

Title	表見代理についての一考察
Sub Title	Die nach §§ 109, 110, 112 (ZGB) eintretende Wirkung und der Rechtsschein einer Vollmacht
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1975
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology ). Vol.48, No.2 (1975. 2) ,p.1- 29
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19750215-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19750215-0001</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.

# 表見代理についての一考察

林 脇 ト シ 子

- 一 はじめに
- 二 表見代理の位置づけ
- 三 意思表示理論における意思主義と表示主義
- 四 表見代理とみられる場合の検討
- 五 むすび

## 一

ここに表見代理を取り上げて考察しようとするのは、表見代理の細部に互つての解明を志すのではなく、とくに表見代理において本人にその効果が帰属する根拠を考えてみたいこと、それも一般の意思表示理論との関連で考えを進めることを意図している。民法典中代理の規定の置かれている位置は、「法律行為の章で、その第二節「意思表示」に続いて第三節として規定されているが、これまで代理の問題が一般の意思表示理論との関連で論じられることは少かつたように思う。その原因を考へるに、代理の効力を左右する代理権という要件について、代理行為とは切り離して独立の効力要件として理解してき

たこと、したがって代理権そのものについてそれが存在するか否かが問題とされるだけで、代理行為と一体化して代理の効力を生ぜしめる効果意思の観点から考察されることがなかつたのに基くものと思われる。代理権の存在が独立の効力要件として理解されなければならない必要性は十分あるとしても、代理の効力を総体として考えるときには、代理行為ばかりでなく、代理権についても、これを考察の中に引き入れなければならない。そのような考察の一端として、ここでは表見代理における本人への効果の帰属の根拠を意思表示の効力の観点から考えてみたい。

(1) 表見代理の問題の解明に、法律行為ないし意思表示論からする理解が必要であることを指摘するものに、川村フク子・ドイツにおける表見代理理論 — *Duldungsvollmacht v. Anscheinvollmacht* 20 (1971) (二完)・民商法雑誌五八巻三三三号(昭四三・一六)三九四頁、高橋三知雄・委任と代理の關係について・関西大学法学論集二〇巻二号(昭和四五・一一)一一七～八頁がある。

(2) 林脇・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・法学研究四五巻二号(昭和四七・二)一五五～七頁参照。

## 二

代理の効力が発生するには代理人によつて現実<sup>①</sup>に代理行為が行われることと代理権が存在することが必要であるのは、繰返し述べられてきた。そのいずれかの要件を欠く場合には代理の効力は発生しない。この要件のうち代理権を欠くものを無権代理という。代理行為がない場合には代理という現象自体が成立しないのに対し、代理権を欠く代理行為を多くに無権代理と呼ぶのは、代理権を欠いても代理の現象が無というわけではない、ただ当然には本人への効果帰属が認められないのであつて、一つには、本人の追認があれば(もう一度代理行為を繰り返すことなしに)本人に効果が生ずるし(民一一三、一一六。以下、とくに明記しない場合は民法の条文を指す)、追認がない場合代理行為を行った代理人の責任が追及される(一一七)。ここに代理権を欠く代理行為を無とせず、無権代理の規制をする意義がある。

ところで、上述の無権代理と通常の有権代理との間に表見代理の制度がある。一般に、一〇九条、一一〇条、一一二条の

規定が表見代理の規定といわれ、条文上も通常の有権代理―表見代理―無権代理の順で規定されている。この表見代理の位置づけについては、根本において異なる二つの考え方ができるように思われる。その一つは、表見代理と呼ばれるものも本来無権代理であるが（広義の無権代理）、一定の事情から本人に効果を帰属させるので、狭義の無権代理とは区別して表見代理として扱うとするものである（通説）<sup>(1)</sup>。これに対して、古くは、(1)表見代理を効果の点からみて無権代理の一種でなく、「特殊の代理」と位置づける見解<sup>(3)</sup>、(2)立法論としてではあるが、無権代理における相手方の取消権（一一五）が投機売買などでは相手方の利益のみを偏重する結果になるおそれなしとしないから、表見代理を真正代理と同一に取り扱うべしとする主張があつた<sup>(4)</sup>。また、判決例およびその批評の中には、代理権の存否の「認定」をめぐる問題を表見代理から有権代理へ移行させるものがある（一〇九条では現実の授權もあつた、一一〇条では当該行為も代理権の範囲内に属している、一二二条では代理権がまだ消滅していないと認定する）。さらに、一〇九条、一一〇条、一二二条各条についてそれぞれ有権代理であると説くものがあり、最近に至つては表見代理の「有権代理への繰り込み」<sup>(6)</sup>と呼ばれる異説が目立つている。一〇九条については、(1)古くより第三者への意思表示による代理権授与を定めた規定であるとする見解があつたが、(2)授權通知がなされた場合のように、代理行為の効果を本人に帰せしめることが相当と考えられる「表見的事実」の存するときには、授權行為があつたと同様の効果を与えたという見解<sup>(8)</sup>、(3)外部的授權の有効性ならびに内部的授權からの概念的分離を強調し、他人に授權「する」旨を第三者に表示したら外部的授權が、また授權「した」旨を表示したら準外部的授權が成立すると構成して、要件をみたらす外部的授權（ないし準外部的授權）の撤回があるまでは有権（ないし準有権）代理になるとする見解<sup>(9)</sup>、(4)包括代理の場合についていえば、代理権の発生を認める規定と解すべきではないかという提案がある<sup>(10)</sup>。一一〇条についていえば、委任の範囲が代理権の範囲よりも狭い場合における授權行為の「解釈」規定であつて、表見代理などという関係を定めたものではないとする見解<sup>(11)</sup>がある。また一二二条については、(1)善意・無過失の第三者に対する関係では減権しないとする見解<sup>(12)</sup>、(2)いわゆる外部的代理権

が滅権後なお善意・無過失の第三者に対しては「存続するものと看做される」ことを認め、この原則は「消滅原因の相対的無効と云ふ觀念」で説明できるとい見解<sup>(13)</sup> (3) 第三者が善意・無過失ならば、内部的授権が消滅しても外部的授権の撤回されるまでは代理権は存続し、表見代理にならないとする見解がある。<sup>(14)</sup>

このようにみてくると、それぞれの見解に細い主張の差はあるが、一一〇条についてもこれを有権代理とする最も先端的な木村説に明瞭にみられるように、授権行為の効力を定めるについて相手方からみて代理権の授与があつたとみられる限り真に代理権の授与があつたものとして効力を発生せしめるという表示主義的な考え方が底流になつているように思われる。<sup>(15)</sup> もつとも、これらの見解とは別の視点から表見代理は無権代理であるという通説の前提そのものの再検討を主張するものがある。<sup>(16)</sup> すなわち、委任その他の内部関係と代理との関係につき、従来、授権行為の効力が委任契約の有効、無効によつて影響を受けるかというのみが問題とされてきたが、代理権の範囲と委任の範囲とが異りうるかが検討されなければならぬとし、ここでは、内部的な義務からの代理権の独立性(抽象性)により、通常無権代理と解されている多くの場合が、表見代理の法理によつてではなく、有権代理として取り扱われるものとする。これらの見解を念頭に置いて、まず、通説と前述の異説の間にあつて、解釈論として何れが正しいか、さらに具体的には、一〇九条、一一〇条、一一二条により本人に効果帰属するのどのような要件を要するかを知るには、代理権授与行為の解釈、代理権授与行為の効力をどのように確定するかを知らなければならぬ。このような関連から、次に、意思表示理論における意思主義と表示主義の意味するところを説明してみよう。

(1) 幾代通・民法総則(昭四四・一〇)三五八頁註(一)参照。

(2) 本文で次に述べる異説については、於保不二雄編集・注釈民法(4)(昭四二・九)に、表見代理について樺寿夫教授により整理されているところによつた(九四～五、一〇〇、一二七、一八四頁参照)。

(3) 石田文次郎・現行民法総論四一四～五頁。

- (4) 近藤英吉・註釈日本民法(総則編)四一三頁。
- (5) これらの見解ないし主張は、表見代理が本人に効果を及ぼす点で有権代理と同様であることと、表見代理に当る場合については無権代理の規定の適用を排除することを主張するものである。現在、表見代理を(広義の)無権代理とする通説の中にも、表見代理について無権代理の規定の全部或は一部の適用に反対するものと、適用して差し支えないとするものがある(幾代・前掲四〇一〜四頁参照)。
- (6) 前掲の樺教授の命名による(九四頁参照)。
- (7) 岡松參太郎・註釈民法理由総則編二四二〜四頁。
- (8) 大西耕三・代理の研究二六〇〜四頁。
- (9) 木村常信・表見代理否認論・大分経専論集三卷一・二号(昭二四・一)八四〜五頁。
- (10) 遠田新一・ハシンボジウム表見代理における発言・私法二六号(昭三九・四)四二頁。
- (11) 木村・前掲八五〜七、九二頁。
- (12) 暁道文芸・日本民法要論卷一、四七四頁。
- (13) 大西・前掲三五五〜六頁。
- (14) 木村・前掲八九〜九二頁。
- (15) 前掲の樺教授は、一一〇条について有権代理とする木村教授の所説を評して、「委任と代理権授与行為の峻別とりわけ後者の無因性を強調し、かつ、表示主義的思考を徹底させるところから出た見解である」とされる(一二七頁)。
- (16) 高橋・前掲。

### 三

意思表示理論においては意思主義と表示主義の論争が、さすがに本質論とか原理についての論争の時代は終わったといわれる最近の風潮から、表面立つての議論は行われなくなつたが、具体的な解決の場で異つた主張の底流として、未だ解けずに続いている。この論争ではそもそもどのような範囲の問題をどのような観点から論じているのかが明瞭でない点に紛糾の源があるように思われる。<sup>(1)</sup> 意思主義、表示主義が論じられる箇所は、一つは錯誤論に代表される意思と表示の不一致を取り上げる箇所、他は意思表示の解釈についてである。

意思表示の解釈をめぐつての結論から先にいうならば、この分野では意思主義と表示主義の対立とか調和とかいう立言は無意味である。<sup>(2)</sup>この問題について整理を行つてゐるエンネクツェルスによれば、<sup>(3)</sup>意思主義、表示主義とは次のように定義づけられている。すなわち、法律効果の基礎を内的意思 („ich will kaufen“) におくものが意思主義 (Willenstheorie) で、表示により作り出される信頼の要件 (Vertrauensbestand) におくものが表示主義 (Erklärungstheorie) であるとされる。しかし、エンネクツェルスはさらに続けて、意思表示をこのような意思と表示の二元的なものとして捉えることを批判し、効果意思の表示 (表示行為) は表意者の意思の表現 (Aussage) に盡きるものではない、すなわち意思を知らせるどうでもよい手段ではなくて、それは同時に意思の完遂 (Willensvollzug) であるとし、したがつて意思表示から生ずる法律効果の基礎は意思表示において現実となる意思 (der sich in der Willenserklärung verwirklichende Wille) であり、それによつて表意者は単に内心の意思を表現するのではなくて、それを直接効力あらしめる (setzt ihn unmittelbar in Geltung) とする。このような考え方は *Geltungstheorie* と呼ばれている。このエンネクツェルスの説明にも示されているように、意思表示は人間の活動の中で一つの形成作用を担当するものであり、法律関係、表意者の意欲の上では生活関係の形成に向けられている。したがつて、意思表示は単に意欲があることの表明ではなくて、意欲が表明され、それによつて生活関係が形成されることを狙つてゐる (エンネクツェルスの表現にしたがえば、*nicht „so will ich es“, sondern „so sei es rechtens“*)。このような形成は表見行為がなされることによつて生じうるのであるから、意思表示において解釈される対象は表現行為を離れた意思ではない。また、形成作用という点で意思表示は表意者の価値判断、政策決定を含んでいるから、意思表示の解釈は表示されたところの言語学的解釈に終始しえず、表意者の政策決定を捉えなければならぬ。しかも、意思表示が特定の者に向けてなされている場合には、表意者とその特定の者との間の事情にしたがつて解釈されるものであり、純粹客観的な第三者の立場からなされるべきものではない。以上のような意味で、意思表示の解釈における意思主義が表現に向けられない意思の探究を解

釈であると主張するならばそれは誤りであり、表示主義が表示されたところの言語学的、客観的解釈を標榜するとすればそれもまた誤りである。意思表示において解釈される対象は生活関係の形成を狙つて表現に向けられた意思であり、解釈は表示されたところを通して表意者の形成的意図を把握することである。この考え方を表示主義的とみることも意思主義的とみることも勝手であるが、それは無用な用語の争いであり、意思表示の解釈は一つでしかありえない。前述の *Geltungstheorie* は、この面では、意思主義、表示主義という用語に引きずられて意思表示の本質（エンネクツェルスによれば、*eine Wesens-einheit*）を見失ひ勝ちな傾向に警鐘を鳴らすものであり、意思表示という表現行為の法律事実としてもつ意味を明かにした功績があると評価しうる。

しかし、このように意思表示の本質を *Geltungstheorie* にならつて解明したとしても、それだけで意思表示の効力の制度化に當つて一義的な解決が当然になされるであろうか。意思是表現されて始めて形成力をもつ、逆に意思そのものも表現に向けられることによつて最終的に決定され確定する（意思是内心にとどまつている間はまだ完全に決定されておらず表現されることによつて確定する）ことがあるのも真実であるが、少くとも言い間違え、書き間違えという表示の誤りがありうることも否定できないであろう。このような場合にまで表現されたものが本来表現されるべきものであつたとはいえないから、表現されるべきであつたものと表現されたものとの間の齟齬という現象はなくなるならない。伝統的な用語に戻せば意思と表示の不一致（上述した意思表示の本質を考えると、用語として必ずしも適切ではないが）の場合であつて、これが意思主義、表示主義の本来論議されるべき場面である。すなわち、このような意思と表示の不一致のある場合に、意思表示に何らかのきずが生ずるとするか、生じないとするかの問題である。始めのエンネクツェルスの掲げた定義もこの場面での意思主義、表示主義の定義づけであつて、法律効果の基礎を内的意思におく意思主義によれば、表現されるべきであつたものと表現されたものとの間に齟齬のあるときは、意思表示に何らかのきずが生ずるとし、表示によつて作り出される信頼の要件にその基礎を



おく表示主義によれば、両者の齟齬にもかかわらず、意思表示にきずが生じないことになる。意思表示を要素として成り立つ契約の場合を例にとつてこのことを考えると、意思表示の解釈に當つて上述のように表意者の形成的意図が把握されるべきであるとしても、現実には表意者の意図が相手方によつて理解されない場合がある。そのような場合の一つは、表意者の意図は正しく表現されているが、相手方の解釈が間違つている場合であり、その二は、表意者について意思と表示の不一致があるため、相手方に表意者の意図が正しく把握されない場合である。このいずれの場合についても申込に対して相手方が單純に承知したという承諾の意思表示をしたとき、それによつて契約は成立するか、或は成立するとしても有効かが問題となる。最も極端な意思主義によれば、表示上の意思が表意者の真に意図したところに基礎づけられることを意思表示の成立要件とするから、上述の例においては申込者、承諾者の意思表示は内心の意思が合致しておらず、契約は成立しない。やや緩和された意思主義は、これを意思表示の成立要件としては要求せず効力要件として要求するから、これによれば契約は成立するが効力にきずが生ずる。さらに表示主義は、これを成立要件としてはもちろん効力要件としても要求しないから、表示上の意思がたとえ内心の意思に基礎づけられていなくとも、相手方が表意者の意思として受け取るべき内容に依つて契約は効力を生ずることになる。或る種の表現行為に表意者の意欲通りの効果を与えることを決定したのは一つの法の立場であるが（この決定については、どのような種類の表現行為にその効果を与えるか、それが理論的に可能かの検討が必要であり、この検討を経て現行法では個人意思自治の原理の下に形成に参画する意欲、効果意思にこの効果が認められている）、この立場に立つた上で、この効果の基礎としては実質的に表現行為でなければならぬか（意図をはずれた表現は表意者からいへば実質的に表現行為とならない）、表意者の意識に基いて行為が行われている以上、たまたま意図をはずれた表現も（通常意思と表示は一致するのに、例外的に齟齬が生じた場合にも）なお表現行為の実体を具えているとして取り扱うかは、また一つの政策であり、一義的に定まらない。ここでは、意思表示の効力を法律制度として構成する場合に、このような生じうる齟齬についてどのような配慮をするかが

更めて問題とされるのであつて、この意味の意思主義、表示主義の対立が生ずる。

この対立は、したがつて、実定法がこれをどのように規定しているか、或は立法の段階でいえば利益衡量の上に立つてどのような立法政策がとられるかによつて解決されるのであつて、理論上の正否は問いえず、政策上の適否が問題となる性質のものである。この問題は、およそそれが表現行為かという心理学的な或は哲学的な論議から解決されるのではなくて、法的価値判断の上で決せられるべきことである。また、個人意思自治の原理との関連で、およそ真意に基礎づけられない表示上の意思は意思とはいえないから、それに効果は与えられない、その意味で意思主義が唯一の採りうる考え方であるとするのは（一種の Willensdogma）、次の点で誤つていよう。つまり、個人意思自治の原理は事柄の正常な場合について立言しているのであつて、意思が表現されれば（そして通常は正しく表現される）、その意思にしたがつて法律関係が形成され、それは当事者の意思の力であるとするものであり、個人意思自治の原理は正常でない（例外的な）場合の政策如何によつて左右されることはない。この点の現実の解決については、極端な意思主義から極端な表示主義まで見解のヴァリエーションが可能である。この場面では、Geltungstheorie も、少くとも法形成 (Rechtsgestaltung) に向けられた行為があるとして、そこに実現した意思は表意者に帰せしめられる (zurechnen) という帰責の根拠として表示主義の結果を認める方向で評価されるか、或はそれとも効力あらしめる意思 (Geltungswille) がなितとして意思主義の結果を認める方向で評価されるか。したがつて、この面での Geltungstheorie の功績は、意思主義と表示主義の超克にあるのではなくて、どちらの結果をとるにしても、意思と表示の齟齬ある場合、例外の場合についてその結果を認めることの根拠（帰責理由）を求めている点にある。

意思表示の効力をめぐる意思主義と表示主義の対立の中で、日本民法は一つの意思主義の立場に立つものといえる。それが明瞭に現われているのは錯誤無効を規定した九五条である。ここではその本文で「意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタル

トキハ無効」とされている。意思主義の立場からは、錯誤無効もそれは錯誤だから無効というのではなくて、錯誤によつて意思欠缺を来たしているから無効なのである。したがつて、この立場からは意思欠缺がある限り(要素に当るかの検討を要するが)それだけで無効の要件は十分である。要件論としては何が意思欠缺か、意思欠缺として保護すべきものは何かが中心問題となる(動機の錯誤、なかならず性質錯誤の取扱いがここで論じられる)。なお、立法論的にいえば、錯誤の効果は必ずしも無効に限られず、ドイツ民法の規定のように取消可能とすることもできるし、また錯誤ある表意者に信頼利益を賠償させることも結びつきうる(下民一一九、一二二)<sup>(4)</sup>。ただ、九五条但書の「表意者自ら其無効ヲ主張スルコトを得ス」の規定は意思主義に当然に適合する立法ではなく、説明を要するものといえよう。但書はとくに「表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ」(傍点林脇)と規定しているところから、内心の意思と異なることを知りながら表示した悪意の場合に極めて近いものとして、表意者からは無効を主張しえないとしたものであろうか。これに対し、表示主義の立場から錯誤無効の規定を置こうとすれば、意思主義の立場からするよりは(そして九五条が現実の規定しているよりは)より多くの要件を必要とするものと思われる。表示主義の立場からいえば、個人意思自治の原理において意思表示の効力は意思の効果であるという場合にも、直接には、意思表示の効力、或は契約の拘束力は、意思を表現することによつて惹き起こす相手方の信頼を裏切つてはならないというところに求められる。したがつて、表意者が意識ある表現行為をする限り(無意識のうちになされた、或は表現行為として理解されることが期待されていないのであれば、そもそも行為として、或は表現行為としての要件を欠くが)、その通りの効果を帰属させてよろしい、たとえ内心の意思が対応していなくとも、それは意思表示という方法を使う者の受けるべき効果であるということになる。このようにみると、表示主義の立場からは錯誤の場合も有効となるが、ただ有効という効果も相手方の信頼の下に表意者の受けるべき効果であるから、表意者は或る場合にはこの効果を受けなくてよい。それは、相手方が表意者に錯誤のあることを認識している、或は相手方は当然それを認識しうべきであるのに認識しなかつたという相手方の事情が要件となるはずである<sup>(5)</sup>。

(これに対して、ここでは表示されたところとそれ以前の過程に分つことのみが関心事なのであつて、後者の過程の中の細い分類、内心的効果意思か、動機かの区別は意味がない。この意味で、たとえば我妻説にみられるような表示主義における動機の錯誤の位置づけが理解される)。このような特別の要件を置いていない九五条の規定はしたがつて表示主義の立場に立つものとはいえない。

それでは、九五条に先き立つ九三条、九四条が規定する心裡留保、虚偽表示の位置づけ如何の問題に移らう。とくに心裡留保では九三条本文が「意思表示ハ表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ為シタル為メ其効力ヲ妨ケラルルコトナシ」としていることから、日本民法は表示主義をとつたのではないか、或は折衷主義であるという言い方がなされる場合がある。しかし、表示主義に立つならば、九三条本文の効果は規定せずとも当然のことであり、「相手方カ表意者ノ真意ヲ知り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」とする但書の積極的な根拠づけが問題となるとともに、本文ではかえつて「其真意ニ非サルコトヲ知リテ、為シタル、為メ」(傍点林脇)という特別の要件も不要である。したがつて、規定されたところから九三条が表示主義の立場に立つとみることには無理があらう。また、折衷主義といわれる場合、同一の法典の同一の箇所(九三条、九四条と九五条のように)、一つの条文では意思主義、他の条文では表示主義に立つという立法は考えられない。主義とは、当然すぎることであるが、一まとまりの規定を通して一つの原理が立てられていることであり、折衷主義などという主義はありえない、折衷があるとすれば結果の折衷があるだけである。すなわち、一つの主義に立つて原則的な場合についてはその主義が認める結果が支配するが、すべての場合についてその結果を貫徹することは不都合であり、例外的な場合について他の主義の認める結果を採る方が適切であるということである。日本民法はこの意味での折衷を行つており、意思主義を採りながら、例外的に或る特定の場合について意思欠缺にもかかわらずその意思表示を有効とするものである。すなわち、意思主義は、意思欠缺の場合に、相手方の利益も考慮した上でなお相手方の不利益において意思表示を無効とするものであるが、表意者と相手方の具体的な利益衡量は、意思表示を無効として表意者の利益を考慮するには当らず、相手方の利益

が重く考慮される特殊な場合があることを示す。この場合、意思表示は有効とされるが、しかし、それは意思主義の根本に反しないだけの要件の下に認められるのであつて、その要件およびそれを認める根拠如何が問題となる。

まず、九三条の心裡留保の場合は、意思表示の効力の本則からいつて意思を欠くから無効であり、したがつて本文の規定する効果は純然たる意思の効果、つまり内心の意思が具つていないことに基く効果ではない。ここでは、表意者が内心の意思と異なることを承知しながらあえて表示したことによつて相手方の利益の保護に重点が移り、意思表示を有効とした(九三本)。

しかし、相手方の利益が重く考慮されるについての利益衡量から、相手方が表意者に内心の意思が欠けていることを知りまたは知ることをうべかりしときは、相手方につきもはや保護を要せず、再び意思表示は無効とされる(九三但)。心裡留保は意思表示の効力として規定されているが、内心の意思が具つていないという意味での意思表示の本来の効力ではなく、直接的根拠は、意思表示の本来の効力の発生しないところに規定された補則としての行為の責任、すなわち、個人意思自治の原理の系と考えられる自己責任の原理(表意者は表示によつて相手方に理解されるであろう内容まで意識して行為している)であるから、その責任は自ら負わなければならない。そして、その責任は、表示された通りの効果、あたかも意思表示が本来的に有効であれば生じる効果を表意者に帰属せしめることがふさわしい)に求めることができる。次に、九四条の虚偽表示の場合は、「虚偽ノ意思表示」つまり内心の意思を欠いているから意思表示の効力の本則からいつて無効である。より詳しくいえば、表意者としては表示に対応する法律効果を発生させる意思はないが、そのような法律効果を発生させる行為の外形だけ藉りるといふ意思はある。しかし、このような外形だけ藉りる意思は法がそれに協力して効力を与える意味をもたない。そこで、九四条一項は「相手方ト通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ハ無効」としている。また、内心の意思を欠くことを承知しながら表示上或る外形を作り出しているが、心裡留保の場合と異つて相手方と通謀しているため、表示に対する信頼を保護すべき相手方は存しない(無効の効果の確定)。ただ、その行為外の第三者が表示によつて作られた外形を信頼することがあるので、「意思表示ノ

無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」として、第三者の保護を図っている(九四Ⅱ)。

以上のように日本民法が九三条から九五条を通じて採っている態度は、意思主義の立場に立つて意思表示の効力を決定し、その補則として、内心の意思を欠くことを知つて(九三本、九四Ⅰ)、或は重大な過失によつて知らずに(九五但)表示したとき、内心の意思が欠けるにもかかわらず効力を発生させる(九三本)、或は無効を主張しえない(九四Ⅱ、九五但)という特別の扱いをしている。

(1) 村上淳一・ドイツ普通法学の錯誤論・ドイツの近代法学(昭和三九二)所収五頁は、意思主義、表示主義という言葉の多義的であることを指摘する。

(2) 論者によれば意思表示の解釈を論じているのか法律行為の解釈を論じているのかが不明であり、この混同にも問題があるように思われる。ここでは意思表示の解釈を上げている。

(3) L. Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I Bd., 2. Halbband, SS. 898~9 (5. Aufl. von H. C. Nipperdey, 1960).

(4) 意思欠缺の場合に意思表示の効力に影響を与えようという意思主義の立場自体、理論上必然のものではなく、一つの価値判断であるから、その影響をどのような形のものとするか、絶対無効か、相対無効か、取消可能かも、また一つの価値判断で定めうることである。また、錯誤ある意思表示が取消可能とされる場合はもちろん、無効という場合でも、それは効果否定という結果をうる一つの法的な方法なのであり、その行為が無、なかつたのではないから、相手方のそれによつて蒙る損失、信頼利益の賠償をさせることは可能である。

(5) 村上教授は、意思主義、表示主義の論争を整理するために、次のように定義することが最も適切であるとされる。すなわち、「意思と表示の不一致が相手方によつて認識されうること……を無効の原則的な要件とする——言いかえれば、相手方によつて認識されない不一致に基いて無効を主張することは許されない、という原則をとる——のが『表示主義』であり、この要件を課す必要をみとめないのが『意思主義』だ」とする(村上・前掲六頁参照)。

#### 四

(1) 一二二条の場合 前条の一一一条では代理権の消滅事由を挙げ、それらの事由により「代理権ハ……消滅ス」としている。これを受けて一二二条は「代理権ハ消滅ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス但第三者カ過失ニ因リテ其事実ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス」(傍点林脇)と規定している。この規定の態様からみて、立法者は、一定の事由によつて代理権は消滅することを前提として、しかし、代理権の消滅は(一一一条一項で規定している本人の死亡、代理人の禁治産、破産に

しろ外部から捉えにくい、とくに二項では内部関係の終了も代理権消滅事由とされているから) 外部からは把握し難いので、代理権の消滅は善意の第三者には対抗しえないとしたものと思われる。したがって、善意の第三者についてはいえば、本人から代理行為の無効(代理権消滅↓無権代理↓無効)を主張しえず有効の扱いを受ける(相対的無効)が、この場合、その有効とは代理行為について有権代理と同じことになるのか、或はやはり無権代理ではあるが、本人から無効を主張しえないという制限がつくだけなのかが問題となり、通常、これは一三三条以下の無権代理の規定の適用の有無につき決め手になるとされる。

「善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」或は單純に「第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定している他の場合(たとえば、九四Ⅱ、九六Ⅲ、四六六Ⅱ但、四七二、四七三、五〇五Ⅱ但：以上「善意ノ……ニ対抗スルコトヲ得ス」。一一三Ⅱ本、一七七、一七八、三五二、三六四Ⅰ、三六五、三六六、三七六Ⅰ、Ⅱ、四六七Ⅰ、Ⅱ、四六八Ⅰ本、Ⅱ、四六九、五一五、五三九、五八一Ⅰ、五八四但、六〇五、六五五、六七六Ⅰ、六八〇但：以上……ニ対抗スルコトヲ得ス」。特殊な用法として相殺の対抗につき、五〇九、五一〇、五一一)についてみるに、対抗とは、一般には或る効果が生じている、或は要件事実が行われている、或る事由が存在するときに、その効果の発生、要件事実、事由の存在を特定の人に向つて主張しえないことであつて、その特定の人に対する関係でも効果の発生、要件事実、事由の存在が全く否定されてしまうわけではない。一一二条は、相手方の善意に加えて無過失を要求している(一一二但)。この点でも、一一二条の効果(代理行為の効果が本人に及ぶ)は限定された者に対する特別の効果といえよう(もつとも文言だけからこのようにいうことはできない。善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定している場合の中にも、一般にその効果の発生を否定した上で、当然その効果の発生を第三者に対抗しえない、ただ例外的に悪意の者に対して効果の発生を認めようとするものがある。後述の五四条、商法三八条等参照)。もつとも、一般に代理権が消滅しているといつても、代理権が与えられてこれまで存在してきたことは、とくに事情が変わらない限り代理権が今も存続しているという事実上の推定を働かせるから、一一二条の効果を受けることから免れようとすれば、本人は、相手方の悪意、或は有過失を立証しなければならぬと考える。

そこで、一二二条の場合に、代理権消滅という効果がすでに生じているとすると、その場合の代理行為は無権代理であることを前提として一定の要件の下に本人に効果が帰属するものとして扱われることになるから、一一三条以下の無権代理の規定（本人からの追認、或は追認拒絶、相手方からの催告、取消、無権代理人への請求）の適用があるかが問題となる。<sup>(1)</sup>適用の必要性および妥当性については次のように考えられる。本人から相手方への追認（一一三、一一六）は相手方の取消を封じようとするときに意味があるが、追認拒絶をしても相手方が表見代理を主張しそれが認められる限りで意味がない。相手方からの催告（一一四）は格別実益がないが（相手方としては、その行為を取消して無とするか、表見代理を主張して本人に対するか、或は後述のようにそれが許されれば無権代理人の責任を問うかである）、本人の追認を促すだけの意味で認めても差し支えない。取消（一一五）および無権代理人への請求（一一七）は、相手方としては本来本人に効果が帰属することを狙っているのであるから、表見代理によつてその目的が達せられるならば、行為を取り消したり、無権代理人に請求したりすることを認める必要はないとも考えられる。しかし他方、本人にとつては代理権がすでに消滅しているのに一二二条の規定によつて効果が帰せしめられるのであるから、相手方の意思如何によつてではあれ効果を受けることから免れるのは不都合でないし、相手方にとつても表見代理の主張が通ることは確実ではないから、取り消させることは過重な保護とばかりもいえない。一一一条一項の消滅事由がある場合については一一三条以下の規定の適用があるかの点での上述の考察に事実上いくらかの限定が生ずるが（たとえば、本人死亡の場合であれば本人からの追認は問題にならないし、相手方からの本人に対する催告も問題にならない。この場合、本人のいわゆる地位を承継させて相続人からの追認を認め、或は相続人に対する催告を許すことは適当でなからう。代理人死亡の場合には代理権消滅後の代理行為という現象は生じない）、一一一条二項で任意代理については内部関係である委任の終了によつて代理権は消滅するとしているから（二項の規定により一項で規定する以外で代理権の消滅事由となるのは、委任者の破産〔六五三〕、委任者、受任者よりの委任の解除〔六五一〕）、たとえば当事者の意思によつて委任が終了した場合、その後の代理行為については一一三条以下の



規定の適用如何がすべて問題となる。上述の考察のように、この場合、一一三条以下の規定(一一七条については後述)の適用を認めても、各当事者、とりわけ善意の第三者(相手方)の不利益とはならないから、これを肯定することができよう。問題となるのは、無権代理人の責任を問う一一七条の規定の適用である。委任の終了については對抗要件の規定があり(六五五)、たとえば本人死亡の場合も、相続人(↑本人)から通知し、或は代理人がこれを知っているのでない<sup>1)</sup>と委任の終了は對抗しえないから、少くとも内部関係では無権代理行為を行つた受任者の責任を追及しえない。この限りで第三者も無権代理人の責任を追及しえず(無権代理人は請求を受けても自分に対する関係では委任の終了は對抗しえないことを第三者に対しても抗弁しうる)、相続人(↑本人)に請求するしか途はないと考えるか、或は委任の終了の對抗は委任者と受任者の内部的な関係として、第三者からの請求に応じて無権代理人は責任を負わなければならないが、その上で相続人(↑本人)と代理人との間で委任事務処理のため要した費用の償還請求が行われる(六五〇Ⅲ)とするかが問題となる(同様に、委任者の破産の場合について、破産六五参照)。一一七条の適用については、後に一〇九条、一一〇条の場合と併せて考察することとする。

この一一二条の表見代理の根拠を考えるに、代理権が消滅しているにもかかわらず有効として扱ふ基礎には、代理権が与えられて存在していたという事実に基づいて代理権が現在も存続しているという事実上の推定が働くのであつて、この推定を作り出すについて本人の作為を要しない。この事実上の推定を打ち破るには代理権の消滅を相手方に知らせなければならぬが、これをしなかつたことに本人の過失を認めて、一一二条を本人の過失、作為に基く責任とするのは当たらない。純然たる事実上の推定の力といつてよからう。しかし、反面、一一二条では代理権が存続するという事実上の推定に止まるのであつて、このことは一一一条で代理権は一定の事由によつて相手方の知、不知にかかわらず消滅すること、とくに任意代理においては内部関係の終了によつて代理権も消滅することと関連している<sup>2)</sup>。立法の態度は、内部関係がなくなつたときに代理権だけ残しておくのは意味がないとして、代理権の少くとも消滅については(内部関係なしに代理権だけ発生させること、或は内

部関係と代理権の範囲との一致、内部関係から離れて代理権だけ消滅せしめうるかは別として、内部関係と連結せしめているということができよう。

(2) 一〇九条の場合 本条の規定する場合を有権代理と解するか、表見代理と解するかは、第一に次の点にかかつてい  
る。本人が代理権を与えるという意思を表示しているのか、すなわち「第三者ニ対シテ他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨」の表示  
が効果意思の表示であるか、それとも代理権を与えた旨の単純な通知、つまり觀念通知であるかである。後の場合、その通  
知とは別に代理権が現実にと与えられていれば（たとえ授与表示が間違つていようが）有権代理とするに問題はないから、一〇九  
条が代理権を授与した旨の觀念通知についての規定であるとすれば、それは代理権が現実にと与えられていないのに授与表示  
をした場合、つまり無権代理の場合について、とくに本人に効果が及ぶことを規定していることになる。前の場合、代理権  
授与の効果意思の表示であるとすれば、その効果を本人が受けるのは当然である（すでに九九条で「代理人カ其権限内ニ於テ」  
代理行為をなした場合にその効力は本人につき生ずるとしている）から、一〇九条はこの点をとくに規定する必要はなく、代理権授  
与行為の形（誰に向けて表示されるか。ド民一六七―参照）について規定した、すなわち代理権授与の意思は代理人となる者に  
向けて表示される場合のみでなく（逆にこの場合に代理権授与の意思表示になるとする規定はないが、一〇九条が第三者に対する表  
示の場合を取り立てて規定しているところから、代理人となる者に向けての表示は当然代理権授与の意思表示になると考  
えてよからう）、第三者に対する表示も代理権授与の意思表示になることを規定したものといえる。一〇九条に用いられた  
「与ヘタル旨」の表示という文言からいえば、通常、効果意思の表示は代理権を与えるという表示であつて、「与ヘタル旨」  
の表示は代理権がすでに与えられているという事実の通知と読むのが素直であろう。しかし、法律の解釈において文言が絶  
対であるわけではないから、文言の不適切さを補正して効果意思の表示と読むことが妥当かが問題となる。<sup>3)</sup>

この点の解決には、代理権授与行為の性質をどのように理解するかが一つのかぎになる。代理権授与行為につき内部関係

からの独自性を認め、代理人と行為することになる相手方に向けて代理権授与の意思表示をなしうるものと解すれば、一〇九条の表示はまさにこの代理権授与の意思表示である（したがって、一〇九条の規定する場合は有権代理である）とすることが可能である。これに対し、代理権授与行為につき内部関係からの独自性を認めず、或はこれを認めても代理権授与行為は本人と代理人となる者との間の契約である、さらに本人の単独の意思表示であるとしても代理人となる者に向けてなされなければならぬとすれば、一〇九条の表示は代理権授与の意思表示ではありえない（したがって、一〇九条を有権代理の場合の規定と読むことは困難である）。とくに代理権授与行為契約説で、特定の者（代理人となる者）に向けての申込が他の者（代理行為の相手方）に対してなされるというのは理解し難い<sup>(4)</sup>。

そこで、代理権授与行為の性質をどのように考えるか。代理人が代理行為を行つたとき本人に効力が生ずるといふ代理の効力発生から考えると、代理権授与行為とは代理人の代理行為と合して代理の効力を発生せしめる本人の効果意思の表示とあるといわなければならない。何故ならば、代理の効力というものは、代理人の効果意思の表示（それが相手方の効果意思と結びつく）だけでは発生しないものであつて、本人の「この範囲での効果は自分が引き受ける」といふ効果意思の表示があつて、これを含めて相手方の効果意思と結びつくときに代理の効力が発生する。このようにみると、代理権授与行為は、本来的には、代理行為の相手方に向けてなされる意思表示（それだけでは法律効果を発生させることのない従属的意思表示）であつて法律行為ではないことになる。しかし、このような性質をもつ代理権授与行為も、包括的代理権の場合まで含めて統一的に理解し、なお代理行為の相手方が定ついていない（その選択まで代理人に委ねられている）場合も考慮して、代理権を代理行為と切り離して一個の効力要件として構成している法律の下では、代理権授与行為は次のように構成し直すことが可能であろうか。すなわち、代理権は代理人が一定の範囲で代理行為を行つた場合に本人に効力が生ずるための効力要件であつて（この効力要件を指して、代理人の地位といつても資格〔Legitimation〕といつても法的な力といつても、或は代理適状<sup>(5)</sup>といつても、キ

らにこのようなものを効力要件であるという以外にとくに名付けることは無意味であるといつてもよいが、<sup>(6)</sup>そのような代理権の授与は本人の単独行為によつて代理人となる者に向けて、或は直接に代理行為の相手方に向けてなされる。<sup>(7)</sup>代理人となる者に向けてなされた意思表示は代理権授与行為として完成するが、これは代理人を通して相手方に通知される（或は通知は本人から相手方に直接なされてもよい）ことを要する。また、すでに相手方が決まつている場合には直接相手方に向けて意思表示がなされてもかまわない（代理人がこれを知つて、或は知らずにであれ、代理行為を行い、或は相手方の本人に対する行為を受ければ、有権代理となる）。

代理権授与の意思表示を代理人と行為することになる相手方に向けてなすこともできる単独行為と解すると、一〇九条はただこのことを規定しただけ、つまり代理権授与行為の形を示しただけ（したがつて、当り前の有権代理の規定）ということになるであらうか。一〇九条がこの意味を含んでいるとしても、これが現実因果している機能からいつて、さらに外形的に代理権授与の表示はあるが内心の効果意思と喰い違つている場合、或は代理権授与の意思表示は代理人となる者に向けてなされることを前提として、代理権は与えられていないのに代理権を与えた旨の表示が直接本人から或は代理人を通して相手方になされた場合の効力如何が問題となるであらう。すなわち、一〇九条は、本人から相手方に向けて或る者に代理権を与える或は与えた旨の表示がなされた、つまり相手方をして或る者に代理権があると信ぜしめる表示があるときに、一定の要件の下に、本人に代理の効力を発生せしめるものである。この一定の要件については、一〇九条でとくに規定していないが、本人の意思との関係でどのような表示にこの効力を与えているのかがここでの問題である。まず、外形的に代理権授与の意思表示はあるが内心の效果意思と喰い違つている場合について、その効力をどのように決するかは九三条以下の一般の意思表示の規定によつて処理することができる。代理権授与行為も一つの意思表示であるから、これについて一般の意思表示の規定が適用されることは（とくにこれを妨げる規定が置かれていない限り）当然であらう。その結果は、上述の意思表示理論に

ついでにの検討(前出三所説)にしたがえば、内心に代理権授与の意思のないのを知りながら、或は重大な過失があつてこれを知らずに代理権授与の意思表示をした場合、それは代理権授与の意思表示として効力を妨げられない、或は無効であるが表意者の方から無効を主張しえないという効果を認めることができる。これは九三条以下の規定を代理権授与行為に適用したものであつて、その限りではとくに一〇九条の規定をまつて決せられるものではない。

次に、一〇九条の「代理権ヲ与ヘタル旨」の表示に意思表示以外の表示、上述の観念通知も含まれるとすると、この観念通知の効力をどのように考えるか。まず、この観念通知に九三条以下の意思表示の規定の適用ないし類推があるか。つまり、代理権授与を通知する真意はないのに(代理権を与えていないのを承知しているから)代理権を与えた旨の通知をしたとき(九三三、或は代理権を与えた旨の通知になることの意義を思い誤つて(或は代理権を与えていないのに与えたものと思ひ誤つて)代理権を与えた旨の通知をしたときに(九五)、これらの通知は通知そのものとして効力をもつか。通知そのものとしての効力如何の点では九三条以下の規定の類推を認めてよいものと考ええる。すなわち、事実の通知の真意なしに(たとえば事実と相違することを承知しているため)或る事実の通知をしたとき、重大な過失により予期するところと異なる通知がなされてしまう(たとえば事実の認識が誤つているため)ことを知らずに通知をしたときには、或る事実の通知としての効力をもち、或はその効力をもたないことを通知者から主張することはできない。次に問題となるのは、これらの通知が通知そのものとしての効力をもつとしても、現実に代理権が授与されてい<sup>(a)</sup>ないのに代理権を与えた旨の(代理権があることが肯定されるような)通知としての効力をもちうるかである。一般に、観念通知に九三条以下の意思表示の規定の類推があるかというときに問題としてい<sup>(a)</sup>るのは、通知そのものにきずがあるがその通知を有効とすれば事実<sup>(a)</sup>に適合した通知がなされている場合であるのに、ここでは通知を有効としてもその通知はなお事実<sup>(a)</sup>に適合しないため、通知から知られるような事実があるものとして処理してよいかが問題となる。一〇九条はこの点を規定しており、事実と異つた通知がなされた場合にもその通知そのものが上述の九三

条以下の規定の類推の意味で効力をもつならば、本人は代理人が相手方との間になした「行為ニ付キ其責ニ任ス」る。つまり、現実には代理権はないが（無権代理）、代理権が授与されていてその通知がなされたのと同様に取扱われる。このように一〇九条で代理権授与の通知に代理権授与の意思表示と同様の取扱いを認めたのは、代理権授与行為が代理人となる者に向けてなされる場合には、相手方にとって代理権の存在は代理権授与の通知によつてしか知りえない点で、直接相手方に向けてなされる代理権授与の意思表示と取扱いを同様にする必要のあることに基くものと考えられる。

このようにみてくると、代理権授与行為において表示と内心の意思に喰い違いがある場合であれ、代理権が与えられていないのにその通知がなされた場合であれ、相手方からみて代理権の存在を信ぜしめる表示がある場合にも、単にそのように信ぜしめる外観に基いて一〇九条の効果が出てくるのではなくて、表示するつもりで表示した、或は重大な過失があつて誤つて表示したことに結びつく効果である。たとえば、本人が代理人に白紙委任状、権利証を交付した場合にも必ずしも常に一〇九条の代理権授与表示になるわけではないし、また、代理権授与行為が無効である、或は何らかの瑕疵により（第三者の詐欺、強迫により授権行為が行われた、或は授権行為が無能力者により行われた）後に取り消されたというときに、その表示だけが、意思表示の効力の原則から離れて、一〇九条の「代理権ヲ与ヘタル旨」の表示として通用し、一〇九条所定の効果を発生せしめるものではない。<sup>10)</sup>

(3) 一一〇条の場合 本条では「代理人カ其権限外ノ行為ヲ為シタル場合」に一定の要件の下に本人はその行為につき責に任ずるものとされる。ところで、「権限外」というときにその権限は何によつて定まるかといえは、任意代理については代理権授与行為による。そして、この代理権授与行為の内容は、個別的な事項について代理権を与える場合には「一〇〇の事項につき何某を代理人とする」というものである。しかし、個別的代理権が与えられる場合には、通常何らかの事項の委任があつてその実行のために代理権が授与されるから、内部関係から隔絶して代理権授与行為が行われるのではなく、委

任、代理権授与を総体としてみると、委任事項の履行について細い指図やら制限やらがつくことがある。たとえば、売買契約の締結についての代理権授与において、代金いくら以上で売ることとか、契約の相手方にはどのような資格の人を選ぶこととか、さらには契約を結ぶ段階で本人に相談することとかの限定がつくことが考えられる。これらにつき代理権の範囲、代理権の制限の問題であるのか、代理権には影響しない内部的な指図と考えるのか、そしてそれは何を基準にして区別するのかは困難な問題である。これらは内部的な委任契約について委任の本旨になり、これに反することは受任者の義務違反になる(六四四参照)のは明かであるが、これが直ちに代理権の範囲の問題として、なされた代理行為の効力に影響を及ぼすすれば、それは代理の制度からいつて確かに不都合なことである。何故ならば、代理権の存在、範囲は、通常、或る抽象的な形でしか代理行為の相手方に示されないから、相手方としては抽象的な形で知りうるもの以外にどのような制限が付されているか、それぞれの点についての本人の意思は何かを一々知らなければ安心できないというのでは、代理制度の趣旨(一々本人の意思を確めなくとも代理人と行為しうる)を没却することになるからである。代理権を代理行為から切り離し一個の効力要件として構成する代理権の抽象化の必要はこの点にも基く<sup>(11)</sup>。ここでは、代理権授与の意思表示が内部的な契約と同時に行われようと独立して行われようと、内部的な契約の内容、細い指図とは別に代理権の範囲が確定されることが必要となる<sup>(12)</sup>。

問題は、内部関係から離れて代理権の範囲が何を基準としてどこまでと確定されるかにある。現実に法が採つた一つの方法は、或る程度の包括的代理権の場合(代理人が組織の中で事務執行を担当している場合)につき、本人の意思から離れて、代理権の法定を行うものである(たとえば、民法五三条本文は「理事ハ総テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表ス」と規定し、これを受けて五四条で「理事ノ代理権ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定する。同様の規定の形式をとるものとして、商四三、七八、一三五、一四七、二六一、七〇〇、七一四等参照)。或はこのような代理権の範囲の法定が行われないうまでも、仮りに代理権授与行為を要式行為ないし書面行為とするならば、そこに一定の形式をとつて現われたものが代理権の範囲であ

るとなしうる。しかし、現行法は代理権授与行為をこのような書面行為としていない。ただ、通常、慣行として、代理行為が行われる場合には、本人から代理人に委任状が交付され、相手方も代理行為であると知れば委任状の提示を要求するから、このようにして委任状が相手方に提示された場合には、その記載が一応代理権の範囲とされ、委任状もない場合に相手方は行為しようとするれば、代理権の有無、範囲を本人に確かめるをえないから、これにより本人の応答したところが一応代理権の範囲とされることにならう。

このように、代理権（の範囲）の抽象化が行われると、そもそも代理権の範囲を超えていかも表見代理になるという場合がありうるか（代理権の範囲が抽象化されそこに入る限りでは有権代理とすると、抽象化され明確にされた範囲を超えていれば一〇条の「信スヘキ正当理由」の要件の下に表見代理となる余地はない）<sup>(14)</sup>が問題となる。たとえば、「何某との間に金銭消費貸借契約を締結し、その担保として所有する不動産に抵当権を設定する」ことについて代理権が与えられていたときに、その不動産を譲渡すれば無権代理であることは明かであるが、同時に表見代理となりえないことも明かである。これに対し、「一〇〇万円の範囲で金銭消費貸借契約を締結する」ことの代理権が与えられていたが（「一〇〇万円の範囲で」という限定は、委任事項そのものに関するから、内部的な制限だけでなしに、代理権の範囲の限定と解してよからう）、委任状には単に金銭消費貸借契約の締結とだけ記載されており、実際には一五〇万円の借金がなされたという場合如何。委任状の記載によつて代理権の範囲が確定されるとすれば、その記載では借金の範囲の限定はないから、一五〇万円の借金も有権代理ということになる。しかし、代理権の範囲が法定されている場合であれば格別、このような法定がなされない場合に、たとえば委任状の記載に法定と同様の効力を認めることができるか。つまり、代理権の抽象化といつても、現行法上、具体的にどこまで本人の現実の意思と切斷されているかが問題である。前出の例で、本人の代理権授与の意思は「一〇〇万円の範囲で」借金するため代理権を与えるということであり、委任状はこれを証明する手段、或は相手方に通知する方法であるとすれば、事実（現実）に授与された



代理権の範囲)に相違する通知がなされた点は暫く措いて、一五〇万円の借金は無権代理ということになる。

前出の代理権が法定されている場合についても、現実に本人の意思によつて代理権に制限が加えられたとき、「之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」(傍点林脇)という文言との関連で、その制限を超えて行為されたときに、これをもどのように理解するかが論議される。まず、代理権の範囲が法定されていることからすれば、それを制限しようとしても代理権の制限としては効力がない(最も徹底すれば、制限しても意味がないから、代理行為の相手方の善意、悪意の区別も要せず、有権代理となる)。したがつて、法文は「代理権ニ加ヘタル制限」と規定しているが、代理権の制限ではなく内部的な制限と解する他ない。問題は、この制限が「善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得」ないとされる点で理解が岐れることである。一つは、およそ代理権の範囲の法定も代理権の範囲を容易に知りえない第三者のために意味があるのであつて、善意の第三者に対する限りで制限がないものとして意味をもつが、悪意の者に対しては制限は代理権の制限として働き、この制限に反してなされた代理行為は無権代理行為であるとする(代理権ニ加ヘタル制限ハ……善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス)(傍点林脇)という文言には忠実な解釈)。他の一つは、代理権の範囲が法定されていることに重点を置いて、その法定の範囲での代理行為は常に有権代理である、但し、現実になされる制限は内部的な制限として働きうるものであり、しかも内部的な制限はとくに代理権の抽象化の要請がなければ代理権の範囲に影響を及ぼすのが自然であるから、その現実の制限を知っている第三者については(一般の悪意の抗弁と同じ趣旨で)制限があるものとして行為の結果を無効として差し支えないとするものである(規定の文言からは離れ、むしろ「制限は効力を有しない。但し相手方が悪意なりしときは此の限りにあらず」の意味になる。立法の沿革からみれば、代理権の範囲を法定したことに意味があるのであり、前出の商法三八条に相当するドイツ商法五〇条一項では善意、悪意の区別をしていない点などを参照すると、この後者の解釈をとることにならうか)。これに対し、一一〇条の場合には、代理権授与行為に要式性は要求されておらず、まして代理権の範囲の法定も行われていないので、代理権について抽象化が予定されながらも、現

行法の解釈としては、結局代理権の範囲は本人の現実の意思によつて定まり、したがつて代理行為の相手方からは知りえない代理権の限定がありうるといわなければならない。ここにわが民法に特有の越権の場合における代理行為の相手方の保護が必要となる。本人により与えられた代理権の限定を知ることが本人の（多くは代理人を通しての）表示からでは困難であるときに、事実認定による有権代理への繰込みとみられる現象が生ずる一方、有権代理と認定することが難しい場合に、一一〇条は、表見代理として本人に効果を帰属させるといふ扱いをしている。たとえば、前出の例で、一五〇万円の借金が無権代理となつたときに、相手方からすれば通常払われる注意をもつて委任状の文言を信ずる他なく、本人はもし代理権の限定を確実に行おうとすれば委任状の記載によりその旨を示すべきであるから、それが示されていない場合には、委任状の記載の範囲まで代理権ありと「信スヘキ正当ノ理由」があるものとして本人は代理行為につき責に任ずることになる。このようにみてくると、一一〇条の「権限アリト信スヘキ正当ノ理由」も、本人の表示と切り離して、単に外観からみて相手方において代理権があると信ずるに過失がないということではなくて、任意代理については本人の代理権授与の表示（意思表示および觀念通知）を受けたときに代理権ありと理解されるのが無理からぬ場合であり、一一〇九条の表見代理の趣旨と重なつてくる。つまり、一一〇九条の場合は、代理権を与えていないのに代理権を与えた旨の表示がなされている場合であり、一一〇条の場合は、代理権の範囲について限定しているのにその限定が明かにならないような表示がなされている場合で、その趣旨は異なる。

(4) 無権代理人への請求　一一〇九条、一一〇条、一一二条を通して、私見は、これらの場合を有権代理との極めて密接な近似性にかかわらず（代理権の抽象化がより進むならば有権代理とされる場合である）、現行法の立場からは従来の説の通り、表見代理として位置づけるのが正しいとした。そこで、表見代理を広い意味で有権代理、無権代理のいずれに属せしめるかの問題が生ずる。代理権の有無からいえば無権代理に、本人に効果が及ぶ点からすれば有権代理に加えられるが、問題

は、有権代理、無権代理という形式的な二分ではなく、個別の規定のいずれが表見代理の場合に適用されるかである。この観点から、検討されなければならないのは、無権代理人への請求を規定する一一七条の適用の有無である。狭義の無権代理の場合には、相手方は本人に対して全くその効果の帰属を主張しえないこと、また、無権代理人としても、本人への帰責事由なく(一一〇九条、一一〇条にみられるような)、代理権のないことを承知で、或は理由なしに(多くの場合過失が認められるであろう)無権代理行為を行つているのであるから、行為をなした代理人に責任を負わせるのが妥当である。一一七条一項は代理人が「其代理権ヲ証明スルコト能ハス且本人ノ追認ヲ得サリシトキハ」と規定するにすぎないが、無権代理人にいわば無過失責任を負わせるものではなく、行為をなした者としての責任を負わせているものと考えられる。このように考えると、いわゆる表見代理の場合には、第一に、相手方としては本人に効果が帰属するものとして行為しているのであるから、表見代理になり本人に効果が及ぶことを主張しうるならば無権代理人への請求は認められなくとも相手方の保護に欠けるところはない。そこで、表見代理となるすべての場合について相手方から代理人への請求を認める必要はないのであつて、表見代理とされる場合のうちでも代理人が代理権のないことを知りながら、或は過失によりこれを知らずに行為したときにのみ代理人の責任を問うるものと考ええる。すなわち、表見代理が観念的に広義の無権代理であるか広義の有権代理であるかによつて一一七条の適用の有無が画一的に決まるのではなく、以上の観点から一一〇九条、一一〇条、一一二条の表見代理のそれぞれの場合について個別的に決せられるべきであらう。

(1) 幾代・前掲四〇一―四頁参照。

(2) これに対し、ドイツ民法一七〇条および一一七一条によれば、代理権が第三者に対する意思表示によつて授与された場合、第三者に対する特別の通知によつて代理権授与表示がなされた場合には、授権者が第三者にその消滅を通知するまで、通知と同一の方法で撤回するまでは、代理権は効力を存続する。日本民法の解釈についても、木村・外部的授権と代理権の濫用・民法異説の研究(昭四七・六)所収三三―四頁は同様の見解をとり、外部的授権は基礎的法律関係と独立であるから、その表示の撤回の通知が第三者に到達するまで、代理権は存続するとする。

(3) 現行一〇九条の立法に当つては、起草者および審議をなした者の間には、本条を有権代理の場合を規定するものとする見解が強かつたように思われる。

(法典調査会民法議事速記録第一卷二〇三丁表、二〇四丁裏〜二〇五丁表参照)。

(4) もとも註(3)でふれたように、代理権授与行為の性質をどのように解するかにかかわらず、本条が有権代理を規定するものであるとする見解が立法に當つては強かつた。代理権授与行為が本人の単独行為であるとする立場から有権代理とするのはもちろん、本人と代理人との間の契約であるとする契約説からも、「代理権ヲ与ヘタル旨」の表示が本人からの申込であり、代理人がそれを知つて代理行為をなした(或は受けた)ときに代理人の承諾(黙示の承諾)があり、代理権授与の契約が成立するとする(註(3)前掲一九二丁表〜一九四丁表、三丁表、裏、六丁裏〜七丁裏参照)。

(5) 大西・前掲四〇二頁。

(6) Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung (1900), SS.239〜240.

(7) 本人と相手方との間の契約でないことは明かである。代理権授与行為は相手方の承諾を要する性質のものではないし、代理権授与の点で本人が相手方と契約を結ぶのであれば、目的である契約についても代理を要しない。また、本人と代理人との間の契約とするのも当らない。第一に、代理人との間に合意を得る必要はないし、第二に、代理人に向けてるだけでは足りず相手方に通じなければならぬ。ただ、代理人との間の内部的な契約の際に、本人から代理権授与の意思表示がなされることがある。委任契約の申込も代理権授与の意思表示もともに要式行為ではないから、本人の意思表示として委任契約の申込と代理権授与の意思表示とが(委任契約が成立すれば効力を生ずるものとして)外形的に区別されず同時になされることがある。また、代理権授与行為が一つの効力要件を作り出す「この者のなす行為の当事者は自分である」という宣言と解するならば、単独行為、しかも相手方のない単独行為で十分である。しかし、これによると、そのような意思表示がなされたか否かが確定されない。たとえば遺言のような要式行為であれば、その方式を踏んでいるか否かで確定されるが、代理権授与行為については要式行為としていないから、この点で相手方のない単独行為とすることは妥当でない。効果意思の内容からいえば直接第三者に向けてなされるのが本筋であろうが、代理権を効力要件として独立させたことを考慮に入れると、代理人となる者に向けてなされてもかまわない。要は、代理権の授与があつたことが確定され相手方に示されればよい(代理人を通してでもよい)のであるから、代理人に対してであれ、第三者に対してであれ、代理権授与の単独の意思表示がなされればよい。

(8) 幾代・前掲三七二頁(とくに三七二頁註(一))参照。

(9) 昭和三年五月二三日最高裁(二小)判決(民集一八卷四号六二二頁)は「一九九条の適用を否定しており、これに対し、昭和四五年七月二八日最高裁(三小)判決(民集二四卷七号二一〇三頁)はこれを肯定している。

(10) 明治四五年二月二二日大審院判決(民録一八輯四号九七頁)。なお、昭和四六年三月一六日最高裁(三小)判決(判例時報六二六号四八頁)参照。第三者の詐欺により代理人となる者に向けて代理権授与行為がなされた場合に、九六条の現定の適用上、代理行為の相手方はこれについて善意であるとき三項にいう「善意ノ第三者」に当るのか、二項にいう「相手方」に当るのか問題がある。この点は今暫く措くとして、第三者の詐欺により代理権授与行為がなされた場合に、その表示が効力をもつのは、一九九条によつてではなく、代理権授与行為を取り消しても善意の第三者に對抗しえない(九六三)、或は相手方がその事実を知らなければ取り消せない(九六二)という規定の結果である。

(11) 林協・前掲一五五〜七頁参照。

(12) この点を強調するものに、高橋・表見代理と有権代理の交錯(昭四六・一二稿)・山木戸克己教授還暦記念・実体法と手続法の交錯・上(昭四九・一〇)

所収がある。

(13) 代人規則(明六・六・一八公布) 五条本文は代理権を授与するときは必ず委任状を与うべきこととし、六条はこれに委任した権限を明白に記載すべきものとしている。

(14) 高橋・表見代理と有権代理の交錯一六〇九頁は、判決例の検討を通して、一一〇条の「正当ノ理由」の認められている事案では有権代理的処理が可能であり、反対に、代理権なしとされている場合に表見代理を主張しても認められないことを指摘している。なお、三頁参照。

## 五

一〇九条、一一〇条、一一二条に規定されているいわゆる表見代理について、一般の意思表示に関する規定を手がかりにして、その意味の解明に努めてきた。それは、表見代理において代理権の有無が問題となるときに、任意代理における代理権を生ぜしめる代理権授与行為も一個の意思表示であり、したがってこの行為によつて与えられる代理権の有無も一般の意思表示の効力問題と全くかけ離れたところで論ぜられるものではないと考えたからである。その結果、三カ条の場合いずれも、表見代理(代理権がない点で広義の無権代理に属する)とするか有権代理とするか微妙な地位に置かれている、すなわち、立法の形式如何によつては有権代理とされうるが、現行法の規定の仕方からみて表見代理と解するのが当を得ていること、その意味では、有権代理から遠く離れて本人の帰責事由の有無にかかわらず単なる外観に基いて本人への効果帰属が肯定されるものではないこと、三カ条は一括して表見代理と呼ばれているが、それぞれ、ことに一〇九条、一一〇条と一一二条では、異つた根拠から認められることが知られた。このような考察は、本来、研究の正しい手法からいえば、まず各条文の範囲での判決例を詳細に検討してなされるべきものであるが、ここでは、まず、問題の輪郭を画いてみた。表見代理に関する次の課題として、判決例を調べること、その上に立つて、最近問題とされる表見代理の競合といわれる現象が真に競合であるのか、それが表見代理として扱われる限界はどこにあるのかを検討することを予定している。

(1) 一般の意思表示の効力との関連で表見代理をみてきたので、もつぱら任意代理を研究の対象としたが、法定代理と表見代理の問題も別の機会に検討したい。

(2) 中島玉吉・表見代理論・民法論文集所収一七五～一八五頁参照。

(一九七四年二月一〇日)