The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	民法一〇一条一項と「悪意の帰責」法理（二・完）：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(2), p. 241-260
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/67937
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・完）

――BGB一六六条一項の解釈論を手がかりに――

溝　渕　将　章

第二節　近年における判例学説の動向（一九九〇年代以降の判例学説）

一九九〇年代以降も体系書や注釈書の多くは、BGB一六六条一項が代表説の論理的帰結であるとする伝統的理解や、同項が「認識代理人」にも類推適用されるという判例法理をそのまま支持するにとどまり、[81] 独自の解釈論を展開しているわけではない。しかし、この問題を個別に扱った論稿のなかには、同項（悪意の帰責）の実質的正当化根拠や類推適用の要件に関して、八〇年代までの判例学説と異なる解釈論を展開するものも登場した。代表例として、「認識代理」原理説を踏襲する見解と、代理制度の濫用防止という考え方を挙げる見解とがある。[82]

一　「認識代理」原理説の発展と変容

一九九〇年代に入ると、リヒャルディの「認識代理」原理説を基本的に踏襲しながら、その原理の実質的正当化根拠を明確にし、かつ「認識代理人」と認められるための要件を緩和する学説が登場した。

1　ヴァルターマン

ヴァルターマンは、「自己の代わりに一定の案件を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」という法理がBGB一六六条一項の基礎にあるとする。[83] この法理を正当化する実質的根拠を次のように説明する。代理人による取引の場合、本人側の法律関係に影響を及ぼすような重要な情報（その点についての悪意・善意有過失により、法律上、本人が不利な扱いを受けるとされる事情）の調査などは本人ではなく、代理人によって行われるのが通常である。そのため、当該情報を取得して悪意となるのは代理人の方であり、取引に直接携わらない本人は善意（無過失）の状態にとどまる。しかし、本人は代理人の活動から分業の利益を得ているし、代理人の使用から発生する危険を支配できる地位にもあるので、代理人が実際に事情を知った場合や、過失によって事情を知らなかった場合、その悪意・善意有過失に責任を負うべきである。[84]

BGB一六六条一項をこのように理解するならば、代理人ではなくても、本人側の法律関係にとって重要な情報を取得する地位にある補助者の悪意・善意有過失は、同項の類推適用によって本人に帰責される。類推適用の具体的要件は、①本人が一定の任務の処理を補助者に委ねたこと、[85] ②それにより、重要な情報を取得する可能性が本人から補助者へと移転していること[86]である。同項は代理人の決定権にではなく、その点についての悪意・善意有過失が本人の法律関係に影響するとされる重要な情報を取得する地位に着眼して悪意の帰責を認めるものである。それゆえ、当該補助者が責任者としての地位や決定権を有していることは類推適用の要件にならない。[87]

2　ロレンツ

ロレンツは「認識代理」原理の概念を明確に採用しているわけではないが、その理論はヴァルターマンと類似の見地からBGB一六六条一項を理解するものである。ロレンツによれば、BGB一六六条一項の基礎には、その指示に服する他人を自らの代わりに行為させることで分業の利益を受ける者は、自らが直接に行為した場合と同様に取り扱われなければならない、という思想が存在する。仮に補助者ではなく本人自らが取引上の行為にあたってい

れば、本人はその行為の効力に影響する事情を知り、悪意となっていたはずである。したがって、補助者が行為にあたったために、補助者が悪意となり、本人が善意にとどまったとしても、本人は自らが悪意であったときと同様に扱われるべきである。[88] このように、本人が他人を自らの代わりに行為させ、かつ、仮に本人が行為していれば当該情報を自ら取得していたと通常考えられる状況において、ＢＧＢ一六六条一項は代理人以外の補助者にも類推適用される。[89] その際、当該補助者が行為に関する決定権を与えられていたことは不要である。[90]

他方でロレンツは類推適用に一定の限界を設けている。すなわち、仮に本人が自ら行為していたとしても、やはり善意にとどまっていたであろうと考えられ、補助者を使用したことと本人の善意との間に因果関係が認められない場合、前述したＢＧＢ一六六条一項の法意は妥当しないため、その類推適用は否定される。[91]

3　シュルツ

決定権者以外にも複数の補助者が取引過程に関与することがあるという、法人の実情に留意して議論を展開するのがシュルツである。シュルツによれば、「一定の情報を自己の責任において取得するような職務」を本人・法人の労働組織（Arbeitsorganisation）に従って与えられている者が「認識代理人」と認められる。取得した情報に基づき何らかの結果を実現させたり、責任者として決定を下したりする権限は不要である。[92] したがって、複数の補助者が取引行為に関与する場合、決定権を有する者だけでなく、決定権者による判断決定に備えて自己の得た情報を保管したり、伝達したりすることのみを任務とする者も「認識代理人」と認められ、本人はその悪意に責任を負う。[93] また、情報の収集・取得を直接の任務としている必要もなく、その権限の範囲内において事情を知るに至った者であればよい。[94]

他方でシュルツは、情報の取得態様を基準として悪意の帰責に制限を設けている。すなわち、補助者が任務の範

囲外、個人的領域で情報を得た場合、その悪意は本人に帰責されない。本人は補助者の個人的領域での活動から分業の利益を得ているわけではない。帰責の根拠を分業の思想に求める以上、個人的領域で取得された情報に対して本人は責任を負わないとすることが一貫している。[95]

4　小括

一九九〇年代以降の「認識代理」原理説の特徴は以下の点にある。第一に、代理人が意思表示の決定権を有する点にではなく、本人側の法律関係にとって重要な情報を取得する地位にある点に焦点を合わせて、BGB一六六条一項（悪意の帰責）を説明することである。そのため、同項を代理人以外の補助者に類推適用する要件としても、当該補助者が本人側の法律関係に重要な情報を取得する地位にあることを重視し、事務処理上の決定権を有することは不要とする。[96]第二に、同項の類推適用の要件として、①補助者の使用と本人の善意との間に因果関係が存在することや、②補助者が任務の範囲内で当該情報を取得したことを加重する点である。決定権の具備を不要とすることで本人が責任を負うべき補助者の主観的範囲をリヒャルディ（判例）やシルケンの見解より拡大し、その一方で①や②を帰責要件に加えることで、本人の責任が不当に拡大しないよう配慮しているとみることができる。

二　BGB一六六条一項の正当化根拠を代理制度の濫用防止に求める見解

ボイティーンは代表説ではなく本人行為説を支持する立場[97]から、BGB一六六条一項を代表説の論理的帰結としてではなく、本人による代理制度の濫用防止を目的とした法政策的規定と理解する。

代理人が本人のために取引上の行為を行う場合、その取引行為の効力に影響する事情について悪意となるのは代理人であり、本人は善意（無過失）の状態にとどまる。（仮にBGB一六六条一項の規定がなければ）この場合、効果帰属の主体である本人が善意（無過失）であるため、悪意・善意有過失を要件とする法規範は適用されないこ

とになる。しかし、このように代理人を代わりに行為させて自らは善意の状態にとどまろうとすることは、分業による経済活動を行う者にとって、代理制度の濫用にあたる不当な利益である。[98] そこで、ＢＧＢ一六六条一項は、「分業的に経済活動を行う本人を、自ら単独で行為する場合と等しい地位に置く」[99] ために、代理人の悪意・善意有過失に本人が責任を負うことを定め、本人による代理制度の濫用を防止している。ボイティーン説は、本人は、仮に自ら行為していたならば情報を取得して悪意になっていたはずなので、代理人を利用した結果善意の状態にとどまったとしても、なお悪意者としての責任を負うべきである、という趣旨において、「認識代理」原理説と共通の基盤に立つものであるといえる。

三　判例への影響

以上の学説は判例にも影響を与え、「認識代理」原理や「認識代理人」の具体的な意味について、一九九〇年代以降における学説の展開を踏まえた判決【3】が登場した。

【3】連邦通常裁判所民事第五部一九九二年一月二四日判決（BGHZ 117, S.104 ff.）

［事案の概略と争点］

Ｘは、Ｙ市から購入した不動産に瑕疵があったとして、Ｙの瑕疵担保責任に基づく損害賠償を請求した。本件では、売買契約においてＹの瑕疵担保責任を免除する特約が結ばれていたため、Ｘの請求を認めるには、契約時にＹが瑕疵の存在を知りながらＸに秘匿していたことが要件となる（ＢＧＢ四七六条）。[100] 本件では、Ｙの建築法局（Baurechtsamt）に勤務していた土木技師Ａが瑕疵の存在を知っていた。そのため、Ａの悪意がＹに帰責されることで、Ｙが契約時に瑕疵の存在を知りながら秘匿していたと評価できるかどうかが争点となった。第一審はＸの請求を認容したが、控訴審は、Ｙが瑕疵の存在について悪意であったと評価することはできないとして、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。

「契約締結に際しての悪意の帰責はBGB一六六条に従って判断されなければならない。支配的見解は、この規定を法律行為の代理に限定せず、認識代理という、これに匹敵する状況にも類推適用する。取引上、本人の代表者として一定の任務を自己の責任で処理し、その際入ってくる情報を取得して、必要な場合にはそれを伝達する職務を、本人の労働組織に従って与えられている一切の者は『認識代理人』である。この者が法律行為の代理人として、あるいは明示的に『認識代理人』として選任されている必要はない。しかし、本人がこの者を取引のなかで法律行為の代理人のように使用しているのでなければならない」。「この原則によれば、Aの悪意はYに帰責されない。Yが、私法取引上の任務を自己の責任において担当するようAに委ねたとは認定されていないし、主張されてもいない」からである。

本判決によれば、「認識代理人」とは、①取引上、本人の代表者として一定の任務を自己の責任で処理し、②その際入ってくる情報を取得・伝達する者を指す。[101] このうち、①は従来の判例法理を踏襲したものであり、BGB一六六条一項を類推適用するには、代理人と類似の地位や代理に匹敵する事実関係の存在が必要であるとの趣旨に基づく要件設定と考えられる。他方で、②任務に関連して情報を取得・伝達する職務にあることも「認識代理人」の要素とされており、ここには一九九〇年代以降の「認識代理」原理説、とりわけシュルツ説の影響を看取することができる。このように、本判決は①を「認識代理人」の要素に含める点では、それを不要とみる九〇年代以降の「認識代理」原理説を全面的に採用したとまで評価することはできないが、②を「認識代理人」の要素に加える点で、九〇年代以降の「認識代理」原理説にも歩み寄った要件設定を行っている。

第三章　日本法への示唆

第一節　ドイツ法の分析

前章で紹介したように、ドイツ法ではBGB一六六条一項（悪意の帰責）の解釈論として、本人から代理人への

自己保護措置の委譲を帰責の実質的正当化根拠とする見解（以下、自己保護委譲説と表記する）と、「認識代理」原理説（以下の論述では、帰責の実質的正当化根拠を明らかにした一九九〇年代以降の説を指すものとする）とが主に存在している。両説の間には一定の考え方が通底している。

第一に、他人を使用して分業的に活動する本人を、自らが直接に行為する場合と等しい法的地位に置くという考え方である。[102] 自己保護委譲説はこのことを、悪意・善意有過失を要件とする法規範の趣旨との関係で実現しようとしている。本人が直接に行為する場合、本人は自己の有する（有し得たはずの）情報に基づいて、当該行為を行うかどうかなどを決定することにより自らの利益を保護できる。悪意・善意有過失を要件とする個々の法規範はこの点に鑑みて、当該当事者には法律による保護が不要であり、仮に善意（無過失）であったならば享受させていたであろう有利な法的扱いを否定する、としている。これに対して、本人が代理人などの補助者を取引に使用してそうした判断決定を行わせる場合、本人側の利益保護措置を講じる第一次的な地位に立つのは本人自身ではなく、補助者である。その補助者が悪意（善意有過失）である以上、本人のために利益保護措置が行われる可能性は十分にあるので、先述の法規範の趣旨に照らし、本人は善意（無過失）者としての扱いを否定される。このように、自己の側で利益保護措置をとることが可能なときは善意（無過失）者としての有利な地位を否定されるという点で、本人は直接に行為する場合と等しい扱いを受けることになる。

他方で「認識代理」原理説はこのことを、法規範適用の前提となる情報取得行為との関係で実現しようとする。当事者が悪意となる背景には、当該情報の取得がある。本人が自ら行為する場合、その行為の効力に影響し得る重要な情報の収集活動を行ったり、行為の準備段階などにおいてその情報を取得したりする地位にあるのは、本人自身である。これに対して、本人が、当該行為に関する意思決定や、交渉活動その他の準備行為を補助者に行わせる

場合、情報取得の可能性は本人から補助者に移転する。取引活動に自ら携わることのない本人は通常、情報を取得せず、善意（無過失）の状態にとどまる。「認識代理」原理説は、補助者が実際に情報を取得した場合（または取得しなかったことにつき過失のあった場合）、本人は善意（無過失）者としての有利な法的地位を否定される、とする。これにより、本人自らが直接に行為して当該情報を取得していた場合と等しい扱いを確保しようとしている（代理制度の濫用防止を強調するボイティーン説もこれに近い立場であろう）。

以上のようにして本人を直接行為する場合と等しい法的地位に置こうとすると、代理人など他人の悪意・善意有過失に基づいて本人に法律上の不利な扱いを受けさせることになる。自己保護委譲説と「認識代理」原理説は、この結果を報償責任原理によって許容している。行為に関する意思決定にせよ、その準備行為にせよ、本人は他人を使用することで自己の活動範囲を拡大できるという利益を享受しているので、その他人を使用したことに起因する不利益を被ることがあってもやむを得ない。これが、両説に通底する第二の考え方である。

以上の分析を踏まえると、ドイツ法の議論を次のようにまとめることができる。

第一に、悪意・善意有過失の帰責（BGB一六六条一項）を正当化する実質的根拠として念頭に置かれているのは、①他人を使用して分業的に活動する本人を、自らが直接に行為する場合と等しい法的地位に置くべきであること、②本人は他人の使用により利益を享受しているので、それに起因する不利益を被ることがあってもやむを得ないこと、という二つの根本的な考え方である。

第二に、①の原則を実現させる方法として、異なった二通りの可能性が考えられている。すなわち、（i）情報に基づく自己保護措置との関係でこれを実現する方法と、（ii）その前提となる情報取得行為との関係で実現しようとする方法である。前者の立場をとるのが自己保護委譲説であり、①の原則を自己保護措置との関係で実現させ

ることを明文で定めたのがＢＧＢ一六六条一項であると理解する。後者の立場をとるのが「認識代理」原理説であり、①の原則を情報取得行為との関係で実現させることを明文で定めたのがＢＧＢ一六六条一項であると理解する。ＢＧＢ一六六条一項の解釈として両説が異なった理論を主張しているのは、このように、同項が①の原則をどの観点との関係で実現させるためのものかについて、考え方が異なっているからであると評価できる。

第三に、以上の相違はＢＧＢ一六六条一項類推適用の要件に関する理解にも波及している。自己保護委議説は代理人が意思表示に関する決定権を有し、本人側の利益保護措置を行う地位に立つことを帰責の根拠とみるため、代理人以外で同項の類推適用が認められるのは、何らかの事務処理に関する決定権を与えられた補助者に限られるとする。これに対して「認識代理」原理説は、代理人が本人側の法律関係にとって重要な情報を取得する地位に立つことを帰責の根拠とする。そのため、同項の類推適用も、決定権を有する補助者に限られず、より広く、本人側の法律関係にとって重要な情報を取得する地位に立つ補助者であればよいとされている。

第二節　若干の考察

ここからは、ドイツ法の理論およびその分析結果を手がかりにして、日本法における解釈論を展開していく。

一　悪意・善意有過失の帰責を正当化する実質的根拠

悪意・善意有過失の帰責を正当化する実質的根拠を考えるにあたり有益と思われるのは、ドイツ法の分析でみた、「他人を使用して分業的に活動する本人を、自らが直接に行為する場合と等しい法的地位に置くべきである」という視点（相手方保護の必要性）、そして報償責任原理である。

1　相手方保護の必要性

悪意・善意有過失を要件とする規範（例、民法九三条但書、一九二条、七〇四条など）は本来、当事者自らが直

接に法的行為（本節では、悪意・善意有過失によってその効力に影響が及ぶ行為、たとえば意思表示のほか物の受領などの事実行為を含めた広い概念を指すこととする）を行う場合を前提にして定められている。本人が代理人などの補助者を用いて行為し、かつ、当該行為の効力に影響を及ぼす事情を知っていたまたは知ることができたのが、本人ではなく補助者であったという状況はこの規範で直接には想定されていない。しかし、この規範は、補助者を通じて行為する本人に対しても、自らが直接に行為する場合と等しい形で適用されなければならない。その理由は、相手方保護の要請に求められる。悪意・善意有過失を要件とする規範は、相対する当事者のうち、悪意・善意有過失であった方を不利に扱うことで当事者間の法的利害を調節するものであるから、この規範の適用により悪意・善意有過失の当事者が不利に扱われる反面で、相手方の利益が保護されていることになる。[103] 分業的取引の場合に本人がこの規範の適用を免れる、あるいは本人に対するその適用が直接行為の場合に比べて制限されるとすると、相手方は分業的に行為する者と取引を行うことにより、この規範によって本来与えられるはずの保護を受けられなくなってしまう。[104] このような事態を避け、悪意・善意有過失を要件とする規範を直接行為の場合と等しい形で本人側に適用するには、二1、2でも詳しく述べるように、本人ではなく、実際に活動を行った補助者の方を基準にして、本人側の悪意・善意有過失を判断すべきことになる。

以上のように、悪意・善意有過失の帰責を正当化する実質的根拠の一つとしてまず、悪意・善意有過失を要件とする規範が直接行為の場合と等しい形で本人側に適用されるようにし、本人自らが直接に行為した場合と比較して相手方が不利に扱われないよう保護する、という考え方がある。

2　報償責任原理

本人自身ではなく補助者を基準に本人側の悪意・善意有過失を判断することにより、本人は他人である補助者の

悪意・善意有過失に基づき法律上の不利益を被る結果となる。しかし、本人は補助者の使用により、取引活動の範囲拡大という分業の利益を得ているので、分業的活動に伴う不利益、とくにここでは、相手方保護の要請により補助者の悪意・善意有過失に基づく責任を負うことを甘受すべきである。[105]

二　補助者の類型

一でみた実質的正当化根拠に基づいて本人が具体的にどのような補助者の悪意・善意有過失に責任を負うかを次に検討する。ドイツ法でみたように、悪意・善意有過失を要件とする規範を直接行為の場合と等しい形で本人側に適用するには、①本人側の利益保護措置を講じる補助者の悪意・善意有過失を本人に帰責する方法（自己保護委譲説）と、②本人側の法律関係にとって重要な情報を取得する地位にある補助者のそれを本人に帰責する方法（「認識代理」原理説）とがある。ドイツ法では、BGB一六六条一項がいずれの方法を明文で定めた規定であるかという観点から議論が展開されていることもあり、①と②とは対立する立場と理解されているようである。しかし、条文の解釈という視点を離れれば、両説の客観的内容は必ずしも相容れないものではない。むしろ、悪意・善意有過失を要件とする規範を直接行為の場合と等しい形で適用するためには、①と②、双方の補助者の悪意・善意有過失を本人に帰責することが必要と思われる。この点を以下で詳述する。

1　自己保護措置を委譲された補助者

本人が責任を負う補助者としてまず考えられるのは、本人から法的行為についての決定権を授権された者である。代理人がその典型例にあたる。法律において悪意・善意有過失の当事者が不利に扱われるのは、自己の知る（知り得た）情報に基づいて自らの利益を保護できる（できたはずの）者は法による保護に値しない、という考慮に基づく。[106] 代理による取引が行われる状況のもとで、本人が善意（無過失）、代理人は悪意（善意有過失）であったとす

る。代理の場合は、代理人が自己の知る情報に基づいて当該行為を行うかなどを決定して本人の利益保護措置を講じる地位にあるので、仮に、代理人ではなく本人を基準に本人側の悪意・善意有過失を判断すると、本人側としては情報に基づく利益保護を行う機会・可能性があったにもかかわらず、悪意・善意有過失を要件とする規範の適用を免れることになる。その反面、代理人と取引する相手方は、この規範に基づいて保護を受ける可能性を本人による直接行為の場合に比べて制限されてしまう。こうした事態を回避するためには、本人の利益保護措置を講じる代理人が悪意・善意有過失であることに基づいて、悪意・善意有過失を要件とする規範を本人に適用するべきである。とくに「代理人」を本人側の悪意・善意有過失の判断基準とする民法一〇一条一項は一でみた実質的正当化根拠に基づき、決定権を授権された（自己保護措置を委譲された）補助者の悪意・善意有過失が本人に帰責されることを、明文で定めたものであると考えられる。[107]

2　情報取得可能性を有する補助者

他方で、一でみた帰責の実質的正当化根拠が妥当するのは、このような自己保護措置を委譲された補助者に限られない。決定権を授権されていなくても、本人側の法律関係に重要な情報を取得し得る地位にある補助者、たとえば契約締結に向けて相手方との折衝や事実調査などの準備行為を行う者には一で述べた視点が妥当する。そうした補助者が悪意・善意有過失であれば、法的行為に関する意思決定を行ったのが本人自身あるいは別の補助者（代理人）であり、かつそれらの者が善意（無過失）であったとしても、本人側を悪意・善意有過失と評価すべきである。

悪意・善意有過失を要件とする規範が適用される前提には、当事者による情報の取得という過程がある。本人が直接に行為する場合は、本人自らが行為の効力に影響する情報を、たとえば契約の準備段階などにおいて取得する地位に立つ。これに対して、本人が①契約交渉などの準備行為を補助者に行わせ、その交渉結果に基づいて締結だ

けを自らが行う場合や、②一取引のために複数の補助者を使用し、一方に情報収集や準備行為を、他方（代理人）に契約締結の意思決定を行わせる場合、当該行為の効力に影響する情報を取得し得る第一次的な地位は、情報収集や準備行為を担当する補助者に移転し、本人（あるいは意思決定のみを担当する代理人）は通常、善意（無過失）の状態にとどまる。この場合、本人自身（あるいは意思決定を実際に行った代理人）が善意（無過失）であるという理由で悪意・善意有過失を要件とする規範の適用を否定すると、本人は準備行為に補助者を用いること、あるいは契約締結（意思決定）とその準備行為とを別々の補助者に行わせることによってこの規範の適用を免れる結果となる。これでは、本人が直接に行為した場合に比べて、やはり相手方が不利な地位に置かれてしまう。そのような事態を避けるには、交渉などの準備行為を担当し、本人側の法律関係に重要な情報を取得する地位にある補助者が悪意・善意有過失であることをもって、この規範が本人に適用されるという取扱いをしなければならない。[108] また、決定権を授権していないにせよ、本人は悪意・善意有過失によって効力を左右される当該行為の交渉・準備のためにそうした補助者を使用しているのであるから、補助者を自己の取引範囲拡大のために利用し、その活動から具体的な利益を得ているということができる。それゆえ、これらの補助者の悪意・善意有過失を帰責されることも、決定権を有する補助者の場合と同様、報償責任原理によって許容される。

（一）帰責要件

ただし、情報取得可能性を有する補助者の悪意・善意有過失が本人・法人に帰責されるのは、自己保護措置の委譲とは異なる観点に基づくものであるから、帰責の要件について別段の考慮が必要となる。

まず、当該補助者が本人側の法律関係に重要な情報を取得する可能性のある職務に就いていることが要求される。すなわち、①補助者が、契約締結などの法的行為を行う前提となる、またはその法的行為に関連した事務の処理を

本人から委ねられていること、②仮にその事務を法律関係の当事者（効果帰属主体）自らが処理していれば、当該法的行為の効力を左右するような情報を当事者本人が取得していたであろうといえること、が要件となる。法的行為を行う決定権の存在は不要である。情報の収集・取得それ自体を任務として選任されていなくてもよい。

また、この場合における帰責は、直接行為の場合は本人が情報を取得していたはずであるから、分業により情報取得の可能性が補助者に移転した場合でも、補助者を悪意・善意有過失の判断基準とすることで、直接行為の場合と等しい取扱いを確保するという考慮に基づくものである。ここでは、本人が補助者を使用したために当該補助者が情報を取得して悪意となり（情報を取得し得たので、不知について過失があったと評価された）、その反面、本人が善意（無過失）にとどまったという状況が前提として存在しなければならない。それゆえ、③補助者による情報の取得および本人によるその不取得が、当該補助者の使用に起因するものであるという因果関係の存在が帰責要件に加重される。とくに、補助者が本人から与えられた任務のなかで当該情報を取得したことが必要であり、任務と無関係な個人的領域で得られた情報については、悪意の帰責が認められない。この類型では、自己保護措置を委譲された補助者の場合と比較して、決定権の具備を不要とする点では帰責を認める補助者の主観的範囲が拡大されるが、③を要件に加重する点では帰責の認められる可能性が制限されることになる。

（二）法律上の根拠条文

次に、この場合に帰責を認める根拠条文は何かが問題となる。まず念頭に浮かぶ規定として民法一〇一条一項がある。しかし、この場合に民法一〇一条一項を（類推）適用することは理論的に困難である。第一に、ここで問題となるのは、契約交渉補助者のように、本人側の法律関係に重要な情報を取得する職務に就いているが、行為を行う決定権自体は授権されていない補助者である。これに対して、民法一〇一条一項が直接に定めている代理人は、

行為（意思表示）を行うかどうかやその内容を決定する権限を有する、まさにその点を最大のメルクマールとする。両者の地位・権限の間にこのような相違があることに鑑みれば、前者との関係で民法一〇一条一項を適用することは、類推という法解釈の域を越えるのではないかという疑念が生じる。第二に、民法一〇一条一項からは、前述した③の要件を読み取ることができない。たとえば、同項は文言上、補助者が任務のなかで情報を取得した場合に限定して悪意の帰責を認めるような立場をとっていない。個人的領域において情報を取得した場合であっても、代理人が悪意である以上は、それに対する本人の責任を認めるという規律構造になっている。以上のことからして、民法一〇一条一項は**一**でみた実質的正当化根拠に基づいて補助者の悪意・善意有過失が本人に帰責されることを、とくに自己保護措置を委譲された決定権者（代理人）との関係でのみ定めた規定であるとみるべきである。[109]

すでに述べたように、悪意・善意有過失を要件とする規範を直接行為の場合と等しい形で本人側に適用するためには、決定権を授与された補助者だけでなく、情報取得の可能性を有する補助者の悪意・善意有過失も本人に帰責しなければならない。民法一〇一条一項の適用が前者に限られ、後者の悪意・善意有過失を同項によって本人に帰責できないことは、この規定が、本人による直接行為の場合との比較において相手方を不利益に扱わないよう配慮したものでありながら、結果的にその目的を完全に達成しきれていないことを意味する。ここには法の欠缺が存在するといわざるを得ない。そこで、後者の悪意・善意有過失を、信義則（民法一条二項）を法律上の根拠として本人に帰責することにより、こうした欠缺を補充するべきである。[110]

第四章　結語

第一章**第三節**でも言及したとおり、現代の取引社会では分業の形態が多様化し、本人に代わって意思決定を行う

者だけでなく、契約締結の前提となる交渉・準備だけを任務とし、意思決定には直接関与しない者が使用されることも少なくない。このような取引社会の実情との関係でとくに注目されるのは第三章第二節二2で述べた信義則を根拠とする帰責の類型である。この類型では、当該行為に関する決定権の具備が帰責の要件とされていないので、これを要件とする民法一〇一条一項の場合よりも、帰責を認める補助者の主観的範囲を広範に捉えることが可能となる。この法理は、契約交渉や準備行為の補助者のように意思決定に直接関与しない者を射程に収め得るものとして、現代取引の実情に応じた役割を果たすのではないだろうか。もっとも、この法理において重視される、「当該補助者が本人側の法律関係に重要な情報を取得する可能性のある職務に就いていること」という要件は、本人・法人の責任負担範囲を画定する基準としてやや抽象的である。この法理の適用が期待される主な場面である法人（団体としての組織性を有する権利主体）には、数多くの補助者が存在し、それらの権限や職務、組織内部での地位も千差万別である。そのうち、どの範囲の者の悪意・善意有過失に対して法人が責任を負い、どの範囲の者には負わないのか、責任負担の限界を画定することが必要となる。そのためにも、この適用要件をより具体的で明確なものとしなければならない。この点は今後の課題としたい。(111)

(81) Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2 Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl. (1999), Rn. 1, Rn. 6 (Ulrich Leptien); Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. (2004), S. 852, S. 855; Anwaltkommentar BGB, Band 1 Allgemeiner Teil (2005), § 166, Rn. 1, Rn. 10f (Markus Stoffels); Erman Handkommentar zum BGB, 1. Band, 13. Aufl. (2011), § 166, Rn. 1 (Georg Maier-Reimer); Prütting/Wegen/Weinreich BGB Kommentar, 7. Aufl. (2012), § 166, Rn. 1, Rn. 13 (Brigitte Frensch); Münchener Kommentar zum BGB, Band 1 Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2012), § 166, Rn. 1, Rn. 41 (Karl Heinz Schramm).

(82) なお、一九九〇年代後半以降に登場した少数説として以下の例がある。①悪意・善意有過失という主観的事情のみが

独立の帰責対象となることを否定し、補助者の悪意・善意有過失が本人に帰責されるのは、その主観的事情に影響を受ける客観的な法的行為が本人に帰責される結果にすぎないとするファスベンダーの見解（行為に付随的な悪意の帰責）。Christian Fassbender, Innerbetriebliches Wissen und bankrechtliche Aufklärungspflichten (1998), S. 150 ff ; Christian Fassbender/Heiner Neuhaus, Zum aktuellen Stand der Diskussion in der Frage der Wissenszurechnung, WM 2002, S. 1254. ②報償責任原理、相手方の信頼保護、自己保護措置の委譲、危険負担原理の各視点が複合してＢＧＢ一六六条一項の実質的正当化根拠となっているとするバオムの見解。Baum, a. a. O. (Fn. 59), S. 64 ff.

(83) Waltermann, a. a. O. (Fn. 59), S. 198.

(84) Waltermann, a. a. O. (Fn. 59), S. 197 ff. これと同様の理由付けを述べる見解として、Reinhard Bork, Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, S. 256 ; Buck, a. a. O. (Fn. 59), S. 128.

(85) Waltermann, a. a. O. (Fn. 59), S. 198.

(86) Waltermann, a. a. O. (Fn. 59), S. 200.

(87) Waltermann, a. a. O. (Fn. 59), S. 200.

(88) Stephan Lorenz, Mala fides superveniens im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Wissenszurechnung von Hilfspersonen, JZ 1994, S. 551, S. 555.

(89) Lorenz, a. a. O. (Fn. 88), S. 552, S. 555. ロレンツはとくに本人の占有補助者を念頭に置いている。

(90) Lorenz, a. a. O. (Fn. 88), S. 551, S. 552.

(91) Lorenz, a. a. O. (Fn. 88), S. 552, S. 555.

(92) Michael Schultz, Zur Vertretung im Wissen, NJW 1990, S. 479.

(93) Schultz, a. a. O. (Fn. 92), S. 479.

(94) Schultz, a. a. O. (Fn. 92), S. 480.

(95) Schultz, a. a. O. (Fn. 92), S. 480. この限界設定に賛同する見解として、Jochen Taupitz, Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, Karlsruher Forum 1994, VersR Sonderheft, S. 25. 反対する見解として、Buck, a. a. O. (Fn. 59), S. 166 f, S. 171.

(96) 同様の要件設定を行う見解として、Dieter Medicus, Probleme der Wissenszurechnung, Karlsruher Forum 1994, VersR Sonderheft, S. 10f.; Taupitz, a. a. O. (Fn. 95), S. 25; Buck, a. a. O. (Fn. 59), S. 162 ff, S. 171.

(97) Volker Beuthien, Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht, in Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag (1999), S. 6. ボイティーンの代理学説を詳しく紹介する日本の先行業績として、平山・前掲注（3）六〇七頁以下。

(98) Beuthien, a. a. O. (Fn. 97), S. 15.

(99) Beuthien, a. a. O. (Fn. 97), S. 16.

(100) ＢＧＢ四七六条（二〇〇二年債務法改正前）物の瑕疵に基づく売主の瑕疵担保責任を免除または制限する合意は、売主が瑕疵を悪意で（arglistig）秘匿した場合には無効となる。

(101) この要件を踏襲する判決として、BGH, Urt. v. 14.5.2004. NJW-RR 2004, S. 1196 ff.; BGH, Urt. v. 20.10.2004. NJW 2005, S. 365 ff.

(102) ＢＧＢ一六六条一項の背景にそのような考え方が存在していることは、ドイツでもたびたび指摘されている。Bork, a. a. O. (Fn. 84), S. 240; Lorenz, a. a. O. (Fn. 88), S. 551; Beuthien, a. a. O. (Fn. 97), S. 16; Hans Christoph Grigoleit, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 13.10.2000, LM, § 166 BGB, Nr. 43 (2001), S. 825.

(103) たとえば、善意取得（民法一九二条）の場合、譲渡人の処分権限に対する譲受人の信頼保護と、真正権利者における取引の静的安全とが対立する。譲受人が譲渡人の処分権限の不存在につき悪意（善意有過失）であれば前者の利益保護が否定される反面、後者の利益が保護されることになる。心裡留保が問題となる場面（民法九三条）でも、表示に対する相手方の信頼保護（表示主義）と、表意者の真意の尊重（意思主義）という要請が対立する。心裡留保について相手方が悪意（善意有過失）であれば前者の利益保護が否定され、その反面、後者の利益が保護される。

(104) 直接に行為する者と、分業的に行為する者とのいずれと取引を行うかにより相手方の利益保護に差異が生じることを正当化する合理的な理由はみあたらない。また、そのような差異を許すと、相手方が代理人を介した取引を避けるようになり、代理取引が停滞する危険も生じ得る。

(105) 以上のことは法人のために代理人などの補助者が行為する場合にも妥当する。この場合にも、悪意・善意有過失を要

件とする規範を、自然人の直接行為の場合と等しい形で法人に適用しなければならない。そうしないと、法人と取引をする相手方が、この規範の適用によって得られるはずの保護を受け得なくなるからである。また、法人は補助者を通じて取引社会の一員として活動でき、その活動から利益を受けているといえるので、報償責任原理の考え方もあてはまる。

(106) 一例を以下に示す。①譲渡人に目的動産の処分権限がない事実を知る譲受人は、譲渡人と取引を行わないと判断することにより、無権利者と取引して不測の損害を受ける結果を回避できるので、善意取得（民法一九二条）による取引安全の保護が不要である。②意思表示の相手方が表意者における心裡留保の事実を知る場合、意思表示の有効性を前提とした行為（契約の承諾など）をとることはないはずなので、民法九三条本文の保護は不要である。③相手方が無権代理の事実を知る場合、当該無権代理人とは取引をしないと判断することにより、当該行為の効果が本人に帰属しないことから生じる損害を回避することができるから、無権代理人の責任（民法一一七条）による保護は不要である。④不当利得の事実について悪意の受益者は、受益を拒絶するなどして返還義務を免れることができたはずであるから、返還義務の範囲を現存利益に軽減する必要はない（民法七〇三条、七〇四条）。

(107) 民法一〇一条一項は、代理人ではなくても、法的行為について決定権を授権され、当該行為との関係で本人の利益保護を行う補助者に類推適用される。佐久間・前掲注（2）九七七頁。とくに、事実行為など意思表示以外の法的行為の効果が悪意・善意有過失によって影響を受ける場面では、その行為に関する決定権は代理権に限られないので、民法一〇一条一項の類推という手段を認める実益がある。たとえば、悪意占有か善意占有かにより占有者の法的地位が影響を受ける場合（例、民法一六二条二項、一八九条、一九〇条、一九一条）、占有を取得するかどうかの決定を委ねられた占有代理人が悪意であれば、占有者本人が善意であっても、当該占有を悪意占有と評価すべきである。

(108) もっとも、準備行為を行う補助者が自らの得た情報を①では本人に、②では代理人へと伝達し、本人または代理人が悪意となれば、①の場合は当然に、②の場合は民法一〇一条一項により本人側は悪意と評価される。問題となるのは、そのような情報伝達が行われなかった場合であり、その場合には本文で述べたように、準備行為を行う補助者自身の悪意を直接本人に帰責しなければならない。

(109) なお、自己保護措置を委譲された補助者の場合、任務のなかで情報が取得されたことは帰責要件にならない。この場合に帰責根拠とされるのは、代理人が自らの知る情報に基づいて本人の利益を保護するための決定を下す地位にあること

であり、その情報をどのように取得したかは捨象されるからである（個人的領域で偶然に取得した情報であっても、現に知っている以上はそれに基づいて適正な決定（本人のための利益保護措置）を行うことができる）。

(110) これに対して、佐久間毅は①生命保険募集人のように、契約締結の代理権は授与されていないが、その媒介を委ねられた補助者や②保険医をも民法一〇一条一項（類推）の射程に含めるようである。佐久間・前掲注（24）六四頁以下。しかし、本文で述べたように、これらの補助者の悪意・善意有過失は、信義則を根拠にして、民法一〇一条一項（類推）とは別の要件の下で本人に帰責するべきである。

(111) さらに法人の内部においては、被用者の職務内容や任務・所管事項が細分化されているのが通常であるため、すべての被用者が一取引に（意思決定や準備行為などの形で）携わるわけではない。そこで、ある取引行為の効力に影響する事情につき、当該行為に直接携わった被用者は善意であったが、行為とは無関係の被用者が悪意であったという状況が発生し得る。この場合に、行為に関与しなかった被用者の悪意をもって法人を悪意と評価できるかが問題となる。悪意の帰責をめぐるドイツの判例学説では一九九〇年代以降、この問題が重要な争点の一つとして扱われている。ドイツにおける現在の判例通説によれば、行為に関与しなかった被用者にＢＧＢ一六六条一項は（類推）適用されない。代わりに、法人のように団体としての組織性を有する権利主体は、事情を知る被用者から、その悪意によって効力を左右される行為を実際に行う代理人や代表機関に当該情報が正常に伝達されるよう、内部の情報伝達体制を整えておく信義則上の義務を負う。法人が当該義務に違反した結果、情報が行為者に伝達されなかった場合、行為者が善意であっても、法人は悪意と扱われる。BGH, Urt. v. 2.2.1996. BGHZ 132, S. 30 ff.; Michael Bohrer, Anmerkung zum BGH. Urt. v. 8.12.1989, DNotZ 1991, S. 129 f.; Taupitz, a. a. O. (Fn. 95), S. 26; Soergel/Leptien, a. a. O. (Fn. 81), § 166, Rn. 9; Larenz/Wolf, a. a. O. (Fn. 81), S. 856; AnwK/Stoffels, a. a. O. (Fn. 81), § 166, Rn. 8 f.; Erman/Maier-Reimer, a. a. O. (Fn. 81), § 166, Rn. 22; Prütting/Wegen/Weinreich/Frensch, a. a. O. (Fn. 81), § 166, Rn. 18 ff.; Münchener/Schramm, a. a. O. (Fn. 81), § 166, Rn. 28 ff. この「情報伝達上の組織過失」論の詳細や、そこから日本法の解釈にいかなる示唆を得られるかについては別稿の公表を予定している。