

代理権濫用法理に関する序章的考察

ヴェッター（Vedder）による「本人の
利益状況」分析アプローチを中心に

白 井 豊*

目 次

- 1 はじめに
- 2 BGH 2006年決定
- 3 ヴェッターの代理権濫用論 本人の自己決定の観点から
- 4 わが国の民法改正議論における代理権濫用規律試案の紹介・比較整理
- 5 おわりに ヴェッター説の分析をかねて

1 はじめに

(1) 目下わが国では、債権法を中心に民法の現代化に向けた改正論議・検討作業が進展していて、その行方は誰も気がかかるところである。なかでも民法がある事態について紛争解決規範を明文で規定していないことから、やむなく別の類似する（つまり本質的には同一と考えられる）事態に関する規定の類推適用により解決されてきた事例群は数多く、その問題領域は総則から相続に至るまで広範囲に及ぶ¹⁾が、この改正により、各場面でどのような法規範が新設されるのか、とくに判例と学説が鋭く対立する場合にはなおさら興味深い。本稿で扱う、民法93条ただし書の類推適用に一般悪意の抗弁論を法技術上仮託したと評される²⁾代理権濫用の判例法理も、その一つに数えられる。

代理権濫用の解決方法・手順については従来、複数の考え方が示されて

* うすい・ゆたか 立命館大学教授

きた³⁾。大括みに整理すれば、まず代理権の濫用について、どのような定義・法律構成から出発するかにより、二つに見解が分かれる。

判例は、代理人の背信的(濫用)意図の認定される、つまり当然に濫用と判断される事案がほとんどであったことから、代理権濫用を、代理人が自己または第三者の利益をはかるために代理権の範囲内の行為をした場合(主観的濫用)と定義した上で、原則民法99条により代理効は本人に帰属することからスタートする。他方、定義自体を論じる者は少ない⁴⁾が、通説も、「代理取引の促進・円滑化」の観点から代理人の背信的意図という内心(行為の動機)につき通常知り得ない取引相手方を保護すべきであることや、とくに任意代理の場合は「報償責任・危険支配責任」の観点から本人が不適格な代理人を選任しコントロールし得た以上その濫用リスクを負担させられてもやむを得ないことなどを理由に、有権代理的構成に従っている⁵⁾。ただ判例・通説は、必ずしも取引相手方保護の理論構成を明確にしておらず、また一般に発生・消滅段階における代理権と委任など代理権授与の原因となる基礎的内部関係について有因的に捉えているにもかかわらず、代理権の範囲については最近までほとんど議論することなく⁶⁾

代理人行為説に親和的と評される「内部関係からの分離(解放)を前提とした無因性(抽象性)」を事実上黙認している⁷⁾。

これに対して、代理権の発生及び消滅同様、その範囲についても内部原因関係との有因性を貫徹し内部的義務により画定されるとして、代理権濫用につき伝統的な代理人の背信的意図ではなく「本人の利益のために行為する」忠実(誠実)義務の違反という従来とは異なる別角度からアプローチを試みる見解が対峙する。この見解は、代理権濫用について、代理人の客観的な忠実義務違反(客観的濫用)と定義した上で、その実質を「代理権の潜在的・質的範囲の踰越」であると広範に捉え直して無権代理と構成し原則本人保護を優先させる⁸⁾。

このような有権代理説、無権代理説の本質的対立は、「代理権濫用論の分水嶺とも言うべき役割を果たす」代理権の範囲の有因・無因性いかん、

つまり忠実義務に代表される内部基礎関係が代理権の内容に影響を及ぼしその範囲を画するか否かに対する基本姿勢の差によるものと指摘・認識されるに至っている⁹⁾。また後説が、とにかく本人の利益保護重視の観点から、代理人の客観的な忠実義務違反さえあれば代理権濫用を認めるのに対して、それとは対照的に取引相手方保護から出発する支配的な前説は、代理人の背信的意図まで要求して代理権濫用を主観的濫用（主観的な忠実義務違反）と定義することにより、本人に代理効帰属否認の主張（以下、濫用抗弁と称する）を認める対象・範囲をあらかじめ限定的に捉えようとしている¹⁰⁾。

その上で、代理権の範囲につき無因性を承認する有権代理的構成内部では、例外的に取引相手方の信頼を害さない限度で、つまりこの者が代理人の背信的意図につき少なくとも悪意である場合、後述(2)のドイツの通説とは異なりあくまで当該無因性を貫徹した上で背信行為の被害者である本人を保護するため、どのような法律構成により本人に濫用抗弁を認めるか、裏返せば取引相手方による本人への代理効帰属主張を制限するか（いわゆる「隠れた欠缺」補充）が、問題とされてきた。この点につき、最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁以来の判例法理であり少なくとも民法学者の消極的賛成¹¹⁾により通説とされてきた民法93条ただし書類推適用説と、竹田（省）博士を祖とし大隅裁判官の少数意見に代表される商法学者の通説的な信義則・権利濫用説（以下、単に信義則説と略する）¹²⁾が周知のとおり激しく対立し、この要件的差異は、任意代理権が濫用された場合に顕在化する。つまり前説は、濫用されたのが任意代理権が法定代理権かという形態を不問に付して一律に、民法93条ただし書に規定された取引相手方の悪意または単純（軽）過失を濫用抗弁の要件とする¹³⁾のに対して、後説は、各代理形態の特殊性に鑑みて細かな利益衡量を行い、その結果、任意代理事例（とくに商事代理を念頭に）では法定代理事例とは対照的に本人に代理人のコントロール可能性がある点で帰責性が強いことから、取引相手方の悪意または（これと同視しうるほどの）重

過失をその要件とする(「代理権の類型化」構成の採用)¹⁴⁾。後説の価値判断は、代理権「に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない」と規定した(つまり実質上、悪意の第三者との関係でのみ本人に濫用抗弁を認めたのと同じ)一般法人法77条5項・197条や商法21条3項・25条3項との均衡上も親和的である。この両説の対立は、「いわば民法学対商法学という図式的な」ものであり、終局的には民法、商法で「採用されている善意者保護原則自体の相違に由来する」と考えられる¹⁵⁾。

これに対して、代理権濫用の無権代理的構成による場合には¹⁶⁾、取引相手方が善意・無過失であるとき、民法110条の越権代理によりその信頼保護を図るという調整が行われ¹⁷⁾、この点に、代理権濫用と表見代理の接点があるが、背信的な代理行為が行われたという共通点以外に認められることになる¹⁸⁾。

(2) 他方同じく代理権濫用につき明文規定を置かないドイツでは、わが国のような心裡留保類推構成は「ほとんどみられない」¹⁹⁾。代理権の濫用抗弁は一般に取引相手方の悪意などその有責の容態が存在する場合にその主張が許されることに鑑みれば、代理人が自己の内部的義務違反を意識していたか否か、つまりその濫用意図は重要でない²⁰⁾ため、代理権濫用は一般に「代理人による内部的義務・指図・目的・利益違反」、つまり客観的濫用と定義され²¹⁾、通常その多くが忠実義務違反であるといわれている²²⁾。このことから、代理人が背信的意図をもって濫用的に行っていたことが重要であるかのような連想を抱かせる「代理権濫用」という表現・問題設定自体が不適切であり、誤解を招く一因であると指摘されている²³⁾。この客観的濫用を代理権濫用と捉えた上で、代理権は内部原因関係から分離され当該義務違反による影響を受けないという イェーリング (Jhering) を嚆矢に1861年の ADHGB を経てラーバント (Laband) により BGB (ドイツ民法典) へと継承された²⁴⁾ 「代理権の分離及び無因性原則 (Trennungs- und Abstraktionsprinzip)」²⁵⁾ あるいは「内部関係から分離された代理権の客観化 (Objektivierung)」から、その濫用は当然、有権

代理として構成されてきたわけである²⁶⁾。

しかしながら、代理権濫用にとどまらず表見代理をも有権代理として構成する見解でさえ、自説を支える代理権の無因性は「取引相手方の信頼を保護するために考案されたものにすぎず……信頼が保護に値しない場合には、『代理権は内部関係による制限を受ける』と自認する²⁷⁾」とあり、取引相手方の主観的容態が保護に値しない、つまり取引相手方が濫用の事実につき悪意または有過失²⁸⁾であるときは、無因性原則による不合理な硬直の結果を回避するため無因ドグマから解放し、その限度で 前述(1)のわが国とは異なり無因性の本来の趣旨「取引安全保護」を踏まえてこれを貫徹せず 有因となり無権代理を形成すると考えている（以下、例外的無因性否認・無権代理形成説と称する²⁹⁾）。ティーレ（Thiele）の言を借りれば、「代理権濫用論は、理論的には、個別具体的事案において保護を必要とせず保護に値しない取引相手方を犠牲にして、取引安全のために認められている無因主義を取り下げること（Rücknahme）にほかならない」（信頼保護による目的論的制限³⁰⁾）。だが、この今日通説的な代理法内部での解決（内因的解決）に対して、判例は、3(3) で後述するように、BGB 242条³¹⁾により許されない権利行使の濫用抗弁として代理法外部での一般条項的解決（外因的解決）を志向していて、学説の中にも (1)で見たわが国同様 これを支持するものが増えつつある（以下、権利濫用抗弁説と称する³²⁾）。ただ細部の法律構成は違えども、代理権濫用法理の目標について「本人、取引相手方それぞれに帰責しうるリスクを考慮した上で両者の利益を事実適合的に熟慮して各自の危険負担を正当に配分する」とことと考えている点では、とにかく一致が見られる³³⁾。

ところが2007年、これら通説、判例いずれにも異論を唱えるモノグラフイー『代理権濫用』³⁴⁾を、ヴェッターが公刊し、翌年その要約を、小稿「代理権濫用に関する新規性 故意要件、取消可能性、消極的利益」³⁵⁾で試みた。代理権濫用は「民法、商法及び会社法上の古典的問題」であるにもかかわらず、濫用抗弁の要件、効果いずれについてもいまだ説得的説

明がなされていないとの基本認識から、従来の判例法理を踏襲し代理人の故意を不問に付した 2 で紹介する BGH (連邦通常裁判所) 2006年決定³⁶⁾を槍玉に挙げてその不当性を明らかにするなど、独自の要件・効果論の定立に努めている。

(3) このように日独両国とも一般的に、代理権濫用について 前提となる定義こそ異なるが 取引相手方保護の観点から代理権の範囲の無因性を基軸に有権代理的構成から出発するため、その結果例外的に、背信行為をされた本人に濫用抗弁をどのような理由・構成により、どのような要件・効果の下で認めるべきかという問題を必然的に抱えることになる³⁷⁾。

そこで本稿では代理権濫用法理について、ドイツの判例・通説に挑戦的なヴェッダーの上記小稿を中心に序章の考察を加えようとするが、その紹介に先だち、彼がとくに批判の対象とした BGH 2006年決定につきその内容を簡潔に紹介し、判例の到達点を再確認する(2)。その上でヴェッダーが、代理権濫用について 紙幅の関係上、民事任意代理に関する部分に特化して どのような利益衡量・価値判断から、どのような法的根拠・構成を採用して自説を展開しようとしているのか、紹介する(3)。その後、わが国の民法改正議論において公表された複数の試案を簡単に紹介・比較整理した上で(4)、ヴェッダー説の分析を通して、代理権濫用の問題解決に関する法的示唆を得たいと考えている(5)。

その際、筆者としては およそ今後の課題となろうが とくに次の三点に関心を寄せている。

第一に代理権濫用について、代理権及びその授与行為の法的性質論や内部原因関係との有因・無因性論との関連で、どのように定義した上でどのような法律構成から出発するか、である。

すなわち、まず大前提となる代理権濫用の定義について、代理人の内部的義務違反という客観的事実のみで足りるのか、それとも主観的な背信的意図まで必要なかである。わが国の判例・通説は、ドイツとは対照的に、後者の主観的濫用をなかば当然要求するが、必ずしもその理由は明らかに

されていない³⁸⁾。もとよりわが国の立場が、ドイツに比して「それだけ、本人保護に薄く、相手方保護に厚いこと」³⁹⁾は言うまでもない。他方、前者の客観的濫用で足りるとした場合には、少なくともわが国の民法93条ただし書類推適用説はその肝心な類推の基礎を失うこととなる⁴⁰⁾。

その上で、代理権濫用について取引相手方保護を原則とする有権代理的構成、それとも本人保護を原則とする無権代理的構成いずれを採用するかという出発点の二者択一にあたっては、もとより濫用リスクを本人、取引相手方いずれに原則負担させるべきかという高度な法的評価・価値判断が重要な決定要因となる。このことから、取引相手方のみならず本人側（代理人を含む）についてもその利益状況を中立的に分析することが強く要請されるはずである。

第二に、それでも日独で大勢の有権代理的構成を採用することになった場合、例外的に背信行為の被害者である本人に濫用抗弁を認めて保護するための要件とそれを整序する法律構成は何なのか（濫用抗弁の要件論と、それを支え正当化する法律構成論）、である。

取引相手方の保護価値性を否認する主観的有責要件について、とにかく悪意の場合に信頼保護が必要ない点は一致を見ているが、過失の場合にはその程度や内容・判断基準をめぐり、日独ともに前述のとおり争いがある。ただドイツの判例・通説は、過失の判断基準として厳格な「客観的明白性」理論を採用し慎重な過失認定を行うがゆえにその実質は重過失に酷似する、つまりむしろわが国の有力な信義則説の判断に近いと考えられるため、この点では上記の代理権濫用の定義とは対照的にわが国の判例・通説よりも取引相手方保護に厚いといえようか。

ところで濫用抗弁の認否判断において、とくにわが国の判例・通説は、代理人、取引相手方の主観的容態を要件としてもっぱら両者間の事情でのみ決している⁴¹⁾が、これについては近時、本人の事情も含めた総合的判断の必要性が叫ばれている⁴²⁾。この声に傾聴すれば、濫用抗弁の法技術的な構成にのみ拘泥することなく、そもそもなぜ本人に濫用抗弁が認められ

るのか(濫用抗弁の法的正当化根拠),敷衍すれば,日独両国の大多数の学説が共有するように例外的に取引相手方の信頼を保護する必要がないと判断されるからなのか,それとも後述3でヴェッダーが主張するように何か別の法的理由づけによるものなのかという原点に立ち帰った説得的考察・説明が欲しいところである。

第三に,濫用抗弁を具体的にどのような形で認めるのか,「無権代理」としてか,代理行為の「不成立」,「無効」あるいは「取消し」の主張としてか(濫用抗弁の法的根拠・法律構成から導き出される効果論)である。

以上三点につき,ヴェッダーは正面から向き合っているため紹介・検討に値するものと考えた次第である。

2 BGH 2006年決定

本件では,有限会社の取締役が代表権を社員決議により内部的に制限されていた場合において GmbHG(ドイツ有限会社法)37条⁴³⁾2項1文は代表権の範囲に内部的制限を加えても取引相手方との関係では法律上効力を生じない,つまり内部的制限に違反して代理行為がなされてもその効果は本人に帰属する(有権代理)と規定するわけだが 代理権の濫用が認められるのは,取締役が故意に会社の不利益になる行動をした場合に限定されるか,が争われた。

本決定は,代理権濫用の定義について,とくに取締役に関する既存判例を多数引用し,主観的濫用まで必要なく,また代理行為が本人にとって不利益となることも不要であり,ただ客観的に取締役が内部的制限に違反していること,つまり客観的濫用で足りるとした。

その上で,(本人に濫用抗弁を認める)「代理権濫用原則が適用されるのは……代理権に関する内部的制限を取締役が逸脱していること」について取引相手方が悪意または有過失の場合であると判示している。そして「過失」認定については,BGH 1995年11月13日判決(ZIP 1996, 68 [69f.])を

引用し、実際に行われた代理「取引が本人たる有限会社にとって不利益である場合には、代表機関の濫用的容態を契約相手方は疑って然るべきである」から、「とくに」過失ありと判断される傾向にあるとする⁴⁴⁾。

以上のように、ドイツの判例は、わが国とは対照的に、代理人が故意に本人に不利益な代理行為をした場合でなくても、代理権に関する内部的制限さえ逸脱していれば、代理権濫用を認める立場を踏襲している⁴⁵⁾。もっとも、代理権濫用が客観的に明白でない、つまり特段の事情により取引相手方に調査確認の必要性が認められない限り、基本は無因主義に基づいて濫用リスクは本人が負担すべきであるとして、一般に取引相手方には調査確認義務がないことを再確認した上で、本人に濫用抗弁が認められるのはあくまで例外的場合に限られることを強調している点には留意すべきであろう⁴⁶⁾。

3 ヴェッターの代理権濫用論 本人の自己決定の観点から

(1) ヴェッターは、そもそも代理権濫用の危険発生は 無因主義を前提として 代理権が内部の代理権限よりも広範であること（「代理権 > 代理権限」という図式）に起因するから、この危険を本人があらかじめ回避したければ、代理権を授与する際にその範囲を代理権限のそれに一致させて（「代理権 = 代理権限」というように）限定しておけばよいのに、なぜあえて濫用リスクを甘受してまで代理権限よりも広範な代理権（以下、「余分な（überschiessend）代理権」と称する）を授与するのだろうか、と疑問を呈した上で、代理取引に係る「本人の利益状況」を分析することから始める⁴⁷⁾。

本人としては、代理取引の成就に向けて代理人に余分な代理権を授与し、「取引相手方に進んで代理人と交渉し契約を締結する気にさせる」必要がある。つまり本人にとって、「取引相手方に代理人との交渉・契約締結を促す」利益の方が、「代理権濫用の危険を回避する」対立利益より

も重要なのである⁴⁸⁾。そうであるからこそ本人は、代理権の範囲を制限せずに、あえて余分な代理権を授与するという正反対の選択肢をとる。

このようにヴェッターは、「取引相手方に代理人との契約締結を促す」という代理特有の利益こそが本人が余分な代理権を授与する必然的背景・決定的理由であり⁴⁹⁾、「余分な代理権授与は間接的に本人の客観的利益になる」と考えている。また同時に、余分な代理権授与を通して、「代理人に取引相手方との契約締結を促す」利益も考慮されている。なぜなら、さもないと代理権が内部の代理権限に制限されていたとすれば、代理人は、自己の代理行為が客観的に見て忠実義務違反と判断されてしまうと、無権代理となり、たとえ過失がなくても、取引相手方との関係では BGB 179 条（無権代理人の責任）2 項により信頼利益の損害賠償責任を負担せざるを得なくなるため、取引相手方との契約締結を躊躇することが予想されるからである⁵⁰⁾。

それでは、取引相手方に代理取引の締結を促すにあたり、本人による余分な代理権授与が果たして本当に効果的といえるのかについて、検証する。

第一に、取引相手方は、代理人が本人の利益を代表する忠実義務等を遵守しているかについて認識しうる立場にない。そのため取引相手方としては、本人が代理権を内部の代理権限に限定して授与しているときは、代理効が本人に帰属しないおそれ・不確かさを抱えることになり、代理人との契約締結を躊躇せざるを得ない。そこで本人としては、たとえ内部的義務に違反した代理行為がなされても自己に代理効を帰属させる、つまり有権代理として扱うために、余分な代理権を授与する必要に迫られることになる（以下、「本人への代理効帰属に関する不明確性の回避」と称する）。

第二に、もし本人と直接契約をしていたとすれば、取引相手方は、一般に契約自由の原則上許された限度内である限り、たとえ本人が市況の判断ミスなどで有利な交渉に失敗しその利益を損なうことに気づいていても、本人の犠牲の下、最大限有利にこれを利用できる。ということは、代理人

と契約をした場合にも、取引相手方は、たとえ代理人が代理行為により本人の利益を侵害しているという事実からその内部的義務違反を認識できたとしても、上記「本人と直接契約した」場合とのバランス論⁵¹⁾からすれば、当該代理人の「本人に損害を与える」容態も自利のために利用し尽くしても構わないはずである。つまり、本人と直接契約した場合と同様の取引機会を（代理人と契約する）取引相手方にも保証すること（以下、「取引相手方に対する、本人と直接契約する場合と同様の取引機会の保証」と称する）が重要である⁵²⁾。この利益こそが、余分な代理権授与という本人による「私的自治的な（濫用）リスク引受けの基礎になっている」⁵³⁾。本人は、代理人と契約をする取引相手方が不利にならないよう、代理権を内部の代理権限、つまり本人の忠実義務等に関連づけて制限することはしないのである。

このように本人は、余分な代理権授与により発生しうる濫用リスクが有権代理として自己に配分されることを承知の上で、(i)「本人への代理効帰属に関する不明確性の回避」と、(ii)「取引相手方に対する、本人と直接契約する場合と同様の取引機会の保証」を通して、「代理取引の促進」という終極利益を追求しているといえよう⁵⁴⁾。ということは、当該各利益は、そもそも代理権の範囲を決める代理権授与行為の解釈に際しても原則考慮されなければならない、その結果、代理権の範囲は忠実義務等の内部的制限に服しないと解されることになる⁵⁵⁾。これは、余分な代理権が授与されているという事実上の推定を働かせてよいことを意味するものと思われる。(2) さりとて、余分な代理権を授与して自ら当該濫用リスクを引き受けた本人といえども、その自己決定保護の観点から、例外的にどのような要件の下、忠実義務等に違反した代理権濫用行為の効果帰属の否認を抗弁することができるのか、つまり濫用抗弁の要件論について、ヴェッターは考察する⁵⁶⁾。

まず代理人側の要件としては、次の二つが問題となる。

争いのない要件は、客観的濫用（客観的注意義務違反）の存在である。

これを、とくにヴェッターは、代理人が代理行為の際に本人の利益を侵害していること(以下、代理人による本人の利益侵害と称する)と表現する⁵⁷⁾。

これに加えて わが国のように 上記利益侵害に関する故意など代理人の主観的容態を要件とするかについては、争われている。

この点につき、ヴェッターは 上記(1)で分析したとおり 本人が余分な代理権を授与した利益状況から結論を演繹しようと試みる。

たしかにその利益が、本人・代理人間の内部関係を調査確認するという社会生活上の義務(Obliegenheit)から取引相手方を解放し、代理効が間違いなく本人に帰属することを取引相手方に保証すること(つまり(1)(i)の「本人への代理効帰属に関する不明確性の回避」)のみにあると考えれば、通説や判例のように代理人による本人の利益侵害さえあれば、代理人の故意などその主観的容態とは無関係に、客観的濫用だけで本人に濫用抗弁は認められると結論づけるのが論理的であろう。取引相手方が で後述するとおり 上記利益侵害につき悪意又は(善意でも)有過失でありさえすれば、もはや保護の必要はないからである。

しかしながらそれ以外に、本人の余分な代理権授与に及んだ決定的利益が、(1)(ii)で見たように「取引相手方に対する、本人と直接契約する場合と同様の取引機会の保証」にもあったことを想起すれば、通説・判例の上記考え方は説得力を失う。なぜなら、取引相手方は、代理行為が客観的に本人の利益を侵害するものであっても、契約自由の範疇である限り、たとえ代理人の忠実義務違反につき悪意であろうと、この客観的濫用行為を意識的に自利のために利用することが許されているからである⁵⁸⁾。また本人は、とくに任意代理の場合、自ら代理人を選任しこの人的危険を支配しうることから、代理人が本人の利益を遵守しなかったという代理特有の濫用リスクを負担しなければならない⁵⁹⁾。それにもかかわらず通説・判例に従うと、本人は、自ら取引相手方と直接契約するよりも、代理人を通して契約する方が有利(裏返せば取引相手方の不利)になってしまう。

このように本人が、自ら直接契約する場合と同様の取引機会を（代理人を通して契約する）取引相手方に保証するためにあえて余分な代理権を授与したことに鑑みると、単なる客観的濫用では足りず、代理人の「義務違反が代理固有の危険を意味する」、つまり本人自ら取引相手方と直接契約をした場合には起こりえない代理人が本人の利益を故意に侵害した「主観的濫用」の場合に初めて、本人の自己決定が侵害されたといえるから、これを理由として濫用抗弁を本人に認めることが許されよう⁶⁰⁾。

なお一般にこの故意の存在は、代理人が過去の利益侵害行為の隠蔽、横領行為など自己の信義拘束に反して自己または第三者の利益を追求していたことにより証明されうる（ZPO〔ドイツ民訴法〕286条⁶¹⁾）。

次に取引相手方側の要件として、判例・通説は、取引相手方が代理人による本人の利益侵害を知っていたか、知ることができた場合には有権代理としてその信頼を保護するに値しないことから、「取引相手方の悪意または過失」を掲げてきた。取引相手方の信頼保護を前面に代理権濫用の有権代理的構成から出発した以上、その信頼が保護に値しない、つまり取引相手方が悪意または（善意でも）有過失である場合にのみ、例外的に本人に濫用抗弁を認めるにすぎない。ただ裏返せば、取引相手方は善意・無過失である限り、常に（本人に対する履行責任の追及という）積極的信頼保護を享受できるのである⁶²⁾。

しかしヴェッターは、次のとおり本人に濫用抗弁が認められた法的正当化根拠に基づいて、判例・通説に反対する。

代理人が本人の利益を故意に侵害する主観的濫用行為をしたことにより、本人の自己決定が侵害された、まさにこれを理由に、本人に濫用抗弁が認められるのであり、取引相手方の悪意または過失、つまりその信頼が保護に値しないからではない。代理人による本人の自己決定侵害は、取引相手方の善意・悪意とは無関係であり、善意・無過失の場合にも認められる。それゆえ、判例・通説が伝統的に、取引相手方は善意・無過失であるからといって、その信頼保護を理由に本人に濫用抗弁を認めてこなかったのは

疑問である。代理人が故意に本人の利益を侵害した以上、もはやこの場合に本人に代理効を帰属させるのは過度な負担を強いるものである。むしろ利益調整の有力基準たる均衡性の原則 (Verhältnismässigkeitsprinzip) からすれば、取引相手方が善意・無過失の場合にも本人に濫用抗弁を認めた上で、BGB 122条⁶³⁾の類推適用により信頼利益の損害賠償責任を負担させるのが妥当であり、濫用抗弁を主張された取引相手方についてはこの消極的信頼保護で足りるのではないかとし、次の(3)で詳しく検討する⁶⁴⁾。

このようにヴェッターによれば、本人に濫用抗弁が認められるのは、判例・通説の考えるように、取引相手方が代理権の客観的濫用につき悪意または有過失であるときはもはやその信頼が保護するに値しないからではない。「取引相手方に対して、本人と直接契約した場合と同様の取引機会を保証する」という本人の余分な代理権授与に至った経緯に鑑みれば、たとえ悪意または有過失の取引相手方であっても、本人と直接取引した場合には本人自らが犯した判断ミスなど利益侵害状態を自利のために利用することが契約自由の範疇として原則許されていることとのバランス論から、代理人の客観的注意義務違反も同じように利用して構わないのである。またこのような代理人を選任しその人的危険をコントロールできなかったことから、客観的濫用リスクは本人が負担すべきであるといえよう。むしろヴェッターは、濫用抗弁が例外的に本人に認められる法的正当化根拠を、取引相手方の信頼保護ではなく、本人の自己決定が代理人の故意による代理権濫用行為により侵害されたことに求めた上で要件を定立しているのである。

(3) そしてヴェッターは、いよいよ濫用抗弁の法律構成と関連づけて効果論の再考へと移る。その際一般に、代理人が取引相手方と通謀して本人の利益侵害に向かう場合と、当該通謀が認められない場合とに分けて議論されているため、この場合分けに従う。

前者の代理人・取引相手方通謀の場合については、判例・学説上一

致して、代理行為が良俗違反を理由に無効である（BGB 138条 1項）と解されているが、ヴェッダーは、この無効的解決は通謀事例という性格上、利益適合的でないとして異論を唱える。なぜなら、本人が追認しようとしても⁶⁵⁾、上記一致した見解によれば、代理行為自体が絶対的無効であるためもとより認められないが、濫用抗弁の正当化根拠がもつばら本人の利益保護にあることに鑑みれば、むしろ後述 の場合の通説同様、自己への代理効帰属の選択権、つまり追認の余地を本人に認めるべきであろう⁶⁶⁾。

後者の上記通謀が認められない場合について、ヴェッダーは、元來理論上争いがあることを踏まえた上で、判例、通説の順にその妥当性を検討していく。

まず判例である権利濫用抗弁説は、すでに(2) で見たように取引相手方が代理行為の時点で代理権の客観的濫用を知っていたか、知るべきであったときは、BGB 242条による権利濫用禁止の抗弁を根拠に、代理人の代理権濫用行為により不誠実に取得した法的地位、つまり本人への代理効帰属を援用することはできないとする。しかし、この本人の抗弁権が裁判上職権により考慮される抗弁（Einwendung）と解されるときは、自己への代理効帰属に関する選択権が本人に認められないため、支持できない⁶⁷⁾。またそもそも権利濫用的解決は、取引相手方の不誠実な信頼を理由にその悪意または有過失の場合にしか本人に濫用抗弁を認めないため、すでに(2) で開陳した、取引相手方の主観的容態を問わない私見とも相容れない⁶⁸⁾。

次に通説である例外的無因性否認・無権代理形成説は、代理権の客観的濫用行為に BGB 177条 1項⁶⁹⁾ を類推適用し「不確定的無効」と解することで、本人に追認の余地を認める⁷⁰⁾。だがこの追認的解決によれば、本人が代理権濫用行為であることを認識しない限り、代理行為は不確定的無効の状態であり続けることとなり、法的安定性を害するため支持できない⁷¹⁾。もはや本人の追認は、相当期間経過後は認められないように思われるからである⁷²⁾。また不確定的無効という本人に有利な法律効果は、たしかに制限行為能力（BGB 108条〔同意のない契約締結〕 1項）や無権代理（177

条1項)など民法上規定された事例群には妥当しようが、明文規定のない代理権濫用事例にはあてはまらない。なぜなら後者の場合、そもそも本人は、代理権の範囲を制限できたにもかかわらず、あえて余分な代理権を授与していたからである⁷³⁾。

以上の判例・通説を克服するため、ヴェッダーは、すでに(2)で見たとおり代理人が故意に本人の利益を侵害したことを要件として、この主観的濫用の場合に本人の「法律行為上の実質的な自己決定」を保護するため、次の二つの理由から BGB 123条1項及び2項⁷⁴⁾、さらに法的安定性の観点から124条⁷⁵⁾の法技術上類推適用という方法により、(代理権ではなく)代理行為について「期限付き取消権」を本人に認めるという独自説(いわゆる「BGB 123条1項・2項及び124条の勿論解釈・適用論(Erst-recht-Schluss)」)を唱える。

まず第一に、代理人により故意に利益を侵害された本人は、第三者から詐欺を受けた表意者と同じように保護に値すると考えられる。なぜなら、本人、表意者いずれも、代理人、第三者という法律行為の外に位置する(換言すれば法律行為の「当事者」でない)者の故意かつ不誠実な影響力の行使方法により自己の利益に反する法律効果を帰せしめられ、「法律行為上の自己決定」を危機的に侵害されているからである。たとえ本人が代理人に強い信頼を寄せていたとか、代理人の選任・監督につき有過失であったとしても、「BGB 123条1項・2項、124条の取消権は……信頼が必然的か否か、正当か否か、それどころか過失の有無とは無関係に、第三者から詐欺を受けた表意者を保護する」ことに鑑みれば、代理人から故意に利益侵害、つまり自己決定の侵害を受けていた以上、保護に値する⁷⁶⁾。

第二に、代理人は、代理権という本人に代理効を直接帰属させる権能を持つので、この者から故意に利益侵害を受けた本人は、詐欺を受けた表意者よりも強い保護を必要とする。なぜなら、表意者であれば、意思表示をする前に詐欺者の不実告知を精査することにより、利益侵害の発生を阻止しようと思えばできたのに対して、本人は自己への効果帰属前にその可能

性を有しないからである⁷⁷⁾。

このように第三者詐欺が BGB 123条により解決されることに鑑みれば、ましてや代理人が故意に代理権濫用行為をした場合も、自己決定が侵害されているという両者の実質的類似性のみならず詐欺を受けた表意者以上に本人は保護に値することから、その適用を受けるのは当然ということになる⁷⁸⁾。つまり で見たとおり判例・通説上認められてきた濫用抗弁は、本人が BGB 123条の類推適用により代理行為の取消しを主張できるというようにその形を変えるのである。さらに法的安定性の観点から、当該取消権は利益適合的に BGB 124条の類推適用により「期限付き」となる⁷⁹⁾。この期限付き取消しという解決は、法体系に整合するばかりでなく本人の法的地位をより明確に表すものといえよう⁸⁰⁾。

ただこのように BGB 123条 2 項の類推適用により解決されると考えた場合⁸¹⁾、本人は、もはや取引相手方が代理人の故意につき善意・無過失であるときは、結局のところ判例・通説同様、取消し自体を主張できないことになる。しかしながら実際は、代理人が故意に本人の利益を侵害した事実と、これが本人に直接及ぼす影響、つまり「本人にとって重大な利益侵害の危険が増大する」ことに鑑みれば⁸²⁾、法技術的には類推適用という形をとるが実際はそれより強い 勿論解釈・適用論の場面では、いくら本人が余分な代理権を授与して自ら濫用リスクを引き受けていたとはいえ、本人保護の要請が強く働くものと考えられる。

そこでヴェッターは、むしろこの場合には原則として、善意・無過失の取引相手方との関係でも、代理人による本人の利益侵害が重大である限り本人の取消しを認めた上で、取引相手方には、BGB 122条の類推適用により履行利益の価額を超えない限度で信頼利益の損害賠償請求権を認めるべきであると主張する⁸³⁾。この消極的信頼保護の方が、均衡性の原則にも合致しよう⁸⁴⁾。ただし、本人が重大な利益侵害を証明できない（BGB 123条 2 項類推適用）⁸⁵⁾とか、主観的濫用に気づいたのに遅滞なく取消しをしなかった（121条 1 項参照）場合はその限りでなく、取消し自体が認められ

ない⁸⁶⁾。

(4) ところで 当該紹介論文の基になった著書の中で ヴェッターは、
「代理権濫用につき存在する法の欠缺は……本書で詳述した濫用解決を次の BGB 164a 条として BGB に追加・明文化することにより『法の補充として』埋めるのが望ましい」と述べて締め括っている。その追加提案した BGB 164a 条は、次のとおりである⁸⁷⁾。

第164a 条 代理権濫用による取消可能性

- (1) 代理人がその代理権の範囲内で本人の名において意思表示をする際に、故意に、かつ、義務に違反して本人の利益を侵害したときは、本人は、その表示を取り消すことができる。
- (2) 前項の取消しは、利益侵害が本人にとって重大である場合のみ、許される。第121条の期間は、これを準用する。本項第1文及び第2文は、取消しの相手方が前項の利益侵害の事実を知っていたか、知るべきであったときは、適用されない；この場合には、第124条の期間を準用する。
- (3) 意思表示が本条第1項により取り消されたときは、本人は、第122条の準用により、損害賠償の義務を負う。

4 わが国の民法改正議論における 代理権濫用規律試案の紹介・比較整理

冒頭 1(1)で述べたとおり、現在わが国でも、代理権濫用規律の明文化をめざす民法改正試案が、椿(寿夫)教授を発起人として公刊された『民法改正を考える』、加藤(雅信)教授を代表に21名の民法研究者で構成された民法改正研究会(以下、改正研究会と略する)及び改正検討委員会から複数公表されているため、これら試案を簡単に紹介・比較整理しておく。

(1) 『民法改正を考える』の中で、伊藤（進）教授は、まず代理権濫用の議論に影響を及ぼす現行の代理総則的規定について、従来どおり法律行為の総則編に残置ずるとした場合は任意代理に限定・純化すべきこと、さらに任意代理が「三者の私的自治に適った制度となる」ように次のような現民法99条の改正を提案する（以下、伊藤試案と称する）。

「代理人が、『本人が許容した範囲内』において、本人のためにすることを示して『意思表示をしたとき、本人及び相手方が法律行為の当事者になる』。」

そして、この「三当事者の意思表示、具体的には、従来の「代理権」概念に代わる本人の（効果内容決定許諾意思と自己拘束意思を内容とする）代理許諾意思表示、代理人の（代理意思と効果転置意思を内容とする）代理行為意思表示、相手方の（効果内容決定意思と本人効果発生意思を内容とする）代理承認意思表示の等価値的結合」からなる「三当事者法律行為形象」論⁸⁸⁾を前提とした上で、次のように「代理許諾意思表示」⁸⁹⁾の濫用について無権代理的構成を志向する。

「任意代理と委任 外部関係と内部関係は概念的には区別すべきであるが、有因であることを明記すべきである。このため任意代理の要件となる『本人の代理人への代理許諾の意思表示』に関する規定を設け、委任その他の内部関係とは概念的に区別する。そして、このような『代理許諾意思表示』は内部関係によって生ずるものとし、かつ、内部関係によって『本人の代理人への代理許諾の意思表示』に影響の生ずる旨を規定するのが望ましい。」⁹⁰⁾

この伊藤試案によれば、本人の代理許諾意思表示は委任等の内部関係からは一応分離して観念されるものの、結局、任意「『代理権濫用』の問題も、原則は本人の代理許諾意思表示の範囲を逾越した代理行為として処理される」ことになる。つまり、直接代理を許容し（任意代理という）外部

関係と(委任等の)内部関係を峻別したとしても、独自の三当事者法律行為形象論から、従来の代理権概念を内部関係に依存した「代理許諾意思表示」に改めてその範囲の無因性を否認することにより、本人に濫用リスクが発生しない「無権代理的構成」が採用されることになる。ただ、「相手方が善意、無過失の場合に限って表見代理などで保護するという解釈処理」が可能性として残りうるだけである⁹¹⁾。

これに対して、改正研究会は、平成20年10月13日案に修正を加える形で形式上、代理の条文番号は一条づつずれているが平成21年1月1日案(以下、研究会21年案と称する)を公表し、代理法の最初の規定として60条(代理権の発生)を新設した、その直後に現民法99条に相應する61条(代理行為の要件及び効果)の3項において、次の代理権濫用に関する条項の新設を提案する⁹²⁾。

第61条第3項

代理人がその権限を本人の利益に反して自己又は第三者の利益を図るために行使しても、代理行為の効力は妨げられない。ただし、代理行為の相手方がその事情を知り、または知らないことについて重大な過失があったときはこの限りでない。

このように研究会21年案61条3項は、無権代理的構成を標榜するの伊藤試案とは袂を分かち、代理権授与行為の独自性を肯定する有力な無名契約説(60条1項参照)を前提に⁹³⁾代理権の範囲の無因性を承認して判例・通説の有権代理的構成からスタートする。その上で、例外的に本人に濫用抗弁を認める要件については、上記のとおり有権代理的構成から出発した関係で軽過失の取引相手方は保護すべきであること、また実際の裁判例も取引相手方の悪意が認定されうる事案であることから、有力な信義則説の価値判断を採用し、悪意または重過失の取引相手方に限定することになっている⁹⁴⁾。

改正検討委員会は、2009年3月末に集約した『債権法改正の基本方針』において、「代理人の忠実義務」という四宮博士の首唱された「信託、代理双方の共通基盤となりうる」「信認関係（fiduciary relation）」的観点⁹⁵⁾から、次のとおりその違反類型として「利益相反行為（代理権濫用）」の順に明文化する案を提示する（以下、委員会試案と称する）⁹⁶⁾。

まず、忠実義務違反が定型的・客観的に明白な形で現れる（つまり通常その違反を取引相手方が知っているか、とにかく知らなかったことにつき重大な過失が認められる）現民法108条の「自己契約・双方代理」について、委員会試案【1.5.32】（利益相反行為）は、これら二つの代理方式に固執・限定せずその上位概念としての「利益相反行為」一般を射程に収める⁹⁷⁾。そしてこれに違反した場合について、従来は無権代理と解されてきたが、本人は、取引相手方が自ら善意・無重過失であることを証明できない限り、自己への代理効不帰属を主張できると規定する（「代理効不帰属主張」構成の採用⁹⁸⁾）。つづいてその直後に、代理人の背信的な目的に即して具体的・主観的に判断されるため取引相手方が通常知り得ない（「主観的な」忠実義務違反」、いわゆる代理権の主観的濫用について、研究会21年案同様、判例・通説に倣い取引相手方保護の観点より有権代理的構成から出発し代理権濫用の生じる余地を前提とした⁹⁹⁾上で、取引相手方の信頼を害さない限りにおいて例外的に、任意代理、法定代理各類型の特徴的差異から両者を分けて次の要件の下、背信行為の被害者である本人に代理効不帰属主張を認める規定の明文化を提案する¹⁰⁰⁾。

【1.5.33】（代理権の濫用）

- 1 代理人が自己または他人の利益をはかるために相手方との間でその代理権の範囲内の法律行為をすることにより、その代理権を濫用した場合において、その濫用の事実を相手方が知り、または知らないことにつき重大な過失があったときは、本人は、自己に対してその行為の効力が生じないことを主張できる。

- 2 1 において、代理人が濫用した代理権が法定代理権である場合は、その濫用の事実を相手方が知り、または知らないことにつき過失があったときに、本人は、自己に対してその行為の効力が生じないことを主張できる。
- 3 の第三者との関係については、省略。

特筆すべきは、主に次の4点であろう¹⁰¹⁾。

まず第一に、「委任」等の内部関係から外部関係「代理」を区別し独立させる現民法の立場を踏襲した上で(【1.5.C】(委任と代理の区別)参照)、委員会試案【1.5.33】は、従来その定義・位置づけが曖昧であった代理権濫用を明確かつ積極的に「忠実義務違反」行為の中に位置づける。その上で(実益が疑われつつも議論の決着を見ていない)代理権授与と行為の法的性質については【1.5.24】(代理の基本的要件)1で「単に『権限を本人から与えられた場合』とするにとどめ」て従来どおり曖昧にしつつも¹⁰²⁾、代理権の範囲については本人と代理人の内部関係における忠実義務とは別に客観的に確定されるとして、その範囲における無因性を前提に有権代理として構成することから出発する¹⁰³⁾。

第二に、ドイツとは対照的に代理人の背信的意図を代理権濫用の要件としてきた支配的立場(「代理権濫用=主観的濫用」)を踏襲した上で、「代理権の濫用の場合は、相手方から見れば、代理人は本人側に属する者であり、そのような者が背信的な意図を秘匿して代理行為を行っている」ことから、【1.5.11】(心裡留保)のうちの「(相手方が真意を知ることが期待して行う)非真意表示」ではなく「狭義の心裡留保」の方に類似すると考え、その出発点においては判例・通説の民法93条ただし書類推適用説を踏襲しているように思える。ただ厳密には、通説のごとく代理意思を基軸に「その意思自体は認められるが経済的效果を本人に帰属させる意思がない」という点で心裡留保に類似すると考えているというよりはむしろ、内田(貴)教授¹⁰⁴⁾に倣って、代理人Aと本人Yを「一体として見ると、(Y =

A)はその真意（想定されるYの意思）に反する意思表示を行った」、つまり本人の真意と代理人の意思表示との間に意思欠缺が認められることに、心裡留保との類似性を見出しているように見受けられる¹⁰⁵⁾。

その上で第三に、たしかに本人は背信行為をした代理人をコントロールできたし「代理人の行為によって利益を得ている」（危険支配責任・報償責任）とはいえ、代理権濫用の場合は「狭義の心裡留保の場合と異なり、本人が自ら相手方を誤信させる行為」をしていない点で帰責性が弱いことに鑑みて¹⁰⁶⁾、取引相手方が主観的濫用につき悪意でなくても重過失である限り、本人に代理効不帰属主張を認めることにした。これは、相手方の悪意を（狭義の心裡留保の）無効要件とする 現民法93条に代わる

【1.5.11】（心裡留保）1¹⁰⁷⁾ イ の利益較量・価値判断に緩和的修正を加えるものであり、結論的には信義則説と一致する¹⁰⁸⁾。

第四に、「現民法と同様に、『代理においては、任意代理と法定代理をあわせて規律し、必要に応じて、それぞれに特有の規律を定める』」という【1.5.D】（任意代理と法定代理）の改正方針に基づいて、法定代理権濫用の場合には本人による代理人の選任・コントロール可能性がないという特殊性¹⁰⁹⁾から、現在有力な信義則説の価値判断に倣って、本人は、取引相手方に重過失がなくても過失ある限り¹¹⁰⁾、代理効不帰属を主張できることを明文化する。結果的には、濫用された代理形態が任意代理か法定代理かにより取引相手方の主観的容態との関連で、任意代理の場合は「取引相手方の悪意または重過失」、法定代理の場合は「悪意または単純（軽）過失」というように本人の効果不帰属主張要件を峻別化することで、判例・通説の民法93条ただし書類推適用説の要件の硬直性を緩和しようと試みる¹¹¹⁾。

(2) このように伊藤試案，研究会21年案61条3項，委員会試案【1.5.33】いずれも、出発点において、代理という外部関係と委任等の内部関係を概念上一応峻別しその分離を認める点では共通する。しかしながら、代理権の範囲における内部基礎関係との有因・無因性に対する基本姿勢の違いか

ら、前案は、代理権は(忠実義務に代表される)内部的義務・制限に服するという完全な有因的構図を採用するのに対して、後二案は、原則として内部的義務・制限は代理権の内容にならずその範囲に影響を及ぼさないという無因的構図を描いている。

そしてこの違いが、代理権の法的性質論にはじまり代理権濫用問題の解決方法・手順及び濫用抗弁の要件・効果論にまで投影されている。すなわち前案の有因的理解は、本人の私的自治的利益を代理制度に反映させるといふ基本構想の下、代理権という概念自体を「代理許諾意思表示」に改めた上で結局これを完全に内部関係に依存させて、本人に濫用リスク自体を生じさせない無権代理的構成を採用する。これとは逆に後二案の無因的理解は、(おそらく)対外的資格としての「代理権」概念を採用した上でその範囲の無因性を承認し、代理権濫用につき取引相手方保護から出発する有権代理的構成を採用する。その上で三案とも、前案は取引相手方が善意・無過失の場合は表見代理規定により保護し、後二案は従来どおり代理権濫用規律に依拠して少なくとも取引相手方が悪意の場合には本人に濫用抗弁を認めることで調整を図ろうとする。もっとも後二案は、無因説に依拠しつつも、濫用抗弁の要件及び効果については理解を違える。研究会21年案61条3項が取引相手方の重過失を要件とする一方、従来どおり無権代理と理解するのに対して、委員会試案【1.5.33】は、各代理形態の特殊性に鑑みて利益適合的に取引相手方の主観的要件を相対的に定立し法定代理の場合は過失で足りるとするとともに、本人に代理効不帰属主張を認めるといふ新たな効果案を提示している¹¹²⁾。そのような中21年案を練り直した改正研究会は、61条3項のただし書を、「任意代理にあっては、代理行為の相手方がその事情を知り、又は知らないことについて重大な過失があったとき、法定代理にあっては、代理行為の相手方がその事情を知り、又は知らないことについて過失があったときは、この限りでない」と改め 再び形式上代理の条文番号は一条づつずれ 新たに国民・法曹・学会有志案の62条3項として¹¹³⁾、取引相手方の要件につき委員会試案

【1.5.33】と同様の結論に落ち着いた¹¹⁴⁾。いずれにせよ、とにかく三案とも、本人、取引相手方いずれを保護すべきか、その利益分析・衡量的調整が必要であると考えていることは間違いない。

さらに、わが国では当然視されてきた「代理人の背信的意図」（「代理権濫用＝主観的濫用」）要件については、研究会21年案61条3項、委員会試案【1.5.33】とも、残念ながら積極的に理由を開陳することなく当該要件を踏襲するのに対して、無権代理的構成を標榜する伊藤試案だけが、「代理権濫用＝客観的濫用」を前提とした上で本人の利益保護優先の観点から代理人の故意を要件とはしない。

なお、代理権濫用規律を新設する場合その条文上の配置も問題となるが、研究会21年案は、あらたに代理権の発生に関する60条を設けた後に 現民法99条1項及び2項に相応する 代理行為の要件及び効果に関する61条1項及び2項につづいて3項で規定するのに対して、委員会試案【1.5.33】は 現民法108条に代わる 利益相反行為規定の直後に規定する。代理権の範囲につき無因性を承認したことが代理権濫用という問題の端緒であり、取引相手方の信頼を害さない限度で結果的にその無因性を否認したのと同様の帰結になっていることに鑑みれば、研究会21年案の条文配置は理解できる。他方、委員会試案のように、利益相反行為、代理権濫用とも内部的な忠実義務違反が認められる点で共通するため、代理人による「本人の利益侵害」行為としての連続性を重視して、当該違反が定型的・客観的に明白である前者を先に、そうでない後者を後に規定するというのも十分考えられる。

5 おわりに ヴェッター説の分析をかねて

(1) 以下では、ヴェッターが3で展開した (4)の「BGB 164a条」追加提案へと至る 現行解釈論を中心に分析・検討し今後の代理権濫用研究への布石としたい。

まず代理権濫用問題への基本的アプローチとして、ヴェッターは、日独ともに主流の「取引相手方の信頼保護」ではなく、従来看過されてきた「本人の自己決定(保護)」の観点を終始貫徹していた。このアプローチは、わが国で近時冒頭1(1)や4(1)で見たように主張され始めた無権代理的見解に通ずるところがあるわけだが、それを判例・通説の有権代理的構成の枠組において実現しようとした点に新規性があると評価できよう。

次にヴェッターは、本人が代理権、とくにその範囲の無因性を生かし濫用リスクを覚悟の上であえて余分な代理権授与という私的自治的危険引受けに踏み切る利益状況について具体的かつ詳細に分析し、この視角から代理権濫用問題に斬り込んでいく。

その分析によれば、本人は、「取引相手方に進んで代理人と交渉し契約を締結する気にさせる」ため、取引相手方の通常知り得ない「代理人の内部的義務違反」が行われたとしても原則、代理効を間違いなく自己に帰属させるとともに、本人自らと直接契約した場合と同様の取引機会を(代理人と取引する)取引相手方にも保証する必要に迫られる。この代理取引の促進要請に応えるのが、「余分な代理権授与」にほかならない¹¹⁵⁾。この説明は、内部原因関係からの代理権の分離と、これに基づくその範囲の無因性という考え方が決して従来考えられていたように取引相手方にとどまらず、代理取引の成就を願う本人(さらに代理人)の利益にも適うことを意味する。まさに代理権の分離とその範囲の無因性は、代理という三面関係において取引を円滑に進めるための重要な取引安全保護の仕掛け・仕組みなのである。このような認識に基づいて、ヴェッターは、本人の私的自治的観点を重視しつつも、わが国の無権代理的見解とは対照的に、代理権濫用の有権代理的構成から出発することになる。この従来看過されてきた「本人の利益状況」の分析という視角から、代理権濫用が有権代理として構成される理由を積極的に説明した点は、わが国においても非常に有益な示唆を与えるものと思われる。

なぜならわが国では、およそ代理権は本人の私的自治的利益を象徴する存在であるがゆえに、表見代理の有権代理的構成への拒絶反応に代表されるとおり 「有権代理への繰り込み」論を除けば 代理権の枠内での取引相手方保護には消極的である。しかしながら、代理権の範囲に限っては取引相手方の信頼保護の視点からその無因性を事実上黙認した上で、代理権濫用については有権代理の範疇で取引相手方の信頼保護を実現しようとしていて、一見矛盾しているように思えるからである¹¹⁶⁾。むしろ代理権濫用についても、冒頭 1(1)で見た伊藤（進）、福永両教授や 4(1) の伊藤試案に代表されるように上記無因性を否認し「代理権の潜在的・質的範囲の踰越」と解して本人保護を御旗に掲げる無権代理的構成から出発した上で、取引相手方の信頼保護は表見代理に委ねる方が自然であり分かりやすい¹¹⁷⁾。それにもかかわらず、代理権の範囲についてはあえて無因性を承認し代理権濫用を有権代理として法律構成しようとするのであれば、その理由を積極的に説明することが求められるはずである。ようやく最近、代理権濫用では表見代理事例とは対照的に「代理権の『権能・資格』的性質以外に、取引相手方が本人に対して代理人の背信的意図の有無を確かめようにも不可能であること」などが理由として挙げられるようになった¹¹⁸⁾が、いまだ本人保護を重視する無権代理的構成の支持者を納得させるには至っていない。この理由づけに、ヴェッターによる「本人の利益状況」分析アプローチからの積極的説明が加われば説得力が増そう。つまり代理権濫用については、代理人による内部的な忠実義務違反を通常知り得ない取引相手方の利益保護という観点に加えて、ヴェッターが 3(1)において 本人側（代理人を含む）の利益状況も分析した結果、代理取引に関する三者に共通する「代理取引の促進」という利益に鑑みても、従来の判例・通説同様、「余分な代理権授与」論に基づく有権代理的構成から出発するのが妥当であるといえよう¹¹⁹⁾。

ところでヴェッターは、例外的に本人に濫用抗弁が認められる場合について、もとより代理権濫用が明文で規定されていないことからその法

律構成は後回しにし、先に当該要件につき検討する。その際、本人が余大な代理権を授与する契機となった「取引相手方に対する、代理人との契約締結の促進」という終極利益の実現に必要な不可欠な「本人への代理効帰属に関する不明確性の回避」及び「取引相手方に対する、本人と直接契約する場合と同様の取引機会の保証」という両観点から、なぜ例外的に本人に濫用抗弁が認められるのか、その正当化根拠について、従来の「取引相手方の信頼が保護に値しない」という消極的意味ではなく「代理人による本人の自己決定侵害」という積極的意味に求めた上で、それと関連づけながら考察を進めている。このパラダイム転換が、次のとおり要件論に与えたインパクトは大きい。この点、すでにわが国においても、平山准教授が、「本人による代理人の選任責任」を前提に「二当事者間取り引きとのバランス論」に注目していた¹²⁰⁾。

まず代理人側の要件として、ヴェッターは、「代理人自ら、当該代理行為が本人の利益を侵害することにつき認識していたこと」、つまりあえて代理人の故意を掲げる点で、主観的濫用を克服し客観的濫用で足りるとしたドイツの判例・通説に逆行する。たしかに主観的濫用を暗黙の前提としてきたわが国の理論状況に親和的であるが、その基本的考え方・理由づけが大きく異なることには注意すべきであろう。

すなわちわが国の判例・通説は、本人・代理人間の内部事情により「相手方に不測の損害を与えてはならず」とえ代理人に背信的意図があったとしても原則 取引相手方の信頼が保護に値する限り 本人に濫用抗弁を認めるべきでないという価値判断をその基礎としている¹²¹⁾。換言すれば、本人が本来負担すべき濫用リスクを取引相手方に転嫁するのはごく限られた場合にとどめるべきということである¹²²⁾。これに対して、ヴェッターは、その発想自体が真逆で、代理人が主観的濫用行為により本人の利益を著しく侵害したときは、むしろこの私的自治侵害から本人を保護するため たとえ取引相手方の信頼が保護に値するとしても 原則として本人に濫用抗弁を認めるべきであると主張しているのである。一般

に代理権濫用を客観的濫用と捉えるドイツにおいて、ヴェッターが、代理人の故意の必要性を理論的に説明して積極的に濫用抗弁の要件としたことは、その当否はともかくとして意義がある。

これとの関連で、次に取引相手方の要件についても、濫用抗弁の正当化根拠を「代理人による本人の自己決定侵害」へと転換したことから、取引相手方の悪意または過失という限定的要件を放棄する。取引相手方が善意・無過失であっても、その信頼保護を度外視して本人に濫用抗弁を許容する点は、ドイツのみならずわが国と比較しても異色の存在といえよう。つまり本人に濫用抗弁を認めるか否かの判断レベルでは、取引相手方の信頼保護は全く考慮されないのである。これは、善意・無過失の取引相手方であっても、本人への代理効帰属という意味での積極的信頼保護を受けることはできないことを意味する。

以上から、ヴェッターの要件論は、主観的濫用を要件とする点で、客観的濫用で足りるとするドイツの判例・通説よりも取引相手方の保護に厚いが、代理人の故意さえ認められれば、取引相手方の主観的容態を問わず本人に濫用抗弁を認める点で、取引相手方が善意・無過失である限り濫用抗弁を認めないわが国のそれよりも取引相手方の保護に薄いと評価できよう。

効果論については、後回しにしてきた法律構成との関連で考える。

ヴェッターは、ここでも濫用抗弁の正当化根拠を新たに「代理人による本人の自己決定侵害」に求めたことから、判例による BGB 242条の権利濫用抗弁構成を支持せず、第三者詐欺との実質的類似性及び法的安定性の観点から、法技術的には BGB 123条 1項・2項及び124条の類推適用、実質的にはそれら条文の勿論適用・解釈論により、本人に期限付き（代理行為の）取消しという選択権を与えることを提唱する。ドイツにおいて代理権濫用法理は、戦前は判例を中心に一般悪意の抗弁論を根拠としてきたが、キップ（Kipp）による代理法理準用理論¹²³⁾の影響を受けて戦後学説は代理法の枠内での無権代理的解決に方向転換した（「外因的解決 内因的解決」¹²⁴⁾）。しかしヴェッターは、代理権濫用問題の本質を「本人の自己決

定侵害」と捉え直すことで、意思表示法に還元して解決するという新たな方向性を模索しているのである。この方向性は、わが国における判例・通説の心裡留保類推構成やこれを発展的に継承した委員会試案【1.5.33】のそれと相通ずるものがある¹²⁵⁾。また取消しの発想は、本人に代理効不帰属主張の可能性を認めてその選択的判断に委ねようとするわが国の委員会試案【1.5.33】の方向性と軌を一にしているといえよう。

本人に濫用抗弁が認められた場合における取引相手方の信頼保護については、均衡性の原則の観点からも、原則としてBGB 122条の類推適用(立法化の際は準用)による損害賠償法的解決が念頭に置かれている。この解決は、構成こそ全く違うが、取引相手方の信頼保護の在り方において、利益衡量を軸とした損害賠償的調整を首唱する中島(秀二)教授の発想¹²⁶⁾と近似する部分があるようにも思われる。

ヴェッター説の問題点・課題としては、次の点を指摘できよう。

まず初めに、本人は、自己決定が代理人の主観的濫用行為により侵害されたことを理由に濫用抗弁を主張することができる¹²⁷⁾と説明されているが、問題の代理人を選任し、しかも濫用リスクを承知の上でこの者に余分な代理権を授与したのは誰であろう、本人であることに鑑みれば、この事実をどのように評価すべきかが問題となる。この点、ヴェッターは、本人が余分な代理権を授与して代理権濫用の原因を惹起したことに間違いはないが、錯誤規定(BGB 119条2項)と対比させれば、その与因責任は信頼利益の損害賠償責任として考慮される、つまり取引相手方は消極的信頼保護を受けるにとどまると説明している¹²⁷⁾。

また法律構成を考えるにあたり、ヴェッターは、取引相手方に属さない代理人が代理権の主観的濫用行為により本人の自己決定を侵害した点に第三者詐欺との実質的類似性を見出している。しかしこの点は、たしかに代理人は法律行為の「当事者」ではないが、本人と代理人を一体的に関連づけて捉える(統合要件説的)見解のみならず代理人行為説からも、少なからず異論の出ることが予想される¹²⁸⁾。

さらに、取引安全保護のために詐欺取消権の制限を規定した BGB 123条 2項（わが国では民法96条 2項）の類推適用という構成によりながら、取引相手方が代理人の主観的濫用行為につき善意・無過失である、つまり代理人による本人の利益侵害に全く関与していない場合にも 本来ならこの相手方保護を理由に認められないはずの 取消しの主張を本人に認めるという大幅な規律修正を行うが、果たしてその説明・理由づけが説得的なものといえるかである¹²⁹⁾。たしかに 二当事者間取引において 欺された表意者は、自ら意思表示をする前に詐欺者たる第三者の不実告知を調査する可能性を有するのに対して、 代理取引における 本人は、この可能性を有しないが、代理権を授与する際に代理人としての適格性を慎重に吟味することは最低限できたはずである。そうであるならば、取引相手方の信頼が保護に値するにもかかわらず、あえて取引相手方が善意・無過失の場合にまで 「利益侵害の重大性」という限定的な要件を設けるにせよ 本人に取消しを認めるという BGB 123条 2項の規律修正を行う必要があるのか、疑問の余地がないわけではない。

(2) 最後に、 1(3)で本稿の問題関心として示した三点について今回は不十分ながら 5(1)の分析にとどめ今後の検討課題としつつ、現民法108条の「自己契約・双方代理」、これに代わり委員会試案【1.5.32】等が採用を予定する「利益相反行為」、現在の判例法理であり委員会試案【1.5.33】等で明文化が予定されている「代理権濫用」の関係について、簡単に触れて本稿を閉じることにしたい。

現民法108条は、本人と代理人の利益が衝突する「自己契約」と、本人と代理人の利害関係人（つまりもう一方の本人）の利益が衝突する「双方代理」について、これら代理方式から定型的・客観的に見て、代理人が忠実義務に違反し本人の利益を侵害する危険性が高いことから禁止している。ただ「代理人による本人の利益侵害」は必ずしも上記二つの代理方式に限定されないことから、判例・学説が、現民法108条の目的論的解釈により利益相反行為まで射程に捉えてきたのは周知の通りであり、これを踏まえ

て委員会試案【1.5.32】も、現民法826条等の「利益相反行為」概念を採用し「自己契約・双方代理」概念の限界を克服しようとする。この【1.5.32】にいう「利益相反行為」は、現民法826条等で規定されたものと同義であり、その解釈も判例の形式判断説に従うこととされる。そしてこれによれば、代理行為自体またはその外形から定型的・客觀的に見て「利益相反行為」とは認められないが、代理人の動機・目的や代理行為の実質的効果・必要性・背景等の具体的諸事情を総合的に考慮した結果、実質的には利益相反性が認められたり、認められなくてもとにかく「本人の利益侵害」が認められさえすれば、わが国では代理人の背信的意図も要件として付加されるが 委員会試案【1.5.33】の「代理権濫用」の問題となりうる。

以上のように三者の関係は、一般に「代理人により利益を侵害された本人への効果帰属を否認する」過程において理路整然と説明されることになるが、もはや委員会試案【1.5.32】が自己契約・双方代理にとどまらず利益相反行為を問題としていることから代理権濫用を定型化した規定であると解しうること¹³⁰⁾や、委員会試案【1.5.33】の任意代理権濫用における「取引相手方の重過失」とドイツで支配的な「客觀的明白性」基準による「過失」判断が実質的に同一であることに鑑みれば、代理権濫用を自己契約・双方代理規定の類推適用により解決することを主張した学説¹³¹⁾のごとく、自己契約・双方代理と代理権濫用は、「利益相反行為」概念を介し「代理人による本人の利益侵害(客觀的な忠実義務違反)」という共通項において急接近することになる。もし委員会試案【1.5.32】が、本人の利益保護をより前面に押し出して第三者の利益をはかる行為をも包含する意味で「利益相反行為」の枠組を越えて 現にその 1 のただし書で「本人の利益を害しない」という表現を使っているが 「利益侵害」概念を導入した上で、「1 代理人が本人の利益を侵害する法律行為をし、そのことについて相手方が知っているか、明らかに知ることができたときは、本人は、自己に対してその行為の効果が生じないことを主張できる。……

2 本人の利益侵害は、代理人が次に掲げる法律行為をした場合に推定す

る。ア 本人を代理してみずからと行為をすること イ 本人および相手方の双方を代理して行為をすること ウ ア イ のほか本人と代理人またはその利害関係人との利益が相反する行為」という修正を行い、そして ドイツの判例・通説のごとく 代理人の背信的意図を濫用抗弁要件から除外するならば、4(1) で見た、利益相反行為と代理権濫用を密接に関連づけてその条文を前後に配置する委員会試案をより発展させて、「本人の利益侵害」を基軸に一纏めにするのも不可能ではあるまい¹³²⁾。それだけにいっそう「代理権濫用」はドイツの判例・通説のように客観的濫用（客観的な忠実義務違反）なのか、それともわが国の判例・通説のように代理人の背信的意図を前提とした主観的濫用（主観的な忠実義務違反）に限定されるのか¹³³⁾、あるいは 最近ドイツでも一部指摘されているように 取引安全の要請が強い商法上のみ主観的濫用に限定し、民法上は（とりわけ本人保護の要請が強い法定代理権について）客観的濫用で足りるとするのかは、とくに今後重要な検討課題として意識されるべきであろう。濫用された代理形態が任意代理か法定代理か（さらには民事代理か商事代理か）により、取引相手方の濫用抗弁要件を細分化しようとするのが時流であるならば、もう一つの要件である代理人の背信的意図についても足並みを揃えるべきはあるまいか。

- 1) 椿寿夫 = 中倉寛樹編『解説 類推適用からみる民法』（日本評論社，2005年）参照。
- 2) 平山也寸志「代理論史 代理権濫用論を中心に」獨協40号（1995年）490頁以下参照（なおこの論文は、水本浩 = 平井一雄編『日本民法学史・各論』（信山社，1997年）41頁以下に収録されている）
もっとも広中教授は、判例が「類推の根拠について示唆すらしていないことにも問題がある」としながらも、類推の基礎を示した上で「『仮託』という言葉」は妥当しないとす（詳しくは広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣，1997年）81頁参照）。
- 3) 雑多な理論状況を簡潔に整理する体系書として、平野裕之『民法総則（第2版）』（日本評論社，2006年）344頁以下がある。
- 4) 福永礼治「26 利益相反行為と代理権濫用」中田裕康ほか編『民法判例百選 総則・物権（第6版）』（有斐閣，2009年）55頁。ただし少数ながら、フルーメ（Flume）説に触発された高橋（三知雄）博士の他に、磯村（保）教授も、代理権濫用は「内部関係において許されない行為を対外的には行うことが可能である場合に、両者の乖離をいかに調整する

か」という問題であるとして、後述⁽²⁾のドイツ同様、客観的濫用と定義する(拙著『戦後ドイツの表見代理法理』(成文堂,2003年)147頁注(33)参照)。

- 5) たとえば山本敬三『民法講義 総則(第2版)』(有斐閣,2005年)378頁以下参照。

なお本文以外の理由として、本人が代理制度により自己の私的自治拡大という利益を享受していることも考えられるが、「代理制度の発達の初期において」ならいざ知らず、「分業化、専門化が一般化した現代社会の機構からみて……代理制度の利用は本人のみならず第三者においても、あるいは代理人にとっても利益となっている」ことに鑑みれば、適切でない(伊藤進『任意代理基礎理論』(成文堂,1990年)212頁以下。類似、拙著・前掲注4)2頁)。

- 6) 平山・前掲注2)449頁。

- 7) 平山也寸志「代理権濫用論における相手方保護範囲の検討の覚書 心裡留保規定に依拠する説の検討を中心に」松山15巻4号(2003年)153頁以下。すでに民法起草者の富井政章や大判明治38年6月10日民録11輯919頁は、代理権の範囲の無因性を前提にしていた(平山也寸志「わが国における代理権の範囲の無因性に関する一考察 明治民法典成立の前後期までを中心として」下関45巻1号(2001年)14頁以下)。

- 8) 戦後ようやく舟橋、川島(武宜)博士を嚆矢に、伊藤・前掲注5)201頁以下、206頁以下、224頁、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論(二・完)」上法22巻3号(1979年)208頁以下、石田穰『民法総則』(悠々社,1992年)442頁以下など。加藤雅信ほか「民法改正を考える 『民法改正国民シンポジウム:『民法改正 国民・法曹・学会有志案』の提示のために』を終えて・下」法時82巻3号(2010年)98頁も参照。

たとえば伊藤(進)教授は、代理における本人の自己決定を重視して代理権の分離・無因性論や代理人行為説への反省と批判から(最近詳しくは「ドイツにおける代理の法的構成論 代理人行為説の再検討」法論80巻2・3号(2008年)37頁以下参照)、代理権授与の「内部関係は本人への効果帰属にあたり重要な要因として位置づけられ」、「代理権濫用の問題と関連する代理権の範囲に関しても、代理権の消滅の場合と同様に、代理権とその原因たる内部関係につき“有因”と解する。その上で、「代理権の濫用とみられてきた内部関係での踰越」を「代理権の潜在的・質的範囲の踰越」、つまり無権代理と再構成して、看過されてきた本人の利益保護から出発する(前掲注5)203頁以下。後掲注88)も参照)たしかに本人の取引相手方のことを度外視した本音としては、代理人は本人の利益に適うよう法律行為をする存在であり、そのことを期待しているであろうから、この点のみを重視すれば、忠実義務は代理権の内容となりその範囲を画するということになる。

福永教授も、代理権の無因性による取引安全保護は「その画一的な性格のため、実質的な観点から修正」する必要に迫られるとともに、「内部関係が代理関係に反映しないので、内部的利益状況を考慮した具体的妥当性を有する解決」、つまり代理類型に応じた弾力的処理が難しいことから、当該無因性に否定的である。むしろ内部的状況や代理類型に即した弾力的解釈という観点から、伊藤教授同様、代理権の有因性から出発する(同上218頁以下)。

以上の見解によれば、内部的義務違反という代理権の客観的濫用さえあれば、無権代理

となるため、代理人の背信的意図は全く問題とならず、本人保護に厚い結果へと傾きやすい。

なお次の②で紹介するドイツにおいても、代理法をヨーロッパレベルで統一するときにはドイツ流の分離・無因主義ではなくフランス流の委任・有因主義を採用すべきとする研究書（Ulrich Stertkamp, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Stellvertretung ohne Vertretungsmacht im deutschen und französischen Zivilrecht (1998)）も出されている。ただしそれには、「妥当、かつ、取引適合的な表見代理規律」が整備されていることが前提となろう（Philipp Grenzbach, Rechtsvereinheitlichung und Stellvertretung (2008), S. 157）。

- 9) 伊藤・前掲注5)167頁，平山・前掲注2)449頁。
10) 後掲注121)及び122)参照。
11) この意味するところは、たとえば「理論的には……一般的悪意の抗弁論をもってするほうがよいと思うが、裁判では必ず依拠する法条を示す必要上、九三条但書類推論を説くことにも、それなりの理由があることに徴して、小事に強くはこだわらない」というコメント（石田喜久夫「最高裁平成4年12月10日判例批評」法時66巻3号（1994年）115頁）に端的に表れている。

最近、平野（裕之）教授は、民法93条の規定する心裡留保をドイツ法に倣い「狭義（本来）の心裡留保」と「冗談などの）非真意表示」に二分類した上で前者の「悪質な心裡留保」の場合には93条ただし書の適用制限を主張する、つまり相手方に無過失まで要求しない見解（前掲注3)164頁以下）に立てば、信義則説のように緻密な利益衡量を実現できることから、「93条の類推適用の基礎があるか問題視されているが、信義則という一般条項よりも出来る限り個々の条文解釈に収めるよう努力すべきである」として、93条ただし書類推適用説を支持する（前掲注3)347頁。広中・前掲注2)79頁以下も参照）。

また中舎教授は、フランス民法（1341条）を参考に日本民法93条の役割を再考し、93条はその本文で、意思表示の解釈にあたり原則その「背後に存する諸事情」を考慮することを認めないが、例外的にただし書で相手方が悪意又は有過失のときは考慮することが許される旨を規定していると解した上で、93条ただし書の直接適用を首唱する。教授によれば、93条の「真意でない」という意味は、「ある意思表示をめぐる訴訟において、相手方に対しどれだけの事柄を主張できるかという意味からとらえられる」（中舎寛樹「代理人の権限濫用行為と民法九三条の役割」名法90号（1982年）85頁以下，91頁）。

ところで判例・通説の心裡留保類推構成に対しては、「恣意的な条文借用」であると断じ「一般条項を持ち出す不都合よりも……解釈論として禍根が少ないとすべき理由はない」との否定的な見方もある（中島秀二「濫用代理論批判」鈴木祿弥＝徳本伸一編『財産法学の新展開／幾代通先生献呈論集』（有斐閣，1993年）83頁）。なお中島教授は、代理権濫用を代理法から離れて信義則上の付随義務違反を基軸に構成する（この見解の簡潔な解説と評価については、平野裕之『法書への民法ゼミナール [総則・物権]』（法学書院，2003年）79頁以下，同・前掲注3)347頁以下参照）。

- 12) なお近時、四宮（和夫）博士（『民法総則（第4版）』（弘文堂，1986年）241頁参照）を筆頭に民法学者からも有力な支持を集めていて、4(1)及び②で詳述するとおり、代理権

濫用の法的価値判断として民法(債権法)改正検討委員会の試案【1.5.33】(代理権の濫用)や民法改正研究会の国民・法曹・学会有志案62条(代理行為の要件及び効果)3項に結実している。

- 13) なお代理法において、取引相手方の主観的(保護ないし有責)要件たる「無過失ないし過失」はその内容・判断基準が多義的である。過失が厳格かつ慎重に判断されるものから列举すれば、調査確認義務が一般に問題にならない代理権濫用法理の過失、調査確認義務を一応問題としつつも安易に無権代理人に免責を認めないという価値判断の働く民法117条の過失(最決平成20年5月1日金法1842号103頁。電子記録債権法13条も参照)、特別な不審事情が存在する場合に調査確認義務を課し柔軟に判断される110条の過失という順になるうか。

- 14) もっとも前説でも、「具体的な事案に応じて、過失の認定を慎重に行えば、取引の安全を不当に害することもないであろう」との分析もある(辻正美『民法総則』(成文堂、1999年)297頁)。ただ辻教授自身は、「意思表示の一般規定である民法93条但書の類推よりも112条の「消滅」を「濫用」に読み替えてこれを類推する方が、「証明責任の分配の点でも、適切ではないか」とする(同上297頁)。

他方、後説で「法定代理権濫用の場合に過失ある者の保護を否定する」ことに対しては、「単に過失があるだけの者について信義則違反を語ることは一般にはできないはずである」から、「望ましいと考える結果に法律構成を与えるためだけに信義則を持ち出している疑いがある」との指摘もなされている(佐久間毅「14 代理権の濫用」千葉恵美子ほか編『Law Practice 民法【総則・物権編】』(商事法務、2009年)78頁)。このような「主観的でないし恣意的判断」に対しては、「一般条項への逃避であるとの非難が常になされることにな」ろう(平井慎一「信義誠実の原則に基づく信頼保護(一) ドイツにおける矛盾挙動禁止の原則の検討を中心として」法雑55巻3・4号(2009年)952頁)。

- 15) 中島秀二「濫用代理論批判」私法57号(1995年)204頁以下。この両者の根深い根源的対立につき論じた興味深い文献として、得津晶「リレー企画:多元分散型統御を目指して民商の壁 一商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策学研究2号(2009年)233頁以下がある。

- 16) 伊藤(進)教授は、民法93条ただし書類推適用説が判例・通説化した理由は分からないとした上で、察するに代理権の無因・有因性「の問題ではなく代理人の代理意思の問題として捉えたとところに原因が」り(そのルーツは、平山・前掲注2)465頁以下、同・前掲注7)松山15巻4号136頁以下によれば石坂説にまで遡る)、「これは代理の法的構成において、代理の効果発生の原因について、代理人の意思のみを重視したことの帰結」、つまり代理人行為説の悪影響によるものではないかとする(「代理権の踰越と濫用」駿河台22巻1号(2008年)161頁以下、152頁。平山也寸志「代理権濫用論と代理の法的構成との関係の検討 ドイツ的解釈法学全盛期の学説の検討を中心に」下関48巻3号(2005年)39頁も参照)。

なお民法(債権法)改正検討委員会(以下、改正検討委員会と略する)は、現民法99条に相応する【1.5.24】(代理の基本的要件)において、「本人の名ですることを示して」という文言に改めることにより、「本人の『利益』のためにする」という意味に誤解されな

いよう配慮する（『詳解 債権法改正の基本方針 序論・総則』（商事法務，2009年）185頁，188頁参照）。ただし，この文言改訂については，「経済的損益を帰属させるのではなく，法的効果を帰属させることがよりはっきりするため妥当である」としつつも（佐瀬正俊ほか編『民法（債権法）改正の要点 改正提案のポイントと実務家の視点』（ぎょうせい，2010年）39頁〔齋藤拓生〕），「商法504条，会社法355条・356条は，『……ために』と規定しており，それらとの統一性・整合性が問題となる」（佐瀬ほか編・同上39頁〔西村太郎〕）という実務家からのコメントが出されている。

- 17) 伊藤・前掲注5)203頁以下，福永・前掲注8)218頁以下。ただし福永教授は，法定代理についてはその類型上，本人が代理人に関与できず濫用リスクも支配できないことから，表見代理成立の可能性自体を否認した上で，取引相手方保護は（「実定法上の明文規定は存在しないが」フロッツ（Frotz）説に倣い）履行補助者たる法定代理人による契約締結上の過失責任として本人に信頼損害の賠償責任を負わせることで実現できるとする（前掲注8)214頁以下，219頁以下）。
- 18) 福永礼治「代理権濫用と表見代理」法教213号（1998年）32頁。
ただ本稿でも分析するとおり，代理権の踰越と濫用の利益状況の違いに鑑みると，両者の法的処理について無権代理から出発するか有権代理から出発するか，区別して考えることも十分合理性があろう。
- 19) 伊藤・前掲注16)161頁。すでに同旨，高橋三知雄『代理理論の研究』（有斐閣，1978年）232頁。
- 20) Erman/Palm, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. (2004), § 164 Rz. 48; Staudinger/Schilken, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2004, § 167 Rz. 95; Anwaltkommentar/Ackermann, BGB Band 1: Allgemeiner Teil mit EGBGB (2005), § 164 Rz. 90; Münchener/Schramm, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. (2006), § 164 Rz. 113; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. (2006), Rz. 1582. 平山也寸志「代理の研究 代理権濫用と相手方保護範囲」法時79巻3号（2007年）77頁も参照。
これ以外にもドイツでは，「軽率にまたは愚かに行為をする代理人と取り引きをなすことによって本人から利益を引き出す相手方は信義に反していること」や，「代理人の故意という要件は共謀という出発点となる事例の歴史的遺物に他ならず」その必要性は一度も根拠づけられていなかったことを理由に，相手方の認識しうる客観的濫用さえあれば本人に濫用抗弁を認めてよいとされる（平山也寸志「代理権の客観的濫用に関する一考察 代理人に背任的意図がない場合」獨協46号（1998年）246頁）。
- 21) Vgl. Münchener/Schramm, a. a. O. (Fn. 20), § 164 Rz. 113. ドイツでは，本来「代理人の故意という要件は共謀という代理権濫用の出発点となる事例」に由来し（平山・前掲注20)獨協46号261頁），当該法理について，ADHGB（ドイツ一般商法典）や戦前の判例は一般悪意の抗弁を根拠としていた（Karl Christian Vedder, Neues zum Missbrauch der Vertretungsmacht—Vorsatzerfordernis, Anfechtbarkeit, negatives Interesse, JZ 2008, S. 1081）が，もはやこれを克服し信義則・権利濫用論への転換に成功したといえよう（vgl. Staudinger/Schiemann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfürgungsgesetz

und Nebengesetzen: Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2008, S. 117. 詳しくは伊藤・前掲注5)178頁以下参照。あわせて後掲注32)も参照。

ただし学説は レプティーン (Leptien), ディルヒャー (Dilcher), シュテフェン (Steffen) など注釈書担当者を中心に 代理人の故意を要求する方向に回帰したとの正反対の分析もある (U. Stertkamp, a. a. O. (Fn. 8), S. 201)。この主観的濫用に限定する学説は、積極的理由として「代理人が故意に本人の利益を害していることを相手方が認識すれば、信義誠実の原則は、相手方が法律行為をなすことを思い止まらせるであろうこと」を、また客観的濫用だけでは濫用抗弁を認めない消極的理由として「過失すらない代理権限の濫用は常に生活経験の範囲内にあるので本人により受忍されるべきこと」と、とくに商法上の機関代理との関係では、法人が選任した代表機関の不利益行為については当然自らの危険領域に属する問題であることを、商取引参加者は代表機関の不利益行為を自己の利益のために利用しても許されることを挙げている (平山・前掲注20)獨協46号245頁以下)。

- 22) 福永礼治「2 代理の類型と代理権濫用についての覚書 最高裁平成四年一二月一〇日判決を契機として」須田農雄 = 辻伸行『民法解釈学の展望 品川孝次先生古稀記念』(信山社, 2002年)103頁以下。

代理権濫用が問題になる指図違反の具体例としては、代理人が、突然の価格急上昇に直面し、本人から具体的に指示を受けていた価格の上限を無視してその利益を侵害したものの、この具体的指図が解釈により代理権の範囲を制限せずその内容になっていなかったため有権代理とされる場合が考えられる (K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1079)。

- 23) 拙著・前掲注4)146頁注(33)参照。
- 24) 福永礼治「代理権の濫用に関する一試論(一)」上法22巻2号(1979年)144頁以下参照。ちなみにイエーリングは、ツィテルマン (Zitelmann) 同様、無因的構成は「法律要件の分析的単純化 analytische Vereinfachung des Tatbestandes のすぐれた法技術だ」としていた (原島重義『無因性概念の研究 ドイツ普通法学における Willensdogma の分析を基軸として』(2010年)22頁。当該書物は、国会図書館収納の1962年学位論文を印刷したものであり、大河純夫先生が筆者にお貸し下さった)。

最近、ラーバントの見解につき独自の分析を加えたものとして、林幸司「代理の研究 我が国における代理権の無因性または抽象性」法時79巻9号(2007年)73頁以下がある。林教授の分析によれば、代理権の無因性・抽象性の項目には、「(i) 委任とは別個独立に代理権の範囲が決定されること、(ii) 内部関係(委任等)と代理権を分離すること……、(iii) 内部関係における本人の指図や代理人の義務は、代理権の範囲に影響を与えないこと、(iv) 内部関係の制限行為能力取消しによる消滅は……代理権に影響を及ぼさないこと、(v) 内部関係の消滅は、原則として代理権消滅原因となるが……代理権がそのまま存続することもある」ことの五つがある(同上74頁)。

- 25) 代理権の無因性は、パヴロウスキー (Pawlowski) によれば、ドイツ法学の法的発見として高く評価されている (拙著・前掲注4)128頁)。「Isolierungs-Methode」に依拠して「基本行為や“causa”からの解放」を行う無因化は、エッガー (Egger) によれば、当該問題のみならず「動機の錯誤理論や動産の引渡・不動産の移転理論あるいは手形理論などに顕著にみられる」(伊藤・前掲注5)201頁参照)。ただしドイツでさえ代理権の無因性は、

代理権の発生段階では承認されているものの、消滅段階では、内部原因関係の終了により代理権も消滅すると規定されていて（BGB 168条1文）、必ずしも貫徹されているとはいえないことには注意を要する。

たとえば最近の概説書は、代理権濫用を叙述する前に代理権の無因性に関する注意命題として、「原因行為（Grundgeschäft = 本人・代理人間内部の権利義務を基礎づける行為：筆者挿入）は、代理人が（本人との内部関係で：筆者挿入）法的に許可（逆に禁止）されたこと（Dürfen）の基準となるのに対して、（本人・取引相手方間の外部関係を規律する：筆者挿入）代理権は、代理人が（取引相手方との外部関係で：筆者挿入）法的に可能なこと（Können）を決する」ことを掲げる（Dieter Leipold, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2008), § 24 Rz. 18）。

- 26) BGB 自体、代理権濫用を「単なる内部関係の問題で、代理関係では問題にならない」とする。その証左は一般に、BGB 167条（任意代理権の授与）1項が代理権授与行為を単独行為とした上で 取引相手方への意思表示による 外部代理権授与を規定したことに見出される（伊藤・前掲注5）200頁以下）。

本文のとおり有権代理的構成がドイツ民法上形成・進化したのは、石田（稔）教授によれば、日本民法110条のような越権代理規定を持たないため、「代理権濫用を代理権の範囲外とすると常に第三者が保護されないという不当な結果が出てくるおそれがあり」これを回避するという固有の背景事情によるものと分析されている（前掲注8）443頁。すでに同旨、伊藤・前掲注5）218頁参照）。代理権の無因性原則がきわめて広範に表見代理に代わりうる取引安全保護の役割を果たしていたともいえよう（P. Grenzbech, a. a. O. (Fn. 8), S. 88）。もっとも現在はドイツにおいても、判例上広範な表見代理法理が形成されていること（詳細については拙稿・前掲注4）参照）には注意を要する。

- 27) 拙著・前掲注4）131頁。本文の表見代理法律行為説（Rechtsgeschäftstheorie）は、表見代理はもとより代理権濫用までも無権代理として構成する見解と対極にあり、判例・通説はその中間に位置するものといえよう。

- 28) 過失の判断基準として、判例は、「代理人が明らかに不審な方法で代理権を行使したので、代理権授与者に対する代理権者の信義違反が存在しないかどうかという、取引相手方に然るべき疑念が生じ、よって調査確認の必然性がどうしても湧き出てくる」か否かを用いる（vgl. auch Münchener/Schramm, a. a. O. (Fn. 20), § 164 Rz. 110; BGH VersR 2008, 766f.）。この厳格な基準により過失が慎重に認定された判例としては、「主治医が、貯蓄銀行に対する自らの負担を本人の高額な預金残高で償還するため、古くからの患者から授与された包括的な預金口座に関する代理権を行使する」（円谷峻（訳）ディーター・ライボルト『ドイツ民法総論 設例・設問を通じて学ぶ』（成文堂、2008年）312頁）事案（BGH NJW 1999, 2883）がある。学説上も、フルーメに代表される「合理人であれば取引にかかわらないほど代理人の行為が疑わしく見える」か否か（伊藤・前掲注5）193頁以下）という「客観的明白性（objektive Evidenz）」基準が支配的であるが、ゲスラー（Geßler）の「周知性（Offensichtlichkeit）」、ヴォルフ（Wolf）の「公然性（Offenkundigkeit）」基準やシュラム（Schramm）の「取引相手方の重過失」要件なども主張されている（K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1080f. ders., Missbrauch der Vertretungsmacht (2007), S. 37）。

近時の教科書レベルにおける相手方保護範囲の概観については、平山・前掲注20)法時79巻3号76頁以下参照。

なお客観的明白性基準は、訴訟上証明が困難な悪意についてその困難さを緩和する働きを果たしているといわれる(vgl. Anwaltkommentar/Ackermann, a. a. O. (Fn. 20), § 164 Rz. 91; R. Bork, a. a. O. (Fn. 20), Rz. 1579)。

- 29) Vgl. Anwaltkommentar/Ackermann, a. a. O. (Fn. 20), § 164 Rz. 88; R. Bork, a. a. O. (Fn. 20), Rz. 1578; Hans Brox/Wolf-D. Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 30. Aufl. (2006), Rz. 581; P. Grenzbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 82ff.

わが国でも少数ながら、浜上教授が本文のドイツ法的学説を主張し(於保不二雄編『注釈民法(4)』(有斐閣, 1967年)20頁[浜上則雄担当]),最近これを引用して加賀山教授が支持する(加賀山茂『契約法講義』(日本評論社, 2007年)95頁以下)。もっとも、わが国で表見代理有権代理説を首唱する高橋(三知雄)博士は、背信的悪意者排除論チックな本文の無権代理形成的構成には従わず、(悪意の取引相手方との関係でも有権代理的構成を貫徹した上で)わが国でも無因性が受け入れられた手形法理における人的抗弁の切断と對抗を参考に信義則説を支持する(前掲注19)235頁以下)。

筆者としても、上記ドイツ法的構成は、濫用問題を生む原因となった代理権の範囲の無因性に立ち返りその取引安全保護という存在意義・目的から直裁に濫用抗弁を説明しているため、その理論構成が単純・明快であるとともに、具体的要件についても濫用された代理形態、代理に関与した三者間の利益状況等を反映させて定立し柔軟な濫用リスクの分配を可能にする点で優れていると考える。

- 30) Münchener/Thiele, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. (1984), § 164 Rz. 102.

なお無権代理的構成を志向する福永教授によれば、本文の「ドイツ代理権濫用論において示された代理権の無因性の制限ないし否定の考え」は「内容的妥当性」、つまり「取引保護に有意義な理論であるか」という「批判にもとづいて生じたものと解されている」とともに、この批判は代理権の典型的特徴を無視した統一的把握にも向けられているとされる(前掲注8)204頁以下)。

- 31) 第242条 信義誠実に従った給付

債務者は、取引慣行を考慮し信義誠実上要求されることによって給付する義務を負う。

- 32) Vgl. Münchener/Schramm, a. a. O. (Fn. 20), § 164 Rz. 108, 111. 一般悪意の抗弁が判例において BGB 242条により権利濫用禁止法理として再定式化された経緯については、平井慎一「信義誠実の原則に基づく信頼保護(二) ドイツにおける矛盾挙動禁止の原則の検討を中心として」法雑56巻1号(2009年)89頁以下参照。

- 33) Münchener/Schramm, a. a. O. (Fn. 20), § 164 Rz. 106; Stephan Festner, Interessenkonflikte im deutschen und englischen Vertretungsrecht (2006), S. 211.

なお学説の内因的解決が判例の外因的解決かの違いは、たとえば本人の追認可能性の有無に現れ、後者では、本人は追認ができないことになる。もっとも、自己への代理効帰属を望む場合には、そもそも濫用抗弁を主張しなければよからう。

- 34) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28).

- 35) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21).
- 36) BGH, Hinweisbeschluss vom 10.4.2006 und Beschluss vom 19.6.2006 (NJW 2006, 2776).
- 37) すでに同旨,たとえば平山・前掲注7)松山15巻4号135頁。
- 38) 平山・前掲注20)獨協46号252頁以下参照。

平山准教授は、「代理人に背信的意図があり,これについて相手方が悪意等である場合に,相手方が代理の効果を主張してはいけない」という現代的学説が共有する基本的判断の根底には権利濫用・信義則という一般法理があり,代理人の故意はこの法理に反するか否かを判断する際の判断基準の一つにすぎず「絶対条件ではない」ことを確認する。

その上で准教授は,取引相手方が客観的濫用につき悪意等である場合,もはや本人に対して代理効帰属を主張できないと考えられるかどうかが問題となり,その際重要なのは,上記主張が「権利の濫用になり信義則に反する」かどうか,換言すれば(福永説に依拠して)両者いずれが当該濫用リスクを負担すべきかという実質的判断にほかならないとする。そしてこの判断は任意代理,法定代理等の代理形態ごとに行うべきであるとした上で,任意代理についてはその特徴,つまり「本人による代理人の選任責任」を前提とした「二当事者間の取り引きとのバランス論」(後掲注120)参照)から,最終的には代理人の故意を要件とする(前掲注20)獨協46号276頁,278頁以下。最近も,当該要件の再検討の必要性を強調する,前掲注20)法時79巻3号78頁)。

なお,代理人の重大な忠実義務違反があった場合にも取引相手方の主観的態様次第では本人に濫用抗弁を認める有力説が主張されているが,その採否は,佐久間教授によれば,次の三点の判断にかかっているとされる。すなわち,背信的意図がある場合と重大な忠実義務違反の場合との質的違い,義務違反の重大性の線引きが不明確ゆえに法律関係を不安定にする危険性,「本人が自ら著しく注意を欠いて不利益な取引をしたときには相手方との関係では救済されないのに,代理人のその種の取引では救済されるとすることは,法律関係の形成を代理人に委ね,代理人のしたことは自らのしたことと同様に引き受けるといふ代理制度の趣旨に反するように思われること」である(前掲注14)79頁以下)。

- 39) 平山・前掲注7)松山15巻4号152頁。
- 40) 中島・前掲注11)84頁参照。
- 41) 平山・前掲注20)法時79巻3号75頁。
- 42) たとえば平山准教授は,ドイツでは(取引相手方は有過失であるが)本人にも「代理人に対する監督義務違反という『過失』がある場合」過失相殺の処理を示唆した判例・学説が存在することを参考に(「代理権限濫用行為と過失相殺 本人に監督義務違反ある場合」獨協37号(1993年)141頁以下参照),本人の過失を「法的にまったく評価しないというのは妥当ではなからう」とし,その評価の枠組・方法を提示する必要性を指摘する(同様の方向を示唆するものとして,青野博之「代理権の濫用と過失相殺の処理 西ドイツ・連邦裁判所一九六八年三月二五日判決を参照して」判タ671号(1988年)40頁以下,中島・前掲注15)205頁以下)。またこれとの関連で准教授は,「代理を三当事者の法律行為と解され,本人・代理人・相手方三当事者の意思表示を成立要件とされる」伊藤(進)教授の代理構成論(詳しくは後掲注88)参照)について,「本人・代理人・相手方の諸事情の総合的判断の必要性という方向性を示唆する注目すべき」ものと高く評価する

(前掲注20)法時79巻3号78頁。なお伊藤教授は、そもそも代理権濫用を有権代理として構成することに対して、「代理人行為説を妥当としない立場からは是認することはできないし、本人の利益考慮が全くなされていない」と痛烈に批判する、前掲注16)163頁以下)。

43) 第37条 代理権限の制限

- (1) 業務執行者は、会社に対して、その代表権限の範囲につき定款により、又は定款に別段の定めがない限り社員決議により定められた制限を遵守する義務を負う。
- (2) 業務執行者の会社代表権限の制限は、第三者に対して法律上その効力を有しない。第2文は省略。

44) BGH, a. a. O. (Fn. 36), 2776.

45) もっとも、判例は民事代理事例では客観的濫用で足りるが、商事代理事例では代理人の故意まで要求する傾向にあるとより緻密な分析もなされている(U. Stertkamp, a. a. O. (Fn. 8), S. 201; Münchener/Schramm, a. a. O. (Fn. 20), § 164 Rz. 109. ハイネン・ケッツ [潮見佳男ほか訳]『ヨーロッパ契約法』(法律文化社, 1999年)426頁も参照)。学説上も、類似の傾向が見られる(平山・前掲注20)獨協46号247頁以下)。

46) Vgl. BGH, a. a. O. (Fn. 36), 2776; D. Leipold, a. a. O. (Fn. 25), § 24 Rz. 21. たとえ銀行といえども、原則として顧客とその代理人間の内部関係を調査する義務を負わない(Christian Förster, Stellvertretung-Grundstruktur und neuere Entwicklungen, Jura 2010, S. 357)。なお円谷・前掲注28)312頁以下も参照。

47) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1077. ヴェッターによれば、「直接代理を許容したことが必然的に、本人を濫用リスクにさらすわけではない。本文で述べたとおり、本人は当該リスクを排除しようと思えばできたからである(K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 7)。

48) 本文の理由から、ヴェッターは、本人が常に代理権の範囲を内部的義務に制限していることはその意思解釈上自明であるため濫用の問題自体が生じないとする。無権代理的構成の福永教授に影響を与えたフロツツ説に批判的である(K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 9f.)。

49) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1077.

50) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 10f., 157. とにかく本人が無資力の場合、この危険は最終的に代理人が負担することになる(K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 10)。

51) 代理では濫用以外の場面でも、本文のバランス論が引き合いに出される(拙稿「代理行為後における代理権授与の錯誤主張の制限可能性について」ユーゲン、フランク(Eujen, Frank)の通説批判とシュヴァルツェ(Schwarze)の検証・反駁を中心に」同法60巻7号(2009年)388頁以下参照)。

52) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1077.

53) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 159. ちなみにこの利益を、代理人行為説(BGB 166条1項参照)も基礎とし、たとえば取引相手方が代理人に詐欺を働いた場合に、本人にその取消し(123条1項)の主張を認めることで、本人と直接契約をした場合と同様に扱っている(A. a. O. (Fn. 28), S. 159)。

第166条 意思の瑕疵；知っていたことの帰責

- (1) 意思表示の法律効果が意思の瑕疵又はある事情を知っていたこと若しくは知るべき

であったことによって影響を受ける限り、本人その者ではなく、代理人自身について考慮する。

なお BGB の意思表示法及び代理法の条文訳は、筆者の所属するドイツ法律行為論研究会の仮条文訳を参照している（<http://www.geocities.jp/drgl-kyoto/> 参照）。

- 54) なおヴェッターによれば、代理権の範囲に内部的制限を加えても取引相手方に対しては効力を生じないとした 2 の BGH 決定で問題になった GmbHG 37条 2 項 1 文や HGB（ドイツ商法典）50条（支配権の範囲の制限）1 項、126条（社員の代理権の範囲）2 項の諸規定も、余分な代理権の付与により「取引相手方に代理人との契約締結を促す」利益に配慮したものと評価される（K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1077f.）。
- 55) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1078, ders., a. a. O. (Fn. 28), S. 13ff., 40, 158. ただし本人の反対意思や、非市場的利益を与える贈与契約など特殊な利益状況が認識しうるときは、この限りでない（K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1078, ders., a. a. O. (Fn. 28), S. 14.）。
- 56) なお任意代理のみならず機関代理、法定代理、表見代理をも含めて、ヴェッターは、濫用抗弁の法律要件は結果的に一律同じであるとする（vgl. K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 158ff.）。
- 57) なお、ヴェッターが代理権濫用の定義につき伝統的な「義務違反」ではなく「利益侵害」概念を使用する理由について詳しくは、K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 4ff. 参照。
- 58) わが国でも同旨、中島・前掲注11)99頁以下。
- 59) 本文のように考えても、本人が不適格な代理人を選任するリスクと適格な代理人を選任するチャンスは互角にあるから、問題ない（K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1079.）。
- 60) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1078f. もっとも代理人行為説を厳格に貫けば、取引相手方との関係では、本人の意思や利益は一切考慮されない（BGB 166条 1 項参照）ため、本人は、自己決定の侵害を理由に濫用抗弁を主張できないことになろう（K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 45.）。
- 61) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1080.
- 62) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 162.
- 63) 第122条 取り消した者の損害賠償義務
- (1) 意思表示が第118条により無効であり、又は第119条、第120条により取り消された場合には、表意者は、表示を相手方に対してすべきであったときはその相手方に、その他のときは第三者に、相手方又は第三者が意思表示の有効性を信頼したことにより被った損害を賠償しなければならない、ただし、相手方又は第三者が意思表示の有効であることにより得る利益の額を超えてはならない。
- (2) 損害賠償義務は、被害者が無効若しくは取消しの原因を知り、又は過失により知らなかった（知るべきであった）場合には、生じない。
- 64) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1080.
- 65) 具体的には、不利益と思われた濫用代理行為が後に予想外の市場好転により本人の利益になる場合が考えられる（K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 132f.）。
- 66) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1081, ders., a. a. O. (Fn. 28), S. 132ff.
- 67) さらに判例の構成には、物権行為と債権行為を峻別するドイツ法上固有の難点も内在す

- る(詳しくは K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1081 参照)が、本稿では立ち入らない。
- 68) また判例によれば、取引相手方は善意・無過失である限り本人から濫用抗弁を主張されず、積極的信賴保護を受けることになるが、この点も(2) で前述したとおり私見に反する(K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 135f.)。
- 69) 第177条 無権代理人による契約締結
- (1) 代理権を有しない者が他人の名において契約を締結したときは、その契約が本人に効力を生じるかどうかは、本人の追認に係っている。
- 70) 学説の詳細については、K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 138f. 参照。
- 71) たとえ本人が代理行為を履行したとしても、その不確定的無効を認識していなかったのであれば、追認の意思を認めることはできないため、BGB 177条 1項の追認は生じない(K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1081f.)。
- 72) ただ通説においてこれを認めるには、追認擬制という方法によらざるを得ないであろう(K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 164)。
- 73) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1081f. また代理権の範囲に制限を加えることが法律上認められていない場合は、代理人の選任により有権代理責任を負担しているからである(K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1082)。
- これに対して、本文前者の、とくに無権代理の場合は「本人が自ら問題の行為さえ行っており、代理人の他人効をもたらず権限がないという場合なので、私的自治の原則を最重視して無効とし、本人の追認を可能としている」との分析(平野裕之「第三部 原因別の無効 無権代理無効 未確定法律関係論」椿寿夫編『法律行為無効の研究』(日本評論社、2001年)394頁)が参考になろう。
- 74) 第123条 詐欺又は強迫による取消可能性
- (1) 詐欺又は違法な強迫により意思表示をする決定をした者は、その意思表示を取り消すことができる。
- (2) 相手方に対する意思表示は、第三者が詐欺を行った場合においては、相手方が詐欺を知り、又は知ることができたときに限り、取り消すことができる。第2文は省略。
- 75) 第124条 取消期間
- (1) 第123条によって取り消すことができる意思表示の取消は、1年以内に限り行うことができる。
- (2) 前項の期間は、詐欺の場合には取消権者が詐欺に気づいた時から、強迫の場合にはその状態の止んだ時から進行する。期間の経過については、消滅時効に適用される第206条、第210条及び第211条の規定を準用する。
- (3) 取消は、意思表示の表明から10年が経過した時は排除される。
- 76) 詳しくは、K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 47ff. 参照。
- 77) 詳しくは、K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 51f. 参照。
- 78) BGB 123条は元来、民法典理由書(Motive)によれば、「法秩序は『法律行為における自由な自己決定が違法に侵害されること』を許さない」という一般的な法的考えを顧慮したものであるから、詐欺・強迫事例にとどまらず類似の代理権濫用事例にも妥当せしめることができる(K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 50)。

- 79) 具体的には、代理権の主観的濫用につき悪意又は有過失の取引相手方との関係では、法的安定性の観点から、10年という期限付きとなる（121条2項及び124条3項類推適用）が、本人が当該濫用を知った場合はその時から1年（124条1項及び2項類推適用）となる。これに対して、取引相手方が善意・無過失である場合は、信頼保護の観点から、10年という期限付きとなる（121条2項類推適用）が、本人が当該濫用を知ったときは遅滞なく取り消さなければならない（121条1項類推適用）（K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 88ff., 97f., 129, 149f.）。

第121条 取消期間

- (1) 第119条及び第120条の場合において、取消しは、取消権者が取消原因を知った後、責めに帰すべき遅滞なしになされなければならない。第2文は省略。
- (2) 取消しは、意思表示の表明から10年が経過した時は排除される。
- 80) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 164.
- 81) BGB 123条2項の類推適用にとって、代理人が取消しを主張する本人側に属する者であるという事実は妨げとならない。なぜなら、当該規定の第三者とは、取消相手方に属さない者すべてをいうからである（K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1082）。
- 82) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 81, 162.
- 83) 取引相手方の信頼が保護に値することについて詳しくは、K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 57ff. またその保護形態として消極的信頼保護が原則適していることについて詳しくは、K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 69ff. 参照。
- 「代理権濫用事例においては、本人が代理人の信頼性につき常に判断を誤っていて、その信頼性がほとんどの場合に取引上重要な代理人の適性とみなされるであろうから」、本人は選択肢として BGB 119条2項により当該錯誤を理由に代理権授与の取消しを主張することもできるとすれば（拙著・前掲注4）188頁、拙稿・前掲注51）429頁注（98）参照）、あながちヴェッターが代理権濫用において本人に取消しを認めるのも不当とはいえない。
- 84) 詳細については、K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 78ff. 参照。
- 85) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 143, 149.
- 86) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 21), S. 1082. 詳しくは、K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 84ff. 参照。なお商取引における重大性や遅滞性の判断は、その特別な要請から利益適合的に判断される（K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 163）。
- 87) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 165. 各条項の詳しい説明は、K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 152ff. 参照。なお BGB 242条の事案類型から展開された諸制度の軌跡については、平井・前掲注32）122頁参照。
- 88) これは、長年『法律行為としての代理』の法的構成論の解明に腐心した伊藤（進）教授が、本人・代理人の私的自治のみならず従來看過されてきた相手方の私的自治をも私法秩序に位置づけるため考案した（「代理の研究 わが国における代理の問題状況」法時78巻6号（2006年）88頁）、統一要件論を超越する（「ドイツにおける代理の法的構成論 統一要件論の再検討」駿河台21巻2号（2008年）127頁以下参照）代理理論である。この三当事者法律行為形象論について詳しくは、伊藤進「わが国における代理の法的構成 『三当事者法律行為』形象の提言」明治口-1号（2006年）97頁以下参照。

この仮定的理論から代理権の踰越と濫用を再検討した論文として、伊藤・前掲注16)190頁以下がある。後者の論文によれば、当該理論では「本人の『代理許諾意思表示』が顕在的・量的範囲において踰越する(いわゆる通常一般的な無権代理の:筆者挿入)場合も、潜在的・質的範囲において踰越する(代理権濫用の:筆者挿入)場合も、その踰越する範囲においては本人の『代理許諾意思表示』が欠缺することになるから、いずれの場合も代理なる法律行為は不成立になる」ことを前提とした上で、民法110条の越権代理により取引相手方保護が図られる(前掲注16)150頁)。

- 89) この目新しい概念については、伊藤進『『代理なる法律行為』における本人の意思作用』法論81巻1号(2008年)147頁以下で詳しく論じられている。
- 90) 伊藤進「有権代理に関する総則規定に改正すべき点はあるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える(法律時報増刊)』(日本評論社,2008年)83頁以下。たしかに一般にドイツでも、「分離なくして無因なし」といわれるように「無因主義は、分離主義に基づく」がその「強制的帰結ではない」とされる(Von Horst-Peter Götting, Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im Urheberrecht, Festschrift der juristenfakultät zum 600jährigen Bestehen der Universität Leipzig (2009), S. 431)。
- 91) 伊藤・前掲注90)86頁。
- 92) 民法改正研究会(代表 加藤雅信)『民法改正と世界の民法典』(信山社,2009年)559頁。
- 93) もっとも代表の加藤(雅信)教授は、代理権授与行為の独自性を認めない委任契約説を支持し(『民法総則(初版)』(有斐閣,2002年)297頁以下)、代理権濫用については独自の三層的法律行為論を前提に「動機となる深層意思の部分で本人のためにする意思が欠落している」ことから「前提的合意不成立につき(悪意又は有過失の:筆者挿入)相手方に信義則違反がある」と考える(同上308頁以下)。
- 94) 民法改正研究会起草『日本民法改正試案(民法改正研究会・仮案[平成20年10月13日案])第1分冊:総則・物権(第72回日本私法学会シンポジウム資料)』(有斐閣,2008年)67頁以下参照。
- 95) この四宮『民法総則』で示された観点は、『現代信託法』(有斐閣,2004年)を著した能見教授の補訂以後、先鋭化している(四宮和夫[能見善久補訂]『民法総則(第7版)』(弘文堂,2005年)273頁以下参照)。なお信託法上もようやく2006年の改正により、30条で忠実義務が明文化され、次の31条で利益相反行為の制限規定が設けられた。
- 96) 従来、民法総則など基本書レベルでは、代理権濫用の叙述は93条ただし書の解説部分、代理の要件たる顕名(代理意思)主義もしくは代理権(の範囲)に関する部分、表見代理との類似性・相違点を鮮明にする意味からその最後部分などに散見され、必ずしも忠実義務違反や民法108条の自己契約・双方代理との関連で意識的に論じられてきたわけではない(その数少ない文献については、福永・前掲注22)104頁以下参照)。ただ 本稿の考察対象から除外した 法定代理権、とくに親権者による権限濫用事例を想定すると、民法108条の特則たる826条の利益相反行為規定がまず問題となり、判例・通説の形式判断説でカバーできない場合は代理権濫用法理へという流れが定着して、両者の密接な関係に気づく(拙稿「13 利益相反行為・自己契約・双方代理」千葉ほか編・前掲注14)69頁以下)。

最近の教科書では、たとえば潮見（佳男）教授が、本人に対する代理人の義務として事務処理及び忠実義務を掲げた上で、その具体的規律として民法108条とその利益相反行為への拡大を記述し、直後に代理権濫用を説明している（『民法総則講義』（有斐閣、2005年）350頁以下）。

他方ドイツでも本人保護の観点から、自己契約・双方代理を禁止した BGB 181条や代理権濫用法理により代理権の範囲の無因性が否認されることが認められているが、この「代理権の（範囲の）制限」という基礎にある考え方は代理人の忠実義務違反を回避することにほかならないという、両者の連続的共通性を意識した説明がなされている（Staudinger/Schiemann, a. a. O. (Fn. 21), S. 116f.）。また、代理権濫用の問題を BGB 181条の類推適用により解決する説も主張されている（伊藤・前掲注5）190頁参照。わが国でも類似の見解として、谷口知平「権利濫用の効果」末川先生古稀記念論文集刊行委員会『権利の濫用上』（有斐閣、1962年）107頁以下、遠田新一『代理法理論の研究』（有斐閣、1984年）112頁以下がある。ただし、自己契約・双方代理に関する規定では「第三者の問題が必ずしも起こっていない」という指摘（利益相反研究会座談会「金融取引における利益相反（1）利益相反を考える枠組（上）」NBL 879号（2008年）16頁〔道垣内弘人発言〕）には注意を要する）。

第181条 自己取引

代理人は、別段のことが許されていない限り、本人の名において自己と、又は第三者の代理人として法律行為を行うことができない、ただし、法律行為が単に債務の履行を目的とするときは、この限りでない。

- 97) すでに従来から民法108条が目的論的解釈により拡大と縮小を図り利益相反行為の實質的禁止を志向してきたことについては、阿部徹「自己契約・双方代理について 利益相反行為制度序説」鈴木ほか編・前掲注11）54頁以下参照。Vgl. auch Ulrich Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht—Eine Untersuchung zur funktionalen Präzisierung des § 181 BGB (1977), S. 195ff.; Bernd Kannowski, Insichgeschäft und vollmachtloser Vertreter—zum Verhältnis von § 177 Abs. 1 und § 181 BGB, Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag (2009), S. 1085f.; Jörg Allmendinger, Vertretungsverbot bei Insichgeschäften, Ergänzungspflegschaft und gerichtliche Genehmigung: rechtsgeschäftlicher Minderjährigenschutz bei Eltern-Kind-Schenkungen (2009), S. 94ff.

ところで本文の【1.5.32】にいう「利益相反行為」の判断は、民法826条等で展開される形式判断説同様、行為の外形のみから形式的・客観的に行われ、この判断から漏れても「代理人の背信的な目的に即して具体的・主観的に忠実（義務：筆者挿入）違反が認められる場合」は【1.5.33】（代理権の濫用）によりカバーされることになる（改正検討委員会編・前掲注16）227頁、230頁以下参照）。なお、【1.5.32】では「利益相反行為が明らかに認められる行為」と規定して、この形式判断説を「条文上も採用していることを明確化した方がよい」との指摘がある（佐瀬ほか編・前掲注16）45頁〔石那田隆之〕）。

【1.5.32】（利益相反行為）

- 1 代理人が次に掲げる法律行為をしたときは、本人は、自己に対してその行為の効力が生じないことを主張できる。ただし、代理人が当該行為をすることについて

本人が許諾したとき、または本人の利益を害しないことが明らかであるときは、この限りでない。

ア 本人を代理してみずからと行為をすること

イ 本人および相手方の双方を代理して行為をすること

ウ ア イ のほか本人と代理人またはその利害関係人との利益が相反する行為

2 代理人が 1 の行為(1 ア イ に該当する行為を除く。)をしたことについて、相手方が善意であり、かつ、重大な過失がなかったときは、本人は、自己に対してその行為の効力が生じないことを主張できない。

3 の第三者との関係については省略。

また の研究会21年案66条も、1項及び2項において現民法108条の自己契約及び双方代理規定を一部修正した上で、3項で、「代理人の行う法律行為が本人の利益と相反する場合には、前二項の規定を準用する」との利益相反行為条項の新設を提案している。ただし、違反した場合の法律効果としては、委員会試案【1.5.32】とは異なり、従来どおり無権代理と考える(この「無権代理構成」に賛同するものとして、佐瀬ほか編・前掲16)45頁[石那田隆之]がある)。

ところで最近フェストナー(Festner)も、独英の比較法的研究の成果として、ヨーロッパ契約法原則(PECL)3:205条やUNIDROIT 国際商事契約原則(PICC)2.2.7条等(各条文訳については、改正検討委員会編・前掲注16)234頁、澤田壽夫ほか編著『マテリアルズ国際取引法(第2版)』(有斐閣、2009年)106頁参照)とも対比しながら「利益相反(Interessenkonflikt)」に関する次のヨーロッパ統一規定を提案している(S. Festner, a. a. O. (Fn. 33), S. 270)。

「利益相反」規律案

- (1) 代理人が法律行為をする際に本人の利益と相反し、それを相手方が知っているか、明らかに知ることができたときは、本人は代理行為を取り消すことができる。
 - (2) 利益相反は、代理人が次に掲げる行為をした場合に推定する。
 - (a) 自分自身と行為をすること
 - (b) 本人、相手方双方の代理人として行為をすること
 - (3) 法律行為は、次に掲げる場合に取り消すことができない。
 - (a) 本人が、利益相反が明らかになった後で当該行為を許諾した場合。
 - (b) 本人が、利益相反を知っていたか、明らかに知ることができた場合。
- 98) 本文の構成を採用した理由は、利益相反行為は定型的・客観的に内部的な忠実義務違反と評価されるだけであり「本人が、それによって実際に自己の利益が害される……とみずから判断した場合に限って、効果の不帰属を認めれば足りるはず」というものであった(改正検討委員会編・前掲注16)227頁)。その上で、「代理行為そのものに瑕疵があるわけではないため」、取消しではなく効果不帰属主張という構成を採用したとされる(同上234頁以下)。
- 99) 委員会試案は、代理権限と代理権概念の混同への反省から、対外的関係を意味する場合には代理権に統一し、内部関係を意味する代理権限と使い分けようとする意図が伺える。この事実は、代理権濫用の有権代理的構成の前提として、代理権の範囲が必ずしも代理権

限のそれとは重ならないこと、つまり代理権の範囲の無因性を承認することへとつながろう。

- 100) 改正検討委員会編・前掲注16)226頁以下, 238頁以下参照。
 101) 改正検討委員会編・前掲注16)238頁以下参照。
 102) 改正検討委員会編・前掲注16)185頁, 189頁。
 103) これまで代理権の範囲が内部関係により確定されるかについては、「代理権授与と行為と内部関係との関係論に係わって議論され」、前者「行為の独自性を認めない立場によれば、当然のこととして」肯定的に解されると考えられてきた（伊藤・前掲注16)188頁参照）。だが近時、田岡論文により、代理権濫用の問題は「代理権授与と行為の性質論とは無関係であり、代理権の範囲いかにかわる問題である」と指摘されている（たとえば前掲注93)の加藤（雅信）説や、前掲注24)の林（幸司）教授の指摘がそうである）。そして田岡氏は、代理権授与と行為の独自性を否定する委任契約説を支持しつつ（最近は独自性否定説が有力化している、平山也寸志「任意代理権発生原因論の民法学史的検討序説 ポアソナード来朝前までを中心に」下関52巻1・2号（2008年）12頁）、忠実義務違反が客観的に明白でない代理権濫用については民法108条とは対照的に代理権の範囲の制限とはならないとして、有権代理の構成を志向する（田岡絵理子「代理権授与と行為の法的性質について（四・完） 代理人の忠実義務の法的根拠を探る前提議論として」早研118号（2006年）131頁以下）。

このように（あわせて前掲注24)も参照）代理権の無因性に関する議論は、とにかくわが国では、もはや当該無因性を抽象的に議論する（その上で一般論として必要以上に無因性を毛嫌いしつつ代理権の範囲に限って事実上黙認する）段階から、まさに林教授が指摘するとおり、前掲注24)で掲げた「複数の項目 (i)~(v) の抽象性の程度」を個別に、「しかも民法の任意代理に限定するのではなく、法定代理や商法の代理にまで対象を拡げ」て検証するという具体的段階に入ったといえよう（vgl. auch Detlev Joost, Betrachtungen zur handelsrechtlichen und versicherungsrechtlichen Vertretungsmacht, Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag (2009), S. 817ff.）。なお林教授自身は、わが国における民法の任意代理に限定すれば、「(i)(ii)(v)は少なくとも妥当」せず、「(iii)(v)」（後者は(iiv)の誤記？）は今後の検討課題であろうとする（前掲注24)74頁）。

- 104) 内田貴『民法 総則・物権総論（第3版）』（有斐閣, 2005年）144頁。
 105) ただし内田教授特有の見方については、たしかに取引相手方から見れば「本人と、本人により選任され代理権の範囲内で本人に代わって法律行為をする代理人は一体的存在である」から十分成り立ち得よう（拙稿・前掲注51)388頁参照）が、とにかく支配的な代理人行為説を前提とする限りでは、代理人の真意と意思表示を基準に判断すべきであり否定的に考えざるを得ない（三林宏「4 代理人の権限濫用行為と93条ただし書」椿＝中舎・前掲注1)27頁）。
 106) 佐久間教授も、民法93条ただし書類推適用説に対する否定的評価の中で、「代理権濫用における本人は不当行為のいわば被害者であり、心裡留保者と同等の帰責性があるわけではない」と指摘する（前掲注14)77頁以下）。
 107) 【1.5.11】（心裡留保）

1 表意者がその真意でないことを知って意思表示をした場合は、次のいずれかに該当するときに限り、その意思表示は無効とする。

ア その真意でないことを相手方が知っていたとき。

イ その真意でないことを相手方が知ることができたとき。ただし、表意者が真意を有するものと相手方に誤信させるため、表意者がその真意ではないことを秘匿したときは、この限りでない。

- 108) これに異を唱える実務家からのコメントが複数出されている(佐瀬ほか編・前掲注16)47頁[石那田隆之][春島律子]参照。ただし両者とも、意見が分かれる。
- 109) この特殊性は、現民法101条2項に相応する【1.5.26】(代理行為の瑕疵)2にも反映されている(改正検討委員会編・前掲注16)199頁参照)。
- 110) ただし、「代理権濫用の事実を相手方がまったく知りえなかったような場合にまで本人を保護することは、内部的義務によって代理権の範囲が画されている……と考えることに等しく、相手方をいじりしく不安定な地位に置くことになる」(改正検討委員会編・前掲注16)244頁以下)。
- 111) もっとも信義則説に立つ佐久間教授は、法人理事の代理権濫用の場合には、改正前民法54条(一般法人法77条5項及び197条)とのバランス論から、取引相手方が悪意の場合にしか本人は濫用抗弁を主張できないとしてより緻密な価値判断を实践する(佐久間毅『代理取引の保護法理』(有斐閣,2001年)45頁)。
- 112) なお、本人がいつまで効果不帰属を主張できるか、その期間制限について規定されていない点は問題となろう。この効果不帰属主張は、本人保護の観点から認められたという趣旨に鑑みて 3(3)および(4)のヴェッターの効果論を参考にして 実質的に取消しに類すると考えれば、民法126条の類推適用を受けることになるうか。
- 113) 民法改正研究会(代表・加藤雅信)編『民法改正 国民・法曹・学会有志案』(日本評論社,2009年)126頁。
- 114) ただ 本稿では考察対象から外したが 本文のように法定代理権濫用の場合は本人保護にウェイトを置く立場を採るのであれば、取引相手方の要件について「重過失から過失へ」と改めるだけでなく、代理人の背信的意図についてもこれを放棄してそもそも代理権濫用法理による本人救済の入口・対象を広げておく必要はないのであろうか。「親権者の法定代理権濫用の意義を明らかにするとともに、ひいては、代理権の濫用一般の意義をも示唆した」と評される(福永礼治「35 親権者の代理権濫用」奥田昌道ほか編『判例講義 民法 総則・物権』(悠々社,2002年)74頁)最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁の判断については、福永教授が法定代理の特殊性に鑑みれば「任意代理・機関代理の場合より代理権濫用が認められる場合を限定し、本人(子)の保護を制限している」点は「大いに疑問」と論評する(前掲注22)109頁以下)ように、再考すべき余地が多分にあると考える。

また子の手厚い保護をよりいっそう推し進めようというのであれば、民法826条等を含めた抜本の見直しも十分ありうる(なお改正検討委員会編・前掲注16)231頁も参照)。現に改正検討委員会第2次家族法作業部会は、親権者の利益相反行為及び親権濫用につき次の改正案を公表している(水野紀子「親権法」『特集 家族法改正 婚姻・親子法を中心

に』ジュリ1384号（2009年）72頁以下）。

まず前者については、（現民法826条に相応する）E-6により、特別代理人の選任から家庭裁判所の許可制に改める（改正検討委員会編・前掲注）231頁も参照）とともに、当該違反行為を「無効」とする。E-6は、現民法108条に代わる委員会試案【1.5.32】が「本人による代理効不帰属主張」構成を採用するのに対して、子の利益保護の観点からそれよりも強い「無効」構成を採用したものと推測される（もっともこの立法論とは対照的に、民法826条の現行解釈論として、「利益相反行為」は代理権濫用の一場合にほかならないから、原則は有権代理であるとして、取引相手方が親権濫用の事実につき悪意又は有過失であるときは民法93条ただし書の類推適用により無効と解されるとの見解（良和隆「民法基本判例解説」[331]相続放棄と後見人の利益相反行為」民研632号（2009年）938頁、近江幸治『民法講義 親族法・相続法』（成文堂、2010年）151頁以下）がある）。

また利益相反行為にあたらない場合であっても、子の一般に相続により取得する可能性の高い重要財産を親権濫用行為から守るべきであるとの判断から家庭裁判所に後見的役割を期待して、E-7「親権を行う父母は、自己の管理下にある、子が相続によって取得した財産を処分するに当たって、家庭裁判所にあらかじめ許可を得なければならない。」の新設が提案されている（すでに成年被後見人の居住用不動産の処分につき類似的法的判断をした規律として、民法859条の3がある、拙稿「親子関係における包括的代理権の存否・範囲」同法50巻2号（1998年）150頁以下参照）。これにより、前述の最判平成4年に代表される濫用事例は（家庭裁判所の許可がない限り）当然無効となる。ただし、「相手方は、相続財産とは思わなかったことに無理がなければ、表見法理で救済される余地がある」。

この提案でいけば最終的にE-7にも該当しない濫用行為のみが、民法総則上新設される代理権濫用規定の適用対象となるにすぎず、代理権濫用法理に「子の保護」が期待される場合は激減しよう。

- 115) もっとも代理権濫用の問題を論じる前提として、代理権の範囲を確定する作業が先行することは論を俟たない。代理権授与行為の解釈次第では、内部的制限が代理権の内容に取り込まれその範囲を画し、ひいては代理権の踰越と濫用の境界線が曖昧になることも考えられる（改正研究会・前掲注113）99頁も参照）。この点、代理権濫用も代理権の潜在的・質的範囲の踰越と解する無権代理説によれば、「越権代理と代理権濫用の区別をどのようにして行うかという困難な問題」は回避されよう（石田（稯）・前掲注8）443頁）。

もっとも解釈に際しては、本人側の諸事情や本人・代理人間の内部関係もその基準となりうるが、この点は3(1)で指摘されたとおり、本人が代理権を授与する際に重視する「代理取引の促進」利益に鑑みれば、通常は特別な事情がない限り代理権を制限しない、つまり余分な代理権を授与したと原則考えるべきことになろう。

- 116) もっともドイツでも、無因主義一般の再検討・再評価の動きが盛んであり（etwa Astrid Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1996), Von H.-P. Götting, a. a. O. (Fn. 90), S. 427ff.），代理法上も同様である。たとえばボイティエンは、任意代理権の範囲における無因主義の有効性については理解を示しつつも（Volker Beuthien, Gilt im Stellvertretungsrecht ein Abstraktionsprinzip?—Zum Verhältnis von

Auftrag, Amt und Vollmacht—, Festgabe aus der Wissenschaft—50 Jahre BGH, Band I (2000), S. 108f.), 「代理にとって、内部関係から完全に独立した抽象性をもっているというまでの程度の抽象性があるとまでは、とても言えず、むしろ、BGBにおいて(また、HGBにおいてさえ)代理権の抽象主義は、原則として妥当しないと言わざるを得ない」とする。それゆえ林(幸司)教授は、間違いなく「ある意味、無因主義を採用しているはずのドイツの学者としては異例の発言で……刺激的な論文である」と評するとともに、代理権の抽象性の程度という「表現は全く妥当な表現である」ことから、従来の無因性から抽象性と言い換えることを提唱する(林・前掲注24)74頁)。

- 117) 福永教授が、代理権に内在する当然の要請として、次に指摘するとおりである。「『代理権が存するというのは、単に何らかの代理権を有するというだけでなく、当該の代理行為が代理権の範囲内にあることを意味する』のであるから、代理権の発生を有因と解するならば、その範囲についても有因性が貫かれると解すべきように思われる。すなわち……義務違反行為のように本人の欲しない代理権の授与はありえないということから、内部的義務違反行為は代理権の範囲外の行為であると解すべきものと考える」(前掲注8)209頁以下)。
- 118) 拙稿・前掲注51)412頁。また前掲注5)参照。
- 119) メルクトも、本人は代理取引の促進利益に即して「主体的に代理権授与形態を決定している」とする(拙稿「ドイツにおける表見代理法律行為説(Rechtsgeschäftstheorie)の再興—メルクト(Merkel)の唱える『法律行為説への回帰』を中心に—」立命310号(2007年)92頁)。
- 120) 平山・前掲注20)獨協46号280頁以下。そして准教授は、取引相手方に「経済的に有利な取り引きであるからといって……内部関係につき高度な調査義務を課すことは任意代理制度の存在意義を失わせるとして、取引相手方が「本人に損失が発生することを認識していたとしても」、それが客観的濫用にとどまる限り、本人に対し代理効帰属を主張することは「権利濫用にも信義則にも反することはない」と結論づける(同上281頁)。
- 121) 平山・前掲注20)獨協46号263頁。
- 122) 佐久間毅ほか「8 代理権の不当な行使」鎌田薫ほか編著『民事法 総則・物権』(日本評論社、2005年)128頁以下[佐久間担当]。なお、「『代理権濫用』という権利濫用と類似の表現に」すでに現れているように、「本来代理人に認められる法律関係形成の自由が制約されるのはごく限られた場合にとどめられるべき」ことも理由に付加される(同上129頁)。
- 123) 伊藤・前掲注16)170頁以下。キップ(Kipp)は、当該解決法理を「詳しい理由づけこそないが」「代理人が自己に与えられている代理権を意識的に濫用し、相手方がその濫用を知っているか過失で知らなかったときは、その代理行為は代理権によって蔽われまい」という代理法理の枠内に求めた(伊藤・前掲注5)182頁、190頁以下)。
- 124) 詳細については、たとえば福永・前掲注24)150頁以下、156頁以下。
- 125) 代理法上の諸問題を意思表示法と体系理論的に関連づけて解決する傾向は、民法110条の越権代理への95条の類推適用を首唱する佐久間説や、狭義の心裡留保や錯誤規律と対比させて、悪意の無権代理人は「相手方が悪意のときにかぎり」免責され、善意の「無権代

理人は、原則として責任を免れ……重過失あるときにかぎり」免責されないとした（現民法117条に代わる）委員会試案【1.5.43】（無権代理人の責任）に窺われ、近時一つの有力な方向性であるといえよう。ただ筆者個人的には従前から、代理という三面関係の特殊性に十分配慮した上で、代理法独自の取引安全保護・責任体系を構築する必要があると考えている（なお伊藤・前掲注88）法時78巻6号90頁も参照）。

- 126) 中島教授は、代理権濫用の効果について、「悪意の相手方が代理の有効なことを主張するのは道義上許されないとする基本的判断」（良識論）から無批判的に「本人への代理効帰属の否認」と構成されてきたことに対し「利益衡量上疑問がある」とした上で、相手方、本人各自の帰責性に応じた損失分担を可能にする解釈論を志向する（前掲注11）85頁以下。前掲注42）も参照）。
- 127) K. C. Vedder, a. a. O. (Fn. 28), S. 76.
- 128) もっとも、平山准教授は、富井説分析の中で「代理権濫用も、代理人の真意は、自己または第三者の経済的利益を図るところにあるのに、表面上、本人の経済的利益を図るがごとく装っている点に相手方に対する欺罔行為があるといえるので、代理権濫用行為は詐欺行為でもある」（前掲注2）455頁）と指摘するが、ヴェッダーがいうように本人との関係でも、代理人は 第三者であるかどうかはともかく 本人の自己決定を侵害していると評価することはできよう。
- 129) 通常一般的に「第三者」による詐欺と認定することは、被詐欺者の負担で取消権を制限することを意味する（Kai Büchler, Die Anfechtungsgründe des § 123 BGB, JuS 2009, S. 977）からである。
- 130) 大村（敦志）教授は、かねてより信義則一般条項に頼ることを危惧し（顕名（代理意思）に関する民法100条ただし書の類推適用の可能性を示唆していた、『基本民法 総則・物権総論』（有斐閣、2001年）142頁）、最近、かりに民法108条を「性質上の制限がある場合を示した規定」、110条を「制限がなされているが正当理由にもとづき相手方がそれを知らなかった場合に関する規定」、つまり両条とも「代理権の制限がある場合に関する規定」と捉えて、「表示された包括的な代理権を当該代理権への実質的な制限によって絞り込んでいこうという発想」の転換を図れば、108条は代理権濫用を定型化した規定ということになり、「代理権濫用の場合に、本人に効果が帰属しないのは当然のこと」と考える余地もあろうとする（『民法読解 総則編』（有斐閣、2009年）400頁）。
- 131) 前掲注96）参照。
- 132) 具体的には、「代理人による本人の利益侵害」の中で取引相手方を犠牲にして本人に効果不帰属主張を認めるものとして、「取引相手方にとって客観的に明白な代理権濫用」と、それを定型的・客観的に推認させる「（自己契約・双方代理を含む）利益相反行為」が規定されるということになろうか。
- 133) 取引相手方の保護を図るために、必ずしもわが国の判例・通説のように入口の段階で代理権濫用をそもそも主観的濫用に限定せずとも、ドイツの判例・通説のように出口要件である「取引相手方の過失」の判断基準として厳格な客観的明白性基準を採用しその認定を慎重に行ったり、4 で見た 委員会試案【1.5.33】や国民・法曹・学会有志案62条3項のように任意代理権濫用につき「相手方の重過失」に要件を改めたりすれば問題ない

ようにも思えるのである。

【追記】 本稿脱稿後、伊藤進「『代理・授權』規定案の検討 代理の法的構成論からみて」及び長谷川貞之「信認関係と忠実義務 信認型契約の創設を構想する立場からの提言」(椿(寿夫)教授主導で発足した「民法改正を考える研究会」会員の論文集である円谷峻編『社会の変容と民法典』(成文堂、2010年)58頁以下及び310頁以下所収)に接した。

とくに前者の本稿で紹介した、代理権の無因性を否定し代理権濫用を無権代理と捉える伊藤教授は、委員会試案が「代理権の範囲につき『その任意代理権が与えられる原因となった契約』により定められた行為をする権限と規律し、また代理権の消滅につき『その任意代理権が与えられた原因となった契約が終了したとき』と規律することによって内部関係により規定される」としたのは「妥当な規律である」と評価する。そしてこの価値判断に依拠すれば、現民法108条の自己契約・双方代理、代理権濫用とも「代理人の本人に対する忠実義務違反であり、代理権の潜在的・質的範囲を超越する場合」であるから、「無権代理であることを前提として規律し、そのことによって生ずる相手方の不測の不利益は、代理法において本来的に予定されている表見代理の規律に流し込むべきではないか」とする(同上74頁以下。71頁も参照)。その上で、にもかかわらず改正検討委員会が【1.5.33】で代理権濫用を有権代理と構成しているため、「代理権は内部関係によって規定されるとの立場や、『顕名』を代理の本質的要素でなく『代理権限』に求める立場とは齟齬しないのか検討の余地がある」と指摘する。

このような混乱を招く原因は、改正検討委員会が、【1.5.24】1の解説では「任意代理権の発生原因について、単に『権限を本人から与えられた場合』とするにとどめ、代理権授与行為の性質決定には立ち入らない」(改正検討委員会編・前掲注16)185頁、188頁以下参照)としながらも、【1.5.28】1では「代理権授与行為」の意味で「その任意代理権が与えられる原因となった契約」と表記し(改正検討委員会編・前掲注16)211頁、213頁参照)、また【1.5.34】では(おそらく)「代理権授与の原因である内部的法律関係」の意味で「その任意代理権が与えられる原因となった契約」と表記している(改正検討委員会編・前掲注16)246頁以下参照)こと

代理権濫用法理に関する序章的考察（白井）

にあるように思われる。この点は、前掲注24)で林（幸司）教授が列挙した五つの「代理権の無因性・抽象性」の項目について一つ一つ、誤解を生まない明確な態度を示すことが重要であるとする。

最後に、諸事情から前号に間に合いませんでしたが、この場をお借りしまして、2010年3月を以てご退職されました大河純夫先生のご指導、ご鞭撻、ご厚誼に深謝申し上げますとともに、拙稿を献呈させていただきます。
[2010年3月脱稿]