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

Title	代理の構成 : 代理意思の表示を中心に
Sub Title	Die Rechtsfigur der Stellvertretung
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.11 (1969. 11) ,p.1- 39
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19691115-0001

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.

代理の構成

——代理意思の表示を中心に——

林脇トシ子

一　はしがき
二　代理の規定と意思表示ないし法律行為
三　代理の法理の働く契約の形
四　代理の意思表示の有効な合致

一　はしがき

先に商法五〇四条について述べた際に[1]、後の課題として、三点を残した。その第一点は、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、仮に代理の法理が直接働くのは意思表示の場面であるとしたとき、その意思表示を組成分子として法律行為——たとえば契約——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を検討することにあり、その方法として、代理の意思表示を組成分子とする契約のうち通常ありうべき基本的な形を見出し、その代表例について顕名、非顕名の問題を具体的に検討することが必要であろうとした[2]。ここで

は、この点を中心にして、若干の考察を行いたい。

ところで、この第一点は、同じく自ら課した課題の第二点、第三点と密接に関連し、むしろ第二点、第三点の検討の結果を前提としているともいえよう。すなわち、第二点は、代理につき非顕名の場合にも代理の効力が生ずるというとき、代理行為の背後に本人―代理人間の特殊な関係――代理権授与の関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関係――を予定する議論が多くみられるが、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ことであつた。また、第三点は、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、すなわち、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主張がなされている。これに対して、代理の本質論として態度決定しなければならないということにあつた。(3)

この第二点および第三点は、代理をまず法律行為の動態的、意思的要素である意思表示の場でとらえることができるのか、総体としての法律要件、つまり法律効果と直接つながる法律行為の場でとらえるほかないのかということに関連するのであつて、たとえば、代理を委任の外面と考える立場からは、代理は委託事項である法律行為そのものについて考えることになろうし、また、代理権授与行為を効果意思の表明とみる立場からは、本人の効果意思に包括された法律行為を一体としてみることになろう。このような考え方をとれば、代理の問題は常に法律行為を正面に据えて議論しなければならないのであつて、代理人による意思表示はその不完全な一つの要素にすぎない。これに対し、代理の制度は、法律効果を受ける者以外の者による法律行為の締結の制度であると考え、したがつて、ここでは、相手方との関係で代理人と本人の内部関係を法律行為の締結からいかに切断するかに議論の重点がおかれるとする立場からは、代理人の意思表示、或は代理人の受ける意

思表示についてまず問題を考えようとする。

一般的にいうならば、日本民法には、主として意思表示についての規定がおかれ、法律行為については、第一編総則―第四章の表題が「法律行為」となつており、その第一節の総則（九〇―九二条）、第四節の無効及ヒ取消（一一九―一二六条）、第五節の条件及ヒ期限（一二七―一三七条）は法律行為について規定しているが、これらの規定は、主として、法律行為の目的からみた有効、無効、法律行為の附款と呼ばれる特殊な方向からの法律効果の発生、消滅にかかるもので、法律行為の主要な要素であり効果意思の表明である意思表示の合致等、法律行為の成立、それと法律効果（任意的法律効果）との関連については規定がなされていない。第三編債権の中の第二章契約で各別の契約についてその効果意思を規定しているが、ここでも効果意思の内容を規定するだけで、効果意思の合致については規定していない。したがつて、民法は、結局、意思表示の効力について規定するだけで――総則中、第四章法律行為―第二節「意思表示」――、意思表示の成立、効力発生と法律行為の成立、効力発生の関係については規定されていない。したがつて、また、学説もこの点詳説するものを多くみないが[4]、ただ、契約の成立について、五二六条一項をめぐる議論があり、ここで通説のとる図式は次の通りである。

意思表示の成立→意思表示の効力発生―契約の成立→契約の効力発生

これに対し、異説中には、次のように考えるものがある。

意思表示の成立→契約の成立→契約の有効、無効（意思表示の有効な合致、無効な合致）[5]

また、無効、取消についても、意思表示が無効、取消されるのか、法律行為の無効、取消なのか、必ずしも明確な議論がなされていない。総則中、意思表示の節では「意思表示ハ無効トス」、「意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得」と規定し、同じく無効及ヒ取消の節は、法律行為がその目的の故に、或は行為者の無能力等の故に無効であり取消される場合とともに、意思表示について無効、取消原因のある場合を規定しているが、無効であり取消されるのは、そのような無効、取消原因のある

意思表示を組成分子とする法律行為である。すなわち、無効であつたり取消されたりするのは法律行為の効果であるから、単一の意思表示だけでは（単一の意思表示から成る単独行為の場合を除いて）論理上そのような効果を生じえないし、したがつて無効、取消も問題とならない。

このようにして、民法、ことに総則編の基本的な立場との関連で、代理の規定（第四章法律行為―第三節「代理」）はまず意思表示の観点に立つとしても、そのことは代理を法律行為の観点から眺めることを不要にするものではなく、逆に法律行為の観点からの規定がないだけに、より一層この観点からの理論的な検討が必要となる。ただ、それが、意思表示の面で生ずる問題と法律行為の効果とを一応分けて考察した態度を全く不要ないし不当としてしまうことなのか、この一応の分別は必要なことではあるがさらに一段高いところから両者を総合してみる見方が必要なのかが検討を要する問題である。この観点から、差し当つて、法律行為の効力要件ないしは有効要件という考え方が問題となる。現在の問題で端的にいえば、代理権の存在がこれに当たる（他に、無能力者の行為についての法定代理人の同意、意思表示にかかわらない要件としては、権利の処分における処分権の存在等）。一体、代理の効力発生の中で、代理権はいかなる役割を果たすのか、代理行為と代理権とのかかわり如何がこの問題である。伝統的な立場からは次のようにいわれる。すなわち、相手方に対する代理人の現実の意思表示、相手方から代理人への現実の意思表示によつて代理行為の成立を考えるということが基礎にあつて、代理行為の成立は、この代理の意思表示の合致――それが契約であれば――で十分である。しかし、現実の代理行為を成立せしめる役割を担う者は代理人と相手方であるが、代理行為の当事者は――効果に関与する者としての――本人と相手方であるから、[6]本人に効果が帰属するためには、[7]本人にかかわる何等かの要件が必要である。これが有効要件としての代理権の存在である。[8]ここで、この代理権を欠く場合には、代理行為は存在するが代理の効果が本人に帰属することはないといういわゆる無権代理の問題を生ずる。これに対し、代理権といつても法律行為の特別な要件――有効要件とか効果帰属要件とかの――ではなく、代理権授

与行為は効果意思の表明であるとすると、多くは直接相手方に向けてなされていない代理権授与表明（代理人を通して委任状という形で相手に示されるにすぎない――この点では代理人は本人の意思表示の伝達者にすぎず、後に述べる一般にいわれる代理意思の表示も代理人の効果意思の表明ではない）と相手方の意思表示の合致を代理行為の成立要件と考えることになろう。また、この説では本人の効果意思をどの程度に構成することになろうか。或る事項（たとえば、或る家屋の売却）について何某を代理人とするというような概括的な場合には問題は少いが、本人が代理人に対して細い指図を与えた場合、代理人がその指図に従わなかったとすると、代理行為は無効と考えることになろうが、その無効の理論構成如何、無権代理と考え、或は表見代理の規定、或は無権代理人の責任の規定の適用の余地があるか等、主として無権代理をめぐる問題が論点となる。

他方、代理権の存在を有効要件とする説についても、法律行為の目的を達するため最終的に問題になるのは効力の発生であるから、成立要件、有効要件という分け方もこの観点からもう一度見直す必要がある。伝統的な考え方によれば、代理人が本人のためにすることを示して意思表示をなし、また相手方が代理人に向つて本人のためにすることを示して意思表示をなすとき、その意思表示の合致――契約であれば――によつて代理行為が成立するとするが、ここでの代理意思の表示と代理権の存在との関連、つまり伝統的な意味での代理行為の成立要件と有効要件とのかかわり合いをどのように理解するかが検討されるべきである。たとえば、民法一〇〇条但書では代理意思の表示がなくとも「相手方カ其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」本人に効力を生ずるとしているが、この場合、代理意思の表示は全くないと理解するのか、代理意思の表示がなくしたがつて代理行為として成立しないとすれば、それについて何故代理の効力を認めうるのかが問題となる。

以上のようないくつかの問題点を意識しながら、ここでは、ひとまず、第二、第三の課題には直接ふれずに、伝統的な理解に立つて、第一点のみ取り上げて考察を行う。第二点、第三点についてのより根本的な議論は他日に期することとする。

（1）林脇・代理の法理と商法五〇四条の適用される場合・法学研究四二巻三号一四七頁以下。
（2）林脇・前掲一六五頁参照。
（3）林脇・前掲一六五頁参照。
（4）慶應義塾大学法学研究会編・神戸寅次郎著作集(上)・契約総則一九―五六頁に詳しい。
（5）神戸・前掲一七九―二一〇頁参照。
（6）法律行為の当事者一般については、神戸・前掲五七―五九頁参照。代理行為の当事者の観念については、代理の本質論にかかわり――本人行為説、代理人行為説、共同行為説といった――議論が多いが、ここでは仮に、意思表示の作成者は代理人であるが、代理行為をなす者――代理の効果に対応する法律要件としての代理行為に関与する者――、したがつて代理の効果を受ける代理行為の当事者は本人と相手方であるとする（神戸・前掲一七―一八頁参照）。
（7）（8）本文で述べた立場から出で、さらに、代理行為の成立および効力発生について代理権は関与しないものとし、代理行為は代理の意思表示の合致――それが契約であれば――で成立し、また効力も発生するのであつて、代理権は代理行為の有効要件でもなく本人に効果が帰属する効果帰属の要件であるとする立場がある（於保不二雄・財産管理権論序説二六六頁等）。ここでは、代理行為の効果発生と効果帰属とを分けて考えることができるか、つまり法律効果とは於保教授のいわれるように抽象的なものであるとしても、帰属点が定まらずに発生しうるものか、時間的な関係ではなしに論理的な関係として効果帰属点の確立が効果発生の前提ではないのかが検討されなければならない。

二　代理の規定と意思表示ないし法律行為

民法九九条以下の代理の規定は、代理の意思表示について規定しているのか、代理行為（法律行為としての）について規定しているのか、ここでは、個々の規定に当つて検討してみよう。

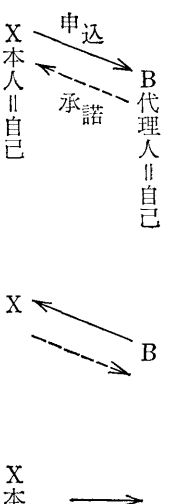
(1)　九九条、一〇〇条、一〇一条　これらは、「代理人カ……本人ノ為メニスルコトヲ示シテ為シタル意思表示」（九九I）、「第三者カ代理人ニ対シテ為シタル意思表示」（九九II）、「代理人カ本人ノ為メニスルコトヲ示サスシテ為シタル意思表示」（一〇〇）、或は「意思表示ノ効力カ意思ノ欠缺、詐欺、強迫又ハ或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコトニ因リテ影響ヲ受クヘキ場合」（一〇一I）（九三条ないし九六条の意思表示一般の規定を受けている）と規定しているから、

代理を意思表示の観点から規定したものということができる。但し、一〇一条二項は、代理人が本人から「特定ノ法律行為ヲ為スコトヲ委託セラレタル場合ニ於テ」、すなわち本人が特定の法律行為の締結を予期している場合に、本人の指図に従ってその行為がなされたとき、その本人に帰属すべき効果の面から法律行為の無効、取消（取消権は本人に帰属）を問題にしているのであつて、法律行為の観点に立つとみることができるし、九九条ないし一〇一条の規定おしなべて、直接には意思表示の観点から規定しているものの、それらの規定が効力を問題としているときには（たとえば、九九条一項で「直接ニ本人ニ対シテ其効力ヲ生ス」と規定しているとき）その効力とは意思表示そのものの法定的な効果ではなく法律行為の任意的法律効果であることに注意しなければならない。(1)

(2)　一〇二条ないし一〇七条、一一一条　これらは、代理人、代理権、復代理に関する規定である。一〇二条は「代理人ハ能力者タルコトヲ要セス」と規定しており、問題は行為能力をどのように把握するかに関連する。従来、行為能力は本質的には意思能力につながりそれが制度化されたものであるといわれてきた。しかし、行為能力の制度（限定無能力を含む）は意思能力とは異つた面から考察することができよう。すなわち、考察の中心は、意思表示をなしうるか否かという行動の面ではなく（もつとも意思表示をなしうるかという場合にも、問題になるのは意思表示に由来する任意的法律効果を合理的に判断しうるかということで、結果を受けるという観点につながるが――意思能力は行為に際しての個別的な判断能力であるのに対して）、行為の結果を受けてよいか否かという恒常的、制度的な自らの財産についての管理処分権能の問題である。したがつて、代理人は自らの財産の管理処分にかかわるものではなく、かえつて本人の財産の管理処分権能を委ねられているのであるから、或る財産についての対外的な管理処分権能をもつものとしてさらに行為能力を問う必要がない。しかし、代理人の現実の行為については意思能力は必要とされる。(2) この意味で代理人の行為能力は現実の行為に関する要件ではない。(3) 一〇三条、一一一条の代理権に関する規定も、伝統的な観念に従えば、現実の代理行為の面とは別に代理の効力を規制するものである。もつとも、代理権の

観念そのものについては別に検討すべきことは「はしがき」で述べた通りである。一〇四条ないし一〇七条の復代理に関する規定については、復代理の理論そのものの検討を要するが、ここでは現実の代理行為に関するものではないというに止める。

(3) 一〇八条　いわゆる自己契約、双方代理の規定である。自己契約、双方代理といわれる場合も、（契約を考えたとき）法律要件としての法律行為の当事者は二当事者以上あるから、法律要件としての法律行為の不完全とはならない（法律行為の現実の作成者は一人であつても、二個以上の意思表示、二個以上の当事者があるから差し支えない）。したがつて、ここでの問題は現実の代理行為に関するものではなく、代理権がその中心問題であり、自己契約、双方代理の場合には無権代理となる（つまり、自己契約、双方代理は、代理の意思表示、法律行為の成立に関するものではなく、代理権の点から代理の効力を左右する）。ただ、この規定は、後で取り上げて論ずる代理の問題を含む法律行為の形を予定している。予め、それをここでみておこう。



①、①′は自己契約の場合、②、②′は双方代理の場合である。(4)

(4) 一〇九条、一一〇条、一一二条　いわゆる表見代理の規定である。一〇九条は代理人と相手方との間に「為シタル行為」といい、一一〇条は「代理人カ……行為ヲ為シタル場合」といつているから、これらは現実の法律行為に関する規定であるかにみられるが、実は効力要件に関し、代理権の有無、代理権がない場合にも一定の要件の下に代理の効力を発生せ

しめるものである。（一〇九条に関し、本人が相手方に対して「他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ表示」する行為の性質如何は、代理行為と代理権との関連について興味深い論点を提供する。）

(5) 一一三条ないし一一八条　これらは無権代理の規定で、一一三条ないし一一七条は契約について、一一八条は単独行為について規定している。契約について考えると、一一三条では「代理権ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ為シタル契約ハ」と規定し、代理権を欠いている（無権代理）ことを前提としてその無権代理人が関与して成立する契約は、効力要件としての代理権を欠いているために、本人の追認によってはじめて本人について効力を生ずる（一一三、一一六）、追認をなすか否かの本人に対する相手方からの催告（一一四）、追認がない間になす相手方からの取消（一一五）[5]、無権代理人の責任（一一七）[6]を規定している。ここでの中心問題は、したがって、成立した契約の代理権の点からする効力の問題である。（一一三条ないし一一七条の規定の単独行為の無権代理への準用についてはなお検討を要する。）ところで、一一三条ないし一一七条で成立が予定されている「代理人トシテ為シタル契約」（一一三I）はいかなる形のものを指すのか。形式的には、契約の組成分子をなす二個以上の意思表示のいずれかに代理人が関与している場合であるが、具体的には項を改めて論述することにする。[7]

以上の考察において、概略次のようなことがいえる。すなわち、(1)の場合は主として法律行為を組成する個々の意思表示の観点から規定する。(2)、(4)の場合は現実の代理行為に関する規定ではないから、ここでの問題の範囲からははずれる。(3)および(5)の場合が代理行為（法律行為としての）に関連をもつているので、そこで予定されている法律行為の形を一部検討したが、この(3)および(5)の場合もそれらの規定自身が代理行為の成立を規制するものではなく、その成立を前提として代理権という効力要件がどのような場合に欠けるか、それを欠いた場合の効力如何について規定している。したがつて、代理の問題を含む法律行為の成立およびそこから生ずる効果を考えるには、一般に意思表示の合致により法律行為――契約――が成立する場合と同様の考察が必要となる。

(1) 林脇・前掲一五六、一五七頁参照。

(2) 限定無能力について、於保・前掲一三二―一四〇頁参照。

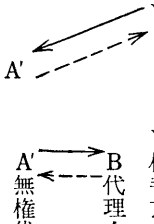
(3) 現実の行為としての代理行為と、法律要件としての代理行為との区別が必要である。法律要件としての代理行為ないしより一般的に法律行為というとき、行為者の能力、処分権の存在といったものもここに含まれるのか、或は個別的な法律行為が、同時に現実の行為としての意味と、それ自体で法律要件としての意味の両方をもち、個別的な法律要件の他に一般的要件――能力、代理権、処分権といった――を考えるのか、問題のあるところである。

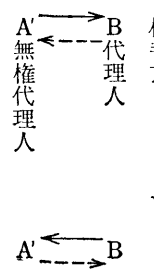
(4) 本文において、自己契約、双方代理の規定が予定している形を契約についてみたが、法律行為の中で契約以外のもの、たとえば単独行為にこの規定の適用が予定されているか――一〇八条但書で債務の履行が単独行為であるような場合、或は単独行為一般についてその受働代理の面のみに関してこの規定が問題になりうるか等検討すべきところである。

(5) 無権代理行為については、効力要件を欠くため、本人の追認のない間は全く法律行為の効果が発生していないという前提に立つとすれば、この場合相手方から取消すというのは背理ではないのか、背理でないとすればどのような意味をもつのか、取消は誰に向つてなすのかが問題となる。何等効力が発生していないのであれば効力の消滅という意味はもちえず本人に向つて取消し本人の追認権を失わしめることが一方で考えられるが、そう考えれば、取消後も相手方は無権代理人の責任を問いうるとする方が自然ではないか。他方、無権代理人の責任の規定の意味と関連して、無権代理行為であつて本人の追認をえない間も、何等かの効力が発生しているのではないか、ただ本人の追認があればその効果が本人に帰属する、結局本人の追認がえられなければその効果が代理人に帰属すると考える余地があるか、代理権と代理行為の効力との関連で検討されるべきであろう。

(6) 註(5)に述べたところと関連して、無権代理人の責任をどのような理論の上に基礎づけるか、無権代理人が相手方の選択に従つて履行または損害賠償の責任を負うのは任意的法律効果なのか、特別の法の定めた責任なのかが論議されるべきである。

(7) 無権代理に限定して予め簡単に挙げておく。困難なく予想されるのは、





以上であるが、この他、一般的には、次の四つのケースに分けて考えることができる。

(a) 本人↓相手方（相手方自身、或はその代理人を含めて）、相手方↓無権代理人

(b) 無権代理人↓相手方、相手方↓本人

(c) 相手方↓本人、無権代理人↓相手方

(d) 相手方↓無権代理人、本人↓相手方

以上の四つのケースのうち、(a)は受働代理だけの無権代理という点で、現実の事例としては予想し難く、また(d)は、(a)の場合の困難に加えて、相手方から無権代理人になされた申込の意思表示を本人が知つて承諾の意思表示をなしたのであれば、始めから追認を含んだものとして無権代理の場合から除かれよう。残るのは(b)、(c)で（(c)の場合も現実には余り行われそうもない特殊な想定が必要である。つまり、相手方から本人に対して申込の意思表示がなされ、本人はそれに対して回答していないのに、たまたまこの事実を知つた無権代理人が相手方に承諾の意思表示をするという想定）、このような場合に契約が成立するかは、後に一般の場合として論述する。

三　代理の法理の働く契約の形

最初に意思表示について、次にそれを組成分子とする法律行為について、代理の法理の働く場面の基本的な形を示し、項を改めて、その基本的な形における代理の意思表示の合致、不合致、或は有効、無効の問題点を探ることにする。以下、一六―一八頁記載の別図（I―III図）を参照しながら、考えていく。

(1)　相手方のある意思表示について（I図）　(a)X、Yはそれぞれ本人、(b)AはXによつて、BはYによつて授権された代理人、(c)矢印（⟶）は意思表示の方向を示す、(d)代理について、共同代理、復代理の場合は考慮に入れない、以上を考察の前提とする。

(A)　本人から相手方本人に対する意思表示。

(B)　(B)、(C)、(D)はいわゆる代理の場合で、そのうち、(B)は、民法九九条一項の積極代理の場合。

(C)　同条二項の消極代理の場合。

(D)　代理人から相手方代理人に対する意思表示、したがつて積極代理、消極代理の両方の意味を含む。

(2)　上記(1)の意思表示を組成分子とする法律行為（以下、とくに明記しない限り、法律行為のうち契約について考察する）について（Ⅱ図）　Ⅰ図(A)、(B)、(C)、(D)の(i)ないし(viii)の意思表示を形式的に全部組み合わせると、Ⅱ図(A)ないし(P)に挙げた(イ)ないし(ワ)の三二の場合がえられる。この各場合の検討に当つて、(a)実線（——→）は申込の意思表示、点線（┈→）は承諾の意思表示を示す、(b)意思実現、交叉申込等による契約の成立はひとまず考慮外とし、申込、承諾の方法による契約の成立の場合に限る、以上を前提とする。

(A)　代理の問題を生じないから省略。

(B)ないし(P)　X、Y（A、B）の個性に重きをおかず、単に、本人、相手方、そのそれぞれの代理人と抽象的に考えれば、図の右側記載の各場合は、左側記載の各場合と同じ意味をもつことになつて省略できる。したがつて、ここでの契約の代表的な形として、(ハ)、(ホ)、(ト)、(リ)、(ル)、(ワ)、(ヨ)、(レ)、(ソ)、(ナ)、(ム)、(ヰ)、(オ)、(ヤ)、(ケ)の一五の場合を挙げることができる。

(3)　Ⅱ図の左側記載の一五の場合は、さらに次のように四つのグループに分けて特徴づけることができる（Ⅲ図）。

(A)　(ワ)、(ソ)、(ケ)の三つの場合を含み、同一の二者の間で申込および承諾の意思表示がとりかわされている。

(B)　(ト)、(ヰ)、(ル)、(ナ)の四つの場合を含む。申込、承諾の意思表示がそれぞれ全く別の者の間で行われている。

(C)　(ハ)、(ヨ)、(レ)、(ヤ)の四つの場合を含み、申込の意思表示を受けた者（本人或は代理人）が承諾の意思表示ないし申込拒絶の表示をなさずに、その者の側の代理人（本人が申込の意思表示を受けた場合）或は本人（代理人が申込の意思表示を受けた場合）がなす場合で、その承諾の意思表示ないし申込拒絶の表示は申込の意思表示をなした者に向けられている。この四つの場合を、さらに二つずつに分けることができる。

(c_1)—(ハ)、(ヨ)　申込の意思表示を本人が受けており、承諾の意思表示ないし申込拒絶の表示がその代理人からなされる場

合。

(c_2)—(ハ)、(ヤ)　申込の意思表示を代理人が受けており、承諾の意思表示ないし申込拒絶の表示を本人がなす場合。

(D)　(ロ)、(オ)、(ホ)、(ム)の四つの場合を含む。申込の意思表示を受けた者が承諾の意思表示ないし申込拒絶の表示をなしているが、それが申込の意思表示をなした者に向けられず、その者の側の代理人（本人が申込の意思表示をなした場合）或は本人（代理人が申込の意思表示をなした場合）に向けられている。さらにこの四つの場合は二つずつに分けられる。

(d_1)—(ロ)、(オ)　申込の意思表示が代理人からなされており、それを受けた者から承諾の意思表示ないし申込拒絶の表示がその本人に向けてなされる場合。

(d_2)—(ホ)、(ム)　申込の意思表示が本人からなされており、それを受けた者から承諾の意思表示ないし申込拒絶の表示がその代理人に向けてなされる場合。

(4)　現実の契約の形としての問題点　Ⅲ図のうち、(A)の(ワ)、(ツ)、(ケ)のいずれの場合も、意思表示の交換という観点からは、問題を生じない。現実に特別の事情の配慮なしに行われるのは(ワ)の場合（代理人→本人、本人→代理人）であろう。これに対し、(ツ)の場合は申込の意思表示に受働代理が入る点で、申込の意思表示を行う本人が相手方の代理人を知つている場合でなければ行われないから、商人がその代理人を通して営業の部類に属する取引についての申込を受けるような場合に限定される。また、(ケ)の場合についても、代理人間で取引する点で、(ツ)の場合と同様の配慮が含まれ、ただ商人間の営業の部類に属する取引についてはこの代理の形が普通に行われるであろう。

(B)、(C)、(D)の各場合については、二当事者間の二個の意思表示の合致による契約の締結について、三以上の表意者ないし受領者がある場合であり（未成年者の行為についての法定代理人の同意のような従属的意思表示の表意者等は度外視して）、次のような問題が生ずる。すなわち、(a)申込の意思表示の受領者でない者が承諾の意思表示ないし申込拒絶の表示（契約が成立する場

合へ向つて考えを進めていくとして、以下、承諾の意思表示だけを取り上げる）をなす場合に、この二つの表示の間の連絡をどのように考えるか、ことに契約を成立せしめる要件の一つである主観的な合致があるのか、(b)同様に主観的な合致の観点から、申込の意思表示を受領した者が申込の意思表示をなした者以外に向けて承諾の意思表示をなした場合にも、契約が成立するか、(c)さらに、実際上、民法ないし商法が契約について代理を問題とするときに、(B)、(C)、(D)の場合を予定しているかの問題である。

意思表示の交換において普通に考えられるのは、申込の意思表示を受けた者自身が申込の意思表示をなした者に対して承諾の意思表示をなすという形である（(A)の場合）。このことは、次のような事情に基く。すなわち、まず、契約の成立をまたず、申込の意思表示そのものから生ずる効力は申込の拘束力、承諾適格、承諾の意思表示についても申込の意思表示と結びついて契約を成立せしめるといつた非法律行為的な、意思表示をなしたことそのものに附着せしめられた法定的な効果である（このような効力をもつ申込、承諾の意思表示の合致によつて契約が成立し、この契約の成立をまつて、意思表示の内容に相応する効力、つまり任意的法律効果が生ずる）。たとえば、申込の意思表示をなした者は承諾期間内或は承諾の通知を受けるに相当な期間これを撤回することができないという拘束を受けるし、申込に承諾期間の定めのある場合には、申込の意思表示を受けた者は契約を成立せしめようとすればその期間内に到達するよう承諾の意思表示をしなければならない。このような効力を受けるのは、その意思表示をなした表意者および受領者である。さらに、契約成立の要件として必要とされる主観的合致は、同一の二者の間でえられるのが普通である。

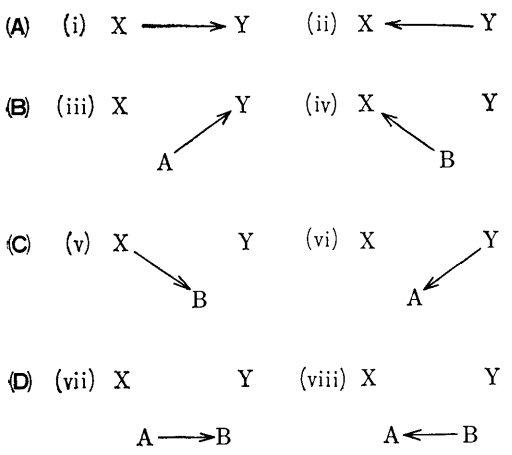
しかし、申込、承諾による契約の成立について、上述のような形をとつた場合にのみ契約が成立し、その他の場合にはいかにしても契約が成立しえないかというと、そのように限定してかかる必要はあるまい。具体的にいうと、(a)本人が申込の意思表示を受けたが、承諾の意思表示については代理させ、申込の意思表示をなした者に対して代理人から承諾の意思表示

をする（c_1の場合）という方法で契約を成立せしめることもできよう（承諾の意思表示のみを本人に代つてなす場合には、本人の使者として現われる場合も少くないが、承諾するかどうかの意思決定まで任せられた者として外部的に代理人として現われることも可能である）。また、(b)本人のためにすることが示されて代理人に対してなされた申込の意思表示に対して、代理人から報告を受けた本人が申込の意思表示をなした者に向けて直接承諾の意思表示をなすことも可能であろう（c_2の場合）。（もつとも、このようなc_2の(ハ)および(ヤ)におけるBはYの代理人——受働代理につき——なのか、むしろX或はAの意思表示をYに伝える使者ではないかという点が問題になる。しかし、BがY営業主体の使用人で代理権をもつていることをX或はAが知つている場合には、BはYの代理人——X或はAの意思表示の受働代理につき——として現われることがありうる。）この場合、代理人に対してなされた申込の意思表示は本人に法律行為上の効果が及ぶことを意図してなされているから、その意思表示に対して法律行為上の効果を受けるべき本人から直接回答がなされた場合にも（但し、前の意思表示に対する回答であることが知りうる場合でなければならない）、この二つの意思表示の間の連絡に欠けるところはないと考えられる。すなわち、Ⅲ図の(C)の場合には、代理人が意思表示をなし或は意思表示を受ける際に本人のためにすることが示されていれば、本人が受けた申込に対して代理人が承諾の意思表示をなそうが、逆に代理人が受けた申込に対して本人がこれをなそうが、申込、承諾の意思表示の客観的な合致がえられるのはもちろん、主観的な合致のえられることも確実である（c_1の(ハ)についてはX—B間に、(ヨ)についてはA—B間に、c_2の(ハ)についてはX—Y間に、(ヤ)についてはA—Y間に）。

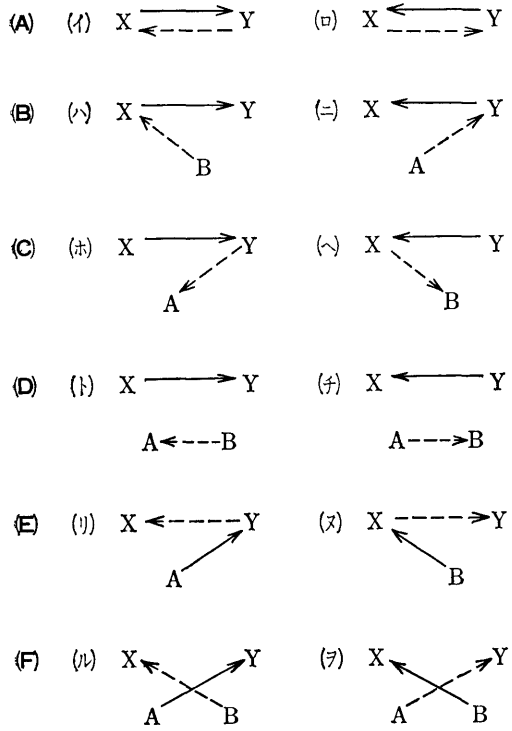
(C)の場合に対し、理論的に疑問の生ずるのは、(D)の場合である。このうち比較的考え易いのは、d_1の場合、つまり代理人から本人のためにすることを示して申込の意思表示がなされた場合、この意思表示を受けた者が申込の意思表示をなした者の本人に直接承諾の意思表示をする場合である。この場合には、申込の意思表示は本人のためにすることを示してなされているのであるから、その意思表示を受けた者が申込の意思表示をなした者の本人に向けて直接承諾の意思表示をなしても、

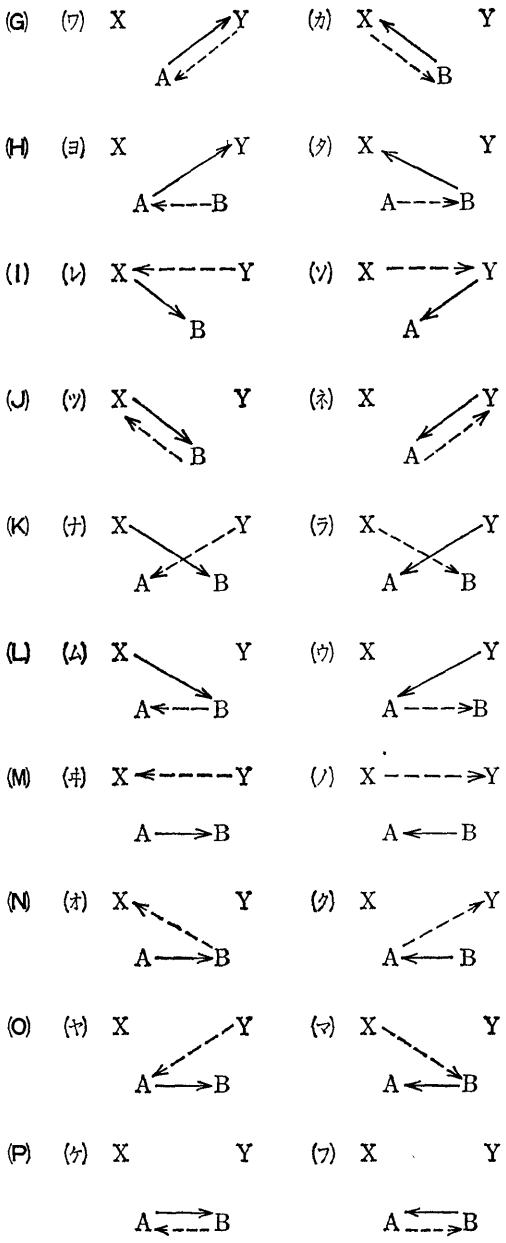
それが代理人からなされた申込の回答である旨が示されていれば、二つの意思表示は連絡される。つまり客観的に合致していることに間違いない。しかし、このような事態は、代理人に契約締結の代理権を与えて意思表示せしめた本人の意図に反するし、さらに、代理人が契約を締結するときに一々申込の意思表示をした旨およびその内容を本人に知らせておくとは限らないし（この場合には、(ロ)についてX－Y間に、(ホ)についてX－B間に主観的な合致がえられない）、また承諾の意思表示を受けた本人が代理人に承諾の意思表示を受けた旨およびその内容を知らせない場合には相手方と代理人の間にも(ロ)についてA－Y間、(ホ)についてA－B間）主観的な合致がないという問題が残る。さらに、(d_2)の場合、つまり本人からの申込の意思表示を受けた者が、その代理人に対し承諾の意思表示をなす場合については、上述(d_1)の場合についてと同様の理論的な問題を生ず

I　図



II　図

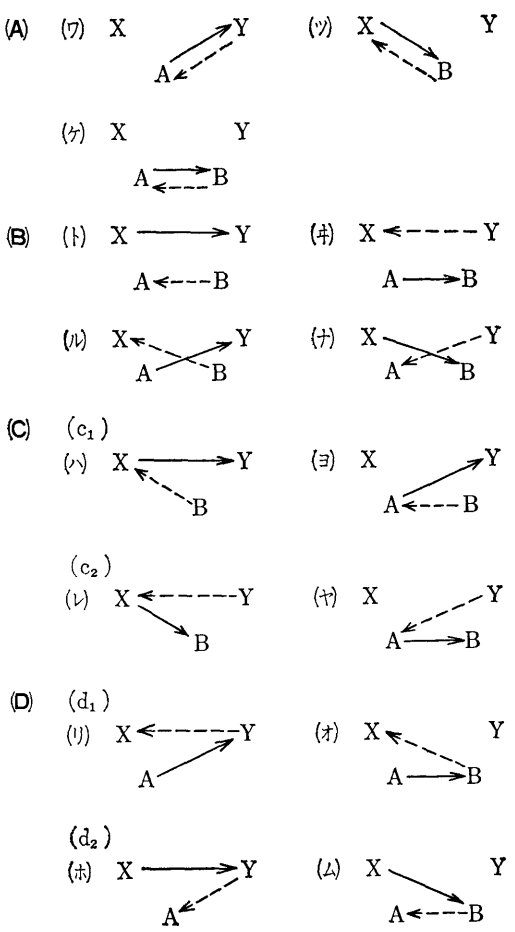




る上に、現実にこのような代理が行われる場合は限定されよう（通常、(ホ)、(ム)におけるAをXの代理人とする構成は困難で、むしろY或はBの承諾の意思表示をXに伝える使者である）。とくに、商法上、AがXの営業に関する或る種類または特定の事項の委任を受けその範囲で代理権の与えられている使用人であるときに、この者に対してその事項に関して承諾の意思表示がなされるような場合に限つて、可能であろう。

(B)の場合となると、(C)および(D)について述べた理論上の難点が重畳する上に、現実にはほとんど行われない場合であろう。(ル)、(ナ)の場合は皆無といつてよいであろうし、かろうじて現実性のある(ト)の場合も、最初の本人から相手方本人へ向けてなされた申込の意思表示に附随して、この取引については代理人から代理人へ向けて回答する旨約束されているといつた

Ⅲ　図



特別の配慮が必要となる。

(5)　以上の検討から、代理の要素を含んだ契約のうち、ここで求める最も普通の形は、(A)の(ワ)の場合ということになろう（ここで普通の形という言い方をしているのは、理論的に契約が成立しうるということの他に、商事取引――商業施設として使用人を使っており相手方もそれを知っているような場合に行われる取引――という特別な配慮なしに行われうる場合を指している。その意味では、(A)の(ワ)の場合の他に、(c1)の(ハ)、(ヨ)の場合が挙げられる）。以下は、とくに(ワ)の場合を中心にして、申込、承諾の意思表示の有効な合致（合致があるか否か、有効な合致か、無効な合致か）について考察することにする。

四　代理の意思表示の有効な合致

代理の要素を含む契約について、その組成分子である意思表示の有効な合致を考えるとき、一般の契約におけるそれと異つて問題となる点は、その第一が民法一〇一条の問題、すなわち代理の意思表示について表示行為を代理人がなしているのは疑いないが内心の心裡状態は誰の――本人のそれか、代理人のそれか――心裡が基準となるのかの問題であり、第二は代理意思の表示をめぐる問題（民九九、一〇〇、商五〇四）である。ここでは、代理の要素を含む契約のうち前項の検討によつて

最も普通に行われる形と考えられた上記の場合について、第一の民法一〇一条の問題については次に簡単にふれるに止め[1]、主に第二の代理意思の表示の点について検討してみたい。

1　民法一〇一条一項は、「意思ノ欠缺」――心裡留保（九三）、虚偽表示（九四）、錯誤（九五）――、「詐欺、強迫」（九六）、「或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコト」（「知」もしくは「過失不知」。九三但、九五但、九六Ⅱ、一〇〇但、一一二、一一七、五六一以下等）によつて意思表示の効力が影響を受くべき場合に、代理人の心裡が基準となるとしている。すなわち、

(a)　心裡留保　①Aの心裡留保について、原則として意思表示の効力に影響はない[2]。②Yの心裡留保の場合には、民法九三条但書につきAの知もしくは過失不知が問題となる。

(b)　虚偽表示　A、Y間で通謀して虚偽の行為をしても効力を生じない（善意の本人も民法九四条二項の第三者の地位に立たない）。しかし、A、YがXを欺く目的で通謀した場合で、Xが善意のとき、その行為を民法九四条一項により無効とするか、むしろAをYの使者と解して九三条本文により効力に影響はないとするかの問題がある[3]。

(c)　錯誤　A或はYの錯誤により、行為は無効である（Xの動機の錯誤が一〇一条二項で問題となりうる）。

(d) 詐欺、強迫　①Aに対するYないし第三者の詐欺、強迫により、Xは取消権をもつ。②Yに対するAないし第三者の詐欺、強迫について、第三者の詐欺の場合九六条二項によりAの知が問題となる。また、Aの詐欺の場合YはXの知、不知にかかわらず取消すことができる。

(e) 或る事情の知、過失不知（前掲の条文参照）

一〇一条二項は、代理人が或る行為をするために本人から指図があつた場合について、本人の心裡が行為の効力に影響を与えることを肯定しているが、その理由づけについては議論が確定していない。たとえば、本人行為説の立場からむしろ当然の規定であるとするもの、特定の指図はその限りで問題が本人の意思によつて決定されているからとするもの、或は特定の指図がある場合にも代理行為は本人の意思によつて決定されるものではないが、その指図にしたがつて行為がなされた場合には、本人自身が知りまたは知りうべかりし事情はたとい代理人が知らず知らないことに過失がない場合にも、本人にこれを主張せしめるのは公平に反するとするもの等である。この点についての論述は次稿に譲る。

2　代理意思の表示　三七頁記載のⅣ図は、前出の代理の要素を含む契約の形において、その組成分子である意思表示について、とくに代理意思の表示があるか否か（顕名、非顕名）による代理の効力の発生、不発生を考えるためのものである（申込、承諾の双方の意思表示について、代理意思の表示およびその受領を考えなければならないが、Ⅳ図では単一の意思表示についてそれをみた）。

(1)　Ⅳ図における(i)ないし(x)の意思表示（その受領の状態を含めて）の形式的な組合せでえられる契約の形は、上の一〇〇通りになる。しかし、この一〇〇通りの場合すべてが契約を成立せしめるわけではない。そこで、これらのうちいずれが契約を成立せしめるか、その効力如何を、次の表にしたがつて考えていくことに

(i)—(i)～(i)—(x)	10通り	
(ii)—(i)～(ii)—(x)	〃	
(iii)—(i)～(iii)—(x)	〃	
(iv)—(i)～(iv)—(x)	〃	
(v)—(i)～(v)—(x)	〃	
(vi)—(i)～(vi)—(x)	〃	
(vii)—(i)～(vii)—(x)	〃	
(viii)—(i)～(viii)—(x)	〃	
(ix)—(i)～(ix)—(x)	〃	
(x)—(i)～(x)—(x)	〃	
合計	100通り	

する。その際，(a)申込の意思表示を受けた者がその意思表示を正しく理解し，(b)契約を成立せしめる方向で承諾の意思表示をなすことを前提とする。

Ⅳ図の意思表示の組合せ	上段 Aの意思表示ⓐ 下段 ⓨのAにおける受領	上段 ⓐのYにおける受領 下段 Yの意思表示ⓨ	代理契約の成立，不成立および有効，無効 (民法の規定のみによる。商法504条については別に考慮)
(i)—(i) ○	有・示 ★	★ 有・示	通常の代理契約の場合 代理契約成立，代理の効力発生
(i)—(ii) ○	有・示 有—知	★ 有・不示	表示不合致，内心合致(4) 代理契約成立(4)，代理の効力発生
(i)—(iii) ○	有・示 有—可知	★ 有・不示	(i)—(ii)と同じ(5)
(i)—(iv) ×	有・示 有—不可知	★ 有・不示	表示不合致，内心合致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(i)—(v) ×	有・示 無—知	★ 無・示・不一致知	表示合致，内心不合致 代理契約成立，代理の効力不発生
(i)—(vi) ×	有・示 無—可知	★ 無・示・不一致知	(i)—(v)と同じ
(i)—(vii) ○	有・示 無—不可知	★ 無・示・不一致知	表示合致，内心不合致 代理契約成立，代理の効力発生

(i)—(viii) △	有・示 ★★	★ 無・示・不一致 不知・重過失	表示合致，内心不合致 代理契約成立，代理の効力(不発生) Yから不発生を主張しえない
(i)—(ix) ×	有・示 ★★	★ 無・示・不一致 不知・無重過失	表示合致，内心不合致 代理契約成立，代理の効力不発生
(i)—(x) ×	有・示 ★★	★ 無・不示	表示不合致，内心不合致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(ii)—(i) ○	有・不示 ★	有一知 有・示	(i)—(ii)と同じ
(ii)—(ii) ○	有・不示 有一知	有一知 有・不示	表示合致（Aを当事者とする），内心合致，各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力発生
(ii)—(iii) ○	有・不示 有一可知	有一知 有・不示	(ii)—(ii)と同じ
(ii)—(iv) ×	有・不示 有一不可知	有一知 有・不示	表示合致（Aを当事者とする），内心合致，各表示内心不一致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(ii)—(v) ×	有・不示 無一知	有一知 無・示・不一致 知	表示不合致，内心不合致 代理契約成立[6]，代理の効力不発生
(ii)—(vi) ×	有・不示 無一可知	有一知 無・示・不一致 知	(ii)—(v)と同じ
(ii)—(vii) ○	有・不示 無一不可知	有一知 無・示・不一致 知	表示不合致，内心不合致 代理契約成立，代理の効力発生

(ii)—(viii) △	有・不示 ★★	有—知 無・示・不一致・不知・重過失	表示不合致，内心不合致 代理契約成立，代理の効力（不発生）Yから不発生を主張しえない
(ii)—(ix) ×	有・不示 ★★	有—知 無・示・不一致・不知・無重過失	表示不合致，内心不合致 代理契約成立，代理の効力不発生
(ii)—(x) ×	有・不示 ★★	有—知 無・不示	表示合致（Aを当事者とする），内心不合致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(iii)—(i) ／	有・不示 ★	有—可知 有・示	
(iii)—(ii) ○	有・不示 有—知	有—可知 有・不示	(ii)—(ii)と同じ
(iii)—(iii) ○	有・不示 有—可知	有—可知 有・不示	(ii)—(ii)と同じ
(iii)—(iv) ×	有・不示 有—不可知	有—可知 有・不示	(ii)—(iv)と同じ
(iii)—(v) ／	有・不示 無—知	有—可知 無・示・不一致・知	
(iii)—(vi) ／	有・不示 無—可知	有—可知 無・示・不一致・知	
(iii)—(vii) ／	有・不示 無—不可知	有—可知 無・示・不一致・知	

(iii)—(viii) △	有・不示 ★★	有—可知 無・示・不一致・不知・重過失	(ii)—(viii)と同じ
(iii)—(ix) ×	有・不示 ★★	有—可知 無・示・不一致・不知・無重過失	(ii)—(ix)と同じ
(iii)—(x) ×	有・不示 ★★	有—可知 無・不示	(ii)—(x)と同じ
(iv)—(i) ／	有・不示 ★	有—不可知 有・示	
(iv)—(ii) ×	有・不示 有—知	有—不可知 有・不示	(ii)—(iv)と同じ
(iv)—(iii) ×	有・不示 有—可知	有—不可知 有・不示	(ii)—(iv)と同じ
(iv)—(iv) ×	有・不示 有—不可知	有—不可知 有・不示	表示合致（Aを当事者とする），内心合致，各表示内心不一致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(iv)—(v) ／	有・不示 無—知	有—不可知 無・示・不一致・知	
(iv)—(vi) ／	有・不示 無—可知	有—不可知 無・示・不一致・知	
(iv)—(vii) ／	有・不示 無—不可知	有—不可知 無・示・不一致・知	

(iv)—(viii) ×	有・不示 ★★	有—不可知 無・示・不一致／不知・重過失	表示不合致，内心不合致 代理契約不成立，代理の効力不発生(7)
(iv)—(ix) ×	有・不示 ★★	有—不可知 無・示・不一致／不知・無重過失	表示不合致，内心不合致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(iv)—(x) ×	有・不示 ★★	有—不可知 無・不示	表示合致（Aを当事者とする），内心不合致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(v)—(i) ×	無・示・不一致／知 ★	無—知 有・示	(i)—(v)と同じ
(v)—(ii) ×	無・示・不一致／知 有—知	無—知 有・不示	(ii)—(v)と同じ
(v)—(iii) ×	無・示・不一致／知 有—可知	無—知 有・不示	(ii)—(v)と同じ
(v)—(iv) ×	無・示・不一致／知 有—不可知	無—知 有・不示	表示不合致，内心不合致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(v)—(v) ×	無・示・不一致／知 無—知	無—知 無・示・不一致／知	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致(8) 代理契約成立，代理の効力不発生
(v)—(vi) ×	無・示・不一致／知 無—可知	無—知 無・示・不一致／知	(v)—(v)と同じ
(v)—(vii) ×	無・示・不一致／知 無—不可知	無—知 無・示・不一致／知	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力不発生

(v)—(viii) ×	無・示・不一致知 ★★	無一知 無・示・不一致不知・重過失	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力不発生
(v)—(ix) ×	無・示・不一致知 ★★	無一知 無・示・不一致不知・無重過失	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力不発生
(v)—(x) ×	無・示・不一致知 ★★	無一知 無・不示	表示不合致，内心合致（Aを当事者とする） 代理契約不成立，代理の効力不発生
(vi)—(i) ×	無・示・不一致知 ★	無一可知 有・示	(i)—(v)と同じ
(vi)—(ii) ×	無・示・不一致知 有一知	無一可知 有・不示	(ii)—(v)と同じ
(vi)—(iii) ×	無・示・不一致知 有一可知	無一可知 有・不示	(ii)—(v)と同じ
(vi)—(iv) ×	無・示・不一致知 有一不可知	無一可知 有・不示	表示不合致，内心不合致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(vi)—(v) ×	無・示・不一致知 無一知	無一可知 無・示・不一致知	(v)—(v)と同じ
(vi)—(vi) ×	無・示・不一致知 無一可知	無一可知 無・示・不一致知	(v)—(v)と同じ
(vi)—(vii) ×	無・示・不一致知 無一不可知	無一可知 無・示・不一致知	(v)—(vii)と同じ

(vi)—(viii) ／	無・示・不一致知 ★★	無一可知 無・示・不一致不知・重過失	
(vi)—(ix) ／	無・示・不一致知 ★★	無一可知 無・示・不一致不知・無重過失	
(vi)—(x) ／	無・示・不一致知 ★★	無一可知 無・不示	
(vii)—(i) ○	無・示・不一致知 ★	無一不可知 有・示	(i)—(vii)と同じ
(vii)—(ii) ○	無・示・不一致知 有一知	無一不可知 有・不示	(ii)—(vii)と同じ
(vii)—(iii) ○	無・示・不一致知 有一可知	無一不可知 有・不示	(ii)—(vii)と同じ
(vii)—(iv) ×	無・示・不一致知 有一不可知	無一不可知 有・不示	表示不合致，内心不合致 代理契約不成立，代理の効力不発生
(vii)—(v) ×	無・示・不一致知 無一知	無一不可知 無・示・不一致知	(v)—(vii)と同じ
(vii)—(vi) ×	無・示・不一致知 無一可知	無一不可知 無・示・不一致知	(v)—(vii)と同じ
(vii)—(vii) ○	無・示・不一致知 無一不可知	無一不可知 無・示・不一致知	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力発生

(vii)—(viii) ／	無・示・不一致知 ★★	無一不可知 無・示・不一致不知・重過失	
(vii)—(ix) ／	無・示・不一致知 ★★	無一不可知 無・示・不一致不知・無重過失	
(vii)—(x) ／	無・示・不一致知 ★★	無一不可知 無・不示	
(viii)—(i) △	無・示・不一致不知・重過失 ★	★★ 有・示	(i)—(viii)と同じ 〔但しAから代理の効力不発生を主張しえない〕
(viii)—(ii) △	無・示・不一致不知・重過失 有一知	★★ 有・不示	(ii)—(viii)と同じ 〔但しAから代理の効力不発生を主張しえない〕
(viii)—(iii) △	無・示・不一致不知・重過失 有一可知	★★ 有・不示	(ii)—(viii)と同じ 〔但しAから代理の効力不発生を主張しえない〕
(viii)—(iv) ×	無・示・不一致不知・重過失 有一不可知	★★ 有・不示	(iv)—(viii)と同じ(7)
(viii)—(v) ×	無・示・不一致不知・重過失 無一知	★★ 無・示・不一致知	(v)—(viii)と同じ
(viii)—(vi) ×	無・示・不一致不知・重過失 無一可知	★★ 無・示・不一致知	(v)—(viii)と同じ
(viii)—(vii) △	無・示・不一致不知・重過失 無一不可知	★★ 無・示・不一致知	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力(不発生)Aから不発生を主張しえない

(viii)—(viii) △	無・示・不一致/不知・重過失 ★★	★★ 無・示・不一致/不知・重過失	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力(不発生)A，Yともに不発生を主張しえない(9)
(viii)—(ix) ×	無・示・不一致/不知・重過失 ★★	★★ 無・示・不一致/不知・無重過失	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力不発生
(viii)—(x) ×	無・示・不一致/不知・重過失 ★★	★★ 無・不示	表示不合致，内心合致（Aを当事者とする） 代理契約不成立，代理の効力不発生
(ix)—(i) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 ★	★★ 有・示	(i)—(ix)と同じ
(ix)—(ii) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 有一知	★★ 有・不示	(ii)—(ix)と同じ
(ix)—(iii) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 有一可知	★★ 有・不示	(ii)—(ix)と同じ
(ix)—(iv) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 有一不可知	★★ 有・不示	(iv)—(ix)と同じ
(ix)—(v) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 無一知	★★ 無・示・不一致/知	(v)—(ix)と同じ
(ix)—(vi) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 無一可知	★★ 無・示・不一致/知	(v)—(ix)と同じ
(ix)—(vii) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 無一不可知	★★ 無・示・不一致/知	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力不発生

(ix)—(viii) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 ★★	★★ 無・示・不一致/不知・重過失	(viii)—(ix)と同じ
(ix)—(ix) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 ★★	★★ 無・示・不一致/不知・無重過失	表示合致，内心合致（Aを当事者とする），各表示内心不一致 代理契約成立，代理の効力不発生
(ix)—(x) ×	無・示・不一致/不知・無重過失 ★★	★★ 無・不示	表示不合致，内心合致（Aを当事者とする） 代理契約不成立，代理の効力不発生
(x)—(i) ×	無・不示 ★	★★ 有・示	(i)—(x)と同じ
(x)—(ii) ×	無・不示 有—知	★★ 有・不示	(ii)—(x)と同じ
(x)—(iii) ×	無・不示 有—可知	★★ 有・不示	(ii)—(x)と同じ
(x)—(iv) ×	無・不示 有—不可知	★★ 有・不示	(iv)—(x)と同じ
(x)—(v) ×	無・不示 無—知	★★ 無・示・不一致/知	(v)—(x)と同じ
(x)—(vi) ×	無・不示 無—可知	★★ 無・示・不一致/知	(v)—(x)と同じ
(x)—(vii) ×	無・不示 無—不可知	★★ 無・示・不一致/知	表示不合致，内心合致（Aを当事者とする） 代理契約不成立，代理の効力不発生

(x)—(viii) ×	無・不示 ★★	★★ 無・示・$\frac{\text{不一致}}{\text{不知}}$・重過失	(viii)—(x)と同じ
(x)—(ix) ×	無・不示 ★★	★★ 無・示・$\frac{\text{不一致}}{\text{不知}}$・無重過失	(ix)—(x)と同じ
(x)—(x) ×	無・不示 ★★	★★ 無・不示	通常の代理の要素を含まない契約の場合 代理契約不成立，代理の効力不発生

〔凡例〕

1-a （一番左の欄に記載の符号につき） ／ 申込の意思表示の受領者が，その理解にしたがつて承諾の意思表示をなすときに，合理的には考えられないケース（他に，申込の意思表示を正しく理解していればほとんど考えられないケースもあるが，それは含めない）。

○ 代理の効力が発生する場合。

× 代理の効力が発生しない場合。

△ 代理の効力不発生，但し，不発生を主張しえない結果，有効として扱われることがある。

1-b （頁半分から左の欄） ★ 受領者がどのように理解して受領したか，つまり受領者の有一知，不知等を問わないで，代理の効力発生の要素となる。

★★ 受領者の無一知，不知等を問わないで，代理の効力不発生の要素となる。

2-a （頁半分から左の欄） 有・示 表意者の側の状況につき，代理意思があり，それを表示している。

有・不示 代理意思はあるが，それを表示していない。

無・示・$\frac{\text{不一致}}{\text{知}}$ 代理意思はないが，代理意思を表示し，内心の意思と表示の不一致を知つている。

無・示・$\frac{\text{不一致}}{\text{不知}}$・重過失 代理意思はないが，代理意思を表示し，内心の意思と表示の不一致を知らず，その知らないことに重大な過失がある。

無・示・$\frac{\text{不一致}}{\text{不知}}$・無重過失 代理意思はないが，代理意思を表示し，内心の意思と表示の不一致を知らず，その知らないことに重大な過失がない。

無・不示 代理意思はなく，その表示もない。

2-b　（頁半分から左の欄）　有—知　受領者の側の状況につき，表意者の代理意思のあることを知っている。
有—可知　表意者の代理意思を知らないが，知りうべき場合である。
有—不可知　表意者の代理意思を知らず，知りうべからざる場合である。
無—知　表意者に代理意思がないことを知っている。
無—可知　表意者に代理意思のないことを知らないが，知りうべき場合である。
無—不可知　表意者に代理意思のないことを知らず，知りうべからざる場合である。

3　（頁半分から右の欄）　代理契約　代理の要素を含む契約を仮につづめていう。

4　（頁半分から右の欄）　i)—(ii)と同じ　まず結果が同じことと適用条文の同じことを意味する。

(2)　(1)の形式的な組合せの中で合理的にありえない場合およびその理由

(iii)—(i)　ⓐの受領者はAに代理意思のあることを知らない（有—可知）。したがつて、ⓨについて、Yが代理意思をもつてそれを示すことはありえない。Yに代理意思があつても心裡に留保しそれを示さないはずであるのに（ⓐの不示に合わせて）、誤まつて示してしまつた（ⓨ有・示）。この場合にだけありうるケースであるが、合理的にはありえない場合に含めてよかろう。

(iii)—(v)、(iii)—(vi)、(iii)—(viii)　ⓐの受領者はAに代理意思のあることを知らない。それはⓐ不示による。したがつて、ⓨについて、Yに代理意思がないのは当然として、故意に代理意思の表示をすること（ⓨ無・示・不一致知）は考えられない。

(iv)—(i)　理論上、(iii)—(i)の場合と同じ理由。さらに実際上、ⓐの受領者がAの代理意思の存在について不可知であるときに、ⓨについてYが代理意思をもつこと自体ありうるかが疑問である。

(iv)—(v)、(iv)—(vi)、(iv)—(viii)　(iii)—(v)、(iii)—(vi)、(iii)—(viii)の場合と同じ理由。

(vi)—(viii)、(vi)—(ix)　ⓐの受領者はAに代理意思があると思つているわけであるから（無—可知）、Yはⓨについて代理意思をもたず、故意に（心裡留保）でなければ誤まつて代理意思を表示すること（ⓨ無・示・不一致不知）はない。

(vi)—(x)　ⓐの受領者はAに代理意思があると思つており、それはⓐに代理意思が表示されているからである。したがつて、Yは、ⓨについて代理意思がなく代理意思の表示をしないということはありえない。代理意思はないけれども心裡留保で代理意思の表示をしようとしたところ（ⓐ示に合わせて）、誤まつて表示しなかつたという場合にだけありうるケースである。

(vii)—(viii)、(vii)—(ix)　(vi)—(viii)、(vi)—(ix)の場合と同じ理由。

(vii)—(x)　(vi)—(x)の場合と同じ理由。

以上の中で類似の理由をもつ場合をまとめると、次の通りである。

(iii)—(i)、(iv)—(i)、(vi)—(x)、(vii)—(x)。

(iii)—(v)、(iii)—(vi)、(iii)—(vii)、(iv)—(v)、(iv)—(vi)、(iv)—(vii)。

(vi)—(viii)、(vi)—(ix)、(vii)—(viii)、(vii)—(ix)。

(3)　実際上ほとんどありえないか、限られた条件でのみありうる場合およびその理由

(i)—(viii)、(i)—(ix)　ⓐの受領者がAに代理意思がないと理解している点（ⓐの有・示の意思表示は受領者がどのように理解しようと代理の効力を生ずるものであるが）、理解の間違いを前提とすればありうる。しかし、Yはⓐの有・示にかかわらずAに代理意思がないと思つているのであるから、実際上、誤まりであれYが代理意思を表示することがありうるか、疑問である。

(i)—(x)　(i)—(viii)、(i)—(ix)の場合の前半の理由と同じ。

(ii)—(v)、(ii)—(vi)、(ii)—(vii)　ⓐの受領者はⓐの不示の表示にかかわらずAに代理意思のあることを知つているから、ⓨについて代理意思があるものとして表示する（Yは内心に代理意思なく心裡留保）。これはⓐが有・不示ながら有・示の評価をもつ

限りでありうるが、ⓨの表示は形式上ⓐの表示と合致しない。Yとしては心裡留保の上にⓐの表示と異つた表示をすることは、実際上ほとんどありえない。

(ii)—(viii)、(ii)—(ix)　ⓐの受領者はAに代理意思のあることを知つていて、ⓨについて代理意思がないのに表示しようということ、しかもその際ⓐの不示に引掛けようとして誤まつて代理意思の表示をしてしまつたというように偶然が重なり、かなり高い程度でありえない場合。

(iii)—(ii)、(iii)—(iii)、(iii)—(iv)　ⓐの受領者はAに代理意思のあることを知らないから（有—可知）、ⓨについて代理意思をもつ（ⓨ有・不示。ⓐの不示に合わせて心裡留保することはありうるとして）ことは、AとXとの代理関係を知つている場合（Yはⓐについて有—可知であるから、これは可能）に限られる。

(iii)—(viii)、(iii)—(ix)　ⓐの受領者はAの代理意思の存在を知らない（有—可知）のであるから、ⓨについて代理意思がないのは当然のこととして、誤まつて代理意思の表示をするのは、AとXとの代理関係を知つている場合に限られる。

(iv)—(ii)、(iv)—(iii)、(iv)—(iv)　(iii)—(ii)、(iii)—(iii)、(iii)—(iv)の場合と同じ理由に加えて、Yはⓐについ てAの代理意思を知りえない場合であるから、実際上（理論上は、Aの具体的な場合における代理意思の存在を知りうるかということと、AとXの代理関係を知ることとは別のことであるが）YがAとXとの代理関係を知つて代理意思をもつことは、かなり高い程度でありえないであろう。

(iv)—(viii)、(iv)—(ix)　(iii)—(viii)、(iii)—(ix)の場合と同じ理由に加えて、実際上Yが誤まつてであれ代理意思を表示することがありうるか、かなり高い程度でありえない場合である。

(v)—(ii)、(v)—(iii)、(v)—(iv)　ⓐの受領者はⓐの表示にかかわらずAに代理意思のないことを知つているから、ⓨについては代理意思を示さない（しかし、内心に代理意思が留保されている）。(ii)—(v)、(ii)—(vi)、(ii)—(vii)の場合と類似の理由。

(viii)—(viii)、(viii)—(ix)　ⓐの受領者がⓐの表示にかかわらずAに代理意思がないと理解し、しかもⓨについて誤まつて代理意思を表示している。(i)—(viii)、(i)—(ix)の場合と類似の理由。

(viii)—(x)　ⓐの受領者がⓐの表示にかかわらずAに代理意思がないと理解している点、理解の間違いを前提すればありうる。(i)—(x)の場合と類似の理由。

(ix)—(viii)、(ix)—(ix)　(viii)—(viii)、(viii)—(ix)の場合と同じ理由。

(ix)—(x)　(viii)—(x)の場合と同じ理由。

(x)—(i)　ⓐの受領者がⓐの表示にかかわらずAに代理意思があるとみるYの理解の不自然さと、YがAとXとの代理関係を知らなければありえないという場合の限定。

(x)—(v)、(x)—(vi)、(x)—(vii)　ⓐの受領者はⓐの表示からAに代理意思なしと知りながら、ⓨについて故意に代理意思の表示をすることはありえない（ⓐの表示と合わなくなる）。また仮に、ⓐの受領者がⓐの表示にかかわらずAに代理意思ありと理解したとすれば、その不自然さとありうる場合が限定される。

さらに、単に場合の限定されるものとして附け加えるならば、

(x)—(ii)、(x)—(iii)、(x)—(iv)および(x)—(viii)、(x)—(ix)である。

以上の中で類似の理由をもつ場合をまとめると、次の通りである。

(i)—(viii)、(i)—(ix)、(i)—(x)、(viii)—(viii)、(viii)—(ix)、(viii)—(x)、(ix)—(viii)、(ix)—(ix)、(ix)—(x)、（全く同じではないけれども）(x)—(i)、(x)—(v)、(x)—(vi)、(x)—(vii)。

(ii)—(v)、(ii)—(vi)、(ii)—(vii)、**(v)—(ii)**、(v)—(iii)、(v)—(iv)。

(iii)—(ii)、(iii)—(iii)、(iii)—(iv)、（前者より高度にありえない場合として）(iv)—(ii)、(iv)—(iii)、(iv)—(iv)。

(iii)—(viii)、(iii)—(ix)、（前者より高度にありえない場合として）(iv)—(viii)、(iv)—(ix)。

(ii)—(viii)、(ii)—(ix)。

(4) (1)の表の中から、民法の規定によつてすでに代理の効力の発生する場合

註① 表中（一番左の欄に記載）の△印の場合を含む（組合せの横に△印）。

② 実際上ほとんどありえない、或は限定された場合にのみありうるものも含む（〔 〕附で記載）。

(a) (i)—(i)、(i)—(ii)、(i)—(iii)、(i)—(vii)、〔(i)—(viii)〕△。

(b) (ii)—(i)、(ii)—(ii)、(ii)—(iii)、〔(ii)—(vii)〕、〔(ii)—(viii)〕△。

(c) 〔(iii)—(ii)〕、〔(iii)—(iii)〕、〔(iii)—(viii)〕△。

(d) (vii)—(i)、(vii)—(ii)、(vii)—(iii)、(vii)—(vii)。

(e) (viii)—(i)△、(viii)—(ii)△、(viii)—(iii)△、(viii)—(vii)△、〔(viii)—(viii)〕△。

以上は個々の意思表示でいうと、(i)、(ii)、(iii)、(vii)、(viii)の組合せで、申込の意思表示が、

(a)グループは、「有・示、★」

(b)グループは、「有・不示、有－知」

(c)グループは、「有・不示、有－可知」

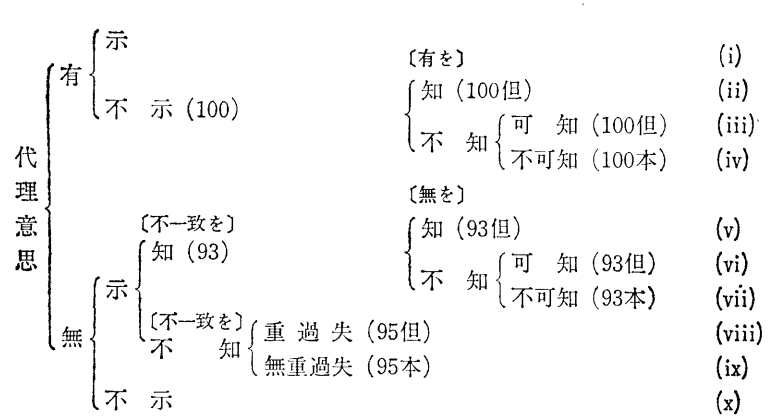
(d)グループは、「無・示・不一致、無－不可知」

(e)グループは、「無・示・不一致・不知・重過失、★★」である。

(5) 商法五〇四条に照らし検討すべき場合

(a) (i)—(iv)、(ii)—(iv)、(vii)—(iv)、(viii)—(iv)△

Ⅳ　図



(b) [(iii)—(iv)]、[(iv)—(ii)]、[(iv)—(iii)]、[(iv)—(iv)]

(c) [(v)—(ii)]、[(v)—(iii)]、[(v)—(iv)]、(vi)—(ii)、(vi)—(iii)、(vi)—(iv)、(ix)—(ii)、(ix)—(iii)、(ix)—(iv)

(d) (ii)—(x)

以上につき検討するに、

(a) ⓐの意思表示は何れも代理の効果を生ぜしめうる場合であるが、ⓨを受領したAはYの代理意思の存在を知りえないから、主観的合致はもちろんありえない。民法一〇〇条但書の場合についても、代理意思の存在を知りうべき場合、主観的合致の可能性だけで代理の契約を成立せしめてよいのかの問題がある。さらに、この場合には、代理の契約の成立について商法五〇四条は主観的合致可能性をも取り除いてよいものかという従来の議論の行われる中心的な場合である。

(b) ⓐ或はⓨについて受領者は表意者の代理意思の存在を知らない（有—不可知）から、主観的合致の可能性もない（以上はⓐの場合と同じ議論）。さらに加えて、ⓐの受領者はAに代理意思なしと理解している（有—可知、或は有—不可知）のであるから、ⓨの有・不示はⓐの不示に引掛けた心裡留保であり、商法五〇四条の適用上、積極的に心裡に留保された代理意思まで代理意思ありと評価してよいかの問題を生ずる。

(c)　契約の成立の観点からいうと商法五〇四条を適用すれば代理契約として成立しうる場合である。但し、代理の効力に関しては、商法五〇四条の規定にかかわらず、民法九三条但書、九五条本文が適用されると考えるので、心裡留保の相手方が代理意思のないことを知りまたは知りうべき場合であること、或は錯誤（無重過失）が主張され立証されると、代理の効果は発生しない。

(d)　ⓐの表示にかかわらず受領者はAの代理意思の存在を知つている。しかし、Yはⓐの不示を不示として利用しようとして、ⓨについて無・不示の表示をした。このような場合、商法五〇四条の観点から、ⓨの無・不示を有・示と同等に評価することができるか。(a)ないし(c)の各場合は、商法五〇四条の適用について、少くとも表意者に代理意思の存在する場合を前提としてきた。しかし、この(d)の場合は、表意者に現実の代理意思がなくとも代理の効力が発生する場合がありうるのか、もしありうるとすれば、代理意思に代つて何を基礎として代理の効力が発生するのかという問題を生ずる。

(1)　民法一〇一条の問題は、代理人が現実になす意思表示、法律行為は一体誰の意思表示、法律行為なのかという代理の本質にかかわる問題なので、次稿で本稿の「はしがき」で述べた第二、第三の課題を扱うとき、一緒に考察することにしたい。ドイツ現行民法一六六条の制定過程にふれて日本民法一〇一条に説き及ぶものに、神戸寅次郎・代理行為の要件を評す（三田学会雑誌一巻三号二七三頁以下、四号四六七頁以下、五号五七五頁以下）、神戸寅次郎著作集(下)所収がある。

(2)　判例には、代理人の背信的、或は背任的意思を相手方が知りまたは知りうべきでありながら締結した契約の効力につき、民法九三条但書の法意を類推するものがある。たとえば、昭一六・二・一台高院民二判（評論三〇民訴二一九）、昭二八・八・二〇名古屋高民一判（高裁民集六巻一〇号五八六頁）、昭二九・六・九高松高判（下級民集五巻六号八四四頁）、昭四二・四・二〇最一小判（民集二一巻三号六九七頁）参照。

(3)　昭一四・一二・六大民四判（民集一八巻一四九〇頁）参照。事実は次の通りである。X（原告―控訴人―上告人）、Y_2（被告―被控訴人―上告人）、A（訴外人、一審につき被告）は共同してB百貨店（後出Y_1〔被告―被控訴人―被上告人〕はB百貨店の支配人）の一部を借りて営業をなしていたが、B百貨店は営業不振のため閉鎖、Xより差し入れてあつた敷金の返還を受けえなくなつた。Y_2、Aは他を借りて営業を続ける意図のところ、Xの代理人C（B百貨店でのXの営業の衝に当つていた）はXの支出した敷金の返還を受けない以上さらに敷金を出して営業を

続けることはXの承諾しないところであるというので、Y_1、Y_2、Aが敷金返還債務を月賦で運帯して支払う旨の意思表示があつたものと信ぜしめる借用証書を作成し、CがXにこれを示して営業に加入を承諾させた。Xからの貸金請求について、判決は、「如何ナル代理人モ相手方ト通謀シテ本人ヲ欺罔スルカ如キ権限ヲ有スルコトナ」しとし、本件のCはXの代理人ではなく「唯Y_1等ヨリXニ対スル意思表示ノ伝達機関ニ過ギサルモノト云フヘク」、民法九四条の通謀虚偽表示による無効とせず、九三条によりXがY_1等の真意を知りまたは知ることをうべかりしものでない限り、Y_1等の意思表示の効力は妨げられないと判示した（破毀差戻）。

(4) 表示不合致、内心合致の場合、民法一〇〇条但書の趣旨からは（直接は意思表示の効力について規定しているにすぎないが）、主観的合致がある或はそれが可能であるならば代理の効力が発生すると考えられるが、この場合の代理行為の成立、不成立をどのように考えるか。内心の意思がともかく表示から知りうべき場合であるならば、表示が内心の意思と一致していると考えてよいはずであり、内心の意思を表示外の事柄から知りうるとすれば、表示不合致のまま契約成立、ないし契約不成立のまま効力発生ということになるのか。一個の意思表示について表示と異つた内心の意思を相手方が少くとも知つたときには、その表示価値は（相手方に対する限りでは）内心の意思通りと考えてよいから、契約において主観的合致があれば表示にかかわらず契約が成立する。——なお、代理の効力を中心にして考えているので、民法一〇〇条本文の場合の契約の成立および効力については、ここでは考慮しない。

(5) 有・不示の意思表示の受領者が有—可知の場合、民法一〇〇条但書はこれに有—知と同じ評価を与えているが、意思表示の主観的合致の点からいうと問題がある。契約の成立のためには、一〇〇条但書の予定する場合を含んだ単なる主観的合致可能で足りるのか。

(6) この場合を代理契約成立とすることについて、註(4)参照。

(7) 理論上、代理の効力不発生の場合であるが、実際の問題として、X（A）の側から代理の効力を主張してきたときに、Yは自分の意思表示について代理の効力の不発生を主張しえない立場にあるから、Aの代理意思の有—不可知も認められにくいということができよう。この点、後の(viii)—(iv)の場合と実際上の差異が考えられる。

(8) たまたま心裡留保の九三条但書の場合が重なつたというよりは、現実的には、虚偽表示の場合がこの形になる。

(9) A、Y両者とも代理の効力の不発生を主張しえないが、両者とも代理意思なく代理の効力の発生を望まないのが真意であるから、どちらか不発生をいい出せばそこに落着する可能性がある。丁度、両者とも代理意思を有しているがその表示をしなかつたため、代理の効力の発生を主張しえない場合に、何らかの契機で代理の効力が発生することの裏側に当たる。

（一九六九年九月二〇日）