

## 私法規律の構造4

### -改正契約債権法の基本的規律構造（7）-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2020-01-30 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	<a href="http://hdl.handle.net/10291/20604">http://hdl.handle.net/10291/20604</a>

【論 説】

## 私法規律の構造4

### —— 改正契約債権法の基本的規律構造(7) ——

伊 藤 進

#### 目 次

##### 目次

##### はじめに

第一 「契約自由の原則」ルールと「契約の内容」及び「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念」ルールの関係

I 改正契約債権法の契約規律の基本原則ルール

II 中間試案における契約の解釈準則としての「契約の趣旨」ルール

III 中間試案における「契約の趣旨」ルールの多用と改正民法での「契約の内容」ルール及び「取引上の社会通念」ルールへの置き換え

IV 改正契約債権法規律における「取引上の社会通念」ルール及び「契約の内容」ルールの規律構造上の位置づけ (以上、89巻4・5号、89巻6号、90巻1号、90巻2・3号、90巻6号)

第二 改正契約債権法における債権債務次元の規律構造

一 債権債務次元規律への「契約その他の債権発生原因及び取引上の社会通念」ルール導入の意義

二 債権総則次元規律の契約規律化 (以上、91巻2・3合併号)

第三 改正契約債権法における多角当事者規律

一 序

二 代理規律と多角 (以上、本号)

三 保証債務と多角 (以下、後号)

### 第三 改正契約債権法における多角当事者規律

#### 一 序

改正民法は、現在及び将来の取引関係に対応できる規律であることを目指していた。かかる観点に立ってみると、その一視点として、現代の取引では、一連の取引に多数の当事者が関与する取引関係が多くみられる。ファイナンスリース取引、ローン提携取引、フランチャイズ取引、サブリース取引などがその代表的な取引である。しかし、従来からの代理を利用した契約、保証契約、債権譲渡、転貸借なども多数当事者による取引として規律し直すことも考えられる。

そこで、椿は、取引において複数者の関与の場合の規律の問題として、複数者が「それぞれ一定独自の立場で一つの法律関係においても関与者となっており、かつ、必ずしも 1 個の契約による関係者全員の直接結合が成立・存続するとはいえない契約」についての規律をどうするか、例えば、ファイナンスリース取引のように  $L = A \cdot U = B$  間リース契約、 $L = A \cdot S = C$  間リース物件供給契約、 $U = B \cdot S = C$  間には契約はないが  $S = C$  が  $U = B$  にリース物件を提供するという関係にあるような取引システムの規律の仕方をどうするかが問題となる<sup>(1)</sup>。現行契約債権法規律では、BGB 制定で双方契約への取り込みが遮二無に行われ<sup>(2)</sup>、ドイツに限らず、わが国でも「契約は二当事者の合意による」というテーゼが当然の大前提<sup>(3)</sup>としている。また、多方契約は組合法にみられるが、双方契約に比して実務上極度に重視されなかった<sup>(4)</sup>。このような現行契約債権法の規律構造からすると、複数者の関与する契約の規律に当っては、 $L = A \cdot U = B$  間リース契約と  $L = A \cdot S = C$  間リース物件供給契約は別個の契約として規律されることになるし、 $U = B \cdot S = C$  間には契約は存在しないものとされ、法律関係は存在しないことから、とくに  $U = B$  の  $S = C$  への請求は、法律上認められないものとして規律されることになる。このことから、信義則など一般条項等を用いたり、複合契約論、ネット＝連鎖契約論などが展開されて来ている。これらに代わって「多角」の視点に立って規律するのが妥当ではないかと指摘する。すなわち、現代の複数当事者の関与する取引の規律において、あるいは現行契約債権法の規律においても、すなわち「 $A \cdot B$  間契約で、 $A \cdot B$  当事者と組合わさって三角の突き出た部分に位置する「 $C$ 」—従

来の考えでは当事者ではない『関与者』＝第三者以上の権利・義務が認められるにふさわしい者＝ピンからキリまでの関与者（傾斜型・斜線型）「C」を契約主体に入れ込むことが必要であると提唱する<sup>(5)</sup>。そして、「C」は、当事者と第三者の間にある者を考えるのだから、準当事者よりも「第三当事者」と呼ぶのがベターである<sup>(6)</sup>、として、「契約主体論」に注目した規律が必要であると提唱する。

そこで、民法研究グループ・椿塾では、取引ないし契約の主体をめぐる新しい動きが実際界において始まっており、それを機縁に既存の概念や制度にも再構成の波が起こるのではないかとこの椿の想像を下敷きにした共同作業が行なわれている<sup>(7)</sup>。また、第79回私法学会においても「多角・三角取引と民法」のテーマでのシンポジウムがもたれ、「多角」視点に立っての規律の有益性の有無につき報告され議論が行なわれた<sup>(8)</sup>。また、私法学会シンポジウムに向けての椿塾研究メンバー有志による更なる新視座に基づく私法学会報告別冊<sup>(9)</sup>もみられる。このように、今や、多数当事者の関与する取引（契約）の規律の再考は学会の最もホットな課題として議論され、現代社会における取引の規律に当たっての重要な視点となりつつあるといえる。

そこで、現代社会における取引に対応した規律の必要性を一つの視点として実施された今回の契約債権法の改正に当たって、このような「多角」視点に基づいた契約主体規律について、具体的に、どのような対応が行なわれているか、またどのように対応すべきであったかについて、若干の検証をするために、改正契約債権法の規律構造を解明する。

#### 注

- (1) 椿寿夫「三角取引（多角取引）について（中）—新しい契約類型の象」NBL1050号45頁。
- (2) 椿・前掲45頁。
- (3) 椿・前掲48頁。
- (4) 椿・前掲49頁。
- (5) 椿・前掲46頁。
- (6) 椿寿夫「三角取引（多角取引）について（下）—新しい契約類型の象」NBL1051号50頁。
- (7) その成果として、椿寿夫＝中舎寛樹編・多角的法律関係の研究（日本評論社・2012年参照）。
- (8) 日本私法学会シンポジウム資料・多角・三角取引と民法（NBL1080号4頁以下）。私法79号3頁以下。
- (9) 椿寿夫編著「三角・多角取引と民法法理の深化」別冊NBL161号（商事法務・2016年）。

## 二 代理規律と多角

通常取引（契約）のための手法（意思表示）の規律は、取引主体本人 **A** が、**A** 自らの取引内容についての意思決定に基づき、相手方 **C** と取引し、その意思決定によって生ずる法律上の取引効果は本人 **A** 自らと **C** に帰属する、いわゆる **A**・**C** 二当事者の私的自治の原則に基づいて行なわれるものであることを前提として規律されている。これに対して取引（契約）のための手法の規律である代理規律は、**B** が取引主体本人 **A** に代わって取引内容についての意思決定をし、相手方 **C** と取引したにもかかわらず、その意思決定によって生ずる法律上の取引効果が取引主体本人 **A** 自らに帰属させることができる取引（契約）手法規律を認めるものである。この意味では、**A**・**B**・**C** 各自に法律上の取引効果の生ずることを想定している多角取引とは異なる。すなわち、多数当事者の関与する取引（契約）の規律とは異なり、取引（契約）のための手法に多数当事者が関与する場合の規律ということになる。このため、代理規律は、多角関係の一類型ではあるが、契約主体の多角関係規律とは同一視できない側面がある。しかし、**A**・**C** 二当事者による取引（契約）のための手法の規律とは異なり、**A**・**B**・**C** 三当事者による取引（契約）のための手法の規律、すなわち多角取引（契約）手法の規律としての特色がみられ、規律構造上は多数当事者の関与する取引（契約）の規律と基本的に共通する規律思考を持つものといえる。

改正契約債権法においても、このような多角取引（契約）のための手法である代理規律を現行民法同様に維持するものとしている（改正民法 99 条以下）。このような代理規律が認められることの結果、取引主体 **A** が、**B** の他に **E**・**F**・**Z** などに取引主体 **A** に代わって意思決定することを代理させることによって、取引主体 **A** の取引範囲を拡大することが可能となる。現代社会での取引においては、このような取引（契約）による手法での取引が通常化し、不可欠な規律となっている。そこで、現代及び将来の取引社会に対応するための契約債権法の改正に当っては、このような代理による取引に適切に対応した規律に改正することが必須となる。その代理による取引規律の改正に当っては、主として本人 **A** 自らが取引についての意思決定をし、相手方 **C** と取引したが、その法律上の取引効果が本人 **A** に帰属する場合の規律、すなわち **A** 対 **C** の二当事者関係の場合と基本的に同様と規律で

きるのかという基本的規律構造の問題と、通常取引の場合と異なり代理による取引に内包する様々なリスクについての規律をA対Cの二当事者関係の場合とは異なる適切な規律が要請されることになる。以下では、これらの規律を中心に、その改正の方向を検討する。

## 1 代理の基本的規律構造

### (1) 本人A・代理人B・相手方C三者の関係づけ

改正民法99条は「代理行為の要件及び効果」について規律し、現行民法を改正することなく維持し、改正民法100条も同様である。そこで、主体論の観点からみると、代理規律が適用されるためには、相手方Cに対して「代理人Bが・・本人Aのためにすることを示した意思表示」であること、いわゆる「顕名」が必要である（改正民法99条）とし、「顕名」のない場合は「自己Bのためにしたもののみならず」（改正民法100条）としてB・C間の行為として規律する基本的規律構造を改正することなく維持した点が注目される。これは、「顕名」を要件とすることによって、取引（契約）のための手法としての代理規律では本人A・代理人B・相手方Cが主体として位置づけられていることを客観的に明確にすることが必須とする考えを維持するものと解される。

ところで、このような代理による取引（契約）ための手法、すなわち代理人Bが相手方Cとの関係で本人Aのためにすることを示してなした取引が、AとCとの取引（契約）として法的に効果の生ずる根拠づけについて、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が展開されてきている。とくに、代理を用いた取引では、その取引から生ずる法的効果の帰属者（本人A）と代理取引を行なう行為者（代理人C）とが分離することから、法的には、代理を用いた取引効果は本人Aと代理人Bのいずれによって生ずるものとして規律するかを問題として議論されてきた。改正民法では現行民法を承継するにあたって、この点についての見解は明らかにされないままである。従来通り解釈に委ねられたといえる。

そこで、従来の見解を概観すると、まず、Savignyは本人Aの行為（本人行為説）として法的構成をした<sup>(1)</sup>。これは、本人Aと相手方C間の通常取引についての規律構成に対応させるものである。しかし、これでは規律構造に代理取引を行なう行為者Bの存在は位置づけられていないことになる。そこで、Mitteisは本人A＝代理人Bの共同行為（共同行為説）として法的構成した<sup>(2)</sup>。このA＋Bがどのよ

うな関係にあるのかが問題とされた。その後、Jhering は代理人 B の行為（代理人行為説）として法的構成した<sup>(3)</sup>。そして、この代理人行為説はドイツにおける支配的見解とされてきた。しかし、これでは、規律構造に取引効果の帰属者である本人 A が位置づけられていないことになる。そこで、Müller-Freienfels が、1955 年になって、代理人行為説では本人の私的自治の原則に反すると批判して、本人 A を主として代理人 B が有機的に共同する行為と構成する統一要件論<sup>(4)</sup>を主張した。これを契機として、ドイツでは代理人行為説に疑問が提示され、諸見解が登場することになった<sup>(5)</sup>。わが国においても、多少の異論はあったが、代理人 B の行為と構成してきた代理人行為説が定説とされてきたが、この Müller-Freienfels の統一要件論の提唱を契機として、本人 A を主として代理人 B が協働する行為と構成する見解が有力に主張されるようになった<sup>(6)</sup>。これらはいずれも、代理規律の基本的構造について、本人 A と構成するか代理人 B と構成するか本人 A と代理人 B の共同ないし統一、協働と構成するかにのみ着目し、相手方 C との二者間取引として規律するものであるにすぎない。すなわち、[A・B] 対 C と構成することによって、通常の二当事者間取引としての規律構成に当てはめようとするものであるにすぎないといえる。

そこで、私見としては、前述の多角の理論にヒントを得て、A 対 B 対 C の多角関係にあることに注目して、本人 A の「代理許諾意思表示」、代理人 B の「代理行為意思表示」、相手方 C の「代理承認意思表示」の協働と構成することによって、B の意思決定に基づく行為により A・C 間に、その意思決定に基づいた法律上の取引効果が生ずるとする「三当事者法律行為」形象を提唱した<sup>(7)</sup>。改正民法が単に現行民法を単純に維持したというだけではなく、その維持が、現代取引に対応するための観点から検討を加えた結果であったとすると、このような「三当事者法律行為」形象の理論に基づく結果としての維持と解するのが妥当ではないと思われる。

ところで、代理の基本的規律構造の改正検討の経緯をみると、中間試案第 4、1(1)では現行民法 99 条を維持することとしているが、中間試案第 4、1(2)では「代理人が・・本人であると称してした意思表示」でも、本人に効果が生ずる旨の規律を新設することを提案している。その理由として、代理人が自らを本人であると称して権限外の行為をした場合において、相手方がその行為を本人自身の行為と信じたときは、その信頼が取引上保護に値する点においては、代理人の代理権限を信頼

した場合と異なるところはないから、民法110条の規定を類推適用すべきであるとしており<sup>(8)</sup>、これは権限内の行為であれば有効な代理行為であることを前提としていると見ることができること、また、解釈においても、形式的には顕名主義に反するが異論なく認められていることを明文化するものであると説明されている<sup>(9)</sup>。しかし、部会資料66Aでは、中間試案第4、1(2)に関して、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、真実と異なる表示が助長されかねないとの懸念や、相手方の保護を適切に図ることができないとの懸念を示す指摘があり、また、無条件・一律に本人への効果帰属を認めるのではなく、効果帰属を認める場合を限定的に解する学説も有力であるから、慎重な検討をすべきである旨の指摘もあった。以上の指摘などを踏まえ、この論点については取り上げないこととし、引き続き解釈に委ねることとしたとして、改正民法では採用されていない。民法99条が代理規律の基本的構成の要件として「顕名」を必要としたのは、この顕名によって、相手方Cが、取引上の意思決定をしているのは行為者Bではあるが、その意思決定に基づいて生ずる法律上の取引効果は本人Aに帰属するものであることを覚知し、それを承認する関係にあると構成規律するためであったということである。このことからすると、「顕名」のない場合は、たとえ、本人Aから行為者Bに代理権限が授与されている場合であっても、取引上の意思決定をしているB自身に法律上の取引効果が帰属するのは、当然の帰結ということになる。このため、中間試案第4、1(2)の提案は、代理の多角的規律構造としては、基本的に認められるものではないといえる。

## (2) 代理行為の瑕疵

改正民法101条1項は、代理人が相手方に対してした意思表示の瑕疵につき代理人について決するとして、現行民法101条を維持し、2項で、相手方が代理人に対してした意思表示の瑕疵についても代理人について決するとの規律を新設した。また、3項については、「代理権が本人の指図に従って」の文言を削除し、現行民法を維持している。

これらの経緯をみると、部会資料66Aでは、「1代理行為の瑕疵（民法第101条関係）民法第101条の規律を次のように改めるものとする。(1)代理人が相手方に対してした意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき



場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。(2)相手方が代理人に対してした意思表示の効力が、意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。(3)特定の法律行為をすることを委託された代理人がその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができないものとする。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様とするものとする。」と提案している<sup>(10)</sup>。改正民法 101 条は、基本的には、この提案を採用したものである。

そのうちの 1 項の維持と 2 項の新設について、中間試案の提案説明では、これにより代理人が相手方に対して詐欺した場合に現行民法 96 条 1 項を適用すべきであるとの見解を排除できることになるとしている<sup>(11)</sup>。部会資料 53 第 4、1 でも、代理人の意思表示に関する部分と相手方の意思表示に関する部分に分けて整理することにより、規律内容が明確になり、代理人が相手方に対して詐欺をした場合に詐欺取消の規定（現行民法 96 条 1 項）は適用されないことが明確になるとしている<sup>(12)</sup>。さらに部会資料 66A では、「一般に民法第 101 条第 1 項が想定している規律の対象は、①代理人がした意思表示の効力が、意思の不存在、詐欺、強迫によって影響を受けるべき場合（例えば、代理人が錯誤、詐欺又は強迫に基づいて意思表示をした場合）、②代理人がした意思表示の効力が、ある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合（例えば、代理人が錯誤に基づいて意思表示をしたが重大な過失があった場合）、③相手方がした意思表示の効力が、意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合（例えば、心裡留保に基づいて相手方がした意思表示について相手方の真意を知り又は知ることができた場合や、第三者による詐欺に基づいて相手方がした意思表示について第三者による詐欺の事実を知っていた場合）であるとされている<sup>(13)</sup>。もっとも、代理人が相手方に詐欺をした場合における相手方の意思表示についても民法第 101 条第 1 項を適用するとした判例<sup>(14)</sup>がある。これは、同項が規律の対象として想定している上記①から③までのいずれの場合にも該当しない。民法が想定している規律に従うならば、端的に詐欺取消しに関する同法第 96 条第 1 項を適用すべき場面であると考えられる。そのため、上記の判例に対しては、同法第 101 条第 1

項が規律の対象として想定していない場合にまで同項を適用するものであるという批判が強い。他方、民法第101条第1項は代理人の意思表示のみに関する規定であるという解釈もある。確かに、同項のうち「意思の不存在、詐欺、強迫…によって影響を受けるべき場合」という部分は、代理人の意思表示のみを想定したものである（上記①参照）。もっとも、一般に同項が規律の対象として想定しているのは、上記のとおり、代理人の意思表示（上記①②参照）のみならず、相手方の意思表示（上記③参照）を含むとされている。したがって、上記の解釈も、同項が想定している規律とは異なっている。以上のように、民法第101条第1項については、同項が想定している規律とは異なる解釈が存在し、疑義を生じている。そこで、同項の趣旨を明確にする必要がある。」との問題を提起している。そして、このような問題に対応するため、「素案(1)及び(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第101条第1項について代理人の意思表示に関する規律（素案(1)）と、相手方の意思表示に関する規律（素案(2)）とを分けて定めるものである。これにより、代理人が相手方に詐欺をした場合における相手方の意思表示については、代理人の意思表示の問題（素案(1)）ではなく、かつ、相手方の意思表示の効力が意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合（素案(2)）でもないことから、民法第101条第1項が適用される場面ではないことが明確になる。また、民法第101条第1項が代理人の意思表示（素案(1)）のみに関する規定ではなく、相手方の意思表示（素案(2)）に関する規定でもあることが明確になる。併せて代理人の意思表示については、同項の「意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったこと」が全て問題となるのに対し（上記①②参照、素案(1)）、相手方の意思表示については、同項のうち「ある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったこと」のみが問題となること（上記③参照、素案(2)）も明確になる。」と説明している。これは、中間事案以来の提案を維持するものであるが、現行民法には、代理規律における詐欺につき、代理人が相手方に対して詐欺した場合の規律が明文化されていないことから、二当事者間法律行為規律を適用するとする学説が見られたことから、代理人の意思表示に関する規律だけではなく、相手方の意思表示に関する規律についても代理人Bについて決するとして三当事者間法律行為の規律のなかで処理するのが妥当との考えに基づく改正と

して、改正民法 102 条 1 項を維持しつつ、2 項を新設規律したのは妥当といえる。

### (3) 法定代理規律の構造

本人 A の意思に基づいて行為者 B に代理権限を授与する場合（任意代理）に対して、法令の規定に基づいて行為者 B に本人 A に代わって取引上の意思決定をする権限が授与される場合を法定代理と称している。そして、代理行為の要件を規律する現行民法 99 条は「その権限内において」と規律するだけで、本人 A の意思にもとづいて授与された「権限内」であるか、法令の規定に基づいて授与された「権限内」であるかは区別していない。このことから任意代理も法定代理も代理規律としては本質的に区別されるものではないと解されてきた。改正民法 99 条も、現行民法 99 条を維持し、代理行為の要件を「権限内」としている。しかし、代理の基本的構造を [A・B] と C との二者間の取引関係として規律する場合は、これを本質的に区別する必要はない。これと異なり、A・B・C 三当事者関係として構成規律するときは、本人 A の意思が欠缺していることから、同一に規律構成することはできないことになる。そこで、私見としては、法定代理は本人 A の「意思決定機関」として「機関法理」により規律するのが妥当と提唱した<sup>(15)</sup>。

このような観点に立ってみると、代理人の行為能力規律につき、改正民法では、代理人が制限行為能力者であっても取り消すことができないとして、現行民法 102 条を踏襲する一方で、代理人が制限行為能力者の法定代理人としてした行為についてはこの限りでないとして取消を認める規律を新設した（改正民法 102 条ただし書）。そこで、その経緯をみると、民法第 102 条の規律（素案(1)）に一定の例外を認める必要がある。このため、民法第 102 条の規律（素案(1)）の例外として、素案 2 では制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合には、当該法定代理人が自らを当事者としてしたとすれば行為能力の制限によって取り消すことができる行為についての取消しを認めることとするものである<sup>(16)</sup>。なお、そのような代理行為は無権代理とみなすべきであるという考え方もあり得るが、相手方の取引の安全に対する配慮という観点からは、積極的に追認の意思表示がされて初めてその代理行為の効果が認められる無権代理の構成よりも、取消しの意思表示がされない限りその代理行為の効果が認められる取消権の構成のほうが合理的であると説明している。この例外規律の新設は妥当なものといえるが、その理由として「当該法定代理人が自らを当事者としてしたとすれば」と解している点は妥当性

に欠ける。法定代理人は本人Aに代わって意思表示をする者であることからすると、本人Aの「意思決定機関」としたことに注目して、例外規律が新設されたと解すべきではないかと思われる。

また、部会資料53第4、1代理行為の瑕疵の規律でも「任意代理」の場合に限定することを提案している。これらは、法定代理は代理規律の基本的構造に適合するものとみることができないのではないかとの考え方の現れといえる。しかし、この提案は改正民法では維持されていない。このことから、これらの新設提案が採用されなかったことは規律構造上適切とはいえない。

なおさらに、今回の改正の過程において、部会資料29第3代理2(4)民法109条、110条、112条の各規定が法定代理にも適用されるかどうかについては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるかと問題提起し、「【甲案】民法第109条は法定代理には適用されないが、同法第110条、第112条は法定代理にも適用される旨を条文上明確にするものとする。【乙案】いずれの規定も法定代理には適用されない旨を条文上明確にするものとする。【丙案】現行法の各規定を維持し、法定代理への適用の可否については解釈に委ねるものとする。」と提案している。このような提案は、表見代理制度の理論的根拠である権利外観法理は、外観の作出について本人による関与（帰責性）を要求するものであるところ、法定代理（特に制限行為能力者の法定代理）の場合には、代理人の選任・監督について本人による関与（帰責性）を認めることができないから、表見代理の規定を適用する余地はないとの見解が主張されていることたら、本文の乙案は、この見解に基づく提案であると説明されている<sup>(17)</sup>。これは、法定代理規律については規律構造上は「本人A・行為者B」であることを前提として規律すべきであり、任意代理規律のように本人A・行為者B・相手方Cの三当事者間規律として捉えることが適切でないとの考えに基づくものといえる。ただ、この問題提起は部会資料第53で取り上げられてはいない。そして、表見代理規律が法定代理規律にも適用されるかどうかについては、文言上は、ほぼ現行民法を維持している。

しかし、このような、法定代理への代理規律の適用についての問題提起や改正提案についても、改正民法の解釈において重要視すべきである。私見としては、現行民法の代理規律との関係で提案した、法定代理は本人Aの「意思決定機関」であるとの考え<sup>(18)</sup>にもとづき、いわゆる多数当事者が関与する一形態としての「機関法

理」の形成を考慮しながら代理規律を解釈適用していく必要があるのではないかと  
思われる。

#### (4) 復代理の規律構造

改正民法は復代理人を選任した代理人の責任の規定（現行民法 105 条）を削除した。中間試案第 4、5 での提案に基づくものである。その提案理由としては、現行民法 105 条は、復代理人を選任した代理人の本人に対して負う内部的な責任を軽減するものである。このような責任は、債務不履行の一般原則に従って判断されるものであり、その責任を軽減する規律は合理的ではないからであるとしている<sup>(19)</sup>。

ところで、復代理人は、代理人によって選任された代理人ではあるが、本人を代表し（改正民法 106 条 1 項）、本人及び第三者に対して、代理人と同一の権利を有し、義務を負う（改正民法 106 条 2 項）と位置づけられている。これは、代理の基本的規律構造との関係では A・B・C 三当事者関係のうちの行為者 B により選任された D を B と同様に位置づけるのが妥当との考えによる規律であり、代理の基本的規律構造には本質的に異なるものではない。そして、改正民法による現行民法 105 条の削除は、B が D を選任したことによる責任は代理規律の問題ではないとの考えによるものといえる。すなわち、部会資料 66A では、「民法第 105 条は、上記のとおり復代理人の選任要件とのバランスの観点から任意代理人の責任を軽減するものであるが、同条については、次のような問題がある。すなわち、通常の債権者と債務者との関係においては、債権者が債務者に対してその債務の履行に第三者を用いることを許諾した場合、債務者がやむを得ない事由によりその債務の履行に第三者を用いた場合（民法第 105 条第 1 項参照）、さらには債務者が債権者の指名に従ってその債務の履行に第三者を用いた場合（同条第 2 項参照）であっても、債務者が自己の債務を履行しないことによって債務不履行責任を負うかどうかは、債務不履行の一般原則に従って判断される。ところが、民法第 105 条は、任意代理人（委任契約の受任者）がその委任事務を処理するために復代理人（復受任者）を選任した場合については、その復代理人の選任が本人（委任者）の許諾を得たもの又はやむを得ない事由によるものであれば、それだけで一律に任意代理人は復代理人の選任及び監督の責任のみを負えば足りるとし、また、その復代理人の選任が本人の指名に従ったものであれば、それだけで一律に任意代理人は復代理人に対する監督の責任すら負わないとしている。売買契約や請負契約、さらには準委任契約

等においては、自己の債務の履行に第三者を用いた場合に債務者が債務不履行責任を負うかどうかは、債務不履行の一般原則に従って、それぞれの契約の趣旨や、債権者が第三者を用いることを許諾した趣旨、債権者が第三者を指名した趣旨等に照らして、債務者に帰責事由があると認められるかどうかによって判断されるが、任意代理人が復代理人を選任した場合については、任意代理人の本人に対する責任（債務不履行責任）が一律に軽減されることになる。これは相当でないという問題である。例えば、物の引渡債権の取立てを有償で委任された任意代理人（受任者）が復代理人（復受任者）を適法に選任したところ、その復代理人が債務者から取り立てた物を不注意で紛失してしまった（復代理人は無資力）という場合において、任意代理人は、その復代理人を用いることによって利益を得る立場にあったにもかかわらず、その復代理人の選任及び監督についての注意さえ怠っていなければ、委任契約上の債務不履行責任を一切負わないことになる。また、その復代理人の選任が本人（委任者）の指名に従ったものであれば、任意代理人が復代理人の監督を怠ったことによって上記紛失が発生した場合であっても、任意代理人はそれだけでは委任契約上の債務不履行責任を負わないことになる。この結論が常に妥当であるかについては疑問がある」<sup>(20)</sup>として、復代理人を選任した任意代理人が本人に対して債務不履行責任を負うかどうかは、他の契約類型と同様に、債務不履行の一般原則に従って、事案ごとに柔軟な判断がされるのが相当であるとの指摘は、これを暗示するものであり、妥当といえる。

#### (5) 授權規律

改正民法では、処分授權規律の明文化の提案を採用していない。しかし、改正経緯をみると、中間試案第4、12 授權（処分授權）では、「(1)授權者Aが被授權者Bに対して、被授權者Bを当事者とする法律行為によって授權者Aの権利を処分する権限を与え、被授權者Bが第三者Cとの間で、授權者Aの権利を処分する内容の法律行為をすることによって、授權者Aと第三者Cとの間において、当該権利の処分という効果（授權者Aから第三者Cに当該権利が移転し、又は授權Aの当該権利の上に第三者Cの権利が設定されるという効果）が生ずるとともに、被授權者Bと第三者Cとの間において、当該法律行為の効果のうち上記権利処分を除くもの（売買契約であれば被授權者Bの第三者Cに対する代金支払い請求権の発生や、第三者Cの被授權者Bに対する目的物引渡請求権等の発生という効果）が

生ずる」規律の明文化を提案している。このことによって、委託販売の実務において、委託者 A が受託者 B に対する所有権の移転を経ないで、委託者 A から買主 C に直接所有権が移転する取引などを規律できることになることとされている<sup>(21)</sup>。代理規律では、行為者 B が相手方 C に対して本人 A であることを示して法律行為をする必要（顕名の原則）があるのに対して、授権では行為者 B は自己の名において相手方 C と法律行為をすることによって本人 A と相手方 C との間で直接法律効果が生ずるとする規律の提案である<sup>(22)</sup>。ただ、中間試案での提案では、このような規律のうち処分行為に限って（処分授権）、新設規律することを提案している。そして、中間試案第 4、12 では「(2)その性質に反しない限り、代理に関する規定を準用する」としている。その理由としては、これは、その性質に反するかどうかは解釈に委ね、代理の規定を包括的に準用するものであるとしている<sup>(23)</sup>。部会資料 53 第 5、10 でも、授権に関する規律を定めることによってルールを明確化し、性質に反しない限り、代理規律が及ぶことを示すものであるとしている。

しかし、部会資料 66A では、中間試案第 4、12「授権（処分権授与）」については、パブリック・コメントの手続に寄せられた意見の中には、授権に関する明文の規定を設ける実務上の必要性・有用性が見受けられない旨の指摘や、「授権」という概念は一義的に明確でなく、問屋の行為（取次ぎ・間接代理）との区別も曖昧である旨の指摘があった。以上の指摘などを踏まえ、この論点は取り上げないこととし、引き続き解釈に委ねることとしたとしている。

しかし、処分授権規律は主体論の見地に立ってみると、行為者 B と相手方 C との二当事者関係として構成すべきである。確かに、本人 A は行為者 B に処分権限を授与していることから、代理規律と同様に、本人 A・行為者 B・相手方 C の三当事者関係として構成できないわけではない。しかし、相手方 C にとっては、顕名がないことから本人 A を観念して法律関係を形成しているとはいえない。相手方 C は行為者 B を本人と観念して法律関係を形成しているにすぎない。それは、通常の二当事者関係と異なるものではない。しかし、それが本人 A と相手方 C との関係であるとして直接効果が生ずるものとして規律することを許容できるのは、行為者 B と相手方 A との処分行為について本人 A が行為者 B に処分権限を授与していることによるものといえる。すなわち、処分取引にあっては、通常取引と異なり、取引当事者の属性よりも処分権限の有無を重要視して規律することが許容さ

れるものとの考えに基づいて規律されることの結果であるということになる<sup>(24)</sup>。このため、中間試案の代理規律は本人A・行為者B・相手方C三者協働の構図を前提として、代理規律に内包するリスク処理の規律を包括的に準用することを前提とすることも妥当とはいえないことになる。

このことから、改正契約債権法では、中間試案での処分授權規律の明文化は取り上げられなかったが、解釈論としては、許容されるものと解される。しかし、その場合であっても、中間試案第4、12(2)及び部会資料53第5、10での代理規律を包括的に準用するとの提案に依拠することも妥当ではなく、法律関係を個別に判断し解釈する必要があるといえる。

## 2 代理規律リスクの処理規律

代理規律には、本人が代理規律を濫用することによるリスク、代理権限を有する代理人の行為により生ずるリスク（有権代理リスク）、代理権限のない代理行為リスク及び本人がこれに加担している場合など二当事者間規律とは異なるリスク規律が要請される。現行民法でも、それに対応するための規律は設けられていた。改正民法は、基本的にはその現行民法を維持し、改正、新設規律は部分的に行なわれているにすぎない。しかし、改正民法では、それを概観すると、その改正論議の経緯の過程においては、代理規律は本人A・行為者B・相手方Cの三当事者関係にあることを前提としたリスク配分規律との視点に立ったものと解することができる。

### (1) 本人による代理規律の濫用リスク

改正民法101条1項及び2項で代理行為の瑕疵は行為者Bについて決することから、本人Aは行為者Bを藁人形として利用することが考えられる。本人Aは行為者Bを藁人形として利用することは本人による代理規律の濫用であり、許容されるものではなく、本人A自身が、そのリスクを負担するものとして規律するのが妥当である。

そこで、現行民法101条2項では「代理人が本人の指図に従ってその行為をしたとき」に限り、本人Aがリスクを負うものとしている。改正民法101条3項は、本人Aが行為者Bをコントロールする可能性のあることを要件として、本人自身が負担すべきであると規律する。この改正は、本人Aのリスク負担の範囲を拡大するものである。その経緯をみると、部会資料53、第4では、「本人が知っていた事



情について、本人が任意代理人に告げることが相当であった場合(3)、或いは、本人が過失によって知らなかった事情について、本人がこれを知って任意代理人に告げることが相当であった場合(4)、本人は、任意代理人がその事情を知らなかったことを主張することができない」として、本人が代理人を藁人形として利用する代理規律に内包するリスクにつき規律することを提案している<sup>(25)</sup>。また、部会資料 66A では、民法第 101 条第 2 項のうち「本人の指図に従って」代理人がその行為をしたという部分を削るものと提案している<sup>(26)</sup>。判例<sup>(27)</sup>でも、特定の法律行為の委託があれば本人の指図があったことは要件としない旨を判示しており、この判例法理を明文化するものであり、改正民法 101 条 3 項は、この提案に基づくものである。

しかし、改正民法 101 条 3 項が、本人が代理人に「特定の法律行為をすることを委託した」ことのみを要件とするだけで、同項を適用したのは、特定の法律行為の委託だけで、その法律行為を行なうについては、本人 A・相手方 B・代理人 C の三当事者関係が形成され、それを前提として規律するのが当然であるとの考えによるものと解すべきである。特定の法律行為をすることを委託の他に、現行民法が「本人の指図」をも要件としてきたこと、あるいは中間試案の「告げることが相当」等を要件とする提案は、代理人 B と相手方 C の二当事者間行為に注目した規律であり、代理規律の構成としては不適當であると思われる。

## (2) 有権代理リスクの規律

### (i) 代理権の濫用規律

改正民法 107 条は、行為者 B が代理権限を濫用した場合で、相手方 C が、そのことを知り又は知ることができた場合には、代理権を有しない者がした行為とみなすとの規律を新設している。このことにより、本人 A との関係では、法律効果が生じないことになる。

この代理権の濫用は、本人 A から代理権限を授与された行為者 B が、この代理権限を濫用する場合で、有権代理に内包するリスク規律である。現行民法には明文がなく、解釈上、議論されてきた<sup>(28)</sup>。そこで、判例<sup>(29)</sup>、通説は、現行民法 93 条ただし書を類推適用して無効と解してきた。ドイツにおいても *Reisgericht* の形成した悪意の抗弁理論に立っている。すなわち、代理権の濫用は、その代理行為は代理権によって覆われているが、内部関係において違反し、本人の利益を害し、相手方もそれを知っているか知り得べき場合であり、この場合には、本人は第三者に

悪意の抗弁を主張できるとの理論によるものである。支配的見解も同様の理論によっている<sup>(30)</sup>。

これに対して、改正経緯の過程では、判例は、代理権濫用行為について民法第93条ただし書を類推適用する旨判示しているが、代理権濫用行為をする代理人は、その代理行為の効果を本人に帰属させる意思をもってその旨の意思表示をしているのであるから、意思表示自体には何ら問題はなく、民法93条ただし書の心裡留保に類似する状況にあるとはいい難い。判例は、代理権濫用行為に関する規定がない中で、代理人の内心の目的を相手方が知り又は知ることができた場合という要件を用いて事案の適切な解決を図るために、同条ただし書を類推適用するという解釈論を採用したものと考えられる。しかし、代理権濫用行為の効果という観点から見ると、民法第93条ただし書は、意思表示自体に瑕疵（意思の不存在）がある場合に関する規定であるため当該意思表示を無効としているが、上記のとおり意思表示自体には何ら問題のない代理権濫用行為を心裡留保による意思表示のように無効とする必然性はないと指摘している<sup>(31)</sup>。これは、代理権の濫用を、二当事者間の意思表示理論の規律によって規律することは妥当でないとして新設規律の必要性を指摘するものといえる。

そこで、中間試案第4、7では、「(1)本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができる」として、本人に効果不帰属という効果が生ずるとしていた。そして、(2)では、上記(1)の意思表示に遡及効を認め、(3)では、上記(1)の意思表示は、第三者が知り又は重大な過失で知らなかったときは第三者にも対抗できる」としていた。中間試案では、代理権濫用は代理権の範囲内の行為であることから、本人に効果が帰属することになるが、相手方の態様によっては本人が効果不帰属とする旨の意思表示をすることによって、本人への効果不帰属という効果が生ずるとするのが妥当と説明されている<sup>(32)</sup>。部会資料53第4、5でも、代理権の濫用の効果について、代理人による有権代理権の濫用であるとの見地から「本人は、相手方に対し、当該行為の効力が本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができる」とすることう提案をしている<sup>(33)</sup>。この提案は、代理権の濫用規律を、判例、通説の現行民法93条ただし書の類推適用やドイツでの悪意の抗弁理のように、二当事者間規律によるのは適切ではなく、本人A・行為者B・相手方C三当事者間規律のなかで規律するのが適切であるとの

考によるもので、適切な規律構成といえる。さらには、これらの提案は、その効果規律についても行為者 B に代理権限のあることに注目した規律であり、妥当な規律である。

しかし、部会資料 66A では、中間試案においては、本人が効果不帰属の意思表示をすれば遡及的に無権代理と同様に扱うという構成を採っていたが、効果不帰属の意思表示という新たな概念を用いる必要はない旨の指摘や、制限行為能力者の法定代理人が代理権濫用行為をした場合には制限行為能力者である本人が効果不帰属の意思表示をすることは困難である旨の指摘があった。また、民法（債権関係）部会審議においても、利益相反行為は無権代理とみなす一方で（中間試案第 4、6 (3)参照）、代理権濫用行為は本人が効果不帰属の意思表示をして初めて無権代理とみなすというのは、両者の境界がそれほど明確でない事案もあり得ることから相当でない旨の指摘があった（中間試案の補足説明 42 頁参照）。そこで、代理権濫用行為についても、一定の要件の下で無権代理とみなすこととしたと提案している<sup>(34)</sup>。しかし、この提案は、前述したように法定代理も任意代理と同一に規律することを前提とするとともに、利益相反行為については有権代理リスクの規律であるにもかかわらず無権代理として規律することの不適切な提案を前提として受け入れることによる帰結といえる。この結果、代理権の濫用を本人 A・行為者 B・相手方 C 三当事者関係を規律するものであることには変わりはないが、行為者 B が代理権限を有する場合と有しない場合の規律構成を不明瞭なものとするもので妥当とはいえない。そして、改正民法 107 条は、このような問題を内在した提案を維持するものである。

なお、無権代理効果の生ずる要件については、改正民法 107 条では「相手方がその目的を知り、又は知ることができなかつたとき」としている。これは、現行民法上、代理権の濫用について現行民法 93 条ただし書を類推適用するとしていた通説、判例上の要件と同一である。すなわち、二当事者間の意思表示において、「表意者の真意を知り、又は知ることができた」場合に、心裡留保として無効とあるとしていた要件を維持するものである。しかし、その経緯をみると、中間試案第 4、7 では、効果不帰属主張要件につてではあるが「相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかつたとき」と提案している。これは、現行民法上の判例、通説が「悪意」または「知ることができたとは」、すなわち単なる「過失」を

要件としていたのを、「悪意」または「重過失」を要件とする旨を提案するものである。その理由としては、「重過失の相手方を保護しないのは、本人自身が代理権濫用行為をしたわけではないからであり、軽過失の相手方を保護するのは、代理権濫用の事実を本人と代理人との間の内部的な問題にすぎないからである」としている<sup>(35)</sup>。これは、現行民法での通説、判例が、代理権濫用のリスク規律において、行為者Bと相手方Cの二当事者間規律に歪曲していたのに対して、代理規律の基本的規律構造である本人A・行為者B・相手方Cの三当事者関係の見地に立っての正鵠を射た提案であったといえる。しかし、部会資料66A第2、7では、改正民法107条と同様の要件に改め、現行民法での要件に変更提案され、この提案に基づいて改正民法で新設規律されている。その理由として、中間試案では、民法93条ただし書の場合よりも相手方の保護を重視し、相手方が代理人の目的を「知り」又は「重大な過失」によって知らなかった場合に限り代理行為の効果を否定することとしていたが重過失の要件は厳格にすぎて適切に機能しない旨の指摘や「過失」の認定・評価を通じて柔軟な解決を図ることが可能であるから相手方の取引の安全を不当に害することにはならない旨の指摘があり、「知ることができた」の認定・評価を通じて適切な解決に委ねるとしている<sup>(36)</sup>。

また、民法(債権関係)部会審議では、松岡委員が、代理権濫用の要件が変わったことは、これで本当にいいのかと質問したのに対して<sup>(37)</sup>、金関係官は心裡留保と代理権の濫用のバランス論が決定的な理由ではなく、重過失の要件を柔軟に認定・評価するというのは難しいことから、より柔軟性の高い過失の要件のほうを選んだわけであると応えている<sup>(38)</sup>。しかし、このような「知ることができた」の認定・評価に委ねることが立法手法として妥当かどうか疑問がある。仮に、それが許されるとしても、その認定・評価に当っては、行為者Bと相手方Cの二当事者間規律を前提とするものではなく、代理権限を授与した本人A及び行為者Bと相手方Cの三当事者規律を前提としたことである旨を明確にする必要があったのではないかと思われる。この意味では「知っていた(悪意)」と同視されるような認定・評価される場合に限って、無権代理効が生ずるものと解釈すべきではないかと思われる。

なお、改正民法107条は中間試案第4、7(3)の第三者との関係については採用していない。このことから、解釈に委ねられているといえる。そこで、その解釈にお

いて、単純に無権代理規律の場合の対第三者関係の場合と同様に解釈するのが妥当か問題となる。代理権濫用の場合は、本人に効果が帰属していることを前提として、相手方の態様を判断する必要があるのではないと思われる。

さらに、代理行為の後に濫用目的が生じた場合については、代理権濫用行為は代理権の範囲内の行為であるから、その代理行為の効果は本人に帰属するのが原則であり、例外的に、相手方が代理人の濫用目的を知り又は知ることができた場合に限り、その代理行為の効果が否定される。したがって、例えば、建物の売却に関する代理権を与えられた代理人が当該建物の売買契約を締結した後にその売買代金を着服する意図を持つに至った場合のように、代理行為の後に濫用目的を生じた場合については、相手方が代理人の濫用目的を知り又は知ることができた可能性はないから、素案の代理権濫用行為に関する規律によっては、当該代理行為の効果を否定することはできない<sup>(39)</sup>と解することができよう。代理行為の後に濫用目的を生じた場合についての、このような解釈は、代理権濫用規律は、規律構造的には有権代理リスクの規律によるべきであるとの考え方を前提とするものである。このような考え方は適切である。そうだとすると、解釈に委ねられた対第三者との関係についての解釈に当たっても、同様の立場に立つべきであるし、基本的には改正民法 107 条が代理権濫用の効果を無権代理としたこととの間に齟齬があることになり、今後の解釈上の課題ということになる。

## (ii) 自己契約・双方代理—代理人単独での意思決定の規律

改正民法 108 条 1 項は、自己契約及び双方代理規律について、「代理権を有しない者がした行為」に改修規律した。現行民法 108 条では、自己契約及び双方代理は「できない」と規律していたのを改修したものである。

自己契約及び双方代理は代理人 B のみによって、その取引内容を決めることができる。このような法律行為が許されるかの問題がある。そこで、無効と規律することも考えられる<sup>(40)</sup>。しかし、観念的には、一人が本人として、また相手方として意思表示をすることは許容されてよいといえる。ただ、その取引内容が一方当事者のみに有利となる余地があることから、たとえ本人から代理権限が授与されている場合であるとしても、当然には、本人に代理の効果が生ずると規律するのは妥当ではないと考えられる。このことから、現行法上、判例、通説は、「できない」とされている行為をした場合は、無権代理行為になると解していた。

中間試案第 4、6 でも「(1)代理権を有しない者がした行為とみなす」とし、「(2)本人のあらかじめの許諾ないし本人の利益を害さないときは、(1)は適用しない」と修正規律することを提案している。そして、その提案では、自己契約又は双方代理の効果について、無権代理と同様に扱って「当然に効果不帰属とするという判例法理<sup>(41)</sup>を明文化するものである」としている<sup>(42)</sup>。部会資料 66A は、4 で、「(1)同一の法律行為について、相手方の代理人として、又は当事者双方の代理人としてした行為は、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでないものとする。」と提案している<sup>(43)</sup>。改正民法 108 条 1 項は、この提案を維持するものである。そこで、部会資料 66A の説明によると、現行民法第 108 条は、本人と代理人との利益が相反する自己契約（自己を相手方としてする代理行為）及び双方代理（当事者双方の代理人としてする行為）を自由に認めると本人に不利益を生ずるおそれが高いことから、これらを禁止する旨を定めている<sup>(44)</sup>。ただ、その禁止違反の効果については明記していない。そのため、判例<sup>(45)</sup>が、自己契約及び双方代理の効果は無権代理と同様に扱う旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化し、同条の趣旨を明確にする必要がある。そこで、部会資料 66A は、4 素案(1)のように、自己契約及び双方代理はいずれも代理権の範囲内の行為であるが、無権代理行為とみなされることによって、民法第 113 条から第 117 条までの無権代理に関する規定が適用されることになる。したがって、本人が自己契約及び双方代理を事後的に追認したり（同法第 113 条）、相手方が本人に対して追認をするかどうかの確答を求める催告をしたりすることができることになる（同法第 114 条）。仮に自己契約及び双方代理の効果を無効とすると、このような追認や催告をすることはできないことになる。なお、中間試案においては、自己契約及び双方代理であっても「本人の利益を害さない」行為については無権代理とみなさない旨の規律を設けることとしていた（中間試案第 4、6(2)イ参照）。これに対して、「本人の利益を害さない」という表現では曖昧にすぎるとの指摘があり、そこで、現行法の「債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない」との表現を維持し、その解釈・認定を通じた適切な解決に委ねることとした。」と説明している<sup>(46)</sup>。これによると、この提案は、自己契約及び双方代理は有権代理であるとの考え方を前提としながら、無権代理規律に入れ込むための規律ということになる。しかし、自

己契約・双方代理のリスク分配を無権代理規律に入れ込むのは本人 A の代理権授与を考慮しないで行為者 B と相手方 C 間でのリスク配分規律を適用するもので妥当でない。本人 A が行為者 B に代理権限を授与していたという関係は顧慮されていない。本人 A ・行為者 B ・相手方 C 三当事者関係の見地に立って規律としては自己契約又は双方代理の場合には本人 A に効果が帰属するが本人 A による効果不帰属を主張できる場合として規律するのが妥当ということになる。

### (iii) 代理人の利益相反行為規律

改正民法 108 条 2 項は、本人と代理人間の利益相反行為については、「代理権を有しない者がした行為」とみなすとして、新設規律する。その経緯をみると、中間試案第 4、6 では、「(3)本人と代理人間の利益相反行為については、自己契約・双方代理規律と同様に中間試案第 4、6(1)代理権を有しない者がした行為とみなす」と提案している。これは、利益相反行為に該当するかどうかは、代理行為自体が外形的・客観的に考察して判断するものであり<sup>(47)</sup>、このような利益相反行為については民法 108 条の規律が及ぶと解する判例<sup>(48)</sup>を明文化するものである<sup>(49)</sup>と説明している。部会資料 66A は、4 で「(2)代理人と本人との利益が相反する行為（上記(1)本文に該当するものを除く。）についても、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする」と提案している<sup>(50)</sup>。そして、民法第 108 条は、自己契約及び双方代理を禁止する旨を定めているが、その禁止の趣旨は、本人と代理人との利益が相反する行為を自由に認めると本人に不利益を生ずるおそれが高いという点にある。そのため、形式的には自己契約及び双方代理に該当しない行為であっても、代理人と本人との利益が相反する行為については、同条の規律が及ぶと解されている<sup>(51)</sup>。もっとも、民法第 108 条は、自己契約及び双方代理に該当しない利益相反行為の禁止については明記していない。そこで、上記の解釈を明文化し、同条の趣旨を明確にする必要があると考えられる。部会資料 66A では、例えば、貸金の債務者 B が、A の所有する不動産に自己の貸金債務を被担保債権とする抵当権を設定する契約を A の代理人として債権者 C との間で締結する行為や、貸金の債務者 B が、自己の貸金債務の弁済に代えて A の所有する不動産を給付する代物弁済契約を A の代理人として債権者 C との間で締結する行為は、形式的には自己契約及び双方代理に該当しないが、代理人 B と本人 A との利益が相反する行為であるため、同条の規律が及ぶとされる、と解説している<sup>(52)</sup>。

このような利益相反行為について、自己契約及び双方代理と同視して新設規律することは妥当である。しかし、利益相反行為については、本人Aが代理人Bに代理権限を授与したことを前提として、代理人Bが相手方Cと本人Aの利益と相反するような代理行為をすることによって本人Aに不利益が生ずる場合についての規律であることからすると、有権代理リスクの規律として規律すべきである。しかし、中間事案あるいは部会資料66Aの4(2)のいずれの提案においても、無権代理規律により規律するものであり、適切とはいえない。

また、転得者との関係については、規律されていないが、中間試案では、本人が相手方や転得者の悪意を主張立証した場合に限り、本人は代理行為につき責任を免れるとする判例<sup>(53)</sup>が引き続き参照されることを想定しているとしている<sup>(54)</sup>。部会資料66Aでも、相手方及び転得者と本人との関係（素案4(1)(2)共通）については、①自己契約及び双方代理（素案1）の相手方からの転得者、②自己契約及び双方代理に該当しない利益相反行為（素案2）の相手方、③自己契約及び双方代理に該当しない利益相反行為（素案2）の相手方からの転得者と本人との関係について、判例は、本人が相手方や転得者の悪意を主張立証した場合に限り、本人は代理行為についての責任を免れると解しているものと考えられる<sup>(55)</sup>。これらの判例の射程については議論があり得るものの、少なくとも素案1(2)の規律はこれらの判例が採用する解釈に影響を及ぼすものではないから、素案1(2)の規律が設けられたとしても、引き続きこれらの判例が参照されることが考えられると説明している。これは、自己契約・双方代理及び利益相反行為は有権代理であり、本人に代理効果が生ずることを前提としての解釈が維持されるとするものである。改正民法108条1項、2項で「代理権を有しない者がした行為」として無権代理の規律に入り込んだことと齟齬する。

#### (iv) 有権代理リスク規律の課題

改正民法107条の代理権濫用の新設規律、108条1項の自己契約・双方代理規律、108条2項の利益相反行為の新設規律では、「代理権を有しない者がした行為」と規律している。その結果、無権代理規律により処理することが予定されている。しかし、中間試案では、「本人による効果不帰属主張」効果とすると提案されていた。これは、行為者Bは代理権限を有していて、本来は、本人Aに効果の生ずることを前提とした上で、本人が効果不帰属を主張できるとする規律構造によるもの



であり、代理権濫用、自己契約・双方代理及び利益相反行為の規律としては、行為者 B を適切に位置づけた規律構造ということになる。このことから、改正民法が、これらの場合を「代理権を有しない者がした行為」と規律したのは妥当性に欠けるということになる。ただ、これらの規定では「代理権を有しない者がした行為」と「みなす」としていることから、論理的には有権代理ではあるが「代理権を有しない者がした行為」と「みなす」もので、真正の「無権代理行為」とは異なるとの意味を包含したものと推測される。「効果不帰属主張」効果の新設規律に対する反対との妥協の結果、「無権代理」に流し込んだものとみられる。このことから、対第三者との関係については、いずれも本人に効果が帰属していることを前提とした判例理論が維持されるものであると解説しているのは、そのことの帰結といえる。このことから、「代理権を有しない者がした行為」の効果内容を真正の無権代理規律によるものではないとの解釈を生み出す余地が残されている。今後の解釈上の課題といえる。

### (3) 無権代理リスクの規律

#### (i) 無権代理規律と表見代理規律の関係

本人 A・行為者 B・相手方 C 三当事者が関与する取引（契約）のための手法の規律に当っては、行為者 B が、本人 A から代理権限を授与されていないにもかかわらず、代理人であるとして行為する現象の生ずることが想定される。そこで、このような代理規律におけるリスクの規律が問題になる。改正民法は、基本的に現行民法を維持し、本人 A が代理権の授与していないのに授与した旨を表示している場合（改正民法 109 条）、本人 A の授与した代理権限の範囲を踰越している場合（改正民法 110 条）及び本人 A の授与した代理権が消滅している場合（改正民法 112 条）などの事情の存在する場合、すなわち行為者 B の無権代理行為に本人 A が「関与」している場合を表見代理として規律し、その後、これらの事情の存在しない場合を無権代理（改正民法 113 条～118 条）として規律している。しかし、改正民法 109 条の代理権授与の表示による表見代理等、改正民法 110 の権限外の行為の表見代理及び代理権消滅後の表見代理及び改正民法 112 条の代理権消滅後の表見代理等は、行為者 B に代理権限が存在しない場合であり、規律構造上は、本来は無権代理ではあるが、行為者 B の無権代理行為に本人 A が「関与」している場合には、所定の要件の下で本人 A と相手方 C 間に法律上の取引効果を帰属させるものとす

る無権代理規律の例外を規律したものと解すべきである。もっとも、これらの表見代理規律では、本人Aが行為者Bの無権代理行為に「関与」していることから、便宜上、有権代理規律の後に位置づけて規律したものと解することはできないわけではない。しかし、このために、現行民法下では、表見代理規律につき、有権代理と解する見解や、本人A・相手方C二当事者間の規律思考に還元して本人への効果帰属を基礎づける見解がみられる。しかし、表見代理規律では、本人Aに法律上の取引効果が生ずるとする点では、有権代理とは同視することができるが、本人Aが行為者Bに代理権限を授与していないことから有権代理規律類型に対比する無権代理規律類型に属することにはかわりはない。特に、有権代理規律類型では本人Aに取引上の法律効果が帰属するだけでなく、行為者Bとの関係においては、「責任」関係は何ら問題とならないのに対して、表見代理規律では本人A・行為者B間には「責任」関係の規律が不可欠である点で決定的に異なる規律構造が存在する。このことからすると、改正民法においては現行民法の規律構造の当否を検討した上で、表見代理規律の前に無権代理規律の原則を設け、その後、これら例外の表見代理規律を置くべきではなかったかと思われる。とくに、現行民法下での有権代理とみる見解を本人A・相手方Cの二当事者間の規律思考に還元して規律する見解を考慮して、改正民法が、現行民法の規律構造を維持した結果であるとする、多角的見地からの規律としては妥当とはいえない。

(ii) 無権代理と本人の追認 代理規律では、行為者Bが本人Aから代理権限が授与されていないのに、代理権限を有するものとして相手方Cと取引行為をする場合が、通常想定される。そこで、このような場合、すなわち、無権代理行為の場合のリスク処理の規律が必要になる。

無権代理リスクの規律に当たっては、行為者Bは、常に「悪者」として規律することは妥当でない。代理取引では、本人Aからは代理権限が授与されていないが、行為者Cが本人Aの代理人として取引を行なうことによって本人・代理人あるいは相手方の利益に帰すると判断して代理取引を行なうことも通常取引として行なわれることが想定される。代理取引が通常化している現在取引社会における無権代理行為リスクの規律に当たっては、このような取引状態も想定して規律することが要請される。

しかし、無権代理行為リスク規律では、基本的には、本人Aからの代理権授与の

ないことから本人 A との関係で代理効果が帰属するとして規律することはできない。そこで、現行民法 114 条は本人 A との関係では効果は生じないと規律し、改正民法 114 条も、これを維持している。しかし、本人 A による代理権限が授与されていないだけで改正民法 99 条の顕名の要件を備えた行為であるときは代理行為としては成立している点に注目すると、本人 A が、その効果の帰属を承認するときは、本人 A と相手方 C との間に取引上の法的効果が生ずるものとして規律することには不都合はない。そこで、現行民法 113 条は「本人の追認」の有無によって、本人 A への効果が帰属するとし（現行民法 116 条）、それに伴っての相手方の催告権（現行民法 114 条）や取消権（現行民法 115 条）を規律している。改正民法も、現行民法のこのような無権代理行為のリスク規律を維持している。無権代理行為の第一次的リスク処理規律としては三当事者の関係を適切に位置づけた規律として妥当な構成といえる。

(iii) 無権代理人の責任 無権代理行為の第一次的リスク処理が行なわれない場合、本人 A は行為者 B に代理権限を授与していないことから、行為者 B と相手方 C でのリスクの配分規律が問題となる。そこで、改正民法 117 条では、現行民法 117 条を基本的には維持し、行為者 B が、自己の代理権を証明したとき、又は本人 A の追認を得たときを除き、行為者 B が相手方 C に対して履行又は損害賠償の責任を負うとして、最終的には行為者 B がリスクを負担するものとしている。ただ、改正民法 117 条 2 項では「一代理権を有しないことを相手方が知っているとき（相手方の悪意）、二代理権を有しないことを代理人が知っていた場合（代理人の悪意）を除き、相手方が過失で知らなかった（相手方の過失）とき、三代理人が行為能力の制限を受けているときは、適用しない」として、相手方 C の態様等との関係を考慮してリスク配分している。中間試案では、第 4、11 では「(2)上記(1)は、次のいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。ア代理権を有しないことを相手方が知っていたとき（相手方の悪意）、イ相手方が過失によって知らなかったとき（相手方の過失）、ただし行為者が知っていたとき（行為者の悪意）は除く、ウ行為者が自己に代理権でないことを知らなかったとき（行為者の善意）、ただし重過失善意は除外、エ行為者が行為能力を有しないとき」と提案していた。そして、この提案は、現行民法 117 条 2 項を基本的に維持するものであるが、無権代理人が自己に代理権がないことを知らなかった場合の免責に関する規律を新設

するものであるとしている<sup>(56)</sup>。そして、現行民法117条1項の無権代理人の責任は無過失責任とされているが、これに対しては、例えば、代理行為の直前に本人が死亡したため無権代理となった場合等、無権代理人が自己に代理権がないことを知らなくとも常に責任を負うのでは無権代理人に酷な結果を生じかねないとの指摘がある。そこで、学説上のこのような指摘を踏まえ、錯誤に関する民法95条の規定を参考にして新たな規律を定めることとするものであると説明している<sup>(57)</sup>。この提案は、行為者Bの責任を軽減しようとするものであり、現代取引社会では行為者Bは「悪者」であるとは限らないとの見地に立つての規律に沿うものである。しかし、その後、部会資料66Aの8では「(2)上記(1)は、次に掲げる要件のいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。ア 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき。イ 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が過失によって知らなかったとき。ただし、他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知っていたときを除く。ウ 他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかったとき。」と提案している<sup>(58)</sup>。改正民法117条2項は、この提案を維持するものである。この結果「①相手方が悪意の場合：無権代理人の主観を問わず、常に無権代理人の責任は生じない。②相手方が善意有過失の場合：無権代理人が悪意の場合に限り、無権代理人の責任が生ずる。③相手方が善意無過失の場合：無権代理人の主観を問わず、常に無権代理人の責任が生ずる。」ことになるとしている<sup>(59)</sup>。そして、現行民法第117条第2項のうち、無権代理であることを相手方が知らなかったことにつき過失がある場合に無権代理人の責任を否定している点は、同条が無権代理人に無過失責任という重い責任を課していることとのバランスを考慮して相手方の無過失を要求する趣旨のものであるとされている<sup>(60)</sup>。もっとも、無権代理人が自己に代理権がないことを知っていた場合については、無過失の無権代理人の責任を追及しているわけではないから、相手方に過失があったとしても、無権代理人の責任を否定すべきではないと考えられる<sup>(61)</sup>。また、中間試案第4、11(2)二で提案されていた善意行為者の免責の新設規律が提案されていないことについては、パブリック・コメントの手に寄せられた意見の中に、代理制度の信用を維持する観点や、無権代理人と相手方の立場を比較すれば相手方のほうを保護するのが通常の価値判断であるという観点から、民法第117条の無過失責任を維持す

べきである旨の指摘があったことを踏まえ、この規律については取り上げないこととした。なお、同条については、無過失責任を定めた規定であると理解するのが判例の立場であるが、起草者は過失責任と理解していたとされており、引き続き解釈の余地はあると考えられる<sup>(62)</sup>、としている。民法（債権関係）部会審議では、岡委員の、弁護士会では、無権代理人の 117 条に基づく責任と不法行為責任との関係が議論になり、117 条が相手方に対して履行又は損害賠償の責任を無過失でも負うという特別の責任だとすると、709 条の要件を別途満たせば不法行為の損害賠償責任を負うことがあり得ることを前提としてよいかとの問いに対して、金関係官が民法 709 条の不法行為責任の追及は否定されませんので、それは引き続き今回の資料でも前提としてしていると応えている<sup>(63)</sup>。しかし、改正民法 117 条の無権代理人の責任の規律については、その提案理由などにみられるような規律思考に基づいて良いか疑問である。改正民法 117 条 2 項で行為者 B が代理権限のないことを知って代理行為（悪意）をした場合は常に責任を負うものとされているし、相手方 C が代理権限のないことを知って代理行為（悪意）をした場合は常に責任を負わないとされているのは、無過失責任か過失責任かによって基礎づけられるものではない。また、その責任の内容が「相手方の選択に従い履行又は損害賠償」とされているのも、なぜか。債務不履行責任や不法行為責任とは異なる責任であることを前提とした規律と解すべきではないかとも思われる。すなわち、加害者と被害者という関係にある二当事者間での責任規律とは異なる観点に立つての規律と解すべきではないかと思われる。善意行為者の免責の新設規律の提案に反対したパブリック・コメント中にみられる「代理制度の信用を維持する観点」に立つて規律構成することが注目される。代理規律は三当事者が関与する取引（契約）のための手法であり、多角取引関係に近似するものであることは前述した。このことから、多角的法律関係理論としては「自律」＝「個別取引契約」次元での規律と「多角」＝「全体取引システム」次元での規律という重層的効果構成が求められている<sup>(64)</sup>。そして、私見では「自律」＝「個別取引契約」次元では「効果意思」に基づいて規律されるものであり、「多角」＝「全体取引システム」次元では「多角」＝「全体取引システム」関与意思が契約規範を根拠づけるとして構成するのが妥当と提言した<sup>(65)</sup>。これに対応するものとして、三当事者が関与する取引（契約）のための手法の代理規律においても、例えば本人 A と行為者 B の「個別」次元での規律と、

「代理システム」への関与意思を根拠とする規律の重層的規律構成を前提として、無権代理人の責任規律は、この後者の次元での規律と解するのが適切ではないかと思われる。この結果、代理権限の授与されていないことを知りながら「代理システム」に関与した行為者あるいは相手方があるのに無権代理行為のリスクを負担することを原則として両者のリスク負担関係を調整するのが妥当ということになる。改正民法117条2項は、このような観点に立つての規律構成と解すべきである。

(iv) 無権代理と相続 部会資料29第3、3(2)では相続等により本人Aと無権代理人Bの法的地位が同一人に帰した場合について、判例、学説の到達点を踏まえ、前記(i)(ii)とは異なる無権代理行為リスクの処理規律を設けることが提案されている<sup>(66)</sup>。すなわち、本人Aの追認がなくても相手方との関係で代理行為の効果が生ずる当事者とするものである。しかし、部会資料53では、その提案を取り上げていない。

#### (7) 表見代理規律

本人Aは行為者Bに代理権限を授与していないが、行為者Bによる無権代理行為が行なわれることについて、本人Aが「何らかの関与」をしている場合、無権代理リスク規律によるのは妥当でない。このことから、現行民法は、本人Aは行為者Bに代理権限を授与していないが、本人Aが無権代理行為に「何らかの関与」をしている場合、その態様に応じたリスク分配規律を設けている。いわゆる表見代理規律がそれである。改正民法でも、このような表見代理規律については、ほぼ現行民法を基本的に維持するものとしている。しかし、改正審議過程での問題提起や議論についてみると、三当事者関係にあることを認識した提案が多くみられる。このことから、改正民法の表見代理規律の解釈適用に当たっては、現行民法の表見代理規律の解釈とは異なり、このような改正審議過程での問題提起や議論を考慮する必要があるものと思われる。

(i) 代理権授与の表示による表見代理 本人Aが行為者Bに代理権を授与したわけではないのに、本人Aが「代理権を授与していると表示」をして「関与」した場合の規律である。改正民法109条1項は現行民法109条を維持し、本人Aが責任を負うとしている。この代理権授与の表示による表見代理規律に関連して、改正過程では、部会資料29第3、2では「(1)ア① 本人が民法第109条の代理権授与表示をした場合において、そのような表示をする意図を有しなかったときは、そのこ

とにつき本人に重過失があるときを除き、本人は同条による効果帰属を免れる旨の規定。② 本人が相手方を誤信させる意図を持って民法第 109 条の代理権授与表示をした場合には、相手方がその表示された代理権が与えられていないことにつき悪意であるときに限り（同条ただし書参照）、本人は同条による効果帰属を免れる」旨の規定の新設を提案している。その補足説明としては、民法第 109 条の代理権授与表示は、意思表示ではなく観念の通知であると解されているが、これについては、意思表示に関する規定が類推適用されるとの見解が有力である。本文①の考え方は、代理権授与表示が錯誤によるものである場合について、これに民法第 95 条と同様の規律が及ぶことを明文化することを提案するものである。この考え方によれば、本人がその代理権授与表示は錯誤によるものであることを主張立証した場合には、相手方が本人の重過失を主張立証したときを除き（同条ただし書参照）、本人は同法第 109 条による効果帰属を免れることになるとする<sup>(67)</sup>。本文②の考え方は、民法第 93 条に関して狭義の心裡留保（相手方を誤信させる意図を持って真意と異なる表示をすること）の場合の特別な規律（狭義の心裡留保による意思表示は相手方がそのことにつき悪意である場合にのみ無効とするとの規律）を設けるべきであるという考え方（部会資料 27 第 3、1(1) [22 頁] の甲案）を前提として、この規律を代理権授与表示にも及ぼすことを提案するものとしている。この考え方によれば、本人が同法第 109 条ただし書の相手方の有過失（表示された代理権が与えられていないことを知らなかったことについての有過失）を主張立証した場合であっても、相手方が本人による代理権授与表示は狭義の心裡留保によるものであることを主張立証したときは、さらに本人が同条ただし書の相手方の悪意を主張立証したときを除き、本人は同条による効果帰属を免れないこととなるとしている<sup>(68)</sup>。これらの提案に対して、民法（債権関係）部会第 13 回審議会では、このような細目についてまで明文の規程を設ける必要はないとの意見があったと指摘されている<sup>(69)</sup>。しかし、このよう規律新設の提案は、細目の明文化というよりも、代理権授与の表示による表見代理規律に当って、代理人 B 対相手方 C の二当事者間の問題として規律するもので、代理規律は多角的当事者間の見地に立っての規律であることに違背するものである。代理権授与表示は権利外観法理を根拠とする表見代理制度の一要件であるから<sup>(70)</sup>、代理権授与表示の外観があれば足り、錯誤や心裡留保を問題とすることなく、本人 A・行為者 B・相手方 C の三当事

者間でのリスク配分の問題として規律すべきである。その後の部会資料53では、このような新規規律の提案の明文化が取り上げられていないのは規律構造上の主体論からみて正鵠を射たものと評することができる。

なお、部会資料29では「第32(1)イ白紙委任状と代理権授与表示の関係について、【甲案】本人が白紙委任状を他人に交付した場合において、その白紙委任状の空白部分が補充されて相手方に提示されたときは、その提示した者が白紙委任状の被交付者であるか転得者であるかを問わず、本人がその提示した者に白紙委任状記載の代理権を与えた旨の代理権授与表示を相手方に対してしたものと推定する旨の規定を設けるものとする。」との規律の新設を検討してはと提案している<sup>(71)</sup>。その補足説明としては、「1 民法第109条が実際に適用される主たる場面は、本人が白紙委任状（記載事項のうちの一部を空白のままにした委任状）を他人に交付し、その他人（被交付者）又はその他人以外の取得者（転得者）がその白紙委任状を相手方に提示した場合であると言われている。判例は、空白部分の補充された白紙委任状が相手方に提示された場合について、①その提示者が白紙委任状の被交付者であるときは、委任事項欄の記載が本人の意思に反するか、それ以外の欄の記載のみが本人の意思に反するかを問わず、本人が提示者（被交付者）に委任事項欄記載の代理権を与えた旨の代理権授与表示を相手方に対してしたものと認定し、他方で、②その提示者が白紙委任状の転得者であるときは、i 委任事項欄の記載が本人の意思に反するときは、代理権授与表示の事実を認定しないが、ii それ以外の欄の記載のみが本人の意思に反するときは、本人が提示者（転得者）に委任事項欄記載の代理権を与えた旨の代理権授与表示を相手方に対してしたものと認定していると解されている。学説においては、上記判例法理を踏まえつつ、空白部分が補充された白紙委任状が相手方に提示された場合には、その提示者が被交付者であるか転得者であるかを問わず、本人が提示者に委任事項欄記載の代理権を与えた旨の代理権授与表示を相手方に対してしたものと推定すべきであるとの見解が主張されている。この見解は、提示者が転得者で、かつ、委任事項欄の記載が本人の意思に反する場合（上記判例法理が代理権授与表示の事実を認定しない事例）については、代理権授与表示の事実を認定した上で代理権授与表示の錯誤の問題（前記ア①参照）として本人の保護を図るべきであると指摘する。本文の甲案は、この見解に基づく提案である」としている<sup>(72)</sup>。なお、民法（債権関係）部会第13回会審議会



においては、白紙委任状の問題は民法第 109 条の代理権授与表示に該当するかどうかにとどまらない面があるから、仮に白紙委任状に関する規定を設けるのであれば、同条の特則としてではなく別の規定とすべきであるとの意見があった、と指摘されている<sup>(73)</sup>。しかし、中間論点成立以後の部会資料 66A 第 2、6 代理権授与の表示による表見代理では、採り上げられていない。このため、解釈に委ねられることになったといえるが、転得者が本人の意思に反する委任事項記載の場合でも代理権授与の表示と解すべきであり、学説のような二当事者間規律を前提とする錯誤規律の問題に転換することは妥当ではない。

なお部会資料 29 では「第 3、2(1)ウ本人名義の使用許諾についても、(ア)本人が自己の名義の使用を他人に許諾し、その他人が本人の名義を使用して本人であるかのように振る舞い、本人を当事者とする法律行為をした場合には、本人は代理権授与表示をした者に準ずる責任を負う旨の規定を設けるものとしてはどうか。(イ)本人が自己の名義の使用を他人に許諾し、その他人が本人の名義を使用して自己を当事者とする法律行為をした場合については、その他人が当該法律行為の当事者として債務を履行する責任を負うほか、本人(名義貸与者)もまた、当該法律行為を本人が行うものと誤認した相手方に対し、その他人と連帯して、債務を履行する責任を負う旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。」と問題提起をしている<sup>(74)</sup>。その補足説明として、本人が自己の名義の使用を他人に許諾した場合において、その他人は、①本人の名義を使用して本人であるかのように振る舞い、本人を当事者とする法律行為をすることもあれば、②本人の名義を使用して自己を当事者とする法律行為をすることもあり得る。この①と②は、他人(名義使用者)が本人(名義貸与者)を当事者として法律行為をする意思(代理意思)を有していたか否かによって区別される。民法(債権関係)部会第 13 回会議においては、この①と②の各場合を明確に分けて議論する必要がある旨の指摘があった。まず、①の場合については、名義使用者に代理意思があるから、表見代理の問題が生じ得るところ、一般に、代理行為の一方法として、代理人が本人の名義を使用して本人であるかのように振る舞い、本人を当事者とする法律行為をすることが許容されている。そこで、本人が自己の名義の使用を他人に許諾した場合において、上記方法による無権代理行為がされたときは、その名義使用の許諾という本人の帰責性を根拠として民法第 109 条の法理等に基づき、本人に対して代理権授

与表示をした者に準ずる責任を負わせるべきであるという考え方がある。本文(ア)は、このような考え方に基づく提案である。この考え方によれば、他人（名義使用者）は、無権代理人としての責任（民法第117条第1項）を負うことになる。ところで、この場合の相手方は、名義使用者（無権代理人）を本人であると認識して法律行為をしているのであるから、民法第109条ただし書の悪意又は有過失の対象については、「名義使用者（無権代理人）が代理権を与えられていなかったこと」ではなく「名義使用者（無権代理人）の行為が本人自身の行為ではなかったこと」であると捉えることになるから、そのことをも条文上明確にするかどうかを検討する必要がある。次に、②の場合には、名義使用者に代理意思がない（顕名もない）以上、その法律行為の当事者は意思表示の主体である名義使用者自身である。代理ではないので、表見代理によってその法律行為の効果を名義貸与者に帰属させる余地はない。もっとも、相手方が名義貸与者の当該名義に由来する信用等に着目し、それを期待してその法律行為をしたときは、商法第14条等の名板貸しと同様の規律を及ぼすという考え方があり得る。本文(イ)は、このような考え方にに基づき、民法上も名板貸しと同様の規定を設けることを提案するものである。このような規定を設ける場合には、商法第14条のほか、会社法第9条、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第8条との関係に留意する必要がある。また、この規定は、代理に関するものではないので、その規定の置き場所についても検討する必要がある。」としている<sup>(75)</sup>。しかし、部会資料66Aでは採り上げられていない。そこで、今後は、解釈に委ねられることになるが、このような本人名義の使用許諾の場合は、顕名の要件が充たされていないことから隠れたる多角当事者による意思表示（取引手法）に関する規律として解釈する必要がある。この意味で、問題提起のように代理権授与の表示による表見代理規律に準じて解釈してよいか問題である。

(ii) **権限外の行為の表見代理** 本人Aが行為者Bに代理権限を授与しているが、行為者Bが、本人Aが許諾した代理権限を踰越して行なった代理行為の場合、本人Aが行為者Bに代理権限を許諾していた「関与」の場合の規律である。改正民法110条は現行民法110条を維持し、本人Aが責任を負うとしている。ただ、部会資料29では「第32(2)アでは、民法110条の「権限」の範囲について、【甲案】民法第110条の「権限」は、法律行為の代行権限（代理権）に限らず、事実行為の代行権限や公法上の行為の代行権限を含む対外的な関係を形成する権限であれば

足りる旨を条文上明確にするものとする。【乙案】民法第 110 条の「権限」との文言を維持し、その範囲については解釈に委ねるものとする。」との問題提起がみられる<sup>(76)</sup>。その補足説明として、民法 110 条の「権限」の範囲について、判例は、代理権（法律行為の代行権限）に限ることを原則とし、投資勧誘行為（事実行為）の代行権限、印鑑証明書下付申請行為や登記申請行為（公法上の行為）の代行権限は基本的に同条の「権限」には含まれないとしているが、「私法上の契約による義務の履行のための登記申請行為の権限は基本代理権として、表見代理の成立を認めることを妨げない」<sup>(77)</sup>と判示している。学説も、民法 110 条の「権限」の存在を要件とする趣旨は、表見代理の成立において本人による外観作出への関与（帰責性）を要求するという点にあるから、事実行為の代行権限や公法上の行為の代行権限を含む対外的な関係を形成する権限であれば足りるとする見解が主張されている。甲案は、この見解に基づく提案である。これに対して、乙案は、民法 110 条の「権限」の範囲を明示的に拡張すると法律行為の代行権限を意味するという原則が失われてしまうという危惧があるなどを理由として、その範囲については引き続き解釈に委ねることを提案するものである<sup>(78)</sup>、としている。また、民法（債権関係）部会第 13 回審議会では乙案を採用しても「権限」の文言の解釈によって甲案と同様の結論を導き得るとの意見があり、民法（債権関係）部会第 23 回審議会では、甲案を採用すると民法 110 条の表見代理の成立に歯止めが掛からなくなるとの意見があったとされている<sup>(79)</sup>。他方、「第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるとき」の要件についても、これを明確化する観点から、【甲案】「代理人の権限がないことを知らず、かつ、知らなかったことにつき過失がないとき」との文言に改めるものとする。【乙案】「正当な理由」という文言を維持した上で、その有無を判断する際の考慮要素を例示するものとする。その考慮要素としては、①代理権の存在を推測させる事情の有無及び程度、②代理権の存在を疑わせる事情の有無及び程度、③代理権の存否についての相手方による調査・確認の有無及び程度等が考えられる。」と提案している<sup>(80)</sup>。その補足意見として、民法 110 条の「正当な理由」の意味について、判例は、代理人が代理権を有しないことにつき相手方が善意かつ無過失であることと捉えていると解されている。甲案は、この判例法理に基づくものである。これに対しては、同条の「正当な理由」は、相手方の事情のみならず本人側の事情をも総合的に考慮して相手方又は本人のい

れを保護すべきかを決するための要件であるから、相手方の善意かつ無過失に改めるのは相当でない。むしろ、「正当な理由」との文言を維持した上で、その考慮要素を具体的に例示するというのが乙案である。ただ、民法（債権関係）部会第 13 回審議会においては、「正当な理由」の有無についての考慮要素を明文化すると硬直的な解釈がされて取引に対する萎縮効果を生ずるおそれがあるとの意見があったとしている<sup>(81)</sup>。しかし、部会資料 66A では、これらいずれをも採り上げられないで、現行民法の文言を維持されている。

ところで、これらの要件は、権限超越による表見代理規律適用に当たっての客観的要件と主観的要件といえる。「権限の範囲」については、多数当事者が関与する規律に、本人が「取引のための手法に関与」していることが客観的に判断できる場合に権限超越による表見代理規律が適用されるとするものであり、「正当の事由」は、このことを前提として相手方 C の主観的な態様によって、その適用を判断する関係にあると解される。このことからすると、権限の範囲については取引のための手法規律である法律行為に係わる権限の授与に限るのが妥当である。また「正当の事由」については、相手方 C の悪意または有過失に限らず、相手方 C の様々な態様を考慮して本人 A にリスクを負担させるべきか、相手方 C に負担させるべきかを判断する余地のある解釈が可能になるよう規律するのが多角的見地に立っての規律ということになる。このため、「正当な事由」の考慮要素の例示については更に検討する余地があったのではないかと思われる。いずれにしろ、解釈に委ねられることになったわけであるが、これらのことを基調として解釈するのが妥当ということになる。

なお、中間試案第 4、9(2)では、ただし書を類推適用して、代理人が自らを本人と称して権限外の行為をした場合も、同様としていた。これは、自称本人行為での権限外の行為について現行民法 110 条の類推適用を認める判例法理<sup>(82)</sup>を明文化するものであると説明している<sup>(83)</sup>。しかし、部会資料 66A では、パブリック・コメントの手に寄せられた意見の中には、代理権の範囲の欠陥についての治癒を代理行為の成立要件の欠陥についての治癒にも及ぼすことになってしまう旨の指摘があり、この論点は取り上げないこととし、引き続き解釈に委ねることとしたとしている<sup>(84)</sup>。しかし、顕名されていない隠れたる多数当事者の関与する取引のための手法規律に、安易に代理規律を適用することは妥当ではないことからする

と、明文化されなかったことは妥当であり、今後も否定的に解釈すべきではないかと思われる。

(iii) 代理権消滅後の表見代理 本人 A が行為者 B に授与した代理権限が消滅した後に、行為者 B が代理行為をした場合、すなわち「本人の代理承諾後」を本人の「関与」とみて、そのリスクを規律する場合である。改正民法 112 条 1 項は、現行民法 112 条が「代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない」としていたのを、「・・・代理権の消滅の事実を知らなかった第三者に対してその責任を負う」と文言改正した。

その経緯をみると、部会資料 29 第 3 では「民法第 112 条の「善意」の対象については、代理行為時に代理権が存在しなかったことではなく、過去に存在した代理権が代理行為前に消滅したことである旨を条文上明確にするものとしてはどうか。」と問題提案をしている。その補足説明として、判例は、代理行為時に代理権が存在しなかったことであると捉えていると一般に解されている。これに対しては、同条の表見代理は過去に存在した代理権の存続を信頼した相手方を保護するための制度であるから、同条の「善意」の対象についても過去に存在した代理権が代理行為前に消滅したことであると捉えるべきであるとの見解が主張されている。本文の考え方は、この見解に基づき、同条の「善意」の対象を条文上明確にすることを提案するものである、としている<sup>(85)</sup>。中間試案第 4、10(1)でも、「現行民法 112 条の規律の内容を維持しつつ、「善意」の意味を、「過去に存在していた代理権が代理行為の時までに消滅しなかったこと」であることを文言改正によって明文化するものである」と説明されている<sup>(86)</sup>。

また、部会資料 29 第 3 では「2(3)イ 善意、無過失の主張立証責任について、【甲案】 相手方が自己の善意につき主張立証責任を負い、本人が相手方の有過失につき主張立証責任を負う旨の規定（民法第 112 条）を維持するものとする。【乙案】 本人が相手方の悪意又は有過失につき主張立証責任を負う旨の規定に改めるものとする。」と問題提案している。その補足説明としては、民法第 112 条の規定ぶりによると、相手方が自己の善意につき主張立証責任を負い（同条本文）、本人が相手方の有過失につき主張立証責任を負う（同条ただし書）ように読める。この点について、学説上は、同条の表見代理は代理権が代理行為時に消滅しているにもかかわらず例外的に代理行為の効果を本人に帰属させる制度であるから、この例外的な

取扱いを正当化する理由として、相手方が自己の善意につき主張立証責任を負うべきであるとの見解がある。甲案は、この見解に基づき、現行法の規律を維持することを提案するものである。これに対して、学説上は、上記見解のほかに、代理権の消滅は本人・代理人側の事情に過ぎず相手方には明らかでないことが多いから、本人が相手方の悪意又は有過失につき主張立証責任を負うべきであるとの見解も主張されている。乙案は、この見解に基づき、主張立証責任の所在を条文上改めることを提案するものである<sup>(87)</sup>としている。その後、部会資料66Aでは「7(1)代理人であった者が代理権の消滅後に第三者との間でその代理権の範囲内の行為をした場合において、第三者がその代理権の消滅の事実を知らなかったときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、第三者が過失によってその代理権の消滅の事実を知らなかったときは、この限りでないものとする。」と提案されている。その説明として、民法第112条本文の趣旨は、代理権が消滅したことを知らずに無権代理人と取引をした第三者を保護する点にあることから、同条の「善意」の意味は、「過去に存在した代理権が代理行為の前に消滅したことを知らなかったこと」であると考えられる。判例も、「代理権の消滅につき善意無過失」<sup>(88)</sup>、「代理権の存続を誤信」<sup>(89)</sup>といった表現を用いていることから、同様の解釈を採っていると考えられる。もっとも、民法第112条の「善意」の意味については、「代理行為の時に代理権が存在しなかったことを知らなかったこと」（過去に代理権が存在したことを知っていた者が、その代理権が消滅したことを知らなかったというプロセスは不要）であるという解釈も存在し、疑義を生じている。そこで、同条の「善意」の意味を明確にする必要がある。上記の問題の所在を踏まえ、民法第112条の「善意」の意味が「過去に存在した代理権が代理行為の前に消滅したことを知らなかったこと」であることを明確にするものである。なお、民法第112条の「第三者に対抗することができない。」という表現の意味は、同法第109条の「第三者との間でした行為について、その責任を負う。」という表現の意味と同じであるとされていることから、素案(1)でも同条と同じ表現を用いている<sup>(90)</sup>。このような経緯からみられるのは、改正民法112条では善意の対象が明確にされたこと、本人への効果の内容を「責任」に明確にしたことであるといえる。ただ、善意の対象について部会資料29の補足説明では判例は「代理権の存在しないこと」と理解していたのが、部会資料66Aのは説明では判例も改正と同

旨であるとし、判例を明確にするかのような説明が行なわれている点は検討の余地が残る。なお、善意を主張立証責任の関係については、改正民法では明文により明確には規律されていない。現行民法と同様に解釈に委ねられていると解される。多角当事者間でのリスク配分規律としては相手方が自己の善意につき主張立証責任を負うと解するのが妥当と思われる。

## (8) 重畳表見代理

### (i) 改正民法 109 条と 110 条の重畳表見代理

改正民法 109 条 2 項では、本人 A が「代理権を授与していると表示した範囲外」の代理行為が行なわれた場合、すなわち、従来の民法 109 条と 110 条が重畳する場合の表見代理について、新設規律する。その経緯をみると、部会資料 29 では「第 3、2(5)ア本人からの代理権授与表示により代理人とされた他人が、その表示された代理権の範囲を超える法律行為を代理人としている場合において、相手方がその表示された代理権がないことにつき善意・無過失であり、かつ、相手方がその他人に当該法律行為の代理権があると信じたことにつき正当な理由があるときは、当該法律行為の効果が本人に帰属する旨の規定を設けるものとしてはどうか。」と提案している。そして、このような 109 条と 110 条との重畳適用による表見代理を判例法理として認めており、これを明文化する提案であるとしている<sup>(91)</sup>。しかし、判例法理が民法 109 条と 110 条の二重の要件を充たしていることを必要としていたかは疑問である。部会資料 66A では、代理権授与の表示による表見代理規律（部会資料 66A 第 2 の 6(1)）の後に「第 2、6(2)上記(1)の他人が第三者との間でその表示された代理権の範囲外の行為をした場合においては、相手方が当該行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、第三者がその他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。」と同旨の新設提案している。そして、補足説明では、民法 709 条の代理権授与の表示による表見代理では、表示された代理権の範囲を超えた代理行為が行なわれた場合には適用の余地はないし、民法 110 条の権限踰越による表見代理では、実際に代理権限が授与されているわけではないから、表見代理規律を適用する余地がない。ただ、判例法理<sup>(92)</sup>では、民法 109 条と 110 条が重畳する表見代理として肯認している。新設提案は、この判例法理を

立法化するものであるとしている。ただ、部会資料 66A でもこのような民法 109 条と 110 条の重畳する表見代理の規律にあたって、民法 109 条表見代理成立の要件と 110 条表見代理成立の要件が重複して充たされる必要があるとして提案されている。すなわち、重畳適用の場面では、代理権授与表示に係わる代理権（基本代理権）についての相手方の善意無過失と、実際の代理行為の代理権についての相手方の誤信の正当な理由は、それぞれ別の問題として捉えるのが相当であるとの考えによっている<sup>(93)</sup>。中間試案第 4、9(2)でも、これは、判例法理<sup>(94)</sup>を明文化するものであるが、その規律に当っては、改正民法 109 条 1 項の表見代理が成立する要件を充たしていることを前提として、改正民法 110 の表見代理が成立するための要件を充たした場合であるとしている。そして、中間試案第 4、8(2)の説明でも、改正民法 109 条と 110 条が重畳する表見代理規律では、基本代理権に相当する 109 条の代理権授与表示における代理権と、実際の代理行為の代理権という 2 種類の代理権が問題になる。本文(2)第 2 文の「その他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったとき」というのが前者の問題であり、本文(2)第 1 文の「当該行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるとき」というのが後者の問題であると解説している<sup>(95)</sup>。

このような事務局による規律提案に対して、潮見＝山本＝松岡は「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときであっても、第三者がその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、当該行為について、その責任を負う。」と規律すべきであるとの意見を提示している<sup>(96)</sup>。たしかに、現行民法のように民法 109 条と 110 条が個別に規律されていることを前提として解釈により「表示された代理権限の範囲外の代理行為」の場合にも表見代理規律を適用する場合に、現行民法 109 条と 110 条の要件の予見を重畳して解釈する必要がある。しかし、改正民法の新設規律にあたっては、「表示された代理権限の範囲外の行為 = a 代理権授与の表示 + b 代理行為」+ 「相手方に b 代理権があったと信ずべき正当な理由があった」の要件のみで表見代理規律の適用を認め、本人に無権代理リスクを負担させる旨の規律を設けることについては不都合がないのではないと思われる。もっとも、このことによって、本人 A の「関与」の範囲が拡大されることになる。しかし、現行民法の解釈において、そのことはすでに肯認されていることであり、これを維持するだ



けである。また、相手方 C の主観的事情についても、本人が表示した代理権が授与されていないことについての知・過失不知の事情は「相手方に b 代理権があったと信ずべき正当な理由」の判断の要素として考慮されることになるとと思われることから、相手方 C の主観的事情を軽減することにはならないと解せられるからである。

## (2) 改正民法 112 条と 110 条の重疊的表見代理

改正民法 112 条 2 項では、本人 A が授与した「代理権の消滅後に、その代理権の範囲外」の代理行為が行なわれた場合、すなわち、従来の民法 112 条と 110 条が重疊する場合の表見代理について、新設規律する。その経緯をみると、部会資料 29 では「第 3、2(5)イ本人から代理権を与えられた他人が、その代理権の消滅後にその代理権の範囲を超える法律行為を代理人としてした場合において、相手方がその代理権の消滅につき善意・無過失であり、かつ、相手方がその他人に当該法律行為の代理権があると信じることにつき正当の理由があるときは、当該法律行為の効果が本人に帰属する旨の規定を設けるものとしてはどうか。」と提案している。その理由として民法 112 条と 110 条との重疊適用による表見代理を判例法理が認めており、これを明文化するものであるとしている<sup>(97)</sup>。しかし、民法 109 条と 110 条の重疊適用する場合にも指摘したように、判例法理は民法 112 条と 110 条の二重の要件を充たす必要があるとしていたか疑問である。その後、部会資料 66A では、代理権消滅後の表見代理規律（部会資料 66A 第 2、7(1)）の後に「第 2、7(2)代理人であった者が代理権の消滅後に第三者との間でその代理権の範囲外の行為をした場合において、第三者が、その代理権の消滅の事実を知らず、かつ、当該行為についてその者の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、第三者が過失によってその代理権の消滅の事実を知らなかったときは、この限りでないものとする。」との規律の新設を提案している。その補足説明では、このような現行民法 112 条と 110 条の重疊する場合については、現行民法では条文上は明記されていない。そのため、これが認められるかどうかについて疑義を生じ、判例<sup>(98)</sup>がこれを認める旨判示している。そこで、この判例法理を明文化するものであるとしている<sup>(99)</sup>。ただ、民法 112 条と 110 条の重疊的表見代理の規律に当っては、民法 110 条の「A 行為の代理権授与」が実際にされたものの、その代理権が消滅した後（例えば代理権の授与が撤回された後に）、その代理人が B 行為の代理をした場

合 (B 行為の代理権は一度も授与されていない。) において、A 行為について民法 112 条の表見代理が成立することによって、A 行為の代理権が消滅しなかったのと同様に扱われ、これによって、民法 110 条の要件である「A 行為の代理権授与 (基本代理権の授与)」が充足されるという構成するもので、民法 110 条の要件である「A 行為の代理権授与 (基本代理権の授与)」が同法第 112 条を介さずに充足されることはないとしている。その中間試案第 4、10(2)でも部会資料 66A 第 2、7(2)と同旨の規律を新設することを維持し、基本代理権に相当するか改正民法 112 条の過去に存在したが消滅した代理権と、実際の代理行為に相当する代理権という 2 種類の代理権が問題となるが、この 2 種類の代理権は、相互に関係するものである必要はないが、過去に存在したが消滅した代理権についての相手方の主観的事情と、実際の代理行為についての主観的事情とを、それぞれ別個独立の要件とあるとしている<sup>(100)</sup>。このような規律構成は、改正民法 109 条と 110 条の重畳的表見代理規律と同旨といえる。このような事務局による規律提案に対して、潮見＝山本＝松岡は「他人に代理権を与えた者は、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときは、第三者が代理権の消滅を知らず、かつ、その他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、当該行為について、その責任を負う。」と規律すべきであるとの意見を提示している<sup>(101)</sup>。たしかに、現行民法 109 条と 110 条の重畳的表見代理にでも指摘したように、現行民法の解釈による表見代理規律の適用の場合には、現行民法 112 条と現行民法 110 条の要件が重畳して備えることが必要であったといえる。しかし、改正民法における新設規律に当っては、本人側の「消滅した代理権の範囲外の代理行為 = a 代理権の消滅後の b 代理行為」の客観的要件と相手方の「b 代理行為についての代理権があると信ずべき正当理由」の主観的要件が存在することによって、本人の「関与」があった場合として無権代理によるリスクを本人に負わせる旨の規律を新設することについては、とくに不都合はないのではないと思われる。たしかに、規律構造としては、本人 A・行為者 B・相手方 C の多角関係において、無権代理によるリスクの配分において本人 A の「関与」の範囲を広げることになる。しかし、実質的には、現行民法での解釈による本人 A の「関与」の範囲の拡大を継承するにすぎないといえる。また、相手方 C の主観的事情である「a 代理権の消滅の知・過失不知」は、「b 代理行為についての代理権があると信ずべき正当事由」の判断において考慮することが可能で

あることから、相手方 C についての要件を緩和するものではない。

以上からすると、改正民法 109 条 2 項及び改正民法 112 条 2 項は、形式的理論に拘った規律ということになる。今後は、そのことを考慮し、解釈し適切に適用する必要があると思われる。

### 3 小括—代理規律の改正と多角関係規律

代理規律は、本人 A・行為者 B・相手方 C の三当事者の関与する規律であり、本人 A と相手方 C の二当事者間規律を原則とする民法典において例外的に規律されている多角当事者についての規律といえる。ただ、代理規律は、取引（契約）自体の多角当事者の規律ではなく、取引（契約）を成立させる手段（意思表示）時についての多角当事者についての規律であるため、多角当事者間の取引（契約）の規律に直接援用できる規律ではない。しかし、民法の規律に当って多角当事者の規律の基本的思考を判断する上においては参考となる。そこで、今回の民法改正において、現行民法の代理規律と比較して、その基本的思考において異なり、現代取引における取引（契約）を成立させる手段規律として適切に規律されたといえるかどうかについて検討したわけであるが、それを小括すると以下のことを指摘できる。

第一に、本人 A・行為者 B・相手方 C の三当事者についての位置づけについては、明確にされていないし、その機軸をどのようなものとして改正規律しようとしているのかも明らかにすることはできなさない。現行民法において、代理の本質論あるいは代理行為の当事者問題として議論されてきたことについては、解釈に委ねられたまま改正規律が行なわれているという状態と推察される。この結果、現行民法においては、本人 A・行為者 B・相手方 C の三当事者を [本人 A・行為者 B]；[相手方 C] の二当事者間に解消して解釈するのが通説であったのを、改正規律において [本人 A]；[行為者 B]；[相手方 C] の三当事者関係を基調としたものであるかどうかは明らかでないということになる。ただ、その改正経緯中においては三当事者主体の関係にあることを意識した規律提案がなされているものの、改正民法には殆ど維持されていない。それだけではなく、現行民法同様に法定代理が任意代理と同旨されていたり、多くの補足説明では二当事者関係を前提とした意思表示理論に依拠するものなどがみられ、規律構造の基本軸が定まっていないのではないかとと思われるものもみられる状態にあるといえる。

第二に、有権代理のリスク規律では、代理権の濫用（改正民法107条）や利益相反行為（改正民法108条2項）が新設規律されたことは妥当であったといえる。ただ、利益相反行為規律については本人Aと代理人Bとの二当事者間での内部関係の規律の要素が強く三当事者関係の立場からの規律といえるか疑問である。また、リスク処理の方法として「無権代理」規律によったことは、有権代理のリスク規律では代理人Bに代理権限が存在することが前提となっていることからすると、代理人Bを正当に位置づけた規律であったといえるか疑問である。この意味では、改正経緯のなかで提案されていた「本人による効果不帰属主張」構成を維持すべきではなかったかと思われる。

第三に、無権代理規律と表見代理規律の関係が曖昧なまま現行民法の規律構造を維持したことによって、表見代理規律は無権代理であるが、それに本人Aが「関与」する場合の本人Aへのリスク配分規律であることが明確にされないまま、ほぼ現行の表見代理規律が維持されたことである。このため、現行民法と同様の解釈論議が残されたことになったといえる。なお、現行表見代理規律にはなかった民法109条と110条の重畳的表見規律、民法112条と110条の重畳的表見規律が新設されたことは評価されるが、その規律構造は形式論理的な思考にもとづくものであり、無権代理に本人Aが「関与」する一類型であるとの見地から規律するのが適切ではなかったかと思われる。

第四に、中間試案第4、1(2)では「代理人が・・・本人であると称してした意思表示」でも、本人に効果が生ずる旨の規律の新設や、部会資料29では「第3、2(1)ウ本人名義の使用許諾」の場合も代理権授与の表示による表見代理規律の事例として規律することの提案や、中間試案第4、9(2)では自称本人名義の行為での権限外の行為について改正民法110条の類推適用を認める旨の規律提案がみられる。これらの場合、代理規律の場合と同様に本人A・行為者B・相手方Cの多数当事者が存在することは確かであるが、相手方Cの立場に立ってみると本人Aとの二当事者関係にあるにすぎない。いわゆる顕名の要件が充たされていないことから隠れたる多角当事者による意思表示（取引手法）規律といえる。これを代理規律と同視して規律するのが妥当か疑問であり、改正民法では採り上げられなかったのは妥当といえる。同様のことは、授權の新設規律の提案にもみられる。処分授權を新設規律することは現代取引社会においては必ずではなかったかと思われるが、中間試案第

4、12(2)で代理規律の準用と提案したには、前述の隠れたる多角当事者による意思表示（取引手段）の規律提案と同様の問題を残すものであったといえる。

注

- (1) Savigny 大理論の詳細は、拙稿・代理法理の探究（日本評論社・2011年）105頁以下参照。
- (2) Mitteis 代理論の詳細は、拙稿・前掲書 119頁以下参照。
- (3) Jhering 代理論の詳細は、拙稿・前掲書 134頁以下。
- (4) Müller-Freienfels 代理論の詳細は、拙稿・前掲書 157頁以下参照。
- (5) 詳細は、拙稿・前掲書 177頁以下参照。
- (6) 詳細は、拙稿・前掲書 253頁以下参照。
- (7) 詳細は、拙稿・前掲書 314頁以下参照。
- (8) 最判昭和 44・12・19 民集 23 卷 12 号 2539 頁。
- (9) 商事法務編・民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（商事法務・2013年）34頁。
- (10) 部会資料 66A 12 頁。
- (11) 商事法務編・前掲書（補足説明）35頁。
- (12) 部会資料 53 13 頁（商事法務編・民法（債権関係）部会資料集第 2 集〈第 10 巻〉〈商事法務・2015年〉259頁）。
- (13) 部会資料 66A 13 頁。
- (14) 大判明治 39 年 3 月 31 日民録 12 輯 492 頁。
- (15) 拙稿・前掲書 359 頁以下参照。
- (16) 商事法務編・前掲書（補足説明）37頁。
- (17) 部会資料 29 81 頁（商事法務編・民法（債権関係）部会資料集第 2 集〈第 2 巻〉〈商事法務・2013年〉516頁以下）。
- (18) 拙稿・前掲書 359 頁。
- (19) 商事法務編・（補足説明）38頁。
- (20) 部会資料 66A 18 頁。
- (21) 商事法務編・前掲書（補足説明）48頁。
- (22) 拙稿・前掲書 48 頁以下参照。
- (23) 商事法務編・前掲書（補足説明）48頁。
- (24) もっとも、義務負担取引のような当事者の属性が重要視される場合であっても、本人 A が行為者 B に自己への義務設定権限を授与している場合には、本人 A と相手方 B との間に直接、義務負担効果が発生し、同時に行為者 C も義務者となると規律することによって、処分授權だけではなく義務負担授權の規律も許容されることになるといえる（拙稿・前掲書 50 頁参照）。
- (25) 部会資料 53 13 頁（商事法務編・前掲書（第 2 集、〈第 10 巻〉）259頁）。
- (26) 部会資料 66A 14 頁。
- (27) 大判明治 41 年 6 月 10 日民録 14 輯 665 頁。
- (28) 拙稿・前掲書 547 頁以下参照。
- (29) 最判昭和 42・4・20 民集 21 卷 3 号 697 頁。
- (30) 拙稿・前掲書 551 頁以下参照。
- (31) 部会資料 66A 23 頁（商事法務編・民法（債権関係）部会資料集第 3 集〈第 1 巻〉〈2016

- 年・商事法務）444頁）。
- (32) 商事法務編・前掲書（補足説明）41頁。
  - (33) 部会資料53 17頁（商事法務編・前掲書（第2集、＜第10巻＞）商事法務編・263頁）。
  - (34) 部会資料66A 24頁。
  - (35) 商事法務・前掲書（補足説明）41頁。
  - (36) 部会資料66A 24頁（商事法務編・前掲書（第3集＜第1巻＞）445頁）。
  - (37) 民法（債権関係）部会第76回審議会議事録214頁（商事法務編・前掲書（第3集＜第1巻＞）214頁）。
  - (38) 民法（債権関係）部会第76回審議会議事録214（商事法務編・前掲書（第3集＜第1巻＞）214頁）。
  - (39) 部会資料66A 26頁。
  - (40) 拙稿・前掲書611頁以下参照。
  - (41) 最判昭和47・4・4民集26巻3号373頁等。
  - (42) 商事法務編・前掲書（補足説明）41頁。
  - (43) 部会資料66A 19頁。
  - (44) 部会資料66A 19頁。
  - (45) 最判昭和47年4月4日民集26巻3号373頁等。
  - (46) 部会資料66A 19頁。
  - (47) 最大判昭和42・4・18民集21巻3号671頁等。
  - (48) 大判昭和7・6・6民集11巻1115頁等。
  - (49) 商事法務編・前掲書（補足説明）40頁。
  - (50) 部会資料66A 20頁。
  - (51) 大判昭和7年6月6日民集11巻1115頁等参照。
  - (52) 部会資料66A 20頁。
  - (53) 最判昭和43・12・25民集22巻13号3511頁等。
  - (54) 商事法務編・前掲書（補足説明）40頁。
  - (55) 最大判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁、上記最判昭和47年4月4日等参照。なお、上記最大判昭和43年12月25日の大隅健一郎裁判官の補足意見も参照。
  - (56) 商事法務編・前掲書（補足説明）47頁。
  - (57) 商事法務編・前掲書（補足説明）47頁。
  - (58) 部会資料66A 31頁。
  - (59) 部会資料66A 33頁。
  - (60) 最判昭和62年7月7日民集41巻5号1133頁参照。
  - (61) 部会資料66A 33頁。
  - (62) 部会資料66A 33頁。
  - (63) 民法（債権関係）部会第76回議事録37頁、38頁。
  - (64) 拙稿「『多角的法律関係』規律のための法理形成試論」（椿寿夫＝中舎寛樹編・多角的法律関係の研究（日本評論社・2012年）472頁。同旨、中舎見解（中舎寛樹「多角的法律関係の法的構造に関する覚書」名古屋法学227号211頁以下。同「多角的法律関係の法的構造に関する研究序説」法律時報80巻9号103頁以下）。村田見解（村田彰「契約の成否・結合と多角的法律関係（法律時報81巻3号361頁以下）。
  - (65) 拙稿・前掲475頁。
  - (66) 部会資料29 85頁（商事法務編・前掲書（第2集＜第2巻＞）521頁）。

- (67) 部会資料 29 70 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 507 頁)。  
 (68) 部会資料 29 71 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 508 頁)。  
 (69) 部会資料 29 71 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 508 頁)。  
 (70) 部会資料 29 70 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 507 頁)。  
 (71) 部会資料 29 71 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 508 頁)。  
 (72) 部会資料 29 72 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 509 頁)。  
 (73) 部会資料 29 72 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 509 頁)。  
 (74) 部会資料 29 73 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 510 頁)。  
 (75) 部会資料 29 74 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 511 頁)。  
 (76) 部会資料 29 75 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 512 頁)。  
 (77) 最判昭和 46 年 6 月 3 日民集 25 卷 4 号 455 頁。  
 (78) 部会資料 29 76 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 512 頁、513 頁)。  
 (79) 部会資料 29 76 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 513 頁)。  
 (80) 部会資料 29 77 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 513 頁)。  
 (81) 部会資料 29 78 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 514 頁)。  
 (82) 最判昭和 44・12・19 民集 23 卷 12 号 2539 頁。  
 (83) 商事法務編・前掲書 (補足説明) 43 頁。  
 (84) 部会資料 66A 34 頁 (商事法務編・前掲書 (第 3 集<第 1 卷>) 455 頁)。  
 (85) 部会資料 29 78 頁 (商事法務編・前掲書 (第 2 集<第 2 卷>) 515 頁)。  
 (86) 商事法務編・前掲書 (補足説明) 45 頁。  
 (87) 部会資料 29 79 頁 (516 頁)。  
 (88) 最判昭和 32 年 11 月 29 日民集 11 卷 12 号 1994 頁。  
 (89) 最判昭和 44 年 7 月 25 日民集 96 号 407 頁。  
 (90) 部会資料 66A 29 頁 (商事法務編・前掲書 (第 3 集<第 1 卷>) 450 頁)。  
 (91) 部会資料 29 82 頁。  
 (92) 最判昭和 45・7・22 民集 24 卷 7 号 1203 頁?。  
 (93) 部会資料 66A 28 頁 (商事法務編・前掲書 (第 3 集<第 1 卷>) 449 頁)。  
 (94) 最判昭和 44・12・19 民集 23 卷 12 号 2539 頁?。  
 (95) 商事法務編・前掲書 (補足説明) 43 頁。  
 (96) 潮見佳男 = 山本敬三 = 松岡 久和「民法 (債権関係) の改正に関する要綱仮案の原案 (その 1) についての意見及び説明の要望」1 頁。  
 (97) 大連判昭和 19 年 12 月 22 日民集 23 卷 626 頁、最判昭和 32 年 11 月 29 日参照)。  
 (98) 部会資料 29 82 頁。  
 (99) 部会資料 66A 30 頁 (商事法務編・前掲書 (第 3 集<第 1 卷>) 451 頁)。  
 (100) 商事法務編・前掲書 (補足説明) 46 頁。  
 (101) 潮見 = 山本 = 松岡・前掲 1 頁。

(明治大学名誉教授)