



Title	代理権濫用における本人保護の法的構造（三・完）： ドイツ法の展開を手がかりに
Author(s)	横瀧, 将章
Citation	阪大法学. 2012, 61(6), p. 167-186
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54729
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

代理権濫用における本人保護の法的構造（三・完）

——ドイツ法の展開を手がかりに——

溝 淵 将 章

第一章 序論

第二章 ドイツにおける代理権濫用法理

第一節 代理人の内部的義務と代理権濫用法理

第二節 「悪意の抗弁」構成による本人保護

一 判例通説の確立

1 帝国裁判所の判例（以上、六一卷二号）

2 戦前の学説

3 小括

二 判例通説の変容

第三節 例外的無権代理構成と近時の信義則説

一 例外的無権代理構成

二 近時の信義則説（以上、六一卷五号）

三 連邦通常裁判所の判例

三 連邦通常裁判所の判例

連邦通常裁判所は従来、本人に悪意の抗弁（許されざる権利行使の抗弁）を与えて代理権濫用行為から本人を保護し、また、本人保護の可否は当該事案における諸事情を総合的に考慮して判断すべきとしていた。これに対して、フルーメ以降の例外的無権代理構成に影響を受けたと推測される判断が、とくに八〇年代後半頃から、連邦通常裁判所の判決に現れるようになる。

【9】連邦通常裁判所一九八八年五月一八日判決¹⁰²

〔事案〕

被告Yは、自己の所有する家屋売却のため、訴外Aに不動産取引に関する任意代理権を付与した。Aは訴外Bとの間でBを仲立人とする契約を締結した。当該契約に基づく仲立報酬請求権をBから譲渡された原告XがYに仲立報酬および利息の支払を請求した。これに対してYは、Aが自分と人的、経済的に関係の深いBと共謀し、代理権を濫用して本件仲立契約を締結したのだと抗弁した。第一審、原審ともに代理権濫用の事実認められないとしてXの請求を認容した。これに対してYが上告した。

【判旨】 破棄差戻し。

連邦通常裁判所は、本件契約で約定された仲立報酬が異常に高額であった点を原審は考慮していないとして、代理権濫用の事実を再審理させるために原判決を破棄した。しかし、本件では代理権濫用がAの故意に基づくものであることを、Yは立証していなかった。その点を考慮して連邦通常裁判所は次のように付け足す。すなわち、代理人による権限濫用がその故意に基づかない場合にも、任意代理権濫用に關する法理が適用される。取引の相手方が代理人による内部義務違反を認識した、または内部義務違反の事実が取引の相手方にも直ちに分かったはずだという場合、「取引の相手方は代理権の存在に対する信頼について保護に値しない。権限濫用について代理人自身の故意があったかどうかという問題は、このような判断に影響を与えるものではない」。

【検討】

本件は、代理人が過失で注意義務に違反して本人に不利益な行為をしたという「代理権の客観的濫用」に關するものであり、日本法で問題とされているような、代理人による意図的な背任行為をめぐる事案ではない。しかし、本判決で注目すべきは、連邦通常裁判所が代理権濫用法理を、代理人の故意が欠けている「客観的濫用」の場合にも適用すべきと認めた理由付けである。判旨は、代理人における権限濫用の故意の有無は、代理権の存在に対する相手方の信頼が保護に値するかの判断を左右せず、代理人に濫用の故意がなくても、代理人による義務違反が相手方に認識可能である以上は当該代理行為の効力が否定されるとしている。このように、本判決は代理権濫用行為に基づく履行請求を否定する実質的根拠として、相手方の保護不要性を強調しており、⁽¹⁰³⁾ 当事者間の利益衡量、諸事情の総合考慮を重視する従来の判例法理（判例【7】、判例【8】）やこれを支持する学説と一線を画するものと評価できる。

【10】連邦通常裁判所一九九二年四月二八日判決⁽¹⁴⁾

〔事案〕

訴外Bは自らの金融の便宜を図るため、自己の所有する土地に土地担保物権（抵当権または土地債務）を設定し、譲渡する代理権を息子Aに授与し、Aはこの代理権に基づきBの土地上に土地債務を設定した。その後Aは、訴外Cが被告Y貯蓄銀行に対して負担していた金銭債務を担保する目的でその土地債務をYに譲渡した。そこで、Bから請求権を承継した原告Xが、本件譲渡はAがその代理権を濫用して行ったものだと言張し、土地債務の返還あるいは抹消の認容を求めて提訴した。第一審はXの請求を認容し、原審もYの控訴を棄却した。これに対してYが上告した。

〔判旨〕 破棄自判（請求棄却）。

①「任意代理権濫用の危険は原則として本人が負担しなければならない。対外的には制限されていない代理権を限られた方法でのみ行使するよう代理人が内部関係上拘束されているか否か、どの程度拘束されているかについて調査すべき特別の義務を、取引の相手方が一般的に負担しているわけではない。しかし、代理人がその代理権を明らかに疑わしい形で行使し、それゆえ、本人に対する代理人の忠実義務違反が存在するのではないかというもつともな疑いが契約の相手方に生じていたはずだという場合、本人は契約の相手方に対する関係において、認識可能な代理権濫用から保護される。とりわけこのことは、当該事案のもとで、契約締結前に本人に問い合わせを行う必要があると契約の相手方にも直ちに分かったはずだという場合に認められる」。

②「このような相当な疑いの契機を前提とする濫用の『客観的明白性』は、控訴審の判断と異なり、本件事案では認められない」。

〔検討〕

本判決の特徴は、フルーメが提唱する「濫用の客観的明白性」の基準を、少なくとも表現のうえで採用している点である。⁽¹⁰⁵⁾しかし、本判決はその具体的な意味として、「本人に対する代理人の忠実義務違反が存在するのではないか」というもつともな疑いが契約の相手方に生じていたはずである、「契約締結前に本人に問い合わせを行う必要があると契約の相手方にも直ちに分かったはず」であるなど、相手方の主観的事情に視点を置いた基準を挙げており、これらは実質的には相手方の重過失に相当する。⁽¹⁰⁶⁾また、相手方の過失責任と濫用の客観的明白性の基準とを区別すべきとも述べていない。したがって、ここでいう「濫用の客観的明白性」とは、相手方の重過失を表現のうえでのいい換えたものにすぎないと考えるべきである。⁽¹⁰⁷⁾

〔11〕連邦通常裁判所一九九九年五月六日判決⁽¹⁰⁸⁾

〔事案〕

被告Y会社は、原告Xと建築契約を締結した。その際XはYの業務執行者Aを賄賂によって買収していた。XはYに対して未払の建築報酬の支払を請求した。ところが、第一審ならびに原審ともに、賄賂提供についての合意は良俗に反し、そのため、後続の建築契約もBGB一三八条により無効（*nichtig*）になるとしてXの請求を棄却した。これに対してXが上告した。

〔判旨〕 破棄差戻し。

①賄賂提供の合意がBGB一三八条により無効になっても、贈賄に関連して締結された後続の建築契約が直ちに無効になるわけではない。原審の行った事実認定は、建築契約もまた良俗に違反する（BGB一三八条）との見解

を支持するものでない。

②「控訴審裁判所による新たな審理判断においては、Yの当時の業務執行者がその代理権を濫用しており、Xもこれを認識可能だったことが考慮されなければならない。業務執行者は本人への事前の情報提供なしでは、自分を買収した交渉相手と契約を締結する権限を有するものではない。このことから、建築契約はBGB一七七条一項類推により不確定的に無効(unwirksam)となり、Yには法律行為を追認する可能性が開かれている」。

〔検討〕

本判決は、傍論においてであるが、相手方に認識可能な代理権濫用行為は無権代理行為となり、BGB一七七条一項が類推適用されると認められた点に特徴がみられる(判旨②)。これは、代理権濫用法理の効果について、判例が例外的無権代理構成の見解を採用したものと評価できる。⁽¹⁰⁾

四 小括

近時の信義則説は代理権濫用法理の根拠規定を信義則(BGB二四二条)に求めながら、代理権濫用法理の実質的な内容としては、例外的無権代理構成の根拠、要件効果を支持する。すなわち、(i)代理権濫用行為の効力を例外的に否定する実質的な根拠は、相手方保護の不要性にある。(ii)その判断は主として相手方の事情を基準になされる(濫用の客観的明白性あるいは重過失)。また、諸般の事情を総合考慮することに消極的である。⁽¹¹⁾代理権濫用法理が適用される結果、当該代理行為は無権代理になる。

連邦通常裁判所の判例でも、例外的無権代理構成の影響を受けたと推測される判決が現れた。とくに、相手方の保護不要性という評価を代理権濫用法理の実質的根拠として強調し、代理効果を否定する要件として、相手方の事

情(重過失)を重視する姿勢が読み取れる(判例【9】)。また、相手方に重過失がある場合という意味で、濫用の客観的明白性を基準として挙げる(判例【10】)。さらに、法律効果について、代理権濫用行為を例外的に無権代理とする判決がある(判例【11】)。

第三章 日本法への示唆

第一節 ドイツ法の分析

本稿の課題は、代理権濫用行為に基づく相手方の履行請求を権利濫用・信義則違反として否定する実質的根拠や判断基準を明確にし、権利濫用・信義則説の不明確さを克服することだった。この点に関して、ドイツ法の議論からいかなる示唆を得られるだろうか。

ドイツ法では当初、帝国裁判所が、本人に対する害意や注意義務違反といった相手方の有責性に基づき本人に悪意の抗弁を認めていた。これに対して、その判例法理を承継した連邦通常裁判所は、相手方の主観的事情のみならず当該事案における全体の事情を総合的に考慮して相手方による履行請求の可否を判断すべきとした。BGB二四二条の一般条項としての機能を利用して当事者間の適正な利益衡量を図り、結論の妥当性を確保する趣旨である。しかし、連邦通常裁判所は、具体的にどのような事情を考慮要素とするのか、当事者双方の利益を衡量する際の基準は何かを明示していない。そこで、この立場によると、結局は裁判官が個別の事案において相手方の請求を否定するのが実質的に妥当と判断するかどうかで、BGB二四二条適用の可否が決められることになり、紛争解決の安定性が確保されなくなる⁽¹⁹⁾。

ドイツ法において有力な例外的無権代理構成は、(i)代理権濫用行為を代理権の範囲に属さない無権代理と解

することも本来は可能である、あるいは本来はそう解すべきことを前提に、(ii) それにもかかわらず、代理権濫用行為が原則的に有権代理とされるのは、もっぱら相手方の取引安全を保護するためであるから、(iii) 相手方が保護に値しないときは、代理権濫用行為を無権代理にすべきとする。ドイツ法における近時の信義則説は、例外的な意味を重視し、それを指針に具体的な要件効果を導き出している。すなわち、相手方の取引安全を保護する必要がないと例外的に認め得るかどうかを主たる基準にして、代理権濫用行為に対する本人保護の可否を判断し、諸般の事情を総合考慮することに消極的な態度をとる。また、具体的にどのような場合に取引安全保護が不要となるかについて、濫用の客観的明白性を基準とする見解が有力である。その背景には、①相手方の軽過失(注意義務違反)を基準にすると、取引安全の保護という無因性原則の意義が没却される、②立証困難な相手方の内心の事情(悪意や重過失)よりも「濫用の明白性」という客観的メルクマールを基準にすべきであるなどの考慮が存在する。しかし、代理行為自体を客観的に評価するのではなく、相手方の主観的事情に焦点を合わせ、相手方の重過失を要件とする見解もある。また、濫用の明白性基準は、実際は相手方の重過失要件に相当するものであり、いずれの基準をとっても結論に違いは生じないとの指摘もある。相手方の重過失は客観的にその存否が判断されるからである。このように、ドイツ法における近時の信義則説は、形式的には一般法理に依拠しながら、代理権濫用法理の実質的な意味を抛り所にして、その要件効果論を展開している。このような態度は、要件効果の明確化に資することになると評価できる。とりわけ、「相手方保護を根拠に代理権濫用行為を原則的に有効な代理行為とする以上、その保護が不要な場合は代理権濫用行為の効果を否定すべきである」との理由付けは、代理権濫用法理の根拠として具体的に明快である。また、このような根拠を前提にする以上、取引安全の保護が必要かどうかという相手方側の事

情のみを基準に本人保護の可否を判断し、本人・代理人側の事情を考慮しないことが論理的に一貫しているし、不確定な諸事情を総合考慮する輪郭の定まらない判断方法よりも簡明である。

そこで、日本法における権利濫用・信義則説の根拠および判断基準を明確化するためにも、ドイツ法における近時の信義則説のように、まず代理権濫用法理のもつ実質的な意味を明らかにし、これを指針に代理権濫用法理の具体的要件を確定する作業が有益である。この点を踏まえ、日本法における代理権濫用法理の考察に移ろう。

第二節 若干の考察

一 日本法における代理権濫用法理の実質的な意味

日本法において、代理権濫用法理はどのような実質の意味をもつか。ドイツ法における議論を参考に、次のように考えるべきである。

1 代理権の範囲画定と本人の意思

はじめに、代理権濫用行為が原則的に有効な代理行為（有権代理）であるか、無効な代理行為（無権代理）であるかの判断から出発しなければならない。任意代理の場合、ある代理行為が有権代理行為となるかを判断するには、まず代理権発生の根拠となる本人の意思表示を解釈し、代理権の範囲を画定する必要がある⁽¹³⁾。代理人が行った代理行為が代理権の範囲内に属すると判断されれば、本人はその効力に拘束される。このように他人（代理人）の法律行為に本人が拘束されるのは、本人自身が授權行為を通じてそのことを意欲したからである。私的自治を基調とする法律行為制度と、他人による行為の効果帰属を認める代理制度とは、このような説明によってはじめて調和する。

そのため、授權行為の解釈によって代理権の範囲を画定するには、まず本人が代理人にどの範囲の行為までを許していたかという本人自身の意思を主たる基準として考慮しなければならない。⁽¹⁴⁾しかし、代理権濫用行為は、本人に對する背任行為であり、代理人の損害賠償責任を発生させることはもちろん、刑罰の対象になる可能性すらある(刑法二四七条)。このような代理人の行為についてまで、その一切の法的責任を引受ける意思を本人が授權行為に際して有していたと認めることは困難であろう。むしろ、本人はその者が自分の利益のために尽力してくれると考えたからこそ代理権を授与するのが通常である。こうした点を踏まえれば、本人が授与した代理権の範囲は、代理人が本人以外の者の利益のためにした行為には及ばない、と授權行為を解釈するのが本人の合理的意思に合致する。⁽¹⁵⁾このように、本人の意思を基準に代理権の範囲を画定すれば、代理権濫用行為は本来、無權代理行為となり、本人への効果帰属を否定すべきことになる。⁽¹⁶⁾

2 代理取引の安全保護

しかし、実際に本人の意思のみを強調し、代理人の権限濫用行為をことごとく無權代理とすると、かえって法律が代理制度を認めた意義を没却するおそれがある。

法律が任意代理制度を認めたのは、代理人が本人に代わって相手方と取引を行うことで、本人の取引活動範囲を拡大させ、本人の私的自治を拡張させるためである。その目的を実現するためには、相手方が、直接本人と取引する場合のように、安心して代理人と取引できるのでなければならない。

これに對して、仮に代理権濫用行為が原則的に無權代理になるとすれば、相手方は、代理人との取引の効果が有効に本人に帰属するかを確信するために、代理行為ごとに代理人の背任的意図の有無を調査しなければならなくな

る。ところが、このような調査は一般的にすこぶる困難である。代理権の客観的範囲、事項的範囲の調査と異なり、代理人の主観的な意図は、本人への確認では通常は分からないし、代理人自身に背任的意図の有無を問うことも無意味である。⁽¹¹⁷⁾ 代理行為時において、このように困難で、しかも結果が不確実な調査、確認をしないと取引の有効性を確信できないとなれば、相手方は代理人との取引を避けるようになり、代理制度の活発な運用が阻害される。その結果、本人の私的自治の拡張という、代理制度の目的を実現できなくなる。そこで、代理取引の安全を保障し、代理制度の活用を促進するため、代理行為に際して相手方が代理人の主観的事情をいちいち調査、確認しなくても取引の有効性を確信し、安心して代理人と取引できるような形で代理制度を設計することが必要となる。そのためには、代理行為の客観的、外形的態様のみを基準に当該代理行為が有権代理かどうかを判断し、背任的意図の有無という代理人の主観的事情を判断基準から除外すべきである。

たしかに、代理権濫用行為を原則無権代理としても、個別具体の事案においては、相手方を表見代理制度によって保護することも可能であろう。⁽¹¹⁸⁾ しかし、表見代理制度による保護を受けるには、代理権濫用の事実がないと信じたことにつき正当理由(民法一〇条)が要求されるから、相手方は、その要件を充足しようと思えば、結局、何かの方法で代理人の主観的事情を調査、確認する手段を講じておかなければならなくなる。そのため、代理権濫用との関係では、表見代理制度による保護の可能性があるからといって、必ずしも代理制度の円滑な運用が保障されるとはいえない。代理取引を円滑にするためには、代理権濫用行為を原則的に有権代理行為とすべきである。

このように、代理権濫用行為の原則的な有効性は、代理取引を活性化し、私的自治の拡張を実現するという政策的観点から正当化される。

3 相手方保護の例外的否定

代理権濫用行為を原則的に有権代理とし、本人への効果帰属を認める判断は、本人自身の意思ではなく、相手方の取引安全を保護し、代理取引の円滑な運用を実現すべきという政策的判断を根拠に正当化される。そして、この政策的判断は、代理権濫用の事実を知ることが相手方にとって通常は困難であることを前提とする。ところが、代理権濫用の事実を相手方が現実知っている、あるいは、相手方において格別な調査、確認を要することなく濫用の事実を容易に知り得るほどに濫用の事実が明白である場合には、この政策的判断を支える基礎が失われる。この場合、代理行為の本人への効果帰属は本人の意思によつてはもちろん、相手方保護の要請によつても、もはや正当化されない。そのため、本人の意思を尊重する本来の立場に立ち返り、代理権濫用行為の効果から本人を保護すべきことになる。

二 権利濫用・信義則説の明確化

以上のように、日本法においても代理権濫用法理は原則的な相手方の取引安全保護を例外的に否定し、本人の意思を尊重する立場へ回帰することにその実質的な意味がある。もちろん、代理権濫用の問題との関係で相手方保護の例外的な否定について定めた明文の規定は民法典に存在しない。そこで、これを実現するために権利濫用法理・信義則（民法一条二項、三項）に依拠すべきことになる。しかし、相手方の履行請求を権利濫用・信義則違反と評価する根拠および判断基準は、この実質的な意味を指針として導き出さなければならない。

1 相手方の履行請求を権利濫用・信義則違反とみる根拠

本来は本人の意思に反する代理権濫用行為を原則的に有権代理と認めるのは、相手方の取引安全を保護するという政策的判断にのみ基づく。したがって、取引安全の保護が不要で、この政策的判断の妥当する基礎が存在しない場合には、代理権濫用行為の本人への効果帰属を正当化する実質的な理由がすべて失われる。この場合にまで、相手方が代理権濫用行為の効果帰属を主張することは、法が代理権濫用行為の有効性を認めた本来の趣旨・目的に反する。そこで、このような相手方の主張を、法の趣旨に反する行為として否定すべきである。こうすることにより、代理行為の効果帰属を実際に否定した場合と同様の結果を導くことができる。⁽¹⁸⁾

2 判断基準

(1) 相手方側の要件

代理権濫用行為を原則的に有権代理とする政策的判断は、代理権濫用の事実を知ることが相手方にとって通常は困難であることを前提とするから、相手方が濫用の事実を知っているとき、また、相手方において格別な調査、確認を要することなく濫用の事実を容易に知り得るほどに濫用の事実が明白であるときは、この政策的判断を支える基礎が失われる。この場合、先述のとおり相手方の主張が権利濫用・信義則違反となる。

このうち、相手方が格別な調査、確認を行わなくても濫用の事実を容易に知り得るとき、というのは、相手方の重過失に相応する要件である。この点、ドイツ法では、相手方の主観面から独立した、濫用の客観的明白性を基準とすべきとの見解が有力である。⁽¹⁹⁾しかし、明白性の基準は実質的には相手方の重過失に相当し、両基準の間に基本的な違いはないと広く指摘されている。⁽²⁰⁾むしろ、相手方保護の適否を問題とする以上、客観的なメルクマールより

も、相手方自身の主観的事情を基準にして判断を行う方が一貫している。したがって、直接の要件は相手方の重過失とし、濫用の明白性は重過失の存在を間接的に示す指標と理解すべきである。

これに対して、濫用の事実について不知であったことにつき相手方に軽過失が認められるだけでは当該代理行為の効力を否定すべきではない。代理行為に際して注意を怠り、代理人による権限濫用の有無を事前に調査しなかつたというだけで代理効果を否定すると、相手方の取引安全に配慮して代理権濫用行為を原則的に有効と認めた政策的判断の意義が没却されるからである。

(2) 本人側の要件

相手方の保護が不要な場合に、代理権濫用行為の効果を本人に負わせるべきではないとの判断は、そもそも、その濫用行為が本人の意思に反するとの理解を前提とするから、本人側の要件として、当該代理行為が本人の意思に反すると認められなければならない。先述のように、代理人による背任行為の効果の引受けは原則として本人の意思に反するため、通常は当該取引が代理権濫用行為にあたる時点でこの要件は充足されている。もっとも、特別な事情があることで、代理権濫用にあたる行為が本人の意思に反しないと認められる余地もある。たとえば、本人が代理人による権限濫用を知らながら放置していたような場合である。この場合、当該行為の効果帰属を本人は默示的に承諾していたと評価できるから、仮に相手方が濫用の事実について悪意または善意重過失であったとしても、その履行請求を認めてよい。⁽¹²⁾

(3) 総合的判断の要否

以上のように、(i) 濫用の事実について相手方が悪意または善意重過失であること、(ii) 当該代理行為が本人の意思に反することを具体的な要件として、相手方の権利濫用・信義則違反を認めることができる。もっとも、当

該取引が代理権濫用行為とされた時点で (ii) の要件は充足されるから、実際に問題となるのは (i) の要件のみである。

それ以上に、本人側の事情を含め、諸般の事情を総合的に考慮したり、当事者双方の利益を衡量したりすることで相手方の権利濫用・信義則違反性を判断すべきではない。「ドイツ法の分析」(本章第一節)でも指摘したように、この判断方法によると、具体的な考慮要素や衡量基準を確定しないかぎり、紛争解決の安定性が確保できない。また、代理権濫用行為の効果から例外的に本人を解放する理由は、その効果帰属が本人の意思によっても、取引安全保護の要請によっても正当化されない点にある(本節13)から、(i)と(ii)の要件は本人保護を認めるための必要かつ十分条件である。それ以外の事情を考慮要素とする必要はない。

近時、日本の学説では「本人・代理人・相手方それぞれの側の諸事情を検討し、総合的に判断して」相手方保護の範囲を画定すべきとの見解が提唱されている。⁽¹²⁾ この見解の趣旨が、(i)と(ii)の要件以外の要素を本人保護の判断に持ち込むものなら、いま述べたところから、これに従うことはできない。

具体的に問題となるのは、相手方に悪意や重過失がある場合でも、本人が代理人に対する監督を怠ったため代理人が権限濫用行為を行ったときは、その本人の落ち度を斟酌すべきかどうかである。この点に関しては、①本人の監督懈怠がある場合に、本人の過失を斟酌し、相手方が悪意または善意重過失でも、その履行請求を完全に認めるべきかという問題と、②本人の過失と相手方の過失とを秤にかけ、本人の過失の割合に応じて相手方の履行請求を部分的に認めよいかという(過失相殺的処理の)問題とを区別して論じる。

まず、①の問題について。代理権濫用の場面において、相手方の履行請求が権利濫用・信義則違反にあたるかどうかは、実質的には代理人が権限を濫用して行った意思表示の効果を本人に帰属させてよいかどうかという問題を

意味する。そして、相手方の履行請求が権利濫用・信義則違反となるのは、濫用行為が本人の意思に反しており、かつ取引安全の保護の必要もないため、本人への効果帰属を否定すべきと評価されるからである。本人に監督懈怠の過失があっても、この評価は覆らない。第一に、本人の監督懈怠という事情は、相手方が濫用の事実を知っていた、または知らないことにつき重過失があつたかどうかの判断に直接影響しない。¹²⁴⁾第二に、効果帰属意思に代替する効力を本人の過失に認めることもできない。民法九四条二項類推適用の法理のように、当事者（真正権利者）に「不注意な行為」があるだけで意思表示をしたのと同じ効果を認める例もあるが、これは、相手方が善意無過失であることを前提とした理論である。これに対して、過失という要素が単体で（つまり、相手方の取引安全を保護する必要がない状況で）本人への効果帰属を正当化することはないといふべきである。¹²⁶⁾したがって、本人に監督懈怠の過失があるからといって、悪意または重過失がある相手方からの履行請求を認めるべきではない。このように解しても、代理人に対する監督懈怠を契約準備段階における本人の注意義務違反と捉え、相手方から本人に対する損害賠償請求を認める余地が残されているから、本人の監督懈怠を問題解決に際して全く考慮できないことにもならない。¹²⁷⁾

②の問題については、近年、日本の学説で過失相殺的処理を支持する見解が提唱されている。¹²⁸⁾しかし、これも①の問題と同じであり、たとえ部分的にであっても、実質的には本人の過失だけを根拠に代理行為の効果帰属を認めることになるから、従えない。本人の過失に基づく損害賠償請求を相手方に認める解決方法の方が、相手方の賠償請求に対して、本人は相手方にも重過失があることを理由に過失相殺を主張できるから、理論的な問題に妨げられることなく当事者間の公平を図り得る。

代理権濫用の問題を一般法理に依拠して解決する場合、相手方の履行請求をいかなる実質的根拠に基づき、どのような判断基準をもって権利濫用・信義則違反と認めるのか不明確になる。本稿はこの問題点を克服するため、相手方の取引安全保護の例外的否定という代理権濫用法理の実質的な意味を指針に相手方の権利濫用・信義則違反性を判断すべきとした。これによると、相手方の請求を権利濫用・信義則違反とする具体的な要件は、(i) 濫用の事実について相手方が悪意または善意重過失であること、(ii) 当該代理行為が本人の意思に反することである。

ただし、特別な事情がない限り、実際に問題となるのは(i)の要件だけである。この二つの要件は本人保護を認めるための必要かつ十分条件であり、それ以上に、諸般の事情を総合的に考慮したり、当事者双方の利益を衡量したりすることで相手方の権利濫用・信義則違反性を判断すべきではない。

ただ、これは代理権濫用法理の構造をおおまかな形で明らかにしたにすぎない。このような代理権濫用法理の内容をさらに細部まで検討することが今後の課題である。たとえば、本稿は相手方の請求が否定される場合の効果論を十分考察していない。相手方が代理行為の効果帰属を本人に主張できない場合、無権代理行為のときと実質的に同じ状況が生まれる。そこで無権代理に関する民法の諸規定(民法一―三条以下)を類推適用できないか。この問題は、とくにその類推適用で得られる実益は何かという点に留意しながら検討したい。¹²⁹⁾

また、要件論(判断基準)についても、さらに検討を要する点はある。たとえば、従来の権利濫用・信義則説のなかには、濫用されたのが任意代理権か法定代理権かの違いに応じて本人保護の要件を類型化する見解がある。¹³⁰⁾ 本稿ではこのような類型的判断の適否について考察できなかった。この点は今後の研究で明らかにしていきたい。

- (102) NJW 1988, S. 3012f.
- (103) 相手方保護の不要性とごう視点を強調する連邦通常裁判所判決としてはかた、BGH, Urt. v. 31.1.1991, NJW 1991, S. 1812ff.; BGH, Urt. v. 29.6.1999, NJW 1999, S. 2883f.
- (104) WM 1992, S. 1362f.
- (105) 濫用の客観的明白性を基準とする連邦通常裁判所判決としてはかた、BGH, Urt. v. 19.4.1994, NJW 1994, S. 2082ff.; BGH, Urt. v. 25.10.1994, NJW 1995, S. 250ff.; BGH, Urt. v. 29.6.1999, NJW 1999, S. 2883f.; BGH, Urt. v. 30.1.2002, NJW 2002, S. 1497f. (ただし「代理権の明白な濫用」と述べており、濫用の客観的明白性とは表現「いさなう」); BGH, Urt. v. 22.6.2004, NJW-RR 2004, S. 1637ff.
- (106) Münchener-Schramm, a. a. O. (Fn. 73), § 164, Rn. 104a.
- (107) なお、本判決後、「客観的明白性」ではなく、「相手方の重過失」と明示的に表現した連邦通常裁判所判決がある。BGH, Urt. v. 5.11.2003, NJW-RR 2004, S. 247ff.
- (108) NJW 1999, S. 2266ff.
- (109) (BGB一三八条一項) 良俗に反する法律行為は無効である。
- (110) Bamberger-Roth-Habermeier, a. a. O. (Fn 60), § 167, Rn. 51. ただし、本判決後、代理権濫用法理の根拠として信義則(BGB二四二条)を明示する判決(BGH, Urt. v. 30.1.2002, NJW 2002, S. 1497f.)や「信義則(BGB二四二条)に基づく抗弁が本人に認められる」とする判決(BGH, Urt. v. 5.11.2003, NJW-RR 2004, S. 247ff.)も登場している。これらは従来判例の立場に親和的である。
- (111) ただし、諸事情の総合考慮という考え方を重視し、代理人の義務違反の態様や本人の共同過失を斟酌してBGB二四二条の適用を判断すべきとする見解も、少数ながら存在する。Soergel-Lepien, a. a. O. (Fn. 60), § 177, Rn. 19.
- (112) この点につき、前掲注(97)で紹介したフロッツの批判も参照。
- (113) 伊藤・前掲注(25)二〇七頁。
- (114) 伊藤・前掲注(25)二〇三頁、二〇九頁以下。
- (115) この点につき、高橋三知雄博士は、代理権が濫用された場合も、当該代理行為と本人の意思とのつながりは否定で

きないとされている。高橋・前掲注(19)二三七頁。しかし、「本人の効果形成意思が代理行為の効果をも本人に帰属させる根源であるとするならば、どの範囲においてそれを望んだかの面においてもこの本人の効果形成意思の内容によって決めなければならぬ。この場合、本人の効果形成意思は本人と代理人間の内部関係における目的設定、指図、義務づけと切り離して考えることができない」とする伊藤進教授の指摘もある。伊藤・前掲注(25)二〇九頁以下。筆者も本文で述べたところから、高橋博士の見解には従えない。

(116) 伊藤・前掲注(25)二〇九頁以下。

(117) 佐久間・前掲注(8)四二頁以下。

(118) 前掲注(25)で紹介した表見代理説を参照。

(119) 日本法における従来の権利濫用・信義則説のなかでは、相手方の「権利行使(履行請求)」を権利濫用・信義則違反として否定する論者が多い(前掲注(13)参照)。しかし、本文に述べたところからすれば、権利濫用・信義則違反にあたりと評価される直接の対象は、厳密には、代理権濫用行為が本人に効果帰属すると相手方が主張することである。相手方の権利行使(履行請求)が否定されるのは、当該代理行為が本人に効果帰属すると主張できないことの結果とみるべきである。

(120) 日本法においてもこの基準を主張する見解がある。石原全「支配人の権限濫用について」一論九五卷二号一三八頁以下(一九八六年)。なお石原教授は、本人保護の法律構成として商法三八条三項(現行商法二二条三項)の類推適用を主張される。

(121) たとえば、Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 13; Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 120; Münchener-Schramm, a. a. O. (Fn. 73), § 164, Rn. 104b, Rn. 105; Soergel-Lepien, a. a. O. (Fn. 60), § 177, Rn. 18.

(122) 相手方の履行請求に対して、本人が代理人の権限濫用の事実とこれについての相手方の悪意または善意重過失を立証し、履行を拒絶した場合、相手方はこの特別事情を再抗弁として主張することになる。

(123) 平山・前掲注(33)三五六頁。

(124) ただし、監督懈怠の事実が相手方に知られ、その結果、本人が当該権限濫用行為を是認しているような外観が生じたときは、相手方の履行請求を認め得る。そうした外観があれば、相手方は代理行為の効果帰属を信頼し、その悪意ま

たは重過失が否定されるからである。ドイツ法でこの点を指摘する見解として、Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 122.

(125) 最判平成一八年二月三日民集六〇卷二号五四六頁。

(126) ただし、本人の監督懈怠といっても、その程度は一樣ではなからう。本文で述べたように、本人が代理人による権限濫用を知らながら放置していたような場合は、悪意または善意重過失の相手方からの履行請求を完全に認めてよい。

(127) 日本法においてこの見解を支持する論者として、青野・前掲注(60)四一頁。ドイツ法でこの見解を支持する論者と

つづ、K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 60), S. 348f.; John, a. a. O. (Fn. 60), S. 363f.; Staudinger-Dilcher, a. a. O. (Fn. 60), § 167, Rn. 104; Soergel-Lepfien, a. a. O. (Fn. 60), § 177, Rn. 19; Bamberger-Roth-Habermeyer, a. a. O. (Fn. 60), § 167, Rn. 52.

(128) 平山・前掲注(38)三五四頁以下。

(129) 相手方が効果帰属の主張を否定されるのは、悪意または重過失がある場合だから、相手方の善意無過失を要件に無権代理人の責任を認める民法一七条については、その類推適用の可否を論じる実益がない。これに対して、本人の追認を定める民法一三条、相手方の催告権を定める民法一四條、相手方の取消権を定める民法一五條については、その類推適用の可否を論じることに実益があるのではないか。

(130) 四宮・前掲注(8)二四一頁、須永・前掲注(19)二四〇頁。この見解は、「債権法改正の基本方針」において提案された条文の内容にも影響している。民法(債権法)改正検討委員会・前掲注(31)二四四頁。

【訂正】阪大法学六一卷二号二〇二頁四行目「相手方の背任的意図」を「代理人の背任的意図」と、二二二頁六行目「知り得なかつたはず」を「知り得たはず」と、訂正する。

脱稿後、平山也寸志「ドイツにおける代理権濫用と過失相殺的処理に関する判例の概観(2)——代理権濫用と過失相殺的処理再論序説——」下関五五卷二号二二頁以下(二〇一一年)、に接した。