OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	民法一〇一条一項と「悪意の帰責」法理（一） : BGB一六六条一項の解釈論を手がかりに
Author(s)	溝渕, 将章
Citation	阪大法学. 2013, 63(1), p. 75-103
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/67917
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

民法一〇一条一項と「悪意の帰責」法理（二）

――BGB一六六条一項の解釈論を手がかりに――

溝渕将章

第一章　序論

第一節　問題の所在

民法には、当事者がある事情を知っていたこともしくは過失で知らなかったことにより、その法律上の地位が影響を受ける場合が数多く存在する。いずれにおいても、悪意・善意有過失の当事者は善意（無過失）であったならば享受していたであろう有利な法的地位・利益を否定される。悪意・善意有過失の者は保護に値しないという価値判断に基づいて当該当事者を不利に扱い、法律上の利害対立を調整する趣旨である。こうした取扱いは民法の広範な分野で登場し(1)、私法関係上の利害対立を調整する重要な役割を担っている。

ある自然人が自ら意思表示を行う、あるいはその受け手になる場合、当該意思表示の効力に影響を与える悪意・善意有過失は、その当事者本人について決定される。このことに何ら疑いの余地はない。これに対して、本人が代理人その他の補助者を使用して分業的に活動を行う場合は事情が異なる。この場合、当該意思表示の効力に影響を

（阪大法学）63（1-75）75〔2013. 5〕

与える悪意・善意有過失を、実際に意思表示を行った代理人、あるいはその意思表示の効果帰属主体である本人、いずれを基準に判断するべきかという問題が発生するためである。民法一〇一条一項は「意思表示の効力が（中略）ある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決する」と定め、この問題に一応の答えを示している。しかし、ここで解釈により明らかにしなければならない問題が生じる。すなわち、代理人の悪意・善意有過失に対して本人が責任を負担すべきとする、その実質的な正当化根拠は何かという問題である。本人の法律関係を代理人の悪意・善意有過失によって判断すべきであるという原則は、必ずしも自明のことではない。先述のように民法においては、悪意・善意有過失の当事者には、意思表示が無効になる、権利の取得が否定されるなど、不利益な法律効果を与えるのが通例となっている。それゆえ、代理人の悪意・善意有過失を基準にしてその法律関係を決定される本人は、他人の悪意・善意有過失に基づいて、不利益な法律効果を負担することになる。近代私法は、権利主体が自らの行為・態様によってのみその法律関係の変動を強制されるという個人責任主義を原則としているから、このような他人の悪意・善意有過失に対する本人の責任負担を許容するには、その実質的な正当化根拠を解釈によって明らかにしなければならない。

これと同様のことは法人の場合にも問題となる。法人は観念的な存在であるから、認識することはできないし、不知について過失があったと法的に評価することもできない。したがって、悪意・善意有過失を要件とする規範を法人に適用するには、法人のために活動する自然人が悪意・善意有過失であることをもって、法人を悪意・善意有過失と法的に評価することが要求される。この自然人は、たとえ法人のために活動する者であったとしても、法人それ自体とは別の、独立の権利主体であることに変わりはない。したがって、それらの者を基準に悪意・善意有過

失を判断することは、他人の悪意・善意有過失に対して法人に責任を負わせることを意味する。ここでも、そうした責任負担の実質的正当化根拠を解明する必要が生じるのである。

日本の判例学説では、民法一〇一条という明文の存在にもかかわらず、以上の実質的正当化根拠の問題が正面から論じられることは、これまでほとんどなかった。次節以下では、日本の判例学説の現状を簡潔に紹介してその問題点を摘示したうえで、本稿の具体的な課題を述べることとする。

なお、本稿が扱うこの問題は、行為能力を制限される本人のために代理人が行為する法定代理の場合にも生じ得る。しかし、本稿では筆者の研究進度と紙幅の都合から、任意代理の場合のみを念頭において検討を進める。また、民法一〇一条に関しては、一項だけでなく二項も解釈上の問題になることがある。代理人を判断基準とする一項の例外として、本人自身が判断基準となるのはどのような場合かに関する議論であり、そこでは、当該事情について代理人は善意（無過失）であったが本人が悪意（善意有過失）であったという場面が主に想定されている。本稿では二項の問題も考察の対象外とし、もっぱら、一項との関係で問題となる状況、すなわち、本人は善意（無過失）であったが代理人などの補助者が悪意（善意有過失）であったという場面を想定して考察を進める。

第二節　日本法の現状

一　民法一〇一条の立法趣旨

民法典の立法者は民法一〇一条を、代理人行為説の論理的帰結を定めた規定であると理解していた(2)。この点を説明するため、まず、立法当時における代理学説について簡単に触れておく。代理学説とは、代理において効果意思を形成し表示する主体が何人であるかをめぐる議論である。この問題については、とくにドイツにおいて一九世紀から活発な論争が展開されてきた(3)。主な見解として、意思表示の主体は代理人であり、本人は代理人の意思表示に

基づく法律効果のみを負うとする代理人行為説、意思表示の主体は本人であり、代理人は本人の意思表示の運び人にすぎないとする本人行為説が主張された。このうち、ドイツにおいて通説となり、一九〇〇年施行のドイツ民法典（以下の記述ではＢＧＢと表記する）に採用されたのは代理人行為説であった（後述）。

この代理人行為説は我が国における民法典の立法にも影響を及ぼした。現行民法典中、代理に関する規定は明治二七年四月六日開催の第一回法典調査会において審議された（甲第七号議案）[4]。そのなかで富井政章委員は、①代理に関する規定を起草するにあたって代理人行為説を前提にしたこと[5]、②現行一〇一条一項の原案である議案一〇三条[6]一項は、代理における意思表示の主体を代理人とした結果であること、③二項によって本人の悪意・善意有過失が考慮されているのも、その場合には本人が意思決定に関わりをもったためであること[7]を明言している。意思表示の効力に影響する主観的事情は、意思決定・表示の主体を基準に判断するのが当然であるという考え方である。

なお、民法典施行後に公刊された体系書において起草者は、法人が法律行為をする場合は代理の規定によりその法律関係が規律される旨を説いており[8]、民法一〇一条が法人にも適用される可能性を示唆している。これによれば、法人のために意思表示を行った者を基準に、法人の悪意・善意有過失を判断すべきことになろう。

二　判例学説の展開

判例学説においても、民法一〇一条一項は、代理人が意思表示の主体であることから当然に導かれる結果、すなわち、代理人行為説の論理的帰結であるという理解が、戦前戦後を通じて支配的となっている[9]。民法一〇一条一項に基づき、自然人を本人とする代理取引の場合は代理人[10]が、法人の場合は、問題となった意思表示を法人のために行った代表機関[11]や代理人[12]が、それぞれ悪意・善意有過失の判断基準になるとされている。

ただし、法人の場合には、意思表示を行った代表機関・代理人だけでなく、それ以外にも多くの補助者が組織内

部に存在するという事情がある。判例学説はこの事情に鑑み、実際に意思表示を行った代表機関や代理人以外の者が悪意・善意有過失の判断基準になる可能性を認めている。

1　判例

判例[13]は、法人のために意思表示を行った者を悪意・善意有過失の判断基準とする立場を原則としている[14]。しかし、①保険者（法人）の使用した保険医が被保険者の既往症について善意有過失であったときは、保険契約締結にあたった代理人が善意無過失であっても、保険者は既往症の存在を過失により知らなかったものとされるとした大審院判決[15]、②契約の交渉のみを法人に代わって行った補助者（契約交渉補助者）が、契約締結の実質的な判断を法人から委ねられていたときは、形式上は契約締結の代理権を有していなくても、契約の有効性に影響する悪意・善意有過失の判断基準になるとした下級審判決[16]が存在するなど、例外が認められている。

2　学説

学説では、民法一〇一条一項だけでなく二項を法律上の根拠に付け加えることにより、判断基準となる者の範囲を実際の行為者よりも拡大する見解が有力である[17]。例として、①法人内部の職務規程上、指図権限を有し、実際に行為者に指図して契約を締結させた者が悪意・善意有過失の場合は、民法一〇一条二項の趣旨に照らし、法人を悪意・善意有過失と評価すべきとする見解[18]、②民法一〇一条一項と二項とを合わせた全体の趣旨は、意思表示をすることやその内容を決定した者について悪意・善意有過失を決定するという点にあるので、実際に意思表示をした者の他、問題となった意思決定に関与した者を基準にして、法人の悪意・善意有過失を判断すべきであるという見解[19]がある。

三　学説における近年の動向

近年の学説では、民法一〇一条一項をより実質的な観点から捉え直そうとする動きもみられる。その代表例が佐久間毅の見解である。佐久間は代理人行為説を批判する立場から、代理の本質を次のように理解する。すなわち、（任意）代理において現実に行為するのは代理人であるが、その行為に基づく本人への効果発生の根拠となるのは、法律行為の当事者たる本人の意思である。（任意）代理における法律効果は、自己の法律関係を他人（代理人）の意思決定の結果を利用して形成するという本人の私的自治的決定を法が承認することにより、本人に生じる。(20)

佐久間は代理の本質に関する以上の理解を起点に、民法一〇一条一項を代理人行為説の論理的帰結とする判例通説を次のように批判する。民法一〇一条一項は、意思の不存在・瑕疵の問題と、意思表示の効力に影響を及ぼす悪意・善意有過失の問題という、性質の異なる問題を規律している。たしかに、意思の不存在・瑕疵は、意思表示の成立過程において生じ、意思表示そのものに付着する問題であるので、その判断基準を確定する際には、意思の主体が何人であるかをめぐる代理学説が重要な意味をもつ。しかし、ある事情の悪意・善意有過失は、意思表示そのものに付着してその効力に影響を与えるものではないので、代理における意思表示は誰の意思表示か、行為者は誰かといった観点から、その判断基準を確定することはできない。(21)

そのうえで佐久間は、悪意・善意有過失の問題を次のように説明する。①先述のように、（任意）代理人の意思表示の効果が本人に帰属する根拠は、本人自らが行為するときと同じく、効果帰属を欲する本人の意思である。このことから、本人は、代理形式で法律関係を形成する場合にも、できる限り自ら行為をする場合と同様に扱われなければならず、自ら行為した場合よりも有利あるいは不利な立場に置かれるべきではない、という基本原則が導かれる。(22)②法律が悪意・善意有過失の者を不利に扱う背景には、事情を知る（知りうべき）者は、自己の知る事実

（なすべきであった調査をすれば得られていたであろう事実）に基づいて適切な措置を講じることにより自らを保護し得るから、このような自己保護措置を怠った者は保護に値しない、という考慮がある。[23] ③任意代理の場合、本人は代理人に意思表示による法律関係の形成を委ねているだけではなく、通常は同時に、必要となる自己保護措置を講じることも委ねている。それゆえ、①の原則に照らし、本人のために利益保護措置を講じる代理人の悪意・善意有過失により、本人は法律上不利益に扱われるべきである。[24] 代理人を基準に本人側の悪意・善意有過失を判断する民法一〇一条一項の規律は以上の根拠に基づいて正当化される。

また、民法一〇一条一項は、このように、本人が自己のための保護措置を第三者に委ねた場合に、第三者の悪意・善意有過失に対して責任を負うという基本的命題を定めた規定であるから、その適用範囲は意思表示の代理の場合に限られない。分業によって法取引に関与する本人が、他人に独立の「決定権」を与えて自己保護措置を委ねたと評価できる場合にはこの命題が妥当するので、その他人の悪意・善意有過失は本人に帰責される。[25]

第三節　判例学説の問題点と本稿の課題

すでに佐久間説によって指摘されているとおり、意思の不存在・瑕疵とは違い、ある事情についての悪意・善意有過失は、効果意思の内容を形成したり、意思表示の成立過程において生じて意思表示そのものに付着したりするものではない。意思表示の効力には影響を及ぼすものの、意思表示そのものとは別の、独立の主観的要件である。そのため、意思表示の主体が代理人であるとしても、その悪意・善意有過失にまで本人が責任を負うという結論がそこから当然に導かれるわけではない。[26] このように、民法一〇一条一項のうち悪意・善意有過失の判断基準を規律する部分は、判例通説のいうような代理人行為説の論理的帰結と説明することはできない。むしろ、代理人の悪意・善意有過失に対する本人の責任負担を認める実質的根拠を解明して初めて正当化されるものである。これまで

の判例通説は代理人行為説の論理的帰結という立法者以来の説明に満足し、この実質的正当化根拠を何に求めるかを論じてこなかった。

この点につき、近年注目を集めている佐久間説[27]は、本人が情報に基づく自己保護措置を代理人に委ねたことに民法一〇一条一項の実質的正当化根拠を求めている。代理人行為説との論理的関係を否定して実質的な根拠を挙げることで同項を正当化する見解であり、判例通説に比べて理論の大幅な躍進と評価できる。しかし、この見解にも不十分と思われる点がある。

佐久間説が主張する自己保護措置の委譲という視点は、もともとドイツの学説において、BGB一六六条一項（後述するように、この規定は民法一〇一条一項に対応する）の解釈論としてシルケンが提唱した見解に由来するものである[28]。ところが、ドイツではシルケンの見解がBGB一六六条一項の解釈論として無批判に受け入れられているわけではなく、自己保護措置の委譲とは異なった正当化根拠を主張する他説もあり、有力な地位を得ている。ここでとくに注目すべきなのは、この他説が現代における取引の実態を背景に展開されたものであるという点である。現代の経済社会においては、とくに法人の場合に典型的にみられるように、大規模な取引・事業を展開するために、一つの取引過程に複数の補助者が関与していることが頻繁にある。そのような補助者としては、契約を締結するかどうかやその内容についての決定権を有する者だけでなく、従属的な立場に立って契約締結に向けた交渉や事実調査、機械的な事務処理を行うにとどまり、意思決定に直接関与しない者も存在する。意思表示者や意思決定に参与した者を悪意・善意有過失の判断基準とみる日本の判例通説はもちろん、補助者に決定権があることを民法一〇一条一項（類推）適用の要件とする佐久間説によっても、決定権を有さないこれらの補助者を本人・法人側の悪意・善意有過失の判断基準と認めることは困難であろう。しかし、実際の取引では、組織の上層部にあって最終

的な意思決定を下す少数の者ではなく、契約締結に向けた交渉や準備行為を現場で行う者の方が当該契約の効力を左右するような事情を知った、あるいは知るべき地位にあったというようなことも少なくないはずである。決定権を有さないことの一事をもって、悪意・善意有過失の判断基準になるのを否定するというのでは、悪意・善意有過失に基づく本人・法人側の責任をあまりに限定的に捉えることになりはしないか。このような解釈が現代における取引の実態に対応しているといえるのか疑問が残るところである。翻って、先述したドイツにおける他説は、ＢＧＢ一六六条一項の実質的正当化根拠をシルケン説とは異なる観点に求めることにより、決定権を有する者以外の補助者を広く同項（類推適用）の射程に含めることを可能としている。現代的な取引の実情により即した解釈論といえよう。他説が有するこのような価値に照らせば、ドイツ法を比較研究の対象とする場合にもその理論内容を吟味し、日本法の解釈に活かすことができないかを積極的に検討すべきであろう。

そこで本稿は、日本の先行業績、とくに佐久間説によって直接検討されていないこのような他説の存在も視野に入れたうえで、ＢＧＢ一六六条一項に関するドイツ法の議論を総合的に紹介・分析することを目的とする。そこから、本人・法人が補助者の悪意・善意有過失に責任を負う実質的正当化根拠をどう考えるかについて示唆を得たい。

第二章　ドイツ法の展開と現状

第一節　判例学説の基本的見解（一八〇〇年代から一九八〇年代までの判例学説）

ＢＧＢ一六六条一項は次のような条文である。(29)

ＢＧＢ一六六条一項　意思表示の法律上の効果が意思の不存在、またはある事情を知っていたこともしくは知るべかりしことによって影響を受けるときは、その事実の有無は本人ではなく、代理人について判断される。

同項は民法一〇一条一項に相当する規定である。(30) ドイツの判例学説は当初、この規定を代理人行為説（以下、ドイツ法の紹介では原語の Repräsentationstheorie に即して代表説と記述する）の論理的帰結と理解していた。ところが、戦後、この規定を、他人（代理人）の悪意・善意有過失に対する本人の責任負担（悪意の帰責 Wissenszurechnung）を定めたものと理解する学説が登場し、判例もこの学説を支持するようになった。その結果、責任負担がなぜ正当化されるかという、本稿の関心事である実質的根拠の問題が論じられるようになった。このように、ＢＧＢ一六六条一項が他人の悪意・善意有過失に対する責任負担を定めた規定であると早くに意識し始めたドイツ法では、その責任負担の実質的正当化根拠をめぐる議論の蓄積が我が国より豊富である。

他人の悪意・善意有過失に対する責任負担という考え方やその実質的正当化根拠をめぐる議論は、ＢＧＢ一六六条一項の類推適用に関する議論と密接に関係している。ドイツの判例はＢＧＢの施行直後から、代理人以外の補助者、たとえば契約交渉補助者や占有補助者にもＢＧＢ一六六条一項を類推適用し、それらの悪意・善意有過失を基準に本人の法律関係を決定することを認めた。ところが、条文が直接定めている問題状況と異なるにもかかわらず、同項をなぜ援用できるのかについて、判例は理論的な説明をしなかった。そこで、学説ではこのことを次のように説明する見解が現れた。すなわち、①他人を使用する者は、その他人の悪意・善意有過失に責任を負わなければならないという私法上の一般的な法理が存在する。②ＢＧＢ一六六条一項はとくに代理人の意思表示との関係でその法理を明文化したものにすぎないので、③代理人の意思表示の効果が問題となる場面以外でも、この法理が妥当するときは、同項の類推適用により、他人の悪意・善意有過失が本人に帰責される。以上の経緯を詳述する。

一　ＢＧＢ一六六条一項の趣旨をめぐる伝統的な理解

まず、ＢＧＢ一六六条一項が伝統的にどのような趣旨のものと理解されてきたかを確認しておく。ドイツにおけ

る伝統的通説はＢＧＢ一六六条一項を代表説の論理的帰結と理解してきた。ここでは、普通法時代の学説の対立、ＢＧＢの立法過程での議論、戦前の学説を概観して、伝統的通説が形成されるまでの流れを確認する。

1　普通法時代の議論

ＢＧＢ施行以前の学説では、代理行為の効力に影響する意思の不存在・瑕疵、悪意・善意有過失を、代理人と本人とのいずれを基準に判断するかをめぐり意見が対立していた。学説のほとんどは、代理における意思表示の主体が本人と代理人とのいずれであるかという観点から、この問題に対する答えを導き出した。

（一）本人行為説

代理における意思表示の主体を本人とみる見解である。提唱者のサヴィニーによれば、代理人は、本人の意思を相手方に伝える運び人にすぎない。その意味で代理人と使者との間に大きな違いはない、とされている。[31] この理論によると、意思表示の効果に影響する諸事情の有無は本人を基準に判断される。[32] しかし、この理論を支持する学説は、代理人が判断基準になることもまた認めている。[33]

（二）代表説

日本で代理人行為説の名で知られているこの見解は、普通法の時代、多くの論者に支持された。[34] 代理における意思表示の主体は代理人である。本人は意思表示に関与することはなく、代理人の意思表示に基づいて発生する法律効果が本人に帰属するだけであるとする。この見解をとる論者の多くは、代理行為における意思表示の主体は代理人であるため、その効果に影響を及ぼす悪意・善意有過失も当然に代理人を基準に判断される、とする。[35] しかし、代表説を支持するすべての論者がこの結論を支持したわけではない。代表説を支持しつつ、悪意・善意有過失の判断は代表説の理解と切り離して行うべきであると主張するフプカの見解が存在した。[36]

フプカは、代理において法律行為の諸要件を充足する主体は代理人であるが、そのことに基づいて、代理人の悪意や善意有過失だけを基準に意思表示の効力を判断することがあってはならないとする。錯誤のように効果意思に付着する主観的事情は意思の主体である代理人を基準に判断すべきであるが、悪意や善意有過失などのように、意思自体の不存在・瑕疵にあたらない意識状態が問題となる場合は、行為者（意思の主体）を基準にその有無を判断するべきと一般的にいえるわけではない。むしろ、悪意・善意有過失を要件とする個々の法規範の趣旨に照らして、行為者である代理人と、悪意・善意有過失から発生する効果の帰属先である本人、そのいずれを基準にすべきかを個別に決定しなければならない。(37)

（三）共同行為説

本人あるいは代理人がそれぞれ単独で意思表示の主体になるとする前二説に対して、ミッタイスの提唱した共同行為説は、本人と代理人とが共同して意思表示を行うと主張する。(38)

代理人を通じた意思表示と一口にいっても、意思表示に対する本人と代理人の関与の仕方や程度は場合ごとに異なっており、次のように類型化できる。第一類型は、本人が意思表示の内容を細部まで決定し、代理人はこれを相手方に伝えるだけの場合である。この場合、意思表示の効力や内容は意思の主体である本人を基準に判断される。(39)第二類型は、本人は代理人に授権するだけで具体的な意思を有しておらず、代理人が法律行為上の決定すべてを行う場合である。この場合、意思表示の効力や内容は意思の主体である代理人を基準に判断される。(40)第三類型は、本人と代理人とがともに具体的な意思を、部分的にのみ有する場合である。この類型はさらに、①本人が売買目的物を決定し、代理人が価格を決定する場合のように、本人と代理人とが意思決定の可分的部分をそれぞれ分担するときと、②本人が複数の目的物を代理人に告げ、実際にどれを選択するかは代理人に判断させる場合のように、本人

が意思の内容を決定しているが、代理人にも裁量的判断が委ねられているときとに分けられる。①の場合は、本人が決定した部分については本人を基準に、代理人が決定した部分については代理人を基準に意思表示の効力が判断され[41]、②の場合は、本人と代理人の双方を基準に意思表示の効力が判断される[42]。

2　BGB立法過程の議論

以上のように普通法の時代には、代理の本質や、意思表示に影響する主観的事情の判断基準をめぐり学説が激しく対立していた。では、そのような状況のもとでBGBを起草した立法者はこの問題に関していかなる立場をとっていたのであろうか[43]。

（一）第一委員会

BGB一六六条の系譜は部分草案（総則）一一二条、一一三条にまで遡る。

部分草案（総則）一一二条　法律行為の有効性および効力は本人に基づいて判断される。意思表示と実際の意思との一致、意思決定の瑕疵（意思無能力、強迫、詐欺、錯誤）および法的に重要な知もしくは不知の存在は代理人に基づいて判断される。

部分草案（総則）一一三条　個別に特定された契約目的物との関係で授権が行われた場合において、その目的物の事実上または法律上の属性に関する知もしくは不知が法的効果に影響するときは、本人に基づいてその知もしくは不知が判断される。

このうち、BGB一六六条一項に対応する部分草案（総則）一一二条は、普通法時代の多数説に倣い、代表説の帰結と理解されていた。一一二条に対して第一委員会では、①悪意・善意有過失の判断基準についてのみ明文の定めを置くとするクルルバオムの修正提案、②代理人が相手方を欺罔した場合に関する定めを付け加えるべきとするフォン・ヴェーバーの修正提案が提出された[44]。とくに注目されるのは①であり、修正理由は次のように説明されている。すなわち、意思表示の主体を代理人とみるのならば、一一二条に定められた原則は当然に導かれる結果であ

る。疑義が生じるのはせいぜいのところ、悪意・善意有過失の判断基準を何人とすべきかに関してのみであるから、この点に限って規定を設ければ足りる、と。[45] これは、フプカ説のように、意思の不存在や瑕疵と違い、悪意・善意有過失の判断基準は代表説から当然に帰結されるわけではないという理解を前提にした主張と評価できる。ところが、第一委員会ではこのような理解の当否に関する議論がみられないまま修正提案は否決され、第一文を削除し、第二文の表現を変更した第一草案一一七条が採択された。

第一草案一一七条　実際の意思と表示された意思とが符合しているかどうか、強迫、詐欺、錯誤、悪意や善意有過失の影響は代理人について判断される。

第一草案一一八条　代理への授権が法律行為を通じて本人から行われ（任意代理）、その授権が一定の法律行為と結びついている場合において、本人が事情を知り、または（過失不知が悪意と同一に取り扱われる場合につき）知り得たはずのときは、代理人が不知であってもそれは基準とならない。

第一草案の理由書も、「法律行為を行うのは代理人である。意思の不存在は、その意思決定が行われたところ、つまり、代理人においてのみ判断される。（中略）実際の意思と表示された意思とが符合しているか、強迫や詐欺、錯誤、悪意や善意有過失の影響も、代理人を基準に判断される」[46]と述べており、意思の不存在・瑕疵だけでなく、悪意・善意有過失の判断基準も代表説から帰結されると理解している。

（二）帝国司法庁準備委員会（Vorkommission des Reichsjustizamtes）

帝国司法庁準備委員会でも、意思の不存在や瑕疵の判断基準は代表説から当然に明らかとなるので、悪意・善意有過失の判断基準についてのみ明文を設ければ足りるとするアヒレスの修正提案が提出されている。[47] ところが、ここでも、代表説に基づく帰結を明確に定めて疑いが生じないようにすることが実務的な見地から推奨されることを

理由に修正提案が否決されており[48]、意思の不存在・瑕疵の問題と悪意・善意有過失の問題とを区別することの当否については議論されていない。

（三）第二委員会

第二委員会では、①ベルナーとシュトゥルクマンの提案により第一草案一一七条の表現が簡略化され[49]、また、②第一草案一一八条については、任意代理人が本人からの一定の指図に従って行為するときは、悪意の本人は代理人の善意を援用できないとするプランクの修正提案が採択された[50]。

第一草案一三六条一項　意思表示の法律上の効果が意思の不存在、またはある事情を知っていたこともしくは知るべかりしことによって影響を受けるときは、その事実の有無は本人ではなく、代理人について判断される。

二項　法律行為によって授与された代理権（任意代理権）の場合において代理人が授権者の一定の指図に従って行為したときは、授権者は自らが知っていた事情について代理人の不知を援用することができない。知るべかりしことが知っていたことと同一に取り扱われるべき場合において、授権者が知るべかりし事情についても同様とする。

第二委員会では、意思の不存在・瑕疵と悪意・善意有過失とを区別する提案は姿を消しており、いずれの判断基準もともに代表説から導かれる、との理解を前提に議論が進められていたものと推測される。

また、第二委員会では、第一草案一一七条と一一八条の削除を求めるヤクベツキの提案も提出されている。意思の不存在・瑕疵、悪意・善意有過失のいずれについても、その判断基準を代理人とする原則が代表説の必然的な帰結であるのならば、それをあえて法律で規定する必要はないとの理由からである。これに対して第二委員会は、（i）裁判官に判断の基準を明示しておく必要があること、（ii）本人を判断基準に加える二項の例外は代表説からすれば自明のことではないので法律で定めておかなければならず、例外を定めるには、その前提として原則を一

項に定めておかなければならないことを理由に、この点に関する法律上の規定を設けることとした。[51]

（四）小括

以上のように、意思の不存在・瑕疵、悪意・善意有過失ともに代理人をその判断基準とするＢＧＢ一六六条一項の原則は代表説の論理的帰結である、というのが立法者の理解であったということができる。第一委員会と帝国司法庁準備委員会では、悪意・善意有過失の判断基準は代表説から当然に帰結されるわけではないという理解に基づく提案がみられたが、この理解の当否に関する具体的な議論は立法過程ではみあたらない。

3　戦前の学説

戦前の学説でも、ＢＧＢ一六六条一項は立法当初からほぼ一貫して代表説の論理的帰結を定めたものと理解されていた。[52] 立法者の立場に学説が追随した結果であり、この理解が伝統的な通説となった。しかし、戦前の学説では、ＢＧＢ一六六条一項を法政策的な観点から正当化するミューラー・エルツバッハの見解も存在した。

ミューラー・エルツバッハは、当事者のうち、損害発生の危険を完全にあるいは他の当事者と比べて圧倒的に支配する者が損害を負担しなければならない[53]と主張し、この危険負担原理に基づいて同項を説明する。信頼のおける代理人を選任し、適切な指示を与えて監督することは代理行為の相手方ではなく本人のなすべきことである。これによれば、代理の危険から発生する損害を本人に負担させることが適切なので、同項は代理人の意思表示に問題がある場合、その責任を本人に負わせている。[54] ミューラー・エルツバッハ説はエルトマンの賛同を得たが、[55] 多数説の支持を得ることはできなかった。法定代理の場合は本人が代理人を支配できないため、同説によると、ＢＧＢ一六六条一項が任意代理の場合だけでなく法定代理の場合にも適用されることを説明できないからである。[56]

二　判例法理の黎明期（戦前から一九六〇年代）

ＢＧＢ一六六条一項は文言上、「代理人」の「意思表示の効果」が悪意・善意有過失によって影響を受ける場合のみを定めているが、本人の分業活動において利用されるのは、意思表示の代理人に限られない。たとえば、契約内容や条件を決定するために相手方との交渉だけを行う補助者、あるいは目的物の受領・占有取得のような事実行為だけを本人に代わって行う補助者なども頻繁に使用される。ＢＧＢの施行後は、代理人以外のそうした補助者を基準に本人側の悪意・善意有過失を判断できるかどうかを争点とする事案が、裁判で現れるようになった。判例はＢＧＢ一六六条一項をそれらの補助者に「類推適用」することを認め、①本人が契約交渉の段階でのみ補助者を使用し、契約締結自体は自らが行った場合においても、契約交渉補助者を基準にして、契約の有効性に影響を与える悪意・善意有過失を判断すること[57]、②本人に代わって占有を取得した占有補助者を基準に、本人の占有が悪意占有か善意占有かを判断すること[58]を判例法理として確立した。

しかし、「代理人」のように意思表示をするわけではない契約交渉補助者の場合や、「意思表示」ではなく占有のような事実行為の効果が善意悪意によって影響を受ける場合にＢＧＢ一六六条一項を類推適用できるのはなぜかについて、初期の判例は十分な理論的説明を行っていなかった。

三　学説の展開（一九五〇年代後半から六〇年代）

すでに述べたように、立法者はＢＧＢ一六六条一項を代表説の論理的帰結と理解し、戦前の通説もこれに追随した。これに対して、フプカ説や立法過程における一部の修正提案のように、ＢＧＢ一六六条一項のうち悪意・善意有過失の判断基準を定める部分については、それは代表説から当然に導かれる帰結ではないとする学説が一九五〇年代後半以降、次第に増えていき、有力説となった[59]。とくに六〇年代に入ると、そのような理解を前提にして、Ｂ

GB一六六条一項を、代理人だけでなく本人の補助者一般に適用される法理を定めたものとみることにより、その類推適用の許容性や要件を説明するリヒャルディの「認識代理」原理説が登場した。

リヒャルディによれば、BGB一六六条一項を代表説の論理的帰結とみる概念的な説明では、代理人の悪意・善意有過失が本人に帰責されることに規範的な理由付けを与えることができない。代理人が意思表示の主体だという事実から、その悪意・善意有過失の帰責が論理的、必然的に導かれることはない[60]。むしろ、BGB一六六条一項は、他人を介して取引を行うためにその他人に決定権限（Entscheidungsgewalt）を与えた者は、他人の悪意・善意有過失に責任を負う、という独立の法理を明文で定めたものである[61]。リヒャルディはこの法理を「認識代理（Wissensvertretung）」原理と表現し[62]、内容を次のように説明する。「一定の案件を自己の責任において処理するよう他人に委ねた者は、当該他人が事務処理の範囲で事情を知った場合、その悪意に責任を負う[63]」。「代理人の意思表示の効果」が問題となる場面以外であっても、この原則があてはまる状況のもとでは、当該補助者の悪意・善意有過失を本人に帰責すべきである[64]。このような補助者のことをリヒャルディは「認識代理人」と表現する。BGB一六六条一項が直接に定めている「代理人」と類似の地位が認められなければならないので[65]、「認識代理人」となるためには、独立して行動する地位（決定権）を本人から付与されていることが要件となる[66]。

ただし、ここでリヒャルディが帰責の実質的正当化根拠には言及していない点に注意が必要である。「認識代理」原理の適用により、本人は他人の悪意・善意有過失に責任を負う。このような責任の負担を正当化する実質的根拠が何かをリヒャルディは明らかにしていない。意思表示の代理の場合、効果帰属を正当化する根拠は本人自身の意思（授権行為）に求められる。ところが、リヒャルディによれば、「認識代理」原理に基づく悪意の帰責は、本人の意思ではなく、客観的な法に基づくものであり、本人が分業によって取引に参加する場合、本人の意思とは無関

係に責任が発生するとされている。[67] この「客観的な法」が何を指すかをリヒャルディは具体的に述べていない。

四　基本的な判例法理の確立（一九七〇年代から八〇年代）

以上の学説は一九七〇年代以降、ＢＧＢ一六六条一項類推適用（悪意の帰責）の問題に関する連邦通常裁判所の判例にも影響を与えた。

【1】連邦通常裁判所民事第八部一九七一年二月一〇日判決（BGHZ 55, S. 307ff.）

［事案の概略と争点］

ＢはＡと信託契約を結んで本件金銭をＡに交付し、Ａはこれを Ｂの債権者Ｘへの弁済に充てることとされた（この場合、ＢＧＢ三二八条一項[68]に基づいて、ＸはＡに対して履行請求する権利を直接取得する。なお、金銭は公証人名義の口座に預けられた）。その後、Ｂが破産し、Ｙが破産管財人に選任された。Ｘは本訴において本件金銭に対する権利を主張し、それが自らに支払われることを承諾するようＹに求めた。これに対してＹは反訴を提起し、本件信託契約を否認（旧ドイツ破産法三〇条二号[69]）したうえで、本件金銭が破産財団に返還されることを承諾するようＸに求めた。否認の要件として、利益を得た破産債権者であるＸが本件信託契約時にＢの支払停止を知っていたことが必要となるところ、Ｘ自身はこの事実を知らなかった。そこで、この点についての受託者Ａの悪意が受益者Ｘに帰責されるかどうかが争点となった。第一審はＸの請求を認容し、Ｙの反訴を棄却した。控訴審はＸの請求を棄却し、Ｙの反訴を認容した。これに対してＸが上告した。

［判旨］　破棄自判（Ｘの請求認容）。

支払停止に関するＡの悪意がＸに帰責されることはない。「少なくとも任意代理の場合、ＢＧＢ一六六条一項の規律を正当化する根拠は帰責可能性という思想である」。意思表示のために「代理人を用いる者、あるいは無権代理人の行った行為を事後的に追認する者は、相手方の利益を保護するため、その代理人の悪意が自己のものとして帰責されることを甘受しなければならず、自らの不知を援用できない。このような利益状況に匹敵する事実関係が存在する場合にのみ、本人の負担においてＢＧＢ一六六条一項を類推適用できる」。しかし、そのような関係を受託者Ａと受益者Ｘとの間に認めることはできない。

本判決は結論的に悪意の帰責を否定したが、任意代理との関係では、ＢＧＢ一六六条一項が他人の悪意・善意有

過失に対する本人の責任負担を定めたものであるとの一般論を述べている。本判決によれば、本人は代理人の悪意が自らに帰責されることを甘受しなければならず、自己の善意を援用できないという原則が同項の基礎にある。本人が代理人を使用した場合に匹敵する事実関係のもとでのみ、同項は類推適用される。

【2】連邦通常裁判所民事第七部一九八二年三月二五日判決（BGHZ 83, S. 293ff.）

［事案の概略と争点］

Yの妻Aは、Yに無断で六〇〇〇マルクの貸付をXに申し込み、支払委託書にYの名で署名した。Xはこの申込みに応じ、Aから指定されていたYの振替口座に五九六八マルクを振り替えた（なお、AはYの銀行口座を管理する権限を与えられていたが、Yのために金銭消費貸借契約を行う任意代理権は授与されていなかった）。Aは口座から当該金額を引き出して費消した後、死亡した。Xは振り替えられた金額の返還と利息の支払をYに請求した。本件では、XとA間の契約が、利率が不当に高く設定されていたことを理由に無効である（BGB一三八条[70]）という事情が存在した。この場合、Xの請求は不当利得返還請求としてのみ認められることになるが、当該金銭はすでにAによって費消されていたため、請求の時点でYの利得は現存していなかった。そのため、Yが、本件振替えが法律上の原因を欠く利得であることを知る悪意の受益者として、現存利益の範囲を越えた返還義務（BGB八一九条一項[71]）を負うかどうかが請求の可否を左右することになる。Y自身は善意であったが、Aは悪意であったため、Aの悪意がYに帰責されることによりYが悪意の受益者と評価されるかどうかが争点となった。第一審と控訴審はXの請求を棄却した。これに対してXが上告した。

［判旨］　破棄自判（Xの請求認容）。

「連邦通常裁判所は、代理人と本人間の利益状況に匹敵する事実関係のもとで、BGB一六六条一項を繰り返し類推適用してきた。この規定から導き出される一般的法思想に基づき、代理関係の存否にかかわりなく、一定の案件を自己の責任において処理するよう他人に委ねた者は、当該他人が事務処理の範囲で事情を知った場合、その悪意に責任を負う」。振替えに利用された口座の管理をAがYから委ねられていた本件では、以上の要件が充たされており、Aの悪意がYに帰責されるから、Yは振替えを受けた金額をXに返還しなければならない。

本判決は、①ＢＧＢ一六六条一項の基礎には、リヒャルディが主張したような「認識代理」原理が存在すること[72]、②代理人の意思表示の効力が問題となる場合以外でもこの法理があてはまるときは、ＢＧＢ一六六条一項を類推適用できることを認めた。この法理によれば、当該補助者が一定の案件を自己の責任において処理するよう本人から委ねられていることが帰責の要件となる。この要件は、リヒャルディもいうように、当該案件の処理に対して補助者が決定権を有することを意味するものと解される。リヒャルディはこの要件を、代理人との類似性を確保するためのものと理解しており、その学説に倣った本判決もこれと同じ意味で決定権の存在を要求しているとみることができる。そうすると、本判決によるこの要件設定は、代理の場合に匹敵する事実関係の存在がＢＧＢ一六六条一項類推適用のために必要だとする判決【1】の趣旨を具体化させたものだと評価できる。

五　判例法理に対する学説の反応（一九八〇年代までの学説）

一九八〇年代末までに公刊された体系書・注釈書の多くはＢＧＢ一六六条一項が代表説の論理的帰結であるという伝統的理解を踏襲している。しかし、同時に、同項を代理人と類似の地位を有する補助者に類推適用できるとした判例法理を支持している[73]。また、日本法において佐久間説が参考にしたシルケンの見解もこの時期に登場している。シルケンは、これまでリヒャルディや判例が明らかにしてこなかった帰責の実質的正当化根拠を明確にしたうえで自説を展開しており、注目に値する。

シルケンによれば、ＢＧＢ一六六条一項が定める悪意の帰責は、代表説の論理的な帰結ではなく[74]、本人が自己保護措置を代理人に委譲したことを実質的正当化根拠とする法理である。法律が悪意または善意有過失の当事者を不利に扱っている背景には、事情を知る者（または知り得た者）はその情報を拠り所にして、自らがどのような行動をとるべきかを適正に判断し、自己の利益を保護することができるから、善意（無過失）者に与えられる法律上の

保護は不要であるという考え方が共通に存在する。[75] この趣旨は、取引に代理人が介在する場合にも転用される。[76] 代理取引の場合、重要な事情について調査し、その情報に基づく適正な判断をすることで本人の利益を保護する地位にあるのは、まず代理人である。本人のために利益保護を行う代理人が事情を知っている（または知らないことに過失がある）以上は、効果帰属の主体である本人が善意（無過失）でも、善意（無過失）者としての保護を否定することが、悪意・善意有過失を要件とする法規範の趣旨に適う。[77] シルケンによれば、悪意の帰責は、本人が自らの利益保護を代理人に委ねたことで生じた分業の利益に対する代償である。[78]

シルケンは以上の考え方に基づき、意思表示の代理以外の場面においても、本人が自らの利益保護を補助者に委ねたと認められるときは、ＢＧＢ一六六条一項を類推適用して補助者の悪意・善意有過失を本人に帰責すべきとする。[79] 類推適用の具体的な要件は、①利益保護の基礎となる事実の調査と、②利益保護にとって重要な決定とを本人の代わりに行うよう、本人が補助者に委ねたことである。[80]

六　本節の小括

以上のようにドイツでは戦後、ＢＧＢ一六六条一項が代理人の悪意・善意有過失に対する責任負担の法理を定めたものだという理解が次第に有力となっていった。この法理の内容をどうみるかについては、①「認識代理」原理を提唱するリヒャルディの見解（判例）と、②本人から代理人への自己保護措置の委譲を実質的正当化根拠とするシルケンの見解とが主に存在した。いずれの見解も、ＢＧＢ一六六条一項を代理人以外の補助者に類推適用することを認めているが、その要件として、補助者が事務処理に関する決定権を授与されていることを求めている。

（1）　当事者の悪意・善意有過失を要件とする規定は財産法分野のほぼ全般にわたって登場し、そこで定められている法律効果も多様である。すべてを網羅することは困難なので、ここでは一例を示す。当事者が悪意・善意有過失の場合に、①

意思表示が無効とされる例（民法九三条但書など）、②請求権の発生が否定される例（表見代理に関する各規定、民法一一七条二項、五六一条など）、③取消権・解除権の取得が否定される例（民法一一五条但書、五六六条一項など）、④物権の善意取得が否定される例（民法一九二条）、⑤返還義務などの責任が厳格化される例（民法一九〇条一項、一九一条、七〇四条など）、⑥時効・除斥期間の進行が開始する例（民法四二六条、五六六条三項、七二四条など）。また、明文の規定のみならず、判例学説が形成した法理においても悪意・善意有過失が要件として登場することがある（代理権濫用法理など）。

（2）民法一〇一条の立法過程を紹介した先行業績として、佐久間毅「代理学説と民法第一〇一条の規律」岡法四〇巻三・四号八九八頁以下（一九九一年）。

（3）ドイツの代理学説を詳しく紹介した先行業績として次の例がある（膨大な数にのぼるので、近年の一部を例示するにとどめた）。遠田新一『代理法理論の研究』（一九八四年）五九頁以下、伊藤進「ドイツにおける代理の法的構成論――本人行為説・共同行為説・三面契約説の再検討――」明治ロー三号二四三頁以下（二〇〇七年）、同「ドイツにおける代理の法的構成論――代理人行為説の再検討――」法論八〇巻二・三号三七頁以下（二〇〇八年）、同「ドイツにおける代理の法的構成論――統一要件論の再検討――」駿河台二一巻二号四三頁以下（二〇〇八年）、同「ドイツにおける代理の法的構成論――Müller-Freienfels 代理論以降の諸見解の再検討――」明治ロー四号二一一頁以下（二〇〇八年）、平山也寸志「ドイツ代理法――代理の法的構成論を中心に」椿寿夫・伊藤進編『代理の研究』（二〇一一年）六〇〇頁以下。

（4）民法第一議案（日本近代立法資料叢書一三）（一九八八年）一一一頁以下、法典調査会民法議事速記録一（日本近代立法資料叢書一）（一九八三年）一頁以下。

（5）法典調査会民法議事速記録一・前掲注（4）一二頁。

（6）議案一〇三条一項　意思表示ノ効力カ意思ノ欠缺、詐欺、強迫又ハ或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコトニ因リテ影響ヲ受クヘキ場合ニ於テ其事実ノ有無ハ代理人ニ付キ之ヲ定ム

二項　特定ノ法律行為ヲ為スコトヲ委任セラレタル場合ニ於テ代理人カ本人ノ指命ニ従ヒ其行為ヲ為シタルトキハ本人ハ其自ラ知リタル事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ス其過失ニ因リテ知ラサリシ事情ニ付キ亦同シ

（7）法典調査会民法議事速記録一・前掲注（4）四二頁。

（8）梅謙次郎『民法要義巻之一総則編（訂正増補三三版）』（一九一一年）九九頁、一二六頁、一二八頁、富井政章『民法原論第一巻總論（訂正増補一七版）』（一九二二年）二七一頁、四八三頁。

（9）大判大正二年四月一九日民録一九輯二五五頁。学説ではたとえば、鳩山秀夫『日本民法総論（改版）』（一九三〇年）三九九頁、近藤英吉『註釈日本民法（総則編）（訂正再版）』（一九三四年）三八五頁、柚木馨『判例民法総論　下巻』（一九五二年）一九九頁、我妻榮『新訂民法総則』（一九六五年）三四八頁、薬師寺志光『日本民法総論新講　下巻』（一九六七年）五九九頁、幾代通『民法総則（第二版）』（一九八四年）三一六頁、四宮和夫『民法総則（第四版補正版）』（一九九六年）二三〇頁、須永醇『新訂民法総則要論（第二版）』（二〇〇五年）二三九頁、内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論（第四版）』（二〇〇八年）一五九頁、中舎寛樹『民法総則』（二〇一〇年）三一二頁。

（10）判例は、占有者が占有代理人を通じて占有をした場合にも民法一〇一条一項を類推適用し、占有者が善意であるか悪意であるかは占有代理人について決定すべきであるとしている。大判大正一一年一〇月二五日民集一巻六〇四頁。

（11）大判大正七年一〇月二八日民録二四輯二一九五頁、最判昭和四七年一一月二一日民集二六巻九号一六五七頁。我妻・前掲注（9）三四九頁、幾代・前掲注（9）三一六頁、四宮・前掲注（9）一〇八頁、二宮照興「法人の善意又は悪意について」日法五八巻一号一四五頁（一九九二年）。

（12）大判昭和一二年一一月一六日民集一六巻一六二四頁、最判昭和三〇年五月一三日民集九巻六号六七九頁、最判昭和四七年一一月二一日民集二六巻九号一六五七頁。福地俊雄「法人の不当利得と悪意」谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究（三）』（一九七二年）一四一頁、星野英一「判批」法協九一巻四号七一三頁（一九七四年）、幾代・前掲注（9）三一六頁、二宮・前掲注（11）一四五頁、一四七頁、四宮・前掲注（9）一〇九頁。

（13）法人に関する戦前戦後の判例を紹介した先行業績として、二宮・前掲注（11）一一八頁以下。

（14）大判昭和一二年一一月一六日民集一六巻一六二四頁、最判昭和四七年一一月二一日民集二六巻九号一六五七頁。

（15）大判明治四五年五月一五日民録一八輯四九二頁、大判大正四年九月六日民録二一輯一四四〇頁、大判大正一一年二月六日民集一巻一三頁（ただし、この三判決は法律上の根拠として民法一〇一条一項を明示していない）。

（16）東京地判平成八年七月三〇日判時一五七六号一〇三頁（信義則を法律上の根拠とする）。

（17）この他、戦前の学説では、行為者が意思決定の資料として他人に事実の有無を調査させ、これに基づいて法律行為を

したときには、その他人に民法一〇一条一項を類推適用すべきであると主張し、保険医を判断基準とした大審院判例を正当化しようと試みる見解も存在した。近藤・前掲注（9）三八八頁。

(18) 末弘巌太郎「判批」判例民事法昭和一二年度版四二六頁以下（一九三八年）、同「民法雑記帳（二〇）民法第一〇一条と法人」法時一〇巻四号三二四頁（一九三八年）。

(19) 星野・前掲注（12）七一三頁、二宮・前掲注（11）一五〇頁以下。

(20) 佐久間毅『代理取引の保護法理』（二〇〇一年）二九頁以下〔佐久間・前掲注（2）論文を収録したものであるが、記述内容が大幅に変わっているため、重なる箇所の引用では双方を併記する〕。

(21) 佐久間・前掲注（20）五五頁以下、佐久間・前掲注（2）九三五頁以下。

(22) 佐久間・前掲注（20）七一頁、佐久間・前掲注（2）九三四頁。

(23) 佐久間・前掲注（20）七二頁以下、佐久間・前掲注（2）九三六頁以下、九六〇頁以下。

(24) 佐久間・前掲注（20）七三頁、佐久間・前掲注（2）九三六頁以下、九六〇頁以下、佐久間毅「消費者契約法と第三者・代理」ジュリ一二〇〇号六四頁（二〇〇一年）。

(25) 佐久間・前掲注（2）九三七頁、九七七頁。佐久間は、保険医の悪意・善意有過失が保険会社に帰責されるのも、この法理によって説明可能としている。しかし、保険医は契約締結の決定権を有していないので、佐久間自身の提示する要件に照らすと、保険医の悪意・善意有過失を本人・法人に帰責することは困難なのではないだろうか。

(26) この点については、鳩山・前掲注（9）四〇〇頁も参照。

(27) 佐久間説に賛意を示す最近の学説として、後藤巻則「代理行為の瑕疵からみた代理制度」椿寿夫・伊藤進編『代理の研究』（二〇一一年）四一七頁〔初出、「代理行為の瑕疵から見た代理制度」法時七九巻一二号一一二頁以下（二〇〇七年）〕。また、伊藤進「『代理』規律改正のためのデッサン――民法（債権関係）改正論議を契機として――（上）」法論八三巻六号四六頁（二〇一一年）においても佐久間説に言及されている。

(28) 佐久間・前掲注（20）八一頁、佐久間・前掲注（2）九六〇頁。

(29) 本稿ではＢＧＢ条文の訳に際して以下を参考にした。柚木馨『現代外國法典叢書獨逸民法〔Ⅰ〕民法総則』（一九三七―一九三八年）、同『現代外國法典叢書獨逸民法〔Ⅱ〕債務法』（一九三八―一九四〇年）。

(30) 文言が酷似し、代理人行為説の帰結とする点で立法趣旨が同じである。また、民法一〇一条の立法審議に際してＢＧＢ一六六条の原案である第一草案一一七条・一一八条、第二草案一三六条が参照立法例に挙げられていた。佐久間・前掲注（2）八九六頁。民法第一議案・前掲注（4）一一三頁、法典調査会民法議事速記録一・前掲注（4）四二頁。

(31) Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Zweiter Band (1853, Nachdruck in 1987), S. 59.

(32) Heinrich Dernburg, Buchbesprechung zu "Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen", Heidelberger Kritische Zeitschrift, Bd1 (1853), S. 19f.; Friedrich Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften (1882), S. 161.

(33) Dernburg, a. a. O. (Fn. 32), S. 19ff.; Hellmann, a. a. O. (Fn. 32), S. 157.

(34) たとえば、Hermann Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (1852), S. 206; Paul Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866), S. 226; Friedrich Curtius, Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, AcP 58 (1875), S. 86ff.

(35) Buchka, a. a. O. (Fn. 34), S. 207; Laband, a. a. O. (Fn. 34), S. 227; Curtius, a. a. O. (Fn. 34), S. 89.

(36) Josef Hupka, Die Vollmacht (1900), S. 54ff.

(37) Hupka, a. a. O. (Fn. 36), S. 55f. フプカは、代理人ではなく本人を基準に悪意・善意有過失を判断すべき場合の例として、①物権の善意取得の事例（本人が善意であれば、代理人が悪意でも善意取得は成立する）と②売主の瑕疵担保責任の成否の事例（瑕疵の存在について買主本人が善意であれば、その代理人が悪意でも、本人は売主に対する瑕疵担保請求を否定されない）とを挙げている。Hupka, a. a. O. (Fn. 36), S. 57ff.

(38) Ludwig Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht (1885), S. 110.

(39) Mitteis, a. a. O. (Fn. 38), S. 119f.

(40) Mitteis, a. a. O. (Fn. 38), S. 120.

(41) Mitteis, a. a. O. (Fn. 38), S. 120f.

(42) Mitteis, a. a. O. (Fn. 38), S. 121f.

（43） BGB一六六条の立法過程に言及する先行業績として、遠田・前掲注（3）九三頁以下、佐久間・前掲注（2）九〇一二頁以下。

（44） Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 2. Teilband (1985), S. 878.

（45） Jakobs/Schubert, a. a. O. (Fn. 44), S. 879.

（46） Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I : Allgemeiner Theil (1888), S. 227＝Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Band I : Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil (1899), S. 478.

（47） Jakobs/Schubert, a. a. O. (Fn. 44), S. 911, S. 914.

（48） Jakobs/Schubert, a. a. O. (Fn. 44), S. 914.

（49） Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I : Allgemeiner Theil (1897), S. 140＝ Mugdan, a. a. O. (Fn. 46), S. 738. 実際の意思と表示された意思との不一致と強迫、詐欺とを、「意思の不存在（Willensmängel）」という語でまとめ、錯誤を列挙に入れないこととされた。

（50） Protokolle, a. a. O. (Fn. 49), S. 140ff＝Mugdan, a. a. O. (Fn. 46), S. 738ff.

（51） Protokolle, a. a. O. (Fn. 49), S. 142f＝Mugdan, a. a. O. (Fn. 46), S. 740.

（52） Planck's Kommentar zum BGB, I. Band Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (1913), S. 440 (Flad/Knoke/Strecker) ; Andreas v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte (1918), S. 351, S. 355 ; Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band Einleitung Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung (1931), S. 556 ; Staudingers Kommentar zum BGB, I. Band Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (1936), § 166, Rn. 1 (Erwin Riezler) ; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl. (1944), § 166, Rn. 1 (Bernhard Danckelmann).

（53） Rudorf Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910), S. 413.

（54） Müller-Erzbach, a. a. O. (Fn. 53), S. 439.

（55） Paul Oertmann, Kommentar zum BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1927), S. 612.

(56) Staudinger/Riezler, a. a. O. (Fn. 52), § 166, Rn. 1.

(57) RG, Urt. v. 23.3.1929. SeuffA 83 Nr.153; RG, Urt. v. 19.2.1931. RGZ 131, S. 343ff.

(58) BGH, Urt. v. 9.2.1955. BGHZ 16, S. 259ff; BGH, Urt. v. 9.2.1960. BGHZ 32, S. 53ff.

(59) Wolfram Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955), S. 392; Reinhard Richardi, Die Wissensvertretung, AcP 169 (1969), S. 395f; Soergel Kommentar zum BGB, Band 1, 11. Aufl. (1978), § 166, Rn. 2 (Hermann Schultze-v. Lasaulx); Eberhard Schilken, Wissenszurechnung im Zivilrecht (1983), S. 11f, S. 47ff; Raimund Waltermann, Zur Wissenszurechnung, AcP 192 (1992), S. 196; Marcus Baum, Die Wissenszurechnung (1999), S. 63f; Petra Buck, Wissen und juristische Person (2001), S. 125ff.

(60) Richardi, a. a. O. (Fn. 59), S. 395.

(61) Richardi, a. a. O. (Fn. 59), S. 397.

(62) Richardi, a. a. O. (Fn. 59), S. 386ff.

(63) Richardi, a. a. O. (Fn. 59), S. 403.

(64) Richardi, a. a. O. (Fn. 59), S. 397ff, S. 402.

(65) Richardi, a. a. O. (Fn. 59), S. 397, S. 398, S 403.

(66) Richardi, a. a. O. (Fn. 59), S. 398, S. 403.

(67) Richardi, a. a. O. (Fn. 59), S. 398, S. 403. そのため、当該補助者が明示的に「認識代理人」として選任されていることは、本人の責任を認めるための要件ではない。

(68) BGB三一八条一項　契約により第三者に対する給付を約束することができ、この場合、第三者がその給付を請求する権利を直接取得するという効力が発生する。

(69) 旧ドイツ破産法三〇条　次に掲げる行為は、これを否認することができる。一、（略）

二、破産者が、支払停止もしくは手続開始の申立のあった後、またはその前最後の一〇日間に、ある破産債権者に対して担保を供し、または弁済をなした法律的行為であって、破産者の義務に属さず、または、その方法もしくは時期が破産者の義務に属しないもの。ただし、その破産債権者が、その行為の当時、支払停止および開始の申立があったこと、また

は、他の債権者に優先して利益を与える破産者の意図を知らなかった旨の証明をしなかったときに限る。

(70) ＢＧＢ一三八条一項　善良の風俗に違反する法律行為は無効とする。

二項　とくに、他人の窮迫、軽率または無経験に乗じてある給付に対して自己または第三者に財産的利益を約束または供与させる法律行為は、その財産的利益が当該事情よりみて著しく給付と権衡を失する程度に給付の価値を超過するときは、これを無効とする。

(71) ＢＧＢ八一九条一項　受領者が受領当時、法律上の原因の不存在を知りまたは後にいたってこれを知ったときは、受領の時または不存在を知った時から、返還請求権に関する訴訟がこの時に係属した場合に準じて返還の義務を負う。

(72) この点につき本判決の立場を踏襲する連邦通常裁判所判決として、たとえば、BGH, Urt. v. 1.3.1984. NJW 1984, S. 1953ff.; BGH, Urt. v. 22.4.1986. NJW 1986, 2315f.; BGH, Urt. v. 9.5.2000. NJW-RR 2001, S. 127ff.

(73) Münchener Kommentar zum BGB, Band 1 Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1984), § 166, Rn. 1, Rn. 23 (Wolfgang Thiele); Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. (1989), S. 607ff.; Erman Handkommentar zum BGB, 1. Band, 8. Aufl. (1989), Vor § 164, Rn. 7, § 166, Rn. 1, Rn. 5 (Hans Brox); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 48. Aufl. (1989), § 166, Rn. 1ff (Helmut Heinrichs).

(74) Schilken, a. a. O. (Fn. 59), S. 11f, S. 47ff.

(75) Schilken, a. a. O. (Fn. 59), S. 52, S. 57.

(76) Schilken, a. a. O. (Fn. 59), S. 59.

(77) Schilken, a. a. O. (Fn. 59), S. 60, S. 225.

(78) Schilken, a. a. O. (Fn. 59), S. 214.　この点については、Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1 Allgemeiner Teil 5, Neubearbeitung (2009), §166, Rn. 5 (Eberhard Schilken) を参照。

(79) Schilken, a. a. O. (Fn. 59), S. 225, S. 240ff, S. 278ff, S. 302.

(80) Schilken, a. a. O. (Fn. 59), S. 225, S. 227, S. 301f.; Staudinger/Schilken, a. a. O. (Fn. 78), § 166, Rn. 5.