

Title	代理理論における本人行為説と代理人行為説のもつ意味
Sub Title	Was sagen uns heute "Geschäftsherrntheorie" und "Repräsentationstheorie"?
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology ). Vol.45, No.2 (1972. 2) ,p.147- 164
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	峯村光郎教授 退職記念論文集
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720215-0147">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720215-0147</a>

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.

# 代理理論における本人行為説と

## 代理人行為説のもつ意味

林 脇 ト シ 子

- 一 本人行為説と代理人行為説
- 二 代理と私的自治——事柄の本質と制度
- 三 代理の構成

### 一

代理の理論の中で、本人行為説、共同行為説、代理人行為説が唱えられてすでに久しい。しかもなお完全に結着のついた問題といふことはできない。私達は、これらの説の表面的な対立ではなしに、これらの説の生まれた理論的な背景を知らなければならぬし、またそのことを通して、これらの説の対立が法の世界で語っている意味を学ばなければならない。

代理の行為を現実に誰が行うか（代理の意思表示をなし、また受けるという意味で）というのであれば、それは代理人で

あるというのは自明すぎる答であり、また代理の行為の全体的な効果帰属者（としての当事者）は誰であるかというのであれば、それは本人であるというのほとんど疑いのない答であろう。とすれば、代理理論においてこれら三つの説が対立するのはこのような自明な結果についてではなくて、各説が代理理論の中でいかなる点を問題として捉えているかという思考の方法に関するといわなければならない（以下、論述は、仮りに、本人行為説と共同行為説の共通点に着目し、両者を同じ側に据え、これを本人行為説で代表させ、代理人行為説と対比させる）。

代理人行為説は、代理の行為を行うのは代理人であるとして、代理人の効果意思に基いて本人に直接効果が生ずるとする。ここでは、行為者と効果帰属者とが分離する。これに対し、本人行為説は、他人の行為（効果意思）に基いて自己に効果が帰属するのは不条理であるとして、代理においても本人が行為し本人が効果を受けるとする。ここで本人が行為するに際し、端的に本人の意思表示であるとするもの、本人の代理権授与行為にその根拠を求めるものがある（今、ここでは任意代理について論述し、法定代理については、任意代理に関する議論が大筋において通用するか或は別の議論が必要かを、他日検証したい）。さらに、代理人行為説と本人行為説との間にあつて微妙な位置を占めるものに、<sup>(1)</sup>擬制的な表現をとるものがある。すなわち、代理人が行為するがあたかも本人が行為するものの如く本人に効果が生ずるとする。

代理人行為説も代理の効力の発生（代理人の行う行為の効果が本人に帰属する）を単に代理人の効果意思のみを要件として認めようとするものではなく、そのためには代理人の行為と並んで代理権——任意代理についていえば授權行為という本人の意思に基く——の存在が必要であるとする。<sup>(2)</sup>ただ、ここでは、代理権の存在は、代理の行為からは切り離された要件として、とくに代理の効力発生要件、有効要件として位置づけられる。<sup>(3)</sup>さらに、同じく代理人行為説の立場から、代理権により、明確な積極的な意味づけをする説がある。すなわち、財産法上の法律行為を財産関係に変動をきたさしめる管理行為の一つとみて、代理人が直接本人に効果を及ぼすような代理行為をなすには、代理人にそのための管理権限がなければならぬ

とし、代理権をこのような管理権限の一つと考える。そして、このような財産関係に変動をきたさしめるについての内在的、実質的手段としての管理権限は、現象的、抽象的手段である法律行為の外に、その構成事実から分離され、すでに発生した効果の帰属の要件をなすとする。<sup>(4)</sup>これに対し、本人行為説は、代理権を有効要件として代理の行為から分離するのではなく、代理権は代理人の行為を通して生ずる法律効果の発生に向けて与えられるものであるから、代理の行為における効果意思として働くとする。<sup>(5)</sup>

(1) たゞせば、擬制的な表現をとるものとして、わが国で、梅謙次郎・民法要義巻之二総則編(訂正増補第三十六版)二五六頁、ドイツで、Laland, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, Zeits. für das gesammte Handelsr. X, S. 184, がある。このような考え方の評価として、わが国では、我妻栄・新訂民法総則(民法講義Ⅰ)三三九頁は、「代理の効力を生ずる基礎」の題下に、本人行為説とは代理人の行為を本人の行為と擬制するものとして、このような考え方を本人行為説に入れて、これに対し、ドイツでは、Ehneccerus (Nippertay), Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, Bd. 2, Halbbd. (1960), § 182 (S. 1115) は、「これを代理人行為説 (Repräsentationst.) の変形に入れている。後述のように、この擬制的な表現をとるもの(以下、仮りに、本人行為擬制説と呼ぶ)の評価に一つの問題があるように思われる。

(2) たゞせば、わが国で通説となつてゐる代理人行為説をとる我妻・前掲三三九頁によれば、「代理は、本人に対して、一定の關係にある者が、本人の権利關係に変動を及ぼそうとする意思表示をするときだ、」云々としている(傍点林脇。これは、任意代理、法定代理を含めての立論である)。

(3) たゞせば、Ehneccerus, a. a. O., S. 1116 によれば、実定法上、代理権の機能は代理人の行為から切り離され、それは代理人の行為の有効要件 (Wirksamkeitsvoraussetzung) と考えられているとして、BGB 一七七条以下(無権代理の規定)を引いている。

(4) 於保不二雄・授權 (Brimchtigung) についで、追完 (Konvaleszenz) について、有効要件についての考察等いずれも財産管理権論序説、それぞれ二七頁以下、二四三頁以下、三三九頁以下所収) 参照。確かに、通説のいうように、代理権は代理を有効ならしめる権利または資格であるという説明では、これはただ代理の効果転帰(代理人のなした行為の結果が本人に帰属する)という変遷的法律現象を説明するために、そこに何らかの原因がなければならぬ、その或るものをうるために代理権という概念が使われたという Taubologie にすぎない (vgl. Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, Bd. 1, S. 229 ff., insb. S. 239)。これに対し、代理権を管理権限として積極的に意味つけたのは、於保説の功績である。然らば、財産關係に変動をきたさしめる法律要件について、現象的、抽象的な法律行為要件と内在的、実質的な管理権限との二本建てで把握することも理解できるが、後述のように、管理権限を法律行為の有効要件とせず、発生した効果の帰属の要件とするについては、なお多少の説明を要するであらう。

(5) たゞせば、Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955) では、「代理権授与行為は代理権を授与された者によつて終局にまで齎られる法律行為の本質的な要素であるとして、法律行為の要件総体の統一性が主張される (insb. S. 190 ff.) だ、」Flume, Das Rechtsgeschäft

(Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Bd.) (1965), SS. 859, 860 には、代理権授与行為を独立の法律行為としてみた上で、代理権の付与という法律効果はそれ自体では意味がなく、代理人の行為を通じてはじめて意味をもつとして、法律行為についての規範の適用に当つて、代理権授与行為のこの意味関連性を考慮しなければならないとしている。このようなドイツにおける代理人行為説に対する批判について、わが国でも積極的にこれを評価し、代理人行為説に疑問を呈する論説がみえてきた。たとえば、Müller-Freundts の所説をその中で紹介している浜上則雄・代理理論における本人行為説と代理人行為説について・阪大法学二六号二九頁以下、二八号四八頁以下、遠田新一・代理行為と本人の詐欺——代理行為の瑕疵についての一試論——、政経論叢九卷三、四号一一九頁以下、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、二号四六頁以下がある。とくに、高橋論文はとかく誤解されてきた Savigny に由来する本人行為説の真義の再評価を要請している。

## 二

本人行為説、代理人行為説のもつ意味を検討する出発点として、そもそも代理制度の認められている基盤をどこに求めるかに答えなければならない。丁度、契約の範囲で、附合契約、約款によつて大量的に行われる契約のようなものを、私的自治の働く範囲内に位置づけるか、私的自治の枠外の問題として捉えるかに議論があるように、代理の制度も、それが認められる限りで、他人の生活範囲についての決定の自由を認める趣旨であるのか、なお自己の生活範囲についての自己による決定のみを認める趣旨にとどまるのかが問題となる。

私的自治とは、各個人は自己の自由な意思に基いて自己の財産関係を処理すべきであるとする。これは、原初的には、ローマ法的な、意思表示は表意者のみを拘束するか、他人の行為によつては何物をも取得しえないという法理と一致していた。しかし、資本主義経済の発展にもなつて、多岐に互る取引活動について自己のみで処理することは不可能となり、自己の経済的信用と自己の直接的責任において、しかも、代理人をして、自己に代つてその才能において独立して取引活動をなさしめうる制度が要求されるようになった。この必要に応ずるものとして認められたのが代理制度であり、これにより個人の活動の分野は拡大しうることとなつた。このような私的自治の拡大のために、私的自治の法律的基本構造が変化を来た

した。すなわち、前述のように、私的自治の原初的な構造は、いわば所有と契約とが所有主体によつて直結されているところに成り立っていた（財産帰属者自身が、その財産が帰属者に与える権能の展開として契約により財産権に変動を生ぜしめる。その意思表示は財産帰属者としての表意者のみを拘束する）。ところが、私的自治の拡大は、所有と契約とが所有主体のみによつて直結される必要はないものとした（財産帰属者自身が契約を行わなければならないものではなく、財産帰属者に属する権能を他の者に与え、その他の者のなす意思表示は表意者以外の財産帰属者を拘束する<sup>(1)</sup>）。

このような私的自治の拡大にともなう代理制度の社会経済的根拠から、さらに進んで、代理の法理的根拠を求めて次のように説くものがある。すなわち、私的自治につきその拡大が法認されることは、「權利・所有もしくは財産の帰属とその行使または管理とが分化し、非所有主体により、かつ、行使または管理の権限に媒介されて、所有と契約とが結合しうることが承認されたことになる。」しかも、私的自治の拡大という社会経済的根拠は主として本人の側に立つて観察されているが、代理の法理的根拠はむしろ代理人の側から追求されるべきではないかとして、代理行為の効果転帰は、「代理人が代理行為をなし又は受けるのは、法律効果は直接に本人に生ぜしめる効果意思をもつてなされるので、この効果意思の効力として法律効果の転帰を法が承認したものである。私的自治の法律上の手段である法律行為においては、法律効果の内容についてのみでなく、法律効果の帰属者についても効果意思の自由を法が承認したことにほかならない。」とする<sup>(2)</sup>。

このような見解は、代理の制度を法理的には本人の私的自治の拡大の観点からみるよりは、代理人の効果意思の効果として捉えようとするものといえよう。確かに代理行為を眺める限り、代理はいわば代理人の私的自治として現象するが、この見解自身が述べているように、それは「行使または管理の権限に媒介されて」行われるもので、代理人の全く自由な何物からも独立した効果意思のみによつて行われるものではない。Fulme がいうように、私的自治の範囲内の行為とは自己のための行為であり他人のための行為ではない。私的自治の原理は他人のために自己が自由に決定する (Selbstherrlichkeit) 行為

についての正当性 (Legitimation) を与えるものではない。この意味で代理の行為も他人のための義務的な拘束をともなつた行為といわなければならない<sup>(3)</sup>。

このようにみえてくると、代理の効力の発生（代理人の行為の効果が本人に帰属する）の根拠がどこにあるかという代理の本質<sup>(4)</sup>についての答えは、本人行為説のいうように、本人の意思にあるといわなければならない。そして、このことは、本人行為説の主張者ばかりでなく、代理人行為説の主張者もまた認めるところと思われる<sup>(5)</sup>。問題は、このような本質に根ざす代理が制度化され、代理の行為は代理人が行うというときに——この点はまた逆に代理人行為説の主張者ばかりでなく、少くとも今日主張されている本人行為説の主張者も認めるところと思われる<sup>(6)</sup>——代理人の行為と代理の効力発生についての本人の関与をどのような形で理解するか、現行法はそれについてどのような形を予定しているかの点にある<sup>(7)</sup>。高橋氏は、ドイツの学説を紹介するその論述の中で、普通法時代の本人行為説、共同行為説、或は代理人行為説さえも、互に根本から相容れないものではなく、各々その視点を異にするだけであると評価しておられる<sup>(8)</sup>。まさに、本人行為説は、代理の効力の根拠を求めて、それが本人の意思にあるとする——この点は正しい——が、そのことから直ちに制度上の要件としても代理の行為は本人の行為であるとする点で誤りを犯している。また、代理人行為説は、制度上の要件のみを眼前に、代理の行為は代理人の行為であるということ——要件論の一端としてそれ自身正しいが——を説明するのみで、代理の効力の根拠に眼を注ぐ配慮に欠けている。このような視点の差異は前述の本人行為擬制説に対する評価——一方からは本人行為説に入れられ、他方からは代理人行為説といわれる——によく現われている。すなわち、制度上の要件論をもつばらこととする代理人行為説をとる者の眼からは、代理人が行為していることを自明のこととして（効力の根拠を本人の意思に求めなければならない点をつきつめずに）、本人行為擬制説がそれをとくに本人が行為しているかの如くに擬制しなければならないとする点で、本人行為説と評価する。これに対し、代理の効力の根拠を尋ねてそれを本人の意思に求める本人行為説をとる者は、要件論

としても本人が行為するという構成を念頭において、擬制的な表現をとるものはその事実的な基礎に代理人が行為することを認めているのであるから、代理人行為説に入るものとする。

高橋氏は前述の評価に続いて、代理人行為説の中でも擬制的な表現を用いる Windscheid, Laband の代理理論がその後採用されず、Jhering 流の原因と効果の分離 (Trennungswirkung) の理論が採用されるようになったのは、意思表示理論における意思主義がその勢力を失い、表示主義への転換があたかも当然であるかのように考えられるに至つたことと無関係ではなからうとされる<sup>9)</sup>。高橋氏の指摘されるこの関連を、私は、法的思考における本質論と事柄の制度化、すなわち制度上それにとりよるような位置が与えられるかの絡み合いの点に見出してみたい。代理理論における普通法時代の本人行為擬制説は、その思考の過程を辿つてみると、代理の効力の根拠は本人の意思に求めたい、しかも代理の行為は代理人がなすものといわざるをえない、この間において行為と効果を分離させず、何とか一本化して考えていきたい、これが擬制という手段になつて現われたといえる。このような思考は、代理の構成が緻密になる以前のものではあるが、問題の所在を明かにしている。これに対し、構成の精緻さを誇る二〇世紀の代理理論は、現象的な代理の行為に眼を向け、代理行為と代理の効力の根拠である代理権との関連性から眼をそむけてしまつた。これが代理人行為説である。同様に、意思表示理論においても、表示主義<sup>10)</sup>は、現象的な表示の外形にのみ眼を向け、その表示が意思表示全体としてどのような意味を担つているかを考えない。表示主義、代理人行為説のいずれも、それぞれの制度を支える内的な根拠をないがしろにして共通的な点で共通しているといえよう。

(1) 於保不二雄・民法総則講義二二三、二二四頁、同・注釈民法(4)(代理の前註) 五頁参照。

(2) 於保・前掲民法総則講義二二五、二二六頁、同・前掲注釈民法(4)六、七頁。

(3) vgl. Flume, a. a. O., SS. 7-9.

(4) ここで「本質」といふとき、何を念頭においてこの言葉を使つているのかの説明を要するが、法解釈学における本質論が何を意味するかについては、まだ十分な見解をもつていない。ただここでは次のように考えている。前述の於保説は、法理的にいつて、代理とは、代理人が法律効果を直接本人に生

せしめる効果意思をもつて代理行為を行うときに、この効果意思の効力として法律効果の転帰を「法が承認したものである」とする。そこまでは一つの法制度の法理的説明であるとしても、本質論は、代理人の意思に、それを効果意思として取り上げ、そのような効力を何故法が承認したのか、その妥当性を支える根拠は何かを問うものである。

- (5) もつとも、このような代理の効力の根拠についての本質論を不用とするものもある。たとえば、川島武宜・民法総則(法律学全集)三〇六、三〇七頁によれば、本人行為説、共同行為説は、「ローマ法では承認されていなかった代理を有効として承認するための理由づけないし正当化(Rationalisation)の論理構成を目的とするものであるが、「現代法では、代理の有効性を正当化する実際上の必要はない」。この観点からは、代理においては、代理人による意思表示が欠くことのできない要素となつていて、いわゆる代理権が存在することがさらに必要であつて、「その代理権の成立にとつて本人の意思表示が要件となる場合がある」ということを認識するだけで十分である。「したがつて、本人行為説とか共同行為説等の十九世紀ドイツの論争は、今日においては全く意味をもたないものとなつてゐる」とする。しかし、この点については、Füme がいうように、現行法が或る法制度を認めてゐることはその本質論を不用にするものではない、現行法規範は一つの評価であることは確かであるが、たとえば代理のような一つの法形象(vone Rechtsnatur)にとつて妥当する法規範を理解し、批判的に評価し、また欠缺を補充して構成しよう(fortbilden)とするならば、このような法形象の本質についてまたその法秩序全体との関連における位置づけを明瞭にしなければならぬであらう。ここに、代理の制度と私的自治との関連を問題にしたのも、近代法に接続する現代法の骨格が私的自治にあると考えられるところから、全法体系の中に代理を位置づけるとき、私的自治との関連を問題にせざるをえないからである。すでに Füme において私的自治の原理に基づく法秩序の中での代理の本質が問題とされてゐる(vgl. Füme, a. a. O., SS. 752-753)。
- (6) かつての本人行為説ではこの点曖昧であり、法的な意味で行ふのは単に本人のみであり、本人は代理人を道具(Werkzeug)として使うとする(Bruceus, a. a. O., S. 1115)による本人行為説[Geschaftserrent]の説明)しかし、この点は、今日の説においては、本人のみが行ふというのは事実と反するとして、たとえば Füme は、代理の正しい構成(Einordnung)は、法律行為の行動(rechtsgeschäftlicher Handlung)とその行動の結果としての法律行為の規制(Regelung des Rechtsgeschäfts)の分離にあるとし、代理人は代理の行為(代理人による法律行為[Vertretergeschäft])に際して行為者である。しかし、この行為の結果としての法律行為は本人の規制である、何故ならば、代理人は本人のために行為しこれについて資格を与えられてゐる(autorisiert)からである(vgl. Füme, a. a. O., SS. 753-755)。
- (7) 代理の制度を代理人の私的自治(代理人の自由な決定)ではなしに、効力の根拠を本人の意思に求めるとしても、現象的に代理人の行為によつて作り出される法律行為について、本人の意思がどのような形で関与してくるか、法制度上の要件論が問題となる。法律論としてはこの要件論が必要なのであつて、この議論を誤まらない限り、川島説のいうように、本人行為説、代理人行為説等の議論は不要であることができる。むしろ、本人行為説、代理人行為説を云々するのは、要件論を誤りなく進めるための基礎工事といえよう。

(8) 高橋・前掲(一)四三頁。

(9) 高橋・前掲(一)四三、四四頁。

(10) 紙幅の関係から、意思表示理論における問題の展開は、後日に譲る。

上述のところから、最近、代理人行為説に対し再検討を迫る声が上つてゐるのは当然のことと思われる。しかし、單純に本人行為説に戻ることが正しい解決ではない。すでに述べたように、本人の意思が代理の要件上どのような働きをするかを検討することが必要となる。ところで、代理人が行爲し、本人に効果が帰属するというその間の架橋をなすものが、代理權の存在である。このことについて、本人行為説によれば、本人は代理人の行爲を通して生ずるであろう或る具体的な効果を狙つて代理人に代理權を与えることが可能であるから、實質上、代理權授与行爲は代理行爲における本人の效果意思の表示である、本人行為説はこのように考へて代理權授与行爲と代理行爲の一本化をはかる。しかし、現実に、代理權授与行爲は必ずしも相手方に向つてなされるのではなく、むしろ代理人に向つてなされ、相手方に対して表意者として現われるのは代理行爲における代理人のみである。このとき、相手方は代理人との間に意味をもつ法律行爲を考へてゐるのではなく、本人との間に意味をもつ法律行爲を成立せしめようとしてゐるのではあつても、<sup>(1)</sup>どのような内容の法律行爲を成立せしめようとするのかは、代理人の意思表示について知るのが通例であろう。ここで、本人の代理權授与に當つての意思を代理人の代理行爲の中に持ち込むとすれば、まず、相手方は、通常直接には全く知りえない本人の意思を代理人のなす表示の中に探求しなければならぬ。また、そもそも相手方に向つてなされる意思表示は一つの統一あるものでなければならぬが、代理行爲の中に持ち込まれる本人の意思と代理人の意思との間でどのようにして統一がはかられるか、仮りに、本人の意思と代理人の意思との間に不一致が存すると、その場合でも表示されたところ（代理人の意思）にしたがつて効力を生ずるとするならば格別（また、そうするならば、わざわざ本人の意思を代理行爲に持ち込む意味がなくなる）、相手方にとつて通常全く知りえない本人の意思との齟齬により、法律行爲の効力が左右されることになる（相手方から本人に確めるならば別である

が、これを一々確めなければならぬとする<sup>(1)</sup>ことは、代理の制度を無用に帰せしめる。これは、法律行為の効力についての制度としては妥当を欠く。その意味で、代理行為から代理権を独立させるのは制度として賢明である<sup>(2)</sup>。この点に着目して、代理人行為説は、法律行為は代理人と相手方との間でなされるが、本人の与える代理権が欠けている場合には、効果転帰という代理の効力を左右する、この意味で代理権は代理の有効要件であると構成する<sup>(3)</sup>。

ところで、上述のように、相手方に対しては代理人の意思表示が基準となるとして、代理行為において、代理人が「本人ノ為メニスルコトヲ示シテ」意思表示をするとき、通常、これを代理意思の表示であるとして、代理意思は代理人の効果意思<sup>(4)</sup>（の「内容」）であるとする。これは、代理人行為説からいつて、代理の行為は代理人の行為であり、そこに現われる表示はすべて代理人の効果意思の表示である<sup>(5)</sup>と考へるものである。しかし、代理人により表示されるものがすべて代理人の効果意思でなければならぬものではない。代理の効力の根拠を考へた際にみたように、自己の独立の意思でその行為から生ずる一切の法律効果（その行為そのもの）を他人に帰属せしめることが効果意思の内容として認められるか。代理の行為は代理人の行為であるとしても、代理人の独立の効果意思の効果として本人への効果帰属が決定されるとするのは、代理の本質に反するであろう。本人に直接効果が帰属することは、代理人の効果意思の結果ではなくて、他に原因があると考へるべきであり、これが代理権である。於保教授によれば、代理権は管理権限であり、それは本人に直接効果が帰属するという管理権限の一つの発現の形を予定している。代理人に本人の財産関係についての管理権限があれば、その者のなした行為の結果は本人に及んで差し支えない<sup>(6)</sup>。ただ、行為に当つて、代理人（代理権を与えられた者）は自己のために行為することができなくなるわけではないから、自己のためにするか本人のためにするか<sup>(7)</sup>の意思決定がなされなければならず、また、相手方にとつても、誰がその効果を受けるのかが分からなければ不都合である。そこで、代理人が代理行為をなすには、「本人ノ為メニスル」意欲をもつていることを相手方に示すことが必要となる。これは、代理人自身に効果が及ばないという点では

代理人の効果意思（形成的な意欲実現）として働くが、本人に効果が及ぶという点では効果意思としてではなくて、相手方に対して意思の通知としての意味をもつ。したがって、相手方との間で意思表示の合致を要する事項ではなく、相手方がその旨を承知すればよい。<sup>(6)</sup>

代理の効果は本人に帰属する根拠を代理人の効果意思ではなく、代理権授与に現われる本人の意思に求めるとしても、それは代理行為を組成する意思表示の内容としてではなく、それとは独立に、代理権の存在を代理の有効要件として理解する。<sup>(7)</sup> このような代理人の代理行為からの代理権の独立は、代理権を二つの方面で抽象化することと結びつく。まず、代理権授与に当って、代理権の範囲は、○○事項について○○と○○契約を締結すること、或はさらに売買代金○○、数量○○という（委任状に記入しうる程度の）限定しか有効になされえない。<sup>(8)</sup> これを超えた細い指図をしたとしても、それは本人、代理人間の義務にとどまる。そこで、代理権を代理行為から独立させたことは、ひるがえつて、代理人、本人間の内部的な義務から代理権を離れたものとして構成することとなる。<sup>(9)</sup>

以上のように、代理権を代理の要件の中で、代理人の行為からも、また代理の基礎関係からも独立させることは、代理の制度の実用性（*Fürme* のいう *Praktikabilität*）の要請に基づくと考えなければならぬ。したがって、その限界もやはりそこにあると考えるべきであつて、代理の効力の根拠は結局本人の意思にあるという代理の本質が背後に控えていることを忘れることはできない。<sup>(10)</sup> このことは、具体的には、そのいくつかを例示するとして、次の諸点に現われる。

(1) 代理権の濫用の観念　或る者に代理権が与えられているときに、その代理権がいかにか作用すべきかは、代理人と本人との間にある基礎となる法律関係によつて限定されている。Laband 以来、法律構成上、代理権をこの内部的義務から独立させ（*Verselbständigung*）したがつて、代理人が本人に効果を及ぼす行為をしたとき、代理人の意図いかんにかかわらず、抽象的に代理権ありとして代理の効力を生ぜしめる。しかし、代理人が代理行為を行いながら自己の利益を収めようという

場合には(代理人の利益のために代理権が与えられている場合を除いて)、代理人の内部的な義務違反によりいわば代理権限が濫用されているというべきであつて、この代理人の意図を相手方が知りまたは知りうべきときは、代理の効力を発生せしめないものとしてよい。すなわち、代理権は、本人から代理人に与えられた管理権限の一つの形——本人に直接効果が帰属するという形での——であるから、本来本人の意思にしたがつて本人の利益のために行使されるべきものである。これを抽象化して独立のものとして構成したのは、相手方に対して表示されないものによつて効力が左右されることから相手方を保護する意味をもつている。したがつて、相手方が代理人の意図を知りまたは知りうべきときには、その抽象性を排除することができる。<sup>(11)</sup>

(2) 代理人と相手方の通謀(代理行為における虚偽表示) (a) 一般に、代理人が相手方と通謀して虚偽の法律行為をしても効力を生ぜず(民九四I)、善意の本人もこの法律行為の当事者であつて民法九四条二項の第三者に該たらない。<sup>(12)</sup> (b) 問題は、代理人が本人を欺く目的で相手方と通謀して法律行為の外観を作り出した場合にある。代理人は、代理権の行使に当つて、相手方と通謀して本人を欺罔する権限を有しないから、このような代理人と通謀する相手方との間では、その法律行為は代理行為としての意味をもたない。したがつて、この行為は本人と相手方との間の虚偽表示として無効(九四I)といふのではなくて、代理行為の効力が発生しない場合といえよう。但し、相手方は、本人がその表示を信じ、信ずることが無理からぬ場合には、表示に対する責任を負うべきである(九三条の類推)。<sup>(13)</sup>

(3) 民法一〇一条二項の場合 上述のように、代理行為と代理権授与行為とは別個の行為であると構成され、民法一〇一条一項も、代理行為について、それは代理人が意思を決定し、表示するのであるから、意思決定、意思表示上の瑕疵は代理人の心裡についてこれを問うものとしている。しかし、他方、代理の行為において、常に代理人が全部の意思を決定し、表示するとは限らず、或る部分については本人が意思を決定し、代理人がそれを表示する場合もある。この場合にもその意思

表示は代理人の意思表示として現われるが、実際に本人がなした意思決定について本人の知つてゐる事情をたまたま代理人が知らないことに藉口するのは不要な構成である。そこで、この意味から、同条二項は、「本人ハ其自ら知りタル事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ス其過失ニ因リテ知ラザリシ事情ニ付キ亦同シ」と規定している。

(4) 民法一〇一条二項以外の場合<sup>14)</sup> (3)については、一〇一条二項でとくに場合を限定して、「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代理人カ本人ノ指図ニ従ヒ其行為ヲ為シタルトキハ」、本人の事情の知、過失、不知という心裡が代理の効力に影響を与えるとしている。しかし、本人の心裡状態が代理の効力に影響を与えるのは、この限定された範囲に限るであらうか。たとえば、次のような場合について検討を要する。

(a) 本人が代理人に対して心裡留保により代理権授与の表示をなし、代理人はその心裡留保であることを知らないが、代理行為の相手方はこれを知つてゐる場合に、代理人によつてなされた代理行為の効力如何。代理権授与行為と代理行為とを全く切斷して、各個独立に評価するならば、代理権授与の表示につきその表示の相手方である代理人はその心裡留保であることを知らないから、代理権授与行為の効力は變ぜず、また代理人は真意に基いて代理行為をなしているのであるから、これについても瑕疵はなく、代理の効力は支障なく発生することになる。しかし、代理権授与行為は代理の効力を発生すべくなされ、代理人はその旨を相手方に向つて表示するのであるが、本人にその実現の意欲がなく、相手方も代理人の伝達の表示を通してではないが本人にその意欲がないことを知りまたは知りうべき場合には、代理の効力は発生しないとよからう（本人に相手方の知、過失不知の立証を許す）。

(b) 代理行為の相手方が本人を欺罔して本人をして代理権を授与させた場合、代理権授与行為についていへば第三者の欺罔に該たり、代理人がこの事実を知らないと取り消しえないことになるが（九六五）、その第三者が代理行為の相手方である場合には、本人は代理人の不知にかかわらず、この代理権授与行為を取り消すことができる。もつとも、第三者の詐欺による

取消を相手方の知にかけているのは、その取消によつて不慮の損害を相手方に与えないという配慮による。そこで、代理権授与の場合はそれが取り消されても代理人はそのこと自体から損害を受けないから、代理人の知、不知にかかわらず取り消しうるともいえる。むしろ、問題は、すでに代理人が代理行為を行つているときに、この取消によりその行為が無権代理行為となり、代理人が無権代理人としての責任を負わなければならないかの点にある。ここでも、代理権授与行為と代理行為とを連絡するならば、代理行為の相手方による欺罔と同様になり、相手方は代理行為そのものが取り消された場合として、無権代理人の責任を問ひえないものとしなければならない。<sup>(15)</sup> また、逆に、代理人が代理行為をなすについて、本人が相手方を欺罔した場合に、相手方は代理人の知、不知にかかわらず代理行為を取り消しうる。

(c) 上述の(b)の場合をより、一般化して、代理人が代理行為を行つた後になつて、本人の代理権授与行為が初めから無効と確定した(たとえば、本人の錯誤による代理権授与行為、或は(b)以外の事由で瑕疵があるため本人が代理権授与行為を取り消した(本人の無能力、代理行為の相手方以外の者から詐欺、強迫を受けて代理権授与行為を行つた等)場合に、代理権授与行為は遡つて無効となるから、代理行為は代理権なしに行われたことになる。この場合にも、相手方はその行為を有効な代理行為と主張しえないか、或は、この行為が無権代理行為として代理人は無権代理人の責任を負うかが問題となるが、ここではふれず、後日の検討に譲る。

(1) 意思表示の作製者、法律行為の行為者、法律行為の当事者それぞれの意味を明かにしておく必要がある。意思表示の作製者とは現実に意思表示を行う者(表意者)を指し、或は意思表示の受領者まで含めて用いる。法律行為の行為者とは、一つの意味は、意思表示の作製者と同様の意味を法律行為に延長したもので、現実に法律行為を行う者、契約を締結するという現実の行為を行う者を指し、この意味の法律行為の行為者は、通常、意思表示の作製者と異なる。これが異なるのは、法律行為の要素である一個の意思表示だけ代理人に表示させ或は受領させ、他の一個は本人が受領し或は表示するという場合である。もつとも、そうなると、この場合、法律行為の行為者は本人、代理人、相手方ということになるが、このような意味で法律行為の行為者という概念を使うことに意味があるか疑わしい。そこで、法律行為の行為者の第二の意味が考えられる。それは、法律行為の要件が誰のもこととつていふかという意味であつて(法律行為以外の法律要件の例でいうと、たとえば、代理占有の場合に、物の所持という外形的事実は占有代理人のもことにあるが、

占有代理關係と相俟つて物は誰の支配下にあるとみられるかといえは本人のもとにある。つまり占有という要件は本人のもとにとつており、本人が代理占有権という効果を取得する、この意味では、法律行為の行為者は法律行為の当事者と一致する。この意味で法律行為の行為者という言葉を用いる者がある。神戸寅次郎博士は、意思表示と法律行為とは區別を要するのに、從來學者は代理の法理を説くについてこの点につき誤つていたとし、共同行為説、代理人行為説はこの二者を混同したと、つまり「意思表示其ノモノヲ作製スル者即チ表意者ト法律行為ヲ為ス者即チ法律行為其ノモノノ当事者トヲ混同」したことから由来する謬説であるとされる。すなわち、「意思表示ハ代理人カ一人ニテ之ヲ作製スルモノナリ故ニ本人ハ此作製ニハ毫末モ関与スルコトナシ之ニ反シテ法律行為ハ本人カ一人ニテ之ヲ為スモノナリ故ニ代理人ハ此ノ法律行為ヲ為スト云フコトニハ毫末モ関与スルコトナシ故ニ単ニ本人ノミカ其法律行為ノ行為者ニシテ即チ当事者ナリ代理人ハ素ヨリ其法律行為ノ行為者ニアラス随テ亦当事者ニアラス」とする(神戸寅次郎著作集(上)一八頁。なお、同五七、五八頁参照)。ここでは、法律行為の当事者とは、ととのつた要件の下に法律行為の総体としての効果を受ける者をいう。

同様のことを、Fume は次のようにいっている。すなわち、法律行為そのもの(行為「Act」としての)は代理人が行うが、規制(Regelung)としての法律行為は本人のものであるとする。これは、次のように考えることができようか。私的自治の認められる範囲で、法律行為によつて権利義務を発生せしめ、その総体としての法律関係を形成する場面を考えると、(1)現実の行為を行うことが必要である、(2)行為の結果、契約であればとりきめが設定されるが、そのとりきめは誰のものであるかということ、(3)そのとりきめによつて誰が具体的な効果を受けるかの諸点が問題となり、(1)がFume のいう「Act」としての法律行為の面、(2)がRegelung としての法律行為の面(法律行為の当事者)、(3)は通常法律行為の当事者がすべての具体的な効果を受けるが、第三者のためにする契約では特定の効果(権利)は当事者以外の第三者が受ける。

- (2) この点に関連して、行為としての法律行為と規制としての法律行為とを分けて考えるべきであるとするFume の考え方に対しても、評価ないしその意義づけは分かれている。Fume の所説を紹介し検討を加えておられる高橋氏は、Fume が任意代理では本人の自己決定によつて代理権が与えられるとすると、そこに表現されている本人の意思が何かを問題とし、「それは、代理人の作り出す規制を自己のものとする意思であるから、この本人の意思は、代理人を媒介するとしてもやはり法律関係の発生、消滅、変更に向けられている。この意思がCavagna の意思表示理論にいう『意思』つまり効果意思であることは明らかである……。Fume の代理理論からも、効果意思は本人にあると結論しなければならぬ。そうでなければ、彼の理論は、原因と効果の分離という通説を、行為と規制の分離といいかえたにすぎない。」とされる(高橋・前掲(四・完)六七頁)。しかし、Fume の所説をこのように(効果意思は本人にある、と)理解しなければならぬか、そうでないとするれば高橋氏の批判(原因と効果の分離を行為と規制の分離におきかえたにすぎない、という)に理由があるかについては、なお検討を要する。現実の代理行為を代理人の行為(効果意思)とみた上で、その行為を本人のものとする(個々の具体的な効果だけでなく、その効果の源となる要件が本人のものでとつて)——そのためには代理人の行為を本人の規制とする代理権が必要——点に、Fume の苦心と創意があつたと思われる。たとえば、行為と効果の分離というとき、その効果は、本来、効果意思による法律行為の任意的効果に限られるべきであつて、法定的効果にまで及ぶことには特別の説明を要しよう。法律行為に基く全法律関係が本人に帰することは、単に代理人の効果意思の結果ではなく、総体としての要件が本人のものでとつて、したがつて法律行為そのものが本人の法律行為であることによらう。
- (3) 代理の行為を代理人の行為と構成することは、すでに述べたように代理において本人の意思が全く関与しないのではない。Fumeerius によ

れば、本人の意思は、一面、代理人の意思にとつて決定の動機 (Begründungsgrund) となり、他面、代理人に代理権を与え (Erneuerung, a. a. O., Ss. 1115, 1116)、代理権の問題は後に述べるが、前者について簡単にふれておこう。本人の意思は代理人の意思の決定の動機になるが、代理人は使者と異つて、自己の意思表示として表示行為を行う。これに対し、使者は、たとえ表示機関としての使者であつても、相手方は、使者によつて現実になされていく表示を、本人の効果意思の表示として、すなわち本人の意思表示として受け取る。この点で、表示機関としての使者も伝達機関としての使者と同様で、代理人と異なる。代理行為において、本人の意思は代理人の意思の決定の動機となるだけであるから、たとえその間に齟齬があつても、その点から代理行為の効力が左右されることはない。

(4) この点を言明するものに於保説がある。これによれば、代理意思の表示とは効果転帰の意思を表示することであり、「直接代理の理論的根拠が法律効果の帰属についても私的自治を法が承認したところにあるとすれば、効果転帰の意思表示がなされねばならないことは当然である。」とする (於保・前掲民法総則講義二一九頁)。

(5) 代理権の性質を管理権限とみる点で、於保説に賛成したい。その上で、於保説との相違は次の点にあるかと考える。於保説においては、「代理権も代理人が本人の財産に対して有する財産管理権限を代理現象、即ち効果転帰の面から眺めたものにはかならないことになる。代理権の本体は、代理現象のみの中や本人と代理人との人と人との間にあるものではなく、代理人と本人の財産との関係から、財産活動の原動力として捉えださねばならない。」として、代理権を代理人の本人の財産に対する関係の中に位置づけようとする。しかし、代理人は本人の財産に対して当然関係を有するものではないから、その財産管理権限がどこに由来するかを考える必要があるが、その上で、これを代理の構成の中にどのように組み入れるかの点を考えなければならない (於保・前掲民法総則講義二二三、二二四頁参照)。

(6) このことは、法律行為の中で当事者はいかなる位置を占めるかの問題と関連する。契約自由の原則というときに、どのような内容の契約をどのような方式で結ぶかと並んで、誰と契約を結ぶかの自由といひ、当事者が誰であるかは法律行為の要素となる。しかし、意思表示の内容とはならないと考える。すなわち、表意者が任意に当事者は〇〇である (〇〇のためにする) と意思表示したところで、その者が当事者となるわけではない。ただ、当事者が誰であるかは法律行為の要素となるから、相手方として選任意思表示を向けた者に間違いがあれば、その意思表示から成る法律行為は錯誤により無効となる。

いわゆる代理意思については、通常いわれる相手方の意思表示との合致が問題となりうる他に、表意者の内心の意思との一致の問題がある。「本人ノ為メニスルト」、つまり本人に効果を及ぼす行為をするか自己に効果を及ぼす行為をするかの選択は、代理人に委ねられている (代理人は代理権を与えられると代理人自身に効果の及ぶ行為ができなくなるわけではない)。そこで、代理人の内心の決定とその伝達の表示とが喰ひ違ふ場合も生じうる。一方では、「本人ノ為メニスルトヲ示」しているが、その意思をもたない場合があり、代理意思の表示を意思の通知と解しても、一般の意思表示についての規定、たとえば錯誤、心裡留保、虚偽表示等の規定の類推の可否が問題となる。この場合、代理権が与えられており、代理意思の表示がなされれば、内心の決定如何にかかわらず、その表示に効果を与えることはできないか。他方、代理権が与えられており、内心では「本人ノ為メニスルト」決定をしているのに、その伝達の表示がない場合がある。この表示を欠く場合には、相手方は通常代理の効果の発生する場合であることを知りえないから、代理の効果

を発生させることはできない。しかし、代理意思の表示はなくとも相手方が代理の効果の発生する場合であることを知りまたは知りうべき場合であれば、代理の効果を生じさせてよい(一〇〇但)。また、表意者は代理意思の表示の点を除いて完全な意思表示をしているので、本人に効果が帰属するか、そうでなければ表意者に帰属するかを覚悟しなければならぬ(一〇〇本)。

(7) 代理権を有効要件と理解するについて、他の効力要件との比較を要するが、この点は後日に譲る。さらに有効要件から進んで、代理権を効果帰属の要件と解することは可能か。一般に効果発生と効果帰属とを分けることは困難であるが(帰属する当分の全くないところに効果発生はありえない)、代理の場合に限って、次のように考えることができれば、代理権を効果帰属の要件と理解することも可能である。たとえば、代理行為の顕名に関して、商法五〇四条は顕名しない場合を規定している。ここでは、代理意思の表示を除いて、意思表示の要件はととのつてゐる。ただ、そのような意思表示から成り立つ法律行為の効果の帰属点が不明である。通常、効果の帰属点が定まらないものについて効果を発生させることはできないから、帰属点を決定する要素は効力要件であるというべきであるが、この場合、全く無効となることを予定してゐないといふれば——顕名しない場合、少くとも表意者自身に効果が帰属する、そして一定の場合には顕名されない本人に効果が及ぶことを認める——、この意味では、代理人として行うことの表示——その背後にある代理権の有無——は、効果帰属の要件であるとしてもできよう。

(8) 仮りに代理権についてより細い限定をつける(内部的な義務にとどまらず有効な限定として)とすれば、それに伴い、制度上、権限超越の表見代理が広い範囲で必要となる。しかし、これは論理の筋としては、元来、無権代理に属するものの中から表見代理として相手方が保護されるというよりは、本人が代理権についてそのような限定をつけることが無理な場合であつて、有権代理の範疇で考えられるべきであろう(民五四参照。他に、商七II、三八II、七八II、一四七、二六一III、七一四、有二三参照)。

(9) 代理権授与行為と委任の問題はここにその源を発する。委任を伴わない代理権授与行為があるかの問題は別に論ずるとして(一つの議論は、組合契約、雇傭契約に基いても代理権が与えられるということ、他は、AがBに対する債務の弁済に充当すべく、AがCに対して有する債権の取立につき代理権をBに与えるというような代理人の利益のための代理権授与の場合について検討を要する)、大多数の現象とみられる或ることを委任して代理権を授与する場合について、通説が委任契約と代理権授与行為とは別物であるとすることは、行為そのものが別であると主張するものではなく(同一の行為に含まれる効果意思の内容)、その結果生ずる委任契約上の義務と代理権という抽象的な権限とを切断することに目的があるものと思われる。その限りで、独自の代理権授与行為を考えることは正しい。

(10) Flume, a. a. O., S. 788.

(11) この場合、多数説は、九三条但書の類推を主張する(我妻・前掲三四五頁、於保・前掲民法総則講義二一九、二二〇頁)。しかし、九三条の心裡留保の場合には、本文は実現の意欲はもたずとも伝達の意味をもつて表示した表意者に表示の責任をとらせようとするものであり、これを受けて但書では、伝達の表示にもかかわらず実現の意欲のないことを知りまたは知ることをうべかりし相手方との関係で効力を発生せしめないとするものである。これに対し、ここにおける代理行為について代理意思の表示に効果を与えんとすれば、表意者に表示の責任をとらせることにはならず本人に効果が及ぶのであるから、九三条本文の構造とは異なる場合であり、本文から切り離してその但書を類推することは正しい方法ではあるまい。舟橋諱一・民法総則によ

れば、濫用説をとるが、濫用一般につき無権代理の構成をとり、相手方が善意の場合に表見代理の問題を生ずるとする(一二三頁)。

(12) 大判昭一六・八・三〇新聞四七四七号一五頁参照。この判決は、一〇一条一項にしたがいこの結果を認めるが、このような場合に同条の適用があるかについては議論が存する。

(13) 大判昭一四・九・二三新聞四四八一号七頁、同昭一四・一二・六民集一八卷三二号一四九〇頁参照。ことに後者については多くの判例批評がある。なお、我妻・前掲三四九頁参照。

(14) この点についての十分な考察は他日に俟たなければならない。これを詳細に扱っているものに、遠田・前掲論文、Miller-Frenfels, a. a. O., S. 389 ff (これについては、浜上・前掲論文「二・完」六五頁以下参照)がある。

(15) 同様の結果は、一一七条二項の類推によつてもえられる。しかし、この「相手方カ代理権ナキコトヲ知リタルトキ」とは、初めから代理権がないことを知つている場合を予定しているものと考えられる。