

Title	代理の法理と商法五〇四条の適用される場合
Sub Title	Die Anomalie der verdeckten Stellvertretung im § 504 HGB
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1969
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.42, No.3 (1969. 3) ,p.147- 166
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	小池・今泉教授退職記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19690315-0147

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.

代理の法理と商法五〇四条の適用される場合

林 脇 ト シ 子

- 一 はしがき
- 二 昭和四三年四月二四日最高裁判所判決と商法五〇四条をめぐる学説
- 三 商法五〇四条の意義
- 四 あとがき

一

以前「代理意思について」の小論を発表した際、⁽¹⁾商法五〇四条の規定にふれたことがある。そこでは、代理の効力を認めるためには内心の代理意思の存在を顧慮しなければならないが、代理行為の成立には代理意思の表示が要件とされない結果、代理の効力は表示を基礎として考えることができず、したがって、代理意思の存否はどのような形で問題になりどのような把握されるか、商法五〇四条では何をメルクマールにして代理を考えているのかという疑問を提出した。⁽²⁾その後、商法五〇四条に対しこのような問題の提起の仕方でよいのか、もつと問題の根本に遡つて、代理の法理の働く場面の基本的

な形を考え、代理の法理と意思表示ないし法律行為との関連、代理の問題を含む法律行為の成立および効力発生について一般的な検討を加えた上で、商法五〇四条の意義に論じ及ばなければならないのではないかと自問してきた。最近、商法五〇四条の適用をめぐつて最高裁判所の判決が下され、これに対する批判を試みるうちに考えを新たにした点がある。この判決に関連する限度で——より根本的な検討は後日に譲らなければならないが——、本論においてもう一度この問題を取り上げてみたい。

ここに私事を附記することをお許し願いたい。小池、今泉両先生には、めでたくご定年を迎えられた。筆者は、判例批評にすぎないような拙いものながら、両先生のご指導を受けた初め頃から抱き続けてきた問題についての一試論を両先生に捧げ、多年にわたる学恩への感謝の気持を表わしたい。今後における両先生の一層のご健康をお祈りし、筆者の学問上の歩みを長く見守つて下さるようお願いするものである。なお、本論で取り上げた問題については、津田先生をはじめとして慶應義塾大学商法研究会の席上、貴重なご教示を賜つた。

(1) 林脇・法学研究三四巻四号一頁以下。

(2) 林脇・前掲八頁参照。

(3) 最高(大法院)判昭四三・四・二四判例時報五一五号二七頁。

二

一 今回の最高裁判所の判決につき、まず、認定された事実はその通りである。本件ラムアングラ毛糸は、訴外A会社が所有していたが、Aが、上告人X(原告—被控訴人)からの借受金の担保のためXに対し譲渡担保に供したものである。Aの倒産後、Xがこれを換価処分しようとしたが、金融業者であるXは毛糸の売買には不案内で換価が困難であつたため、XからAにこの売却方を依頼した。そこで、Aの代表者Bが毛糸類売業者である被告Y(被告—控訴人)との間に本件毛糸を

売渡す契約を締結した。本件売買契約締結当時、Bは本件毛糸がXに譲渡担保に供されていたことを知っており、Xの委託に基づき、Xのためにする意思をもつて契約を締結したが、Bがその代理意思をYに表示したことは認められない。また、YはBの行為が本人であるXのためにするものであることを知っていたとは認められず、Yは本件売買以前からAとは毛糸の取引があつたがXとは何等の取引関係もなかつたことを合わせ考えると、これを知りうべき事情でなかつたと認定される。

第一審よりの経過は次の通りである。Xより売掛代金の請求がなされ、第一審判決は、商法五〇四条本文の規定の適用により本件売買契約はXに効力を生ずるとして、Xの請求を認容した⁽¹⁾。これを不服としてYより控訴した第二審においては、商法五〇四条の適用を問題とした上で、「商法第五〇四条本文の規定は企業主体の経営活動がその組織の下にある補助者の行為により大量的継続的に展開される場合は、これに含まれる個々の行為につき一々その主体(本人)の名を表示することはむしろ煩雑で取引の敏活を害するおそれがあり、また相手方も行為の主体(本人)を認識するのに困難がなくその必要のないのを通常とするというような事情を考慮して民法第一〇〇条の規定を修正したものと解せられる。したがつて右商法第五〇四条本文が適用されるのは相手方において代理人が本人のために行為したことを知りうべかりし場合にかぎるのであつて、形式的に商行為であるというだけで軽々に商法第五〇四条本文の規定を適用することは許されないものといわねばならない。もつともかように解することは民法第一〇〇条但書との関連において右商法第五〇四条がその特別規定たる意義を失わしめる嫌がないがこの規定の趣旨は民法の規定に対し単に立証責任の転換をはかつたものにとすぎず、すなわち商法が民法のいわゆる顕名主義に対し非顕名主義を採ることから、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為したことを知り又は知りうべかりし事情になかつたことをみずから立証しなければならぬものとするにあると解すべきである」とし、結局、本件は商法五〇四条本文の規定の適用を受けるべき場合でなく、本件売買契約はXに対してその効力を生じないとして⁽²⁾いる。原判決取消、Xの請求棄却の判決に対し、Xより上告した。その上告理由としては、原判決の趣旨

によれば民法一〇〇条の規定でこと足り、商法五〇四条の特別規定を設ける必要がなくなる、商取引においては取引の目的物が代替物で、契約の内容に重きをおき当事者の個性が余り問題にならないということが、この特別規定の存する主な理由と解すべきであり、本件のように本人の側において商行為であるばかりでなく、相手方のためにも商行為である行為についてはなおさらこのように解すべきである、原判決が本件に商法五〇四条の適用なしとしたのは同条の解釈を誤った違法が³⁾あるとしている。

判旨は次の通りである。商法五〇四条は民法九九条一項の顕名主義に対する例外を認めるものであり、その趣旨は、一々本人の名を示すことは煩雑であり、相手方においてもその取引が営業主のためなされたものであることを知っている場合が多いからである。但書は、非顕名主義を徹底させると、代理人を本人と信じて取引をした相手方に不測の損害を及ぼすおそれがあるから、このような相手方を保護し、関係当事者間の利害を調和させるものであるとした上で、「かように、代理人に対して履行の請求をすることを妨げないとしている趣旨は、本人と相手方との間には、すでに同条本文の規定によつて、代理に基づく法律関係が生じているのであるが、相手方において、代理人が本人のためにすることを知らなかつたとき（過失により知らなかつたときを除く）は、相手方保護のため、相手方と代理人との間にも右と同一の法律関係が生ずるものとし、相手方は、その選択に従い、本人との法律関係を否定し、代理人との法律関係を主張することを許容したものと解するのが相当であり、相手方が代理人との法律関係を主張したときは、本人は、もはや相手方に対し、右本人相手方間の法律関係の存在を主張することはできないものと解すべきである。」相手方が代理人との間の法律関係を主張するについては、相手方において本人のために行ふことの不知を主張、立証する責任を有し、代理人は相手方の不知が過失に基くことを主張、立証してその責めを免れうるとする。そして、原判決が商法五〇四条本文の適用される場合を限定しているのは同条の解釈を誤つたものであるが、本件の事実認定との関係で、YはXとの取引関係を否定し、本件売買契約の一方の当事者はAであると

主張しているから、XはYに対し両者間の法律関係を主張することはできない。したがって、Xの請求排斥という結論を示した原判決は相当であるとして、上告を棄却した。⁽⁴⁾

二 本件控訴審判決、上告理由および最高裁判所判決の中に、対立する論点がかなり明瞭に現われているので、長文をかえりみず引用を行つたが、ここで取り上げられる論点について、これまで学説、判例はどのように考えてきたか。次にこの点についてしばらくみていきたい。まず、判例および商法学者によつて唱えられている商法五〇四条の存在理由を列挙すれば、(1)商取引の簡易迅速に敏活の要請を満たす(これに対し、一々本人の名を示すことは煩雜)、(2)取引の安全にたまたま代理意思の表示を忘れても代理の効力を生ずる、(3)本人が自己の名を表示しないで機敏に商機を把握することをうる、(4)實際上、相手方は、本人―代理人間の事情を知っているのが普通である、(5)商取引においては当事者の個性が問題にならず取引の内容が重視される、さらに、(6)商取引を限定して大量的継続的取引に注目し、ここでは、相手方は営業主の存在と補助者による活動を知つていること、取引の目的が代替物であること、等である。同一の判決、著書の中で、これらの理由のいくつかが同時に挙げられているのが通例であるが、これらの理由が同時に並び立ちうるか否かについては、すでに述べたことがある。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

商法五〇四条のこのような存在理由から、同条本文が規定する効果は、代理意思の表示がなくとも本人に効力を生ずることであるとすることは、共通の認識となつている。この点をとくに民法の顕名主義に対する例外規定、便宜的特別規定と呼ぶ者もある。⁽⁷⁾問題は、商法五〇四条本文の規定の適用上、代理意思の表示がないことに伴つて、相手方が本人のためにすることを知ると否とを問わないかという点にある。本条の存在意義を認める者は、相手方不知の場合を含むとし、⁽⁸⁾本条の存在に反対を唱える者も、相手方の知、不知を問わず本人に効力を生ずるとするのが本文の規定の内容であるとし、そのようなものとして同条を批判する。⁽⁹⁾さらに、多くの説は、本人に効力を生ずるとするのは、相手方が本人に対し効力を主張しうるの

みでなく、本人より相手方に対してもその効力を主張しようという意味をもつものとする⁽¹⁰⁾。これに対し、特色のあるのは、小町谷博士の説で、但書に關してではあるが、相手方不知の場合に、相手方が本人または代理人に対して請求をなしようことを定めたのみで、本人より請求をなしようことを定めたものではないとする⁽¹¹⁾。

次に、但書の規定の趣旨については、相手方不知の場合に相手方が不測の損害を蒙るといふ不都合を除去し取引の安全を確保することを目的とするという点では、見解が一致している。議論が分かれるのは、その一つとして、相手方の不知に於いての過失の有無に關する。すなわち、過失の有無を問わず、相手方は本人または代理人に対して請求をなしようという多数説に対し⁽¹²⁾、相手方の無過失を要件とする少数説が対立している。さらに、最も大きな対立は、但書の効果について、不知（或は無過失不知）の相手方から本人または代理人に履行の請求をなしようとする点では問題はないが、本人から相手方への請求が認められるかの点に存する。但書が当然本文——相手方不知の場合も含むものとしての——を受けるものであり本文と同じ平面での規定とすると、本人から相手方への履行の請求も可能であり、相手方はその請求に応じなければならないことになる⁽¹³⁾。これに対し、小町谷博士の異説があることは上述の通りであり、さらに、大隅最高裁判所判事は、相手方と本人との間のほか、但書により、相手方と代理人との間にも契約關係が成立することとなり、相手方はそのいずれかを選択して請求することができる⁽¹⁴⁾とし、この考え方によれば、相手方にその選択権が委ねられているから、本人から相手方への請求は相手方の選択権行使の結果否定されることがある。この点、見方を変えたと、但書の規定によつて、相手方は本人、代理人のいずれにも履行の請求ができるるとき、行為の当事者は本人なのか、代理人なのか、双方なのか、また、当事者が本人だとすると、代理人はこの但書の規定によつていかなる立場に立つのか（履行についてだけ責めを負うのか）、当事者が代理人だとすると、本人にも請求しうるのどこに根拠があるのかが問題である⁽¹⁵⁾といふ。この点は、まだ十分解明されていないといえない。

さらに、商法五〇四条の適用範囲をめぐつて、広く商行為の代理一般について適用されるのではなく、企業取引、すなわち営業と直結した代理人（商業使用者）の場合に限定して、本条の合理性を理解しようとする最近の傾向を指摘することがある。⁽¹⁸⁾

- (1) 本件第一審一名古屋地裁豊橋支部判決、判例時報五一五号二七頁コメントより（原文は参照しえなかつた）。
- (2) 本件控訴審一名古屋高判昭四〇・一〇・一四判例時報四二七号四七頁。これと同旨の判決として、東京地判昭三九・三・二五判例タイムズ一六一号一七四頁がある。
- (3) 上告理由、判例時報五一五号二七頁。
- (4) 本件最高裁判決・前掲。本判決の解説として、杉田洋一・金融法務事情五一六号二四一六頁がある。
- (5) たとえば、朝高判大二三・一一・一六商判集上四八二頁上段は、(1)および(3)（本人が自己の氏名を表示することを欲しない）を挙げ、小町谷操三・商行為法論五八頁は、(1)、(2)、(3)を、大森忠夫・商法総則・商行為法一六六―七頁は、(1)、(4)、(5)を、西原寛一・商行為法一二二頁は、(1)、(4)、(5)、(6)を挙げている。
- (6) 林脇・前掲一〇頁および二三頁註(8)―(12)参照。
- (7) たとえば、朝高判・前掲は便宜規定といい、松本丞治・商行為法五九頁は、民法九九条および一〇〇条に対する便宜的特別規定といい、岡野敬次郎・商行為及保険法九・一〇頁は、民法の原則に対する特別規定といい、また民法に対する変例といい、石井照久・改訂商法Ⅱ一四頁は、顕名主義（民九九・一〇〇）に対する例外規定という。
- (8) たとえば、朝高判・前掲、大判明三九・五・二二民録二二輯七八五頁、大森・前掲一六七頁、大隅健一郎・商行為法三三頁、石井・前掲一四頁はそのように明記し、岡野・前掲九・一〇頁、田中誠二・新版商行為法八八頁は、但書の前提として、本文は相手方不知の場合を含むとするものと受け取れる。
- (9) 松本・前掲六〇頁は、商法の規定によれば、相手方不知にかかわらず本人に対して効力を生ずるが、これはむしろ民法の原則に対する改悪であるとする。竹田省・商行為法一〇―一二頁は、代理意思の表示なく相手方不知の場合にも代理の効力を生ずるとする通説の解釈には疑問があるとして、「商法の規定は、商行為の代理は、特に本人の為めに行ふことを明示せずとも、事実上其事を見得れば足るとする当然の規定であつて、民法第一〇〇条但書と同趣旨のものに過ぎぬと解する」。鈴木竹雄・新版商行為法・保険法・海商法一一頁および一六頁註は、商法の規定は商行為の特性に応じた特則と説明されているが疑問がないではないとして、民法一〇〇条但書の場合以上に「相手方がそれを知らずまた知りうべき場合でなかつたときにも代理の効力をみとめるのは、いかに商行為が簡易迅速性を要求するとしても不条理であつて、本条はむしろ廃止

すべきである。」とする。西原・前掲一二二、三頁は、代理に関する民法と商法の差異は、形式的には、相手方の無過失不知のとき、民法ではその行為は代理人の行為となり、代理人に対し責任を追求するほかないが、商法では有効な代理行為になっているから、相手方さえその気になれば、本人に対し履行を求めてもよい結果となる。しかし、そこまで認めることは行き過ぎで、結局、実質的には民商法間に差異はないのであり、ただ、顕名主義を採る民法と非顕名主義を採る商法とはその出発点が逆になっているので、立証責任の問題に影響を生じるとはならないとする。

(10) 朝高判・前掲、田中誠・前掲八七、八頁。

(11) 小町谷・前掲五八一六一頁は、代理人は簡単に自己の名義のみをもつて本人のために取引をなしうるが、代理意思の表示なく相手方不知の場合、「なほその行為の効力が本人に対して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がある。」とし、この不都合を除去するのが但書の規定であり、「相手方は代理人に対しても履行の請求をなすことが出来る。」しかし、但書の立法趣旨に鑑み、「相手方が本人又は代理人に対して請求をなしうるのみで、本人より請求をなしうることを定めたものではない。」とする。さらに、竹田博士の本条非難に対して、その非難は、相手方不知の場合に、本人から相手方に対し代理の効力を主張しうることを認める前提に立つが、「かかる結論は、取引の安全を害するから、勿論とることを得ない。同条但書の規定は、代理関係を知らざりし場合に於て、後日これが明かとなつた場合には、本人に対しても代理人に対しても、請求しうる趣旨にすぎないと解すべきである。」とする。この小町谷博士の見解に対し、西原・前掲一二三頁は、五〇四条本文が非顕名主義を採つたという前提に立つて、小町谷博士のように制限的に解する理由はなく、「ただ相手方において代理人自身の行為であるとの抗弁権を有するだけである。」と再反論する。

(12) 岡野・前掲九、一〇頁は、相手方不知の場合、「全然本人ニ対シテ其權利ヲ主張セシムルハ恰モ法律カ對手ヲ強ルニ均シ故ニ此場合ニ於テハ代理人ニ対シテモ其權利ヲ主張セシメサルヘカラス」とし、小町谷・前掲五八、九頁、石井・前掲一四頁は、不測の損害という表現を用いている。

(13) 松本・前掲六〇頁、小町谷・前掲六〇頁、田中誠・前掲八八頁、石井・前掲一四頁。

(14) 大森・前掲一六七頁、大隅・前掲三四頁。西原・前掲一二二、三頁は、民商法の形式的な差異の一つとして、商法五〇四条但書によれば、相手方過失不知の場合にも代理人に対して履行の請求ができる点を挙げることであるが、「民法の一般規定でさえ、相手方に過失があれば保護されないものであるから、まして企業活動の簡易迅速性を旨とする商法において、民法以上に相手方を保護するものとはとうてい考えられない。」として、相手方の無過失不知を要件とするのと同様の結果を認める。

(15) 朝高判・前掲。

(16) 大隅・前掲三三、四頁は、商行為の代理は、相手方の知、不知を問わず本人に対して効力を生ずるが、相手方が代理人を本人と誤信して取引をした場合にも、本人に対してのみ請求をなしうるものとするならば、相手方は不測の損害を蒙り、却つて取引の安全を害する。そこで但書

は代理人に対しても履行の請求をなすことを妨げないとするものであるとして、本文中に記したように、二つの契約関係の成立を認め、そのいづれを選択して請求するかは相手方に委ねられているとする。

(17) 岡野・前掲一〇頁は、「代理人カ本人ノ為メニスルコトヲ示サス且相手方カ本人ノ為メニスルヲ知ラス又ハ知ルコトヲ得サル場合ニ於テ」も「本人ノ行為トシ本人ト相手方トノ間ニ直接ノ効果ヲ生セシムル」ことを認め、これ「則チ商法ノ民法ニ対スル変例ナリ」とし、「其行為ヲ代理人自己ノ行為トセサルハ其変例ノ結果ニ過キス而シテ代理人ヲシテ履行ノ責ニ任セシムルハ自己ノ行為トシテ責任ヲ負担スルニ非ス本人ノ行為ナルモ尚相手方ニ対シテ責任ヲ負担スルノ謂ナリ是ハ商法ノ特別規定ニシテ直接民法ノ代理ニ関スル規定ト相渉ルコトナシ」とする。田中誠・前掲八八頁は、本人と代理人とは、いづれも行為の当事者として、不真正連帯債務を負担するとし、小町谷・前掲六〇頁も、同様に説くが、小町谷博士の場合には、本人の行為の当事者としての地位は何を根拠として生ずるのか、博士の前に説かれるところとの関連で必ずしも明確でない。

(18) たとえば、鈴木・前掲一六、七頁は、(商法五〇四条の規定の存在に批判的な立場から)「本条は商行為の代理すべての規定とされているが、商業使用人のように代理関係が当然わかるような場合には、このような取扱いが一応理解できるとしても、非商人たる相手方の代理人については何としてもおかしい。」とし、伊沢孝平・商行為法保険法海商法二八、九頁も、商業使用人が代理行為をする場合には代理の背後に存する営業関係がその代理行為たることを示すからよいとして、それ以外の場合には、この規定は妥当性を欠いているとする。大隅・前掲三四頁も同旨であり、西原・前掲一二二頁も、本条の存在理由につき大量的継続的取引、営業主の補助者による活動を前提としているし、石井・前掲一五頁も同様である。絶対的商行為につき——本人の営業とは無関係、個別的にされた営利行為にすぎず、代理行為の存在を認めうべき事情または外観がないとして——商法五〇四条本文の適用を否定したものに、岐阜地判昭三七・二・六下級民集二三卷二一七〇頁がある。この判例批評を契機として、それ以後、本条の適用範囲を限定することによつて、むしろ積極的に本条の存在意義を認めようとする一種の類型論が出てきた。たとえば、田中昭・商事法務研究三二七号二六九—二七一頁(岐阜地判・前掲に賛成の評釈。この判決については、谷川久・ジュリスト三五二二号一〇九—一一〇頁の反対の評釈がある)、高島正夫・財政経済弘報二二七〇号八、九頁(本件最高裁判所判決にふれている)参照。

三

一 上述の商法五〇四条をめぐる学説、判例を念頭に置きながら、まず、同条本文の意義から考えてみよう。

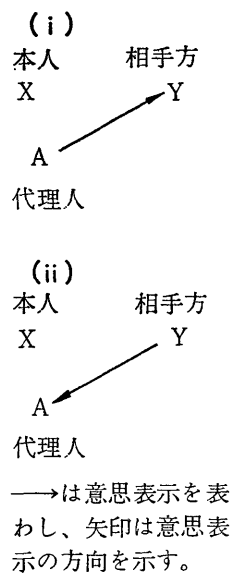
(1) 商法五〇四条本文は、法律行為についての規定か、意思表示についての規定か、この点、まだ明確にされていない。民

法九九条一項は、文言上、「代理人カ……本人ノ為メニスルコトヲ示シテ為シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ対シテ其効力ヲ生ス」(傍点林脇・以下傍点につき同じ)と規定しているのに対し、商法五〇四条本文は「商行為ノ代理人カ本人ノ為メニスルコトヲ示サルトキト雖モ其行為ハ本人ニ対シテ其効力ヲ生ス」と規定している。両者の効果はともに本人に対して効力を生ずるということであるが、いかなる効力を生ずるのかについては検討を要する。民法九九条一項、商法五〇四条本文の文言上、前者は意思表示の効力、後者は法律行為の効力を指すように受け取られるが、この点については次のように考える。すなわち、意思表示の効力というとき、一つは、たとえばその意思表示が申込の意思表示であれば申込の拘束力といったいは意思表示の形式的な効力がこれである。この効力は意思表示の内容に基くものではなく、なされた意思表示に共通に附着するものであつて、その意思表示が本人のためにすることを示してなされたがためにこの効力だけが独立して本人に帰属するという性質のものではない。意思表示の効力というとき、他の一つは、意思表示が表現行為の一種でありしかも意欲が表現されそれを組成分子として法律行為が成立したときにはその意欲の内容通りの効果が発生するという意味で、その効果の源なる意欲の内容、意思表示の内容を指す。民法九九条一項の意思表示の効力はこの後者を指すものと考えられる。その理由は次の通りである。すなわち、本人のためにすることを示すことが代理意思の表示と考えられ、代理意思が効果意思に含まれ、そこから生ずる効果については私的自治の原理が働くと考えられる限り、代理意思の表示をめぐる問題は意思表示の問題であり、そこで取り上げられる効力も効果意思の内容、或はこれに相応する法律効果、すなわち意思表示を組成分子とする法律行為の任意的法律効果(意思に基く効果を仮りにこのように呼ぶ)である。ここで意思表示の効力と法律行為の効力とが結びつくわけであるが、これは、法律行為の効果、そのうちの任意的法律効果は元来それを組成する意思表示の内容に他ならぬいからである。このようにみると、実は民法九九条一項の規定も商法五〇四条本文の規定も表現が不完全であつて、前者は、「代理人カ……本人ノ為メニスルコトヲ示シテ為シタル意思表示ハ」これにより組成される法律行為の当事者は本人

であるという内容を有し、したがつてこれにより組成される法律行為上の効果は「本人ニ対シテ其効力ヲ生ス」、後者は「商行為」を組成する意思表示の「代理人カ本人ノ為メニスルコトヲ示ササルトキト雖モ」(後述の一定の要件の下に)その意思表示は本人のためにするものと取り扱われ、したがつてこれにより組成される法律「行為」上の効果は「本人ニ対シテ其効力ヲ生ス」という意味をもつものと考えられる。

民法九九条一項と商法五〇四条本文とは一見異なる規定の仕方をしてているが、前者では、効果意思の内容として顕名を要するという点を明瞭にするために意思表示の要件の面から規定し、後者では、効果意思の内容としてたとえ顕名がなくとも本人に法律行為上の効果が及びうるといふ点を強調するために法律行為の効力の面から規定している。しかし、後者においても、代理意思の表示を要するか否かが意思表示の要件、効果意思の内容として考えられる限り、意思表示の面から考察されなければならないのは当然といわなければならない。もつともこれと異なる考え方で可能な途は、商法五〇四条本文は代理意思表示の要件として効果意思中に代理意思の表示されることを全く要求していない、いいかえれば、この意思表示を組成分子とする法律行為の効力は意思に基づく効果ではなく何等か他の特別の要件に基くいわば法定的な法律効果であることとである。⁽¹⁾この点の考察は別の機会に譲るとして、上述の効力が意思に基くいわば任意的法律効果であるとする前提に立つならば、一般の意思表示の場合と同様に、まず、意思表示の内容、二個以上の意思表示の合致(契約という法律行為を考へる場合)、意思表示の内容に基く効果の発生を考へなければならぬ。

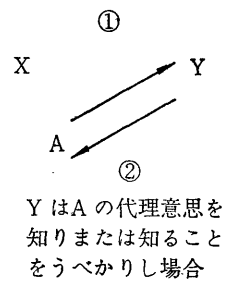
(2) ひとまず上述の前提に立つて考へるとき、商法五〇四条本文において「商行為ノ代理人カ」というのは、商行為を組成する意思表示の代理人がということになる。ここでやや詳細に述べるならば、まず、誰にとつて商行為であることが要件となるかが問題となり、⁽²⁾一般に相手方のある意思表示について、本人にとつて商行為であるか、相手方にとつて商行為であるかの二つの場合がある。次の図(i)の場合は能働代理の場合であつて、本人にとつて商行為であることが要求され、(ii)の場



合は受働代理の場合であつて、相手方にとつて商行為であることが要求される。以上の点に附随するならば、商法五〇四条本文は形式上能働代理の面から規定しているから「商行為ノ代理人カ」という規定の仕方になるが、後述のように受働代理の面を考へることが可能なのであつて、商行為をなす相手方が代理人に對して意思表示をなす場合にこれを類推することが考えられる。⁽³⁾ 商

法五〇四条本文は以上のような意味で商行為の代理人が本人のためにすることを示さないで意思表示をなした場合には、その効果は本人に帰属することを表わしている。ところで、この意思表示を組成分子として法律行為が成立した場合には、その効果は本人に帰属することを表わしている。ところで、この前段の本人のためにすることを示さないで意思表示をなしたときに、これを組成分子としていかなる内容の法律行為が成立しうるのか、そもそも法律行為が成立しうるのか、或は成立しうるとしても何等か他の要件が必要なのではないかが問題となり、この点、学説は必ずしも明かにしていない。多数説は商法五〇四条本文の適用範囲を広く非顯名のすべての場合に及ぶとし、代理意思の表示がなく、代理人が代理意思を有する⁽⁴⁾ことを相手方が知つているか否か〔知、不知〕、もしくは知りうべきを過失によつて知らないか知りうべき場合でないか〔過失不知、無過失不知〕等を問わないとする。多数説のこの立場からは、このような意思表示から何故本人、相手方を当事者とする法律行為が成立するか、多数説はこれを当然の前提としてしているものようであるが、そうなるとこの代理の効力を意思に基く効果とすることはできず、他に何等かの要件を必要としないかが問題となる。しかし、多数説はこの点にふれていない(上述の最高裁判所判決およびこの判決の理論的基礎となつたかと思われる大隅・前掲三三、四頁は、この点につきやや積極的な考察を行つてゐる)。少数説は、これに對し、商法五〇四条本文の適用につき、相手方の知もしくは過失不知を要件とする。この限りで、一方、その意思表示は本人のためにこれをなし

たものとして取り扱われ、他方、相手方のなす意思表示も本人に効果が及ぶものとして扱われる。この後の点については少



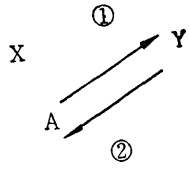
説明として立証責任の違いを挙げる学説があるが（西原教授の説およびその影響を受けているとみられる本件原審判決参照）、商法五〇四条をただそれだけの規定と解することに難点がある。

二　そこで、基本的には多数説の立場——商法五〇四条の存在を活用しようという——に立ちながら、少数説の唱える相手方の知、過失不知という要件とは別の要件が同条の適用上必要であると解する立場が可能となる。たとえば、商法五〇四条の本文、但書を別々に考えず、商法五〇四条本文は広く適用があり、行為がなされた場合相手方—本人の関係（aの關係と呼ぶ）が成り立ち、また、但書では相手方の不知或は無過失不知（後述するように、商法五〇四条但書の条文そのままでは「知ラサリントキ」＝不知のみを要件とするが、民法一〇〇条但書の要件「知ルコトヲ得ヘカリントキ」の裏返しとして、単なる不知では足りず無過失不知が要求されるとする立場もある）の場合に、相手方—代理人の關係（bの關係と呼ぶ）が成り立つとする。ここで、a、bの二つの關係をどのように理解するかで見解が分かれうるが、一つは、aが本則であり、bは附随的に特殊な意味で設けられたものであるから、条文の文言そのままに相手方から代理人に履行の請求ができるという關係だけを認めようとする（代理人は行為の当事者ではなく、代理人から相手方への請求は認められない）ものである。しかし、この考え方では、相手方の

不知或は無過失不知の場合でも、本人から相手方への請求に相手方は応じなければならぬ点で（相手方は代理人からの請求に応じて履行を済ませたが、代理人は行為の当事者でないからこれは有効な弁済とならず、さらに本人からの請求に応じなければならぬ。代理人に対する弁済が債権の準占有者に対する弁済として保護されるか否かは別の問題である）、實際的にも疑問が残る。他の一つは、bが本則であり、aのうちの相手方の不知或は無過失不知の場合は補助的に附加されたものと考え、したがつてこの場合には本人から相手方への請求は相手方が不知或は無過失不知を主張、立証すれば容れられないとする（ここでは相手方が本人からの請求を否定するといういわば抗弁権的な構成を挙げたが、今回の最高裁判所判決は相手方がaの關係を選択するかbの關係を選択するかといういわば選択権的な構成をとつている。根本的には同じ意味をもつている。この後の考え方は少数説に近づいてくるが、少数説では本文の適用される場合と但書の適用される場合とが事例によつて分かれるのに対して、この説では両者が重なり、ただ、本人から相手方への請求に対しては相手方はこれを否定することができるが、相手方からは本人に対する關係を拒むこともできる余地を残している。

以上の多数説、少数説に共通の理論上の曖昧さは意思表示についての論及と法律行為についての論及との混乱に由来する。この点を意識しながら、多数説と少数説との間にもう一つの考え方が現われうる。すなわち、多数説に対しては、相手方の不知或は無過失不知の場合に無条件に商法五〇四条本文の適用があり、しかも法律行為の当事者として当然本人、相手方の結びつきができるのは不可解であるという批判を向け、少数説に対しては、相手方の不知或は無過失不知（ことに無過失不知の場合）の場合には全く商法五〇四条本文の適用がないとしてしまえば民法一〇〇条適用の結果と同じになり、商法五〇四条を設けた意味がなくなつてしまうから、この場合にも同条適用の可能性を或る要件の下に残すべきだとする。

三 この最後の方向を今回の最高裁判所の判決の場合を例にとつて考えてみよう。左図における①の意思表示について、Aに代理意思があるが、その表示がない。そして②の意思表示については、①の意思表示についてAがXのためにする



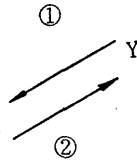
ことをYは（知らずもしくは）知りうべき場合でない、したがつてYは代理意思なくその表示をしていないという場合である。①については、民法九九条、一〇〇条のみが適用される場合を考えると、これらによれば、①の意思表示の内容はこれを組成分子として法律行為が成立した場合の当事者はA、Yであるようなものであり、そのような内容の意思表示が成立する。②については、①の意思表示と同じ内容の意思表示として成立する。したがつて、①、②の意思表示を基礎として法律行為の観点からは、A、Y間に合意が成立し、A、Yを当事者として、A、Y間に法律行為上の効果が帰属する。これに対し、商法五〇四条を考慮に入れると、①の意思表示については、これを組成分子とする法律行為の当事者はXであるという内容も、これを組成分子として法律行為が成立した（或は成立するものとして扱われる）場合には、Xに効果を及ぼしうる。しかし、②の意思表示については、その内容はY、Aを当事者とする効果発生を狙っているものであるから、それを組成分子として法律行為が成立したときに法律行為上の効果が本人に発生することは予期されていない。したがつて、①、②の意思表示によつて当然にはX、Y間に効果が及ぶべきものとしては合意は成立せず、その効果も発生しないものといわなければならない。そこで、商法五〇四条本文を生かす途は、X（A）の側ではその行為によつてXに効果の及ぶことは承知しているのであるから（XについてはAに代理権を与えている場合、あとはAの現実の意思表示に任せているのであり、またXがAに代理権を与えていないとしても、その点は無権代理の問題として処理すればよく、代理の意思表示についてはAの意思を問題とすればよい。そしてAは代理意思をもっている）、X（A）の側では法律行為上の効果を生ぜしめるに支障はなく、Yのもう一つの意思表示を要件としてXとの間に効果を生ぜしめうると考える。

もつとも、このYのもう一つの意思表示をどのように法律構成するかの問題が残る。今回の最高裁判所判決の選択という考え方の基礎には、いわゆる選択債権における選択のように、すでにA、Y間およびX、Y間にそれぞれを当事者とする合

意が成立しているとする考えがあつて、但し債権関係はそのいずれか一つに確定されなければならないから、それを確定する行為がYの選択であると考えられる。しかし、今問題にしているYの意思表示は、A、Y間の他にすでにX、Y間に合意が成立しているのをそのいずれかに確定するというのではなく、Yの意思表示によつてはじめてX、Y間に合意が成立し（その成立の時期を何時にするかは別問題である。このYのもう一つの意思表示を前提として、初めの二つの意思表示がなされた——一般にはそれによつて合意が成立するはずの——時期に成立すると考えてもよからう）、しかもそれによつてA、Y間に成立するものとみられた合意が排除される。何故ならば、そもそもA、Y間に成立するものとされた合意は、Aの内心の意思に基かないものであるが（したがつて一般には錯誤の主張が許される場合である）、Yの信頼保護のため民法一〇〇条本文がとくに規定したところによるものであるから、当のYがXとの間に合意を成立せしめようとする限りで、Aとの間に認められた合意を排除することは差し支えない。以上のように、X、Y間に合意が成立するのはYの意思表示（明示の意思表示である必要はない）をまつことになるから、初めの①、②の意思表示のみに基いてXからYに当然には履行の請求はできない。この請求があつてもYはこれを拒絶することができる。この場合、民法一〇〇条但書の適用上、本人の側からYがAの代理意思を知りまたは知ることをうべかりし場合はこれを主張、立証してXからYに請求することができるが、商法五〇四条但書では、YがAの代理意思を知らざりしときはYがこれを主張、立証してXからYへの請求を拒絶することができる。但し、上述のように、Yは不知の場合でも（後にこの事情を知つたときは）この主張をなさず、Xの請求に応じて履行をなし、またYからXに対し請求することの可能なことは、商法五〇四条本文の規定するところである。以上に述べたところで、商法五〇四条但書が「本人ノ為メニスルコトヲ知ラ、サリ、シトキハ」「不知」としているのは、民法一〇〇条但書が「本人ノ為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」（これの裏返しは）「無過失不知」としているのに対比して不都合であるとする論がある。この論には相当の理由があるように思うが（本人の側では本人に効果が帰属することを望んでいるのであり、しかも相手方が

代理人の代理意思を知らないことについて過失がある場合に、その相手方を民法における規制以上に保護する必要はないという点で、⁽⁵⁾ 両規定の具体的な適用の場を考えてみると、民法一〇〇条と商法五〇四条とでは立証責任の配分が異り、後者にあつては相手方が自らの不知を立証しなければならず、不知そのものの立証は困難であり不知を推測せしめる間接事実の立証によらざるをえないから、知りえなかつたことの立証と遠く距るものではない。また、相手方の第三の意思表示による決定の可能性を広くしておくことに左程の不都合はないので、商法五〇四条但書の文言通りに理解してよいものと思う。

四 以上、商法五〇四条を能働代理の場合に限定して考察してきたが、民法九九条二項が一項の能働代理の規定（代理人カ……為シタル意思表示）を受働代理の場合に準用しているように（第三者カ代理人ニ対シテ為シタル意思表示）、商法五〇四条の規定（直接には能働代理の場合を規定する）を受働代理の場合に類推することができる。この場合、いかなる変更が条文の文言



上必要となるか。受働代理の場合とは、上の図における①の意思表示についていわれるのであつて、問題となるのは、①の意思表示については、Yに代理意思があるが表示していない、したがつて、②の意思表示については、Aは自己が当事者の立場に立つものと考え、代理意思をもたずその表示もしなかつたという場合である。この際、YはXに効果の及ぶ点では異存ないが、代理意思の表示をしていないからAに効果が及んでも異議は唱えられない（民一〇〇本）。Aは、②の意思表示の際Xに効果の及ぶことを予期して

いないから当然X、Y間にX、Yを当事者とする合意が成立することは認められないが、Aの意思表示（X、Yを結びつける意思表示で、これによりA、Y間に成立するものとされた合意を排除する）によりXに効果を及ぼしうる（XはAに代理権を与えていれば効果発生に支障がないし、代理権を与えていなければ無権代理の問題となるが、いずれにしても意思表示、合意の成立はAの意思表示による）。民法一〇〇条、商法五〇四条ともに受働代理について類推され、前者は「相手方カ本人ノ為メニスルコトヲ示サシテ為シタル意思表示ハ代理人ニ効果ノ帰属スベキ内容ノモノト看做ス但代理人カ其本人ノ為メニスルコトヲ知り又ハ之ヲ

知ルコトヲ得ヘカリシトキハ前条第二項ノ規定ヲ準用ス、後者は「商行為ヲ為ス相手方カ本人ノ為メニスルコトヲ示ササルトキト雖モ其行為ハ本人ニ対シテ其効力ヲ生ス但代理人カ本人ノ為メニスルコトヲ知ラサリシトキハ代理人カラ相手方ニ対シテ履行ノ請求ヲ為スコトヲ妨ケス」という文言になる。

(1) たとは、英米法における *Undisclosed Principal* の法理の果たす役割とか(田中英夫・*Undisclosed Principal*・末延三次先生還暦記念・英米私法論集一五一頁以下、神崎克郎・商事代理における非顯名主義・神戸法学雑誌一五卷二号二九四頁以下参照)、フランス法における *mandat* の考え方、或は日本においても代理権授与行為と委任契約とを合わせて考えようとする見方の再生、或る事実関係を基礎として代理の効力を発生させるという一種の代理類型論などが、この考え方にいとぐちを開く。

(2) 学説は、本人のために商行為である場合について商法五〇四条の適用を肯定するに異論はないが、相手方にとつて商行為である場合を含むか否かの議論がある。積極説には、竹田・前掲一頁、西原・前掲二二頁(本条の不合理性を示す前提として、このように解している)があり、消極説には、小町谷・前掲五九頁、田中誠・前掲八七頁、石井・前掲一四頁がある。

(3) 商法五〇四条が受働代理にも適用されるかについては議論があり、横濱地判大一一〇・一一・九新聞一九四二号一九頁は、否定的な見解を示し、保険契約告知義務違反の場合の解除の意思表示につき、保険会社甲が保険契約者乙の相続人丙の法定代理人丁に対し、丙のためにすることを示さないでなした場合、解除の意思表示は無効であるとしている。小町谷・前掲五九、六〇頁は、受働代理についても商法五〇四条本文の規定を準用するのが妥当であるとしながら、「但しこの場合は、相手方の方から特定の者を、本人の受働代理人なりと認めて行為をなす場合であるから、但書の準用がないのは勿論である。」とし、この場合には、民法一〇〇条によるとする。

(4) 学説は、商法五〇四条本文の適用に当つて、代理意思の表示はないけれども代理の効果を認める根拠として、代理人の代理意思の存在を挙げるのか、代理関係に代理権の存在を挙げるのか(實際上、代理人の代理意思は代理関係という外的な事実によつて推認される他はないとしても)、意識的には明かにしていないもののように思われる。判例は、商法五〇四条の適用要件として代理関係の存在が前提であるとし(大判明四二・二・三新聞五五四号一六頁、東京控判大六・五・二八新聞二二七八号二八頁)、これとは別に、本人のためになしたことを要するとしている(東京控判大三・二・一九新聞九三三四号二〇頁、東京控判大七・四・二六新聞一四〇七号二七頁、朝高判大七・一一・三〇商判集上四八二頁中段、朝高判大一一四・四・一〇商判集上四八二頁中段、大判昭八・一・一三商判集上四八二頁上段、大判昭一三・一一・二〇商判集「追二」二〇九頁中段)。代理権の存在することは、商法五〇四条の適用要件ではなくて、別に代理の効力発生要件と考えるべきであらう。

(5) 高鳥・前掲九頁は、相手方の保護が特別な規定によつていわば制度化された場合、或は法律適用の簡明さがとくに求められる場合には、善意か否かのみを基準とすることができるとする。

代理の問題をめぐつて、なお根本的に検討すべき点として、次の三点が残されているように思う。第一は、本小論で取り扱つた代理の顯名、非顯名の問題をより深く検討することであり、第二は、代理と委任との關係であり、第三は、この二つの問題の何れにも関連して、代理権授与行為の代理の法理における位置づけである。第一点についていえば、代理の法理の働く場面が意思表示なのか法律行為なのか、仮りに代理の法理が直接働くのは意思表示の場合であるとしたとき、その意思表示を組成分子として法律行為——仮りに契約——が成立する場合に、契約の成立、不成立、或は有効、無効にこの意思表示についての規定がどのように影響するかの問題を取り上げ、まず、代理の意思表示を組成分子とする契約のうち通常ありべき基本的な形を見出し、その代表例について顯名、非顯名の問題を具体的に検討することが必要であろう。第二点についていえば、代理につき非顯名の場合にも代理の効力が生ずるといふとき、代理行為の背後に本人—代理人間の特殊な關係——代理権授与の關係ないしさらにその基礎にある代理権を授与するに至つた關係——を予定する議論が多くみられるようである。このような議論の立て方が正しいのか、もう一度、代理と委任の古い問題に立ち戻つてみる必要があるように思われる。第三点については、近時、フルーメ、ミュラー・フライエンフェルスの説を引いて次のような主張がなされている。¹⁾すなわち、これまで代理人の行為と代理権授与行為とが独立の行為である(代理行為の成立は代理人の行為について考え、代理権の存在は代理の有効要件にすぎない)とされてきたのに対し、代理権授与の中に示されている本人の意思は代理人によつて締結されるべき法律行為の効果を志向しているのであつて、代理権(本人の代理権授与による効果意思の表明)と代理人の意思表示が合体して本人の側における法律行為の要件を組成するとするものである。代理ないし広く法律行為の本質論として論議されなければならない。

代理の法理と商法五〇四条の適用される場合

一六六

(四七六)

(1) 近時、わが国でも代理理論についてすぐれた論稿が相いついで発表されているが、なかんずく高橋三知雄・代理理論の再検討・関西大学法学論集一六卷二号三一頁以下、三号三〇頁以下、一七卷一号四三頁以下、二号四六頁以下参照。

(一九六八年二月一〇日)