五条)と旧民法(二三七条一項前段)において、代理人が代理行為に際して一定の義務を負うことが明らかにされた。旧民法典中には、内部的な義務違反の効果についての規定も設けられた(二三七条一項後段)。代理人が、自己または第三者の利益を図る代理行為をなす場合には、これらの内部的な義務違反になるが、この代理人の背任的意図が代理関係にどのような影響を与えるかという点についての規定はいずれにも設けられていなかったのであった。学説では、富井政章が代理権濫用にあたりうる場合についての若干の記述をなしていた。

注

(1) ボアソナード草案の内容については、本稿では、ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案注釈第三編下巻』第二〇章代理(一四二五条—一四五〇条)によった。

(2) ボアソナード草案九四六条(再閣修正民法草案注釈一四四六条)は次のような規定である。「代理人其代理契約ニ依循シ委任者ノ名義ヲ以テ第三者ト結約シタルトキハ委任者ハ其第三者ニ対シ右ノ決約ニ基因スル一切ノ義務ヲ負担ス可キモノトス」。

(3) ボアソナード氏起稿・前掲注(1)三四〇頁。

(4) このボアソナード草案九三五条一項違反の効果は明文化されていないが、この規定はフランス民法一九九二条第一項を継受するものであり(ボアソナード氏起稿・前掲注(1)三〇五頁)、フランス民法一九九二条違反の効果は、受任者が損害賠償義務を負うものと解されているので(川上太郎『現代外国法典叢書フランス民法「V」財産取得法(二)』八七

頁(有斐閣、昭一六)、ボアソナード草案九三五条一項においても同様に解することができる。よって、この草案の下では、代理権濫用の場合には、受任者は委任者に対して損害賠償責任を負うことになったであろうということが推測できる。

(5) 背任的意図を有してなす代理権濫用行為は、代理人が負う内部的義務に違反することになる。しかし、代理人が内部的に負う義務に違反する場合に、常に代理行為が代理権濫用になるわけではない。代理権濫用となるためには、代理人が内部的に負う義務に反することと併せて、代理人に、本人以外の者の経済的利益を図るという故意(背任的意図)がなければならない。

(6) 森島昭夫「委任と代理」三〇〇、三〇三頁『契約法体系Ⅳ 雇用・請負・委任』(有斐閣、昭三八)。

(7) 旧民法二三七条一項前段「代理ノ終了セサル間ハ代理人ハ委任ノ本旨ニ従ヒ且明示ナキモ自己ノ了知シタル委任者ノ意思ヲ斟酌シテ委任事件ヲ成就スル責ニ任ス」。

(8) 旧民法二三七条一項後段「此ニ違フトキハ損害賠償ヲ負担ス」。

(9) ちなみに、この時期(ボアソナード時代)の代理法に関する書物としては、次のようなものが存在する。山田喜之助著・横井鋤太郎記『英米代理法』(博文社、明一九)、伊藤松男・元田直闊『代理法要論』(伊藤松男代言事務所、明二〇)、松野貞一郎述『代理法・民法上詐欺ノ觀察』(明二二)、山田喜之助『英米代理法』(博文社、訂二版、明二二)、岡野敬次郎述永瀧久吉編『代理法 東京法学院二三年度第一年級講義録』。

(10) 富井政章『代理法講義』四三頁(中央法学会、明二〇)。

#### 四 第三期 明治民法成立の前後期 (明二八〜明四三)

この時期については明治民法、判例、学説について検討する。

##### (1) 明治民法 (明治二九年制定・公布)

すでに述べたように、旧民法 (財産取得編第一章) においては、委任と代理とが混同されて、契約の名称として代理という文字が用いられていた。明治民法においてはこれを改め、明らかに代理と委任とを区別し、代理は総則編にこれを規定し、債権編において委任契約関係を規定した。

ところで、明治民法の委任の規定の中にも、受任者の注意義務の規定が存在する。すなわち、「受任者ハ委任ノ本旨ニ従ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ処理スル義務ヲ負フ」(六四四条)。また、六四六条一項には、受任者の受取物引き渡し等の義務が規定されている。すなわち、「受任者ハ委任事務ヲ処理スルニ当タリテ受取リタル金銭其他ノ物ヲ委任者ニ引渡スコトヲ要ス其收受シタル果実亦同シ」。委任契約が締結されれば必ず代理権も授与されるとは限らないが、代理権が授与されている場合に、代理人が自己または第三者の利益を図る背任的意図をもってなす代理権濫用行為は、以上の委任契約上の義務に反することになる。それゆえ、内部的には、代理人は本人に対して損害賠償義務を負うことになる。

対外的には、このような場合に、どのように処理されるかについては、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）の審議の中で若干述べられている。すなわち、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からということで金を渡したが、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、富井政章政府委員は丁稚は通常、代理人であり、丁稚が主人のためにすることを示して行為をした場合には、無論民法九十九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<sup>④</sup>という見解を示している。

すなわち、富井政府委員は、代理人が、自ら費消するなど、自己の利益を図るような代理行為の効果も民法九十九条により、本人に及ぶと判断しているのである。かかる判断は、委任契約上の義務違反は勿論のこと自己の利益を図るといふ代理人の背信的意図の存在も代理権の範囲に影響を与えないということを前提していると解される。

## （2）判 例

この時期から代理権濫用に関する判例が出現した。すなわち、（ア）第九回帝国議会衆議院民法中修正委員会の審議の中で示された富井政章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九十九条の適用があるとするもの（大判明治三八年六月一〇日民録一一輯九一九頁、同旨の判例として、東控明治三八年一月二一日新聞三二五号二〇頁、大判明治三九年三月二〇日民録一二輯二七五頁、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<sup>⑤</sup>）と、（イ）親権者の濫用の場合に、相手方が悪意のときには親権を行う者と相手方の直接関係になるとするものである（大判明治三五年二月二四日民録二卷一一〇頁<sup>⑥</sup>）。これは、相手方悪意の場合には、かかる相手方と代理人との直接関係になり、代理

行為の効果が本人に帰属しないのだと構成することによって本人を保護し、悪意の相手方を排除しているものである。

### (3) 学 説

岡松参太郎説(明二九)は、代理権濫用行為の相手方を一〇九条で保護するという解決をなす。すなわち代理権の授与は単独行為であって、①代理人となるべき者に対し、あるいは、②代理人とある行為をなすべき第三者に対して本人が意思表示をなすことによって与えるものであるという。①については「当然云フヲ俟タルヲ以テ」規定はないが、②の場合は従来の立法の認めないところであるので、一〇九条で規定されたのだという。<sup>⑦</sup>そして、例えば債権者乙が債務者甲に対し、丙を代理人とすると通知したが、乙・丙間ではまだ委任契約が締結されていない時点で、甲が丙に金銭の支払をなし、丙はこれを費消したという事案では、一〇九条により債権者乙は債務者甲に対し再び請求をなすことができないという。<sup>⑧</sup>なお岡松説は、一〇九条にいう第三者は善意、悪意を問わないと解している<sup>⑨</sup>ので、相手方が悪意の場合も同様に解するようである。

### (4) 小 括

明治民法の立法の過程に、代理権濫用にあたる事案に関する質疑応答があり、そこでは代理権濫用の場合には民法九九条の適用があるとの見解が示されていたのであった。ここでは、代理人の義務違反の効果が、代理関係にど

のような影響があるのかという議論の立て方はされていないが、民法九九条の適用を認めるというのであるから、義務違反、代理人の背任的意図の存在は代理権の範囲に影響を与えないということを前提していると解される。判例中にも、これと同旨の大審院の判例（大判明三八年六月一〇日）が存在する。また、親権濫用について悪意の相手方は保護されないという判例も存在したのであった。学説としては、岡松説が、代理権濫用の場合には一〇九条を適用して代理の効果を認めている。

注

（１） 本稿項目三（２）参照。

（２） 梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』七二五頁（有斐閣書房、三四版、大三）。

（３） 梅謙次郎『民法要義 卷之一 総則編』二五三頁（有斐閣書房、三七判、大四）。

（４） 廣中俊雄編著『第九回帝國議会の民法審議』一二八頁（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るもの

大判明治三八年六月一〇日民録一輯九一九頁は、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Ｚに裏書譲渡し、上告人Ｚより金銭を得てこれを私消したという事案において、民法九九条は「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タシテ本人ノ為メニア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ヤヲ問ハス常ニ必ス同条ノ規定ヲ適用スヘキモノトス」と判示している。

支配人は営業主に対して、雇用および委任の規定に基づき善管注意義務（民法六四四条）、受取物引き渡し義務（民法六六六条一項）を負うので、この判例の事案のように、代理人が、相手方から得た金銭を私消したという場合には、代理人はこれらの義務に反することになる。そして、この判例は、このような場合でも常に必ず民法九九条の適用があると判示しているのであるから、この判例も、内部関係上の義務違反、代理人の背任的意図は、代理権の範囲に影響を与えない

という判断を前提としているといえる。このような判例理論によって、代理人の真意が地位の濫用にあるような代理行為であってもその相手方は保護されることになる。

(6) 相手方が悪意の場合には本人との直接関係になるとするもの

大審院の明治三十五年二月二十四日民録二卷一一〇頁の判例は、親権濫用の事案において、親権者と取引をなす相手方(第三者)において、「第三者が親権ニ服スル子ト親権者ト取引ヲ為ストキ其親権者ノ行為が親権ノ濫用ナルコトヲ知ラサル場合ニ於テハ其行為が親権ノ濫用ニ基ケルコトヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得サルコトハ上告人所論ノ如シト雖モ親権者ト取引ヲ為ス第三者ニ於テ親権者ノ行為が親権ノ濫用ナルコトヲ知リタル場合殊ニ親権ヲ濫用スルコトニ加功シタル場合ニ於テハ其行為が親権ヲ行ナウ者其自身ト第三者トノ直接関係ニシテ親権ニ服スル子ト第三者トノ間ニ為サレタルモノト云ウコトヲ得サル可シ」といい、親権者と取引をなす相手方において親権者の行為が親権の濫用であることについて悪意である場合には、その行為は親権を行なう者その人と相手方との直接関係となると判示している。

なお、この時期の親権者も、財産管理権を行使するにあたって「自己の財産に於けると同一の注意を以て子の利益を謀る義務」(明治民法八八九条)を負った(梅謙次郎『民法要義 卷之五 親族編』三六一頁(有斐閣、明治四五年版復刻、昭五九))。この義務違反と、この義務違反に対する相手方の加功行為とが代理行為の成立に影響を及ぼすことを示した判例であるとも言える。

(7) 岡松参太郎『注釈民法理由』二一九頁(有斐閣書房、明二九)。

(8) 岡松・前掲注(7)二四四頁。

(9) 岡松・前掲注(7)二四四頁。



## 五 第四期 ドイツ的解釈法学全盛期（明四三〜大正九）

この時期については判例、学説を検討する。

### （1）判 例

この時期には、次のような判例が存在する。

（ア）民法九九条に依拠するもの 代理人のなした意思表示が、①その権限内の事項に関すること②その意思表示は、これを本人のためにすることを示してなしたことの二つの事実が存在する以上は、代理人の意思が真に本人のためにするにあるか、またその地位を濫用して、不正に自己の利益を図ろうとするにあるかを問わず、常に民法九九条の規定により、本人に対しその効力を生ずるとするものが存在する（大判大正四年二月一日民録二一輯九九頁同旨のものとして大判大正六年七月二日民録二三輯一一六八頁）。これは、第三期の大判明治三八年六月一〇日と同趣旨のものである。

（イ）心裡留保規定（民法九三条）に依拠するもの これはこの時期の下級審の判例で初めて出現した（東京控判明治四四年（ネ）一一九号判決年月日不明新聞八一二号一六頁。同旨のものとして、東京地判大正二年一月二日新聞九一一号二二頁<sup>①</sup>）。この立場は、後述するように（本稿項目七（1）（ア））後に心裡留保規定を類推適用するというように理論的に修正されて、戦後、最高裁がとるところとなった。

(ウ) 民法一一〇条に依拠するもの 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一一〇条の規定するところとなるというもの(大阪控判大正三年四月一六日新聞九五一号二七頁)<sup>(2)</sup>。

(エ) 未成年者の支配人が、営業上必要がないのに手形を発行したという事案で、支配人登記が存在していたことを理由に手形取得者の請求を認めたもの(大判大正四月二二大民録二〇輯三二二頁)。

(オ) 会社の清算人が、その職務の執行に必要でない行為であるにもかかわらず、これを必要であるとした場合に、相手方が清算人の真意を知りまたは知りうべき場合の他、会社自ら第三者に対しその責に任じなければならな

いとするもの(大判大正四年六月一六日民録二二輯九五三頁)。

この時期の判例は、以上のように様々に理論構成され、統一されていなかったといえる。

## (2) 学 説

この時期の学説には、(ア) 民法九十九条を適用する説、(イ) 心裡留保規定を直接適用する説、(ウ) 清算人が自己の目的のためにする意思を有し、相手方が悪意である場合には清算人の行為は背任罪を構成し、相手方はこれを幫助するものであるからその行為は無効となるとする説が存在した。

（ア） 民法九九条を適用する説

鳩山秀夫は『法律行為乃至時効』（明四五<sup>③</sup>）で、代理権濫用を民法九九条に定められた代理の要件のうち「本人ノ為メニスルコトヲ示スコト」という代理意思の表示の要件と関連させて、おおむね次のように論じている。すなわち、民法は「為メニスル」という字句を二葉の意義に用いており、一つは本条のように、法律上の効果の帰属に關する形式的な意義で用いており、本条における「本人ノ為メニスル」というのは、その法律行為の直接の効果を本人について生ぜしめるという意味である。そして、「判例カ代理人ノ其地位ヲ濫用シテ自己ノ利益ヲ図ラントシタル場合ニ尚本条ヲ適用シタルハ正當ナリ」と述べて、代理権濫用の場合にも民法九九条を適用する旨の判断を示しているのである。

（イ） 心裡留保規定を直接適用する説

石坂音四郎説は、前述の東京控訴院明四四（ネ）一一九号と同様に、心裡留保規定を直接適用することによって代理権濫用を解決している。石坂説は、大判大正四年二月一五日民録二二輯三卷九九頁以下の判例批評（大五<sup>④</sup>）において、この問題に取り組んだ。

石坂説の構造を示せば次のようになる。すなわち、代理の觀念には、代理行為の法律上の効果たる權利義務が本人に帰するをもつて足り、その事実上の利益が代理人に帰しても良いので、代理人が代理行為をなすにあたり、本人の名義を用いている以上は、たとえ自己の利益のためにする意思をもつて代理行為をなしても、代理行為の法律上の効果が本人に帰することを妨げないので代理は有効に成立する<sup>⑤</sup>。しかし代理行為の事実上の結果である利益を

本人に帰せしめなければならぬ場合には、表面上、本人の名義を用いても真に本人の名義を用いる意思があるか否かは明白ではないという。<sup>⑦</sup>すなわち、代理人が自己の利益のために代理行為をなす場合を、①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しない場合と、②帰せしむることを要する場合との二つの場合に分け、②の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には、代理人には、本人の代理人として代理行為をなす意思があるとはいえないとするのである。そこで、このような場合には、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るので、心裡留保に関する民法九三条の適用によることになるという。<sup>⑧</sup>したがって、もし相手方において代理人の意思を知りうべきときには、その意思表示は無効となるという。<sup>⑨</sup>

このように石坂説は、代理人に背信的な意図が存在するときは、同時に本人のためにする内心的効果意思を有しないのだと構成して、代理権濫用をもっぱら代理意思とその表示の齟齬の問題と捉えているのである。

ちなみに石坂説も、代理人が本人のために借り入れた金銭を消費するような場合には本人に対する基本関係上（例えば委任）の「債務違反」となると解しているが、このような場合でも、権限内の行為であることを異論なく認めている。<sup>⑩</sup>

中島玉吉説（大三）も代理権濫用にあたる場合には、代理人の意思表示について心裡留保が生ずるとみていたようである。<sup>⑪</sup>ただ、相手方が悪意である場合についての検討はなされていない。

（ウ） 清算人が自己の目的のためにする意思を有し、相手方が悪意である場合には清算人の行為は背任罪を構成し、相手方はこれを幫助するものであるからその行為は無効とする説

毛戸説も、大判大正四年二月一五日の判例批評（大五）<sup>13</sup>で、清算人の権限濫用の場合について論じている。すなわち、清算人の権限は清算の範囲に限定され、ある行為が清算の範囲にあるかどうかは、各場合の事情によって決すべきではなくて、その行為が性質上、当該会社の清算の範囲に入るか否かによって決すべきであり、清算人が清算会社を代表してなした行為は、その性質上、清算の目的に属する時は、たとえ清算に必要でない行為であっても会社に対して効力を生ずる。しかし清算人が自己の目的のためにする意思を有し、相手方がこれについて悪意である時は、清算人の行為は背任罪を構成し、相手方はこれを幫助するものであるから、その行為は無効となるという。

### （3） この時期の小括

この時期になって、判例中に、心裡留保規定に依拠するものが初めて現れたのであった。この心裡留保規定に依拠する立場は、次の時期（第一次大戦後の新思潮期）には大審院の判例中にも現れ、戦後には最高裁の判例として固まるのである。また民法一一〇条に依拠する下級審の判例も存在した。民法一一〇条に依拠する判例は、この後、現在まで見当たらない。しかし、学説上は、戦後、一一〇条説は有力に唱えられるに至るのである。

学説においては、石坂音四郎説は、心裡留保規定を直接適用する説を採用した。この説は、代理人が自己に利益

を帰属させるという意図は、本人に行為の効果を帰属させる意思(代理意思)を欠落させると見る説であり、もっぱら代理意思との関係で代理権濫用を論ずる説であった。清算人が自己の目的のためにする意思を有し、相手方が悪意である場合には、清算人の行為は背任罪を構成し、相手方はこれを幫助するものであるから、その行為は無効となるとする毛戸説も存在した。

注

(1) 東京控訴院明四四(ネ)一一九号判決年月日不明新聞八一二号(大正元年九月一五日発行)一七頁は、控訴会社Xの専務取締役Aが、自己の金融を図るために約束手形に控訴会社の取締役であることを表示して裏書きをしBに交付したという事実で次のように判示した。

「民法九十三条の規定に依れば意思表示は表示者が其真意にあらざることを知りて為すも其効力を妨げらるることなきを本則とし只相手方が表意者の真意を知りまたは知ることを得べかりしときに限り其意思表示を無効と為すものにして此規定は代理に依りて為す意思表示にも均しく適用せらるるに因り仮令代理人に於て本人の爲めにする意思を有せざるも苟も代理人其権限内に於て此意思を表示するときは相手方に於て代理人に其本人の爲めにする意思なきことを知り又は知りうべかりし場合の外代理行為は茲に有効に成立し本人は代理人に本人の爲めにする意思なきことを主張して其行為の効力を争ふことを得ざるものと云うべく而して控訴会社の取締役が手形の振出裏書を為す権限を有することは前示各証人の証言に徴して疑ひなきを以て控訴会社の取締役たるAが同会社の爲めにすることを示して為したる前示の手形裏書行為は其被裏書人に於ける右Aは控訴会社の爲にする意思なきことを知りたるか又は知ることを得べかりし事情の存在なき限り控訴会社に対して其効力を生ずるものと云ふべく」。

この判例をみればわかるように、この判例は、代理人が自己の利益を図るという真意を有する場合には、本人のためにする意思が欠けると見ている。それにもかかわらず代理人が本人のためにする意思を表示している、そこに表示と意思の意識的な齟齬が生じているとみて、心裡留保規定を適用するという解決手法を採用しているといえる。この判例は、代理権濫用を代理権の存在という要件に関連させているのではなくて、代理意思とその表示という要件に関連させて解決

しているとみることができる。

次に掲げる東地判大正二年一月一二日新聞九一一号二頁は、同じく心裡留保規定に依拠して処理している。そして、この判例は、更に、授權行為は第三者に対する関係においてこれを判断すべきものであり、代理行為の本人に及ぼす利害得失または代理人の意思の善悪邪正をもつて限界を定めるものではないという判断を示している。事案は、被告会社Yの専務取締役Aが、会社の営業に関係なくA個人の金融のために手形を振り出したというものであるが、次のように判示した。

「Aが其権限内に於て被告会社の代理資格を表示して手形を振出したる場合に於ては同人の真意が会社の為めにするにあらずして自己の金融を計るにありとするも相手方が同人の真意を知り又は知ることを得べかりし場合にあらざれば其振出行為を無効とする能わざるなり何者民法第九三条の規定は代理によりて為す意思表示にも等しく適用せらるるものなればなり故に手形の振出行為を為すことが業にAの権限に属すること前示認定の如くなる以上其代理資格を以てする手形の振出は相手方に於てAが被告会社の為めにする意思なきことを知り又は知ることを得べかりし事情の存在せざる限り常に其権限内の行為にして被告会社に対し其効力を生ずべきものとす蓋し授權行為は第三者に対する関係に於て行為の種類に付て之を判断すべきものにして其代理行為の本人に及ぼす利害得失又は代理人の意思の善悪邪正を以て之が限界を定むべきものにあらざればなり」。

(2)

大阪控判大正三年四月一六日新聞九五一号二七頁は、他人の金融を図る目的をもって支配人が手形を振り出したという事案で、その手形は、支配人たるの資格が濫用され、権限外において振り出されたものと認められるが、代理人がその権限外の行為をなした場合においても、これによって第三者が権限ありと信すべき正当の理由があるときは、民法一一〇条の規律するところとなるので、第三者たる控訴人において支配人に手形発行の権限ありと信すべき正当の理由があるときは、被控訴人において手形上の債務を負担すべきであるという旨の判断を示している。

また、この判断は、本件のように代理人が権限を濫用した場合には、民法九三条にいわゆる真意にあらざる行為をなしたことになるという旨の被控訴代理人の抗弁を、自己または第三者の利益を図るという代理人の真意（目的）は、代理権限内の行為であるか否かを決するに重要な事実であるにとどまり、これをもってただちに真意にあらざる意思表示をなしたものであると論断できないとして退けた。

「本件係争の手形八通は何れもAが訴外Bの依頼に基き単に同人の為に金融を図る目的を以て振出されたるものにして——途中筆者省略——本件係争の手形は何れもAが被控訴人の大阪支店支配人たるの資格を濫用し其権限外に於て振出されたる者と認むるを相当とす——途中筆者省略——然れども代理人が其権限外の行為をなしたる場合に於ても之に因りて第三者が権限ありと信す可き正当の理由を有するときは本人に於て其實に任ぜざる可からざることは民法第百十條の規定する所なるを以て本件係争の手形は何れも訴外Aが支配人たるの権限外に於て振出されたるものなることは叙上の認定の通りなるも第三者たる控訴人に於て同人に手形発行の権限ありと信す可き正当の理由あるときは被控訴人に於て手形上の責務を負担す可きや当然の筋合なりとす。——途中筆者省略——凡そ代理人は其権限内に於て本人の為にすることを示して意思表示をなすときは直接に本人に對して其効力を生ずることは民法第九十九條の明定する所にして同條に所謂本人の為にすることを示して為したる意思表示とは畢竟代理人の意思表示によりて法律上の効果を受く可き責任者即ち本人の何人たるやを示して為す意思表示の義に外ならざるを以て苟も本人の名に於て代理人が意思表示を為すときは仮令其目的は自己若くは第三者の利益を図るにありとするも之唯代理権限内の行為なりや否やを決するに重要な事実たるに止まり之を以て直に真意にあらざる意思表示をなしたるものと論斷するを得ざるや言を俟たず」。

(3) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効』二六一頁(巖松堂、明四五)。

(4) 鳩山・前掲注(3)二六一頁。

(5) 石坂音四郎「判批」法協三四卷二二二—二二九頁(大五)。

(6) 石坂・前掲注(5)一三一頁。

(7) 石坂・前掲注(5)一三三頁。

(8) 石坂・前掲注(5)一三四頁。

(9) 石坂・前掲注(5)一三六頁。

(10) 石坂・前掲注(5)一三二頁。

(11) 石坂・前掲注(5)一三二頁。

(12) 中島玉吉『民法釈義』五五二頁(金刺芳流堂、訂正四版、大三)には、次のような記述がなされている。すなわち、

「代理人ニ本人ノ為メニスルノ真意アルヲ要スルヤ、曰ハク然ラス客觀的ニ本人ノ為メニスルコトヲ示ス事情存スレハ代



理行為トナル、右ノ如キ真意アルヲ要セス、蓋シ外形上ニ於テ本人ノ為メニスルコトヲ示シ内心自己ノ為メニスルノ意思アリト雖モ其内部ノ意思ノ効力ヲ認ムルハ取引ノ安全ニ害アレハナリ（九三（同論三八、六、一〇大審院判決））。

(13) 毛戸勝元「判批」京都法学会雑誌一一卷一号八六頁（大五）。

## 六 第五期 第一次大戰後の新思潮期（大九〜昭二〇）

この時期についても判例と学説とを検討する。この時期から理論構成は極めて多彩になってきた。

### (1) 判 例

(ア) 大判大正九年七月三日民録二六輯一〇四二頁<sup>(1)</sup>は、理事の個人的な利益を図るという目的は代表権の有無に影響を与えないと判示した。これは、前述の第四期（ドイツ的解釈法学全盛期）の東京地判大正二年十一月二二日と同趣旨である。<sup>(2)</sup>

(イ) 九九条に依拠するもの 大判大正九年一〇月二一日民録二六輯一五六一頁は、民法九九条の「本人の爲めにすることを示して爲す」というのは、代理行為から生ずる権利義務を本人に帰せしむるという意味であり、本人に事実上の利益を与えることを必要としないから、代理人が自己の地位を濫用して不正に私利を図るために代理行為をなす場合も本人に対して効力を生ずるといふ。<sup>(3)</sup>このように、代理権濫用を代理権の範囲の問題とせず代理意思と明らかに結びつけて処理した判例は、これが最初である。学説としては、第四期に鳩山秀夫がこのような見解を唱えていた。<sup>(4)</sup>

(ウ) 心裡留保規定に依拠するもの 大判昭和一六年五月一日新聞四七二二号一四頁<sup>⑤</sup>は、前述の第四期の東京控判明治四四年(ネ)一一九号などと同様に、民法九三条の心裡留保規定に依拠しているが、心裡留保規定を直接に適用しているのではなく、「準拠」して解決している。

(エ) 民法五四条に依拠するもの 大判昭和一〇年三月一〇日新聞三八三三三号一八頁は、代表権濫用を代表権の内部的制限に関する規定である民法五四条すなわち、「理事ノ代理権ニ加エタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」という規定に依拠して解決する判例である。すなわち、自己の利益を図る目的をもって代表行為をなしたという事由は、内部関係において問題となるにとどまり、善意の相手方にはこの事由を対抗できないが、悪意の相手方に対しては、この事由を対抗し得るとするのである。このような判例は、この時期に初めて出たものである。

(オ) この他にも、現在では理論的に克服されているが、会社代表者の権限濫用の場合に、会社の目的と結びつけて解決するものが存在した。<sup>⑦</sup>

この時期の判例も、以上のように様々に理論構成され、統一されていなかった。

## (2) 学 説

この時期の学説としては、(ア) 心裡留保規定直接適用説、(イ) 権利濫用説、(ウ) 信義誠実違反説、(エ) 民法九〇条違反説、(オ) 民法五四条説、(カ) 会社の目的と関連させる説等が存在する。

（ア） 心裡留保規定直接適用説

心裡留保規定を適用する立場は、すでに見たように、判例、学説上、ともに第四期（ドイツ的解釈法学全盛期）にすでに現れていたものであった。<sup>8)</sup> また、この第五期にも心裡留保規定に「準拠」して処理している大審院の判例が存在していたのであった。

心裡留保規定に依拠するこの時期の学説は、心裡留保規定を直接に適用していた。（a）末弘厳太郎、（b）我妻栄、（c）大浜信泉の各説が存在した。

（a） 末弘厳太郎説

いうまでもなく、末弘厳太郎は、ドイツ法学的解釈全盛期に対する批判と、これを受けた民法学の展開を直接にもたらした学者である。この末弘厳太郎による二つの仕事が民法学の展開をもたらしたといわれているが、そのうちのひとつである、大正一〇年度の『民法判例研究会 判例民法 大正一〇年度』の中で、末弘説は、代理権濫用の判例研究を行なっている。この研究の対象となった大判大正一〇年一月二日は、代理権濫用を法人権利能力範囲の問題として処理したのであったが、末弘説は、「代理人が本人の名において意思表示をなせるにかかわらず、実質上自己の為を計れる場合の代理の効果はなお本人に及ぶべきものなりや否やの問題と関連して研究せらるべき問題で、会社の取締役が自己の名義で手形を振り出して置きながら更に自ら会社の名義で之に保証を與へるやうな場合には、反対事実存せざる限り其行為の相手方は表意者の真意を「知ることを得べかりし」ものとして（九三条但書）自己の不明に因る損失を負担せねばならぬことになるのだと思う<sup>9)</sup>」と述べて心裡留保規定に依拠して解決すべ

き旨の判断を示していたのであった。

(b) 我妻栄説

我妻説は、『民法総則』(昭五)において、代理権濫用論について、九九条の「本人ノ為メニスル」の要件と関連させておおむね次のように論じている。すなわち、この「本人ノ為メニスル」ことを示すことも代理行為たる意思表示の一部であるから、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九三条によって代理として効果を生ずる妨げとならない。代理人が権限を濫用せんとする意思を有する場合にも、この理由に基づき、原則として代理の効果を生じ、諸般の事情から代理人の不正な意思が相手方から知りまたは知りうべきものであるときは九三条ただし書によってその効力を生ぜず、したがって代理行為として成立しない<sup>10)</sup>。

この時期の我妻説<sup>11)</sup>も、代理人が不正な意思を内心に蔵しているときには、代理人に「本人のためにする」意思が欠缺することになるとみているようである。これは前の時期の石坂説<sup>12)</sup>と同趣旨の見解である。

(c) 大浜信泉説

大浜説(昭一〇)は、大判昭和九年五月一五日の「判批」において、産業組合の理事の資格冒用の事案について検討している。大浜説は、まず、産業組合の理事が、その資格を冒用して、私利を営む目的に出た行為も、理事の権限内の行為といえることができるかという問題をにしている。この点について、法人の代表者が、法人の名においてなした行為が、その権限内の行為に属するか否かは、その代表者の意思によって定まるべき問題ではなく、

もっぱらその行為の種類乃至性質に鑑みて客観的にこれを判断すべきであり、いやしくもその性質上、組合の事務に属する行為である以上は、その実、理事個人の利益のためになされた場合であっても、これをもって組合の事務に属せず、したがって理事の権限内の行為ではないというべきではないという<sup>13)</sup>。

更に、権限内の行為であるとしても、もし、相手方において、その理事の真意が組合のためになすのではないということについて悪意である場合には、無効とすべきではないかということの問題とする。そして、この問題を心裡留保の問題として取り扱うべきであるとする。すなわち、代表者による行為にあっては、本人のためにする意思、すなわち代理意思が必要であるが、代理意思は、①本人の利益のために意思表示をなし、そして、②直接本人についてその効力を生ぜしめようとする意思を指すにほかならないとする。それゆえこの代理意思については、①の部分について、その表示と代理人の真意とは一致しない場合が生じ、よって本人のためにする真意なくして、外観上、本人のためにする意思があるがごとくに装い、本人の名において意思表示をしたことになり、この代理意思の部分について心裡留保を生ずるという<sup>14)</sup>。

このように、大浜説は、代理意思（本人のためにする意思）について第四期の石坂説と異なり、独特の理解を示している。石坂説は、「本人ノ為メニスルコトヲ示シテ」ト云フカ故ニ或ハ代理人ハ本人ニ事実上ノ利益ヲ帰セシムル意思ヲ以テ代理行為ヲ為スコトヲ要スルモノト解スヘキカ如シ然レトモ「本人ノ為メ」ナル文字ハ上述セルカ如キ「本人ニ事実上ノ利益ヲ帰スルカ為メ」ナル意義ヲ有セス独民法百六十四条ノ「本人ノ名義ニ於テ」ト云フト同シク他人ノ代理人タルコトヲ示スコトヲ云フニ外ナラス<sup>15)</sup>」と述べていることから明らかなように、代理意思について本人の利益のために意思表示をなすことを要素としていないのである<sup>16)</sup>。石坂説は、前述したように、代理人が背信的な意思をもって行為をなすときには、本人に効果を帰属させる効果意思が欠缺するのに、代理人が、本人に

權利濫用説は、前述の心裡留保説よりも遅れて登場した。權利濫用説が登場したのは、大正五年に学説上心裡留保説が登場したのに遅れること二〇年余りの昭和一三年のことであつた。信義則説を最初に唱えたのは竹田省博士<sup>(18)</sup>であつた。竹田説は、会社代表者、支配人の権限濫用の場合を念頭に置いておおむね次のような見解を示した。

— 476 —

れることになるからである<sup>(19)</sup>という。そして例えば取締役がその資格で個人用の金を借りだすというような行為も当然その権限内の行為であり、会社が責任を負うのは当然だということになる。

そして悪意の第三者に対しては、この場合にあっては、「取締役の権限内に行爲たることは同じであるが、第三者がそのことを主張することが、法の保護の目的を超脱して権利の濫用だということになるのであると考える<sup>(20)</sup>」という。

（ウ） 信義誠実違反説

大隅健一郎説は、会社の無限責任社員が会社名義を用いて他人に転売の目的で重油を買い入れたという事案の大判昭和十三年二月七日の「判批」民商七卷六号二六頁（昭一三）では、相手方に代表者の権限濫用につき悪意あるときは、会社はこれを証明して責任を免れることができるとする理由として、「会社代表者の行為につき客観的立場に於て会社の責任を定むるは、専ら其の行為の相手方従つて取引の安全を保護するに在るが、此の点に於て悪意者を保護すべき理由はないからである」として、信義誠実を理由に挙げていなかったが、その後の大判昭和十三年六月十一日の判批では、「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之と契約を締結したる当事者が、その行為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と認めらるることにその理由を求むべきであらう<sup>(21)</sup>」といい、信義誠実を理由に挙げている。

（エ） 民法九〇条違反説

大西耕三説（昭三）がこれを主張する。この説は、内部関係から生ずる代理人の義務と代理権の範囲の関係につ

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。<sup>22)</sup>しかし、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事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>23)</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。しかし、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も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いう。<sup>24)</sup>

大西説は、内部から生ずる注意義務違反に反する場合と、注意義務に反しているだけではなく、故意に本人に対して損害を加える意図をも有している場合とを分けて論じ、いずれの場合も代理権の範囲内の行為であることを明らかにして、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している点で特筆すべき見解であるといえる。

（オ） 民法五四条説

升本重夫説（昭一〇）は、大判昭和九年五月一日（組合理事の資格冒用による手形の裏書きの事案）の判批で、民法五四条の規定の精神によって、この問題を解決すべきであるとした。<sup>25)</sup>すなわち、組合の理事は株式会社



取締役ないしは支配人と同様、組合との内部関係においては代表権または代理権の行使を制限されるべきであり、また明示の制限がなくても、委任または雇用関係上、代表権を濫用してはならないという暗黙の制限に服するが、このことによつて外部に対する代表権または代表資格がそれだけ当然縮小する関係にあるものではないとして、内部関係上の制限は、原則として外部関係に影響を与えないとする。しかし、代表権の行使が内部的に制限されていても、このために対外的代表権の縮小を必然に伴うべきではないと解したのは、取り引きの安全保護の見地に由来するもので、無用に理事の権限を拡大しようとするものではないという<sup>27)</sup>。そこで、理事の代理権に加えた制限は善意の第三者には対抗できないが、悪意の第三者に対してはこの制限を以て対抗し得ることは法の明らかに予定するところである（産業組合法三二条、民法五四条）ので専務理事の資格冒用によつてなされ、内部的には正当に代表されない組合の裏書きであることについて悪意である第三者には組合は代理権濫用の人的抗弁を以て手形責任を拒否し得るといふ<sup>28)</sup>。

この升本説も、内部関係上の制限が、代表権にどのような影響を与えるかという点に着目して立論されている。

（カ） 会社の目的と関連させる説

会社の目的と代表権濫用とを関連させる判例がこの時期には存在したことはすでに述べたが、学説にも、会社の目的と関連させる説が存在した。納富義光説（昭一三）は、おおむね次のような見解である。すなわち、代表者の代表権の範囲が登記簿上抽象的客観的に確定される範囲において代表権が存在するべきであるが、このことは、登記制度が善意者を保護することを目的とすることから悪意者に対する関係では維持する必要がない。そこで、取締役等が代表行為の形式で、ある特定の行為をしたが、内実は自己の金融を図る目的のもとにかかる行為がなされた

という場合には、このような行為は客観的抽象的には会社の目的の範囲内の行為であるとしても、悪意者に対する関係においては目的の範囲外のものとされなければならない<sup>(28)</sup>。

### (3) 第五期の小括

判例には、第四期の下級審に初めて現れた、心裡留保規定に依拠して解決する手法を引き継ぐ大審院の判例が存在したほか、民法五四条に依拠するもの、会社代表者の権限濫用の場合に、会社の目的と結びつけて解決するものなどが初めて現れた。判例は統一されていなかった。

学説には、心裡留保規定直接適用説、権利濫用説、信義則違反説、民法九〇条違反説、民法五四条説、会社の目的と関連させる説が、この時期に存在した。心裡留保説は、第四期から学説上存在するものであったが、代理人の背任的意図を代理権と結びつけて解決するというよりも、代理意思とその表示との関係で代理権濫用を捉える傾向が強いものであった。権利濫用説、信義誠実違反説は、この時期になって初めて現れたものであるが、代理人の背任的意図は、代理権の範囲に影響を与えないという原則論を前提として貫くものといえる。民法九〇条違反説も、この時期になって初めて登場したが、この説は、内部関係の義務違反が代理権の範囲にどのような影響を与えるかということに配慮していた。民法五四条説もこの時期になって初めて登場したが、この説は、代表権を濫用してはならないという内部関係上の暗黙の制限が代表権にどのような影響を与えるかという点に着目されて立論されているのであった。民法九〇条違反説とこの時期の民法五四条説は最近の代理権濫用論の傾向と一致している説であるといえる。

注

(1) 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縱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」(大判大九年七月三日民録二六輯一〇四二頁)。と判示された。なおこの時期の同旨の判例として、東控判大一二二年六月二九日新聞二一七六号一八頁がある。

(2) 第四期の東地判大正二年一月一二日は、心裡留保規定に依拠した判例であるが、前提問題として代理行為の本人に及ぼす利害得失または代理人の意思の善悪邪正によって代理権の限界を定めるべきではないとの判断も示していたのであった。本稿項目五(1)(イ)参照。

(3) 「組合理事ノ名義ヲ使用セル借入証書ニ基キ金員ヲ借入ルルニ當リ金員ヲ自己ノ為メニ騙取スルノ意思ヲ以テ之ヲ為シタリトテ代理人カ本人ノ為メニスルコトヲ示シテ意思表示ヲ為シタルモノト認ムルノ妨ケトナルモノニアラス何トナレハ民法九十九条ニ本人ノ為メニスルコトヲ示シテ為スト云フハ本人ノ代理人タルコトヲ示シテ代理行為ヨリ生スル權利義務ヲ本人ニ帰セシムルノ謂ニシテ必スシモ本人ニ事実上ノ利益ヲ興フルコトヲ要セサルモノナレハ代理人カ自己ノ地位ヲ濫用シ不正ニ私利ヲ計ル為メ代理行為ヲ為ス場合ニ於テモ其権限内ノ事項ニ屬スル限り本人ニ對シテ其効力ヲ生スルモノナレハナリ」(大判大正九年一月二日民録二六輯一五六一頁)。

(4) 本稿項目五(2)(ア)参照。

(5) 大判昭和一六年五月一日新聞四七二二二号一四頁の事案は次のとおり。会社Xは大正一四年一月二二日訴外A銀行に對し定期預金として金二〇万円を預け入れた。その後、会社Xの取締役Bは、大正一五年三月一〇日、会社を代表して金額二〇万円の約束手当を訴外A銀行にあてて振り出し、これによって同人自身がさきに同銀行から融通を受けた金二〇万円の手形債務を消滅させることにA銀行と合意をし同時に会社の手形債務を担保するために、会社Xを代表して本件定期預金債権を同銀行に質に入れその預金証書を同銀行へ引き渡した。このような事案のもので、次のように判示された。「然

レトモ本件記録ニ依レハ前上告審ハ株式会社ノ取締役カ会社ノ為メニスル意思ヲ有セス自己ノ利益ノ為メ表面上会社ノ代表者トシテ法律行為ヲ為シタル場合ニ於ケル該法律行為ノ効力ハ民法第九十三条心裡留保ニ関スル法律ニ準拠シテ之ヲ決定スヘキモノト做シ以テ前控訴審カ訴外株式会社第百銀行ニ於テ被上告会社ノ取締役玉屋時次郎(B)カ自己ノ利益ノ為メ権限ヲ濫用シタル事実ヲ了知シテ本件手形取引ヲ為シタルヤ否ヤハ本件手形債務ノ発生ニ影響ナシト解シタルハ心裡留保ニ関スル法理ヲ誤解シテ裁判ヲ為シタル違法アルモノトシ之ヲ理由トシテ前控訴審判決ヲ破棄シ本件ヲ原審ニ差戻シタルモノナルコト明ラカナリ然ラハ原審カ本件ニツキ裁判ヲ為スニ当タリテハ前上告審ノ右法律上ノ判断ニ羈束セラルヘキモノト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ前論旨ヲ判断スルニ当リ説示シタルカ如キ事実ヲ原審カ適法ニ認定シタル上心裡留保ノ法理ニ準拠シテ玉屋時次郎(B)カ大正十五年三月十日被上告会社(X)ノ取締役トシテ本件二十万円ノ約束手形ヲ振出タル行為ヲ無効ナリト判断シタルハ相当ナリトス。

(6) 本稿項目五(1)(ア) 参照。

(7) 大判大正一〇年一月二日民一録二七輯一〇〇頁、大判昭和十三年二月七日民集一七・一・五〇。この手法は、今日では理論上克服されているといわれる。於保不二雄「判批」民商五〇巻四号五九頁(昭三九)。

(8) 判例については、本稿項目五(1)(イ)、学説については本稿項目五(2)(イ) 参照。

(9) 末弘厳太郎『民法判例研究会 判例民法 大正一〇年度』一一頁(大一一)。

(10) 我妻榮『民法総則』四七九頁(岩波書店、昭五)。

(11) 戦後になって、我妻説は、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を代理人は有しているのだという認識を有するに至った。本稿項目七(2)(ア)(a) 参照。

(12) 本稿項目五(2)(イ) 参照。

(13) 大浜信泉「判批」民商一卷二四九頁(昭一〇)。

(14) 大浜・前掲(注13) 六六頁。

(15) 石坂「判批」法協三四卷一二号一三一頁(大五)。

(16) 我妻・前掲(注10) 四七九頁も同旨。

(17) 石坂・前掲(注15) 一三四頁。

- (18) 竹田省「判批」民商七卷二号一六〇頁以下（昭一三）。
- (19) 竹田・前掲注（18）一六四頁。
- (20) 竹田・前掲注（18）一六四頁。同旨の学説として、田中誠二「判批」法協五六卷一二号一七三頁（昭一三）、実方正雄「判批」民商九卷一号八五頁（昭一四）。
- (21) 大隅健一郎「判批」『商事法判例研究（三）昭和一三年度』五一頁（有斐閣、昭一五）。
- (22) 大西耕三『代理の研究』二七四頁（弘文堂、昭三）。
- (23) 大西・前掲注（22）二七五頁。
- (24) 大西・前掲注（22）二七六頁。
- (25) 升本重夫「判批」新報四五卷二号一三六頁（昭一〇）。
- (26) 升本・前掲注（25）一三九頁。
- (27) 升本・前掲注（25）一四一頁。
- (28) 升本・前掲注（25）一四一頁。
- (29) 納富義光『商事法判例研究（三）—昭和一三年度—』二〇二頁（有斐閣、昭一五）。

七 第六期 戦後（昭和二〇年の敗戦以後現在までの時期）

この時期については判例・学説を検討する。

（一） 判 例

戦後の判例としては、（ア）心裡留保規定に依拠するもの、（イ）一般悪意の抗弁ないし権利濫用・信義則規定によるもの、（ウ）代表権の内部的制限に関する規定（民法五四条）に依拠するものなどが存在する。心裡留保規定に依拠するものと民法五四条に依拠するものとは、戦前（第四期）までに既に現れていたが、一般悪意の抗弁ないし権利濫用規定によるものはこの時期になって初めて登場した。

（ア） 心裡留保規定に依拠する判例

すでに繰り返し述べたように、心裡留保規定に依拠する判例は、戦前にも存在した。すなわち、東京控訴院明治四四年（ネ）一一九号判決年月日不明に始まり、その後、東京地判大正二年十一月一二日新聞九一一号二一頁、大判昭和一六年五月一日が心裡留保規定に依拠したのであった。

戦後については、最高裁が昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁で、代表権濫用について心裡留保規定ただし書を類推適用することによって解決する旨の判断を初めて示したのであった。これが、戦後の判例に明確な方

向づけを与えたといわれる。<sup>(1)</sup>

事案は、代表権濫用に関するものであった。すなわち、Aが登記簿上、上告会社Xの代表権限があるのを幸い、自己の利益のために上告会社X所有の建物を被上告会社Yに売り渡したというものである。このような事案のもとで最高裁は、「株式会社Xの代表取締役が、自己の利益のため表面上会社Xの代表者として法律行為をなした場合において、相手方が右代表取締役の真意を知りまたは知り得べきものであったときは、民法九三条但書の規定を類推し、右の法律行為はその効力を生じないものと解するのが相当である」（民集一七卷八号九一〇頁）と判示したのであった。

その後、最判昭和四二年四月二〇日民集二二卷三三六九七頁は、「心裡留保の類推を、法人の代表機関とか商業使用人の権限にかぎらず、広く代理権の濫用の問題として一般的に立論」したといわれる。<sup>(2)</sup>最近、親権者による法定代理権の濫用の場合も心裡留保規定の類推適用によって解決するという判例も現れた（最判平成四年二月一〇日民集四六卷九号二七七頁）。

最高裁のこの問題に関する判例は、すべて民法九三条ただし書を類推適用する立場に立っており、この立場は、現在では、最高裁の判例としてほぼ固まったものと評されている。<sup>(3)</sup>

（イ） 一般悪意の抗弁ないし権利濫用・信義則規定により解決する判例

戦前には、一般悪意の抗弁ないし権利濫用・信義則規定により解決する判例は見当たらなかったが、戦後の下級審の中に幾つか、このような理論によって解決するものが見受けられるようになった。<sup>(4)</sup>例えば、名古屋高判昭和五年一月二九日判時八五一号一九八頁は、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

て右代理人に弁済金を交付した場合について、「代理人が自己の利をはかるため、本人を代理して弁済金を受領することは、代理人の権限濫用行為といふべきであり、このことを熟知しながら、あえてその代理人に弁済金を交付したものは、信義則上本人に対し弁済行為の有効なることを主張し得ないものと解するのが相当である」と判示した。

なお、最高裁の判例でこの立場に立つものは存在しないが、最判昭和四二年四月二〇日民集二一卷三三六九七頁、最判昭和四四年四月三日民集二三卷四号七三七頁の両判決には、この立場をとる裁判官大隅健一郎の意見が付されている。すなわち、代理人が何人の利益をはかる目的をもって行為をしても権限内の行為であつて、この場合に、相手方が権限濫用であることについて悪意があつても、権限内の行為であることに変わりはないが、「このような場合に、悪意の相手方がそのことを主張して契約上の権利を行使することは、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ものと解すべきである」という。

(ウ) 民法五四条に依拠する立場

戦前に、大審院の判例の中に民法五四条により解決する判例が存在したことは前述したが、戦後の最高裁の中には、このような解決をするものは存在しない。しかし、下級審の判例の中には、幾つか民法五四条に依拠して解決するものが存在する。<sup>(8)</sup>例えば、大阪高判昭和三五年五月一四日判時二二九号三八頁はX会社の当時の代表取締役であるAが、同会社の資金繰りのため、Y等から金員を期限を確定せず借り入れたという事案で、「金員借入行為は、定款にいかなる目的を定めた株式会社にとつても、会社の目的遂行に必要な行為として会社の目的範囲内であり、金員借入行為が代表者の権限濫用行為である場合でも会社の目的範囲外となるものではない。金員借入行為が代表



者の権限濫用行為である場合に相手方が悪意であれば、商法二六一条第三項第七八条民法五四条により、会社に責任がないというに過ぎぬ」と判示した。

注

(1) 昭和三八年に最高裁が代表権濫用について民法九三条ただし書を類推適用する旨を明らかにする以前にも、戦後の下級審において、心裡留保規定に依拠するものは存在した。名古屋高判昭和二八年八月二〇日高民集六卷五八六頁、高松高判昭和二九年六月九日下級民集五卷六号八四四頁。

(2) 最判昭和四二年四月二〇日は次のようなものである。「代理人が自己または第三者の利益を図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から（株式会社代表取締役の行為につき同趣旨の最高裁判所昭和三五年（オ）第一三八八号、同三五年九月五日第一小法廷判決、民集一七卷八号九〇九頁参照）、原判決が確定した前記事実関係の下においては、被告会社社に本件売買取引による代金支払の義務がないとした原判示は、正当として是認すべきである」（民集二二卷三三六九八頁）。

(3) 小林一俊「判批」金判五二五号三頁（昭五二）。

(4) 代理権濫用に関する戦後の最高裁の判例としては、本文中に挙げた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二二卷三三六九七頁の他、次のようなものがある。最判昭和四二年七月六日金判六七号一六頁、最判昭和四四年四月三日民集二三卷四号七三七頁、最判昭和四四年一月一四日民集二三卷一〇二二三頁、最判昭和五一年一〇月一日金判五一二号三三頁、最判昭和五一年一月二六日判時八三九号一一一頁、最判昭和五三年二月一六日金判五四七号三頁、最判昭和五四年五月一日金判五七六号一九頁。

(5) 中島秀二「濫用代理論批判」幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』七九頁（有斐閣、平五）

なお、直接の相手方からの転得者と本人間の関係は、最高裁の判例によれば、次の様に解決されることになる。すなわち、転得者が、①一般の法律行為によって権利者となった場合、および通常の流通方法によらないで手形を取得した場合

と、②手形的譲渡方法によって手形を取得した場合、③小切手を取得した場合と異なる解決をするということになっている。

①の場合には、民法九四条二項の類推適用により、本人は、第三者が自己の善意を立証しない限り責を免れる「最判昭四四年一月一四日民集二三卷一〇二二三頁」のに対し、②の場合には、本人は第三者が手形法一七条ただし書にいう善意の取得者であることを自己が立証しない限り責を免れないことになり（最判昭和四四年四月三日民集二三卷四号七三七頁）、③の場合には、小切手法二二条ただし書により本人は、代理人の知情につき第三者が悪意の取得者であることを主張・立証した場合にはじめて小切手上的責任を免れることになる（最判昭五四年五月一日判時九三二号一一二頁）。

以上、直接の相手方からの転得者と本人間の関係については、田邊光政「代理権の濫用と手形抗弁」『セミナー法学全集 九 商法Ⅲ』一四四頁（日本評論社、昭四九）参照。

- (6) 最判昭和四四年一月一四日の第一審である福井地判昭和三六年二月二六日判決と原審である名古屋高判金沢支部昭和四二年三月二九日判決とは、悪意取得の抗弁理論を採用している（民集二三卷一一号二〇五七頁二〇六九頁）。また最判昭和四四年四月三日の第一審である名古屋地判昭和三〇年一〇月二五日は、組合の参事が権限を濫用して手形を振り出した場合には、これを知って手形を取得した所持人に対して組合は一般悪意の抗弁または権利濫用の抗弁をもって対抗し得るとの判断を示している（民集二三卷四号七五三頁）。大阪地判昭和三五年六月九日も、代表者がその代表権限を濫用して振り出した手形であることを知って同手形を受け取った所持人が、振出人に対して右手形金を請求することは信義則上許されないという判断を示している（金判五一号三三三頁）。

- (7) 民集二一卷三三六九七頁。

- (8) 大阪高判昭和三五年五月一日判時二二九号三九頁、大阪高判昭和三六年四月一二日高民一四・四・二五七。

## (2) 学 説

戦後の学説としては、(ア)心裡留保規定（民法九三条）に依拠する説、(イ)権利濫用、信義則、悪意の抗弁

説、（ウ）表見代理説、（エ）無権代理直接形成説、（オ）一〇八条説、（カ）民法五四条説、（キ）相手方に、本人に対する付随義務違反を問う説がある。（ア）、（イ）、（カ）説は、すでに戦前から存在していたが、（ウ）、（エ）、（オ）、（キ）説は、学説上は戦後になって初めて登場した。<sup>①</sup>

（ア） 心裡留保規定（民法九三条）に依拠する説

心裡留保規定に依拠する立場は、すでに見たように、戦前から下級審、大審院の判例で採用されることのあったものであり、戦後は最高裁の判例として、ほぼ確定したものであると評されているものである。<sup>③</sup> 学説においても、戦前から石坂音四郎（大五）、末弘厳太郎（大一一〇）、我妻栄（昭五）、大浜信泉（昭一〇）により唱えられていたのであった。

戦後においても、多くの学者によってこの説は唱えられている。この説は、更に、（a）権限を濫用する代理人にも代理意思が存在するので、この規定を直接適用することは出来ないとして擬律、類推、準用、ないし仮託する説、（b）心裡留保規定に新たな機能を与えることによって代理権限濫用を解決する説に分類され得る。

（a） 心裡留保規定擬律、準用、類推適用、仮託説

戦前の石坂説、我妻説、大浜説が、代理意思の理解の仕方に相違があるにせよ、代理権濫用の場合には、代理人に代理意思が欠けるとみて心裡留保規定を直接に適用していたことはすでに述べたとおりであるが、これに対して、戦後の心裡留保の規定を擬律、準用、類推適用する学説は、権限を濫用する代理人にも代理意思が存在するとは否定しえないので、心裡留保規定を直接に適用することは不可能であるということを前提とする。すなわち、

石坂説、我妻説は、権限を濫用する代理人は、事実上、本人に代理行為の効果を帰属せしめる代理意思をもって行為をしていないのであるという見解であったが、於保博士（昭三九）は、権限濫用行為をなす代理人に代理意思、すなわち、本人に法律効果を発生させる意思が存在するかという点に関して、次のように述べて、既述の石坂説、旧我妻説の理解の仕方と反対の理解を示している。すなわち、「代理人・代表機関が権限濫用行為をする場合には、むしろ積極的に代理行為・代表行為をする意思をもって行為するのであって、代理行為・代表行為をする意思がないことを心裡に留保して行為するということは事実<sup>⑥</sup>に反する」と。また、大浜説は、代理意思を、①本人の利益のために意思表示をなし②直接本人についてその効力を生ぜしめんと<sup>⑦</sup>の意思をさすとして、代理意思が存在するというためには、本人の利益のためにすることを必要としていたが、この理解の仕方に対しては、「代理行為が有効であるためには、本人に法律効果が発生すべきこと、すなわち、代理意思をもってすれば必要かつ十分であって、本人の意思にしたがうこと、本人の利益のためにすることは必要ではない。自己または第三者の利益をはかる意思を心裡に留保することが代理行為を心裡留保ならしめるとみ<sup>⑧</sup>ることは理論に反する」と批判する。

このように於保説は、権限を濫用する代理人であっても代理意思を有しており、したがって代理意思とその表示とが存在しているので心裡留保はなく、心裡留保規定を直接に適用することはできないとしているのである。

そして、於保説は、民法九三条ただし書の規定を類推適用する最判昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁の見解を「判例の見解は、権限濫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、これを単に民法九三条但書に擬律したにとどまるのであろう。この意味においてはこの見解は別に非難するに<sup>⑨</sup>は当たらない」と評しているのである。於保説のように、代理人が権限濫用行為をなす場合にも代理意思が存在するので、心裡留保は存在しないが、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、民法九三条擬律、準用、類推適用、仮託説をとるという於保説の立場が、戦後は、支持を受け心裡留保説の中で主流を占めるのである。<sup>10)</sup>

また、我妻説は、以前（昭五）には、代理人が権限を濫用しようとする不正な意思を有する場合には、代理人は効果を本人に帰属させる意思はないのだと解し、心裡留保規定を直接に適用していたが、戦後（昭和四〇）<sup>11)</sup>になって、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べきであるので、代理人が「背任的意図をもっていることを相手方が知りまたは知りうべきときは相手方の立場を考慮することなく、本人の利益をはかることが適當である。そこで第九三条但書の趣旨を類推して、代理行為の効力を否認すべきことになる」と述べて、九三条ただし書類推適用説に変更している。

ところで権限を濫用する代理人の行為には心裡留保は存在しないことを認めるにもかかわらず、なお、心裡留保規定に擬律、仮託し、または、この規定を準用、類推適用する根拠は論者により異なる。

星野説（昭四一）<sup>12)</sup>は、これを主に実質的判断に求めている。すなわち、星野説は代表権濫用の事案を念頭に置いているのであるが、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る点にまず異論がないとされ、更に相手方がこれを「知り得べきものであったとき」をどう解するかが問題であるとして、相手方にとどの程度の注意義務を課するのが妥当かを更に良く考え、かつ民法五七条とのバランスをも考え、「相手方としては、進んで代表機関が私利をはかるために代表行為をしているか否かについてまで調査する必要はないが、といって、特に何もしなくても代表機関の私利をはかうとの真意が通常人なら当然わかるような場合」<sup>13)</sup>には保護に値しないとす。この実質的判断を基礎にして、「悪意の者のみ保護されないとする權利濫用論でなく、民法九三条が、同じ結果を認めたものとして、これを類推適用してもまあよいであろう。ただ、同条は、「心裡留保」の規定で、

本件とは予定している事態がかなり異なる。従って同条を持ち出すのは、ただ何等かの規定をあてはめるだけのことで、むしろこれを引き合いに出さないほうがよいと思うが、特に咎めることもあるまい<sup>15)</sup>とする。

東孝行説(昭四三)<sup>16)</sup>は、代理権濫用の場合は、民法九三条ただし書を類推する基礎がある(類似性がある)ということを根拠とする。すなわち、我々が重要としている事項が、真意として内心に留保されていることは、代理権濫用の場合も心裡留保の場合も同じであり、単にその事項が意思表示の内容となるか否かが異なるに過ぎないということをひとつの根拠とする。更に、このような重要とする事実を相手方が知り得た場合に、これを通常の原則的な法的保護のレベルから降ろす理由が、もしこれをそのレベルにとどめると信義に反し、我々の法感情に反する点も、心裡留保の場合も代理権濫用の場合も共通であることも根拠としている<sup>17)</sup>。

(b) 心裡留保規定に新たな機能を与えることによって代理権濫用を解決する説

中舎説は、九三条が、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に関する規定であると捉え、代理人の権限濫用の問題も、ある代理行為がなされた場合に、代理行為の背後にある代理関係、すなわち内部関係(例えば委任では善管注意義務違反など)を相手方に主張できるか否かという問題であると捉えて、九三条ただし書を適用する<sup>18)</sup>。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。すなわち、表見代理説も、内部関係上の制限の対第三者効を考えているのにはかならないといえるからである<sup>19)</sup>。

(C) 以上に見たように、戦後の九三条に依拠する学説は、戦前の九三条に依拠する学説と理論的には若干異なるものであるといえる。

注

- (1) (ウ) 表見代理規定に依拠する判例は、戦前(第四期)にすでに存在したことは前述した(本稿項目五(1)(イ)参照)が、学説として現れたのは戦後になってからである。
- (2) 東控判明治四四年(ネ)一一九号判決年月日不明新聞八一二号一六頁、東京地判大正二年一月一二日新聞九一二号二一頁。大判昭和一六年五月一日新聞四七一二号一四頁。本稿項目五(1)、六(1)(ウ)参照。
- (3) 戦後の最高裁の判例については七(1)(ア)参照。
- (4) 大浜説は、本人の利益のために意思表示をなすことを代理意思の要素としていたのに対して、石坂説、我妻説は、代理意思について本人の利益のために意思表示をなすことを要素としていないのであった。本稿項目六(2)(ア)(C)参照。
- (5) 本稿項目五(2)(イ)参照。
- (6) 於保不二雄「判批」民商五〇巻四号六〇頁(昭三九)。
- (7) 本稿項目六(2)(ア)(C)参照。
- (8) 於保、前掲注(6)六〇頁。
- (9) 於保、前掲注(6)六〇頁。
- (10) 心理留保規定を準用、類推適用する立場、あるいは心裡留保規定に擬律、仮託するという立場をとる者は以下のとおりである。於保不二雄『民法総則講義』二一九頁(有信堂、昭三四)。松坂佐一『民法提要』総則二〇三頁(有斐閣、新版、昭三九)。我妻栄『民法総則』三四四頁(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)、淡路剛久「判批」法協八五巻四号一五五頁(昭四三)、東孝行「判批」神戸一八巻一号一四九頁(昭四三)、松田二郎『会社法

概論』二二〇頁(岩波書店、昭四三)、幾代通『民法総則』三一頁(青林書院新社、初版、昭四四)、星野英一『民法概論Ⅰ』一三六頁(良書普及会、改訂版、昭五五)、松坂佐一『民法提要 総則』二五八頁(有斐閣、第三版・増補、昭五六)、森泉章『公益法人の現状と理論』一二二頁(勤草書房、昭五七)、辻正美「判批」別冊法教『民法の基本判例』三六頁(昭六一)、半田吉信『民法コンメンタール総則三』三〇八頁(川井健ほか編)(ぎょうせい、平成元)、近江幸治『民法講義Ⅰ』二〇六頁(成文堂、平三)。

(11) 本稿項目六(2)(ア)(b) 参照。

(12) 我妻・前掲注(10) 三四四頁。

(13) 星野・前掲注(10) 五三九頁。

(14) 星野・前掲注(10) 五四三頁。

(15) 星野・前掲注(10) 五四三頁。

(16) 東・前掲注(10) 一五六頁。同旨、森泉・前掲注(10) 一一一頁、半田吉信・前掲注(10) 三〇七頁。

(17) 東・前掲注(10) 一五六頁。同旨、淡路前掲注(10) 六四九頁。

(18) 中舎寛樹「代理人の権限濫用行為と民法九三条の役割」名法九〇号九二頁(昭五七)。

(19) 中舎・前掲注(18) 九二頁。

# (イ) 権利濫用、信義則、惡意の抗弁説

惡意の相手方からの権利主張を封ずる理論構成として、権利濫用(民法一条三項)を根拠にする説は、戦前の第一次大戦後の新思潮期に竹田説(昭一三)によって初めて唱えられたことは前述したが、戦後にも、この流れをくむ説が多数存在する。これらは、あるいは、権利濫用を根拠にし、あるいは信義則を根拠にし、あるいは惡意の抗弁を根拠にする。これらの説は、当初は別のものとして唱えられた。しかし、現在では、権利濫用説と信義則説とは、ともに基底をほぼ同じく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。惡意の抗



弁説もこれらと同旨の見解であると解されている。<sup>(5)</sup>

このカテゴリーに属する説を戦後初めて唱えたのは、山中康雄説（昭三〇）であつた。<sup>(6)</sup> 山中説は債権取り立ての代理権ある者が権限を濫用し、着服横領の意図をもって取り立てたというような場合には、「代理人は授權の原因たる委任契約その他の契約上の義務違反の責任を負うべきことは当然だが代理権授与を委任類似の無名契約と解する立場においても、けだし代理人が代理行為をなすことにつき注意義務を負うのは右授權契約ではなく、原因たる契約にもとづくのであるから、右授權契約上の義務違反と見るべきではない」と述べている。このように山中説は、代理権濫用は、授權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ことを明らかにしている。また、注意義務を負うのは授權契約ではなく、原因たる契約に基づくことを明らかにしている。山中説は、授權行為は代理権濫用の場合であっても瑕疵のない有効なものであると解しているので、善意の相手方は有権代理で保護されることになる。<sup>(7)</sup>

相手方が代理人の背任横領の意図について悪意・重過失のときの本人保護の理論としては、「右弁済の有効を本人に対して主張することが信義誠実則にもとるかどうかという事で判断し、信義誠実則に違反するときは、相手方は右弁済の有効なることをもって本人にたいして対抗しえぬと解したい」と述べて信義則説をとることを明らかにした。<sup>(8)</sup>

なお、山中説は、相手方に単なる過失ある場合に濫用の抗弁を本人に認めることになる九三条ただし書類推適用説を批判して、「九三条但書の類推説は、相手方に代理人の背任的意図がないかどうかにつき不当に高い注意義務をおわせることになるのではないかと疑問を私は禁じえない」と述べている。山中説は、以上にみたように、代理権濫用は授權の原因である委任契約その他の契約上の義務違反であることを明らかにし、かつ授權行為は瑕疵

のない有効なものであると解しているのである。

山中説以後、現在まで、この権利濫用、信義則、悪意の抗弁を根拠とする学説が多数出現した<sup>⑪</sup>。その中でも高橋三知雄説(昭五一)<sup>⑫</sup>は、ドイツの代理権濫用理論をほぼそのまま採用してもさしつかえないとされ、そのような観点から論じられている。高橋説は、心裡留保規定の準用によっては問題は解決しないとされ、残された道として、代理権が濫用され、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)、それとも有権代理であることには変わりないとしつつ悪意の抗弁によって本人の責任を否定するか(外因的解決)のいずれかを挙げられている<sup>⑬</sup>。そして、相手方の故意とか過失によって代理権そのものが限界づけられると考えるべきか、それとも代理権そのものは依然として存在するべきかは優れて理論的な問題であるが、理論構成という点からすれば後者、従って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よりすぐれているとされたのであった<sup>⑭</sup>。

注

- (1) 本稿項目六(2)(イ)参照。
- (2) 本稿項目七(2)(イ)注(12)参照。
- (3) 本稿項目六(2)(イ)及び(ウ)参照。
- (4) 松岡正美「判批」法時三三卷一号一一頁(昭三六)。
- (5) 松本恒雄「代理権濫用と表見代理」判タ一九頁(昭五六)。
- (6) 山中康雄『民法総則講義』二八六頁(青林書院、昭三〇)。
- (7) 山中・前掲注(6)二八六頁。
- (8) 菅原説も、権限濫用は会社と機関担当者との内部関係たる善管注意義務違反の問題に過ぎないので、対外的には機関の権限内において代表資格を示して行為がなされる以上、常に機関の代表行為が存在するという。菅原菊志「判批」法学二

八卷四号一一八頁（昭三九）。米沢説も、権限濫用行為は内心的な忠实義務違反の問題であり、代表権限内行為であることに変わりはなく、いずれも代表権の制限にはならないという。米沢明「判批」関学一五卷二七八頁（昭三九）。小橋一郎「判批」民商六二卷二九一頁（昭四五）も同旨。権限濫用、信義則、悪意の抗弁説は、代理権濫用の場合であっても、授權行為は瑕疵のない有効なものであると解しているといえる。

(9) 山中・前掲注(6)二八六頁。

(10) 山中・前掲注(6)二八七頁。

(11) 本文中で述べたように権利濫用を根拠にする説も、信義則を根拠にする説も、悪意の抗弁を根拠にする説も、現在では本質的な差異のない見解であると解されているが、以下に、便宜上、①権利濫用を根拠とする説 ②信義則を根拠にする説、③信義則と権利の濫用の両方を根拠とする説、④悪意の抗弁を根拠とする説、⑤権利濫用か一般悪意の抗弁によって解決をはかる説、⑥信義則、権利濫用、悪意の抗弁をすべて根拠とする説に分けて挙げておく。

①権利の濫用を根拠とする学説としては次のようなものがある。

柿崎榮治「判批」法学三七卷一号一八三頁（昭四八）。石田満「判批」手形小切手判例百選（新版・増補）二六五頁（昭五二）、堺一郎「判批」法時五九〇号一三六頁（昭五四）、栗山徳子「代表取締役の代表権と代表取締役の専断的行為・代表権制限違反行為」立正一七卷四号四七頁（昭五八）、土橋正「代理権の濫用」森泉章教授還暦記念論集『現代判例民法学の課題』一二九頁（法学書院、昭六三）。

②信義則説をとるものとして、山中・前掲注(6)二八六頁、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、昭三一）、松本・前掲注(5)一八頁、四宮和夫『民法総則』二四〇頁（弘文堂、第四版、昭六一）、平井一雄「代理権の濫用」法セ三八五号四〇頁（昭六二）。

③信義則と権利の濫用の両方を根拠とする説として、亀井秀夫「代表取締役の代表権の踰越と濫用」『末川先生古稀記念・権利の濫用 中』一八七頁（有斐閣、昭三七）、菅原・前掲注(8)一一九頁、米沢・前掲注(8)七九頁、米沢明「会社の代表権限濫用行為(二・完)」関学一六卷一六九頁以下、蓮井良憲「判批」ジュリ昭和四四年度重要判例解説八五頁（昭四四）、米沢明「判批」判時六二二号一三六頁（昭四六）、黄清溪「判批」法研五一卷八号八四頁（昭四九）、高橋三知雄「代理理論の研究」二二六頁（有斐閣、昭五一）、柴田保幸「判批」金法八三二号三〇頁（昭五二）、高森八四郎

「代理権限の濫用」法セ二六七号九八頁(昭五二)、米沢明「代表取締役の代表権限と違法行使の効果」末川先生追悼論集『法と権利二』二九〇頁(有斐閣、昭五三)、畑肇「判批」ジュリ昭和五三年度重要判例解説二二〇頁(昭五三)、川井健『無効の研究』九〇頁(一粒社、昭五四)、田沼征「わが国における代理権濫用」中央大学大学院研究年報九号二頁(昭五四)、上田宏「判批」判時九五五一号一七七頁、石田満「判批」手形小切手法判例百選(第三版)五七頁(昭五六)、倉沢康一郎「判批」法研五五卷一〇号一〇四頁(昭五七)、並木和夫「判批」法研五六卷一十一頁(昭五八)、菅原菊志「判批」ジュリ八二八号一〇二頁(昭五九)、稲田俊信「手形行為と権限濫用」染谷義信博士古稀記念論文『法と現代司法』一五三頁(昭六四)、米沢明「代表取締役の権限濫用行為の効力」関学四三卷四号一頁(平四)。

④悪意の抗弁説をとるものとして上柳克郎「会社の能力」田中耕太郎編『株式会社法講座第一卷』一〇一頁(有斐閣、昭三〇)、小橋一郎「判批」民商六二卷二二九一頁(昭四五)。

⑤権利濫用か一般悪意の抗弁によって解決をはかるものとして、境一郎「法人の手形能力」鈴木竹雄・大隅健一郎編『商法演習Ⅱ』一〇八頁(有斐閣、昭三五)、柿崎栄治「判批」法学三七卷一号一七六頁。

⑥高鳥説は悪意者が権利を会社に対して主張することは信義則または権利濫用として許されず会社は相手方に一般悪意の抗弁をもって対抗しうるといい、信義則、権利濫用、悪意の抗弁をすべて折り込むような理論構成をする。高鳥正夫「法人代表行為の病理現象」法研四四卷三三三頁以下(昭四六)。同旨、山口幸五郎「代表取締役の権限濫用行為及び専断的行為の効力」ジュリ増刊『商法の争点』九六頁(昭五三)。

更に、服部榮三「判批」法学四二卷三三三六九頁(昭五三)は、権限濫用自体を独立のカテゴリと考えて、本人は悪意の相手方に対しその悪意を立証して、権限濫用を対抗できると考える。その根拠は権限濫用という一種の違法行為について悪意である者は違法行為の協力者とも認められるので本人はこの者の権利行使を拒むことができるという点にあるという。この説は、権利濫用ないし信義則説に近いが同じではなく、権限濫用を独立のカテゴリとなす説であるという。

(12) 高橋・前掲注(11)二〇五頁。

(13) 高橋・前掲注(11)二三二頁。

(14) 高橋・前掲注(11)二三四頁。

(15) 高橋・前掲注(11)二三六頁。

## （ウ） 表見代理説

戦前（第四期 ドイツ的解釈法学全盛期）の下級審の判例のなかに、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一一〇条の規定するところとなるという立場をとるもの（大阪控判大正三年四月一六日）が存在したことは前述した。<sup>①</sup>

学説においては、我が国では戦前には表見代理説は存在しなかったものであり、戦後になって初めて登場した。これを最初に唱えたのは、舟橋諄一説（昭二九）である。舟橋説は、代理行為の成立要件である「本人の爲めにする」意思を、「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」と解するのであるが、

「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、例えば持ち逃げをしようとして金銭を代理受領した場合につきかかる代理意思の存否が問題とされているが私見によれば、この場合にも、前述の意味の代理意思の表示は存在しただ、正当な代理行為のため與えられた代理権を濫用した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のである」<sup>③</sup>として、代理権濫用は無権代理であり、相手方は表見代理で保護されるという見解を示す。この表見代理説は、その後何人かの学者により支持された。<sup>②</sup>

特に伊藤進説（昭五二）、福永説（昭五三、五四）は、ドイツ代理権濫用論を詳細に検討された上で表見代理説を採用されている。

伊藤説は、代理権濫用の問題は、代理における内部関係と外部関係の分離、無因論と密接にかかわりを持ってお

り、分離・無因論をどのように捉え評価していくかということと切り離すことのできない問題であるとして、その法的解決のための理論構成を、おおむね次のように試みられている。<sup>③</sup>すなわち、代理理論を本人の効果形成意思や本人の私的自治の観点から捉えることを、法律行為論の中に代理を正當に位置付けるものとして評価し、かかる観点から、代理効果の帰属に関する本人の意思や目的が決定的なものと位置付けられ、代理においては、その内部関係は本人への効果帰属にあたり重要な要因として位置付けられることになる。このことから、少なくとも代理権の濫用問題と関連する代理権の範囲に関しても、代理権の消滅の場合と同様に、代理権とその原因たる内部関係につき有因としてみていくことが妥当であるとする。こ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り、代理制度を利用しての取引の安全を求めていくという解決をとられている。

伊藤説は、代理権濫用の問題は、代理における内部関係と外部関係の分離、無因論と密接にかかわりを持つことを明確に認識し、代理理論について本人の形成意思を重視することによって代理権の範囲についての有因性を認めたものである。

福永礼治説<sup>④</sup>は、おおむね次のような理論を提示される。すなわち、代理権濫用の問題とは直接規律する明定法規の存在しない代理権濫用という現象をいかに法的処理し、かつそれを理論構成するかという問題であるとされ、このような代理権の濫用の問題を実質的な観点から把握するならば、代理権濫用行為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、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捉えることができる<sup>⑤</sup>と述べられる。

そして、このように危険の分配の問題として捉えるならば、その解決を検討する際に、代理権濫用を一律に論じることが妥当ではないので、内部的義務違反といった代理人による危険に本人が関与し、その危険を防止したり除去したりすることが可能な「任意代理・機関代理」の類型の場合と、それができない「法定代理」の類型の場合とに類型化し、それぞれの類型ごとに、どのような事情の下ではどの程度の危険を本人あるいは相手方に負担させることが合理的であるかを検討されている。<sup>(8)</sup>

本人の関与可能性のない「法定代理」の類型の場合には、代理の効果を否定して法定代理の実質的な目的の追求を一貫させる一方、相手方の保護を代理の効果発生による方法とは別の手段によって試みる、すなわち、たとえ相手方が善意であっても無権代理であり、代理の効果は生じないが、右の場合には、相手方は本人との間で契約締結上の過失責任に基づき損害賠償法上保護されると解することが妥当な法的処理とする。<sup>(9)</sup>

本人の関与可能性のある「任意代理・機関代理」の類型の場合の法的処理については、濫用行為であっても代理の効果は発生すべきであるが、相手方において代理人の行為が濫用行為であることを知っている場合や過失によって知らない場合には、相手方に危険を負担させるべきであり、代理の効果の発生は否定されるべきものと解されている。<sup>(10)</sup> 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し、代理の効果が発生するとされる。<sup>(11)</sup>

また、代理関係と内部関係との間をいかに把握するかという問題については次のように述べられる。すなわち、代理権が存在するというのは、単に何らかの代理権を有するというだけではなく、当該代理行為が代理権の範囲内にあることを意味するのであるから、代理権の発生を有因と解するならば、その範囲についても有因性が貫かれると解すべきである。すなわち、代理権の発生を内部関係と一体の法律行為によるものとする融合契約説や別個の法律行為としながらも、その牽連性を認める説においては、義務違反行為のように本人の欲しない代理権の授与は

あり得ないということから、内部的義務違反行為は代理権の範囲外の行為であると解すべきであると。このように代理権の範囲についての有因性を認めておられる<sup>13)</sup>。福永説は代理権の範囲についての有因性を認める見解である。

(エ) 無権代理直接形成説

浜上則雄説(昭四六)が、これを唱えた。すなわち、代理権は、それが授与される原因となった法律関係(委任、雇用、組合など)とは別のものであり、その無効によって影響を受けないが(代理権の独自性と無因性)、代理人による代理権の濫用の場合には、相手方がそれを知っているか、もしくは過失によって知らないときには、代理行為の独自性と無因性はその限定を受けるもの(有因)と解する説である<sup>14)</sup>。この見解は、代理権濫用の場合に、相手方が、悪意・有過失の場合には代理権の独自性と無因性を否定して無権代理となり、善意・無過失である場合には代理権の独自性と無因性を肯定し、相手方を有権代理で保護する見解であると解される。前述の表見代理説との違いは、次のような点に存する。すなわち、表見代理説は、相手方が濫用であることについての相手方の主観(善意・悪意)にかかわらず、濫用であれば代理権の範囲の有因性を認め無権代理となると解するのに対して、この無権代理直接形成説は、相手方が濫用であることについて悪意・有過失である場合に限って、代理権の範囲の無因性を否定して、無権代理となるとしている点に存するのである。

(オ) 一〇八条説

この立場は、戦後、谷口知平説(昭三七)によって唱えられた。すなわち、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、形式的には相



手方代理や双方代理の禁止（民法一〇八条）に違反しないとしても、この趣旨を類推して、本人について無権代理と見て、本人の追認を俟って本人への効力を認めるという見解である。<sup>⑬</sup> また相手方がこの代理権の濫用を知りうべきであったか否かにより区別し、知りうべきであった場合のみ本人を拘束せず知り得なかった場合には本人を拘束するという見解もとりうるという。<sup>⑭</sup>

その後、この立場は、遠田新一説（昭六〇）によってもとられている。すなわち、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・双方代理行為禁止の法理（民一〇八条）または利益相反行為禁止の法理（民五七条等）から、代理人の行為を狭義の無権代理行為とし、利益または不利益の帰属について本人に追認するか否かの自由を認めるべきであり、しかもこの場合、悪意または重過失の相手方に対しては本人から優先的な追認拒絶権の行使を認めるべきであるとする。<sup>⑮</sup>

注

（１） 本稿項目五（１）（ウ）参照。

（２） 舟橋諄一『民法総則』一三二頁（弘文堂、昭二九）。

（３） ところで舟橋説は、任意代理権の発生原因について本人・代理人間の内部的事情によって代理行為の相手方たる第三者に迷惑をかけることをできるだけ避けて取り引きの安全を図ろうとする見地から単独行為説を採用し、この授權行為を単独行為とする趣旨を徹底するため、授權行為を基礎的法律関係の効力から切り離し、これに独自の存在を認めて、内部的関係を発生させる基礎的法律関係が、代理人たる者の意思表示によって無効または失効しても授權行為はその効力を失わないとして、授權行為の無因性を認めている。

このように舟橋説は、内部的関係を発生させる基礎的法律関係の無効・失効の場合には、授權行為の無因性を認めている一方で、内部的義務違反の行為である代理権濫用の場合には、授權行為の無因性を認めず、濫用となる範囲において無

権代理となるとして授權行為の範圍における有因性を認める説である。舟橋・前掲(注2)一二七頁。

(4) 同旨の説として、川島武宜『民法総則』三八〇頁(有斐閣、昭四〇)。川島説は、「問題となるのは、抽象的形式的に觀察すれば代理權の範圍に属する行為が、実質的には、本人の利益のためではなくて代理人その他の者の利益のためになされる場合である。言うまでもなく、そのような行為は、代理權の範圍には属しないと解すべきであるが、取引の相手方がそのような実質的側面を知らず、且つ知らないことが「正当の理由」を有するときは一一〇条によって保護されるのである」という。

ところで、川島・前掲三二二頁以下によれば、川島説は、授權行為を単独行為と構成する。そして授權行為の原因たる雇用・委任等の契約の無効取り消し、解除等は、これと結びついた授權行為の効力にいかなる影響を及ぼすかについては、授權行為が独立の別の意思表示によってなされた場合でも、授權行為を原因關係から分離された独立の法律行為(無因行為)として取り扱うべき旨の規定がない以上、当事者の通常の意思解釈上授權行為と原因關係とは有因關係にある。すなわち後者の無効は前者の無効をきたし、また取消、解除によって前者は失効すると解すべきであるという。川島説は、内部關係の成立、存続、終了のすべての段階で、代理權の有因性を貫く見解であるといえる。

舟橋説、川島説と本文中に挙げる伊藤、福永説のほか表見代理説をとる学者は次のとおりである。木村常信「外部的授權と代理權の濫用」鹿法二号一四頁(昭四一)、下森定・別冊ジュリ民法判例百選Ⅰ総則・物權七四頁(昭四九)。鈴木禄弥『民法総則講義』一六四頁(創文社、昭五九)、青野博之「代理權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(昭六三)、小林一俊「判批」金判五二五号五頁(昭五二)。石田稜『民法総則』四四二頁(悠々社、平四)、椿寿夫『民法総則講義(下)』二四四頁(有斐閣、平六)。

(5) 伊藤進「ドイツにおける「代理權の濫用」理論」明大法論四九卷五号五四頁(昭五二)、伊藤教授は代理權濫用に関して、「代理權の濫用」金判五五九号五二頁(昭五四)、「表見代理、代理權の濫用」法教一四四号三四頁(平四)も著されている。

(6) 福永礼治「代理權の濫用に関する一試論(一)」上智法論二二卷二号一二九頁(昭五三)、(二・完)二二卷三号一七七頁(昭五四)。なお福永助教教授は、代理權濫用に関して、「代理權の濫用と相手方保護」ロースクール三〇号二四頁(昭五六)、「判批」ジュリー一〇四八号九八頁(平六)も著わされている。

- (7) 福永・前掲注(6) 二一〇頁。
- (8) 福永・前掲注(6) 二一一頁。
- (9) 福永・前掲注(6) 二一六頁。
- (10) 福永・前掲注(6) 二一九頁。
- (11) 福永・前掲注(6) 二二二頁。
- (12) 福永・前掲注(6) 二二二頁。
- (13) 福永・前掲注(6) 二〇八頁。
- (14) 浜上則雄『注釈民法(四)』二〇頁(有斐閣、昭四二)、浜上則雄「判批」ジュリ増刊民法の判例第三版三二頁(昭四六)。同旨の説として篠田四郎「共同支配(代表)と支配権(代表権)の濫用」名城法学別冊長尾還暦記念二八一頁(昭六一)。
- (15) 谷口知平『民法論 第一卷 総則・物権の研究』七〇頁(有斐閣、昭六三)、初出「權利濫用の効果」末川博先生古稀記念『權利の濫用 上』(昭三七)。
- (16) 谷口・前掲注(14) 七二頁。
- (17) 遠田新一『代理と意思表示論』四三頁(法律文化社、昭六〇)。遠田新一『代理法理論の研究』一二二頁(有斐閣、昭五九)。

(カ) 民法五四条説

この立場をとる大審院の判例が、第五期の第一次大戦後の新思潮期に存在し(大判昭和一〇年三月一〇日)、戦後にも下級審の判例の中にこの立場に立つものが存在した(大阪高判昭和三五年四月一四日、大阪高判昭和三六年四月一二日)ことは前述した。学説としては、やはり第五期に升本重夫(昭一〇)がこれを主張していたのであった。<sup>①</sup>

戦後にも、民法五四条説をとる学説は、幾つか存在するが、論者によって若干のニュアンスの違いがある。

戦後、初めてこの説を主張した矢澤惇説(昭三三)<sup>2</sup>は、代表取締役の代表権濫用を念頭に置いて、おおむね次のような見解を示した。すなわち、代表取締役が客観的には代表権の範囲内の行為を主観的には会社の損害において、自己または会社以外の第三者の利益を図る意思でなしたという取締役の背任行為は、会社との関係においては、明らかに主観的・具体的に会社の目的を逸脱するものであって、当然、対外的業務執行権限外の行為である。したがって、善意の第三者に対する関係では、客観的・抽象的に判断して、法定の代表権の範囲内に属するものとして会社が責に任ずるとしても、悪意の第三者に対する関係では、対外的業務執行権限外の行為として会社が責に任じないと解しうるであろう(商法二六一条三項)<sup>3</sup>と。矢澤説は、以上のように、この問題を社会の活動の限界内における代表権の制限の問題として扱っているのである。

江頭憲治郎説(昭四六)は、代表機関の権限濫用行為を類似のシチュエーションと比較して、輕過失があるにすぎない相手方は保護されるべきであるとしたうえで、法律構成を民法五四条によらせている。<sup>4</sup>すなわち、会社・取締役の利害対立が外見上明らかである間接取引(取締役が会社を代表して取締役個人の債務を引き受ける、あるいは保証するといった外観上明らかに会社と取締役の利害が対立している場合)に関する判例(最判昭四三年一月二五日民集二二卷一三三三五一一頁)が、輕過失を問題としていないのに他方、取締役が、対価は自己のために費消する意図で会社財産を売却してしまうなどの、利害対立が外見上は明白でない代理権濫用の場合に輕過失を問題とするのは不合理であるという実質的判断を前提としているのである。

石原全説(昭六一)は、支配人の権限濫用について検討している。すなわち、権限濫用とは営業主と支配人との間の内部関係たる義務違反の問題であることからいえば、商法三八条三項の内部的制限との類似性は肯定できると

して同項を類推適用する説である。<sup>(5)</sup>

注

- (1) 本稿項目六（一）（エ）、七（一）（ウ）、六（二）（オ）参照。
- (2) 本文中に挙げるもののほか、五四条説をとるものとして、服部榮三「代表取締役」法ゼ昭和三四年二月号三一頁、喜多祐「判批」金判七五号四頁（昭四二）、喜多祐「外観優越の法理」六九二頁（千倉書房、昭五一）、喜多祐「判批」判時一〇六一号一九八頁（昭五八）、山本為三郎「代表権濫用行為の効力」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二 一号八七頁（昭五九）、前田庸『会社法入門』三二六頁（有斐閣、第三版、平五）がある。
- (3) 矢沢惇「代表取締役の代表権の限界」法ゼ三〇号三八頁（昭三三）。
- (4) 江頭憲治郎「判批」法協八八卷一号一〇五頁（昭四六）。
- (5) 石原全「支配人の権限濫用について」一論九五卷二号一三七頁（昭六一）。

（キ） 相手方に、本人に対する付随義務を問う説

最後にとりあげるのは、ごく最近に中島秀二「濫用代理論批判」（平五）によって主張されている付随義務ないし信義則違反を理由とする取消権を承認する説である。<sup>(1)</sup>

中島説は、代理権濫用論をめぐる従来の諸議論が、「悪意の相手方が代理の有効であることを主張するのは道義上許されない」とする基本的判断に無批判に従っているが、この基本的判断には利益衡量上疑問があるという立場に立っている。すなわち、Yの代理人Aが、横流しの目的で仕入権限を濫用してXに商品を発注し、Xの担当者Bはこれを知りながら納入して結果的にAの横流し遂行を助けたという例で、X自身はなんら不正を知らず、彼には悪意者との道義的非難を帰すべき理由はないし、道徳的評価において当然にXをBと同視することはできな

いし、本人は代理人の危険を負担すべしとの原理は、ここではXについてよりも、むしろ自らの代理人に裏切られたYにこそ妥当し、他方でYをAの背任行為の被害者というのならXもまたBの不始末の被害者であるといつてよく、その意味でXとYとはいわば相手の関係であり、少なくともAの背任行為による損失をすべてX一方に転嫁するのは片手落ちであるという立場に立たれている<sup>②</sup>。

そして、新たな濫用代理論が克服しなければならないポイントとして、①当該代理人との本人の関係ないしかわり方が特に帰責性ないし代理危険の観点から考慮されなければならないこと、②相手方についても悪意、重過失あるいは有過失かどうかではなく、その帰責性の程度が、本人のそれとの相関において問われるべきこと、③悉無律的解決は不当であり、右の相関的評価が効果にも反映されなければならないことなどを挙げている<sup>③</sup>。

法律構成としては次のように構成される<sup>④</sup>。

すなわち、代理権限濫用が実際に問題となる状況は契約関係であるが、契約関係に立つ当事者はいわゆる付随義務（相手方保護義務）によって相互的に規律されている。この付随義務は契約が相互的信頼関係に基づいてはじめて成立可能な関係であることから当然に承認される特殊的な信義誠実原則にその根拠が求められる。またこの義務は将来の契約締結の可能性にむけて両当事者が折衝を初めた段階から認められる義務であり、その意味では狭義の契約上の義務ではなく一般的義務であるという。

以上のことを代理権限濫用の状況に重ね、代理権限濫用行為の相手方に、本人に対するこの付随義務違反を問うという法律構成をとられる。

そして、中島説は、代理人Aが代金横領の意図で本人Y所有不動産甲の売買契約をXの代理人Bと締結したという「双方に代理人がいる設例」で検討を進められる。

この場合、紛争は次の二つの形で発生するという。すなわち、①甲引き渡し未了でXが原告となってその履行を請求するという場合と、②引き渡し後にYのほうから甲の返還を請求するという場合とである。

まず①の未履行の場合については次のように解決される。すなわち、代理権限濫用は有効な代理行為であり、Bの悪意はそれに消長をもたらず、YはXに対する引き渡し義務を免れることは出来ないが、Xは、履行補助者たるBがAの意図を知らながら漫然と、あるいはこれに乗じて、締結に至ったことによって、Yに対する付随義務（相手方保護義務）に違反しており、Yは付随義務違反を理由とする契約解除権を行使することによって甲の引き渡しを免れる。原状回復として、YはXに対してAが着服した既払い代金の返還義務を負うが他方で、この場合にもYはXに対し付随義務を理由とする損害賠償請求権を有する。

そしてこの損害賠償の算定について過失相殺が問題となるが、まず最初にBの悪意がXの有責性とのようにかかわるのかを明らかにする。これについては、代理権限濫用を代理の問題ではなく、付随義務の問題として位置付ける場合、Bは代理人としてでなく履行補助者として属性においてXの責任範囲に取り込まれるとする。

このように解するとBの悪意をX自身の悪意と擬制する従来の解釈と次の三点において決定的な差異を生ずることになるという。すなわち、①本人Yの側の寄与が等閑に付されることなく、過失相殺の過程で顧慮される点、②そのときAの背任行為がY自身の過失と並んでYの過失相殺の範囲に取り込まれる点、③契約主体たるX、Y自身の有責性をそれぞれの履行あるいは受領補助者たるB、Aの背後に完全に埋没してしまうことなく、それ自体過失相殺の内容として顧慮されるという点である。

以上のようにして、中島説は付随義務違反の損害賠償算定における過失相殺に代理権限濫用をめぐるX・Y間での損失分配の機能を担わせるのである。

②の、甲が引き落とし済で、Yがその取戻を求めるという場合も、X・Y間の問題としては右の解除権行使の場合の法律関係に準じて考えれば足り、原状回復として甲返還と既払い代金返還が相互に行われる一方、損害賠償が過失相殺による調整を経てYに認められるという解決をする。<sup>(5)</sup>

以上に述べた中島説は、従来の議論には利益衡量の点で重大な疑問があり、それを看過している諸説はその立論を問わず、いずれも公平正義になかった結論を導出していないと考え、議論全体の抜本的な見直しを提案するものである。<sup>(6)</sup>

注

- (1) 中島秀二「濫用代理論批判」『財産法学の新展開』七九頁(有斐閣、平五)。
- (2) 中島・前掲注(1)八九頁。
- (3) 中島・前掲注(1)九二頁。
- (4) 中島・前掲注(1)九三頁—一〇〇頁。
- (5) 以上は、「双方に代理人がいる類型」についてのものである。中島説は、続けて、「相手方が悪意という代理権限濫用論の基本類型」についても検討されているが、本稿では省略させて頂く。
- (6) 中島秀二「私法学会第五八回大会 資料I 研究報告要旨」九頁(平六)。

(ク) 戦後の総括

判例には、心裡留保規定(民法九三条)に依拠するもの、一般悪意の抗弁ないし権利濫用・信義則規定により解決するもの、内部的制限違反に関する規定である民法五四条により解決するものが存在した。最高裁の判例は、心



裡留保規定に依拠する立場にほぼ確定しているといつてよい状況である。

学説においては、心裡留保規定に依拠する説、権利濫用・信義則・悪意の抗弁説、表見代理説、無権代理直接形成説、一〇八条説、内部的制限違反説、相手方に、本人に対する付随義務の違反を問う説などが存在したのであった。表見代理説に立たれる伊藤説、福永説は、代理権の範囲の無因性・有因性との関係で代理権濫用を詳細に検討されている。

## 八 総 括

我が国では代理権濫用論は、第一期 ボアソナード来朝前（明治元年～明六）と、第二期ボアソナード時代（明六～明二八）には見当たらなかったものであった。

第三期の明治民法成立の前後期（明二八～明四三）における、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）において、代理権濫用にあたる事案、すなわち、代理人が本人のために受領した金銭を着服した事案についても民法九九条の適用があるという見解が、富井政章委員によって示されたのであった。ここでは、代理人のかかる義務違反（民六四四条参照）及び背信的意図が、代理権の範囲についてどのような影響を与えるかという議論はされていない。しかし、民法九九条の適用を認めるということは代理人の義務違反、背信的意図は代理権の範囲に影響を与えないし、代理意思の存在にも影響を与えないということを意味するものといえる。この時期の大審院の明治三八年六月一〇日の判例もこれと同趣旨の判断を示していた。

そして、第四期のドイツ的解釈法学全盛期（明四三～大正九）の下級審の判例には、心裡留保規定に依拠する下

級審の判例が初めて出現した。また、民法一一〇条に依拠する下級審の判例も存在した。この時期の学説としては、心裡留保規定を直接適用する説を石坂音四郎（大五）が唱えていた。この心裡留保説は、代理人の背任的意図と顕名行為との関係に着目するものであって、代理人の背任的意図と代理権との関係についてはあまり配慮をしない見解であった。

第五期の第一次大戦後の新思潮期（大九〇昭和二〇）には、判例には、心裡留保規定に依拠する大審院の判例が現れた。また、民法五四条に依拠する判例、会社代表者の権限濫用の場合に、会社の目的と結びつけて解決するものも存在し、判例は統一されていなかった。学説においては、初めて明確に代理権の範囲と内部的法律関係から生ずる代理人の義務との関係について論ずる学説が現れた。すなわち、大西耕三説（昭三）が、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、代理人が義務に反していることを行為時に相手方が知りうべきときでも代理行為の効力に影響は及ばないが代理人が単に義務に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も行為は代理権の範囲内であるという見解を示していたのであった。また、升本重夫説（昭一〇）も、内部関係上の制限が、代表権にどのような影響を与えるかという点に着目して立論し代表権の内部的制限に関する規定（民法五四条）に依拠する説を唱えていた。なお、この時期には、他に心裡留保説をとる末弘説（大一一〇）、我妻説（昭五）や権利濫用説を取る竹田説（大五）、信義誠実違反説、会社の目的と関連させる説などが現れた。

戦後になって、判例には、心裡留保ただし書を類推適用するもの、一般悪意の抗弁ないし権利濫用・信義則規定によるもの、民法五四条に依拠するものが存在した。現在では、ほぼ最高裁の判例は心裡留保ただし書を類推適用する立場に固まっているといえる。学説においては、心裡留保規定に依拠する説、権利濫用、信義則、悪意の抗弁

説、表見代理説、無権代理直接形成説、一〇八条説、内部的制限違反説、相手方に、本人に対する付随義務を問う説が存在する。特に、学説上は、権利濫用ないし信義則違反説に属する高橋三知雄説（昭五一）、表見代理説に属する伊藤進説（昭五二）、福永礼治説（昭五三、五四）は、ドイツ代理権濫用論を詳細に検討し、代理権濫用論と代理権の範囲の無因性・有因性論が密接にかかわる旨を本格的に説いたのであった。

以上にみてきたように、我が国では、代理人の負う内部的義務の範囲と代理権の範囲とが異なり得るのかそれとも一致するのかという代理権の範囲の無因・有因性論と代理権濫用論とを明らかに結びつけて論じた学説は、戦前では大西耕三説（昭三）と升本重夫説（昭一〇）だけが存在し、極めて少数にとどまったといえる。その理由として、我が国では、ごく初期の段階で、下級審が代理人の背任的意図と顕名行為との関連に着目して代理権濫用を心裡留保規定に依拠して処理する判例を出し（東控判明四四年（ネ）一一九号判決年月日不明新聞）その後、有力な学者（石坂音四郎、末弘厳太郎、我妻榮）も、これを支持したことが挙げられるのではなからうか。すなわち、代理権濫用を代理権の範囲と内部的義務との関係の問題として捉えるというよりも、代理人の背任的意図と代理意思との関係の問題であるとする捉え方が学説上有力化したために、戦前は代理権濫用は、代理権の範囲の無因・有因性論との関係で議論が深められることがなかったのではないかと推測されるのである。そして、代理権の範囲の無因・有因性論との関係で本格的な検討がなされるようになったのはすでに述べたようについ最近のこと（高橋、伊藤、福永説）なのであった。

このような状況のもとで、伊藤進説は、一般的に、一九世紀ドイツ代理理論を承継し、分離・無因性論を承認してきた我が国の民法学において、代理権の濫用の問題は、ドイツにおけると同様に、代理の理論との関係でもっと議論されるべきであらうという見解を示している<sup>①</sup>。また、中島秀二説は、従来の議論には利益衡量の点で

重大な疑問があり、それを看過している諸説は、その立論を問わず、いずれも衡平正義にかなった結論を導出していないということを理由に、議論全体の抜本的な見直しを提案している。<sup>(2)</sup>このように、現在、理論的にも利益衡量についても鋭い問題提起がなされているので、今後の代理権濫用論は一層の展開が望まれているといえる。

以上

注

(1) 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一〇五頁（昭五二）。

(2) 中島秀二「私法学会第五八回大会 資料I 研究報告要旨」九頁。

〔あとがき〕 本稿は、獨協大学特別研究助成制度にもとづく共同研究「日本民法学史」における研究成果の一環として、各自が負担した項目に関する論稿である。