

## 論説 ドイツにおける撤回できない代理：権利担保論の一環として

著者	鳥谷部 茂
雑誌名	筑波法政
巻	4
ページ	55-123
発行年	1981-03
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2241/00155685">http://hdl.handle.net/2241/00155685</a>

# ドイツにおける撤回できない代理

— 権利担保論の一環として —

鳥谷部 茂

## 目 次

- 第一節 はじめに
- 第二節 BGB成立まで
  - 一 ドイツ普通法における学説・判例
  - 二 第一草案をめぐって
  - 三 第二草案について
- 第三節 BGB成立後
  - 一 撤回の可否と放棄
  - 二 要件設定と適用類型

ドイツにおける撤回できない代理

三 目的類型と保護利益

四 内容と意義

第四節 日本法への展望

一 序

二 若干の展望

## 第一節 はじめに

一 本稿の目的は、権利担保論の一環としてドイツにおける撤回できない代理を論ずることにある。ここで撤回できない代理を権利担保として論ずるのは、授権者が自己の債権者である代理人に対して撤回できない代理権を授与するという事実が、代理人の自己に対する債権の回収を確保するための担保であり、かつ、提供の対象となるものの目的物が、授権者が第三者に対して有する権利（本稿では主として指名債権）であるからである。権利でない場合は、原則として本稿の対象から外れることになる。

わが民法は、撤回できない代理についての規定を有せず、第一一条第一項で消滅事由を掲げ、第二項で「其他委任ニ因ル代理権ハ委任ノ終了ニ因リテ消滅ス」と定めるにすぎない。そのため、法典に即した撤回できない代理に関する解釈論は、これまであまり展開されなかつた。

ところで、右条項は、委任と代理を峻別するドイツ民法に倣って作られたにもかかわらず、「委任ニ因ル代理権」

と規定された。また、代理権の撤回については、何ら定めを有しない。何故であろうか。ここから、起草者は代理を総則編に、委任を債権編に体系づけたものの、代理・授權・委任の基礎的な関係については、フランス法に倣った旧民法の場合と同様に、十分理解していなかったことを窺うことができる。すなわち、起草者は、「恐らく授權行為を委任と混同し、少なくとも其基礎には常に委任関係が存在するものと考え、而して委任は何時にても当事者の各一方から告知し得るが故に（民法第六五一条）、之によつて撤回と同一の効果を招来し得ると為したものと」<sup>(3)</sup>と考えられる。これによれば、撤回できない代理の可否を直接に論ずることよりも、まず、その基礎的関係である委任の解除を論じなければならぬことになる。わが国において、委任契約の解除については論じられたが、撤回できない代理についてあまり論じられなかったのは、右のような事情によるものである。<sup>(4)</sup>

しかしながら、わが民法第一一一条二項の規定の仕方は、第一に、委任と代理を峻別するドイツ法に倣いながらも内容的には峻別しないあいまいな形となつてゐること、第二に、代理は委任以外に雇傭や請負によつても生ずること、<sup>(5)</sup>第三に、仮に、法典の文言通り、委任の解除から論ずるにしても、そもそも、無償の場合を前提とする委任の解除は、ここで特に問題とする両当事者、<sup>(6)</sup>（特に代理人・受任者）の利益をどう扱うべきかの問題に関する手がかりにならないことなどの点において問題がある。現代の取引社会で行なわれる委任は、必ずしも相手方の人格に對する信頼に基づくものではない。従つて、委任において論じられる不解除（解除不許）の場合も、やはり民法の前提とする無償委任とは異なる原則から導びかれるので、ここでの撤回できない代理の問題も、常に委任の解除の可否からのみ論じられなければならない、とは考えられない。むしろ、右のことからも、撤回できない代理の問題については、直接撤回できない代理について論ずるドイツの方法が解釈論的展開として優れていると思われる。委任と代理を

區別するわが国の近時の定説からも、これは是認されるのではなからうか。ただし、わが民法の起草者が「委任ニ因ル代理」と規定したのには、起草当時におけるそれなりの事情が存したからと思われる。そこで、その点については、まず、わが国の起草者が模範の一つとしたドイツにおける代理の撤回に関する成立過程の議論とその後の展開を検討したうえで、日本法を論ずる際にあらためて考慮に入れることとする。

そこでドイツ民法をみてみると、その第一六八条では次のように定める。すなわち、「任意代理権 (Vollmacht) の消滅は、授權の基礎となる法律関係に従つて定まる。任意代理権は、この法律関係から別段の結果を生じない限り、この法律関係の存続中であっても、撤回することができる。撤回の意思表示については、第一六七条第一項の規定を準用する。」と。ドイツでは、この規定をめぐり、撤回できない代理の可否についての解釈論が、多くの学説・判例によつて展開されてきた。<sup>(8)</sup> 本稿では、これを、わが国における撤回できない代理の問題を考へる際の手がかりにしようとするものである。以上が、委任の解除からではなく、直接ドイツにおける撤回できない代理を論ずる理由である。

二 撤回できない代理は、種々の目的によつて授与されることにより担保的機能を有する場合があるといわれている。そのような例として度々用いられるのが代理受領契約である。<sup>(9)</sup> ここで撤回できない代理を論じようとする実際的な目的の一つは、この代理受領に対して従来から行なわれてきた法的性質論と多少異なる観点から解釈論を展開し、方向づけを与えようとするところにある。この代理受領を論ずるには、次の二点に注意する必要がある。まず第一に、代理受領は、債権の譲渡禁止・質入禁止が行なわれる結果生ずる現象である。<sup>(10)</sup> 第二に、わが民法上、代理や委任が常に撤回・解除できるという原則が支配しているにもかかわらず、代理受領における不解除特約は、受任者(債権者)

としての地位を確保するために行なわれる。この代理受領を根本的に検討するためには、これらの二点を克服しなければならぬが、本稿では、後者について BGB 第一六八条を根拠とする解釈論を展開し、代理受領の検討の資料としたいと考える。<sup>(11)</sup> 但し、わが国における代理受領は特殊な形態なので、担保としての撤回できない代理がそのまま妥当するかは、別に検討を要するであろう。

撤回できない代理については、浜上教授の論文がある。<sup>(12)</sup> この論文は、代理受領を念頭におきながら撤回できない代理における法律上の問題を論じた最初のものである点で意義が大きいといえよう。浜上教授は、この論文で撤回できない代理に関して、(i) 是認根拠、(ii) 要件、(iii) 法律効果、(iv) 訴の当事者、(v) 個々の場合、について検討を加えている。

本稿でも、浜上教授の論文から多くの教示を受けている。しかしながら、撤回できない代理については、次のような点がまだ必ずしも明らかではないので、一般共通の理解がえられていないようである。例えば、撤回できない代理は、如何なる意味において現代的意義を有するのか。また、ドイツにおける撤回できない代理は、わが国においてもそのまま妥当するものなのか。これらの疑問を解明するための一資料として、次のような問題意識に基づいて撤回できない代理を検討する。すなわち、ドイツにおける撤回できない代理は、どのような沿革によるものなのか。また、撤回できない代理は、どのような意味においてどのような機能を有するものなのか。さらに、わが国における代理受領とどのような関係にあるのか。そして、もし、担保としての機能を有するならば、権利担保的視点すなわち権利質や権利の譲渡担保と同様に代理権の授与を法形式とする担保権の設定と捉えられないのかどうか、その際の効力は如何なるものとなるのか、などである。<sup>(13)</sup>

注(1) 本稿では、権利を目的とする担保すなわち権利担保の各論としてドイツにおける撤回できない代理を論ずる。債権者が代理人に授与する代理権の対象が、授権者が第三債務者に対して有している権利(債権)の処分に関するものである。債権担保といえる。従って、代理権の対象が、授権者の所有する動産・不動産の処分に関するものである場合には、動産担保であり、不動産担保であるといえることになる。但し、本稿では、権利が目的となっている場合を主として論ずるが、ドイツでは授権者の有する不動産や動産を撤回できない代理権授与の目的とする場合も少なくないので、撤回できない代理の成否とその機能を論ずるにあたり、必要に応じて動産・不動産が目的となっている場合も参考にする。

(2) 撤回できない代理について論ずるものとして、大西耕三「代理の研究三三六頁、浜上則雄「撤回しえない任意代理権について」民商法雑誌四〇巻一、二六頁を、まずあげなければならない。その他、川島武宜「民法総則三五〇頁、椿寿夫・注釈民法(4)一七六頁、我妻栄・新訂民法総則(民法講義I)三六一頁、幾代通・民法総則三五五頁、四宮和夫・民法総則新版二四八頁などの教科書でふれるものがある。また、於保不二雄「授権(Ermächtigung)について」財産管理権論序説二八頁、伊藤進「授権(Ermächtigung)概念の有用性—ドイツの学説を中心として—」法律論叢三九卷四・五・六合併号三七九頁、安達三季生「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」法学志林六〇巻一、五九頁、四宮和夫「財産管理制度としての信託について」民法学の基礎的課題中・於保不二雄先生還暦記念一頁、二三頁、清水千尋「授権(Ermächtigung)に関する基礎的考察(一)」立正法学一二巻三・四合併号五八頁、米倉明「流通過程における所有権留保」法学協会雑誌八二巻二、三九頁なども、この問題を指摘している。

(3) 大西・前掲書三三七頁。さらに、森島昭夫「委任と代理」契約法大系IV三〇〇頁、於保不二雄・注釈民法(4)九頁など参照。

(4) 委任の解除の可否について論ずるものとして、中村萬吉「委任撤回の可否」法学志林二二巻五号、六号、末川博「委任の解除」統民法論文集一四六頁、村上恭一「委任に関する諸問題」法学新報五九巻六号一頁、広中俊雄「委任と『解除』」契約法大系IV二八〇頁、同「委任契約の『解除』」民商法雑誌四八巻一、三三七頁、明石三郎・注釈民法(4)二〇九頁、我妻栄・債権各論中巻二(民法講義V)六九二頁、広中俊雄・債権各論講義二五八頁、米栖三郎・契約法五四六頁、大島俊之「委任契約がその性質上任意に解約できないとされた事例」法律時報五一巻五号一二二頁など。

(5) 大西・前掲書二一三頁、その他多くの学説がこの点を指摘している。

(6) 無償委任の性質について、注(4)に掲げた文献のほかに、明石三郎「委任と報酬」契約法大系IV二四四頁、中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系IV二六一頁などがあり、さらに、無償契約の特質について、玉田弘毅「無償契約の特質」法学教室6号(第一期)一〇六頁、山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」契約法大系I五八頁、於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系I七五頁、広中俊雄「有償契約と無償契約との差異は債務者の注意義務についても存在するか」民法の基礎知識(1)二二五頁、大村須賀男「現実の無償契約と民法の規定」民法学5《契約の重要問題》七八頁などがある。

(7) 高橋三知雄、代理理論の研究一六七頁以下参照。

(8) Jhering, Rudolf, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jherings J.), Bd. 2, S. 67 ff, S. 131. を初めとして、代理権の不撤回性(Unwiderriefliche Vollmacht)すなわち撤回できない場合について論じられた。ここでは、その主なもののみをあげる。Otto Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, Jherings J., Bd. 36, S. 1; Tuhr, Die unwiderriefliche Vollmacht, in Festschrift für Paul Laband, Tübingen 1908; Hallbauer, Die unwiderriefliche Vollmacht als Sicherungsmittel, Bank-Archiv, 1910, S. 337; Erich Jung, Anweisung und Vollmacht, Jherings J., Bd. 69, S. 82 ff.; Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichen Recht, 1922; Kiehl, Bedarf der Verzicht auf die Widerrufbarkeit einer Vollmacht zu seiner Verbindlichkeit einer Vereinbarung? Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1925, S. 1020 ff.; Gottschalk, Die Vollmacht zur Vornahme formbedürftiger Rechtsgeschäfte, Jherings J. Bd. 79, S. 113 ff.; Rabel, Unwiderrieflichkeit der Vollmacht, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Rabels Z), 1933, S. 797 ff.; Heinz Hilderscheid, Die unwiderriefliche Vollmacht und ihre Bedeutung für die Amtstätigkeit des Notars, Deutsche Notar Zeitschrift, 1938, S. 482 ff.; Robert Fischer, Die unwiderriefliche Stimmrechtsvollmacht in der Gmb H., Rundschau für Gmb H, 1952, S. 113 ff.; Wolfram Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 104 ff.; Peter Vogt, Die unwiderriefliche Vollmacht, 1960.

その他、ドイツ普通法、パンテクラン法および近時の民法教科書が数多く撤回できない代理の問題に触れているが、いへ最近の Lehrbuch および Kommentar のみをあげる。Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II,



Das Rechtsgeschäft, 1975, S. 876 ff.; Erman-Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., S. 349 f.; Karl Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1975, S. 506 ff.; Steffen, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes Kommentar (BGB-RGRK), Bd. I, 1974, S. 92 ff.; Thiele, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 1978, S. 1118 ff.; Soergel-Schulze-v. Lasaulx, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 1978, S. 990 ff.; Staudinger-Dieler, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 1979, S. 690 ff.

- (9) 代理受領の担保的効力については、学説・判例ともに認めつつある。
- (10) 譲渡禁止特約や質入禁止特約も、まだ法律上十分に論じつくされておらず、従って克服されていない問題である。ドイツでは、この点についても相当多くの議論があるので、比較法的視点からの検討が必要である。
- (11) 本稿では、代理受領それ自体に論及することができないので、権利担保の各論として、別稿で独立に論ずる。
- (12) 浜上・前掲論文参照。
- (13) 問題提起として、拙稿「権利担保論序説—権利譲渡担保の前提として—」筑波法政第三号五七頁。

## 第二節 BGB成立まで

### 一 ドイツ普通法における学説・判例

- (1) まず、BGB第一六八条第二文の背負っている問題性を理解するために、普通法当時の立法例を概観してみよう。

プロイセン一般ラント法（一七九四年）の第一編第一章第五条では、「ある者が他人に対して、自己のためもしくは

は自己に代わってある行為を行なうべき権利を授与する意思表示を、委任 (Auftrag) もしくは代理 (Vollmacht) という。」とする。そして、同章の第一五九条では、代理契約の消滅 (Aufhebung) に関し、「原則として、授権者は委任を撤回することができると同様に、被授権者も引き受けた行為の実行を授権者に告知することができる。」とする。それ故、プロイセン一般ラント法は、委任と授権を区別せず、一つの契約関係として両方の法形式を捉えている。従って、純粹の代理契約は、常に自由に撤回ことができ、撤回の放棄は許されなかつた。<sup>(1)</sup>

フランス民法典(一八〇四年)は、一九八四条で、「委任 (mandat) もしくは委任状は、ある者が他人に対して、自己すなわち委任者 (mandant) のために、委任者の名において行為すべき権能を与える行為である。」と定め、解除については、第二〇〇四条で、「委任者は、委任を任意に解除することができる……。」と定めている。この原則は、フランス法領域で制限なく適用されている。<sup>(2)</sup>

オーストリアの一般民法典(一八一一年)は、第一〇〇二条で、「ある者が自己に委ねられた行為を他人の名において配慮 (Besorgung) することを引き受ける契約を、代理権授与契約 (Bevollmächtigungsvertrag) という。」と定め、さらに、第一〇二〇条では、「授権者は、任意に代理権を撤回することができる。」とする。これについて、オーストリア上級裁判所は、一八八四年三月五日の判決で、撤回する権利の制限は許されない、と判示した。この判決は、代理権が撤回できないとして授与されたという事実を基礎にしている。裁判所は、オーストリア一般民法典第一〇二〇条の規定を判決理由に示し、代理の撤回性を確立した。<sup>(3)</sup>

ザクセン民法典(一八六三年)では、代理は委任と同視され、委任は第一三四八条により自由に撤回できるとされている。さらに、第一三五〇条では、「委任を撤回する権利に関しては、受任者に対して放棄することができない。」

とする。<sup>(4)</sup>

注目すべきこととして、これらの立法例から、代理と委任は区別されず、代理の撤回と委任の解除は制限することができなかった、ということを引き出すことができる。

(2) このような状況の下で、撤回できない代理の許容性が、一九世紀の普通法において詳細に論じられた。一九世紀の後半に委任と代理を区別すべきであると主張したのは、Laband<sup>(5)</sup>であるが、この区別が明確に意識されないまま、まず Jhering<sup>(6)</sup>によって撤回できない代理の問題が提起された。そこで Jhering から第一草案が作成される前までの段階における学説・判例の流れを追ってみよう。

#### (7) Jhering

Jhering は、一八五八年に „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäft“ という論文で、代理が異論の余地なく撤回できるということに対し疑問を述べた。これは、後に直接民法草案の議論に発達し、民法典の施行後も広く支持されていくことになる。

Jhering は、一つの事例を引いて次のように説明する。A が B に物 (Sachen) を贈与もしくは質入れの目的で売却するが、その物は、X の所有に属するか、もしくは X の質権が付いているとする。Jhering によると、A は二つの方法で自己の意図を実現することができる、という。すなわち、X が直接自己の権利を B に譲渡するか、もしくは、X はそのために A に授権をした場合である。Jhering は、後者すなわち授権があった場合を想定し、A と X の関係を *mandatum in rem suam* すなわち自己の利益のための委任と捉え、次のように述べる。 *mandatum in rem suam* には、X が撤回権を留保しないときは、X は、自分の行なった授権を撤回する (*zurücknehmen*) ことができる。委

任および代理の一貫性が排除される場合があるという。これによって、第三者に対して、物の上に有効に成立した自己の権利でないものによって、Aは保護される。その場合の権利とは、担保権者が売買の授権に関して有している権利と同様であるという。以後 *Jhering* の見解に関連して判例・学説が登場する。

(イ) ザクセン上級控訴裁判所

ザクセンの上級控訴裁判所は、一八五四年五月五日の判決において、*Jhering* と同様の判断を行なった。<sup>(7)</sup> それは、六年間の約束で授与された代理権を、その期間前に撤回することができるかどうか、という問題であった。この問題は、ある一定の期間、他人に一定の業務の遂行を委ねる契約には、撤回権に関する委任者の放棄 (*Verzichtleistung*) は含まれないということを理由に、肯定された。控訴裁判所は、制限を加えて、受任者が、当該期間他人の業務を遂行するにおいて何ら特別の利益を有しないときは、少なくとも撤回は認められる、とした。この制限から、受任者が委任者の業務について、固有の利益を有する場合には、法的効力を有する撤回の放棄が認められる余地があることになる。

(ウ) リューベック上級控訴裁判所

リューベック上級控訴裁判所<sup>(8)</sup>は、一八六八年二月三〇日の判決で、直接に撤回できない授権 (*Bevollmächtigung*) の可能性を認めた。この判決は、被告が長期の海外旅行によって、著しく訴訟の繫属を長びかせたので、原告の申立てによる債務執行のための身柄拘束の命令に関するものである。上級控訴裁判所は、被告が召換の受領や催告のために撤回できない被授權者を任ずるよう請願していたので、この申立てを根拠がない、とした。これにより、訴訟の継続が有効な判決まで十分なものとして担保される、とみられた。裁判所は、原告および裁判所が代理権の存続について固有の利益を有するので、不撤回性 (撤回不許) については異議をとどめなかった。

## (2) ライヒ上級商事裁判所

ライヒ上級商事裁判所<sup>(9)</sup>は、一八七三年二月一日に、受任者の利益となる授權は、他の法形態に分類できるとして認定された事実によると、ある商人は、破産の直前に彼の金庫の手持現金を多くの債権者に引き渡した。それは、自己および共同債権者の利益のために清算資金の基礎としての額を保管し、その後、裁判外の規定による適切な方法もしくは破産手続開始の場合には破産財団に引き渡すという方法によるべしとの指図を伴うものであった。ライヒ上級商事裁判所は、商人と債権者等との授權関係は否定した。その理由として、商人の行為は何よりも債権者の担保および満足に奉仕するものであり、それ故に、その金額に関する商人の処分、特に任意の撤回(ein Beliebiges Widerruf)は、認められない、とした。そして、裁判所は、このような商人と債権者等の関係を、撤回できない授權という用語を用いる代わりに、「ある一定の最終目的のために行なわれた同意」として事実を分類した。

普通法では、授權はもっぱら委任者の利益に奉仕すると定義されていたので、代理の撤回は無制限に可能であると考えられていた。委任者以外の利益に該当するものは、授權とはみなされず、他の法形態のもとに位置づけられていた。

## (4) ライヒ上級商事裁判所

その後、一八七八年五月七日の判決では、異なる見解が示された<sup>(10)</sup>。被告は、二人の原告を解散した商行為の清算人に任命し、同時に撤回権を放棄した。それにもかかわらず、原告等は、清算終了前に、その地位と必要な会計報告を被告に告知した。ライヒ上級商事裁判所は、当事者における関係を純粹なもしくは單純な代理契約とみたので、放棄があつたにもかかわらず、撤回が許されるものとした。そのような純粹のもしくは單純な授權の場合の撤回性は、代理契約の本質から明らかになる。この本質は、主として授權者の側における信頼を基礎とするものであり、この本質

的な基礎が脱落した場合には、授権者は撤回によってこの関係を解消することが許される。撤回権に関して、法的に拘束力のある放棄が認められることによって、授権者は、信賴關係の存続を超えて拘束されることになり、受任者の本来の地位は、彼の業務執行者に対する業務支配者の地位として、逆の立場に位置づけられることになる。従って、受任者は、委任者のため、代理権に基づいてのみ行為するので、代理権が授与された委任者の意思がなくなるやいなや、代理権も消滅せざるをえない。しかしながら、このような見解は、もっぱら單純もしくは純粹な委任 (Mandat) に制限されることになる。

この判決の理由では、次のように述べられている。すなわち、「これに対して、純粹な委任關係が存しない場合は、他の契約が代理の中に隠れているか、もしくは、代理が他の契約の構成要素の一部を形成しているので、異なる判断を形成することができる。そこで、撤回権の放棄の妥当性に関する問題や、場合によってはその効力に関する問題は、具体的な事実および法律關係に従って区別されなければならない。」<sup>(11)</sup>と。この判決理由によると、單純な代理關係の場合においても、撤回権の放棄は意義を有する。この場合の放棄は撤回することを妨げないが、この放棄は、相對立する事情を欠く代理人に対して、反対給付の請求権や利益あるいは契約罰の取得を保証するものとなる。<sup>(12)</sup>

このような見解は、普通法におけるそれまでのものと異なる。すなわち、単に代理の撤回性のみを導びこうとする見解は、純粹なもしくは單純な委任を制限しようとする。これと並んで、ライヒ上級商事裁判所は、代理が他の契約の構成部分をも形成することがありえ、また、撤回の放棄も考えられる、という可能性を認めている。さらに、單純な代理關係においても撤回の放棄は、単に意味がないと捉えられず、代理人の反対請求権の債權的、担保 (obligatorische Sicherung) として評価された。<sup>(13)</sup>

## (b) Derburg

Derburg は、一八八四年の Pandekten において、「代理権は多くは受権者が授権者のために作用を為すべき義務を負うを以て生ず。殊に委任に依て生ずべし。然れども唯受権者の利益の為に付与せらるること亦之あり。」として、<sup>(14)</sup> 被授権者の利益のために代理権が授与される場合のあることを認めるが、「授権者は代理取消権を有効に拋棄することを得ず。何となれば若し斯くするときは授権者は其法律上の独立の位置を喪失するに至るべきを以てなり。」として、<sup>(15)</sup> 撤回の放棄は認めなかつた。

また、プロイセン私法教科書においても、Derburg は、授権の撤回は常にできるとし、授権者は契約によっても有効に撤回権を放棄することができないとした。<sup>(16)</sup> 授権者は、撤回権を放棄することにより、授権者に役立つどころか、授権者をも拘束する主人を立てることになるからである。逆に、被授権者には、告知権 (Recht der Aufkündigung) が自由に認められる。被授権者は、現代的法律見解によると、契約によって放棄することができない。その結果、撤回権と善意の第三者との衝突が問題となる。それ故に、一七八七年の法典草案は、書面による代理に基づいて善意になされた撤回は第三者を害することはない、とする。これに対して、一般ラント法は、授権者が直接契約当事者と交渉しなければならず、そのための代理権の撤回を自己の知っている第三者に通知することを怠つた場合には、撤回の後に行なわれた行為は、授権者のために行なわれたものとして拘束する、という。

授権は、授権者の利益のためにのみ奉仕する法的関係であると捉えられていた。このような本人の排他的利益の点から、撤回に対する無制限的権利が導びかれたのである。

## (c) Mittels

Mitteis は 'mandatum in rem suam' における不撤回性は、広い包括的な権利の得喪に関するものではなく、所有権的な得喪に関するものであり、代理権一般の証明にはならないという<sup>(17)</sup>。また、他方において、Mitteis は 'Denbung' の法政策的な議論に反対して、被授權者は、必ずしも授權者の有益な補助者である必要はないという<sup>(18)</sup>。Mitteis は、別の理由から不撤回性を否定する。彼によると、普通法は、契約が成立するためには当事者の意思が同一の瞬間において相互に合致する事が必要とされるのであって、このことからして、直接に代理権はその本質上、何時でも撤回することができるという原則が成立する。何故ならば、代理権が契約成立前に撤回される時は、第三者が同意しようとするその瞬間には、本人の意思がもはや存在せず、それ故に、あらかじめ撤回を放棄していても、この場合に契約は成立しえないからであるという<sup>(19)</sup>。

しかしながら、普通法では、民事訴訟法第七七九条により、丁度反対の結果が導びかれることを彼は認めている。この規定によると、「債務者が意思表示 (Willenserklärung) をせよとの判決を受けたときは、判決で確定したときに直ちに意思表示をしたものとみなす。」<sup>(21)</sup>という。裁判上の判決は、債務者の意思に代わる。契約による撤回の放棄は被授權者の行為に同意する義務設定行為 (Verpflichtung) を含むので、本人が代理権を撤回すると、被授權者は、直ちに回復の訴えを提起することができる<sup>(22)</sup>。この確定判決は、代理権を補充する。これによって、實際上不撤回性が設定される。それにもかかわらず、Mitteis は、第三者は放棄を主張することができず、特に回復の訴えを強制することができないので、代理を撤回できないと捉えた<sup>(23)</sup>。しかし、もし代理が真に撤回できるならば、第三者もまたこの放棄や回復の訴えを主張することができるであらう。

Mitteis の場合は、不撤回性を否定するドクマティシユな根拠と並んで、合意した撤回の放棄の効力をも顧慮す



る。すなわち、Mittels は、代理撤回の放棄を、単に被授權者の反対債権の担保 (Sicherung von Gegenansprüchen) と認める見解に反対して、代理人が代理権の原状復帰 (Wiederherstellung) に関する訴えを求めるのを認める見解に立っている。しかし、この見解も、実際上は放棄の効力を認めるのであるから、代理権を復帰させることによって、撤回できない代理権を認めたのと同様の結果を生ずることになる。<sup>(24)</sup> だとすれば、一度代理権を撤回させて、再び復帰させるよりも、初めから撤回できない場合を認めることの方が合理的ではなからうか。

(3) 以上のように、代理権の撤回性についての種々の見解が、一九世紀の後期までに展開されてきた。右の立法をみてもわかるように、Jhering が初めて、代理権に撤回できない場合のありうることを指摘するまで、そのような場合は全く意識されていなかった。代理と委任も区別されていなかった。<sup>(25)</sup>

しかし、Jhering の見解が現われ、Laband の代理と委任とは区別すべきであるという見解が報告された後は、徐々にではあるが、撤回できない場合を事実上認める判例や学説が登場してくる。それらは、正面から撤回できない代理を論ずるのではなく、従って、代理や委任は常に撤回できるという原則を維持しながらも、撤回できない場合を認めようとするようになってくる。すなわち、代理人や受任者自身の利益に対し保護を与えるべきだという意識が生じ、それを高めていく。これが、受任者の反対請求権の債権的な担保と評価され、この担保利益を保護するため、撤回できない場合あるいは撤回権の放棄が認められるようになったのである。しかし、撤回できない場合というのは少なかったし、また、権利として認められていたわけでもなかった。

注(一) ROHG 23, 326 ; Vogt, Die Unwiderrufliche Vollmacht, 1961, S. 16.

(2) フランスの現行民法典であるナポレオン法典が公布されたのは、比較的早い時期の一八〇四年である。民法典起草委

員(四人)のうちポルタリス(Portalis)とマルヴァイル(Malleville)はローマ法系の法曹であった。そこで、委員会草案(一八〇一年一月二日完成)は、全体としてローマ法の形式特徴をよく取りいれながらも、当時なお富の主要な存在形態であった土地ないし不動産に直接・間接にかかわりをもつ法領域には慣習法の諸要素を数多くのこす形をとることになった(稲本洋之助「外国法の学び方—フランス法2」法学セミナー一九七四年一月号一五三頁)。その結果、フランス法は、委任と代理につきローマ法からの沿革に支配されることになった。第一九八四条以下に委任と代理とを同一のものとして規定したのはこのためである。しかし、委任と代理が同一でないことは、今日フランスでも一般に承認されている。フランス法は解除については、Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble……という。Stabel, Institutionen des Französischen Civilrechts, 3. Auf., Mannheim, 1893, Art. 2003-2010, S. 585.

- (3) Entscheidungen d. Österr. Ob. Gerichtshofs, Bd. 22, S. 121; Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 8. Aufl., § 1020, Anm. II, 2.
- (4) ROHG 23, 325.
- (5) Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR Bd. 10, S. 203 ff.
- (6) Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäft, Jherings J., Bd. 2, S. 131.
- (7) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für das Königreich Sachsen, Bd. 23, S. 457.
- (8) Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte, Bd.24, Nr.291.
- (9) ROHG 9, 154 ff.
- (10) ROHG 23, 324.
- (11) ROHG 23, 329.
- (12) ROHG 23, 328.
- (13) Motive zum Allg. Theile, (I. Kommission) S. 233, Mugdam, Die gesammten Materiarien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich, Bd. I. による(以下略)。
- (14) 副島義一・中村進牛・山口弘一・独逸民法第一巻総則五二九頁。

- (15) 副島＝中村＝山口・前掲書五三〇頁。
- (16) Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Bd. I, 1875, S. 219f.
- (17) Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 201ff.
- (18) Mitteis, a. a. O., S. 204.
- (19) Mitteis, a. a. O., S. 202.
- (20) 現行第八九四条。
- (21) 中野貞一郎訳・法務資料ドイツ強制執行法二三頁。
- (22) Restitutionsklage (ドイツ民法第五七八条第一項)。山田晟・ドイツ法概論Ⅱ二八九頁。
- (23) Mitteis, a. a. O., S. 204.
- (24) Vogt, a. a. O., S. 23.
- (25) 従って、ドイツ普通法時代の委任は、ローマ法の沿革による支配のもとにあった。委任(mandatum)は、mandatum nisi gratituum nullum set. すなわち「委任は無償でないかぎりには存在しない。」(柴田光蔵・ローマ法の基礎知識一六一頁)という原則に服していた。

## 二 第一草案をめぐって

(1) ドイツ民法典の第一草案は、一八八八年に作成された。代理権の撤回に入る前に、まず、委任と代理権授与行為との区別に関する説明をみておこう。

もともと、委任はローマ法の *mandatum* から発達したものであるが、*mandatum* は、受任者が委任者のために事務を行なう契約であり、委任者と第三者との間には、何ら直接の関係は生じなかった(間接代理<sup>1)</sup>)。しかし、ローマでは、直接代理の制度が私法上認められていなかったので、*mandatum* は直接代理の実質的機能を果していた。

その結果、ドイツで直接代理の制度が承認されるようになって、委任契約と代理関係とは同視され、代理権は委任の本質的構成部分 (wesentlicher Bestandteil) と考えられていた。ところが、Laband は、委任 (Auftrag) と代理権 (Vollmacht) とは、相伴うこととはあっても、決して必然的に結びつくものではなく、両者は相互に独自に成立し、独自の効力をもつ、ということ<sup>(2)</sup>を主張した。その後、パンデクテン法学は、両者の内容が異なるものであることをしだいに認識するようになった。ドイツ民法の起草者は、Laband の指摘を採用し、代理権を発生させるものは、委任などの契約とは別個の代理権授与行為という独自の単独行為であると構成した。<sup>(3)</sup>すなわち、Motive によると、「第一草案は、代理権に関して、法律行為上の授与に基づく代理 (Vertretung) のための授権 (Ermächtigung) を認めている。この代理権は、固有の法制度である。この法規は、他人が表意者に代わり、表意者の名において行為をする法律上の権利を内容とする効力を、意思表示に与える。代理権が委任と異なる法律行為から生ずることが認識されたのは、比較的最近である。最初、この法律は、代理権授与行為と委任を区別していなかったし、また、代理権授与行為を契約の一構成部分であると捉えていた。スイス債務法は、新しい解釈に従って代理権と委任を峻別している。商法では、すでに異なる位置に代理権と委任を分離している。」<sup>(4)</sup>として、当時の状況では、理論的にも制度的にも、区別する傾向にあったことを指摘している。そのような傾向は、第一委員会では、「代理権授与行為は、原則として委任と結びつくが、常に委任と結びつかなければならないわけではなく、委任のない代理も存在する。」<sup>(5)</sup>とし、さらに、「代理権は、往々にして、代理人が自己の名における自己の行為によって、授権者によって自己に負わされている仕事を遂行する取引上の手段として、存在する。この場合は、第六〇五条の意味における指図 (Anweisung) となるのではなく、また、委任を原因とするものでもない。代理人は、授与された代理権の行使によって、義務を負うものではない。

いからである。」とし、代理権と委任を区別することになった。この結果として、代理は総則編に、また委任は債権編にと規定され、それぞれ独立して撤回ないし解除の規定が設けられることになった。このことは、単に規定が別々に定められたことを意味するに止まるものではない。ドイツでは、代理を委任から切り離して無因的に構成しようとする。このような構成の仕方によって、代理権は独自性を取得する。そして、無償を前提とする委任の規定に拘束されることもない。現代の取引において、法律上無償委任が問題になるのは、まず少ないのであって、その原則的规定が不合理であるのは単に沿革的な理由に拠るにすぎない。すなわち、授権者と代理人の人格的信頼に基づいて行なわれる代理は、現代経済取引には適さないものであり、その基礎は失われていると考えられる。

また、わが国の両規定を考えてみる場合も、起草者自体の捉え方が必ずしも正しいといえないようなので、法文上の「委任ニ因ル代理」の用語にとらわれる必要はないのではないかという問題意識も固まっております。

以上で、委任は代理と区別されたので、本稿の対象から外れることになる。

(2) 右で述べたように、第一草案では、代理は委任と区別されて、規定された。従って、代理権の撤回性についても、独立の規定が設けられた。すなわち、第一草案では、代理権の撤回について次のように定められた。<sup>(6)</sup>

「代理権は、撤回することができる。」

代理権の撤回は、放棄することができない。」

Motiveによると、代理権は、如何なる法的根拠に基づき、如何なる目的のために授与される場合であっても、常に撤回することができる、という。代理は委任と区別されたが、撤回性については、委任の場合と同様に常に撤回することができる、とされたわけである。Motiveの見解は、旧スイス債務法第四〇条第二項を参考とし、代理権には法

律的に委任契約 (Mandatsvertrag) と同様の展開が必要であるという見解から出発している。そのような見解は、単純な委任および代理契約に関する普通法の判例や学説に根拠を求めるものである。すなわち、権限 (Machtstellung) を譲与された代理人 (Bevollmächtigten) は、それ (その権限) が基礎としている信頼によって成就しなければならぬ信頼的地位 (Vertrauensstellung) にある。代理人は、代理権により、権利者の法状態にあるのではなく、他人の利益のために行為する被授權者 (Ermächtigten) の法状態にあるにすぎない。従って、撤回権の放棄は、許される範囲を越える権限の放棄 (Machtentäußerung) であることになる。撤回権の放棄が許されないために、それは、いずれの利益の要求をも考慮する必要がない。同様に、放棄が無効であるということは、契約罰を合意しても意味がないということである。

以上のように、民法典第一草案は、代理権の撤回性については、普通法の見解を無留保に受け容れ、無制限に撤回が可能であるという原則を採用した。

この草案は、信頼関係にのみ重点を置き、当事者の利益を考慮に入れなかったため、多くの批判を受けることになる。

(3) 第一草案をめぐる批判 この第一草案第一一九条に対しては、直ちに批判が述べられた。

まず、Holder は、理由は述べていないが、一定の期間、特別の合意があったときは、撤回を排除する可能性を認めるべきことを主張する。

さらに、Bähr<sup>(8)</sup> は、草案が代理権という語を、代理人が第三者のための授權の頭名をした場合に制限するのに対して、授權者と代理人の間の関係を単に授權と表現すべきであるという。授權の場合、原則として、委任の場合と同様

<sup>(8)</sup> ドイツにおける撤回できない代理

に、授權者の利益において行為が行なわれる。しかし、授權は、代理人の利益のため、例えば、金銭の取立のための授權によって代理人が弁済を受けるような場合も、授与される。その場合、授權は必ずしも撤回できるわけではないが、少なくとも撤回性の合意は、認められなければならないであろうという。

Zitelmann<sup>(6)</sup>は、この見解に賛成する。彼は、草案が委任と代理を区別したにもかかわらず、代理権の撤回性については、委任に関する権利を適用しようとすることを、批判する。すなわち、Motive があがる理由には、異論の余地がある。代理人に移転した権限 (Machtstellung) が、如何なる範囲まで信賴的地位 (Vertrauensstellung) にあるかは、事実問題である。従って、すべての代理権が特別の信賴に基づいて授与されるわけではない。代理権取得者が、代理権によって他人の利益のために法律上の行為をするという授權者の法的地位に立つのか、あるいは、権利者としての法的地位に立たないのかは、個々の事例の詳しい事情によって明らかとなることである。それ故に、他人の利益となる性質の権利も存在しえ、また、「自己固有の利益における権利者」という意味での権利者も考えられ、代理人 (Bevollmächtigten) の利益が存するかどうかは、同様に事実問題にとどまる。許容程度を越える本人の権限譲与に関する Motive の指摘は、その結果、根拠のない理由づけとなることになる。何故なら、事実問題としての信賴関係や当事者の利益の存否が明らかにならなければ撤回権の放棄が許容性を越えるかどうか判断できないはずだからである。Zitelmann は、Bähr と同じく、代理権限の存続が代理人の利益にある場合は、撤回権の放棄を擁護しようとする。代理権がもっぱら代理人の利益のために行なわれる場合のほかに、授權者と代理人双方の利益のために授權される場合もある。例えば、組合契約における合同の代理権授与行為の場合である。さらに、A の債権を、半額自己のものとする合意のもとで、自己の費用で取り立てる場合の A による B の代理権授与行為もそうである。そのよう

な代理の場合においても、撤回できない代理権を構成する可能性のあることを認めなければならない。

さらに、Strohhal<sup>(10)</sup>は、第一草案第一一九条の規定に対し、同意(Einwilligung)との関連で批判を加えている。第一草案第一二七条第三項によると、代理権に関する規定は、同意の消滅について準用されるので、同意もまた常に撤回することができる。この原則によると、Strohhalが、すでに総論で撤回できない代理について指摘したように多くの例外が各論に置かれている。

(4) 第一草案が作成されたのち、関連するライヒ裁判所の判決が二つあるので、紹介しよう。第二草案への影響が決して少なくはなかったと考えられるからである。

一八九〇年十一月一九日のライヒ裁判所の判決は、第一草案第一一九条の批判と関連する。この判決は、代理権によって効力を生ずる権限放棄(Machtentäußerung)の範囲が、原因行為(Grundgeschäft)に対応する一定の限度に限られる場合には、HölderやBähr, Zitelmannらの観点が適切である、という。

一八九二年一〇月二四日のライヒ裁判所の判決は、ニューヨークにおいて有効に成立した撤回できない代理権は、それによって禁止法規(Prohibitivnorm)を侵害するので、ドイツでは認められないのかどうかについて、判断した。控訴裁判所は、委任の自由な撤回や委任者の法的な処分の自由を制限する法原則は、人格の法律のおよび経済的独立性の原則と合致しないし、また、それ故に禁止法規にも違反する、という見解を提示した。これに対して、ライヒ裁判所は、委任の不撤回性は良俗に反しないし、人格の独立性の原則にも反しないという理由で、控訴裁判所の見解を支持しなかった。

この二つの判断から、判例においても、第一草案第一一九条の規定やMotiveがかかげる理由については、異論



の余地があることが示されている。これらの批判は、ある程度の成果をもたらした。

(5) まとめ

以上で、第一草案では、委任と代理が区別され、それぞれが独自性を付与されたこと、および、代理権の撤回については、依然として常に撤回することができることに対して、多くの批判が行なわれたことをみてきた。

この期間における批判の根拠として注意すべきことは、従来から代理権の基礎とされてきた信賴的地位 (Vertrauensstellung) が事実問題であるとなれた点である。これにより、事実が信賴的地位にある場合とそうでない場合すなわち経済的利益関係にある場合とは区別されることになるのである。とくに、前者の場合には、これまでの代理観念が適用される根拠を失うことになるのである。このような批判によって、第二草案は変更されることになる。

- 注(1) 船田享二・ローマ法第二巻私法第一分冊総論・物権二九四頁、大西耕三・代理の研究五頁以下参照。
- (2) Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR Bd. 10, S. 181 ff. Laband の「*Stellvertretung*」高橋三知雄・代理理論の研究一六七頁以下に詳しく。
- (3) 森島昭夫「委任と代理」契約法大系IV二九八頁。
- (4) Motive zum Allg. Theile, Bd. I. 1899 (I. Kommission) S. 479.
- (5) Motive, a. a. O., S. 479.
- (6) Motive, a. a. O., S. 449. 川島武宜・民法総則三一六頁注(四)参照。
- (7) 第一草案第一一九条。Motive, a. a. O., S. 525, S. 528. 明石三郎「委任と報酬」契約法大系IV二四六頁。
- (8) Bähr, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 11, S. 340 f.
- (9) Zitelmann, Die Rechtsgeschäft in Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II Teil, S. 89.

### 三 第二草案について

(1) 第一草案に対する批判は、委任と異なり、代理に関しては、成果をおさめた。すなわち、第二草案第一三八条および BGB 第一六八条において、第一節一において述べたように、任意代理権には、撤回できない場合の存することを認めた。Protokolle による説明をみてみよう。<sup>(1)</sup>

代理権の撤回性については、第一草案第一一九条に関して次のような提案が出された。<sup>(2)</sup>

1. (提案 I の 1 第二項第一文による)。代理権は、この授權 (Ertheilung) の基礎となる法律関係から別段の結果が生じない限り、撤回することができる。
  2. 第一項に代える。代理権は、代理権授与の基礎となっている授權者、代理人もしくは第三者との間の法律関係から別段の結果が生じない限り、撤回することができる。
  3. 第二項を入れる。撤回は放棄することができる。但し、代理人もしくは授權者と法律関係にある第三者の固有の事務を目的とする代理権が授与された場合は、この限りでない。
  4. 委任者から法律行為によって授与された代理のための授權 (代理権) は、撤回することができない。撤回権は、放棄することができない。委任の消滅に関する規定は、代理権の消滅の場合にも適用する。
- この規定は、代理人の固有の事務を代理権行使の目的とする法律関係が、授權者と代理人の間に存する場合に、適用しない。

第三者の事務を代理権行使の目的とする法律関係が、授権者、代理人および第三者との間に存するときは、代理権は、第三者の追認 (Genehmigung) によって撤回することができる。

5. 委任者の法律行為によって授与された代理のための授權 (代理権) は、撤回することができる。撤回権は、放棄することができない。委任の消滅に関する規定は、代理権の消滅の場合にも適用する。

代理権が代理人もしくは代理人の相手方となる第三者の固有の事務を目的として授与されたときは、同意 (Zustimmung) に関する規定を適用する。

提案5が退けられ、委員会は、提案1を採用した。ただし、編纂委員会<sup>(3)</sup>は、授権者と第三者との法律関係もまた、「代理権の授与の基礎となる法律関係」に基づいて理解すべきであるという適切な見解の下に、法文を草した。

代理権の自由な撤回性の原則は、代理権がもつばら授権者の利益のために行なわれるという原則的な場合に妥当する。これに対して、撤回できない代理を認める必要がある別の場合がある。それは、例えば、AがAに帰属する債権を自己の費用において取り立てることを授權し、その一部を報酬 (Prämie) として自己のために取得すべき意思表示があった場合である。<sup>(4)</sup>さらに、使用貸借料や用益貸借料を取り立て、<sup>(4)</sup> 抵当債務 (Hypothekenzinsen) を清算すべきことを土地の所有権者から抵当債権者に授權されたような場合もそうである。また、代理権の撤回の可否は、同意 (Einwilligung) と代理権の間の近似性をも顧慮することによっても検討することができる。すなわち、白地引受 (Blankaccept) の場合は、引受人の法律関係から受取人に生じた債務額を補充することを授權することがある。そのような白地引受の振出は、本質的には、引受人の撤回を排斥する同意として手形関係上みられている。

以上、代理権の自由な撤回の原則についての変更をある一定の場合のために行なうべき拒みがたい必要性が存する場合、この必要性を、個別的に考慮される場合における特別規定の例外として考えるべきか、あるいは、第一一九条第一項第二項にあげた原則の一般の変更として考えるべきか、が問題となりうる。考慮されるべき諸関係の多様性を考えるならば、この問題は、後者の意味すなわち代理権は常に撤回できるといふ原則が変更されると解されるべきであり、かつ、第一草案の絶対的規定に代わり、代理権は、基礎的法律関係から別段の結果が生じない限り、撤回することができるといふ内容の相対的規定にするのが妥当であろう。この基礎的法律関係は、如何なる範囲まで、代理権の撤回に関する放棄が有効であるか、という問題についても基準となる。すなわち、撤回の放棄の範囲に関する判断は、その基礎的法律関係自体から生ずるのであり、特別の合意を必要としないのである。<sup>(5)</sup>

(2) *Denschrift* においても、右の *Protokolle* の説明と同じような説明がされている。<sup>(6)</sup>

代理権の消滅は、普通その授与の基礎となる法律関係によって定まる。それ故、代理権は、通常基礎的法律関係の終了とともに消滅する。しかし、授権者は、この存続中であっても原則に従い、撤回することによって代理権を消滅させることができる。この撤回性は、代理権が単に授権者の利益において授与される通常の場合は、代理権の性質に従う。これに対して、実際上は、代理権授与行為が代理人 (*Bevollmächtigten*) や第三者の利益のために行なわれる場合に撤回できない代理を認める必要性が要求されている。例えば、前述したように、土地の所有者が抵当債権者に賃貸料の取立てや抵当債務 (*Hypothekenzinsen*) の清算を授権した場合、もしくは、第一一七二条による所持人払式の抵当債務証書を発行する際に代理人が選任された場合がそうである。このような場合が少なくないこと、および、代理権と同意 (*Einswilligung*) とは類似していることを考慮するならば、第二草案の当該規定は、正しく取引の必要

性ということから要求されたものであり、この草案は、代理権が基礎的法律関係から生ずる限りにおいて、撤回性の原則に関する例外を認めたのである。

(3) まとめ

第二草案は、代理の不撤回性を規定した。第一草案に対する批判が受け入れられたのである。前にも若干触れたように、第二草案が基礎的法律関係から別段の結果を生じない限り撤回することができることには、種々の意味が込められている。この草案は、代理権は原則として撤回できる、という立場に立っている。そして、この原則的な場合として起草者が意図したのは、もっぱら授権者に代理権授与による利益が帰属する場合であり、これを前提とした規定である。しかし、現在の経済取引は必ずしもそうではないと思われる。もし、現在の実態が逆ならば、当該条文における原則と例外も入れ代わらなければならないであろう。しかし、学説・判例とも、そこまで踏み切るのには抵抗を感じるようである。以後においても、学説・判例は、代理人の利益を保護すべきとしながらも、少しずつ揺れているようである。

- 英(1) Protokolle zum Allg. Theile (2. Kommission), S. 742, Mugdam, Bd. I, 1899, 276頁 (以下略)。  
 (2) Protokolle, a. a. O., S. 741.  
 (3) Redaktionskommission. 石部雅亮「外国法の学び方」ドイツ法(12)「法学セミナー」一九七五年八月号一五九頁。  
 (4) Protokolle, a. a. O., S. 742. しかし、後には「単なる手数料や報酬は、利益にあたりないとされる」。  
 (5) Protokolle, a. a. O., S. 742.  
 (6) Denkschrift, S. 838, Mugdam, Bd. I, 1899, 276頁 (以下略)。

## 第三節 BGB 成立後

### 一 撤回の可否と放棄

(1) 民法典施行後の判例は、BGB 第一六八条第二文の規定に異論を示さず、多くの判決において撤回できない代理権を認めた。これに対して、学説では、撤回できない代理を法律上認めることに疑問を呈示するものがある。

#### (ア) Lenel

Lenel<sup>(1)</sup> は、この法律による解決を非現実的 (unsachgemäß) なものときめつけた。彼の見解によると、不撤回性についての合意がなされた場合は区別されるべきである、という。利害のある第三者が代理権表示の名宛人とみられるので、不撤回性についての合意は、代理権授与者と第三者のみで直接の効力を生じさせることになる。そのような合意の妥当性は、本人と代理人との間の法律関係の性質によって定まるのではなく、契約に関する一般的妥当必要性によって定まる、という。そして、そのような合意を認めるかどうかは、具体的な法律上および事実上の状況によって定まる<sup>(2)</sup> という。

Lenel は、本人と代理人の不撤回合意に反対する。法律上の文言によると、原因関係が、その利益状態に従って撤回を認めるべきか、あるいは排斥すべきかどうかの基準となる。不撤回条項 (Unwiderruflichkeitsklausel) は、本人と代理人との間で効力を有する。第三者に対して表示された撤回は有効であり、代理権は消滅する<sup>(3)</sup>。撤回の放棄は、

授權者に単に代理権を撤回しないという債権的義務 (obligatorische Verpflichtung) を生じさせにすぎない。授權者がこの義務を破った場合には、代理人は損害賠償を訴求することができるし、また、授權者に新たな代理権を請求することもできるといふ。<sup>(4)</sup>

この Lenel の見解は、Eudemann や Kipp の見解と一致する。<sup>(5)</sup>

この見解に最初に反対したのは、Hupka である。しかし、彼は、基礎的關係による不撤回性が文言の意味からも撤回できない場合であることや、それ故に第三者に対しても効力を有するということについては根拠を示していない。<sup>(6)</sup>

#### (1) Helwig

Helwig は、Lenel とならび B G B 第一六八条第二文を批判する。彼によると、第一六八条の解釈の根拠は、指図は絶対的に撤回しうるものであるという旨を規定している第七九〇条にあるという。従って、代理権は、制定法が規定している場合にのみ撤回することができない。その代理権の不撤回性は、第三者との合意によってのみ生ずる、という。<sup>(7)</sup>

#### (2) Isay

Isay は、不撤回性を根拠づけようとするが、その出発点を B G B 第一七二条に求める。<sup>(8)</sup> この規定の第一項によると、本人が代理人に代理権証書を交付し、代理人がこれを第三者に呈示したときは、代理人は第三者に対して授權されたものとみなす、という。同第二項によると、代理権は、証書が授權者に返還されるか、あるいは、無効の宣言をされるまでは存続する、という。Isay は、これについて、B G B 第一七六条第一項の公示による無効宣言は、不撤

回性が単に本人と代理人との間で有効に合意された場合も、妨げられない、という。しかしながら、同一七六条等は「反対の定めを有する。すなわち、「無効宣言は、授權者が代理権を撤回することができないときは無効とする」と。そして、BGB第一七二条と関連するこの規定から、不撤回性は、その基礎たる法律関係から生ずる限り、第三者に對しても効力を有する、<sup>(9)</sup>という Lenel の見解が導かれる、<sup>(9)</sup>という。

(5) Schlossmann

Schlossmann は、撤回しえない代理権の可能なことに反対する。<sup>(10)</sup> 彼の見解によれば、代理人が本人の利益において行為する場合にのみ代理 (Vertretung) とか代理権 (Vollmacht) ということができる、<sup>(10)</sup> という。従って、代理人が本人の債務を取り立てたり、本人の物を売却してその代金を自分のために保持するときには、それは虚偽の代理権授与 (simulierte Vollmacht) であり、真に意欲された法律行為は常に債権譲渡である、<sup>(11)</sup> という。さらに、法的規定を与えられた撤回権の放棄についても反対する。Schlossmann は、撤回性は人格の自由な自己決定権 (Selbstbestimmungsrechts) の承認を基礎とする、<sup>(11)</sup> という。ここから強行法規を問題とし、それによって偏った当事者間の合意を排斥できるとし、撤回の放棄は財産に對して (in rem) 効力を有しえないと理解する。また、人に對する (in personam) 効力も、撤回を行使しないという義務は強制できないので、考えられない。ZPO 第八九〇条によると、この不作為の強制は、不作為義務 (Unterlassungspflicht) に對する違反行為があったことを前提とする、<sup>(12)</sup> という。以上のような理由から、Schlossmann は、不撤回性を否定した。

註(一) Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, Jherings J. Bd. 36, S. 34 ff.

(2) Lenel, a. a. O., S. 35.

ドイツにおける撤回できない代理



- (3) Lenel, a. a. O., S. 38.
- (4) Lenel, a. a. O., S. 40.
- (5) Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1898, S. 352 ; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 2 Auf., 1900, S. 308.
- (6) Hupka, Die Vollmacht, 1900, S. 411.
- (7) Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S. 97.
- (8) Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsch Reich, 1900, S. 218 ff.
- (9) Isay, a. a. O., S. 219.
- (10) Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, Bd. II, 1902, S. 598 ff. 浜上則雄「撤回しえない任意代理権について」民商法雑誌四〇巻一号一八頁。
- (11) Schlossmann, a. a. O., S. 599.
- (12) Schlossmann, a. a. O., S. 601.

## 二 要件設定と適用事例

この時期になると、後に述べるように Brodmann と Jung 以外には、ほとんどの学説が代理権に撤回できない場合のあることを認めるようになる。特に、Fuhr と Hallbauer には注目すべきである。ここでは、撤回できない場合の要件が設定され、個々の適用例が類型化されていく。

### (7) Fuhr

Fuhr<sup>(1)</sup> は、撤回できない代理の必要性を主張し、まず、Hellwig と Schlossmann の見解の根拠のないことを説く。すなわち、Hellwig に対しては、「正当にドイツ民法第七一五条に基づいても第七九〇条に基づいても、撤回し

えない任意代理権の是認を否定することはできない、<sup>(1)</sup>というのは指図 (Anweisung) は任意代理でないし、そして、第七九〇条からは、その他の場合には剝奪しえない任意代理が制定法によって許されている、という反対の結論が引き出せるからである。<sup>(2)</sup>と述べ、他方、Schlossmann に対しては、彼が、代理人が本人の利益において行為する場合にはのみ代理 (Vertretung) とか任意代理権 (Vollmacht) とか言うことができ、任意代理人が本人の債務を取り立てたり、本人の物を売却してその代金を自分のために保持するときには、それは虚偽の任意代理権 (simulierte Vollmacht) の授与であり、真に意欲された法律行為は常に債権譲渡である。<sup>(3)</sup>と述べるのに対して、Tahr は、「代理権の概念にとつて決定的なものは本人に代わつて行為することであるから、本人の利益において授与されようが、あるいは場合によつて代理人の利益によつて授与されようが代理であることに変わりはないというべきである。A が X に対して有している金銭債権を B に出捐しようとするならば A はその債権を B に譲渡することもできるし、A は B に取立代理権を授与することもできるのであつて、シュロースマンのように取立代理権の授与をつねに虚偽表示であるということとはできない。<sup>(4)</sup>」として批判する。

さらに、Tahr は、民法典は撤回できない代理の要件や効力に関する類似規定を有しないので、実定法上の原理と調和する撤回できない代理の法的構成を行なうことは、結局学説や実務に委ねられていと述べ、撤回できない代理の要件 (Erfordernisse) をあげる。<sup>(5)</sup>(i) 基礎的法律関係が存立すること。撤回の放棄は、撤回を放棄するとの本人の意思のみでは不十分であり、代理権の目的から放棄が正当づけられる場合でなければならぬ。すなわち、代理人が単に本人の利益だけを目的とするのではなく、同時に自己の利益を目的とするか、あるいは、もっぱら自己の利益もしくは第三者の利益を目的とする場合には、撤回の放棄は正当づけられる、という。さらに、この場合の利益 Interesse

についても触れるが、それは後に譲ることとして、Tühr は、この基礎的法律関係の中に、⑧支払のため (zahlungshalber) に代理権が授与される場合、⑨担保のため (deckungshalber) に代理権が授与される場合、⑩消費貸借の対価としての取得金 (Erlös) を得させるために権利の処分権を授与する場合、⑪形式を整えずに行なわれる贈与の場合がある、とする。<sup>(6)</sup> 基礎的法律関係の右分類は、後に Ludewig や Vogt においても詳細に論じられるが、民法典第一六八条の „nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse“ を、解釈論として具体的に検討する場合に重大な意義を有するからであり、それは権利担保的視点とも一致するのである。Tühr は、その他に要件として、(ii) 内容の無制限な撤回できない代理は認められない、として一定の範囲内であること (撤回できない場合の範囲)、<sup>(7)</sup> (iii) 当事者間に撤回できない法律関係が存在するだけではなく、本人が撤回できない場合であることを意図したこと (撤回権の放棄)、<sup>(8)</sup> (iv) 撤回権の放棄が表示されたこと (放棄の表示)、<sup>(9)</sup> (v) 基礎的法律関係が消滅していないこと (不撤回性の終了)<sup>(10)</sup> をあげている。

また、適用事例として、(i) 権利の取得、(ii) 債務負担、(iii) 処分、(iv) 物権的請求権を行使する代理、(v) 白地行為に分け、特に (iii) の処分については、目的物ごとに不動産・動産・債権・有価証券の処分につき撤回できない代理権が授与されることが指摘されている。<sup>(ii)</sup> 権利担保的視点からは、特に債権や有価証券が目的とされる場合が重要であるが、詳細は後に譲る。

#### (1) Hallbauer

Hallbauer は、<sup>(2)</sup> 撤回できない代理権が担保手段 (Sicherungsmittel) として行なわれることを指摘し、正面からこの問題をとりあげる。その例として、A は、B に五千マルクの債務を負い、同時に C に対し弁済期が半年後の五千マ

ルクの債権を有し、Cからこの五千マルクを取り立てるための撤回できない代理権をBに対して授与する場合をあげ  
る。そして、Bはこのような方法で、自己の債権に関し担保(Sicherstellung)を保持することになる、という。B  
G第一六八条における代理権授与行為の基礎的法律関係から反対の結果が生ずる例外的場合であり、代理権が代理  
権授与者の債権者に担保手段として用いられる場合は、この条文が撤回できない代理を認めるべき根拠になる、とい  
う。そして、その不撤回性は、担保の目的に基づき、被担保債権が消滅しない限り存続する、という。

(g) Brodmann

Brodmann は、BGB第一六八条第二文を批判する。彼によると、撤回の放棄のような場合には債権契約によっ  
て意思を確定することが不可能である。債権法では、確定しもしくは確定しうる内容でのみ契約が成立するという法  
原則がある。包括代理権(Generalvollmacht)もしくは支配権(Prokura)の代理権は、債権法上同時に確定しえな  
い種々の、交錯し、矛盾する法律行為を包含する。従って、ここから、撤回の放棄は債権契約による全部もしくは一  
部の禁治産を本人にもたらすことになる、という。<sup>(13)</sup>

(x) Jung

Jung<sup>(14)</sup> もBGB第一六八条第二文を批判する。すなわち、「この規定を詳細に吟味するならば、内部関係と外部関  
係との混同がなされていることが明らかとなるのであって、外部に対しては任意代理権は常に有効に撤回すること  
ができるのである。撤回権の放棄は、レーネルが正当にいうように債権的効力をもつだけである。<sup>(15)</sup>」

しかし、この見解については、Gottschalkが反論するように、もし、撤回の放棄が有効であるならば、撤回は法  
的には問題にならない。Jungが、撤回できない代理が本人の意思に反するということを代理人が知っていることに

よって有効な法律行為の締結が阻止されるので、信義則に反する、と主張するのに対して、Gottschalk は、このような場合に、法取引における信義誠実や良俗に関する規定を適用する機縁も根拠も存しないとい<sup>(16)</sup>う。

注(1) Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht, in Festschrift für Paul Laband, 1908, S. 45 ff. 浜上即雄「撤回しえない任意代理について」民商法雑誌四〇巻一号二六頁参照。

(2) 浜上・前掲論文二八頁、Tuhr, a. a. O., S. 48.

(3) 浜上・前掲論文二八頁、Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, Bd. II, S. 585.

(4) 浜上・前掲論文二八頁、Tuhr, a. a. O., S. 49 ff.

(5) Tuhr, a. a. O., S. 50.

(6) Tuhr, a. a. O., S. 53 ff.

(7) Tuhr, a. a. O., S. 54 f.

(8) Tuhr, a. a. O., S. 56 f.

(9) Tuhr, a. a. O., S. 57 ff.

(10) Tuhr, a. a. O., S. 59.

(11) Tuhr, a. a. O., S. 62, 65 ff., 67 ff., 70 ff., 80 ff.

(12) Hallbauer, Die unwiderrufliche Vollmacht als Sicherungsmittel, Bank-Archiv 1910, S. 337 ff.

(13) Handelsgeschäfte, Allgemeine Grundsätze, in Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4, Abt. 2, 1918, S. 133 ff.

(14) Jung, Anweisung und Vollmacht, Jherings J. Bd. 69, S. 82 ff.

(15) 浜上・前掲論文二九頁。

(16) Gottschalk, Die Vollmacht zur Vornahme formbedürftiger Rechtsgeschäfte, Jherings J. Bd. 79, S. 232.

### 三 目的類型と保護利益

この時期になると判例・学説とも代理権に撤回できない場合のあることを認める。Tuhn においても撤回できない代理の目的が指摘されているが、この時期に、より具体化するとともに、保護利益も次第に明確になっていく。

#### (v) Ludewig

Ludewig<sup>(1)</sup>は、授権(Ermächtigung)が行なわれる経済的な目的を次のようにあげる。(i) 本人がある事情で自己の人格を相手方に知られることを欲しないで行為をしようとするとき代理に代わり授権が用いられる。(ii) 授権は第三者への出捐(Zuwendung)の仲介(Vermittlung)として役立つ、一定目的の出捐の仲介は寄付の募集に用いられる。

(iii) 授権は管理目的(Verwaltungszwecken)に用いられる。③このような場合として包括的あるいは無制限な財産管理があり、そのときは、財産の所有者は外部的に自己の名において行為する必要がある。また、④営業上の債権が担保目的のために信託譲渡(fiduziarische Übereignung)されるのに代わって、同様の目的でその債権を管理するために授権をする場合がある。さらに、⑤銀行が顧客から株式の寄託をうけ、株主総会において直接自己の名において議決権(Stimmrecht)を行使する場合に用いられる。(iv) 譲渡担保(Sicherungsübereignung)およびその他の信託的行為は、経済的危険や法的矛盾を意識されながらも、撤回できない譲渡授権(Veränderungsermächtigung)として構成される。(v) 被授権者に信用を得させることに役立つ。AはBに、Aの物または権利を自己の名において担保を設定することを許し、それによりBは信用を得て借金できるからである。(vi) 特に権利の行使において最も有用である。例えば、土地登記簿更正請求権(Grundbuchberichtigungsanspruch)の行使のための授権がこれにあつた。

り、その請求権の譲渡が許されないための代替手段として用いられる。(vii) 権利を裁判上行使するためにそのような授権が認められるようになるともに、一定の場合に取立目的のための授権と類似のものが実際上行なわれている。すなわち、いわゆる取立目的の債権譲渡 (Inkassobetriebung) がそれであり、債権譲渡の形式をとるが、経済的には、授権者の利益における取立権限のみの授与 (Einziehungsermächtigung) と被授権者の利益における信託的譲渡とに分けられる。(viii) 取立権限のみの授与は、特に原簿登録債権 (Buchforderungen) の割引の場合に行なわれる。Ludewig は、授権が行なわれる実際上の目的を以上のように掲げ、それらの授権の法律上の根拠、類似の法現象との比較および具体的な適用例を検討する。(2) Ludewig は、(iv) の場合と (vi) の場合に撤回できないとするとともに、具体的適用例については、債権の処分に関する授権の場合に撤回できないとし、この場合は授権がもたらば被授権者の利益のために行なわれる。(3) という。

#### (1) Hilderscheid

Hilderscheid<sup>(4)</sup> は、撤回できない代理の法的制度は公証人 (Notar) の職務執行において少なからぬ役割を果たす、という。そして、不撤回性の根拠として、(i) 授権 (Bevollmächtigung) の場合の不撤回性と、(ii) 事後的な放棄による不撤回性とに分け、(i) についてライヒ裁判所の判決に従い、(4) 基礎的関係によって不撤回性が正当化される場合、(5) 不撤回性が明示もしくは黙示に意思表示された場合、(6) 不撤回性について代理人もしくは第三者の同意 (Zustimmung) があった場合に分けられるという。これまでは目的類型に主眼がおかれていたが、ここでは BGB 第一六八条から如何にして不撤回性の根拠を引き出すことができるか整理が行なわれている。

また、右のような不撤回代理が成立する法的根拠のほかに、それが終了する場合も示されている。(5) (i) 基礎的法律

関係が終了したとき、(ii) 授權者・代理人もしくは第三者が死亡したとき並びに行為能力を喪失もしくは制限されたとき、(iii) 撤回できない代理の撤回が行なわれたとき、である。Hiderscheid の論文では特に公証人の職務執行に關して不撤回代理の成立および消滅の根拠が示されているが、それが目的類型との関係でどのように結びつけられ、意義を有するのか、以下の整理が必要とされる。

(c) Fischer

Fischer<sup>(9)</sup> は、有限会社における議決権の行使が撤回できない代理権の授与として行なわれる場合があるという。商法の合名会社や有限会社では、讓渡 (Abtretung) によって社員の營業持分から議決権を分離するのは許されない。代理人による議決権の行使は、原則として可能であるが、第三者による議決権の行使には多くの疑問が提起されている。この問題は、有限会社の権利に關する營業持分の質入れの場合に實際上の意味を持っている。判例・學説は、質権者が議決権を行使するのは認めないが、会社が質権者に議決権の行使を委ねることの可能性を肯定している。ライと裁判所も、撤回できない代理についての過剰な迂路にならないことを考慮しながら、この可能性を認めた。<sup>(7)</sup> この判決の實際上の意義は大きい。質権者に対して議決権の行使を委ねることが可能ならば、撤回できない代理の場合も同様の効力と意義を有するので可能のように思われる。ところが、撤回できない議決権の代理は、代理人が自己の権利を正当に実行するために行なう授權としての議決権の讓渡すなわち讓渡の方法による取立授權 (Einziehungsermächtigung) と實際上区別できない。それによると、議決権の讓渡を禁止した意味が失われる。そこで、Fischer は、撤回できない議決権の代理を認めることは適當でないと結論づける。<sup>(8)</sup> 但し、Fischer も、撤回できる代理と撤回できない代理とは經濟的目的が異なることや、撤回できない代理は、代理人や第三者の利益のために行なわれること、実



際的生活では債権者の担保 (Sicherung) や満足 (Befriedigung) を目的とする撤回できない取立代理 (Inkassovollmacht) として行なわれていることなどを指摘している。<sup>(9)</sup>

#### (5) Müller-Frenjels

Müller-Frenjels は、撤回できない代理を自己決定権 (Selbstbestimmungsrecht) の制限として捉える。<sup>(10)</sup> 代理権が撤回できないものとして授与されたときは、本人は、授權を一方的に取り消すことができない。代理権の不撤回性は、債権的にとどまらず物権的 (dinglich) である。授權者は、当該撤回によって損害賠償の義務を負うのではなく、代理人もしくは第三者が同意しない場合には、彼の撤回の表示が絶対的無効 (absolut wirkungslos) となるにすぎない。従って、代理人は、本人の撤回にもかかわらず本人に有効に義務を負わせ、本人の権利を処分する権限を有するのである。そのような撤回できない代理を認めることは、単なる撤回できる代理とは反対に、本人の自己決定権を制限することになる。<sup>(11)</sup>

ところが、撤回できない代理の許容性については、争いがある。撤回できない代理の許容性に異議を唱える者は、「撤回の許容性は、内在的な性質として代理権の本質に属する。」<sup>(12)</sup> という。そのような代理権は、本人と代理人の信頼関係に基づくものである。<sup>(13)</sup> しかし、代理権が撤回できないものとして授与されるときは、本人が、代理権の存続を信頼関係の継続にかからしめないということを意味しており、それによって法制度としての代理権の前提を欠いている。逆に、授權者が代理権を撤回できないものとして授与したときは、彼は、自分で設定した他の要件 (äußere Tatbestand) を信頼した第三者の損害を填補しなければならない。<sup>(14)</sup> その場合、授權に関し填補されるべき利益が代理人もしくは第三者に存しななければならない。その「利益」とは、代理権の存続 (Bestehen) について代理人が有するす

べての利益をいうのではない。例えば、代理権が代理人の利益において授与されたときみなされるには、手数料 (Provision) の合意では十分でない。何故なら、その場合の代理人の利益は、権限の行使に向けられるものではなく、単に手数料 (報酬) 請求権の根拠に向けられるものだからである。

極めて実地的な利益は、自益的な撤回できない代理を認めることにある。古典的な例としても最もよく知られているものに次のようなものがある。第三者に対して債権を有している債務者が、自己の債権者に対して、この債権を取り立て、自らの債務に充当するために撤回できないものとして代理権を授与する場合である。<sup>(15)</sup> この場合は、債権についての担保債権者の取立権 (Einziehungsrecht) や債権の換価を目的とする強制執行における取立のための委付 (Überweisung zur Einziehung—ZPO § 835) と一定の対応関係にある。<sup>(16)</sup> Müller-Freienfels のこの指摘には注目すべきであろう。これによると、右のような撤回できない代理は、債権質権や取立命令の場合と同様の構造を有していることになるからである。代理人の利益における授権の背後には、債権者へ債権譲渡を行なわない正当な理由が存する。債権譲渡が行なわれると、その基礎となる債権が他の方法で消滅したときは、譲渡人に返還するのが難しくなる。また、名義書換を避けることや費用および税を節約することなどの便宜を考慮するならば、債権譲渡は適切でない。さらに、有限会社の議決権のように譲渡はできないが、その権利の行使のために撤回できない代理権を第三者に授与することができる場合がある。特に、銀行実務では、信用債務者 (Kreditschuldner) の定期金などのように譲渡できない債権の場合には、撤回できない代理は、債権譲渡に代わる経済的な手段として用いられている。<sup>(17)</sup>

また、撤回できない代理は、必ずしも常に債務の消滅に仕えるとは限らない。それは、担保の目的のために (zum Zwecke der Sicherung) も行なわれうる。例えば、S は、G から信用をえ、これに対して G に X 会社の株式につ

き一定額まで処分するという撤回できない代理権を担保として授与する場合がある。あるいは、債務者が、主たる債務を弁済期に支払わない場合に、彼のために締結した保証に対する担保として、保証人に、自己の装身具(Schmuckstücke)を処分するための撤回できない代理権を授与する場合がある。また、撤回できない代理は、„deckungshalber“においても与えられる。例えば、Vが、Dに対してPの物を自己の名で売買し、これに対して、Vが履行できるようにPが譲渡代理権(Übertragungsvollmacht)を与える場合である。この場合、Dとの売買契約が成立するや否や、代理人の固有の利益は、合意による撤回できない代理として十分な根拠を与えられることになる。その他にも撤回できない代理が妥当する場合がある。また、その場合の利益も代理人の利益のほかに、第三の契約当事者や第四の契約当事者の利益も存しうるのである。<sup>(18)</sup>

以上のように、Müller-Freienfelsは、撤回できない代理の担保的機能を積極的に認める。その他、英米法やハンガリーのBGB草案、スカンジナビア法、スイス債務法についても触れている。<sup>(19)</sup>さらに、特に注目すべきことは、Müller-Freienfelsが撤回できない代理には本人の権利行使を排斥できる場合があることを主張しているということである。<sup>(20)</sup>これについては、次のように言う。本人の行為と代理人の行為とが競合した場合には、複数の競合する行為が本人自身によって行なわれた場合と同じように解決できるであろうという原則は、本人と代理人とが、同時にかつ同じ場所で互に矛盾する行為をした場合には、役に立たない。何故なら、本人自身が行為すると異なる事情が存するからである。<sup>(21)</sup>そして、次のような例をあげる。有限会社の社員Pが、有限会社の同意をえて、自分の全営業持分の質入れをしているVに対し、社員総会においてPの代わりにVの利益において議決権を行使するよう撤回できない代理権を授与したが、P自身も出席して代理人Vと同時にしかも相反する内容の投票をした場合である。この場合につ

いて、Rezlor は、信義誠実による解釈からも、本人の危険負担の理論からも複数の意思表示のいずれか一方に決定することはできないので、有効な投票がなかったと考える。これらに対して、ライヒ裁判所は、本人自身が行為する場合にもはや代理は必要でないし、代理人には、本人自身の処分<sup>(21)</sup>に反対する権限も、本人によって授与表示された意思に反して行為する権限もないとし、本人の議決だけが有効であるとした。<sup>(22)</sup> Müller-Freientels 自身の見解は、次のようである。このような場合における本人の行為と代理人の行為との抵触の最も手っとり早い解決は、本人の行為によって、代理権授与の撤回があったと考えることである。しかし、代理権が代理人のみの利益のために授与され撤回できない場合には、このように解することはできない。この場合には、むしろ代理人の議決を規準とする方がより利益状態に適合する。何故なら、このような抵触の場合には、代理人のより優越する利益が、本人の自身の権利に対してもっている権能を制限することになるからである。それ故に、このような自益的な代理は、まさに排斥的 (verdrängend) なものであるといわれるのである。<sup>(23)</sup> このような排斥的な撤回できない代理は、これまで検討してきた撤回できない代理に比し、より強大な (verstärkt) 権能を代理人に与えることになる。その結果、排斥的な撤回できない代理は、構造上のみならず、その機能においても権利質や担保のための債権譲渡 (Sicherungsabtretung) に近似する。しかし、通説は、このような代理は B.G.B. 第一三七条に反するとして、認めない。<sup>(24)</sup>

#### (4) Vogt

本稿の構成とその内容は、Vogt に依るところが大きい。Vogt<sup>(25)</sup> は、一九六一年の学位論文 (Dissertation) Die unwiderrufliche Vollmacht において、それまでの判例・学説を丹念に整理し、紹介する。それによると、第一章では、撤回できない代理の歴史的展開を述べ、普通法から B.G.B. 第一六八条の成立までの過程で如何にして撤回できない

い代理が法的根拠を付与されるに至ったかを説明する。第二章では、撤回できない代理の法形態を説く。ここでは、撤回できない代理を“目的”によって次のように分類する。(i)履行目的、(ii)支払目的、(iii)関与目的、(iv)担保目的、(v)贈与目的。基礎的法律関係をこれらの目的形態に分け、撤回できない場合を是認しようとする。また、実質的には、代理人もしくは第三者に代理権による“利益”が存する場合でなければならぬとし、それが如何なる利益かについても触れる。さらに、不可撤回について当事者の合意が必要かどうかにも論及する。以上は、当事者間に撤回権についての規定が存しない場合であるが、特別の場合として、“isolierte Vollmacht”や特約、一方的な放棄の場合も説く。その他、撤回できない代理権の形式、包括代理、議決権代理、撤回の放棄が無効な場合の法的効果、について述べたうえで(但し、本稿では割愛した)、最後に、撤回できない代理の最も重要な“効力”を検討する。Vogtの論文は、最近のものであり、かつ総合的に検討しているので、その内容については、改めて、次の四で論ずる。

- 注(一) Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichen Recht, 1922, S. 7.  
 (二) Ludewig, a. a. O., S. 72.  
 (三) Ludewig, a. a. O., S. 84.  
 (四) Hilderscheid, Die unwiderrufliche Vollmacht und ihre Bedeutung für die Amtstätigkeit des Notars, Deutsche Notar Zeitschrift, 1948, S. 482.  
 (五) Hilderscheid, a. a. O., S. 490.  
 (六) Fischer, Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht in der GmbH, Monatschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Handelsrecht, 1952, S. 113.  
 (七) RGZ 157, 52.  
 (八) Fischer, a. a. O., S. 116.

- (9) Fischer, a. a. O., S. 114.
- (10) Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 109. その他、自己決定権について、Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, Band. II, 1902, S. 599.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1975, S. 10f. Müller-Freienfels および Flume の私的自治・自己決定権については、高橋三知雄「代理理論の再検討」代理理論の研究七五頁以下所収、同「代理と私的自治」阪大法字七二・三卷二五九頁以下、同「Flume の法律行為論」関西大学法学論集一六卷四・五・六合併号四三三頁以下、Manfred Wolf の自己決定について、高橋「ウォルフ『法律行為における決定の自由と契約による利益調整』(一)・(二)完」関西大学法学論集二二卷三号一五五頁、同四号一〇四頁。
- (11) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 109.
- (12) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 110. このような見解として、Oser-Schönenberger や Windscheid-Kipp, Hellwig, Schlossmann, Jung, Brodmann があげられている。
- (13) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 112. Müller-Freienfels が代理権が撤回できないとされる場合は、通常の代理と異なり、信頼関係“Vertrauensverhältnisse”に基づく場合でないことを指摘する点に注目すべきである。Flume も、撤回できない代理は、原則として高い人格的性質 (höchstpersönlichen Charakter) をもたず、代理人もしくは第三者の基礎となる請求権の属性 (Attribut) にすぎないという (Flume, a. a. O., S. 883)。
- (14) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 113.; HGB § 52 I.
- (15) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 116. procurator in rem suam がこれにあたるものである。
- (16) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 116.
- (17) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 117.
- (18) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 117.
- (19) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 118 ff.
- (20) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 124 ff.
- (21) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 124. 浜上則雄「撤回しえない任意代理権について」民商法雑誌四〇巻一号四〇頁。

- (23) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 125. 浜上・前掲論文四一頁。
- (23) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 125. 浜上・前掲論文四一頁。
- (24) 通説は「Verdrängende unwiderrufliche Vollmachtが BGB 第一三七条〔法律行為によつて譲渡可能な権利の処分権限を排斥または制限する行為を禁止する規定〕に反するとして認めならず（Tuhf, Die unwiderrufliche Vollmacht, 1908, S. 60; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1975, S. 884 f.; Erman-Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 6. Auf., S. 350; Thiele, Münchener Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 1978, S. 1121; Staudinger-Dilcher, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 1979, S. 691）。判例も同様である（BGHZ 3, 354; 20, 363; BGHWM 1971, 956, 975=Jus 1972, 48）。
- (25) Vogt, Die unwiderrufliche Vollmacht, 1961, S. 34 ff.

#### 四 内容と意義

##### (1) 内容の整理

以上では、BGB 第一六八条が成立してからのドイツにおける撤回できない代理に関する学説を年代に従つてみてきた。当初は撤回できない代理の可否に終止していたが、その後、Tuhf にみられるように、第一六八条を積極的に解し、撤回できない場合の要件を定め、具体的適用例が示されるようになる。撤回できない代理の実例が増え、次第にその実質的目的が意識されるようになる。そして、それらの実質的目的に共通するのは、代理人および第三者側の経済的利益の保護であることが理解され、特に Vogt によつて整理されている。そこで、これまでの学説ならびに近時のそれをふまえて、<sup>(1)</sup>撤回できない代理の内容を、ここで整理しておこう。

##### (ア) 目的

不撤回性は、代理権が授与された目的から直接に生ずる。従って、特別の合意が行なわれなくても、その基礎的法律関係から撤回が排除される。それは、代理権が、主として授權者の利益のために授与されたときではなく、もっぱら代理人もしくは第三者の利益に奉仕する場合である。それらの目的は、次のように分類されている。<sup>(2)</sup>

(i) 履行目的の代理権 撤回できない代理が、この履行目的のために (zum Zwecke der Erfüllung) 授与される場合のあることは、すでに多くの学説によって指摘されている。<sup>(3)</sup> 判例も如何なる前提の下で撤回できない代理が認められるのか問題提起をしている。例えば、不動産売買契約が締結され、BGB第一八一条による自己代理の禁止を排除するという約束の下で売主が買主に不動産を自分で自分に譲渡することを授權した場合において、買主が土地登記所 (Grundbuchamt) にアウフlassung (Auflassung) を申し立てる前に売主が代理権を撤回したような場合である。このような場合に、ヘルリン高等裁判所 (Kammergericht)<sup>(4)</sup> は、次のような理由で撤回を認めることを拒否した。代理権は、この場合所有権移転請求権の実現に奉仕するものであり、売買契約を履行するための担保保全を目的とするものであり、それ故に、代理権は買主の利益のために授与されている、と。さらに、同高等裁判所は、不動産譲渡契約において直接に譲渡の代理権を授与しない場合にも、譲渡人はBGB第一八一条の制限から代理人を除外しているという理由で、不撤回性を確認していた。しかしながら、Hilderscheidは、この判例に反対した。<sup>(5)</sup> 彼は、授權者は実際的な理由から撤回に関する権利を放棄せずに自己代理禁止を避けることができる、と述べた。後には、新しい判例・学説ともこの見解を支持するに至った。<sup>(6)</sup> Dernburgは、本人 (Prinzipal) は代理人に対してではなく、直接の相手方である第三者と権利義務関係に立つのであるから、代理人は代理権に関して固有の利益は有しないと見做し、撤回できない代理を否定する。<sup>(7)</sup> 実務では、代理権に関して代理人の利益と第三者の利益とを区別していない。不動産



譲渡契約が代理人と第三者との間で締結され、代理人が譲渡契約を譲渡合意に基づいて履行するまでの間は、譲渡代理 (Auflassungsvollmacht) は撤回することができないとされている。このような譲渡代理において発展してきた原則は、他の契約関係の履行の場合にも応用できるであろう。このようなことから、一般に代理権が履行の目的で授与されたときは、撤回できないものであるといわれている。<sup>(9)</sup>

最近では、Eiuneは撤回できない代理を履行行為 (Erfüllungsakt) と捉え、譲渡人が不動産を転売しようとし、その中間費用を節約するために不動産を処分する代理権が授与されたときは、その代理権は撤回できない。授権者は、撤回できない代理によって履行を実現するための力 (Macht) を代理人に与えることになるという。<sup>(9)</sup> さらに、Thieleによると、右のような撤回できない代理は、代理人の履行利益を正当化するとし、自己の債権の満足をえるために授権者の債権を取り立てる目的で行なわれるという。<sup>(10)</sup>

(ii) 支払目的の代理権 代理権は、代理人もしくは第三者のために代理人への支払 (Zahlung) を実現するために授与される場合がある。<sup>(11)</sup> この場合、授権者は代理人の債務者である。この場合の原因関係 (Grundverhältnis) は、債権取立 (Forderungseinziehung) のための授権であり、代理人は本人に対して有する自己の請求権に充当するため、目的額を保持することが認められる。これにより、直ちに撤回の可能性が排斥されるのではない。このような支払目的のための代理権としては、例えば、抵当債務 (Hypothekenzinsen) の清算を目的として使用賃貸料 (Mietzinsen) や利益賃貸料 (Pachtzinsen) を取り立てるとききの抵当権者の代理権、もしくは、使用賃貸料の取立てのために執事 (Hausverwalter) に授与された代理権があげられ、さらには、満足 (Befriedigung) を目的として質物の売却をするとききの質権者の代理権や扶養義務者 (Unterhaltsverpflichteten) の名において住居を賃借する扶養権利者の授権など

もあげられている。<sup>(12)</sup>

支払目的の代理権は、その経済的効力が債権譲渡に近いので、当事者の意思がどれなのか疑わしく、実際上区別には困難を伴う場合がある。それ故、撤回できない代理の相手方は、債権譲渡が行なわれたのに、それを虚偽の代理権 (simulierte Vollmacht) が授与されたものと考えられる場合があるといふ。<sup>(13)</sup>そこで、当事者の表示が必ずしも決定的なではなく、債権者 (授権者) が権利をとどめ自ら債権を訴求しようとするときは代理権が、債権者が破産 (Vermögenszusammenbruch) する前に譲受人を保護すべきようなときは債権譲渡が、行なわれたものと推定すべきであるといふ。<sup>(14)</sup>

(iii) 関与目的の代理権 代理権は、関与 (Beteiligung) のために撤回できない場合があるといわれる。<sup>(15)</sup> 利害も、授権の遂行に關し固有の利益を有する場合や、いわゆる分割契約 (Parzellierungsvertrag) の場合、さらには代理人が法律上の最低売買価格を超える取得金をえることに関与した場合には、撤回が排除されるといふ。<sup>(16)</sup>

しかし、基礎的法律関係が單純な委任の場合には関与目的の代理権があるといえないし、また、労務・事務管理契約の場合にも撤回を排除するような関与が基礎的關係にあるとはいえない。問題なのは、代理人が報酬の約束の下に授権者の取引に貢献したような場合である。判例・学説は、報酬条項の合意はそれだけでは撤回の排除を正当化するような基礎的關係にないといふ。<sup>(17)</sup>これに対して、Brodmann は、報酬に關する行為と取得金を保持する合意とを區別する根拠はないと批判するが、<sup>(18)</sup>代理権の存在について、直接的な固有の利益の存在を基準とする通説への批判として、成功しているとはいえない。

(iv) 担保目的の代理権 代理権が担保 (Sicherung) のために授与される場合があるのは、多くの学説・判例によ

って指摘されている<sup>(19)</sup>。撤回できない代理が担保の目的で授与される場合は、今日特に重要である<sup>(20)</sup>。担保の目的で授与される場合の典例としてあげられるのは、Hallbauer や Müller-Freienfels 等が自ら典例とするように、債権者に対して有する債権の担保手段として債務者が第三債務者に有する権利を回収するために代理権を債権者に授与する場合である<sup>(21)</sup>。これに対して、Emeccerus-Nipperdey や Soergel-Schulze-v. Lasaulx ならびに判例は、代理の不撤回性が生ずるのは、それが代理人もしくは第三者の利益のため授与された場合、とくに担保もしくは権利の実現のために行なわれた場合である<sup>(22)</sup>。さらに、Vogt は、債務者が自己のために結ばれた保証について、主たる債務を期限内に支払わなかったときの担保として、一定の目的物の処分権を供与する場合には、この代理権は、受信者の主たる利益の故に撤回できない、<sup>(23)</sup>という。また、Woeste は、担保の目的の代理権が租税上の利点を有することを指摘する。代理人が債務者の名において売却するので、代理人は、販売税 (Umsatzsteuer) を節約することができる<sup>(24)</sup>。Woeste は、ここから代理権のうえに存する代理人の直接の利益を導き、不撤回性を根拠づけようとしている。最近では、Flume がこの点に触れ、前述のように撤回できない代理を履行行為 (Erfüllungsakt) として捉えつつ、特に重要な役割を果たすのは、債権の取立て (Einzahlung) の場合であるとし、債権の取立てによって授権者に対する債権の弁済にあてようとする場合には、担保のための代理権である<sup>(25)</sup>。

これらの説明から、目的相互間でどのような相異が生ずるのかが疑問となる。Vogt は、担保目的と支払目的とは交叉するという。例えば、債権者に取立代理権 (Inkassovollmacht) が授与されたとき、代理人は、授権者に対する債権より弁済を受け、剰余額を本人に引き渡さなければならない。このような場合には、代理権は、担保手段 (Sicherungsmittel) を形成する<sup>(26)</sup>。また、Steffen は、代理権が代理人もしくは第三者を担保する場合があるとし、

その例として、代理人が、自己の満足のためもしくは第三者の満足のために債権を取り立て、立てることを授けられる場合があるという。<sup>(27)</sup>従って、以上から、履行目的、支払目的、担保目的さらには取立目的といっても、結局は取り立てて自己の債権に充当するという点で、引当て（担保）として同様の作用を営んでいることになる。<sup>(28)</sup>

(v) 贈与目的の代理権 代理権が贈与のために授けられるのは、代理権は目的の取得もしくは請求権の実行のために授けられるが、以後代理人が取得物を贈与として保持するという合意が付けられているような場合であるという。<sup>(29)</sup>このような場合、贈与に關する主たる利益は代理人に存するので、その代理権は、奪うことができない。そのような例としては、贈与のために授けられた取立代理権や代理人が授権者に返還義務を負わずに金銭を消費できるような消費貸借のための代理権などが考えられるという。<sup>(30)</sup>

しかし、B G B 第五一八条の要式規定との關係で困難を伴うが、学説は、贈与目的の代理権が右条項に服するのかどうかについて分れており、判例もこの目的の代理権については否定的である。<sup>(31)</sup>贈与の方式が満されたときは問題ないが、満されないときは、B G B 第一六七条二項と第五一八条は矛盾することになる。贈与の要式規定は、慎重さと明確さに基づくものであるが、贈与目的の代理権の不撤回性についても同様に妥当しよう。<sup>(32)</sup>

#### (4) 代理人の利益

以上の、履行、支払、関与、担保もしくは贈与の目的で授けられた代理権は、代理人もしくは第三者の利益となる。<sup>(33)</sup>この利益が、代理権が撤回できないものとなるか否かの基準となる。Müller-Freientfels のいうように、この場合の利益とは、代理人もしくは第三者の有するすべての利益をいうのではない。例えば、手数料や賃料のように、単に反対給付を得るための利得が代理権と結びつくだけでは、代理人の利益において代理権が授けられたと認めるた

めに十分ではない。従つて、代理人が代理権に関連する事実上の (faktisch) 地位を有しているだけの観念的利益は除外される。何故なら、それだけでは、授権者の強力な経済的利益に反して彼の財産を処分する可能性を認める法律上の意味が存在しないからである。また、例えば、手数料や賃料のように、単に反対給付を得るための利得が代理権と関連性があるだけでは足らず、少なくとも、本人の利益と経済的に同価値 (wirtschaftlich gleichwertig) の利益が必要であるといわれている。<sup>(34)</sup>

#### (ウ) 効果

本人が、特約によつて撤回できない代理権を授与したとき、もしくは、性質上代理権の授与が撤回できないとされたときに、それにもかかわらず、代理人に撤回の意思表示をした場合には、そのような撤回は無効である。従つて、代理人は、依然有効な代理行為をすることができ、このような意味において、撤回できない代理は物権的効力 (dingliche Wirkung) を有するといわれている。<sup>(35)</sup> 但し、本人に重大な事由 (wichtiger Grund) が存するときは、撤回権が有効に放棄されている場合でも、撤回することができ、<sup>(36)</sup>

本人と代理人間において責任を生ずる場合がある。撤回できない代理権が授与されているときは、本人が撤回してもその効力は生じないが、その代理権の対象となつてゐる目的物を他へ譲渡したり、もしくは、二重に代理権を授与して、相手方である第三債務者または第三者が善意で弁済してしまつたり、他へ転売してしまつたときは、代理人の利益が結果的に侵害されることになる。本人は、このような場合において、特約があるときはその特約違反として、あるいは、放棄があるかまたは放棄があるとみなされたときは撤回できない代理権授与契約違反として、代理人に対し損害賠償責任を負うと解されている。<sup>(37)</sup>

これに対し、第三債務者(第三者)が代理人に対して責任を負う場合があるか。例えば、債権の取立代理のような場合において、第三債務者が、撤回できない代理権の目的となつてゐることを知りながら、あるいは、承諾をしたにもかかわらず、当該債権を本人に弁済してしまつた場合である。このような場合には、当然、第三者に対する本人と代理人の権利が競合するのか、排斥されるのかの問題も生ずる。多数説・判例は競合を認め、本人の権利行使も妥当とするが、有力説は、本人の権利行使は排斥されるという。<sup>(38)</sup> 代理人の担保利益をどの程度まで保護すべきかどうかにかもかかつてゐる困難な問題である。もし、撤回できない代理が担保であるならば、少なくとも対内関係においては、権利質の留置的効力(BGB第一二七六条)や債権譲渡における悪意の債務者の行為に関する規定(同四〇七条一項但書)などを参考に、本人や第三債務者の行為を拘束することもできよう。<sup>(39)</sup>

これに対して、本人の第三者への処分や破産、強制執行などの対外関係においては、撤回できない代理が担保であるにしても、対抗公示方法がない以上、対外効を付与するのは困難であらう。<sup>(40)(41)</sup>

## (2) 検討の意義

以上、本稿では、ドイツにおける撤回できない代理について、ドイツ普通法↓第一草案↓第二草案↓BGB第一六八条を中心に論じてきた。このような順序で本稿を草したのは、ドイツでは、代理権の撤回の可否とその目的な機能が民法典に即した解釈論として展開されているからである。わが国では、代理権の撤回はほとんど問題とされていない。むしろ、本稿で論じたような問題は、曖昧に放置されているように思われる。また、委任と代理を体系上区別しながらも、「委任ニ因ル代理」とすることによって複雑な形となつてゐる。そこで、右のようなドイツにおいて展開されてきた撤回できない代理の沿革を検討することは、わが国における代理権の撤回の可否およびその権能(法的

な効力)を考へる場合の貴重な手がかりになるものと思われ<sup>(42)</sup>る。

そこで、以上のような検討が如何なる意義を有するものなのかみてみる。

まず、第一に、撤回できない代理が行なわれる實際上の目的は、履行のため、支払のため、関与のため、担保のため、贈与のためなどである。特に、これらの目的のうち、履行目的、支払目的、担保目的の場合は、授權者が負う自己の債務に対する引当として代理権が授与されていることになる。従つて、これらの場合は、純粹な信賴關係に基づいて自己の財産を管理するために代理権を授与するのとは、基礎的法律關係が異なる。沿革的には、代理権の授与は常に信賴關係に基づく財産管理であつたといつてよからう。そして、この沿革論による影響が現代まで支配している。わが国の民法典もそうである。ところが、ドイツでは第一草案において、委任と代理を峻別した。ドイツにおける委任と代理の峻別は、沿革論による支配からの脱出であると考えることが出来る。これによつて、ドイツでは無償無報酬を前提とする信賴關係である委任から代理を独立させる機縁をつくつたのである。すなわち、代理には、純粹な信賴關係に基づく代理(これを無償代理と呼ぶことにする)の他に担保的・對価的な經濟關係に基づく代理(これを有償代理と呼ぶことにする)とが存することになるのである。ドイツのこのような發達は、現代の取引社會の動向とも合致するものである。これらの担保的對価的な代理、その場合における撤回の可否が問題とされるにあつて、有償代理の独自性の必要性が意識されてくるのである。

第二に、撤回できない代理によつて代理人のそれぞれの目的に應じた利益が担保される。この場合の利益担保の効力は、今日の一般的に承認された見解によると、債權的のみならず、物權的であるといわれている。それは、本人が撤回しても代理人は代理權を失わないという意味である。この点で、對内的には各目的利益が強く保護されることに

なる。但し、重大な理由がある場合は撤回できるとされている。この点において、権利質や権利の譲渡担保よりも、担保的効力が弱い。

第三に、撤回できない代理は、債権（権利）を目的とする担保である点で、債権質や債権の譲渡担保と構造が同じである。すなわち、権利質が担保目的物たる債権に関して価値支配権を質権者に与え、権利の譲渡担保の場合は債権譲渡という法形式によって担保権者に譲受人としての地位を与えるのに対して、撤回できない代理の場合は、代理権の授与という法形式をとり、撤回できないという結果によって、代理人の債権者としての権利を確保することになるからである。但し、担保としての構造は同じでも、効力（特に、対外的効力）は、権利質や譲渡担保に比して弱い。

第四に、本稿での検討は、代理と委任の区別の必要性や無償を前提とする現行委任体系が問題を含むことについての一つの具体的な手がかりを与えるものと思われる。

第五に、このような撤回できない代理とわが国における代理受領を比べると、権利を目的とする担保としての撤回できない代理は、代理受領の基<sub>本</sub>型<sub>と</sub>考えられる。わが国の代理受領は、この場合の代理権の授与に種々の変形が加えられたものといえる。従って、本稿での撤回できない代理の効力は、わが国の「代理受領」についても、その特殊性を考慮したうえで、あてはめてみることでできるであろう。

以上で、ドイツにおける撤回できない代理の検討を終わる。必ずしも充分なものではないが、これらの検討から、わが国における撤回できない代理の可能性を展望してみることにする。

注(一) 近時<sub>へ</sub>は<sub>は</sub> Vogt, Die unwiderrufliche Vollmacht, 1961 の前後の文献<sub>を</sub>、Staudinger-Coing, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Auf., 1957, S. 1015 ff.; Enneccers-



Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1960, 15. Auf., S. 1143; Steffen, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes Kommentar (BGB-RGRK), Bd. 1, 1974, S. 92 ff.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1975, S. 876 ff.; Erman-Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Auf., S. 349 f.; Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerliche Rechts, 3. Auf., 1975, S. 506 ff.; Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Auf., 1976, S. 452; Thiele, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1978, S. 1118 ff.; Soergel-Schulze-v. Lasaulx, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1. Allgemeiner Teil, 1978, S. 990 ff.; Staudinger-Dilcher, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 1979, S. 690 ff.

- (2) Vogt & Ludwig, Tuhr は、これらの目的を意識して分けるが、最近の学説も必ずしも細かく分類しない。例えば、Thiele, a. a. O., S. 1119 は、履行目的の場合をあげ、それが担保設定の役割を果たすという。Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 1145; Soergel-Schulze-v. Lasaulx, a. a. O., S. 991 は、担保目的の場合と権利実現 (Vewirklichung seines Rechts) を目的とする場合があるという。
- (3) Tuhr, a. a. O., S. 53; Hallbauer, Die unwiderrufliche Vollmacht als Sicherungsmittel, Bank-Archiv, 1910, S. 337; Flume, a. a. O., S. 878.
- (4) Kammergericht 及び、村上淳一・外国法の学び方一九五頁。
- (5) Hilderscheid, Die unwiderrufliche Vollmacht und ihre Bedeutung für die Amtstätigkeit des Notars, Deutsche Notar Zeitschrift (DNotZ), 1938, S. 482.
- (6) BGH NJW 1952, 1210; OLG Koblenz NJW 1949, 224; OLG Stuttgart-Karlsruhe DNotZ 1950, 66 f.; LG Hamburg MDR 1953, 101; Grussendorf, NJW 1952, 1210.
- (7) Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Bd. 1, 5. Auf., 1894, S. 263.
- (8) Vogt, a. a. O., S. 36.
- (9) Flume, a. a. O., S. 878.

- (10) Thiele, a. a. O., S. 1119 f.
- (11) Tuhr, a. a. O., S. 53; Vogt, a. a. O., S. 37.
- (12) Vogt, a. a. O., S. 37 ff.; Hupka, Die Vollmacht, 1900, S. 399; RG 27, 37; RG 52, 99.
- (13) Tuhr, a. a. O., S. 53 Anm. 2; Vogt, a. a. O., S. 39.
- (14) Vogt, a. a. O., S. 39 Anm. 115. Hallbauer, a. a. O., S. 337 ff. は、撤回できない代理が担保手段であることを認めながらも、担保の目的の債権譲渡の方がより簡便で安全なのだから、不十分な担保である撤回できない代理をすすめることができないという。
- (15) Vogt, a. a. O., S. 39 ff.
- (16) RG Warn R. 1908, 82; RGJR 1926 Nr. 2215; RGJW 1927, 1139.
- (17) RG 53, 419; 61, 125; Tuhr, a. a. O., S. 52; Oertmann, a. a. O., S. 630; Vogt, a. a. O., S. 41.
- (18) Brodmann, Handelsgeschäfte, Allgemeine Grundsätze, Bd. 4, Ab. 2, 1918, S. 133 ff.
- (19) Hallbauer, a. a. O., S. 337; Tuhr, a. a. O., S. 53; Staudingers-Coing, a. a. O., S. 1015; Steffen, a. a. O., S. 92; Flume, a. a. O., S. 878; Thiele, a. a. O., S. 1119; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, a. a. O., S. 991; RG 52, 99; BGHWM 1965, 107.
- (20) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 117; Woeste, Sicherungseigentum im Konkurs des Sicherungsgebers, Der Betriebs-Berater, 1955, S. 182 ff; Vogt, a. a. O., S. 42.
- (21) Hallbauer, a. a. O., S. 337; Müller-Freienfels, a. a. O., S. 116.
- (22) Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 1145; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, a. a. O., S. 991; RG 52, 99; BGHWM 1965, 107.
- (23) Vogt, a. a. O., S. 42.
- (24) Woeste, a. a. O., S. 182
- (25) Flume, a. a. O., S. 882.
- (26) Vogt, a. a. O., S. 43.

- (27) Steffen, a. a. O., S. 92; このような判例として、前掲判例のほかに、RG 53, 419; 90, 395; RGJW 1927, 1139 などがある。
- (28) 拙稿「権利担保論序説—権利譲渡担保の前提として—」筑波法政三号七九頁参照。これらの目的がどのような意味をも、実体的な効力にどのような影響を及ぼすのか、改めて検討を要しよう (Dittmar, Die Abtretung von Forderungen zum Zweck der Sicherung und der Zahlung, 1911)。
- (29) Vogt, a. a. O., S. 43; RG 52, 99.
- (30) Vogt, a. a. O., S. 43.
- (31) 肯定説としては、Tuhr, a. a. O., S. 54 があり、否定説としては、RG 52, 99; Hupka, a. a. O., S. 399; Oertmann, a. a. O., S. 628 がある。
- (32) Vogt, a. a. O., S. 43 f.
- (33) Tuhr, a. a. O., S. 275; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 1143; Staudinger-Coing, a. a. O., S. 1145. その他多数。
- (34) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 113 ff.; Vogt, a. a. O., S. 44. その他、利益については、諸外国でも同様のことが指摘されている。フランス法については、本稿一一〇頁注(6)、イタリア法については、大島俊之・法律時報五一卷五号一一五頁、英米法については、矢頭敏也・英米法判例百選一八四頁参照。
- (35) Tuhr, a. a. O., S. 59 ff.; Staudinger-Dilcher, a. a. O., S. 691; Vogt, a. a. O., S. 72.
- (36) OLG Hamburg MDR 1962, 217; Steffen, a. a. O., S. 92; Erman-Westermann, a. a. O., S. 350; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, a. a. O., S. 992; Larenz, a. a. O., S. 509; Flume, a. a. O., S. 877. Staudinger-Dilcher, a. a. O., S. 691.
- (37) Vogt, a. a. O., S. 72.
- (38) 観合説として Tuhr, a. a. O., S. 60; Flume, a. a. O., S. 883 ff.; Erman-Westermann, a. a. O., S. 350; BGHZ 3, 354; BGHZ 20, 363; BGHW 1971, 956=JuS 1972, 48. 本人排斥説として、Müller-Freienfels, a. a. O., S. 124 ff.
- (39) BGB第一二七六条は、「質権の目的である権利は、法律行為により質権者の同意によつてのみ廃棄することができ

る。」と規定する。他方、BGB第四〇七条一項但書は、「ただし、債務者が給付または法律行為をしたときに譲渡を知っていたときは、この限りでない。」として、債務者が譲渡人に行なった給付の効力を譲受人には及ぼさないことにしている。

(9) Woeste, a. a. O., S. 182 ff.; Tuhr, a. a. O., S. 76 ff.; Hallbauer, a. a. O., S. 338; Müller-Freienfels, a. a. O., S. 136; Flume, a. a. O., S. 883; Vogt, a. a. O., S. 82.

(41) 以上のような効力を有する撤回できない代理と他の類似の担保方法（例えば、権利質や信託目的の債権譲渡など）との比較検討も必要とされる。

(42) 椿寿夫・注釈民法(4)一八〇頁は、「今後もっと徹底的に進められるべき作業は、いわゆる撤回できない代理権が理論上可能かどうか、放棄者の意思にどのような地位を与えるべきか、などではなくて、告知・撤回を認めるべきでない」と判断される場合の具体的確定ならびに類型化であろう。」と指摘している。

## 第四節 日本法への展望

### 一 序

(1) ドイツ普通法においては撤回できない代理は認められなかったが、Jhering によって代理の不撤回性の問題が提起されて以来、次第に認められるようになり、やがてBGB第一六八条に採用されるに至り、その第一六八条をめぐって解釈論が展開され、撤回できない代理の諸機能が明らかにされてきた点を検討してきた。それによると、代理権が、履行のため(Erfüllung)や支払のため(Zahlung)、関与のため(Beteiligung)、担保のため(Sicherung)もしく

は贈与のため (Schenkung) に授与されたときは、代理人または第三者の利益となる。そして、この利益が、代理権が撤回できるか、できないかの基準となる。但し、この場合の「利益」は、代理人や第三者に存するすべての利益を意味するのではない。撤回できない代理に必要とされる利益とは、少なくとも授権者の利益と経済的に同価値の場合である。そして、特に本稿で問題とするのは、授権者すなわち本人が代理人の債務者でもある場合である。

(2) これまでのドイツ法を中心とする検討は、わが国における撤回できない代理を考へる場合に如何なる意味を有するであろうか。冒頭にも述べたように、わが民法は第一一条で本人の死亡もしくは代理人の死亡または禁治産、破産のほか、委任による代理権は、委任の終了によって消滅する、と定める。しかし、方法上の問題として、無償を前提とする委任の解除からのみ代理の不撤回性を論ずるのは、適切ではない。それは、本稿で検討するような対価的・担保的な基礎関係における代理権と無償を前提とする委任契約の体系とは基礎が異なると考えられるからである。

ドイツにおける撤回できない代理の場合には、前節まで検討したように、対価的・担保的な基礎を有する代理権（以下、有償代理と呼ぶ）を前提としている。ドイツにおける撤回できない代理の検討結果をわが国において参考とするためには、両者が同じ条件にある場合でなければならぬ。わが民法上の代理権はいつでも解除できる無償委任を基礎とするとされているので、有償代理の場合も無償委任を基礎とすることが妥当かどうかを、無償契約と有償契約の相異を比較することによって考えてみる。

無償契約といわれるものには、贈与を片務無償契約の典型として無利息消費貸借・使用貸借その他無償の委任・寄託・終身定期金などがある。これらの無償契約は、双務有償契約とは異なる次のような特色があることが指摘されて

いる。<sup>(1)</sup> すなわち、(i) 契約の法的拘束力、(ii) 注意義務ないし責任、(iii) 瑕疵担保責任である。具体的に説明を加えると、有償契約であれば契約的拘束力が完全に保障され、債務者の注意義務や担保責任についても万全の配慮がされているのに対し、無償契約の場合には、契約の拘束力は成立においても消滅においても要式性に結合する（五五〇条、五八七条、五九三条、六五七条）ほか、債務者の注意義務の軽減（六五九条）、担保責任の緩和（五五一条一項、五九〇条二項、五九六条）などにみられるように、有償契約の場合に比して重要な点で著しく緩和されている。<sup>(2)</sup> これが原則であるが、それがそのまま無償委任にあてはまるわけではない。委任は、民法上、有償・無償を問わず諾成契約であるとされ、注意義務も「善良ナル管理者ノ注意」を要求されている。しかし、現在の解釈では、無償と諾成との組合せには疑問があるとされ、注意義務についても、それを欠くことによる責任は、有償と無償の場合では異なる<sup>(3)</sup>と解されている。<sup>(4)</sup>

さらに、起草者が做ったフランス法・ドイツ法が、委任の有償・無償についてどのような態度をとっているかを簡単にみておこう。フランスでは、民法第一九九二条により、事務処理の過失に関する責任には無償の受任者の場合を報酬を受ける者に対する場合よりも軽減する、と規定している。<sup>(5)</sup> また、委任の解除についても、法文上は任意に解除することができる<sup>(6)</sup>とされているが、解釈上は、受任者の利益の存否によって解除できる場合とできない場合とに區別している。<sup>(6)</sup> 他方、ドイツ民法は、委任と代理を區別し、委任については無償性を貫徹しようとする。但し、有償の事務処理については、これを「事務ノ処理ヲ目的トスル雇傭契約又ハ請負契約」とし、無償委任に特有の規定を排除することによって無償の場合と區別している。<sup>(7)</sup>

以上からみて、有償・無償を問わず委任を代理の基礎と考える起草者の根拠は、失われたと考えるのが至当であ

る。<sup>(8)</sup>従つて、前節までのドイツにおける撤回できない代理の検討がわが国の参考になるのは、有償代理に独自性を認める場合か、少なくとも有償代理の基礎が有償委任である場合か、のいずれかの場合であることになる。

## 二 若干の展望

(1) わが民法上、撤回できない代理の根拠は、どこに求められるべきであらうか。わが民法の模範とされたドイツ民法は、右で検討した通り、代理権の消滅事由に関し撤回できない場合を定める。わが民法は撤回について規定を設けなかったが、それに代わつて委任の終了による代理権の消滅という曖昧な規定が設けられた。従つて、代理権の撤回性の問題は、わが民法上は、この点に関する民法典起草者の意図を探ることに出発点を見出し出すことができよう。

起草者は、フランス法のように代理権を委任の規定の中に融解するという方法は採用せず、総則に代理権を、契約に委任を規定したが、代理権について「委任ニ因ル代理」という語を用いている。法典調査会第一一三条（現行第一一条）の説明によると、「本条ハ法律条ニ因ル代理ト委任ニ因ル代理ト併セテ適用スル規定ヲ掲ゲマシタ、委任ニ依ル代理権ハ第二項ニモ書イテアリマス通り第一第二ニ列挙スル所ノ事由ノ外ニ其事由ノ外ニ第三編ノ委任契約ノ所ニ定ムル事由ニ因ツテ消滅スル、夫レハ一定ノ条件ニ從テ委任ノ廃棄、代理人ノ辞任、本人ノ破産、大抵然ウ云フモノデアラウト思ヒマス、本条ノ規定ハ大抵何処ノ国ノ法律モ此通りニナツテ居リマスカラ細カニ説明スル必要ハナイト思ヒマス」と述べている。<sup>(9)</sup>これによると、起草者は、委任と代理を体系上分離しつつ、代理を法定代理と委任代理とに分けた。従つて、少なくともこの時期には、任意代理は、常に委任契約によつて生ずる委任代理であると考へられていた。この点に関しては、梅博士が「委任ニ因ル代理権ハ素ト委任契約ヨリ生スルモノナルカ故ニ其根本タル委

任契約消滅セハ是ヨリ生スル代理権モ亦自ラ消滅セルコトヲ得ス、是レ本条第二項ノ規定アル所以ナリ、而シテ委任終了ノ原因ハ第六百五十一条及ヒ第六百五十三条ニ詳ナリ」と述べることも、窺うことができる。<sup>(10)</sup>

起草者が右のように考えたのは、富井博士の説明からも知ることができるが、諸外国の法律を参考にしたからであると思われる。しかも、それが折衷的な形で採用された。このような起草者の意図は、代理権の授与が代理人の経済的利益と関係なく行なわれた場合には意味を有する。そのような場合は、代理権の授与が、主として代理人との信頼関係に基づくものである点で、その基礎が、無償を前提とする委任と同じであるからである。従って、右一でも若干検討したように、有償代理の基礎を有償委任とする（但し、このような必然性があるかは問題であるが）ならばともかく、有償代理の基礎を無償委任とするのは、適切ではないと考えられる。以上のことを考え合わせるならば、前節まで検討したように、委任と代理を峻別し、有償代理それ自体を独自に展開させる方がわが国においても妥当なように思われる。この点で、起草者の意図は、将来の予測を欠くものであったと評せるのではあるまいか。そこで、もし起草者の意図を活かすとすれば、「委任ニ因ル代理」の委任は、撤回できない代理を問題とするような場合においては、無償委任とは異なる構造の有償委任であると解せざるを得ないことになる。

他方、代理権に撤回できない場合が生ずるのかについても、わが民法は、規定を欠いている。これは、代理権が、常に解除することができる委任から生ずると考えた結果である。有償代理に、いつでも解除することができる無償委任を準用するのが適切でないという考えが肯定されるならば、有償代理は有償代理独自に、あるいは、少なくとも有償代理には解除の可否が問題となっている有償委任を持ってくるべきである、ということになる。そして、有償代理を独自に考えるべきであるならば、その撤回の可否も独自に考えられるべきことになる。その結果、わが民法には、



内容上は有償代理権に撤回できない場合の存することを否定する根拠がないことになる。ここに至って初めて、わが国においても、撤回できない代理の問題が成立し、<sup>(11)</sup>その場合に、ドイツにおける撤回できない代理の議論が同次元の問題として参考にする余地があること、を理解することができるのである。

(2) ドイツにおける撤回できない代理の検討結果をわが国における代理受領に当てはめてみるならば、理論上如何なる成果が得られるであろうか。<sup>(12)</sup>

わが国の金融実務界では、乙（債権者）が甲（債務者）に金銭の融資をするにあたって、その債務を確保するため、甲が丙（第三債務者）に対して有している代金債権につき取立委任を受け、代理権を取得して、それに基づいて取り立てた金銭を、甲に対する貸金債権に充当するという方法が、一般的に行なわれている、<sup>(13)</sup>このような場合に、いつでも解除できる無償委任の法理からのみ捉えることの不十分なことは、すでに指摘されている。<sup>(14)</sup>代理受領の法的性質に関して、最近の学説は、大別して不法行為説、債務不履行説、再履行説に分かれ、また、最近の判例では、不法行為肯定説と不法行為否定説とに微妙に分かれる。<sup>(15)</sup>本稿前節までの検討は、主として授權者と代理人との問題を対象とした。右の代理受領の学説や判例における問題（第三債務者と代理人）は、撤回できない代理の対外的効力にあたるものである。もし対内関係が担保であるならば、第三債務者による代理人の担保利益の侵害も、他の同じ構造を持つ権利質や権利の譲渡担保の例が参考となるであろう。権利質や権利の譲渡担保の場合は、設定者ないし譲渡人から第三債務者への通知ないし承諾が行なわれる。この場合の、債権譲渡ないし譲渡担保の通知があったにもかかわらず、債務者が譲渡人に弁済したときの譲受人に対する責任如何、また、質権の通知があったにもかかわらず、第三債務者が設定者に支払ったときの質権者に対する責任如何が、撤回できない代理の対外的効力にあてはま

る。<sup>(16)</sup> 但し、撤回できない代理の場合は、第三債務者に対する通知は行なわれない。この点に関しては、譲渡禁止特約の第三者に対する効力如何(民法第四六六条)が参考にできるのではあるまいか。すなわち、同じネガティブクローズとして、譲渡禁止特約を善意の第三者に対抗できないという論理は、撤回できない代理権が授与されていることを知らないで本人に支払った第三債務者に対して代理人は対抗できない、という結論を引き出すことができる。逆に、不撤回代理の授与を知らず本人に支払った場合には、その支払いを代理人に対抗できないこととなり、代理人は、第三債務者に対して再び履行することを請求することが可能となろう。<sup>(17)</sup> 以上が日本法への展望である。

但し、右のような検討は、主として理論構成に重点を置いてるので、わが国の代理受領を考える場合にはそれが行なわれる場合の特殊な事情も考慮に入れなければならない。その点については、わが国の代理受領を論ずる場合に譲る。

本稿での検討によって、ドイツにおける撤回できない代理がわが国における代理受領を考える際に間接的に役に立つということと並んで、総則編に脱目的な形で規定されている代理権が、実はその目的を探ると、自己の債権者に対して負っている債務の引当てとして、第三債務者に対して有している債権を取り立てるために授与される場合があり、これが撤回できない場合には、権利質や権利の譲渡担保と同じレベルの担保としての構造を有していることを認識することができるのである。<sup>(18)</sup>

注(一) 於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系Ⅰ七六頁、玉田弘毅「無償契約の特質」(第一期)法学教室第六号一〇六頁、広中俊雄「有償契約と無償契約との差異は債務者の注意義務についても存在するか」民法の基礎知識(1)二二五頁、大

村須賀男「無償契約に関する民法の規定は、現実にはいかなる役割を果たすか。」民法学5《契約の重要問題》七八頁など。

- (2) 大村・前掲論文七九頁。その他右注(1)の文献参照。
- (3) 於保・前掲論文八〇頁。その他、山中康雄「双務契約・片務契約と無償契約・有償契約」契約法大系I五八頁、来栖三郎・契約法五一八頁。
- (4) 広中・前掲論文一三〇頁、同・債権各論講義二五一頁、我妻栄・債権各論中巻二民法講義V、六七〇頁、中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系IV二六一頁、明石三郎「委任と報酬」契約法大系IV二五九頁、中川高男・注釈民法⑩一六八頁、来栖・前掲書五二二頁など。
- (5) フランス民法第一九九二条。現代外国法典叢書仏蘭西民法V財産取得法(4)八六頁参照。
- (6) 前掲現代外国法典叢書一〇七頁では、委任者が解除できない委任として、委任が受任者の利益の為になされた場合をあげ、「但し一定の又は歩合による報酬が約定せられて居るといふ事実のみを以てしては未だ委任を受任者の利益の為に為されたものとなすには不十分である(Aubry et Rau, § 416 note 1)」。従ってこの事実だけでは委任の解除を妨げる事由とはならぬ。」といふ。
- (7) BGB第六七五条が明文で規定する。
- (8) 村上恭一「委任に関する諸問題」法学新報五九卷六号七頁、鳩山秀夫・法律行為及至時刻二三六頁、我妻栄・新訂民法総則三二六頁。また、代理の本質については、周知の通り、多くの見解が存するが、本稿と視角が異なるので、省略した。
- (9) 法典調査会記録(日本学術振興会)一ノ二二四〔富井政章発言〕。
- (10) 梅謙次郎・民法要義卷之一二六〇頁。
- (11) わが国における近時の学説によると、代理権授与の撤回をしないという事前の特約は、反社会性を生ずるときをのぞき、私的自治の原則から一般的に有効であるとされている(樗寿夫・注釈民法(4)一七九頁、我妻・前掲書三六一頁、川島武宜・民法総則三六一頁、四宮和夫・民法総則新版二四八頁、幾代通・民法総則三六五頁、松坂佐一・民法提要総則二二〇頁など)。さらに、特約がない場合にも、「代理権が代理人の利益のために授与される場合には、授権者の一方的意思表示

示による代理権の消滅は、代理人の利益の一方的剝奪にはかならないから、むしろ原則として、授權者の一方的意思表示による代理権諸権限は放棄されているものと認むべきであろう。」といわれている(川島・前掲書三六一頁、椿・前掲書一七九頁、我妻・前掲書三六一頁、四宮・前掲書二四八頁、幾代・前掲書三五六頁)。また、第三者の利益の場合でもよい(椿・前掲書一七九頁、四宮・前掲書二四八頁、幾代・前掲書三五六頁)。なお、財産権に関して撤回できない代理権を他人に授与した場合に、その財産権について本人が処分する権能をなお失わないかは、困難な問題であるが、「一般的には、人は他人に代理権を与えても、自己の事務を自ら処理する権能を失わないが、撤回しえない代理権を相手方に与えた以上、それが本人の全財産に及ぶ場合のように公序良俗に反する場合は別として―自分は、もはやその事務については処理の権能を失った、と考えるほかないであろう。とすれば、撤回しえない代理権は、合意によって作り出された排他的管理権(任意的「排他的管理権」)の一種だということになる。」とする見解がある(四宮・前掲書二四八頁、同「財産管理制度としての信託について」民法学の基礎的課題(中)二四頁)。

(12) これまで代理受領を法律上の問題として論ずる場合には、その結論づけの手がかりを最終的には法的性質論に求め、特に第三債務者による代理受領権者の侵害について諸説の見解の長短を比較することによって優劣を決めるといふ平面的な方法が行なわれてきた。しかし、冒頭にも述べたように、代理受領の民法解釈上の抛り所が明らかではなかった。また、学説・判例とも必ずしも一定していない。さらに、代理受領と相殺や譲渡担保の複合形態すなわち同一の目的債権を二重に担保目的とする形態も判例に登場してきている。

そこで、本稿では、種々の権利を目的とする担保方法を総合的・体系的に理論構成しようとする権利担保的視点から、わが国における代理受領の基本型と考えられるドイツにおける撤回できない代理を検討することによって、わが民法における「代理権の消滅」に関する規定の沿革と現代的意義ならびに担保としての撤回できない代理の可能性を探るという方法をとった。この方法によると、基本型としての撤回できない代理から、代理受領に対して、その特殊性を考慮に入れながら、従来と異なる観点から解釈論を展開することができると考えたからである。

(13) 伊藤進「銀行取引と債権担保」二九〇頁、中馬義直「債権担保のためにするいわゆる代金代理受領委任契約の法的性質」神奈川法学一卷一五七頁、長尾治助「代理受領に関する判決の概観」手形研究一二三三四頁、甲斐道太郎「代理受領」金融法務六〇六号一八頁、伊藤進「代理受領制度」手形研究一九五号七二頁、本間輝雄「代理受領と振込指定」金融

法務六八九号一〇〇頁、中馬義直「質権と代理受領とではどのような差異があるか」民法学三四五頁、甲斐道太郎「代理受領・振込指定」銀行取引法講座下巻二八五頁、松本恒雄「代理受領の法的性質について」京大法学院会誌院生論集七〇頁、同「代理受領の担保的效果（上・中・下）判例タイムズ四二二三号三二頁、四二四号三二頁、四二五号三三頁、など参照。

(14) 伊藤・前掲書二九〇頁。

(15) 不法行為肯定例として代表的なものに最判昭四四・三・四民集二三卷三号五六一頁、否定例として大阪高判昭五三・

三・二三判例タイムズ三六六号一九八頁、東京地判昭五四・一一・三〇判例時報九六一号八八頁などがある。

(16) この点について直接論ずるものは、ほとんど見あたらない。しかし、例えば、民法第三六四条における通知・承諾の効力や第三六七条の直接取立権の場合の第三債務者に対する拘束に関する説明が参考になる。すなわち、前者について、質権設定の通知・承諾があると、質権者は第三債務者に対抗、つまり第三債務者に対してその質権を主張することができる。その結果、第三債務者は、質権設定の通知・承諾のなされた時以後、質権者の質入債権に対する交換価値支配権を害することをえない拘束を受けることになる。さらに、第三債務者が異議を留めずして承諾したときは、設定者に対抗しうる事由があっても、質権者に対抗できなくなり、やはり右の拘束が第三債務者に生ずることになる（林良平・注釈民法(8)三五〇頁）。そして、この質入れ債権に及ぼす拘束力は、質権が「その目的たる債権について、その支配する交換価値を破壊する行為をなすことを禁ずる力があること、あたかも債権の差押に同じ、と解すべきである。従って、第四八一条第一項を類推し、質入れ債権の債権者及び債務者のなす、その債権の取立・弁済・免除・相殺・更改その他質入れを消滅・変更させる一切の行為は、これを質権者に対抗しえないとなすべきである」（傍点筆者）という（我妻栄・新訂担保物権法一九一頁、川井健・担保物権法二六四頁、柚木馨Ⅱ高木多喜男・担保物権法〔新版〕一五五頁など）。その結果として、「明文はないが、……第三債務者が自己の債権者に弁済したときは、質権者は受けた損害の限度でさらに第三債務者に弁済を請求しうる」と解すべきである。」とされている（川井・前掲書二六四頁、柚木Ⅱ高木・前掲書一五七頁）。また、後者の直接取立権における第三債務者に対する拘束についても同様の説明がされている（林・前掲書三六〇頁）。これらとの関連で代理受領を論じているのは、これまでみあたらないようである。

(17) 以上は、あくまで基本型としての撤回できない代理における第三債務者に対する拘束の問題である。代理受領の場合

は、この基本型に変更が加えられている。例えば、代理受領の場合、第三債務者が任意に履行しないときも代理受領権者は履行を訴求し強制執行をすることができないとされている。これによると、受領代理にすぎないことになる。また、代理受領権者の権限が質権と同じくらい強いものになるならば、譲渡質入を禁止している第三債務者は、恐らく不解除特約および代理受領権者にのみ支払う旨の特約に承諾しなかったであろうという事情なども考慮されなければならないであろう。

(18) 当事者の目的に焦点をあてた論文として、中倉寛樹「虚偽表示における当事者の目的(一)」名古屋大学法政論集八二号七八頁がある。