

論文の要約

本論文は、代理権濫用に関する基本的法的構成、相手方保護範囲、代理人側の要件、本人に有責性ある場合の各論点につき、民法学史的又は比較法的に検討し、代理権濫用に関する現行法下での私見及び私見と改正法第107条等との関係及び改正法第107条の解釈に関する今後の検討課題を示すものである。

第Ⅰ編 代理権濫用論の前提問題、第Ⅱ編 代理権濫用論、第Ⅲ編 総括の3編からなる。

以下、本論文の要約である。

第Ⅰ編 代理権濫用論の前提問題

本編において、第1章で、ドイツにおける代理の法的構成を整理し、第2章で、代理権授与行為に関する学史的検討を行った。

第1章 代理の法的構成論—ドイツ法を中心に—

椿寿夫説による「代理の法的構成間の対立なども学説史の広い角度からの再整理を含めて存続価値と大小に関する見解表明が望まれる」旨のご指摘を念頭に置きつつ、ドイツ代理法における諸問題の基礎にあり、それらの諸問題の解決と関係しうる代理の法的構成論、すなわち、本人行為説、代理人行為説、共同行為説、統一要件論そして、「新本人行為説」と称され、「意思の代理」を肯定する点に特色があるボイティーン（Beuthien）説につき、任意代理を中心に客観的に整理することを目的とした。

ドイツにおける代理の法的構成論の概観から、ドイツにおいては、現代においても、自己決定、私的自治の原理、意思理論、法律行為論との関係で代理の法的構成が論じられることの重要性が着実に浸透しつつある段階にある旨、述べた。我が国においても、代理の法的構成論は、過去の議論であると捨て去ることはできず、存続価値があり、さらに広く議論され続けていくことが望ましいとした。

なお、本章において、代理権授与行為と代理行為とを分離・独立させる代理人行為説の下で代理権の無因主義が存在し、従って、ドイツ代理権濫用論は、代理人行為説を前提とすることを簡単にではあるが、確認した

第2章 任意代理権発生原因論—ボアソナード来朝前までを中心に—

本章において、高橋三知雄説の言う「代理権の（範囲の）無因性」の問題と任意代理権発生原因論とは関係するという任意代理権発生原因論の問題の所在を示した。そして、任意代理権発生原因の明文の規定は、どのような規定であるべきかにつき、わが国の学史的検討として最初に手掛けるべきボアソナード来朝前までの時期を中心に、明治初期までの代理の慣習、皇国民法仮規則、代人規則、明治11年民法草案等につき検討を行い、後三者における（有権）「代理権」に相当する権利が発生する原因は、それぞれ、契約、委任、名代の契約であることを確認した。

第II編 代理権濫用論

本編は、基本的法的構成（第1章及び第2章）、相手方保護範囲（第3章及び第4章）、代理人側の要件（第5章）、本人に有責ある場合（第6章）、その他（第7章、第8章）からなる。

第1章 基本的法的構成—我が国における学史的検討

わが国において、代理権の範囲の無因性という概念が明確に意識されて、この概念との関係で代理権濫用論が論じられるようになったのは最近のことである。それでは、我が国において、代理権濫用論がどのように展開してきたかという問題意識の下に、ボアソナード来朝期から戦後まで6期に分けて、我が国における代理権濫用論の理論的展開につき、判例と学説とに分けて、学史的検討を行った。我が国では、代理権の範囲との関係につき論ずる学説は、戦前では、大西耕三説（昭3）と升本重夫説（昭10）だけにとどまり、極少数説に留まり、代理権の範囲の無因・有因性論との関係で本格的な検討がなされるようになったのは最近のこと（高橋三知雄説（昭51）、伊藤進説（昭52）、福永礼治説（昭53・54））であることを示した。その理由として、代理権濫用の問題は、代理人の背任的意図と代理意思との関係の問題であるとする捉え方が学説上、有力化（石坂音四郎（大5）、末弘巖太郎（大10）、我妻栄（昭5））した等のために、戦前は、代理権の範囲の無因・有因性論との関係で議論が深められることがなかったのではないかと推測した。

更に、伊藤進説、また、中島秀二説（平5）により、理論的にも利益衡量についても鋭い問題提起がなされており、代理権濫用論は一層の展開が望まれていることを指摘した。

第2章 代理権濫用論と代理の法的構成との関係の検討—ドイツ的解釈法学全盛期の学説の検討を中心に—

伊藤進説により、代理権濫用などの代理に関する各論的問題の検討に際しても代理の法的構成との関係で検討することの必要性が述べられている。この指摘に示唆を受け、我が国におけるドイツ的解釈法学全盛期における代理権濫用論と代理の法的構成との関係を検討した。この時期の代表的な民法学者（中島玉吉（大3）、鳩山秀夫（大4）、嘸道文芸（大5）、石坂音四郎（大5））は、いずれも代理人行為説に立ち、代理権濫用事例を顕名主義との関係で検討し、心裡留保規定（現行93条）に依拠して解決していることを確認した。

また、この時期は、我が国においてドイツ的解釈法学全盛期の時代にありながらも、ドイツにおいては代理権濫用論が隆盛になる以前の時期であり、各説ともエルトマン説を参照しており、そこでの記述が、代理権濫用論を顕名主義との関係で解決する93条説を生み出したことを推測できるとした。

第3章 ドイツにおける代理権濫用と相手方保護範囲の議論

代理を三当事者法律行為形象と解する伊藤進説に示唆を受け、代理権濫用事例においても、相手方保護範囲の確定の判断に際し、本人・代理人・相手方、三者の諸事情の総合的判断が必要である旨、指摘することを目的とした。ドイツにおける相手方保護法理としての代理権の独立性・（範囲の）無因性を概観した後、近時のドイツの教科書レベルでの議論（フルーメ、パブロフスキー、ラーレンツ＝ヴォルフ、メディクス）の状況を概観した。これらの近時のBGBの有力な教科書を概観する限りでは、概ね、代理人に対する本人の監督義務違反がある場合など本人の事情、代理人に故意・過失などの主観的事情が必要かなど代理人の事情、そして、以上に関連する相手方の事情に関して検討を加え、あるいは言及したうえで決する傾向があるとした。そのうえで、我が国とドイツとの法状況の異同、明白性の基準を我が国で採りうるか、代理人に背任的意図があることを要するか、過失相殺的处理の可否につき若干の検討を行った。

近時の伊藤説は、今後、代理権濫用論などの各論的問題を検討するうえで、本人・代理人・相手方の諸事情の総合的判断の必要性を示唆する注目すべき法的構成であると解しようとした。

第4章 わが国における相手方保護範囲の議論—心裡留保規定に依拠する説の検討を中心に—

わが国における代理権濫用と相手方保護範囲に関する議論の状況、わけても判例・通説である93条に依拠して解決する諸説を整理し、この問題に関する今後の検討課題を示し、また、今後、検討を加えるための基礎的資料とすることを目的とした。各説を各説におい

て念頭に置かれている事案、相手方保護理論、代理の種類による差異、代理の法的構成との関連、過失相殺的処理などの論点に着目し整理した。93条に依拠する説のもとでは、相手方（不）保護要件について、善意・有過失不保護説、善意・有重過失不保護説、「知りうべかりしとき」は、「知っていたとき」の認定を志向した「認定判断のための安全弁的機能」を持つに過ぎない説、など様々であること等を示した。

第5章 代理権の客観的濫用の問題—代理人に背任的意図がない場合—

濫用として相手方に異議が唱えられるためには、代理人に背任的意図があることを要するかという問題につき検討した。ドイツにおける議論の状況、我が国の学説・判例を検討した。本人に代理人の選任責任が強く認められる任意代理の場合において、代理人に背任的意図のない客観的濫用のときには代理人を介しない二当事者間取引とのバランスを理由として、本人が相手方に代理権濫用の異議を唱えることを認めることは難しいことなどを指摘した。

第6章 本人に「有責性」ある場合の考慮—代理権濫用と「過失相殺的処理」—

第1節 ドイツにおける代理権濫用と「過失相殺的処理」に関する判例の概観

我が国の判例である民法93条ただし書類推適用による解決は、代理人と相手方との事情だけに着目して事案を解決する「全か無か」的な解決である。本人の代理人に対する監督義務違反という「過失」があれば、これをも法的に評価して決定されるべきである。代理行為に基づく履行請求権を相手方の「過失」と本人の「過失」との過失割合に応じて相手方に一部認める履行請求権の平面での「過失相殺的処理」もありうる。このような処理についての示唆を得るため、ドイツにおける判例（BGH1968年3月25日判決等）を概観し、これに対する、ヘッケルマン説をはじめとする諸学説からの批判を整理した。この整理を踏まえ、検討課題として、そもそも、監督義務がBGH1968年3月25日判決で想定されているか否か等の問題があることを示した。

第2節 ドイツ代理権濫用論における履行請求権の平面での「柔軟な解決」肯定説の概観—Tank説及びMertens説を中心に—

我が国における、本人と相手方、双方の「有責性」に着目した、履行請求権の平面での「柔軟な解決」の可能性を探るための基礎的な資料とするためBGH1968年3月25日判決等に肯定的な諸学説を概観、整理した。わけても、メルテンス説は、本人に「過失」がある場合、濫用の抗弁を「過失」割合に応じて制限する趣旨の見解であると解し、現在でも、わが国の解釈論に参考にしうる説であると評価した。

第3節 本人による監督措置不作為の場合についての若干の考察—ドイツ法における議論を参考にして—

任意代理の場合を念頭に置いて、本人による代理人に対する監督措置不作為がある場合につき、ドイツ法における議論を参考にして、若干の考察を行った。基本的な法的構成として、信義則規定（1条2項）に基本的に依拠し、相手方が「有責」な場合にも、代理行為は、全体として「有権代理」である立場を前提に、本人にも「有責性」がある場合には、その程度に応じて、本人の濫用の抗弁の主張を信義則により制限する「柔軟な解決」の可能性を探る立場が妥当という結論を示した

第7章 成年後見人の代理権濫用

成年後見人の代理権濫用につき今後の検討課題を示すために、わが国の判例・学説の学史的検討を行った。着服横領の意図がある成年後見人への預貯金の払戻に代理権濫用法理の適用が仮にあるとすれば、相手方たる金融機関が成年後見人の背任的意図を「知り得る」場合がありうるかが、更に問題となり、特に、キャッシュカードによる払い戻しの場合などが問題である旨等、指摘した。成年後見人による不正の現状に鑑みて、金融機関により、着服横領の意図が「知られ得」、払い戻しが無効となる可能性がある方が被後見人の保護になること等の見解を示した。

第8章 民法（債権関係）改正における「代理権濫用」の明文化の検討の覚書

今次の民法改正の法制審の「民法（債権関係）部会」における審議が第2ステージに入りつつある時点で、学会からの改正試案、基本方針、提言等と法制審における改正作業の状況、これに対する学説などからの反応を概観し、若干の検討をした。相手方保護要件を「重過失」などと明文化することには反対を表明して、代理権濫用の事実につき「知りうべきとき」と明文化し、慎重にその内容の明確化を今後の学説の発展と判例の進展に委ねるべきこと等を指摘した。

第Ⅲ編 総括

第Ⅰ編、第Ⅱ編における検討から、代理権濫用に関する現行法下での私見及び私見と改正法第107条等との関係及び改正法第107条の解釈に関する今後の検討課題を本編で示した。

I 私見及び私見と改正法第107条等との関係

1 原則としての相手方保護のための判例

代理人が地位を濫用する場合であっても民法 99 条の適用がある旨の判断を示す判例が多数ある（大判明 38 年 6 月 10 日等参照）ことを確認できるとした。これらの判例は、代理人が背任的意図をもってなす代理行為であっても、原則として有権代理であるという改正法第 107 条の立場を支えうるものであると解した。

2 代理権濫用の基本的法的構成について

(1) 相手方が代理人の背任的意図を「知りうべき場合」（相手方に「有責性」がある場合

「有責」な相手方が、本人に対して代理の効果を主張することは、権利の濫用になり、信義則違反（1 条 2 項）となると解した。現行法下の解釈としては、私見は、相手方に「有責性」がある場合でも、代理行為は有権代理であることを貫く立場である。

(2) 本人の「有責性」の考慮

そして、本人にも信義則違反がある場合（＝「有責性」がある場合）には、これにも着目すべきである。すなわち、有責な本人が、有責な代理人の背後に隠れ、濫用の抗弁を 100% 相手方に主張しうるのでは、不公平であり、代理制度に対する信頼を維持するためにも、代理制度内で、すなわち、代理権濫用の抗弁の主張の段階で、本人の「有責性」を考慮すべき」と考える。この私見の立場は、相手方が代理人の背任的意図を「知ることができた」場合には代理行為を無権代理行為とみなす改正法第 107 条とは相いれないとした。

3 相手方（不）保護要件

民法（債権関係）改正における代理権濫用の明文化について、「軽過失」、「重過失」など明確な要件を設定することを避けるべき旨を主張した（第Ⅱ編第 8 章）が、改正法第 107 条は、相手方の（不）保護要件について、過失または重過失等を明記していない。この点については改正法に賛意を表しうるとした。

4 客観的濫用論

改正法第 107 条には、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で」と規定されており、「客観的濫用」は念頭に置かれていないと解しうる。現行法下における私見の立場と概ね一致すると解しうるとした。

5 代理権を濫用する代理人の相手方に対する責任

現行法下での現時点での解釈としては、相手方に「有責性」がある場合にも、有権代理であることを貫く立場であるので、無権代理人としての責任（現行法 117 条）の適用の余地はない。無権代理人の責任の適用の余地がある改正法第 107 条及び改正法第 117 条の立場と相容れない。

Ⅱ 今後の検討課題

改正法第 107 条の解釈に関する今後の検討課題は、以下のとおりである。

1 原則としての相手方保護のための理論の検討

相手方保護のための判例（第Ⅲ編 I 1 参照）をドイツにおける代理人行為説の下での代理権の分離・独立・（範囲の）無因性概念により合理的に説明しうると解しうるが、日独間の相違点に留意し、我が国においてもこのような概念が肯定されうるか等につき、更に、慎重に、検討を進めていく必要がある。

2 履行請求権の平面での本人の「有責性」の考慮の可能性の検討

現行法下での私見は、「有責性」がある本人が相手方に対して濫用の抗弁を主張することを本人・相手方双方の「有責性」の割合に応じて信義則上、制限することが、代理制度に対する信頼を維持するためにも必要であると解したが、このことが改正法第 107 条の下でも可能であるか否かの検討がされる必要がある。これが、不可能である場合の「損害賠償請求権」の平面での「柔軟な解決」につき、ドイツにおける解決の詳細を検討し、参考にして、改正法第 107 条の下での解釈を改めて提示する必要がある。

3 無権代理人の責任に関する改正法第 117 条の適用可能性の検討

民法改正の法制審民法部会において、代理権を濫用する代理人が無権代理人としての責任（117 条）を負うことが確認されている（「要綱仮案」に関する議事録等参照）。ドイツにおいて、キップ説が、無権代理人の責任（BGB179 条）に消極的と解しうる記述をなしており、現今の学説においても、保護に値しない相手方が代理権を濫用する代理人に対して無権代理人の責任（BGB179 条）の追及をなし得ない旨の見解が代表的なコンメンタールにおいて主張され、これに対する異論があまり見られないことに鑑みると、我が国においては、無権代理人の責任に関する 117 条の改正により、相手方が有過失の場合でも代理権を濫用する代理人に対して無権代理人としての責任追及が可能となったと解されているが、この帰結の妥当性等につき、更なる検討が必要であると思われる。

4 その他 改正法第107条の「知ることができたとき」の解釈と関連して、ドイツにおける「明白性の基準」の検討が必要となる。更に、代理権濫用論と自己契約・双方代理等との関係も必要となろう。最後に、新本人行為説（第Ⅰ編第1章Ⅱ6参照）の下での代理権濫用現象の検討も今後の検討課題である。

以上