慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	代理意思について
Sub Title	Das Handeln unter fremden Namen
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.4 (1961. 4) ,p.1- 28
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610415-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

代理意思について

林脇トシ子

一　課　題
二　代理行爲の成立と代理の効力の發生
三　民法九九條一項、一〇〇條本文および但書の場合
四　問題の設定
五　商法五〇四條の場合
六　問題の展開
七　最近の一學説——代理意思不要論
八　展　望

一

法において意思が問題となるとき、その意思はどのような形で現われるか。意思表示における意思の客觀化、住所決定についての意思主義と客觀主義の對立、占有意思論爭、債權の特定・不特定についての意思の關與等、大小様々な問題が提起されているが、これら一連の問題のうちの一つとして、ここでは、代理意思を取り上げて論じてみたい。

二

人は、原則として、自己の意思に基いてのみ、權利を取得しまたは義務を負擔するということは、近代法の根本原理であると認められる。いいかえれば、人は、他人の意思によつて、當然に、權利を取得しまたは義務を負擔することはない。したがつて、人が他人の意思によつて法律効果を受けるためには、その根據がなければならない。[1] 代理人＝表意者[2]の意思に基いて本人に直接に法律効果が生ずるとする代理制度において、この根據をなすものは、本人の代理人に對する授權である。このことから、授權は、代理の効力要件であると考えられる（民一一三Ⅰ參照）。[3]

代理の効力が發生するためには、代理行爲の存在がその前提要件とされる。代理行爲の成立には、まず、現實の意思表示が存在しなければならず、代理行爲においては、この意思表示は代理人によつてなされる（民九九Ⅰ）。ところで、この代理人による意思表示の存在はいかなる意味をもつか。[4] 人＝表意者は、代理人として（効果は本人に歸屬する）のみでなく、本人としても（効果は表意者自身に歸屬する）意思表示をなしうるものといわなければならない。そこで、或る人によつてなされた意思表示が、代理人としての意思表示であるか本人としての意思表示であるかが決せられる必要がある。もし、別段の理由がなければ、意思表示解釋の理論上、意思表示は表意者自身に効果を歸屬させようとしてなされたものと解釋されるのが一般である。[5] 代理行爲において、この別段の理由となるのが、表意者における代理意思の表示である。この表示が代理行爲を他の行爲から區別する。すなわち、代理人の意思表示とは、その意思表示の効果を本人に歸屬させようとすることを示してなす意思表示である（民九九Ⅰ）。

上述のところによれば、或る意思表示が代理行爲として成立するか否かは、その意思表示の內容に表意者の代理意思が表示されているか否かによる。この表示があれば、外形的に、代理行爲の成立を認めうる。ここでは、實際に表意者に代理意

思があるかどうかは問題とならない。しかし、代理行爲から代理の効力が生ずるのは、代理人が本人の法律關係に變動を及ぼそうとする意思表示をするときに、法がこれを認めてその効果を保障しようとするものであり、これが授權と結びついたときに代理の効力を生ずる。すなわち、代理の効力は、代理人の代理の意思表示の結果與えられる。そこで、一般の意思表示理論を基礎として考えれば、極端な表示主義がとられない限り、表意者の代理意思の存在が代理の効力の發生を左右する。この意味で、代理人における代理意思の存在は、本人による代理權の授與と並んで、代理の効力要件であると考えられる。しかし、代理行爲においても、意思表示一般におけると同様に、表意者の代理意思は内心に止まることなく、表示されることを要する。法律はこれを「本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ」という要件を設けて規定している（民九九Ⅰ）。これによれば、代理意思の表示は、代理において二重の意味をもつ。一つは、代理行爲の成立要件としての代理意思の表示であり、ここでは、内心の代理意思の存否にかかわりなく、外形上その表示があれば足りる。他の一つは、内心の効果意思の表示として代理の効力發生に關し、ここでは、意思表示理論一般と同様に、内心の意思と表示の合致・不合致が問題となる。

（1）　第三者のためにする契約においても、第三者＝受益者の權利の發生は、第三者の債務者＝諾約者に對する受益の意思表示にかかっている（民五三七Ⅱ）。但し、保險（商六四八後段・六七五Ⅰ本文、簡保一〇）、郵便年金（郵年七）、信託（信託七本文）では、當事者の契約で第三者に當然に權利を取得させる。また、債務の消滅については、債務免除のように、受益者＝債務者の意思を顧慮しない例外もある（民五一九）。

（2）　ここでは、代理人が意思表示をなす積極代理（民九九Ⅰ）について考え、代理人が意思表示を受領する消極代理（民九九Ⅱ）についてはふれない。

（3）　代理の効力の基礎について、本人行爲説、共同行爲説、代理人行爲説が主張され、爭われたが、それぞれに一面の理由をもっている。第一のものは、本人の意思によらずに本人に法律効果を生ずべきでないとする前提から、代理人の行爲を本人の行爲と擬制している。第二のものは、代理の効力の基礎に本人の代理人に對する授權があることを認め、本人の代理人に對する意思と、代理人の相手方に對する意思との結合で効力を生ずるとみる。今日の通説である第三のものは、行爲は純粋に代理人の行爲であるが、その効果だけが本人

に歸屬するという代理制度自體に代理の効力の基礎を求める。

（4）豫め注意しておくならば、代理權の存在は代理の効力要件であるから、代理人の觀念は代理權の有無に關係しない。

（5）我妻榮「民法總則」（現代法學全集所收）三四八頁參照。

三

民法九九條一項は、代理人が代理權を有している場合に、「代理人カ……本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其効力ヲ生ス」ると規定している。これは、法律が、原則として、代理行爲が成立し、代理の効力を生ずるには、上述の二重の意味で、代理意思の表示を要することを示すものである。これに對し、例外として、代理意思が表示されなくても（表示上の効果意思として現われていない）、表意者の內心的効果意思である代理意思の存在を相手方が知りまたは知ることをうべかりしときは、代理行爲の成立に準じて取り扱い、代理の効力を發生させようという態度を法律はとつている。これが民法一〇〇條但書の「相手方カ其本人ノ爲メニスルコトヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ前條第一項ノ規定ヲ準用ス」の規定である。[1] それ以外の場合、すなわち、「代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ爲シタル意思表示ハ」、「相手方カ其本人ノ爲メニスルコトヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキ」でなければ、代理人が「自己ノ爲メニ之ヲ爲シタルモノト看做ス」（民一〇〇本文）。以上が、民法九九條一項、一〇〇條本文および但書にみられる代理行爲の成立および代理の効力發生に關する民法の立場である。

以上に述べたところを意思表示理論一般と結びつけて考えるとき、次のことがいいうる。主として、代理の內心的効果意思と表示との間で、[2]

(1) 代理意思があつてそれに相應する表示がある場合　代理行爲は成立し、代理の効力が生ずる。

(2) 代理意思があつてそれに相應する表示がない場合[3]　原則として代理行爲は成立しない。但し、

(a) 「相手方カ其本人ノ爲メニスルコトヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ」場合[4]　なお代理行爲の成立に準じて考える（民一〇〇但書）。したがつて、この場合には一〇〇條但書の規定をまつて代理の効力が論ぜられる。

(b) 代理意思の表示がないため、相手方がその代理意思の存在を知らずまた知ることをうべきでない場合　原則の場合であつて、代理行爲としては成立しない。この行爲が法的にどのように評價され、どのような効力をもつかは、場合を分けて考えることを要する。まず、このような行爲は意思表示解釋の理論上表意者自身に効果を歸屬させようとしてなされたものと解釋される[5]。そこで、

(イ) 表意者は代理行爲としての表示をすべきであつたにもかかわらず、それを知らずに代理行爲としての表示をしなかつたという場合であれば、一般には、錯誤の主張の許されることが考えられ[6]、その行爲は、原則として、全く効力を有しない（民九五本文。但し、表意者に重大な過失があるときは、表意者自ら無効を主張できない〔同但書〕）。すなわち、このような場合には、その行爲は代理行爲として成立していないのであるから、代理の効力の生じないのはもちろん、表意者自身の行爲としての効力も生じないことになる。この一般理論に對し、錯誤の主張を封じているのが一〇〇條本文であり、その行爲は代理人が「自己ノ爲メニ之ヲ爲シタルモノト看做」している[7]。この一〇〇條本文の規定の結果、表意者自身の行爲としての効力が確定する[8]。これに對し、

(ロ) 表意者は代理行爲としての表示をすべきことを知りながら、代理意思の表示をしなかつた場合には、心裡留保の問題が生じ、心裡留保の規定によつても、表意者自身の行爲としての効力が確定する（民九三本文）。但し、九三條但書で「相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ハ無効トス」と規定しているので、この規定との關係が問題として殘る[9]。

(3) 代理意思がなくてそれに相應する表示がある場合　代理の規定（民九九・一〇〇）においてはとくにこの場合を豫想していない。この場合には外形的には代理意思の表示があるので代理行爲は成立する。ただ、表示上推斷される意思が內心の意思と合致しないので、代理の効力の發生をめぐつて、意思と表示の不合致の點が問題となる。この場合にも意思表示の一般理論が適用されると考えるので、錯誤或は心裡留保の問題が生じ、しかも、一〇〇條のような特別の規定がないので、九三條或は九五條そのものの適用をみることになる。[10]

(イ) 表意者が自己に代理意思のないことを知りしかも代理表示をした場合には、表示にしたがつて決してよいから、代理の効力を生ずる（民九三本文）。[11] 代理人と本人の內部關係において代理權が授與されていなければ、無權代理行爲となる。

(ロ) 代理意思の表示はあるが、それが錯誤による場合には、代理の効力を生じない（民九五本文。但書の適用もある）。したがつて、本人に効果の及ばないのはもちろん、表意者自身のためにする表示もない（表意者自身のためにする行爲とは解釋されない）から、表意者自身の行爲としては成立せず、その効力ももちえない。全く無効な行爲となる。

(1) 一般に、代理意思の表示が代理行爲の成立には必要である。したがつて、本來は、この表示のない一〇〇條但書の場合に、代理行爲の成立を認めることはできない。法律が「準用ス」と規定している理由である。ところで、ここで準用されるのは、九九條一項の規定であるが、具體的にいえば、「直接ニ本人ニ對シテ其効力ヲ生ス」るという法律効果である。そして、その意味は、代理行爲として成立しないものにこの法律効果を與えることは理論上妥當でないので、本來代理行爲として成立しないものを代理行爲に準じて考え、その上でこれに代理の効力を發生せしめることである。

(2) 代理の効力一般を考えるのであるが、ここでは、代理權の存在を前提として、代理意思の表示の點からのみ問題を取り上げることにしたい。

(3) 表示がないという場合注意しなければならないのは、單に明示の表示がないというに止まり、いわゆる默示の表示があるとすべき場合の存することである。たとえば、行爲の相手方が表意者が本人のためにするべきであることを知り或は知ることをうべかりし場合に、積極的にそれは自己のためにする行爲であるとして異議を留めないならば、默示の表示があるとみられる場合もあろう。默示の表示があ

れば、もちろん代理行爲は成立する。

(4) 後に問題とすべきところであるが、ここで相手方が「知リ又ハ……知ルコトヲ得ヘカリシ」對象は何か。一〇〇條但書が「本人ノ爲メニスルコトヲ」といつていることからも、代理人の代理意思であるとすべきだと思う。これに對し、本人と代理人との間に代理關係があることを指すものと推測させる論もある。この妥當性は後に論ずる。また、次に、相手方がそれを「知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ」とは、何に基いてであろうか。表意者の意思表示からだとすれば、代理意思の默示の表示があつたものとみられてしまうから、表意者の意思表示以外の他の事情に基くものと考える。我妻教授は、始め、「本人の爲めにする意思が全然表示せられない場合にも、若し表示以外に何等か特別の事情が存在し、これに基いて相手方が表示に際しては全く代理人の內心に隱れて居つた右の意思を知り又は知り得べきものである場合には、代理行爲として効力を生ずるものとした。」とされていたが（我妻・前揭三四八頁）、後に、代理表示は「代理人であることを明瞭に示さなくとも、當該のすべての事情から判斷して、その趣旨が明かになればよい」のであり、一〇〇條但書もこの趣旨を示すものであると改められた（我妻「民法總則（民法講義Ⅰ）一二七八―二七九頁）。

(5) 前出二註5參照。

(6) この場合には積極的な表示がないので（自己のためにするという表示もない）、意思と表示の不合致として把えられた錯誤理論が適用されるかどうか疑問がある。しかし、客觀的な表示價値と意思との不合致も錯誤の面で把えることも許されるであろう。

(7) 石坂博士は、一〇〇條の適用により、九三條、九五條の規定の適用が除外されるとなし（石坂音四郎「代理ト本人ノ利益『本人ノ爲メニスルコト』ノ表示ノ性質」民法判例批評㈥・法協三四卷一二號二〇三七頁以下）、我妻教授も、「代理人の內心の意思か表示せらるゝ所と齟齬する爲めに錯誤の規定（九五條）によつて無効となる虞がある。民法はこれ等の點を慮つて『代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ爲シタル意思表示ハ自己ノ爲メニ之ヲ爲シタルモノト看做ス』と規定し意思表示は絕對に表示に從つて代理人について効力を生じ代理人の內心の意思によつて効力の左右せらるゝことなき旨を明かにした（一〇〇條本文）。取引の安全を保護する爲め普通の意思表示の理論を修正したのである。」とされる（我妻・現代法學全集所收三四八頁）。

(8) その結果、代理人、本人間の關係の處理は、別に內部關係に基いて解決すべきこととなる。委任の場合につき民法六四六條參照。

(9) 石坂博士によれば、一〇〇條の規定によつて九五條のみならず、九三條の規定も適用を除外される。九三條本文と一〇〇條本文の適用の結果は同じくなるが、「相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ」、九三條但書では表意者自身に効果の及ぶことは否定されるが、一〇〇條但書によれば、さらに「相手方カ其本人ノ爲メニスルコトヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ」、本人に効果が及ぶ。一〇〇條は九三條に對する特別規定と考えてよかろう。

（10）「本人ノ爲メニスルコトノ表示ハ意思表示タル性質ヲ有ス、且本人ノ爲メニスルコトノ表示カ代理人カ第三者ニ對シテ爲ス意思表示ノ一部ヲ成ス點ヨリ見ルモ……」代理意思の表示についても一般の意思表示に關する規定の適用がある。そして、一〇〇條のような特別規定がないので、九三條、九五條そのものの適用がある（石坂・前掲二〇四三頁參照）。

（11）九三條但書も適用されるので、その場合には、代理の効力は生じない。表意者自身の行爲としての効力が生ずるかは疑問。

四

上述したところの最後に、代理人に代理意思はないが代理表示のある場合を考えた。[1] その場合に代理の効力が生ずるかどうかが問題となつたのであるが、なお上述の場合にはともかく表示があるので、その表示を基礎として、原則としては表示上の効果意思にしたがつて決し、例外的に表意者の内心との不合致を心裡留保の場合、或は錯誤の場合として考えればよかつた。[2] これに對して、代理の効力要件として代理意思の存在を顧慮しなければならないが、しかも代理行爲の成立には代理意思の表示が要件とされない結果、表示を基礎として考えることができず、代理意思の存否はどのような形で問題となり、どのようにして把握されるかが問われる場合が出てくる。それは、商法五〇四條の場合である。

（1）一體、本文に述べたような場合が現實に存在し問題になるのかは疑問である。そう考えると、それでは、このような場合を想定して議論することに何らかの實益があるのかということが問われる。私は、具體的な解決の上での直接的な實益は極めて少いが、代理意思の問題を考え整序する上での理論上の利益があると考える。

（2）表示が眞意と異ることは表意者が立證しなければならない。九三條でいえば、但書にいう「相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ」ことは表意者の側で立證しなければならないし、九五條本文では、代理意思がないのに誤つてその表示をしたことを表意者の側で立證しなければならない（九五條但書の場合は、表意者に重大な過失のあることを相手方が立證すべきである）。

五

一般に、商法五〇四條は、民法でとられている代理の顯名主義に對する例外規定であるとされている。ここで、顯名主義に對する例外規定であるとされるのは何故か。まず、それは、代理人は自己の名のみをもつて本人のために取引をなしうる、すなわち、代理意思の表示がなくとも代理の効力を生ずるという意味に解されている（商五〇四本文）。[1] 本人のためにすることを示さない行爲は、本來、民法の建前からいえば、代理行爲ということはできない、すなわち、代理行爲としての成立要件を缺いている。これを代理行爲と呼ぶ限り、[2] 商法五〇四條の規定するところは民法の代理行爲の觀念に對する例外をなすものといえる。しかし、これだけでは、民法九九條一項に對する特則であることが定まるだけであつて、一〇〇條但書を含めた上での例外となるかどうかの問題はまだ解決されない。[3] この點に關しては、商法五〇四條の解釋上、大きく分けて二つの立場が認められる。一つは、代理意思の表示のない結果、相手方が代理の効力の生ずる場合であることを知らなくとも（しかも、知ることをうべき場合でなくとも）、代理行爲として成立し、代理の効力が生じ、したがつて、その行爲の効果は本人に歸屬するという立場である。[4] この考え方によれば、商法五〇四條は、民法九九條一項に對する特則に止まらず、九九條一項および一〇〇條を含めた民法の顯名主義に對する例外となる。この立場に對し、もう一つは、民法の代理の原理とその出發點を同じくし、代理意思の表示のない場合に代理行爲の成立を認めることは代理の本質に反するものとする。そして、商法五〇四條は、この代理の本質に反することを規定しているのではなく、商行爲の代理はとくに本人のためにすることを示さなくとも事實上それを知りうれば足るという民法一〇〇條但書の規定と同趣旨であるとする。[5] したがつて、相手方が代理の効力の生ずる場合であることを知らずまた知ることをうべき場合でもないのに代理の効力を生ぜしめるのは不條理であるとする。[6] この考え方によれば、商法五〇四條は、確かに民法九九條一項に對する特則ではあるが、九九條一項およ

び一〇〇條を含めた上での民法原理に對する例外規定とはならず、むしろ一〇〇條但書と同趣旨の規定であるとされる。[7]

このような解釋上の差異は、商法五〇四條の規定の趣旨をめぐる見解の相違に由來するものと考えられる。多くの商法學者によつて唱えられている五〇四條の存在理由を列擧すれば、(i)取引の敏活＝簡易迅速、[8]安全、[9](ii)商行爲である取引においては相手方個人よりも契約の内容を重視する、[10]或は、(iii)相手方は、本人と代理人間の事情を知つているのが普通で、事實上當事者を知りうる場合であるという理由が擧げられている。[11]或は、さらに、これらの理由のいくつかを同列に並べる立場もあるが、これらは同時に並び立つものであろうか。ことに、(ii)と(iii)とは内容的に矛盾するものであるから、同一の取引について同時には並立しえないものと考える。[12]上に述べた二つの考え方は、現實には、五〇四條但書の解釋をめぐつてその對立を明かにする。前説によれば、五〇四條但書の趣旨は次の通りである。すなわち、本人のためにすることを示さない代理人[13]と取引をする相手方が、代理の効力の生ずる場合であることを知らないときに、なおその行爲の効力が本人に對してのみ生ずるものとなすことは、相手方に不測の損害を及ぼす虞れがある。そこで、相手方が本人のためにすることを知らない（或は、知ることをうべきでない）ときは、相手方は代理人に對しても履行の請求をなすことができる。すなわち、本人と代理人とはいずれも行爲の當事者として、不眞正連帶債務を負擔する。[14]これに對し、後説によれば、但書の規定の解釋はやや困難である。後説の主唱者である竹田博士自身これを認めておられる。[15]竹田博士によれば、代理意思の表示がなくとも、相手方がその事情を知りまたは知ることをうべかりし場合に、本人に効果が生じるとするのであるから、そうでない場合に代理人の行爲となることは明かである（民法一〇〇條本文の規定による）。かえつて、この場合にも本人に効果が生ずることを前提として、とくに五〇四條但書の規定を設けているのはおかしい。後説の立場から強いて商法五〇四條但書と民法一〇〇條の規定の差異を求めれば、民法一〇〇條但書では、「知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ」本人に効果が及ぶとしているが、商法五〇四條但書では、「知ラサリシトキハ」代理人に對しても請求できるとしているので、現實には知らない

けれども知ることをうべかりし場合であつたというときには、民法では本人が當事者となるだけであるが、商法では本人と並んで代理人にも請求しうるとする點に特色があることである。しかし、この考え方には、代理人にそれだけ重い責任を課することは理解しうるとしても、行爲の相手方に商法において民法における以上に保護を與える必要があるかという點で疑問がある。[16] 竹田博士と根本的には同じ立場に立つて、鈴木教授は、商法五〇四條は單に民法の規定の裏返しにすぎないと解し、[17] したがつて、但書で相手方が知らなかつたとき（民法の規定と異つて、知ることをうべかりしにかかわらず現實には知らなかつたという場合も含めているのは不當であると批判される）、代理人に對して請求することを妨げず（この場合本人に對する請求を認める必要はないにもかかわらず）としているのが邪魔であるとされる。[18] これに加えて、第三の立場として、商法五〇四條本文と但書、民法でいえば九九條一項と一〇〇條とを切り離して、どちらが原則でどちらが特則であるというように考えることを止め、綜合的にその結果を見出そうとする考え方が出てきた。すなわち、民法と商法とでは出發點が正反對になつているが、兩法ともにその立場を徹底することはできなかつたため、實際上の結果は著しく接近しているとして、立證責任の差異にのみ、現行の民商法間に存する差異の合理的解明を求めうるとする立場である。[19]

商法五〇四條をめぐる諸說を突き合わせて考えてみると、以上のような議論が展開されることになる。ここで、もし、顯名しない結果代理の効力の生ずる場合であることが相手方に知ることをうべきでない場合にも本人に効果が生ずるとする前說（通說と考えてよかろう）によるならば、[20] とくに次のような問題が顯著になる。すなわち、この場合に代理意思の表示がないのであるから、[21] 民法における代理行爲の成立要件の一つを缺くことになり、民法における代理行爲の觀念と商法におけるそれとは異ることになる。また、相手方が事情を知ることをうべかりし場合でなくともよいのであるから、民法一〇〇條但書の場合のように代理行爲に準じて考えることもできない。民法上の代理の觀念と商法上のそれとが必ずしも一致しなければならないものではなく、民法の顯名主義に對する商法の非顯名主義ということがすでに兩者の觀念上の差異を示しているも

のと考えることができる。この觀念の差異をひとまず肯定した上で、さらに、商法上表意者のなした行爲の代理行爲であるかどうかは何によつて定まるかが問われる。民法上代理行爲の成立要件としては代理意思の表示が要求されるが、商法上この表示を必要としないので、これを基礎として代理行爲を他の行爲から區別することはできない。そこで、商法上は代理行爲の成立を決するものは、表意者の代理意思（表示上現われないのであるから、內心の意思に止まる）なのか、代理關係の存否なのか、それとも、成立要件としては一般の法律行爲の成立要件で足りるのであり、特別に代理行爲の成立要件というものを考える必要はないのか。[22] 通說に立つ者の側から、五〇四條を解釋して、代理權の授與があり、しかも代理人に代理意思があれば、代理の効力を認めうるとしているのに對し、[23] 少數說からは、代理人の內部的意思のみにより代理となり或はならないとすることは、實際上は代理人の主張次第でそのいずれともなることとなり、甚だしく取引の安全を害するという批判がある。[24] これに對しては、さらに通說の立場から、次のように答えられている。すなわち、代理人の行爲が本人のためになされるものであると信ずべき正當な理由が相手方にあつた場合には、禁反言の原則により、代理人において、代理意思のないことを主張しえないものと解するから、この非難は當らないとする。[25] ここで禁反言の原則とは具體的には何を指すのであろうか。表意者が何らの表示をしていないときに、なお、禁反言の原則が働くものであろうか。

（1）たとえば、小町谷操三「商行爲法論」五八頁參照。

（2）民法の理論からいえば、これはむしろ間接代理の觀念をもつて說明しうるものであつて、これによれば、一たん間接代理人に歸屬した効果が本人に移轉されることになる。しかし、商法五〇四條本文は「其行爲ハ本人ニ對シテ其効力ヲ生ス」と規定し、代理の効力として本人に直接効果が歸屬する旨を規定したものと考えられるので、間接代理の法理をもつて說明することは妥當でない。

（3）民法九九條一項が顯名主義の原理を示しており、これに對して、一〇〇條但書はその特則をなしている。九九條一項および一〇〇條を含めて、民法は顯名主義を原則としているということができる。

（4）小町谷・前掲五八―五九頁は、文言上明瞭ではないがこの趣旨と考えられる。大森忠夫「商法總則・商行爲法」一六七頁は、文言上明確にこの趣旨である。岡野敬次郎「商行爲及保險法」一〇頁、田中誠二「商行爲法」九一頁、西原寬一「商法總則・商行爲法（商法講

義Ⅰ」一二四頁、石井照久「商法Ⅱ（商行爲・海商・保險・有價證券）」一四頁、大隅健一郎「商行爲法」一三三頁、いずれも同旨。松本烝治「商行爲法」五九―六〇頁、同旨（但し、民法の原則に對する改惡であり、存在理由を發見することはできないという批判をしている）。西原「商行爲法」一二二頁は、批判的考察をしているが、結局のところ同旨とみられる。判決中にもこの趣旨がみられる（大判明三九・五・二二民錄一二輯七八五頁）。

(5) 竹田省「商行爲法」一〇―一二頁參照。

(6) 鈴木竹雄「商行爲法・保險法・海商法」一一、一六頁參照。

(7) 後の立場をとった場合に、五〇四條但書の規定をどのように理解するかは、後でふれる。

(8) 取引の敏活＝簡易迅速という點に關して、いちいち顯名することが煩瑣だということは、手續上、本人名義の契約をしようとすれば本人の印章を所持しなければならないなどの點から考えて納得できる。

(9) 取引の安全という點に關して、顯名しない結果、代理の効力の生ずる場合であることか相手方に分らなくても、それが取引の安全に奉仕することだといいうるか。確かに商法五〇四條但書で安全のための措置をとっているが、原理的に非顯名主義が安全に奉仕するものだとはいえないと考える。

(10) 相手方の個性を無視するならば、その契約內容が實現される限り、契約當事者か誰であろうと差し支えないこととなる。この立場には、相手方が代理の効力の生ずる場合であることを知りえなくても影響しないとする考え方が結びつき易い。商法で問題になる範圍においては、或はこのような相手方の個性を重視しない取引が多いということはできるかもしれない。しかし、契約內容が實現されうるかどうか、したがって、相手方に履行の能力があるかどうかという點は、かえって嚴格に考慮されるのではなかろうか。そう考えると、一般に相手方が誰であってもよいということではなく、現實に履行のなされてしまうような取引、たとえば現實賣買のような取引に限って、そのようにいいうるのであろう。この點については、民法においてもまた同じである。

(11) この理由は、商法五〇四條は民法一〇〇條但書と同趣旨の規定であると理解する根據になる。

(12) 商法五〇四條の存在理由は一元的には說明しえないのであって、或る取引についていえば本文に述べた(ii)の理由が、他の場合については(iii)の理由が當てはまると考えるべきではないか。(iii)の理由についてだけみれば、商法五〇四條本文は民法一〇〇條但書と同じ趣旨を規定しているといいうる。(ii)の理由についてみると、現實に履行がなされてしまう取引を考えることになるから、結果だけからすれば民法上も同じことであるといいうる。ただ、理論構成上、民法ではそのような行爲は代理行爲とはみられないのに對して、商法上はこれもまた代理行爲として考えうるという唯一の大きな差異が認められる。

(13) これを代理人と呼ぶかどうか、すなわち、代理表示をしない者を代理人の觀念の中に入れうるかどうかが實は問題なのであるから、ここで代理人と呼ぶことは早過ぎるが、便宜上こう呼んでおく。

(14) 小町谷・前掲六〇頁、田中・前掲九一頁、西原・商法講義Ⅰ一二四―一二五頁、「商行爲法」一二二頁、大森・前掲一六七頁、石井・前掲一四頁、大隅・前掲三三―三四頁、いずれもこの趣旨である。但し、代理人がいかなる理由で責任を負うかの法的構成の點については、異說がある。岡野博士によれば、代理人は行爲者として債務を負擔するのではなく、とくに法律の規定がおかれた結果責任を負うものである（岡野・前掲一〇頁參照）。多數說においては、代理人も行爲の當事者として債務を負うとされるが、その理由は何か。民法一〇〇條本文の重疊適用を考えているのか。また、代理人も行爲の當事者となるということは、自らその行爲から生ずる權利をも主張しうることになるのか（本人に對する代理人の義務違反の點は別に考慮するとして）などの點について疑問が生ずる。

(15) 竹田・前掲一二頁參照。

(16) 小町谷・前掲六〇頁は、相手方が知らざることに過失があった場合にも、五〇四條但書の規定の適用があるとする。松本・前掲六〇頁、田中・前掲九一頁、石井・前掲一四頁、同旨。大森・前掲一六七頁は、相手方の過失に基く不知の場合は、代理人がそれを立證すれば責任を免れるとする。大隅・前掲三四頁、西原「商行爲法」一二三頁、同旨。

(17) 民法の裏返しというのは、民法は顯名を原則とし、但し相手方が事情を知りまたは知ることをうべかりしときは顯名しなくとも代理行爲に準ずるとしているのに對し、商法は顯名しなくとも差し支えないとし、但し事情を知らない場合は代理人に對しても請求しうるとしていることを指す。

(18) 鈴木・前掲一六頁參照。

(19) 西原「商行爲法」一二二―一二三頁參照。立證責任の問題とは、「顯名主義を採る民法では、代理人が本人のためにすることを示さないでした行爲について本人または代理人が代理の効果を主張するためには、相手方がその間の事情を知り、または知らないことが過失による旨を立證しなければならないが、非顯名主義を採る商法では、代理の効果を否認する相手方において、代理人が本人のために行爲したことを過失なくして知らなかった旨を立證しなければならない。」ということである（西原「商行爲法」一二三頁）。

(20) この場合を含むかどうかが兩說の根本的な差異なのであるから、この點を含んでさらに民法一〇〇條但書と同趣旨の場合も含むと解しても同樣である。

(21) 明示の表示がないばかりでなく、默示の表示もない場合に限らなければならない。もし、默示にしろ表示があるならば、顯名主義に對する例外とみることはできない。

(22) 代理行爲の成立要件としては、一般の法律行爲の成立要件で十分で、代理意思、授權などは代理の効力要件として考えればよいという立場である。このように考えたのでは、その行爲が代理行爲として成立しているのか、一般の法律行爲として成立しているのかが區別されないという不都合が生ずるのは明かである。しかし、通說の立場から、商法五〇四條は民法における代理の顯名主義に對する非顯名主義を規定したものであり、この場合も代理の一場合であると考える以上、このように解するほかはなかろう。

(23) たとえば、岡野・前掲九頁參照。岡野博士は、これを、「是本人ノ爲メニスル意思ヲ重ン其本人ノ爲メニスル表示ヲ輕シタルモノト謂フヘシ」と表現しておられる（岡野・前掲九頁）。しかし、通說の立場に立つて、顯名がない場合にも代理行爲が成立する（或はそれに準じて取り扱われる）としても、そのような代理人と契約を締結した相手方が、自己の意思表示について錯誤の主張をするのを妨げるものではなかろう。相手方の錯誤の主張が容れられるならば、それによつて契約自體が無効となるので、本人に効果の及びえないのはもちろんである。相手方の錯誤の主張の容れられる場合とは、相手方が、本人のためにすることを知らずまた知ることをうべきでもない場合に、表意者自身が本人であると思つて意思表示をし、しかもその取引は當事者が誰であるかが問題となるような場合である（相手方が誰であつてもよいならば、錯誤の主張は容れられず、五〇四條によつて發生した代理の効力が維持される）。

(24) 竹田・前掲一一頁參照。竹田博士は、これを代理行爲の成立の問題として論じておられるのか、代理の効力の問題として論じておられるのか、文言上明かでないが、後者と考えられる。

(25) 小町谷・前掲六〇頁參照。さらに、小町谷博士によれば、相手方が代理關係を知らなかつた場合に、本人から相手方に對し、代理關係を主張することは、取引の安全を害するから認められないとされる（小町谷・前掲六一頁參照）。その理論構成は明かにしておられない。

六

商法五〇四條本文によれば、代理權を與えられた者が、その行爲に際して、本人のためにすることを示さなくとも、代理意思があれば、本人に直接効果が生ずる。そして、相手方が本人のためにすることを知らなかつた場合には、五〇四條但書で、代理人に對しても請求できる。[1] これに對し、代理權を授與された者が顯名せず、しかも代理意思を有しない場合について問題が生ずる。相手方も表意者自身を相手にしているのであれば、代理權を與えられた者と本人との間の內部的な問題は別

として、相手方と表意者自身が當事者として取引する場合だと考えればよいから、問題は生じない。[2] しかし、相手方が代理人と本人との間の代理關係の存在を知つており、そのため代理人の行爲から直接本人との間に効果が生ずる場合であると思つて行爲したときの取扱いが疑問となる。代理人の代理意思が代理の効力の發生を左右するとすれば、この場合には代理の効力は生じえないとも考えられる。或は、代理意思は代理關係があることが相手方に知りうべき場合である限り、その存在が推測されるとみるべきか。[3] そう考えたとき、代理權を授與された者は自己のためにする行爲をなしえないことになるのか。[4] 或は、これは一應の推測であるから、その推測をはずすためには、代理人の側で代理意思のないことを立證するか、或は行爲に際して民法の顯名とは反對に積極的にそれが自己のためにする行爲であることを表示しなければならないと考えるべきか。或はさらに進んで、代理意思を問題にする餘地は全くないと考えるべきか。或は、代理意思の表示は代理行爲の成立要件ではなく、代理の効力要件であるから、代理關係のあるときには、代理人の代理意思を缺いても、丁度代理權を缺く代理行爲のように、表見代理類似の効力が生ずると考えるべきであろうか。以上のような種々の點が問題となりうる。このような點について、最近ドイツで發表された一つの論說を次に紹介し、檢討してみたい。

（1）　通說的な考え方による。このような場合に一つ疑問が出てくる。それは、代理人に代理意思は存在したが、その表示がないため、相手方は表意者自身が本人であると思つて行爲したという場合に、代理人と相手方との內心における意思の不合致がある。ここに成立している行爲は、表意者自身を本人として、その者と相手方との間に成立している行爲とみるのか。しかも、それによつて直接本人に効果が生ずるとすることができるのか。ここに通說に對する疑問がある。これに對し、相手方が本人のためにすることを過失によらずして知りえなかつた場合には本人には効果が及ばず、代理人の行爲とみなされる（民一〇〇本文）。但し、相手方がこれを過失によつて知らなかつた場合、すなわち知ることをうべかりし場合には本人に効果が及ぶが（民一〇〇但書）、商法ではこの場合とくに代理人にも責任を負わせている（商五〇四但書）とする異說が考えられる。

（2）　この場合にもその行爲が代理行爲として成立していると考えると、代理行爲から何故表意者を當事者とする効力が出てくるのかという疑問を生ずるが、このような行爲はとくに代理行爲として成立しているというのではなく、一般の法律行爲として成立しているのであ

るが、代理の効力要件が備わつたときには、そこから代理の効力が生ずるものと理解したい。

(3) 代理人と本人との間に代理關係がある場合には、代理人の行爲によつて代理行爲が成立しており、しかも、代理人に代理意思がない場合には、代理關係によつて推測される代理人の代理意思の存在の外形と現實の代理意思の不存在との不合致の問題を論することになるのか。

(4) 介入權の問題がある。商法四一條二項（および四八條二項）によれば、支配人が四一條一項の規定に違反して「自己ノ爲ニ取引ヲ爲シタルトキハ營業主ハ之ヲ以テ自己ノ爲ニ爲シタルモノト看做スコトヲ得」るのであるから、支配人も自己のためにする行爲をなしうるのであつて、ただその結果を營業主が自己のものとなしうるというだけである。代理權を與えられたことによつて代理人が自己のためにする行爲をなしえなくなると考えることはできない。

七

Wolfgang Fikentscher の理論の大要を紹介する。(1)

Ⅰ 表見代理に關する判例の現狀に至るまでの發展 彼は、まず、ドイツ法において、成文法上の概念ではなく、判例法上形成された表見代理の理論を、發展の各段階を示す代表的判決に沿つて、現狀に至るまで研究している。(2) そして、それらの判決の上に立つて、表見代理の現狀を探究する。その際、表見代理の有權代理に對する關係、とくに代理人の觀念の顧慮——代理人の觀念は代理意思を要求するか——の問題が重要となる。これが、彼の研究の意圖と考えられる。(3)

Ⅱ 表見代理における代理人の態容 まず、表見代理の効力が生ずるためには、次の要件が必要である。判例によれば、本人の態容が表見代理の効力を惹き起す法的外觀のための足がかりをなしている。代理人の活動の知→その忍容→授權を推斷せしめる本人の態容を除いた表見代理は考えられない。さらに、自稱代理人の本當の代理人のような活動、すなわち、他人の名における行爲を缺くことはできない。このような代理人らしい行爲なしには、本人の上述の態容は法的に意味がない。したがつて、表見代理は、要件的に、本人の本人らしい態容と、自稱代理人の代理人らしい行爲との兩者を前提と

する。[4]

代理意思の必要性の問題　ところで、表見代理において、代理人が彼によつて締結された行爲の効果を本人に歸屬させようとする意思をもつていれば困難は生じないが、本人および代理人の代理權を推斷せしめる態容の存在にもかかわらず、代理人が本人にではなく、自ら義務を負い權利を得ようと欲している場合も考えうる。[5] 代理意思が缺けている場合にも、本人および代理人によつて作られた代理權の法的外觀の存在には何ら影響がない。このような場合に、代理人が法的外觀に反して、表見的本人のためにではなく、自己のために行爲しようと欲するという理由だけで、表見代理の効力を生じさせないのは不公正である。この問題は、概念的にいえば、表見代理は代理意思を要件とするかという問題である。代理人の眞實の意思（ドイツ民一三三）か、或は他の狀況の枠内における彼の態容の客觀的な表示價値が決定的であるかという問題が檢討されるべきである。また、代理意思の必要性の問題は、表見代理においてばかりでなく、有權代理においても意味をもつ。ドイツ民法一六四條における有權代理人の觀念が、代理意思、すなわち、自己の意思表示によつて締結された行爲の効果を代理權授與者に生ぜしめようとする意思を要求しているかどうか。このような意思が有權代理において顧慮されないならば、したがつて、代理の効力が、外的狀況に照應する或はそれに反する代理人の意思にかかわりなく生ずるならば、この代理意思を表見代理においてもまた要求しえないであろう。これに反して、ドイツ民法一六四條において、代理意思が有効な代理の要件であるならば、表見代理において代理人にこのような代理意思を要求すべきかという問題が表面化する。もし、この問題を肯定するならば、表見代理の効力は、場合によつては、認識しえないそして法的外觀に反する代理人の意思の方向にかかることになり、そこで、表見代理においても事の外觀のみが決定的なのではなくなる。これに對し、表見代理において代理意思の要件を否定するならば、有權代理と表見代理とで二つの異つた代理人の觀念をもつに至る。一體、代理意思は、有權代理および表見代理の効力要件であるのか。[6]

Ⅲ　表見代理における代理意思　表見代理において、本人を拘束づける効力が生ずるのは、次の理由による。すなわち、法的交渉に當つては、一定の客觀的表象によつて確定しうる一般の事實に賴るほかない。授權についても、このような一般の事實が問題となる。それ故、このような事實の法的外觀が存在するならば、本人は、普通、現實の授權の欠缺を援用しえない。法的交渉の保護が優先するということである。このことは、表見代理の効力要件にも作用する。すなわち、法的外觀は、その性質上、外的に認識しうる表象に限られる。判例も、代理の法的外觀が生ずるのは、本人の外的態容からのみであつて、意思の決定からではないとしている。ところで、この法的外觀は本人によつてのみ作り出されるものではなく、代理人もまた關與する。すなわち、代理人の表示或は一定の事情の下におけるその態容は、本人の態容と同樣に、授權を推測せしめる。表見代理の効力は、法的交渉の保護に値する利益に基き、本人の意思に基くものではないから、さらに加えて、本人のために行爲するという代理人の意思にかからしめることは意に反するであろう。表見代理において、代理人の代理意思に代理の効力のための缺くべからざる要件としての意味を與えるならば、この代理意思の欠缺に當つて、表見代理の効力は挫折してしまう。かくしては、代理人の意思に取引の利益——表見代理の拘束力の實質的な基礎をなすものが、まさに取引の利益なのであるが——よりも優位を與えることになろう。近時の判例が、自己を拘束しようとする本人の意思に重要性をおかないならば、同樣に、本人を拘束する代理人の意思もまた重要性をおかれないことになる。(7)

Ⅳ　有權代理における代理意思　有權代理の効力の根據は、本人は代理權の授與によつて表示の負擔を代理人へ移轉し、その代り代理の効力を自己に利益にも不利益にも引き受けなければならないということである。本人の意思表示（代理權授與）から代理の効力が導き出される。このことは、代理の効力要件についても意味をもたなければならない。通說によると、有効な代理のための要件として、(i)代理人による意思表示(8)が彼に與えられた代理權の範圍内で行われること、(ii)代理人が他人の名において行爲すること、(iii)この他人の名における行爲が意思表示の相手方に認識しうること＝顯名主義（Offen-

kundigkeitsprinzip）（ドイツ民一六四Ⅰ前段。他人の名において行爲することが事情から知りうる場合は、他人の名において行爲するという代理人の明示の表示に同等である（ドイツ民一六四Ⅰ後段））が必要であるとされる。代理人は意思表示をするときに、原則として、本人を代理して行爲するかどうかを判斷する自由をもつているわけである。この代理人の意思が事實の外觀と合致しないときに困難が生ずる。場合を分けて、

(1) 他人の名において行爲する代理人の意思が認識しえられるように現われないとき　一六四條二項の場合であり、他人の名において行爲する意思が明示的にも、或は事情からも明かとならない場合には、他人の名において行爲する意思は顧慮されない。したがつて、代理意思が存在するにもかかわらず、代理人は自己が當事者となる。

(2) 代理人の自己の名においてする意思が內心に止まり、或は十分明かに表示されないときに、他人の名において表示がなされることを推測せしめる事情が重なつたとき　たとえてみれば、表見代理（代理權がないのに、代理しようという場合）と裏側の對應關係にある場合で（代理權はあるが、自己のために行爲しようという場合）、この場合については法律の規定はない。通說によれば、代理意思の存在は必要とされるから、この場合、外觀上の代理人が行爲の當事者である。しかし、この結果は表見代理について得られた認識を顧慮すると、妥當なものとはいえない。その理由として、

(a) (イ) ドイツ民法一六四條の文理解釋から、代理意思はそれが認識しうるように現われないときにのみ役割をもつ（ドイツ民一六四Ⅱ參照）。外部的事情から代理人が本人の名において行爲することが明かになるならば、他人の名において行爲する意思は問題とならない（ドイツ民一六四Ⅰ參照）。

(ロ) 通說がいうように、確かに、與えられた代理權を使うかどうかは代理人に委ねられている。しかし、このことから、代理人は、他人の名において行爲するか自己の名において行爲するかの意思を明かにさせる拘束を負つているということは歸結されない。代理人の外部的な態容が、代理人、無權代理人、或は當事者としての特性を決定する。

(ハ) 最近の一部の學說は、補助者が意思表示を行う際に、それが代理人であるか使者であるかを決するのは、補助者の主人に對する內部關係——補助者の意思の方向——によるのであつて、補助者の外部的態容によるのではないということを引き合いに出す。しかし、補助者についての代理人であるか使者であるかの性質づけの標準は、代理意思の必要性を强要するものではない。補助者の主人に對する內部關係は、主人が使者に傳達を委託した意思表示を自ら行うか、或はそれを代理人に委ねるかの問題に及ぶだけであつて、代理人が現實に主人を代理しようと欲するかどうかの問題には及ばない。

(b) また、さらに、先になした表見代理についての考究は、代理の有効要件としての代理意思の必要性を否定したが、それは、表見代理において、代理意思が缺けている場合に、その他には存在する代理の外觀の効力を破壞する可能性を代理人に委ねることは妥當でないという理由であつた。この理由は、有權代理においてもまた妥當する。何故ならば、表示の相手方にとつては、法律行爲による有權代理（代理權を授與された任意代理——以下、單に有權代理という）は、外的狀況において、表見代理と異らないからである。表見代理においては、授權の法的現實に對して、授權の法的外觀が存在することに特色がある。有權代理も、また一つの法的外觀をもつている。しかし、それは授權に關してではなく、他人の名における行爲という點に關してである。契約の締結に當つては、存在する諸事情に賴るほかなく、その諸事情の中には、代理人の代理しようという明示の表示も屬しうるが、しかし、いつでも屬していなければならないというものではない。有權代理において、代理人が他人の名における行爲という法的外觀に反して自己の名において行爲しようとするならば、法的外觀に信賴するという法的交涉の利益は、表見代理におけると同樣に大きい。

(c) さらに、表見代理と有權代理とを比較すると、その差異は、單に、有權代理にあつては代理權は法律行爲に基き、表見代理にあつては一定の方法で作られた法的外觀に基くという點にある。もし、本人の意思に合致しない代理の効力において（表見代理の場合）、代理人の代理意思が問題とならないならば、なおさらのこと、本人の意思に基く代理の場合には（有權

代理の場合）、このことが妥當する。何故ならば、代理意思の必要性の否定は、代理人が外觀に反して自己のために行爲しようとする場合にも、その締結された行爲の効果を本人が受けることであるが、有權代理の場合には、本人は、表見代理の場合におけるよりも、より代理の効力を考慮しているはずであるから。表見代理に關する最近の判例によれば、表見代理においては、その効力が生ずるために、本人の態容から推斷される授權の法的外觀と、代理人による他人の名における行爲を要求し、代理意思を要求しないのに、有權代理において、本人による授權と、代理人による他人の名における行爲と、さらに代理人における代理意思とを要求するならば、授權は缺けていないが、しかし代理意思が缺けているという場合に、事實上妥當な結果を引き出すためには、――表見的な授權ではなく、現實の授權が存在するにもかかわらず――表見代理の理論によらなければならないことになる。現實の授權が存在するからというので、表見代理の規定を適用しないならば、代理意思が缺けているために全く代理の効力が得られないことになろう。そうすれば、代理の効力は、表見代理によつて、すなわち、授權なしに、根據づけられる方が、法律行爲によつて授權された有權代理によるよりも、さらに容易であるということになろう。このことを考慮すると、有權代理においても、また、その有効要件として、代理意思を否定するということにならざるをえない。(9)

結論、**Geschäft für den es angeht**　有權代理においては、本人の名においてするという意思表示がなされるか、或は事情からこのことが知りうるならば、代理人の意思は問題とならない。授權された代理人の締結した行爲の有効性のためには、その外的態容のみが、他の考慮すべき外的狀況と合して決定的な意味をもつ。この外觀は、有權代理の場合には、本人の態容に基くことを要しない。この限りで、表見代理の場合とは異つている。表見代理においては、代理の効力を惹き起す法的外觀は、本人と代理人とによつて作り出されるから。有權代理においては、本人の側では、代理權の授與で十分であり、代理人の側では、他人の名において行爲することが顯示されることが加わる必要がある。しかし、これは、代理人の代

理意思と相覆う必要はない。代理の効力にとつては、代理權と代理して行爲することの顯示のみが重要であり、代理意思は重要でない。このようにして、表見代理に關する最近の判例から出發した檢討の結果は、表見代理と有權代理との基礎には統一的な代理人の觀念が存在することであり、この代理人の觀念は、單に、代理人の外的態容によつてのみ決定され、代理意思を前提としないものである。この命題は、いわゆる „Geschäft für den es angeht“ の考慮によつて、補充と制限が必要となる。Geschäft für den es angeht を直接代理の一變形と理解する。[10] そこでは、代理人と取引した相手方にとつて、客觀的にみれば、本人が誰であるかは問題とならず、利益狀態が、本人が直接に權利を得また義務を負うことを要求する。[11] 現金賣買（Barkauf）の場合、屢々この例と考えられる。Geschäft für den es angeht においては、一般にいつて、一六四條二項とは異つて、他人の名における行爲の顯示が代理の効力のための要件ではない。代理人がこの顯示をしない場合といえども、本人は、直接、行爲の當事者となる。しかし、効力要件として、代理權は存在しなければならないし、さらに、正しくも、Geschäft für den es angeht において、代理の有効性のために、代理人の自己のためではなく本人のために行爲するという意思が要求される。何故ならば、何らかの方法で、代理人もまた代理の効力のために參加しなければならない。他人の名における行爲であることの顯示によるか、或は、――相手方にとつてそれが少しも重要でない場合には――それに對應する意思の方向によつて、すなわち代理意思によつて。[12] ここでは、代理意思は、有効な代理の前提要件である。[13]

(1) Wolfgang Fikentscher, Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, Archiv für civilistische Praxis, 154. Band, I. Heft, 1955, SS. 1-21.

(2) Fikentscher, a. a. O., SS. 1-9. なお、判決によつて形成された表見代理の理論を彼の定義づけたところによれば、次のようである。「或る人＝相手方が他人＝本人の自稱代理人と双方行爲を締結するときに、次のような場合には、その他人は、實際には授與しなかつた代理權の法的外觀のために、義務を負い權利を取得する。それは、この代理人と締結する者が、信義誠實に取引慣行を顧慮しても、その他人の態容から彼か彼のために行爲する代理人の活動を知り、忍容し、そしてこのような行爲に代理權を授與したものと認めること

が無理からぬ場合である。もし、その他人が、代理人の活動を、取引上要求される注意をもつてしても認識しえず、また妨げえなかつたという場合には、代理の効力は生じない。」(Fikentscher, a. a. O., S. 8.)

(3) Fikentscher, a. a. O., S. 1.

(4) Fikentscher, a. a. O., SS. 9–11.

(5) 彼は、この場合、心裡留保に關するドイツ民法一一六條の規定にはよりえないとする。何故ならば、この場合は、表意者において意思と表示とは合致しうるが、外觀が代理關係を表わしている場合であり、一一六條の内心の留保は存在しないからであるとする (Fikentscher, a. a. O., S. 11, Anm. 37.)。

(6) Fikentscher, a. a. O., SS. 11–13.

(7) Fikentscher, a. a. O., SS. 13–15.

(8) 代理人による意思表示、或は意思表示の受理であるが、ここでは前者だけを考えていく。

(9) Fikentscher, a. a. O., SS. 14, 15–19.

(10) Westermann は、この場合、他人の名において行爲する顯示がないから、代理（直接代理）ではなく、間接代理であるとする。Fikentscher によれば、これは單に言葉の爭いであるとされる (Fikentscher, a. a. O., S. 20, Anm. 61.)。

(11) Lehmann は、Geschäft für den es angeht の認められるのは、債權行爲、物權行爲に及ぶとする。これに對し、Westermann は、物權行爲に限るとする。Fikentscher は、これを個々の場合によると考えている (Fikentscher, a. a. O., S. 20, Anm. 62.)。

(12) Geschäft für den es angeht において、本人ではなく代理人が權利を得また義務を負うことを主張する者は、代理人が本人のためではなく自己のために行爲しようと欲したことを立證しなければならない (Fikentscher, a. a. O., S. 21.)。

(13) Fikentsher, a. a. O., SS. 19–21.

八

以上に紹介した Fikentscher の代理意思不要論に反して、代理意思は代理の効力要件として考慮すべきであるといわざるをえない。[1] 意思表示理論一般からいつて、日本民法九九條一項で「本人ノ爲メニスルコトヲ示」すといつているのは、本

人のためにすることを示す必要はあるが、本人のためにする意思は問題としない意味であると考えることはできない。本人のためにする意思を問題としないのであれば、何を表示するのかが分らない。表示される本體は代理意思でなければならない。代理行爲の成立には代理意思の表示で足りるが、代理の効力が發生するためには、代理意思が表示されていなければならない。いいかえれば、代理意思の表示を含む法律行爲の効果として代理の効力が生ずるとは、このようなことを指すものと考える。この點で、Fikentscher の理論は、その周到な推論の進め方にもかかわらず、誤つているといわなければならない。[2] しかし、Fikentscher の論說は、代理意思をめぐつて、次の二つの點を我々に反省させる。一つは、

(1) 代理の効力要件として、代理意思の存在が考慮されなければならないといつても、代理人の內心的な作用をそのまま知覺することはできず、代理意思は何らかの外的な形で把えられるほかはない。原則としては、代理意思の表示の形で（民九九I。元來、內心的効果意思の形で存在する代理意思が表示上の効果意思の形で把えられる。この形で代理意思が把えられれば、原則として內心的な不存在にもかかわらず代理意思は存在するとされる。例外的に錯誤、或は心裡留保の場合の考慮が必要となる。[3]）、例外的には、外部的な事情によつて代理意思があると認められる場合（民一〇〇但書。この場合は代理意思の表示ではないので、代理人の意思に關せずに、客觀的にその意思があると認められる場合である）、或はさらに、直接、代理意思があると認められるのではなしに、通常代理意思を伴う基本的な關係が外部的な事情により認められることによつて、代理意思が推斷される場合（商五〇四本文の一つの場合。第二の場合とこの場合とで差異が認められるかどうかは、なお檢討する必要がある）などがこれである。このような場合には、代理意思の存在が代理の効力要件として必要であるといつても、代理人の內心的な意思そのものが問題となるのではなく、何らかの外的な形で推斷される意思が、まず、問題となる。[4] すなわち、意思とは、言葉のもつ本來の意味からいえば、人の內心の主觀的な事項を指すものと考えられるが、[5] しかし、法の場面においては、人の內心の主觀的事項を他のものの介在なしに直接に把握する方法は認められないし、社會生活における人の法的交涉については、內心的主觀的な事項は外

形的な態容を通してのみ評價の對象となる。[6] さらに、もう一つの問題は、

(2) 代理意思の表示が目的としているのは、その法律行爲から生ずる法律効果を直接本人に歸屬させることであるとされる。すなわち、ここで目的とされるのは、法的な効果であり、「本人ノ爲メニスル」と規定されていても、これは決して、代理行爲の事實上の結果である利益を本人に歸屬させるという經濟的な効果を目的とするものではない。そう考えると、一體、このような法的な効果までも表意者はその意思內容として意欲しているであろうかという點が疑問となる。効果意思の內容は、社會關係における事實的効果であつて、法がその理想からみて、當事者の意欲するところにしたがつて法的効果を與える價値があるとなすものであるとされている。[7] 表意者の目的としているものは事實的効果なのであつて、法律行爲の解釋とは表示行爲の有する非法的な意味を法的に構成することである。したがつて、法律行爲とは、表意者の意欲するところにしたがつて法的効果が與えられることに特色があるといつても、必ずしも表意者の意欲したところそのものではなく、表意者が意欲したものとして法的に構成されたものに對して法的効果が與えられるといわなければならない。この意味で、代理意思の存否と同時に、その內容も一種の法の擬制によつて決せられることになる。[8][9]

（1） Ludwig Enneccerus, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl.（Hans Carl Nipperdey）, 2. Halbband, 1960, S. 1092. によれば、Fikentscher の代理意思不要の見解は、法律の規定と調和しないとされる。意思と表示の問題は、ドイツ民法一一六條以下において取り扱われており、一六四條二項が關與しない限りでは、一一六條以下はまた代理關係における意思表示にも適用されるからである。

（2） Fikentscher は、代理人の關與を代理權授與の法的外觀の作出の面で考えることにひきずられているように思われる。代理權授與の外觀と、代理人が代理意思を有することの外觀とは區別して考えなければならない。前者については代理人の代理意思は問題とならず、代理人の外的態容がこれを決するが、後者については意思と外觀とが合致しないときに、どの範圍で意思を顧慮し、どこまで外觀によつて決するかの問題が存在する。ドイツ民法一六四條一項前段において意思と表示との不合致が問題とされる限り、一六四條一項後段の場合にも代理意思を有することの外觀だけで事を決しようとしているのではなく、外觀に反する意思も顧慮されるものといわなければ

ならない。

(3) これは、一般の意思表示理論から引き出しうる結果である。Fikentscher の説は、内心的意思の存在を念頭において、その存在の不要を、ことさら、唱えているように思われるが、これは、意思表示理論の出發點において誤つている。もつとも、ドイツ民法においては、一三三條で、意思表示の解釋に當つては眞實の意思を探究するという要請があり、ここで眞實の意思とは内心の意思を指すものと解せられる。しかし、一三三條の解釋としても、決して解釋の目標が表意者の内心の意思そのものなのではなくて、表示に現われた限りでの意思であると解すべきことと思う。

(4) もつとも、第一の場合（意思表示の場合）と、第二、第三の場合とでは差異を認めるのが正しい。第一の場合は、表示上の意思が意思そのものとして通用するのであるが、第二、第三の場合は、意思の存在を推測させる事實があつて、その事實があれば、一應意思があるものと推測されるという作用を營むものと考えられる。

(5) 人の活動は常に目的實現の過程であり、かかる活動は一般に意志活動といわれ、この活動の根據となるものが意志と呼ばれる。

(6) 意思表示が法律効果を生ずるにも、まず他人をして自己の意思を推斷させるたけの行爲＝表示行爲を伴わなければならない。もつとも、内心的主觀的事項が法律上全く評價の對象とならないわけではない。たとえば、離婚原因の一つに數えられる惡意の遺棄を擧げることができる（民七七〇Ⅰ2）。しかし、この惡意も單獨では法律上要件とされることはできず、遺棄という客觀的事實と結びついて始めて要件とされるのである。さらに、この惡意が存在するかどうかを把握するについても直感的な把握方法は法のとるところではなく、外形的な事實によつて惡意の存在を推斷させることになる。同樣なことは、いわゆる善意・惡意についてもいいうる。さらに、占有意思を例にとるならば、「自己ノ爲メニスル意思」の存在を立證しようとする者は（民一八〇）一應その意思の存在を推測するに足る事實を證明すればよく、それから先の擧證はその推測を覆えそうとする相手方がなさなければならない。したがつて、所持を開始させた事實＝占有の權原が占有意思を通常伴うものであるときは、その事實を證明することによつて一應意思が證明されたことになる（末弘嚴太郎「物權法」一二〇九―二一〇頁參照）。この點については、さらに進んで、占有意思は、個々の所持者の具體的な主觀を離れて、典型的もしくは抽象的な意思として現われるとする論がある（末川博「物權法」一九一頁參照）。代理意思については、明白にこのような說を唱えるものはみないが、たとえば、商法五〇四條の解釋で、說明の端々に代理意思が代理關係でおきかえられているのをみる。

(7) 我妻・民法講義Ⅰ二〇六頁參照。

(8) たとえば、事實上の利益は代理人が自ら收める、ただ法律上の効果は本人に歸屬させるという關係が、本人と代理人の間で合意されているような場合には、代理人に代理意思があるということは容易に理解される。これに對して、「代理行爲ノ事實上ノ結果タル利益ヲ

本人ニ歸セシムルコトヲ要スル場合ニ代理人カ其利益ヲ自己ニ歸セシムル意思ヲ以テ代理行爲ヲ爲ストキハ本人ノ代理人トシテ代理行爲ヲ爲スノ意思ヲ有セルモノナリヤ否ヤハ必シモ明白ナリト云フコトヲ得」ない（石坂・前掲二〇四一頁）。この場合、いわゆる代理表示をしたとして、これに、本人に効果を歸屬させる表示という意味を附與しうるであろうか。或は、表意者が事實上の利益だけを自ら收めようという表示なのであろうか。或は、法的に前者と解釋される（意思がそのように擬制される）ということなのであろうか。

（9）私的意思の自治については、Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, II. Besonderer Teil, § 19. Der Vertrag, SS. 244-247. 參照。

（一九六一年二月一〇日稿）