

## ドイツ国際私法における任意代理権の準拠法（1）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2021-03-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 福井, 清貴 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/21491">http://hdl.handle.net/10291/21491</a>

【論 説】

# ドイツ国際私法における任意代理権の 準拠法 (1)

福 井 清 貴

## 目 次

### 第1章 序文

### 第2章 EGBGBにおける任意代理権の準拠法

#### 第1節 成立経緯

#### 第2節 EGBGB8条の理論的前提と旧来の学説

##### I 単位法律関係

##### II 独立的連結説と非独立的連結説

#### 第3節 EGBGB8条の内容

##### I 条文

##### II EGBGB8条の事項的適用範囲

##### III 代理権準拠法の連結政策

##### IV 代理権準拠法の送致範囲(法的問題の性質決定)

##### V 小括

(以上、本号)

### 第3章 日本法への示唆

## 第1章 序文

国際取引において任意代理が用いられる場合、準拠法決定の問題が生じる。しかしわが国は、この問題に関する直接的な明文規定を有さないと解されており、これを規律する条約にも批准していない。2007年に施行された法の適用に関する通則法(以下、「通則法」という)の立法に際しては、企業の取引活動に予期しない影響を与えうるとか、規定がなくともこれまで支障はなかったといった理由により、

その明文化は見送られた<sup>(1)</sup>。任意代理の準拠法につき意識的に取り扱っている判例も極めて乏しい。この問題は、いくつかの学説において議論されてきたにとどまる。しかし今日、経済活動を行う上で、一自然人あるいは一法人があらゆる法律行為に係る能力を有することは稀である。そのため、その補充のためにも任意代理制度は広く利用されている。その重要性は、国際取引の場面においても異ならないであろう。今後も、より本格的な検討が必要であるように考えられる<sup>(2)</sup>。

他方、欧州に目を向けてみると、任意代理に係る明文の国際私法典を有する国が増えてきている<sup>(3)</sup>。そして、2017年6月にはドイツが民法施行法（EGBGB）8条に任意代理権に係る詳細な準拠法決定ルールを設けた。このドイツの新規定は、これまでのドイツの通説・判例をなぞっており、いわば、ドイツの国際任意代理法の集大成というべきものである。その内容については、代理権準拠法の送致範囲につき規律を欠いている等いくつかの問題は指摘されるものの、連結政策は詳細に定められている。任意代理に係る国際私法の直接的な明文規定を有さない日本からすれば、参考として確認しておく価値は十分にあると思われる。また、後述するようにドイツの任意代理権の準拠法決定に関する理論枠組みには、現在の日本の多数説とやや異なる面もみられる。その相違を検討しておくのも、今後の議論のために有意義であろう。

本稿では、まずドイツ EGBGB8 条の立法理由と経緯を簡単に確認した後、この規定の理解に必要な理論的前提を取り上げる。その後、立法前の議論も踏まえつつ、当該規定の事項的適用範囲と具体的内容（連結政策と送致範囲）を取り扱う。最後に、これらの議論がわが国にいかなる示唆を与えうるか検討する。

(1) 例えば、小出邦夫編『逐条解説 法の適用に関する通則法 [増補版]』（商事法務、2014年）401頁。しかし後掲注(2)の指摘を見るに、不文のままとしたこれらの理由は必ずしも当たらないと思われる。

(2) 播磨健志「国際取引における代理権の準拠法—実務上の対応」JCA ジャーナル 59 巻 11 号（2012年）8頁以下は、代理権準拠法の実務的重要性を強調する。また、高桑昭『新版 国際商取引法』（東信堂、2019年）43頁は、日本企業は国際取引の場面にて代理構成をとらないと指摘する。その理由として、代理準拠法がどのように決定されるか明らかでなく、結果の予測可能性を欠くからではないかと推測している。

ただし税制上の理由から締約代理権を在外の事業者に授与しつながらない実務の事情がある旨指摘するものとして、森下・平野・森口・山本『ケースで学ぶ 国際企業法務エッセンス』（有斐閣、2017年）116頁。

(3) 櫻田・道垣内編『注釈国際私法 第1巻』（2011年、有斐閣）309頁以下 [櫻田] 参照。

なお、本稿では「当事者による法選択」を「法選択」という。後述のように、ここにいう「当事者」は、本人のみの場合と、本人・代理人・相手方すべての場合とがある。前者は、「一方的法選択」、後者は「三面的法選択」という。それに対し、客観的連結に基づく準拠法決定は、文脈にもよるが通常は「客観的連結」とよぶ。

## 第2章 EGBGBにおける任意代理権の準拠法

### 第1節 成立経緯

2020年現在、EUレベルでは任意代理権の準拠法を決定する統一的な規則は存在しない<sup>(4)</sup>。2008年に成立したEUの契約準拠法に関する統一国際私法ルールである「契約債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則」<sup>(5)</sup>（以下、「ローマI規則」）も、任意代理権に関する直接的な国際私法規定を定めていない<sup>(6)</sup>。その1条2項g号において、「代理人が本人を相手方に対して法的に義務付けることができるか否か」という問題には本規則が適用されないという適用排除規定が、わ

---

(4) ただし、例えばドイツは「成人の国際的保護に関するハーグ条約」に批准している（2009年1月に発効）。この条約には、任意代理契約（Vorsorgevollmacht）に関する抵触規定が置かれている。任意代理契約とは、本人が自身の万一の場合に備え、財産や医療等の扱いにつき代理人を選任しておくものであり、わが国でいえば任意後見契約に近いものである。当条約において、この制度に係る原則的連結点は授權者の常居所地とされている。

EGBGB8条改正提案時には、この条約の内容を参考にすべきか検討されたが、当条約は授權者たる本人（すなわち将来的な要介護者等）の保護を基調としており、国際取引の円滑化を目的とする任意代理にはそぐわないとされ、参考とされなかった。Spickhoff, Kodifikation des Internationalen Privatrechts der Stellvertretung in: RabelsZ 2016, S. 481ff.(488ff., 510f.).

(5) ABl. 2008 L 177/6。また、EU内の契約外債務の統一的な国際私法規定であるローマII規則（「契約外債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則」(ABl. 2007 L 199/40.))にも任意代理権に係る直接的な規律は置かれていない。ただし、表見代理と無権代理につき、当規則が適用されるとする少数説はある。後掲注(192)(205)参照。

(6) 同規則の前身である「契約債務の準拠法に関するローマ条約」(ABl. L 266 vom 9.10.1980)も同様である（同条約1条2項f号）。同条約の公式報告書は、その理由として、三面的法律関係の生じる任意代理につき当事者自治を認めることに懸念があることを挙げていた（Giuliano/Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in: ABl. EG 1980 C282/1 (13)）。

ざわざ置かれている<sup>(7)</sup>。さらに任意代理に係る著名な条約として、「1978年3月14日の代理の準拠法に関するハーグ条約」(以下、「ハーグ代理準拠法条約」)があるものの、ドイツを含め多くのEU構成国はこれに批准していない<sup>(8)</sup>。以上からEU内においては、任意代理の準拠法について各国の国際私法が主要な法源となる。しかしドイツは任意代理権の準拠法に係る明文規定を有さず、この問題は判例と学説にゆだねられていた。この状況は、国際的任意代理に関する法適用の簡素化、法的確実性ならびに準拠法の予見可能性という観点から問題があると考えられた<sup>(9)</sup>。そこで、従来通説・判例を踏まえつつ、任意代理権の準拠法決定ルールの創設が企図されるに至ったのである。

EGBGB新8条の創設の端緒であり、かつ主要な役割を果たしたのが、2015年6月19日と20日にヴェルツブルクにて行われたドイツ国際私法会議第二委員会である<sup>(10)</sup>。当会議においては、任意代理の担当者であったAndreas Spickhoff教授の報告書を基礎に議論がなされた<sup>(11)</sup>。その議論をもとにドイツ国際私法会議と

(7) NK-BGB/Leible 3.Aufl. (2019), Art 1 Rom I Rn 66.

ローマI規則の委員会提案では、その7条3項に任意代理に関する規定が置かれていた(KOM(2005), 650 endg., S. 19f.)。ところが、種々の批判に晒され最終的に規定化は断念された。当面の間、EUにて任意代理の統一な国際私法ルールが作成される見込みも低いと考えられる。EUの国際私法規則において規定化の見送られた事項については、しばしば将来的な改正のための再調査をする旨の表明がなされる(例えば債権譲渡の対第三者効や人格権侵害につき、ローマI規則27条2項、ローマII規則30条2項)。しかし任意代理についてはそれがなされていない。Staudinger/Magnus (2019), Art 8 EGBGB, Rn 6.

(8) 批准国はアルゼンチン、オランダ、フランス、ポルトガルの4ヶ国である。この条約については、高桑昭『国際取引における私法の統一と国際私法』(有斐閣、2005年)210頁以下、条文の翻訳として杉江徹「代理に適用される法律に関する条約[翻訳]」ジュリスト648号(1977年)117頁以下。また批准国たるオランダの学者の論稿として、Verhagen, Agency in Private International Law (1995), S. 126ff.

(9) BR-Drucksache, 653/16, S. 22; Spickhoff (Fn 4), S. 484ff.

(10) ドイツ国際私法会議とは、1953年に成立したドイツの国際私法学者や裁判官らからなる学術団体である。ドイツにおける国際私法の発展と助言を主たる目的とする。ドイツの国際私法立法に際して詳細な提案を行う等、重要な役割を果たしてきた。近時はEUレベルの国際私法立法に対しても意見表明をしている。この団体については、例えばHenrich, Der Deutsche Rat für IPR und die Entstehung des IPR-Neuregelungsgesetzes in: IPRax 2017, S. 120ff. 参照。

(11) von Hein, Beschluss der Zweiten Kommission des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zu dem auf die Vollmacht anwendbaren Recht in: IPRax 2015, S. 578ff. このSpickhoff報告書は、会議にて議論された内容を反映した上で公表され

しての立法提案が纏められ、これを参考にドイツ連邦司法消費者保護省において担当官草案が作成され、2016年8月に公表された<sup>(12)</sup>。担当官草案は、ほぼ内容の変更なしに同年12月の政府草案に反映された<sup>(13)</sup>。この政府草案が連邦参議院と連邦議会の決議を経て<sup>(14)</sup>、現行EGBGB8条として2017年6月11日に公布、同月17日に施行されたのである<sup>(15)</sup>。この審議の間、EGBGB8条の内容について異論等が表されることはなかった。草案相互には解釈論上大きな影響はない文言や条項数の違いは若干見られるものの<sup>(16)</sup>、ドイツ国際私法会議にて当初提案されたものと概ね同内容でEGBGB8条<sup>(17)</sup>の立法はなされたといつてよい。

## 第2節 EGBGB8条の理論的前提と旧来の学説

EGBGB8条は、そこには必ずしも明示されていない基礎のもと作成されている。そこで条文の具体的内容を検討する前に、ドイツにおける任意代理の準拠法に関する理論的前提について、立法前の過去の異説を踏まえ確認しておきたい。

### I 単位法律関係

周知のように、任意代理においては主に本人、代理人、相手方の三当事者からなる三面的法律関係が発生する。すなわち、①本人と代理人（原因関係と授權行為）、

ている。Spickhoff (Fn 4), S. 481ff.

(12) この条文はIPRax 2016, Heft 5, S. II にてみることができる。

(13) BT-Drucksache, 18/10714.

(14) BR-Drucksache, 294/17.

(15) BGBl. I 2017, S. 1607 (1610). その際には、EGBGB8条だけではなく、国際司法共助に係る民訴法関係法の改正も共になされた。しかし後者は本稿のテーマと関係ないため省略する。

(16) この相違点は、必要の限りで、以下個別な議論との関係で言及する。ドイツ国際私法会議草案と担当官草案との比較については、Rademacher, Kodifikation des internationalen Stellvertretungsrechts—Zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums in: IPRax 2017, S. 56ff. ドイツ国際私法会議草案と現行EGBGB8条との比較については、Wagner, Anwendbares Recht für die gewillkürte Stellvertretung (Art. 8 EGBGB) in: Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut (2018), S. 829ff.(834f.).

(17) この改正前のEGBGB8条は、1990年まで禁治産宣告に係る国際私法規定であった。しかし同年、同制度がドイツにて廃止されたことを受け、その国際私法規定たる8条も廃止された(BGBl. I 1990, S. 2002)。以降、同条は空白状態であった。2017年にEGBGB8条が新たに代理権の国際私法規定とされたのは、同条が偶々行為能力につき定める7条と死亡宣告を定める9条との間にあり、かついづれもドイツの民法総則として近接したテーマであったためである。

②代理人と相手方（代理行為）、③本人と相手方（法律効果の帰属関係）の三つの関係である。このような説明はドイツにおいてもみられることはある。ただし、本稿にて主に紹介する **EG BGB 8** 条の規律対象とされているのは、これらの関係のいずれか（特に③）だけを規律するのではない。これらの関係のなかでも「代理権（**Vollmacht**）」に直接かかわる問題<sup>(18)</sup>の準拠法を決定する。すなわち、①においてなされる代理権授与行為（以下「授権行為」という）それ自体の問題<sup>(19)</sup>と③の問題が、同規定の主たる規律対象であり、これらについて一括りにして一つの準拠法が決定される（条文については、本章第 3 節 I 参照）<sup>(20)</sup>。それに対し、①における授権行為と並行して生じうる委任や雇用といった原因関係（または内部関係）、②において問題となる代理人と相手方との間でなされる代理行為そのものの成立要件・解釈・効力等は、**EG BGB 8** 条ではなく、各々の法律関係に応じた別個の抵触規定によって準拠法が決定される。すなわち、①の一部である原因行為（委任契約や労働契約）はローマ I 規則に服し<sup>(21)</sup>、②の代理行為は、例えばそれが債権契約ならばローマ I 規則、物権行為であれば **EG BGB 43** 条以下に服することになる<sup>(22)</sup>。

要するに **EG BGB 8** 条は、①②③の人的関係ごとに別々にわけて準拠法を決定するというわが国にて一般的に行われる説明を必ずしも前提としない<sup>(23)</sup>。①か③かの関係にかかわらず、任意代理権の問題そのものを一つの単位法律関係とし、これについて特別な連結政策（**EG BGB 8** 条）を用意する。この方法は、「代理権」を一単位法律関係として独立したものとして連結するという意味で独立的連結といわ

(18) 具体的に何を「代理権の問題」というかは、個別的に種々争いがある。大雑把にいうならば、代理権の成立、範囲、消滅、効力がここに含まれる。これについては、本章第 3 節 IV 参照。

(19) つまり①の関係については、原因行為と授権行為とを截然と分けるという実質法上の考え方が、抵触法のレベルにおいても徹底されている。

(20) このことは、授権行為が③にも関わる問題と考えられているためだと解される。

(21) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 167; NK-BGB/Leible (Fn 7), Rn 66.

(22) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 165.

(23) もっとも、次の場合には、わが国の説明と大きな違いは生じないともいうる。すなわち、本人と代理人との間の授権行為の成立や範囲が、相手方との関係で問題になる場合である。この場合には、ドイツでも日本でも、本人と相手方を規律する代理権準拠法によることになるであろう。両国にて取り扱いに差が生じる事例は、代理人が代理権を行使する前に、本人が授権行為を撤回するような場合である。この場合は、ドイツの多数説によればこの撤回もあくまで代理権準拠法によるが、日本の多数説によれば本人と代理人間の原因行為（授権行為）の準拠法によることになろう。

れ、立法前からのドイツの通説である<sup>(24)</sup>。それに対し、代理権の問題を、原因行為の準拠法か代理行為の準拠法に一体的または附的に連結するとする少数説があった。これは非独立的連結説といわれる。EGBGB8条はこの非独立的連結説の導入を明確に否定したものと解されている(この立場は、本節Ⅱ-1、Ⅱ-2にて後述する)<sup>(25)</sup>。

ドイツ法圏において、EGBGB8条のような規定に基づき代理権自体の問題につき適用される法のことは、代理権準拠法(Vollmachtsstatut)とよばれている。それに対し、②の代理行為に適用される法のことは、代理行為準拠法(Geschäftsstatut)といわれる。ドイツの通説においては、ある代理権に係る法的問題が代理権と代理行為のどちらの法律関係に属するのか、換言すればこの二つの準拠法のうちいずれが代理関係に係る個別的な法的問題に送致されるのかが、性質決定ないしは準拠法の送致範囲の問題として議論される。他方で、①の一部を形成する原因関係準拠法(Innenstatut)は、任意代理権との関係ではあまり議論されない。原因関係は本人と代理人との契約に基づいており、相手方が関係する代理権の問題とは異なるという発想が根底にあるのであろう(これらについては、本章第3節Ⅳ参照)。

## Ⅱ 独立的連結説と非独立的連結説

次にEGBGB8条が前提とする独立的連結説とその反対説たる非独立的連結説を

---

(24) ドイツにおいてこの説は、1930年前後に主張されて以降、通説化した。Rabel, Vertretungsmacht für obligatorische Rechtsgeschäfte in: RabelsZ 3 (1929), S. 807 (812ff.). 他には例えば、Staudinger/Magnus (2016), Anh II zu Art 1 Rom I-VO Rn 10; Reithmann/Martiny/Hausmann, IVR 8.Aufl. (2015), Rn 7.366; NK-BGB/Doehner 3.Aufl. (2016), Anh. zu Art. 11 EGBGB, Rn 1; Kropholler, IPR 6.Aufl. (2006), S. 304; Looschelders, IPR (2004), Anh. zu Art. 12 Rn 4; Heinz, Das Vollmachtsstatut (2011), S. 13f.; Schäfer, Das Vollmachtsstatut im deutschen IPR—einige neuer Ansätze in kritischer Würdigung in: RIW 1996, S. 190; Ruthig, Vollmacht und Rechtsschein im IPR (1996), S. 31f.; Müller in: Sandrock, Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung, Bd. 2 (1980), Abschn.D Rn 3; Soergel/Kegel, vor Art.7 EGBGB (1970), Rn 204; Staudinger/Firsching (1978), vor Art. 12 Rn 220. 比較法的にもこの独立的連結説が主流といわれる。Schwarz, Das Internationale Stellvertretungsrecht im Spiegel nationaler und supranationaler Kodifikationen in: RabelsZ 2007, S. 729ff.(734).

(25) v.Bar/Mankowski, IPR 2.Aufl. Bd. II (2019), §1 Rn 1024. 1979年以来長らく、代理行為準拠法への非独立的連結(本節Ⅱ-2参照)を根強く提唱し続けてきた Spellenberg すら、そう認めている。MüKo/Spellenberg (2020), Art. 8 EGBGB Rn 8.



やや踏み込んで説明したい。

前述のように、独立的連結説がドイツの従来からの通説である。この説は、任意代理の三面的法律関係のうち、代理権そのものに係る問題（授権行為と外部的な法律効果の帰属等）を、原因行為と代理行為から分離し独立的に連結しようとする。したがって、この説によれば、どのような連結点が「代理権」の問題に相当であるかを別途検討する必要がある。それに対し、代理権が原因行為または代理行為と密接に関係しているとみなし、代理権をこれらいずれかの法律関係の準拠法によらしめる立場が、非独立的連結説である。この説は、代理権の問題独自の連結政策を提唱する必要がない。ただし、代理権を原因行為と代理行為とのどちらの準拠法によらしめるかに応じて、大きく二つの説に分かれる。

## II-1 原因行為準拠法説

非独立的連結説の一つとして、原因行為準拠法説が挙げられる。この説は、代理権の問題を、本人と代理人間の原因関係（例えば、委任契約や労働契約）の準拠法によらしめる立場である。この立場は、実質法上、原因行為と授権行為の独立抽象性が前提とされておらず、任意代理権が原因関係の構成要素とみなされるフランス等において、主流であったといわれる<sup>(26)</sup>。それに対し、現在のドイツにおいて、

(26) もっとも、原因行為準拠法によるとしても、その原因行為自体が代理行為準拠法に附随的に連結される等、代理権が必ずしも本人と代理人だけが関わる原因行為それ自体の準拠法によっていたわけではなく、かなり柔軟に準拠法が決定されていたようである。フランスにおける例外的取り扱いや当時の少数説も含め Ruthig (Fn 24), S. 73ff.; Heinz (Fn 24), S. 62ff. 参照。いずれにせよ 1992 年 5 月以降、この立場はフランスでは妥当していない。同月にフランスは、独立的連結を前提とするハーグ代理準拠法条約に批准したからである。Ruthig, a.a.O., S. 72f.

また英国でも、原則的に代理権の成立と範囲は本人と代理人による委任契約の準拠法によるとされる（判例等も含め Dicey/Morris, on the Conflict of Laws, Vol. 2. 15th Ed. (2012), Rn 33-439ff.; Stone, on Private International Law in The European Union, 4th Ed. (2018), Rn 15.27; Verhagen (Fn 8), S. 95f. 参照）。しかし、委任契約により代理人に権限が実際に授与されていなかった場合（表見代理や無権代理に類する事例）や隠れた本人の事例の場合には、代理行為準拠法が適用されるとされ、判例も原因行為準拠法説に一辺倒というわけではないようである（Dicey/Morris, a.a.O. Rn 33-436; Stone, a.a.O. Rn 15.28; Verhagen, a.a.O. S. 98f.）。なお、Stone はこの場合につき利用地法説を主張している（Stone, a.a.O. Rn 15.29）。

スイスにおいては、原則的に代理権の成立・範囲・消滅等の問題に授権の基礎となった原因行為準拠法（IPRG126 条 1 項）を適用すべきとしつつ、この準拠法により代理権が発生

この説を支持する者はほとんど見られない<sup>(27)</sup>。その理由としては、代理権は原因行為とは区別される授權行為に基づいて発生するのに対し、原因行為は本人と代理人との間の契約に過ぎない。ゆえに原因行為の効果はあくまでその両者間に限定されるというドイツ実質法の考え方が挙げられよう<sup>(28)</sup>。この考え方によれば、国際私法においても、原因関係の準拠法は、本人と代理人との関係性において決定されるのだから、これを相手方の利害にも影響する代理権の問題に適用することは適当ではないことになる。とくに本人と代理人によって原因行為準拠法が合意された場合、相手方は当該準拠法の決定に関与できないため、相手方の準拠法の予見可能性を著しく害する。仮に相手方に原因関係準拠法を調査させるにしても、それは円滑な国際取引を阻害するから、任意代理制度の趣旨に反するとされる<sup>(29)</sup>。

## II-2 代理行為準拠法説

非独立的連結説の中で長らく有力に主張されてきたのが、代理行為準拠法説であ

---

しない限りで、代理権準拠法 (IPRG 同条 2・3 項 [原則として代理人の営業所所在地法、それがなければ主たる利用地法、労働契約に基づく代理権については本人の本拠地法]) を適用すべきと主張する少数説がみられる。その理由として、代理人の保護が挙げられている。BSK IPRG-Watter/Pellanda, 3.Aufl. (2013), Art. 126 Rn 25ff. しかし、スイスの多数説は、ドイツとはほぼ同様に代理権の上記問題すべてに、もっぱら代理権準拠法 (IPRG 126 条 2・3 項) を適用する、すなわちドイツ流の独立的連結説が主流である。例えば、ZK-Girsberger/Furrer 3.Aufl. (2018), Art. 126 Rn 19f.; Kostkiewicz, Schweizerisches IPR 2.Aufl. (2018), Rn 2507, 2512; Girsberger (Hrsg.), Internationales Privatrecht Besonderer Teil (2018), Rn 1192ff.; Vischer/Huber/Oser, IVR 2.Aufl. (2000), Rn 1012.

(27) Ruthig (Fn 24), S. 57 は、ドイツにおいてもはや長らく主張されていないという。ただし例外として、Mäsch, Ein Vollmachtsstatut für Europa in: Liber Amicorum Klaus Schurig (2012), S. 147ff.(152ff.) は、外国の実質法上代理権の独立抽象性は必ずしも必然ではないこと、法定代理権は原因関係準拠法によることになっていること、(EU の近時の判例によれば) 法人従属法の決定が本人保護に優る設立準拠法主義に近づいていること等から、これとの平仄を合わせることを主たる理由に、任意代理権についても、原則として原因行為準拠法によらしめるべきと主張する。ただし、この説においても相手方保護のための対策が別途用意されるべきとする (a.a.O., S. 157f.)。

(28) 例えば、Gebauer, Stellvertretung in: Leible/Unberath, Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? (2013), S. 326ff.(332).

(29) Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.369; NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 1; Schwarz (Fn 24), S. 741f.; Heinz (Fn 24), S. 150; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 182; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1027.

る<sup>(30)</sup>。この説は、代理権の問題に、代理人と相手方との間の法律関係たる代理行為の準拠法を適用する。この説の根拠は、主に三つ挙げられる。

第一に、代理権はそれだけでは法律効果を生じさせることができず、代理行為があつて初めて代理権それ自体に意味が生じるという実質的な解釈論が理由として挙げられる<sup>(31)</sup>。代理権それ自体は単に代理人の権限にすぎず、それ自体が独立した訴えの対象となるものではないから、代理権は一つの単位法律関係として認めるに足るほどの意義はない。むしろ代理権は代理行為がなされて初めて法的に効果を発揮するのであるから、代理行為と代理権は一体的である。そのため代理権それ自体の問題も、代理行為と同様に代理行為準拠法によらしめるべきとする。これは、一つの法律行為にはなるべく一つの準拠法を適用すべきという「準拠法単一の原則」にも資するという<sup>(32)</sup>。

第二に、本人が自ら法律行為を締結した場合と代理人を介してこれを締結した場合とで、その法律行為の有効性について同じ準拠法たる代理行為準拠法によらしめることできるとされる。もし各々の場合ごとに準拠法が異なるとすると、次のような問題が生じるという。例えば、本人が自ら相手方と契約を締結した場合、本人に何らかの錯誤があつたときには、この契約の有効性は当該契約の準拠法による。他方で、本人が代理人を介して相手方と契約を締結した場合、同様の何らかの錯誤が生じていたときは、この錯誤の問題は、独立的連結説によれば代理権準拠法によ

(30) MüKo/Spellenberg 6.Aufl. (2015), vor Art. 11 EGBGB Rn 99ff.; Spellenberg, *Geschäftsstatut und Vollmacht im internationalen Privatrecht* (1979), S. 225f.; Müller-Freienfels, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft* (1955), S. 236ff. ただし、Spellenberg は、代理権を附従的に代理行為準拠法によらしめるだけでなく、代理権それ自体に係る本人による法選択、すなわち当事者自治（彼の見解からすると「分割指定」）も認めている（MüKo/Spellenberg, a.a.O. Rn 83ff.）。

ハーグ代理準拠法条約批准前のオランダの判例（ただし下級審）の多くは、この代理行為準拠法説を採用していたとされる。Verhagen (Fn 8), S. 91ff. ただし、利用地法や代理人の営業所所在地法を適用した例もあり、確たる傾向はないようである（Verhagen, a.a.O., S. 93f.）。1995年のIPRG制定前のイタリアの有力説がこの説を採用していたことについて、Heinz (Fn 24), S. 104. また、英国判例が、代理権につき代理行為準拠法によらしめる場合があることについて、前掲注(26)参照。

(31) MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 101f.; Müller-Freienfels (Fn 30), S. 236. この見解は代理行為を、相手方を相手とした本人と代理人との共同行為とみなす代理に関する実質法的な考え方に根付く。

(32) MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 103.

る。そうすると、相手方からすれば、直接的に契約を締結した相手がいずれであったかに応じて、錯誤に係る準拠法が相違してしまう。相手方は契約の有効性に関心があるのだから、この場合に相手方に、代理権準拠法の調査が要求されるべきではない。そのため、代理人を介していたか否かにかかわらず、錯誤等の問題はなるべく同一の準拠法にすべく、契約準拠法 (= 代理行為準拠法) によらしめるべきとする<sup>(33)</sup>。代理人と相手方が締結した法律行為の準拠法によるのだから、相手方の準拠法の見込み可能性にも資するとされる<sup>(34)</sup>。

第三に、独立的連結説によって生じる弊害を回避できるとされる<sup>(35)</sup>。後述のように、独立的連結説には二つの難点がある。一つが、代理権に適する具体的連結点の確定の必要性である。たしかに通説は、利用地法を連結点とするという大枠ではほぼ一致していた。しかしこの利用地の定義自体が曖昧であり、個別的に争いはあった(本節Ⅱ-3参照)。そのため、利用地法よりも代理行為準拠法の方が、代理権の準拠法の確定が容易であるとする<sup>(36)</sup>。さらに二つ目の独立的連結説の難点として、代理行為準拠法と代理権準拠法の適用範囲の画定の必要性が挙げられる。後述のように、顕名の必要性や無権代理行為時の追認等といった代理に係る種々の法的問題の中には、代理権それ自体の問題なのか、それとも代理行為の問題なのか評価の微妙なものがある(本章第3節Ⅳ-2参照)。独立的連結説では、代理権準拠法と代理行為準拠法とが相違する場合、この性質決定問題をどうしても解決しなければならぬ。それに対し、代理行為準拠法説によれば、いずれにも後者の法を適用すればよいため、この難点がほぼない<sup>(37)</sup>。

要するに代理行為準拠法説は、代理権と代理行為とを単一のものとして、両者に同一の準拠法を適用する利点を強調する。そのうえで、独立的連結説が単一の法的問題に複数の準拠法を適用することは、事案の解決を過度に複雑にすると批判する。

以上に対しては、上記根拠ごとに、独立的連結説の側から再批判がなされている。まず、第一の点に対しては、代理権は、授権行為がなされればそれが行使され

(33) MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 110f.

(34) MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 112.

(35) MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 105f., 148.

(36) MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 128ff.

(37) MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 137f. ただし、Spellenberg は代理権の問題に関する、本人による「分割指定」を認めるため、その限りでこの難点が再発する。Heinz (Fn 24), S. 142.

る前であっても存在すると解することはできるとされる。例えば、代理権の行使の前でもその消滅の可否が問題となり、それに応じた法律効果は発生しうる<sup>(38)</sup>。代理行為準拠法説が前提とする、代理行為がなければ代理権それ自体には意義がないという実質法的理解は、必然とはいえないという批判であろう<sup>(39)</sup>。

第二の点に対しては、代理人によって締結された法律行為の有効性の問題が、本人が自らした法律行為と同様の方法で連結されることは、独立的連結説においても同じであると反論される。なぜなら、この有効性の問題は、独立的連結説によっても、代理人と相手方が実際に締結した代理行為の準拠法によるからである<sup>(40)</sup>。たしかに、独立的連結説によれば、授權行為それ自体が代理行為準拠法とは異なる代理権準拠法によって取り消されることはある。これは授權行為と代理行為の二つを区別することにより生じる。したがって、異なる準拠法に服する授權行為と代理行為とが別々に、本人による一つの意思の欠缺に影響を受けることはある。しかし、そのこと自体に問題はなとする<sup>(41)</sup>。

また第二の点と関連し、代理行為準拠法説には、次のような批判がなされる。すなわち通常、当事者は代理行為の準拠法により代理権の問題が左右されるとは考えないし、その準拠法の調査は困難だとされる<sup>(42)</sup>。契約締結前に相手方が代理人の権限の如何を確認したいとき、その如何を左右する準拠法は、すでにその時点（すなわち代理権行使前）に確定されていなければならない。しかし代理権の行使前にはまだ契約（代理行為）が締結されていないのだから、契約準拠法（代理行為準拠法）は未確定であり、それに基づいて代理人の権限の確認はできない。代理行為準拠法説は、相手方に対してまだ確定していない準拠法の調査を要求するとの批判で

(38) Staudinger/Magnus (Fn 24), Rn 11.

(39) 原因関係と授權行為（代理権）との独立抽象性を原則とするドイツ代理法の通説が、国際私法における独立的連結説を主流とさせたことにつき、Spellenberg (Fn 30), S. 95ff.; Gebauer (Fn 28), S. 333f. 参照。

(40) これについては、本章 3 節 IV-2 (2) 後掲注 (187) 本文参照。

(41) Staudinger/Magnus (Fn 24), Rn 11; Heinz (Fn 24), S. 153f. 同旨として、Dorsel, Stellvertretung und Internationalen Privatrecht in: MittRhNotK 1997, S. 6ff.(9).

(42) Schwarz (Fn 24), S. 743; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.367; Gebauer (Fn 28), S. 334; Fischer, Verkehrsschutz im internationalen Vertragsrecht (1990), S. 285ff.; Schäfer (Fn 24), S. 190; Heinz (Fn 24), S. 140f.. さらに、Kurzynsky-Singer, Anknüpfung und Reichweite des Vollmachtsstatut (2005), S. 159f. は、契約準拠法の決定自体が明確にできるわけではないことも指摘する。

ある。

第三の点に対しては、利用地法の定義ならびに代理権準拠法と代理行為準拠法の適用範囲画定の議論は、概ね通説において固まってきたから、諸学説の見解の相違が大きく見積もられていると批判される<sup>(43)</sup>。また少なくとも利用地法の定義の問題は、今では EGBGB8 条が具体的な連結点を定めたため解消されたといえる。

さらに代理行為準拠法説は、代理行為締結時に代理人と相手方が、代理につき本人を不利にする準拠法を合意することを認める結果となるため、本人の保護に悖るとしばしば批判されてきた<sup>(44)</sup>。とくに代理人は無権代理人責任を逃れるべく自身の権限をより大きくしたいだろうし、相手方は本人に対する請求が認められ易くしたいかもしれない。そのため、両者が共に有利な代理行為準拠法 (= 契約準拠法) を合意することは十分に考えられる。

以上の理由もあってか代理行為準拠法説には支持者が少なく、本立法でも導入されなかった<sup>(45)</sup>。

## II-3 独立的連結説における連結政策

独立的連結説は、先の二説と異なり、任意代理権それ自体に独立した密接関係地

(43) Staudinger/Magnus (Fn 24), Rn 11. また、独立的連結説によるとしても、實際上、代理行為準拠法と代理権準拠法は同じになることが多いから弊害は少ないとも指摘される。a.a.O., Rn 133.

(44) 例えば、Schwarz (Fn 24), S. 744; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.367; Gebauer (Fn 28), S. 334; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 162; Heinz (Fn 24), S. 137; Schäfer (Fn 24), S. 190; Dorsel (Fn 41), S. 9. ただし、Spellenberg はこれへの対応策を提唱していた。すなわち、予め本人が代理権の準拠法を選択するか、それがなくとも意思表示の特別連結を定めるローマ I 規則 10 条 2 項の類推適用によって、本人に予見できない法の適用を排斥することができるという。MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 112, 116f. これに対し、Heinz, a.a.O. S. 137f. は、国際代理の事例では、ローマ I 規則 10 条 2 項の適用要件たる期待可能性要件が充たされないから、同項により本人を保護することはできないと指摘する。同規則 10 条 2 項については、拙稿「国際契約における当事者による法選択の有効性 (1)」上智法学論集 57 巻 1・2 号 (2013 年) 141 頁以下参照。

(45) Spickhoff (Fn 4), S. 509. また EU 諸国の内国国際私法において代理行為準拠法説が採用されていないことも、しばしば指摘される。当の Spellenberg すら、自説が国際的に主流でないと認める (MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 100)。1980 年代においてすでにそう言われていた。Steding, Die Anknüpfung der Vollmacht im internationalen Privatrecht in: ZVglRWiss 86 (1987), S. 25(43)。さらに代理行為準拠法説が、任意代理権の問題を規律しないと明言するローマ I 規則 1 条 2 項 g 号と合致しないという旨の批判として、Staudinger/Magnus (Fn 22), Rn 11.

があると考え、独自の具体的な連結政策を提唱する。この連結政策の検討においては、わが国における議論のように、本人の利益保護と取引保護（とくに相手方の利益保護）のどちらを重視すべきかが問題とされてきた<sup>(46)</sup>。ドイツの通説と判例は、取引保護を特に重視する<sup>(47)</sup>。

伝統的に、この取引保護に適するとされてきた客観的連結点<sup>(48)</sup>が、代理人が代理権を行使する地、すなわち代理人が代理行為をなす地（「利用地（**Gebrauchsort**）」または「効果地（**Wirkungsland**）」といわれる）<sup>(49)</sup>である<sup>(49)</sup>。いくつかの例外が主張されながらも<sup>(50)</sup>、この連結点<sup>(48)</sup>が代理権の原則的連結点と解されてきた理由は、以下の通りである。すなわちこれが、相手方のみならず、本人・代理人のいずれにとっても比較的把握しやすい地であるということである。相手方にとっては、

(46) Rauscher, IPR 5.Auf.(2017), Rn 1141.

(47) 判例においても取引保護（**Verkehrsschutz**）を強調するものがみられる。BGH 9.12.1964, BGHZ 43, S. 21(27); BGH 16.04.1975, BGHZ 64 S. 183 (192)=RIW 1975, S. 425f. また Staudinger/Firsching (Fn 24), Rn 225f. 参照。

(48) わが国の用語法でいえば「代理行為地」と概ね同義である。もっとも後述のように、本立法前においては、その定義につき争いはあった。

(49) 例えば Staudinger/Magnus (Fn 24), Rn 13; NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 3; Müller (Fn 24), Rn 10. 判例は当初、代理権の範囲のみを利用地法によらしめており、代理権の成立（授権行為の成否）にも当該法が適用されるべきかを明らかにしていなかった。しかし 1975 年の BGH 判例により、この問題も利用地法によるとされた。諸判例については Müller (Fn 24), Rn 11ff.; Steding (Fn 45), S. 26ff. 参照。それに対し、判例を題材に利用地法を代理権準拠法とすべき旨、初期に提唱した Rabel (Fn 24), S. 829 は、授権行為の成否に限っては本人の本拠地法によるとしていた（Raape, IPR 5.Auf. (1961), S. 503 も同旨。また、1987 年の IPRG 成立前のスイスの判例と多数説も同様の立場であったとされる。Berger, Das Statut der Vollmacht im schweizerischen IPR (1974), S. 82f.）。授権行為は本人の意思によるのだから、本人と密接にかかわる法が適用されるべきというのがその理由である（Raape, a.a.O. S. 504, Fn 78.）。この立場に対しては、代理権の成立と範囲は截然と区別することはできないから、いずれにも利用地法を適用すべき旨の批判がなされた。von Caemmerer, Die Vollmacht für schuldrechtliche Geschäfte im Deutschen Internationalen Privatrecht: in RabelsZ 24 (1959), S. 201ff.(211)。以降、現在に至るまで、代理権の成立、範囲、効力のいずれもが単一の代理権準拠法によることにほぼ異論はない。スイスも同様である。Vischer, IVR (1962), S. 234f.; Berger, a.a.O., S. 132f.

(50) 例えば、代理商のように代理権を事業活動の枠内で行使する者が代理人である場合、代理権準拠法は代理人の営業所所在地法とするという例外を認める見解が、通説として主張されていた。NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 10ff.; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.387; Staudinger/Magnus (Fn 24), Rn 26ff.; Staudinger/Firsching (Fn 24), Rn 228; Kropholler (Fn 24), S. 306f.; Looschelder (Fn 24), Rn 9.

この地は自身の居住地と合致することが多くその地の法の適用を期待し易い。そのため相手方保護となり、その地における取引の簡易化ならびに円滑化にもつながるとされる。代理人にとっても、利用地は自身が法律行為をなす地であるため、その地の法の適用を予見することは容易い。また本人にとっては、代理人をその利用地に送り出すなり、当地に居住する代理人を選任するなりするのだから、その地の法を予め調査することはやはり困難でない<sup>(51)</sup>。もっとも、本人の期待に反する結果となることはある。例えば、代理人が本人に無断で当初想定されていた利用地の外にて相手方と代理行為を締結した場合である。この本人の不遇は、以下の説明により正当化されてきた。すなわち、本人は自身の取引範囲を拡張する利益を得るためにあえて代理人を利用したのであるから、それに伴い生じうるリスクも負担すべきである、という説明である<sup>(52)</sup>。EGBGB8条の立法の際にも、以上の取引保護が重要な方針として示された<sup>(53)</sup>。このように、従来ドイツにおいては、利用

(51) Schwarz (Fn 24), S. 757; Staudinger/Magnus (Fn 24), Rn 13; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.372f.

(52) Staudinger/Magnus (Fn 24) Rn 14; NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 3; Schwarz (Fn 24), S. 741; Spickhoff (Fn 4), S. 486; Schäfer (Fn 24), S. 192; von Cammerer (Fn 49), S. 206; Steding (Fn 45), S. 42; Ruthig (Fn 24), S. 31f.. スイスの学説であるが、Berger (Fn 49), S. 111.

もっとも、代理人の利用により享受する利益は、本人だけでなくその本人と取引をする機会に恵まれた相手方にも生じるとの批判があった。そこで、相手方と本人の利益は同等に保護すべきとし、例えば、本人の本拠地法を原則的連結点としつつ、相手方がその地を無過失で知らない限りで利用地法を適用するといった少数説が有力に主張されていた。Müller, Die Vollmacht im Auslandsgeschäft—ein kalkulierbares Risiko? in: RIW 1979, S. 377ff.(382f.); Soergel/Kegel (Fn 24) Rn 208; Dorsel (Fn 41), S. 9ff. また代理権の成立につき利用地法と本人の本拠地法の累積適用を主張するものとして、Luther, Kollisionsrechtliche Vollmachtenprobleme im Deutsch-Italienischen Rechtsverkehr in: RabelsZ 38 (1974), S. 421ff.(436ff.). しかし、前説に対しては相手方が本人の本拠地を知ることができるのは稀であるからむしろ例外たる利用地法の適用場面が増えるだけであると批判され (Ruthig (Fn 24), S. 146f.; Schäfer (Fn 24), S. 192; Berger (Fn 49), S. 103; Staudinger/Firsching (Fn 24), Rn 234)、後説の累積連結は法適用調査につき当事者の負担が大きい上、本人が過剰に保護されると批判された。Schäfer (Fn 24), S. 191; Seibold/Groner, Die Vollmacht in internationalen M&A-und Finanzierungstransaktionen in: NZG 2009, S. 126ff.(128); Spickhoff (Fn 4), S. 510ff. その他の学説については、例えば Kurzynsky-Singer (Fn 42), S.106ff. 参照。

なお、いずれの見解も客観的連結に優先される当事者自治を認めることでは、ほぼ一致していた。Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 104f. 参照。

(53) Spickhoff (Fn 4), S. 486.



地が三当事者の利益のバランスを適切に調整する連結点と考えられてきた。しかし、次のような難点があることも意識されていた。

第一に、利用地の具体的定義の問題である。例えば、利用地とは、現実に代理人が代理権を行使した地かそれとも本人に行使されるべきと取り決められていた地とするか、隔地的取引の場合に発信地と到達地のいずれを利用地と解するか、といった問題である<sup>(54)</sup>。特に前者の問題は判例において明確に定義されず、学説でも見解の相違があった<sup>(55)</sup>。そこで EGBGB8 条は、この問題に一定の態度決定をしている。

第二に、利用地法が任意代理に係るあらゆる事例に相当とは限らないともいわれてきた<sup>(56)</sup>。利用地はしばしば偶発的に定まる。例えば休暇地からメール等の通信手段を用いて契約が締結された場合や、スケジュールや移動の便宜の都合のため、一時的な滞在国に所在するホテルのロビーあるいは国際線の乗継ぎ時の空港内にて面会して契約を締結するといった場合には、これらの地の法は代理権にとって重要とはいえない。また、特定の代理人に一定期間、複数の国にて代理権を行使するように授權をした場合（これは「継続代理権 (Dauervollmacht)」といわれる）、これらの国の法のうち各々すべてを利用地法として適用すべきか<sup>(57)</sup>、それともいずれか一つの「平常的な利用地」の法を代理権準拠法とすべきかという問題も提起されてきた<sup>(58)</sup>。これらの問題に対しても、EGBGB8 条は一定の態度決定を行った。

第二の点に関連し、これまでの学説には、利用地を含め、相手方が常に予見できる単一の客観的連結点はないと指摘するものがあつた。そこで利用地より柔軟な連結点を提唱する説もあつた。例えば、「代理人が重点的に活動する地」そのものを

(54) MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 130f.; Ruthig (Fn 24), S. 35f.

(55) Spickhoff (Fn 4), S. 515f. ただし後者の問題は、能動代理の場合には意思表示の発信地、受動代理の場合には受信地が利用地と解されるという点で概ね争いはなかった。

(56) 例えば、Schwarz (Fn 24), S. 758f.; Staudinger/Magnus (Fn 24) Rn 25; Heinz (Fn 24), S. 163ff.; Spickhoff (Fn 4), S. 516 参照。

(57) 例えば、Schwarz (Fn 24), S. 761f. は、各々の利用地を連結点とすると、国際的なシンジケートローンや企業売買のように、一の本人から授權を受けた代理人が異なる国に所在する複数の相手方との間で代理業務を行う場合、利用地が区々となり、一つの代理権につき複数の準拠法が発生するという不都合が生じると指摘する。同様に、Heinz (Fn 24), S. 164f.; Ruthig (Fn 24), S. 137ff.

(58) 例えば前掲注 (50) で述べた説が、この後者の考え方に類する。

原則的連結点としたり<sup>(59)</sup>、代理人自身が適用されるということを(事実関係における諸処の事情から)示唆させた法を適用するといった説<sup>(60)</sup>である。しかし、これらは法的明確性に難があるとされ、原則的連結点として採用されていない<sup>(61)</sup>。また同じ理由で、原則的連結点よりも「明らかにより密接に関係する地」の法を適用するという旨の回避条項の導入も見送られた<sup>(62)</sup>。

結果的にEGBGB8条は、当事者自治を導入しつつ、客観的連結については代理人が「事業者」や「労働者」であるか否かといった代理権の行使主体の性質に応じて、「利用地」の具体化を図る類型化を基盤とした連結政策を採用した<sup>(63)</sup>。その上で、その類型に適合しない場合に対処するために、連結点に係る相手方の「了知可能性」も要求するという手法を導入している(具体的内容については、本章第3節Ⅲ-1、Ⅲ-3)<sup>(64)</sup>。

### 第3節 EGBGB8条の内容

#### I 条文

##### EGBGB8条

##### 任意代理

(1) 法選択が相手方と代理人に了知されている場合、任意代理には、授権者

(59) Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 168f.

(60) Lüderitz, Prinzipien im internationalen Vertretungsrecht in: Festschrift für Coing zum 70. Geburtstag (1982), S. 305ff.(318f.).

(61) Spickhoff (Fn 4), S. 508; Thöne, Die Vollmacht im Internationalen Privatrecht in: IHR 2017, S. 141ff.(145).

(62) Spickhoff (Fn 4), S. 518; JurisPK BGB/Wiedemann, 9.Aufl., Art 8 EGBGB Rn 24 (Stand:01.03.2020). それに対し Rademacher (Fn 16), S. 60 は、不当な結果が生じうるから回避条項を導入すべきだったと主張する。

(63) BT-Drucksache 18/10714, S. 24f. この連結政策は、個別적인見解の相違こそあれ、旧来の学説でも主流であった。例えば、Staudinger/Magnus (Fn 24) Rn 26ff.; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24) Rn 7.386ff.; NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 10f.; Müller (Fn 24), Rn 17ff.; Schwarz (Fn 24), S. 747.

(64) これと類似した連結政策をとるものとして、オーストリア IPRG49条2項やスイス IPRG126条2項が挙げられる(オーストリアにつき、Verschraegen in Rummel 3.Aufl. (2004) § 48 IPRG Rn 10f.; Luger/Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht (2017), Rn 2/36f. スイスにつき Kostkiewicz (Fn 26) Rn 2509ff.)。

によって代理権の行使前に選択された法が適用される。授権者、代理人および相手方は、準拠法を常に選択することができる。第 2 文による選択は、第 1 文による選択に優先される。

(2) 第 1 項による法選択がなされず、代理人が自身の事業活動の行使において活動している場合、代理権の行使の時点において代理人が常居所を有している国の実質法規定が適用されなければならない。ただし、この地が相手方にとって了知可能でないときには、この限りでない。

(3) 第 1 項による法選択がなされず、代理人が授権者の労働者として活動している場合、代理権の行使の時点において授権者とその常居所地を有している国の実質法規定が適用されなければならない。ただし、この地が相手方にとって了知可能でないときには、この限りでない。

(4) 第 1 項による法選択がなされず、代理人が、その事業活動の行使においても授権者の労働者としても活動していない場合、継続的に授与された代理権のとき、代理人が代理権を平常的に利用する国の実質法規定が適用されなければならない。ただし、この地が相手方にとって了知可能でないときには、この限りでない。

(5) 準拠法が第 1 項乃至第 4 項から明らかにならない場合には、代理人がその代理権を個別事例において利用した国（利用地）の実質法規定が適用されなければならない。相手方と代理人が、代理権が特定の国においてのみ利用されるべきであったことを了知していなければならなかった場合、この国の実質法規範が適用されなければならない。利用地が相手方にとって了知可能でない場合、代理権の行使の時点において授権者とその常居所を有する国の実質法規定が適用されなければならない。

(6) 不動産または不動産に係る権利に関する処分行為の際の任意代理には、43 条 1 項および 46 条によって決定される法が適用されなければならない。

(7) 本条は、証券取引および競売の際の任意代理には適用されない。

(8) 本条の意味における常居所地の決定には、規則 (EG) Nr.593/2008 (※

ローマ I 規則) 19 条第 1 項および第 2 項第一選択肢<sup>(65)</sup> が、契約締結という [※文言の] 箇所に代理権の行使が置き替えられるという条件で、適用されなければならない。規則 (EG) Nr. 593/2008 の 19 条 2 項第一選択肢は、当該規定によって決定される地が相手方にとって了知可能でない場合には適用されないものとする。

[※は著者による補足]

## II EGBGB8 条の事項的適用範囲

EGBGB8 条の表題にもあるとおり、本条は、法律行為に基づき発生する代理権、すなわち任意代理権の問題を規律する<sup>(66)</sup>。そのため、夫婦や親子関係等に基づき発生する法定代理権は規律の対象外であり、これらは各原因関係の準拠法を決定する国際私法規定による<sup>(67)</sup>。また、法人の機関代理 (理事の代表権等) も同様に規律の対象外であり、これは法人従属法による<sup>(68)</sup>。もっとも、法人との関係では、支配人のような従業員が代理権 (支配権) を有する場合もある。この代理権は、代理人の権限の範囲が法律に明定されていたり、その発生に際して登記が要求される点に特徴がある<sup>(69)</sup>。しかし、当該代理権はあくまで法人の取締役会等における授

(65) ローマ I 規則 19 条は、自然人や法人の「常居所地」の定義規定である。その 1 項と 2 項は、以下のように定められている。

(1) 本規則の目的のために、組合、社団および法人の常居所地は、その経営本拠地である。職業的活動の行使の枠内で行動している自然人の常居所地は、その主たる営業所所在地である。

(2) 契約が従たる営業所、代理店またはその他の営業所の営業の枠内で締結され、またはその契約に従った履行のために、そのような従たる営業所、代理店またはその他の営業所が債務を負う場合には、常居所地は、従たる営業所、代理店またはその他の営業所が所在する地と同視される。

(66) BT-Drucksache 18/10714, S. 24.

(67) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 51f.

(68) Erman/Hohloch, BGB 15 Aufl. (2017), Art 8 EGBGB, Rn 2; NK-BGB/Leible (Fn 7), Rn 68ff.; Becker, Zum neuen Internationalen Privatrecht der gewillkürten Stellvertretung (Art. 8 und 229 § 41 EGBGB) in: DNotZ 2017, S. 839.

(69) 例えば、ドイツでは支配人 (Prokurist) に授与される支配権 (Prokura) という代理権 (HGB48 条以下) がこれに相当する。日本でいえば、商法 20 条以下の支配人の権限に類するものである。

権行為によって付与される任意代理権に属するから、本条の適用対象とされている<sup>(70)</sup>。その結果、代理権が機関代表者と従業員（支配人）とのいずれとして発生したかに応じて各々の準拠法は異なりうることになる<sup>(71)</sup>。さらに船長代理権についても本条の適用対象外とされる。伝統的にドイツの通説・判例は、この代理権を法定代理権に類するものとし旗国法によらしめており<sup>(72)</sup>、立法後においてもその先例に準じるものと解されている<sup>(73)</sup>。

さらに任意代理であっても、EGBGB 8 条 6 項、7 項に基づき、本条の適用対象にならない類型が存在する。すなわち、不動産物権、競売、証券取引に係る代理権である。不動産処分やその物権に関する代理権については、物権それ自体と同様に、原則的に対象物の所在地法が準拠法とされる。これも旧来の通説に従ったものである<sup>(74)</sup>。立法資料は、物権準拠法と代理権準拠法とを並行させる必要性があるからだと簡潔に説明する<sup>(75)</sup>。より実質的な説明としては、不動産所在地において代理権に基づく不動産の処分の円滑な実施が可能となることや<sup>(76)</sup>、不動産処分行為の実施に関係する所在地の秩序利益保護が挙げられる<sup>(77)</sup>。それに対し、動産処分やその物権に係る代理権は EGBGB 8 条の適用対象とするのが多数説である。動産

(70) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 58; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 38; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1065.

(71) Kindler/Brüggemann, Die kollisionsrechtliche Anknüpfung kaufmännischer Vollmachten nach Art. 8 EGBGB in: RIW 2018, S. 473ff.(477)は、これにより生ずる実務の弊害を指摘する。例えば、国際的な見本市において同じ会社の取締役と支配人銘銘と交渉する相手方は、夫々の権限毎に異なる準拠法を調べ交渉しなければならぬから、円滑な取引を損なうとされる。

(72) 例えば、Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.395; Staudinger/Firsching (Fn 24), Rn 233.

(73) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 99; Spickhoff (Fn 4), S. 492f. これに対し、条文にも立法資料にも適用排除の言及がないことを理由に、EGBGB 8 条が適用されるとするものとして、v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1064; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 25a; Palandt/Thorn 79.Aufl. (2020), Art 8 EGBGB Rn 3 がある。

(74) Spickhoff (Fn 4), S. 539. したがって、この代理権には後述する当事者自治（8 条 1 項）も認められないことになる。v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1056; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 124. やはりこれも立法前における通説であった。Heinz (Fn 24), S. 181.

それに対し、不動産やその権利の取引に関する債権契約の代理権については、本条 1 項乃至 5 項の適用対象となる。JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 23.

(75) BT-Drucksache, 18/10714, S. 24.

(76) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 141.

(77) Spickhoff (Fn 4), S. 494.

の場合には、以上で挙げた根拠が強く妥当しないからである<sup>(78)</sup>。この動産に係る代理権には航空機や船舶に係る物権行為の代理権も属すると解する説がある<sup>(79)</sup>。

競売および証券取引に係る代理権<sup>(80)</sup>も EGBGB8 条の適用対象外とされる (同条 7 項)。具体的な連結点の定めはないものの、通説の見解によれば、競売については競売地法、証券取引については証券取引所所在地法が代理権準拠法となる<sup>(81)</sup>。理由としては、これらの地が、すべての関係者にとって認識可能な固定的連結点であるということ<sup>(82)</sup>や、これらの取引がその所在地の慣行や法に合わせて行われているからその代理権についても当地の法が適用されるべきこと等が挙げられる<sup>(83)</sup>。また訴訟代理権は手続法に密接にかかわるという理由により、伝統的に法廷地法が適用されており、やはり 8 条の適用対象外となる<sup>(84)</sup>。

以上から、EGBGB8 条の主たる適用事例は、債権行為ならびに動産物権行為に関する任意代理権となる。次に、この任意代理権の各連結政策、代理権準拠法の送致範囲を検討していきたい。

(78) Spickhoff (Fn 4), S. 494; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 127; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1056. これに対し、動産物権の代理権についても所在地法が適用されるべきとするものとして、MüKo/Spellenberg (Fn 25) Rn 143.

(79) Wagner (Fn 16), S. 838.

(80) 例えば競売では、競売人は、入札者や出品者に対して、出品された物の売買に係る代理権を有するといえる。Schwarz (Fn 24), S. 770.

(81) 例えば、MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 61; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 129; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 4.

ドイツ国際私法会議の草案においては、この適用排除の規定ではなく、利用地の具体化として本脚注の本文で述べた連結点が適用されることが定められていた (Spickhoff (Fn 4), S. 531f., 536)。しかし、担当官草案にて適用排除規定に変更された。この変更によって、両類型の客観的連結の結論が変わることはない。しかし EGBGB8 条 1 項が適用できなくなるため、解釈論上これらに当事者自治が認められ難くなった。Rademacher (Fn 16), S. 57f.

(82) Schwarz (Fn 24), S. 771.

(83) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 129. なお、eBay のようなインターネットオークションサイトは、単なる取引のプラットフォームを提供するにすぎない。そのため、これに関連して任意代理権が問題となったとしても 8 条 1 項乃至 5 項の適用はあるとされる。a.a.O., Rn 131.

(84) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 66f.; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 49; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1061; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 4. また、破産管財人、遺言執行者、遺産管理人の代理権にも本条の適用がなく、第一については倒産準拠法、第二と第三については相続準拠法による。Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 51.

### Ⅲ 代理権準拠法の連結政策

#### Ⅲ-1 概観

EGGB8 条は、その 1 項から 5 項にかけて多様な連結点が定められている。しかし、選択的連結や累積的連結が採用されているわけではないため、これらの連結点に基づき単一の代理権に複数の法が適用されることはない<sup>(85)</sup>。各項は段階的な適用関係にあるにすぎず、最終的にはそのいずれかによって一つの代理権準拠法が定まるのである。概略は以下の通りである<sup>(86)</sup>。

第一に、当事者自治の原則が最優先される（1 項）。ここでは、代理権行使前のみ認められる本人による一方的法選択（同項第 1 文）と、常に可能とされかつ一方的法選択に対し優先される本人・代理人・相手方の合意による三面的法選択（第 2 文）が定められている。ただし一方的法選択は代理人と相手方に了知されていなければならない（了知性の要件）。第二に、これらの法選択がないか無効となった場合に初めて、2 項以下の客観的連結に移る。この際には代理人がどのような者として代理権を行使するかが重要である。すなわち、代理人が事業者として代理権を行使する場合は 2 項に基づきその代理人の常居所地、労働者として代理権を行使する場合は 3 項に基づき授権者（本人）の常居所地、それ以外の理由で継続的に代理権が行使される場合は 4 項に基づき平常的な代理権の行使地（平常の利用地）が連結点とされる。一旦は、代理権がこれらのいずれに属するか認定され、それに応じた連結点に基づき準拠法が決定される。ただし各項の但し書（第 2 文）によれば、これらの準拠法は、各々の連結点につき相手方が了知できていなかった場合に適用されない（了知可能性の要件）。第三に、この了知可能性が充たされないか、第二で挙げた類型に属さない代理権が行使された場合には、受け皿規定たる 5 項により準拠法が確定されることになる。5 項によれば、原則的に、代理人と相手方が了知可能である限りで本人によって意図されていた利用地法が準拠法となり（同項第 2 文）、そうでなければ現実の利用地法が準拠法となる（第 1 文）。相手方がこの現実の利用地すら了知できなかった場合には、最終的に授権者（本人）の常居所地法が準拠法となる（第 3 文）。

(85) ただし、EGGB8 条 5 項の利用地法の適用の際、ある代理人の有する代理権が複数の国にて行使されることはある。この場合には、各々の国での代理権行使につき各々の地の法が適用される。この点につき本章第 3 節Ⅲ-3 (5)。

(86) 簡潔な説明として、例えば Becker (Fn 68), S. 841f.

本規定により指定される国の法は、1項乃至5項に定めのあるように「実質法規定」に限定され、当該国の抵触法は含まれない<sup>(87)</sup>。すなわち、主観的連結と客観的連結とに関わらず、本条により反致ならびに転致は発生しない<sup>(88)</sup>。

以上のように、本規定は一国際私法規定としては長大であるものの、構造自体は複雑ではない。しかし、解釈論上の問題は生じうる。以下にて各々の連結点について掘り下げて検討したい。

### Ⅲ-2 当事者自治 (EGBGB8条1項)

#### (1) 当事者自治の許容性

任意代理権における当事者自治の許容は、立法前においてもすでにドイツの多数説により支持されていた<sup>(89)</sup><sup>(90)</sup>。それに倣い、EGBGB8条1項はこの許容性を明定する。

この当事者自治の許容の根拠としては、次のものが挙げられる。第一に、当事者の法的確実性ならびに準拠法の予見可能性の保証である<sup>(91)</sup>。法選択がなされてい

---

(87) Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 13; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 3; Wagner (Fn 16), S. 840. この見解は立法前からの通説である。NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 2; Kropholler (Fn 24), S. 308f.; Looschelder (Fn 24), Rn 17; Ruthig (Fn 24), S. 34.

(88) EGBGB4条によれば、個別的抵触規定に実質法規定が指定される旨明言されていない(同条2項1文)、当事者による法選択がなされていない(同条2項2文)または、個別的抵触規定の趣旨に反しない限りで(同条1項1文)、ドイツ国際私法においては総括指定が原則とされる。MüKo/v.Hein 8.Aufl. (2020), Art 4 EGBGB Rn 28ff.

(89) 例えば、Rademacher (Fn 16), S. 58[Fn 28]; Becker (Fn 68), S. 844; MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 83; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 15; Staudinger/Magnus (Fn 24), Rn 12; NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 6; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.376; Staudinger/Firsching (Fn 24), Rn 235; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 104f., 177f.; Schäfer (Fn 24), S. 190; Müller (Fn 52), S. 384; Luther (Fn 52), S. 423; Rabel (Fn 24), S. 835. スイスの見解として、Berger (Fn 49), S. 126f. それに対し、von Caemmerer (Fn 49), S. 208は、判例を参考に代理権準拠法に対する当事者意思の役割につきやや消極的な意見を述べる。また、ローマ条約の起草者がその導入に否定的であった点につき、前掲注(6)参照。

(90) ただし、代理権につき当事者自治が問題となった判例はほとんどないといわれる(ただし訴訟上の法選択がなされた下級審判決として、OLG Karlsruhe 8.5.1998, MDR 1998, S. 1470)。実際に紛争になっていないだけであり、実務には見られるし必要とされている旨指摘するものとして、Seibold/Groner (Fn 52), S. 130; MüKo/Spellenberg (Fn 30), Rn 97; Schwarz (Fn 24), S. 776.

(91) Spickhoff (Fn 4), S. 498; Schwarz (Fn 24), S. 774f.; Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 477; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.376; Heinz (Fn 24), S. 195;



れば、当事者は代理権の問題につき事前に準拠法を知り、比較的容易に、代理権の存否や範囲を調査し代理行為の締結の適否やその後の代理権に係る効力を判断することができるようになる。このことが客観的連結により生じうる法的不確実性の回避や、後の法的紛争の発生の防止につながるとされる。第二に、任意代理制度の趣旨目的が実質法上、私的自治の拡張にあるということである。しばしば抵触法上の当事者自治の原則は、実質法における私的自治の反映であるといわれる。任意代理が私的自治に根付くものとするならば、その準拠法決定についても当事者自治が認められて然るべきということになる<sup>(92)</sup>。第三に、諸国国際私法において当事者自治を認める立法が複数見られることである<sup>(93)</sup>。

以上の許容性の問題に対し、法選択をすることのできる主体や、黙示の合意の認否といった法選択の具体的方法については見解が分かれていた。これに関しては、前述の第一の当事者自治許容の根拠が重要である。任意代理においては少なくとも三当事者が現れる。したがって、法的確実性や予見可能性が謳われるのであれば、いずれか一の当事者についてのみそれが損なわれることがあってはならず、法選択はこれに配慮した形で認められる必要がある。以下、法選択の方法について検討する。

## (2) 一方的法選択

まず EGBGB 8 条 1 項第 1 文は、本人による代理権準拠法の一方的選択を認める。この一方的法選択に対しては、代理人や相手方の承諾は必要とされない。

これに対しては、旧来、相手方の権利義務に影響があることを理由に、同項第 2

Ruthig (Fn 24), S. 122; Schäfer (Fn 24), S. 191.

(92) Spickhoff (Fn 4), S. 498. 似たように、Staudinger/Firsching (Fn 24), Rn 235; Müller (Fn 52), S. 384; Spellenberg (Fn 30), S. 244 は、債権契約において当事者自治が認められているから、それに関する任意代理権の準拠法の選択も認められるのだと説明する。

(93) Spickhoff (Fn 4), S. 498. 例えば Schwarz (Fn 24), S. 774f. によれば、ブルガリア、オーストリア、スペイン、ルーマニア、韓国、カナダケベック州、スイスがこれを認めるとされる。また、アルゼンチン、フランス、オランダ、ポルトガルの批准するハーグ代理準拠法条約 14 条もこれを認めている。さらに最終的な規定化は断念されたが、ローマ I 規則委員会提案 7 条 3 項も本人と相手方の関係につき当事者自治を定めていた。KOM (2005), 650 endg., S. 20. 諸外国における当事者自治の導入状況については、Kleinschmidt, Agency and authority of agents in: Basedow/Rühl/Ferrari/De Miguel, Encyclopedia of Private International Law vol. I (2017), S. 29ff.(37) も参照。

文の定めるような三当事者すべてによる法選択合意のみを認める説<sup>(94)</sup>や、本人と相手方の合意を要するとする立場<sup>(95)</sup>もあった。このような考え方によれば、本人の法選択による一方的表示だけではなく、これに対する相手方（前説によれば、追加的に代理人）の承諾が必要とされる。もっとも、黙示の法選択が認められる場合、諸学説における承諾の要否は実際上の相違をもたらさないとも指摘されていた。なぜなら、本人が一方的法選択をし、代理人が相手方にこれを伝え、相手方がその選択につき承諾をせずに代理行為を締結した場合、それだけで代理人や相手方が代理権の法選択につき黙示の承諾をしたと認定できることが多いからである<sup>(96)</sup>。それにもかかわらず、同文により承諾を要しないとされたのは、以下の理由によるものと解される。

第一に、授権行為が一方的表示によって成立する実質法の配慮である<sup>(97)</sup>。まず、本人による授権行為と法選択が同時に行われたと仮定する。そこで例えば、本人が一方的表示により授権行為が発生する国の法を選択したにもかかわらず、その法の選択につき代理人の承諾が要求されるとすると、一方的表示の時点では法選択は成立せず、客観的連結により本人の望んだ法とは異なる法が適用されるかもしれない。その異なる準拠実質法が授権行為につき合意を要求していた場合、本人の当初期待した通りにならず、代理権は発生しない。それに対し国際私法上、法選択に承諾を要しない場合には、授権行為に一方的表示はもとより、合意を要求する国の法が選択されたとしても、弊害は大きくない。本人からすれば、授権行為に係る意思表示をした段階で法選択が成立し、後は実質法上の代理権の成立のために代理人の承諾を待てばよいからである。要するに、実質法よりも抵触法における意思表示の要件が緩やかである方が、抵触法上、本人の期待には沿うということである。

第二に、合意を要求すると次のような弊害も生じうる<sup>(98)</sup>。例えば、本人による

(94) Lüderitz (Fn 60), S. 319.

(95) 例えば、ハーグ代理準拠法条約 14 条、ブルガリア国際私法 62 条 3 項、ルーマニア国際私法 95 条 1 項、スイスの多数説 (ZK-Girsberger/Furrer (Fn 26), Rn 50; Vischer/Huber/Oser (Fn 26), Rn 1025) が採用する。ブルガリアならびにルーマニアにつき、笠原俊宏「ブルガリア国際私法の法典化について」東洋法学 54 巻 1 号 (2010 年) 220 頁、笠原俊宏「ルーマニア国際私法の改正について」東洋法学 57 巻 1 号 (2013 年) 306 頁。

(96) Schwarz (Fn 24), S. 782.

(97) Spickhoff (Fn 4), S. 501. ドイツ実質法において一方的な授権行為により代理権が成立することに合わせたと説明するものとして、Thöne (Fn 52), S. 143.

(98) Spickhoff (Fn 4), S. 500f. また、v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1031 は、本人により

一方的法選択が、代理人を介し相手方に知らされたうえで、代理人と相手方が代理行為たる契約を結ぼうとしている場合、もしその法選択に対し相手方の承諾が要求されるとすれば、相手方が法選択のみを拒否し、契約（代理行為）だけを結ぶことが可能になる。そうすると、代理権は本人により選択された法ではなく、客観的連結された地の法により判断される。この場合も、本人からすれば、自身の期待していた準拠法とは異なる代理権準拠法に順守させられたうえで、契約内容を強制されることになる。しかし、もし本人による一方的表示のみでよいとすれば、相手方は、本人の一方的法選択を受け入れるか、本人に対し選択された法の変更を促しつつ、それが聞き入れられないならば契約の締結自体を拒否するかのいずれかの行動をとるしかない。本人は、知らないうちに自分が選択していたはずの準拠法が変わるという事態に遭遇せずに済む。以上の根拠から、法選択は一方的表示によって成立するとされたと解される。

法選択に係る一方的表示は、本人から直接的に、代理人または相手方に到達し受領（**Empfang**）される必要すらない<sup>(99)</sup>。その代わりとして、その法選択は代理権行使前に、何らかの経緯で代理人と相手方に「了知」されていなければならない。通常は、委任状に記載された準拠法が実際に両者に提示されることで法選択は了知されることになろう<sup>(100)</sup>。しかし例えば、本人が選択した代理権準拠法を商業登記簿に登録しており、代理人や相手方がそれを通して知ったのもよいとされる<sup>(101)</sup>。この了知性の要件は、後述する 2 項乃至 5 項における了知可能性の要件（「了知可能でなければならない」）とは区別される<sup>(102)</sup>。後者は、「知ることができた」こと、すなわち相手方に、合理的な当事者としての一定の了知義務を課している<sup>(103)</sup>。それに対し、前者は実際に「知っていた」という事実（いわゆる「現

---

授権行為がなされる代理権行使前では、まだ具体的な相手方が特定されていないため、法選択につき相手方の承諾を要求することは困難だと指摘する。

(99) BT-Drucksache, 18/10714, S. 25. それに対し、担当官草案に関連して Rademacher (Fn 16), S. 58 は、相手方への到達を必要とするとしていた。

(100) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 96; Thöne (Fn 52), S. 143.

(101) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 93; v.Bar/Mankowski (Fn 25) Rn 1033. それに対し、Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 479f. は、代理権の一方的法選択の登記はドイツ実質法の解釈論上可能としつつ、特定の国の「支配人」の登記だけでは、その国の黙示の法選択に関する相手方の了知性は肯定されないとみている。

(102) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 94; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 2.

(103) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 31; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 65. v.Bar/

実の了知 (positive Kenntnis)』を要求するため、そのような義務はない。

この規定における「代理権の行使前」とは、代理人 (または代理人を自称する者) が、本人のために相手方に対し法律行為に係る意思表示をした時より前という意味である。代理行為が契約の場合、代理人が申込者であれば申込時、承諾者であれば承諾時より前と解される<sup>(104)</sup>。これ以後の一方的法選択はこれが相手方に了知されたとしても成立せず、無効である。それでもなお法選択を利用したい場合には、改めて後述の三面的法選択を行い、「合意」すなわち相手方を含めた全員の承諾をとる必要がある<sup>(105)</sup>。

### (3) 三面的法選択

代理権準拠法は、本人・代理人・相手方全員の合意によっても選択できる<sup>(106)</sup>。この法選択は「常に」可能であり、代理権行使の先後を問わない。この法選択は、第1文における一方的法選択に優先される (第3文)。したがって、一方的法選択が事前になされていたとしても、三面的法選択がなされれば、前者は効果を發揮しない<sup>(107)</sup>。

通常、利害関係が明らかとなった代理権の行使後に (ましてや訴訟上にて) 全三者がこのような合意をすることは、困難であるとされる<sup>(108)</sup>。しかし、例えば契約当事者側双方が、共に夫々別々の代理人を介しており、その当該代理人が夫々別々の法選択に基づく委任状を携え、かつ代理行為たる契約の締結にまで至ったような場合、単一の取引に複数の異なる代理権準拠法が適用される。これにより生じる適応問題を解消するために、三面的法選択が利用されることはありうるといわれ

---

Mankowski (Fn 25), Rn 1030 は、「了知性」要件の場合には、相手方に準拠法の照会義務がないという。

(104) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 61, 76; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 94.

(105) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 94.

(106) ただし例外的に、表見代理人と相手方との間で代理人の無権代理責任が問題となる場合には、その二者間の合意でよいとされる。理論上、本人が存在しないからである。Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 153.

(107) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 71; Thöne (Fn 52), S. 143; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1035; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 18. この場合、三面的法選択が無効になれば、一方的法選択は再度効力を有するとされる。

(108) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 71.

る<sup>(109)</sup>。

#### (4) 黙示の法選択

一方法選択と三面的法選択の場合とを問わず、いずれにおいても黙示の法選択は認められる<sup>(110)</sup>。すなわち、法選択は明示される必要はなく、方式要件にも服さない<sup>(111)</sup>。方式が必要とされない理由としては、第一に授權行為の成立の方式については、**EGBGB11**条に基づき代理権準拠法と行為地法の選択的連結が採用されており、抵触法上の方式自由の原則が妥当していることとの平仄を合わせること、第二に債権契約に関する法選択には方式が要求されないため、それと関連する代理権について追加的に厳格な方式要件を課することは正当化できないこと、第三に複雑になりがちである代理案件において黙示の法選択を認めることにより事案の解決を柔軟にしうること等が挙げられる<sup>(112)</sup>。また、一方法選択については、すでに了知性の要件が定められているため、これ以上に方式要件の必要はないともいわれる<sup>(113)</sup>。

ただし黙示の法選択は、ローマ I 規則 3 条 1 項第 2 文と同様の要件である「諸事情から一義的に」明らかにならなければならないとする明確性の要件に服するとされている。すなわち、法選択に係る表示意識が要求される<sup>(114)</sup>。例えば、訴訟上において代理権に係る争いにつき漫然と法廷地法に基づく主張がなされた場合には、法廷地法に関する黙示の法選択は成立しないと解されている<sup>(115)</sup>。その他の

(109) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 101.

(110) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 88; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 72. これは従来  
の多数説でもある。それに対し、Heinz (Fn 24), S. 198f.; Staudinger/Firsching (Fn  
24), Rn 235; Berger (Fn 49), S. 126 は、(特に相手方の) 法的確実性の保証を理由に、  
一方法選択につき明示の法選択のみを認めるべきとしていた。Rabel (Fn 24), S. 835  
も同旨。

(111) 方式要件については、ハーグ代理権準拠法条約 14 条やローマ I 規則提案 7 条 3 項が書面  
性を要求していた。法選択の証明に役立つことが根拠として挙げられる。Heinz (Fn  
24), S. 197. また、Schwarz (Fn 24), S. 784f. は、一方法選択について法的確実性を  
理由に文書方式を要求すべきと主張していた。

(112) Wagner (Fn 16), S. 836.

(113) Spickhoff (Fn 4), S. 503f. もっとも、委任状等の文書にて準拠法を表示しておけば、了  
知性要件が充たされ易くなることは変わらない。

(114) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 71f.; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 89; JurisPK  
BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 26.

(115) Spickhoff (Fn 4), S. 506.

黙示の法選択の具体例としては、委任状における特定国の法規定の援用や、特定国の法制度上の商業代理人（主として支配人）に係る商業登記簿への記載が挙げられる<sup>(116)</sup>。本人が外国の代理権準拠法をドイツの商業登記簿に搭載させることは、ドイツ実質法の解釈論上、可能と解されている<sup>(117)</sup>。そうとすれば、この登記簿による周知をもって黙示の法選択が認定される可能性はあるであろう。それに対し、ドイツの支配人（Prokurist）の登記がドイツの登記簿になされていることのみをもって、外国の相手方の代理権に係る黙示の法選択に関する承諾（または了知性要件の充足）が認定できるかについては、争いがある<sup>(118)</sup>。

法選択自体の有効性（錯誤等）については、ローマ I 規則 10 条準用の 3 条 5 項に倣い、その当該選択された法によると解されている<sup>(119)</sup>。

## (5) 弱者保護

ローマ I 規則 6 条・8 条は、労働契約と消費者契約につき、弱者たる労働者や消費者と密接に関係する地の法を適用する旨の規定を置き、仮に法選択がなされたとしても、弱者と密接に関係する地の強行法規が適用されうことを定めている<sup>(120)</sup>。これに対し、任意代理権については、主観的連結と客観的連結とを問わず、このような弱者保護は考えられていない<sup>(121)</sup>。この問題は、相手方の了知（可能）性要件や公序により対応できると解されたためである<sup>(122)</sup>。

(116) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 90.

(117) Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 479f.; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 92.

(118) Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 480は否定的である。それに対し、MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 90; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 72 は肯定的である。

(119) 例えば、Spickhoff (Fn 4), S. 534; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 26; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 17; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 69.

(120) この規定につき、櫻田・道垣内編前掲注 (3) 254 頁以下 [西谷]、273 頁 [高杉] 参照。

(121) Spickhoff (Fn 4), S. 504f.; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 56. もっとも、原因行為（本人と代理人）や代理行為（代理人と相手方）において弱者が関係すれば、そこにこれらの弱者保護規定は適用される。Heinz (Fn 24), S. 132f.

(122) Spickhoff (Fn 4), S. 505. それに対し、立法前には弱者保護の必要性を主張するものもあった。例えば、事業者たる本人が、消費者たる相手方に対し、代理人の常居所地法によれば代理人は代理権のない仲買人であり、それゆえにその仲買人に契約の履行義務があるという旨の主張をし、本人が契約の履行を免れる事例がありうると指摘されていた。Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 175. このような場合につき、弱者保護規定を類推適用すべきと主張する見解として、Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 176; Luger, Vollmacht und Verbraucherschutz im österreichischen IPR in: IPRax 1996, S. 54(61f.). また

### Ⅲ－3 客観的連結 (EGBGB 8 条 2 項乃至 5 項)

#### (1) 序

EGBGB 8 条 2 項乃至 5 項は、従来の通説であった「利用地」概念の具体化を図ったものといえる。

まず 2 項から 4 項にかけては、平常的な利用地を原則的連結点とする旨の規定である<sup>(123)</sup>。国際的に広く活動する代理人は、様々な国に所在する相手方と代理行為を締結する可能性がある。そのため、夫々の国を利用地と解して、夫々の国の法を代理権準拠法として決めるのではなく、原則として、代理人が平常的に代理権を行使する地の法を単一の代理権準拠法としている。これにより、単一の代理権につき複数の国の法が適用されることを避けることができ、利用地の具体的認定の困難も避けることができるとされる<sup>(124)</sup>。事業的代理人につき代理人の常居所地 (2 項)、労働的代理人につき本人 (雇用者) の常居所地 (3 項)、それ以外の継続的代理権については平常的な利用地 (4 項) が連結点とされているのは、これが理由である。ただし、これらの類型に当てはまらないか、各々の連結点に係る相手方の「了知可能性」要件が充たされない場合には、5 項により準拠法が決定される。5 項は、まず本人に意図された利用地 (同項第 2 文) を、それが相手方に了知できなければ現実の利用地を連結点とする (第 1 文)。この現実の利用地すら相手方に了知可能でない場合には、最終的に本人の常居所地法が準拠法となる (第 3 文)。この本人の常居所地については了知可能性が要求されない。つまり適当か否かはともかく<sup>(125)</sup>、最終的にはここで必ず準拠法が決定される。

---

定型条項を用いた代理権の際には、EGBGB 旧 29 条等を類推適用し、法選択条項の存在にかかわらず、消費者の常居所地法の適用により消費者を保護すべきと主張した説として、Fischer (Fn 42), S. 290 Fn 187.

(123) Thöne (Fn 52), S. 144f.

(124) Spickhoff (Fn 4), S. 514f.; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 31.

(125) Rademacher (Fn 16), S. 61 は、相手方保護の観点から問題がある旨主張する。なぜなら、労働的代理権に関する 8 条 3 項が適用される場合、相手方が本人の常居所地につき了知可能でなければ、5 項により準拠法が確定されることになる。しかしさらに 5 項第 1・2 文により利用地に係る相手方の了知可能性がなければ、3 項により当初相手方に了知可能ではないと判断されたはずの本人の常居所地法が、結局 5 項第 3 文により適用されてしまうからである。

## (2) 事業的代理権 (2項)

代理人が、事業活動において代理権を行使する場合、その常居所地法が代理権準拠法となる。事業的代理人の常居所地が、通常は、利用地と一致するという考え方に基づく<sup>(126)</sup>。もっとも、同項によれば代理人の常居所地と利用地とが異なっている場合にも、あくまで前者により準拠法が決まる。このように利用地が重視されていない理由は、代理の三面関係において、代理人が本人とも相手方とも接触しうる中心点であるから、代理人の常居所地の方が相手方のみならず本人に予見しが易いこと<sup>(127)</sup>、利用地と比べ認識がより容易な指標であることにもあるであろう<sup>(128)</sup>。

同項が適用されるには、代理人が代理権を事業活動の枠内で利用していなければならない。この要件の充足のためには、代理権が、繰り返し利用されることが想定される継続代理権として授権されているか、一回限りの個別代理権として授権されているかは関係ない。また事業者が自然人と法人のいずれであるかも重要ではない<sup>(129)</sup>。問題となっている代理権につき「事業活動」をしているか否かがあくまで同項の適用要件である。

この事業活動概念については、本条に明確な定義が置かれていない。しかし、立法資料によれば、BGB14条における「事業者 (Unternehmer)」概念が妥当すると解されており<sup>(130)</sup>、この概念は、ローマ I 規則 6条と同等のものとされる<sup>(131)</sup>。すなわち、事業者は「自発的かつ継続的になされている営業的または職業的活動」の枠内で代理権を行使する者でなければならない<sup>(132)</sup>。本項の適用対象の典型例

---

(126) v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1041.

(127) 立法前の説であるがこの点につき、Heinz (Fn 24), S. 171. また、事業者につきその常居所地 (営業所所在地) を連結点とする見解は、立法前のドイツの通説であったことにつき、MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 15. 前掲注 (50) も参照。

(128) Spickhoff (Fn 4), S. 513.

(129) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 88.

(130) BT-Drucksache, 18/10714, S. 25.

(131) v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1042. BGB14条の「事業者」概念は、EU 国際私法や EU 国際民事訴訟法を含んだ EU 法上の当該概念と平仄を合わせて定められたものである。事業者概念と対をなす「消費者」概念については、中村肇『「二重目的の」消費者契約における裁判管轄』野村・安達編『最新 EU 民事訴訟法判例研究 I』(信山社、2013年) 257 頁以下。

(132) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 106f.; Wagner (Fn 16), S. 837. この事業者概念については、拙稿「EU 国際不法行為法における当事者による事前の法選択」上智法学論集 58 巻 2 号 (2014 年) 102 頁以下も参照。



としては、締約代理商、締約代理権が与えられている仲買人、弁護士、税理士、公認会計士、業として行われている財産管理人等が挙げられる<sup>(133)</sup>。

これらの者は、単一の常居所地を拠点とすることが多いにもかかわらず、複数の国の相手方に対し代理権を行使しうる。そのため、複数の国における代理権の問題につき各々の個別の利用地を連結点とすることなく、事業者の常居所地を単一の連結点とすることで、法的確実性を保証している<sup>(134)</sup>。もっとも、例えば事業者が自身の営業所地外で主に活動している場合においては、常に相手方がこの地を知り、かつその地の法の適用を期待するとは限らない。そのため、その連結点に係る相手方の了知可能性要件が充たされなければ、本項の適用は排斥され、5項により準拠法が決定される<sup>(135)</sup>。

本規定の連結点たる事業者の「常居所地」が、具体的にどことなるかが問題になる。この問題については、EGBGB 8 条 8 項に基づき、ローマ I 規則 19 条 1 項、2 項が準用される。同規則同条は、国際債権契約における「常居所地」の定義規定である。これによれば、事業者が法人であれば経営本拠地、自然人であれば主たる営業所所在地が常居所地とされる（ローマ I 規則 19 条 1 項）<sup>(136)</sup>。より具体的には、前者は、事業的判断がなされる地、すなわち取締役による経営判断のなされる本拠地であり<sup>(137)</sup>、後者は、「外部的に表出され、かつ十分な人的ならびに実体的設備を擁する持続的な営業活動の中心」地である<sup>(138)</sup>。また、代理権行使が、法人の従たる営業所により行われた場合には、当該従たる営業所が常居所地となる（ローマ I 規則 19 条 2 項）<sup>(139)</sup>。

(133) v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1043; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 21.

(134) v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1044.

(135) とくに電子商取引において、代理人の常居所地の隠匿や虚偽表示は容易である。Spickhoff (Fn 4), S. 513. もっとも、単にスマートフォン等を用いて契約を締結した場合であっても、代理人の常居所地の了知可能性要件は通常充たされないとされている。Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 91.

(136) Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 475.

(137) Rauscher/Thorn, EuZPR/EuIPR (2016) Art 19 Rom I-VO Rn 9.

(138) Rauscher/Thorn (Fn 137) Rn 11. 代理人が複数の営業所を有する場合には、平常的な営業取引の接点となっている地が、主たる営業所と解される。

営業的・職業的活動をしない自然人の常居所については、後掲注 (164) 参照。しかし、本項の適用対象は事業者であるから、ここでは重要でない。

(139) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 110. ただし、その従たる営業所は、本店の指揮に服しながらも、代理権行使の判断をする権限に係る「自立性」を有していなければならない

### (3) 労働的代理権 (3項)

代理人が、本人に雇用されたうえで、労働者として雇用者の代理権を行使する場合には、本人の常居所地法が準拠法となる。

本項の適用主体となる典型例としては、支配人 (Prokuristen)、商業代理人、店舗従業員、弁護士職員および公証人職員が挙げられる<sup>(140)</sup>。労働契約の有効・無効は、本規定の適用に影響を与えない。労働契約はあくまで原因行為であり、代理権の問題とは切り離して考えられるからである<sup>(141)</sup>。

本規定の特徴は、代理権準拠法の連結点が、代理人の常居所地ではなく、本人の常居所地とされていることである。これは、労働関係から生じる代理権の場合、代理人たる労働者は本人の営業活動の枠内で代理権を行使するのであり、代理人の常居所地は、代理権の平常的利用地としては劣位的な意義しかないと考えられたからである<sup>(142)</sup>。国境沿いの地域に所在する法人 (本人) に雇用され居住地が法人所在地と異なる国にある代理人が、ここにおいては想定されている。この場合、代理権の行使に関しては、労働者の常居所地よりもその雇用者たる本人の常居所地と密接に関係している。

なお、本規定における代理人は、授権者の「労働者として」活動していなければならない。すなわち、代理人が代理権をその労働関係外で授与され行使した場合には適用されない<sup>(143)</sup>。本人が事業者であった場合の、当該事業者の「常居所地」の具体的概念に関しては、本節Ⅲ-3 (2) と同様の内容であるから、割愛する。

### (4) 継続的代理権 (4項)

事業の枠内でも労働の枠内でも代理権が行使されない、すなわち個人的な理由をもって、特定個人に継続的に代理権が付与される場合には、平常的な代理権の利用

---

い。Rauscher/Thorn (Fn 137) Rn 17.

(140) v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1046; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 123; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 36; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 24.

(141) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 95; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1050; Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 475.

(142) BT-Drucksache, 18/10714, S. 25. ほぼ同旨として、Spickhoff (Fn 4), S. 514f.

(143) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 125. 「労働者」概念については、同様の概念を定めるローマ I 規則 8 条ならびにブリュッセル Ia 規則 20 条乃至 23 条によるとされる。v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1046f.

地が連結点となる<sup>(144)</sup>。この継続代理権は、一回限りの個別案件のために授与されたものではなく、複数の相手方に複数回行使されるべく授与されたものでなければならぬ<sup>(145)</sup>。ただし、その授与の期間は期限付きであっても無期限であってもよいとされる<sup>(146)</sup>。本項の適用される典型例としては、外国に所在する特定人の遺品処理に係る代理権の場合<sup>(147)</sup>、夫婦間にて法定代理以外の代理権を相互に授権しあう場合<sup>(148)</sup>、海外に長期に滞在しなければならなくなった不動産の貸主が借主に対し当該不動産の管理につき授権する場合<sup>(149)</sup>などが挙げられる。

本規定が適用される場面は、多くないと考えられている。上記類例が稀であることはもとより<sup>(150)</sup>、これらの場合には相手方が連結点の了知可能性を有する可能性が低いからである。この了知可能性の要件の対象となるのは、「平常的な利用地」である。これは代理人が複数回代理権に係る代理行為を発信する地または相手方の意思表示を受信する地と解される<sup>(151)</sup>。事業者のように明確な拠点があるならば別段、私人のそのような利用地が相手方に了知されうことは多くはないと考えられる。結果として、本項の適用対象となる事案は、受け皿規定たる 8 条 5 項により解決されることになり易いであろう<sup>(152)</sup>。

## (5) 受け皿規定 (5 項)

以上の代理権の類型のいずれにも当たらない、あるいはそうであったとしても連結点に係る相手方の了知可能性が充たされない場合には、最終的にこの 5 項により準拠法が決定される。同項は三段階の連結階梯を有する。

第一に、代理人と相手方が代理権の行使が特定国でなされなければならないこ

(144) Becker (Fn 68), S. 946.

(145) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 101; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 129.

(146) JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 38; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1052.

(147) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 102.

(148) BT-Drucksache, 18/10714, S. 26; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1052; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 38; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 26.

(149) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 128; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 104.

(150) Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 475 は、継続代理権は、通常、事業者や従業員が行使することが多いと指摘する。

(151) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 108; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1053; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 39; Becker (Fn 68), S. 846.

(152) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 132.

とを知りえた場合には、その特定国の法が準拠法となる (5 項第 2 文)。すなわち、本人が代理権の行使地を予め確定しており、そのことを代理人と相手方の両方が知りえた場合に、この予め確定されていた利用地法が、準拠法となる<sup>(153)</sup>。この場合に当該法が適用されることは、本人保護になるのみならず、相手方にとっても酷とはいえないからである<sup>(154)</sup>。このルールにより、本人の知らないうちに、代理人と相手方とが共謀して自らが有利な地にて代理行為を行うということを阻止できる<sup>(155)</sup>。ただ同文において解釈論上問題となるのが、本人が、代理権が二つ以上の特定国において利用されるべきとあえて定めていた場合に、どの利用地の法によるべきかという問題である。この場合については、次の連結階梯である 5 項第 1 文における現実の利用地法によるべきとする立場<sup>(156)</sup>と同項第 3 文に基づき本人の常居所地法によるべきとする立場とに分かれている<sup>(157)</sup>。またさらに、担当官草案に関する論稿ではあるものの、この場合に本人が複数の利用地法から一つの利用地法を事後的に選択することができるとする考え方も提唱されていた<sup>(158)</sup>。

第二に、5 項第 2 文が妥当しない場合には、現実の利用地が連結点となる (5 項第 1 文)。この利用地は、能動代理の場合には代理人が意思表示を発信した地、受動代理の場合には相手方から受信した地である<sup>(159)</sup>。したがって、代理人が複数の国に赴き様々な相手方との間で代理権を行使する継続代理権の場合に本規定が適用されると、各々の相手ごと・利用地ごとに準拠法が相違する可能性がある<sup>(160)</sup>。この規定においても解釈論上の問題は生じる。例えば、代理権授与から代理権行使の期間に本人が代理人を解任したい場合である。なぜなら、この期間においてはまだ代理権の行使がなされていないため、現実の利用地が確定していない。それにも

(153) したがって、表見代理の場合には、同文が妥当することは稀であろう。

(154) Spickhoff (Fn 4), S. 521f.

(155) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 113; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1039; Spickhoff (Fn 4), S. 538f.; Thöne (Fn 52), S. 145.

(156) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 114; Spickhoff (Fn 4), S. 539.

(157) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 139.

(158) Rademacher (Fn 16), S. 62.

(159) BT-Drucksache, 18/10714, S. 26; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 117; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1038; Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 475; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 3; Becker (Fn 68), S. 847. それに対し、Thöne (Fn 52), S. 145 は表示が発信され、かつ到達した地であるとする。

(160) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 135; Spickhoff (Fn 4), S. 539.

かかわらず、代理人の解任は代理権準拠法によると解されるからである。これについては、二つの考え方が提唱される。一つめが、この場合に、次の連結階梯である5項第3文により解決すべきとするものであり、それによれば本人の常居所地法によることになる<sup>(161)</sup>。二つめは、5項第1文を広く解し、代理人が将来的に代理権を行使することになっていた、あるいは行使するであろう国の法が適用されるという考え方である<sup>(162)</sup> <sup>(163)</sup>。

第三に、相手方が現実の利用地の了知可能性すら有さない場合には、最終的に、代理権行使時点における授權者（本人）の常居所地法<sup>(164)</sup>による。これ以上の規定が置かれていないことから明らかなように、最終的にここで必ず準拠法が決定され、三当事者のいかなる了知可能性も要求されない。この規定は、スマートフォンやノートPC等を介した遠距離通信による隔地的な代理行為の事例に対応しているといわれる。なぜならこの場合、相手方は代理人の意思表示の発信地たる利用地を容易には知ることはできず<sup>(165)</sup>、むしろ本人の常居所地の方が了知しやすいと考えられるからである<sup>(166)</sup>。

## (6) 了知可能性

EG BGB 8 条 2 項乃至 5 項には、「了知可能性」要件が定められている。これに

(161) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 120.

(162) Wagner (Fn 16), S. 837f.

(163) 通説によれば、EG BGB 8 条は表見代理の場合にも適用される。しかしそうすると、この場合に同条 5 項第 1 文の現実の利用地をどのように解するかが問題となる。この問題については、自称代理人が（表見的に）代理権を行使した地（現実の利用地）とする立場（Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 93; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 42）と自称代理人が相手方に権利外観を表出させ信頼させた地（権利外観表出地）とする立場（v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1072）とで分かれている。

(164) この常居所地の定義もローマ I 規則 19 条による（Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 28）。本人が事業者であった場合の「常居所」については、前掲注（136）本文参照。本人が営業的・職業的活動をしない自然人であった場合については、「長期的居住の意思のある居所地」が常居所地と解される。より詳しくは Rauscher/Thorn (Fn 137), Rn 13ff. 参照。

(165) BR-Drucksache 653/16, S. 97; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 45. EG BGB 8 条立法前においては、このような問題があるため利用地という連結点自体をそもそも導入すべきでないという見解すらあった。Heinz (Fn 24), S. 194.

(166) BR-Drucksache 653/16, S 25; Becker (Fn 68), S. 847f.; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1040; Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 476.

より、立法前より任意代理権準拠法の決定につき重視されてきた取引保護が保証され、各々の連結点に係る相手方の予見可能性が確保されることになる<sup>(167)</sup>。通常は、本人または代理人が相手方に対し連結点に係る事実を通知し、それを相手方が知ることをもって、この要件は充たされることになろう。また、8条2項や3項による代理人または本人の常居所地（営業所所在地）については、これが秘匿されているか複数の営業所があるといった事情がない限りで、宛名書きや利用言語等からの推測<sup>(168)</sup>から比較的容易に了知可能性要件は充たされると解される。それに対し、8条5項による現実の利用地については、Eメール等の情報通信手段による場合、その了知可能性が通常充たされないといわれる<sup>(169)</sup>。

これ以外に具体的にどのような場合に、「了知可能性」要件が充たされるのかは、管見の限りで明らかではない。ただし、いくつかの要素を挙げることはできる。

第一に、この要件の下では、連結点につき当事者自身が知りえたかどうかではなく、合理的な当事者であれば知りえたかが問題となっている<sup>(170)</sup>。問題はその合理的な当事者がどのような場合に、連結点につき知りえたかというのである。学説では、ドイツにて活動している代理人についてドイツの商業登記簿上にドイツ法の「支配人」として登記された場合がよく挙げられる。この場合については、外国に居住する相手方にこの登記簿にアクセスさせることは酷であるとして、この事実のみによる了知可能性要件の充足は否定的にとらえられている<sup>(171)</sup>。しかし反面で、相手方には了知に対する一定の義務が課されているとも解されており、単なる過失により了知しえなかった場合には、了知可能性要件は充たされず相手方は保護されないとされる<sup>(172)</sup>。

(167) Spickhoff (Fn 4), S. 536; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 62; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 3.

(168) Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 22; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 119. ただし、電話による代理行為の場合には、関係する代理人の常居所地を告げる必要があるとされる。

(169) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 26.

(170) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 65.

(171) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 65. 例えば、Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 480 は、日本企業にドイツの登記簿を調査させることや、国際的見本市において現地にて相手方に代理人の登記簿を調査させる義務を課すことは妥当でない旨述べる。

(172) Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 480; Rademacher (Fn 16), S. 59; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1037; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 114; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 3. MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 31 は、相手方が連結点事実につき念頭においていたのであれば了知できていたであろう場合に、了知可能性要件は充たされるという。

第二に、了知可能性の要件の審査時点は、代理権の行使時である。より具体的には、相手方が代理人に契約締結の意思を発する直前が基準となる。この時点でなければ、相手方は代理人の代理権の如何の調査のため、連結点ならびに準拠法を調べることができないからである<sup>(173)</sup>。

第三に、了知可能性の証明責任は、了知可能性がなかったことを主張する相手方にあると解されている。すなわち、反証がない限り、相手方の了知可能性が推定される<sup>(174)</sup><sup>(175)</sup>。

#### IV 代理権準拠法の送致範囲（法的問題の性質決定）

##### IV-1 序

EGGB8 条 1 項乃至 5 項により準拠法が決定されると、これが「代理権」に関する問題に対し適用される。問題は、代理制度においては、代理権をめぐって複数の法律関係が発生することである。原因行為、代理行為、代理権（授権行為および外部的な法律効果の帰属等）の三つの関係である。夫々は別々の連結政策に基づき準拠法が決定される（第 2 章第 2 節 I 参照）。そこで、次に検討すべき問題が、代理に関する法的問題が、三つの法律関係のうちのいずれに性質決定されるかという問題である。本稿との関係では、EGGB8 条の単位法律関係たる「任意代理」権には、どのような法的問題が該当するのかという問題が特に重要である。

##### IV-2 代理権準拠法と代理行為準拠法

###### (1) 概観

代理権と代理行為とはいずれも外部関係に関わる。そこで、両者の関係が問題となる。ドイツの一般的な定義においては、代理権それ自体と関係する問題は代理権

(173) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 64.

(174) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 66; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 22, 27. それに対し、MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 32ff. は、そのような相手方の証明責任を否定しつつ、裁判官の職責により了知可能性がないと認定される場合、次順位の連結階梯に移る旨主張する。

(175) またそもそも相手方が、8 条 2 項や 3 項が適用される条件である、代理人が「事業的代理人」(8 条 2 項)か「労働的代理人」(同条 3 項)であったことを了知できていた必要があるのかという論点もある。Wagner (Fn 16), S. 837; MüKo/Spellenberg (Fn 25) Rn 28 は、この了知可能性も必要である旨指摘する。

準拠法 (すなわち、**EGBGB8** 条) により、それ以外の代理行為それ自体と関係する問題は代理行為準拠法 (例えば、代理行為が契約であればローマ I 規則) によるものがある<sup>(176)</sup>。しかし、まだこれだけでは、具体的にどの事項をこれらの両者に振り分けるかは判然としない。

現行法たる **EGBGB8** 条は、代理権準拠法の送致範囲につき規定していない。代理権の法的问题の中には、欧州司法裁判所に解釈権限のあるローマ I・II 規則の適用範囲との画定が問題となりうる事項 (特に表見代理と無権代理人責任) があり、あえて明文化は見送られたからである<sup>(177)</sup>。そのため、起草者も **EGBGB8** 条が「代理権に基づく代理の要件と効力のみ」に適用されると簡潔に述べるにとどめている<sup>(178)</sup>。

そこで、この問題の解決の足掛かりとして、ローマ I 規則 (またはその前身たるローマ条約) が挙げられることがある。その 1 条 2 項 g 号は、「代理人が本人を相手方に対して法的に義務付けることができるか否か」という問題は、ローマ I 規則に服さない旨、定めている。同号は、当該問題をローマ I 規則の適用事項から外す規定である。そのため、この問題を「代理権」の問題と解した上で、これが代理権準拠法 (**EGBGB8** 条) に服し、それ以外の問題が代理行為 (契約) 準拠法 (ローマ I 規則) に服すると解する説がある<sup>(179)</sup>。さらに、この振り分けの基準として、代理人と相手方との二面的法選択のみが認められる代理行為 (債権契約) と、三面的法選択がなされるか三当事者すべてが了知しなければ一方的法選択が成立しない代理権とで区別し、代理人と相手方の利益だけと関わりうる問題を前者に、三当事者すべての利益に関わりうる問題は後者に性質決定するという考え方も提唱されている<sup>(180)</sup>。結局のところ学説は、以上を踏まえながらも、個別具体的な事項を挙げて、それらが代理権と代理行為 (主に契約) のいずれに属するべきかを説明

(176) 例えば立法前の説ではあるが、von Caemmerer (Fn 49), S. 214; Steding (Fn 45), S. 47; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.407; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 118.

(177) Spickhoff (Fn 4), S. 526.

(178) BT-Drucksache, 18/10714, S. 24.

(179) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 135; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 172; Spickhoff (Fn 4), S. 522. 立法前の学説として、Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.407. ローマ条約に関するものであるが、Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 118.

(180) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 135.



していくという手法をとる。この具体的議論の中には、立法前の学説を概ね引き継ぐ形で見解が分かれるものがある。

## (2) 具体的送致範囲

まず代理権準拠法に服することにつき学説上ほぼ争いのないものは、以下の事項である。すなわち、授權行為（代理権）の成立とその要件<sup>(181)</sup>、方法、有効性、代理権の範囲、解釈、代理権の効力と失効である<sup>(182)</sup>。より具体的には、例えば授權行為が一方的表示で成立するのかそれとも双方行為を要するのか、制限能力者に授權が可能か、代理権の無効原因・撤回可能性、単独代理権と共同代理権のいずれが授与され、どのように行使されるべきか<sup>(183)</sup>、本人・代理人の死による代理権の失効といった問題等も、代理権準拠法による。また、多数説によれば、自己契約や双方代理ならびに復代理権授与の許容性の問題も代理権準拠法によるとされる<sup>(184)</sup>。これに対し、代理権準拠法の適用をむしろ例外と解してその適用範囲を狭くし、代理行為準拠法の適用範囲を広げようとする **Spellenberg**<sup>(185)</sup> は、自己契約と双方代理につき代理行為準拠法によらしめる。これらの問題は、代理行為の許容性と関係するから、代理行為それ自体の問題であるという<sup>(186)</sup>。

次に代理行為準拠法に服することにつき学説上概ね異論がない事項としては、次のものが挙げられる。すなわち、特定の法律行為の際に代理を利用してよいかとい

(181) 授權行為の成立については、かつて、本人と密接に関係するため本人の本拠地法によるとする説があったことにつき、前掲注(49)参照。この考え方は相手方保護に悖るとされ、もはや主張されていない。例えば、Schwarz (Fn 24), S. 792.

(182) v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1066; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 136ff; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 34; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 11f.; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 6; Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 473f.; Spickhoff (Fn 4), S. 522f.; Thöne (Fn 52), S. 143. ただし、MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 170 は、代理行為による本人の義務付けの問題、すなわち代理権の効力と関係する問題は、代理行為準拠法にゆだねられるとする。

(183) Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 477 は、共同代理の場合、代理人ごとに連結点が相違しうる結果、単一の代理権準拠法の確定しない可能性が高いことを問題視する。そこで、法選択により準拠法を単一にすることを推奨している。

(184) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 162ff.; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 35; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1067; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 11; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 6.

(185) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 169.

(186) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 180.

う代理行為の許容性、代理行為のときに特定の特別な授權を要するか否か、本人または代理人による意思の欠缺や特定の事情に係る不知が代理行為に対していかなる効果を与えるかといった問題である<sup>(187)</sup>。これらの問題は、代理行為それ自体の成否と関係する問題であるというのが、代理行為準拠法に服するとされる主たる理由である。

以上の問題については、概ね議論は固まっている。これに対し、解釈論上の問題がしばしば起きる事項として、表見代理、無権代理行為の追認、無権代理人責任、代理の顕名性がある。

第一に、表見代理の問題は、現在は EGBGB8 条 (代理権準拠法) によるとする説が多数である<sup>(188)</sup><sup>(189)</sup>。これは立法前の学説から引き継がれている<sup>(190)</sup>。その主たる理由としては、表見代理と黙示の代理権授与のあるときの代理権行使 (有権代理) との間の区別は、国際私法上困難であるため、両者の連結政策を異ならせることなく一括して代理権準拠法によらせるべきことが挙げられる<sup>(191)</sup>。しかしこれに対して、表見代理を契約外債務の問題と解する立場もある<sup>(192)</sup>。表見代理は

(187) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 162ff.; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1067; Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 474; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 12; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 37; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 6.

(188) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 148; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 176; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 18; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 35; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 6; Thöne (Fn 52), S. 143.

(189) EGBGB8 条が表見代理に適用される場合には、次のような特殊な議論が生じる。すなわち、EGBGB8 条によって決定された準拠法に基づき表見代理が成立し、本人が不意打ち的に相手方に対する債務を負うことになった場合、これを負わないことに対し正当な期待を有していた一方当事者 (ここでは本人) が自身の常居所地法の適用を主張できるかどうかという問題である。これは、同趣旨の規定を定めるローマ I 規則 10 条 2 項が表見代理に類推適用されるかという形で議論されている。これについては、肯定説 (MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 160; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 6) と否定説 (Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 87; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 19; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 35) とで分かれる。ローマ I 規則 10 条 2 項については、拙稿前掲注 (44) 145 頁以下参照。

(190) 例えば、Kropholler (Fn 24), S. 308; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.428; NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 17; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 120; von Bar, IPR Bd. II (1991), Rn 593; Gebauer (Fn 28), S. 336f.; Steding (Fn 45), S. 46; von Caemmerer (Fn 49), S. 215.

(191) 例えば、Schwarz (Fn 24), S. 793; Heinz (Fn 24), S. 207f.

(192) Bach, Zurück in die Zukunft—die dogmatische Einordnung der Rechtsscheinvollmacht im gemeineuropaischen IPR in: IPRax 2011, S. 116(118). v.Bar/Mankowski (Fn

本人が直接的な法律行為をしていなくとも、法律に基づき本人と相手方との間に権利義務関係を発生させるという特徴も持つからである<sup>(193)</sup>。この説によれば、表見代理の問題には、契約締結上の過失を定めるローマⅡ規則 12 条 1 項（原則として、契約（代理行為）準拠法の附従的連結）が妥当する<sup>(194)</sup>。

第二に、無権代理行為の追認が問題となる。これについて、立法前においては、代理行為準拠法と代理権準拠法とのいずれによるかにつき立場が分かれていた。ただし、前者によらしめるものが比較的多数であり<sup>(195)</sup>、現行法でも多数説を形成している<sup>(196)</sup>。その理由としては、追認は、代理権の事後的な授与ないしは補充というよりも、代理行為の治癒を目的とするものであり、締結された契約の有効性と密接に関係していることが挙げられる。そして、無権代理の場合、相手方はその追認につき代理権準拠法よりも、代理行為準拠法が適用されることを予期するとされる<sup>(197)</sup>。もともと、これに対し代理権準拠法によらしめる立場も有力に主張されている<sup>(198)</sup>。この説は、主に以下の理由を挙げる。すなわち、追認が事後的な

---

25), Rn 1073 もこの解釈論の余地を認めている。

- (193) 欧州司法裁判所判例 (EuGH, 17.9.2002, Rs.C-334/00) によれば、「契約債務関係」と性質決定されるためには、少なくとも法律関係に「一方当事者により他方当事者に対して自発的に引き受けられた債務」が必要とされる。そのうえで、それがない法律関係は「契約外債務関係」と性質決定すべきとする。本文の見解は、この判例の理解を参考にしている。本判例は国際裁判管轄に係る判例であるものの、ローマⅠ・Ⅱ規則のいずれが適用されるかを判断する際にも同様に妥当するものと解されている。Bach (Fn 192), S. 118f.
- (194) EGBGB8 条の起草者は、この解釈論の可能性を一つの理由に EGBGB8 条の送致範囲の明定を断念した。Spickhoff (Fn 4), S. 524. それに対し、ローマⅡ規則は表見代理を規律することを想定していないという旨の批判として、JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 16; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 31, 35.
- (195) 例えば Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.441; Staudinger/Firsching (Fn 24), Rn 249; von Bar (Fn 190), Rn 593; von Caemmerer (Fn 49), S. 217; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 192. Heinz (Fn 24), S. 31 はドイツの通説・判例であると述べる。
- (196) Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 474; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1074; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 36; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 184f.; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 6.
- (197) 例えば、MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 185; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 192.
- (198) JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 13; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 158. 立法前の説としては例えば、NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 19; Looschelders (Fn 24), Rn 14; Kropholler (Fn 24), S. 308; Ruthig (Fn 24), S. 170; Steding (Fn 45), S. 47; Heinz (Fn 24), S. 217f.

授權行為と同視できるものであること、追認は無権代理人責任や表見代理と密接な関連性を有するところこれらにつき代理権準拠法に服せしめる説が妥当であるため、それらとの適応問題等を回避すべきこと<sup>(199)</sup>、追認の問題は代理の三当事者すべての利益が関係する問題であること等である。

第三に、相手方が無権代理人に対して債務を請求することができるかという問題、すなわち無権代理人責任が挙げられる。追認と同様、この問題に関する学説は代理行為準拠法説<sup>(200)</sup>と代理権準拠法説<sup>(201)</sup>とに大きく二分される。ただし、いずれの説も、無権代理人責任がその追認と関係する問題であることを理由に、両準拠法を一致させようとしているに過ぎないと解される<sup>(202)</sup>。追認につき代理行為準拠法説を採用する者は、無権代理人責任についても当該説を採用し、逆に代理権準拠法説を採用する者は無権代理人責任につきこの説を採用する傾向にあるからである<sup>(203)</sup>。結局のところ、無権代理に対する処置の問題が、代理権の欠缺の問題と密接に関係するとみる説は代理権準拠法説<sup>(204)</sup>を、代理行為それ自体と密接

(199) 後掲注 (202) 参照。

(200) MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 212; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 36; Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 474. 立法前の説として、例えば Staudinger/Firsching (Fn 24), Rn 250; von Bar (Fn 190), Rn 593; von Caemmerer (Fn 49), S. 217.

(201) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 160; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 15; Thöne (Fn 52), S. 143; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 6. 立法前の説として、NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 19; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.444; Gebauer (Fn 28), S. 337; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 192f.; Steding (Fn 45), S. 47; Schwarz (Fn 24), S. 798f.; Heinz (Fn 24), S. 220f.

(202) 例えば、両者の準拠法が異なる場合として、代理行為準拠法によれば追認の効力が認められ本人に責任が及ぶが、代理権準拠法によれば、無権代理人責任が認められ代理人にも責任が及ぶ場合が挙げられる。相手方が本人にも相手方にも二重に請求することができるという適応問題の生じる可能性がある。Heinz (Fn 24), S. 218.

(203) ただし別々の準拠法によらしている説として、Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 6; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24) Rn 7.444; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 192f. また、追認については代理行為準拠法によるとし、無権代理人責任につきローマⅡ規則によらしめる説として、v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1074f.

(204) また、表見代理と無権代理責任の準拠法が異なることによる適応問題を回避すべきことを根拠として挙げるものもある。Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24) Rn 7.444; Schwarz (Fn 24), S. 798f.; Gebauer (Fn 28), S. 337. 例えば代理権準拠法によれば表見代理が認められず、代理行為準拠法によれば無権代理人責任が認められない場合、相手方は、代理人と代理行為の締結をしたにもかかわらず、本人と代理人のいずれに対しても履行の請求ができないことになる。詳細につき、Heinz (Fn 24), S. 219f.; Ruthig (Fn 24), S. 170 参照。

に関係するとみる説は代理行為準拠法説を採用するという態度の相違の問題であるように思われる。管見の限り、学説上いずれが妥当かについては、まだ明確な決め手はない状況と解される<sup>(205)</sup>。

第四に、代理の顕名性の問題が挙げられる。この問題は、従来の多数説によれば代理行為準拠法によるべきと考えられており<sup>(206)</sup>、現行法においても多数説といいうる<sup>(207)</sup>。代理の顕名性は、代理人が相手方と契約を結ぶときに要求される代理行為の成立要件であるから、代理行為独自の問題であること、顕名性要件が代理行為準拠法に服するべき代理の許容性の問題に属することが主たる理由である。また、顕名なしに代理行為がなされた場合に、相手方は代理権準拠法を調査するきっかけがないことも理由として挙げることができるであろう<sup>(208)</sup>。このような場合、相手方は自分の締結した契約相手の背後に代理権および本人があるということに気づくことができないからである。もし顕名性につき代理権準拠法が適用され、かつ当該準拠法により顕名が要求されていないとすれば、相手方は、自分にとって未知の者である本人との間で代理行為の効力を帰属させられる。それは相手方の契約自由の侵害に繋がりうる<sup>(209)</sup>。

これに対し、顕名性につき代理権準拠法によるべきとする説も有力に提唱されて

(205) 本文で述べた説とは別に、無権代理人責任を契約締結上の過失に該当するとして、ローマⅡ規則 12 条によらしめる立場もある。Behnen, Die Haftung des falsus procurator im IPR—nach Geltung der Rom I- und Rom II-Verordnungen in: IPRax 2011, S. 221(225); v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1075ff. また、無権代理人責任と、これと共に発生した代理人による契約交渉過程における信頼違反に基づく責任とを区別し、前者を代理権準拠法、後者をローマⅡ規則によるとする説として、Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24), Rn 7.444, 7.447; Kurt, Culpa in contrahendo im europäischen Kollisionsrecht der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse (2009), S. 193.

結局、この問題は表見代理と同様に EU 国際私法の解釈論とも絡む問題であり、欧州司法裁判所判例の判断を待つ他ないといえるだろう。

(206) 例えば、Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24) Rn 7.436; Staudinger/Magnus (Fn 24) Rn 44; NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 18; Staudinger/Firsching (Fn 24), Rn 253; von Caemmerer (Fn 49), S. 217; Kurzynsky-Singer (Fn 42), S. 127f.;

(207) v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1067; Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 474; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 12; MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 179; Spickhoff (Fn 4), S. 526.

(208) 結論的に代理権準拠法説を採用するものの、Schwarz (Fn 24), S. 795f.; Heinz (Fn 24), S. 215f. は、この理由が代理行為準拠法説の根拠となりうることを指摘する。

(209) これを示唆するものとして、Spickhoff (Fn 4), S. 526.

いる<sup>(210)</sup>。この説によれば、顕名を要求しない代理制度において非顕名代理がなされる場合、相手方は、代理人の他に追加的に本人に履行を請求できるのであるから<sup>(211)</sup>、むしろ相手方の選択肢が増える。したがって、相手方の契約自由が害されることにはならないという。また、非顕名代理の局面では、代理行為が自己の名と他人の名とのいずれにおいてなされたかが法的紛争の対象となりうる。この際に、前者と後者の準拠法とを異ならしめることは、適応問題を引き起こしうるから、いずれの場合にも代理権準拠法が適用されるべきという<sup>(212)</sup>。

#### IV-3 原因行為準拠法と代理権準拠法

諸外国の見解には、本人と代理人の関係のみならず、相手方との関係についても代理権の成立とその範囲の問題に原因行為準拠法を適用する見解がみられる。例えば、イングランドにおいては、表見代理や越権代理等の問題でない限りで、代理権の成立と範囲は本人と代理人による原因行為（委任契約）の準拠法によらしめられる<sup>(213)</sup>。また、スイスの少数説には、授権行為における本人の意思の欠缺がどのように代理行為の効力に作用するのかといった問題や授権行為の成立・範囲・喪失等は、原因行為準拠法によるとするものがある<sup>(214)</sup>。その理由として、代理人は本人からも第三者からも責任を問われうるから、代理人の準拠法に係る予見可能性を強く保護すべきことが挙げられる。このような見解は、有権代理の場合には、本人・代理人関係と相手方・本人関係とにかかわらず代理権の成立と範囲に原因行為準拠法を適用する。しかしその準拠法によって代理権の存在が否定される場合

(210) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 146f. 立法前の説として、Schwarz (Fn 24), S. 796f.; Heinz (Fn 24), S. 216; Steding (Fn 45), S. 47. スイス、オーストリア、ハーグ代理権準拠法条約、ローマ I 規則提案も、顕名性の問題を代理権準拠法によらしめていることが、論拠に挙げられることもある。これにつき、Schwarz (Fn 24), S. 797; Heinz (Fn 24), S. 80f., 93, 99, 116.

(211) 特にイングランドの「隠れた本人」における選択権の法理につき、Heinz (Fn 24), S. 216. 邦語文献として、田中英夫「Undisclosed Principal」有泉・伊藤・内田・矢沢編『英米私法論集 末延三次先生還暦記念』（東京大学出版会、1963年）151頁、165頁以下、桑原康行「英米法における Undisclosed Principal の法理」一橋研究 7 卷 1 号（1982年）100頁以下、アメリカの同制度につき、樋口範雄『アメリカ代理法【第2版】』（弘文堂、2017年）17頁以下参照。

(212) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 147.

(213) 前掲注 (26) 参照。

(214) BSK IPRG-Watter/Pellanda (Fn 26), Rn 25.

(例えば、授権行為なしに代理行為をしたか、授権された権限を越えて代理行為がなされた場合)に、代理行為準拠法<sup>(215)</sup>か代理権準拠法<sup>(216)</sup>によって外部関係に係る代理権の問題を解決しようとする。このことから、これらの説は、原因行為準拠法を代理権それ自体の問題に広く適用しようとするものといえることができる。

以上のような考え方に對し、ドイツの通説は、代理権の成立と範囲の問題を、もっぱら代理権準拠法 (EGBGB 8 条) によらしめる<sup>(217)</sup>。当該準拠法によるのは、本人・相手方関係において代理権の成否や範囲が問題となった場合のみならず、本人・代理人関係において授権行為が有効に成立したか否か、そして成立した代理権の範囲如何が問われる場合も含まれている。これは、(授権行為の成否を含む)代理権の成立と範囲が相手方の利害に関係すること、代理権の問題にはなるべく単一の準拠法が適用されるべきと考えられていることが理由であると解される<sup>(218)</sup>。このため、ドイツの通説は、前述のイングランドの立場やスイスの少数説とは異なり、原因行為準拠法の適用範囲を狭く解しており、代理人・本人関係における内部関係それ自体の問題、すなわち両者間の権利義務関係のみに原因行為準拠法を適用する<sup>(219)</sup>。以上から、ドイツの通説において、任意代理に原因行為準拠法が適用される事項は、委任や雇用に基づく代理人からの本人に対する報酬請求権、表見代理や越権代理がなされた場合の本人から代理人に主張しうる補償請求

(215) Dicey/Morris (Fn 26), Rn 33-439. イングランドでは、本文の場合につき代理行為準拠法によらしめることにつき、前掲注 (26) 参照。

(216) BSK IPRG-Watter/Pellanda (Fn 26), Rn 11, 30. スイスの場合、IPRG126 条に基づき、代理権準拠法は原則として代理人の営業所所在地法となり、その営業所が無いまたは相手方に了知できない場合には、主たる利用地法となる (2 項)。また、労働関係に基づく代理権については本人の本拠地法が原則的連結点となる (3 項)。

(217) 例えば、Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 136ff.; Palandt/Thorn (Fn 73), Rn 6; Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 34; v.Bar/Mankowski (Fn 25), Rn 1066; Kindler/Brüggemann (Fn 71), S. 474; JurisPK BGB/Wiedemann (Fn 62), Rn 11; Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24) Rn 7.408ff.; Schwarz (Fn 24), S. 792; Heinz (Fn 24), S. 204f.

(218) スイスの Vischer/Huber/Oser (Fn 26), Rn 1011 は、ドイツの通説と同様に、代理権準拠法の適用範囲を極力広めるべきと主張する。その理由として、代理制度では相手方の予見可能性を尊重する取引保護が重視されるべきであること、法適用の複雑化を招かないために極力代理権の問題に単一の法が適用されるべきことが挙げられる。同様に準拠法の単一性を強調するドイツ学説として、Erman/Hohloch (Fn 68), Rn 33; Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 135.

(219) Heinz (Fn 24), S. 204.

権<sup>(220)</sup>、授権行為の成立または失効の先決問題として、原因行為それ自体が成立または終結しているかどうか等<sup>(221)</sup>の問題に限られることになる。

## V 小括

以上、EGBGB8条について解釈論を踏まえて紹介した。本規定は、連結政策については極めて詳細なルールを定めた。その際には、「利用地」を連結点とするという基盤は残したうえで、代理権がどのような代理人によって行使されるのかという類型化に基づき、各々の代理権につき連結点を定める手法が採用されている。

この類型化に際して、EGBGB8条は、代理人が事業者であればその常居所地(2項)、労働者であれば本人の常居所地(3項)、それ以外の私人により継続的な代理権が行使される場合であれば平常的な代理権の行使地(平常の利用地)(4項)を原則的連結点とする。これによって、代理権につきなるべく単一の準拠法が適用されるよう配慮している。一の代理人により複数の国で代理権が行使される場合を想定すると、このことは、現実の利用地が連結点となるとときと比し、本人や代理人の準拠法に関する調査の負担が低減されるという利点を生む。そこに規律されている客観的連結点も、4項を除けば、相手方に比較的認識しやすい定義をもって定められている。そのため、相手方への代理権準拠法の事前の周知という意味では、取引保護ならびに法的確実性に適しているといえるであろう<sup>(222)</sup>。従来の学説にて許容されてきた当事者自治を明文上認めたことも、法選択が利用しやすくなることから、法的確実性を前進させたといえる<sup>(223)</sup>。

もっとも、EGBGB8条は、代理人の利益にやや重きを置きすぎているという批

---

(220) Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 149.

(221) Reithmann/Martiny/Hausmann (Fn 24) Rn 7.369; NK-BGB/Doehner (Fn 24), Rn 15; Heinz (Fn 24), S. 223. ただし、授権行為の成立の前提として原因行為が成立しなければならぬか否かや、原因関係が終了することで代理権が消滅するか否かといった本問題は、代理権準拠法による。Staudinger/Magnus (Fn 7), Rn 168; Heinz, a.a.O., S. 223.

(222) Spickhoff (Fn 4), S. 513.

(223) 同様の評価として、Thöne (Fn 52), S. 146. これに対し、MüKo/Spellenberg (Fn 25), Rn 95は、EGBGB8条1項が法選択に関する代理人と相手方の「現実の了知」を要求していることについては批判している。なぜなら、その了知が証明されないというだけで容易に法選択が無効となってしまうからである。



判はある<sup>(224)</sup>。すなわち、同条 2 項乃至 4 項によれば、了知可能性要件さえ満たされれば、代理人と密接に係る地の法が準拠法となる。特に同条 2 項と 3 項の場合に当該要件が満たされると、代理人や本人が相手方と異なる国に常居所を有するとき、相手方は外国法の調査を強いられることになる。しかも了知可能性要件は、例えば 2 項であれば、事業者が自身の営業所所在地を嘘偽りなく相手方に明示することで容易に満たすことができるであろう<sup>(225)</sup>。この場合、たしかに相手方は代理権準拠法がどの国の法であるかを「知りうる」。しかし、この場合に相手方に常にその法の調査をさせることが、取引保護に繋がるかについては検討の余地が残る。

これに関連し、客観的連結に係る各項の適用を排除する際に問題となる「了知可能性」要件の定義が不明確であるという欠点も残されている。とはいえ、元より当該要件は、連結点の法的確実性を確保しつつ、個別具体的に不当な場合を排斥するという「回避条項」のような役割を果たすものであると解される。そのため、定義に不明確さが残るのはやむを得ないであろう。また「了知可能性」要件は、回避条項と比べれば、当事者による対処が容易という利点はある。この要件は本人または代理人が相手方に連結点に係る事実を知らせることで満たすことができるからである。いずれにせよ、この定義が問題となりうる限界事例は今後の判例や学説により解消される他はないであろう。

さらに EGBGB 8 条において解決されなかった問題として、代理権準拠法の送致範囲の問題が挙げられる。この点については同規定に定めが置かれなかった<sup>(226)</sup>。そのため、なおもこの問題にかかる議論は継続している。とくに表見代理、無権代理、代理の顕名性といった諸問題に代理権準拠法（EGBGB 8 条）と代理行為準拠法とのいずれが適用されるべきかにつき、見解の対立は現在も解消されていない。表見代理と無権代理<sup>(227)</sup>は、欧州のローマ I 規則やローマ II 規則の適用範囲との

(224) MüKo/Spellenberg (Fn 25) Rn 35 は、EGBGB 8 条が代理人の利益の保護に傾いているという。そのうえで、相手方は必ずしも外国の代理法を調査できるとは限らない旨指摘する (a.a.O., Rn 37)。

(225) ただし、相手方が、代理人が「事業者」と「労働者」のいずれであるかを常に容易に知りうるかについては、疑問が残らないでもない。これに関する了知可能性も要求する説として、前掲注 (175) 参照。

(226) MüKo/Spellenberg (Fn 25) Rn 38 はこれを批判する。

(227) 前掲注 (205) 参照。

画定の問題とも絡み、未だ難しい問題を抱えている。これらの問題については今後の議論の動向を見守る必要があるだろう。

次章では、以上のドイツの議論が、日本の国際代理法の議論にいかなる示唆を与えうるか検討していきたい。

(未完)

(明治大学法学部専任講師)