

代理における題名の意義：
民法100条本文を手がかりに
(佐藤信一先生・田中克志先生退職記念号)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2014-07-16 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 野々上, 敬介 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00007882

代理における顕名の意義

—民法一〇〇条本文を手がかりに—

野々上 敬 介

第一章 はじめに

第一節 課題の設定

第二節 問題意識

第二章 民法一〇〇条本文をめぐるわが国の議論

第一節 民法一〇〇条の起草時の議論

第二節 顕名されたが代理意思はない場合に關するわが国の議論

第三節 わが国の議論の小括

第三章 ドイツ法の議論

第一節 ドイツ法の規定の概観

第二節 顕名主義の意義

第一款 関係人のための行為の概念の概観

第二款 顕名主義の意義に関する見解の対立

一 通説の見解

二 通説の見解に対する批判説

三 検討

(一) 関係人のための行為の許容性

(二) 顕名主義の意義

第三節 顕名されたが代理意思はない場合に関するドイツの議論

—— B G B 一六四条二項をめぐる議論を手がかりに——

第一款 B G B 一六四条二項の立法段階での議論

一 B G B 一六四条二項の立法の経緯

二 起草過程の議論の小括

第二款 学説の議論

一 錯誤取消しを認める見解

(一) 錯誤取消しを認める見解の根拠

(二) 取消権者が誰であるかに関する議論

(i) 取消権は本人にあるとする見解

(ii) 取消権は代理人にあるとする見解

二 錯誤取消しを認めない見解

(一) フイケンチャーの見解

(二) ラーレンツ／ヴォルフの見解

三 検討

(一) 取消権者に関する議論

(二) 錯誤取消しの可否に関する議論

第四章 日本法への示唆

第一章 はじめに

第一節 課題の設定

民法九十九条一項によれば、代理人が代理権の範囲内において本人のためにすることを示して意思表示をしたときは、その意思表示の効果は直接に本人に生じる。これによると、代理人の意思表示の効果は本人に直接に帰属するた
めの要件は、代理人がその意思表示に対応した代理権を有していることと、意思表示の際に顕名がされたことである。

本稿の課題は、民法一〇〇条本文の規定の趣旨の考察を通じて、代理における関係当事者の法律関係の形成において、顕名が有する意義を明らかにすることである。

第二節 問題意識

この課題設定の背景にある問題意識について、より詳しく述べておきたい。

代理において、代理行為の相手方との間で現実に意思表示をするのは代理人であって、意思表示をするかどうか、するとしてその内容をどのように形成するか、そしてその際に顕名するかどうかを決するのは、それが本人に対する内部的義務違反になることはありうるとしても、第一次的には代理人である。つまり、これらの事項は、第一次的には代理人の意思に委ねられている。しかしながら、顕名については、代理人の意思の自由が制約されうることを認める特別の規定がある。それが、民法一〇〇条本文の規定である。

民法一〇〇条本文は、代理人が本人に法律効果を直接に生じさせることを示さないでした意思表示は、代理人自身に法律効果を生ずることを定めている。これによると、代理人のした意思表示は、顕名がなければ代理人自身に効果帰属し、本人への直接の効果帰属は生じないことになる。

もっとも、民法一〇〇条本文の意義は、この点にとどまらない。民法一〇〇条本文はさらに、顕名がない場合にはその意思表示の効果は代理人自身に生じるものとみなすことをも定めている。これは、自己に法律効果を帰属させる意思が代理人になかった場合、意思表示の瑕疵に関する一般規定からいえば、この意思表示が錯誤に基づいて無効と

される可能性が本来はありうるところ、この可能性を封ずる点にその眼目があるとされている。そして、その趣旨は、一般に、代理行為の相手方の保護の必要性に求められている。⁽¹⁾

民法一〇〇条本文の規律を、代理行為の相手方からみると、意思表示法の一般的規律で認められている以上の保護を相手方が享受しうることを意味する。他方で、代理人の側からみると、この規律の存在は、代理人が自らの意思表示の効果を自己に帰属させる意思をもっていたと評価される振舞いとその意思表示の時点でした場合には、たとえ代理人が実際には代理意思をもっていたとしても、その意思は顧慮されないことを意味する。代理人の意思の自由は、表示されたと評価された内容によって制約されているわけである。

しかしながら、民法一〇〇条本文によって採用されているこの規律が十分に正当化されているかには、疑問の余地がある。というのは、そもそも錯誤の規律は、錯誤者の側を一方的に保護しているわけではないからである。たとえば、錯誤に陥ったことについて錯誤者に重過失があれば錯誤者の側は錯誤無効の主張ができないからである。たとえ無効の主張をすることができると限定されている。また、錯誤者に重過失がなく意思表示の錯誤無効が認められる場合でも、錯誤者は、相手方がその意思表示の有効性を信じたことにより被った損害を賠償しなければならない⁽²⁾。それも⁽²⁾ある。このように、錯誤の規律は、すでに相手方の保護にも一定の配慮をしているとみることができる。にもかかわらず、代理の場合にだけ錯誤の規律を超えた保護を代理行為の相手方に与えることが、代理行為の相手方の保護を理由に挙げることによって充分に正当化されているのかには、疑問の余地があるように思われる。しかしながら、民法一〇〇条本文の意義をどのように解するとしても、民法一〇〇条本文を前提とする限り、これによって代理行為の錯誤無効の可能性が封じられる点に異論を差し挟むことは難しい。

そこで、本稿は、民法一〇〇条本文の規律を前提として、次のような場合を想定して、代理における関係当事者の法律関係の形成において顕名が有する意義について、考察することとする。すなわち、代理人が、顕名されたと評価される態様で意思表示をしたが、実際にはその意思表示の効果を本人に直接に帰属させる意思(代理意思)を有しなかった、という場合である。これは、民法の規定との関係でいえば、民法一〇〇条本文が規定している場合とちよほど逆の場合である。民法一〇〇条本文の規律の趣旨が、相手方の信頼の保護のみにあるとすれば、この趣旨は、民法一〇〇条本文と逆の場合についても妥当すると考えることも不可能ではない。そして、このように考えることは、この場合にも、代理人の意思の自由が、その表示されたところにより制約されうること、つまり、代理人の私的自治が制約されうることを意味する。このように、少なくとも三当事者が登場する代理をめぐる法律関係において、関係当事者の私的自治がどこまで認められるのか、制約を受けうるとしてその根拠は何か、を明らかにすることは、二当事者間での法律関係の形成の場面と同様に、重要な問題であると考えられる。しかしながら従来、こうした観点からの研究は、わが国ではほとんどされていないといつてよい。

以上のような理由から、本稿では、顕名はされたが代理人に代理意思がなかったという場合を取り上げ、民法一〇〇条本文の趣旨や顕名要件の意義を改めて考察するとともに、民法一〇〇条本文の趣旨がこの場合にも妥当しうることかを検討することとする。この検討を通じて、代理をめぐる法律関係において、関係当事者の意思の自由はどこまで尊重されるのか、意思の自由の制約がありうるとしてその根拠はどこにあるのかを明らかにすることが、本稿の課題である。

(1) 後述するように(本稿第二章第一節)、法典調査会ですでにこのような理解が起草者より示されていた。そのほか、岡松参太郎『註
 釈民法理由上巻総則編(訂正二版)』(有斐閣、一八九九年)二二五頁、鳩山秀夫『法律行為乃至時効』(巖波書店、一九二一年)
 二六七頁、於保不二雄編『注釈民法(4)』(有斐閣、一九六七年)三三三頁(濱上則雄)、石田穰『民法総則』(悠々社、一九九二年)
 四〇四頁、川井健『民法概論Ⅰ(民法総則)』(第四版)『(有斐閣、二〇〇八年)二二一頁、四宮和夫『能見善久』(民法総則(第八版))
 (弘文堂、二〇一〇年)三一四頁、山本敬三『民法講義Ⅰ総則(第三版)』(有斐閣、二〇一一年)三五四頁。また、我妻栄『新訂民
 法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、一九六五年)三四八頁は、「取引の安全」の保護を理由として挙げる。その意味するところは必
 ずしも明らかでないが、於保編・前掲三三三頁(濱上)は、これを自らと同旨の見解として挙げている。

(2) 過失がある錯誤者は、不法行為ないし契約締結上の過失に基づく責任として、相手方に損害賠償義務を負うとする見解が近時では
 有力である。小林一俊『錯誤法の研究(増補版)』(酒井書店、一九九七年)二〇二頁(初出、一九七三年)、幾代通『民法総則(第
 二版)』(青林書院、一九八四年)二七五頁、石田喜久夫編『現代民法講義Ⅰ民法総則』(法律文化社、一九八五年)一六三頁(磯村
 保)、川井・前掲注(1)一八一頁、四宮『能見・前掲注(1)二三一頁など。また、代理権授与表示に民法九五条の類推可能性を
 認めた上で、代理権授与表示の錯誤無効を主張する本人に過失があるときは、本人は代理行為の相手方に損害賠償義務を負うべき
 であるとするものとして、佐久間毅『代理取引の保護法理』(有斐閣、二〇〇一年)一四三頁(初出、一九九八年)。

第二章 民法一〇〇条本文をめぐるわが国の議論

第一節 民法一〇〇条の起草時の議論

民法一〇〇条は、法典調査会提出の原案では一〇一条（以下、「草案一〇一条」という）とされていた。草案一〇一条の内容は、民法一〇〇条本文に対応するものであり、修正を受けることなくそのまま民法一〇〇条本文となった。これに対して、民法一〇〇条ただし書は、草案一〇一条には含まれておらず、民法整理会の修正で追加されたものである。

草案一〇一条の趣旨については、提案者の富井政章によれば、次のように説明されている。^③ 代理人が代理人として行為する意思を表示しないが、自己の名で行為する目的も有していない場合、意思表示の一般原則を適用すると、この意思表示は何らの効力も有しないことになる。しかしながら、それでは、「實際ノ需要ニ叶ハナイ」。代理人が代理人として行為する意思を表示することを怠った場合には、たとえ自己のためにする意思がないとしても代理人がその意思表示に拘束されることを規定することは、「實際甚ダ必要ノコト」である。要するに、本条は、顕名がされなかつた場合における代理人に対する制裁である。第三者にとっては、代理人が自己のためにしたものとみるのが当然のことであり、そうであるのに第三者に対して代理人が何の責も負わないということであつては「實際ニ甚ダ弊害ガ」ある、というわけである。

この草案に対しては、いくつかの点について議論が交わされたのち、原案のとおり可決された。もともと、その

議論の過程において、「顕名がない場合には、代理人の真意がどうであれ、代理人のした意思表示の効果は代理人自身に帰属し、代理人側はこの意思表示の無効を主張することができない」というこの草案の命題に対しての異論は出なかった。この命題の正当性自体は、立法段階では疑われていなかったといつてよい。⁽⁴⁾

立法段階の議論について、本稿との関係では、次の二点を確認しておく必要がある。

第一に、民法一〇〇条本文の趣旨については、相手方保護の観点からの説明がされていることである。相手方にとつては、顕名がされなかったときは意思表示をする者が自身に法律効果を帰属させるべく行為しているとみるのが当然であり、この信頼を保護するために、代理人に対する制裁として、代理人の意思の自由を制約する、というわけである。そして、民法制定後の学説においても、こうした理解を引き継ぎ、民法一〇〇条本文の趣旨は代理行為の相手方の保護にあると説かれることが一般的である。⁽⁵⁾

第二に、顕名されたが代理意思がないという場合については、民法一〇〇条本文の立法の過程においてまったく議論されていないことである。そうした経緯を経て制定された民法一〇〇条本文の文言をみても、顕名されたが代理意思がないという場合にもこの規定が適用されることは、起草者の念頭にはなかったと考えられる。しかしながら、こうした場合には民法一〇〇条本文が定める規律は妥当せず、したがって錯誤無効の主張が認められうることを明確にする意図のもとで、民法一〇〇条本文の文言が法文として採用されたというわけでもない。結局、起草時の議論からは、本稿が問題としているこうした場合をどのように取り扱うかについて、態度決定を読み取ることはできない。

(3) 法典調査会民法議事速記録一巻四六丁裏。

(4) 草案一〇一条に対しては、これを不要として削除すべしという意見が法典調査会において出された。しかし、そこで挙げられた理由は、本条が定めようとする規律内容は草案一〇〇条（現行民法九九条）に現れているから本条は不要である（法典調査会民法議事速記録一巻五九丁裏（村田保発言）、あるいは、本条の規律内容は心裡留保の規定でカバーされているから不要である（同六〇

丁表（菊池武夫発言）、というものであり、草案一〇一条が定めようとする規律内容それ自体に対する批判ではなかった。

(5) 前掲注（1）を参照。

第二節 顕名されたが代理意思はない場合に関するわが国の議論

学説では、民法制定後比較的初期の段階では、この点に関する議論がみられた。しかし、近時はこの点を取り立てて論じるものは皆無といつてよい。⁽⁶⁾

そして、これを論じる学説はおおむね、錯誤無効の主張を認めるといふ見解に立っている。⁽⁷⁾ここでは、その代表的見解として、鳩山秀夫の見解を取り上げる。⁽⁸⁾

鳩山によれば、民法一〇〇条本文の趣旨は、次のように説明される。すなわち、行為者に代理意思があるにもかかわらず行為者自身に法律効果を帰属させる意思があったと推断されるべき行為がされた場合、意思と表示の食い違いがあるため、民法九三条ないし民法九五条の適用可能性がありうる。しかし、この場合にこれらの規定を適用することは、代理行為の相手方である第三者の利益を保護するには足りない。したがって、第三者の利益を保護するために、

民法一〇〇条本文の規定が必要である、というわけである。

次に、民法一〇〇条本文の適用範囲について、代理意思がないにもかかわらず代理意思があつたと推断されるべき表示行為がされた場合については、民法一〇〇条本文の適用は類推も含めて排除され、民法九三条ないし民法九五条の適用があるとされている。その理由として、鳩山は、次の二点を挙げている。

第一に、文言の解釈である。民法一〇〇条本文は、その文言上、代理意思があるにもかかわらず、これを表示しなかつた場合に適用範囲が限られている。代理意思がないにもかかわらず代理意思があつたと推断されるべき表示行為がされた場合については、民法一〇〇条本文の適用はない、とする。

第二に、理論的な説明である。すなわち、代理意思を効果意思の一部であると解するならば、表示に対応する意思がない場合には民法九三条ないし民法九五条に従つてその効力を判断することが正当である。にもかかわらず、代理意思の場合に限って、表示があればそれに対応する意思がなくてもよいとする理由には乏しい、というわけである。

このように述べつつも、鳩山は同時に、代理行為の相手方の保護という民法一〇〇条本文の立法趣旨は、代理意思はないが顕名はされた場合にもあてはまることを認めている。しかしながら、以上の二点の理由から、この場合に民法一〇〇条本文の適用はなく、類推適用もできない、としている。

この見解に対しては、次の点を指摘することができる。

鳩山は、代理意思を効果意思の一部であると解することを理由として、代理意思がない場合には意思表示の瑕疵に関する規定が適用されるとしている。これは、一見すると理論的に筋が通っているかのようである。しかしながら、その一方で、民法一〇〇条本文のような代理意思はあるが顕名はされていない場合においては、この規定により意思

表示の瑕疵に関する規定の適用は排除される。そして、民法一〇〇条本文所定の場合に限って、民法一〇〇条本文のような特則を認めることができるのは、代理行為の相手方の保護が問題になるからである、とする。しかし、代理行為の相手方の保護がこうした特則を認める根拠であるとするならば、顕名されたが代理意思はないという場合についても、同じように取り扱うことが考えられてよいのではないかと考えられる。鳩山自身、自らが民法一〇〇条本文の趣旨として理解する相手方保護の必要性はこの場合にも妥当すると認めているからである。そうであるなら、条文の文言上、直接適用は難しいと解するにしても、少なくとも类推適用の可能性は議論されてもよいのではないだろうか。

このように、顕名されたが代理意思がない場合には、民法一〇〇条本文の適用が类推も含めて排除される、とする鳩山の見解は、その論拠が決め手に欠けており、異論の余地がありうると思われる。

(6) この点に関連して、近時の多くの教科書・体系書が代理意思について独立の項目を立てず顕名の要件のみを論じているのは、代理意思がなくても顕名の外觀があれば、代理行為から生ずる法律効果（およびその利益・不利益）が本人に帰属するという立場を前提としているといえよう、と述べるものがある（道垣内弘人「行為―帰属メカニズムについて」NBL七九一―七九一頁（二〇〇四年））。本人への法律効果の帰属の成立要件という点では、近時の学説に対するこのような道垣内の理解は正当であると考えられる。その上で、本稿が検討の対象としているのは、一応成立する本人への効果帰属が、代理意思が欠けていることを理由として否定されるか、という問題である。

(7) 近藤英吉「注釈日本民法〔総則篇〕」（巖松堂書店、一九三二年）三七九頁、林脇トシ子「代理意思について」法学研究三四巻四号六頁および二五頁（一九六一年）。近藤は、わが国の民法がこの場合についてとくに表示主義を採用したものと解することはできない

とする。林脇が、錯誤無効の主張が可能であることは一般の意思表示理論から引き出しうる結果であると述べるのも、同旨であると考えられる。

やや例外なのが、中島玉吉である。中島は、同『民法釈義卷ノ一総則篇（訂正一四版）』（金刺芳流堂、一九二〇年）では、外形上本人のためにする意思が表れているにもかかわらず代理人の内心の意思の効力を認めることは取引の安全を害することから、代理人に本人のためにする真意があることを要しないという見解を採っていた（同五五一頁）。しかしその後、同書の改版増補一八版（金刺芳流堂、一九二五年）では、代理人には本人のためにする真意が必要であって、錯誤の場合には民法九五条の適用がありうる」と改説し、学説の大勢に従っている（同五六九頁）。ただし、改説した理由については述べていない。

（8）鳩山・前掲注（1）二六六頁以下。

第三節 わが国の議論の小括

少なくとも、これまで明示的に主張されてきた見解を前提とする限り、代理人の行為において顕名されたが代理意思はないという場合については、錯誤無効の主張の可能性は排除されていない。意思表示に関する一般的な取扱いに反して、この場合にとくに錯誤の規定の適用が排除されることを正当化する理由はない、というのが、その理由として挙げられている。

しかし他方で、民法一〇〇条本文の趣旨の理解については、代理行為の相手方の保護が挙げられている。かりに、この趣旨理解が正当なのであれば、顕名されたが代理意思はないという場合についても、類推適用の可能性を議論す

る余地がありそうである。また逆に、類推適用されないとするのであれば、これまで述べられてきたような代理行為の相手方の保護という民法一〇〇条本文の趣旨とは異なる趣旨理解の援用が必要となってくるように思われる。

また、従来わが国において、錯誤無効の主張の可能性がありうるとして、その錯誤無効の主張を誰がすることができるとについては、議論はみられない。錯誤無効の可能性を認めるとするならば、この点を明らかにしておく必要があるだろう。

そこで、以上の点に対する示唆を得るため、ドイツ法を参照して、比較法による分析をおこなうこととする。代理制度に関するわが国の民法の規定は、ドイツ民法の立法作業時の草案や議論に非常に大きな影響を受けていることから、ドイツ法における議論を分析することにより、わが国での議論につき一定の示唆が得られると思われる。

第三章 ドイツ法の議論

第一節 ドイツ法の規定の概観

まず、ドイツ代理法の冒頭規定である、ドイツ民法典（以下、BGBとする）一六四条の内容を確認しておく。

BGB一六四⁽⁹⁾条 代理人の表示の効果

一項 代理人がその権限内において本人の名においてした意思表示は、本人の利益及び不利益において直接本人に

対してその効力を生ずる。本人の名を明示して意思表示をしたか、本人の名においてするものであることが事情により明らかとなるかを問わない。

二項 他人の名においてする意思が明らかでないときは、自己の名においてする意思がないことは顧慮しない。

三項 第一項の規定は、他人に対してすべき意思表示をその代理人に対してした場合に準用する。

BGB一六四条一項一文は、代理の要件が、代理人による代理権の範囲内の意思表示と、その意思表示を本人の名においてすること（顕名）、であることを示している。同項二文は、顕名が黙示でもよいことを規定している。

BGB一六四条二項は、顕名がない場合には、たとえ代理人が代理意思を有していたとしても、その意思は顧慮されないことを定めている。「顧慮されない」とは、代理意思どおりに代理が成立することはない、ということを示しているだけではない。これに加えて、意思表示の瑕疵に関する一般規定の適用を排除する意味も含むと理解されている。つまり、この場合には代理人が内心で有していた代理意思とは異なる表示がされているけれども、その意思表示の瑕疵に基づく主張は認められない。とりわけ重要なのは、この瑕疵が代理人の錯誤により生じたものである場合である。意思表示の瑕疵に関する一般規定によれば意思表示の錯誤取消⁽¹⁰⁾が認められうるはずのところ、BGB一六四条二項により、取消しの主張可能性自体が認められないことになる。⁽¹¹⁾こうした理解は、以下で詳しくみるように、立法時に意図的に採用されたものであり、BGB制定後の学説の大勢もこれに従っているといつてよい。

これらの規定と日本民法とを比較すると、BGB一六四条一項一文・三項は民法九九条に、BGB一六四条二項は民法一〇〇条本文にそれぞれ対応していることがわかる。また、BGB一六四条一項二文については、一見してこれ

と対応していることが明らかな規定は、日本民法上には存在しない。もともと、この規定の趣旨は、顕名が黙示でもよいことを規定していると解されているところ、わが国でも顕名が黙示でもよいことについて異論はない。

以上のことから、代理の要件について、わが国の民法とドイツ法の間には、ほぼ相違はないといつてよい。⁽¹⁰⁾

その一方、顕名がされたにもかかわらず、それに対応する代理意思が代理人になかったという場合に関する法律上の規定は、わが国においてと同じく、ドイツにおいても存在しない。したがって、この場合に、代理意思が欠けていることが法的にどのように評価されるかについては、わが国におけると同様、解釈論に委ねられている。そして、ドイツ法では、この場合の法的規律がどのようなべきかについて、一定の議論の蓄積がみられる。

そこで以下では、この問題に関するドイツ法における議論を検討する。検討の順序として、まず、BGB一六四条二項が前提としている顕名主義の意義に関するドイツ法の議論を検討する。次いで、この問題についてどのような議論がおこなわれているかを、顕名主義の意義およびBGB一六四条二項の趣旨との関連に着目して、検討することとする。

(9) 条文訳は、柚木馨『独逸民法（I）民法総則』（有斐閣、一九三八年）を参照した。ただし、条文の表題については私訳によったほか、現代語訳とするために訳文を適宜変更した。

(10) ドイツでは、表意者が錯誤に基づいて主張できるのは、意思表示の無効ではなく取消しである（BGB一一九条）。

(11) これに対して、代理意思と表示の不一致を代理人が認識していた場合は、心裡留保の規定との関係が問題となる。もともと、心裡留保による意思表示はドイツにおいても原則として有効であるとされている（BGB一一六条一文）。したがって、この場合には、

BGB一六四条二項の規定があらうとなかろうと、意思表示の効力につき大きな違いが生じるわけではない。そのため、立法時の議論やその後の学説においても、BGB一六四条二項と意思表示の瑕疵の一般規定との関係については、主として錯誤取消しを念頭において論じられている。

(12) 本章第三節を参照。

(13) やや問題になるのが、わが国の民法一〇〇条ただし書の規定である。この規定に直接に対応する条文は、BGBには存在しない。もともと、この規定は顕名が黙示でもよいことを注意的に規定したものと理解を採るならば（このような理解を採るものとして、我妻・前掲注（1）三四五頁、佐久間毅『民法の基礎』総則〔第三版〕（有斐閣、二〇〇八年）二四九頁）、民法一〇〇条ただし書についてBGB一六四条一項二文が対応するということになる。この問題については、本稿が取り上げる問題と関連するものの、別個の考察も要するため、本稿では検討の対象から除外することとする。

第二節 顕名主義の意義

まず、ドイツ法における顕名主義の意義をめぐる議論について検討する。この検討は、顕名主義の射程や限界が問題となる「関係人のための行為 *Geschäft für den, den es angeht*」の概念の許容性に関する議論の検討を通じて、おこなうこととする。

第一款 関係人のための行為の概念の概観

はじめに、関係人のための行為の概念を概観しておく。

関係人のための行為とは、こんにち支配的な理解によれば、現実の行為者が本人に効力を及ぼすことを欲し、かつ、その行為の相手方が自らの相手方となる者の同一性について無関心である *selbstgültig* 場合に、顕名がおこなわれていなくとも、本人と相手方との間に直接の法律関係が生じる、というものである。⁽¹⁴⁾ 先にみたように、ドイツにおいても、わが国と同じく、代理効の発生につき顕名主義が採用されているから、関係人のための行為は、顕名がなくとも本人に対して直接効果を生ずる点で、顕名主義の例外となる。

関係人のための行為の例として、次のような類型のものがあるとされている。⁽¹⁵⁾ 一つは、現実の行為者が、その行為の相手方に対して、行為者自らがその行為から生ずる権利義務の主体とはならず、行為者以外の者が権利義務の主体となる、ということを明らかにしているものの、その権利義務の主体となる者が具体的に誰かを明らかにしていない、という類型である。⁽¹⁷⁾ もう一つは、行為者が、相手方に対して、行為者以外の者をその行為から生ずる権利義務の主体とすることを明らかにしていない、という類型である。⁽¹⁸⁾ かつては、この二つの類型を区別せず、関係人のための行為として一律に論じられることが一般的であったが、近時は、この両者を区別し、後者の場合のみを関係人のための行為として取り扱うものもある。⁽¹⁹⁾

こういった類型からも明らかであるように、関係人のための行為の概念が認められるかどうかについて検討するには、顕名主義との関係の検討を避けて通ることができない。BGBが代理について顕名主義を採る以上、顕名がされ

たと評価しうるものが、本人への直接の効果帰属の要件であるはずだからである。

そこで、ドイツでは、BGBが採用した顕名主義を前提としつつ、顕名がされない場合になお、本人への直接の効果帰属を認めることができる場合があるのか、あるとしてそれはどのような場合かということが、顕名主義の意義の理解と関連づけて論じられるようになった。⁽²⁰⁾ ここでは、大きく分けて、二つの方向からのアプローチが試みられたといつてよい。⁽²¹⁾ 一つは、現実に行動した二者（行為者と相手方）の意思表示の解釈という手法を用い、この二者間において、行為者の背後にいる者に直接効を生じさせるという意思の合致があった、という認定をおこなうことによつて、顕名主義がなお遵守されているとするアプローチである。⁽²²⁾ もう一つは、顕名主義との衝突が生じうることを認めただで、顕名主義には一定の目的があり、その目的を顧慮する必要がない場合には、顕名がされていなくても本人への直接効が認められることがあつてよいとするアプローチである。⁽²³⁾

関係人のための行為という法形象自体は、判例・学説上、一般に承認されているものの、⁽²⁴⁾ 関係人のための行為という法形象を民法の体系上どのように位置づけるかについては、このように二つのアプローチがある。⁽²⁵⁾ このうち、近時はとくに、第二のアプローチが有力であるといつてよいと思われる。

(14) Karsten Schmidt, *Offene Stellvertretung — Der "Offenkundigkeitsgrundsatz" als Teil der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre*, JUS 1987, S. 425, 428.

(15) なお、ドイツ商法典には、わが国の商法典が規律しているような商事代理に関する非顕名主義の特則は、設けられていない。ドイツで代理の顕名主義を定めるBGB一六四条一項一文が、商行為に関する代理についても直接に適用される。したがって、商行為

に関する代理についても、非顕名主義ではなく顕名主義が採用されていることになる。ドイツにおいても「隠れた代理(Verdeckte Stellvertretung)」という言葉が用いられることがあるが、これは、わが国でいうところの非顕名代理を指すのではなく、間接代理のことを指している。

(16) Karl Larenz/Manhed Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. (2004), § 46 Rn. 37ff.

(17) その例として、Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 16), § 46 Rn. 39ff. 競売を挙げている。つまり、競売においてある物の売却を競売人が委任者から委託されているときに、委任者が自らの名を明らかにされることを望まない場合がある。この場合に、競売人は、物の所有者が競売人以外の者であることは明らかにするが、委任者の名を明かさなのまま競売をおこなう。

(18) その例として、Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 16), § 46 Rn. 41は、日常生活上の取引で、かつ、代金が即時に現金で支払われる取引を挙げている。たとえば、家政婦が、主人の計算で生活必需品を買い入れ、その代金を現金で即時に支払った、という場合である。

(19) たとえば、Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 16), § 46 Rn. 37ff. つづいた論者は、前者の事例を、*顕れた offen*、あるいは不真正の *unecht* 関係人のための行為と呼び、後者を、*隠れた verdeckt*、あるいは真正の *echt* 関係人のための行為と呼ぶ。前者の事例は、意思表示の効果が行為者以外の者に生じることが明らかにされているから、関係人のための行為という特別の法形象は問題とならず、そもそも顕名代理が存在する、とする。前者の事例が関係人のための行為として取り扱われていたのは、権利義務の主体となる者を特定しない意思表示が顕名主義に反しないのか、という点も議論の対象とされていたことによる。

(20) 関係人のための行為の概念の萌芽は、すでに普通法期において見られた。そこでは、*traditio ad incertam personam* という用語の下で、現在の関係人のための行為につながる議論が展開されていた。BGB制定後にこの問題を扱った最初期のものとして、Max Rümelin, *Das Handeln in fremden Namen im bürgerlichen Gesetzbuch*, ACP 93 (1902), S. 131 を挙げるべきであろう。しかしながら、この時代にはまだ、関係人のための行為という名称は定着していなかった。関係人のための行為という名称が定着するのは、一九三〇

- 年代になってからである。その役割を果たした代表的な論者が、Ernst Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung (1931), Wolfgang Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis (1933), S. 118ff. である。
- (21) 関係人のための行為の概念に関するドイツ法の歴史の変遷については、Lutz Wolter, Effektenkommission und Eigentumserwerb (1979), S. 126ff. が詳論している。
- (22) 先に挙げた、BGB制定後の初期の学説、つまり、リュメリン、コーン、シーヘルトなどは、このような立場からこの問題を論じている。また、前掲注(20)で挙げた、普通法期の *raditio ad incertam personam* の議論では、その名称がまさにそれを示している。おり(直訳すると、「不確定の人格に対する譲渡」)、このようなアプローチが採られていた。その後も、このようなアプローチを採る論者は存在する。たとえば、Wolfgang Thiele, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft (1966), S. 206, Hans Josef Wieling, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, Bd. 1 (2006), S. 338 f. などが挙げられる。
- (23) Wolter, a. a. O. (Fn. 21), S. 155 ff.; Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 16), § 46 Rn. 44. これらの見解は、隠れた関係人のための行為の場合には、顕名の目的論的制限や、法の継続形成が問題になっている、という。
- (24) もっとも、関係人のための行為の理論を明示的に否定するものとして、Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. (1992), § 44 II 2.
- (25) この二つのアプローチは、理論的には大きな差異がある。第一のアプローチは、行為者の相手方が、取引相手となるのが誰であるかにつき無関心であることができるという事情から、相手方の意思表示を、「不特定の者を取引相手として受け容れる」という内容に解釈することができる。そして、この相手方の意思が行為者の意思と合致することにより、成立した意思表示の効果が行為者以外の者に生じることが基礎づけられることになる。

これに対して、第二のアプローチは、行為者と相手方との間で成立した意思表示につき、その効果が行為者以外の者に生じることに向けられた意思の合致は存在しないとす（ヴォルターは、第一のアプローチは、相手方の意思の擬制によつてはじめて成り立つものである」と指摘する（Wolter a. a. O. (Fn. 21), S. 152 f.））。その上で、本人への直接の効果帰属の発生に関する意思表示の合致がなくとも、顕名が欠けていることが顕名主義の趣旨に照らして問題がないと考えられる場合には、本人への効果帰属の発生は妨げられないとする。

なお、この本人への直接の効果帰属に関する意思の合致が行為者と相手方との間に存在しないことを認めた上で、この意思の合致の欠缺を契約解釈によつて補充するという方法を模索するものとして、Klaus Müller, *Geschäft für den, den es angeht*, JZ 1982, S. 777がある。このような試みに対しては、この意思の合致の欠缺の補充についてはBGB一六四条二項が優先する、という批判がある（Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 16), § 46 Rn. 44）。批判の趣旨は、ここでは一六四条二項の適用が優先する以上、本人への効果帰属を認めることができるかどうかは、補充的契約解釈ではなく、一六四条二項の解釈論の問題として捉えなければならない、ということだと考えられる。

第二款 顕名主義の意義に関する見解の対立

第二のアプローチからは、顕名主義の趣旨の理解が問題となる。顕名主義の趣旨をどのように理解するかによつて、顕名主義が及ぶ射程（したがって、その限界）が明らかになり、関係人のための行為の概念がどのような場合に認められるか、その際の要件は何か、といったことが定まるからである。

もつとも、顕名の要件がどのような目的のために規定されているものであるかについては、ドイツにおいて争いがある。

通説的見解によれば、顕名要件は、法律行為の他方当事者が誰であるかを代理行為の相手方に対して明らかにすることだけでなく、法的取引 *Rechtsverkehr* を一般的に保護することにも仕えるものである。⁽²⁶⁾ これに対して、顕名は、他方当事者が誰であるかを知ることに対する代理行為の相手方の利益を保護することのみに仕える、と捉える論者もある。⁽²⁷⁾

一 通説的見解

通説的見解は、顕名は代理行為の相手方の保護だけでなく、法的取引を一般的に保護すると捉えている。もつとも、ここにいる法的取引の一般的保護の意味については、着眼点の微妙な違いによって、次の二つに大別することができると思われる。

一つは、代理の関係当事者の債権者の保護に着目する見解である。この立場に立つ論者として、カナリスを挙げることができる。⁽²⁸⁾ カナリスは、顕名主義の趣旨の説明のために、BGB起草時に展開された、BGBの委任に関する規定の箇所ドイツ商法典（以下、HGBとする）三九二条二項に対応する規律を設けることは是非に関する議論を援用する。HGB三九二条二項は、問屋に関する規定であり、その規律内容は次のようなものである。⁽²⁹⁾ すなわち、問屋が委託者からの実行行為から取得した債権は、問屋自身がその債権者となる（HGB三九二条一項）が、当該債権が問屋から委託者に譲渡される前であっても、問屋および問屋債権者との関係では、当該債権は委託者の債権とみなされる（HGB三九二条二項）。このように、HGB三九二条二項は、間接代理形式において例外的に問屋の背後に

いる委託者に物権的な保護を与えることを目的とする規定である。このHGB三九二条二項に対応する規律を、そもそもBGB上の委任の箇所に向け、問屋だけでなく委任一般に妥当させるべきではないかということが、BGBの起草時に議論された³⁰⁾。しかしながら、このことは、次のような理由によって否定された。すなわち、直接代理と間接代理を峻別するドイツ法の体系の下では、事務処理につき他人を用いることを欲する者は、直接代理と間接代理の二つの形式を選択することができる。直接代理を選択すれば、本人は、自らが直接に権利を取得することができる。しかし他方で、本人は、代理人によって設定される義務もまた直接に負担することになる。この義務は、本人が意図していなかった範囲に及ぶことがあるため、直接代理の選択には一定の危険が伴う。この危険を回避するために、本人は、間接代理を選択することもできる。ただ、この場合には、本人は、受任者がする法律行為によって生ずる権利を直接に取得することはできない。このような法制度を前提とするとき、直接代理の効果と間接代理の効果の混合を認めること、つまり間接代理において本人に物権的な保護を与えることは、明確性を欠くことになる。ある者の債権者が、外的にその者に帰属しているようにみえる財産が法的にもそのように取り扱われることを信頼することができないとすれば、信用が大きく損なわれることになる、というわけである。以上のような議論を経て、BGBには、HGB三九二条二項に対応する規律はおかれなかった。

こうしたBGB起草段階の議論をふまえて、カナリスは、BGBの顕名主義は、単に代理行為の相手方の保護だけでなく、法的取引一般の保護にも資するものである、と捉えている。そして、そこにいう法的取引の保護においては、代理をめぐる法律関係において誰にどのような権利が帰属しているかということに対する、代理の関係当事者以外の第三者の信頼の保護、とくに本人や代理人の債権者の信頼の保護が念頭におかれている。

もう一つは、代理をめぐる関係当事者の法律関係の明確性に着目する見解である。この立場に立つ論者として、カールステン・シュミット (Karsten Schmidt) を挙げることができる⁽²¹⁾。シュミットも、代理行為の相手方とならんで、本人や代理人に対する債権者の保護について語っている。しかしながら、ここでは、カナリスの見解とは異なり、こうした債権者などの第三者が具体的に権利の所在を知ることではなく、むしろ、ここで問題となっている代理の関係当事者間における法律関係の明確性を確保することに、力点がおかれているようにみえる。代理による法律関係の形成において、権利や義務が関係当事者の誰に生ずるかが疑わしい場合、第一次的には、その行為に関わる者がこれを明確にしなければならない。そして、その際、代理をめぐる法律関係において、その法律行為の当事者を確定し、法律関係を明確にすることに仕えるのが顕名である、というわけである。

二 通説的見解に対する批判説

以上のような顕名主義の理解に対しては、顕名は代理行為の相手方の保護のみに仕える、と捉える立場からの批判がある。この立場から、通説に対して明示的に反論を試みる論者として、アインゼーレ (Dorothee Einsele) を挙げることができる⁽²²⁾。

アインゼーレは、先に紹介したカナリスの見解を取り上げ、次のような例を挙げてカナリスの主張に反論する。すなわち、たしかに、顕名がされないことによつて、ある者の債権者が、その債務者に債権が帰属しているかどうかにつき、誤解することはありうる。しかしながら、代理人は、顕名して代理行為をした場合、その行為から生じた債権について、本人からその権限が認められていれば、自らがその債権を取り立てることもできるし、自らの有する銀

行口座に振り込ませることもできる。こうした場合には、顕名がおこなわれていても、代理人の債権者が代理人の財産状況につき誤解することがありうる。したがって、顕名は、財産の帰属の問題にとつて、必ずしも法的取引一般の保護に役立つものではない。あくまで、代理人の行為の相手方を保護するものにすぎない。以上のようにアインゼーレはいう。

これに対して、顕名の意義について法律関係の明確性に力点をおく見解に対しての批判は、とくにおこなわれていない。⁽³³⁾

三 検討

(一) 関係人のための行為の許容性

顕名主義の意義については、以上のような理解の対立がある。このうち、顕名は代理行為の相手方の保護のみに仕えるものであるとする理解からは、関係人のための行為の理論を承認することに、さしたる問題はないと考えられる。関係人のための行為が問題となるのは、代理行為の相手方の利益の保護が問題にならないとされる場合だからである。実際、アインゼーレは、関係人のための行為の理論は原則として承認されると述べている。⁽³⁴⁾

これに対して、顕名主義の意義を、代理行為の相手方の保護だけでなく、法的取引の一般的な保護にも仕えるものであるとする通説による場合には、関係人のための行為を承認することには、困難が伴うと考えられる。通説によれば、相手方保護だけでなく、法的取引一般の保護との関係でも問題がないといえてはじめて、顕名主義の目的論的制限を語ることができるはずだからである。⁽³⁵⁾そこで、通説の論者は、関係人のための行為の要件として、仲介者が誰の

権利領域において行為しているかが客観的な基準によって確定可能でなければならぬ、ということ⁽³⁶⁾を挙げる。このような論拠が説得的であるかについて議論はあるものの、⁽³⁷⁾ 顕名主義の趣旨に関する通説的立場の論者からも、関係人のための行為の理論は、一般に承認されている。

(二) 顕名主義の意義

先にみたように、ドイツでは、顕名主義の意義に関して、代理行為の相手方の保護だけでなくひろく法的取引を一般的に保護すると捉える通説と、代理行為の相手方の保護のみが問題となるとする反対説の対立がある。そして、通説の内部でも、代理の関係当事者以外の外部の第三者の信頼に力点をおいて説明する見解と、代理の関係当事者間の法律関係の一義的明確性・確定性の確保に力点をおいて説明する見解が分かれている。このうち、通説の前者の見解は、顕名は必ずしも第三者の信頼を保護するに足りるものではないとして、反対説から批判を受けている。たしかに、顕名は、代理行為の相手方にされればよく、それ以外の第三者に対してされる必要はない。また、顕名によって成立する法律関係とは異なる法律関係の外観が生じる可能性は、実際上も法律上も排除されない。したがって、第三者の信頼の保護に力点をおく見解については、説得力に欠ける面があると思われる。

これに対して、通説のうち法律関係の明確性に力点をおく見解に対しては、有効な批判はとくにみられない。他方で、通説の側からも、相手方保護にのみ仕えるという反対説の見解に対して積極的に批判が展開されているわけではない。また、そのほかにドイツ法の体系的理解として、顕名主義の意義をこのどちらと解するかについて、決定的な決め手はないように思われる。

そこで、ここでは、以上の対立があることを確認した上で、これをふまえて、顕名されたが代理意思はない場合に關するドイツの議論の検討に進むこととする。

(26) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/ Karl-Heinz Schramm, Bd. 1, 6. Aufl. (2012), § 164 Rn. 14, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (begründet von Soergel)/ Ulrich Lepien, Bd. 2, 13. Aufl. (1999), Vor § 164 Rn. 22, Claus-Wilhelm Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Festschrift Flume 70, Geburtstag (1978), S. 371, 406 f., K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 14), S. 426, Flume, a. a. O. (Fn. 24), § 44 I.

(27) 明示的にこう主張するのは、後述するブイーンダーのほかに、Günter Hager, Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980), S. 239, 251, Klaus Müller, a. a. O. (Fn. 25), S. 778. 明示的には主張しませんが、代理行為の相手方の保護にのみ言及するものと「*von*」Larenz/ Wolf, a. a. O. (Fn. 16), § 46 Rn. 19, Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. (2006), Rn. 920.

(28) Canaris, a. a. O. (Fn. 26), S. 406 f.

(29) 条文を掲げておく。条文訳は、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書（六）独逸商法（一）（復刊版）』（有斐閣、一九五六年）によった。ただし、カタカナ書きをひらがな書きに改めたうえで、適宜読点を打つなどの変更をした。

HGB 三九二条 問屋が締結した行為に基づく債権は、債務者に対しては、委託者はその譲渡があった後に初めてこれを主張することができる。

二項 前項の債権は、前項にかかわらず、これが譲渡されていないとしても、委託者と問屋又はその債権者との間の関係においては、委託者の債権とみなす。

- (30) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.2 (1898), S. 360 ff.
- (31) K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 14), S. 426. Plume, a. a. O. (Fn. 24), § 44 I も同様の方向性に立つ。また、当事者の確定が顕名の一つの役割であることは、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Schramm, a. a. O. (Fn. 26), § 164 Rn. 15^φ 同旨と思われる。
- (32) Dorothee Einsele, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips — unter besonderer Berücksichtigung des Geschäfts für den, den es angeht, der fidejuzarischen Treuhand sowie der dinglichen Surrogation —, JZ 1990, S. 1005.
- (33) アインゼーレは、通説に立つ論者の中で「法的取引の一般的保護」の捉え方に微妙な違いがあることを顧慮していないように思われる。実際、アインゼーレは、カナリスとシュミットの見解をとくに区別せず同列に取り扱って論じている。この点については、後掲注(37)も参照。
- (34) Einsele, a. a. O. (Fn. 32), S. 1010.
- (35) 実際、アインゼーレは、顕名主義の趣旨に関する通説の見解に対して、このことを指摘している。Einsele, a. a. O. (Fn. 32), S. 1010.
- (36) K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 14), S. 429. また、Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 16), § 46 Rn. 44^φ これを挙げよう。
- (37) アインゼーレは、関係人の客観的な決定可能性が法的取引一般に対してこの関係人を示すことになる、ということには自動的にならぬ、と批判している (Einsele, a. a. O. (Fn. 32), S. 1009)。
- もつとも、この点については、通説の見解とアインゼーレの見解との間で、法的取引の保護という言葉の解釈にずれがあるのではないかと考えられる。アインゼーレは、先に見たように、カナリスの見解を引いて通説を批判するが、通説の論者の中には、法的取引一般の保護を法律関係の明確性の保護と捉える者もある。そこでいう明確性は、行為者の相手方以外の具体的な第三者にその法律関係を示し、その第三者が法律関係の状況を知りうることを指しているわけではない。むしろ、顕名による法律関係の一義

的確定性が問題にされている。法的取引の一般的保護の意味をこのように捉えるならば、通説の側から、「権利義務の直接の帰属主体となる関係人の客観的・一義的明確性が存在すれば、顕名主義が保護する法的取引の一般的な保護に欠けるところはない」とすることは、論理的に一貫しているということが出来る。

第三節 顕名されたが代理意思はない場合に関するドイツの議論 — BGB 一六四二項をめぐる議論を手がかりに —

本節では、顕名されたが代理意思はない場合に関するドイツの議論を、BGB 一六四二項の趣旨の理解との関連で紹介・検討する。

はじめに、BGB 一六四二項の立法趣旨と、顕名されたが代理意思はない場合がどう取り扱われるかについて、BGB の立法段階ではどのように考えられていたかを明らかにするために、BGB 一六四二項の立法段階における議論からたどることとする。

第一款 BGB 一六四二項の立法段階での議論

一 BGB 一六四二項の立法の経緯

BGB 一六四二項は、代理意思があるにもかかわらず顕名がされなかった場合について、この意思と表示の不一

致に基づいて代理人が錯誤取消しの主張をすることを認めない規律をおくことを目的として、定められたものである。同項は、次のような経過をたどって規定されることとなった。

現行のBGB一六四条に対応する条文は、BGBの第一草案では、一一六条におかれていた。BGB一六四条二項は、第一草案一一六条二項に対応しており、両者の文言は、ほぼ同一である。⁽³⁸⁾その起草趣旨は、大要、次のように説明されている。すなわち、行為者が顕名をしていないが、自らがその法律行為の当事者になることを欲していないという場合、本来は、意思表示の瑕疵に関する規定が適用される。しかし、実務上の必要性からすると、そうした規定を適用しないやり方が求められる。とくに、いわゆる間接代理が頻繁におこなわれるところにあつては、このような抗弁を許容することにより、数多くの場合においてシカーネと紛争が起きるに任せることになるだろう。本項はこれを避けるために規定されたものだ、というわけである。⁽³⁹⁾

第一草案一一六条二項に対して、第二読会において、次のような提案がおこなわれた。すなわち、同項に代えて、「他人の名においてする意思が告げられておらず、事情からも窺われないときは、代理人は自己の名において行為したものと推定する⁽⁴⁰⁾」という規定をおくことである。⁽⁴¹⁾

この提案の論拠は、ひとことでいえば、代理意思はあるのに顕名されなかった場合について、意思表示の瑕疵に関する規定が適用されないとする実質的な根拠はない、ということである。提案者は、代理人が錯誤に陥っている場合を例に出して、次のようにいう。ここでは、代理人は、契約相手方は代理人が他人の名において行為していると理解している、と誤信している。この場合に、代理人が、自己の名で契約を締結した際に錯誤があったという場合よりも重い責任を要求されるべきではない、というわけである。やや不明確であるが、この主張の趣旨は、要するに、意思

表示の効果の当事者となる者に関する錯誤について、その他の意思表示の内容に関する錯誤、たとえば売買の目的物や代金などに関する錯誤の場合と比べて、とくに表意者を厳しく取り扱う正当な理由はない、ということであると考えられる。このような見地から、提案者は、この場合にも意思表示の瑕疵に関する規定が適用されるべきであるとした。

しかしながら、この提案は容れられなかった。その理由は、次のようなものである。すなわち、この提案によれば、取引の安全を危険にさらし、また、近時の法発展とも調和しない。とくに、いわゆる間接代理が頻繁におこなわれていることにかんがみると、他人の名において行為するという意思を明らかにしなかった代理人に、自分はこのような意思を有していた、という抗弁を認めることは許されるべきではない。⁽⁴²⁾ こうした理由づけは、第一草案段階での立法趣旨の説明を踏襲したものであるといつてよい。

二 起草過程の議論の小括

以上の検討から、次のことがいえる。

第一に、BGB一六四条二項は、その制定過程における議論から明らかなように、代理意思はあったのに顕名されなかった場合について、意思表示の瑕疵に関する規定を適用しないこと、とりわけ錯誤取消しの主張を認めない規律をおくという意図をもって、規定されたものである。この点で、BGB一六四条二項が果たす役割は、わが国において民法一〇〇条本文が有しているそれと同じであるといつてよい。

第二に、錯誤取消しの主張を封じる理由は、単純に代理行為の相手方保護のみを顧慮することに基づくものではない

い。むしろ、代理制度を採用することによって生じかねない取引上の危険を排除して、取引の安全を一般的に保護することが念頭におかれている。このような場合に錯誤取消しの主張を認めると、紛争やシカーネが頻発し、取引社会が混乱しかねないという理由から、錯誤取消しの主張をすることは認められるべきでない、というわけである。

第三に、BGB一六四条二項の制定過程を通して、顯名されたのに代理意思はなかったという場合については、とくに議論されていない。この場合に代理意思が欠けていることが法的にどのように取り扱われるか、その際にBGB一六四条二項の規定の存在がどのような意味をもつかについては、解釈の余地が残ったといえるだろう。そして実際、BGB制定後の学説は、この問題に言及している。そこで次に、BGB制定後の学説が、この問題についてどのような議論を展開しているかを検討する。

(38) 一箇所異なるのは、BGB一六四条二項では、他人の名において行為する意思が認識することができるようにされていない、nicht erkennbar hervorreten という文言を用いているのに対し、第一草案一一六条二項では、意思が告げられなかった nicht kundgegeben sein という文言が用いられている点である。

(39) Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd. (1899) <Neudruck, 1979>, S. 475.

(40) 参考までに、提案の原文を掲げておく。なお、本文で掲げた訳は私訳によった。

Ist der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht kundgegeben und auch nicht aus den Umständen zu entnehmen, so wird angenommen, daß der Vertreter im eigenen Namen gehandelt hat.

(41) Mugdan, a. a. O. (Fn. 39), S. 737.

(42) Mugdan, a. a. O. (Fn. 39), S. 737.

第二款 学説の議論

最初に、学説の状況を概観しておく、次のようになる。まず、錯誤取消しを認めるかどうかについて議論が分かれており、そのうち錯誤取消しを認める見解が通説であるといつてよい。次いで、錯誤取消しを認める見解の内部で、この場合の取消権者が本人であるのか、それとも代理人であるのか、について、議論が分かれている。

一 錯誤取消しを認める見解

(一) 錯誤取消しを認める見解の根拠

顕名されたのに代理意思はなかったという場合について、学説では、錯誤取消しを認める見解が通説である。こうした場合については、B G B 一六四条二項の趣旨は及ばず、意思表示の瑕疵に関する一般規定が適用され、とりわけ錯誤取消しの可能性が認められることになる、という立場が採られている。⁽⁴³⁾

その理由は、次の諸点にまとめることができる。

第一に、B G B 一六四条二項の文言の限定性という形式的理由である。B G B 一六四条二項は、代理意思はあつた

のに顕名されなかった場合に限って規定しているのであり、その逆の場合である、顕名されたのに代理意思はなかったという場合については、何ら規定していない。何らの規定もない以上、この場合には意思表示の瑕疵に関する一般規定が適用されるのは当然だ、というわけである。この理由づけは、この場合に錯誤取消しを認める者のほぼすべてによって挙げられている。

第二に、BGB一六四条二項の趣旨からの実質的理由である。錯誤取消しを認める論者は、BGB一六四条二項の趣旨について、いくつかの異なる理解をしている。ある論者は、BGB一六四条二項は代理人を法律行為の他方当事者と信じた相手方の信頼を保護する規定であると捉えている。また別の論者は、間接代理とならんで直接代理制度が採用されたことによって、具体的場合にこの二つの制度のどちらが問題になっているかが不明確にならないよう、両者の間を明確に線引きし、不明確性を除去することにあると捉えている⁽⁴⁵⁾。このように、BGB一六四条二項の趣旨について、いくつかの理解が示されているが、それらに共通していることは、これらの論者は、それぞれが理解するBGB一六四条二項の趣旨は、代理意思はあったのに顕名されなかった場合についてのみあてはまり、顕名されたのに代理意思はなかった場合にはあてはまらない、と考えていることである。

しかし、単純にこのように考えることができるかには、疑問の余地がある。

まず、相手方保護という理由づけについては、次のようにいえる。この見解によれば、BGB一六四条二項の規律によって保護されているのは、代理行為の相手方が、自らと現実に法律行為をおこなった者がその法律行為の他方当事者である、という信頼である。ところで、代理人の行為の相手方が、自らの他方当事者は誰であるかについての信頼を抱くのは、顕名がされなかった場合に限られない。顕名がされた場合には、相手方は、その法律行為の他方当事

者は顕名により名を挙げられた者であることと信頼するだろう。そうすると、BGB一六四条二項の趣旨を相手方の保護と捉える場合、この趣旨は、顕名がされた場合についても同様に妥当すると考える余地があると思われる。

また、直接代理と間接代理の区別が不明確になることを避けるという理由づけについては、次のようにいえる。この立場の論者による説明はやや簡略であり、その意図するところは必ずしも明確ではないが、次のように捉えることができると思われる。すなわち、顕名がなく、したがって外観上は現実の行為者に法律効果が帰属するものとしておこなわれた意思表示について、その行為者が直接代理による法律関係の形成を欲していたとして意思表示の瑕疵を主張することができるすると、もともと間接代理による法律関係の形成が欲せられている場合はもとより、実際にはその行為者が自らのために法律効果を生じさせるべく行為していた場合一般について、錯誤取消しの主張の可能性がありうることになる。これによって、実際に取消しの主張が認められる場合はもちろん、結論として取消しが認められないとしても取消しを求める旨の主張がされることによって、いたずらに紛争が発生しうる。意思表示の一般規定を適用することとすると、こうした帰結を避けられない。そこで、間接代理制度と併存して代理制度を採用したこともなう取引上の危険を取り除くことで代理制度の信用を維持するために、BGB一六四条二項をおくことでその適用が排除された、というわけである。こうした理解を前提とする場合、代理制度をおいたことによる取引上の危険を取り除き、代理制度の信用を維持するという趣旨は、顕名されたのに代理意思はなかった場合についても、同様に妥当すると考える余地はあるように思われる。というのはこうである。こうした場合に取消しの可能性が問題となるのは、現実の行為者に、本人に直接に効果帰属させる意思と自己に法律効果を生じさせる意思の二通りの可能性があることによる。こうした可能性が行為者に存在するのは、代理制度が間接代理制度と併存しておかれたことともな

うものである。そして、この場合に錯誤取消しの主張の可能性を認めるとすると、代理をめぐる法律関係においていたずらに紛争が生じかねない。それゆえ、ここでも、間接代理制度と併存して代理制度を採用したことにともなう取引上の危険が生じうるといふ点で、BGB一六四条二項の規律が採用されることとなった問題状況と、前提を同じくするといえるからである。したがって、直接代理と間接代理の区別を明確にし、代理制度の信用を維持するという趣旨を貫徹しようとするならば、顕名されたのに代理意思はなかったという場合についても、BGB一六四条二項の趣旨が及ぶと考えることもできると思われる。

以上のように、顕名されなかったのに代理意思はあったという場合にはBGB一六四条二項の趣旨は及ばない、という主張は、必ずしも説得力をもつたものとはいえない。それゆえ、この主張を支えているのは、結局、BGB一六四条二項の文言の限定性という形式的な理由だけではないかと考えられる。そして、文言の限定性を根拠とする背景には、それほど明言されているわけではないが、むしろ、BGB一六四条二項の規定が意思表示の一般規定の適用を排除していることの正当性に対する疑念があるのではないかと思われる。⁽⁴⁶⁾

(二) 取消権者が誰であるかに関する議論

次に、錯誤取消しを認める見解においては、さほど活発ではないものの、その場合に取消権が誰に認められるかに関して、議論がある。以下では、代理人が代理権の範囲内で意思表示をした場合を前提として、⁽⁴⁷⁾ドイツ法の議論を検討する。

(i) 取消権は本人にあるとする見解

まず、取消権は本人に認められるとする見解がある。⁽⁴⁸⁾ この見解は、代理が成立する場合には、代理人がおこなった意思表示から生ずる法律効果はすべて本人に帰属することを根拠とする。つまり、相手方に対する法律行為上の権利や義務が本人に帰属するのと同様に、取消権もまた本人に帰属する、というわけである。

(ii) 取消権は代理人にあるとする見解

これに対して、取消権は代理人にあるとする見解がある。⁽⁴⁹⁾ この見解は、本人に取消権を認めるとしても、この場合において本人には錯誤取消しを求める理由がないこと、また、多くの場合に代理人の錯誤は本人にとつて錯誤の重大性が認められないため、本人には取消権が認められないとして、本人に取消権を認めることを否定する。しかしながら、この見解は、取消権が本人に認められない理由については語っているが、そうであるとしてなぜ取消権が代理人に認められることになるのかについては、理由を述べていない。取消しの原因となる事情が代理人の錯誤に基づくことから、取消権も代理人に認めることになるのが当然だ、と考えられているようである。

取消権者をめぐる議論の検討は、錯誤取消しを認めない見解からの批判とあわせて、項を改めておこなうこととする。

二 錯誤取消しを認めない見解

錯誤取消しを認める以上の通説的見解に対して、錯誤取消しを認めない見解も、少数ながら主張されている。この

立場の論者として、フィケンチャー (Wolfgang Fikentscher)⁽⁵⁵⁾、ラーレンツ／ヴォルフ (Karl Larenz/Manfred Wolf)⁽⁵⁷⁾を挙げることができる⁽⁵²⁾。両者はともに、BGB一六四条二項の趣旨を同項が明示的には規律していない場合にも及ぼそうとしていた点で共通している。こうした態度は、通説について指摘したのとは逆に、BGB一六四条二項の規律を肯定的に評価していることの表れと捉えることも可能であるように思われる。もともと、両者はそれぞれ、錯誤取消しを認めないとする理由づけが異なっている。そこで以下では、それぞれの見解について検討することとする。

(二) フィケンチャーの見解

フィケンチャーは、代理意思の要否について、外見上の代理Scheinvollmacht⁽⁵³⁾に関する検討をふまえた上で、有権代理に関する検討をおこなっている。ドイツでは、本来は無権代理であるものの本人が代理人の行為の効果の引受けを拒むことができない場合に関する議論が、権利外観上の代理Rechtsscheinvollmacht⁽⁵⁴⁾という用語のもとでおこなわれており、外見上の代理はそのうちの類型の一つである⁽⁵⁴⁾。外見上の代理とは、本人が代理人の行為を知らないが、取引上必要な注意をすればそれを知り、かつ妨げることができた場合において、本人がその行為の効果の引受けを拒むことができないとする法理である⁽⁵⁵⁾。

外見上の代理についてのフィケンチャーの考えをまとめると、次のようになる⁽⁵⁶⁾。代理意思を外見上の代理が成立するための要件とすると、代理意思が欠けていることよって外見上の代理の効力が否定されることになる。ところで、外見上の代理の成立によって本人が法的に拘束されるのは、権利外観の存在により、取引の保護の必要性があるからである。このとき、権利外観の存在により取引の保護の利益がまさに存在するにもかかわらず、代理意思が欠けてい

ることにより外見上の代理の成立を否定することは、代理意思が取引の利益に優先することを認めることになるが、これは不合理であろう。外見上の代理の法理を認めるとすると、外見上の代理の成立により法的に拘束されることになる本人の意思ですら、取引の利益を保護するために問題とされないのだから、代理人の意思はいつそう問題とされるはずがない。以上のような理由から、ファイケンチャーは、外見上の代理の場合について、代理意思が欠けていることは本人への効果帰属の発生に影響を及ぼさないと考えている。

ファイケンチャーは、以上のような外見上の代理に関する理解を、有権代理についても及ぼそうとする⁽⁸⁷⁾。ファイケンチャーは、外見上の代理について述べた代理意思を顧慮することの不当性が、有権代理の場合についても妥当する根拠として、相手方の保護の問題と本人への確定的な効果帰属の妥当性の問題に着目して、有権代理の場合にも本人への効果帰属にとって代理意思は問題にならないとする。

まず、相手方の保護の点については、次のようにいう。代理人が作出する外観を相手方の視点から眺めると、有権代理の場合も、外見上の代理の場合と何ら変わらないようにみえる。つまり、相手方の保護の必要性は、外見上の代理の場合と有権代理の場合とで変わらない。とすれば、外見上の代理の場合に代理人の代理意思が欠けていることを理由に錯誤取消しを認めるべきでない以上、有権代理についても同様に考えるべきである。

次に、本人への確定的な効果帰属の妥当性については、次のようにいう。代理意思が顧慮されないとすると、顕名ありという外観に反して代理人が自己に法律効果を帰属させることを欲して行爲した場合でも、その行爲の効果は本人に生じることになる。しかし、本人は、自らが授与した代理権に相応する法律関係が形成されることを、当然に覚悟すべきである。代理人の意思表示に対応した代理権が欠けている場合でも本人への効果帰属が生じるのだから、代

理人に代理権が認められている場合にはなおさら、本人への効果帰属を妨げる必要はない。

こうしたフィケンチャーの見解に対しては、外見上の代理と有権代理を混同しているという批判がある。すなわち、外見上の代理は、権利外観に対する相手方の信頼の保護のために、本人の意思表示を権利外観によって置き換えるものである。ところが、フィケンチャーは、有権代理において、代理人の意思表示を権利外観によって置き換えようとしている。両者は問題状況を異にしており、外見上の代理の議論を有権代理の議論に応用して同列に論じることはできない、というわけである。⁸⁸⁾

この批判は、当を得たものであると思われる。外見上の代理の法理は、相手方の信頼の保護のために本人の意思が顧慮されないとするものであり、この場合に代理人の意思も顧慮されないかどうかは別個の考察を要するはずだからである。こうした批判をかわし、ここでの問題についてフィケンチャーのように外見上の代理と有権代理との対比に意味を見いだそうとするならば、外見上の代理において代理人の意思が顧慮されるべきでないとする論拠を明らかにした上で、その論拠が有権代理にも妥当するかどうかを論じる必要がある。しかしながら、フィケンチャーの見解において、この点が充分に考察されているとはいえない。

本人への効果帰属について本人の意思ですら顧慮されないのだから代理人の代理意思はいつそう顧慮されない、と説かれているところをみると、フィケンチャーは、本人への効果帰属に関して代理意思は顧慮されるべきでないということが、自明の前提とされているようである。こうしたフィケンチャーの見解の背後には、外見上の代理の法理を手がかりとして、代理行為の相手方の保護のために、本人・代理人側の事情について、その意思ではなく、表示によって表れた外形によって法律関係を確定してしまうという発想があるように思われる。それゆえ、フィケンチャーの見

解の評価は、このようなフィケンチャーの基本的な発想をどう評価するかにかかっていると考えられる。

（二） ラーレンツ／ヴォルフの見解

フィケンチャーの見解と異なり、代理人に取消権を認めることが本人の法的地位への不当な介入になるという観点から、錯誤取消しの可能性を認めないと主張するのが、ラーレンツ／ヴォルフの見解である。⁽⁹⁹⁾ この見解は、BGB一四四条二項とは逆の場合についても錯誤取消しが排除されるべき理由について、もしこれを認めるとすると、本人はBGB一二二条による信頼利益の賠償請求権を認められることなく、自らの法的地位へも介入を受けることになるだろうからである、という。この見解は、次のように理解することができるだろう。すなわち、代理人の意思表示が代理権の範囲内でおこなわれたものであり、顕名もされたとすると、この意思表示の効果は、本人と相手方との間に生じる。この意思表示が本人によって取り消されると、本人は自己の意思で法律関係を変動させるのであるから、その法的地位に関して他人の介入を受けることにはならない。その法的地位につき他人の介入を受けるのは、相手方のみである。これに対して、代理人によって取り消されると、本人と相手方の双方とも、法的地位への他人による介入を受けることになる。ところで、いったん成立した意思表示が錯誤を理由に取り消される場合、相手方は、その意思表示が有効であることを信頼したことにより被った損害の賠償を請求することができる（BGB一二二条一項）。これにより、相手方の法的地位については、信頼利益の賠償を受けられることで一定の配慮がされる。これに対して、本人は、このような賠償を受けることもできないまま、法的地位に不当に介入を受けることになる。

このように、この見解は、代理人に取消権を認めることの不都合性に着目して、本人への直接の効果帰属には代理意思は問題とならないとし、錯誤取消しの可能性を認めることを否定している。もつとも、この見解は、本人に取消権を認めることの不都合性については論じておらず、本人に取消権が認められないのはなぜなのかについては、この見解は明らかにしていない。

三 検討

(一) 取消権者に関する議論

錯誤取消しの可能性を認める通説のうち、取消権を代理人に認める見解は、積極的に自説を根拠づけているわけではなく、それ自体として説得力に欠ける面がある。代理が成立する場合、代理行為に基づく法律効果はすべて本人に生じることが、代理の原則である。かりにこの場面において本人には取消権を行使する理由に乏しく、あるいは本人からみると錯誤の重大性が欠けているとしても、錯誤に基づく取消権だけが本人ではなく代理人に認められることについて理論的な根拠は示されていない。また、この場合に代理人に取消権を認めることは、錯誤取消しの可能性を否定する見解の一部が指摘していた、本人の法的地位への不当干渉になる。すなわち、代理の要件が揃った場合、それによって本人と相手方の間に法律関係が形成される。この法律関係を取消しによって消滅させることは、本人の法的地位への不当干渉になるおそれがある。これを不当でないというためには、代理人自身に、この行為を取り消す固有の利益が存在することが必要である。ところが、代理人に取消権を認めても、代理人は、行為を取り消すことができるだけであり、それによってその行為の効果が代理人自身に帰属することになるわけでも、自身に帰属させるよ

う要求することができるわけでもない。結局、代理人による取消しは、代理人自身の利益にほとんどならない。

以上のように考えると、少なくとも代理人が代理権の範囲内で意思表示をおこなった限りにおいては、代理人に取消権を認める根拠は、理論的にも実際上も乏しいといわざるをえない。⁽⁶⁰⁾

他方で、取消権を本人に認めることにも、問題がないわけではない。代理人が代理権の範囲内で意思表示をした場合、それによって本人が代理権授与により目指した法律関係が形成されるのであるから、本人にこの意思表示の取消しを認める必要はないはずである。それにもかかわらずこの場合に、本人に取消権を認めることは、本人に、代理行為後の事情の変化をみて、法律関係を維持するか否定するかを選択権を与える結果となる。たとえば、本人が相手方との間で土地を買い入れる契約を代理によって締結した場合において、その後土地の価値が売買契約の締結時以上になった場合は契約の効力を維持し、土地の価値が売買契約締結時を下回ることになった場合には錯誤取消しを主張して契約の効力を否定する、ということが可能になる。このような可能性を本人に認めることは適当とはいえない。また、相手方の立場からしても、代理の場合にこうした不安定な地位を強いられるのはなぜか、納得のいく論拠はないように思われる。このようなことを認めると、代理行為の相手方になる者にとって代理制度は危険なものとなる。そうすると、取引社会において、代理人を用いる者との間では法律行為をおこなうことが忌避されるようになり、ひいては代理制度そのものの有用性や信用性が毀損されることにつながりかねないだろう。

このようにみると、錯誤取消しの可能性を認める見解において、取消権を誰に認めるかに関する議論は、いずれの立場の主張もそれぞれ難点を抱えている。そうすると、そもそもこの場合に錯誤取消しの可能性を認めるべきかどうかを、改めて検討する必要があると考えられる。

(二) 錯誤取消しの可否に関する議論

すでにみたように、ドイツでは、顕名されたのに代理意思はなかったという場合について、錯誤取消しを認める見解と認めない見解が対立している。そして、錯誤取消しを認める見解は、BGB一六四条二項の文言の限定性という形式的理由と、その文言の限定性にはBGB一六四条二項の趣旨（相手方の保護または代理制度の信用の維持）に照らして実質的理由があることを挙げていること、しかしながらその実質的理由については必ずしも説得的な論拠とはいえないことを明らかにした。これに対して、錯誤取消しを認めない見解は、この場合に錯誤取消しを認めることの不当性を問題にしていた。そして、この対立の背景には、BGB一六四条二項の規律に正当性を認めるかどうかに対する評価の違いがあるのではないかということを指摘した。

BGB一六四条二項の規律に正当性を認めるかどうかを評価するには、BGB一六四条二項だけに着目することでは不十分であり、代理制度全体のなかでこの規律がどのように位置づけられるかを検討する必要があると思われる。そして、BGB一六四条二項との関係で最も重要な代理法の原理は、同項がまさに前提としている顕名主義である。そこで、顕名主義の意義の理解との関係で、BGB一六四条二項の規律がどのように評価されるかを検討する。

顕名主義の意義については、すでに述べたように、代理をめぐる法律関係全体の明確性の確保と捉える見解と、代理行為の相手方の信頼の保護に限られるとする見解とが、互いに有効な批判を向け合うことなく並立していた。そこで、この二つの見解のそれぞれを前提とすると、この問題がどう捉えられることになるかを検討する。

まず、顕名主義の意義は代理行為の相手方の信頼の保護に限られるとする見解からすると、次のように考えられると思われる。たしかに、相手方は、自らの他方当事者となる者が誰であるかを知ることには利害を有している。しかし、

相手方が知ることと利害を有しているのは、売買契約における目的物や代金などといった、意思表示のその他の要素についても同様である。そして、それらの要素については、代理以外の場合はもとより、代理の場合についても、意思表示の一般規定が適用される。にもかかわらず、代理の場合に、他方当事者が誰であるかについてだけ、意思表示の一般規定が定めている規律を超えて、その信頼がいかなる場合にも裏切られないとすることに、合理的な理由を見いだすことは難しいように思われる。このように考えると、BGB一六四条二項の規律に実質的な根拠は見いだし難く、その適用範囲をできるだけ限定し、BGB一六四条二項が定めていない場合についてはBGB一六四条二項の趣旨は及ばない、とする考え方につながると考えられる。

これに対して、顕名主義はたんに相手方の信頼を保護するだけでなく、よりひろく代理をめぐる法律関係全体の明確性を確保するためにあるとする見解によれば、次のように考えられると思われる。

すなわち、この見解によれば、顕名の有無によって法律関係を一義的に確定することが、本人の法定地位への不当な介入を防ぐとともに、結果をみてから事後的に行為の有効性を一方的に判断されかねないという不安定な地位から相手方を解放し、ひいては代理制度全体の信用を維持するために、望ましい。そこで、BGB一六四条二項は、顕名がない場合に法律関係をそのとおりに(つまり、代理人を当事者とする点で、積極的に評価すべき規律であるということになろう。そうであれば、BGB一六四条二項の趣旨は顕名されたのに代理意思はなかったという場合にも及び、錯誤取消しの可能性を認めるべきでないという考え方につながると思われる。

- (43) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Schramm, a. a. O. (Fn. 26), § 164 Rn. 65. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Eberhard Schilken, § 164 Rn. 21, Soergel/Leptien, a. a. O. (Fn. 26), § 164 Rn. 12, Bamberger/Rohr, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Michael Valentini, Bd. 1, 3. Aufl. (2012), § 164 Rn. 44, Andreas von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 2 Hälfte (1918), S. 346, Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd, 15. Aufl. (1960), § 178 II 2, Manfred Lieb, Zum Handeln unter fremdem Namen —BGHZ 45, 193—, JUS 1967, S. 106, 111 f., Flume, a. a. O. (Fn. 24), § 44 III.
- (44) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Schramm, a. a. O. (Fn. 26), § 164 Rn. 62, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Schilken, a. a. O. (Fn. 43), § 164 Rn. 17. 同項に対する「正しい」理解は、すべからず立法時の議論では、必ずしも現れていなかったものである。
- (45) Soergel/Leptien, a. a. O. (Fn. 26), § 164 Rn. 34, Flume, a. a. O. (Fn. 24), § 44 III. また、Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (RGKR)/Erich Steffen, Band 2, 4. Teil, 12. Aufl. (1978), § 164 Rn. 8 が、BGB一六四条二項および「代理制度は有用性が確保されべき」と述べるのも、同旨と思われる。こうした理解は、表現こそ違っているが、立法時に同項の制定を基礎づけた発想に近いものといえる。実際、フルーメは、立法時の理由づけを引用した上で、自らの理解を展開している。
- (46) BGB一六四条二項の規定がある以上、同項が規定するような場合について錯誤取消の可能性が封じられることは認められた上で、BGB一六四条二項を支える正当な理由はなく、立法論としては、代理人の意思の推定にとどめるといふBGB立法段階で退けられた提案が正当であったことを明言する見解として、Rümelin, a. a. O. (Fn. 20), S. 205 f. また、同項の正当性を疑問視する近時の見解として、Florian Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2013), § 25 Rn. 12 などを参照。

- (47) 代理人の行為が、無権代理でかつ表見代理も成立しない場合には、代理による法律効果が本人に生じない。そのため、この場合には、次の(一)でみるように、取消権を本人に認める見解がよって立つ前提が欠けることになる。この場合に代理人に取消権を認める実益があるかにについては、後掲注(60)を参照。
- (48) von Tuhr, a. a. O. (Fn. 43), S. 346; Soergel/Leptien, a. a. O. (Fn. 26), § 164 Rn. 12.
- (49) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Schramm, a. a. O. (Fn. 26), § 164 Rn. 66; Staudinger Kommentar/Schilken, a. a. O. (Fn. 43), § 164 Rn. 21; Flume, a. a. O. (Fn. 24), § 44 III.
- (50) Wolfgang Fikentscher, Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154 (1954), S. 1, なお、本論文については、すでに、林脇・前掲注(7)にその内容が網羅的に紹介されている。本稿では、本稿の課題と関係する限度において、フィケンチャーの見解を取り上げることにする。
- (51) Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 16), § 46 Rn. 28.
- (52) そのほか、Palandt/Jürgen Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. (2013), § 164 Rn. 16も、錯誤取消しは認められないとする見解に立つことを明らかにしているが、その根拠は述べていない。
- (53) フィケンチャーはScheinvollmachtという用語を用いているが、現在はAnscheinvollmachtという用語が用いられることが一般的である。
- (54) もう一つの類型が、容認代理Duldungsvollmachtである。これは、本人が代理人の行為を知らず容認している場合に、本人は効果の引受けを拒むことができないとするものである。そのほか、ドイツでは、わが国と異なり、代理行為の相手方に対する外部的代理権授与が認められている(BGB一六七条一項)。このように、ドイツとわが国とで、無権代理にもかかわらず本人が効果の引受けを拒むことができない場合に関する議論の前提や状況は異なっている。

- (55) 外見上の代理は、確立した判例法理として認められているが、学説上はこの法理の承認を否定する見解も有力である。もともと本稿ではこの点には立ち入らない。
- (56) Fikentscher, a. a. O. (Fn. 50), S. 14 f.
- (57) Fikentscher, a. a. O. (Fn. 50), S. 18.
- (58) Lieb, a. a. O. (Fn. 43), S. 112. もともと、フィケンチャーの見解に対してこうした実質的な批判がおこなわれることはまれであり、通説側の論者のほとんどは、フィケンチャーの見解を、たんに反対説があるとして紹介するのみか、代理意思は代理の要件として当然に必要なのであるからフィケンチャーの見解は正当でない、といった外在的批判を向けるにすぎない。
- (59) Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 16), § 46 Rn. 28.
- (60) これに対して、代理人が無権代理人と評価される場合には、代理人に取消権を認めることに意味があるとされる (MünchKommZurBürgerlichen Gesetzbuch/Schramm, a. a. O. (Fn. 43), § 164 Rn. 66; Heinz Hübler, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2., neubearbeitete Aufl. (1996), § 46 C 3 Rn. 1221)。ドイツでは、無権代理人が契約を締結した場合において本人から追認を得られないときは、相手方の選択に応じて履行責任または損害賠償責任を負う (BGB 一七九条一項)。この責任は無過失責任であるが、ただし、無権代理人が自らに代理権がないことを知らなかったときは、無権代理人の責任は信頼利益の賠償に限定される (BGB 一七九条二項)。そこで、無権代理人は、自らに代理権がないことを知っていた場合において、相手方が損害賠償責任を追究してきたときには、代理行為を錯誤を理由に取り消すことでこの責任を免れることができるという点で、代理人に取消権を認める実益があるとされている (これに対して、相手方が履行責任を追究してきたとき、および、無権代理人が自らに代理権がないことを知らなかったときには、無権代理人に取消権を認める実質上の意味はないとされる。前者の場合については、無権代理人が自らに代理権がないことを知っていた場合には、通常、無権代理人は自己に法律効果を帰属させるべく行為していると考えられ

る。そのため、相手方からの履行に応じ、自らも相手方に履行を求めることは、まさに無権代理人が欲していたことであると考えられるからである。また後者の場合には、かりに代理行為を錯誤により取り消しても、無権代理人は錯誤の規律に基づいて、BGB一七九条二項の責任内容と同様の信頼利益の賠償責任を相手方に対して負う（BGB一二二条一項）。したがって、この場合にも無権代理人に取消権を認める実際上の意味はないとされる。たしかに、無権代理の場合には、そもそも代理行為の効果が本人に帰属する余地はなく、したがって本人に取消権が認められる余地もない。そこで、このように代理人に取消権を認める実益があるのだから代理人に取消権を認めるべきである、という主張はありうる考え方である。実際、取消権を、有権代理の場合には本人、無権代理の場合には代理人に認めるとする見解もある（Bamberger/Roth/Valentin, a. a. (Fn. 43), § 164 Rn. 44）。しかしながら、本文で述べたように、少なくとも代理人が代理権の範囲内で意思表示をしたときには、代理人に取消権を認める根拠には乏しいと思われる。

第四章 日本法への示唆

以上のドイツ法の議論の検討から、わが国の議論にどのような示唆を得ることができるかを明らかにしたい。

一 民法一〇〇条本文の趣旨とその射程

一 民法一〇〇条本文の趣旨の理解

まず、民法一〇〇条本文の理解とその趣旨の射程について、である。

わが国では従来、民法一〇〇条本文の趣旨について、相手方の信頼の保護と捉える見解が一般的であった。しかしながら、こうした理解が唯一ありうるものというわけではない。ドイツでは、代理と間接代理の両制度とともに採用したことにともなって生じかねない取引上の危険を排除するために、代理人が顕名をしなかった場合には、法律行為の当事者に関する代理人の意思が表示と異なるときであっても錯誤取消の可能性を認めずに法律関係を確定するという理解が、BGB一六四条二項の立法を基礎づけ、BGB制定後の学説にも引き継がれている。わが国でも、民法一〇〇条本文の趣旨は相手方の信頼の保護にあるとしつつ、錯誤無効の主張を認めないことで法律関係を一義的に確定することがこの規定の機能であると述べる見解がある⁽⁶¹⁾。しかしながら、こうした法律関係の一義的な確定は、民法一〇〇条本文の機能ではなく、まさにこうした法律関係の一義的な確定と、それによる代理制度の信用の維持を確保することそれ自体が、民法一〇〇条本文の趣旨であると捉える可能性がある⁽⁶²⁾。

二 顕名されたのに代理意思がなかった場合における民法一〇〇条本文の趣旨の射程

ドイツでは、すでにみたように、BGB一六四条二項について、相手方の信頼の保護または代理制度の信用の維持がその立法趣旨であると捉えながら、この趣旨は、BGB一六四条二項の場合とは逆の、顕名されたのに代理意思がなかった場合には及ばず、この場合には意思表示の一般規定が適用され、錯誤取消しが認められようとする見解が通説であった。わが国において錯誤無効の可能性を認める論者が採る論理は、このドイツの通説と軌を一にしているといつてよい。したがって、わが国の錯誤無効を認める見解に対しても、ドイツの通説が抱える問題点を指摘することができる。つまり、錯誤無効の主張を代理人に認めることは本人の法的地位への不当な介入になる、また、錯誤無効

の主張を本人に認めることは結果をみてから行為の有効性を本人に判断されるという不安定な地位に相手方をおくことになり、ひいては代理制度全体の信用が毀損されることになりかねない、という問題点である。

もつとも、ドイツ法の検討によれば、BGB一六四条二項の趣旨は、必ずしもこの問題について一定の明確な結論を導くわけではなかった。むしろ、BGB一六四条二項の規律の正当性に対する評価が、この問題を考察する手がかりになる。したがって、BGB一六四条二項が前提とする顕名主義の意義との関係を考察することが重要である。

これをわが国の議論にあてはめると、わが国においても、民法一〇〇条本文の規律の正当性を、顕名主義の意義との関係で再検討する必要があると考えられる。

二 顕名主義の意義

わが国においては従来、顕名主義の意義の理解については、次の二つの見解によって大勢が占められているといつてよい。一つは、代理効の根拠は効果意思たる代理人の代理意思にあると捉えた上で、相手方のある法律行為の場合には、効果意思がその内容どおりの法的効果を認められるためはその表示が必要であるところ、まさにこの効果意思の表示にあたるのが顕名である。つまり、顕名は、法律行為の内容に関する場合と同様に、法律行為の帰属先に関するもの、それに向けられた効果意思およびその表示に基づいて、それに対応する法律効果が生じるといふ意思表示の原則を示したものにすぎない、という理解である。もう一つは、代理効の根拠は代理権にあると捉えた上で、顕名は代理効の発生に当然に必要とはいえないにもかかわらず、とくにこれが要求されるのは、代理行為の相手方が、自らの他方当事者となる者は誰かを知ることにより利害を有するところ、この相手方の利害を保護するためである、という理

解である⁽⁶⁴⁾。

しかしながら、ドイツ法の検討の結果、こうした理解とは異なる観点からの理解がありうるということが明らかとなった。それが、代理をめぐる法律関係の明確性の確保という観点から顕名主義の意義を捉えることである。このような捉え方が、ドイツではむしろ通説といってよい状況にあった。顕名主義の意義をこのように捉えるという理解は、わが国においてもこれまでまったく示されてこなかったというわけではなく、わずかではあるがすでにこのような理解を提唱する論者もいる⁽⁶⁵⁾。わが国において、これまでのところ、こうした理解がありうるということがひろく意識されているとはいえない状況にあると思われるが、顕名主義の意義について、こうした観点からの捉え方があるという問題意識が、わが国でもひろく共有されるべきだと考えられる。すでにみたように、顕名主義の意義に関する考察は、純粹に理論的な解釈論の次元にとどまる問題ではなく、顕名主義の意義の理解しだいで、代理をめぐる関係当事者の意思の自由とその制約についてどのように考えることになるかが定まりうることになる。したがって、こうした観点からの捉え方があることもふまえた上で、わが国において顕名主義の意義についてどのように考えるべきか、改めて検討する必要があると考えられる。

三 残された課題

以上、わが国の議論に対する示唆を得られる点について検討した。もともと、本稿に残された課題も数多く残っている。

その最も大きなものは、顕名主義の意義を代理における法律関係の一義的明確性の確保と理解した場合に、本稿が

設定した課題以外の代理をめぐる問題について、どのような影響が及ぶか、またどのように考えるべきか、ということ明らかにすることである。その主要なものとして、さしあたり次の二つを挙げることができる。

第一に、法律効果の帰属先に関する代理人の意思と表示が一致していない場合において、相手方が代理人の真の意思どりの法律関係を認めることができるかどうかという問題がある。これは、民法一〇〇条本文の本来の適用場面と、その逆の場合の場面の両方で問題となる事柄である。顕名主義の意義や民法一〇〇条本文の趣旨を相手方の保護のみと捉えるとすると、相手方が自らこの保護を放棄して、代理人の真の意思どりの法律関係が形成されることを容認することは妨げられないと考えることも可能である。これに対して、顕名主義の意義について代理をめぐる法律関係の明確性の確保という観点を強調するならば、相手方からのこうした容認もまた、顕名の有無による法律関係の明確性という要請に反して許されないと考えることも可能である。いずれにせよ、この点も、わが国において顕名主義の意義をどのように捉えるかに関わっている。したがって、この問題を検討するには、顕名主義の意義との関連で考察することが重要となる。

第二に、民法一〇〇条本文との関係では、同条ただし書の理解が問題となる。同条ただし書については、同条本文の趣旨を相手方の信頼の保護と捉えた上で、相手方が悪意または過失がある場合には、相手方の信頼は保護に値しないとして、代理人の真の意思どりの法律関係の形成が認められる、という理解が、わが国において一般的な捉え方であるといつてよい。これに対して、相手方が悪意の場合とはもかく、相手方に過失があるにすぎない場合にまで同条ただし書の規律を適用するのは妥当でないとして、同条ただし書は、顕名が黙示でもよいことを注意的に規定したものと解すべきである、という見解も主張されている⁶⁶。しかしながら、すでに述べたように、そもそも民法一〇〇条

本文の趣旨について、相手方の信頼の保護とは異なる理解、つまり、代理をめぐる法律関係の明確性を確保し、これによって代理制度の信用の維持をはかるものという理解がありうることを指摘した。こうした理解によれば、同条ただし書はどのように解すべきことになるかも、考察を要する課題である。⁽⁶⁷⁾

(61) 川島武宜『民法総則』(有斐閣、一九六五年)三六四頁、於保編・前掲注(1)三三頁〔濱上〕。

(62) 簡潔な叙述でありその意図するところはやや不明瞭であるが、このような理解を示唆しているとみうるものとして、於保不二雄『民法総則講義』(有信堂、一九五一年)二二〇頁。また、幾代・前掲注(2)三三三頁は、民法「一〇〇条本文は、単に相手方保護という趣旨をこえ、行為を客観的・画一的に性格づける趣旨のもの」と述べている。ただし、幾代はこの叙述について川島・前掲注(61)三六四頁の参照を指示していることから、前記叙述が川島の見解とは異なるとの意図でおこなわれているかは、必ずしも明らかでない。

(63) 鳩山・前掲注(1)二五八頁、於保・前掲注(62)二二六頁、我妻・前掲注(1)三三九頁・二四二頁。

(64) 四宮||能見・前掲注(1)三二三頁、広渡清吾「代理権」奥田昌道ほか編『民法学1《総論の重要問題》』(有斐閣、一九七六年)二二一頁、二二九頁など。

(65) 佐久間毅「代理」法教三五八号九頁(二〇一〇年)。

(66) 前掲注(13)を参照。

(67) 民法一〇〇条ただし書について論じるごく近時のものとして、佐々木典子「顕名の意義——民法一〇〇条但書について——」同志社法学六五卷二号一二九頁(二〇一三年)がある。同論文は、本稿とは異なる問題意識から出発しているが、本稿が検討した問題についても触れるところがある。