

表見代理と信託責任 : Canarisの理論の紹介と検討

その他のタイトル	Scheinvollmacht und Vertrauenshaftung
著者	高橋 三知雄
雑誌名	関西大学法学論集
巻	26
号	4-6
ページ	737-763
発行年	1977-03
URL	http://hdl.handle.net/10112/00026034

表見代理と信賴責任

——Canarisの理論の紹介と検討——

高
橋
三
知
雄

序

(一) Canaris の表見代理理論

(二) 検討

序

Claus-Wilhelm Canaris の Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971) における表見代理にかんする論述の部分を紹介・検討するのが本稿の目的である。

いわゆる表見代理については、これを権利外観法理で説明するのが現在の圧倒的通説の立場である。それによれば、表見代理においては真実の代理権は存在しないが、代理権の外観が存在するためあたかも真実の代理権があったのと同じ法律効果が発生する。これに対し Flume は、かかる理論に基づいて本人に法律行為による履行責任を負担させるのは法律行為を支配する私的自治の原理に矛盾するとの立場から、通説の表見代理理論を否定し、BGB の起草者の見解を復活せしめて、表見代理を真実の代理権が授与されている場合と解する説を主張した。そして、この見解は、その後、Pawlowski によっても支持されてくる。

私もまた Flume や Pawlowski の理論を紹介・検討して、表見代理を有権代理的に理解するための理論構成と具体的な判決例を検討する作業を、ここ数年間、行ってきた⁽¹⁾。

これに対し Canaris は表見代理を再び権利外観説で説明し、Flume の法律行説為を批判している。Canaris のこの書は表見代理のみを論じているのではなく、むしろその表題が示すように、ドイツ私法全体における信頼責任・権利外観理論の樹立を目的としているのであるが、BGB の表見代理規定がその理論の重要な論拠とされている。

我々は、ある説を主張しようとするとき、同趣旨の先人の学説や外国の文献をその論拠として引用する。しかし、いうまでもなく、学問上ある見解を立てようとする場合には、自説に有利な説のみならず反対説にも考慮を払わな

ればならない。文献の引用は自己の所論のみに利用するためではなく学問の発展に資することに必然性があるからである。そういう見地から私もかつて Seeler⁽²⁾ や Gotthardt⁽³⁾ の理論を検討したことがある。しかし、ひとくちに表見代理理論といっても、ドイツの代表的な学説をトレースするのは並大抵の作業ではない。⁽⁴⁾ 法律行為論における私的自治の意義の再評価という私の関心と能力の不足から、従来の研究が Flume 的発想の理論の追求に傾いていたことは、私自身が最もよく自覚しているところであった。

本稿は、従来の研究不足の部分を少しでも補充しようとする試みである。しかし、Flume と Canaris の理論の対比を見ても明らかのように、問題は、とどのつまり法律行為論の解明に帰着する。法律行為論は私の終生の研究テーマになるであろうが、結局、「青い鳥」をみつけることは不可能であろう。⁽⁵⁾ Canaris の書も従来の信頼責任論の批判から始まって、ドイツ民・商法の個々の問題点を論じ(第一章)、第二章では信頼責任の一般理論を樹立しようとした五〇ページ余の大著であり、私にはその全貌を論ずる能力はない。ここでは、表見代理にかんする Canaris の説の中心的部分を紹介し、それに若干の検討・批判を加えるにすぎない。

(1) 最近、高橋・代理理論の研究(有斐閣)に集約した。

なお、同書には若干の誤植・誤りがあるので、現在までに気付いた箇所をこの機会に左のように訂正させていただく。

頁	行	誤	正
一五	4	前提する	前提とする
三六	13	本人・代理・	本人・代理人・
一四八	18	代理人選任に	代理人選任の委任に
一八九	6	認する()	認する。
二七一	15	表見代理行為	表見代理行為に

と本人の ついての本人の

三一四 11 其ノ者

其ノ者

三二二 2 てゐる。

削除

三四九 注10 比規定

此規定

(2) 前掲書一七六頁以下。

(3) 高橋「表見代理における信賴の保護——Gotthardtの理論の紹介と検討——」法学論集二二卷四・五・六合併号。

(4) 川村「ドイツにおける表見代理理論(一)・(二)」民商法雜誌五七卷六号、五八卷三号は、これにかんする優れた研究である。

(5) 法律行為論にかんする現時点における私見については、高橋「私的自治・法律行為論序説(一)〜(三)」法学論集二四卷三号、四号、六号参照。

(一) Canarisの表見代理理論

一、Canarisは自己の信賴責任の研究が現行法の解釈論であることを強調する。すなわち、「信賴」の思想はBGBの立法時には充分に意識されておらず、例外現象にすぎないと考えられてきた。したがって、信賴責任の問題を克服しようとする者は、制定法ならびに慣習法上の規定(Regelung)の不備を補充すると共に、個々の現象を可能なきぎり矛盾のない統一的原理に還元しなければならないが、この場合、体系の純粹性を保持しようとして現行法を無視してはならない。たとえば、従来多くの理論は、権利外觀責任についてBGBのWillensmangelにかんする諸規定の適用を排除している。しかし、それは現行法のWertungとりわけ錯誤顧慮のWertungと矛盾する。かかる矛盾は許されない。⁽¹⁾

表見代理と信賴責任

六九(七四一)

このような立場から Canaris は、従来の権利外觀説は現行法の Wertung と矛盾し、しかもそれぞれの問題点を個々の取り扱っているにすぎず、統一的な考察に欠ける⁽²⁾、と批判する。

二、Canaris の関心は、「信頼」を根拠にたんなる損害賠償義務ではなく、法律行為によると同じ履行責任が生ずるのをどのように理由づけるかに存する。そして Canaris は、このような信頼責任の生ずる最小要件 (Minimaltatbestand) を、Scheintatbestand の意識的な作出 (wissentliche Schaffung) に求める。

「意識して外觀を作り出した者は、自分のしたことを知り、かつ、信頼者がこの外觀に従うことを知っている。彼はいわば言質を取られているのである。権利外觀理論の内容は、有責性 (Verschulden) の観点からは説明しえない。たとえば、合理的な理由で委任状を交付する者は、第三者に対して有責的に行為しているのではない。むしろ権利外觀責任は危険の帰責 (Risikozurechnung) の思想によって完全に明らかにされ、かつ現行法の Wertung とも一致する。故意に Scheintatbestand が設定されなければならないという要件は、契約締結上の過失に基づくような消極的な信頼保護ではなく、積極的保護が与えられる理由を説明するに充分である。

現行法に不完全な表現しか見出せないことが、この原理の弱点であるかのように思われる。しかし、§§171f, §405 BGB を援用する⁽³⁾ことができる⁽⁴⁾、§179I も同様である。また、今日すでに慣習法的に認められている容認代理 (Duldungsvollmacht) も現行法上の基礎とみる⁽⁵⁾ことが可能⁽⁶⁾である。

このように Canaris は通説と同様に §§171I, 172I BGB を民法における権利外觀責任の最も重要な根拠とみなし、法律行為による代理権授与の規定と解する Plume の説に次のように反論する。

「法律行為は設権的 (konstitutiv) 行為であるのに対して、条文が「代理権を与えた」ということからは明

「かならず」 § 171 I の通知は宣言的 (deklaratorisch) 表示である。それは既に与えられた内部的授權 (Innevollmacht) の通知にすぎず、Flume の言うような第三者に対する外部的授權 (Außenvollmacht) でなく、そのことは § 167 I との関係からみても明らかである。同条が第三者に対する法律行為による代理権の授与を定めているのであるから、§ 171 I がこれと同じことをもう一度規定するというのは背理である⁽⁴⁾。

Canaris はこのように法律行為説を否定するけれども、そこから直ちに § 116 BGB 以下の規定が適用されないとすることはならず、類推の余地が残されていることを強調する。

「§ 116 以下は、たんに法律行為の場合のみならず、外観の作出の際にも生じうる一般的な帰責の問題にかんする規定である。適用に反対する通説は——その概念法学的理由づけはさておき——、真正の外部的授權の取扱いとの関係において、耐え難い Wertung の矛盾に陥る。§§ 171 I, 172 I の目的は外部的授權の欠缺を補充するものであって、第三者は真正の外部的授權のときよりも有利な地位に置かれる必要はない。

真正の外部的授權にさいして、代理人 Y の代りに X と誤記したときに § 119 が適用されることは疑いなくもかわらず、既になされた代理権授与の通知についてこれと異なる取扱いをするのは、二つの場合の類似性にかんがみ、等しいものを等しく取り扱うという正義の要請に反する。§ 123 I (詐欺・強迫) についても同様である。

もっとも、かつての通説のように Willensmangel の主張を無制限に許すのも妥当ではなく、中間的解決が正当である。すなわち不特定多数人との法律行為の締結に向けられた代理権においては、善意の第三者に対しての瑕疵の主張は排除される。取引保護の必要性がより強くなり、無効主張を認めるならば一般の利益を害するからである。

その他の場合においては、通知の基礎となる内部的授權にかんする瑕疵は善意の第三者のために排除されるが、通

知自体にかんする瑕疵は、真正の外部的授權の場合と同じ要件において主張されることができ⁽⁶⁾る」。

「なお、通説のように証券の窃取の場合にまで § 172 I の責任を肯定するのは許されない。それは「交付」という同条の文言に反するし、交付が完全に欠けているときには、外部的授權に比較しうる本人の通知は存在しない。過失によって生じた権利外観責任は現行法にはなじまず、消極的利益の賠償が認められるにすぎない。ただし、不特定多数の人との法律行為の締結のための委任状については別である。このような場合、証書は流通証券に類似してくるからである」⁽⁶⁾。

三、ドイツでは表見代理において容認代理 (Duldungsvollmacht) と Anscheinsvollmacht とを理論的に区別する。本人が代理人の態度を容認し、相手方からみれば本人が代理権を与えたと解釈しうるときに前者が成立するのに対し、後者は、本人は代理人の態度を知らず、ただ、相当の注意をすればそれを知りうべきであった場合である⁽⁷⁾が、Canaris は二つの制度を区別して考察することが重要であると強調する。まず容認代理については次のように述べる。

「容認代理の位置づけについては解釈上争いがある。法律行為説によれば、容認代理は黙示的な代理権の授与行為である。しかし、この場合、内部的授權であるのかかはっきりとせず、ここにこの理論の弱点がある。この観点から判例を分析すれば、典型的には内部的授權の問題であるように思われる。これに対し Fiume は容認代理を § 171 の外部的授權の構成要件に位置づけるけれども、それは Fiume が代理権の内部的消滅原因の効力にかんして内部的授權と同じようにこれを扱っていることと相容れない。いずれにせよ Wellspacher のいうように、本人の外形的態度から法律行為的意思を推測することはできず、第三者は既に行なわれた代理権授与を推測しうるにすぎない。本人の態度は宣言的性格であって、設権的性格を有しない。

容認代理の体系的な位置づけにおいては二つの場合をはっきりと区別すべきである。第一は、本人の態度が設権的な内部的授權または外部的授權とみられる場合―法律行為による授權―であり、もう一つは、本人が内部的授權を意欲していないことが代理人にはわかっているが、第三者には過去に代理権が与えられたという印象が生ずる場合である。これは表見代理であって、以下の論述において容認代理とは第二の場合のみを意味する。そして、これは外部的授權と同じ権能を有し同じ取扱いをうけるのである⁽⁸⁾。

「容認代理は、取引通念上一定の代理権の授与が結びついている地位の許容があった場合にも問題となる。そしてここでも、真正の代理権授与なのか、たんなる宣言的行為しか認められないのかが問題とされる。

第三者に対する表示による外部的授權を認めるのは全く生活離れした見方である。公衆に対する表示 (Erklärung an die Öffentlichkeit) による代理権授与という構成も技巧的である。たとえば、財産管理人と取引する者は、任命行為 (Anstellungsakt) に一般に対する特別の資格づけがあるとは考えない。むしろ内部関係において任命に相当する代理権が基礎になっていることを前提としている⁽⁹⁾」。

容認代理とは異なり、民法の領域においては Canaris は、いわゆる Anscheinsvollmacht の効力を認めない。すなわち、

「これまで述べてきたように、§§ 171 I, 172 I および容認代理も表見代理であって、Anscheinsvollmacht のみが表見代理ではない。むしろこれは、理論上、例外的な場合である。すなわち、Scheinatbestand の帰責性にかんする要件が、本人の意識的作出ではなく過失による惹起で足りうると緩和されているのであるが、権利外観原理による責任を認めるのに、この要件で充分であるか否かが問われなければならない。

判例によって発展せしめられた *Anscheinsvollmacht* の制度が商法に限定されなくて民法に拡張されるべき点については、学説はほとんど一致している。これに対して *Flume* はこの理論を拒絶し、契約締結上の過失による責任を認めれば足りるとした。*Flume* の理由づけは成功しているとはいえないけれども、この結論は通説に対する決定的な反論となっている。*Flume* は損害賠償責任に代って履行責任をどうして負わすことができるのかを問題にした。これは通説が顧慮していなかった疑問点である。通説は専ら *Anscheinsvollmacht* の正当性の根拠を § 242 BGB に求め、それ故に民法の一般的な制度であるというが、かかる理由づけが不十分であることは多言を要しない。慣習法の承認も商法については妥当しても、民法についてはまでそうであるとはいえない。

Anscheinsvollmacht においては本人には表示意識、通知意識が欠けている。現行法上、過失による義務違反からは損害賠償責任が生ずるにすぎない。その代りに履行責任を認めるためには、⁽²¹⁾ 特別の理由を必要とする。

そして *Canaris* はかかる特別の理由は商法にのみ存在するという。*Canaris* のこの点についての見解は後に紹介するけれども、*Canaris* によれば、「民法においてはこれを認める実際上の理由は存在しない。これまで BGH は商法と商人類似の取引以外においては、三つのケースのみで *Anscheinsvollmacht* を問題としているように思われ、そして結論として三つのすべての場合に適用を否定している。容認代理と異なり、*Anscheinsvollmacht* は原則として商法に限られるべきである」⁽²²⁾。

このように、*Scheintatbestand* の意識的な作出による権利外観責任の法定法上の根拠を §§ 171 I, 172 I と——本稿では紹介しないが——債権譲渡の抗弁切断にかんする § 405 BGB に求め、そこから出発して一連の問題を「解釈」によって解決し、次の段階で類推によって適用領域を拡大する⁽²³⁾というのが、*Canaris* の権利外観理論なのである。

Canaris は有価証券法でしばしば用いられている抗弁切断 (Einwendungsausschluss) の法理を表見代理法にも適用する。

「同じくまた §§ 171 I, 172 I が出発点となる。両条は内部的授權に欠陥がある (fehlerhaft) にもかかわらず、本人がその有効性を誤信して通知をなしたときにも適用される。これは、第三者が瑕疵に対して保護され、抗弁が排除されることを意味する。通説はこのように解さずに、通知の法律効果を通知自体に内在する独自の資格づけの要素 (Legitimationselement) から説明する。これは、通知は代理権授与の事実についてのたんなる言及 (Hinweis) ではないという立法者の見解に相應するものであり、内部的授權と通知とは二つの嚴格に区別されるべき資格授与行為とみられている。これに対して抗弁切断においては、資格づけをなすのは内部的授權のみであるが、その欠缺は、善意の第三者に対しては、通知によって作り出された権利外観によって對抗しえなくなる。§§ 171 I, 172 I を権利外観により抗弁が切断される場合とみることによって、現行法の体系に矛盾なく位置づけられる⁽¹³⁾」。

「§ 171 I の通知が推測的態度によっても行われうるか否かについては争いがある。しかし、通知の中にある Vertrauensbestand の反射としての内部関係からの抗弁排除に第三者の保護の根拠を求めらるれば、権利外観責任にかんして、明示の表示との取扱いを区別する⁽¹⁴⁾必要はない」。

「権利外観原理は、客観的な Scheintatbestand の存在を必要とする。それは外部に現われた本人の態度であって、自称代理人による代理権の主張ではない。かかる場合、第三者は専ら自称代理人の主張のみを信頼したのであるから、§ 179 による請求権のみを有するのが首尾一貫している⁽¹⁵⁾」。

なお、Canaris によれば、抗弁の切断は、第三者との間の法律行為の有効性に対する信頼を保護する形式であるか

ら、外部的授權においては、代理權授与の相手方のための抗弁切断は生じない。この者は第三者ではなく表示の名宛人であつて、この者に対しては有価証券的にいえば直接の抗弁が生ずる。ただし、善意の第四者に (einen Vierten) 通知されたときには、抗弁の切断が生ずる。⁽¹⁶⁾

四、ドイツ民法典は代理權消滅後の表見代理について詳細に規定してゐる (§§ 170, 171 II, 172 II, 173 BGB)。Carnaris はこれを法的状態が存続するという権利外観に対する責任として論じている。

「通説は、これらの条文を実際には消滅している代理權にかんする権利外観責任と見るのに対して、Flume は、外部的に行われた授權は撤回が外部的に行われるまで存続し、§ 173 は代理權の濫用に相応すると解している。しかし、§ 168 S. 3 によれば代理權は対内的にも対外的にも撤回されうるから、通説が正しい。たとえば、何人といへども支配人の代理權をすべての相手方に対して撤回するのではなく、撤回は支配人に対してのみ行われ、第三者には既になされた撤回にかんする宣言的な通知があるにすぎない。かくして Flume の見解とは反対に、代理權は内部的にも有効に撤回されうる。

もつとも、かかる場合に Scheintatbestand をどこに求めるべきかという問題が生ずる。過去になされた外部的授權とか通知にこれを求めることはできない。表示は、表示のときに代理權が存在するというだけであつて、これによつて代理權が存続しているとの外観は生じないからである。そして、第三者の信頼は、代理人が現在でも授權されていること、第三者には代理權の消滅が知らされなかったことに向けられている。Scheintatbestand は、元の外部的授權または通知と本人による対外的な撤回・通知が行われないうことと結びついた代理人の主張に根拠づけられる。

本人の態度についていえば、それは不作為、すなわち外部的な撤回または宣言的な通知を怠ることにある。それ故、

問題はこの不作為が帰責可能か否かである。原因主義 (Veranlassungsprinzip) は不作為については利用しえないし、有責主義 (Verschuldensprinzip) も法律の文言とその意義に合わない。残るのは危険主義である。危険の帰責の要素は、先に行われた代理権の授与または宣言と結びついている。本人はそうすることによって第三者の信頼を要求し、代理権が既に消滅しているにもかかわらず第三者がこれを信頼するという危険を作り出した。本人は危険を負担すべきである⁽¹⁷⁾。

「代理権の消滅は第三者に関係するものである。代理という制度は、その目的からして第三者との法律行為の基礎を形成するものであるから、取引安全保護の強化が必要である。したがって、法律関係の消滅にかんしても、強化された権利外観責任による取引安全の保護は、第三者に向けられた法的事実の場合にのみ認められるのであるが、§§ 170, 171 II, 172 II, 173 に不完全に表現された一般的法原理に基づいて、かかる取引保護を肯定することができる⁽¹⁸⁾」。右に紹介したのは、元々は現実に存在した法状態が後に変更した場合についての Canaris の見解である。それは、表見代理権の撤回のように、実際には存在しなかった法状態が通知されてその後に変更された場合はどうか。Canaris は、表見代理の撤回に於て §§ 171 II, 172 II, 173 の適用を肯定しつつ⁽¹⁹⁾、

五、最後に、商法における表見代理にかんする Canaris の見解を紹介する。
「商法においては、自己の態度から推測される帰結について本人が錯誤に陥っているときでも、一定の地位と類型的に結びついた代理権にかんして、表見代理が成立することは以前から認められている。

§ 56 HGB は地位の許容による表見代理の規定である。これを Flume のように法律行為説で説明することはできない。被用者が内部的に授権されているならば、§ 56 HGB は不用であるし、任命のなかに外部的授権を見出すこと

は現実離れしている。やはりここでも法律行為に必要な設備的表示は認められない。本人が自己の態度が代理権授与と評価されることを知らないかぎり、本人には表示意識が欠けているが、これは同条の法律効果の発生を排除しない。同条の法律効果は *ex voluntate* ではなく *ex lege* に生ずるからである。

§ 56 を通説は権利外観責任に位置づける。Scheinatbestand の帰責については、本人が任命の意味を意識していなかったと主張しえないかぎりにおいて、民法と相違している。このように解釈しなければ、同条には實際上適用の余地はない。これに反し、本人が無権代理人の活動を知らないときには、任命ということは問題になりえない。通説が同条について、ある者が本人の了承 (Wissen) を伴って店舗で取引していることを要求しているのは正当である⁽²⁾。

Canaris が容認代理と *Anscheinsvollmacht* を区別し、民法については後者の適用を否定しているのは先に紹介した。これに対し Canaris は、商法に於いては *Anscheinsvollmacht* の適用を認め、その理由について次のように述べる。

「*Anscheinsvollmacht* が商法に承認されるのはなぜか。民法と異なり商法に於いては *Anscheinsvollmacht* についての慣習法規の存在が認められるという理由づけもすてられない。しかし、かかる実定法的理由づけのみで満足すべきではなく、この制度の内在的正当性を問わなければならない。まず § 362 HGB との問題点の類似性と確認書 (Bestätigungsschreiben) についての法命題が引合らに出されるべきである。Anscheinsvollmacht に於いて表示意識が欠けているにもかかわらず沈黙者が拘束されるのと類似の現象が商法には存在するのであって、これを最初から体系に矛盾するものとしてすてざるべきものではない。

Anscheinsvollmacht の承認のための特別の理由づけは、商取引における法的安全の要請だけではなく、商人の企業の特種の問題点とかかわりあっている。そのことは指導的判決である RGZ 65, 292 にはっきりと示されている。そこでは会社の会計係の無権代理行為を取締役 (Vorstand) は知らなかったが、表見責任を認め、会計係の代理権の潜称を知っていたか否かは問題にならないと明言している。営業 (Betrieb) の組織と被用者の監督は会社の任務と危険に属するものである。第三者はこれに煩わされる必要はなく、秩序どおりに組織されると信用することができ、それ以上の問合わせは不用であるのみならず不可能である。内部の仕事の分担 (分業) は外部の第三者からは判らないのがふつうであるから、外形に現われた姿で判断できなければならない。

これに反し、妻または息子が本人の知ることなくして表見代理人として行為するときには、かかる分業的な組織化は欠けており、表見責任を認むべき理由はない。第三者は問合わせその他の方法で代理権の存在を確認すべきである。したがって、商法外では弁護士のような商人類似の組織化された経営についてのみ Anscheinsvollmacht は適用される⁽²²⁾。

「権利外観の帰責の基準については、ここでも危険主義が正しい。

営業主はその企業に属しない者、たとえば偶然にいた他人や侵入者の行為についても責任を負うべきか。権限なき者の侵入から企業をどのように守るかは組織の危険に属するものであるから、責任を肯定すべきである。そしてこのことは § 56 HGB にも妥当する。同条はそのかぎりにおいて、Anscheinsvollmacht によって補充される。

Willensmängel にかんする諸規定の類推適用はどうなるか。ここでは、Anscheinsvollmacht と地位の許容による表見代理とを区別すべきである。前者においては本人は代理人の行為を知らないものであるから、Willensmängel は本

人の態度の原因となりえず、したがって帰責にかんしても影響を及ぼさない。後者においては、Willensmangelはしばしば決定的に作用する。それが地位の許容自体にかんするものであるかぎり、真正の外部的授權の場合と同様に顧慮されなければならない。しかし、このような代理権は不特定多数人との法律行為の締結にかんするものであることが多いから、そのような理由で通知自体の Willensmangel も排除されることとなるであろう。⁽²³⁾

- (1) (2) Canaris, Vertrauenshaftung, Vorwort, S. 1f. S. 26f. (「トド」ページ数のみで引用する)。
- (3) S. 29ff.
- (4) S. 32.
- (5) S. 35ff.
- (6) S. 38f.
- (7) S. 39.
- (8) S. 40ff.
- (9) S. 46f.
- (10) S. 48ff.
- (11) S. 52.
- (12) S. 106f.
- (13) S. 110f.
- (14) S. 112.
- (15) S. 114.
- (16) S. 119.
- (17) S. 134ff.
- (18) S. 141f.

- (19) S. 144ff.
(20) S. 189ff.
(21) 「自己の營業上他人の爲めに事務の処理を爲す商人に対して取引關係の相手方より此の種の事務の処理に付き申込を受けたるときは、右の商人は遲滞なく回答を爲す義務を負う。右の商人が黙過したるときは、申込を承諾したるものと看做す。此の種の事務の処理に付き申出を爲したる商人に対し相手方より之を申込みたるとき亦同じ」。
(22) S. 191ff.
(23) S. 194ff.

(二) 検 討

1. 以上の Canaris の表見代理理論に対して若干の批判的検討を加えてみよう。

Canaris 氏、Flume や Pawlowski が有権代理的に構成して法律行為による代理権授与にかなする規定とみる § 171 以下の規定を権利外觀説で説明しようとする。しかし、これは代理権授与行為の性質をいかに理解するかという代理の本質的な問題へと還元されていく。Canaris は代理権授与行為を内部的授權と外部的授權の二類型に分ける。これは代理権授与行為を完結した法律行為とみる従来の代理人行為説に立っているものと解される。これに反し Flume や Pawlowski 氏のような単純な二分説ではない。Flume が内部的授權においても代理人は代理権授与の表示を第三者に伝達し、第三者に対する代理権の主張については代理人は本人の使者であるといひ、Pawlowski も外部的授權を代理権授与の典型とみていることからも明らかのように、代理権授与行為における本人の意思は本質的に契約の相手方に向けられているのだという基本的な立場に立つ。これは、かつての共同行為説的発想の復活であつて、通説的な代理人行為説のように内部的授權をもって完結した法律行為であるとは必ずしも解していないのである。

代理権が代理人に内部的に授権され、そこに示された本人の意思が代理行為を介して第三者に伝達される。この場合、もし代理権授与行為をその時点で完結した行為であるとみてしまふならば、代理行為を介しての本人の意思の伝達は、過去の授権の事実の伝達にすぎなくなってしまうであらう。しかし、本人の意思が最初から第三者に向けられているのだと解するならば、第三者に伝えられたときにはじめて代理権授与の意思表示は完成するのであるから、「代理権を与える」ではなく「与えた」旨の表示であるからといって、過去の事実のたんなる伝達にすぎないと解すべき理由はない。

もし *Canaris* のように表示の内容が現在形か過去形（完了形）であるかによって真正の外部的授権か権利外観的表示であるかが区別されるというのであれば、内部的授権がなされた後に改めて「X氏に代理権を与える」という表示が第三者になされたとすれば、この表示の性格はどうなるのであろうか。

このように、代理権授与の本人の意思は本質的に第三者に向けられていると解するならば、店舗の管理などのように取引通念上当然に代理権の授与を伴うような地位を許容するときには、本人はこの者が第三者と取引することを予期しており、それによって自己の意思が第三者に伝達されることも意識していると解さなければならぬから、*Canaris* のように表示意識が欠けているなどという必要はない。

勿論、*Flume* のような共同行為説的立場をとること自体には、批判もありえよう。しかし、この基本的立場を突き壊さなければ、*Flume* や *Pawlowski* の法律行為説は打破しえぬ。

§ 167 BGB が外部的授権を規定しているから § 171 が改めてこれを規定する必要はない、という *Canaris* の批判も当を得ていない。現実の取引社会において問題となりやすいケースについて適切な規定をなすのが法律の任務であ

る。第三者への通知 (§ 171) や委任状の交付 (§ 172) がなされたにもかかわらず対内関係では当該の代理行為をするための委任が与えられていないので、その行為が対内関係上正当性を欠くときには、本人は往々にして代理行為の効果帰属を否定するであろう。BGB はかかる場合にも本人の右の主張は許されないことを明言して、取引社会の要請に答えているのである。すなわち、§ 167 が代理権授与の原則的規定であるのに対して、§§ 171, 172 は外部的授権の個々の具体的な類型について規定しているのである。わが民法は代理権授与についてなら原則的規定を置いていない⁽²⁾。代理権が本人の代理権授与行為によって生ずるのは自明のことであるから、かかる原則規定はなくともよい。これに反して一〇九、一一〇条は紛争の起りやすいケースを予想して、規定されているのである。

また、Canaris の論述にもあるように、BGB は §§ 170, 171 II, 172 II, 173 において代理権の消滅の第三者に対する効力について詳細に規定するのに対して、わが民法典では一一二条があるにすぎない。この点につき起草者の一人である富井博士は、代理権の消滅を第三者に通知したか否か、委任状を取戻したか否かによって結果を異にする立法例として BGB を挙げつつ、わが民法は「一切此等ノ區別ヲ設ケスシテ事実問題ト為セリ⁽³⁾」と述べている。だから BGB においても右のような詳細な諸規定ではなく、「代理権の消滅は善意無過失の第三者には効力を有しない」という趣旨の一般的な規定のみでも足りたわけである。

二、表見代理は法律行為による代理権授与によって発生するのではないとの理由で、表見代理における Willensmäßigkeit にかんする諸規定の適用を排除する通説に対して、Canaris はそれは現行法の Wertung に矛盾すると主張する。たしかに Canaris のいうように、真正の外部的授権の場合よりも表見代理におけるほうが第三者により良い地位が与えられるというのは不自然である。だが、意思表示規定の準用を認めながら、なおかつ表見代理責任を法定責

任として位置づけられるのか、という疑問はどうしてもぬぐいきれない。

Canaris は Willensmängel の諸規定は一般的な帰責の問題に還元されるが故に準用は可能であるという。なるほど外部からの不当な干渉によって Scheintatbestand が作出されたということで、詐欺・強迫の規定についてはそれなりに準用は可能であろう。しかし問題は意思と表示の不一致とりわけ錯誤の規定の準用である。効果意思が表示されるが故に意思表示は設権的行為、Geltungserklärung となるのである。授權表示⁽⁴⁾についてかかる設権的効力、つまり効果意思の表示としての性格を否定する Canaris の立場から、どうして錯誤規定の準用が可能なのか、この点についての納得のいく説明はなされていない。

そもそも「帰責」というのであれば、不法行為責任においても同じである。しかし不法行為においては行為者に責任が発生せしめられるか否か、つまり all or nothing に決せられ、不法行為の無効とか取消とかいうことは何人も問題にしない。不法行為責任と同様に法定責任としての位置づけ、しかも危険責任というような不法行為にも通用するような原理で権利外観責任を説明しながら、なおかつ法律行為の不可欠の要素たる意思表示にかんする規定の準用が、はたして可能であろうか。

なお、Canaris は不特定多数の第三者との法律行為の締結に向けられた表見代理権においては、Willensmängel の規定は適用されないという。その理由は取引安全の保護の強化である。⁽⁵⁾しかし、真正の代理権においても支配人の代理権を始めとする商事代理権はすべて不特定多数の第三者との法律行為を前提とするし、民法上の法人の理事の代理権も同様である。Canaris によれば、かかる代理権の授与についても Willensmängel にかんする諸規定の適用は排除されるのだろうか。もし適用を排除すれば、真正の法律行為による代理権授与について意思表示規定の適用を否定

する実定法上の根拠が明白でないし、反対に適用を肯定すれば、不特定第三者との取引締結に向けられた表見代理権において適用を否定することの間で Wertung の矛盾を生ずることになる。

私見は、取引の安全の保護などというのは結果論であって、ある解釈を導き出すための法理的根拠にはならないと考えているが、それはともかくとして、そもそも Canaris のいう「取引安全保護の強化」という意味が明らかではない。

いま仮に不特定第三者との法律行為の締結に向けられた表見代理権に基づいて ABC 三人との間で契約が締結された後、右の表見代理権が取消されたでしょう。この場合、ABC 各々の蒙るべき損失は、自己との契約の締結についてのみ与えられた個別的な代理権が取消された場合と同様であって、A は同様に損失を蒙る者もいるという理由で特に強く「保護」される必要はない。

これに反し、右にいう取引安全が、代理行為の直接の相手方から更に権利を譲渡された転得者の「保護」、つまり流通性の保護ということにあるのだとすれば、与えられた代理権が不特定第三者との法律行為の締結に向けられているか否かとは、かわりないことである。決め手となるのは、不特定第三者との交渉を予定した代理権に基づいてなされたか否かではなく、なされた行為が手形行為のように転々流通を予定したものか否かである。⁽⁶⁾

Canaris は、内部的授權に欠陥がある場合にも §§ 171 I, 172 I が適用されるのを、有価証券法における抗弁切断の法理で説明する。しかし、これは、表見代理を有権代理的に構成する立場からすれば、内部関係上の瑕疵・義務違反は外部的な代理権授与行為には影響をおよぼさないという代理権の無因性の理論によって説明される。本人は悪意または過失ある相手方に対しては右の義務違反を主張しうるが、その根拠が相手方の権利濫用・信義則違反に求められ

るべきことは、他の機会に繰り返し主張した。手法法一七条の人的抗弁切断と同条但書による害意ある者への対抗も、同様の法理に基づく。このように解するならば、有価証券法における抗弁切断といわゆる表見代理とを同じ法理によって説明すること自体にはとくに反対すべき理由はないが、Canarisのような権利外觀論による説明には賛成しえない。⁽⁸⁾

三、民法一一〇条の解釈に端的に示されているように、わが民法においては表見代理は善意者保護の制度であることが強調され、本人の帰責原因は軽視されている。これに対してドイツにおいては、いわゆる原因主義、有責主義で説明するにせよ、Canarisのように危険の帰責として説明するにせよ、作出された外觀の本人への帰責原因の解明に学説の関心が集中している。相手方の信頼は本人の態度に根拠を有するものでなければならず、自称代理人の言葉のみに対する信頼は保護されない。そしてCanarisがScheintatbestandの意識的な作出がなければ原則として本人の履行責任は生じないことを強調し、いわゆるAnscheinsvollmachtの民法における適用を否定しているのは興味深い。Flumeもまた、本人の過失によって代理権の外觀が発生することはほとんど考えられず、仮にそのような事態が生じても本人に契約締結上の過失責任を負わせれば足りるとして、CanarisとFlumeは結論において一致している。このような問題意識もまた、わが国においては全く欠落しているといっても過言ではない。⁽⁹⁾

Canarisは商法の領域ではAnscheinsvollmachtの適用を認める。しかしながらCanarisがその論拠として挙げる「特別の理由」には必ずしも説得力があるとは思えない。

まず、Canarisが引用する§362HGB(わが商法五〇九条)であるが、この条文が、これまでなら交渉のなかつた第三者との間での表見代理の成立を認める根拠としてどの程度役に立ちうるかは疑問であるし、外部からの侵入

者の行為についてまで営業主の履行責任を認めるのなら、最初に Canaris が § 66 HGB について本人の「了承」を要求した意味は全くなくなってしまふといつてもよい。しかも、本人の「了承」のないときには Willensmangel の規定の準用の余地がないというのであれば、相手方は本人の「了承」のある場合よりも有利な地位に置かれることとなり、Canaris のもっとも警戒する Wertung の矛盾が生ずることになる。

Canaris が商法において Anseheinsvollmacht の適用を肯定する最大の論拠は、ここでも危険帰責の考えである。営業の組織を秩序どおり働かせしめるのが営業主の責任であり、その失敗から生ずべき損失をまず第一に負担するのが営業主であるということ自体には、とくに反対すべき理由はない。しかし、損害賠償ではなく履行責任をどうして負わすことができるのか。それについての Canaris の説明は極めて苦しい。右のような損失は、まず、使用者責任を中心とする不法行為責任によってカバーされるべきであり、かつ、それで充分にカバーしうると考えられるからである。そして、使用者責任に一種の危険責任的要素があることは何人も否定しえないであろう。

Canaris が Scheintatbestand の意識的な惹起という要件に留まっているかぎり、表見代理における本人の責任の根拠を法律行為論、権利外観論のいずれに求めるかは、すぐれて理論的な問題である。法律関係の発生消滅変更に向けられた故意の行為たる法律行為による責任とのバランスは保たれている。しかし意識的な作出という要件を緩和して Anseheinsvollmacht の法理を承認するならば、Canaris のいう危険責任の理論によって、本人の責任は際限なく拡大されていくのではなからうか。

四、これまで、Canaris の理論に対する個別的な疑問点について述べたが、最後に、私的自治と信頼責任という基本的な Canaris の発想について、検討してみよう。

Canaris によれば、「法律行為の妥当根拠は私的自治の原理であり、それは信頼責任とは独立したものである。法律行為はその性質上、*Geltungserklärung* であり、その拘束力は法律行為の概念それ自体から生ずる。私的自治的行為は法的自己形成の行為であり、効力なき法は自己矛盾であるから、法律行為によって設定された規範も、必然的に効力を有しなければならない。私的自治は自己決定の尊重にその根拠を有しており、それは「信頼」の思想とはかわりなく、人間の尊厳または自由の価値のなかに根ざしている」⁽¹⁰⁾。

そして Canaris によれば、これに対して信頼責任は法定責任であって、法規範——不文の——に基づく責任であり、法律行為論とは独立した理論である⁽¹¹⁾。

このように Canaris は両者の相互の独立性を主張しつつ、しかし信頼責任は私的自治の相対概念 (*Korrelat*) であると解する。

「信頼責任は私的自治の相対概念であり、そこでは法律行為的形成の自由と結びついた自己責任が具体化されている。したがって、信頼責任による請求 (*Anspruch*) を認めるためには、法律行為的取引のなかに於ける行為 (*ein Handeln innerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs*) を前提とする。信頼責任は法定責任であって法律行為責任ではないけれども、法律行為的取引への関与 (*Teilnahme*) による責任である」⁽¹²⁾。

ところで Fume は、たんなる人の態度を根拠にして法律行為によるのと同じ責任を肯定するのは私的自治の原理に反するとして、権利外觀説を否定した。私的自治論にあまり関心の示されない(それどころか敵視する傾向さえある)わが国においては、このような問題意識は稀薄であるが、信頼責任をめぐる最大の問題点はここにある。これに ついて Canaris は次のように述べる。

「Flume の説は、私的自治の思想の誤れる絶対化に基づいている。法律行為と同じ法律効果を他の構成要件、人の態度に結びつけることを禁止するのは、その前提につき論証の欠落した議論 (petitio principii) である。

かかる絶対化は、表見代理、有価証券法における抗弁切断等々が認められている現行法と相容れない。たしかに、当局または裁判所の形成行為による私的関係の確定は私的自治の思想と相容れない。しかし、信頼責任ではこのような問題は生じな⁹。ここでは、法秩序 (gesetzliche Anordnung) による法律関係の発生が問題となっているのであるが、これが許されることは疑いない。債務法は法律行為による債務関係と法定債務関係とに二分されるけれども、その法律効果については必然的区別はない。

たしかに、私的自治的自己形成は法定の債務関係に優先し、法定の義務を課するには特別の理由を必要とする。しかし、信頼責任の構成要件においては、例外なくその理由は存在し、それは帰責の思想のなかに求められる⁽¹³⁾。

信頼責任論を主張する Canaris が Flume や Wolf と同様に私的自治の承認の根拠を人間の尊厳とか個人人格の自由に求め、私的自治の補充原理として信頼責任を位置づけているのは興味深い⁽¹⁴⁾。信頼責任は私的自治の原理を制約しこれにとって代るものではなく、信頼保護の絶対化は見られない。これは、私的自治の原理の価値を否定して「取引安全の保護」を強調するわが国の外観保護の理論とは(もっとも、そのような論者も都合のよいときには「意思」を引合いに出して説明するのだが)、異なる点である。この全体的な体系を無視して、Canaris の「信頼保護」の理論の一部分のみを利用することは許されない。

たゞ、Canaris は Flume の理論を前提の証明を欠いた議論であると評価する。しかし Canaris も権利外観によって法律行為と同じ効果が生じうるのだとの前提から出発しているかぎり、その理論はやはり petitio principii である。

ある。信頼責任を法定責任と位置づけることによって、Flume の強調する私的自治の原理からの要請を回避することはできない。Canaris は法定の履行責任を認めるのは立法者の自由であるというけれども、私的自治が個人人格の尊重というより基本的な原理に根拠を置くかぎり、立法者に右のような自由があるか否かが、まず問われなければならない。

また Canaris は、権利外観責任が実定法上承認されている例として表見代理や抗弁切断の法理を挙げている。しかし、先に論じたように、表見代理を法律行為の理論によって説明する Flume の理論を上まわるような理論が Canaris によって提示されているとはいえない。抗弁切断についても権利外観説がその説明に成功しているかどうかは疑問である。たしかに、法律行為による法律効果と同じ効果が他の構成要件に絶対に結びつけられる余地がない、とはいえない。およそ絶対に例外を認めないような法原則はありえないだろうし、完全無欠な法典も法理論もありえない。しかし、Flume の理論は、履行責任は法律行為によって生ずるのだという極めて自然な前提から出発している。Canaris がこれをくつがえしうる理論を提示しているとは思えない。既に原島教授が指摘されるように、「信頼責任は古典的理論を超えているが故に、その内部における整序、および外に対してはまず法律行為との関係という、きわめて困難な理論的問題にぶつかっている」⁽⁹⁾。

五、序で述べたように、本稿は Canaris の大著のうちの表見代理というごくわずかな部分について若干の検討を加えたにすぎない。しかし、それは法律行為論と信頼責任というより大きな問題へと発展していく。私は Canaris の理論には同調できない。しかし、Canaris が個々の問題をその場かぎりの利益衡量量によってではなく、全体的な視野のなかで検討し解決しようとする学問的態度そのものは高く評価されなければならない。体系的な考察を放棄して個

々のケースの「妥当な結論」のみを追求するのは、学説の任務放棄に他ならないからである。(一九七六・十)

- (1) 高橋・代理理論の研究一〇九～一一〇頁。
- (2) 前掲書一九七～八頁。しかし、このことも学説上ほとんど考慮されていない。
- (3) 富井・民法原論(第一卷)五一九頁。高橋・前掲書三一二頁以下参照。
- (4) Vgl. Plume, Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. S. 57 ff. なお、後述のように、Canaris も意思表示の性格を同様に解している。
- (5) Gottardt も同様の主張をする(高橋「表見代理における信頼の保護」法学論集三二卷四・五・六合併号八二、一〇六頁以下参照)。
- (6) 表見代理規定の「第三者」の意義については、高橋「表見代理における「第三者」—手形行為の表見代理を中心として(1) ②」法律時報五八三～四号で論じた。
- (7) 高橋・代理理論の研究三三〇頁以下。
- (8) 手形抗弁にかんする Canaris の見解については、福瀧「手形抗弁の分類について」法学論集二五卷四・五・六合併号参照。
- (9) 高橋・前掲書二六九頁以下参照。
- (10) S. 412ff.
- (11) S. 424ff.
- (12) S. 442f.
- (13) S. 429ff.
- (14) これはドイツにおける近時の有力な見解と一致する(高橋「私的自治・法律行為論序説(一)」法学論集二四卷三号一二五頁以下参照)。
- (15) このような「いいとこ取り」は、本来、学問の作法として絶対に許されないことである。
- (16) 原島「民法理論の古典的体系とその限界」近代法と現代法一五四頁。