

ドイツにおける表見代理法律行為説 (Rechtsgeschäftstheorie) の再興

メルクト(Merkt)の唱える「法律行為説への回帰」を中心に

白 井 豊

目 次

はじめに

- 1 ドイツにおける法律行為説の勃興・瓦解，再生，そして復調への足取り
- 2 わが国における表見代理論展望への布石
メルクトの唱える「法律行為説への回帰」
 - 1 表見代理研究の現代的意義と研究対象「認容代理」の定義
 - 2 認容代理の法的構成をめぐる判例・学説状況とその実際的影響
 - 3 法律行為・意思表示論と関連づけた認容代理の法的構成
 - 4 現行法における自己決定と信頼保護
 - 5 表示意識をめぐる意思表示論の現代的展開
 - 6 意思表示論の転換による法律行為説への回帰
 - 7 権利外観説からの批判に対する反駁
 - 8 総 括

メルクトの法律行為説に関する検討

- 1 メルクト説の特徴・独自性・位置づけ
- 2 「法律行為説への回帰」の分析・評価
- 3 メルクト説の問題点・課題

おわりに わが法への示唆

- 1 代理権授与を介した黙示の意思表示論による取引安全保護の可能性
- 2 法律行為説導入の困難性と可能性
- 3 表見代理の法的構成における代理権授与と通知の役割
- 4 表見代理論の展望

はじめに

1 ドイツにおける法律行為説の勃興・瓦解，再生，そして復調への足取り

(1) ドイツでは民法典（以下 BGB と略称する）制定後間もなく，高度

かつ複雑に労働分業化された組織の大規模経営時代の幕開けにより、大量取引の分業化を法律上可能にする代理制度が飛躍的に利用されるようになるにつれて、代理権をめぐる紛争も急増し、代理取引の安全確保が目下の急務となった。そこで判例は、当初は代理人の視点からの客観的解釈により黙示の内部代理権授与 (Innenvollmachtserteilung) を認定してきたが、それに限界を感じ始めると今度は取引相手方の視点からの客観的解釈により黙示の外部代理権授与 (Außenvollmachtserteilung) を認定する¹⁾ といったぐあいに、あくまで有権代理の枠組みにおける取引安全保護 (Verkehrsschutz) の円滑な実現を目指して、代理権授与という意思表示の名宛人を代理人から取引相手方へ変えるという工夫を凝らしつつ、黙示の意思表示論を駆使した代理権授与という法律行為としての法的構成 (いわゆる表見代理法律行為説 (Rechtsgeschäftstheorie od. rechtsgeschäftliche Theorie) 、わが国でいうところの表見代理有権代理説。以下では、それぞれ法律行為説、有権代理説と略称する) を志向した。しかしながらこの法律行為説には、取引安全保護を図る上で徐々に足枷となる、致命的ともいふべき二つの弱点が潜んでいた。すなわち第一は、黙示の代理権授与 (stillschweigende Bevollmächtigung) という法律行為的構成による以上、意思主義 (Willenstheorie) と表示主義 (Erklärungstheorie) という法律行為・意思表示の基本原理論争 とくにそれとの関連で表示意識 (Erklärungsbewusstsein) は意思表示の成立要件たりうるか否かという波及的な争い²⁾ の必然的影響を甘受せざるを得ないという問題点であった。そして第二は、そもそも当該本人の容態 (Verhalten) は取引相手方に対する代理権授与そのものではなく所詮は内部代理権の存在を示唆するものにすぎないため、外部代理権授与に基づく法的構成自体に無理があるのではないかと、つまり法律行為的構成の基礎的前提たる本人の容態の客観的表示価値いかんという問題点であった³⁾。

案の定判例も当初こそ、黙示とはいえ本人による代理権授与と解釈する以上、その意思の探求・推定に固執していたが、しだいに取引相手方が信

頼を寄せる代理権の外観のみを重視し始めるのに伴って、本人の意思は擬制化を強いられていった。その頃学説では、権利外観理論 (Rechtsscheinlehre) が創唱され目覚ましい発展を遂げ⁴⁾、また実社会でも、個人主義を否定する国民社会・国家主義 (Nationalsozialismus) が台頭してきた。この影響を直接あるいは間接的に受けて、判例は、資本主義経済社会の要請する取引安全保護により積極的かつ迅速な対応ができるよう、黙示の代理権授与という法律行為的構成、BGB 170条から173条、HGB (ドイツ商法典の略称) 56条で規定された民商法上の表見代理制度⁵⁾、双方の限界を見切った上で、自らさきの権利外観理論に基づき「本人の過失 (Verschulden) を帰責要件とする外見代理 (Anscheinsvollmacht)⁶⁾」という表見代理法理 (いわゆる裁判官法 (Richterrecht)) をまずは商法上創造した。これを契機に判例は、「意思」に基づく従来の有権代理的発想から、無権代理を前提としてあらたに「代理権の外観に対する信頼保護」を基礎に据えた表見代理という権利外観理論的構成 (いわゆる権利外観説 (Rechtsscheintheorie)、わが国でいうところの表見代理説) へとパラダイム転換を図ったのである⁷⁾。

(2) 第二次世界戦後 (以下、戦後と略する) も、取引安全保護という絶大なる社会的要請は衰えを見せるどころかこの流れにいつそう拍車をかけたことで、判例は、さきに自ら商法上創造した外見代理を満を持して民法上にまで拡大し発展させた。さらに意思主義の優勢が表示意識必要説を有力化させたことで 詳細については 2(1) に譲ることにするが、法律行為説の抱える上記(1)の第一の問題点がいよいよ顕在化してきたため、黙示の代理権授与という法律行為責任の範疇にとどまっていた「本人による代理行為の意識的認容を帰責要件とする認容代理 (Duldungsvollmacht)⁸⁾」についても、判例は、表示意識の欠缺を理由に表見代理という権利外観責任の範疇へと所属変更させて外見代理と並ぶ判例法理への追加を余儀なくされた。そして学説も、表見代理法理に統一化して取引安全保護の充実を図ろうとする判例の方向性に追隨する姿勢を見せたことで、一

気に表見代理の法的構成論争は権利外觀説に決したかのようであった。このように、意思主義の優勢が法律行為的構成からなれば強引にその取引安全保護という役割・機能を剥奪してしまった結果、それに代わる存在として判例・学説上、権利外觀理論に基づいて、表見代理法理が民法上急速かつ発展的に継続して形成されていくことになったのである。

そこでこの法律行為説の凋落ぶりに歯止めをかけるべく、フルーム (Flume) は、むしろ法律行為説が意思主義の優勢に伴って取引安全保護的役割・機能の喪失へと追い込まれたことを逆にとり、あえてその生命線ともいふべき、表見代理帰責における「私的自治」重視を訴えて法律行為説のリニューアルに着手した。具体的には、上記(1)の第二の問題点を克服するため法律行為的構成の前提としてあらたに 本来觀念の通知 (Wissenserklärung) であるはずの内部代理権授与通知 (Vollmachtskundgabe) を法律行為たる外部代理権授与として構成し (いわゆる「内部代理権授与通知 外部代理権授与」の新規導入)、この両者いずれも法律行為による (代理権という) 資格の証明行為 (Legitimationsakt) であるという特異な革新的理解を基軸に法律行為説の大胆なモデルチェンジを積極果敢に試みた。そしてその結果、認容代理を黙示の外部代理権授与として有権代理、つまり法律行為責任の範疇へと引き戻すことに成功したのである。このフルームが発した、法律行為説自身も見失いかけていた「(表見代理の法律効果たる履行責任 (Erfüllungshaftung) に着目した) 私的自治への原点回帰」という基本的メッセージは、ともすれば帰責根拠軽視・取引安全保護重視の激しい時代潮流から民法上の表見代理拡大にまで傾倒しつつあった判例・権利外觀説にとって、その法的構成、とくに帰責根拠の実質的解明の必要性・重要性を啓発するという意味でかなりのインパクトを与えることとなった。これにより法律行為説は、あらたに権利外觀説の対立軸としての確固たる地位を築くことで再起を果たしたのである⁹⁾。事実、学説もこぞって高い注目を寄せ、フルームの法律行為説は一躍脚光を浴びたわけだが、ただその評価自体はいつの間にか批判的あるいは懐疑的なものへと

失速・低迷し、「法律行為説から権利外觀説へ」という主流を変えるまでには到底及ばなかった。それどころか、権利外觀説の支配化という方向性を決定づけてしまう皮肉な結果に終わってしまったのである¹⁰⁾。その主たる原因としては、法律行為説がリニューアルと引き替えにあらたに内包することになった二つの問題点、すなわち、新規導入した「内部代理権授与通知 外部代理権授与」という構成の特異性と、戦前の法律行為説同様、表示意識必要説を暗黙の前提とする限り¹¹⁾法律行為的構成が取引安全保護の実現にあたり直面せざるを得ない限界、つまり上記構成によっても、その射程は認容代理にとどまり外見代理にまでは及ばない点¹²⁾を指摘することができよう¹³⁾。そしてこれらの問題点ゆえに、法律行為説は、自ら異説かつ取引敵対的理論であるというマイナスイメージを植え付けてしまう結果となり、これからしばらく苦難の道のりを歩むことになる。

もっともフルーメの辛辣な批判が、前述のとおり支配的な権利外觀説に帰責性再考の重要性・必要性を啓発したことでその内部分裂の端緒を開いた、この彼の残した顕著な功績を忘れてはなるまい。すなわち権利外觀説内部では、フルーメの法律行為説を激しく批判して表面的には対決姿勢を前面に出しつつも、その実は表示意識をめぐる意思表示論、とくに当時有力であった表示意識必要説との整合性をかなり意識するなど、表見代理の帰責要件としても「本人による権利外觀の意識的作出」を要求し、その結果、商取引を除いて一般に民法上 表見代理の外延たる 過失を帰責要件とする外見代理を承認しないとする学説(いわゆる外見代理否認説)が一時期かなり有力に主張されていたし、現在もおお根強く主張されているのである¹⁴⁾。そして次に見るとおり、法律行為説はさらなる発展的進化を遂げることで、今後の権利外觀説の動向をも左右する存在へとその発言力を増していくことになる。

(3) すなわち近年逆風の中、フルーメの法律行為説を見直し再評価する気運が少しずつではあるが、着実に盛り上がりを見せ、フルーメ説の課題克服と法律行為説普及に向けて並々ならぬ努力が払われている。

具体的には、ホプト (Hopt) が研究論文でフルーメ説支持を打ち出したのを皮切りに、シュタウディングァー (Staudinger) 注釈書の第13版で支配的な権利外観説を従来支持してきたディルヒャー (Dilcher) に代わってシルケン (Schilken) がフルーメ説を採用する (以下、継承説と称する) という、およそ驚愕すべき想定外の事態が生じた¹⁵⁾。

さらにフルーメ説を基本的に継承しつつも、取引敵対的理論というマイナスイメージの払拭に向けて、パヴロウスキー (Pawlowski) は、表示主義優勢のもと表示意識をもはや判例・学説上意思表示の成立要件たり得ないとした意思表示論の現代的展開、つまり表示主義的な表示意識不要説の判例・通説化にいち早く敏感に反応する。そして法律行為説である以上、この現代的展開を当然かつ速やかに表見代理の法的構成論にまで反映させて、意思主義的な表示意識必要説に依拠したフルーメよりも黙示の外部代理権授与による有権代理的構成の射程を外見代理にまで伸張し、取引安全保障という現代的要請にも応えようと努めているのである (以下、発展説と称する)¹⁶⁾。この説の出現は、長らく取引敵対的理論という汚名を着せられた法律行為説にあって、その呪縛から解放する、まさに取引親和的理論への脱皮・変貌とでも評すべき注目に値する発展的動向といえよう。

また、(2)で指摘したフルーメ説における「内部代理権授与 外部代理権授与」という構成の特異性 これを上記の継承説も発展説もそのまま受け継いでいるわけであるが に対して学説上一般に根強い抵抗・違和感が示されていることに配慮して、ヴィーリンク (Wieling) は、むしろ曖昧に「内部代理権授与 外部代理権授与」と位置づける¹⁷⁾。この曖昧な法的位置づけによりフルーメ説の上記特異性に対する批判を巧みにかわそうとする一方、依然として法律行為的構成を標榜することをやめない。批判を覚悟の上でこの構成を維持し続けるメリットとして、ヴィーリンクは、判例・支配的な権利外観説が一般条項の性格を有する信義則や制度横断の性格を有する古典的権利外観理論により表見代理の履行責任を根拠づけてきたが、その判断プロセス・基準の不透明性を排除し、パヴロウ

スキー同様、表見代理の帰責プロセスを意思表示帰責論・準則で明確かつ一律に説明できること(いわゆる「表見代理への意思表示帰責論・準則の持込み」)を挙げている(以下、修正説と称する)¹⁸⁾。

(4) このように意思主義から表示主義へ、それに波及的に連動して表示意識必要説から不要説へという意思表示論の現代的転換を考慮に入れた発展説、修正説の登場により、フルームの法律行為説は、認容代理のみならず外見代理、つまり表見代理すべての有権代理化という新たな発展的ステージに到達し、取引敵対的理論から取引親和的理論への脱皮・変貌を遂げるとともに、最終的に表見代理への意思表示帰責論・準則の持込みを可能にすることにも成功したといえよう¹⁹⁾。そしてその結果、フルーム説が抱える上記(2)の第二の問題点、つまり法律行為の構成による取引安全保護の限界は、(3)で見たとおり、彼以降の法律行為説の発展的展開によりその出発点たる私的自治重視の基本姿勢の軟化と引き替えにはあるが

解消・克服されつつあるものと見てよからう。ただ発展説、修正説、いずれの学説も、依然として自説の正当性の主張に傾倒しがちで、権利外観説からの とくに上記(2)の第一の問題点、つまり「内部代理権授与と通知 外部代理権授与」という構成の特異性を中心とした 法律行為説批判に対しては必ずしも積極的に応接しているとは言い難く、むしろすでに(3)で見たとおり修正説がその議論を棚上げにするなど、およそ議論は噛み合っていない。そのためか現在も学説上、やはり法律行為説には与し難いとする評価が依然として一般的であるといつてよからう。

もっとも前述のとおり、法律行為説が発展的進化に伴いその影響力・発言力も増大させていくにつれて、外見代理を民法上一般に承認する支配的な権利外観説(いわゆる外見代理承認説)の中にも、権利外観理論といえども とりあえず権利外観を法実在であるとみなしただけで 法律行為に基づく場合よりも重い責任を本人に課すことを認めるものではないとか、表見代理の一類型たる内部代理権授与と通知が外部代理権授与との法的類似性を契機として意思表示規定の類推適用を受ける以上、この通知を

規定した BGB 171条, 172条の類推適用により実定法上正当化される表見代理法理についても法律上同様に扱われるべきであるとか, 表見代理の主観的帰責論争は意思表示法の主観的帰責問題に還元される(いわゆる「普遍的帰責 (allgemeine Zurechnung)」論) とかといった理由から, 最終的に表見代理全般への意思表示帰責論・準則の持込み, つまり表示意識をめぐる意思表示論の反映と119条の錯誤取消規定の類推適用を主張する見解がかなりの勢いで増えてきているという厳然たる事実には十分留意すべきである²⁰⁾。すなわち近時の特徴的な傾向として, むしろ権利外観説の側から, 法律行為説への歩み寄りが見られるのである。そして早速この「法律行為説への(権利外観説の)接近」現象とでも呼ぶべき新たな動向を察知して, 表見代理の法的構成論争, つまり法律行為説か権利外観説かという象徴的な争いは, もしかかりに後説が表見代理につき錯誤取消規定の類推適用を認めて結果的に前説と同様の結論に至るようなことにもなれば, とにかく実際にはその意義を失ってしまうとの注釈²¹⁾がなされている。今後, 権利外観説が法律行為説の影響を受けてどのような方向に向かっていくのか, その行方からはますます目が離せなくなっている。

そして最近ようやく法律行為説の側からも, さきの分の悪い評価を真摯に受け止めて, 権利外観説に真正面から論争を挑み積極攻勢に転じようとする動きが起こった。すなわち一昨昨年(2004年)のフライブルク大学 (Universität Freiburg) のメルクト (Merkt) 教授が, 「法律行為と権利外観法律要件との間における認容代理の体系理論的整序 (Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechts-scheintatbestand)」と題する論稿²²⁾で, 法律行為説でありながらも戦後フルームによりリニューアルされた法律行為説の継承・発展ではなく, あえて「法律行為としての認容代理の再体系化 (Rückgewinnung der Duldungsvollmacht für eine rechtsgeschäftliche Systematisierung)」, つまり「戦前旧来型の法律行為説への回帰 (以下, 法律行為説への回帰と略称する)」を主張し, その法的論拠について, 表示意識に関する意思表示論,

表見代理に関する判例法理, 双方に関する判例・学説状況の変遷を客観的に整理・分析しつつ権利外觀説からの批判にも積極的かつ丁寧に応接する形で探求・開陳しているのである。このメルクト論文は、直ぐさまボルク(Bork)の『民法総則(第2版)』(2006年)において、フルーメ、ハイリクス(Heinrichs), シルケンなどとともに おそらくは後述 2(1)でのメルクトによる整理分類同様、法律行為説という一括りにされてはいるもの 参照されていて²³⁾, その注目度の高さをうかがわせる。また一昨年にも、ヴェルバ(Werba)が、モノグラフィー『意思なき意思表示(Die Willenserklärung ohne Willen)』(2005年)で、フルーメの流れを汲む法律行為説を志向している²⁴⁾。まさにこの事実が、われわれ日本の研究者にはにわか信じ難いであろうが、ドイツにおいて法律行為説が最近勢いを増している証左といえよう。

2 わが国における表見代理論展望への布石

このように1で見た、戦後ドイツの法律行為説をとりまく、とりわけ最近の目覚ましい発展状況とは対照的に、わが国では周知のとおり、有権代理説はフルーメ説をなつかば並行輸入した高橋教授により主唱された²⁵⁾ものの、取引安全保護の拡大路線を躊躇なく突き進む当時にあっては、ドイツ同様インパクトこそあったが、有権代理説の基礎をなす(代理人との内部原因関係からの)代理権の無因主義(Abstraktionsprinzip)に依拠した外部代理権授与がドイツ(BGB 167条1項)とは異なり条文上明文化されていないことも相俟って、早々に異説かつ取引敵対的理論との烙印を押されてしまった。このイメージを引きずって最近までわが国では一般に、有権代理説の分析・検討自体がおよそタブーであるかのごとくきわめて低調というほかに²⁶⁾, ドイツにおける法律行為説の発展的成果、つまり1(3)で見たような、法律行為説が表見代理全体の有権代理化に成功して取引敵対的理論という否定的評価を覆し取引親和的理論へのイメージチェンジに努めている事実などはおよそ知る由もない。それどころか今日のわが国で

は、「いずれにせよ取引の安全が強調されて、表見代理全体が、その適用範囲を拡大している現在では、帰責の根拠を意思表示のみに求める有権代理の構成は維持できまい」とのコメント²⁷⁾に象徴されるとおり、有権代理説に対する否定的評価・認識は共有されもはや固定化・絶対化してしまっているとさえいえよう。

たしかにわが国とドイツとでは、そもそも代理法の基礎ともいうべき代理権授与とその原因となる内部関係に関する法的理解・相互関係や表見代理制度とその発展を例にとっても様々な違いが横たわっている²⁸⁾ため、ドイツの表見代理論、とりわけ外部代理権授与に依拠した法律行為説を高橋教授に代表されるようにわが国へ並行輸入するにあたっては当然、大きな抵抗と困難を伴うことが予想される。さりとてわが国の解釈論は、もとより表見代理についてもドイツ法の権利外観理論の絶大なる影響を受けていて、ドイツの支配的な権利外観説を遥かに凌ぐほど、表見代理説が圧倒的多数を占めている。ただわが国の表見代理説は、ドイツの権利外観説が制度横断的・抽象的説明理論たる古典的権利外観理論に依拠した法的構成の課題を時間をかけて克服してきた²⁹⁾のとは対照的に、むしろいまだ取引安全神話に取り憑かれて利益衡量論への執着から抜け出せず、民法110条を中心としてこの構成に固執している。このことが、わが国において、とくに帰責性に関する解釈論を錯綜・混迷させる原因となっていて³⁰⁾、この現状を目の当たりにする限り、そもそも本家ドイツの支配的な権利外観説の発展過程さえ必ずしも十分正確に認識・反映されているものとは思われない。そのドイツでは今、支配的な権利外観説は、1(4)に述べたとおり、少なからず法律行為説発展の影響に晒されていて、表見代理帰責を考える上で意思表示帰責論・準則によりいっそう大きな関心を寄せている。そのような中遅ればせながらわが国でも、民法109条の代理権授与通知につき意思表示との法的類似性を契機として、109条、さらには(基本代理権を有する)代理人を代理権授与通知の表示使者と捉えて(代理権授与)表示責任としての独自の法的構成を試みることで110条へ

の(表示意識に関する)意思表示帰責論の反映と95条の錯誤無効規定の類推適用(ドイツ同様の、いわゆる「表見代理への意思表示帰責論・準則の持込み」)を主張する新しい学説³¹⁾が登場するに至った。

このようにわが国において、とくに帰責性に関する議論を立ち遅らせたあげく混乱・停滞を招いた原因は、表見代理の中核たる民法110条の一般条項的性格、その法的根拠たる古典的権利外觀理論の制度横断的説明理論としての抽象的性格と、これらの性格と直結・連動した取引安全保護重視の利益衡量的解釈手法を指摘できようが、それ以上に、ドイツでは常に権利外觀説の明確な対立軸となり帰責根拠説明の重要性・必要性を啓発するという重要な役割を果たしてきた法律行為説、これに対応する有権代理説がおよそその存在感を誇示することができなかつたことによるところが大きいのではあるまいか。そしてその結果わが国では、戦後ドイツのような、法律行為説との攻防を通じた権利外觀説の成熟した発展は見られず、ただ「表見代理における帰責性の重視」という 高橋教授を介したフルームの 批判的メッセージだけが唯一有権代理説の名残として、いわば自省的に主張されてきたにすぎないのではなからうか。このような問題意識も漠然とあって、筆者はかつて法律行為説を中心とした紹介・若干の検討を行った³²⁾が、その1998年当時に比べて、さらにドイツでは、1(4)で見たとおり、法律行為説が一段と権利外觀説に対する影響力を強めてきている。他方ようやくわが国でも萌芽ではあるが、「代理人以外の者に代理権授与表示をすることによって、実際に代理権が授与されることを認める」外部授権に基づく有権代理説について「異説であるかもしれませんが、可能性としてはあります。これによると、あとは意思欠缺や意思表示の瑕疵に関する別のルールの問題として構成されることになります」との発言³³⁾や、前述した表見代理の表示責任的構成をもとに表見代理への意思表示帰責論・準則の持込みを主張する新学説の出現に代表されるとおり、表見代理の有権代理的構成の法的可能性に含みを持たせたり、その検討を躊躇しない気運がようやく散見され始めるようになった³⁴⁾。これらの事実

を総合して考えると、ドイツにおいて帰責性に関する議論を常に活性化させる原動力となってきた法律行為説の最新動向をリアルタイムに捕捉しておくことは、決して無意味な作業ではなからう。それどころか恣意的かつ無秩序とも思える利益衡量的解釈学説が横行・氾濫するわが国においては、むしろこれと対極に位置する、私的自治原則に軸足を置き法律行為・意思表示論と体系理論的に関連づけて表見代理の再構成を試みる法律行為説を比較研究・検討対象として、従来とはまったく異なった、いわば正反対の分析視角から今一度表見代理を再考することこそ、有意義かつ今現在必要とされているのではなからうか³⁵⁾。この従来看過されてきた「法律行為説との真摯な対話」が、わが国の表見代理解釈論の停滞を打破しその新たな展開を占う意味でも格好の布石になるものと思われる。

そこで本稿では、早速その作業の一貫として、筆者が『戦後ドイツの表見代理法理』を公刊した2003年以降に登場したためフォローできていない、上記1(4)で挙げたメルクトの法律行為説を その主張内容がいささか難解なだけに、さらに筆者が今まで取り組んできた「ドイツの表見代理研究」に事実誤認や誤謬などがなかったかを検証する意味でも なるだけ丁寧に再現・紹介し()、戦後フルームによりリニューアルされた法律行為説とはどのような関係に立つのかなどその特徴・独自性・位置づけの分析と検討を試みた上で()、わが国における有権代理説の再検討、ひいては表見代理論の展望に備えた法的示唆を得たい()と考えている。

メルクトの唱える「法律行為説への回帰」

1 表見代理研究の現代的意義と研究対象「認容代理」の定義

(1) まずメルクトは冒頭で、自らがこれから行う表見代理研究の現代的意義について、次のように述べている。

認容代理は判例上八十有余年の歴史を有し、現在は表見代理の一類型として外見代理と並び称されている。そのため、その法的構成論は民法総則

の古典的問題であり、十分な体系理論的蓄積があるがゆえに、一般論としていえばもはや研究対象とするには及ばないということになる。それにもかかわらず、なぜ今あえて認容代理の法的構成について考察するのかといえ、近年、表示意識が意思表示の成立要件たりうるかという意思表示論争をめぐって、BGH(ドイツ連邦通常裁判所)1984年判決(BGHZ 91, 324)³⁶⁾を契機に、判例・学説は「表示意識必要説から不要論たる帰責性説(Zurechenbarkeitslehre)³⁷⁾への転換」という新たな展開を見せたが、この意思表示論の現代的展開が同じく法律行為法の範疇に属する代理法一般、さらには表見代理たる認容代理の法的構成論にまでおよそ反映させられていない、つまりその意味で、認容代理研究はいまだその時事性(Aktualität)をまったく失っておらず現時点においても有意義である(lohnend)と考えたからにほかならない³⁸⁾。

このようにメルクトは、認容代理の法的構成について、代理法もその範疇に含まれる法律行為法にまで立ち戻りその中の意思表示法で起こった「表示意識必要説から帰責性説への転換」という現代的展開を踏まえて再考するという壮大な目標を掲げているのである。

(2) 本題の認容代理研究に入る前に、メルクトは、今日一般に判例・学説上承認された認容代理の定義と、これと密接に関わってきた黙示の代理権授与との決定的差異や一般に認容代理と並び表見代理に整序される外見代理との異同について、あらかじめ確認しておく。

認容代理とは、本人が自らの代理人としてある者が行為することを知りかつ認容し、この行為を阻止する措置をとることができたにもかかわらず、放置した場合である。この場合、取引相手方は、信義則上取引慣習により、代理権は授与されていると考えてもよい(要件論)。そして以上の要件がみたされたとき、代理行為の効果は本人に帰属する(効果論)³⁹⁾。

認容代理はまず、本人による代理権授与という意思表示を不可欠の構成要素とする法律行為ではないという点で、黙示の外部代理権授与、内部代理権授与の双方から区別される。次に認容代理は、表見代理に整序さ

れるものの、 で見たとおり、外見代理が「本人は何ら代理行為を知らず、ただ必要な注意を尽くしていればその行為を認識 (かつ阻止) することができたであろうこと」を帰責要件とするという点で区別される⁴⁰⁾。

2 認容代理の法的構成をめぐる判例・学説状況とその実際的影響

このように研究対象たる認容代理とその周辺状況についてメルクト自らも一瞥し再確認の上、この 現在異論なく商法のみならず民法上も一般に承認されている 認容代理の法的構成をめぐり法律行為説と権利外観説が判例・学説上熾烈な勢力争いを繰り広げてきた状況を簡潔に跡づけるとともに、両説が実際に与える違いをも素描する。

(1) ROHG (ドイツ帝国上級商事裁判所)、さらに RG (ドイツ帝国最高裁判所) は、認容代理を本人の推断の容態 (schlüssiges Verhalten) による代理権授与として構成し、法律行為説を採ってきた。RG は、本人による代理行為の暗黙の認容 (stilles Dulden) 事例において、1907年以前は判決の中で本人の推定的意思 (mutmaßlicher Wille) を確認していたが、それ以降は、代理人が本人の認識のもと取引相手方に対し反復的かつ同種の方法で代理人として行為していたことを重視し、このような場合を「黙示の代理権授与」と称した。ようやく1924年判決 (Warn 1924, 187) で、RG は、さきの場合について認容代理という概念を用いるようにはなったが、これ以降の判例でも、その法的構成が変わることはなく、黙示による代理権授与としての法律行為的構成が維持されたままであった。ただし一方では、相変わらず表見代理たる外見代理との境は不明確であり、また他方では、本人が代理行為を認識しているにとどまらず代理権を授与する意思までも有していたかどうか、つまり表示意識の有無により、黙示の代理権授与とも十分明確に峻別されていない状態が続いた⁴¹⁾。

BGH も、当初はこの戦前の流れを引き継いだが、その少し後、黙示の代理権授与から権利外観法律要件、つまり表見代理に整序される認容代理を区別し始めるようになった。BGH は、黙示の代理権授与といえども意

思表示である以上、表示意識をその成立要件とする当時支配的な表示意識必要説の影響を受けて、本人が代理権を授与するという意思をもって代理行為を意識的に認容している場合にのみ限定することにしたのである。その結果、もはや意思主義的な表示意識必要説のもとでは、本人に代理行為の認容こそあるが代理権を授与するという表示意識が欠けているときは、代理権授与という意思表示自体が存在し得ないため、認容代理の法的構成としては権利外観理論に頼らざるを得なくなった⁴²⁾。このような経過を辿って、外見代理と並び判例上創造された認容代理も、最終的には表見代理へと整序されることに落ち着いたのである。

しかしながら現在状況は一変し、BGHは、もはや意思表示一般論として表示意識必要説を克服し、不要論たる帰責性説への転換を果たした。それにもかかわらず、認容代理については、依然として権利外観理論による法的構成が堅持されたままなのである⁴³⁾。

このようにメルクトは、認容代理をめぐる判例の変遷を跡づけた上で、BGHがROHG、RGによる黙示の代理権授与という法律行為的構成を断念し判例上創造された認容代理を表見代理へと整序するに至った経緯・原因について、法律行為説の宿命として意思主義の優勢に伴う表示意識必要説の余波を回避できなかった、その必然的結果にほかならないという興味深い分析をしている⁴⁴⁾。この意思主義的な表示意識必要説の支配下では、代理権を授与するという表示意識を欠くことを理由に、認容代理は、黙示の代理権授与という法律行為責任の範疇から(根拠条文としては)BGB242条の信義則・(体系理論上は)権利外観理論に依拠する表見代理責任の範疇へと所属変更を余儀なくされた、というわけである。しかし現在は、「意思主義から表示主義へ」という法律行為基礎理論の変遷を受けて、帰責性説が判例・学説上支配的になり、表示意識をめぐる意思表示論の状況は一変したのである。今一度この現状を直視しつつ、かつて判例が認容代理を創造し最終的に表見代理に整序するに至った経緯・原因、つまり当時支配的な表示意識必要説の必然的影響によるものであったことを踏まえ

れば、認容代理の法的構成も当然 ROHG, RG 時代の法律行為説へ回帰するはずであるということ、メルクトは暗に示唆しているものと考えてよからう。

学説にあつては、当初から認容代理の法的構成について分裂していたが、判例同様、法律行為説が、当時影響力の大きかったプランク (Planck), エルトマン (Oertmann) の注釈書で採用されていて支配的であった。その後も、ゼルゲル (Soergel) 注釈書のシュルツェ＝ラゾー (Schultze-von Lasaulx) や、レーマンとヒュープナー (Lehmann/Hübner), ハリー・ヴェスターマン (Harry Westermann), エンネクツェルス (Enneccerus) の『民法総則』を補訂したニッパーダイ (Nipperdey), また近時はフルーメ, ヤウエルニツヒ (Jauernig), シルケン, ゲルンフーパー (Gernhuber), メディクス (Medicus), シュライパー (Schreiber), シュヴァープ (Schwab), ブレーム (Brehm), パラント (Palandt) 注釈書のハインリクスにより支持されている⁴⁵⁾。

その首唱者 (Protagonist) と目されるフルーメの説明を例示的に引用すれば、次のとおりである。意識して他人を代理人として行為させる者は、その他人を自己の代理人として承認し、代理人として行為する者が代理権を有することを通知している。この認容代理は、何ら特別なものでなく、当然 BGB 171条と完全に一致する⁴⁶⁾。つまり、そこで規定された内部代理権授与通知は、フルーメによれば、資格証明行為たる外部代理権授与であるとされているため、認容代理も、黙示の外部代理権授与という法律行為として構成されることになるというわけである。

これに対して拮抗する権利外観説は、ヴェルスパッヒャー (Wellspacher), ゼーラー (von Seeler) に始まり、フィケンチャー (Fikentscher), カナーリス (Canaris), さらにはゼルゲル注釈書のレプティーン (Leptien), ディーデリクセン (Diederichsen), オット (Ott), ミュンヘナー (Münchener) 注釈書のシュラム (Schramm), RGRK 実務大注釈書のシュテファン (Steffen), エルマン (Erman) 注釈書のパーム (Palm), ハーディング (Hadding), ハ

インツ・ヒューブナー (Heinz Hübner), ヘルムート・ケラー (Helmut Köhler), ムズィーラク (Musielak), ビドリンスキーとデーニ (Bydliński/Dehn), そして現在はラーレンツ (Larenz) の『民法総則』を補訂したマンフレッド・ヴォルフ (Manfred Wolf) により主張されていて、その支持者は相当数に上っている⁴⁷⁾。

この権利外觀説が法律行為説に対して行う批判は、おもに次の五つの論拠に基づいている。第一に、本人による代理行為の認容という単なる不作為 (Unterlassen) について、商法上のわずかな例外を除き、意思表示と解釈することは許されない。第二に、認容という本人の容態は設権的 (konstitutiv) ではなくただ宣言的な (deklaratorisch) 効力しか有しない、つまり外部代理権を授与するわけではなくただ推断的に内部代理権の存在を通知するにすぎない。認容代理の場合には、意思表示の客観的要件を欠いているのである。第三に、本人の認容は、ある特定の取引相手方あるいは公衆 (Öffentlichkeit) に知らせよう決められたものではないので、特定の名宛人 (Adressater) へ向けられた交付という意思表示に必要な要件も欠いている。第四に、認容は、内部代理権授与の存在を示唆するため、BGB 172条の規定する代理権授与証書 (わが国でいうところの委任状) の交付事例に類似しているが、もとよりこの172条は表見代理の一類型と解されている。第五に、表示意思と効果意思 (Erklärungs- und Rechtsfolgewillen) を不可欠の構成要素とする意思表示概念、つまり表示意識必要説のもとでは、本人が代理行為を認識していても代理権を授与する意思を欠いているときは、意思表示が表示意識を不要とするなどあらたに広範な概念へと転換されない限り、代理権授与という法律行為に基づいて本人に履行責任を負担させることはできない、つまり法律行為説は成り立ち得ない⁴⁸⁾。

(2) さらに(1)で見た両説は、単なる法的構成という認容代理の体系理論的説明の違いにとどまらず、実際上もおもに次のような三つの差異を生ぜしめることを、メルクトは指摘する。

第一に、本人がある特定の時点までは代理行為を認容してきたが、その時点以降もはや代理人に代理行為を禁じたにもかかわらず、この事実を取引相手方には知らせておかなかったとき、代理権授与効 (Bevollmächtigungswirkung) を生じさせることができるのは、権利外觀説によるほかない。なぜなら法律行為説によれば、黙示の代理権授与と構成される認容代理は、本人が代理人に代理行為を禁止した時点ですでに消滅していると考えられるからである⁴⁹⁾。

第二に、誰が履行責任を負担するかについても、法律行為説に立てば有権代理となる以上、当然本人ということになる。それに対して、この説によらず無権代理的構成に立つときは、あくまで理論上純粋に考えれば、本人はただ単に契約締結上の過失責任として信頼利益についてのみ損害賠償責任を負うだけで⁵⁰⁾、むしろ履行責任を負うのは、BGB 179条⁵¹⁾により代理人ということになってしまう。そこでこのような結論を回避するため、支配的な権利外觀説は、代理権が法律行為により授与されていないにもかかわらず、例外的に BGB 171条、172条に依拠して認容代理という判例法理により本人に履行責任を負担させてきたのである⁵²⁾。

第三に錯誤取消しについても、法律行為説では、認容代理は、黙示の代理権授与として構成されるため、たとえ代理行為が締結されていたとしても、明示の代理権授与と同様、原則取り消すことが可能となる。認容代理の場合、本人による代理行為の認識が帰責要件とされているから、自己の容態の意味に関する錯誤 (Irrtum über die Bedeutung seines Verhaltens) それ自体は問題にならないが、(原則として重要な) 行為の推断性に関する錯誤 (Irrtum über die Konkludenz des Handelns) による取消し、つまり表示意識の欠缺による錯誤取消しは起こりうる。これに対して、有責な与因 (schuldhafte Veranlassung) を帰責原則とする権利外觀説では、権利外觀を根拠づける信頼法律要件 (rechtsscheinbegründender Vertrauensstatbestand) の作出は、意思欠缺 (Willensmangel) 規定の適用を受けないばかりか、そもそも意思表示とパラレルに考えるべきたぐいのものではな

い⁵³⁾。

このようにメルクトは、従来ほとんど意識されてこなかった⁵⁴⁾が、認容代理の法的構成論が実際に及ぼすべき影響の重大性、たとえば法律行為説ではあくまで彼がそう考えているのだが「錯誤取消し(BGB 119条) 信頼利益の損害賠償責任(122条1項)」, 権利外觀説では「履行責任」という法律効果の差を示すことで、あらためてその法的構成を論じる現代的意義を強調しているのである。なおメルクトによれば、法的構成は演習問題や国家試験の設例を考えたり、判決理由を書く際にも重要であることも付言されている。権利外觀説では表見代理としての認容代理の要件事実を、法律行為説では代理権授与のそれを確認するというように、実務上も違いが生じるからである⁵⁵⁾というのが、その理由である。

3 法律行為・意思表示論と関連づけた認容代理の法的構成

あわせてメルクトは、認容代理の法的構成という問題を法律行為・意思表示論と体系理論上きわめて密接に関連づけて考察するという自身のアプローチ手法についても、その正当性が十分証明されたと考えている。その限りで、権利外觀説が法律行為説に対して加えた、認容代理の法的構成は「意思表示概念の広狭いかん」、換言すれば、あくまで意思主義的な表示意識必要説に固執し続けるのか、不要論へ赴くのかにかかっているという批判は妥当なものである⁵⁶⁾、と。そして次のように続ける。

認容代理の法的構成は、自己決定(Selbstbestimmung)と信頼保護の論争、別の表現をすれば個人的意思自由(Willensfreiheit des Individuums)と商取引に対する責任(Verantwortung gegenüber dem Geschäftsverkehr)という両原則の緊迫した関係(Spannungsverhältnis)の中に位置づけられる問題である。この問題は、決して代理法特有のものではなく、意思表示の解釈や錯誤取消しといった場面での意思主義と表示主義という法典編纂以前にまで遡る、意思表示の基本原理論争に帰着する。意思表示論の中心的問題は、伝統的理論たる 当事者意思の創造力と自立性

(schöpferische Kraft und Souveränität) を尊重する 意思主義のように、表意者、相手方ともに相容れない利益の調整を意思表示に基づく法律行為責任とその範疇の外にある権利外観責任に分けて行うか、現代的理論たる 相手方保護のために「意思」という主観的要素よりも「表示」の客観的価値を優先させる 表示主義のように、双方ともに法律行為論の枠組みの中で行うかということである。前者の伝統的な意思主義によるならば、法律行為は意思の絶対的支配に服する、つまり意思と法律行為は合同し完全に一致する (deckungsgleich) から、意思が欠けている場合には、法律行為論の枠組みの外で、権利外観理論に基づいて責任が生じることになる。これに対して後者の現代的な表示主義によれば、意思という主観的要素が欠けていても、取引相手方に対する責任という法律行為上の拘束力を根拠づけるのに十分な背丈 (Statur) のある要素「信頼 (保護)」詳細については次の4で分析・検討されているが により、依然として法律行為責任が問題となりうるのである⁵⁷⁾。

4 現行法における自己決定と信頼保護

そこで伝統的な意思主義と信頼保護という現代的要請を受けた表示主義の対立収拾を図るにあたって、メルクトは、現行法 (de lege lata)、つまり BGB の意思表示法や BGB 及び HGB の代理法がどのような解決の手掛かりを提示しているのかを分析する。

(1) まず BGB が意思表示規定でどのように表意者とその相手方の利益衝突を調整しその解決を図っているかについて見れば、とりわけ116条1文⁵⁸⁾が、心裡留保による意思表示はその表示の有効性には影響を与えず考慮されないことを明確に規定している。あくまで表意者が内心で欲していたとおり無効になるのは、その留保を表示相手方が知っていた場合に限られるのである (BGB 116条2文⁵⁹⁾)。このことから、BGB は、心裡留保に関する表示相手方の認識の有無を重視しその信頼を保護していることが分かる。また BGB 119条1項⁶⁰⁾が、意思表示の効力レベルにおいて表示

内容の錯誤 (Inhaltsirrtum) による取消しを規定していることから、意思表示の解釈・成立レベルでは内心の意思のみならず表示の客観的意味を基準としていることも明らかである⁶¹⁾。

このような表示相手方の信頼保護という立法者の衡量 (Abwägung) は、一般に有力な利益評価 (Interessenbewertung) に基づいたものであり、違和感なく受け入れられる。たしかに私的自治の枠組みでは、表意者自ら決定した意思が原則として評価の出発点となるが、意思表示による法律効果がその相手方の権利領域 (Rechtssphäre) にまで影響を及ぼすことを考えれば、意思表示は、その相手方が理解し得た意味で解釈され妥当する。つまり信頼保護の要請が、意思の完全支配を制限するのである。この制限は、表意者が自ら使用した表示方法 (Ausdrucksmittel) ・表示方式 (Ausdrucksform) を原則として自由に選択できたことによっても正当化される。このことを理由に原則として、表示相手方が意思表示を理解し得た、その客観的意味に対する責任を表意者に負担させることができるのである。この考え方は、決して自己決定に定礎された意思を無意味にするものではない。この意思是、表意者の表象 (Vorstellungen) から完全に切り離されるのではなく、表示相手方の視点から、この相手方の信頼した意味において「表意者本人により自己決定された」ものとして確認されうるのである⁶²⁾。

(2) さらにメルクトは、意思自治 (Willensautonomie) と信頼保護の衝突の解決に関する体系的手がかりを HGB 及び BGB の代理法に求める。

まず物品販売店の使用人の代理権を規定した HGB 56条を採り上げて、(1)で考察した意思表示法による取引安全保護との違いに言及する。

HGB 56条の法的構成については、もはや帰一することが困難なほど争われているが、ただ代理権授与の意思が欠けていても商取引保護のために店舗使用人を日常容易に監督しうる営業主に代理権欠缺の危険を負担させる、つまり代理効を生じさせるという結論、その一点においておよそ異論はない。HGB 56条は、(1)の意思表示法による取引安全保護とは異なり、

意思支配と取引安全保護の境界線を、法律行為の内部ではなく、法律行為責任とその外部に位置する権利外観責任との間に引いている。すなわち意思と表示が乖離した場合、意思表示法では、あくまで意思表示内部の問題として処理される、つまり表意者は意思表示を取り消すことができるのに対して、HGB 56条では、商取引保護の強い要請を受けて、意思表示法よりも厳格な、つまり錯誤取消しを排除する履行責任が権利外観理論により根拠づけられているのである⁶³⁾。

次に、認容代理の法的構成につき学説上頻繁に引用される BGB 170条, 171条, 172条の分析に移る。

これら規定でも本質的に重要なのは、意思支配と取引安全保護の境界線をどこに引くのかということにほかならない。立法者は、これら三か条でそれぞれ、特別な行為により取引相手方または公衆に対して代理権を授与する四つの特別な場合、つまり外部代理権授与、特別通知、公告、代理権授与証書の交付を規定している。これら四事例では、代理権がかりに撤回されていたとしても、それが代理人との内部関係にとどまる限り、取引相手方との外部関係では、代理権は継続して効力を有すると規定されている。この代理効の妥当根拠 (Geltungsgrund dieser Vollmachtwirkung) が、なおも継続的効力を有する通知により惹起された権利外観であることに鑑みれば、BGB 170条, 171条, 172条も、HGB 56条同様、意思支配と取引安全保護の境界線を、代理権授与という法律行為による有権代理とその外部にある権利外観理論による表見代理の間に引いている。これら表見代理規定は、内部代理権授与通知の明白性ないし特別な形成 (Ausdrücklichkeit bzw. besondere Gestaltung der Vollmachtungkundgabe)、あるいはカナーリス (Canaris) のいう内部代理権の確証 (Bestärkung) に基づいて、HGB 56条同様、権利外観理論により意思表示法の錯誤取消しを排除する、厳格な履行責任を説得的に根拠づけることができるのである⁶⁴⁾。

ただこの厳格な履行責任を本人に負担させる理由については、カナーリスは、取引相手方が本人から上記の特別な通知を受けている場合には、もは

や本人に外部代理権を授与するよう求める動機 (Anlass) をもたないことに求めるが、この説明はおよそ適切でないであろう。なぜなら、むしろ通常はこのような取引相手方の動機的な要求を考慮することなく、あらかじめ本人自らが主体的に代理権授与形態を決定していると考えられるからである。すなわち本人は、代理人に対して授与するだけの単純な内部代理権、特別通知による特殊な内部代理権、外部代理権のいずれかを自由に選択することができるのである。本人が自らの取引上の可能性を高めたり拡大したりしようとするれば、自らの信用を取引相手方に得させて代理人との契約締結に前向きになってもらえるよう、特別通知あるいは外部代理権授与を選択して、この相手方に向かって直接表示しようとする。このように本人は商取引に対して自ら態度を積極化させたことの代償として、厳格な履行責任を負担することになるのである。この説明は、伝統的に代理人の介入を前提とした、商取引上最も重要な大量取引が行われる店舗販売における取引安全保護を規定した HGB 56条にもあてはまる。なぜならこの場合にも、本人は、単なる内部代理権授与にとどまらず、販売店舗の開設や店舗使用人の雇用を通してより強く注意を引く (exponieren sich) ことにより、自らの取引の活動範囲を拡大しているからである。このような本人の商取引活動の拡大ないし強化が、厳格な履行責任を負担させる (実質的) 理由となっているのである⁶⁵⁾。

以上でメルクトは、BGB の意思表示法、さらには BGB のみならず HGB の代理法がいかにして意思支配の優位と相手方保護の要請を比較衡量しているかについての考察を終える。

5 表示意識をめぐる意思表示論の現代的展開

その上でメルクトは、BGB がすでに4(1)で考察のとおり 116条、119条で意思自治と信頼保護を比較衡量する手がかりを示してはいるものの、意思主義と表示主義という基本原理の対立を一般的にどのように考えるかについて、その態度を必ずしも明確にしてこなかった点を指摘する。

そこで今一度、判例・学説がこの意思表示論争、なかでも意思表示の成立要件としての表示意識の有無に関する争いについてどのように考えているのかを分析する。

(1) 判例(とくに RG)は、長期にわたり支配的学説にその歩調を合わせて、若干修正されたいしは弱められた意思主義、つまり表意者が自己の行為により何かある内容の法律行為上の表示をすることを明確に認識していることを意思表示の成立要件とする表示意識必要説に従ってきた。戦後 BGH は、上記争いを長らく未解決のまま放置してきたが、1984年判決(BGHZ 91, 324)⁶⁶⁾に至り、いよいよこの学説上激しく争われてきた問題に対して自らの態度を明らかにせざるを得ない時が到来したと判断した。そしてこの判決において 結論のみすでに1(1)で先取りしたが 表示意識を欠いていても、表意者が必要な注意を尽くしていれば自己の表出(Äußerung)が意思表示と理解されることを認識しかつ回避することができたであろう、つまり表意者に自己の容態の意味についての帰責性がある場合には、意思表示は成立すると判示し、表示意識不要論たる帰責性説への転換を図った。このように表示への拘束は、私的自治の統合的要素(integrierender Bestandteil)たる表示相手方の信頼、法的安全性(Rechtssicherheit)の要請を考慮する自己責任(Selbstverantwortung)原理により、根拠づけられることになったのである。そしてこの自己責任と、私法上特徴的な自己決定の優位との調和を必然的に図るのが、錯誤による取消可能性にほかならない。つまり、表示意識が欠けていても、たしかに意思表示の解釈・成立レベルでは、信頼保護を理由に意思表示の存在自体は認められるが、意思自治にも配慮して、最終的にはその効力レベルで、表意者には錯誤取消の道が開かれているのである。上記 BGH 1984年判決は、その後の判決(BGHZ 109, 171)⁶⁷⁾で、黙示の意思表示についても支持されていて、現在に至るまで踏襲されている。学説上もしだいに判例の帰責性説が支配化していく⁶⁸⁾。

そしてこの判例が反対説、とりわけカナーリスの厳しい批判に晒さ

れていることを承知しつつも、メルクト自身は次のように反駁して判例の援護射撃に回る。

カナーリスは、表意者が自己の表示の規範設定 (Geltung) につき自由に選択できたことを理由に表示意識を不要とした判例の立場について、表示意識の問題を歪曲するに等しいと批判する。たしかにこの批判は、帰責性説は表示相手方の信頼を保護する考え方、表示意識必要説は表意者保護を志向する考え方という二者択一的構図が鮮明であれば受け入れられるかもしれない。しかしながら後説に立ちつつ、つまり表示意識の欠缺を理由に意思表示を不成立 (無効) としつつ、相手方を保護するために権利外観についての本人の帰責性 (zurechenbarer Rechtsschein) に基づき履行責任を認めるときは、むしろ前説の方が、意思表示の存在自体は認めつつもその錯誤取消しを許すため表意者保護につながる結果となる⁶⁹⁾。結局このような場合には、表意者保護を原則としつつ、権利外観原則によりこれに大幅な修正を加えることによって、結果的に前説よりも手厚い保護を相手方に与えてしまっているため、上記カナーリスの批判は相対化され必ずしも妥当しないといえよう⁷⁰⁾。

(2) そしてメルクトは、(1) で判例・学説上展開された意思表示論の現代的転換について次のような同調的コメントを寄せている。

意思表示論の現代的転換については、法律行為論が危機に瀕していて、時勢に遅れないよう法律行為上の拘束、つまり法律行為責任に他律的規範設定力 (heteronome Gestaltungskräfte) が影響を及ぼしている証拠であろうと評価する向きが増えている。しかしずっと以前から 上記評価をする者たちは疑問を呈するであろうが、法律行為責任は単なる自己決定行為によってではなく、その総合的要素 (kombinatorische Element) たる取引安全保護や信頼保護原則の影響を受けて生じていた。そして時代の変遷とともに、意思表示論に対する法の現実的挑戦は著しい発展を遂げた。すなわち非個人的大量接触 (unpersönliche Massenkontakten) と大量の情報提供 (massenhafte Informationsversorgung) を伴う現代的大量取引が

自発的に、純粋な意思支配 (Willensherrschaft) から客観化 (Objektivierung) へ、つまり意思主義から表示主義への移行を促すことで、新たな意思表示論として表示意識不要論たる帰責性説を登場させ、それに説得力を持たせ、成功へと導いたのである。大量商取引が集団組織化 (Komplexität) し匿名・無名化 (Anonymität) するに伴い、実際の意味は調整機能を持つもの (Regulativ) を必要とするようになったのである⁷¹⁾。

6 意思表示論の転換による法律行為説への回帰

そしていよいよ、このような意思表示論の再検討により確認された、表示意識の放棄と意思表示の客観的解釈という現代的転換が認容代理に及ぼすべき影響について、メルクトは考察を始める。

(1) 表示主義への移行に伴い、認容代理も再び ROHG, RG, 初期の BGH に立ち戻り黙示の代理権授与として法律行為的に構成されるようになれば、権利外観説では原則本人に禁じられていた錯誤取消しが、体系理論上当然かつ簡明に認められることになる。すなわち認容代理の法的構成について、意思表示論の現代的転換を受けて権利外観説から法律行為説へと回帰することで、本人の意思自治は弱められるのではなくむしろ逆に強められるという驚くべき派生的作用が起きることになる⁷²⁾。

それにもかかわらず、判例・学説がいまだ認容代理についてあらたに転換された意思表示論に基づいて再構成を十分行い切れていない現状について、メルクトは鋭く指摘する。

たとえば BGH は、1997年判決 (NJW 1997, 312) では、旧来の意思ドグマの支配した意思表示論を基礎にした上で、認容代理では「本人の意思表示あるいはそれと同視すべき意思活動 (Willensbetätigung) は必要ない」と判示している。またすでに1988年判決 (NJW 1988, 1199) で BGH は、認容代理の要件として単なる認容だけでは不十分であるとして法律行為説への接近こそ見せるが、必ずしも新たな意思表示論との整合性を意識しているとは考えられない。他方で学説においても、新たな意思表示論を支持

する者は多数いるが、これを認容代理の法的構成にまで反映させて法律行為説を支持する者はいえば、ごく少数で、しかもその法的根拠づけもおよそ不十分であったり、あまりに簡略化しすぎていたりするため、法律行為説には説得力がないのが実情である⁷³⁾。

(2) そこでメルクトは、新たな意思表示論の成果を十二分かつ具体的に認容代理の法的構成にまで生かして、法律行為説への回帰を目指す。

その際メルクトは、本人による代理行為の認容事例について二つのパターンを採り上げつつ、第二事例たる認容代理も含めて詳細な検討を加える。なお、考察対象たる認容事例においては、本人による代理行為の認識及びその阻止可能性を前提とした認容と、本人が代理行為を認識しつつも代理権授与には無関心(indifferent)であること、つまり代理権を授与する意識を欠くという内心の意思状態(innere Willenslage)を共通の前提として、検討は進められている⁷⁴⁾。

第一は、取引相手方が代理人としか関わりを持たなかった、つまり取引相手方は代理人から代理権者として行為することを伝えられているだけで、それ以外の者から代理権について知らされておらず、取引相手方自ら本人の認容という容態を認識していない　そもそも認容代理の要件すらみたしていない　事例である⁷⁵⁾。

この事例については、取引相手方が本人の認容に関する認識自体を欠いているため、外部代理権授与として構成することはできない⁷⁶⁾。なぜなら、たとえば代理人が繰り返し本人の便箋(Briefbögen)を使用していたという事実だけでは、取引相手方には、代理人が便箋を窃取したのか、本人の認容のもと使用しているのかという便箋使用に至った経緯が分からないからである⁷⁷⁾。

もっともこの事例については、本人の認容を取引相手方ではなく代理人の視点から客観的に解釈することにより、内部代理権授与を認定する、つまり法律行為的構成の余地は残されている。たしかにこの客観的解釈に対しては、次の批判的コメントがカナーリスから寄せられている。代理人は

通常、本人から決して代理権を授与されておらずただ自らの代理行為を黙認されているにすぎないということを知りうるので、代理人の視点から客観的に解釈しても、本人の認容という容態の中に代理権を授与するという意識があるとは考えられない、と。だがこれに対して、メルクトは次のように反駁する。カナーリスの批判は、表示意識を放棄する意思表示論の現代的転換によりもはや克服されている。その結果、本人による意識的(つまり行為意思を伴う)放置(bewusstes Gewährenlassen)がありさえすれば、内部代理権授与という意思表示の対外的要件それ自体はみだされているのである⁷⁸⁾。

第二は、取引相手方自ら、本人が代理行為の効果を反復的に引きつけてきたことを確認するなど、この本人の認容を認識していたいわゆる認容代理事例である。この相手方は、第一事例とは違い、自ら本人による代理行為の認容を知っているので、取引相手方の視点から、本人の認容を黙示の代理権授与行為と客観的に解釈することが許されるときは、外部代理権授与という法律行為の存在が認められることになる⁷⁹⁾。

このようにメルクトは、本人が代理行為を認容している事例を、さらにこの認容を代理人しか知らない場合と取引相手方自ら知っている場合いわゆる認容代理の二つに細分化した上で、前者の場合には黙示の内部代理権授与とした上で、後者の場合には外部代理権授与として有権代理的に構成しうることが、表示意識の放棄という意思表示論の現代的転換により可能となり、もはや権利外観説に頼る必要がなくなったことを明らかにしているのである。

7 権利外観説からの批判に対する反駁

つづいてメルクトは、法律行為説がすでに2(1)で見たとおり権利外観説から浴びている三つの主要な批判をそれぞれ認識・分析の上、法律行為説の立場から積極的反駁を試みる。

まず最初の批判⁸⁰⁾は、認容代理の客観的表示価値に関するもので

ある。つまり認容代理事例において、本人の認容が表示上客観的に意味するところは、そもそも代理権授与ではなく、代理権がすでに授与されたことを前提に今現在その代理権が存続しているという内容にすぎないのではないかという批判である。本人は、代理行為の認容を通じて、取引相手方に対して代理権授与の存在をただ宣言しているにすぎない。したがってこの相手方との関係で見れば、そもそも代理権授与という意思表示の客観的要件が欠けているはずであるというわけである⁸¹⁾。

この批判は、高度な法的知識と分析能力(Differenzierungsvermögen)を商取引に關与した法律の素人(Laien)に要求した点で、大胆な(mutig)評価決定によるものであるといえよう。しかし翻って考えてみれば、果たして典型的な素人(あるいは商人であっても)が、代理権授与と代理権授与通知、換言すれば設権的容態と宣言的容態は法律上峻別されていること、さらにそれを前提に認容は前者の代理権授与でなく後者の通知にほかならぬと解釈されることを承知しているであろうか。このような代理権授与とその通知という法的峻別が法理論的に見て必然的かつ実用的なものであるとするならば、この峻別を屁理屈(spitzfindig)とまでは思わないが、ただやはり法律の素人一般大衆(Laienpublikum)を外代理権授与の名宛人たる取引相手方の基本モデルと措定するかぎり、技巧的なもの(gekünstelt)と言わざるを得ないであろう。またそもそもBGBの起草者もその第一草案理由書(Motive)の中で、現実的理解(Lebensauffassung)と代理権授与者が意図したところに従えば、代理権授与通知は単なる代理権授与という事実の指摘にとどまらず推断的な代理権授与、つまり黙示の外代理権授与として理解されると考えていた。この事実から、すでに起草段階で、より実情に即した理解、つまり法律行為説に依拠していたことをうかがい知ることができる⁸²⁾。

第二は、認容代理事例が「外観法律要件の意識的作出」という点でBGB 171条、172条の権利外観責任事例と同じあるいはミュンヘナー注釈書でシュラムが指摘したように とにかくその延長線上にあって非

常に類似するという事実は、明らかに法律行為説ではなく権利外觀説に親和的であるという批判である⁸³⁾。

だがこの批判も、次に述べる BGB 171条、172条の内部代理権授与通知と認容代理との決定的違いを考慮に入れれば、かなり疑わしいように思われる。前者の通知事例では、本人が特別通知により意識的に取引相手方に向けて通知をしたこと、あるいは公衆に対して通知を公表したり、通知を具現化した代理権授与証書を交付したことが要件とされている。これら積極的行為を通じて、本人が自己の取引活動を拡大ないし強化したことを理由に、代理権授与効の承認、より厳密に言えばその取消可能性までも排除することが正当化されているのである。だがそれとは対照的に、後者の認容代理事例では、本人の積極的行動が見られず、BGB 171条、172条特有の要件である取引相手方ないし公衆に向けられた意識的 正確には、表示意識に準ずる通知意識を伴う 通知が欠けている。たしかにこの通知意識は、新たな意思表示論によれば表示意識の放棄に準じて不要という結論になりそうであるが、BGB 171条、172条の規定する通知は「意思表示ではなく準法律行為であり」、「意思表示との関係でいえば、それより量的に少ないもの (Minus) ではなく質的に異なるもの (Aliud) である」ことから、黙示の代理権授与とは違い、通知の取消可能性を排除する171条、172条では、通知意識が固有の主観的 (帰責) 要件とされているのである⁸⁴⁾。

第三は、認容代理事例では、外部代理権授与という意思表示に必要とされる特定の名宛人、つまり取引相手方に向けられた交付要件が欠けている、換言すれば、取引相手方が本人による代理行為の認容を決して自己に向けられた代理権授与、つまり外部代理権授与と考えることは許されないであろうという批判である⁸⁵⁾。

だがこの批判に対しても、次のような反駁が可能である。まず代理法自体が、店舗使用人の代理権に関する HGB 56条や、公告通知による内部代理権に関する BGB 171条 1項で、繰り返し意思表示の方向関連性 (Richtungs-

bezogenheit),つまりある特定の相手方に向けられているという要件を放棄して、しかもむしろこれらの規定を手がかりに、BGB 167条1項で明文上規定されていない⁸⁶⁾にもかかわらず、外部代理権についても公告による授与が可能であるとさえ一般に考えられている。さらに意思表示論が表示意識の放棄という現代的転換を迎えた以上、認容代理についても、この新たな意思表示論に基づいて再構成する必要がある。そしてこの理論によれば、誤った表示相手方に対してそもそも表示意識なしに意思表示してしまったトリーアワイン競売設例(Fall der Trierer Weinversteigerung)⁸⁷⁾が、方向関連性と表示意識を欠いているにもかかわらず、意思表示の成立を前提としてただ単に錯誤取消しという効力レベルの問題として処理されることになる以上、この設例を若干加重しただけの不特定人に対する無關心な、つまり代理権授与を意識していない意思表示としての認容代理事例についても、結果的に同様の解決・処理がなされるべきである⁸⁸⁾。

8 総括

最後にメルクトは、次のように総括して筆を置く。

認容代理は、黙示とはいえ外部代理権授与の法律要件に該当してはいるが、代理権を授与するという意識を欠いているので、この表示意識の欠缺を理由にBGB 119条の錯誤規定により取り消すことが可能となる。この認容代理とは対照的に、黙示の特別通知(BGB 171条, 172条)による内部代理権の場合は、本人が通知・告知意思(Mitteilungs- und Kundgabewillen)をもって、自己の取引活動を強化・拡大するために特別通知という積極的方法を主体的に選択し法取引に關与しているため、権利外觀理論に基づいて、意思表示法の錯誤取消し(119条)を排除する、厳格な履行責任が正当化されるということになる⁸⁹⁾。

メルクトの法律行為説に関する検討

ではメルクトが研究論文で提唱し具体的に展開した「法律行為説への回帰」について、彼の目的・問題意識にはじまりその主張をなるべく分かりやすく再現の上紹介するように心がけたつもりである。ここではその紹介を踏まえて簡単にではあるが、現在は法律行為説の主流派と目される戦後リニューアル型のフルーム説と随時対比しつつ、メルクト説の特徴・独自性・位置づけを整理しその法的意義・可能性を検討した上で、若干の問題点・課題を指摘しておきたい。

1 メルクト説の特徴・独自性・位置づけ

(1) ドイツでは最近に至るまで、代理理論ひいては法律行為論や権利外観理論までも視野に入れた重厚な表見代理研究が個別の研究論文にとどまらずモノグラフィーによりコンスタントに続けられているが、その対象は、帰責根拠への問題関心からか、認容代理よりもむしろそのほとんどが表見代理の外延ともいえるべき、過失を帰責要件とする外見代理を中心に行われてきたといっても過言ではあるまい。その理由としては、外見代理とは対照的に、意識的認容を帰責要件とする認容代理は、その法的構成が争われこそすれ、一般に商法のみならず民法上も承認されていて本人に履行責任を負担させることにおよそ異論がないためであると考えられる。それにもかかわらず、メルクトは、あえてその研究対象を認容代理にのみ限定した⁹⁰⁾上で、今なお権利外観説が支配的である中、法律行為説への回帰を主張しているのである。

メルクトがなぜ表見代理研究を認容代理に特化させたのか、その理由については、必ずしも定かでないが、察するところ次のように考えられる。認容代理は黙示の代理権授与という法律行為責任の範疇から現在一般に表見代理という権利外観責任の範疇に整序されるに至った、つまりその法的

構成については法律行為説に代わり権利外觀説が支配的となったが、その背景・原因については、メルクトは、2(1)で見たとおり、判例による認容代理の生成・発展過程の客観的分析から、ひとえに表示意識をめぐる意思表示論、つまり当時支配的であった表示意識必要説の必然的影響を受けたものであったと結論づけている。つまり表示意識必要説のもとでは、認容代理事例は、代理権を授与するという表示意識が欠けている以上、もはや黙示の代理権授与という法律行為責任の範疇に踏みとどまることに限界を来し、戦前旧来型の法律行為説は破綻せざるを得なくなったのである。しかし現在は表示意識不要論たる帰責性説への意思表示論の転換により、もはや表示意識必要説は克服されている。そうであるとすれば当然、この意思表示論の現代的展開が認容代理の法的構成にも影響を及ぼし、もとどおり認容代理を黙示の(外部)代理権授与という法律行為責任の範疇へ回帰させるはずである、と。このような法律行為説への回帰を根拠づけることを主眼としたために、おのずとメルクトは認容代理のみを研究対象として選択したと思われる。外見代理が今回メルクトの研究対象から除外されたのは、外見代理は判例により創造された当初から黙示の代理権授与という法律行為責任の範疇になく、むしろそれとは訣別した表見代理という権利外觀責任の範疇に整序されていたためであろう。

(2)ところでドイツにおいては、法律行為説が復調に向かいつつあるとはいえ、依然として、表示意識必要説に依拠したフルーム説をほとんどそのまま借用して支持するものが多く、必ずしも近時の判例・学説上見られた、表示意識必要説から不要論たる帰責性説への転換という意味表示論の現代的展開との整合性を意識しているものとは思われない。しかし本来、法律行為説は黙示の代理権授与という法律行為に基づく法的構成である以上、常に足元的意思表示論の展開には細心の注意を払っておくべきであり、しかも意思表示論がBGH 1984年判決を契機に上記のとおり表示意識不要論たる帰責性説へと転換した以上、速やかにこの現代的展開を認容代理の法的構成論にまで連動・反映させるのはむしろ当然のことであろう。それ

にもかかわらずこのことを、法律行為説ですら 1(3)で見たとおりパヴロフスキーやヴィーリンクを除けば 必ずしも自覚してこなかった疑いが強い。この現況に警鐘を鳴らし、意思表示論の現代的展開を反映させるという明確な目的・問題意識をもって、認容代理に特化した研究に取り組んだのが、まさに本稿で紹介したメルクト論文であり、非常に意欲的な待望の試みと評価しうる。現在は支配的な権利外観説にあっても、表見代理の一類型たる内部代理権授与通知と外部代理権授与との法的類似性を起点として、意思表示帰責論・準則を表見代理の帰責プロセスにまで持ち込もうとする有力な動きが見られること(いわゆる「法律行為説への(権利外観説の)接近」現象)に鑑みれば、法律行為説、権利外観説という学説の垣根をも越えて、メルクトのアプローチは参考に値すべきものといえよう。

そして上記意識のもと、メルクトの研究は、3以下で見たとおり、意思主義と表示主義という古典的な法律行為の基本原理論争にまで遡った上で、BGBの意思表示法による利益衡量・法的価値判断を探求し、さらには現代型大量取引の出現に伴う意思表示論の転換を直視して、法律行為への拘束、つまり法律行為責任の正当化根拠を再検討している。

このように 1(4)でもすでに指摘したが、メルクトは、従来のフルーメ流の法律行為説に見られがちな一方的かつ主観的評価ではなく、判例による認容代理の生成・発展経過と法律行為・意思表示論の展開に関する丹念な客観的分析に基づいて、今回紹介した論稿では 認容代理に限定した、法律行為説への回帰を主張しているのであり⁹¹⁾、一定の説得力を兼ね備えているといえよう。さらにその上で、本人が代理行為を認容する(認容代理を含む)類型的事例を採り上げて具体的に法律行為的構成の可能性を論証するとともに、権利外観説からの批判に対して積極的に反駁まで行っているのである。

(3) 次にメルクト自身は、2(1)を見る限り、法律行為説について必ずしも戦前旧来型とフルーメによる戦後リニューアル型、それぞれの

違いを踏まえた上で両者を明確に峻別するといったことはしておらず一緒に扱っているようにも見えるが、1(1)~(3)で見た法律行為説の変遷を踏まえてその内部におけるメルクト説の位置づけを分析してみると、メルクト説は、戦後フルーメにより再生を果たした、その流れを汲む法律行為説の系統にはないということが分かる。フルーメは、すでに1(2)で指摘したとおり、またメルクトも2(1)で紹介していたように、法律行為説のリニューアルに際して、観念の通知たる内部代理権授与と通知を資格証明行為たる外部代理権授与とする法律行為的構成(いわゆる「内部代理権授与と通知 外部代理権授与」という図式)を前提として、認容代理の有権代理化を目指していたわけであるが、この従前から批判の多かった特異な構成を、メルクトは採用しなかった。むしろメルクトは、表示意識必要説のもと黙示の代理権授与という法律行為責任の範疇から脱落せざるを得なかった認容代理を、表示意識不要論たる帰責性説への意思表示論の現代的転換を契機に、法律行為責任の範疇へ回帰させようと試みる。つまり、フルーメによる戦後リニューアル型の法律行為説をさらに発展させようとするのではなくあくまで戦前旧来型の法律行為説を復活させようという、ある意味いたってシンプルな主張をしているにすぎないのである⁹²⁾。

(4) さらに通常一般的に、認容代理に関する論争は、そもそも民法上の承認自体が問題となる外見代理とは異なって、権利外観説か、それとも法律行為説かという単なる法的構成レベルの違いにとどまるわけであるが、メルクトの法律行為説によれば、法律効果においても違いが生じることとなる。つまり認容代理は、表示意識の放棄と意思表示の客観的解釈という意思表示論の現代的展開を受けて、黙示の外部代理権授与として再び法律行為的に構成されるようになるわけであるが、メルクトは、6(2)で見たとおり、認容代理の場合、本人は代理行為を認識しているにすぎず代理権授与には通常無関心なため、そもそも代理権を授与する意識さえ持ち合わせていないとの前提に立って、その欠缺を理由に錯誤取消規定(BGB 119条)の適用を承認し、最終的には本人に履行責任ではなく、信頼利益の損

害賠償責任 (122条 1項) を負担させるにすぎないのである。このように認容代理における履行責任までも否認する点で、支配的な権利外観説はもとより法律行為説⁹³⁾との関係でも、メルクト説はかなり異色の存在といえよう⁹⁴⁾。

2 「法律行為説への回帰」の分析・評価

それでは、メルクトが唱える「法律行為説への回帰」は説得的であろうか。

認容代理が黙示の代理権授与という法律行為責任の範疇から表見代理という権利外観責任の範疇への所属変更を余儀なくされた原因がひとえに、メルクトの指摘したとおり、意思主義的な表示意識必要説の支配化によるものであったとするならば、もはや意思表示論が表示主義的な帰責性説への転換を果たした今、法律行為説への回帰という彼の主張は難なく受け入れられるであろう。だが事はそう単純ではなく、さきほどの原因はほかにもあったと考えられる。なかでも重要なのは、2(1) で見たとおり権利外観説から批判されることの多い、そもそも本人による代理行為の認容を外部代理権授与として解釈することができるのか、所詮は内部代理権授与の通知にすぎないのではないかという本人の容態の客観的表示価値に関する問題であろう⁹⁵⁾。この批判を看過できないことは、すでに1(1)や(2)で見たとおり、判例がすでに戦前から戦後にかけて法律行為説を断念するに至った経緯や、フルーメ自身が おそらく批判を覚悟の上で 法律行為説のリニューアルにあたり「内部代理権授与通知 外部代理権授与」というあえて余計とも思える特異な構成を前提としていたことから明らかである。

なるほどメルクト自身も、この批判を十二分に承知していたからこそ、最後に 7で反駁を試みていたわけであるが、必ずしも成功しているとは思われない。なぜなら、メルクトは、フルーメが「内部代理権授与通知 外部代理権授与」という構成を根拠づけたのと同様の理由、つまり「内部代理権授与通知は一般的にも、(起草段階の議論を参照すれば) 法律的に

も、単なる代理権授与という事実の指摘にとどまらず黙示の(外部)代理権授与と理解されうる」ことを、反駁として持ち出しているからである。メルクトによれば、4(2)で見たとおり、内部代理権授与と通知は、明らかにフルームとは違い、外部代理権授与という法律行為ではなく、権利外観理論に基づいて表見代理という代理法上独自の法的位置づけを与えられていた、つまり、錯誤取消しという意思表示の帰責準則を排除する取引安全保護制度として整序されていたはずである。それにもかかわらず、さきのフルームと同様の理由づけを持ち出してしまえば、メルクト自身も本意でないにせよ 本人の認容は表示価値としては黙示の内部代理権授与と通知であるということを暗に認めていると受け取られ誤解を招きかねない。そうすると、やはり法律行為説を主張するには、その前提としてフルームの「内部代理権授与と通知 外部代理権授与」という特異な構成を採用せざるを得ないということになるが、1(3)で前述したとおり、メルクトはこの構成を採らないばかりか、内部代理権授与と通知を権利外観理論に基づく表見代理制度として位置づけているわけであるから、ここで説明に窮することになる。むしろメルクトとしては、おそらく上記フルームと同様の根拠づけを持ち出すことで、ただ単に内部代理権授与と通知(ひいては認容代理)の中には実際に外部代理権授与が多数混在しているという事実を指摘したかったのではないかとも考えられる。ただかりにそうであるとしても、内部代理権授与と通知と外部代理権授与を権利外観理論による表見代理責任と代理権授与による法律行為責任に法律上明確に峻別している以上、メルクトは、その峻別基準を明らかにした上で、本人による代理行為の認容が内部代理権授与と通知ではなく黙示の外部代理権授与にあたることについて、より積極的に論証する必要があったはずである。とにかくメルクトは、なぜあえて認容代理を、錯誤取消しを排除する表見代理たる内部代理権授与と通知ではなく、実際は僅少であるとさえいわれる黙示の外部代理権授与として法律行為的に構成した上で、表示意識の欠缺を理由に錯誤取消しの対象としたのか、その理由について、十分な説明を尽くしているとは

言い難い。それどころかその説明いかんでは、実際には認容代理の大半が内部代理権授与通知による表見代理的構成の範疇へ流出してしまうおそれもあり、結果として支配的な権利外観説と同化してしまう可能性も否定できまい。ただそうなれば、法律行為説への回帰というメルクトの主張はもはや画餅でしかなかるう。

3 メルクト説の問題点・課題

最後にメルクトの法律行為説が独自に抱える問題点・課題としては、まず2で指摘したとおり、認容代理が黙示の外部代理権授与として法律行為的に構成されることをいかにして説得的に根拠づけられるかである。これが、メルクトの目指す「法律行為説への回帰」が実現するかどうかの試金石となることはいうまでもなかるう。

次にメルクトは、当該研究の対象外としたが通常は認容代理よりも議論されることの多い外見代理について、どのような法的構成を採用するのか、その立場を明らかにすることも迫られよう。メルクトによれば、認容代理は、取引相手方が本人による代理行為の認容を認識していることを前提として、取引相手方の視点からの客観的解釈により、黙示の外部代理権授与が認定されるため、法律行為説への回帰が主張されるわけである。そうすると、外見代理は、その前提となる「本人による代理行為の認容」すら欠いているため、そもそも取引相手方の視点からの客観的解釈によっても、

1(3)で見たように同じく意思表示論の現代的転換を踏まえて法律行為説を展開するパヴロフスキーやヴィーリンクとは異なり、黙示の外部代理権授与を認定することはできないということになりそうである。そのためメルクトが、外見代理については法律行為的構成を採用しないことは容易に推論される。

それでは、すでに同じく戦前旧来型の法律行為説を主張したヴェスターマンやハインリクスのように⁹⁶⁾、外見代理については権利外観理論による表見代理制度と位置づけて、代理取引の安全保護を、意思表示の現代的展

開に支えられた認容代理という黙示の外部代理権授与と権利外観理論に基づく表見代理制度との二本立てで志向するのであろうか。しかし 4(2)のとおり、メルクトは、少なくとも民法上規定された表見代理制度について通知意識を(主観的)帰責要件とすると考えていることから、本人が代理行為すら認識していない外見代理について、権利外観説を採用するとは考えにくい。おそらくは 2(2)の叙述や、最終的に認容代理の場合でさえ錯誤取消しを認めていたことからすると、メルクトは、そもそも有権代理の範疇にない外見代理について、契約締結上の過失規律(BGB 311条2項)により信頼利益の損害賠償責任を認めるのが関の山であろうか。ただもしそのような結論になれば、有権代理説はやはり取引敵対的理論であったという印象を持たれても仕方のないところであり、この点をどのように弁明するかも含めて、外見代理につきどのような法的構成でどのような内容の信頼保護を取引相手方に与えることができるのかが、今後メルクトに残された最大の検討課題といえよう。この説明がなされて初めて、メルクトが表見代理全般についてどのような法的構成を志向して代理取引の安全保護を標榜しようとしているのかもより鮮明になってくるはずである。

おわりに わが法への示唆

1 代理権授与を介した黙示の意思表示論による取引安全保護の可能性

まずメルクトの法律行為説の紹介・検討を通して、わが国においても代理取引の安全保護を考える際真っ先に、代理権授与を介した黙示の意思表示論の活用可能性、つまりわが国流にアレンジした「法律行為説への回帰」を検討する必要があることをあらためて認識させられた。

たしかにわが国では、外部代理権授与が一般に認められていないため、黙示の(内部)代理権授与による有権代理的構成のみに頼ってどこまで表見代理事例を実際に有権代理と認定してこちらに取り込めるかについては、

1(1)で見たとおり、戦前のドイツ判例が法律行為説に立ちつつ取引安全

保護の拡大のために有権代理的構成の基軸を内部代理権授与から外部代理権授与へと変更していたことに鑑みると、その実効性は疑わしかろう。しかしメルクトも 6(2) で指摘していたように、本人による無権代理行為の認容を代理人が認識していた場合には、内部代理権授与という意思表示の名宛人たる代理人の視点からの客観的解釈により、なおさら表示意識に関する議論の低調な かつて一時は意思主義の復権など有力に唱えられたものの、現在は表示主義圧倒的有利の わが国⁹⁷⁾ にあつては、ドイツよりもハードルが低いため、黙示の(内部)代理権授与を認定することはさほど困難であるとは思われない。それどころかすでに樁教授が「有権代理への繰り込み」を提唱されていたり⁹⁸⁾、判例が「黙示の代理権授与」を認定していたりする⁹⁹⁾ように、むしろこのような方法での「表見代理の一部有権代理化」という可能性は十分考えられるはずである¹⁰⁰⁾。また外部代理権授与を承認するドイツでさえ、しかも意思主義的な表示意識必要説を前提としたフルーメの法律行為説を継承するにもかかわらず、シルケンは実務上、黙示の外部代理権授与ではなくむしろ内部代理権授与の認定を通して表見代理事例が有権代理へ取り込まれる可能性を強く示唆している¹⁰¹⁾。表見代理は、そもそも有権代理が成立しない場合における代理取引の安全を保護する制度であるという一般に前提とされている理解に立てば、その取引安全保護を初めから表見代理制度へ丸投げする、わが国の偏向的依存体質は、表見代理の肥大化を助長するとともに表見代理の本質をも曖昧にする危険性を孕んでいることに留意しておかねばなるまい。それよりもまず先に、(内部)代理権授与を介した黙示の意思表示論の積極・有効活用による取引安全保護を念頭に置いて、各事案の事実関係を子細に調査・分析した上で、黙示の(内部)代理権授与という認定により有権代理的に構成することができないかどうか、その可能性と限界を慎重に検討すべきであろう。法律行為・意思表示論も、ドイツではメルクトが分析していたとおり、取引安全保護という時代要請に適った現代的転換を余儀なくされていることに鑑みれば、自ずとそれに合わせて、有権代理的構

成による取引安全保護の射程も延びているはずである。まずはわが国においても、法律行為・意思表示論の現況を正確に把握しその趨勢を見極めることが求められよう。その上で、現在のわが国における表見代理の肥大化傾向を憂慮しつつ、代理取引の安全保護について表見代理的構成に即一任するのではなく、有権代理から順番に、可能な限り有権代理的構成への割り振りも視野に入れて実現していくべきではあるまいか¹⁰²⁾。

2 法律行為説導入の困難性と可能性

次に、メルクトが提唱した、黙示の内部代理権授与ではなく外部代理権授与に依拠した法律行為説への回帰については、外部代理権授与を承認するドイツでさえ、²で考察したとおり、メルクト自身が必ずしも説得的な根拠づけを行うことができなかったことから、その道程が険しいことは容易に想像される。やはり法律行為説は、フルーメが首唱するように「内部代理権授与通知 外部代理権授与」という構成のもとリニューアルを行わない限り、成り立ち得ないのであろうか。しかしながらその構成も、権利外観説からの激しい批判に晒されているとおり、きわめて特異なものである以上、この批判をうまくかわすことができない限り 実際 ¹⁽³⁾で見たように必ずしもヴィーリンクも成功してはいなかったわけだが、フルーメの法律行為説もまた成り立ち得ないはずである¹⁰³⁾。ましてやわが国にあっては、そもそも外部代理権授与自体が一般に認められていないことが隘路となって、メルクトはもとよりフルーメの法律行為説の並行輸入も困難を窮めるといふほかなさそうである。

たしかに代理権授与通知という行為により、本人は、少なくとも代理権欠缺の危険を引き受ける、いわば「担保引受(保証)」という消極的な意思を表明したものと考えerことはできようが、フルーメ流の法律行為説が主張するように、さらに自己に代理行為の効果を帰属させる、いわば「代理効果引受」という積極的な意思まであったかどうかは問題であろう。この点、メルクトは ⁴⁽²⁾で、本人が内部代理権授与通知を行う理由につ

いて、代理取引の促進に向けて自ら主体的に取引可能性を拡大・向上させるためであると説明していたが、このような本人側からの説明を前提にして考えてみると、もっともメルクト自身はすでに 1(3)で指摘したとおり「内部代理権授与通知 外部代理権授与」という構成を不採用のためそのように考えることはないだろうが、代理権授与通知は、たしかに外部代理権授与そのものではないにせよ、それに準じた、先行して授与された(内部)代理権を引き続き 取引相手方に消滅したとの通知を行うまでは 存続させるといったたぐいの代理効果引受意思を表明する積極的行為なのではないかとの、漠然とはあるが、印象を抱かせないわけではない。また現在ドイツのみならずわが国においても、意思表示における「(効果)意思 (Erfolgs)Wille」と観念通知(代理権授与通知を含む)における「効果意識 (Bewußtsein der Rechtsfolgen)」との類似性を契機として、観念通知への意思表示規定の類推適用を認める学説が優勢となっているが、この類似性を強調するほど「それらの限界がはっきりせず、この準法律行為概念自体の意義が薄れてくる。なぜならば、この概念自体、ドイツの学説が、『意思』の範疇から漏れ落ちたものに対して与えた概念といえるからである。いわば『意思』概念が準法律行為概念を生み出したといえよう。そうであるのに、『意思』と『意識』の類似性を強調すると、『意思』を『民法典ノ意義ニ於テノ意思トハ頗ル広キ精神作用ヲ指ス』として『効果意識』をもその中に含ませることになり、準法律行為概念は『意思表示観念ヲ不当ニ狭義ニ解スルヨリ生ジタル贅物』となるのは必然であろう¹⁰⁴⁾。このような準法律行為たる代理権授与通知の再考を前提とした有権代理説の秘めたる可能性については、さらなる検討が必要とされよう¹⁰⁵⁾。

そして検討の結果、もしかりにシルケンがシュタウディンガー注釈書の2004年最新の改訂版で「いずれの表示も、代理権をそういったものとして認めるといふ (die Vollmacht als solche gelten zu lassen) 意思を認識させるがゆえに」、むしろあくまで観念通知と意思表示という概念法学的分類

に固執して「内部代理権授与通知と外部代理権授与を峻別する(支配的な権利外観説の)方が技巧のかつ実体からかけ離れている」と反駁する¹⁰⁶⁾ように、代理権授与通知には代理効果引受意思まで含まれているとするならば、有権代理説もにわかに現実味を帯びてこよう。ただとにかくわが国では、繰り返しになるが ドイツの一部学説によれば取引安全保護の基本モデルとさえいわれる 外部代理権授与は一般に承認されていないため、外部代理権授与に依拠したメルクトによる法律行為説への回帰という主張や、内部代理権授与通知を外部代理権授与に吸収させるフルーメ流のアプローチ(いわゆる「内部代理権授与通知 外部代理権授与」)は非現実的であるといわざるを得ない。それよりもむしろ逆に、わが国流にアレンジを加えて ドイツでも一般におよそ理論上でしかあり得ないとも評される 外部代理権授与を内部代理権授与通知の方へと吸収させる方向(いわゆる「外部代理権授与 内部代理権授与通知」)で、最終的には代理権授与通知に一本化した上でこれを基軸にする構成の方が、可能性としては考えられよう¹⁰⁷⁾。

3 表見代理の法的構成における代理権授与通知の役割

そこでドイツ、わが国における表見代理の法的構成・根拠を考えるにあたって架橋となるべき存在は、やはり筆者が十年来注目し続けてきた¹⁰⁸⁾

万が一有権代理説を採用することになるにせよ (内部)代理権授与通知ということになるのではなかろうか。なぜならドイツにあっては、内部代理権授与通知が、フルーメ流の法律行為説では外部代理権授与と代理法上同視・同置されて表見代理の有権代理化にあたって重要な役割を果たしてきた一方、支配的な権利外観説でも、内部代理権授与通知を規定したBGB 171条、172条が表見代理の最も重要な実定法的根拠であると考えられているからである。さらに昨今の表見代理の錯誤取消しに関する興味深い議論も、この内部代理権授与通知を起点に、それと意思表示たる外部代理権授与との法的類似性に基づいて展開されている。翻ってわが国でも、

表見代理制度を民法上規定した三か条のうち、最初の条文である109条が、BGB 171条、172条の前身たる規定、つまり外部代理権授与と内部代理権授与通知をあわせて規定していた BGB 第一草案に倣って代理権授与通知を規定しているとともに、次に続く民法110条の越権代理規定についても、立法者は委任状未回収事例を想定していたり、最近の代理法研究をリードされてきた佐久間教授も、表示使者たる代理人を介した代理権授与通知としての表示責任的構成を提唱されていたりする¹⁰⁹⁾。またかりにわが国で有権代理説が成り立ちうるとしても、その具体的構成は外部代理権授与ではなくおそらく代理権授与通知を基軸として展開されるであろうことは、すでに2で指摘したとおりである。そして最後に何よりも、これは日独両国に共通していえることだが、当該本人の容態は、多くの場合は代理権それ自体を授与するものではなくて、代理権授与の存在を示唆するものでしかないという表示の客観的価値にかかわる問題であろう¹¹⁰⁾。

この意味においても、メルクトの研究は示唆に富むものを含んでいるといえよう。たしかにメルクト自身は、もっぱら戦前旧来型の黙示の外部代理権授与を活用した、法律行為説への回帰を提唱しているため、彼によれば、内部代理権授与通知は、フルーメ流の法律行為説とは異なり、必ずしも表見代理の有権代理化にあたって重要な役割を果たしているわけではない。しかしながら、私的自治と信頼保護の関係について、意思表示法がどのように考えているかに強い関心を寄せていることとの関連で、メルクトは、4(2)で見たとおり、代理法がどのように考えているか、とりわけ彼によればフルーメ流の法律行為説とは異なり表見代理に整序される内部代理権授与通知についても詳細な比較検討を行っているからである。

具体的には、意思表示法における私的自治と信頼保護の関係と、代理法におけるそれとは異なっていて、意思表示法は私的自治のみならず信頼保護もあくまで内部の問題として処理する、つまり表示意識が欠けていても代理権授与という意思表示の成立を前提として、本人に錯誤取消しを認め

た上で最終的には信頼利益の損害賠償責任を負担させるのに対して、代理法は信頼保護を法律行為たる代理権授与の外部に位置する、権利外観理論に基づく表見代理制度(たる内部代理権授与と通知)に委ねている、つまり代理取引の安全保護のために権利外観理論に基づいて錯誤取消しを排除する履行責任を本人に負担させるという分析はとくに興味深い。なぜなら、むしろ最近のドイツでは、法律行為説にとどまらず支配的な権利外観説においても、すでに1(4)などで指摘したとおり、表見代理の一類型たる内部代理権授与と通知と意思表示たる外部代理権授与との法的類似性に着目して、表見代理への意思表示帰責論・準則の持込みを承認する見解が急増してきているからである。そのような中、メルクトは、あえてたしかにフルームとは違うが法律行為説に立ちながらも、権利外観説以上によりそれらしく、錯誤取消規定の類推適用を受けないという内部代理権授与と通知の(表見代理としての)存在意義・独自性を承認しようとしているからである。その上で意思表示論としては、表示意識を不要とする帰責性説への現代的転換を支持するにもかかわらず、あえてBGB 171条、172条については、上記の内部代理権授与と通知の存在意義・独自性から、通知意識は固有の(主観的)帰責要件であると結論づけているのである。

またそれと同時に、上記錯誤取消しの排除・遮断を実質的に根拠づける理由として、従来から主張されていた内部代理権授与と通知の明白性ないし特別形成又は確証に加えて、メルクトは、「本人が、取引相手方を安心させるために、自ら内部代理権授与と通知という積極的な行為により、自己の取引可能性を拡大させないし高めた」という主体性・積極性を挙げている点も有意義であろう。なぜならわが国では、民法109条の代理権授与と通知について、権利外観理論に基づく取引安全保護制度であるという理由を強調して錯誤無効規定の類推適用を否認するかと思いきや、通知者たる本人に生じる「履行責任」という法律効果の重要性に重きを置いて、その類推適用を一般に承認しているからである¹¹¹⁾。

4 表見代理論の展望

最後に、わが国においても表見代理の法的構成・解釈論を今後具体的に展開するにあたっては、制度横断的な説明理論たる古典的権利外觀理論やその背後にある不明確な衡平原理による利益衡量論に拘泥するのではなく、メルクトも重視していたとおり、まずは法律行為・意思表示論との理論的関連性や意思表示法の信頼保護規定との体系的関連性も意識しつつ、民商法上の表見代理制度の実質的価値判断を慎重に探求しその法的構成・帰責プロセスを分析すべきであろう。ただその際注意すべきは、メルクトが5(2)で表示主義の要請された原因・背景を現代的大量取引という商事需要に求めていたことに鑑みれば、もっとも彼自身はこの指摘した事実から商法のみならず民法上も表示主義的な帰責性説を正当化しているのであるが、表見代理についてもその事実をまったく無視して権利外觀理論から強引に一般抽象論を展開してはならず、ドイツにおけるエルトマン研究を転換点とした実定法規定に即した個別的解釈論重視という権利外觀理論の発展的歩み¹¹²⁾や、民法と商法とではそれぞれ取引安全保護の要請度合いが基本的に異なることを踏まえて、あくまでもその峻別を前提とした上で、まずはそれぞれの角度から、わが国における表見代理法の独自の形成・発展を整理・分析してみる必要があるのではなからうか。

たしかに一般論として民商法の峻別を強く意識した表見代理の二元的構成を志向すると、おのずと民法からのアプローチでは、表見代理の帰責性を緩和して取引安全保護の拡大を図ってきた従来の大勢は少なからず制限的見直しを余儀なくされ、判例・学説が表見代理の解釈論を発展させてきた、その努力・成果を無視・否定するものではないかとの懸念を抱かせるかもしれない。しかし民法上は本来一回限りの特定の代理行為を想定した個別代理権 (Spezialvollmacht) が基本であり、また表見代理の成否の判断に最近慎重な判例の傾向からも、必ずしも今日民法上一般に表見代理の拡大が要請されているとは考えられないことからすれば、むしろ制限的見直しは基本的に当然かつ妥当な方向性ではなからうか¹¹³⁾。ちなみにシュ

タウディンガー注釈書のシルケンによれば、ドイツでは、商取引を除いて一般に民法上 表見代理の外延たる 外見代理を承認しないとする学説(いわゆる外見代理否認説)について、1995年の第13版では「肉迫している(vordringend)」との評価にとどまっていた¹¹⁴⁾が、そのおよそ十年後、2004年の最新改訂版では「普及している(verbreitet)」と書き改められている¹¹⁵⁾。この評価変更は、ドイツではもはや今日、民法一般レベルでは表見代理による取引安全保護の拡大は必ずしも要請されていないという認識がむしろ一般的になったことを示すものであり、筆者にとっては心強い限りである。

翻ってわが国では、独仏両法典を混合継受した民法109条、110条、112条が表見代理として統一的に理解されるようになって以来、その独自の解釈論の発展過程を辿っていくと、判例・学説による110条の拡大解釈・適用はもっぱら商事代理取引の安全保護要請と密接に関連して行われてきたのではないかとの印象を強く抱かせる。すなわちドイツのみならずわが国でも、企業組織の労働分業化・大規模化・高度専門化に伴い、商法は、いわゆる表見番頭・手代規定を欠くなど商業使用人の代理権に関する取引安全保護規定を完備していないとともに、その類推適用にも消極的であったという特殊な事情から、一般法である民法の表見代理、とくに包括的な民法110条にその拡大解釈・適用を通して取引安全保護を図るよう応援要請せざるを得なかったのではなからうか。この点については、代理取引の実態調査を十分行った上で、とくに 従来必ずしも明確に意識されてはこなかったが 労働分業化・大規模化・高度専門化に伴い代理制度を回復・継続的に利用する企業組織内部における複雑かつ不透明な権限分配からの代理取引の安全保護という商法の角度から民法110条の拡大判例を今一度網羅的に洗い出し精査し直す必要があるのではなからうか¹¹⁶⁾。その際、これまで筆者が行ってきたドイツ法との比較法的研究を踏まえると、次の四つ、つまり、商人が何らかの代理権の存在をうかがわせる組織的名称や地位を商業使用人に付与していたこと、この名称や地位を悪用して使

用人が無権代理行為を一定期間反復・継続的に行ったこと、これにより取引相手方が特定の代理権の存在を確信するに至ったこと、この事実を(本人たる)商人が認識しかつ阻止することができたにもかかわらず、放置してきたことが重要な意味を持つように思われる。そしてこの商法上のアプローチの延長として、民法上も例外的に、弁護士事務所や病院など商人類似の組織内部の代理関係、さらには組織でなくても個人の家政における主人と家事使用人といった「代理制度が反復・継続的に利用される」関係について、表見代理の帰責性を緩和して取引安全保護を拡大する必要があるかどうかを検討してみるべきではなかろうか。このように、筆者に残された課題はなおも山積みである。

- 1) ドイツにおける代理権授与については、BGB 167条 1項が、次の条文訳から分かるとおり、二つの単独行為形態を規定している。なお、以下本稿における BGB の意思表示法及び代理法の条文訳にあたっては随時、筆者の所属するドイツ法律行為論研究会(代表: 右近健男教授, 研究会 HP: http://www.geocities.jp/drgl_kyoto/)での仮条文訳及び議論を参考にさせていただいている。

第167条【代理権の授与】第1項

代理権の授与は、代理人となるべき者又は代理行為のなされるべき第三者に対する意思表示によって行う。

この条文でいう、代理人に対する意思表示による前者が本文の内部代理権授与であり、取引相手方に対する意思表示による後者が本文の外部代理権授与である(またこれら二つの形態以外にも解釈論上、公告による代理権授与が認められている)。

- 2) このような表示意識 表示意思 (Erklärungswille) あるいは法的拘束意思 (Rechtsbindungswille) と呼ばれることもある をめぐる意思表示論争については、あくまで伝統ある意思主義に固執して意思表示の成立に表示意識を必要とする学説(以下、表示意識必要説と略称する)とあらたに表示主義を標榜してこれを不要とする学説(以下、表示意識不要説と略称する)が、激しく対立してきた(なお 2(1), 5(1) で後述するとおり、メルクトによれば、かつては前説が支配的であったと説明されている)。しかし1984年、判例(BGHZ 91, 324)が後説を採用することを明言したことで、学説上も後説が支配的の見解となった(1(1), 詳しくは 5(1) 参照)ものの、前説も依然根強く主張されていて(詳しくは、佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」岡法46巻3・4号(1997年)915頁以下参照)、現在もこの論争は、最も難解かつ理論上最も関心を引く問題と評されている(Jens Petersen, Der Tatbestand der Willenserklärung, Jura 2006, S. 180)。
- 3) 拙著『戦後ドイツの表見代理法理』(2003年, 成文堂)27頁以下, 46頁以下。
- 4) 詳細については、喜多祐『外観優越の法理』(1976年, 千倉書房)189頁以下, 多田利隆『信頼保護における帰責の理論』(1996年, 信山社)83頁以下参照。Vgl. auch Wolfgang

Selter, Die Entstehung und Entwicklung des Rechtsscheinsprinzips im deutschen Zivilrecht (2006), S. 17ff.

- 5) 参考までに、本文で挙げた 一般に法定の権利外観責任 (gesetzliche Rechts-scheinhaltung) と考えられている 表見代理規定の各条文訳を掲げておく。

• BGB

第170条【代理権の存続期間】

代理権が第三者に対する意思表示によって授与されたときは、代理権授与者がその第三者に対して代理権の消滅を通知する時まで、代理権は、この第三者に対してその効力を有する。

第171条【表明の場合の存続期間】

1 第三者に対する特別通知又は公告によって他人に代理権を授与したことを表明したときは、その他人はその表明に基づき、前者の場合はその第三者に対して、後者の場合はすべての第三者に対して代理権を有する。

2 代理権は、表明と同一の方法でその表明が撤回される時まで存続する。

第172条【代理権授与と証書】

1 代理権授与者が代理人にその授与証書を交付し、代理人がそれを第三者に呈示するときは、代理権授与者による代理権授与の特別通知の場合と同様とする。

2 代理権は、その授与証書が代理権授与者に返還される時又はその失効が宣言される時まで存続する。

第173条【消滅の認識】

第170条、第171条第2項及び第172条第2項の規定は、第三者が法律行為の締結時に代理権の消滅を知り、又は知るべきであったときは、適用しない。

• HGB

第56条【物品販売店の使用人】

店舗又は公開の商品販売所において雇用される者は、その種の店舗又は商品販売所において通常行われる販売及び受領について権限を有するものとみなす。

- 6) 外見代理については便宜上、後掲注8)において、判例による表見代理法理として一括りにした上で比較対照しながら説明した方が分かりやすいので、そちらをご参照いただきたい。

- 7) 第二次世界大戦終結まで(以下、戦前と略する)の法状況については、2(1)にメルクトによるごく簡単な紹介があるが、詳しくは、川村フク子「ドイツにおける表見代理理論(一)(二完) Duldungsvollmacht と Anscheinsvollmacht について」民商57巻6号(1968年)869頁以下、民商58巻3号(同年)353頁以下参照(なお拙著・前掲注3)42頁注(12)も参照) Vgl. auch Peter Bader, Duldung- und Anscheinsvollmacht Zur Entwicklung in der Rechtsprechung der Zivilgerichte und zur dogmatischen Einordnung (1978), S. 9ff., S. 90ff.; Historisch-kritischer/Schmoekkel, Kommentar zum BGB (2003), § 164-181 Rz. 20ff.

- 8) 認容代理と(前掲注6)でその説明を留保した)外見代理という判例法理について、双方の定義・具体例とその比較表を掲げて整理しておく。なお認容代理の概要については、2(1)参照。外見代理も含めて判例法理の詳細については、拙著・前掲注3)16頁以下、55頁

以下参照。

• 認容代理の定義・具体例

[定義] 無権代理行為が一定の頻度又は継続性を有し (= 取引相手方の客観的信頼保護要件「代理権の外観」), 本人はこの無権代理行為を認識し, かつ認容している, つまりこの代理行為を認識した上で, これを阻止することができたにもかかわらず阻止しなかったが, 代理権を授与する意思までは有しておらず (= 本人の帰責要件「意識的認容」), 取引相手方が, この本人の認容及び無権代理行為から, 代理人は本人から代理権を授与されていると考えることが信義則上取引慣習を考慮して許される (= 取引相手方の主観的信頼保護要件「善意・無過失」) 場合

[具体例] Aはかねてから, BがAの代理人と称してCから日用品を購入していた事実を知っていたが, Bとは友人関係にあるとともに少額の取引であったことから, 代金を支払ってきた。しかしそれを奇貨として, Bがしだいにその取引をエスカレートさせたため, Aは, 今回の取引が無権代理であることをCに主張し, 代金の支払いを拒絶した。

• 外見代理の定義・具体例

[定義] 無権代理行為が一定の頻度又は継続性を有し (= 取引相手方の客観的信頼保護要件「代理権の外観」), 本人はこの無権代理行為を認識してはいなかったが, 取引上要求される注意義務を尽くせば認識し, かつ阻止することができ (= 本人の帰責要件「過失 (= 認識・阻止可能性)」), 取引相手方が, この無権代理行為から, 代理人は本人から代理権を授与されていると考えることが信義則上取引慣習を考慮して許される (= 取引相手方の主観的信頼保護要件「善意・無過失」) 場合

[具体例] 弁護士Aは, 経理事務の担当職員としてBを雇用したが, 個人事務所という事情から事実上, Bに事務所印や書類の管理なども任せていた。これを奇貨としてBは, Aの代理人と称してCから事務用品などを頻繁に購入し, それを横流ししていた。この事実Aはまったく気づかず, 今回はじめて直接Cから代金の支払請求を受けて知った。Aは, 今回の取引についてCに無権代理を主張して, 代金の支払いを拒絶した。

• 比較表

根拠・要件・効果	類 型	認 容 代 理	外 見 代 理
法的根拠		権利外観理論, BGB 242条の信義則	
客観的 信頼保護要件		無権代理行為の反復・継続性 (代理権の外観)	
主観的		取引相手方の善意・無過失	
帰責要件		本人の意識的認容	本人の過失 (= 認識・阻止可能性)
法律効果		本人への無権代理行為の効果帰属 (履行責任)	

参考までに BGB 242条の条文訳を掲げておく。

第242条【信義誠実に従った給付】

債務者は、取引慣行を考慮し信義誠実に要求されるところに従って給付する義務を負う。

- 9) 詳細については、拙著・前掲注3)55頁以下参照。
- 10) 判例・学説状況の概要については、拙稿「戦後ドイツの表見代理論 わが国における法的構成の再考に備えて」私法68号(2006年)153頁以下参照。詳しくは、拙著・前掲注3)16頁以下、86頁以下参照。
- 11) フルームは、表示意識不要説を原則としつつも、本文のように、黙示の意思表示の場合に限り表示意識を要求する点が特徴的である。その理由は、黙示の「意思表示の場合は、明示の意思表示に比して信頼価値に乏しく、これを信頼した者の保護はそれほど必要がない」からであるとされている(佐久間・前掲注2)921頁)。このようなフルーム独自の、明示の意思表示と黙示のそれとで表示意識の要否を峻別する考え方に対しては、たとえば「黙示の意思表示についても、(表示意識ではなく)、明示の(意思表示の)場合と同じ明白性の度合い(Deutlichkeitsgrad)を要求すれば、(たとえ表意者に表示意識がなくても、明示の意思表示の場合と同程度の明白性が存在する以上は、やはりこれを信頼した)表示相手方を保護すべきである」という批判(Ulf Werba, Die Willenserklärung ohne Willen (2005), S. 70)がなされている。同じく批判的論評を加えるものとして、佐久間・前掲注2)921頁、同『代理取引の保護法理』(2001年、有斐閣)220頁。

それよりも後述 5(2)の、現代的大量取引が表示主義への移行を促したというメルクトの分析・評価を鵜呑みにするならば、これはおそらく企業絡みの商取引が中心になるものと思われるから、むしろ民法上は従来どおり表示意識必要説だが、商法上は不要説という峻別の発想 もっともメルクトはそのようには考えていないようだが の方が、上記フルームのそれよりも現実味があるかもしれない。

- 12) その結果、フルームの法律行為説によれば、本人の過失を帰責要件とする外見代理については、その法律効果たる履行責任を否定した上で、 認容代理・外見代理と同じく裁判官法として継続的に形成されてきた 契約締結上の過失(culpa in contrahendo)責任として再構成し信頼利益の損害賠償責任を認めるにとどまる(拙著・前掲注3)57頁)。もっとも、現在は2001年の債務法現代化による契約締結上の過失法理の制定法化を受けて、外見代理は、BGB 311条2項の「契約締結前段階の過失(vorvertragliches Verschulden)」事例として処理されることになる(vgl. Schulze/Dörner, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl. (2007), §§ 170-173 Rz. 9)。

なお参考までに BGB 311条2項の条文訳を、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(2003年、信山社)460頁から引用の上、掲げさせていただく。

第311条【法律行為上の及び法律行為に類似した債務関係】第2項

241条2項の義務を伴った債務関係は、

- 1 契約商議の開始、
- 2 それによって一当事者が法律行為的な関係において相手方にその権利、利益及び利益への作用の可能性を与え、または彼にこれを委ねる、契約の勧誘、または、

3 それに類似した法律行為的な接触, によっても発生する。

- 13) 拙著・前掲注3)58頁以下。
- 14) 詳しくは, 拙著・前掲注3)87頁以下参照。
- 15) 詳細については, 拙著・前掲注3)125頁以下参照。シルケンは, 最新の改訂版 (2004年) でも, 依然としてフルーメの法律行為説を基本的に支持している (Staudinger/Schilken, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2004, § 167 Rz. 29ff.)。なおディルビャーの見解については, 拙著・前掲注3)95頁以下参照。
- 16) 詳細については, 拙著・前掲注3)127頁以下参照。
- 17) つまりヴィーリンクは, 内部代理権授与通知について, この通知が意思表示たりうるかという概念法学的問題よりも, この通知が取引相手方にとってみれば外部代理権授与と同様に信頼に値する表示であるという確たる事実を踏まえて, この通知を外部代理権授与と同じように扱うべきであると考えていた立法者の法的価値判断の方を重視しているのである (拙著・前掲注3)133頁)。
- 18) 詳細については, 拙著・前掲注3)132頁以下参照。
- 19) ただし法律効果の点では, たしかに表見代理の全面的な有権代理化に成功したとはいえ, 過失を帰責要件とする外見代理は, 最終的には表示意識の欠缺を理由に錯誤取消し (BGB 119条) の対象となるため, 履行責任ではなく信頼利益の損害賠償責任に縮減される (122条1項) ことになり (拙著・前掲注3)130頁), フルーメ及び継承説と変わらなくなることには注意を要する。違いは, 契約締結上の過失責任 (現在は BGB 311条2項に明文化されている, 前掲注12)参照) によるか122条1項によるか, その法律構成いかんということになろう (拙著・前掲注3)152頁以下)。上記「『外見代理 = 有権代理』 表示意識の欠缺を理由とする本人による錯誤取消し 信頼利益の損害賠償責任」という解決については, おそらく評価は分かれるところであり, 当然, せつかく外見代理の有権代理的構成に到達しておきながら最終的には錯誤取消しにより信頼保護 (Vertrauensschutz) を (いわゆる「積極的な法律行為的效果から消極的な損害賠償の効果へ」) 弱めてしまうことについては, 批判も予想される。だがこの点, むしろヴェルバは, この解決こそが「唯一, 決して欲しなかった表示に拘束されることはないという私的自治原則を正当に評価するものである」として積極的評価を与えている (U. Werba, a.a.O. (Fn. 11), S. 162)。

もっとも外見代理の行き着く先は, 信頼利益の損害賠償責任であり同じであっても, 裁判実務上は, 上記法律構成の違い, つまり「『外見代理 = 狭義の無権代理』 取引相手方による契約締結上の過失責任の追及」か, 「『外見代理 = 有権代理』 表示意識の欠缺を理由とする本人による錯誤取消し」は大きな意味を持つものと思われる。なぜなら, 上記有権代理化の全面的成功により, 外見代理までもが無権代理ではなく, 黙示の外部代理権授与という法律行為的構成により有権代理の範疇に属することで, 契約締結上の過失責任に依拠していた場合は異なり, 取引相手方にとって証明責任の点でかなり妙味があるからである。すなわち, 本人が遅滞なく表示意識の欠缺を理由に錯誤取消しを主張した (BGB 121条1項1文) ことを前提とした上で, さらに本人側がその欠缺を証明しない限り, 錯誤取消しは認められず, その証明に失敗したときは, 履行責任を負わざるを得ないこととなるからである。もっとも逆に, 本人が客観的解釈により認定された黙示の外部代理権授

与に拘束されるか、これを表示意識の欠缺を理由に取り消して信頼利益の損害賠償責任のみを負担するかについて選択できるという点では、本人の有利に働くこともある(U. Werba, aa.O. (Fn. 11), S. 162. すでに同旨の見解として、ヴェーリングが挙げられるが、詳しくは拙著・前掲注3)134頁以下参照)。

なお参考までに BGB 119条, 121条 1項 1文, 122条 1項の各条文訳を掲げておく。

第119条【錯誤による取消可能性】

- 1 意思表示をする時にその内容について錯誤に陥った、又はその内容の表示をまったくする意思のなかった者が、事情を知り、かつ、その事情を合理的に判断すれば表示をしなかったと認められるべきときは、その表示を取り消すことができる。
- 2 取引上重要と認められる人又は物の属性に関する錯誤も、表示内容の錯誤とみなす。

第121条【取消期間】第1項第1文

第119条及び第120条の場合において、取消しは、取消権者が取消原因を知った後、責めに帰すべき遅滞なしにしなければならない。

第122条【賠償義務】第1項

意思表示が第118条により無効であり、又は第119条, 第120条により取り消された場合には、表意者は、表示を相手方に対してすべきであったときはその相手方に、その他のときは第三者に、相手方又は第三者が意思表示の有効であることを信じたことにより受けた損害を賠償しなければならない、ただし、相手方又は第三者が意思表示の有効であることにより得る利益の額を超えてはならない。

- 20) 拙著・前掲注3)98頁以下, 197頁以下参照。Vgl. auch Bamberger/Roth/Habermeier, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (2003), § 167 Rz. 19; Staudinger/Schilken, aa.O. (Fn. 15), § 167 Rz. 45. なお本文の見解は、すでに②で見た、表示意識必要説を暗黙の前提として意識したものと推察される外見代理否認説がその形を変えて主張されたものにすぎないといえようか。ただし、本文の見解は、法律行為説中の発展説、修正説同様、その前提を表示意識不要説に変更したものにすぎないと解されるからである。
- 21) Staudinger/Schilken, aa.O. (Fn. 15), § 167 Rz. 29b. なお後掲注53)も参照。
- 22) Hanno Merkt, Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsscheintatbestand, AcP 204 (2004), S. 638ff. この論稿は、1999年12月ハンブルク大学 (Universität Hamburg) で行われた、メルクトの教授資格に関する審査会 (Habilitationvortrag) を基にしている。
- 23) Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. (2006), Rz. 1556. またブロックス, ヴァルカー (Brox/Walker) 共著の『民法総則 (第30版)』(2006年)も、「任意代理権 (Vollmacht)」に関する参考文献として早速メルクト論文を挙げている (Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 30. Aufl. (2006), Rz. 540)。Vgl. auch Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. (2006), Rz. 930.
- 24) U. Werba, aa.O. (Fn. 11), S. 150ff. もっともこれから紹介するメルクトとは異なり、ヴェルバは、フルームによる戦後リニューアル型の法律行為説、とくに1(3)で紹介した、その延長線上にある発展説 もっとも外見代理のみならず認容代理も錯誤取消しの対象とな

りうと考えていて、その認容代理に関する結論はメルクトと一致するようだが、位置すると思われるが、詳細については、あらためて別稿で紹介・検討する予定である。

- 25) 高橋三知雄『代理理論の研究』(1976年、有斐閣) 247頁以下。
- 26) この原因については、福永礼治「1-19 高橋三知雄『代理理論の研究』」[1976年・有斐閣] 加藤雅信(代表)編『日本民法施行100年記念民法学説百年史』(1999年、三省堂) 134頁参照。ようやく最近、佐久間教授が、高橋教授の有権代理説について一定の評価をされつつも、その基となるフルーム等の法律行為説と対比しながらその特徴を分析され、詳細かつ精緻な検討の上でその理論的問題点に言及されている(佐久間・前掲注1)94頁以下, 211頁以下参照)。
- 27) 河上正二「民法総則講義39[第2部]本論 第8章 代理③表見代理(その1)」法ゼ620号(2006年)56頁。もっとも河上教授は、権利外観制度における表見代理の位置づけにつき、次のような興味深くかつ示唆に富む分析でもって、表見代理の説明を締めくくられる。まず、「……本人への帰責の正当化根拠としては、自らの意思表示があったと社会的に評価されること(偽りの表示で相手方の誤信を惹起した以上前言を翻すべきでない)、不注意・注意義務違反・財産管理の懈怠が責められるべきものであること(代理人等の選任・監督等に至らぬ点があり、仮に裏切られたとしても第三者に迷惑をかけるべきではない)、ある種の報償責任・危険責任(代理を使って私的自治拡張の便宜を享受しようとする以上、そこから生じる不利益についても覚悟せよ)が考えられる。それぞれ外観の作出・継続についての関与の仕方と帰責のロジックが異なり、単に意思的契機のみならず行為義務違反の要素を取り込むことが可能である。してみると、他者の無権代理行為によって相手方に与えかねない損害についての責任も、ときに不法行為責任の様相を帯びてくる。その意味では、虚偽の意思表示の帰責性を明確に議論の出発点に据えた94条2項や、93条但書の悪意者排除などと比べると、はるかに広い考慮要素をも持ち込むことが可能である」と述べられて、意思表示法よりも代理法の方が柔軟かつ広範な取引安全保障を実現できる制度設計になっているとの見方を示される。ただ翻って、「それにもかかわらず注意しなければならないのは、そこから導かれる効果である。つまり、本来的に導かれる効果が、法律行為の効果帰属(積極的な法律行為の効果の発生)であるだけに、相手方の保護資格要件のハードルには一定の高さが求められ、同時に、本人の主観的・意思的契機が存在にも慎重な配慮が求められるわけである。単なる損害賠償責任や経済的負担の甘受ではなく、積極的履行義務まで課せられるには、やはり本人が『望んだ』と社会的に評価されてもやむを得ないような事情が見いだされるべきだからである」とも述べられ、取引相手方の保護価値性をもとより然るべき本人の帰責性にも十分配慮する必要性・重要性も指摘される(河上正二「民法総則講義40[第2部]本論 第8章 代理④表見代理(その2)」法ゼ621号(2006年)75頁以下)。
- 28) まず代理権授与と行為について、ドイツでは、単独行為であるとともに、内部代理権授与のみならず外部代理権授与も条文上明文で規定されている(BGB 167条1項, 前掲注1)参照)が、わが国では、契約説が主流であり、したがって周知のとおり、外部代理権授与の承認にはきわめて否定的である。次に代理権授与と委任等の内部原因関係との法的関連性であるが、これについてもドイツでは、外部代理権授与が承認されているとあり、代

理権の発生段階では無因である もっとも、その存続・消滅段階では有因である(BGB 168条1文)が のに対して、わが国では周知のとおり、一般に有因と解されている。

参考までに BGB 168条1文の条文訳を掲げておく。

第168条【代理権の消滅】第1文

代理権の消滅は、その授与の原因となった法律関係により定まる。

また表見代理による取引安全保護についても、ドイツでは1(1)及び2)で見たとおり、判例自らが創造し継続的に形成してきた表見代理法理(いわゆる認容代理と外見代理)が中心であるのに対して、わが国では周知のとおり、一般条項的性格を有する民法110条の規定をめぐる解釈論が中心である。この違い、つまりドイツの代理法においてはわが国でいうところの民法110条に相応する総合・包括的な取引安全保護規定が存在しなかったことが、むしろここではプラスに作用して、帰責性に関する議論を惹起し活性化させた一因であると考えられる。もっともわが国でも、上記ドイツ類似の現象は、不実登記に対する取引安全保護をめぐる判例が 不動産登記に公信力を付与しない 法の欠缺補充を行ってきた民法94条2項類推適用法理の慎重かつ段階的な継続形成に見られる。ただ最近では、この類推適用にまで民法110条が顔を出して、そのさらなる拡大的發展の一翼を担っている。最高裁判平成18年2月23日判決(裁時1406号7頁)は、第三者の信頼した虚偽の外形が真正権利者の意思に基づかず、外形がこの者の意思を逸脱する場合、いわゆる「意思外形非対応」型で、しかも権利者が問題となった(第二の)虚偽の外形に関連性を有する、原因たる(第一の)虚偽の外形を自ら作出していた(たとえば最高裁昭和43年10月17日判決(民集22巻10号2188頁)に代表される)事案ですらなく、仮装名義人による虚偽の外形作出につきそれを容易にする原因を不注意で惹起していたにすぎない事案であったにもかかわらず、民法94条2項、110条の類推適用を認めている(もっとも、不注意という真正権利者の帰責度合いについては、すでに類似の事案で当該類推適用を否認した最高裁判平成15年6月13日判決(裁時1341号12頁)がその判断基準として採用したところに従い、「(権利者)自ら外觀の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほどの重い」ものでなければならぬと判示されている)。このように現在わが国では、民法110条が、表見代理という一制度にとどまらず権利外觀理論・取引安全保護のシンボルと化しているといえよう。

- 29) ドイツにおける古典的権利外觀理論の挫折とその後の展開については、多田・前掲注4) 107頁以下参照。また民法学者たるペーターゼン(Petersen)により、表見代理制度を規定した民法総則に関する詳細な基本書は、債務法や物権法に関するそれと比べれば、そもそも利益法学(Interessenjurisprudenz)の支持者により執筆されてこなかったという事実が指摘されている(Jens Petersen, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001, S. 2)が、このことも、とくに表見代理において、利益衡量の余地を大きく残す古典的権利外觀理論の衰退に影響を及ぼしたのかもしれない。
- 30) たしかにわが国において、古典的権利外觀理論が民法上散在する諸規定を取引安全保護制度として法体系全体における共通の位置づけを与えたとともに、理論上導き出された「信頼」と「帰責性」という構造理解を各制度の解釈に反映させたという点では、その果たした役割は評価に値する一方、とくに帰責性に関しては、各制度の具体的な解釈論のレ

ベルでは「具体的な実り」は不十分であり(安永正昭「講演 民法における信頼保護制度と帰責性」司研108号(2002年)9頁以下。同旨、拙著・前掲注3)3頁),もはやその限界が露呈している。なおドイツでは、権利外觀理論はおよそ法的根拠たり得ないとする、いささか極論を主張するもの(拙著・前掲注3)74頁注(2))さえある。

- 31) 佐久間・前掲注11)92頁以下,197頁以下,222頁以下。この佐久間教授の唱えられた、意思表示帰責論・準則との整合性を図った表見代理の表示責任の構成について、後藤(元伸)教授は、判例・通説の論理的不透明さを払拭する「一貫性と明晰さを誇る」点を高く評価されている(後藤元伸「民法学のあゆみ 佐久間毅『民法一〇九条の表見代理(一)~(三・完)』、『民法一一〇条の表見代理(一)~(三・完)』、『表見代理規定の競合適用について』)法時72巻9号(2000年)82頁。なお当該書評の対象となった三論文は、加筆・修正の上、佐久間・前掲注11)の著書『代理取引の保護法理』に収められている。
- 32) 拙稿「表見代理有権代理説の可能性を探る フルーム以降の学説を参考にして」同法49巻6号(1998年)266頁以下(所収:拙著・前掲注3)117頁以下)。
- 33) 日本私法学会第69回大会「シンポジウム 要件事実論と民法学との対話」私法68号(2006年)54頁[山本敬三発言]。なお最終的に有権代理説が実現するかどうかは、民法109条の規範構造をどのように分析するか、それしだいであるといわれる(上記私法68号54頁[山本敬三発言])。
- 34) また民法112条に限ってではあるが、善意・無過失の取引相手方との外部関係では代理権消滅を対抗できないとか、代理権の消滅を(本人と代理人の内部関係での)相対的なものとみて代理権を存続させる規定であると考えられるもの、つまり112条限定の有権代理説として、古くは川名説などがあった(安永正昭「表見代理」星野英一(代表)編『民法講座1民法総則』(1984年,有斐閣)所収518頁以下)が、最近では「要件事実論の立場から独自の主張を展開する 司法研修所編『増補 民事訴訟における要件事実 第1巻』(法曹会,1998年)97頁がある(なおこの見解による証明責任の具体的分配については、潮見佳男・民法総則講義(2005年,有斐閣)392頁以下の説明が明快である)。この民法112条限定の有権代理的理解に批判的なものとして、山野目章夫「要件事実論と民法学との対話 民法学の思考様式と要件事実論(2・完)」NBL814号(2005年)76頁以下、賀集唱「代理の研究 法律行為研究会 連載 裁判実務における代理 代理の要件事実」法時78巻8号(2006年)105頁以下、神田英明「代理の研究 法律行為研究会 連載 要件事実論と民法理論との関係 代理に関する要件事実」法時78巻9号(2006年)70頁以下。日本私法学会第69回大会・前掲注33)49頁以下の質疑応答も参照。

なおドイツでも、BGB 170条限定の有権代理説があり、次のような主張を展開している。すなわち代理権について、BGB 168条1文は、内部原因関係の終了に伴い消滅すると規定しているが、外部代理権の場合には例外的に、170条、173条が、その名宛人たる取引相手方との外部関係で、この者が外部代理権の消滅につき善意・無過失である限り、当該代理権は存続する 相対的な代理権 (relative Vollmacht) とでも考えるべきものであろうか (vgl. Christoph Tietz, Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis im Recht der BGB-Vollmacht und der Prokura Die Bedeutung der Vertretungsbefugnis für die Bestimmung der Vertretungsmacht (1989), S. 59) と規定している、と(拙著・前掲注

3)121頁注(5)参照)

- 35) たとえばごく最近、樗教授がご自身主催の法律行為研究会で取り上げられた代理研究の成果を公表されるにあたり、次のように述べられる。「法律行為の代理は、改めて書くまでもなく昔より種々の研究が行われてきたテーマである。ただ、近時は活発に論じられているといえるほどの状況ではない。資料誌によって判例・裁判例をみても、おそらく注目度の減少も加わり、登載される数は少なくなっている(時効と対比させて……)。……民法の分野を顧みるとき、昔から開拓されてきている問題ないし領域であっても、視点・視角を変えて新たな論点とその解決を試みる作業は十分に存在理由を持ちうるし、また、実態・裁判・学理の展開により従前には注目されなかった問題点が浮かび上がってくることもある。明治民法の当初から軽視され手薄なままの領域が、制定から一世紀以上を經過した現在ですら、なお絶無ではない。そしてより具体的に表見代理について、次のような所見を披露される。「……《法的評価ないし利益衡量》からみて、われわれの書いていた時期(たとえば注釈民法四卷〔一九六七年〕)には、代理したがってまた表見代理はおおむね取引安全あるいは善意の相手方保護が評価方向の主流であったように思う。そして、そのことは当時における時代意識として支持できるものであったが、これに対抗して、本人の意思決定を重視する批判はすでに少しみられていた。現在そのことをどのように判定すればよいのであろうか。……表見代理を含む広義の無権代理の解釈論的整理は、まだ終点に到達しているとは言えない基本的論点に属する」と(樗寿夫「代理の研究 法律行為研究会 代理論の連載開始にあたって」法時78巻6号(2006年)85頁)。おそらく樗教授は20年近く前から、すでにこのような問題意識をお持ちで、有権代理説の検討は一個の研究テーマとなるであろうことを示唆されていたのではあるまいか(樗寿夫「有権代理・表見代理・無権代理 三者の関係に関する諸相の概観」山本進一教授還暦記念『法律行為論の現代的課題』(1988年、第一法規出版)所収219頁)。
- 36) 詳しくは、後述5(1)、あわせて後掲注66)も参照。
- 37) この帰責性説は、意思表示の解釈・成立レベルでは表示意識を必要とせず、その代替として帰責性(敷衍すれば、表意者が、取引上要求される注意義務を尽くしていれば自己の容態は意思表示として理解されることを認識し、かつ阻止することができたであろうこと、なお教科書等では「潜在的表示意識(potentielles Erklärungsbewusstsein)」あるいは「表示過失(Erklärungsfahrlässigkeit)」という見出し語でパラフレーズされている)があれば足り、これを欠く場合には効力レベルで錯誤取消しを認めるという考え方であり、「今日では……通説と言ってよからう」と評されている(佐久間・前掲注2)919頁)。なお表示意識不要説の中には、上記の通説的な帰責性説以外に、わが国に類似して表意者の帰責性、つまり過失すら問わない学説もある(詳細については、佐久間・前掲注2)927頁以下参照)。
- 38) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 638f.
- 39) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 639f. なお、前掲注8)の認容代理の定義・具体例も参照。
- 40) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 640. なお、前掲注8)の比較表をご覧いただければ、その違いは一目瞭然である。
- 41) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 640f.

- 42) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 641.
- 43) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 641f.
- 44) この分析がおよそ適切であろうことについては, 拙著・前掲注3)44頁注(30)参照。
- 45) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 642. なお法律行為説の詳細については, 拙著・前掲注3)55頁以下, 125頁以下参照。
- 46) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 642.
- 47) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 642f. なお権利外観説の詳細については, 拙著・前掲注3)86頁以下参照。
- 48) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 643f.
- 49) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 644. この説明から, BGB 170条について, メルクトは, 自己決定に基づく自己責任規定と考える有権代理説(前掲注34)参照)には従わないことが分かる。4(2)で後述するとおり, メルクトは, BGB 170条を権利外観理論に基づく表見代理規定であると位置づけている。
- 50) なお認容代理について たしかに本文のように契約締結上の過失責任ではないが不法行為により同じく損害賠償責任しか認めない見解として, 「実的法理論 (reale Rechtslehre) 」という厳格な法実証主義的立場に依拠したエルンスト・ヴォルフ (Ernst Wolf) とビーネルト (Bienert) の不法行為的構成が挙げられよう。ただし, この見解はおよそ支持を集められない (詳しくは, 拙著・前掲注3)80頁参照) 。
- 51) BGB 第179条【無権代理人の責任】
- 1 代理人として契約を締結した者は, その代理権を証明せず, かつ, 本人が契約の追認を拒絶したときは, 相手方の選択に従い, 履行又は損害賠償の義務を負う。
 - 2 代理人は, 代理権がないことを知らなかったときは, 相手方が代理権を信じたことにより受けた損害のみについて賠償の義務を負う, ただし, 相手方が契約の有効なことについて有する利益の額を超えない。
 - 3 相手方が代理権のないことを知り, 又は知るべきであったときは, 代理人は, 責任を負わない。以下省略。
- 52) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 644.
- 53) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 645. 権利外観説によれば, 代理権授与の権利外観は, 将来に向かったのみ除去されるものにすぎないのである。

ただ権利外観説の内部でも, 本文の結論は不当であると感じられるようになり, 権利外観という体系理論的カテゴリーを打破し, 単なる権利外観は法律行為よりも強く本人を拘束し得ないという考え メルクト自身はまったく誤った考えであると断じている (詳しくは後述4(2)参照) が により, 認容代理の錯誤取消しを許容しようとするものが散見される。つまりこの見解によれば, 法律行為と権利外観の相互関係はもはや段階的なもの (Stufenverhältnis) でしかなく, 法律行為, 権利外観という本来完全に異なるはずの法的拘束力の基礎がどんどん接近していく。またこの見解は, 認容代理の根拠条文たる BGB 171条, 172条で規定された宣言的通知 (deklaratorische Kundgabe) と167条の設権的授与 (konstitutive Erteilung) が錯誤取消しにおいて区別され得ないことを理由に, 宣言的通知の取消しが許容されるならば, その延長として当然, 認容代理も取消可能ということに

なるだろうと付け加える (H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 645)。

- 54) その理由として、法律行為説によれば、認容代理の場合は、本人が代理行為を認識しているため、表示意識は存在するとの理解が一般的であったからであろう。なお、メルクトが異なった理解を前提とすることについては、後述6(2)の冒頭部分参照。
- 55) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 644.
- 56) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 646.
- 57) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 646f.
- 58) BGB 第116【心裡留保】第1文
意思表示は、表意者が表示したことを欲しない旨を内心に留保したときであっても、無効とはしない。
- 59) BGB 第116【心裡留保】第2文
相手方に対してした意思表示は、相手方が留保を知るときは、無効とする。
- 60) 前掲注19)参照。
- 61) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 647. 換言すれば、意思表示の法的基準はその客観的意味であるという前提があるからこそ、表示内容の錯誤による取消しが問題となるのである (H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 647)。
- 62) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 647f. もっとも BGB 118条は、ミュンヘナー注釈書のクラマー (Kramer) から、BGB 起草者の意思主義に偏った、いわば確信犯の見解に基づいていると批判されているとおり、表意者の期待ばかりを重視し、その相手方の理解あるいは理解可能性を無視して、例外的とはいえ取引安全保護という体系的思考に反している。それゆえ、この BGB 118条による無効は、表示相手方が表意者の真意の欠缺を認識できた場合に限定されるべきである (H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 647f.)。
- なお参考までに BGB 118条の条文訳を掲げておく。
- 第118条【真意の欠缺】
真意の欠缺が誤認されないことを期待してした真意でない意思表示は、無効とする。
- 63) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 648f.
- 64) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 649.
- 65) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 649f.
- 66) この事案を含む詳細については、佐久間・前掲注2)917頁以下参照。
- 67) この判決については、佐久間・前掲注2)918頁以下参照。またこの判決以外にも、BAG (ドイツ連邦労働裁判所) 判決 (NJW 1987, 2101) や複数の OLG (ドイツ高等裁判所) 判決 (Nürnberg WM 1990, 928; Hamm BB 1992, 2177) がある (H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 651)。
- 68) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 650ff.
- 69) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 652.
- 70) なおさら認容代理については、支配的な権利外観説によれば、そもそも表見代理に整理されているがゆえに、本文の対立構図自体が問題とならないため、カナリスの批判は説得力を持ち得ない (H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 652)。
- 71) H. Merkt, aa.O. (Fn. 22), S. 652f.

- 72) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 653.
- 73) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 653f.
- 74) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 654. ただし、本文後者の前提に関しても、筆者個人的にはメルクトの認識が必ずしも間違っているとは思わない(拙著・前掲注3)155頁、また161頁注(11)も参照。Vgl. auch U. Werba, a.a.O. (Fn. 11), S. 158f.; D. Medicus, a. a. O. (Fn. 23), Rz. 930) が、有権代理説は、依然として表示意識必要説を前提とする見解でさえ、一般に認容代理について本人による代理行為の認容の中に表示意識の存在を認めている。
- 75) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 654.
- 76) ちなみに権利外觀説に立っても、この認容事例を表見代理として権利外觀理論に基づき構成することはできない。なぜなら権利外觀説でも、法律行為説同様、取引相手方が自ら本人の認容を認識していることが認容代理の要件とされているからである (H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 654)。
- 77) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 654.
- 78) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 654f. もっともこの内部代理権の範囲については、取引相手方ではなく代理人の視点がその解釈基準となるため、無制限ということは考えられず (H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 655) 、むしろ限定的になることは必至であろう。
- 79) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 655.
- 80) この一般的な法律行為説批判は、カナーリスやメディクスにまで遡るが、古くはすでに1906年、権利外觀理論の先駆者たるヴェルスバッヒャーが、その自著『民法における対外的法律要件への信頼 (Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte)』の中で次のように記述していた。認容代理事例においては、「ある特定の対外的容態から法律行為上の意思はまったく推論されず、第三者はただともかく一度行われた代理権授与、つまりすでに存在している代理権の関係 (Vollmachtverhältnis) を推論するにすぎない」(vgl. H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 655)。
- 81) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 655f. とりわけ実際問題として、本人による代理行為の認容の中に、取引相手方に対する代理権授与、つまり外部代理権授与を見いだすことはできないとする論調が多い (vgl. H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 656)。
- 82) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 656.
- 83) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 656f.
- 84) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 657.
- 85) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 657f.
- 86) 前掲注1)参照。
- 87) この設例については、たとえば米倉教授が、わが国でもすでに大正3年公刊の岡松参太郎『法律行為論』(京都法学会)で紹介されているぐらいドイツ民法学上有名な教材であるとして、トリーアのぶどう畑の写真を添付の上説明されている(米倉明「民法講義総則(第三五回)法律行為(五)」法教48号(1984年)46頁以下)。
- 88) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 658. なお実務上も、多数の認容代理事案から、外部代理権授与を見て取ることができることを、メルクトは指摘する (H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 658)。
- 89) H. Merkt, a.a.O. (Fn. 22), S. 658f.

- 90) なおメルクト同様、認容代理に特化した表見代理研究を行う比較的最近のものとして、たとえば Dietrich von Simon, Duldungsvollmacht und Konkluenzirrtum, Festschrift für Hans Georg Leser zum 70. Geburtstag (1998), 133ff.
- 91) これに対して、同様の目的・問題意識に立ちつつ、バヴロウスキーやヴィーリンクが認容代理にとどまらず外見代理の有権代理化までも主張していることについては、1(3)で見たとおりである。彼らとは対照的に、メルクトがおそらく外見代理を有権代理化の対象としないであろうことについては、後述3参照。
- 92) なおすでにヴェスターマンやハインリクスも、2(1)ではメルクトにより法律行為説として一括りにされていたがフルーメによる戦後リニューアル型の法律行為説ではなく、戦前旧来型のオーソドックスな、黙示の代理権授与という法律行為的構成を志向し、表示意識不要論たる帰責性説の支持を明言したBGH 1984年判決以前ではあったが、代理権授与の意思を欠いていても客観的解釈により有権代理的構成が可能であると主張していた。ただその構成の限界を表見代理の外延たる外見代理については率直に認めていて、権利外觀理論との併用による代理取引の安全保護を想定している。つまりヴェスターマンらは、明らかにフルーメ流の法律行為説とは違い、民法上いっさい権利外觀責任・信頼責任を認めないというわけではなく、むしろ認容代理は法律行為責任の範疇へ、外見代理は権利外觀責任の範疇へという割り振りをある意味器用に行っているともいえよう(拙著・前掲注3)59頁, 61頁以下参照)。
- 93) 前掲注74)参照。なお参考までに外見代理については、一般に法律行為説によれば、表示意識を欠くため、表示意識必要説を前提にする限りは、無権代理の範疇の問題となり、契約締結上の過失責任や使用者責任などの損害賠償制度により、これに対して帰責性説を前提にすると、有権代理の範疇には入ってくるものの錯誤取消しにより、いずれにせよ最終的には信頼利益の損害賠償責任が認められるにすぎず、その効果の点では共通している(前掲注19)も参照)。
- 94) メルクト同様、認容代理についても外部代理権授与と同様に取り消しうることを示唆するものとして、Schulze/Dörner, a. a. O. (Fn. 12), §§ 170-173 Rz. 8. また前掲注50)も参照。
- 95) Vgl. auch R. Bork, a.a.O. (Fn. 23), Rz. 1556.
- 96) 彼らの見解については、前掲注92)参照。
- 97) 詳細については、佐久間・前掲注2)884頁以下参照。

わが国では周知のとおり、表示意識不要説が支配的であるが、今日もなお少数ながら、佐久間教授に代表されるとおり有力に必要説が唱えられている。ここでは、かなり以前から一貫して表示意識必要説を支持されてきた磯村(保)教授がご自身のお考えを端的かつ明快に説明された、最近のご発言を紹介するとどめておきたい。「……私がなぜそう(=表示意識が必要であると:筆者補足)考えたかという点、……どこまでが表示責任(=信頼責任:筆者補足)で、どこまでが法律行為責任かを考えるについて、どこかで分水嶺を考えるとというときに、自分がこれから法律行為をする、意思表示をするという規範に直面している局面において誤った表示を選択するという場合と、そのような規範意識なしに、ある人に手をあげたら、それが別の人にとっては意思表示であると受けとめられたという場合は、やはり違うのではないかという認識があります」と(加藤雅信=加藤新太郎

「鼎談 民法学の新潮流と民事実務[第9回] 錯誤と法律行為論を語る」判タ1197号 (2006年) 11頁 [ゲスト:磯村保発言] なお前掲注2)及び11)も参照。

- 98) 樁・前掲注35)『法律行為論の現代的課題』218頁以下。本文でいう「有権代理への繰り込み」とは、「民法一〇九条の関係では、現実の授權もあったとし、民法一一〇条の関係では、当該代理行為も代理権の範囲内に属しているとし、民法一一二条の関係では、代理権がまだ消滅していないとする”認定”により、問題を表見代理から有権代理へ移行させる操作」であり、「法技術的には、いわゆる”黙示の意思表示”が活用されることになろう」と説明されている(樁・前掲注35)『法律行為論の現代的課題』219頁以下)。たとえば最近の下級審判決、東京簡裁平成17年11月22日判決(最高裁判所ホームページ中、裁判例情報の下級裁判所判例集登載)は、民法110条及び112条の重畳適用により当該事案をすんなり表見代理として処理したが、本来もう少し立ち入って詳細な事実認定を行えば、樁教授のいわれる上記及びの競合事例に該当するものであったと考えられなくもない。この事案を簡単に紹介すれば、次のとおりである。

Xは、Y会社の(駅ビル店舗)従業員Aからすでに複数回にわたり商品を購入してきたが、今回もAから商品提案を受けて、3種類の商品について売買契約を締結しその代金を支払った。しかし1種類の商品(以下、本件商品と略する)だけ在庫がなかったため、XとAは、本件商品の売買契約のみを合意解除した。そこでXが、Yに対して合意解除に基づき売買代金の返還を求めたところ、そもそも本件商品はYが取り扱っておらず、またすでに本件売買契約締結前Aは上記店舗の閉鎖に伴いYを退職していたことを理由に、Yは、代金の返還に応じなかった。そこでXは、Yに対し有権代理、民法110条及び112条の重畳適用による表見代理を主張し代金返還請求訴訟を起こしたが、東京簡裁は、前者の主張は退け、後者の主張を認めた。

ただこの判決には、たしかに証拠として採用された、「Yとは関係なく勝手に本件契約を締結した」というA自身の証言があるものの AとYとの口裏合わせの可能性も否定できず、いささか疑問の余地が残らないでもない。なぜなら、Aは退職後もなぜかYの事務所までXの電話に対応するとともに、この事務所からX宛にファックスまで送信していたこと、本件商品以外の2種類の商品についてはXがその代金をYの口座に振り込み商品の引渡しまで受けていたこと、また本件商品は他の2種類の商品と同様に機能性下着であったことなど、これらの事実から総合的に判断すれば、そもそも本件事案では退職自体も疑わしいが、たとえそれが本判決の認定のとおり事実であったとしても必ずしも退職によりAの代理権が当然に消滅しているというわけではなく、つまり、Yは退職後も従来どおり代理権をAに持続させる意思があり、また本件商品も機能性下着であったからYの取扱商品に含まれるこの点はさすがに本件事案では微妙ではあろうがと認定して、本件商品の取引はAの代理権の範囲内であったとすることも不可能ではあるまい。多少うがった見方をすれば、もしかすると上記判決の裏では、代理権の存続(消滅)・範囲に関する煩雑な事実認定よりも、むしろ民法110条及び112条の重畳適用によるX保護に委ねる方が簡便であるとの判断が働いたのかもしれない。しかし有権代理の成否を慎重に判断することなく、安易に無権代理から出発して取引安全保護を表見代理に丸投げしてしまうと、本件事案でも感じたことではあるが、たしかに前掲注34)で挙げた、民法112条限

定の有権代理的理解にもそれなりの説得力が出てこよう。

この有権代理の繰り込みに対して、川島教授は、裁判所が代理権授与を認定した事案の中には、実際には代理権を授与するという意思表示がなされていない場合も含まれている事実を指摘された上で、このように代理権授与が擬制された場合を「事実上の代理権授与(いわゆる事実上の授権)」と称し、代理権を発生させる独立の類型として承認されている(川島武宣・民法総則(1965年、有斐閣)335頁以下。もっとも上記事実について、田子弁護士は、川島教授の指摘を踏まえて「注意してみたが、判決文上からはこれを識別できなかった」とされる(横浜弁護士会編『表見代理の判例と実務』(1984年、金融財政事情研究会)138頁[田子璋])。また下級審の裁判例でも、事実上の授権という概念が用いられることがある(後掲注99参照)。なお川島教授の「事実上の授権」論に懐疑的なものとして、たとえば石田稔・民法総則(1992年、悠々社)391頁。

最後に以上のような、樫教授の「有権代理への繰り込み」論、川島教授の「事実上の授権」論について若干のコメントをしておきたい。わが国では、ドイツとは違い、そもそも表示意識が意思表示の成立要件たりうるか否かさえあまり議論されてこなかった経緯から分かるように、表示主義が圧倒的優勢であるから、その是非は措くとしてこの現状を前提とすれば、あえて意思主義的な表示意識必要説に立つなどしない限りは、川島教授のように事実上の授権という独立した類型を別途承認するまでもなく(ちなみにドイツでも、意思主義が表示主義との戦いに敗れた結果、意思主義を前提とした、事実上の授権と法理論上同根的事実的契約関係論(Lehre vom faktischen Vertagsverhältnis)も衰退したといわれている)、むしろ樫教授がいわれるように端的に、代理人の視点から本人の容態を客観的に解釈することにより黙示の代理権授与という意思表示の存在を認定すれば足りるのではなからうか(拙稿「親子関係における包括的代理権授与の存否・範囲」同法50巻2号(1998年)145頁以下も参照。ただし、表意者に表示意識が欠けていることをその相手方が認識しているときは、少なくともこのような場合にまで客観的解釈により相手方の信頼を保護する必要はないから、意思表示の成立自体を否定すべきであろう)。このような方法論に対しては、たしかに樫教授ご自身も危惧されていたように「理論重視の考え方からすれば、認定に頼ることは次元が低い」(樫・前掲注35)『法律行為論の現代的課題』219頁以下)との批判を受けるかもしれないが、ただ少なくともわが国の支配的な表見代理説にあっては、制度横断的な説明理論たる古典的権利外観理論を隠れ蓑にして、実質的には

たしかに権利外観理論の「信頼」と「帰責性」という基本的枠組みは意識されているものの、利益衡量・価値判断主導で恣意的かつ無秩序とも思える解釈論が展開されている現況を踏まえれば、表見代理説が樫教授のいわれる意味での理論重視の考え方にあたるかどうかには疑問符が付き、次元としてはともかく実質的にはさして変わらないようにも思われる。

それよりもむしろ黙示の代理権授与の認定という方法論を選択した場合に問題になるとすれば、その認定の前提として、そもそも当該本人の容態が代理人に対する代理権授与という客観的な表示価値を有するかどうかということではなからうか。そしてこの種の表示価値を有しないと判断されたときは、もはやフルーム流のリニューアルされた法律行為説によらない限り、有権代理の範疇の問題として処理することはできず、取引安全保護は表

見代理によるほかないということになろう。

- 99) この事案の特徴として、夫婦間、親子間、使用者・被用者間などに見られるように、当事者間に個人的信頼関係を基礎にした地位・状況が存在する場合が少なくない(篠塚昭次 = 前田達明編『新・判例コンメンタール民法1総則(1)』(1991年、三省堂)232頁以下 [川村フク子]参照)。またこのような判例には戦前の大審院時代のものが多いという印象を受け、一見したところ 即断はできないが 1(1)や 2(1) で見た戦前のドイツの判例状況に似通っているようにも思える。

また代理権授与の認定、事実上の授権等を承認する比較的最近の下級審裁判例として、大阪地裁昭和58年5月30日判決(下民34巻5~8号529頁)、東京地裁平成元年10月25日判決(金法1239号33頁)、東京地裁平成3年4月25日判決(判時1401号66頁=判タ769号182頁)など。なお最後の事案は、本人たる甥が代理人たる叔父の代理行為を含む財産管理全般を知った上で、しかも途中から不満を抱きつつも実印の返還を強く求めないなど、叔父の財産管理行為をあえて漫然と放置し続けたがゆえに、事実上の認容が認められる場合であった。この事案は、メルクトのいう、代理人が本人の認容を認識していた類型に該当し、彼によれば、黙示の内部代理権授与が認められるとされていた(6(2)参照)が、この事案を東京地裁もいわゆる「事実上の授権」として有権代理的に構成して、筆者個人的には興味深い。なお、この判決でいう「事実上の授権」の法的意味については、川島教授のような代理権授与の擬制を指すのか(詳細は前掲注98)参照)、ただ単に客観的解釈による黙示の代理権授与という意思表示の認定にすぎないのか、必ずしも定かではないが、筆者の初見では、あくまで後者の意味、つまり「代理権授与の認定」と同義で使用されているにすぎないのではないかと考えている。

- 100) この種の事案においては、まず代理人自身が自己に対する代理権授与を信頼した上で、代理行為を行っている可能性もあながち否定できないと考えられる。そうであるならば、実際の訴訟という場面で取引相手方の採るべき戦略としては、本人との有権代理・表見代理訴訟において、代理人に訴訟告知を行っておくこと、つまり訴訟告知制度の積極的活用が得策であろう。代理人も、有権代理を前提に行方しているのであれば、取引相手方から有権代理・表見代理訴訟に敗訴した結果 民法117条により無権代理人の責任を追及される羽目に陥らないよう、おそらく有権代理の証明に全面協力してくれるものと考えられる。もっとも実際にこのような訴訟の場合には、代理人が代理権の不存在を承知の上で無権代理行為に及んでいることも決して少なくはないであろうから、上記制度の活用にもおのずと限界があろうことは想像に難くない。

また代理権消滅の場面に限ってではあるが、たとえば委任が代理の原因たる内部関係である場合において、委任の終了につき受任者たる代理人が知らなかったときは、委任者たる本人は、この終了を代理人に対抗できないと規定されている(民法655条)。この受任者たる代理人保護の反射効として、代理権も原則消滅していない(いわゆる「代理権の存続擬制」)、つまり有権代理として扱われると考えるべきであろう(すでに同旨、川島・前掲注98)357頁)。さもなくば、代理権と内部原因関係の(消滅段階での)無因性を承認することになるとともに、民法117条の規定する無権代理人の責任を法定の無過失責任と理解する以上、当該受任者たる代理人は、取引相手方から無権代理人としてその責任を追及さ

れることになるからである。そしてこのように理解すれば、取引相手方でも、代理人保護の反射的恩恵に浴することができるということになる。ただし、この反射効は、取引相手方が代理行為の際に委任の終了、それに伴う代理権の消滅を知っていたか、知ることができた場合には、むしろ本人保護のために BGB 169条の規定 日本民法にはこれに相応する規定がないが を参考に、例外的に及ばない、つまり有権代理として扱われないと考えるべきであろう。なぜなら、反射効とはいえこのような相手方を本人の犠牲のもと保護すべきではないし、そもそも肝心の代理人も、代理権の消滅を認識し又は認識可能であった、つまり悪意又は有過失の取引相手方からは、民法117条により無権代理人の責任追及を受けることはないから、この場合とにかく代理権の存続は擬制されない、つまり無権代理であると考えても、受任者たる代理人を保護するという民法655条の趣旨にも反することはなく問題ないように思われるからである。

なお参考までに BGB 169条の条文訳を掲げておく。

第169条【受任者又は業務執行組員の代理権】

受任者又は業務執行組員の消滅した代理権が第674条、第729条により存続するものとみなされる場合には、その代理権は、法律行為の締結時にその消滅を知り又は知るべきであった第三者のために、その効力を生じない。

- 101) Staudinger/Schilken, aa.O. (Fn. 15), § 167 Rz. 29ff. 拙著・前掲注3)127頁も参照。
- 102) さらに本文いずれの構成にも割り振れず、狭義の無権代理的構成に赴くほかなかったとしても、いまだ本人との関係では、黙示の追認や、契約締結上の過失責任（あるいは契約締結・履行補助者の責任）・使用者責任といった契約責任・不法行為責任が成立する余地もいまだ十分残されていて、しかも後者の場合は過失相殺の導入可能性など、表見代理法理によるよりも柔軟な保護が可能となる。このことから、代理取引の安全保護をめぐっては、様々な法律効果を有する、種々の取引安全保護制度が複雑に絡み合い混在していることが分かる（ちなみにドイツの学説状況は、まさにこの縮図を表すかのように、法律行為的構成に始まり、権利外観責任（表見代理）的構成、契約締結上の過失責任的構成、不法行為的構成 その中には追認を足がかりとする構成も など多岐に渡っている、詳しくは拙著・前掲注3)55頁以下参照）。これらすべての制度への割り振り可能性までも視野に入れて大局的かつ複眼的見地から、あたかも複雑に絡み合った糸を一本ずつ解くかのごとく、代理における取引安全保護の在り方・割り振りを模索することが望まれよう（拙著・前掲注3)113頁も参照）。
- 103) これについては、かつて拙著・前掲注3)152頁以下で一応の検討を加えたことがあるので、そちらもあわせてご参照いただきたい。
- 104) 熊谷芝青「第四部 他の観念・制度との関係 ドイツ民法における準法律行為の無効・取消 『観念通知』を中心として」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（2001年、日本評論社）所収573頁以下。また、かりにあくまで準法律行為概念を維持しつつ、意思表示規定の類推適用を認めることに固執するのであれば、今度は「意思」概念の再検討を迫られることになる（熊谷・上記論文574頁）。
- 105) まずは手始めとして、代理法における代理権授与通知の法的意義・性質を左右するであろう、代理権及びその授与行為の法的意義・性質から再考に取り掛かるべきであろう。な

お不十分ではあるが、わが国におけるフルーム流の 内部代理権授与通知をも包含する 外部代理権授与という法律行為による有権代理的構成の可能性・有用性に関する評価については、拙著・前掲注3)165頁以下も参照。

106) Staudinger/Schilken, aa.O. (Fn. 15), § 167 Rz. 29a.

107) おそらくその場合は、代理効帰属要件たる代理権は、従来の代理人に対する代理権授与行為のほかに、法律の規定した代理権授与通知行為によっても生じるというように、そして前者が任意代理権ということであれば、後者は限りなく任意代理権に近いがやはり法定代理権とでも、理解すべきであろうか。いずれにせよ、かなりフルームの法律行為説に近づいた 外部代理権授与に基づくわけではないが 有権代理的理解になりうるであろうことだけはたしかである。

108) 筆者は、初稿「民法における表見代理の法的構成(一)(二・完) 戦後ドイツの理論状況を中心に」 民商113巻6号(1996年)871頁以下、民商114巻1号(同年)61頁以下(所収:拙著・前掲注3)11頁以下)において、ドイツ法との比較的研究から、わが国における代理権授与通知に基づいた表見代理の統一的構成(いわゆる表見代理の表示責任的構成)の可能性探求という示唆を受けて以来、現在に至るまでその基軸となる代理権授与通知の存在に注目し続けてきた(拙稿・前掲注10)158頁以下)。ただし、その構成の具体化については、いまだ道半ばにすら至っていないのが現状であり、今後の課題であることは重々承知している。

109) 前掲注31)参照。もっとも、佐久間教授の、代理人を代理権授与通知の表示使者と捉えた民法110条の表示責任的構成については、委任状に代表される他の通知手段・方法と比較して考えたとき、果たして 常に無権代理行為と隣り合わせの 代理人に代理権授与に関する正確な通知を期待しうるのか、その信頼性には疑問符が付き、やはり信憑性があるのは、本人自身が直接取引相手方に通知した場合もしくはその内容が文書化された(真正な)委任状を代理人があくまで伝達機関として呈示した場合であろう。このことに鑑みると、表示使者たる代理人による代理権授与通知を、簡単に代理権授与通知による表示責任的構成に含めてよいのかについては、本稿での即断は避け、その前提となるであろう、代理法における(取引安全保護制度としての)代理権授与通知の存在意義・独自性などをどのように考えるのかという問題(後掲注111)参照)も含めて、今後の課題としたい。

110) もっともいずれの表示価値を有するにせよ、取引相手方から見れば、代理権の存在を信頼して代理行為に応じても問題ないと判断することだけはたしかであろう。

111) たとえば、幾代通・民法総則[第二版](1984年、青林書院)371頁以下、四宮和夫・民法総則[第四版](1986年、弘文堂)258頁、椿寿夫・民法総則(1995年、有斐閣)213頁以下、遠藤浩編『基本法コンメンタール[第五版]民法総則』(2005年、日本評論社)197頁[玉田弘毅] もっともかつては、代理権という客観的事実の存在とは無関係に民法109条の代理権授与通知固有の効果として履行責任が本人に生じることと鑑みれば、客観的事実との不一致を理由とする錯誤無効の主張が認められないのはむしろ当然であるとする見解(たとえば川島・前掲注98)155頁以下)も有力に主張されていた。

ところで民法109条の代理権授与通知について意思表示規定の類推適用を認める一般の見解によれば、本文の理由からすると、他の表見代理規定についてもその効果は同じく履

行責任であり、なおかつ109条に比べて本人の帰責性が弱いことに鑑みれば、とにかくその構成いかんによっては たとえば佐久間説のように(前掲注31)及び109)参照) 意思表示帰責論・準則を表見代理の帰責プロセスにまで持ち込むことも十分ありうることになりそうだが、果たして本当にそこまで意識されているかといえば甚だ疑わしい。このような持込みについては、民法109条が想定されているだけで、おそらく110条についてはそもそも想定外といったところであろうか。たとえば民法110条への意思表示帰責論・準則の持込みにつき、河内教授は、個人的には若干の違和感を示されながらも「109条の場合には、少なからぬ人があっさりとして錯誤規定の類推適用を認めているので、私のように違和感をもつ方が変なのかもしれない」との感想を述べられた上で、とにかく佐久間説の登場により「109条、110条に錯誤規定を類推適用することの是非について議論が深められることを期待したい」とコメントされていた(河内宏「書評 佐久間毅著『代理取引の保護法理』」ジュリ1210号(2001年)151頁)。ただ、いかんせん「意思表示論についての議論が全体的に見て低調であった(不要論さえ存在した)状況が、著者(=佐久間教授:筆者補足)の見解が受容されるのに障害となりうると予想される」(後藤・前掲注31)82頁)との危惧も当初から示されていたが、案の定、民法110条への意思表示帰責論・準則の持込みに関する議論はその精彩を欠いていて、今やその懸念が現実のものになろうとしている。

結局この問題は、表見代理制度が原則その(主観的)帰責問題を意思表示帰責論・準則の解決に委ねているのか、それともメルクトのように、通知意識を表見代理の一類型たる(内部)代理権授与通知の独自の要件としたり錯誤規定の(類推)適用を排除・遮断したりするなど、独立した代理法独自の取引安全保護制度であるのかということに帰着するであろう。これについては、意思表示法の信頼保護規定との体系的関連性も視野に入れつつ 民法上の表見代理制度の法的価値判断の構造・プロセスを分析した上で、それに即した法的構成・帰責根拠を解明していくという今後の作業に委ねられていると考えている。ただ現段階ではあるが筆者個人的には、自らが標榜する表示責任の構成の基軸となる代理権授与通知は、代理法上少なくとも代理権の存続・範囲を証明する行為であるというその独自の法的意味に基づいて、代理権の存続・範囲に関する錯誤無効の主張そのものをシャットアウトすることに固有の存在意義を有するのではなからうか、そう考えている(その概要については、拙稿・前掲注10)158頁以下参照)。おそらく 4(2)でメルクトが主張していた、本人が代理取引を促進するため自ら主体的に内部代理権授与通知により取引可能性を拡大・向上させたという理由づけも、筆者の結論を後押ししてくれよう。

なお最近、下級審裁判例ではあるが、福岡高裁平成15年3月28日判決(判時1842号72頁=判タ1134号220頁)は、「……基本代理権のある代理人が越権行為を行い、相手方に正当理由が認められる場合、民法110条によって、本人は相手方の信じた内容の代理権授与と表示をしたことになるが、その表示内容は本人の真意とは食い違うことになり、これは意思欠缺錯誤類似の事態といえることができるのであるから、代理の場合であっても、民法95条が類推適用されるべきである」との主張に対して、101条1項を参照して「代理人自身に錯誤がない以上、民法95条の適用は問題にならない」と判示している。

112) 前掲注29)参照。

- 113) 拙稿・前掲注10)159頁以下。
- 114) Staudinger/Schilken, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. (1995), § 167 Rz. 31.
- 115) Staudinger/Schilken, a.a.O. (Fn. 15), § 167 Rz. 31. Vgl. auch Staudinger/Schilken, a.a.O. (Fn. 15), § 167 Rz. 33.
- 116) 拙稿・前掲注10)159頁以下。樞教授も、表見代理を含む代理法の「論点・課題には《判例法》の分析が当然入ってくるが、これも決して完了したとは評価しがたい」とコメントされる(樞・前掲注35)法時78巻6号85頁)。

【追記】 本稿脱稿後、中舎寛樹「代理の研究 法律行為研究会 連載 民法一〇条の表見代理 本人の帰責性と要件枠組み」法時78巻10号(2006年)63頁以下に接した。

中舎教授は、およそ民法110条をめぐる「取引安全から本人の意思責任・帰責性の強調へという流れはスローガンの」なものであり、現在もなお、基本権限と正当理由という従来型の要件枠組みの方が「その柔軟性のゆえに……十分な有用性がある」と結論づけられる。そして、このような本人の帰責性を強調する考え方について 筆者もこれに含まれるわけだが、むしろ「硬直的な側面があり、そのために本人と相手方との利益調整ができず一方的な判断を招来する場合すらあるように思われる」との批判的な見方をされる。その上で、「民法典中の権利外観保護規定の中でも、とくに権限外行為に対する代理人の直接的・一次的な責任を前提に本人に間接的・二次的な責任を課す」110条について、その理念をあらためて「本人の帰責性と相手方保護の総合的利益調整」に求めて、上記「要件枠組みを維持しつつ、正当理由の判断に本人の意思ないし帰責性に対する考慮を取り込むことが今後の本条解釈の方向として実際のであろうとの観測を示される(中舎・上記論文66頁以下)。このような一般に十分想定されうる、ご指摘・ご批判については、あらためて別稿で応接したい。