

外部的授權と代理權の濫用

木村常信

通説は代理權授与行為について外部的授權をみとめないで、内部的授權のみをみとめるから、民法一〇九条の表見代理は「本人がある人に代理權を授与したといながら実は授与しない場合」(我妻民法 総則三六頁)であるという。「実は授与しない場合」というのは「内部的に代理權を授与しない場合」であつて、「本人が、第三者に対して、ある人を自分の代理人とする旨の表示をなすこと」が外部的授權となるかならないかが問題である。

代理權の性質について權利説と能力(資格)説があるが、私は Flume の Legitimation 説を「權利行使資格」説と解することが法技術的概念として後述のようにすぐれたものと思う。

代理權授与行為の性質については単独行為説と契約説とがあり、契約は委任類似的無名契約であるといわれる。契約説は外部的授權をふくまないが、単独行為説によれば、内部的授權と外部的授權とがふくまれる。独民法一六七条は「代理權の授与は代理人または行為の相手方たるべき第三者に対する意思表示によりて之をなす」と規定する。代理人に対する意思表示による代理權の授与が、内部的授權であり、行為の相手方たるべき第三者に対する意思表示による代理權授与が外部的授權である。

川島教授は次のように述べられる。「わが国の取引実務は、授權行為の単独行為的性質を反映しているように思われる。

すなわち、取引界においては、委任契約から分離して代理権授与のみを書面化する場合には、「委任状」という形式の文書を作成する慣行が支配的であるが、それには代理権を授与する者の署名もしくは記名と捺印のみがあって、代理人の署名もしくは記名と捺印がなく、単に一方的に代理権授与者による代理人の氏名が記載されているにすぎない。このような形式をもつ委任状について、黙示の意思表示による代理人の同意を擬制することは、裁判（判決或いは弁論）における説得の形式としては不必要であると考える」（民法総則三三三頁）。「代理権授与の意思表示は何びとに對してなされることを要するか。わが民法には規定がないが、代理人もしくは代理行為の相手方に対する意思表示によってなされると解すべきである。」（同三二五頁）

抽木氏は次のようにいわれる。「代理権は単純な権利であつて何等の義務乃至不利益を伴うものでないから、本人が単独にかかる代理権を授与しうるとなすことは、何等の明文なきわが民法の解釈としても首肯しうるところであらう。然るにわが国の多数説はこれをもつて委任類似の一種の無名契約なりと説く。然るときは、代理人が無能力者なるときはこの授権契約が後に至つて取消されることあるべく、この取消あるときは代理権が始めに遡つて存せざりしこととなり、既になした代理人の行為の効力が無権代理行為として覆滅せられることとなつて、代理人は能力者たることを要せずとなした民法の規定（民一〇二条）がこの面よりその実効を奪われることとならう。授権行為をもつて本人の単独行為として把握するときは、無能力者たる代理人の側よりする取消なるものあることなく、従つて無能力者たる代理人は文字通り完全に有効なる代理行為をなすことをうるることとなる」（抽木「判例民法総論」下巻二〇四頁）。

W・Flumeによれば「委任状による代理権の授与においては、本人による代理権授与の法律行為は委任状の交付である。しかし外部的授権は代理人が委任状を第三者に呈示するときにのみ生ずる。代理人が委任状を呈示しないときは、その代理権は内部的授権による代理権である」（Flume *Rechtsgeschäft* S. 826）

代理権が委任に伴つて授与せられる場合には、その証拠として委任状なる文書を代理人に交付するのを通常とする。し

かしその性格は、「ただ代理権・権限・存在の証明・文書たるに止まり、正当の代理人たることの証明せられる以上は、たとえその書式に不備の点ありまたはその不存在の場合と雖も、これをもって直ちに代理権なしというをえない」(大正一〇、二九)代理権を權利行使資格とすれば、第三者に対する代理人による代理権限証明文書(委任状)の呈示は、代理人を使者とする、代理人に權利行使資格を与える旨の、第三者に対する本人の意思表示すなわち代理権授与行為である。「我国に於ては印影を貰ひ署名よりも之を重んずる慣習ありて、就中実印は日常の取引に於て最も重要視せられるものとす。従つて本人は深く代理人を信頼するに非ざれば之に実印を託せざるを通常とするを以て、第三者は其実印を託せられたる代理人が其実印を使用して取引を為せる場合にありては、其取引を為すべき権限を有するものと信すべきは当然なりとす」(大正八年(オ)三五号 同年一月二四日 民二判)。したがつて実印を託する授權は委任状による授權同様、外部的授權である。我妻氏も「特定の取引行為に關連して印を交付することは、一般に代理権の授与となる」(我妻「民法総」(則)三六八頁)。「連帯保証人が主たる債務者の依頼を受け金額の記載なき借用証書に署名捺印し之を主たる債務者に手交したるときは連帯保証人は主たる債務者をして自己に代りて当該債務を負担すべきことを一任したるものと解すべきを相当とするを以て其の後、主たる債務者か連帯保証人の承認せざりし金額を証書に記入し之を貸主に交付したるときは是借主たる債務者か代理人として連帯保証人の爲に其の権限外の行為を爲したるものに外ならずと雖も……」。この場合を川島氏は黙示の授權といわれ、したがつて表見代理でなくして、有権代理とせられる。これは授權行為解釈についての一步前進であるとおもう。民法一〇九条の適用があるのは通知を受けた相手方に限る。例えば、甲が乙を保証契約締結の代理人とした旨の書面を、丙あてに書いているときは丁がこれを見て乙と保証契約をしても、甲、丁間には第一〇九条の關係を生じない(大判 明治三八、二二二 民一九六頁)。これは民一〇九条の通知が授權の意味であるということを間接に証明しているとおもう。

第一 第一〇九条の表見代理(權利外觀代理)否認論

民法一〇九条によれば「第三者に対し他人に代理権を与える旨を表示したる者は、其代理権の範囲内に於て其他人と

第三者との間に為したる行為につき其責に任ず」とあり。日本民法一〇九条に相当する独民法一七一条について草案理由は次のようにいう「實際生活の解釈上並に代理権授与者の合理的意図によれば、この通知中に………代理権授与の事実の指示のみならず、なお本人が代理権を有することを、第三者が信頼しうるといふ表示が存在する」

(mot. I, 237 Mugdan I, 438f)

「わが国の通説によれば第三者に対し他人に「代理権を与える旨」の表示は觀念通知があつて、第三者に対し他人に「代理権を与ふる旨」の表示は、意思表示であるという。しかし實際において、第三者に対し他人に「代理権を与ふる」といふのと、どれほど差異があるか。

「ドイツ民法草案理由書が正しくのべるように、ドイツ民法一七一条（日本民法一〇九条）は単なる宣言通知以上である。通知する者は、通知によりて代理人に権利行使資格を与える（*legitimieren*）。代理権授与が先行するときといえども、通知は授権の裏ツケ *Bekräftigung* である。独民法一七一条は、独民法一六七条の先行する代理権の授与がならんかの理由で無効たるべきときと雖も、通知による代理権の授与の裏ツケが独立の効力を有するという意味である。独民法一七一条の表示は独立の単独行為である。この表示は代理権が表示の内容にしたがい発生することにむけられる。本人が代理人に委任状を交付し、代理人が之を第三者に呈示したるときは、本人がなしたる代理権の通知と同一に看做す（独民法一七二条）。委任状の呈示の場合にも委任状が第三者に対する代理権の通知として独立の効力を有することが決定的である」(Flume, a. a. o., S. 824)。Enneccerus (I, 1931, S. 468) によれば「事情により通知の形式をとる表示が實際において、代理権授与行為たりうる。これは解釈問題である」とあり。Staudingers Kommentar (S. 716) は「しかし實際においては、本人が或人に代理権を与えたとの通知が、事実上すでに設権行為としての代理権授与を前提とするは、必ずしも常にいえない。むしろしばしば代理権授与者においてこの通知により、従来まだ全然与えられない代理権を

与えんとの考えあり。甲会社が代理人によりて乙会社と契約をなさんと欲し『弊社は丙氏を代理人と定め左の事項を委任した』と書くときに、それでもって甲会社は『弊社は丙氏を代理人と定め左の事項を委任する』と書く場合となら異なる効力を生ぜしむることを欲しない。意思表示の内容が何であるか、且つかかるものが存するや否やの確定につき、むしろ当事者の真意に重きをおき、文字にあまり重きをおかない（独民一三三條）。なお代理権が与えられる意思表示は一定の方式と一定の文言に拘束されない。（独民一六七條）。したがって独民一七一條（日本民法一〇九條）中のべられる通知自体は固有の代理権授与をふくむ。したがって設権行為たりうる」とあり。

民法一〇九條の「第三者に対して他人に代理権を与えたる旨の表示」は觀念通知であるとしても、第三者に対して他人に代理権を与えたる旨の通知によって権利行使資格が現実に生ずる。民法一〇九條の通知は第三者に対する代理人の権利行使資格の發生にむけられるから、委任状の第三者に対する呈示同様、意思表示であつて授権行為であり、有権代理である。

また通説によれば、この通知は、いわゆる觀念の通知である。しかし、一般に能力及び意思表示の規定を適用すべきである。意思表示と同等の効力を認められるものだからである（我妻前掲三六頁）。川島氏は「代理権授与通知（一〇九條）のごとく、客觀的事實の存在に係なく通知そのものにもとづいて一定の効果が發生するとなされるものにあつては、客觀的事實との不一致は通知の効力に影響をきたさないのは、当然である」（民法総則一五六頁）。「意思表示と意思通知又は觀念通知との間では、概念的には區別があつて、意思表示たるためには一定の法律効果を意欲する意思の表示でなければならぬが、これらには総て意思表示に関する規定が適用されると解されているから、この点からもこの問題は詮索する実益はない」（於保民法総則一八四頁）。

von Tuhr (Allgemeiner Teiner Teil II S. 382) は「甲に代理権を与えたる旨の乙の通知または公告は独民一七一條により、代理権が与えられる意思表示と同一効力を有する。すなわち甲は乙のこの通知に基き前の場合に第三者に対し、後の場合にはす

べての第三者に対し、乙を代理する権限がある。かかる通知はしばしば不正確な意思表示にほかならない。乙が甲に代理権を与えた旨を丙に通知し、または公告することにより、意思表示と事実の通知との間に論理的区別を意識せずして、乙は甲にこの通知または公告により代理権を与えることを欲する。しかし過去に存する事実として甲への（内部的）授権を通知する意図が乙が有したときと雖も、乙は独民法一七一条により通知した代理権が与えられざるとき、又は有効に与えられざるときと雖もその通知に拘束される。通知のなされた第三者又は公告を知りうる第三者は、通知と非常に識別困難な代理権授与者の意思表示が到達したときと同様に、この通知を信頼しうべきである。というのは民法は通知に設けた効力を与えるからである」という。

ドイツでは「授権者が代理人に委任状を交付し、代理人がこれを第三者に呈示するときは、独民法一七二条により第三者に対する授権者の通知と同一に看做される。呈示が授権者の委任によってなされると、第三者に対する授権者の代理人により媒介された意思表示（または通知）が存する。しかし代理人に交付された委任状の呈示が授権者の意思なしに又はその意思に反してなされたときと雖も、独民法一七二条により（外部的）授権の効力を有する。たとえば代理人に交付された委任状を使用することを、授権者が代理人に禁止したときの如し。委任状を交付した者は、濫用の危険を負担する（後述）」(von Tuhar. a. a. O. S. 383) 独民法一七〇条は「第三者に対する意思表示に依りて授与せられたる代理権は授権者が其消滅を通知するまでは第三者に対して其効力を存続す」と規定する。独民法一七一条は「第三者に対する特別の通知又は公告によりて或人に代理権を与えたる旨を表示したるときは此者は第一の場合に於ては其第三者に対し又第二の場合に於てはすべての第三者に対し代理権を行うことを得。前項の場合に於ては之を与えたる通知と同一の方法を以て撤回する迄は存続するものとす」と規定する。したがって独民法一七〇条の意味の「通知」と独民法一七一条の意味の「撤回」は異なる行為ではない。本人が独民法一七〇条の場合に、代理権が消滅すると「通知」するとは差異がない。本人が表示により「同一方法で」すなわち同一の公示手段により授権がなされたと同一相手方に対し、代理権がもはや効

力を生ぜざる旨を明白にすることが肝心である。この表示は代理権の消滅のみを「通知する」ときと雖も一方的意思表示である。というのは代理権がもはや効力を生ぜざるべきことを意味するからである。消滅の通知——撤回。

Flumeも亦次のようにいう「独民法一七一条、一七二条の代理権授与の通知に独民一六七条の代理権授与が先行し、独民法一六七条の代理権授与が無効なるとき又は独民一六七条の授権が発生したと誤り信じて通知がなされたときに、独民一七一条一七二条の授権の通知の重要な意思の瑕疵は存在しない（かかる錯誤は重要なならざる錯誤である）」。
(Flume, a, a, O, S, 826)

Wellspacherにより創唱され、わが国の通説となつた説、すなわち独民一七一条（日本民法一〇九条）一七二条（委任状の呈示）の代理権は外部的法律事実 an seiner Tatbestand 信頼の代理権、「権利外観」による代理権であるという説は、代理権が本人と代理人との内部関係により定められるところの自然的存在であるかのような、かつ独民法一七一条（日本民法一〇九条）、一七二条（委任状の呈示）の表示によりつくられるところの、外部的法律事実が権利外観として代理権の自然的存在に対立するかのような、素朴な自然主義的考へ方に基く。これに反し独民法一七一条（日本民法一〇九条）、一七二条（委任状の呈示）の外部的授権は、外観としてでなく現実としての外部的授権によりなされた、代理権授与行為は、代理権を生ぜしめる努力において、代理権授与の表示に直接関係のない瑕疵によりて、原則として影響さるべきでない。本人と代理人との内部関係から生ずる瑕疵を理由とする日本民法一一二条（独民一七三条）の適用において、この瑕疵を理由とする代理権の不存在を知りまたは知りうべかりし第三者に対してのみ代理権は存在しない。

第二 いわゆる認容代理 Duldungsvollmacht（黙示の授権）

代理権の授与には原則として方式を必要としない。これは民法一〇九条による授権にもあてはまる。知つて他人を代理人として行為せしめる者は、それによつて其他人を代理人と認めることを通知する。代理人として行為する者が代理権を

もつことを通知する。これがいわゆる認容代理権である。認容代理権は特有名のものでなくして、自明的に民法一〇九条の規定に一致する。認容代理権は法律行為（黙示の意思表示）により与えられた代理権である。

いわゆる認容代理権は学説、判例においてしばしば表見代理（権利外観代理）といわれる。しかし認容代理権は民法一〇九条の代理権一般と同様に権利外観と関係がない。「ドイツ最高裁判所によれば、取引の相手方にとり本人が表見代理人の容態を知つてこれを忍容せるものと考へて然るべきときは、本人は責を負うべく、また本人が表見代理人の行為を知らなかつたときでも、知らざるについて過失ある限り、本人としての責任を生ずる」（抽木博士「判例民法」下巻三三五頁）。しかし取引の相手方にとり本人が表見代理の容態を知つてこれを忍容せるものと考へて然るべきときはいわゆる認容代理権であつて、上述のように法律行為（黙示の意思表示）により与えられた代理権であり、私的自治の範囲に属する。これに反して本人が表見代理人の行為を知らなかつたときでも、知らざるについて過失ある限り、本人として責任を生ずるときがいわゆる表見代理（権利外観代理）であるとすれば、この法律関係は本人自ら定め得ないから、私的自治の範囲に属しない。いわゆる表見代理が信頼保護のためのものであるならば、その効果はいわゆる消極的信頼利益、したがつて信頼者が表示を有効と信じたがために蒙つた損害の賠償のみにちびくであろう（契約締結における過失）。或人が知つて他人を代理人として行為せしめるとき、代理人をして行為せしめることによつて、その代理権を通知することは、外観でなくして現実である。原則として通知と共に外部的代理権授与が行なわれる。

他人に或特別の場合に代理人として行為せしめる者は、それによつてこの者が一般代理権をもつことを通知しない。しかし或人が他人を常時、代理人として一定の範囲につき行為せしめるときは異なる。その時この他人は個々の場合の代理権のみならず、なお一定範囲の代理人として一般的地位、したがつてこの範囲の一般的代理権を取得する。殊に取引の通念にしたがひ代理権を発生せしめるところの地位に他人を選任する者は、それでもつてこの者が代理権をもつことを通知する。

そのよい例は日本商法第二三条「自己の氏、氏名又は商号を使用して營業を爲すことを他人に許諾したる者は自己を營業主なりと誤認して取引を爲したる者に対して其の取引に因りて生じたる債務には其の他人と連帶して弁済の責に任ず」第三八条「支配人は營業主に代りて其の營業に關する一切の裁判上又は裁判外の行為を爲す權限を有す」第四二条「本店又は支店の營業の主任者たることを示すべき名稱を附したる使用人は之を其の本店又は支店の支配人と同一の權限を有するものと看做す但し裁判上の行為に付ては此の限にあらず」第四三条「番頭、手代其の他營業に關する或種類又は特定の事項の委任を受けたる使用人は其の事項に關し一切の裁判外の行為を爲す權限を有す」。

「甲が乙に対して自ら許可を受けたる營業名義を使用して其の營業を爲すことを認許したるに於ては、甲は第三者に対して他人に代理權を与えたる旨を表示したるものと謂ふべく、民法第一〇九条に依つて乙が其の營業の範圍内に於ては、甲は第三者に対して他人に代理權を与えたる旨を表示したるものと謂ふべく、民法第一〇九条に依つて乙が其の營業の範圍内に於て第三者と爲したる取引に付き其の責に任ぜざるべからざるものとす」（昭和五年（上民）二二三号同年十二月二四日台高院上判）。

「甲は請負人たる資格なき爲其資格を有する乙の名義を借用して工事を請負ひたる場合に於ては、特別なる事情の存在せざる限り乙は右工事の施行に關し自己の名義を使用せしめたる事實は、其の取引を爲す者に対して甲に代理權を与えたる旨を表示したる場合と其の實質に於て何等選ぶ所なきを以て乙は甲が右工事施行に關して爲したる一切の行為に付其の責に任ずべきものとす」（大審昭和四四年（オ）一三七二号同五年五月六日民二判）。

其の取引を爲す者に対して甲に代理權を與ふる旨を表示した場合と其實質に於て何等選ぶ所なし。

「商人が支店を設け他人をして同支店名義を用ひ營業に従事せしむる以上は、即ち外部に對し其者に代理權を授与せることを表明したるものと言ふべく、偶々本支店内部の關係に於て經濟を別異にしたればとて之を以て他人に代理權を否定すべき理由と爲すに足らず」（明治四四年（ク）三五七号大正元年十一月十五日横浜地民二判）。偶々本支店内部の關係に於て、經濟を別異にしたればとて、すなわちたまたま委任關係なければとて之を以て他人に代理權を否定すべき理由となすに足らず。

「本件建築工事に於ける甲乙間の下請契約は単に両者間の内部関係たるに過ぎざるのみならず、甲に於て乙が其建築工事に關し甲の商号を使用し第三者と取引を為すことを黙認せる以上、善意の第三者が甲を以て其取引の相手方と信ずるに至るべきことは甲に於ても既に予期したる範圍に屬するものと謂ふべく、甲は乙に対し暗黙の間に甲の商号の使用を許容することに依り右營業上の取引に付き第三者に対し乙が甲に代りて為すべき権限を有する旨の表示を為したるものなりとす（昭和四年（し）二六〇号大阪地民三判）黙示の授權行為なること明らかである。

「少くとも、Yは其の商号を使用することを許したる点に於て第三者に対し同人に代理権を与えたる旨を表示したるものと言わざるべからずを以て、Yは民法第一〇九条の規定に基き本件取引上の責に任ぜざるべからざるものとす。蓋し、他人に其の商号の使用を許すと言ふが如き、一般不特定の第三者に対し其の商号の使用を許されたる者が其の商号を使用して為したる取引に付き直接自己に其の効果を生ぜしむるの意思表示として他人に代理権を与えたる旨を表示したるものと見るを相当とすべければなり」

（大阪地判大正六、九、二六新聞大五新聞四〇二六、一一）。

これは法律行為による授權である。川島氏はいわゆる認容代理権に相当する場合を「事実上の授權」といわれ、「事実上の授權」は一定の事實關係が存在する場合に（要件）一定内容の代理権の存在が承認される（効果）ということであるといわれる。したがって表見代理でなくして、有権代理であるといわれる。これは代理権授与行為の解釈についての一步前進であると思う。川島氏は「事実上の授權」のほかに「黙示の授權」を認められるが、「事実上の授權」は「黙示の授權」ではないだろうか。（Flume, a. a. O., Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch S. 134）

第三 外部的授權（民法一〇九条）の独立性

外部的授權（民法一〇九条）において代理権とその基礎たる法律關係の問題は、原則として内部的授權と異なる。外部的授權は、代理権の存在と内容とがもつばら外部關係によりて定められるときにのみ、実用的法律像である。これからして

外部的授權は存在と内容において原則としてその基礎たる法律關係と獨立であることが自明的である。

もちろん外部的授權行為につき代理權授与の基礎法律關係に関する法律行為についてと同一の取消または無効原因が獨立に存在しうる。これが内部的授權では原則であるが、外部授權については稀な例外である。基礎法律關係の成立に関する取消無効原因が原則として意味がない。というのは外部的授權の存在と内容とは、本人と第三者との關係によりて定められるからである。たとえば本人と代理人との合意が良俗違反なるとき、第三者に対する外部的授權それ自体として考えるとき、すなわち原因關係から分離されるとき、原則としてこれらの無効原因と關係がない。殊に本人の錯誤が基礎法律關係を発生せしめる法律行為につき重要なときと雖も、すなわち無効なるときと雖も、原則として外部的授權につき重要でない。

代理權の獨立をドグマと考えないで、代理權を法律行為による取引に使用される權利行使資格 *Legitimation* すなわち実用性と考えるならば、その獨立性も実用性により制限される。外部的授權による權利行使資格が代理人と本人との關係により、したがって代理權の基礎法律關係により正しくないことを、第三者が知るとき、外部的授權の權利行使資格を有効ならしめる必要はない。

第四 内部的授權の非獨立性

民法一一一条によれば代理權の消滅はその基礎法律關係によりて定められる。民法一一一条は（外部的授權については前述のように異なるが）自明的に事物の性質に一致するところの代理權の基礎法律關係によりて定まることが正しい。

代理權授与の法律行為は、その基礎法律關係に関する法律行為に対し獨立である。しかし原則として——原因と無因の出捐との關係と異り——内部的授權において代理權の基礎法律關係に関する法律行為の無効または取消は代理權授与にも關係する。基礎法律關係に関する合意が良俗違反であるとき、原則として内部的代理權授与も良俗違反である。これは禁

止規範にもあてはまる。基礎法律関係に関する契約を無効ならしめるところの重要な錯誤は、原則として代理権授与を無効とする錯誤たりうる。強迫または詐欺の場合も亦然り。

したがって基礎法律関係からの代理権と代理権授与の独立は、内部的代理権につき意味がない。この独立はラ・バントにより外部的授権のモデルにしたがい発展せしめられた説に帰する。したがってわが国の通説は内部的授権のみにあてはまる。

第五 代理権の濫用（民法一一〇条と五四条）

第一一〇条の「代理人が其権限外の行為を為したる場合」を私は「代理人が其代理権の制限外の行為を為したる場合」と考える。また六法全書は一一〇条の関連条文として「代理権制限と善意の第三者」の題目の下に、民法五四条「理事の代理権に加えたる制限は之を以て善意の第三者に対抗することを得ず」商法七条第二項「後見人の代理権に加えたる制限は之を以て善意の第三者に以て善意の第三者に対抗することを得ず」七八条第二項「民法第四四條第一項及第五四條の規定は合名会社に之を準用す」一四九条「合資会社には本章に別段の定ある場合を除くの外合名会社に關する規定を準用す」二六一條第三項「第三九條第二項、第七八條及第二五八條の規定は代表取締役に之を準用す」七一四條「船長の代理権に加えたる制限は之を以て善意の第三者に対抗することを得ず」を列挙する。

私は民法一一〇条「代理人が其権限外の行為を為したる場合に於て第三者が其権限ありと信ずべき正当の理由を有せしときは前条の規定を準用す」を「代理人の代理権に加えたる制限は之を以て善意無過失の第三者に対抗することを得ず」と同一に解する。川島氏は「民法一二二条は一一〇条と表現を異にし、代理行為の相手方が「善意」であり、且つ過失がないことを要件としている。しかし一一〇条の表見代理と本文の表見代理について実質的に異なる取扱をすべき理由はなく、

条文の文言の差異にかかわらず同様に——すなわち「其権限ありと信すべき正当の理由」があることを要すると——解すべきであることについては、疑がない」(川島前掲(三九二頁))とのべられる。したがって「其権限ありと信すべき正当の理由」——善意、無過失である。我妻氏も「正当な理由があるとは無権代理行為のなされた際に存在する諸般の事情から客観的に観察して、普通の人が代理権があるものと信ずるものをもつともだと思われれることである。要するに信じたことが過失といえない(無過失)ということに帰着する。」(我妻「民法総」(則三七一頁))といわれる。

綜合判例研究サウ書「表見代理」によれば民法一一〇条の制度の趣旨をうかがうに足る代表的な判例は「代理権の制限」という言葉を使用する。「民法一一〇条の規定は第三者をして其宥怒すべき誤信の結果を免れしめ、其の利益を保護して、完全に取りをなさしむとする精神にでたものなり。元來代理人が代理の権限を越えてなしたる行為に付ては、本人をして其の責に任せしむべき筈なきが如しと雖も、若し第三者をして代理人が其権限内において行為を為すものなりと誤信せしむる正当の理由がありしに拘らず、本人をして其の行為に付責に任せしむべきものに非ずとせば、第三者は安全に代理人と取引を為すことを得ざるに至り、従て自ら代理人と第三者との取引を阻碍する結果を生ずべし。但し、斯く第三者の利益を保護するを主眼とする第一一〇条の規定を適用せむには、第三者が代理人に其の行為を為す権限ありと信じたる正当の理由がなかるべからず。例えば本人が代理人に何等の制限を付せず或種の行為を為す代理権を与えて第三者と取引を為さしめ来りたる後、其の代理権に或制限を附したるに拘らずその旨を通知せざりし過失あるため、第三者は従來の如く代理権に何等の制限なきものと誤信して代理人と取引を為したる場合に於ては、本人は代理人の行為が権限を超えたることを口実として其の行為に付責任を免がることを得ざるが如し」(大判明治三六、七、七(民録九、一八、八八八))。

代理権の制限と區別すべきは、本人が代理人に代理権の行使に関して与える指図 (Instruction) である。かかる指図は代理権に関せずして代理の基礎たる法律行為(委任、雇傭等)に関して、代理人に指図にしたがう義務を生ぜしめる。代理権内なれども、指図外の契約につき本人はその責に任ずる。しかし本人は指図に違反せる代理人に対し損害賠償を請

求しうる。

Hupka (Vollmacht) は指図 (Instruktion) と代理権の制限とを区別すべしという。彼によれば内部的授權の場合には代理権の制限であつて外部的授權の場合は指図である。

私は民法一一〇条は代理権の濫用の場合であると考へる。「代理人が権限を濫用し、背任的な行為をするとき、例えば債権取引の代理権のある者が自分で消費するつもりで取立てるときなどである。かような場合にも行為の法律的效果を本人に帰属させようとする意思は存在するというべきである。従つて代理行為の成立には全然影響がないはずである。しかし、かような背任的意図をもつていることを相手方が知りまたは知りうべかりしときは、相手方の立場を考慮することなく、本人の利益をはかることが適當である。そこで第九三条但書の趣旨を類推して、代理行為の効力を否認すべきことになる」(我妻「民法総」)。 「理事がその名義を冒用して私利を営む場合、例えば産業組合の理事が、自分一個人の経営する精米事業の資金をうるために組合理事たる資格を背用して手形を振出したとき (三民一〇四二頁)、組合の理事が組合を受取人とする手形を自分の借財のために理事の資格で裏書譲渡したとき (大判昭和九、五、一五民一二三頁)、倉庫運送業を営む会社の代表社員が、私利をはかる目的で、会社名義で重油を買入れたとき (大判昭和一三、二、七民五〇頁) など、代理人の権限濫用と同様にとり扱ふべきである。すなわち、その行為が外形上法人の行為能力の範囲に属し、かつ理事の権限に属する以上、原則として、法人の行為となり、ただ理事が当該の場合に自分の利益をはかろうとする意思を有したことを相手方が知りまたは知りえた場合にだけ法人の行為として成立しえない」(我妻「民法総」)。

民法一一〇条の「権限外」を「制限外」とすれば制限が解消すると、代理権は直ちに本来の円満な状態に復帰するが、民法一一〇条の「権限外」を通説のように「代理権超越」とすれば、「代理権欠缺」すなわち無權代理であるが、取引の安全保護のために、本人をして其責に任せしめることとなる。民法一一〇条が代理人の代理権に加へたる制限は之を以て善意無過失の第三者に対抗することを得ずという意味であるとすれば、民法五四条「理事の代理権に加へたる制限は之を

以て善意の第三者に対抗することを得ず」と同様に有権代理である。また民法一一〇条が代理人の代理権に加えたる制限は之を以て善意無過失の第三者に対抗するを得ずという意味であるとすれば、法定代理にも本条が適用されることは明らかである。したがって取引の相手方をして代理人に権限ありと信ぜしめる正当の理由あらしめるについて本人の作為不作為或いは過失を必要とするかは問題とならない。しかるに判例は次のように最初「本人の過失」を必要とした。

「………第三者の利益を保護するを主眼とする第一一一〇条の規定を適用せむには第三者が代理人に其行為を為す権限ありと信じたる正当の理由なかるべからず。例えば本人が代理人に何等の制限を附せず或種の行為を為す代理権を与えて第三者と取引を為さしめ来りたる後、其の代理権に或制限を附したるに拘わらず其の旨を通知せざりし過失あるが為め、第三者は従来如く代理権に何等の制限なきものと誤信して代理人と取引を為したる場合に於ては、本人は代理人の行為が権限を超へたることを口実として其行為に付き責任を免かることを得ざるが如し」(大判明治三六、七、七民録九、八八八)。

既述のように通説は民法一一〇条を表見代理(権利外観代理)とし、本人が表見代理人の行為を知らなかつたときでも知らざるについて過失ある限り、本人として責に任ずるとするから、過失を必要とする。しかし、その後の判例は見解を改めて、本人の過失は必要でないとしたが、なお「代理権ありと信ずべき正当の理由とは客観的に観察し、第三者をして代理人に権限ありと信ぜしめるに足る事情にして其の事情の存在が、本人の作為もしくは不作為にいずるものを謂ふ」(大判大三、一〇、二九民録二〇、八四六)。

(同旨、大判大五、八、九新聞二二七同大五、四、二九新聞一一三三、一三三)。後に至つてこれを否定する説示をしている。「民法第一一〇条にいわゆる代理権ありと信ずべき正当な理由は必ずしも常に本人の作為又は不作為に基くものであることを要しないと解するを相当とする。そればかりでなく、原審の認定によれば上告人会社Yは昭和二三年暮以来、Aが上告会社の千住営業所の責任者として同所に同営業所と記載した看板を掲げ、上告会社の貨物自動車を使用し、同会社のために運送契約を締結すること及び本件小切手に押捺したゴム印を使用し営業上の書類を作成することを許容して来たものである」

(最判昭二八、一二、二二一)。
(民集七、一二、二二一)。

既述のようにこれはいわゆる認容代理権であつて通説によれば表見代理であるが、私見によれば認容代理権は法律行為（黙示の意思表示）により与えられた代理権である。綜合判例研究書もいふように表見代理制度を英米法にいわゆる禁反言法理の具体化ないしは制度化したものと考へる立場においては、本人に何らかの形で歸責事由を認めるべきであるとの観点から（同書二四三頁）本人の作為、不作爲または過失の問題が生ずるが、私見のように民法一〇九条は表見代理でなく有権代理であるとする観点からは問題とならない。

第六 外部的授權の消滅

外部的授權は代理權授与に一致する行為により消滅する。代理權が第三者に対する表示により与えられたとき、本人が第三者に代理權の消滅を通知するとき消滅する。或人が第三者に対する通知によりまたは公告により他人に代理權を与えた旨を通知するとき（民法一〇九条）、代理權の消滅の通知が同様の方法でなされるとき撤回される。「委任状その他授權の證書を与えた後に授權行為を遡及的に解除するときは、法律的には代理權は全然ないことになるが、それでも、この證書は代理權を与えた旨の表示としての効力をもち、従つてこの證書が善意の第三者に示されるときは、本条（一〇九条）の要件を充たすことになる」（我妻「民法總」（則二九三頁））。委任状が第三者に対し呈示された場合の代理權の撤回は第三者に渡された委任状の回収を必要とする。

「保証人として調印したる證書を債務者に交付して債權者に差入方を委託したる者は、其の委託を解除するも債務者が該證書を善意の債權者に差入れたる以上、保証債務を負担するに至るべきものとす」（大審昭和六年（初）七四号、同年一〇月二八日民四判）。

通説によれば民法一一二条はそれ自体消滅せる代理權が善意の第三者に対し信賴利益保護または權利外觀の観点からしでのみなお存続するという。通説はこれを「真正の」代理權でなくして第三者の信賴保護の反射効にすぎないという。

民法一一一条一一二条に関する通説は、外部的授權が独立に代理權を發生せしめ、したがつて消滅も外部的にのみ生ず

ることを看過する。内部的消滅原因すなわち本人と代理人との関係に基く消滅理由は第三者が知りまたは知るを要することにより、代理人の権利行使資格 *Legitimation* が外部的にのみ消滅するときのみ、本人のために法律行為をなす権利行使資格が代理人から剝奪される。すなわち外部的代理権が消滅する。

なお民法一一二条「代理権の消滅は之を以て善意の第三者に対抗することを得ず。但第三者が過失に因りて其事実を知らざりしときは此限にあらず」とあるは、物件変動の對抗要件において引渡または登記あるまでは第三者に対しては物權變動生ぜずと解することく（拙稿「相対的無効」司法協会雑誌 第一八卷第七、八卷）、すなわち解して善意無過失の第三者に対しては、代理権消滅せず代理権存続するものと解すべきである。もし善意、無過失の第三者に対しては代理権消滅せずと解すれば、この場合は有権代理であつて無権代理ではない。したがつて表見代理ではないこととなる。

鳩山博士によれば「第一一一二条第二項が委任に因る代理権は委任の終了に因りて消滅すと規定したるは、單に通常の場合を規定したるに止まり、当事者の特約に依りて基礎的法律關係と獨立して代理権授与の契約を為したる場合に於ては、基礎的法律關係の終了のみに因りては代理権授与の契約は当然効力を失ふことなく、其授与契約そのものに付て終了原因、発生したるときに初めて代理権は消滅するものとす」とあり。すなわち基礎的法律關係の消滅したるときでなく、代理権授与契約そのものの消滅したるときに初めて第一一二条の適用あることを注意せざるべからず。

第三者に対し他人に代理権を与うる旨の表示（外部的授權）は基礎的法律關係と獨立であるから、その表示の撤回は代理権の消滅につき善意無過失の第三者に対しては撤回の通知が到達するまで代理権存続するも、代理権の消滅につき悪意又は過失ある第三者に対しては、撤回の通知なきも代理権の消滅を以て對抗しうることとなる。而してこの場合本来代理権は消滅せるも（無権代理なるも）、善意無過失の第三者を保護するために代理権の消滅を以て對抗しえず（表見代理）となすか、或は善意無過失の第三者に対しては撤回の通知の到達するまで代理権存続する（有権代理）となすか、鳩山博士は後の見解であると思われる。

第七 いわゆる表見代理の効果

「本人が、その無権代理行為について「其責に任ず」ることである。(イ) 責に任ずるとは、無権代理人の行為であるとの理由で、その行為の効果の自分に及ぶことを拒絶しえない、という意味である。その責に任ずる以上、あたかも真正な代理人の行為と同一視すべきであるから、無権代理行為の効果である義務を負担するだけでなく権利も取得する」(「法総則三六六頁」)。ここまででは私見と一致するが、私見は本案の場合を真正な代理人の行為と同一視すべきとなすが故に、次の点において通説と異なる。「(ロ) しかし、この以外においては狭義の無権代理行為たる効果をも生ずるから、相手方は、取消権を有し(一一五条)、本人は追認して相手方の取消権を消滅させることもできる。(一一三条、一一五条)と解すべきである」(我妻前掲)とあるは誤りであるとおもう。通説にしたがえば相手方は有権代理の相手方以上に保護されることとなる。さすがに判例は「其責に任ず」とは履行責任のみの意味に解する。なお「本人が催告に示された期間を徒過したるときは、追認を拒絶したものとみなされる」(一一四条)とすれば、これは一〇九条の本人が「其責に任ず」と矛盾する。通説はつぎのようにいう「民法は、無権代理を二つに分け、無権代理人と本人との間に特定の緊密な関係の存在する場合には、正当な代理人の行為と同様の効果を生じさせ、そうでない場合には、無権代理人に特別の責任を課し、相応じて、代理制度の運用を維持し、取引の安全を期することに努めた。学者は無権代理の二つの種類のうち、前者を表見代理といひ、後者を狭義の無権代理という」(前掲三六三頁)。正当な代理人の行為と同様の効果すなわち本人が其責に任ずる表見代理と無権代理人が特別の責任を負う狭義の無権代理とを、広義の無権代理中にくまぜ表見代理の効果として狭義の無権代理の効果の一部を認めるのは、概念法学の概念構成の誤りであると思う。むしろ表見代理を広義の有権代理中にくまぜ、表見代理と狭義の有権代理とに分つべきである。

私は戦前（朝鮮司法協會雜誌一六卷九号）と戦後（大分経專論集三卷二二号）に「表見代理否認論」を書いたが、異説たるにとどまった。戦後のドイツの代表学説 Enneccerus = Nipperdey, Staudinger = Coing は権利外観代理や認容代理を唱え、わが国の通説に有利とおもわれた。しかし近刊 Werner Plume, Das Rechtsgeschäft に力を得て「表見代理否認論」を再論した。通説は代理行為について委任類似の契約説をとり、内部的授権のみを知り、外部的授権を知らない。代理権を本人と代理人との内部関係により定められるところの自然的存在であるかのように考えるところの素朴な自然主義的見解に基く。したがって本人と代理人との内部関係から生ずる瑕疵により代理権が存在しないとき、第三者に対する意思表示により与えられた代理すなわち外部授権を表見代理と考える。しかし本人と代理人との内部関係から生ずる瑕疵は、外部的授権に直接関係しない（民法一二条によりこの瑕疵による代理権の不存在を知り又は知りうべかりし第三者に対してのみ代理権は存在しない）。

内部授権のほかに外部的授権をみとめ且つ代理権を「権利行使資格」と考えるならば、民法一〇九条の「第三者に対して他人に代理権を与えたる旨の表示」は観念通知であるとしても、第三者に対して他人に代理権を与えたる旨の通知によって権利行使資格が現実[・]に生ずる。民法一〇九条の通知は第三者に対する代理人の権利行使資格の発生にむけられるから、委任状の第二者に対する呈示同様、意思表示であつて授権行為であり有権代理である。我妻氏は「この通知は、授権行為ではなくいわゆる観念通知である。しかし一般に能力及び意思表示の規定を適用すべきである。意思表示と同等の効力を認められるものだからである」^{（我妻前掲 三六五頁）}といわれる。川島氏は「代理権授与通知（一〇九条）のごとく、客観的事実の存在に關係なく通知そのものにもとづいて一定の効果が発生するとされるものにあつては客観的事実との不一致は通知の効力に影響をきたさないのは、当然である」^{（民法総則 一五六頁）}。於保氏は次のようにいわれる。「意思表示と意思

通知又は観念通知との間では、概念的には区別があつて意思表示たるためには一定の法律効果を意欲する意思の表示でなければならぬが、これらには総て意思表示に関する規定が適用されると解されているから、この点からもこの問題は詮索する実益はない」。そうだとすれば民法一〇九条は外部的授權であり有権代理である。

私は民法一一〇条「代理人が其権限外の行為をなしたる場合に於て第三者が其権限ありと信ずべき正当の理由を有せしときは前条の規定を準用す」を「代理人の代理権に加へたる制限は之を以て善意無過失の第三者に對抗することを得ず」と同一に解する。また代理権濫用の場合であつて有権代理である。

民一一二条「代理権の消滅は之を以て善意の第三者に對抗することを得ず、但第三者が過失に固りて其事実を知らざりしときは此限にあらず」を私は善意無過失の第三者に対しては代理権消滅せず、代理権存続するものと解すべきである。

もし善意、無過失の第三者に対しては代理権消滅せずと解すれば、この場合は有権代理であつて、無権代理ではない。したがつて狭義の無権代理の効果は全然適用されないこととなる。