



Title	代理権濫用における本人保護の法的構造（一）：ドイツ法の展開を手かがりに
Author(s)	溝渕, 将章
Citation	阪大法学. 2011, 61(2), p. 197-224
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55244
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（一）

——ドイツ法の展開を手がかりに——

溝 渕 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、本号）

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

第三章 日本法への示唆

第四章 結語

第一節 問題の所在

一 代理権濫用行為の原則的有効性

代理人が、客観的には代理権の範囲内において代理行為を行っているが、その際、本人の経済的利益ではなく、自己あるいは本人以外の第三者の利益を図る背任的意図を内心に蔵していた場合、その代理行為の効力をどのように解すべきか。この点について民法は明文の規定を設けておらず、問題の解決は判例および学説の展開する代理権濫用法理に委ねられている。⁽¹⁾

日本法における判例、支配的学説は、代理権濫用のもとで行われた代理行為を原則的に有効な代理行為と認め、当該代理行為に基づく法的責任を本人に負わせている。⁽²⁾ その理由は次のように説明される。まず、(i) 民法九十九条にいう「本人のためにする」とは、本人に経済的利益を与えようとするのではなく、当該代理行為に基づく権利義務を直接本人へと帰属させようとすることを意味する。したがって、仮に背任的意図があったとしても、代理人が代理意思をもち、これを相手方に表示したことは否定されない。⁽³⁾ また、(ii) 代理権の範囲は相手方の取引安全を考慮して客観的、抽象的基準に基づき画定されるべきであるから、代理権濫用行為も代理権の範囲内の行為と認められる。⁽⁴⁾ このように、代理権濫用行為も代理人がその権限の範囲内において本人のためにすることを示して行った代理行為と認められるから、民法九十九条の規定に基づきその効果が本人に帰属する。

二 民法九三条但書類推適用説 (判例通説)

他方で、代理行為の相手方が代理人による権限濫用の事実について悪意または善意有(重)過失である場合には、代理行為の効果を否定して本人を保護すべきである。この点についても判例学説の見解は合致している。ところが、例外的な本人保護を図るための法律構成や要件について見解の相違がみられる。

この点につき、現在の判例および民法学上の通説はいわゆる民法九三条但書類推適用説をとっている⁽⁵⁾。これは、代理権濫用行為を原則的に有効な代理行為と認めるが、一定の要件(相手方の悪意または善意有過失)が充足される場合に、代理人が権限を濫用して行った意思表示を民法九三条但書の類推適用により無効とする見解である。この見解はすでに明治年間における下級審裁判例にその萌芽がみられ、昭和初期に大審院が判例法理として確立して以後、今日にいたるまでその地位を堅持している。

しかし、この見解は主に商法学者から次のように批判されている。

第一に、代理権濫用の場合も、代理人は法律効果を直接本人に帰属させようとする意思を有しており、表示に対応する内心的効果意思は存在するので、代理権濫用行為を民法九三条の定める心裡留保と同一視することはできないという批判である⁽⁸⁾。ただし、この批判に対して通説は次のように反論する。すなわち、(i)代理権濫用を心裡留保と同一視しようとするのではなく、「相手方が知りまたは知ることができた場合(悪意または善意有過失の場合)には法律行為は無効である」との一般法理を民法九三条但書のなかに擬律ないし仮託したにすぎない⁽⁹⁾。あるいは、(ii)代理権濫用の場合、代理人は自己または本人以外の第三者の利益を図ることを意図しながら本人のためにすることを表示して代理行為を行っており、その点に心裡留保に類似した状況をみることができ⁽¹⁰⁾、などである。

第二に、民法九三条但書類推適用説が主張する要件に対する批判である。同説によると、代理権濫用行為の有効

性を本人に主張するために、相手方は代理権濫用の事実を知らなかったことにつき無過失でなければならない。そのため、相手方は代理行為に際して、背任的意図の有無という代理人の主観的領域に及ぶ調査をしなければならぬ。代理行為の相手方にこのような高度かつ困難な調査を要求すると代理取引の安全性、円滑性が害される⁽¹¹⁾。

三 権利濫用・信義則説

以上のような批判を基礎に、学説では、民法九三条但書類推適用説に代わる法律構成として権利濫用・信義則説が主張されている⁽¹²⁾。これは、代理権濫用行為を原則的に有効と認めるが、一定の要件（相手方の悪意または善意重過失とする見解が多い）が充足される場合に、当該代理行為に基づく履行請求を権利濫用・信義則違反（民法一条二項、三項）として否定するものである⁽¹³⁾。

権利濫用・信義則説は、昭和のはじめ、竹田省博士によって提唱され⁽¹⁴⁾、戦前は商法学者を中心に支持を得たが⁽¹⁵⁾、戦後、最判昭和四二年四月二〇日において大隅健一郎裁判官がこの説に依拠した意見を表明したことにより、一層注目を集めることになる。大隅裁判官は、たとえ契約の相手方が権限濫用の事実を知っていたとしても、当該代理行為が代理人の権限内の行為であることに変わりないが、その場合に、悪意の相手方が契約上の権利を行使することとは、法の保護の目的を超越した権利濫用ないし信義則違反の行為として許されないとする⁽¹⁶⁾。そして、権利濫用・信義則説を支持する理由として次の点を挙げる。

第一に、代理権濫用行為を心裡留保とみることはできない。仮に代理権濫用行為が心裡留保にあたると理解するのではなく、「相手方が権限濫用の意図を知り、または知ることができたときは、その代理行為は無効である」との一般理論を同規定に仮託するにすぎないとしても、結局一般理論に根拠を求めるのならば、権利濫用法理や信義則

を根拠にする方が適當である⁽¹⁷⁾。

第二に、民法九三条但書類推適用説によれば、相手方が代理権濫用の事実を過失によって知らない場合にも、代理行為は無効となるのに対して、権利濫用・信義則説によると、この場合、代理行為の有効性は維持される。代理権濫用が問題となるのは、實際上多くは法人の代表者や商業使用人についてであることに鑑みれば、権利濫用・信義則説の見解の方がより取引の安全に資する⁽¹⁸⁾。

さらに、現在では民法学者のなかにも権利濫用・信義則説を支持する論者が少なくない⁽¹⁹⁾。端的に「相手方の悪意」を要件にして権利濫用・信義則違反を認める商法学説に対し、民法学説は、その主張する要件が多様である点に特徴がみられる。

まず、相手方に重過失がある場合の扱いについてである。戦前の権利濫用説は、代理権濫用の事実について相手方が「悪意」の場合にその請求が権利濫用になるとするだけで、相手方が「善意重過失」の場合になおその請求が許容されるかについて触れていなかった⁽²⁰⁾。これに対して権利濫用・信義則説をとる戦後の民法学者は、相手方が「悪意」の場合のみならず、「善意重過失」の場合にも、その履行請求は許されないと明示する⁽²¹⁾。

次に、代理権の種類や本人と代理人との間の関係に応じた類型的判断の必要性である。たとえば民法学説では、濫用されたのが商法上の代理権か民法上の代理権かで区別し、前者の場合には相手方の悪意を要求するが、後者の場合には相手方の軽過失で足り、重過失も必要ではないとする見解がある。これは、民商法の規定では、商法上の表見代理の消極的要件は悪意であるのに対して、民法上の表見代理については(軽)過失で足りると解釈されていることとの均衡を考へての主張である⁽²²⁾。

また、濫用されたのが任意代理権か法定代理権かの違いに着目し、前者の場合には相手方の悪意または重過失を

要求するが、後者の場合には相手方の軽過失で足りるとする見解もある。法定代理の場合は本人が代理人をコントロールできないこと、また、本人保護の必要性も高いことがその理由である。⁽²³⁾

さらに、近年では、相手方の権利濫用・信義則違反を認めるための要素として、相手方側の事情のみならず、本人・代理人側の事情、とくに相手方の背任的意図の存在を挙げる見解もある。この見解は、代理人の背任的意図の存在は相手方の主張を権利濫用・信義則違反とするための一要素にすぎず、それゆえ、場合によっては代理人に背任的意図がなくても、相手方の主張が権利濫用・信義則違反になることもありうるとする。⁽²⁴⁾

このように、現在の権利濫用・信義則説の間では、相手方の権利濫用・信義則違反を認めるために必要とされる要件について帰一をみない状況にある。

四 各説の問題点

以上のように、代理権濫用行為の効力から本人を例外的に保護するための法律構成については、学説上、主に民法九三条但書類推適用説と権利濫用・信義則説が対立している。⁽²⁵⁾

民法九三条但書を根拠にする見解は、「本人のためにする」意思（民法九九条）は本人の経済的利益を確保する意図を要素とし、代理人が背任的意図を有する場合、もはやその意思は存在せず、内心における代理意思の欠缺が生じるという理解を前提とする。⁽²⁶⁾しかし、「本人のためにする」意思が、当該行為の法律効果を本人に帰属させるという法的、形式的な意思を意味することは学説では古くから確認されている。また、心裡留保本来の事案と代理権濫用とは問題状況が大きく異なっており、民法九三条但書の類推適用が可能かどうかとも疑わしい。⁽²⁷⁾

これに対して、権利濫用・信義則説はもともと民法が規律していない問題状況を一般条項に依拠して解決するも

のであるから、問題状況が異なるなどといった理論上の難点は生じない。⁽²⁸⁾ 確かに、安易に一般条項に依拠するのは妥当でないとの批判はあるが、⁽²⁹⁾ 民法自体が代理権濫用の問題を明文で規律していないところからすれば、その解決を一般条項に求めたとしても、それが安易だとは必ずしもいえないであろう。⁽³⁰⁾

このように、少なくとも代理権濫用の問題について明文の規定を欠く現状⁽³¹⁾では、これを解決する法的根拠を権利濫用法理・信義則に求める方が妥当であるといえよう。⁽³²⁾ もっとも、権利濫用法理・信義則は一般法理であるから、本人保護を認めるための判断基準は条文(民法一条二項、三項)からは直ちに明らかとならない。たとえば、相手方側の事情(悪意、過失など)として何を要求するか、法定代理と任意代理の場合とで差異を設けるべきか、などといった問題である。また、相手方の事情のみならず、本人・代理人側の事情を考慮に入れるべきかどうかも問題となる。権利濫用・信義則説を支持する論者の間でも、このような判断基準についての考えが一致しているとはいえない(先述(三)を参照)。そもそも、相手方の請求を権利濫用・信義則違反と判断する基準を確定するためには、相手方の請求が権利濫用・信義則違反となる実質的な根拠はどこにあるのか、相手方のどのような態度が権利濫用・信義則違反とみなされるのかといった実質的根拠をまず明らかにする必要がある。しかし、従来の権利濫用・信義則説はこの点についても明示的に論じていない。

第二節 本稿の課題

先述(第一節四)のように、代理権濫用の問題に関しては、権利濫用・信義則説を支持することが法理論的観点からは難点が少なく、妥当であるといえる。しかし、この説をとると、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が不明確となる。一般法理である権利濫用法理・信義則(民法一条二項、三

項）を代理権濫用の問題を解決する法的根拠とするためには、この点を克服することが不可欠となる。そこで、本稿は以下において、代理権濫用行為に基づく相手方の請求を権利濫用・信義則違反とする実質的根拠およびその判断基準を明確化することを試みる。その際に本稿が比較考察の対象として注目するのは、ドイツにおける判例法理およびこれを支持する通説である。代理権濫用の問題に関するドイツの判例通説は代理権濫用行為を原則的に有効な代理行為としつつ、相手方が悪意の場合に本人に悪意の抗弁を与えたり、相手方の請求を信義則によって否定したりすることで例外的に本人を保護する。これは、日本法における権利濫用・信義則説と同じく、一般法理（一般条項）を根拠に代理権濫用の問題を解決する立場である。ドイツでのこの見解は、日本の権利濫用・信義則説とは異なり、判例法理として採用されており、その歴史も古い。そのため、代理権濫用行為に基づく相手方の請求を一般法理により否定する際の実質的根拠および判断基準が、長年にわたる判例法理の展開や学説上の議論を通じて確立⁽³³⁾されている。

なお、代理人による権限の濫用は任意代理の場合のみならず、法定代理の場合にも発生するが、本稿では筆者の現在の研究進度および紙幅の都合から、もっぱら任意代理権濫用の問題のみを念頭において考察を進める。

第二章 ドイツにおける代理権濫用法理

本章では、代理権濫用の問題をめぐるドイツ法の議論、とりわけ悪意の抗弁や信義則を根拠に代理権濫用行為の効果から本人を保護する判例法理および通説を概観する。本稿の課題は、権利濫用法理・信義則に依拠して代理権濫用行為から本人を保護する場合に生じる実質的根拠や判断基準の不明確さを克服することである。そのため、本章でも、ドイツの判例通説が相手方の履行請求をどのような実質的根拠に基づき、どのような基準によって権利濫

用・信義則違反と判断しているかに紹介の重点を置く。

第一節 代理人の内部的義務と代理権濫用法理

一 日独間における問題状況の相違

ドイツの判例通説は代理権濫用行為を原則的に有効な代理行為（有権代理行為）と認め、相手方が代理権濫用の事実について悪意または善意有過失の場合に、当該代理行為の効力から本人を例外的に保護する。この基本的発想において、日本法とドイツ法とで大きな違いはない。しかし、無視できない相違点がある。すなわち、同じく「代理権濫用」という表題のもとで論じられていても、日本法とドイツ法では対象とされる問題状況に差異がある。日本法においては、代理人による背任的行為が代理権濫用行為として捉えられるのに対して、ドイツ法では、代理人が形式的には代理権の範囲内においてであるが、本人との内部関係（代理権発生の基礎となった委任契約などの内部契約）上の義務に違反して行為することが代理権濫用として捉えられている。そのため、ドイツ法においては、（i）代理人が忠実義務に違反して背任的行為を行う場合、（ii）代理人が委任関係において本人から特別に与えられた指示に違反して行為した場合⁽³⁴⁾、さらに（iii）代理人に本人を害する背任的意図がなくても、過失により注意義務に違反した結果として本人の不利益に帰する代理行為を行った場合など⁽³⁵⁾、日本法よりも広範な状況が代理権濫用の問題として議論されている。そこで、本稿ではドイツ法の議論のうち、日本法の代理権濫用に相当する（i）の事案を念頭においた理論のみを検討の対象とする。

二 代理権濫用法理と代理権の無因性

ドイツ民法典（以下ではBGBと表記する）は代理権濫用に関して明文の規定を欠く。⁽³⁶⁾しかし、ドイツ法の判例学説は代理権の無因性原則（Abstraktionsprinzip）を根拠にして代理権濫用行為の原則的な有効性を肯定する。これは次のような説明による。すなわち、任意代理権は本人による一方的な意思表示、つまり授權行為によって発生する⁽³⁷⁾。本人がこの授權行為をする背景には、たとえば委任、請負、雇用契約などのように、本人と代理人との間の内部的法律関係が存在するのが通常である。しかし、授權行為はこのような内部的法律関係から法的に分離独立している。そこで、授權行為によって発生した任意代理権の範囲を画定するにあたっては、基準となるのは授權行為の内容のみであり、委任などの内部関係に基づいて代理人が負担する義務の内容は代理権の範囲を画定するに際して斟酌されない。そのため、代理権の範囲は忠実義務などのような内部関係上の義務によっては制限されない。代理権濫用行為、とくに代理人が本人への忠実義務に違反して行う背任的行為は、本人と代理人との間の内部関係上は代理人による義務違反行為として許されないはずである。しかし、内部義務違反を構成する代理権濫用行為も、代理権の無因性に基づき、少なくとも授權行為を基準に画定される代理権の範囲内にある以上は有権代理行為として承認される。

また、代理権の範囲が法律により定められる場合、その範囲は当該法律規定の解釈によって画定される。無因性原則によれば、この場合にも当該法律上の文言を客観的形式的視点から解釈して代理権の範囲を画定する。本人と代理人との間の内部関係上の義務は考慮要素とされない。⁽³⁸⁾

第二節 「悪意の抗弁」構成による本人保護

このように、代理人がその内部義務に違反して行った代理権濫用行為は、代理権の無因性を根拠として原則的に有効な代理行為（有権代理行為）と認められる。しかし、右の原則を貫徹すると、本人は代理人による権限濫用の危険を常に負担しなければならなくなり、とりわけ相手方が代理権濫用の事実を認識している場合、さらに、相手方が代理人と共謀して本人の不利益となる取引を行う場合、本人にとってあまりに不公平な結果を招く。そこで、判例は本人を保護することが望ましいと考えられる一定の場合に、当該代理行為の効力から本人を例外的に解放することを認める。その法律構成として判例は当初、代理権濫用行為に基づく相手方の請求に対して本人の抗弁を認めるとの構成を採用していた。判例は本人に認める抗弁を悪意の抗弁（*Einrede der Arglist* または *exceptio doli*）と表現したり、許されざる権利行使の抗弁（*Einrede der unerlaubten Rechtsausübung*）と表現したりしていたが、両者の概念を厳密に区別していたわけではないようである。

一 判例通説の確立

1 帝国裁判所の判例

悪意の抗弁（許されざる権利行使の抗弁）によって本人を保護する法律構成は、帝国裁判所の判例によって確立された。ここでは、帝国裁判所がどのような根拠に基づいて本人に抗弁を認めているか、および本人に抗弁を認める判断基準を何に求めているかに着目しながら、判例法理確立までの経過を概観する（なお、判旨中の番号は筆者が便宜上ふったものであり、原文には存在しない）。

【1】帝国裁判所一八八二年九月二六日判決⁽³⁹⁾

〔事案〕

事案の詳細は不明であるが、ドイツ普通商法典（一八六一年）に定められた不可制限的代理権⁽⁴⁰⁾を有する者による代理権濫用の事案である。

〔判旨〕 結論不明。

不可制限的代理権が濫用された事実を第三者が単に認識してただけでは、当該代理権濫用行為の効力を第三者との関係で否定することはできない。むしろ、「代理権限が代理人によって濫用され、かつ第三者が代理人の悪意に加担し、意図的に会社もしくは本人の不利益となるよう代理人と共謀した結果、一般法原則に従い第三者に対する悪意の抗弁 (exceptio doli) が本人に与えられる場合に限り、本人もしくは会社の名において行われた法律行為が第三者との関係で本人を拘束しないと認めることができる」。

〔検討〕

本判決は、代理権濫用行為を原則的に有効な代理行為と認めたうえで、一定の場合に本人が代理権濫用行為の効力から例外的に保護されることを承認した。しかし、本人保護を認めるために、第三者が代理人と共謀して意図的に本人を害したという厳格な要件を設定する。また、本人保護が認められる場合でも、代理行為自体は有権代理のままであり、本人は相手方の請求を悪意の抗弁により拒絶できるだけである。

【2】帝国裁判所一九〇四年六月三〇日判決⁽⁴¹⁾

〔事案〕

B 合名会社の社員 A はその代理権を濫用し、自分が負担する貸付債務のために B を保証人とする保証契約を債権者 X（原告）と締結した。その際、X は A による代理権濫用の事実およびこれにより会社の財産が侵害されることを認識していた。X は当該保証契約に基づき B の無限責任社員 Y（被告）に支払請求したが、原審は悪意の抗弁を根拠に X の請求を棄却した。これに対して X が上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

BGB は、悪意の抗弁を認める明文の規定を欠く。しかし、このような抗弁は「本件事案のような場合には、二四九条と結びつく形で八二六条に基づき認められる。X は A の背任に加担することにより、自己（X―筆者注）に對して三〇〇〇 M の保証責任を負うとの損害を、良俗に反する方法で故意に Y に与えた。そのため、八二六条に基づき、X は Y に對して、とくに二四九条により請求権を行使しないことを通じて、損害を賠償しなければならない」。

〔検討〕

本判決は、相手方が代理人の背任行為に加担して本人に損害を与えたという事案において、本人が当該代理行為に基づく相手方の履行請求を拒絶することを認めた。ただし、相手方が当該保証契約を締結したことによって本人に對して負うべき損害賠償義務（BGB 八二六条）は原状回復を内容とし（BGB 二四九条）、その「原状回復」は、当該保証契約に基づく履行請求をしないことにより実現されるとの説明により、本人の抗弁を根拠づける。そのため、本人の保護を認めるためには、相手方が良俗に反する方法で故意に損害を惹起したという不法行為責任の成立要件（BGB 八二六条）が必要とされる。もっとも、本判決の事案では、相手方が代理権濫用の事実を認識していただけで、代理人と相手方が互いに共謀していたわけではない。したがって、帝国裁判所は共謀の場合に限り代理行為の効力を否定する従来の判例法理を維持しつつ、共謀概念を緩やかに解して本人保護の要件を緩和したと評

することも可能である⁽⁴⁴⁾。

【3】帝国裁判所一九〇九年六月一四日判決⁽⁴⁵⁾

〔事案〕

被告Yは息子Aに包括的代理権を授与した。Aはこの代理権を濫用し、自分が負担する債務のためにYを保証人とする保証契約を債権者X（原告）と締結した。当該保証契約に基づきXがYに金銭の支払を請求した。原審は自分の債務のために保証契約を代理して締結するAの権限を否定して、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「当該代理行為が本人の利益に帰するか否かという問題は、本来、本人と代理人との間の内部関係にとってのみ意味がある。対外的な任意代理関係はこの内部関係、たとえば委任関係とは法的に厳格に区別されるべきである。代理人は委任に違反しながら、なお与えられた任意代理権の範囲内において行為することができる。契約の相手方は、通常は内部関係について気を遣う必要はなく、ただ当該行為が代理権の範囲内のものかについてののみ気を遣えばよい」。

②しかし、「代理人がその代理権を相手方にも認識可能なほど明白に濫用し、本人の利益に反する代理行為を行った場合、あるいは代理人が本人に対する加害意図をもって行為し、かつ相手方がこの意図を認識した場合、本人は代理人の行った合意を自分にとって拘束力あるものとする必要はなく、または行為を取消し、第三者からの請求に対して悪意の抗弁をもって対抗することができる」。

〔検討〕

本判決は、判例【1】、判例【2】と異なり、民法上の任意代理権が濫用された事案である。しかし、任意代理権の濫用の場合でも、代理権の無因性を根拠に当該行為は原則的に有効と認められる（判旨①）。

また、本判決も悪意の抗弁による本人保護の可能性を認める（判旨②）。さらに、本判決は本人保護の要件として相手方と代理人の共謀や相手方の悪意までは要求せず、代理権濫用の認識可能性で足りるとする。この点は判例【1】、判例【2】に対して特徴的である。しかし、相手方が代理権濫用の事実を過失によって知らなかったにすぎない場合には、B G B 八二六条の成立要件は充たされない。それゆえ、判例【2】のように悪意の抗弁の根拠を相手方の不法行為責任に求めることはできないはずである。そこで、本人に悪意の抗弁を認める根拠をB G B 八二六条以外に求めなければならないが、本判決はその根拠を明確にしていない。

〔4〕帝国裁判所一九三二年一〇月一四日判決⁽⁴⁶⁾

〔事案〕

原告Xは任意代理人Aを通じて被告Y会社を買主とする綿花の売買契約を締結し、Yに対して代金支払を求めた。原審は、本件売買契約はYの代表者Bが清算取引⁽⁴⁷⁾を意図して締結したものであり、AもBの意図を知ったうえで取引に応じていたことを理由に、本件売買契約に基づく権利は訴求力を欠くとした。これに対してXが上告した。上告審では、Aが清算取引の事実を認識していた場合に、その認識がXに帰責されるかが争点の一つとなった。

〔判旨〕 破棄差戻し。

①「（代理人による）法律行為が本人を拘束するかどうかは、任意代理権の内容のみを基準に判断されるのが原則

である。しかしながら例外がある。それは、信義則違反の行為に関する原則が取引相手方の負担において適用され、本人に悪意の抗弁が与えられる場合である。(中略) 当該取引行為が本人の利益に反するため本人がこれを望まないと知っていた、あるいは知り得たはずの相手方が、それにもかかわらず形式的な代理権の存在に依拠してその行為の効果を本人に強制しようとすることは、信義則に違反する行為である」。

②以上の考え方を本件の事案に類推すると次のようにいえる。「当該事実を認識していれば本人は契約の締結を欲しなかったであろうことを相手方が知り、あるいは知り得なかったはずの場合、相手方は、代理人の認識が本人に帰責されると後になって主張することを許されない」。

〔検討〕

事案の説明や判旨②から分かるように、本判決では、代理権濫用行為の効果について本人が責任を負うかではなく、代理人が一定の事実を認識していたことから生じる不利益な法律効果について本人が責任を負うかが問題となった。したがって、本件は厳密には代理権濫用の問題に関する判例ではない。しかし、本判決は代理権濫用法理を類推し、その際、代理権濫用法理に関する一般論を述べている(判旨①)。これは帝国裁判所が代理権濫用法理をどのような内容と捉えていたかを知るうえで参考になる。

本判決は代理権濫用行為を原則的に有効とし、代理権濫用の事実が相手方に認識可能であった場合に本人に悪意の抗弁を認める。この点で先述の判例【3】の立場を踏襲している。

判例【3】は、相手方が代理権濫用の事実を過失によって知らなかった場合に本人に悪意の抗弁を認める法的根拠を明らかにしなかった。本判決はその根拠として相手方の信義則違反(BGB二四二条)⁽⁴⁸⁾を挙げる点で注目される。ここでは、相手方が代理権濫用の事実について悪意であった、あるいは知らなかったことに過失があったにも

かわらず、本人に対して履行請求しようとする点が信義則に違反するとされている。

【5】帝国裁判所一九三四年一月五日判決⁽⁴⁹⁾

〔事案〕

被告Y（公法上の組合）の組合長Aは、Yの名で投機をした結果、損失を発生させてしまった。同じ頃、原告株式会社Xは、その取締役Bの土地（かねてから抵当権が設定され、訴外債権者がこの抵当権を実行していた）を競売手続において取得するための資金調達を試みていた。そこで、Aは権限を濫用し、Yに帰属する証券をXに引き渡すことを約束した。そうすることでXから得られる謝金を損失の穴埋めに充てようと目論んだからである。ところが、Yはその約束を履行せず証券を引き渡さなかったため、Xは競落のための資金を得ることができず、結局Bの土地は執行債権者が取得した。そのため、XがYに対して損害賠償を求めた。

〔判旨〕 上告棄却。

帝国裁判所は代理権濫用法理を任意代理の場合のみならず、法定代理（ここでは機関代理を包摂する概念として用いられている）の場合にも適用すべきだとしたうえで、次のように述べる。

「代理人と相手方の共謀が認められる場合には、許されざる権利取得の抗弁 (*exceptio doli praeteriti* oder *specialis*: B G B 八二六条、八五三条) が認められ、相手方が必要な注意を用いれば代理権の濫用を認識していたはずである場合には、許されざる権利行使の抗弁 (*exceptio doli praesentis* oder *generalis*: B G B 八二六条) が認められる」。

〔検討〕

本判決の特徴は、相手方が代理人と共謀して代理権濫用行為に加担した場合には、本人に許されざる権利取得の抗弁 (*exceptio doli praeteriti oder specialis*: B G B 八二六条、八五三条) が認められるのに対して、それ以外の通常の代理権濫用の場合には、許されざる権利行使の抗弁 (*exceptio doli praesentis oder generalis*: B G B 八二六条) が認められるとした点である。つまり、代理人と相手方の間に共謀のある事案と、単に相手方の悪意あるいは過失が認められるだけの事案とでは、本人の抗弁の法的性質が異なることを明示した。ただし、本判決は許されざる権利行使の抗弁の根拠条文として B G B 八二六条のみを挙げるが、相手方に過失があるにすぎない場合の抗弁を B G B 八二六条から導き出すのは困難である。むしろ判例【4】のように相手方の信義則違反 (B G B 二四二条) を根拠とすべきだったのではないだろうか。⁽⁵⁰⁾

【6】帝国裁判所一九三五年一〇月九日判決⁽⁵¹⁾

〔事案〕

詳細は不明であるが、次のような事案と推測される。訴外Bは生前、Y銀行に本件有価証券を寄託し、他方で遺言によって義理の息子Aを遺言執行者に選任した。Bの死後、相続人として本件有価証券の権利を承継したXは手形小切手取引に関する任意代理権をAに与え、このことをYにも通知した。ところが、Aはこの代理権を濫用し、自分がYに対して負担していた貸付債務を担保する目的で本件有価証券に質権を設定した。その後、YはAの破産手続において不足額が出たことから、質権が設定されていた本件有価証券をもってその損失を補填しようとした。XはAの代理権濫用を理由にこれを拒絶した。原審は、Aによる権限濫用を知らなかったことにつきYには重過失が認められるから、Xは悪意の抗弁により保護されると判示した。本判決は原審が示した理由付けを引用する形で、

帝国裁判所の判例法理に適合するものとしてこれを支持した。

〔判旨〕 上告棄却。

「法律行為に際して当事者は、法律または契約により特別な調査義務を負っているわけでも、一定の注意を尽くして相手方の処分権限を調査することを要求されている。そのため、代理行為の相手方が本人の利益を誠実に配慮していれば代理人の忠実さについてもっともな疑いが生じるはずであり、それゆえ、事情を明らかにするための措置を講じることを求められる場合、相手方は代理人と本人との間の内部関係を調査する義務を負う。このことは債務法全体を支配する信義誠実の原則（BGB二四二条）を根拠とする。これを行わない場合、契約の相手方は本人から悪意の抗弁をもって対抗されなければならない。その結果、本人は当該法律行為に拘束されない」。

〔検討〕

本判決は本人に悪意の抗弁を認める根拠が信義則（BGB二四二条）であることを確認している。悪意の抗弁が認められるかどうかは相手方の信義則上の調査義務違反の有無を基準に判断されると明示した。

- （１）代理権濫用問題に関する日本法の判例学説の詳しい紹介として、松本恒雄「代理権濫用と表見代理」判タ四三五号一八頁以下（一九八二年）、平山也寸志「代理論史——代理権濫用論を中心に——」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・各論』（一九九七年）四一頁以下〔初出、「代理論史——代理権濫用論を中心に——」獨協四〇号四四七頁以下（一九九五年）〕。
- （２）判例はすでに明治年間から代理権濫用行為の原則的有效性を肯定している。大判明治三八年六月一〇日民録一一輯九一九頁。
- （３）鳩山秀夫『法律行為乃至時効』（一九二二年）二五八頁以下。鳩山博士はまず、「本人のためにすることを示す」とい

う顕名主義が民法典において採用された理由として、(i) 当該法律行為の効果は何人に帰するかは効果意思の内容を構成するものであるからこれを表示しなければならないこと、(ii) 何人に法律効果が発生するかは行為の相手方にとっても重大な関心事であるから、その表示は相手方保護のためにも必要であることを挙げる。そして、このような顕名主義の理由からすれば、九九条にいう「本人のためにする」というのは本人の「利益を図る」という実質的な意味ではなく、「その法律行為の直接の効果を本人について生じさせる」という形式的な意味であるから、代理人がその地位を濫用して自己の利益を図ろうとする場合にも九九条の適用は認められると結論づける。ただし、ここでは例外的な本人保護の可能性には触れられていない。また、判例も大判大正六年七月二日民録三輯一一六八頁においてこの理由付けを明示した。

(4) 大判大正九年七月三日民録二六輯一〇四二頁。

(5) 学説では大正年間から昭和初期にかけて、民法九三条但書の直接適用により代理権濫用行為を無効にする見解も存在した。石坂晋四郎「判批」法協三四卷二二二頁(一九一六年)、我妻榮『民法総則(旧版)』(一九一六年)四七九頁、末弘巖太郎「判批」民法判例研究会判例民法大正一〇年度一三頁(一九三二年)、大濱信泉「判批」民商一卷二五五頁(一九三五年)。その後は、同規定を類推適用して代理行為を無効にする立場が一般的となっている。たとえば、我妻榮『民法総則(新版)』(一九一九年)三五六頁、同『新訂民法総則』(一九六五年)三四四頁、於保不二雄「判批」民商五〇卷四号六〇頁(一九六四年)、星野英一「判批」法協八二卷四号九九頁(一九六六年)、淡路剛久「判批」法協八五卷四号一六三頁(一九六八年)、東孝行「判批」神戸一八巻二一五七頁(一九六八年)、森泉章『代表権濫用』理論の検討」民研二五〇号九頁(一九七八年)、幾代通『民法総則(第二版)』(一九八四年)三二二頁、川井健ほか編『民法コンメンタール総則三』(一九八九年)三〇八頁(半田吉信)、近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則(第六版)』(二〇〇八年)二五九頁。

(6) 東京控判明治四四年(判決月日不明)新聞八二二二二頁、東京地判大正二年一月二日新聞九一一二頁。平山・前掲注(1)五八頁以下にこの判決の詳しい紹介がある。

(7) 大判昭和一六年五月一日新聞四七二二二頁。ただし、この判決は民法九三条但書の「類推適用」とではなく、「民法第九三条心裡留保ニ関スル法律ニ準拠シテ」と述べている。最高裁はまず会社代表取締役による機関代理権濫用についてこの判例法理を踏襲した。すなわち、「株式会社」の代表取締役が、自己の利益のため表面上会社の代表者として法律行為をなした場合において、相手方が右代表取締役の真意を知りまたは知り得べきものであったときは、民法九三条但書の規

定を類推し、右の法律行為はその効力を生じないものと解するのが相当である」と。最判昭和三十八年九月五日民集一七巻八号九〇九頁。次に最高裁は支配人による任意代理権濫用についてもこの判例法理に従うことを明らかにした。最判昭和四二年四月二〇日民集二二巻三三六九七頁。それ以降の最高裁判決としては次のようなものがある。会社代表取締役の代表権限濫用の事案につき、最判昭和四二年七月六日金判六七号一六頁、最判昭和五一年一月二六日判時八三九号一一一頁。農業協同組合参事が代理権限を濫用して組合長名義の約束手形を振り出した事案につき、最判昭和四四年四月三日民集二三巻四号七三七頁。包括的代理権を与えられた金庫の代表理事が約束手形振出人のために金庫名義で手形保証をした事案につき、最判昭和四四年一月一日民集二三巻一一号二〇二三頁。信用金庫の表見支配人による権限濫用の事案につき、最判昭和五一年一〇月一日金判五一二号三三頁。農業協同組合の理事が権限を濫用して手形を振り出した事案につき、最判昭和五三年二月一六日金判五四七号三三頁。信用金庫の支店長が権限を濫用して小切手を振り出した事案につき、最判昭和五四年五月一日金判五七六号一九頁。いずれも代理権濫用の問題を民法九三条但書類推適用によって解決することとを支持している。さらに、最判平成四年二月一〇日民集四六巻九号二七二七頁は、親権者による代理権濫用の事案についても民法九三条但書類推適用によって解決すべきとした。

（8）この点を指摘する商法学上の見解として、たとえば、田中誠二「判批」法協五六巻一二号一七六頁（一九三八年）、実方正雄「判批」民商九巻一号八四頁（一九三九年）、亀井秀夫「代表取締役の代表権の踰越と濫用」末川先生古希記念論文集『権利の濫用・中』（一九六二年）一八七頁、米沢明「判批」関学一五巻二二号七九頁（一九六四年）、菅原菊志「判批」法学二八巻四号一九九頁（一九六四年）、小橋一郎「判批」民商六二巻二二号一三〇頁（一九七〇年）、高島正夫「法人代表行為の病理現象」法研四四巻三三三頁（一九七一年）、倉沢康一郎「判批」法研五五巻一〇号一〇三頁（一九八二年）、土橋正「代理権の濫用」森泉章教授還暦記念論集『現代判例民法学の課題』（一九八八年）一二九頁など。また、民法学上もこの点に対する指摘がみられる。たとえば、四宮和夫『民法総則（第四版補正版）』（一九九六年）二四一頁、佐久間毅『代理取引の保護法理』（二〇〇一年）四五頁。

（9）於保・前掲注（5）六〇頁。相手方が悪意などの場合に法律行為が無効になるとの結果を認めたものとして民法九三条但書をあてはめると主張する星野・前掲注（5）九九頁、代理権濫用の事実を相手方が知っている場合の關係が、心裡留保について相手方が知っている場合の關係と似ており、パラレルにみることができると説明する淡路・前掲注（5）一六三頁

もこれに近い趣旨であろう。

(10) 半田・前掲注(5)三〇八頁、山本敬三『民法講義Ⅰ総則(第二版)』(二〇〇五年)三七九頁。また、内田貴教授は、本人と代理人とを一体のものとして捉えてみると、(代理人≡本人)はその真意(想定される本人の意思)に反する意思表示を行ったとみることができから心裡留保と同様の関係を認めうると説明される。内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論(第四版)』(二〇〇八年)一四四頁。

(11) この点について、後述する最判昭和四二年四月二〇日大隅裁判官意見(民集二巻三号七〇〇頁以下)参照。また、山中康雄『民法総則講義』(一九五五年)二八七頁。ただし、民法九三条但書類推適用説を支持する論者のなかにも、相手方の重過失に近い要件を設定する見解があることに注意が必要である。たとえば、星野・前掲注(5)九九頁。

(12) 商法學上はこの見解が通説とされる。商法學上、この見解を支持するものとして、竹田省「判批」民商七巻二一六四頁(一九三八年)、田中・前掲注(8)一七六頁、同『新版会社法』(一九七〇)一八〇頁、実方・前掲注(8)八五頁、亀井・前掲注(8)一八五頁、米沢・前掲注(8)七九頁、菅原・前掲注(8)一一九頁、小橋・前掲注(8)一三一頁、高鳥・前掲注(8)三三頁、新山雄三「判批」法学三七巻一号一七六頁(一九七三年)、柿崎栄治「判批」法学三七巻一号一八三頁(一九七三年)、服部栄三「判批」法学四二巻三号一二二頁(一九七八年)、畑肇「判批」ジュリ昭和五三年度重要判例解説一二二頁(一九七八年)、倉沢・前掲注(8)一〇四頁、土橋・前掲注(8)一二九頁、稲田俊信「手形行為と権限濫用」染谷義信博士古希記念論文集『法と現代司法』(一九八九年)一六七頁以下。

(13) 効果論、とくに権利濫用あるいは信義則違反として否定される直接の対象が何であるかについては、論者によって表現が異なる。一般的には、悪意(重過失)の相手方が代理行為に基づいて取得した「権利を行使すること」が権利濫用・信義則違反とされている。たとえば、田中・前掲注(8)一七六頁、亀井・前掲注(8)一八五頁、菅原・前掲注(8)一一九頁、高鳥・前掲注(8)三三頁、服部・前掲注(12)一二二頁、土橋・前掲注(8)一二九頁など。しかし、相手方が、「当該代理(代表)行為が代理人(代表者)の権限内の行為であると主張すること」が否定されるとする見解(竹田・前掲注(12)一六四頁)、また、第三者に対して本人は「代理行為の無効(効果不帰属)を主張できる」とする見解(四宮・前掲注(8)二四四頁)もある。さらに、相手方の履行請求が否定されるという消極的な本人保護にとどまらず、本人は当該代理行為に基づいてすでに行った給付の返還を悪意重過失の相手方に請求できるとして、より積極的な本人保護を認める見解がある。相

手方が代理行為の効果を本人に主張できない以上、本人はその行為の無効を主張し、履行した物の返還を請求できるべきだとう。稲田・前掲注(12)一六八頁。なお、田中誠二「取締役・会社間の取引規制の緩和傾向と私見（上）」商事七四九号五頁（一九七六年）も参照。

(14) 竹田・前掲注(12)一六四頁。

(15) たとえば、田中・前掲注(8)一七六頁、実方・前掲注(8)八五頁。

(16) 最判昭和四二年四月二〇日民集二卷三三七〇一頁以下。

(17) 最判昭和四二年四月二〇日民集二卷三三七〇一頁以下。

(18) 最判昭和四二年四月二〇日民集二卷三三七〇二頁。

(19) 民法学上、権利濫用・信義則説を支持するものとして、山中・前掲注(11)二八六頁、高橋三知雄『代理理論の研究』（一九七六年）一三四頁以下（初出、「代理権の濫用について——その理論構成——」関法二三卷四・五・六合併号一二九頁以下（一九七四年）、高森八四郎『代理権限の濫用』法ゼ二六七号一〇一頁（一九七七年）、四宮・前掲注(8)二四一頁、佐久間・前掲注(8)四五頁、須永醇『新訂民法総則要論（第二版）』（二〇〇五年）二四〇頁。

(20) 竹田・前掲注(12)一六四頁、田中・前掲注(8)一七六頁、実方・前掲注(8)八五頁。戦後も商法学説では、重過失については触れないものがみられる。たとえば、亀井・前掲注(8)一八五頁、高島・前掲注(8)三三頁、服部・前掲注(12)一二一頁、土橋・前掲注(8)一二九頁など。

(21) たとえば、山中・前掲注(11)二八七頁、四宮・前掲注(8)二四一頁（ただし、法定代理の場合には善意軽過失で足りるとする）。

(22) 高橋・前掲注(19)二四二頁。ただし、これは、表見代理を、現実には与えられた代理権が濫用された場合であると理解する高橋博士独自の見解を前提とする。

(23) 四宮・前掲注(8)二四一頁、須永・前掲注(19)二四〇頁。

(24) 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——」獨協四六号二七六頁（一九九八年）。

(25) そのほかの学説については、平山・前掲注(1)四一頁以下に詳細な紹介がある。本稿では次の二つの見解を例示する

にとどめる。第一に、代理権濫用行為を原則的に有効な代理行為と認めるが、相手方が悪意または善意有過失である場合に、当該代理行為は例外的に無権代理行為になるとみる無権代理直接形成説である。この立場をとるものとして、川島武宜・於保不二雄編『注釈民法(4)』(一九六七年)二〇頁(浜上則雄)、浜上則雄「判批」『ジュリ増刊民法の判例第三版三二頁(一九七九年)』。第二に、代理権濫用行為を原則的に無権代理行為としたうえで、代理行為の有効性に対する相手方の信頼は表見代理規定(民法一一〇条)によって保護すべきとする表見代理説である。この立場をとるものとして、川島武宜『民法総則』(一九六五年)三八〇頁、伊藤進『任意代理基礎理論』(一九九〇年)一二五頁(初出、「ドイツにおける『代理権の濫用』理論」法論四九卷五号五三頁以下(一九七七年))、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論(二・完)」上法二二卷三号二二頁(一九七八年)、石田穰『民法総則』(一九九二年)四四三頁、椿寿夫『民法総則(第二版)』有斐閣双書ブリマ・シリーズ』(二〇〇七年)二一九頁。

(26) 石坂・前掲注(5)一三三頁以下、末弘・前掲注(5)二三頁、大濱・前掲注(5)五一頁。

(27) 田中・前掲注(8)一七六頁、同・前掲注(12)一八〇頁、菅原・前掲注(8)一一九頁、新山・前掲注(12)一七四頁以下、土橋・前掲注(8)二二九頁。なお、権利濫用・信義則説の論者ではないが、中島秀二教授もこの点を指摘されている。中島秀二「濫用代理論批判」幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』(一九九三年)八三頁。

(28) 「相手方が悪意の場合に法律行為が無効になる」との一般法理に条文上の根拠を与えるにしても、民法九三条但書ではなく、端的に権利濫用法理・信義則を引き合いに出す方が理論的な問題は少ないはずである。最判昭和四二年四月二〇日における大隅裁判官意見も同じ趣旨の指摘をする。民集二二卷三号七〇二頁。

(29) 星野・前掲注(5)一〇〇頁、森泉・前掲注(5)一三頁。

(30) 手形法上の議論に関連してではあるが、この点を指摘するものとして、土橋・前掲注(8)一二九頁以下。

(31) 現在議論が進行中の債権法改正作業において、代理権濫用の問題に関する明文化の動きがみられる。近年公にされた「債権法改正の基本方針」では、代理権濫用の問題について以下のような条文が提案されている。

(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) (1) (2)の場合において、第三者がその濫用の事実について善意であり、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。

（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ—序論・総則』（二〇〇九年）一三八頁）

この提案内容は、本人保護のための効果として、代理行為を無効とするのではなく、効果不帰属の主張を本人に認めており、民法九三条但書類推適用説よりも、権利濫用・信義則説に近似している。また、本人保護の要件としても、相手方の重過失を要求しており、この点でも権利濫用・信義則説と一致する。民法（債権法）改正検討委員会・前掲（本脚注）二四四頁。

(32) 前掲注(31)で触れたように、「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権利濫用・信義則説が大きく影響していると考えられる。なお、下級審裁判例ではあるが、権利濫用・信義則説に従った判決が存在する。名古屋高判昭和五一年一月二九日判時八五一号一九五頁。

(33) 代理権濫用問題をめぐるドイツの判例学説については、すでに詳細かつ広範な紹介がある。戦前におけるドイツの判例の紹介検討として、山田晟「表見代理とドイツ民法」勝本正晃先生還暦記念『現代私法の諸問題（上）』（一九五九年）一七四頁以下。戦前から七〇年代までの学説について、高橋・前掲注(19)二〇五頁以下、伊藤・前掲注(25)一七七頁以下、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論（一）」上法三三卷三二四三頁以下、福永・前掲注(25)一七八頁以下。また、平山也寸志「代理権濫用と相手方保護範囲」椿寿夫・伊藤進編『代理の研究』（二〇一一年）三四六頁以下〔初出、「代理権濫用と相手方保護範囲」法時七九卷三三七五頁以下（二〇〇七年）〕は近年における教科書レベルでの学説の諸見解を紹介する。さらに、最近では、臼井豊教授がドイツにおいて近年提示されたフェッダー（Karl Christian Vedder）の見解を紹介分析されている。臼井豊「代理権濫用法理に関する序章的考察——ヴェッダー（Vedder）による「本人の利益状況」分析アプローチを中心に——」立命三三九号二七頁以下（二〇一〇年）。ただし、いずれの先行業績も、戦前から今日にいたるまでの判例通説の経過に焦点を合わせた紹介はしていない。

(34) このような事案類型を含めて代理権濫用の問題を論じる例として次のようなものがある。Werner Flume,

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft (1965), S.791 ; Robert Fischer, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, auch unter Berücksichtigung der Handelsgesellschaften, in : Gesellschaftsrecht und Handelsrecht, Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag (1973), S.15 ; Claus Dieter Schott, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171 (1971), S.386 ; Jürgen Proß, Vertretung ohne Vertretungsmacht, JuS 1985, S.578.

(35) いわゆる「代理権の客観的濫用でも」⁹⁰。BGH, Urt.v.18.5.1988; NJW 1988, S.3012f. この判決については後に触れる（本章第三節三判例【9】）。なお、この問題をめぐるドイツ法の議論を紹介する日本の文献として、平山・前掲注(24)二三八頁以下。

(36) BGBの理由書 (Motiv) も任意代理権の濫用について触れていない。ただし、後見人による代理権濫用に関して次のような記述がある。

「普通法においては、後見人が被後見人の名において行った法律行為は、それが被後見人の財産に対する悪意の侵害となる場合には、被後見人に対して拘束力を生じなかった。これに対して新法典においては、代理権に対するこのような制約は認められない。法律が被後見人の安全な、信用できる (kreditwirkend) 代理に配慮することにより、取引の安全および被後見人にとって一般的に生じる利益は、後見人がその代理権を被後見人の不利益に悪意で濫用することにより個々の場合に被後見人にとって発生しうる危険よりも重要である。このような場合の被後見人の保護は、背任に対する刑法上の保護や、後見人個人に対する責任追及で満足するのがより適切である。近代法は、後見人による重要な行為のために後見裁判所や後見監督人による承認を要求したり、後見人を常態的に監視したりすることで被後見人の利益を保護している。このような保護は一般的にいい、ローマ法における代理権の制約 (Verklausulierung) よりも有効的である」⁹¹。Motiv, IV, S.1086 = Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV.Band : Familienrecht (1899), S.576.

(37) (BGB 一六七条一項) 任意代理権の授与は、代理人または代理の相手方たる第三者に対する意思表示によって行われ⁹²。

(38) 代理権の無因性原則をはじめて理論化したのは、ラーベンツ (Paul Laband) である。Laband, Die Stellvertretung

bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866), S.183ff. ラーバントは次のように説いた。代理権とは、他人の名において行う自己の行為によりその他人に権利を与え義務を課すことを可能ならしめる取引上の形式的な資格である。本人が特定の行為をなすよう代理人に指示を与えていたかどうか、あるいは代理人に裁量を認めていたかどうか、当該の契約を禁じていたかどうかなどの委任関係上の問題は、代理権限にとっては意味をなさない。このように代理と委任が区別される結果、ある者が、自分が受けた委任に反しながら、なお与えられた代理権の範囲内において行為していると認められることがありうる」と。そして、ラーバントは、一八六一年に施行されたドイツ普通商法典 (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861) においても代理と委任の区別が徹底されていると説明し、自身の見解を補強した。ここでのラーバントの見解を詳細に紹介する日本の文献として、高橋・前掲注(19)一六七頁以下〔初出、「委任と代理の関係について」関法二〇巻二号一頁以下（一九七〇年）。また、近年、林幸司教授は、ラーバントの学説を素材にして無因性原則の意味内容を検証されている。林幸司「わが国における代理権の無因性または抽象性」椿寿夫・伊藤進編『代理の研究』（二〇一一年）九八頁以下〔初出、「我が国における代理権の無因性または抽象性」法時七九巻九号七一頁以下（二〇〇七年）〕。

(39) RGZ 9, S.148f.

(40) ドイツ普通商法典は合名会社や株式会社などについて包括的に規定したものであり、BGBに先立つ一八六一年に施行された。同法は、「支配人の代理権（支配権）や株式会社取締役の代表権などの範囲に対して課せられた制限は、たとえ第三者がその制限について悪意であっても第三者に対する関係では法的に効力を有さないと定める（支配人の代理権につき、四三条。また、株式会社取締役の代表権限につき、二二二条二項）。これらの代理権は一般に、（商法上の）不可制限的代理権 (unbeschränkbare Vertretungsmacht) と総称され、今日のドイツ商法においても同趣旨の規定をみることができる（支配人の代理権につき、現行ドイツ商法典五〇条一項。株式会社取締役の代表権限につき、株式会社法八二条一項）。本人と代理人との間の内部関係は代理権の範囲に影響を及ぼさないとする無因性原則がここでは鮮明に現れている。なお、ドイツ普通商法典の立法過程について Ulrich Jüngst, Der Missbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht (1981), S.48ff.

(41) RGZ 58, S.356f.

- (42) (BGB二四九条第一文) 損害賠償義務を負う者は、その賠償義務を生じさせた事情が発生していなければ存在したはずの状態を回復させなければならない。
- (43) (BGB八一六条) 良俗に反する方法で故意に他人に損害を与えた者は、その他人に対して損害賠償の義務を負う。
- (44) この点を指摘するドイツの見解として、Jüngst, a.a.O. (Fn.40), S.61.
- (45) RGZ 71, S.219ff.
- (46) RGZ 134, S.67ff.
- (47) 清算取引とは、物品または有価証券の供給を目的とする契約であって、弁済期に現物を引き渡さずに、合意した価格と取引所価格または市場価格との差額を損をした当事者から得をした当事者へ支払う意図をもってなされるものをいう。このような契約は原則として博戯とみなされ、自然債務しか生じさせない(山田晟「ドイツ法律用語辞典改訂増補版」(一九九三年)一五六頁の解説による)。
- (48) (BGB二四二条) 債務者は、取引慣行への配慮の下、信義則が要求する形にそって給付をなす義務を負う。
- (49) RGZ 145, S.311ff.
- (50) この点を指摘するドイツの見解として、Wolfgang Siebert, Anmerkung zum RG 5.Nov.1934, JW 1935, S.1014.
- (51) JW 1936, S.643f.