



Title	代理権濫用における本人保護の法的構造（二）：ドイツ法の展開を手がかりに
Author(s)	横渕, 将章
Citation	阪大法学. 2012, 61(5), p. 131-152
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54934
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

代理権濫用における本人保護の法的構造（二）

——ドイツ法の展開を手がかりに——

溝 渕 将 章

第一章 序論

第二章 ドイツにおける代理権濫用法理

第一節 代理人の内部的義務と代理権濫用法理

第二節 「悪意の抗弁」構成による本人保護

一 判例通説の確立

1 帝国裁判所の判例（以上、六一卷二号）

2 戦前の学説

3 小括

二 判例通説の変容

第三節 例外的無権代理構成と近時の信義則説

一 例外的無権代理構成

二 近時の信義則説（以上、本号）

三 連邦通常裁判所の判例

四 小括

2 戦前の学説

悪意の抗弁（許されざる権利行使の抗弁）を与えることで本人を例外的に保護する帝国裁判所の法律構成は、戦前の教科書や注釈書において支持を受け、学説でも通説となった。ただし、悪意の抗弁（許されざる権利行使の抗弁）説を支持する学説は、判例法理を無批判に受け入れただけであり、独自の積極的根拠を挙げていたわけではない点に注意が必要である。⁽⁵³⁾

他方で、戦前のすべての論者が判例法理を支持したわけではない。一部の学説は、代理権濫用の問題を代理法の領域内で解決する見解を提唱した。これは、代理権濫用行為を原則的に有効な代理行為（有権代理行為）と認めつつ、相手方が代理権濫用の事実につき悪意または善意有過失であった場合に、当該代理行為を無権代理行為にすることで本人の保護を図るものである。⁽⁵⁴⁾ 判例や通説が代理行為自体の有効性は維持し、相手方の履行請求に対抗すること、抗弁を本人に与えるだけなのに対して、この見解は代理行為を無権代理行為にして BGB 一七七条を適用する。⁽⁵⁵⁾ 便宜上、本稿ではこの法律構成を例外的無権代理構成と呼ぶことにする。もともと、戦前の学説は、原則的に有権代理である代理権濫用行為をどのような根拠で例外的に無権代理とできるのかについて、十分な理論的説明を行っていなかった。

3 小括

帝国裁判所は、悪意の抗弁を根拠に代理権濫用行為の効力から本人を例外的に保護した。悪意の抗弁を認める法

的根拠および要件には二つの類型がみられる。

第一に、相手方が代理人の背任行為に加担したことを根拠に本人に悪意の抗弁（許されざる権利取得の抗弁）を認める類型である。帝国裁判所の判例はこの類型から出発した（判例【1】、判例【2】）。この類型では、相手方が代理人と共謀して背任行為に加担し、本人に損害を負わせたことを根拠に悪意の抗弁（許されざる権利取得の抗弁）が認められる。ここでは、代理行為を通じて本人に損害を与えようとする相手方の故意（害意）が要件とされている。

第二に、相手方の信義則違反に基づき悪意の抗弁（許されざる権利行使の抗弁）を認める類型である。これによると、相手方が代理権濫用の事実について悪意であった場合、さらには過失によってこれを知らなかっただけの場合にも本人は保護される。帝国裁判所の判例は後にこの類型も認めるようになった（判例【3】、判例【4】、判例【5】、判例【6】）。この類型では、取引の相手方が代理行為に際して注意義務に違反したにもかかわらず、後になって当該代理行為の効力を本人に主張することは信義則に反するとの根拠に基づき、悪意の抗弁（許されざる権利行使の抗弁）が認められる。

このように、本人に悪意の抗弁を認める二つの類型はいずれも、本人保護の可否を判断する基準を相手方の主観的態度に求める点で共通するが、第一の類型は相手方の故意（害意）、第二の類型は相手方の注意義務違反というように、その要求する有責性の程度に違いがある。

この判例法理は戦前の教科書や注釈書による無批判の支持を受け、学説上も通説としての地位を確立したが、一部の学説は例外的無権代理構成を主張していた。

二 判例通説の変容

1 連邦通常裁判所の判例

戦後、連邦通常裁判所は悪意の抗弁（許されざる権利行使の抗弁）によって本人を保護する帝国裁判所の判例法理を基本的に踏襲した。しかし、本人に抗弁を認める判断基準について若干の変容がみられる。

〔7〕連邦通常裁判所一九六四年三月二五日判決⁽⁵⁶⁾

〔事案〕

被告Yの母親Aは、自身が収益を得る目的で管理用益していた農場（ただし、その所有権はYに帰属していた）の運営のために原告Xから肥料などの供給を受けた。Xは、Aが当該供給契約に際して農場所有者たる娘Yの法定代理人として行為していたと主張し、その代金の支払をYに請求した。原審はXの請求を棄却した。これに対してXが上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

①代理権濫用法理は任意代理権濫用の場合のみならず、本件のような法定代理権濫用の場合にも等しく適用される。

②「帝国裁判所は、取引の相手方が単純な過失によって代理権濫用を認識しなかった場合にも、契約上の請求に対する悪意の抗弁が本人に認められると表明した。この立場は支持できる」。「このような場合、悪意の抗弁は、相手方が契約において良俗に反する方法で代理人と協働し、本人を故意に害した（BGB八二六条）という主張を基礎に認められるのではない。むしろ、相手方はその有責な態度を理由に、代理人が代理権を有していたと主張する

ことを許されない、そのような法的評価が悪意の抗弁を発生させる根拠となる。この有責な態度というのは、故意によるものでも、良俗違反のものでなくともよい」。

③相手方の履行請求を否定するためには、相手方が濫用の事実を知らなかったことに過失があっただけでは十分でない。むしろ「当事者双方の諸利益を衡量しつつ全体の事情を評価し、相手方が代理権濫用によって締結された契約に依拠することを信義則上否定されるかどうか判断することが重要である」。

〔検討〕

本判決において連邦通常裁判所は、代理権濫用の事実の不知につき過失ある相手方からの履行請求に対して本人は悪意の抗弁によって対抗できるという帝国裁判所の判例法理を踏襲した。この場合、相手方の履行請求が不許とされる根拠は相手方の「態度の有責性」に求められる(判旨②)。他方で、本人の抗弁を認め得るかどうかは、相手方の過失の有無のみならず、当該事案における事情を総合考慮して判断すべきとする(判旨③)。このように、本判決は当事者双方の利益衡量ならびに当該事案における諸事情の総合考慮を重視しており、この点が、相手方の主観的事情のみを判断基準としていた帝国裁判所の判例法理とくらべて特徴的である。⁵⁷⁾ただし、連邦通常裁判所は、そのための具体的な衡量基準や考慮要素が何かを示していない。

【8】連邦通常裁判所一九六八年三月二五日判決⁵⁸⁾

〔事案〕

本件は手形所持人である原告Xが、裏書人である被告Y銀行に対して手形金額の支払を請求したものである。この請求に対してYは、本件手形は支配人Aの代理権濫用により署名されたと抗弁した。本件ではとくにYがAに対

する監督を怠ったことで代理権の濫用行為が生じたという事情（いわゆる本人の共同過失）があったため、このことが、本人保護の可否を判断する際にどう影響するかが問題となった。第一審はXの請求を認容し、原審もYの控訴を棄却した。これに対してYが上告した。

〔判旨〕 Xの請求棄却（証書訴訟においては、原告が認められた証拠方法以外によって立証を行った場合、その請求を不当として棄却すべきと定める民事訴訟法（ZPO）五九七条二項に基づく）。

①「代理人が意図的に本人の不利益となるように行為し、かつ第三者が過失によりこのことを知らなかった場合」、第三者は当該代理行為が有権代理であったと主張できない。

②しかし、「本人が代理人に対する必要な監督を怠ったために代理権濫用が生じたことを契約の相手方が立証した場合、本人の保護はBGB二四二条の基準に従い完全あるいは部分的に否定されなければならない。本人が代理人に対する期待された監督を怠り、取引において自己の利益が要求するところを無視したにもかかわらず、代理権濫用によって生じる不利益を契約の相手方がすべて負担するなどということは信義則上許されない」。

③「信義誠実の具体的な現れであるBGB二五四条⁵⁹の法的思想は、このような場合に、取引行為による不利益な結果を本人と相手方の間で双方の過失を尺度として分配するとの帰結を導くはずである。したがって、取引行為に基づく本人への請求は場合によっては一定の割合についてのみ認容され得る」。

〔検討〕

本判決も基本的には従来の判例法理に従っている（判旨①）。他方で、本判決は相手方の履行請求を信義則によって否定できるかどうかの判断にあたって、相手方の過失のみならず、代理権濫用を生じさせた本人自身の落ち度も考慮に入れるべきとする（判旨②）。これは、「当事者双方の諸利益の衡量」と「全体の事情の評価」を行って

相手方の信義則違反性を判断すべきとした判例【7】の趣旨を具体化させたものと評価できる。さらに、本判決は全体の事情を総合的に考慮した結果、代理権濫用に基づく損失を当事者間で分配することが妥当と判断される場合には、相手方の履行請求を部分的にのみ認めるべきとする。このような中間的解決の根拠として過失相殺（BGB二五四条）が挙げられている（判旨⁶⁰③）。

2 学説

戦前の通説はとくに積極的な論拠を挙げることなく帝国裁判所の判例法理を支持していたが、戦後になってからは、独自の論拠をもって判例法理を支持する見解が現れた。その代表例としてフィッシャー（Robert Fischer）の見解がある⁶¹。

フィッシャーはまず、代理権濫用法理に関して次のような基本的視点を述べる。すなわち、代理権の範囲を本人と代理人との間の内部関係から分離独立させる無因性原則に基づき、代理権濫用行為は原則的に有権代理行為となる。ところが、無因性原則を無制限に貫徹し、代理権濫用の危険を本人にのみ負担させることは、公正な判断という視点から許容できない。そのため、無因性原則の基礎をなす法的安定性と信頼保護の視点は、本人と相手方、双方の利益を適正に衡量して修正されなければならない⁶²。このように、フィッシャーは本人と相手方との間における諸利益の適正な衡量、および代理権濫用の危険の適正な分配という視点から代理権濫用の問題を解決しようとする。次に、フィッシャーは本人保護を図る法律構成として、権利濫用の抗弁を援用する判例法理を支持する。代理権濫用行為は形式的には代理権によって覆われているが、個々の場面で相手方がその代理権の存在を援用することが権利濫用的であり、法秩序によって承認されない場合に、本人に権利濫用の抗弁が認められるとする⁶³。

それでは、相手方の主張を権利濫用とするにはどのような要素が斟酌されなければならないか。この点につきフィッシャーは、本人と相手方との適正な利益衡量を重視し、相手方の履行請求がBGB二四二条に違反するか否かの判断に際しては、当該事案における諸事情を総合的に考慮すべきとする⁶⁴。これによると、相手方側の事情のみならず、本人・代理人側の事情も考慮要素とすべきことになる。具体的には、(i) 相手方の悪意や(重) 過失のほか、(ii) 問題となっているのが、代理人が本人の指示を無視して代理行為をしただけの事案であるか、代理人が意図的に本人の不利益になる代理行為を行った事案であるかの相違⁶⁵、(iii) 代理人による権限濫用が生じたことについての本人の過失の有無⁶⁶なども考慮に入れ、BGB二四二条適用の可否を判断すべきとしている。

以上のように、フィッシャーは本人と相手方の適正な利益衡量を、代理権濫用法理を展開する指針としている。それに基づき、相手方の悪意や(重) 過失のみならず、代理人による義務違反の態様や本人の過失など、当該事案における諸事情を総合的に考慮して相手方の主張が権利濫用にあたるかどうかを判断する。BGB二四二条は一般条項だから、その適用の可否を判断する際には多様な要素を判断材料として斟酌することが可能である。フィッシャーの見解は、このようなBGB二四二条の一般条項としての機能を利用することにより、当事者間の適正な利益衡量そして結論の妥当性を確保しようとするものである⁶⁷。

3 小括

帝国裁判所は、相手方の害意や悪意、注意義務違反などの主観的事情のみを基準に本人の抗弁を認めるかどうかを判断していた。これに対して、連邦通常裁判所の判例は、相手方の主観的事情(「有責な態度」)のみならず、当該事案における諸事情を総合的に考慮している。連邦通常裁判所がとくに着目しているのは、代理人に対する監督

を怠ったせいで濫用行為が発生させたという本人の責任である。また、判例法理を支持する学説も当事者双方の利益衡量を強調する。このように、連邦通常裁判所の判例とこれを支持する学説は、BGB二四二条の一般条項としての性格を利用し、多様な要素を斟酌したうえで、相手方の履行請求が権利濫用・信義則違反にあたるかを判断しようとする。

第三節 例外的無権代理構成と近時の信義則説

先述(第二節一・二)のように、判例通説に対して、学説ではすでに戦前から例外的無権代理構成が主張されてきた。すなわち、代理権濫用の事実について相手方が悪意または善意有過失である場合に当該代理行為を例外的に無権代理行為とする見解である。この見解は、代理権濫用行為が例外的に無権代理になるのはなぜかという理論的根拠が不明確だったこともあり、戦前は多数の支持を受けたとはいえない難かったが、戦後は次第に支持者を増した。その契機となったのは、フルーメ(Werner Flume)が例外的無権代理構成を採用し、その理論的根拠を明確にしたことである。また、フルーメの見解以降、例外的無権代理構成の考え方は判例法理にも八〇年代後半頃から影響を及ぼし始めた。さらに、学説ではフルーメ以降、代理権濫用法理の条文上の根拠として信義則(BGB二四二条)を援用しながら、本人保護の具体的な要件や効果については例外的無権代理構成と同じ立場をとる見解が現れる。以下の論述ではこの立場を「近時の信義則説」と表現する。

戦後、とくにフルーメ以降、代理権濫用法理を展開する担い手は、判例から学説に変わったといえる。そのため、以下の論述では学説の紹介を優先し、まず、フルーメに代表される例外的無権代理構成を概観し(二)、続けて近時の信義則説を紹介する(三)。その後、例外的無権代理構成の影響を受けたと推測される連邦通常裁判所判決を

論
一 例外的無権代理構成

例外的無権代理構成は戦前にキップらによって提唱された。また、戦後も六〇年代の初頭までの間、この見解を支持する論者がいた。⁽⁶⁸⁾しかし、代理権濫用の問題と無因性原則との関連性を明確にすることでこの見解を理論的に深化させたのがフルーメである。フルーメの理論が近時の信義則説の起点にもなっているため、本稿ではとくにフルーメ以降の見解に焦点を合わせて例外的無権代理構成を紹介する。

1 フルーメの見解

フルーメはまず、本人の私的自治と代理権の範囲について次のように述べる。個人が自分自身を規律する権限を有することは私的自治の原則からして当然であるが、これに対して、ある者が他人を規律する権限を有することには疑いが残る。このような権限を代理人に認めることは、代理人がその権限を本人との内部関係上の義務を遵守して行使するよう拘束されている限りでのみ許容される。たとえ本人から授權されていても、代理人がその権限を恣意的に行使することは許されない。⁽⁶⁹⁾

代理権を（原則的にも）内部関係上の義務に適った行為に制限することも本来ならば可能なはずである。⁽⁷⁰⁾しかし、代理行為が内部関係上の義務を遵守して行われたかを外部から判断することは容易でないため、このような制限を認めると、代理権の範囲や内容が取引の相手方にとって不明確になってしまう、取引社会における代理制度の実用性が損なわれる。そこで、代理権の範囲は内部関係上の義務から切り離されており、本人に対する内部義務違反は

代理行為の効力に影響しないとの原則（無因性原則）がとられている。⁽⁷¹⁾

このように、代理権の無因性を認める根拠が相手方の取引安全の保護という実際の配慮にあるとすると、相手方の取引安全を保護する必要がない場合、無因性原則の適用は限界を迎えることになる。この場合、無因性原則の適用は例外的に否定され、代理権濫用行為は無権代理となり、無権代理に関するBGB一七七条以下の規定が適用される。フルーメは以上の説明により、キップ以来の例外的無権代理構成を根拠づけた。⁽⁷²⁾

次にフルーメは、代理権濫用行為の効力を否定する判断基準について次のように述べる。代理人による内部義務違反がないか注意すべき義務に違反したという意味での相手方の過失を、代理権濫用行為の効力を否定する判断基準とすべきでない。⁽⁷³⁾ そのような注意義務を相手方に課すと、取引安全の保護という無因性原則の主要な利点が失われるからである。⁽⁷³⁾ しかし、相手方の悪意が認められる場合にのみ代理効果を否定するというのでは実際上の不都合をきたす。相手方の悪意は内心的事実であり、その立証は極めて困難だからである。そこで、代理権濫用が他人にとって明白であったという客観的事実を基準に代理行為の効果を否定すべきである。問題となるのは、他人の過失や重過失などではなく、濫用が他人にとって明白であったかどうかだけである。⁽⁷⁴⁾ 合理人であれば濫用を認識したはずである、あるいは合理人であれば当該取引に入らないほど代理人の行為が疑わしいものであった場合、濫用の明白性が認められる。⁽⁷⁵⁾

2 プレルスの見解

相手方保護の例外的否定という視点を重視するフルーメの理論をさらに精緻化したのがプレルス (Jürgen Proß) である。プレルスは、代理権濫用行為が原則的に有権代理とされるのは、もっぱら代理行為の有効性に対

する相手方の信頼を保護するためであるとの理解を基点とする。⁽⁷⁶⁾ そのうえで、代理権濫用の問題を次のように解決すべきと主張する。すなわち、取引安全の保護という視点を度外視するならば、「本来」代理権は内部関係上の義務に適合した行為の範囲に制限されている。その範囲を超える部分は、取引安全の保護という理由のみに基づき代理権が拡張させられているにすぎない。そのため、取引の相手方が代理人による内部関係上の義務違反について悪意 (bösgläubig) であり、その取引安全を保護することが不適切な場合は、代理権の無因性を目的論的に排除すべきである。その結果、代理人が内部義務に違反して行った代理行為は代理権の範囲外の行為となり、代理人は無権代理人として扱われる。⁽⁷⁷⁾

また、本人の保護を認める要件としてプレルスは、相手方の知る事情に基づき、濫用の事実が高度の蓋然性をもって推測され得るかどうかを基準にすべきと主張する。そして、この基準は実質的には濫用の明白性基準と合致するものであり、相手方の重過失とも差異がないとする。(相手方の悪意のように) それ以上に厳格な要件を設定することは、無因性原則の目的とする取引安全の保護をもつても正当化され得ない。反対に(軽過失のように) それ以上緩やかな要件を設けることも、やはり取引安全の保護という無因性原則の目的と調和しない。⁽⁷⁸⁾

3 小括

例外的無権代理構成は、代理権濫用行為を無権代理と構成することも本来は可能である、あるいは本来はそう構成すべきことを前提に、代理権濫用事案における本人保護(代理効果の例外的な否定)の根拠として、相手方保護の不要性を強調する。代理権の無因性をもっぱら代理取引の相手方保護を目的とするから、相手方の取引安全を保護する必要がない場合には無因性が排除され、代理権は内部関係上の義務によって制限された状態になる。その

ため、内部関係上の義務に違反する代理権濫用行為は例外的に無権代理行為となる。⁽⁷⁹⁾

また、相手方保護の不要性を判断する基準として、相手方の軽過失より厳格な要件、とくに濫用の明白性や重過失が挙げられている。これは、軽過失のような緩やかな要件を設けることで、取引安全の保護という無因性原則の目的が没却されることを避けるためである。

二 近時の信義則説

例外的無権代理構成は、相手方保護が不要となる場合に代理権の無因性を排除し、代理権濫用行為を例外的に無権代理とした。しかし、この見解は無因性の例外的な排除を根拠づける実定法上の規定をとくに挙げていない。代理権の無因性が目的論的に排除されると説明するにとどまる。BGB一七七条以下の適用が言及されているが、この規定は、ある代理行為が無権代理となる場合にどのような法律効果が認められるかを定めるだけであり、代理行為が無権代理となる根拠を定めた規定ではない。これに対して、代理権濫用法理の条文上の根拠として信義則(BGB二四二条)を援用しながら、例外的無権代理構成の主張する根拠および要件効果を支持する見解が学説で主張されている。この見解は、その主張する実質的な内容は別として、代理権濫用の問題を信義則(BGB二四二条)に基づき解決する立場の一類型と位置づけられよう。⁽⁸⁰⁾ 本稿では、この法律構成を詳細に説明している、カルステン・シュミット(Karsten Schmidt)・ティーン(Wolfgang Thiele)・シマラム(Karl Heinz Schramm)・ゾットホルゲン・シュミット(Jürgen Schmidt)の各見解を紹介する。

1 カルステン・シュミットの見解

カルステン・シュミットは、例外的無権代理構成の論者と同じく、相手方保護の例外的な否定という基本的視点から代理権濫用の問題を考察する。すなわち、代理権濫用行為は相手方の取引安全を保護するために原則的に有効と認められる。しかし、このような相手方保護にも限界があり、その限界はどこか、その限界から逸脱する場合にどのような法律効果を認めるべきかを問わなければならないという。そして、まずその効果について、例外的無権代理構成が妥当とする⁽⁸¹⁾。

そのうえで、本人保護の法律構成について、BGB二四二条を適用する伝統的見解と、BGB一七七条以下を適用する見解との対立を批判する。BGB一七七条以下は、代理権濫用行為が無権代理となった場合の法律効果を定めているにすぎず、いかなる場合に代理行為が無権代理になるかの要件を全く規定していない。他方、BGB二四二条は、本人保護を正当化する根拠およびその要件に関する規定であり、その要件が充足される場合の効果を定めていない。そのため、代理権濫用の問題を解決する法的根拠を、BGB二四二条とBGB一七七条以下のいずれに求めるべきかという従来の対立は噛み合っていないという。そこで、カルステン・シュミットは、代理権濫用法理の基礎をBGB一七七条以下とBGB二四二条の両方におくことを提唱する。すなわち、本人保護を正当化する根拠およびその要件はBGB二四二条に求められ、他方、その要件充足の場合の効果として当該代理行為が無権代理行為となり、BGB一七七条以下が類推適用される⁽⁸²⁾。

さらに、カルステン・シュミットは本人保護の要件としてフルーメの主張する濫用の明白性基準を支持する。本人の保護を相手方が悪意の場合に限定することは許されない。濫用の事実をあえて認識しようとしなないことは、積極的な認識がある場合と同様に評価されるべきだからである。しかし、いずれも相手方の内的事実であり、立証

が困難である。そこで、客観的なメルクマールを求めるべきことになる。それが濫用の明白性である。この基準は相手方の重過失に対応するものだが、解釈論上は過失責任から区別される⁽⁸³⁾。

2 ティーレ、シュラムの見解

ティーレは、取引安全保護のために認められる無因性原則を、保護に値しない相手方との関係では適用しないとする⁽⁸⁴⁾ことが代理権濫用法理の解釈論上の意義だとする。また、効果についても、代理権濫用行為が例外的に無権代理行為になり、本人は当該契約を追認できるとする⁽⁸⁵⁾。他方で、取引安全保護の例外的な否定を正当化する根拠はBGB二四二条の規律に求められるとする⁽⁸⁶⁾。

ティーレは、代理権濫用の明白性ではなく、相手方の重過失を本人保護の要件とし、誠実かつ合理的な取引の相手方であれば、当該事案の状況のもとで代理権濫用の事実を看過するはずはなかったという場合に重過失が認められるとする⁽⁸⁷⁾。さらに、濫用の明白性基準と重過失要件との関係について、濫用が明白である場合には同時に相手方の重過失の存在も認められるし、重過失も客観的、類型的にその存否が判断される基準であるから、濫用の明白性と重過失とで基本的な違いは存在しないとする⁽⁸⁸⁾。

さらに、ティーレの見解は、BGB二四二条を根拠としながら、連邦通常裁判所やフィッシャーの見解と異なり、諸事情の総合考慮に消極的な態度を示す点が特徴的である。これは、取引安全保護の例外的な否定を代理権濫用法理の意義とみる基本的視点に由来するものと推測される。たとえば、ティーレは、代理人が本人の指示を無視して代理行為をした事案か、意図的に本人の不利益になる代理行為を行った事案かの相違を斟酌するフィッシャーの見解に反対する。相手方が代理人の義務違反を知っていた以上は、その保護は不要であり、相手方の保護を否定する

かどうかの判断が代理人の義務違反の態様によって左右されるとの理解は説得力を欠く、というのが理由である⁽⁸⁹⁾。また、本人に共同過失がある場合に、濫用の危険を本人と相手方との間で分配すること（判例【8】判旨③）にも反対する。相手方が濫用の事実について悪意または善意重過失で保護に値しない以上、当該行為は無効であり、利益衡量によって損害を分配する余地はないとする⁽⁹⁰⁾。

シュラムは、取引安全の保護を否定する解釈論上の根拠をBGB二四二条に求めるティーレの基本的視点を踏襲したが、要件に関して、相手方の重過失から概念上区別された濫用の客観的明白性基準を採用し、フルーメの見解に近接する⁽⁹¹⁾。ただし、シュラムも、濫用の明白性を基準とするか、相手方の重過失を基準とするかで結論に差異が生じるわけではないことを認める。濫用の明白性は相手方の重過失の存在を間接的に示すものだからである⁽⁹²⁾。

ティーレと異なり、シュラムはBGB二四二条を適用する際には全体事情を総合考慮すべきと主張する⁽⁹⁴⁾。しかし、実際には、代理人の義務違反の態様を斟酌することや、本人に共同過失がある場合における本人と相手方間の危険分配に反対するなど⁽⁹⁵⁾、総合考慮という考え方をどれだけ貫徹しているか疑わしい。

3 ユルゲン・シュミットの見解

代理権濫用法理におけるBGB二四二条の意義を完全に形式的なものと理解するのがユルゲン・シュミットである⁽⁹⁶⁾。ユルゲン・シュミットは、代理権濫用の問題を、取引安全の保護を理由に認められる無因性原則の適用を再検討し、代理権を例外的に制限することと位置づけ⁽⁹⁷⁾、そのような代理権の制限はBGB二四二条を形式上の根拠とする新たな規律とみられているとする⁽⁹⁸⁾。

ユルゲン・シュミットは、代理権濫用法理の要件効果を論じるにあたり、無因性原則の意義や代理権の制限と

いった視点を意識⁽⁹⁹⁾し、その立場から従来の判例法理や通説への批判を展開する。この点が特徴的である。

まず、要件は無因性原則の意義に照らして定められるとする。無因性原則の意義は代理取引の安全に奉仕する点にあるところ、取引の相手方が代理権濫用を知っていた場合、あるいは代理権濫用が明白であった場合（これは相手方の重過失に対応する）、その保護は不適切となる。この場合、代理権濫用の危険を相手方に負担させることが正当化され、本人の保護が認められる。これに対して、相手方が取引安全の保護を必要とするかどうかの判断が、本人側の事情によって左右されることはない。そのため、ユルゲン・シュミットは、相手方の悪意や濫用の明白性以外に当該事案における諸事情を総合的に考慮してBGB二四二条適用の可否を判断する見解に反対する⁽¹⁰⁰⁾。

さらに、効果について、代理権濫用法理が適用される結果、代理行為は無権代理となり、BGB一七七条以下の規定が必然的に適用されるとする。BGB一七七条以下の適用を否定する見解に対しては、BGB二四二条は単に代理権を制限する方法論的な橋渡しにすぎず、代理権濫用法理の具体的な内容はBGB二四二条から得られるものでないことを看過していると批判する⁽¹⁰¹⁾。

(99) Planck's Kommentar zum BGB, I. Band, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (1913) § 167, S. 450 (F. Flad); Ludwig Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Einleitung Allgemeiner Teil, 9. Bearbeitung (1923), S. 465; Staudingers Kommentar zum BGB, I. Band, 9. Aufl. (1925), § 167, S. 703 (Erwin Riezler).

(100) この点を指摘するドイッンの見解を「Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 7.

(101) この見解を唱へる提唱者のキップ (Theodor Kipp) については Kipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Zweiter Band (1929), S. 273ff. 464ff. シューネ (Wolfgang Siebert) の見解を「Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 7. Siebert, Zur Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht, ZGesStW 95 (1935), S. 629ff.

(55) (BGB 一七七条一項) ある者が代理権なくして他人の名において契約を締結した場合、本人に対するその契約の効力は本人の追認に委ねられる。

(56) WM 1964, S. 505ff.

(57) 具体的な利益衡量を通じて本人保護(相手方不保護)の可否を判断する判例【7】判旨③に対してフロッツ(Gerhard Froitz)は次のような批判を展開する。第一に、このような判断方法によると、相手方が保護される場合とそうでない場合との限界が不明確になり、取引における法的安定性が害される(法政策的批判)。第二に、当事者双方(強調は原文から)の利益衡量という判断方法は、代理権の無因性という原則論と調和しない。代理権の無因性を原則論として採用することは、本人を代理人の義務違反から保護するよりも、相手方の取引安全の保護を優先するとの判断を下すことを意味する。代理権の無因性により、代理権濫用行為は原則的に有効な代理行為と認められるからである。このように無因性を原則論とする以上、代理権濫用に対する本人保護の必要性は相手方との関係ではそもそも否定されているのだから、本人の例外的な保護は本人の保護必要性ではなく、相手方保護の不要性という視点からのみ正当化される。そのため、相手方の利益を保護する必要がないと例外的に認め得るかどうかのみを基準にすることが、論理的に一貫している(論理的、法解釈論的批判)。Froitz, *Verkehrsschutz im Vertretungsrecht* (1972), S. 533ff, S. 544ff. への批判を支持する見解とす)。(Jungst, a. a. O. (Fn. 40), S. 56f.

(58) BGHZ 50, S. 112ff.

(59) (BGB 二五四条一項) 損害の発生に際して被害者の過失が関与していた場合、賠償義務の有無および実現されるべき賠償の範囲は、諸事情、とりわけ当該損害が主として当事者のうちのいずれによって惹起されたものであるかの程度によって判断される。

(60) 本人の過失の程度に応じて相手方の履行請求を部分的に認容する判例【8】判旨③の立場に対しては、ほとんどの学説が反対する。その反対論拠として次の点が挙げられる。第一に、履行請求を部分的に認容するという解決は、判例【8】で問題となったのが金銭の支払請求権だったから可能であっただけで、相手方の請求権が物の引渡しや仕事の完成を内容とする場合には不可能である。第二に、BGB 二五四条は本来、損害賠償請求権の過失相殺に関する規定である。それを代理法上の問題に適用することがなぜ許容されるかが明らかにされていない。第三に、契約というものは有効で

あるか無効であるかだけでなく、その一部が有効で一部が無効なところについてはあり得ない。Dieter Heckelmann, Mitverschulden des Vertretenen bei Missbrauch der Vertretungsmacht, JZ 1970, S. 63ff.; Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, Allgemeiner Teil (1978), § 164, Rn. 122 (Wolfgang Thiele); Staudingers Kommentar zum BGB, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (1979), § 167, Rn. 104 (Hermann Dichter); Karsten Schmidt, Handelsrecht (1980), S. 348f.; Uwe John, Der Missbrauch organchaftlicher Vertretungsmacht, in: Festschrift für Otto Muhl zum 70. Geburtstag (1981), S. 362f.; Harn Peter Westermann, Missbrauch der Vertretungsmacht, JA 1981, S. 526; Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl. (1999), § 177, Rn. 19 (Ulrich Leptien); Anwaltkommentar BGB, Band 1, Allgemeiner Teil (2005), § 164, Rn. 94 (Markus Stoffels); Bamberger-Roth, Kommentar zum BGB, Band 1, 2. Aufl. (2007), § 167, Rn. 52 (Stefan Habermann); Staudingers Kommentar zum BGB, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung (2009), § 167, Rn. 104 (Eberhard Schilken). など、本人の共同過失の問題については、わが国でもすでに青野博士教授、平山也志准教授が論じておられる。青野博士「代理権の濫用と過失相殺的处理——西ドイツ・連邦裁判所一九六八年三月二五日判決を参照して——」判タ六七一号三八頁以下（一九八八年）、平山也志「代理権限濫用行為と過失相殺——本人に監督義務違反ある場合——」獨協三七号一四一頁以下（一九九三年）、同「ドイツにおける代理権濫用と過失相殺的处理に関する判例の概観（一）——代理権濫用と過失相殺的处理再論序説——」下関五四卷一号一九頁以下（二〇一〇年）。

- (19) Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 3ff.
- (20) Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 11.
- (21) Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 14.
- (22) Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 15ff.
- (23) Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 15ff.
- (24) Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 17f.
- (25) 判断基準の柔軟性を根拠にして判例法理を支持する見解はほかにみられない。Westermann, a. a. O. (Fn. 60), S. 525; Julia Schäfer, Teilweiser Vertretungsmangel: Haftung des Vertretenen und des Vertreters unter Einfluss der Mis-

sprachsfälle (1997), S. 95.

- (89) エムネッペッ Emmeccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Halband, 15. Aufl. (1960), S. 1125.

(89) Flume, a. a. O. (Fn. 34), S. 786. なお、フルーメのこの著作もその後改版されつつあるが、代理権濫用に関する論述内容に基本的な踏襲を認める。Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. (1992), S. 786ff. 本稿では初版を基準に引用する。

- (70) Flume, a. a. O. (Fn. 34), S. 786.

- (71) Flume, a. a. O. (Fn. 34), S. 787.

- (72) Flume, a. a. O. (Fn. 34), S. 788f.

(73) Flume, a. a. O. (Fn. 34), S. 790. 回印の見識を述べ、エムネッペッ K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 60), S. 350; Prölss, a. a. O. (Fn. 34), S. 579; Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1993), § 164, Rn. 104a (Karl Heinz Schramm); Soergel-Leptien, a. a. O. (Fn. 60), § 177, Rn. 18; Erman, Handkommentar zum BGB, 1. Band, 12. Aufl. (2008), § 167, Rn. 49 (Heinz Palm).

(74) ただし、この点について、民法上、過失の概念は客観的基準に基づいて理解されるから、濫用の明白性について、実質的には相手方の過失または重過失を表現のうえに換言したにすぎないとの批判がある。Fischer, a. a. O. (Fn. 34), S. 13. 回印の指摘を述べ、エムネッペッ Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 120.

- (75) Flume, a. a. O. (Fn. 34), S. 789f.

- (76) Prölss, a. a. O. (Fn. 34), S. 577.

- (77) Prölss, a. a. O. (Fn. 34), S. 578.

- (78) Prölss, a. a. O. (Fn. 34), S. 579.

(79) フルーメ以降、例外的無権代理構成を支持する見解を述べ、John, a. a. O. (Fn. 60), S. 361ff.; Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. (1989), S. 600; Hans-Martin Pawlowski, Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, S. 129; Anwk-Stoffels, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 88; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des

- BGB, 9. Aufl. (2006), § 58, Rn. 967; Staudinger-Schlikken, a. a. O. (Fn. 60), § 167, Rn. 95; Staudingers Kommentar zum BGB, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung (2009), § 242, Rn. 526 (Dirk Looschelders/Dirk Olzen).
- (80) ㄱㄴㄸㄹ K. Schmidt, Liquidationszweck und Vertretungsmacht der Liquidatoren, AcP 174 (1974), S. 59; ders., a. O. (Fn. 60), S. 348ff.; Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 117; Münchener-Schramm, a. a. O. (Fn. 73), § 164, Rn. 102a; Staudingers Kommentar zum BGB, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 13. Aufl. (1995), § 242, Rn. 502 (Jürgen Schmidt). ㄴㄸㄹ 理由を述べるところの『本人保護の根拠を権利濫用の抗弁や許される権利行使の抗弁(ㄹㄴㄸㄹ ㄹㄴ)』を求めるなら『法律効果としてㄹㄴㄸㄹ 一七七条以下の規定を類推適用する見解として』Soergel-Lepien, a. a. O. (Fn. 60), § 177, Rn. 15; Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. (2004), § 46, Rn. 141; Bamberger-Roth-Habermeyer, a. a. O. (Fn. 60), § 167, Rn. 48, Rn. 51; Erman-Palm, a. a. O. (Fn. 73), § 167, Rn. 49, Rn. 50; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. (2009), § 164, Rn. 14ff (Helmut Heinrichs); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. (2011), § 164, Rn. 14ff (Jürgen Ellenberger).
- (81) K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 60), S. 347. ㄴㄸㄹ ㄹ의 教科書에서의 後改版をめぐってが、代理権濫用に関する論述内容を基本的な論議をめぐり⁸⁰ K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. (1999), S. 472ff. 本稿では初版を基準に引用する。
- (82) K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 60), S. 348. ㄹ의 ㄴㄸㄹ ㄹ을 ㄴㄸ K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 80), S. 59 参照。
- (83) K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 60), S. 350.
- (84) Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 117. ㄴㄸㄹ ㄹ에 대한 同注釈書第二版の執筆を担当したが、代理権濫用に関する論述内容が基本的な論議をめぐり⁸⁰ Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1984), § 164, Rn. 98ff (Wolfgang Thiele). 本稿では初版を基準に引用する。
- (85) Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 117.
- (86) Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 117.
- (87) Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 121.
- (88) Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 120.

- (88) Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 118.
- (89) Münchener-Thiele, a. a. O. (Fn. 60), § 164, Rn. 122. ティーレは、本人の監督懈怠を相手方が知った場合、代理人の義務違反を本人は意に介さないかのような外観が生じるから、相手方の悪意や重過失は否定されると主張しており、本人の過失を全く考慮しないわけではない。しかし、これは、相手方の悪意や重過失の有無を判断する次元で本人の過失を考慮するものであり、本人の過失を、相手方の悪意や重過失とならば、独立の考慮要素とするものではない。
- (91) Münchener-Schramm, a. a. O. (Fn. 73), § 164, Rn. 102a. なお、シュラムは同注釈書の改版後も執筆を担当したが、代理権濫用に関する論述内容が基本的な踏襲を続けている。Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halband, 5. Aufl. (2006), § 164, Rn. 106ff (Karl Heinz Schramm). 本稿では第三版を基準に引用する。
- (92) Münchener-Schramm, a. a. O. (Fn. 73), § 164, Rn. 104b.
- (93) Münchener-Schramm, a. a. O. (Fn. 73), § 164, Rn. 104b, Rn. 105.
- (94) Münchener-Schramm, a. a. O. (Fn. 73), § 164, Rn. 106a.
- (95) Münchener-Schramm, a. a. O. (Fn. 73), § 164, Rn. 103, Rn. 107.
- (96) ただし、ユルゲン・シュミットは、その著するBGB二四二条の解釈をめぐる一般論として、具体的な結論や新たな法規範をBGB二四二条によつて根拠づけようとはせず、この基本的見解が、代理権濫用の問題での解釈論に与える影響については、Staudinger-J. Schmidt, a. a. O. (Fn. 80), § 242, Rn. 182ff, 198f.
- (97) Staudinger-J. Schmidt, a. a. O. (Fn. 80), § 242, Rn. 501.
- (98) Staudinger-J. Schmidt, a. a. O. (Fn. 80), § 242, Rn. 502.
- (99) Staudinger-J. Schmidt, a. a. O. (Fn. 80), § 242, Rn. 508f.
- (100) Staudinger-J. Schmidt, a. a. O. (Fn. 80), § 242, Rn. 508.
- (101) Staudinger-J. Schmidt, a. a. O. (Fn. 80), § 242, Rn. 509.