

「代理」規律改正のための基本コンセプト
-民法（債権関係）改正論議を契機として-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 伊藤, 進 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/18378

「代理」規律改正のための 基本コンセプト

—民法（債権関係）改正論議を契機として—

伊 藤 進

はじめに

法務大臣から「民法（債権関係）の改正要綱」を示すよう諮問を受けて設けられた法制審議会民法（債権関係）部会では、「任意債権」規律の改正に伴い「代理」規律の改正も予定しているようである⁽¹⁾。本稿は、このような「代理」規律の改正動向に対応するため、現行の「代理」規律とそれを前提としての現在における解釈規律の概要を踏まえながら、現代及び将来の社会構造に適合する「代理」規律のための法的デッサンを描くための基本コンセプトの検討が目的である。現行「代理」規定の解釈論議が目的ではなく、「代理」規律の改正立法論の展開を試みるものである。

〈注〉

- (1) 現在では、法制審議会民法（債権関係）部会の「改正要綱案」は示されていないが、その事実上の前提として検討された民法（債権法）改正委員会案（民法（債権法）改正委員会編・詳解債権法改正の基本方針1序論・総則177頁以下参照（2009年・商事法務））では、その改正提案が示されている。

1 序論—法的デッサンのための手法

「代理」規律改正のための法的デッサンを描くに当っては、様々な手法が考えられる。本稿では、以下のような手法を用いる。

第一に、代理において本人に法律効果が発祥帰属する根拠づけに係わる「代理の法的構成論」を、その機軸に据えてみる。「代理」規律に当って、「代理の法的構成論」が有用なのか無用なのかを検証するためである。代理の解釈法学的研究に当っては、川島博士に代表されるように「代理の法的構成」を議論する必要はないとの見解が有力に主張されているし⁽¹⁾、無用とまでは言い切らないが意識的にか無意識的にか余り重要視していない教科書⁽²⁾など、消極的な見解が多くみられる。これに対して、「代理の法的構成論」の有用性は一応、承認するのが一般的ではある⁽³⁾ものの、Müller-Freienfelsに代表されるように⁽⁴⁾、ドイツでは、代理人行為説が多くの個別問題について代理理論（法的構成論）から演繹的に結論を出そうとしていたが、「むしろ、関係するさまざまな利益を考慮して、個々の制定法規定の意味と目的とに従って、その都度、決定されなければならない」との見解が有力とされている⁽⁵⁾。このような考えは、今回の「代理」規律の改正に当っても踏襲されようとしている。民法（債権関係）部会の見解は明らかにされていないが、そこでの検討に大きな影響を持つものと想定される民法（債権法）改正検討委員会案では、「代理の法的構成論」については全く言及することなく、「代理」を独立して定める必要性は「法律行為の行為者と当事者が異なる場合に、法律行為の当事者を確定するための規範を整備するところに」あるとの観点に立ち⁽⁶⁾、任意代理と法定代理の間に質的な違いがあるとしながら、一括して規定することにも意味がある⁽⁷⁾とする提言は、それを物語っている。そこで、これまでも「代理の法的構成論」を重要視する必要があることを提唱してきた私見としては、「代理」規律に当って「代理の法的構成論」に立脚することなしに何を基準として妥当な規律を導き出すことができるのか、

「代理」規律においては単に代理関係者への利益配分の論理だけでよいのか、ひいては立法の横暴に陥る危険はないのかの疑問や危惧を抱かざるを得ないことに起因する。

第二に、「多角関係」視点に立って組み立てることである⁽⁸⁾。代理は、現象的には本人・代理人・相手方の三当事者の関係にある。しかし、従来の支配的見解では本人＝代理人対相手方の二当事者関係と捉えて規律してきた。代理を、二当事者法律行為の変形にすぎないとみるわけである。民法（債権法）改正検討委員会案も、単に本人＝代理人対相手方の二当事者関係にあることを前提とした上で、本人＝代理人側が本人（当事者）と代理人（行為者）が異なる現象として捉え、ここから出発している。これによって社会の変容に対応するものとして「代理」を規律できるかである。たしかに、沿革的には、ローマ法では許されていなかった代理が、許容されるための最大の課題は、「私法上の主体の自己決定なるものが、代理人による本人のための他主決定と調和」させること、「その際、現れてくる多様な利益衝突の数々が、多彩な諸規律によって、事理にかなった解決へと導く」ことであった⁽⁹⁾。では、現代及び将来社会を見据えての「代理」規律に当たっても、基本的にはこのような意思決定主体と効果帰属主体の分離の調和課題に留め、利益衝突の調整において若干の修正をするというだけでよいのかである。現代社会は分業社会である。また将来においても、この分業社会は進化発展していくことは容易に想定される。そして、この分業社会を取引の側面で支えているのが「任意代理」に基づく取引すなわち「代理取引」であると言っても過言ではない⁽¹⁰⁾。そこでの規律課題は、もはや本人＝代理人側の意思決定主体と効果帰属主体の分離調和のための規律に留まるものではない。分業社会の支柱となっている「代理取引」に関与している本人・代理人・相手方の三者を独立主体として等置して位置づけて規律する視点が求められるのではないだろうか。

そこで、「代理」をかかるとする視点に立ってみると、「代理」では本人・代理人関係、代理人・相手方関係及び本人・相手方関係の三角関係がみられる。こ

ことから、「代理」規律に当っては、これらの各関係をどのように規律するのか、各関係相互間をどのように規律するのか、「代理取引」全体規律をどうするのか、が課題となる。それは、「多角的法律関係」規律に共通する規律課題でもある⁽¹¹⁾。すなわち、「代理」規律においては、本人・代理人関係や代理人・相手方関係のように直接関係に係わる、いわゆる「個別関係規律」の問題であるのか、本人・代理人関係や代理人・相手方関係のように直接関係が存在しない本人・相手方関係に直接的に効果を発祥帰属させるための規律、いわゆる「第一規律課題」の問題なのか、「代理取引」によって本人・代理人・相手方の三者に創造される分業利益の帰属を承認する一方で、二当事者間行為であった場合と比較して生ずるところの様々な利益衝突の調整やリスクの分配のための規律、いわゆる「第二規律課題」の問題なのを判断して規律することである⁽¹²⁾。

第三に、「個別関係」次元での規律と「代理取引」全体次元からの規律という重層的規律構成手法による。「代理」現象を「多角関係」視点に立ってみるときは、本人・代理人関係、代理人・相手方関係及び本人・相手方関係、それぞれの「個別関係」次元の規律と、「代理取引」全体の次元から本人・代理人・相手方三者間での利益調整やリスク配分規律が課題となる。これは、「多角的法律関係」規律に共通する課題でもある⁽¹³⁾。そこで、「取引全体システム」次元からの規律に対応するために、これまでは、様々な法的手法を用いて「個別関係」次元での規律を修正変容するという単層的効果構成手法が主張されてきた⁽¹⁴⁾。しかし、かかる単層的効果構成手法は成功するに至っているとはいえない。その原因は、「個別関係」次元での規律の基礎となっている「効果意思」を唯一の規範として規律するものであったからである。「取引全体システム」次元からの規律の要請は、現代社会における取引システムに対応するためのものである。従来のような「効果意思」を唯一の根拠として規律するのは困難であり擬制を伴う⁽¹⁵⁾。そこで、本人・代理人関係、代理人・相手方関係及び本人・相手方関係、それぞれの「個別関係」次元の規律は、原則として、当該個別関係当事者の「効果意思」に依拠して規律する。

これは、民法典において、原則とされている二当事者関係における規律と異なるものではない。その一方で、現代社会における「代理取引システム」において合理的とされる適正規律基準を探究し、かかる適正規律基準に適合させるために「代理取引システム」全体の次元から規律するという重層的規律構成を手法とする。「代理取引システム」全体の次元からの規律は、現代社会における「代理取引システム」において適正規律基準に適合させるために本人・代理人・相手方三者間の利益やリスクを調整、配分するための規律である。それは、「代理取引」への本人・代理人・相手方三者の「関与・利用意思」を根拠として規律するものである。かかる重層的規律の結果として、「代理」システムの次元からの規律によって、個別関係当事者間の「効果意思」に依拠した規律内容が補正、修正あるいは変容して規律されることになる。

本稿では、以上のような機軸、視点及び構成手法によりながら、民法（債権法）改正委員会の「代理」改正規律案を中心に、現行「代理」との違いを視野に置き、「代理」規律の改正についての法的デッサンを描くことにする。

〈注〉

- (1) 川島武宜・民法総則306頁注(1)(1965年・有斐閣)、辻正美「代理」星野英一編・民法講座Ⅰ(民法総則)445頁(1984年・有斐閣)など。
- (2) 拙稿「わが国における代理の法的構成論－『三当事者法律行為』形象の提言－」明大法科大学院論集1号81頁参照。
- (3) 拙稿「代理の法的構成に関する覚書」法律論叢74巻4・5合併号106頁以下参照。拙稿・前掲(明大法科大学院論集1号)81頁以下参照。
- (4) Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955) S.392.
- (5) 佐久間毅・代理取引の保護法理53頁参照(2003年・有斐閣)。
- (6) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲書177頁。
- (7) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲書180頁。
- (8) 代理を多角関係視点から捉える必要のあることは、椿寿夫「《多角》関係ないし《三角》関係について」法律時報80巻6号96頁が提唱されている。
- (9) W・ミュラーフライエンフェルス(奥田昌道訳)「英米の代理法とヨーロッパ代理法の乖離と接近の諸相(一)」法学論叢121巻1号1頁参照。
- (10) 同旨、樋口教授によれば、「世の中のビジネスはすべて代理人を通したもの

である」(Warren Seavery, Law of Agency IX (Preface) (West Pub.Co.1964) ことから、アメリカ代理法はビジネス法の基礎部分に組み込まれたと指摘されている(樋口範雄・アメリカ代理法49頁(2002年・弘文堂))。

- (11) 拙稿『『多角的法律関係』規律のための法理形成試論』法律時報82巻7号88頁以下参照。
- (12) 拙稿『『代理なる法律行為』における代理人の意思作用(二)』法律論叢83巻1号(40頁)参照。
- (13) 拙稿・前掲(法律時報82巻7号)93頁参照。
- (14) 拙稿・前掲(法律時報82巻7号)91頁以下参照。
- (15) 拙稿・前掲(法律時報82巻7号)93頁。

2 現代分業社会における「代理」類似現象の規律

現代の分業社会では、私法上の生活関係において、行為をする者(A)とその行為に伴う法的効果ないし責任が帰属する者(B)とが分離し、そのことを前提として参画している者(C)からなる法生活現象が、さまざまな場面においてみられる⁽¹⁾。その主な法生活現象として、①任意代理・法定代理・代表・授權・使者・間接代理・委任・第三者のためにする契約などの法律行為(契約)の場面、②代理占有・代行などの事実行為の場合、③履行補助者・履行代行者・代位弁済・代理受領などの履行行為の場面、④使用者責任・監督者責任・法人の不法行為などの不法行為の場面、⑤訴訟代理・登記代理・特許出願代理・税務代理・許認可申請代理などの手続行為の場合にみられる。そこで、現代の分業社会における秩序づけに当っては、これらの法生活上の諸現象を拾い上げて「代理関係」の表題のもとに総括的に規律するデッサンもあり得る。Müller-Freienfersの言によれば、英米法の「近代的代理法の父」といわれたO.W.Holmesの手法である⁽²⁾。このような「代理」規律デッサンに当っては、その法的効果や法的責任の帰属のための法的根拠づけとして、現行の、わが国及びドイツにおける「代理」規律のような「意思」秩序に依拠できるものでないことは明らかである。現に、アメリカ代理法は、ビジネスのための組織法理の一道具となりつつある。そこでは、その法的根拠づけとして「代

理人を通じて行為するよう自己の活動を組織した者は代理人のすべての行為及び不法行為に対する危険を負担しなければならない」とする危険負担の法理に求める見解がみられるようである⁽³⁾。現代の分業社会における「代理」規律の方向性としては、従来のような二当事者間「意思」秩序の例外的規律ともいべき規律視点から脱却して、「組織法理」視点に立っての規律が妥当と思われる。ただ、アメリカ代理法理での「組織法理」視点に立っての規律は会社法における「企業組織」の一構成部分を形作るもの⁽⁴⁾、すなわち「組織『体』法理」ともいべきもののようでもある。しかし、「代理」規律は「行為法理」に係わる規律とみるべきであることから「組織『行為』法理」として規律すべきである。このことから、その法的根拠づけとしては、危険負担の法理よりも報償責任の法理によるのが妥当と思われる。「代理システムを活用することによって生ずる価値を取得する者(A)は、これに関与する行為者(B)及び参画者(C)らが受ける利益に比して生ずる不当なリスクは負担しなければならない」との法理を機軸として規律すべきである。もし仮に、このような「代理」規律デッサンによるときは、大陸法系代理法理と英米法系代理法理との統一的規律も可能になる。

しかし、今日における当面の「代理」規律改正の課題は、債権法の改正に係わる範囲での問題に限られている⁽⁵⁾。このことから、将来における「代理」規律制定ための一つの夢のデッサンに留めて置く。

〈注〉

- (1) かつて、かかる法生活現象を「他人に代わってする行為現象」として列挙した(拙稿「代理の法的構成に関する覚書」法律論叢74問4・5合併号93頁以下参照、拙稿「わが国における代理の問題状況」法律時報78巻6号88頁以下参照)。
- (2) Müller-Freienfels, *Entfernungen und Annäherungen der anglo-amerikanischen und kontinentaleuropäischen Vertretungsrecht* 1985 W. ミューラーフライエンフェルス(奥田訳)・前掲(一)12頁。なお, O.W.Holmes, 4 *Harvard Law Review* 325ff. (W. ミューラーフライエンフェルス(奥田訳)・前掲(一)12頁参照)。

- (3) W. ミューラーフライエンフェルス (奥田訳)・前掲 (二完) 5頁, 前掲 (一) 6頁参照。
- (4) 三林宏「アメリカの有権代理」法律行為研究会報告レジュメ3頁参照。
- (5) このことの当否については, 拙稿「『代理・授権』規定案の検討—代理の法的構成論からみて—」円谷峻編・社会の変容と民法典58頁以下参照 (2010年・成文堂)。

3 「代理」規律と「法律行為」規律との整合性

- (1) 「三当事者法律行為」構成の必要性 債権法の改正に係わる範囲での「代理」規律改正に限ってみると, 契約, その上位概念としての法律行為に際しての「代理」規律ということになる。そこでは, 「法律行為」規律との整合性が求められる。法律行為は, 自由な意思による自己決定に基づき, その自己決定された内容に対応した当事者効果が, その自己決定した者に発祥帰属するとして規律されている。私的自治の原則を機軸とした規律である。このことから, 法律行為における「代理」規律に当たっても, 原則的には, 私的自治の原則を貫徹させながら, その許容の範囲で修正規律するのでなければ, 「代理」を私法体系内に位置づけることが許容されない⁽¹⁾。

ところで, 二当事者法律行為では, 自己決定行為者と当事者効果発祥帰属者が同一である。これに対して, 法律行為における「代理」では, 代理人が自己決定をして相手方と行為を行なっているのに, 本人に当事者効果が発祥帰属するという現象が生ずる。そこで, かかる現象を規律するに当たって, 従来は, 二当事者法律行為関係にはめ込むために, 本人=代理人対相手方の関係, すなわち法律行為の一方の当事者において自己決定行為者 (代理人) と当事者効果発祥帰属者 (本人) とが分離する異例の二当事者法律行為として捉えて規律してきた。このことから, 当然のこととして, 自己決定をしていない本人に当事者効果が発祥帰属する法的根拠づけが要請される。「多角視点」に立つての [第一規律課題]

である。これに応えるために、従来から、代理の本質あるいは代理の法的構成論として議論されてきた。そこでは、「意思」秩序に立つ限りにおいて考えられるのが、代理人（行為者）の「意思」か、本人の「意思」か、あるいは本人と代理人の共同ないし統一「意思」かである。このうち、わが国及びドイツ代理規定は代理人（行為者）の「意思」に求めて規律したものと理解され、代理人行為説が支配的見解とされてきた。これに対して、Müller-Freienfelsは、本人に当事者効果を発祥帰属させるのに本人の「意思」を軽視することは私的自治の原則に違背すると指摘した⁽²⁾。これを受けて、それ自体法律行為である本人の代理権授与とそれ自体は法律行為でない代理人の代理行為との統一という本人「意思」を中核とする代理人「行為」との統一に求める見解（統一要件論）や、本人による代理権授与とみて本人の「意思」に求める見解（本人意思重視構成）などにみられるように、本人の「意思」重視が、近時の代理法研究の主流となってきている⁽³⁾。このような状況からすると、代理人（行為者）の「意思」を機軸として規律されている現行の代理規律は、私法秩序の基本原則である私的自治の原則に齟齬するものとして堅持することは許されない。そこで、これに代わって本人の「意思」重視を機軸とした「代理」規律が求められることになる。この意味では、債権法改正の俎上において「代理」規律を改めるのも故無くもない。民法（債権法）改正委員会案でも、代理の要件として、「代理権」と「顕名」を要件としていながら、代理人の意思ともいえる「顕名」は本人への効果帰属を基礎づける意思表示ではないとし⁽⁴⁾、本人の「意思」に係わる代理権に効果発祥帰属の根拠を置くかのようなデッサンを描いているのも、このような代理法理の傾向を反映したものと推測される。

しかし、代理では、本人の他に、代理人及び相手方が存在する。これらの者の私的自治とも整合したものとして規律するののであれば、代理人（行為者）の「意思」を機軸として規律してきた「代理」規律と同様の運命を辿ることは明らかである。かかる観点に立ってみるとき、〔第

一規律課題」の対応に当っては、本人の「意思」か、代理人の「意思」か、あるいは本人・代理人の統一「意思」の問題かに留まらず、相手方の「意思」をも考慮しなければ、私法秩序の基本原則と整合させることができない。このことのためには、本人＝代理人対相手方の構図を止揚し、本人・代理人・相手方の三者の「意思」を等位置に置いて、これら三者の「意思」の協働によるものと構成する必要がある。

では、この三者「意思」は、どのように協働するかである。二当事者法律行為では、自己決定行為者に当事者効果が発祥帰属することから、当事者効果発祥帰属に係わる意思は観念する必要はない。しかし、法律行為に際しての「代理」では、どのような効果内容とするかの効果内容決定に係わる意思と、誰に当事者効果を帰属させるかの当事者効果発祥帰属に係わる意思とは分離していることを観念して規律することが要請される。そこで、私見として、代理は、本人の代理権授与行為ないし代理権という概念で捉えられてきた「代理人に自己の意思表示の効果内容に係わる意思決定を許容する効果内容決定許諾意思と、代理人に許容した範囲で代理人による効果内容に係わる意思決定に基づき自ら拘束される自己拘束意思からなる『代理許諾意思表示』」と、代理人の代理行為ないし頭名という概念で捉えられてきた「本人に代わって意思表示の効果内容に係わる意思決定を行なう代理意思と、自己の行なった効果内容に係わる意思決定によって生ずる法律効果を自己には生じさせないで本人に生じさせるとする効果転置意思からなる『代理行為意思表示』」と、さらには相手方における「代理人との関係での意思表示の効果内容に係わる効果内容決定意思と、代理人でなされた意思表示の効果内容に係わる意思決定に対応して生ずる効果を自己に生じさせると共に代理人には生じさせないで本人に生じさせるという効果帰属に係わる本人効果発生意思からなる『代理承諾意思表示』」との三者の意思表示によって成立する「三当事者法律行為」ともいうべき形象の法律行為として構成するのが妥当と提唱した⁽⁵⁾。ここでの、法律行為における「代理」規律に当っ

でも、「三当事者法律行為」とみる「法的構成論」を機軸としてデッサンを試みるのが妥当と思われる。

- (2) いわゆる「代理なる法律行為」としての規律⁽⁶⁾このことから、現行、代理規定では、「代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした『意思表示』」と規定し、「意思表示」の代理と捉えている。たしかに、代理人の「意思」に関してみると、効果内容決定に係わる「意思」に限っては、本人の「意思表示」を代わって行なうという面が存在する。しかし、当事者効果発祥帰属に係わる「意思」については、代理人には「自己に効果を発祥帰属させないで本人に発祥帰属させる」という「効果意思」が存在している。この面は、本人に代わっての意思表示ではなく自己自身への効果を意図した代理人固有の意思表示であることからすると、単に「意思表示」の代理とみることはできない。民法（債権法）改正委員会案では、「代理人がその代理権の範囲内において本人の名であることを示してした『法律行為』」とし、「法律行為」の代理と捉えている。その理由として、法律行為の行為者と当事者が異なる場合に、法律行為の当事者を確定するための規範を整備するところに代理を独立して定める必要があると考えるならば、代理の規律においても、「法律行為」の代理を定める方が適当と説明されている⁽⁷⁾。ところで、現行規定とは異なり、わざわざ「法律行為」としたことの意味が、本人に代わっての「法律行為」を意味するとすれば、それは明らかに「法律行為」概念を正しく理解したものとは思われない。また、「法律行為」に当って「本人の名であることを示してした」場合を意味するものであるとすれば、それは法律行為における代理という現象を言い表すだけで、これをもって代理の要素とすることができるか疑問である。いずれにしても、より根本的には、民法（債権法）改正委員会案の前提は、本人（当事者）＝代理人（行為者）対相手方の構図を前提とするものであることから、現行規定の「意思表示」の代理に代えて「法律行為」の代理として規律するにしても、前述のように、私法秩序の基本原則と整合的に規律でき

るものではない。法律行為における代理は、二当事者法律行為とは異なる「三当事者法律行為」と構成すべき「法律行為」形象であり、いわゆる「代理なる法律行為」とも呼ぶべきものとして規律すべきである。

- (3) 「代理なる法律行為」の態様－「相手方のない単独行為」の扱い⁽⁸⁾なお、この「代理なる法律行為」の態様としては、その効果内容決定に係わる意思の態様に応じて、「法律行為」と同様に、単独行為の代理、合同行為の代理及び契約の代理が観念できる。これに対して、当事者効果発祥帰属に係わる「意思」に注目すると、「代理なる法律行為」は、「相手方のない単独行為」では観念することはできない。すなわち、「代理なる法律行為」において本人に当事者効果が発祥帰属するのは、契約の代理では代理人と相手方間の相対立する「当事者効果発祥帰属に係わる効果意思」を含む意思表示が合致したことの結果というよりも、代理人の「当事者効果発祥帰属に係わる効果意思」と契約の相手方の「当事者効果発祥帰属に係わる効果意思」とが協働する共に、これに加えて本人の「当事者効果発祥帰属に係わる効果意思」が協働したことの結果とみるべきである。合同行為についても、同様である。合同行為の場合は、代理人の「当事者効果発祥帰属に係わる効果意思」と各当事者の「法律効果の発祥帰属に係わる効果意思」が協働し、それに加えて本人の「当事者効果発祥帰属に係わる効果意思」が協働したことの結果による。このように、「代理なる法律行為」において本人に当事者効果を発祥帰属させるには、相手方の「当事者効果発祥帰属に係わる効果意思」との協働は不可欠だからである。これに対して、「相手方のある単独行為」では、効果内容決定に係わっては代理人の効果意思のみで決まるが、その効果内容に対応した当事者効果を本人に発祥帰属させるための相手方の「当事者効果発祥帰属に係わる効果意思」との協働が観念できるからである。現行規定の民法118条では、単独行為の無権代理に契約の代理を準用する旨を規定しているが、それは相手方のある場合を想定したものである。そこで、「相手方のない単独行為」の代理をも想定していたかどうかは

文言上は明らかでないことから、現行の「代理」規律の下では解釈によって、これを否定することは許容される。これに対して、民法（債権法）改正委員会案では、「相手方のない単独行為」も当然に観念できるものとした上で、本人の追認を否定すると共に、現行規定と同旨の規律をする⁽⁹⁾。しかし、「代理」規律の改正に当っては、「相手方のある単独行為」の代理に限定すべきである。そして、このことを前提とした上で、合同行為の代理をも含めて、現行民法が、文言上、「契約の代理」としている規定（民法113条、115条、116条、117条など）の適用も、当然に許容されてよいし、今後の「代理」規律においても同旨の規律を設けるのが妥当と思われる。

〈注〉

- (1) Müller-Freienfels, aa.O. s.8ff. (拙稿・前掲(法科大学院論集1号)93頁以下参照)。
- (2) 拙稿「ドイツにおける代理の法的構成論－統一要件論の再検討－」駿河台法学21巻2号43頁以下参照。
- (3) わが国では遠田代理論、浜上代理論、高橋代理論、佐久間代理論、伊藤旧説など(詳細は、拙稿・前掲(明大法科大学院論集1号)30頁以下参照)。ドイツではMüller-Freienfels代理論(拙稿「ドイツにおける代理の法的構成論－統一要件論の再検討－」駿河台法学21巻2号150頁以下参照)、Flume代理論、Thiele代理論、Pawlowski代理論など(拙稿「ドイツにおける代理の法的構成論－Müller-Freienfels代理論以降の諸見解の再検討－」明大法科大学院論集4号211頁以下参照)。
- (4) 民法(債権法)改正委員会編・前掲書184頁。
- (5) 拙稿・前掲(明大法科大学院論集1号)91頁以下。
- (6) 詳細は、拙稿・前掲(社会の変容と民法典)67頁以下参照。
- (7) 民法(債権法)改正委員会編・前掲書185頁。
- (8) 詳細は、拙稿「『代理なる法律行為』における代理人の意思作用(二)」法律論叢83巻1号5頁以下参照。
- (9) 民法(債権法)改正委員会編・前掲書285頁。

4 「代理」規律の射程

つぎに、「代理」と同様に、行為者と相手方間の法律行為から生ずる法的効果が、本人と相手方間に発祥帰属するという諸現象をどのように扱うか。とくに「代理」規律と統一的に規律することができるかどうか問題となる。そこで、その主な現象について、若干デッサンして置く。

(1) 法定代理と「代理」規律

現行民法規定をみると、本人の「意思」に基づく代理権授与行為（「代理許諾意思表示」）が存在しないけれども、法律行為に際し、法定により代理権が授与される現象が多々みられる。それをアトランダムに挙げると以下のようである。家庭裁判所によって選任された不在者の財産管理人（民法25条、26条）、清算法人を代表する清算人（前民法78条、一般法人法214条1項）、法律の規定により財産管理に関する法律行為につき子を代表する親権者（民法818条）、法律の規定により財産管理に関する法律行為について被後見人を代表する未成年後見人（民法818条）、家庭裁判所の選任により財産管理に関する法律行為について被後見人を代表する成年後見人（民法859条1項）、裁判所の選任による被保佐人ないし被補助人の特別の法律行為につき代理権を有する保佐人及び補助人（民法876条の2、民法876条の7）、裁判所の選任により相続財産（法人）の代理権のある相続財産管理人（民法956条1項）、遺言執行者のうち家庭裁判所の選任による選任遺言執行者（民法1010条）などである。この他には、その法的性質をどうみるかによっても法定による代理権授与とみられる場合もある。遺言執行者のうち遺言者が遺言で指定した指定遺言執行者（民法1006条）については、指定遺言執行者を相続人の代理人とみる見解（民法1015条）によるときは相続人の意思に基づくことなく相続人に、また遺産の代理人説では遺産の意思に基づくことなく遺産に当事者効果が発祥帰属することになる。これに対して、被相続人の代理人ないし代表者説、被相続人の最終処分を実現する私的職務の担い手とみる職務説、被

相続人の意思によって遺言の実現を委託された受託者とみる見解によるときは「代理」規律に従うことになる。任意後見人の場合は任意後見人が委任者の生活、療養看護、財産管理事務につき代理権を有し、このことによって委任者に当事者効果が発祥帰属する。そこで、任意後見人の選任について、委任者による弁識能力不十分を前提とする委託にのみ注目すると「代理」規律に従うだけでよいということになるが、委託者意思+家庭裁判所による選任とみると法定によることになる。ところで、このような法定により代理権が授与された場合も、本人により代理権が授与された場合も、統一的に規律できるとしてきたのが従来の支配的見解であった。本人への当事者効果発祥帰属を基礎づけるのは代理人の意思決定のみであるとする「代理人行為説」に立つことによって理論的に可能と解されてきたわけである⁽¹⁾。しかし、前述したように、近時の代理法研究者の多数の見解は、本人への当事者効果発祥帰属の基礎を「本人意思重視構成」によっている。このことからすると、法定により代理権が授与される場合のように当事者効果発祥帰属者（本人）自身の「意思」を観念できない場合は、本人の意思を擬制しない限り、同一に規律することはできない⁽²⁾。ところが、民法（債権法）改正委員会案では、このような学説の動向を踏まえて任意代理と法定代理間には質的な違いのあることは無視するわけではないと断りながら、法律行為の行為者と当事者が異なる場合に法律行為の当事者を確定するための規範を整備するのが「代理」であるとの観点からすれば一括して規律することには意味があるとする⁽³⁾。

しかし、このような統一規律が許容されるかどうか疑問である。第一に、法定により代理権が授与される場合は、本人の「代理許諾意思表示」を観念することはできない。このことから、「代理」規律における「第一規律課題」は、「代理なる法律行為」を本人・代理人・相手方三者の意思表示が協働する「三当事者法律行為」として構成することによって克服されるとする立場と共通させることができないからである。第二に、「第二規律課題」とされる「代理取引」の利用により得られる創造的利益の取得を肯認しながら、そのことによって生ずるリスクを本人・代理人・相手方にどのように配分する

かという課題に対応するに当って、本人の「意思」による「代理」の利用の場合と、本人の「意思」に基づかない「代理」の利用の場合とで同様の対応でよいとは考えられないからである。前者の場合は、本人の「意思」による「代理取引」の利用による創造的利益取得を肯認する一方で、報償責任的法理に基づいて本人にリスク負担を分配するための規律をデッサンすることができる。これに対して、後者の場合は、このようなデッサンは本人にとっては苛酷となる。すなわち、前者では表見法理に基づく規律は当然のこととして許容できるが、後者では妥当性に欠けるからである。さらには、これまでは、前者は「本人の私的自治の拡張」として、後者は「本人の私的自治の補充」として機能するものであるとされてきた。この限りでは、機能面においては前者は「拡張」後者は「補充」という違いはあるものの、前者も後者も基本的には本人の私的自治に係わる制度である点では共通し異なるところはないとみて、共通規律の余地もあり得た。これに対して、後者について、Flume 代理論では本人の私的自治との関係では説明できないといい⁽⁴⁾、Pawlowski 代理論では本人の代表者（機関）である⁽⁵⁾とみて、本人の私的自治に係わる制度とみることを止揚している。むしろ、後者は、自ら意思決定することができない本人の「意思作成機関（Organ）」として規律すべきではないかと思われる⁽⁶⁾。これに対して、前者は、その沿革からみて、本人の私的自治の拡張として機能するものであることは否定するものではないが、現代社会において、そのことのみで留まるものではない。現代社会においては、本人の個人レベルでの機能よりも、分業社会を秩序づけるという機能に重点を置いて規律することが重要であると思われる。このことから、前者に係わって、[第二規律課題]に対応するには、本人の意思に基づいて利用される「代理取引」から生ずるリスクを、分業社会において、本人、代理人、相手方三者にどのように配分するか観点から規律することが要請される。それは、[第二規律課題]の対応に当っての後者の規律基準とは全く異なるものであることは明らかである。前者と後者の統一規律は、理論的に許容されるものではない。

(2) 代表と「代理」規律

法人により選任された理事が、代表として相手方と法律行為を行うことによって、法人に当事者効果が発祥帰属するという現象がみられる。この現象の規律に当って、代表を代理人とみる説⁽⁷⁾によれば本人による代理権授与の場合と同様の規律によることができるようにみえる。代表説⁽⁸⁾に立つと、法人と理事とは人格上の分離はなく、理事の意思決定は法人自身による意思決定であると解されることから、法人の意思に基づいて法人に当事者効果が発祥帰属するとされていることから、「代理」規律とは異なり二当事者間法律行為規律の変形にすぎず、法人の私的自治の原則には違背しないようにもみえる。しかし、法人の選任意思は自然人の意思ではなく法人意思として擬制されたものであるにすぎない。このことに注目すると、自然人としての意思が不存在であるにもかかわらず法人（本人）に当事者効果が発祥帰属する現象と捉えることができる。かかる現象は、法定により代理権が授与された場合と何ら変わりはない。このことから、代表についても、「代理」規律と統一規律することは妥当でない。自らは意思を形成することのできない法人の「意思作成機関」として規律すべきである。

(3) 使者と「代理」規律

使者は、従来、本人の効果意思の「表示」あるいは意思表示を「伝達」する者と位置づけられてきた。このことから、代理の法的構成論において本人行為説の立場からは代理人と使者の概念的区別は行なわれなかった⁽⁹⁾。この立場では、使者は「代理」規律の中に埋没する。これに対し、代理人行為説の立場からは、代理人は本人に代わって意思決定を行なう者であるのに対して、使者は本人のした意思決定を表示しあるいは伝達する者という差異があるとして概念的に区別した。椿博士も、使者は本人への完全従属の関係にあるのに対して、代理人は本人から独立して決定できるとして差異を指摘する⁽¹⁰⁾。かかる差異の指摘は重要である。そこで、これらの立場では、使者は、「代理」規律とは異なって規律されることになる。このことは、「三当事者法

律行為」構成に立っても同じである。使者は、自らにおいて意思決定をする者ではないことからすると、「三当事者法律行為」を構成する者と位置づけることができないからである。使者は、本人の意思表示の「表示機関」あるいは「伝達機関」として規律すべきである。

(4) 授権と「代理」規律

授権は「被授権者（行為者）が自己の名で法律行為をしながら、その法律効果を授権者（本人）に直接帰属させる制度」であるとされている。この授権に関しては、ドイツ民法185条が、これを基礎づける規定とされている。ただ、ドイツ民法では、「第5節 代理及び任意代理権（BGB164～181）」と共通するものとしてではなく「第6節 事前の同意及び事後の同意」の一類型として規律している。わが国の現行民法上は、一般的な規定は存在しないが、理論的に認められている⁽¹¹⁾。しかし、これまで、この授権制度を用いて規律しなければならない行為現象は多くはなかった⁽¹²⁾。処分授権に限ってみれば非権利者の処分行為現象程度であり、立法を待つまでもなかった。しかし、今日の取引社会においては、自動車の販売システムに代表されるように、ディーラーがサブ・ディーラーに所有権留保付で販売し、サブ・ディーラーもユーザーに所有権留保付で販売するという販売システムを、ディーラーがサブ・ディーラーに「転売授権」をしている関係とみることによって、サブ・ディーラーが代金を完済しない場合でも、ユーザーが代金を完済していれば、ユーザーに自動車の所有権が当然に移転するとみることが可能になる⁽¹³⁾。また、今日、一般に行なわれている販売委託の場合にも、目的物の所有権の帰属につき、委託者が受託者に処分授権をしている関係にあるとみると、顧客の所有権取得を基礎づけることは容易になる⁽¹⁴⁾など、現代型販売システムの規律に対応するものとして有用性が増してきている。この意味で、授権の立法化は望まれる。さらには、民法761条の日常家事債務制度⁽¹⁵⁾や商法504条の非顕名代理制度⁽¹⁶⁾などを含めての統一的規律へとデッサンすることも考えられる。もっとも、その際は、「授権」の規律に当っては、処

分授權－行為者が自己の名で本人に属する権利を処分する旨の法律行為をすることによって、処分の効果が本人に直接帰属するというタイプの授權－に限るのか、義務設定授權－行為者が自己の名でした法律行為をすることによって、本人が、その法律行為から生ずる義務を直接負担するというタイプの授權－をも含めるのか、さらには取立授權－行為者が自己の名で本人に属する債権を取立てることによって、取立ての効果が本人に直接帰属するというタイプの授權－など⁽¹⁷⁾をも包括規律するののかの問題とも密接に関係するものであることはいうまでもない⁽¹⁸⁾。

ところで、民法（債権法）改正委員会案では、この「授權」の規律に当っては、代理と授權は、いずれも「法律行為の当事者」－法律行為に基づく権利義務が誰に帰属するか－という問題に属するものであり、共通性を有するとして、現行民法の「代理」に相当する節を「代理および授權」と改め、授權のみに関する規定を置くとして、「代理」との統一的な規律を提案する⁽¹⁹⁾。そして、「第2款授權」では処分授權に限定して規定を設け、「授權においては、顕名原則にかかわる諸問題は出てこないものの」それ以外は代理の場合と類似した問題が出てくる可能性があるから、行為の性質が許さないときを除いて、代理規定を準用するとする⁽²⁰⁾。しかし、授權の場合に、被授權者（行為者）と相手方との処分行為によって、その処分の効果が直接、相手方と授權者（本人）間に発祥帰属するものとして規律する法的根拠、すなわち〔第一規律課題〕への対応は、「代理」規律とは、全く異なる。従来の支配的見解であった代理人行為説では代理人の意思に求めていることから、授權の場合も被授權者（行為者）の意思によるものとして共通する。しかし、「代理」規律に当って、この代理人行為説によることの妥当でないことは前述した。近時の代理法研究者の支配的見解である本人意思重視構成では本人による代理権授与と同様に、授權でも本人が処分授權を授与している点で共通する。さらには、「代理」と授權の差異とされる「本人の名における（顕名）」行為か「自己の名における」行為かの差異に係わって、民法（債権法）改正検討委員会案のように、「顕名」は本人への効果帰属を基礎づける意思表示では

なく、代理人のした行為の効果が本人に帰属し、代理人に帰属しないという効果が認められるための一つの要件であるにすぎないとして位置づけると、権限を付与された者がした行為の効果が権限を付与した者に帰属する点で共通するものとして統一規律することが許容される。しかし、「代理」規律において、本人意思重視構成のみでは〔第一規律課題〕に対応できないことは前述した。本人の意思、代理人の意思の他に、相手方の意思が協働する必要のあることからすると、授權では「顕名」が行なわれていないことから、相手方の意思としては被授權者（行為者）との関係においてのみ処分の効果が生ずるものであり、授權者（本人）との関係で直接処分効を生じさせる意思を擬制する以外に、同一に根拠づけることができない。また、授權では、授權者（本人）と相手方間に直接発祥帰属する法的効果は、処分授權では処分効であり、かりに義務設定授權をも認めるとしても義務負担効という被授權者（行為者）と相手方間の法律行為から生ずる派生的効果であるにすぎない。「代理」のように、本人と相手方間に法律行為の「当事者効果」が直接発祥帰属するものではない。さおさらには、「授權」システムの利用による創造的利益の取得とそれから生ずるリスクの分配という〔第二規律課題〕次元での規律するに当って、授權者（本人）・被授權者（行為者）及び相手方の関係を、「代理」規律におけるような本人・代理人・相手方の関係と同様の適正規律基準に従ってよいか問題となる。たとえば、被授權者（行為者）が授權なしに行なった法律行為の規律に当って、「代理」規律と同様に処理してよいかである。授權者（本人）の追認（追完）に係わっては無権代理行為の追認と同様でよい。授權者（本人）が追認（追完）しなかった場合の被授權者（行為者）の責任についても、無権代理人の責任と同様に規律してよいか。相手方は無権授權者が当事者であるとして行為をしているとみれば「他人物売買」規律でよいのではないか。表見授權を観念して表見代理法理によることができるのか。かりに表見授權が観念できるとしても、「代理」規律と同様に、授權者（本人）に履行責任を負わせるというリスク配分は妥当か。授權では、本人の名が示されているわけではないのであるから、本人が授權し

ているものと過失なく信頼したという保護要件事実はどこにみられるのか。通常の二当事者間の処分行為において相手方が処分権限を有していなかった場合と異なる規律が許容されるか疑問である。授權と代理は、現象的には、法律行為に基づく権利義務が誰に帰属させるかについての規律である点では共通するものがあるとしても、一例として挙げた無権限での処分行為についてみてもわかるように、その他の場合でも代理の場合と類似した問題が出てくる可能性があるかどうか、またその場合に「代理」規律を援用することで充分なのかどうか疑問である。

このことから、授權は、代理とは異なり、他人が代わってする行為現象のうちで、人的要素が重要視されない「人と財産との関係として処理できる場合」に肯認される法制度であって、「代理」規律とは異なるものとして規律するのが妥当と思われる⁽²¹⁾。「授權」規律では、[第一規律課題]を根拠づけるのは「授權者（本人）による被授權者（行為者）への権利関与権限が授与されていること」のみで充分である。処分授權では、財産処分権限を有する者（本人）によって財産処分権限の授与された者が相手方と処分行為を行なった場合、本人が誰であるか否かに係わらず本人と相手方で直接処分効が生ずると規律することは許容される。また、仮に義務設定授權についても、義務負担者（本人）から義務設定権限の授与された者が相手方と義務設定行為を行なった場合、本人と相手方に直接債権債務関係が生ずると規律することも許容されてよい。ただ、この場合、相手方は義務設定行為を行なった者が当事者であると思っていることから、義務設定行為者自身も本人と連帯して債務を負うものと規律すれば、相手方には不測の損失を被ることはない。また、[第二規律課題]への対応は、今後、詳細に検討しなければならないと思われるが、基本的には、本人に事後的同意の余地を認めるだけで、二当事者間法律行為規律に依拠してよいのではないだろうか。授權は、法理論としては三当事者が存在する現象ではある。しかし「顕名」を要素としないことから、相手方において行為者とは別の他者の存在を観念しているものとして規律することができるか疑問である。もし仮に、相手方が行為者とは別に

他者の存在を観念している場合に限るとすれば、「代理」の一態様にすぎないものということになろう。

(5) 間接代理と「代理」規律

間接代理は、自己の名で、他人の計算において行為する限りでは授權と類似する。しかし、間接代理人のなした行為の効果は第一次的に間接代理人自身に帰し、さらに間接代理人と本人との法律関係の当事者としての法律行為により、第一次者間の経済的效果のみを第二次的に本人に帰し、本人と相手方に直接法律関係が生じない。このため、間接代理人の行為により本人に法律効果を帰属させるという代理や授權のようなMachtの授与は問題にならない。間接代理人と相手方との法律関係と本人と相手方との法律関係に分けて規律するだけで十分である。代理あるいは授權と同類のものとして規律できるものではない。民法（債権法）改正検討委員会案においては、間接代理を、所有権の取得に係わる部分を処分授權として規律し、それ以外の部分を委任契約の一類型としての「取次契約」として規律するものとしている⁽²²⁾のは妥当といえる⁽²³⁾。

(6) 第三者のためにする契約と「代理」規律

第三者のためにする契約は、B（要約者）とC（諾約者）が、自己の名において結んだ契約によって、直接A（第三者）をして権利を取得せしめる契約とされている。しかし、第三者のためにする契約の関係をみると、B・C間契約によって当該契約の当事者でないAに直接権利取得の効力が生ずるという三角関係にあり、このA・C間関係を根拠づけなければならない点で代理と共通するし、授權とも近似する。このため、長い間、代理とは明確に区別されることなく、共に、「契約の効力は契約当事者にしか及ばず、何人も他人のために契約をすることはできない」というローマ法の原則の克服に苦心してきたという経緯がある⁽²⁴⁾。現に、ドイツにおいては、A（第三者）への直接権利取得の根拠づけとして、Bを代理人と見る見解のあったことに

もその痕跡がみれる⁽²⁵⁾。このことから、「代理」規律の改正に当っては、第三者のためにする契約との関係を整序して置くことも必要である。

ところで、ドイツ代理法は、その後「顕名の原則」を代理の基本的要素としたことから、第三者のためにする契約とは、この点で概念区別されることになる。特に、約1世紀に渡り支配的見解とされた代理人行為説では、「顕名＝代理意思」が本人への効果発祥帰属を基礎づけるものとされていたことから、区別の決定的なメルクマールということになる。これに対し、民法（債権法）改正委員会案によれば、「顕名」は本人への効果発祥帰属を基礎づけるものではなく、相手方に不測の不利益を被らせないための要素にすぎないと解し、Bが自己の名で行なう授權も、BがAとして行なう本人の名の下での行為も、代理とは基本的には異なるところはないとして規律する。そうだとすると、第三者のためにする契約も、顕名することなくB（要約者）が自己の名で行なっているということだけで「代理」規律から除外できるものではない⁽²⁶⁾。また、支配的見解は、第三者のためにする契約の特質は、第三者をして直接に権利を取得せしめるという点だけに存し、その他の点においては、普通の契約とは異ならない。基本行為たる普通の契約の内容の一部分を第三者に取得せしめることに関する「約款（Fremdkausel）に過ぎないと位置づけている⁽²⁷⁾。すなわち、第三者のためにする契約は、契約の効果内容に係わっては普通の契約を前提とし、その契約から生ずる一部効果帰属についての付款にすぎないとみる。すなわち、基本契約と第三者のためにする契約は合わせて一個の契約であり、第三者のためにする契約は付款であると構成する⁽²⁸⁾。民法（債権法）改正委員会案でも、同様の構成を前提とする⁽²⁹⁾。このことから、代理は、基本契約を代理人が本人に代わって行なうのとは、全く異なることになる。しかし、代理における効果内容に係わる意思表示と効果帰属に係わる意思表示の二面性を持った1つの「代理なる法律行為」であるとみると、第三者のためにする契約とは本質的には異なるところはない。さらに、第三者のためにする契約ではA（第三者）が直接取得するのはB・C間契約から生ずる権利や利益にすぎないのに対して、代理ではA（本人）

では直接当事者効果が発祥帰属する点に差異がある。代理ではA（本人）は契約当事者になるのに対して、第三者のためにする契約ではA（第三者）は契約当事者ではない点でも概念区別されてきた⁽³⁰⁾。しかし、A（第三者）にどのような効果を直接取得させるかについては、民法（債権法）改正委員会案では、債権取得型のほかに、負担付債権取得型、債務免除型、条項援用型、さらには契約成立型も認めるとされている⁽³¹⁾。とくに契約成立型についてのみみると、「要約者と諾約者の間の約定で定められた内容の契約が受益者と諾約者の間に成立したものと扱うものとする」と規定している[3.2.16.04]。これは、B（要約者・代理人）・C（諾約者・相手方）間での契約の当事者効果がA（第三者＝受益者・本人）・C（諾約者・相手方）間に発祥帰属するとするもので、代理と異なるところはない。もっとも、民法（債権法）改正委員会案では「受益の意思表示をした時」とする点で、代理とは異なるように見えるが、この点は無権代理の追認との違いはどこにあるのか。さらに、このような契約成立の効果の生ずるのはA（第三者＝受益者）が財産権の移転又は債権を取得する場合に限られているが、B・C間の無権代理行為をAが追認する場合であるとして構成すると、このような限定も無意味なものとなるのではないと思われる。ちなみに、「顕名」をC（相手方）保護要件であるにすぎないとみると、第三者のためにする契約でもAに効果の生ずることが合意されているのであるから、無権代理の追認構成と本質的に差異を設けることは困難ということになろう。すなわち、第三者のためにする契約において契約成立型まで認めときは、Aに帰属する効果内容（当事者効果か一部効果か）に差異があるとして区別規律することも説得力のないものとなる。これらのことは、代理人行為説に立たない限り、代理も、第三者のためにする契約も、〔第一規律課題〕とされるA・C間効果関係からは区別規律できないことを意味するものである。

しかし、「代理」規律は後述するように現代及び将来の取引社会における「ビジネスモデル」として規律することが要請されるのに対して、第三者のためにする契約はBからCへ、CからAへという二重の財産の移転を一挙に行な

うという経済的意義を有しているにすぎない⁽³²⁾。またアメリカ法では、代理はA・B間の「信認」関係を要素とするのに対して、第三者のためにする契約では「信認」関係の存在を必要としないという違いがある。これらのことは、代理ないし第三者のためにする契約を用いることによるA・B・C三者の利益とリスクの現れ方に違いが見られるだけでなく、その利益取得とリスク分配規律において本質的な差異が生ずることから、同一に規律することは妥当ではない。すなわち〔第二規律課題〕次元において、本質的な差異が生じ、同一規律は不適當ということである。

(7) 小括に代えて－「他人効」と「代理」規律

ドイツでは、かつて、代理の他に授權、その他の機関行為や第三者のためにする契約などを含めて「fremdwirkenden Handeln（ある者の行為の効果が他人に帰属する行為）」として統一的に把握する見解がみられた⁽³³⁾。わが国でも、近時、代理の法的構成を代理人行為説に求めていた支配的見解を起点として「Fremdwirkung」論への展開が、教科書的レベルにおいては優勢になってきている⁽³⁴⁾。代理人行為説による場合は、代理人の意思表示により生じた法律効果の本人への効果転帰という構成を介在させざるを得ない。この点に注目すると、本来、代理人に帰属すべき法律効果を本人に転帰する関係として捉えることができる。辻教授は、代理は、法律行為における行為者とその効果帰属者とが分離する例外的な場合の一つであり、「代理人の立場から見れば、自己の行為の効果がすべて他人に転帰すること「他人効（Fremdwirkung）を意味」と指摘する⁽³⁵⁾。他方、授權についても、四宮博士は、自己の名において法律行為をすることによって、「他人効」を発生させる権利である。代理と同じように他人効を発生させるが、自己の名において行為し、したがって、法律行為の当事者たる地位は行為者自身に保留されることになる点が代理と異なる⁽³⁶⁾と指摘する。高森教授も、他人効そのものは授權においても生ずる。ただ、代理は単なる部分的他人効ではなく全面的他人効「法律行為の当事者たる地位」を本人に帰属させる⁽³⁷⁾として、

授權では部分的他人効が生ずるのに対して、代理では全面的他人効が生ずる点で違いがあるにすぎないとする。このようにして、代理と授權とを「他人効」を生じさせる行為現象という共通項でまとめた上で、その「他人効」の生ずる根拠を本人からの行為者（代理人ないし被授權者）への権限の授与に求めることによって、「本人の名における（顕名）」行為か「自己の名における」行為かによっては質的な差異はない⁽³⁸⁾ことになる。このような見解に立ってみると、代理と授權は同質のものとして共通に規律することが可能になるだけでなく、その他の機関行為や第三者のためにする契約なども含めた「fremdwirkenden Handeln」としての規律もデッサンできる。

しかし、「代理」では、現象的に行為を行うのは代理人と相手方間においてではあるが、その結果、本人と相手方に直接当事者効果が発祥帰属するのは、本人の効果意思による（本人行為説）とか、本人と代理人の共同の効果意思による（共同行為説）とか、さらには本人・代理人・相手方三者によって形成された効果意思による（三当事者法律行為説）ものとみるときは、本人の効果意思の関与に基づいて本人が法律行為の当事者となるわけであるから「他人効」とは言えない。このことから、「代理」を「他人効」の問題として捉えるのは、近時の代理法研究者の支配的見解によって排除されつつある代理人行為説と同様の観点に立ちながら、代理の法的構成の議論を回避することから出発するものとして許容できるものではない⁽³⁹⁾。なお、より根本的には、現代社会における代理を、「行為者に帰属すべき法的効果が他人に帰属する現象」という個人法理のレベルの問題として規律することで充分であるかどうかである。「多角関係」視点に立ってみると、「代理」以外の授權やその他の機関行為、第三者のためにする契約などは、現代社会においても、このような個人法理の範疇における「他人効」現象とみて規律しても齟齬は生じない。これに対して「代理取引」は、現代社会の特徴の一つとされる「分業化社会」の基底をなすものである。このことをも念頭に置くときに、単なる「個人法理」の延長のための規律に留まってはならないのである。

なお、付言すると、法定により代理権が授与される場合や法人の代表及び

使者には、いずれも本人の意思形成に係わる「機関」としての共通要素がみられる。このことから「代理」規律とは異なる「機関法理」として規律することも思考できる。「代理」規律において、法定により代理権が授与される場合をも包含することは妥当でないことからすると「機関法理」規律についてのデッサンは、早急に行なわなければならないわけではあるが、ここでは留保する。

〈注〉

- (1) 拙稿「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－」法律論叢80巻2・3合併号43頁参照。
- (2) このことら、近時の代理法研究者の支配的見解では、任意代理と法定代理とは異なるものとして法的構成する見解 (Müller-Freienfels代理論 (拙稿・前掲 (駿河台法学21巻2号) 150頁以下参照), Thiele代理論 (拙稿「ドイツにおける代理の法的構成論－Müller-Freienfels代理論以降の諸見解の再検討－」明大法科大学院論集4号237頁以下参照), Pawlowski代理論 (拙稿・前掲 (明大法科大学院論集4号) 244頁以下参照, 伊藤代理論 (拙稿・前掲 (法律論叢80巻2・3合併号) 62頁)。や、共通の法的構成要因を見いだそうとする見解 (Flume代理論 (拙稿・前掲 (明大法科大学院論集4号) 216頁以下参照, 高橋代理論 (高橋三知雄・代理理論の研究47頁参照 (1982年・有斐閣)) がみられる。
- (3) 民法 (債権法) 改正委員会編・前掲書180頁。これは、恐らく、代理の法的構成において「本人意思重視構成」に立ちながらも、任意代理も法定代理も意思表示をする者とは別の者を拘束するとする問題点は、両者に共通するとの認識 (Flume代理論 (拙稿・前掲 (明大法科大学院論集4号) 216頁以下参照), 高橋代理論 (高橋・前掲書47頁参照)) に依拠するものと推測される。
- (4) 拙稿・前掲 (法科大学院論集4号) 225頁参照。
- (5) 拙稿・前掲 (法科大学院論集4号) 249頁参照。
- (6) 拙稿・前掲 (法律時報81巻4号) 107頁, 拙稿・前掲 (法科大学院論集4号) 250頁, 拙稿・前掲 (社会の変容と民法典) 66頁。
- (7) 川島武宜・前掲書122頁など。
- (8) 我妻栄・新訂民法総則160頁 (1965年・岩波書店)。
- (9) Savigny代理論にみられる (拙稿「ドイツにおける代理の法的構成論－本

人行為説・共同行為説・三面契約説の再検討－」明大法科大学院論集3号
248頁以下参照。

- (10) 椿寿夫・民法総則173頁（1995年・有斐閣）。
- (11) 拙稿「授權（Ermächtigung）概念の有用性」法律論叢39巻4・5・6合併号373頁以下参照。
- (12) 拙稿・前提（法律論叢39巻4・5・6合併号）388頁以下参照。
- (13) 米倉明・所有権留保の実証的研究335頁（1977年・商事法務研究会）。
- (14) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書64頁。
- (15) 拙稿・前掲（法律論叢39巻4・5・6合併号）430頁以下、拙稿「民法761条についての一考察－その法的理論構成－」法律論叢41巻4・5・6合併号 頁以下。
- (16) 拙稿・前掲（法律論叢39巻4・5・6合併号）428頁以下。
- (17) この他、授權形態については、拙稿・前掲（法律論叢39巻4・5・6合併号）397頁以下参照。
- (18) 私見としては、かつて、処分授權、取立授權、権利行使の授權は許容され、義務設定授權についても例外的に許容される場合があると提唱した（拙稿・前掲（法律論叢39巻4・5・6合併号）425頁）。その後、義務設定授權についても、民法761条や商法504条のように本人と共に行為者も連帯債務者になると構成することによって許容してもよいと改説することによって、いずれのタイプの授權も許容されると提唱するに至った（拙稿・前掲（法律論叢39巻4・5・6合併号）428頁以下）。
- (19) 民法（債権法）改正委員会編・前掲書182頁。
- (20) 民法（債権法）改正委員会編・前掲書316頁以下。
- (21) 拙稿・前掲（法律論叢39巻4・5・6合併号）435頁以下参照。
- (22) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲65頁。
- (23) 拙稿・前掲（社会の変容と民法典）61頁。
- (24) 新堂明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義（一）－英米法との比較を中心として－」法学協会雑誌115巻10号1482頁、佐々木典子「第三者のためにする契約における受益の意思表示の意義－ドイツ民法典制定当時の論議を手がかりとして－」姫路法学29・30合併号531頁など参照。
- (25) 新堂・前掲1501頁、佐々木・前掲532頁参照。
- (26) 第三者の直接権利取得を「権利取得授權」として基礎づける見解（春田一夫・第三者のためにする契約の法理－権利取得授權（Erwerbsermächtigung）を手がかりに307頁以下。（2002年・信山社）は、それを示唆するものである）。
- (27) 谷口知平＝五十嵐清編・新版注釈民法13696頁（中馬義直・新堂明子執筆）

参照（2006年・有斐閣）。

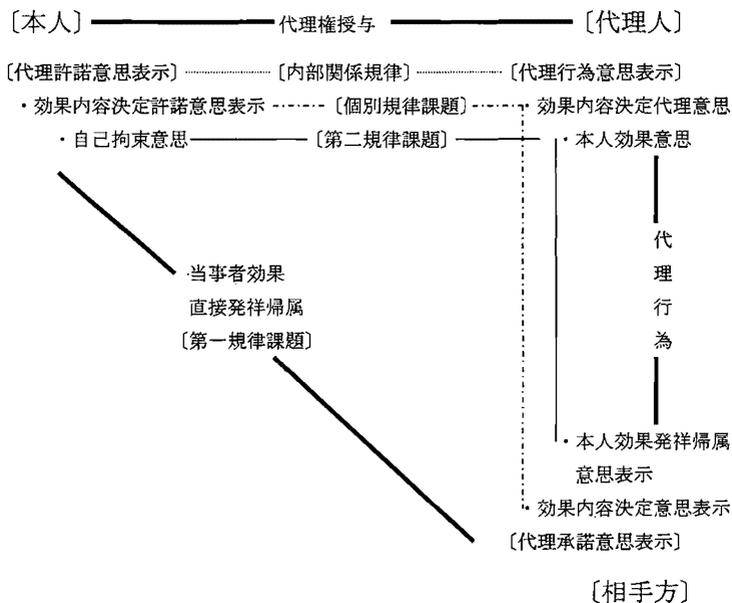
- (28) 石坂音四郎・日本民法第三編債権総論下巻2169頁（1921年・有斐閣）。
- (29) 民法（債権法）改正委員会編・前掲410頁。
- (30) 石坂・前掲書2169頁，星野英一・民法概論IV61頁（1990年・良書普及会）。
- (31) 新堂教授は，第三者のためにする契約の第三の発達段階として，B・C間の契約（医療契約・製造物契約・専門家契約など）上の義務違反による損害賠償請求権を，Bと何らかの関係にあるA（子ども，家族など）に直接取得させるものとすることによって，契約法と不法行為法の連続性にも発展させることが可能と指摘する（新堂・前掲論文の命題でもある）。これは「代理」規律におけるアメリカ代理法と同様の方向性を示唆するものとおもわれるが，今回の改正は約定債権規定に限られている限りにおいては，「代理」規律と同様に，民法（債権法）改正委員会案程度に留まらざるをえないであろう。
- (32) 来栖三郎「第三者のためにする契約」来栖三郎著作集（2）143頁（2004年・信山社出版）。
- (33) 拙稿・前掲（法律論叢39巻4・5・6合併号）375頁参照。Betterman は「Fremdwirkung」とは法律行為的行為特に意思表示或いは法律行為の効果を行為者とその相手方（意思表示の受領者，行為の相手方，契約の当事者）のみならず，完全に或いは部分的に他人にのみもたらすことを意味する」といい（Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, S. 231, Jhering もまた，これに関する論文を書いている（Mitwirkung für Rechtsgechäfte, Jherings J.2.S.67））。
- (34) 詳細は，拙稿・前掲（明大法科大学院論集1号）64頁以下参照。
- (35) 辻正美・民法総則262頁（1999年・成文堂），同旨，四宮和夫・民法総則（第三版）234頁（1982年・弘文堂），四宮和夫＝能見善久・民法総則第六版303頁（2002年・弘文堂），大村敦志・基本民法I 136頁～137頁（2000年・有斐閣）平野裕之・民法総則303頁以下（2003年・日本評論社），など。
- (36) 四宮・前掲書236頁。
- (37) 石田喜久夫編・民法総則183頁〔高森〕（1985年・法律文化社）。
- (38) 四宮・前掲書239頁，同旨中井美雄・民法総則215頁（1991年・三省堂），辻・前掲書273頁。
- (39) 拙稿・前掲（明大法科大学院論集1号）76頁。

5 「代理なる法律行為」規律のための規律関係構図

ここまでの部分デッサンによって、規律デッサンの全体像が浮かび上がってきたものと思われる。そこで、ここでは、「代理なる法律行為」規律のための全体的な規律関係構図を俯瞰して置くことにする。

(1) 「個人法理」規律と「協働法理」規律との重層的規律

「代理なる法律行為」規律の目的は、法律行為、特に取引の法的手段とされている「契約」における「代理」を私法秩序内に位置づけて規律することである。アメリカ代理法のように契約に限定しないで事実行為や不法行為などをも包括した「代理」規律とは、異なる。このため、私法秩序の基本原則である私的自治の原則と整合したものとして規律することが要請されることは前述した通りである。



このことからアメリカ法における「代理」規律と、接合できるものなのかどうか、接合できるとしてどの点においてであるかを検証しながらデッサンしなければならない。ただ、ここで先取して指摘しておく、後述の〔第二規律課題〕次元での規律においては、接合せながら検討することができるのではないと思われる。

その一方で、「代理なる法律行為」規律が、現代社会に対応したものであるためには、取引の法的手段とされている「契約における代理」は、現代取引社会において、どのような役割を果たすものであるのかを念頭において規律することも肝要である。かつて、代理は法律行為において行為者と当事者効果帰属発祥者とが分離する特殊現象である点にのみ注目して、それを私法秩序内に位置づけるための規律努力が行われてきた。民法（債権法）改正委員会案でも法律行為に際しての分離特殊現象に対応するための規律という域を脱していないことは前述した。「代理なる法律行為」規律に当っては、このことを念頭に置いて規律しなければならないことはいうまでもない。ただ、このことのみを念頭に置くだけでよいとするならば、「代理なる法律行為」規律は、本人（「個人」）の行為の拡張のための法理（「個人」法理）レベルの規律にすぎないことになる。しかし、現代取引社会においては、Seaveyが云うように「世の中のビジネスはすべて代理人を通したものであり、たいの重要な取引では、両当事者に代理人がいる」わけで、「契約における代理」はビジネスとの関連で重要性を有する⁽¹⁾。このことからアメリカ代理法では、ビジネスアソシエーション（Business Associations）の一形態である「企業組織・形態」として規律する⁽²⁾。代理は、「個人」レベルの法理から「組織」レベルの法理（「組織」法理）へと質的転換が図られている。ところで、わが国での「代理」規律は、当面、法律行為における代理に限られていることから、アメリカ代理法のような「組織」法理レベルへと完全に質的転換を図ることは困難である。ただ、現代取引社会において「契約における代理」の担っている役割を直視すると、それはビジネスにおける「組織的取引システム」性がみられる。すなわち、それは、現代分業社会における

「代理取引」ともいうべき「ビジネスモデル」でもあるものとして規律することも要請される。このためには、一面では「個人法理」レベルで規律すると共に、他面では、「分業と協働」からなる取引システムの視点に立つての規律も必要となる。それは、「組織法理」や「団体法理」とも異なるものである。本人・代理人・相手方三者の『自律』と『協働』に注目した規律、いわゆる「協働法理」による規律を試みるものである。

(2) 規律次元の多様性—〔内部関係規律〕・〔個別規律課題〕・〔第一規律課題〕・〔第二規律課題〕

(i) 〔第一規律課題〕次元での規律 「代理なる法律行為」の規律次元は、多元である。「代理」規律の中心課題は、本人と相手方に直接当事者効果が発祥帰属するものとして規律することであった。「多角関係」視点に立ってみると、現象的には直接行為関係にない本人と相手方に直接的法律効果を発祥帰属させるという規律、いわゆる〔第一規律課題〕が中心であった。関係構図一（太線）に係わる規律である。「代理なる法律行為」の特徴は、代理人が法律行為の効果内容につき意思決定をし、本人ではない。このように効果内容につき意思決定に係わっていない本人に、直接、法的効果が発祥帰属するものとして規律するのが〔第一規律課題〕である。この〔第一規律課題〕への対応は、私法秩序の基本原則とされている私的自治の原則とは、一見、相容れない。私的自治の原則は、効果内容につき意思決定をした者に、それに対応した法的効果が発祥帰属するとの規範法理（いわゆる「効果意思」規範）に基づいているからである。このことから、〔第一規律課題〕次元での規律に当っては「効果意思」規範に従った規律が求められる。そこで、「代理なる法律行為」規律に当って、この〔第一規律課題〕を克服するため、「代理の法的構成論」ないし「代理の本質論」として多くの議論が展開されてきたことは前述した。しかし、「効果意思」規範に従った規律としては成功するに至っているとはいえないのが現状である。二当事者間法律行為においての効果内容決定意思と効果帰属意思は密接不可分なものとする規律から脱却

できなかったことに起因する。「代理なる法律行為」規律に当っては、本人、代理人、相手方三者のそれぞれに、効果内容決定に係わる意思と効果帰属に係わる意思が分離して存在するものであることを観念し、効果内容決定に係わっては本人の代理人に対する許諾を基礎として代理人或いは相手方が効果内容を決定するが、かかる効果内容の決定に対応して生ずる効果帰属については本人・代理人・相手方のそれぞれに本人に直接発祥帰属させる意思があり、これが協働する関係にあるものとデッサンすることによって、三者の私的自治の原則と齟齬することなく規律づけることができるものと思われる。私見の「三当事者法律行為」構成が、それである。ただ、このような〔第一規律課題〕への対応は、「本人の行為の拡張」を法的に基礎づけるにすぎない。それは「個人法理」レベルの規律に留まる。

(ii) 〔第二規律課題〕次元での規律 「代理なる法律行為」規律では、〔第一規律課題〕に対応するだけでは充分ではない。従来からも「代理」規律では、代理を承認することによって生ずる様々なリスクを処理するための規律が用意されている。代理行為の瑕疵、表見代理、無権代理などなどが、それである。「代理」利用によって生ずるリスクを、本人、代理人、及び相手方にどのように配分するものとして規律するかが課題となる。「多角関係」視点に立ってみると、いわゆる〔第二規律課題〕への対応である。関係構図—（細線）に係わる規律である。ところで、このような「代理なる法律行為」規律に当って生ずる〔第二規律課題〕に対応する手法としては、二つの手法が考えられる。

一つは、〔第一規律課題〕に対応するための規律から演繹する手法である。「代理の法的構成論」ないし「代理の本質論」から演繹して規律する手法である。従来は、〔第一規律課題〕の規律の仕方から演繹することによって、代理から生ずる諸問題も処理されるものとされてきた。「代理」規律は、本人の行為の拡張を基礎づけることであるにすぎないとの「個人法理」レベルの規律に留まるときは、基本的には、それで充分であった。しかし、それは幻想でしかなかった。今日では、これら代理から生ずる様々なリスクを処理

するための（解釈）規律は、〔第一規律課題〕の規律から全て演繹的に導き出されるものではないことが認識されてきた⁽³⁾。このことから、〔第一規律課題〕への対応とは異なる観点から、「代理」利用によって生ずるリスクを、本人、代理人、及び相手方にどのように配分するものとして規律するかが課題とされてきている。

二つは、かかる観点をさらに展開し、〔第一規律課題〕次元での規律とは異なり、「代理なる法律行為」は現代取引社会における「ビジネスモデル」としての「代理取引システム」との視点に立っての規律である。「代理なる法律行為」を現代取引社会における「ビジネスモデル」とみるときは、概略、以下のような「ビジネス利益」と「ビジネスロス」が生ずる。本人にとっては〔本人が信認することによって+自己（本人）信用力の下で+他者（代理人）の能力を用いて〕、〔自己の信用力+自己の能力〕によるより以上のビジネス利益を得ることができる。この反面、本人は、全く信認していない他者によって、もしくは信認の域を超えて信用力が利用されることによるリスク、または信認した代理人の能力評価の誤りによるリスク、さらには他者と相手方が結託することによるビジネスロスなどの生ずる可能性がある。代理人にとっては〔本人から信認されることによって+本人の信用力の下で+自己（代理人）の能力を活用して〕、〔自己の信用力+自己の能力〕によるより以上の能力報酬を得ることができる。この反面、本人に信用力のなかったことにより相手方に生じたビジネスロスの責任を求められたり、能力報酬を得ることができないリスクが生ずる可能性がある。相手方にとっては〔本人から信認された代理人と+本人の信用力を利用して+自己（相手方）の能力で〕、〔本人の信用力を利用することによるビジネスロスの回避を計りながら〕ビジネス利益を得ることが可能になる。この反面、本人の信認に基づかない他者とのビジネスとなり、本人の信用力に基づくものとして期待していたビジネス利益が得られないだけでなく、他者からの回収も困難となるリスクの生ずる可能性がある。このことから、〔第二規律課題〕に対応して規律するに当っては、かかる本人・代理人・相手方三者に生ずる「ビジネス利益」と「ビジ

ネスロス」を念頭においた上で、「適正規律基準」を探索し、それに則して規律することが要請される。そこでは「相手方保護」のみが「適正規律基準」ではない。本人・代理人・相手方三者の「協働関係法理」形成の工夫が試されることになる。

(iii)〔第一規律課題〕次元の規律か〔個別規律課題〕次元の規律か「ビジネスモデル」としての「代理取引システム」の利用によって生ずる様々なリスク配分規律に当っては、それは〔第二規律課題〕として規律すべきことなのか、それとも本人と代理人、代理人と相手方間のそれぞれの〔個別規律課題〕なのかを判断することが不可欠となる。例えば、代理行為における代理人の意思欠缺や知・不知、あるいは本人の意思欠缺や知・不知などは、〔個別規律課題〕に係わるのか、〔第二規律課題〕に係わるものなのかの判断が先行課題となるわけである。そこで、私見では、〔第一規律課題〕に対応するに当って、本人のいわゆる「代理許諾意思表示」と、代理人のいわゆる「代理行為意思表示」と、相手方のいわゆる「代理承諾意思表示」が協働する関係にあるものと規律するのが妥当との法的構成論（いわゆる「三当事者法律行為」）を基底とすることは前述した。そして、それら三者の意思表示を構成するものとして、本人には効果内容決定許諾意思と自己拘束意思、代理人には効果内容決定代理意思と本人効果意思、相手方には効果内容決定意思と本人効果発祥帰属意思が存在し、これら三者の効果内容決定に係わる意思の欠缺などは〔個別規律課題〕に係わるものであり、効果発祥帰属に係わる意思の欠缺などは〔第二規律課題〕に係わるものとみるのが妥当との立場でデッサンし、その妥当性を検証するものである。その上で、〔個別規律課題〕に係わっては、とりあえず現行民法典による二当事者法律行為規律準則に依拠することにし、ここではデッサンしないことにする。なおさらに本人・代理人間についてみると、本人による代理権授与（「代理許諾意思表示」）の原因に係わる委任などの〔内部関係規律〕も課題になる。関係構図――（破線）に係わる規律である。もっとも、〔内部関係規律〕自体については、〔個別規律課題〕と同様に現行民法典による二当事者法律行為規律準則に依拠するこ

とにするが、「代理なる法律行為」規律に当っては〔内部関係規律〕と〔第二規律課題〕との関係をどのようにみるかという「関係規律」デッサンは不可欠と思われる。

(3) 〔第一規律課題〕に係わる規律と〔第二規律課題〕に係わる規律との関係づけ

「多角関係」視点からする〔第一規律課題〕と〔第二規律課題〕とは異なる次元での規律とみるべきである⁽⁴⁾。しかし、「代理なる法律行為」全体が整合性のあるものとして規律するには、両者は無関係なものとして規律するのは妥当ではない。そこで、〔第一規律課題〕に係わる規律を基底とした上で、〔第二規律課題〕に係わる規律をデッサンするという手法による。例えば、本人による代理権授与（「代理許諾意思表示」）が存在しない、いわゆる「無権代理」の場合、〔第一規律課題〕に係わっては本人と相手方間には直接当事者効果が発祥帰属することはないとする規律を前提として、そのことから生ずるリスクを本人・代理人・相手方三者にどのように配分規律するかという〔第二規律課題〕に係わる規律をデッサンするという手法による。このような手法による場合は、〔第一規律課題〕に係わる規律の法的根拠は「効果意思」に求めることができるのに対して、〔第二規律課題〕に係わる規律の法的根拠をいずれに求め、かつ配分規律するかが重要な課題となる。この点、従来は「相手方を保護する必要があるか否か」にのみ求めてきたように思われる。「代理なる法律行為」規律は、本人の行為の拡張という「個人法理」レベルの規律にすぎないとみるならば、本人の利益と相手方の保護との均衡を規律準則として規律することで充分であった。しかし、前述のように「代理なる法律行為」規律は、現代取引社会における「ビジネスモデル」であることを念頭に置くときは、このような「個人法理」レベルでの規律準則に留まるわけにはいかない。そのためには本人・代理人・相手方三者の「協働関係法理」形成を試みることが求められる。このことから、アメリカ代理法では、「代理」を「代理人は本人のコントロールに服すること」と「本人と代

理人の信認関係」を要素とする⁽⁵⁾。そして、このような「代理」を「企業組織・形態」と捉え⁽⁶⁾、危険を支配する者には損失もまた帰するとする危険責任の法理に準じて、『「支配コントロール」する者がリスクを負担する』との規律準則に従って規律する⁽⁷⁾。しかし、わが国における「代理なる法律行為」規律に当っては、アメリカ代理法のように代理を「企業組織・形態」にまで変容させることの妥当でないことは前述した。わが国の「代理なる法律行為」規律に当っては、本人はビジネスにおいて代理人を利用して取引を行なうことによる利益を取得する。しかし、このような取引システム上の利益取得は、本人に限られたものではない。代理人においても、相手方においても享受されている。このことを念頭に置いた上での規律が必要である。それは、「組織法理」としての規律ではなく「組織的行為法理」としての規律であることを前提とした上で、三者利益享受を念頭においての「代理取引システム」利用ビジネスに伴って生ずるリスクの三者配分規律ということになる。それは、本人による利益取得を機軸とするものであることから、利益の帰するところ損失もまた帰するとする報償責任の法理を基底としての三者リスク配分規律を規律準則として規律することである。

〈注〉

- (1) 樋口・前掲書48頁、48頁以下参照 (Warren Seavey, Law of Agency IX (Preface) (West Pub.1964)。
- (2) AGENCY, PARTNERSHIP, LLCs AND CORPORATIONS (Thoms on/Foundation Press 2008)。
- (3) 例えば、Müller-Freienfels, aa.O S.217,392.佐久間毅・代理取引の保護法理31頁 (2003年・有斐閣)。
- (4) 拙稿・前掲 (法律時報82巻7号) 93頁以下。
- (5) 第三次代理法リステイトメントでは「代理とは、ある者 (Principal=本人) が、他者 (agent=代理人) に対して、その代理人が本人のために行動すること及び本人のコントロールに服することについての同意を表明し、代理人がそのような行動することについて同意をするか承認した場合に発生する信認関係である」としている (Restatement Third, Agency § 1.01)。
- (6) 三林・前掲7頁。

(7) Müller-Freienfelsの見解 (W. ミューラーフライエンフェルス (奥田訳)・前掲 (一) 6頁, 前掲 (二完) 5頁参照)。

6 「代理なる法律行為」規律と内部関係

「代理なる法律行為」規律にあたっては、本人・代理人間の委任等の契約当事者間の内部関係と、代理人の行なわれた行為の相手方との外部関係に関する規律をどのように整除するのも問題である。私見では、本人の「代理許諾意思表示」と内部関係の関係づけということになる⁽¹⁾。代理と委任等内部関係を概念的に区別しないで規律することも考えられる。しかし、ドイツ代理論では、Ihering 及び Laband 以来、これを分離、区別することによって代理を法律的に完成した制度として形成してきた。わが国においても、代理は内部関係の権利義務と関係のない独立した「もの」とみることによって一般的に承認されている。本人と代理人間の関係の規律と本人と相手方間の関係の規律とは規律する関係が異なること、および「代理なる法律行為」規律は現代取引社会に不可欠な「ビジネスモデル」に係わる規律でもあることからすると、当然に、独立、分離、区別して規律すべきである。民法(債権法)改正委員会案も、委任などの内部関係を債権編の契約各則に定め、代理は委任等とは独立して規律するとしている⁽²⁾。

ただ、この委任等の内部関係規律が、「代理なる法律行為」規律に影響が及ぶ(有因)と規律するのか、影響が及ばない(無因)と規律するのか問題となる。Labandは、代理には「影響を与えるものではない」(無因)とし、代理を純化させ、従来の支配的見解であった代理人行為説を基礎づけた⁽³⁾。近時は、無因とみる見解は少ない。わが国の議論においてはやや混乱がみられるようであるが、内部関係が取消、解除などによって無効になれば代理行為も無効になると解する見解(有因)が有力である。民法(債権法)改正検討委員会案でも、委任等の内部関係が外部関係の規律と密接に関連する場合は「代理」の規律と併せて定めるとしている。そして、任意代理人は「原因

となった契約により定められた行為」をする権限を有し、任意代理権は「原因となった契約が終了したときに、消滅する」と「有因」規律する⁽⁴⁾。このような「有因」規律は、近時の代理法研究者の支配的見解とされる「本人意思重視構成」を背景とするものと推測される。そうだとすると「利益相反行為」や「代理権の濫用」も内部関係において、本人の意思に違背する現象であることから、これらの現象の代理への影響も「有因」と規律すべきではないのかの疑問が生ずる。

ところで、従来は、「有因」か「無因」については、代理の法的構成論との関係で演繹判断できるものと考えられてきた。代理人行為説に立てば「無因」、本人行為説（本人意思重視構成）に立てば「有因」に帰結すると考えられてきた。これに対して、中舎教授は、代理の法的構成論から演繹すると法律構成上の特殊の「ズレ」が生ずるとして、具体的な効力の問題として代理を内部関係からどの程度切り離したらよいのかの検討の積み重ね作業が必要と提言する⁽⁵⁾。たしかに、「代理」規律に当って、内部関係規律と外部関係規律とを概念的にも区別しないとすゝる立場はともかく、今日、「代理」規律に当って一般的に認めているように両者を区別する立場に立つ限りにおいては、内部関係規律と外部関係規律とは異なる関係についての規律である。そして、両者は、原因と結果の関係にあるわけではない。委任等の内部関係から本人に代わって本人の事務処理等の行為を行なう義務が生ずることを原因として、代理が結果するものではない。内部関係から生ずる本人の事務処理等の行為を行なうに当っては、行為者の信用力の下で行なうことが想定されている。これに対して、本人が本人の信用力の下で行なうことを許諾した場合、すなわち本人が代理を許諾した場合には代理を手段として利用できるようにすぎない。それは、債権行為と物権行為のような原因行為と結果行為の関係と同視されてきた面がないではないが、これとは本質的に異なる関係に立つものである。

ただ、現行の「代理」規律については、代理は委任等の内部関係から生ずる事務処理等の行為のための一つの「手段」関係にあり、かつ現実には、本

人がこのような手段を選択するのが通例であることから、委任等の内部関係と外部関係である代理とは原因と手段の関係として密接な関係に立つものと理解されてきている。そうだとすると、現行の「代理」解釈規律としては、本人の選択によって初めて「代理なる法律行為」を手段として利用できる点に注目して、その選択の前提をなす「内部関係」規律は、手段としての「代理なる法律行為」に影響を与えるものであることを前提として解釈規律するのが妥当ということに帰結する。このことは、代理を本人の私的自治の拡張であるとか、本人の分業手段という「個人法理」レベルでの解釈規律としても適合する。前述した、民法（債権法）改正委員会案は、このような現行「代理」規律を前提とした現在の解釈規律に依拠するものであると評し得るが、徹底したものでないことは先に指摘したとおりである。

しかし、現代及び将来の取引社会における「代理なる法律行為」規律に当て、内部関係と外部関係とが、このような目的と手段という密接な関係に立つものとして規律するのが妥当かである。これまでは、内部関係と外部関係の問題は、専ら委任と代理の関係に焦点を当てながら、そこでの議論を一般論として解釈規律してきた。委任から代理を独立させ、その独立させた代理と委任がどのような関係に立つかという問題として議論されてきた沿革からみて必然の帰結である。しかし、「代理なる法律行為」規律は、「ビジネスモデル」の規律でもある点に注目すると、まず、委任と代理との関係、これを一般論化したところの内部関係と外部関係の関係という捉え方から脱却してみるものが要請される。本人が他者（代理人）を信認して「ビジネスモデル」としての「代理なる法律行為」を選択してビジネスを行なうに当って、本人と他者（代理人）との関係規律は必ずしも委任が中心になるわけではない。雇用や請負の関係規律も重要視されてよい。本人と他者間では本人が他者をコントロールするという雇用関係によりながら「ビジネスモデル」としての「代理なる法律行為」を選択してビジネスを行なうという場合は常態化していることに、もっと注目すべきである。とくに、ビジネス請負とでもいうべき「役務」結果を内容とした請負関係によりながら「ビジネスモデル」とし

での「代理なる法律行為」を選択してビジネスを行なうという場合の方が、「役務」提供だけに留まる委任関係による場合以上に重要視され、日常的になりつつあるのではないかと思われる。たとえば、民法（債権法）改正委員会案では、媒介契約を特殊の委任等の節を設け、「委託者と第三者との間に法律行為が成立したときに報酬が支払われる」として成功報酬を原則としている⁽⁶⁾。しかし、見方を変えれば「媒介完成」に対する報酬を意味するものであり、ビジネス請負関係として規律することもできる。このことから、媒介契約は、このようなビジネス請負関係を前提として、「ビジネスモデル」としての「代理なる法律行為」を選択してビジネスが行なわれるものとして規律することも可能である。このようにみてくるは、現代社会では、本人が「ビジネスモデル」としての「代理取引システム」を選択するに当たっての前提関係には、さまざまな態様やバリエーションが想定される。そこでもし仮に、このような前提関係を内部関係とみて、それが外部関係に影響を及ぼす「有因」関係にあるとして規律するときは、「代理なる法律行為」規律は、このようなさまざまな態様やバリエーションによって左右され差異が生ずることになる。「ビジネスモデル」としての役割は果たし得ないことになろう。このようにみても、「代理」規律に当たって、委任等の内部関係と外部関係としての代理は有因か無因かの関係づけの視点だけではなく、内部関係と外部関係という関係で捉えてデッサンしてきた規律の仕方を止揚してデッサンしてみることが必要ではないかと思われる。本人と他者（代理人）間の委任、雇用、請負などでは、本人が他者にどのような状態を前提として、どのような内容の行為を代わって行なうことを依頼し、それに対して、どのような場合に報酬を支払うかの規律とそれに関連する注意義務などに尽きる。そして、かかる規律関係は、現実には、本人が「ビジネスモデル」としての「代理取引システム」を選択する前提関係ではあるが、「代理なる法律行為」規律に当たっては、全く関係のない規律関係であるとしてデッサンすることが必要ではないかと思われる⁽⁷⁾。すなわち、「代理なる法律行為」規律は、本人・代理人間の〔内部関係規律〕とは、分離独立し、かつ無因として規律する。

このことによって、〔内部関係規律〕は「代理なる法律行為」規律には何ら影響を及ぼすものではないことになる。かかる規律デッサンは、従来の支配的見解であった代理人行為説と同様である。ただ、代理人行為説では、このように規律デッサンすることによって、本人・代理人間の内部関係を知ることのできない相手方を保護して取引の安全を図るとのコンセプトに基づくものであった。これに対して、「代理なる法律行為」を「ビジネスモデル」として規律する立場からは、このように規律デッサンすることによって、本人・代理人間の内部関係は「ビジネスモデル」に影響を及ぼすものではないことになり内部関係に係わるリスクや危険とは無縁なものとなり、当該「ビジネスモデル」自体に内包する利益とリスク（危険）のみに留意しながら「代理なる法律行為」を取引手段として選択することができることになるとのコンセプトに基づくものである。

〈注〉

- (1) 詳細は、拙稿『「代理なる法律行為」における本人の意思作用』法律論叢81巻1号148頁以下参照。
- (2) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書177頁。
- (3) 拙稿・前掲（法律論叢81巻1号）154頁。
- (4) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書211頁、246頁。
- (5) 中舎寛樹「委任その他の事務処理契約と代理権授与との関係は、今後どう考えるべきか」椿寿夫編・現代契約と現代債権の展望4 37頁、41頁以下（1994年・日本評論社）。
- (6) 民法（債権法）改正委員会編・前掲書376頁。
- (7) 私見では、現行「代理」規律は、代理を本人の私的自治の拡張、あるいは本人の分業化手段としての規律の域を出るものではないことから、解釈論としては「有因」説が妥当としてきた。これに対して、「代理」規律の改正に当たって、「代理なる法律行為」を「ビジネスモデル」として規律するとの立場に立つ限りにおいては「有因」説に依拠して規律するのは妥当とは言えないということである。私見としては、矛盾するものではない。

7 「代理なる法理行為」規律の基本的要素

(1) 本人・代理人・相手方三者の意思作用と「信認」関係

現行「代理」規律の基本的要素は、代理人が、①代理権限内で（代理権限）+②本人のためにすることを示してした意思表示（顕名行為）とする（民法99条，ドイツ民法164条）。これは、「代理」は、本人＝代理人対相手方の二当事者関係に立ち、本人対相手方の二当事者関係の変形についての規律にすぎないとの考えを前提として、本人側に備わっていないなければならない要素のみについて規律したことの結果である。民法（債権法）改正委員会案でも、同様である。

ただ、この①代理権限と②顕名行為の二要素の位置づけに関して、現行「代理」規律を前提としての解釈規律において、代理人の意思作用である顕名行為が法律行為の構成要件であり本人の意思作用である代理権限は有効要件にすぎないとする代理人行為説が支配的見解であった。これに対して、近時は、本人の意思作用である代理権限を「主」とし、代理人の意思作用である顕名行為を「従」として統一したとみる統一要件論や、本人の意思作用である代理権限が代理効果を基礎づける要素であるが代理人の意思作用である顕名行為は代理効果を基礎づける要素ではないとする本人意思重視構成が代理法研究者の支配的見解となってきたことは、これまで指摘したところである。民法（債権法）改正委員会案でも、代理人の意思作用である「顕名」は本人への効果帰属を基礎づけるものではないと言い切ることによって近時の代理法研究者の支配的見解と軌を一にするものがみられる。

しかし、現代および将来の取引社会における「代理なる法律行為」規律においては、「代理」を本人＝代理人対相手方の関係、すなわち、単に本人側が分離しただけの二当事者関係であることを前提とするのでは適正な規律は望めない。「代理なる法律行為」は現代および将来の取引社会における「ビジネスモデル」である点に注目すれば、本人対代理人対相手方の三当事者関

係にあることを前提として規律すべきである。そして、わが国では、当面、「法律行為における代理」規律に限るのであれば、当然のこととして、法律行為法理との整合性、とくに私的自治の原則と整合したものとして規律しなければならない。そうだとすると、従来の議論の射程範囲内では対応することは困難である。代理権限のみを構成要素とする代理人行為説では本人の意思作用が軽視され、代理権限と顕名行為の統一要件論では本人の意思作用と代理人の意思作用に主従的差別が設けられ、代理権限のみに代理効果を基礎づけるものとみる本人意思重視構成では代理人の意思作用は要素とされていないなどの状況にあるからである。このことから、本人の意思作用である「代理権限授与」と代理人の意思作用である「顕名行為」が基本的要素は等価値において要素となることは当然として、これまでの「代理」規律及びこれを前提とする解釈規律において視野には入っていなかった相手方の意思作用－代理人が本人に代わって意思決定を行なうことの承諾－、である「代理承諾」も基本的要素をなすものとして規律デッサンすることが要請される。

もっとも、「代理なる法律行為」には、このように本人・代理人・相手方三者の意思作用が存在することを不可欠の要素とするものであるが、これらの関係は三面契約とは異なるものである。三面契約では三者の意思の合致があつて初めて契約の効力が生ずることから、「三者意思の合致」も要素となるわけであるが、「代理なる法律行為」では三者の意思作用が存在し客観的に協働するだけで成立する「三当事者法律行為」形象である点で異なるものである。

それと共に、「代理なる法律行為」を現代及び将来の取引社会における「ビジネスモデル」とみると、それが「ビジネスモデル」として活用されるかどうかは、本人、代理人及び相手方による「信認」が保たれるか否かにかかっている。そこで、この「信認関係」も、「代理なる法律行為」の基本的要素となるものかどうか視野に入れなければならない。

以下で、これら各要素につき、それが「代理なる法律行為」規律に当っての基本的要素となるものかどうかにつき検討する。

(2) 「本人の意思」要素

(i) 「本人の意思」要素の本質的要素性

「代理」規律において、本人の意思「要素」をどのように位置づけるべきか。ドイツ代理法では、当初は、本人の「代理権限授与行為」を重視した。Savignyは、本人の代理権限授与行為＝本人の意思が代理効果を根拠づけるとして本人行為説を主張した。その後、本人の代理権限授与行為の「結果」に目をつける。その「結果」が、代理人に与えられる「代理権限」ないし「代理権」（以下、「代理権」と一括する。）とみる。そして、Iheringの疑問に端を発してLabandが、「代理権」が授与される原因としての本人・代理人間の内部関係から独立させ、無因とし、「本人の意思表示を代わって行なうことのできる権限」と純化させ、Oertmannが主張するように、このような「代理権」は、代理行為構成要件ではなく、有効要件にすぎないと位置づけた。すなわち、本人の意思作用の結果である「代理権」は代理の基本的要素ではない。「代理権」が存在しなくても代理は成立する。無権代理行為になるだけであると位置づけた。これが、代理人行為説であり従来の支配的見解であった。わが国の代理法でも、かかる精緻な理論展開はみられないが、ドイツ代理法での支配的見解であった代理人行為説を当然のこととして受け入れきた。このようなドイツ及びわが国で従来の支配的見解とされたきた代理人行為説によると、本人の意思「要素」は、「代理」規律のための基本的要素ではないとするものである。わが国では、その更なる展開として、於保博士は、「代理権」は本人の権利行為の可能を意味するとする Klückmann の指摘を展開して、「本人の意思表示」から「本人の財産管理に関与する権限」であるとして「財産管理権」と変容させる⁽¹⁾。このことによって、自己の名での本人の財産処分権である「授權」との統一を図る。かかる「財産管理権」とみる一派においても、それは、財産管理行為の成立要素ではなく、本人の財産関係に変動を生じさせるための効果要素にすぎないとみているようである⁽²⁾。

これに対して、Müller-Freienfelsは、本人の「代理権授与行為」の位置づ

けは、私法秩序の大原則である私的自治の原則に違背し、それでは代理を法律行為秩序内に規律することはできないと指摘した。そこで、Müller-Freienfelsは、本人の私的自治と整合させるには「代理権授与行為」こそが基本的要素であるとし、それ自体法律行為である「代理権授与行為」と、それ自体は法律行為でない代理人の「代理行為」とが統一要件をなすと提唱した⁽³⁾。これを契機として、ドイツ及びわが国でも、近時、代理法研究者の支配的見解として、本人意思重視構成が展開され、本人の意思作用である「代理権授与行為」が基本的要素として位置づけられることになる。このような本人の「代理権授与行為」の位置づけに影響を受けてか、代理人行為説にあっては、本人への効果の帰属根拠を「代理権」に傾斜する傾向が強まった。代理人行為説における、このような「代理権」の位置づけは、「代理権」がなくても代理行為は成立するとしてきたことと齟齬しないものかの疑問が残るが、本人の意思作用の結果である「代理権」を基本的要素と位置づける傾向にあることだけは確かである。このことは、近時、わが国で、有力に主張されている「Fremdenwirkung (他人効)」論でもみられる。そこでは、「他人効」の生ずる根拠を代理権に求める構成と、顕名行為に求める見解とがみられ、前者が多数である。この多数見解に従ってみると、「代理権」は、本人による代理権授与行為の「結果」としての産物に他ならないものを本人に効果の生ずる根拠であるというのであれば、「自己効」と構成すべきではないのかの疑問が残るが、ここでも、やはり代理人行為説での状況と同じ、本人の意思作用の結果である「代理権」を基本的要素と位置づける傾向にあることだけは確かである。民法(債権法)改正委員会案では、このことを明確に説明していないが、「顕名」を代理効果を基礎づけるものではないと表明していることから、本人の「代理権授与行為」ないし「代理権」のみが、基本的要素と位置づけて規律するものと推察される⁽⁴⁾。それは、「代理なる法律行為」規律に当っては、私的自治の原則と整合させるには、本人の意思要素を本質的要素として位置づけることが必然の要請であることを意味するものである。

(ii) 「本人の意思」要素＝「代理許諾意思表示」

ところで、本人の意思要素を「代理なる法律行為」規律の基本的要素とみるとして、それを、どのようなものとして組み込むかである。従来の支配的見解は、前述したように「代理権」に純化して組み込んできた。もっとも、この「代理権」の性質については、議論があった⁽⁵⁾。代理人に授与された「権利」であるとか、代理人の「能力」とみるのが、支配的であった。しかし、このような代理人の「権利」とか「能力」とみる見解は、代理人によって「代理なる法律行為」を成立させることができることを前提として、「代理権」は代理の効果発生にのみ係わるものとして組み込むために主張されたものであった。そして、そのことの妥当でないことは前述した。

それに加えて、このような組み込みは、従来、法律行為要件論⁽⁶⁾として主張されてきた行為構成要件（成立要件）と有効要件（有効条件）の二分論を前提とするものであることは明らかであるが、「代理なる法律行為」要件論でも同様にみることができるとも問題である。「代理なる法律行為」には、法律行為の効果内容の決定については本人が代理人に代わって行なうという側面と、本来ならば効果内容を決定した代理人に発祥帰属する効果を本人に発祥帰属させるという効果帰属にかかる側面がある。そこで、後者の効果帰属の側面についてみると、本人に効果発祥帰属させるための要件が備わって「成立」すると「効果帰属」効果が生ずるのであって、「成立」要件と「有効」要件に分けて要件をみるということは論理的には肯認されるものではない。かかる観点に立ってみても、「代理権」を代理人に備わっていなければならぬ「権利」であるとか「能力」であるとみる組み込みは妥当とはいえないことになる。

これに対して、今日では、本人の「代理権授与行為」として組み込む見解も有力である。前述したMüller-Freienfelsは、「代理なる法律行為」の成立と効果発生は、主として、それ自体法律行為である「代理権授与行為」要素にかかるものとして組み込んでいる。しかし、本人の代理人への「代理権授与行為」と「代理なる法律行為」の本質的要素とは厳格に区別すべきである。

「代理権授与行為」は「代理なる法律行為」を成立させる要素ではない。また「代理なる法律行為」の成立に「代理権授与行為」が何故必要なのかも疑問である。本人の意思要素・代理人の意思要素・相手方の意思要素の協働とみるのが妥当だとすると、本人の意思要素を「代理権授与行為」として組み込む必要はない。

このことから、本人の意思要素の組み込みにおいて、従来の支配的見解ないし有力見解のような、本人の「代理権授与行為」として、あるいは代理権授与の結果である「代理権」としての組み込みは成功したものとはいえない。そこで、かつての「代理権」の本質議論のなかで、大西博士の提唱された「代理適状説」が一つのヒントを与えているものと思われる。大西博士は、代理の効果転帰を説明するための「ある物」を代理権とせずに「代理適状」とみる。この「代理適状」は代理権のような代理人の人格内に存在するものではなく、代理人と行為をなすべき第三者の側に存在するものではないが、代理行為の効力発生要件をなすとされている。すなわち、本人の代理人に対する代理を許諾する意思によって「代理適状」が生じ、それが、Schlossmannが喝破したように客観的には実在しない「代理権」に代わる効果転帰要件とみるわけである⁽⁷⁾。ところで、大西博士が「代理適状」を効果転帰要件とみるに留まったのは、代理人行為説を前提としたことの帰結であり限界であった。そこで、代理人行為説に囚われないでこれをみると、かかる「代理適状」は他の要素と相まって「代理なる法律行為」を構成する基本的要素となるものとデッサンすることができる。そうだとすると、かかる「代理適状」は、本人の意思作用としての本人の代理人に対する代理を許諾する意思によって作り出されるわけであるから、「代理権」を介在させることは不要であるとしたのと同様に「代理適状」も介在させることなく、本人の代理人への「代理許諾意思表示」が他の要素と相まって「代理なる法律行為」を構成する基本的要素となるものとして、本人の意思要素を組み込むだけで十分である⁽⁸⁾。

かかる本人の「代理許諾意思表示」は「ビジネスモデル」である「代理な

る法律行為」をビジネスの手段として利用することを意味する。そのことによって、一面では本人が自己（本人）の信用力の下で、代理人の能力に基づいてビジネス内容を決定することを許容する意思のあることを、他面では代理人の決定による「ビジネス利益・ビジネスリスク」は直接、自らに帰属させるとする意思のあることを表明したものである。これは、法的には、効果内容決定に係わっての「行為内容代理決定許諾意思」と、効果帰属に係わっての「自己拘束意思」に対応する。

(3) 「代理人の意思」要素

(i) 「代理人の意思」要素の位置付け

Savignyは、代理人は「本人の意思の単なるTräger（運ぶ人）」と位置づける。Flumeも「代理権授与者の表示を第三者に伝達」する者であるとみている。Müller-Freienfelsは、代理行為はそれ自体は法律行為でないが代理を構成する統一要件とみる。高橋教授は「本人の効果意思とそれを担った代理人の表示が合体して一つの意味表示を形成する」と位置づけ、佐久間教授は「代理行為は・・本人によって着手された法律行為の構成要件を、代理人が先に延ばし、相手方との共働において完成させる行為」と位置づける。このように、本人行為説や統一要件論、さらには本人意思重視構成では、代理人の行為は「代理」を構成する本質的要素とは位置づけていない。これに対して、代理人行為説では、代理人が代理意思に基づいて顕名行為を行なうことによって代理は成立するとみる。「代理人の意思」要素のみが代理の本質的要素と位置づける。しかし、これらいずれも「帯に短し、たすきに長い」きらいがある。「代理なる法律行為」では、代理人が本人に代わって効果内容を決定するものであること、かつ、効果内容決定者に効果が帰属する原則とは異なり本人に効果を発祥帰属させる意思を持っていることに注目すると、「代理なる法律行為」を構成する本質的要素と位置づけるべきではあるが、それは「一要素」であって「唯一の要素」ではない。「本人の意思」要素と協働する関係にある本質的要素と位置づけるべきである。

(ii) 「代理人の意思」要素＝「代理行為意思表示」

「代理人の意思」要素は、「代理なる法律行為」を構成する本質的要素の「一要素」であるとして、それを、どのようなものとして組み込むかである。代理人の意思作用としては「代理意思」、「代理行為」及び「顕名」が観念される。これらが、どのような関係にあるものとみるかについては、これまで定かでなかったように思われる。ただ、従来の支配的見解であった代理人行為説では「本人のためにする代理意思」が代理の本質的要素として組み込んでいた。そして「本人のために」とは本人に直接効果を帰属させることが表示すること、すなわち「顕名」が要素となるとして組み込んでいたといえる。これに対して、「代理意思」により本人への効果帰属が決定されるとみるのは代理の本質に反するとの批判が見られる⁽⁹⁾。これによると代理人の「代理意思」を本質的要素として組み込むことはできない。また、「顕名」についても、近時、本人への効果帰属を基礎づけるものではなく、相手方に不測の不利益をこうむらせないようにするための要素にすぎないとみるのが有力である⁽¹⁰⁾。民法（債権法）改正委員会案も同旨の立場で規律する⁽¹¹⁾。このことから「顕名」も代理の本質的要素として組み込むことができない。

しかし、「代理なる法律行為」は、現代及び将来の取引社会における「ビジネスモデル」であるとの観点からみると、代理人にも、かかる「ビジネスモデル」を用いて自己の能力を提供し、「ビジネス報酬」を得る意思のあることが重要な要素となる。すなわち、代理人が、一面では本人に代わって自己（代理人）の能力によってビジネス内容を決定するものである意思、他面では「ビジネス利益・ビジネスリスク」の全ては本人に帰属するものである意思を相手方に示すことを意味する。それは、「代理行為意思表示」を意味するものであるが、かかる「代理行為意思表示」は「顕名行為」によって表示されるものとして組み込むことが考えられる。

(4) 「相手方の意思」要素

(i) 「相手方の意思」要素の位置づけ

従来の「代理」規律では、本人＝代理人対相手方が当事者関係に立つものと捉えてきた。このことから、一方の当事者は本人と代理人に分離するのに対して、他方の当事者である相手方は、通常の一当事者法律行為の場合と異なるものではないと位置づけてきた。このため、本人に当事者効果発祥帰属させることに係わっては、「相手方の要素」は何ら関係するものではなかった。たしかに、「代理なる法律行為」における効果内容決定に係わっては、「相手方の意思」要素は通常の一当事者法律行為の場合と異なるところはない。しかし、当事者効果の発祥帰属についてみると、本来は、効果内容決定の当事者であった代理人に発祥帰属することになるにも係わらず本人に発祥帰属させることにつき、何らの関与もしていないとみてよいかである。相手方の意思に係わりなく、本来の効果発祥帰属関係が変更されるということによいかである。かかる疑問に対しては、恐らく、相手方は代理人による「顕名」により、本人に当事者効果が発祥帰属するものであることを「認識」しているのであるから、それで十分ではないかとの反論が予想される。単なる利害関係面からみると、それで説得力を持つ。しかし、相手方の私的自治の観点に立ってみると、相手方が「認識」している程度で、本来の効果発祥帰属関係が変更されてもよいとはいえない。相手方にも、効果内容決定の当事者である代理人にではなく本人に当事者効果を発祥帰属さるとの「意思」の存在することが必要である。奥田博士も、代理の法的構成を考えるに当って、本人か代理人かのみ視点を置いてきたのに対して、「相手方の意思」をも視野に入れて論述を展開すべきではないかと示唆されている⁽¹²⁾。かつて、Thölは、代理人は代理権を示しながら相手方と契約し（基本契約）、本人は、代理人のこの契約の力によって相手方と契約（主契約）する⁽¹³⁾として、相手方の意思は契約成立の要件と位置づけた。Thöl代理論は、「相手方の意思」要素の重要性に着目したものと評しうるが、本人と相手方間に、二当事者間契約を成立させるための要素に転化したことから、三者関係に立つ「代理」規律

を正しく位置づけることができなかつたものと評される。ただ、「代理なる法律行為」を単なる本人の私的自治の拡張に留まらず、現代及び将来における取引社会における「ビジネスモデル」であるとみるときは、相手方にも、かかる「ビジネスモデル」を利用して本人の信用力によりリスクを回避してビジネス利益を得ようとする積極的な意思の存在することが要請される。相手方の、このような積極的な意思の存在することの要請は、「代理なる法律行為」規律に当っては、当然のこととして「相手方の意思」要素も基本的要素として位置づけることを要請することになる。

(ii) 「相手方の意思」要素＝代理行為承認意思

「相手方の意思」要素の「代理」規律への組み込みについては、これまで全く議論はみられない。そこで、「代理なる法律行為」における相手方の意思状態についてみると、相手方には代理人との間でのみ効果内容を決定するという意思を有している。そして、従来は、この点にのみ注目されてきたが、それに留まらず、相手方・代理人間での効果内容の決定に伴って生ずる当事者効果を代理人との関係においてではなく本人との関係において発祥帰属させるという効果帰属に係わる意思のあることにも注目する必要がある。相手方に存在する、このような効果帰属に係わる意思こそが「代理なる法律行為」の構成要素として不可欠な要素でもある。ただ、「代理なる法律行為」においては、本人の意思や代理人の意思にも二面性がみられるように、相手方の効果帰属意思は効果内容決定意思に基づいて生ずる当事者効果帰属に係わる意思であることから分離させることはできない。このことから、「相手方の意思」要素も、かかる二面性をもった「代理行為承諾意思表示」として「代理なる法律行為」の成立に係わる基本的要素として組み込むのが妥当ということになる。

(5) 本人・代理人・相手方の「信認関係」

「代理」規律に係わって、「信頼」や「信認」は、本人と代理人間の内部関係規律においては重要視されてきた。とくに、委任における受任者の善管注

意義義務（民法644条）がそれである。ただ、前述したように内部関係は代理に影響することがないとの立場に立つと、「信認」や「信頼」は「代理」規律では、何らの要素とはならないことになる。かつての「代理人行為説」の立場である。本人意思重視構成からすると本人の代理人への代理権の授与ないし代理許諾に際しての「信頼」や「信認」は、「代理」規律に当たって考慮されてよい。「代理権の濫用」を内部関係における本人の信頼を裏切る行為であり、代理権限の踰越に当たるとして処理する見解がそれである。さらには、代理人には受任者の善管注意義務（民法644条）とは異なる、本人と代理人との間の信認関係から生ずるところの「本人の利益のためにだけ行動してしなければならない」とする忠実義務に注目する見解が有力に主張されてきている⁽¹⁴⁾。この意味では、「代理」規律において、本人と代理人間に係わる部分では「信頼」や「信認」を考慮することが望ましいものとして注目されてきている。ところで、前述のように本人が「代理なる法律行為」を「ビジネスモデル」として利用するときは、代理人を「信認」することが前提となっており、代理人もまたかかる「信認」を前提として代理行為を行うものであることからすると、「代理なる法律行為」規律にあたって「信頼」や「信認」を要素として位置づけるのは当然のことと思われる。さらにかかる観点に立ってみると、「信頼」や「信認」は本人と代理人間にとどまるものではない。相手方も、「代理なる法律行為」を「ビジネスモデル」として利用するに当たっては、本人及び代理人を「信頼」し「信認」することが前提となっている。「代理なる法律行為」は、このように本人・代理人・相手方が「信頼」し「信認」し合って協働することによって始めて、現代及び将来の取引社会における「ビジネスモデル」として機能するものである。このことから「代理なる法律行為」規律に当たっては、「信頼」「信認」も、重要な要素として規律すべきである。

もっとも、「代理なる法律行為」規律における本人・代理人・相手方三者間での「信頼」「信認」要素は、本人と代理人間の内部関係における受任者等の善管注意義務などとは似て非なる要素である。受任者等の善管注意義務

等は委任その他の内部関係に係わる契約上の義務であるのに対して、「代理なる法律行為」規律の要素とされる「信頼」「信認」は「代理なる法律行為」を利用しての三当事者取引（行為）に当然に内包している要素である点で異なる。アメリカ代理法では代理関係を本人と代理人の信認関係（fiduciary relation）と規律し、このことから代理人は本人に対して信認義務（fiduciary duty）を負うと規律する⁽¹⁵⁾。そして、この信認義務は、代理法上の信認義務であって、本人と代理人間の契約上の義務とは異なるものと規律している⁽¹⁶⁾のと、この点では同旨である。ところで、ドイツでは、Josef Esser が、高度の人的信頼関係にある委任などの契約を指して「信託的拘束ある契約」という信認型契約の構想を示し⁽¹⁷⁾、わが国でも信認関係の最も重要な構成要素である忠実義務に関する規定を委任や信託などに置くことも十分に理由があるとの主張がみられる⁽¹⁸⁾。そして、そこでの信認関係は、信認関係にある当事者間の善管注意義務や忠実義務、財産の分別管理義務などを整理、統合する概念となり得るものとされている⁽¹⁹⁾。これに対して、「代理なる法律行為」規律における重要な要素とすべきであるとみる「信認関係」は、このような概念とは異なる。前者の信認関係は、信認関係にある当事者間には善管注意義務や忠実義務、あるいは財産分別管理義務などが生ずるための要素と観念し、そのことを前提として信認関係当事者間での法的責任を基礎づけるためのものとして観念されている。これはまさに、「代理なる法律行為」規律に当てはめてみれば、〔内部関係規律〕次元での要素である。これに対して、「代理なる法律行為」規律次元での「信認関係」要素は、単に、本人は代理人を信認した「信認事実」、代理人は本人から信認を受けた「信認受諾事実」を、「代理なる法律行為」規律に当たりの重要な要素として規律するものではない。このような事実としての「信認関係」は、「代理なる法律行為」を現代及び将来の取引社会における「ビジネスモデル」として機能するよう規律するには、本人と代理人の信認関係と留まらず、本人・代理人・相手方三者の信認関係を観念して規律すべきではないかと思われる。このことから、相手方の本人・代理人間に信認があることを認識しているという「信

認識事実」も加わって「代理なる法律行為」規律での重要な要素とみるべきである。それは、「代理なる法律行為」の法的構成として「三当事者法律行為」形象とみるのが妥当とする立場とも一致する。本人の「代理許諾意思表示」と代理人の「代理行為意思表示」と相手方の「代理行為承諾意思表示」が「協働」する関係にあるものとして規律するのが妥当だとすると、適正な「協働」のためには「信頼」「信認」（信認関係）は前提となる要素とみられるからである。

そこで、このような「信認関係」要素は、「代理なる法律行為」規律に当たって、本人・代理人・相手方の「意思」要素と同様に基本的要素として位置づけるべきかどうかである。「代理なる法律行為」は、本人・代理人・相手方のいずれかが「信認」に違背し「信認関係」要素が欠缺するときには「不成立」としてまで規律すべきかどうかである。「信認関係」要素を「代理なる法律行為」の構成要素として規律することも考えられないわけではない。しかし、私法秩序の基本原則である私的自治原則からみて本人・代理人・相手方の「意思」要素は「三当事者法律行為」を構成する要素としては不可欠であるのに対して、「信認関係」要素は、私的自治原則に係わるような要素ではないことから、これらと等値できるような要素とはみるべきでない。このことから「代理なる法律行為」規律に当たっての「信認関係」要素は、とくに〔第二規律課題〕次元における「適正規律基準」を定めるに当たっての重要な要素として規律するのが妥当と思われる。その上で、「信頼関係」要素の違背態様に応じた法的責任（「代理リスク」配分）を規律することになる。

（6）本人への「当事者効果発祥帰属」

「代理なる法律行為」規律は、他者が効果内容を決定した場合であっても、本人に、「当事者効果」を「直接」発祥帰属させるための規範の規律に係わるものである。かつての代理人行為説のように代理人に発祥帰属する当事者効果を本人に転置するための規範でも、「他人効」論のように他人に帰属する法的効果（当事者効果を含めた個別の権利や義務）を本人に転置するため

の規範に係わるものでもないことを確認して置くべきである。このため、最も近似するところの「授権」は、他者の効果内容決定により生ずる個別の法的効果（とくに、個別の処分効）のみを直接、本人との関係で生じさせるに過ぎないことから、統一的には規律できるものでないことは前述とおりである。

(7) 小括

以上の諸要素を組み合わせると、『本人の信認に基づいて〔信認関係〕、本人に代わって意思決定することを許諾された〔本人の代理許諾意思表示＝代理権限〕代理人が、本人のためにすることを示して意思決定を行い〔代理人の代理行為意思表示＝顕名行為〕、相手方がそのことを信認して承諾した場合〔相手方の代理承諾意思表示＝代理承諾〕、本人と相手方に直接、法律行為の当事者効果が発祥帰属する。』と規律するのが妥当ということになる。

〈注〉

- (1) 於保不二雄・財産管理権論序説13頁以下（1954年・有信堂）、同旨、四宮和夫・民法総則（新版）237頁（1976年・弘文堂）。
- (2) 広渡清吾「財産管理権論への一アプローチ—財産管理権概念の史的基礎と理論構造—」法学論叢88巻4・5・6号220頁、221頁など。
- (3) Müller-Freienfels, a.a.O. S. 6～8. 14. 216～217（佐久間・前掲（岡山大学法学会雑誌39巻4号）155頁、160頁参照）。
- (4) 民法（債権法）改正委員会編・前掲書184頁。
- (5) 拙稿・前掲（法律論叢81巻1号）172頁以下参照。
- (6) 岡松参太郎・法律行為論64頁参照（1914年・有斐閣書房）。
- (7) 大西耕三・代理の研究26頁以下参照（1928年・弘文堂書房）。
- (8) なお、アメリカ代理法においても、代理権を「権利」とか「権限」「能力」とはみないで、「権能」として、一種の「代理適状」状態とみているのも、私見と同旨に近似するものではないかと思われる。
- (9) 林脇トシ子「代理理論における本人行為説と代理人行為説のもつ意味」法学研究45巻2号156頁。
- (10) 平野裕之「代理における顕名主義について—民法100条と商法504条の横断的考察—」法律論叢75巻2・3号39頁。

「代理」規律改正のための基本コンセプト

- (11) 民法（債権法）改正委員会編・前掲書185頁。
- (12) 奥田昌造「代理・授權・法律行為に関する断想」京都大学法学部創立百周年記念論文集第三卷民事法11頁（1999年・有斐閣）。
- (13) 拙稿・前掲（明大法科大学院論集3号）272頁以下参照。
- (14) 長谷川貞之「代理における信認関係－受任者・代理人の忠実義務と信認代理」法律時報79巻5号97頁，同旨，道垣内弘人・信託法理と私法体系168頁以下（1996年・有斐閣），田岡絵里子「代理権授与行為の法的性質について（1）」早稲田大学大学院法研論集115号137頁以下。
- (15) 樋口・前掲書107頁以下参照。
- (16) 樋口・前掲書149頁。
- (17) Josef Esser Schuldrecht S. 614. (2. Aufl. 1960)（四宮和夫「信認型契約について－信託とその周辺(3)」信託62号10頁以下，長谷川貞夫「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－」円谷峻編・社会の変容と民法典（2010年・成文堂）327頁）。
- (18) 長谷川・前掲書326頁以下参照。
- (19) 長谷川・前掲書327頁。

9 「代理」規律改正のための基本コンセプト－まとめに代えて－

(1) 「債権法」規律改正に伴って「代理」規律を改正することの意義

最後に、「債権法」規律に限定した，今回の民法の改正との関係で，「代理」規律をも併せて改正することの意味について検討し，「債権法」規律改正と「代理」規律の改正の関連という観点から，「代理」規律のための基本的コンセプトを示すことにする。今回の法務大臣からの「民法（債権関係）の改正要項」諮問の動機は，現行民法制定から110年を経過した今日，経済や社会の予想を超える大きな変化，とくに市場のグローバル化に伴う国際的調和への動きに対応した「新しい理念」のもとでの民法典の見直しにあるとされている。このことから，その中心は，私法的生活関係のなかで「契約に基づく債権（任意債権）」秩序に関する規律に置かれている。すなわち，わが国における市場取引を見据えた上での，わが国における現在及び将来の市場取引に対応できる法的秩序づけの探求を意味するものである⁽¹⁾。そうだとすると，

「債権法」改正に伴っての「代理」規律の改正も、この債権法改正の基本的コンセプトに対応したものであることが要請される。

そこで、現行「代理」規律の基本的コンセプトについてみると、ドイツ代理法及びわが国の代理法の立法者、さらには、その後さまざまな代理の本質論や法的構成論が議論され展開されてきてはいるがその基本的な代理法研究者の支配的考え方は、代理を認めると「本人＝代理人」対「相手方」間の法律行為形象が生ずるものとして捉え、このことを当然の前提とした上で「本人＝代理人」状態をどのように規律するかにあったといえる。そして、「本人＝代理人」状態規律にあたって、まず「何人も他人によって拘束されることはない」とするローマ市民法原則を克服し、代理は「私的自治を拡張或いは補充」のための法制度であるとして、私的自治の原則を基本原理とする私法秩序に位置づけられてきた。もっとも、その経緯のなかにあって、代理人の意思に注目し、代理人の意思によって本人（他者）に法的効果を生じさせる「他人効」制度とみる考え方も有力ではあった。しかし、それは代理人の意思決定による法的効果の本人への帰属を説明するだけのもので、基本的には、代理は、本人の能力を拡張又は補充する手段であるとのコンセプトから脱却したものではなかった。その基本的コンセプトは、代理は「本人の『意思行為』のための法理」として規律するものであつといえる。そこで、「代理」規律の改正の可否を判断するに当たっては、このような基本的コンセプトの下での「代理」規律が、現代及び将来の取引社会においても対応できるものかどうかの考察が求められる。

この点、民法（債権法）改正委員会案は、「本人＝代理人」状態を「法律行為を実際に行う者－法律行為の『行為者』－とその法律行為に基づく権利義務が帰属する者－法律行為の『当事者』－とが異なる関係と捉えた上で、「法律行為の当事者を確定する規範」として、「代理」を規律するとしている⁽²⁾。代理では「法律行為の行為者と当事者が一致していない状態」にあることは、これまでも現象的には指摘されてきたことで、一見、これまでとは異なる新しいコンセプトに基づく規律ではないようにみられる。もし、その程度のコ

ンセプトに留まるものであるとすれば、現行「代理」規律を改正する必要はない。改正するとしても、「ついでに改正」に留めるべきである。しかし、民法（債権法）改正委員会案の「代理」規律を概観すると、任意代理に限らず、任意代理とは本質を異にすることを確認した上で法定代理をも含め、さらには授權を包含した「行為者と効果帰属者が異なる法律行為」の統一化規律を目指していること、「本人・代理人・相手方三者利害の調整」の見地からの現行規律の修正を目指していることなどが注目される一方で、代理の本質論ないし法的構成論には立ち入らないというコンセプトを見て取ることができる。とくに、代理の本質論ないし法的構成論には立ち入らないというコンセプトは、代理を「本人の『意思行為』のための法理」として規律してきた、これまでの「代理」規律から決別するものとも評しうる。「代理」規律に当たって、代理の本質論ないし法的構成論には立ち入らないというコンセプトが妥当かどうかは別にして、そこには「代理」を「取引上のシステム」として規律しようとするコンセプトが推察さ、その方向性は妥当と評しうる。ただ、民法（債権法）改正委員会案では、「代理」規律を「本人＝代理人」状態規律に、留まる。このことから、「代理」を「取引上のシステム」として規律するとしても、それは「本人の取引における分業化のためのシステム」としての規律⁽³⁾にとどまらざるを得ない。「代理」規律を、この程度のものに留めるだけで、グローバル化に伴う国際的取引及び、現在及び将来におけるわが国の取引社会に対応するかできるか疑問である。そこで、ここでもう一度、繰り返して、「代理」規律改正に当たっての法的デッサンを描くために、ここまで検討してきた基本的コンセプトを整理して置くと以下のようである。

(2) 基本的コンセプト1－「三当事者法律行為」形象

「代理なる法律行為」を現在及び将来における取引社会に対応したものとして規律するには、本人の私的自治の拡張に留めるべきではない。このため、代理の法的構成においては、「本人＝代理人」対相手方の構図を前提とする「行為者と効果帰属者が異なる現象での当事者確定規範」のための規律に留まら

ず、「本人・代理人・相手方三者がそれぞれ独立し協働して行為する現象についての規範」のための規律をめざすべきである。その一方で、「法律行為における代理」に限定するときは、私的自治原則を基本原理とする私法秩序との整合を図ることが要請される。それは、本人・代理人・相手方それぞれの私的自治に適うものでなければならない。このことから「代理なる法律行為」の本質を「三当事者法律行為」形象と構成し、従来の「二当事者法律行為」規律とは異なるものであるとのコンセプトに立って規律デッサンすることが求められる。そこでは、これまでの私法秩序規範では用意していない本人・代理人・相手方三者の「協働法理」の形成が要請される。

(3) 基本的コンセプト2ー「ビジネスモデル＝代理取引システム」規律

「代理なる法律行為」は、これを現在及び将来の取引社会からみると本人・代理人・相手方三者にとっての「ビジネスモデル」を意味する。その「ビジネスモデル」としてもビジネス利益とビジネスロスについては、前述した通りである⁽⁴⁾。なお、現行「代理」規律の解釈に当たっても「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を本人の能力と結び付けて解するだけでよいのであろうか。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と解しうる」として、同様の視点からの解釈の必要性を提言したことがある⁽⁴⁾。特に、このような「代理取引システム」がビジネスモデルとしての機能を十分に発揮するには、本人・代理人・相手方三者の「信認関係」がキーポイントになることは容易に想像される。このため、この「信認関係」が「代理なる法律行為」規律に当たっての重要な要素になるものとして規律することが必要である。

(4) 基本的コンセプト3ー「現代多角関係」的重層規律

代理は、本人・代理人・相手方の三当事者関係からなる「古典的多角関係」の典型とされてきた。そこでは、私的自治原則を原理とする「効果意思」規律を前提として、本人と相手方には直接の関係がないのに法的には当事者関

係にあるとする規律に腐心し、その規律の仕方に対応して三者間関係を規律するに留まるものであった。すなわち、本人と相手方間規律と三者間規律は同次元で一元的に規律されていた。しかし、「基本コンセプト2 - 『ビジネスモデル=代理取引システム』規律」の観点に立つ限りにおいては、「古典的多角関係」規範に留まることなく、「現代多角関係」規範へと昇華させるコンセプトが必要になる。

ただ、「代理」規律は、現代取引社会において多様化してきているところの、ファイナンスリース取引、第三者与信型信用取引、フランチャイズ取引、サブリース取引などの、いわゆる複合取引ないし「現代多角関係」取引と接合し得る可能性がみられるが、両者間には決定的に異なるところのあるは留意して置く必要がある。A（本人）とB（代理人）間、B（代理人）とC（相手方）間には直接行為関係にあることを前提として、直接には行為関係にないA（本人）とC（相手方）間に直接的権利義務（当事者効果の発祥帰属）を認めための規律課題（以下、〔第一規律課題〕と呼ぶ）に係わって、「代理」規律では「三当事者法律行為」形象と捉えることによって「効果意思」によるものとして規律できるのに対して、その他の「現代多角関係取引」では「効果意思」規律によることは困難と解されることである。このことから、「効果意思」規律に代わる規範法理として、効果意思とは異なる「関与意思」によって規律する必要のあることを指摘した⁽⁵⁾。

しかし、「現代多角関係取引」システムによる新しい価値創造から生ずる価値取得を承認した上で、「多角」=「全体取引システム」次元からの「適正規律基準」に従って、「現代多角関係取引」システムにより生ずるリスクの負担分配や取得利益を再配分するための規律課題（以下、〔第二規律課題〕と呼ぶ）領域では共通するものがある。本人、代理人、相手方には「代理取引システム」を「ビジネスモデル」として利用することにより価値創造された価値を取得することをみとめた上で、「代理取引システム」を「ビジネスモデル」として利用することに伴って生ずるリスクの負担分配を、本人・代理人・相手方三者の「効果意思」によってではなく、「信認関係」を基礎と

する「代理取引システム」であることから導き出される「適正規律基準」に従って規律することが要請されているという点では共通するものがあるからである。そして、この点では「代理」規律は、私法秩序の基本となる「法律行為」に係わっての規律であることから、「現代多角関係取引」システムの規律にあたっての基礎的法理を提供するものとして期待される。また、このような〔第二規律課題〕次元での規律に当っては、「効果意思」規律に基づいて規律することは困難であり、今日の私法規範においては明確にはされていない「参画意思」に基づく必要のある点でも共通するものである⁽⁶⁾。

もっとも、「代理なる法律行為」と現代多角関係取引は、現在及び将来の取引社会での「ビジネスモデル」である点では共通するものの、後者では、本人、行為者、相手方がそれぞれに、独立して、自己の信用力と能力によって関与しているのに対して、前者では本人は自己の信用力を、代理人は能力だけを、相手方は自己の信用力と能力を持って関与しているという点で異なる。このことから「適正規律基準」を定めるに当っては、かかる三者の関与態様において差異のあるに留意することが必要である。このため、三者ないし多角関係にあるからといって、「代理なる法律行為」規律をもって直ちに、現代多角関係取引の規律として援用できるものではないことは留意すべきである。

このことから「代理なる法律行為」規律に当っては、一元的規律ではなく重層的な規律が必要になる。それを概観してみると以下のような関係になる。①本人と代理人間の内部関係と「代理なる法律行為」とは峻別されるものであり(独自性の承認)、かつ無因とみるべきことは前述したところであるから、〔内部関係規律〕次元での規律は、従前の二当事者間法律行為規律に従い、「代理なる法律行為」規律には影響はないものとして規律デッサンすることになる。本人・代理人間の信認関係は、〔内部関係規律〕での要素に留まるものではなく「代理なる法律行為」の基礎要素と位置づけるべきであることは前述した通りであることから、かかる信認関係要素に係わっては「代理なる法律行為」規律においてデッサンすることが要請される。②「代理なる法律行

為」は、現象的には本人と代理人間、代理人と相手方は直接的行為関係にあり、かつこれを構成要素としている。このことから、本人と代理人間および、代理人と相手方間の〔個別直接規律〕が必要になる。この〔個別直接規律〕次元の規律も、従前の二当事者間法律行為規律に従って規律することになる。ただ、「代理なる法律行為」において生ずる関係現象のうち何が〔個別直接規律〕次元の規律に留めるべきかは検討しなければならない課題は残る。③「代理なる法律行為」においては、現象的には本人と相手方間には直接的関係は存在しない。それにもかかわらず、本人・代理人間に直接、当事者効果が発祥帰属するものとして規律することが求められる。これが前述した〔第一規律課題〕次元での規律である。かかる〔第一規律課題〕は、「多角的関係」として捉えられる法形象に共通するものである。しかし、「代理なる法律行為」では、私見のように、それを「三当事者法律行為」形象として法的構成することにより、私法秩序規範とされている「効果意思」によって規律することができ、この点は「現代多角関係」と異なるものであることは前述した通りである。もっとも、そのためには、現行「民法」規律においては用意されていない「三当事者法律行為」形象としての法理を形成するためのデッサンが求められる。④「代理なる法律行為」を現代及び将来の取引社会における「ビジネスモデル」の一つとして位置づけるのが妥当であるとすると、「ビジネスモデル」としての「代理取引システム」によって創造された価値を本人に限らず相手方や代理人が公正に取得できるように規律すると共に、かかる価値創造に伴って生ずるリスクの負担配分、あるいは取得価値の再配分のための規律、すなわち〔第二規律課題〕次元での規律が必要になる。この〔第二規律課題〕次元での規律は「現代多角関係」と理論的には共通する。このことから、かつて、私見として仮定的に提言したように⁽⁷⁾、「代理取引」全体システムからみでの「適正規律基準」を探求し、かかる「適正規律基準」に従って規律することである。それは本人・代理人・相手方の「効果意思」とは齟齬し、「効果意思」に従って規律することは許されない。そこで、いわゆる「多角関係関与意思」、すなわち「ビジネスモデル」として「代

理取引システム」を選択していることの前提となっている「意思」を規範法理として規律デッサンすることになる。以上からわかるように、「代理なる法律行為」規律に当たっては、「規律次元」と「規律規範」を異にする「重層的規律」構成を念頭に置いて規律デッサンすることが重要ということになる。

〈注〉

- (1) 内田貴・債権法の新時代－「債権法改正の基本方針」－概要7頁（2009年・商事法務），拙稿「民法（債権法）改正の『新たな理念』を思う」法苑159号1頁以下参照。
- (2) 債権法改正委員会編・前掲書177頁。
- (3) 佐久間教授が民法101条の解釈規律にあたって、「本人の分業化利益」として、しばしば指摘される視点である（佐久間・前掲書48頁以下）。
- (4) 拙稿・任意代理基礎理論213頁（1990年・成文堂）。
- (5) このことにつき検討したのが，拙稿・前掲（法律時報81巻4号）105頁以下と，前掲（法律時報82巻7号）88頁以下である。とくに，拙稿・前掲（法律論叢83巻1号）57頁注（122）参照。
- (6) これまでは、「関与意思」と呼んできた拙稿・前掲（法律時報82巻7号93頁）が，ビジネスモデルへの参画とみるのが妥当と思われることから「参画意思」に改める。
- (7) 拙稿・前掲（法律時報82巻7号）93頁以下。