

ドイツ国際私法における任意代理権の準拠法（2・完）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2021-09-29 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	http://hdl.handle.net/10291/21942

【論 説】

ドイツ国際私法における任意代理権の 準拠法 (2・完)

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、93巻4・5号)

第3章 日本法への示唆

第1節 序文

第2節 従来の学説

I 選択的適用説

II 原因行為準拠法説

III 代理行為準拠法説

IV 代理行為地法説

V 代理人の営業所所在地法説

第3節 検討

I 諸学説の批判的検討

II 連結政策の検討

III 日本における授權行為の位置づけ

第4章 結語

(以上、本号)

第3章 日本法への示唆

第1節 序文

日本において任意代理の準拠法が問題とされる際には、一般に以下の前提の下、議論が展開されてきたように思われる。すなわち、代理制度において本人・代理人・相手方で形成される三面的法律関係が発生することに基づき、これらのうち二者間の関係ごとに準拠法の決定をするという前提である。この前提の下では、①本人と代理人、②代理人と相手方、③本人と相手方という三つの人的関係ごとに準拠法が確定される。このうち、①と②に係る準拠法決定については、概ね争いはないとみてよいであろう。すなわち、多数説によれば、①については本人と代理人との内部関係の準拠法（授権行為ないしは原因行為の準拠法）により⁽¹⁾、②については代理権に基づき行われた法律行為（代理行為）の準拠法による⁽²⁾。これらの準拠法は、②が債権行為である限りで、いずれも通則法7条・8条（法例7条）により各々別個に確定されることになる。

以上に対し、③については従来、法例にも通則法にも規律がないとされ見解が分かれてきた。学説の多くでは、ドイツと同様に、相手方が準拠法を知りえない事態を回避すべきとする取引保護（または相手方保護）の必要性が重視されている。

- (1) 日本の多数説は、本人と代理人との間には授権行為と原因行為（委任や雇用）との二つの法律関係が発生するという前提に立ちつつ、「授権行為」の準拠法が本文の①を規律すると説明する。そのうえで、通常、授権行為準拠法は、それが明示的に選択されていない限りで原因行為の準拠法と同一になるとする。より一般化すれば、日本の多数説は、①に本人と代理人との間で取り決められたか密接に関係する法を適用するという見解であるといえよう。
- (2) 例えば、澤木・道垣内『国際私法入門[第8版]』（有斐閣、2018年）213頁以下、神前・早川・元永『国際私法 第4版』（有斐閣、2019年）232頁以下、櫻田嘉章『国際私法[第7版]』（有斐閣、2020年）192頁、出口耕自『論点講義 国際私法』（法学書院、2015年）189頁以下、横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）146頁、木棚照一編著『国際私法』（成文堂、2016年）174頁以下、松岡・高杉『国際関係私法講義[改題補訂版]』（法律文化社、2015年）169頁、松岡博編『国際関係私法入門 第4版補訂』（有斐閣、2021年）118頁以下[松永]、山田録一『国際私法 第3版』（有斐閣、2004年）275頁以下、溜池良夫『国際私法講義[第3版]』（有斐閣、2005年）314頁以下、折茂豊『国際私法（各論）[新版]』（有斐閣、1972年）65頁以下、石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣、1983年）144頁以下、国際私法立法研究会「契約、不法行為の準拠法に関する法律試案（一）」民商法雑誌 112 卷 2 号（1995年）126頁、嶋拓哉「任意代理」櫻田・道垣内編『国際私法判例百選[第2版]』（有斐閣、2012年）53頁、高桑昭「表見代理」澤木・舩場編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、1996年）95頁等。

もっとも、その配慮の軽重やその手法に応じ諸説は異なっている。本節では、まず当該論点に関する日本における諸学説を批判的に検討した後、ドイツの議論を参照しながら、日本における代理権準拠法の決定方法につき、試論を展開していきたい。

なお、日本における任意代理の準拠法に係る議論は、2007年より前の法例の時代において提唱されてきたものが主である。通則法下の議論は、その従前の議論を基本的に踏襲してきた。したがって、本稿では、必要のない限りでいずれの法の下で提唱されたか区別せずに文献を引用する。

第2節 従来の学説

I 選択的適用説

わが国における任意代理権の準拠法に係る学説の中でも特に有力に主張されてきたものが、次のような説であろう。すなわち、代理権の準拠法は、原則的に授權行為の準拠法によるものの、当該準拠法により代理権がないまたは代理権の範囲外の代理行為が行われた場合には、代理権発生に係る相手方の期待を保護すべく法例3条2項（通則法4条2項）を類推適用して、代理行為地法によるとする説（以下、「選択的適用説」という）である⁽³⁾。この説では、原則的な授權行為の準拠法は法例7条1項（通則法7条）により定められる。しかし通常、本人と代理人が授權行為につき法選択をすることはないため、結果的にこれは原因行為準拠法になるとされる。

この説の主たる理由は、相手方が授權行為準拠法を知りうる場合がある以上、原

(3) 山田前掲注(2) 277頁、溜池前掲注(2) 317頁、木棚編前掲注(2) 174頁、出口前掲注(2) 194頁、多田望「販売店・代理店と国際私法の諸問題」国際商取引学会年報29号(2019年) 158頁。この立場に立った裁判例として、神戸地決昭和34年9月2日下民衆10巻9号1849頁。

また類似した見解として、岡本善八「国際私法における代理準拠法(二)」同志社法学37巻6号(1986年) 41頁は、原則的連結点を本人の営業所所在地か常居所地としつつ、例外として本人の履行責任が行為地法により認められる場合には、法例3条2項の類推適用により、当該法を適用するとする。また、久保岩太郎『国際私法論』(三省堂、1935年) 252頁以下は、有権代理の場合につき、代理行為の当事者となる相手方が当然に代理人の権限を調査する義務があることを理由に、授權行為準拠法によるとしつつ、商行為につき代理権の範囲は例外的に相手方に瑕疵のないときに行為地法によって代理権の存在を主張しようとする。さらに奥田安弘『国際財産法』(明石書店、2019年) 111頁は、原則的連結点を授權行為準拠法としながらも、代理人の営業所所在地法により代理が成立する場合には、当該法が準拠法となる旨主張する。

則的にこの法の適用をすべきであること、相手方からすれば授權行為準拠法と代理行為地法とのいずれの法によっても保護されるから取引保護に最も資することが挙げられる⁽⁴⁾。この説は、授權行為準拠法と代理行為地法の選択的適用をすることで代理権の効果を発生し易くし、実質法的な相手方の保護をも配慮するとともに特徴がある。

この説は、著名な下級審判決が採用したものであったこともあり、わが国において長らく有力に主張されてきた。もっとも、この説に対しては次のような批判を挙げることができる。第一に、この説によれば、選択的適用を採用した反面として、代理の成立が広く認められすぎることになる。相手方保護を志向するのであれば、代理行為地法を単に適用すれば十分に果たされるのであり、あえて授權行為準拠法を相手方の保護のために選択的に連結する必要性はないとされる⁽⁵⁾。

第二に、そもそも本説は、現行の通則法 4 条 2 項の下では逆に相手方保護を貫徹できないと考えられる。同項は、少なくとも明文上、従来の法例 3 条 2 項と比べ選択的適用の実施の場面を減らしているからである。すなわち、同項の取引保護がなされる場面は、「・・・法律行為の当時そのすべての当事者が法を同じくする地に在った場合」に限られている、すなわち行為地法が隔地的取引の場合には適用されないことになっている⁽⁶⁾。したがって、同規定が任意代理に類推適用されると、代理行為地の連結のなされる場面は、本人または代理人と相手方が同一の国に所在した場合に限られることになるであろう。そうでない場合には、本人と相手方の関係が常に授權行為準拠法（≒原因行為準拠法）によることになる。しかし、代理人が相手方に対し授權行為準拠法を知らせずに隔地的に代理行為をする場面は少なくはないと思われる⁽⁷⁾。隔地的取引の場合、本国法と比べると、相手方が授權

(4) 山田前掲注 (2) 277 頁、溜池前掲注 (2) 317 頁、出口前掲注 (2) 194 頁。

(5) 国際私法立法研究会前掲注 (2) 127 頁。櫻田前掲注 (2) 192 頁、法例研究会『法例の見直しに関する諸問題 (4)』（商事法務、2004 年）18 頁は、相手方が授權行為準拠法を知りえない場合にまで、当該準拠法で本人の保護をすることになると指摘する。

(6) ただし、法例の時代の通説によっても、同法 3 条 2 項が隔地的取引の場合に適用されないと解釈されていたことにつき、道垣内正人『ポイント国際私法 各論 [第 2 版]』（有斐閣、2014 年）148 頁以下参照。

(7) この点、山田前掲注 (2) 277 頁以下は、代理行為地法の適用を隔地的取引の場合に認めつつ代理行為地の概念を独自に定義している。すなわち、代理人が営業所を有する場合には営業所所在地、営業所を有しない場合には代理行為の行われた地、隔地的取引の場合には発信地が代理行為地であるとする（木棚編前掲注 (2) 175 頁もほぼ同旨）。しか

行為準拠法を調査することは、より難しいであろう。代理の場面では、むしろこのような場合にこそ、相手方保護が要請されるべきと考えられる⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾。

以上から、選択的適用説は妥当ではないと考えられる。少なくとも現行法の下では、取引保護に最も厚い解釈論とはいえなくなっているのではないだろうか。

II 原因行為準拠法説

授權行為は代理を目的とする委任契約（原因行為）の中に解消されるから、国際私法上、授權行為という独立の概念を定立する必要はないとし、本人・代理人の関係は原因行為準拠法によるとしつつ、本人・相手方の関係にも当該準拠法を適用することを示唆する説がある（以下、「原因行為準拠法説」という）⁽¹⁰⁾。この説は、本人・代理人関係と本人・相手方関係を同一の準拠法によらしめることができること、相手方と本人の関係を原因関係準拠法によらしめる法定代理の場合との一貫性を維持しうることと利点があると思われる。

しかしドイツの議論でもみた通り（第2章第2節II-1）、この見解には相手方の保護に欠けるという問題があると思われる。原因関係準拠法は、相手方に関知し難い本人と代理人間の内部関係に適用される法である。しかもこの法律関係の準拠法は、相手方が客観的に確知できる場所的要素によって確定されるとは限らない⁽¹¹⁾。なぜなら、当該準拠法は本人と代理人による法選択によっても決定されう

し通則法4条2項を前提にすると、解釈論的根拠に乏しいように思われる。同旨として、出口前掲注（2）195頁。

(8) 反対の考え方として、出口前掲注（2）196頁。

(9) また、西賢「任意代理」池原・早田編『涉外判例百選[第三版]』（有斐閣、1995年）55頁は、法例3条（通則法4条）類推適用の困難を指摘する。法例3条2項は、元々行為能力の規定であり、その1項により本人の本国法を原則的連結点とする。したがって、同条を代理に類推適用するのならば、原則的連結点を授權行為準拠法ではなく、本人の属する法にする方が一貫するという。奥田前掲注（3）112頁も取引保護に係る通則法4条2項だけを類推適用することは、解釈論として無理があるという。

他方で神前・早川・元永前掲注（2）233頁以下は、通則法4条が対象とする行為能力の問題を「本人が本人のためにした行為が本人に帰属するか否かの問題」ととらえるならば、同条が、代理における「代理人が本人のためにした行為が本人に帰属するか否か」という問題」に類推適用されることに一定の根拠があるとする。

(10) 野村美明「代理の準拠法と民法学説」阪大法学44巻2・3号（1994年）42頁以下。

(11) 現行の通則法8条2項の特徴的給付論によれば、委任契約の特徴的給付者は受任者たる代理人と解される。そうすると、原因関係準拠法は代理人の常居所地法となり、客観的連結の限りで、後述の代理人の営業所所在地法説とほぼ変わらない結論を導くことはでき

るからである。そのような準拠法を常に相手方に調査させることは酷であると考えられる⁽¹²⁾。

Ⅲ 代理行為準拠法説

代理権に係る本人・相手方の関係を、代理行為の準拠法によらしめる説がある（以下、「代理行為準拠法説」という）⁽¹³⁾。この説によれば、代理行為準拠法が、代理行為それ自体の成立や効力のみならず、本人に対するその効果の帰属にも適用される。例えば、大西説はこの説の根拠として、「代理権とは…代理行為効力発生に対する客観的法律要件の一種であり、そのために、代理行為の効力を定める法律は…、同時にその要件たる代理権の存否と範囲の判断に関しても適用されるべきこと」を挙げる⁽¹⁴⁾。この説は、代理権とは代理行為の効力が本人に及ぶための法律要件であるから、代理権は代理行為の効力と表裏一体の問題である。それゆえに代理権と代理行為は同一の準拠法によるべきであり、かつその準拠法決定の重点は代理行為の方にあるということ根拠にしているものと解される。また、これに類似する見解として、石黒説は、本人・相手方間の効力につき代理行為（外部関係における契約）の準拠法を適用することが、本人保護と相手方の保護を共に充たす連結方法であるとする。そのうえで、代理行為準拠法の決定を客観的連結に限定しつつ、代理人と相手方だけではなく、取引の表には出てこない本人の代理行為に向けた活動の重点もその準拠法決定の考慮要素とすべき旨主張する⁽¹⁵⁾。

しかし、ドイツの議論においても確認したように（第2章第2節Ⅱ-2参照）、本人・相手方の関係につき、代理人と相手方とにより締結された代理行為の準拠法によらしめることは妥当ではないであろう。第一に、代理行為を締結する前に、相手方が、代理人の代理権の存否や範囲を当該準拠法に基づき調べるのが困難とな

る。ただし、同条2項はあくまで推定規定であり、同条1項に反証される場合には、原因行為の最密接関係地が適用される。この際には、「本人と代理人」の最密接関係地に焦点が合わせられるということに注意は必要であると思われる。

(12) また、岡本前掲注(3) 38頁による批判も参照。

(13) この立場に立ったとみられる裁判例として、東京地判昭和31年2月25日下民衆7巻2号429頁、大阪高判昭和37年4月6日下民集13巻4号653頁、大阪高判昭和44年8月5日高民集22巻4号543頁。もともと、第一と第三の判決は、代理行為準拠法と行為地法とが同一であり、第二の判決は代理準拠法の具体的内容に触れていない。

(14) 大西耕三『代理の研究』（弘文堂、1928年）294頁以下。

(15) 石黒前掲注(2) 155頁、同『国際私法 第2版』（新世社、2007年）347頁。

るといふ問題が生じる。代理行為の準拠法は、それが締結されて初めて確定されるからである。第二に、代理行為準拠法説によれば、通則法7条の当事者自治の原則に基づき、代理人と相手方との間で選択された法によることになりうる。代理人と相手方とで法選択がなされる場合には、代理権の問題につき、本人の利益を害する形で準拠法の操作がなされるという濫用の余地がある⁽¹⁶⁾。例えば、代理人と相手方が表見代理の成立し易い法の選択をするということはあるであろう。

ただし第二の点につき、石黒説は、準拠法決定を客観的連結に限定しつつ本人の活動の重点も考慮して代理行為準拠法を決定すべきとする。たしかに、そうすれば代理人と相手方のみならず本人にも予見可能な法が適用される可能性が高まり、前述の第二の欠点が解消されるかもしれない。しかし、ここでいう「本人の活動」がどのように代理行為（契約）準拠法の決定に作用するかは明らかにされていない。この説によれば、相手方の知りえない本人の事情に基づき、代理行為準拠法が変動することを認めることになり、逆に相手方保護に反する結果になりうる⁽¹⁷⁾。さらに、同説が当事者自治を認めないという通則法や法例の明文規定に反する前提に立っていることも支持し難い。通則法7条が当事者自治を認める以上、外部関係における「契約」⁽¹⁸⁾たる代理行為にこれを認めない解釈は困難であろう。

IV 代理行為地法説

代理権の問題を、代理権が行使された地、すなわち代理行為地の法によるとする説（以下、「代理行為地法説」という）は、わが国における多数説と目される⁽¹⁹⁾。

(16) 溜池前掲注(2) 317頁は、本人は代理行為準拠法を知らないことがあるから、本人保護に欠けるとする。国際私法立法研究会前掲注(2) 127頁は、本人の予測可能性をほとんど無視することになりかねないという。

(17) 元永和彦「任意代理」櫻田・道垣内編『国際私法判例百選[新法対応補正版]』（有斐閣、2007年）49頁。

(18) もっとも、代理行為が物権行為である場合ならば通則法13条によることになろうから、当事者自治の否定は当然であろう。

(19) 折茂前掲注(2) 65頁、櫻田前掲注(2) 193頁以下、櫻田・道垣内編『注釈国際私法第1巻』（有斐閣、2011年）339頁[櫻田]、澤木・道垣内前掲注(2) 214頁、横山前掲注(2) 147頁以下、国際私法学会『国際私法講座 第二巻』（有斐閣、1955年）356頁[齋藤]、国際私法立法研究会前掲注(2) 127頁、西賢「国際私法における代理権」『国際私法の基礎』（晃洋書房、1983年）85頁、池原季雄「無権代理」池原・早田編『涉外判例百選[第三版]』（有斐閣、1995年）59頁、山内・佐藤編『標準 国際私法』（信山社、2020年）120頁[寺井]。松岡・高杉前掲注(2) 170頁は「近時の通説」だという。この立場を採

この説は、代理行為地法は代理人のみならず相手方とも密接にかかわる地でありその法の適用を知りうるから、相手方の取引の保護になる旨を理由として挙げる⁽²⁰⁾。また、この説には代理行為地が必ずしも本人に予見できる地であるとは限らないという難点があるが、これに対しては、本人は原因行為にて代理人の活動を律すべきであるうえ、本人は代理制度により自身の取引範囲を拡張するという恩恵を受けるのだから、代理行為地法が適用されることにより生じるリスクを甘受すべきともいわれる⁽²¹⁾。

ただしこの説に対しては、以下のような批判が考えられる。第一に、代理行為地自体の連結点としての妥当性への疑問である⁽²²⁾。代理行為地は、常に代理の法律関係と密接に関係するとは限らない。法律行為に係る法例旧 7 条 2 項の議論からも明らかなように⁽²³⁾、行為地はしばしば偶然的に定まる。近時では情報通信手段にて契約が締結されることも多い。したがって、例えばノート PC 等のモバイル機器を介しメール等により、偶々滞在していた地から代理行為の意思表示の発信ならびに受信が行われるということはあるであろう。この場合、代理行為地を発信地と到達地のいずれと解するとしても、準拠法の不明確性は免れない。また、対面にて契約が締結されたとしても当該締結地が代理権と密接に関係する地とは限らない。代理人と相手方が、自身らの通常取引拠点から離れた一時的な滞在地にて契約を締結することはありうるからである。このような場合にまで、代理権準拠法につき、代理行為地を連結点とする意義は大きくないといえるであろう（ドイツの議論につき、第 2 章第 2 節 II - 3）。

第二に、代理行為地の具体的定義にやや不明確さがあることである。わが国の学

用したとみられる裁判例として、東京地判昭和 39 年 10 月 15 日下民集 15 卷 10 号 2447 頁。また我が国に管轄がないとして却下された事例であるが、傍論として表見代理につき行為地法を適用する旨判示したものとして、東京地判平成 10 年 3 月 19 日判タ 997 号 286 頁がある。ただし、管轄が肯定された控訴審たる東京高判平成 11 年 3 月 14 日判時 1700 号 41 頁では、代理権準拠法につき判示はない。

(20) 例えば、折茂前掲注 (2) 65 頁、国際私法学会前掲注 (19) 356 頁〔齋藤〕。

(21) 櫻田・道垣内編前掲注 (19) 339 頁〔櫻田〕、横山前掲注 (2) 147 頁。

(22) 石黒前掲注 (2) 154 頁、嶋前掲注 (2) 53 頁。

(23) 法例下においては、この「行為地」の連結点の不当性から、なるべく同法 7 条 2 項の適用はしないよう解釈されるべきと考えられていた。この点につき櫻田・道垣内編前掲注 (19) 192 頁以下〔中西〕。

説においては、この定義が必ずしも明らかにされていない⁽²⁴⁾。ドイツの利用地に係る議論でも示唆されたように、代理行為地とは、現実には代理人が意思表示を發した地をいうのか、それとも本人が、代理人が代理権を行使すべきと指示していた地をいうのかで見解は分かれ得る。

V 代理人の営業所所在地法説

代理権準拠法の決定に際して代理人の営業所所在地を連結点とする説（以下、「営業所所在地法説」という）も有力に提唱されている⁽²⁵⁾。その理由としては、国際取引における代理関係は代理人を中心にして営まれているため、当該地を連結点とすることが、最密接関係地法の指定という理念、取引の安全、当事者の期待に資することが挙げられる。通常、代理人は、その営業所所在地にて代理権を行使することが多いから、この説は代理行為地法説と同様に、相手方の保護に資するとも考えられる。

しかし、代理人が自身の営業所から海外に赴いて代理権を行使した場合のように、代理行為地と営業所所在地とが異なる場合が問題となる⁽²⁶⁾。このとき、相手方が代理人の営業所所在地法の適用を予期しえない場合はありうる。そのため、常に営業所所在地法を準拠法とすべきとまでは言い切れないであろう⁽²⁷⁾。

(24) ただし、山田前掲注(2) 277頁以下は、選択的適用説を採用しつつ、比較的詳細な代理行為地の定義をしている。これにつき前掲注(7) 参照。また、この定義につき意識的に検討しているものとして、国際私法立法研究会前掲注(2) 127頁がある。同研究会は、結論的に現実の代理行為地を連結点とする。さらに、法例研究会前掲注(5) 17頁は、隔地的な取引の際に現実の「代理人の活動地」を連結点とする旨述べている。

(25) 澤木敬郎『国際私法入門[第3版]』（有斐閣、1990年）184頁。また、高桑昭『新版国際商取引法』（東信堂、2019年）43頁は、原則的連結点を代理人の営業所所在地法としつつ、代理行為地法で表見代理が成立するときはそれによるとする。

日本でもたびたび参照されるハーグ代理準拠法条約11条も、様々な例外を設けながらも、代理人の営業所所在地を原則的連結点とする。同条約につき高桑昭『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。また後掲注(32) 参照。

(26) 澤木・道垣内前掲注(2) 214頁は、代理人が営業所から外国に出向いて代理行為を行う場合には、代理の問題とその営業所所在地とは関係性が乏しい旨指摘する。

(27) この説に批判的な見解として、国際私法立法研究会前掲注(2) 127頁、石黒前掲注(2) 153頁。通則法の改正に際しても、代理人の営業所所在地を原則的連結点とすることに對し懸念が表されたこととされる。小出編著『逐条解説法の適用に関する通則法[増補版]』（商事法務、2014年）400頁以下。

第3節 検討

I 諸学説の批判的検討

以上のように見てみると、いずれの説に対しても何らかの欠点を指摘できることが明らかになったと思われる。ここで、もう一度確認したい。

まずわが国で提唱されている説のうち、原因行為準拠法説は、準拠法に係る相手方の予見可能性に難があり取引保護の観点からは問題があるといえる。通常、主体的に代理制度を利用するのは、本人と代理人である。そのため、彼らが代理権に係る事情を最もよく知りうる一方で、相手方は常にそうであるわけではない。相手方のこの劣位な立場は、国際私法上尊重される必要があり、少なくとも相手方に調査し難い法を代理権準拠法とすることは避けられるべきであろう。この意味では同様に、選択的適用説も問題を残している。なぜなら、前述のように、現行の通則法4条2項の適用を前提にする限り、隔地的な代理行為がなされた場合、常に授權行為準拠法（≒原因行為準拠法）が適用されるからである。

これに対し、代理行為準拠法説は、前二説に比べれば取引保護に厚いといえる。当該準拠法の決定に際しては、代理人のみならず相手方も関係するからである。もっとも、常に取引保護に資するとまではいえないであろう。なぜなら、この説によれば、代理行為が締結されるまで代理権に係る準拠法が確定しないからである。この問題は、本人のみならず相手方にとっても大きいであろう。相手方と取引を予定している代理人が正当な代理権限を真に有し、実際に代理行為の効果が本人との関係で発生するか否かにつき契約締結前の交渉段階において確認することが、相手方にとって容易ではなくなるからである⁽²⁸⁾。

たしかに、この問題は、契約交渉の早期の段階で代理人と相手方が代理権の問題を含めて契約準拠法（代理行為準拠法）を決し、その準拠法を前提に契約の締結に至ることができた場合や、事前に契約約款に準拠法条項が置かれておりそれに従

(28) また代理行為準拠法が客観的連結で決定される場合、相手方保護に問題が生じる事例はありうる。例えば、本人が売主であり、かつ代理人がその本人のために相手方と売買契約（代理行為）を締結した場合である。この場合、通則法8条2項によれば、本人が特徴的給付者となるであろう。そうすると、代理行為準拠法は本人の常居所地法となる。この場合、相手方にとって予見し難い法が、本人・相手方関係の代理権準拠法となりうる。同様の指摘として、Spickhoff, *Kodifikation des Internationales Privatrechts der Stellvertretung*: in *RabelsZ* 80 (2016), S. 481(509).

う形で契約が締結されるような場合には、大きくないとはいいうる。しかしそうすると、今度は本人保護の面で問題が生じる。なぜなら、代理行為準拠法の選択には、常に本人が関与できるわけではない。代理人と相手方が、代理権の問題も共に意識したうえで代理行為準拠法を選択することができるかすると、本人の立場を不利にする準拠法が選択される恐れがあるからである。たしかに、本人には事前に代理行為準拠法につき特定の法を選択すべき旨を代理人に原因行為において指示しておくことができるとはいいうる。しかし、このことを常に本人に要求することは現実的とはいえないし、そうでなくとも、契約（代理行為）準拠法が代理権の成否や効力に影響を与えうる以上、契約交渉時に代理人と相手方の契約（代理行為）準拠法自体の選択肢に制約を加えることにつながる。この点でも、妥当といえるかは疑問が残る。

以上に対し、代理行為地法と営業所所在地法は、相手方にとっても本人にとっても比較的予見が難しくないという利点がある。もっとも、やはり各々に難点を抱えている。

代理行為地法は代理人と相手方が同一の国内で代理行為を締結した場合、その確定と確認は比較的容易い。しかし、代理行為が隔地的契約であった場合にはそれが困難である。もし代理人が現実に意思表示を発信した地が連結点とされるならば、特にそれが現代的な通信手段を介してなされたとき、その地が相手方に予見可能であるとは限らない。他方で、隔地的取引における代理行為地を代理人の意思表示が到達した地と解するならば、代理人が代理権を行使した地である「代理行為地」という定義内容からやや外れてしまうことになる。

また、現実の代理行為地は、代理人や相手方が契約締結地を変えることにより操作されうる。これにより、本人にとって思いもよらない準拠法が適用される恐れも生じるであろう。そこで、本人が予め代理権が行使されるべきと代理人に指定した地を連結点とする考え方もありうる。しかし、代理人が、本人に指定された代理行為地とは異なった地で現実に代理行為をなした場合に、本人に指定された地の法を準拠法とするならば、相手方保護の観点から問題が残る⁽²⁹⁾。

(29) この点、西前掲注(19) 84頁以下は、原則的に代理権の現実の利用地によるが、代理人により代理権の行使地の制限を超えた越権代理がなされ、かつ相手方がそれにつき悪意であった場合には、「代理権の行使されるべき地の法」による旨主張する。代理行為地の

以上のように代理行為地には、いくつかの問題が残されている。代理行為地を連結点とする場合には、これを用いるに相当といえる場面を見極める必要があると思われる。

これに対し、代理人の営業所所在地は、代理行為地に比べ、明確に定まるという利点がある。代理行為地は、当事者にとってその操作が容易であり、偶然性にも支配されやすいのに対し、固定的な拠点たる営業所は必ずしもそうではないからである。しかし、やはり問題は残る。第一に、代理人の営業所所在地と代理行為地とが異なる場合、前者を準拠法として優先するとすれば、場合によっては代理権の行使と直接的には関係しない地の法が適用されるのではないかとの疑問である。代理人が自身の営業所所在地外にて代理権を行使するような場合が想定される。また代理人の営業所所在地が必ずしも相手方に明示されたうえで取引がなされるとも限らない。これらの場合、営業所所在地法を適用することは相手方の保護に欠けることになりうる。第二に、営業所を有さない代理人が代理行為を締結する場合、どの準拠法にすべきかが問題となる。任意代理権は、常に「事業者」に授与されるとは限らないからである。さらに、代理人に営業所があったとしても、それが複数の国に所在した場合に、どの営業所を連結点の基準とすべきかも問われる⁽³⁰⁾。このように、営業所所在地法説は、代理行為地法と比べると法的明確性に勝る面はあるものの、個別的具体的な場面においては、代理権と密接に関係しない地の法の適用を導く可能性があるかもしれず、その具体的定義にもなお検討の余地が残っている。

以上のようにみても、営業所所在地と代理行為地法とは、共通の特徴があるように思われる。すなわち、いずれも取引保護に資する面はあるものの、本人や相手方にとって常に密接に関係し、両者にとって常に適用の予見しうる地の法であるとは限らないことである。

以上の問題点に関連して、ドイツの EGBGB8 条の連結政策が注目される。同条は、代理人の営業所所在地（常居所地）等や代理行為地といった複数の連結点を取り入れつつ、これらの地の法が適用されるには、当該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ならない旨定めていた（第 2 章第 3 節 III - 3 参照）。

概念を、場合によって、現実の行為地と（本人により）意図された行為地とで使い分けることを提唱しているものと解される。

(30) 同様の指摘として、小出編著前掲注 (27) 406 頁以下。

わが国においても、代理人の営業所所在地と代理行為地（利用地）のいずれの欠点も補充しつつ⁽³¹⁾、代理権準拠法につきより妥当な連結政策が定められるべきではないだろうか⁽³²⁾。

II 連結政策の検討

II-1 原則的連結点としての代理人の本拠地

以上で検討した通り、代理権準拠法の決定に当たっては、代理人の営業所所在地と代理行為地には各々欠点がみられる。ただしその反面、当事者の法の予見可能性を保証するという意味では、いずれもいくらかの妥当性を備えている。したがって、いずれも連結点として採用するに足る適格性はあるとみてよいと思われる。しかしそう考えられるとするならば、次に問題となるのが、代理人の営業所所在地と代理行為地とのどちらを優先的な連結点とすべきかである。以下では、ドイツの議論を参考に代理権準拠法の連結政策に関する試論を展開したい。

ドイツにおいては、EGBGB8条2項から4項に掛けて、「平常的な利用地」の具体化として、事業者が代理権を行使する場合には代理人の常居所地（2項）、労働者が代理権を行使する場合には本人の常居所地（3項）、それ以外については代理人の平常の利用地（4項）を原則的連結点としていた。特にこの初めの二つを連結点とする趣旨は、代理人が活動する固定的な拠点を連結点とすることで、代理行為地（利用地）の具体的認定の困難を回避し、代理に登場する三当事者の法的確実性を確保できるところにあると解される。この発想は、前述の代理行為地法と代

(31) 例えば、高桑前掲注（25）43頁は、原則的連結点を営業所所在地法とし、代理行為地法により表見代理が成立するときには後者の法によるという説を提唱している。

(32) この点につき、ハーグ代理準拠法条約も参考になる。本条約11条は、客観的連結につき代理人の営業所所在地を原則的連結点としつつ（1項）、次の場合には、代理行為地を例外的連結点とする（2項）。すなわち、代理行為地と本人の営業所所在地とが一致し代理人が本人の名において活動したとき（同項a号）、代理行為地と相手方の営業所所在地が一致したとき（b号）、証券取引所ないしは競売所にて代理行為がなされたとき（c号）、代理人が営業所を有しないとき（d号）、である。この代理行為地は、代理人が隔地的な代理行為の意思表示をなした事例においては代理人の営業所所在地、その営業所がないときにはその常居所地が代理行為地とみなされる（13条）。さらに、雇用に基じた代理人が営業所を有しないときには、本人の営業所が基準となる旨定めている（12条）。

以上のように、本条約は、代理人の営業所所在地と代理行為地とを補充しあうものとして利用しつつ、営業所所在地や行為地の定義をさらに明確化する規定を置いている。

理人の営業所所在地法とのどちらを優先すべきかという問題を考えるにあたっては、後者を優先的に適用する考え方に相当するであろう。

このドイツの見解に倣うとするならば、原則として代理人の拠点たる本拠地を原則的連結点とすべきという結論が導かれると思われる。ここでいう代理人の本拠地とは、代理人が事業者である場合には、その営業所所在地（常居所地）、労働者である場合には、通常は本人の営業所所在地（常居所地）を意味する。ここで労働者につき本人の営業所所在地を原則的連結点とする理由は、労働者が代理権を有する場合、その者自身が営業所を有することは少なく、むしろ本人の営業所を拠点として活動することが多いと考えられるからである⁽³³⁾。

この代理人の本拠地を原則的連結点とする実質的根拠としては、すでに上述した点も含め、主に以下のような理由を挙げることができる。

第一に、代理人の本拠地は、代理人はもとより、本人と相手方にとっても知ることが比較的容易な地であるということである。なぜなら、代理の三当事者においては、代理人が、代理関係において中心的な役割を果たしているからである。代理人は、本人との関係においては原因関係ならびに授権行為に基づき代理権を行使するのであり、相手方との関係では代理行為を締結し、本人に対してその効果の帰属を導く。この過程においては、代理人は本人と相手方とのいずれとも接点を有している。そのため、代理人の本拠地は、本人とも相手方とも密接に関係しており、当該地は両者にとって比較的熟知しやすい地ということができよう。この代理人の本拠地が準拠法となることで、この準拠法の適用に係る三者全員の予見可能性をある程度確保することにつながると考えられる。

第二に、代理人の本拠地は、代理権が行使される前に確定しているという利点がある。代理行為地は、代理行為の締結がなされる時点で初めて確定する。そうすると、代理行為が締結される前の時点においては、本人や相手方は代理人の代理権の有無や代理行為の効果の帰属の確認のために準拠法（代理行為地法）を調査できないという可能性が生じうる⁽³⁴⁾。これに対し、代理人の本拠地は代理行為締結前

(33) この点に関するドイツの議論につき、第2章第3節Ⅲ-3(3)参照。同様の立法例として、スイスのIPRG126条3項がある。また営業所の持たない労働者に限定されているが、ハーグ代理準拠法条約12条も同趣旨の規定と目しうる。

(34) この問題を指摘するものとして、Verhagen, *Agency in Private International Law* (1995), S. 313; Heinz, *Das Vollmachtsstatut* (2011), S. 161f.

あっても存在しているはずである。したがって、当該本拠地を相手方が知りうる状況にある限りで、その法は本人にも相手方にも比較的容易に調査されうる。取引保護の観点からすれば、契約交渉の時点で相手方にそのような機会が与えられる方が望ましいといえるであろう。

第三に、代理人の本拠地を連結点とすることで、代理行為が隔地的取引においてなされた場合の難点を回避することができる。ドイツにおいては、代理行為地は、能動代理の場合には発信地であると解されていた。わが国において代理行為地が連結点とされる場合、通常は同様の解釈が妥当するものと考えられる⁽³⁵⁾。到達地は、代理人が代理権を行使した地というよりも、その効果が及んだ地と解されるから、代理行為地という定義からはやや外れるからである⁽³⁶⁾。しかし他方で、発信地は相手方に必ずしも予見できるとは限らないという問題がある。代理行為がメール等の通信手段によりなされる場合、その発信地が相手方に明示されることは多くないであろうし、相手方が代理人に対し、あえてその地を問い合わせることも稀と考えられるからである。これに対し、代理人の本拠地は、代理人ないしは本人が事業者である限りで固定的であり、その確認も比較的容易であるから、発信地に比して、相手方が知りうる可能性は高いといえるであろう⁽³⁷⁾。

第四に、第三の点と関連して、代理行為が偶然的な地にて行われた場合の欠点を解消することのできるものが挙げられる。代理行為地は、代理人や相手方により操作が可能であり、そのような連結点に基づき代理権準拠法が左右されることは、とくに本人の準拠法に係る予見可能性を害しうる。これに対し、代理人の本拠地は、その操作の可能性が代理行為地よりも低く、その地の決定が偶然に左右されることも多くはないと考えられる。

第五に、代理人が本人より、複数の国にて複数の相手方に対し活動する旨の代理権（いわゆる「継続代理権」）の授与を受けた場合に、代理権に係る準拠法の処理

(35) 例えば、山田前掲注（2）278頁は、選択的適用説を前提とした記述ではあるものの、隔地的取引の場合、発信地を代理行為地とする。

(36) また、能動代理の場合に代理行為地を、原則的に「到達地」と定義することは、本人の保護に反する結果になると思われる。ただし、例外的に到達地法を準拠法として適用すべき場合がある点につき、後掲注（47）周辺の本文参照。

(37) 同旨として、Schwarz, Das Internationale Stellvertretungsrecht im Spiegel nationaler und supranationaler Kodifikationen in: RabelsZ 2007, S. 729(748f.); Spickhoff (Fn 28), S. 513.

を簡素化することができるという利点も挙げるのであろう。代理人の本拠地法によれば、この場合に、代理権準拠法が一つのものに固定できるからである。それに対し、ドイツの議論でも若干見たように、代理行為地が連結点とされると、このような場合には、代理行為地ごとに準拠法が異なることに繋がり、代理人ならびに本人にとり準拠法の処理が煩雑となることは避けられない⁽³⁸⁾。相手方の予見可能性が著しく損なわれるような場合は別段、そうでなければ国際的な代理の利用の簡素化ひいては取引の円滑化を促進するためにも、代理人による準拠法の処理の煩雑化といった事態はなるべく避けられるべきと考えられる。

以上で検討したように、代理人の本拠地は、代理行為地に比し、連結点としての適格性に勝るところが多いように考えられる。したがって、原則的には代理人の本拠地法を準拠法とするべきであろう。

なお、この説を採用する場合、代理人の本拠地が複数存在するとき、そのいずれを準拠法の基準とすべきかという問題が生じる。代理人が事業者であった場合には代理人の営業所、労働者であった場合には本人の営業所が複数あり、代理人がこれらを定期的に移動しつつ活動するということはありうる。この場合、時には認定が困難であることもあると思われるが、基本的には、代理権の行使時点に代理人が主たる拠点としていた営業所所在地を連結点の基準とすべきと考えられる。代理権と最も密接に関係するのはこの代理権の行使の時点の本拠地であり、この時点の主たる本拠地法を適用することは、この時点に代理人と接する相手方の準拠法に関する予見可能性に資すると思われる。

II-2 補充的連結点としての代理行為地

通常、代理人の本拠地と代理行為地とは一致することが多いと考えられる。例えば、代理人の本拠地に相手方が赴いて契約を締結した場合や、本人が海外に営業所を有する代理人を選任しその地で代理人と相手方が契約を締結した場合である。代理人の本拠地と代理行為地が一致する場合、当該地は代理権と密接に関係し、本人・代理人・相手方のいずれにとってもその地の法の適用の予見は容易といえる。このような場合には、原則通りに代理人の本拠地法によらしめれば足りるのであろう。

(38) この点につき、特に拙稿「ドイツ国際私法における任意代理権の準拠法 (1)」法律論叢 93 卷 4・5 合併号 (2021 年) 252 頁脚注 57、266 頁参照。

しかし、すでに本章第2節Vならびに第3節Iにて前述されたように、この代理人の本拠地が代理権と常に密接に関係しており、その地の法の適用が代理に關係する当事者（特に相手方）に常に予見できるとまではいえない。先に確認した代理人の営業所所在地の難点を踏まえると、その例として、大きく分けて以下の三つの場合が挙げられる。

第一に、現実の代理行為地が、代理人の本拠地ではなく相手方の常居所地であった場合が挙げられる。特に、代理人が自身の本拠地から相手方の常居所地に赴き、当地にて交渉から代理行為の締結までの一連の行為が行われた場合である。この場合、代理権と最も密接に關係する地は、代理人の本拠地よりも現実の代理行為地というべきであるから、この代理行為地を準拠法とすべきであろう⁽³⁹⁾。後述の隔地的取引の場合とは異なり、前記の場合には代理行為地の認定および確認が容易と解されるし、相手方が代理人の本拠地法の適用を期待しうるとも考え難いからである。これに対し、本稿で紹介したEGBGB8条はこの場合にもあくまで原則的連結点たる代理人の常居所地法（同条2項）ないしは本人の常居所地法（同条3項）を適用する。その理由としては、代理行為地法の適用が本人の利益に反することが挙げられる⁽⁴⁰⁾。たしかに、代理人が本人の知らないうちに相手方の常居所地に赴き契約締結にまで至った場合、本人がその地の法の適用を予見することには困難があるかもしれない。しかし、この場合にまで、相手方に外国法の調査を課すことは取引保護という観点からは逆に疑問が残る⁽⁴¹⁾。このときは、むしろ本人保護よりも、相手方保護を重視すべきではないかと考えられる。

もっとも、以下の場合には代理行為地法によるべきではないであろう。例えば、隔地的に代理行為が行われた場合には、原則通りに代理人の本拠地法によるべきである⁽⁴²⁾。代理人の本拠地から隔地的に代理行為が行われた場合には代理人にとっ

(39) ハーグ代理準拠法条約も、代理行為地と相手方の営業所所在地が一致した場合について、当該地の法を準拠法とする。前掲注(32)参照。木棚・松岡編『基本法コンメンタール』（日本評論社、1994年）53頁[野村]も、本人と相手方との關係に関し判示する日本の判例は、代理行為地であつ相手方の営業所所在地のある地の法を準拠法としているという。

(40) Spickhoff (Fn 28), S. 514.

(41) この点につき、拙稿前掲注(38) 283頁以下も参照。

(42) 法例研究会前掲注(5) 17頁は、代理行為地法を原則的連結点とする案において、隔地的取引の場合には、代理人の活動地を準拠法とする旨述べる。必ずしも明確ではないが、本文と概ね同様の結論を示唆するものと解しうる。

ての代理行為地は、その意思表示の発信地と解され、代理行為地はなおも代理人の本拠地に存在するといえる⁽⁴³⁾。この場合、代理人の本拠地を基準とする方が準拠法の明確性に資する。また、代理人が自身の本拠地のない国から隔地的に代理行為に係る意思表示を発信した場合にも、代理人の本拠地法を準拠法とすべきではないかと考えられる。たしかに、このとき「代理行為」自体は代理人の本拠地と場所的には密接に関係していない。しかしこの場合、相手方や本人が当該発信地を知るとは必ずしも容易ではない。代理権準拠法は、代理権に基づき発生する本人と相手方の権利義務の帰属の可否を左右するのであるから、この可否の問題がその両者の予見し難い法により判断されるべきではないであろう。むしろ本人はもとより、相手方は代理人がその本拠地から活動しているという推測をするはずである。そして、代理人が一時的な滞在地にて発信行為をしたからといって、代理権の重点が代理人の本拠地外に移るとまではいえない。したがって、当該本拠地の方が「代理権」の問題と密接に関係すると解するべきではないだろうか。またさらに、代理人が、代理人の本拠地から隔地的に交渉を繰り返し、ただ一回の契約締結のためだけに代理行為地たる相手方の常居所地に赴いたという場合も、代理権準拠法は原則的に代理人の本拠地法とすべきであろう。この場合、現実の代理行為地は偶然性に大きく左右されており、最密接関係地の認定という意味においても当事者の法の予見可能性という意味でも重要度は高くないと考えられるからである⁽⁴⁴⁾。

第二に、代理人の本拠地に連結すべきではない場合として、代理人が事業者としても労働者としても代理権を行使する者ではない場合が挙げられる。この場合には、相手方が認識しうるに足る代理人の固定的な本拠地は存在しないと考えられる。したがって、代理行為地の他に代理権に関する適当な連結の基点は存在しな

(43) ハーグ代理準拠法条約も、隔地的取引における代理行為地につき同様の定義を行う。前掲注(32)参照。

(44) Schwarz (Fn 37), S. 763 は契約署名のためだけに、代理人が相手方または本人の国に赴いた場合、利用地国は偶然により定まっているに過ぎない旨指摘する。

い⁽⁴⁵⁾。端的に現実の代理行為地を連結点とせざるを得ないように思われる⁽⁴⁶⁾。

第三に、相手方が代理人の本拠地を知りえなかった場合を挙げることができる。ドイツのEGBGB8条2項以下においては、原則的連結点について相手方の了知可能性が認められない場合、最終的に代理行為地を含んだ補充的な連結をなす旨が定められていた（第2章第3節Ⅲ-3（1）（5）参照）。この了知可能性の要件は、わが国においても、ドイツと同様に代理人の本拠地を原則的連結点とする限りで要求される必要がある。さもなければ、取引保護という代理制度に要請される原則が、国際私法において保証されなくなるからである。代理人の本拠地は本人と代理人にとって容易に知ることができる一方で、相手方にとっては常にそうとはいえない。したがって、例えば相手方が国際的ないしは隔地的な取引に関与していると認識できず代理人の本拠地が自国にあると誤認するような状況にあった場合や、代理人が自身の本拠地について秘匿していたり誤った表示をしていたような場合等においては、現実の代理行為地法が準拠法とされるべきである。この場合、相手方は、代理権準拠法が外国の法となることを予見することができず、そもそも連結点及び準拠法の確認を行い得ないからである。

もっとも、代理行為地法が適用されるべき場合であっても、さらに相手方が代理行為地たる代理人の意思表示の発信地すら知りえないということはある。例えば、隔地的な代理行為がインターネットや電話を介して行われた場合等が挙げられる。この点、ドイツのEGBGB8条5項は、現実の代理行為地が相手方に了知可能でなかった場合、最終的には本人の常居所地法を準拠法としている（第2章第3節Ⅲ-3（5）参照）。しかし、この場合には、むしろ取引保護の考え方を尊重し、原則的に、相手方の常居所地と一致することが多いであろう代理行為の到達地法を

(45) このとき、代理人の常居所地を連結点とすることが考えられる。しかし、代理人が事業者でも労働者でもない場合、その者の常居所地は経済的拠点として機能しているとは限らないから、その地が代理権と密接に関係しているとはいえないであろう。また、この場合の常居所地の認定は柔軟な基準をもって行われることが多く、その場所の確認は困難であろうから、相手方の予見可能性という面でも問題が残る。同旨として、Schwarz (Fn 37), S. 753f.

(46) この点、ハーグ代理準拠法条約11条2項d号は、この場合に代理行為地法を準拠法とする。前掲注(32)参照。また、ドイツのEGBGB8条4項は、この場合に継続的代理権が代理人に授与されたときには、平常的利用地法を準拠法とすべき旨定めている。もっとも、この後者の連結点は法的明確性に難があるように思われる。第2章第3節Ⅲ-3（4）参照。

準拠法とすべきではないかと考えられる。たしかに代理人が本人の常居所地を予め相手方に知らせることはありうる⁽⁴⁷⁾。しかし、それでも、代理行為地を知りえなかった相手方が、代理権につき本人の常居所地法が適用されることまでも常に期待しうるとはいえないであろう。

以上、代理権につき代理行為地法が適用されるべき例外的場合を検討した。ここで主張された説は、特に本人の準拠法に係る予見可能性という面では若干の問題を残している。なぜなら、原則的連結点の適用が了知可能性という相手方の主観的事情に左右され、かつ補充的連結点としては、本人にとって常に確知できるとまではいえない現実の代理行為地が採用されているからである。しかし、代理人が相手方の常居所地に赴き交渉ならびに契約締結に至った事例でない限り⁽⁴⁸⁾、代理人が自身の本拠地を偽りなく相手方に伝えた状況がありさえすれば、通例は当該本拠地法が準拠法となるのであるから、本人の法的明確性の問題性は大きいものとまではいえないであろう。そもそも任意代理において重視されるべきは、相手方の取引保護と考えられる。本人は通常、代理人の活動をある程度は把握すべき立場にあるのであり、代理人を積極的に利用した以上、代理人の活動如何により当初想定した準拠法とは相違しうるという不利益を引き受ける立場にあると考えられる。本人には、後述する当事者自治の利用や、代理人に対する代理行為の実施方法の指図⁽⁴⁹⁾などを通して、自身の望む準拠法の適用を実現する余地がある程度は残されている。そのため、

(47) この点、Spickhoff, Die Vollmacht im Kollisionsrecht—Zum Stand der Diskussion in Deutschland in: ZfRV 2016, S. 175ff.(181)は、この場合には相手方に本人の常居所地を問い合わせる義務があるとして、代理行為の到達地よりも本人の常居所地法を準拠法にすべき旨主張する。

(48) 本説では、この事例の場合、代理人の代理権が（特に相手方との関係で）発生しているか否かといった問題につき、本人は、早くとも代理人が相手方と接触する時点にならなければ知りえないといった問題が発生する。しかし、相手方の保護のためにはある程度やむを得ないであろう。

(49) この点、ドイツのEGBGB8条5項第2文は、同条1項乃至4項の原則的連結点を利用されない場合に、まずは代理人と相手方が了知できていた限りで本人によって意図されていた代理行為地法（利用地法）が適用される旨、規定している。これは、受け皿規定にすぎない同条5項においてすら、代理行為地法の適用に係る本人の予見可能性を一定程度配慮しようとしたものと考えられる（拙稿前掲注（38）270頁以下参照）。もっとも、代理人の本拠地を原則的連結点とすることですでに、本人の準拠法に係る予見可能性は確保されていると考えられる。これ以上の保護が本人に必要なかについてはやや疑問の余地が残る。むしろ、準拠法の認定の確実性をなるべく確保するため、代理行為地は現実のものに限定するべきではないだろうか。

本稿において主張される見解は、本人に全面的に酷とまではいえないであろう。

II-3 主観的連結

ドイツの EGBGB 8 条 1 項は、代理権準拠法につき当事者自治を認める旨明定していた（第 2 章第 3 節 III-2）。次にわが国にてこれが認められるべきか検討したい。

わが国においては、代理権準拠法に係る当事者自治の許容性に関する議論は乏しい。通則法の立法過程においても、任意代理権につき当事者自治を導入する諸国国際私法の存在が認識されながらも、これが積極的に主張されることはなかったようである⁽⁵⁰⁾。もっともその理由としては、任意代理に係る国際私法規定そのものの明文化が断念されたところにあると解される。したがって、このことがわが国にて、直ちに任意代理に当事者自治を認めない理由となるわけではないであろう。従来、これを認める旨の学説はたびたびみられたところである⁽⁵¹⁾。そして、代理権準拠法における当事者自治は、現状、ドイツを含め国際的に認められる傾向にある⁽⁵²⁾。このことから、わが国としても今後はこれを積極的に認めるべきと考えられる。ドイツの議論でも見たように、その実質的根拠としては、以下の二点を挙げることができる。

第一に、当事者自治の原則の認められる主たる根拠が、当事者の法的明確性ならびに準拠法の予見可能性の確保にあることには凡そ異論はないであろう⁽⁵³⁾。そして、これが国際代理においても要請されるということが、理由の一つとして挙げられる⁽⁵⁴⁾。我が国の学説を概観しただけでも明らかなように、現在、任意代理に係

(50) 法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」別冊 NBL 編集部編『法の適用に関する通則法関係資料と解説』（商事法務、2006 年）164 頁。

(51) 当事者自治を認めるものとして、櫻田前掲注 (2) 191 頁以下、横山前掲注 (2) 146 頁以下、山田前掲注 (2) 277 頁、法例研究会前掲注 (5) 18 頁以下。おそらく明示の法選択に限り認めるものとして、西前掲注 (19) 75 頁。また神戸地決昭和 34 年 9 月 2 日下民衆 10 卷 9 号 1849 頁は、傍論であり、かつ結果的に行為地法の選択的連結で解決されたものの、法例 7 条により「代理権授与行為等の準拠法は、その当事者の意思により定まる」としつつ、この準拠法が原則として本人と相手方の関係につき適用されうることを述べている。

(52) 拙稿前掲注 (38) 260 頁脚注 (93) 参照。

(53) 例えば、中野俊一郎「当事者自治の正当化根拠」立命館法学 339・340 号 (2011 年) 321 頁、小池未来『国際家族法における当事者自治』（信山社、2019 年）16 頁とそこで引用される文献参照。

(54) 法例研究会前掲注 (5) 18 頁。播磨健志「国際取引における代理権の準拠法—実務上の対

る客観的連結の議論は区々に分かれており、国際取引において代理制度を用いることへの障壁となっていると考えられる⁽⁵⁵⁾。また、本節Ⅱ-1およびⅡ-2にて主張した客観的連結政策も、原則的連結点の利用に相手方の了知可能性という主観的要素を要求せざるを得ないことや、本人の準拠法に係る予見可能性にやや難の残る現実の代理行為地を補充的連結点として採用していることから、特に本人につき準拠法の不明確性を完全には払拭できていない。しかし代理につき法選択が認められるならば、この客観的連結に係る準拠法の不明確性から逃れる手段が当事者に与えられ、それにより代理を用いた取引の安全が確保される。これに伴い国際代理に関する事後的な当事者間の争いをも抑止することにつながるであろう。

第二に、任意代理制度それ自体は国家の公共政策と強い関わりを持たないことが挙げられる。たしかに、国際私法が対象とする単位法律関係の中には、当事者自治が制限ないしは排斥されなければならないものがある。実際にわが国際私法では、当事者自治が認められる契約の分野においても、弱者保護が強く要請される消費者契約や労働契約には法選択の制限がなされている（通則法 11 条 1 項、12 条 1 項）。また、同じく当事者自治が認められる不法行為の分野においては、国家の公的利益や公共政策に強くかかわる不正競争や競争制限行為等の一分野については、これが認められないとの解釈論が提唱されている⁽⁵⁶⁾。しかし、任意代理制度にはこれらの理由が必ずしも当たらないと考えられる。同制度の趣旨は、私的自治の拡張、すなわち私人の取引範囲の自発的な拡張にある。実質法上も、任意代理は本人の意思の表示により生じることが前提とされる。このことから、むしろ任意代理制度は私的自治の原則に強く関わる制度とというるから、契約と同様に、国際的局面において当事者自治の原則を認める理由は十分にあるのではないだろうか⁽⁵⁷⁾。

当事者自治が認められうるとすれば、次の問題は、いかなる様態の当事者自治が

応」JCA ジャーナル 59 巻 11 号（2012 年）14 頁は、代理の準拠法に係る法的不確実性を解消する手段として、準拠法合意の必要性を強調している。

(55) この点につき、高桑前掲注 (25) 43 頁。

(56) 例えば、市場型不正競争行為につき、櫻田・道垣内編前掲注 (19) 451 頁以下〔西谷〕。

(57) 同旨として、法例研究会前掲注 (5) 18 頁。ただし、実質法上の私的自治と国際私法上の当事者自治とは、その性質が大きく異なるため、前者が当事者自治の許容に結びつくわけではないとするものとして、石黒一憲『現代国際私法 [上]』（東京大学出版会、1986 年）101 頁。ただし、櫻田・道垣内編前掲注 (19) 180 頁〔中西〕は、契約自由を基礎づけるより上位の原則である私的自治や基本権としての自己決定権までさかのぼるのであれば、それを当事者自治に派生するものとして、根拠づけることがありうるという。

認められるべきかである。授權行為の準拠法に法例7条1項（通則法7条）を適用する従来の見解によれば、そこにおける「当事者」は授權行為における本人と代理人と解されていた⁽⁵⁸⁾。そうすると、この説によれば、本人と代理人のみが代理権準拠法の選択をすることができることになろう。しかし、任意代理権の要件ならびに効力については、本人・代理人・相手方のすべてが利害関係を有する⁽⁵⁹⁾。したがって、法選択をなしうる当事者にはこの三者すべてが含まれると解されるべきであろう⁽⁶⁰⁾。代理権準拠法の選択に際しては、本人・代理人・相手方の三面的法選択が必要と考えられる⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾。

これに対し、ドイツのEGBGB8条1項においては、法選択につき常に三者全員の合意が要求されているわけではなく、代理権の行使前においては本人による一方的法選択が認められ、かつその法選択が代理人と相手方に了知されていればよいとされていた（第2章第3節Ⅲ-2（2））。すなわち、EGBGB8条1項は、本人による一方的な法選択に対し、代理人と相手方に自発的な行為を要求せず、ただ法選択を知った状況にあったことのみにより法選択の効果を代理人と相手方に発生させる。しかし、本人による一方的法選択を知ったという事実だけをもって、選択された法内容の調査義務を代理人や相手方に課するのは酷ではないだろうか。なぜなら、本人により選択された法が、代理人や相手方と密接に関係する地の法とは限らないため、選択された法自体を彼らが知ったとしても、その法内容の調査までには至らないことはありうるからである。ただし逆に、法選択に関する承諾があれば、選択

(58) 本章第2節Iの選択的適用説がこの前提をとるものと解される。

(59) この点につき、後述の本節Ⅲ-3参照。

(60) 授權行為は、本人と代理人によりなされるのであるから、法選択もその当事者でのみなされると構成する方が一貫するとの批判が予想される。例えば、信託につき澤木・道垣内前掲注（2）212頁、八並廉「信託の準拠法に関する考察—信託当事者間関係の多様化に着目して」国際私法年報15号（2014年）199頁は、実質法上の法律行為の主体と法選択の主体とが一致することを前提していると解される。たしかに、実質法上の法律行為と法選択との主体が一致しなければ、これらが同時に成立しないという弊害はある（この問題を示唆するものとして、森田果「信託」民商法雑誌135巻6号（2007年）121頁）。しかし国際私法上の法選択は、実質法上の法律行為とは別個独立に成立するものと考えられる。法選択がどのようになされるべきかは、準拠法の予見可能性といった国際私法上の利益を考慮したうえ決されるべきであろう。したがって、その利益に適用限りで、当該法選択の主体は実質法上の法的構成から離れても構わないと考えられる。

(61) 同旨として、横山前掲注（2）146頁以下。

(62) ただし、代理権行使前の法選択につき、後掲注（66）参照。

された準拠法の予見可能性が当該当事者らに強く確保されているといえるし、その準拠法の内容を調査する負担を当該当事者らに課すことが正当化されると思われる。少なくとも当事者自治の妥当する場面においては、当事者は自らの望まない法の適用を拒否する機会が与えられるべきではないだろうか⁽⁶³⁾。

もつとも、国際契約と同様に黙示の法選択は認められてもよいであろう。例えば、代理人が相手方に対し、本人の作成した授權証書内の準拠法条項を明らかにしたうえで、代理人と相手方があえて代理行為をしたような場合には、その両者はこの準拠法の適用を前提に代理関係に関与したとという。この場合、代理人と相手方が代理行為をしたという事実から、代理権準拠法に係る黙示の意思表示（承諾）を推認することができるであろう⁽⁶⁴⁾。このことから、あえてドイツのように本人の一方的法選択を認め、これにつき相手方と代理人の了知性要件を設定する必要もないと考えられる⁽⁶⁵⁾。

また、任意代理権に係る法選択がいつの時点になされるべきかが問題となる。まず、この時点は本人と相手方との授權行為の時点と考えることがありうる。しかしむしろ、この時点は授權行為から代理権行使時以降までの期間と広く解されるべきであろう。授權行為時には、代理関係の中にまだ相手方が現れておらず、早くとも代理権行使時でなければ、相手方は法選択に関与することができないからである⁽⁶⁶⁾。

(63) 法例研究会前掲注 (5) 18 頁は、承諾を介しない場合、相手方保護に問題が生じうる旨指摘する。

(64) 結論的に同旨として、山田前掲注 (2) 277 頁。もつとも、代理人が非顕名の代理行為をした場合には、黙示の承諾を認定すべきではないであろう。

(65) これに対し、ドイツにおいては代理権の行使前に、法選択に係る全三者の合意を要求すると問題が生じることが指摘されていた。これについては (第 2 章第 3 節 II - 2 (2) 参照)。本稿の見解によれば、例えば以下の問題は生じうる。すなわち、代理人が代理権に係る準拠法条項を提示したうえで相手方に対し代理行為の締結を提案したところ、相手方が当該準拠法の適用のみを拒否して代理行為を締結した場合、本人の意図した準拠法が適用されないという問題である。この問題に対しては、代理人には、法選択が拒否された旨を本人に通知し代理行為の締結を取り止める等の対応が要請されることになる。代理人がこれを怠った場合には、本人と代理人との間の原因行為とその準拠法に基づき責任を問われることになろう。

(66) ただし、本人と代理人とが法選択をしたとしても、まだ代理権が行使される前であれば、相手方の関与なしに本人と代理人とで法選択が撤回ないしは変更されてもよいであろう。また、この時点で本人と代理人とで授權行為の解除が問題となった場合には、その問題は両者間によって選択された法によると考えられるべきであろう。なぜなら、代理権の

II-4 小括

以上、主にドイツの EGBGB を参考に、わが国における代理権準拠法の連結政策につき試論を展開した。わが国の通則法には、任意代理権に係る直接的な国際私法規定はないと解されている。本稿もその前提に従っている⁽⁶⁷⁾。したがって、本稿の主張は、立法論か条理として採用しうるに過ぎない。代理権準拠法の国際私法規定が明確化されることが望ましいことはいうまでもない。代理権準拠法に関する法的確実性を確保するためにも、今後のその立法の可能性が強く期待されるべきであろう。

なお、代理人の本拠地を原則的連結点とすることに対しては、以下のような批判が予想される。すなわち、通則法制定過程においては、代理人の営業所所在地は、取引と関係ないという実務的感覚があるとの実務側からの批判があったとされる⁽⁶⁸⁾。たしかに、代理人がわが国にやってきてわが国の相手方と代理行為を締結するような場合に、常に代理人の営業所所在地法によることは妥当とはいえないであろう。したがって、ただ契約締結の目的だけでわが国に代理人が赴いた場合は別段、契約交渉等もわが国において主として行われるような事情があった場合には、前述したように代理行為地は日本にあるとして、日本法を代理権準拠法として適用すべきであろう。しかしその他の場合については、原則として代理人の本拠地法が準拠法とされるべきと思われる。その場合にも日本企業側が日本法により代理人の代理権を確認したいという事情があるならば、主観的連結により対処すべきと考えられる。

行使前には、そもそもまだ相手方は代理関係の中に現れておらず、当事者といえないからである。

(67) これに対し、代理における本人と相手方の関係の問題につき、国際私法上一種の事務管理の問題と性質決定しつつ、通則法 14 条乃至 16 条により準拠法を決定するという、通則法の明文規定に根差した見解の存在を示唆するものがある。澤木・道垣内前掲注 (2) 215 頁。もっとも、無権代理のときの本人と代理人の関係の場合を措くとしても、有権代理の場合に本人と相手方の関係につき当該規定を持ち出すことはやや困難なように思われる。また、代理の場面において通則法 14 条における「その原因となる事実が発生した地」を具体的にどこに認定するかといった課題も残るであろう。ただしこの点、代理行為地という結論を導き得る旨指摘する説として、神前・早川・元永前掲注 (2) 234 頁。

(68) 小出編著前掲注 (27) 400 頁以下、また同趣旨として阿部耕一『国際取引と銀行取引』（経済法令研究会、2009 年）204 頁。

Ⅲ 日本における授權行為の位置づけ

Ⅲ-1 序

これまでドイツの EGBGB の規律を主に参考として、代理権の連結政策につき検討した。しかしこのドイツの代理権準拠法の決定方法には、わが国の諸学説と前提が異なるところがないわけではない。最後にこれを検討したい。

前述のように（本章第 1 節）、日本の学説の多数は、任意代理の準拠法の決定に際して、本人・代理人・相手方の代理の三面的関係のうち、各二者間の人的関係ごとに準拠法を定める。そのうえで、本人・相手方関係の準拠法決定が重点的に議論される傾向にあった。この際、日本の学説の多数は、一般に本人・代理人間で生じる代理権の問題（授權行為）と、相手方・本人間で生じる代理権の問題（主に本人への代理行為の効果の帰属）とを、別々の準拠法によらしめてきたと考えられる⁽⁶⁹⁾。これに対し、ドイツにおいては、これら二つの問題を一括して代理権準拠法の適用範囲に妥当するものとして取り扱ったうえで、授權行為から切り離された本人・代理人関係にて生じる権利義務問題だけに原因行為準拠法を適用する（第 2 章第 2 節 I 参照）。このことから、本人・代理人間の授權行為の成立と範囲の問題を代理権準拠法（本人・相手方関係にも適用される準拠法）によらしめるか否かにつき、日独で相違が生じているといえる。

この相違は、わが国では、代理権準拠法を、原則として授權行為（原因行為）準拠法によらしめない説（特に本章第 2 節 I と II 以外の説）において生じる⁽⁷⁰⁾。これらの説は、授權行為の成立や範囲は、本人と代理人との関係については両者間で取り決められた準拠法（授權行為準拠法またはそれに係る法選択がなければ原因行為準拠法）により、本人と相手方の関係についてはそれとは異なる準拠法（具体的な準拠法は、第 2 節 III から V の説により異なる）によるというように、各々を別々の連結政策によらせているからである。

以上のような代理関係の当事者間ごとに準拠法決定を別々に説明していくとい

(69) 特に折茂前掲注 (2) 65 頁、櫻田前掲注 (2) 192 頁以下、澤木・道垣内前掲注 (2) 213 頁以下、松岡・高杉前掲注 (2) 170 頁等は、相手方と本人との間において代理権の存否や範囲が問題になる場合に、授權行為準拠法とは別の代理行為地法を適用することを前提にした記述となっている。

(70) 特に原因行為準拠法説は、本人・代理人関係と本人・相手方関係とのいずれにも原因行為準拠法を適用するため、両法律関係につき準拠法が基本的に相違しない。

う日本の通説的な考え方は、一見したわかり易さという面では優れていると思われる。しかし、本人と代理人との間の授權行為の成立は、相手方との代理行為の効果を本人に帰属させるという代理権の効果発生的前提問題である。その意味で授權行為の成否は、代理権の行使ならびにその効果の発生へと連なる一貫した問題であると説明することができ、また相手方の利害とも無関係ではない。わが国の多数説は、代理権の成立から効果に至るまでの一連の流れに本人・代理人・相手方のすべてが関わるにもかかわらず、これらを二者間の関係に分断させ、準拠法を異ならしめる余地を認めている。この点に問題があるといえないだろうか。

たしかに授權行為の成立と範囲という問題は、そこで代理権の存在が確定され代理人の権限内容が定まるという意味で本人・代理人の関係の問題であるといえる。しかし、この問題は代理行為の効果帰属の一要件でありその効果の範囲を確定するという意味では本人・相手方の関係とも関わる問題である。そうとすれば、当該関係ごとに準拠法を異ならしめることは妥当ではないように思われる。わが国においても本人・代理人間の代理権（授權行為）の問題は、本人・相手方の問題を含め一括して代理権準拠法によらしめるべきと考えられる⁽⁷¹⁾。その理由を、以下、Ⅲ－2とⅢ－3にて敷衍したい。

Ⅲ－2 適応問題の可能性

まずわが国の見解では、本人・代理人間の関係における代理権の成立や範囲の問題（以下、①という）と、本人・相手方間の関係における当該問題（以下、②という）の準拠法が異なることにより、①と②の実質的内容が食い違うことにな

(71) 本文のような考え方を示唆する見解は、わが国にもみられる。例えば、高桑前掲注（2）96頁参照。また、山田・澤木編『国際私法演習』（有斐閣、1973年）43頁以下〔澤木〕は、本人・代理人間と代理人・相手方間の代理権の成否につき、いずれも代理行為地法によらしめる旨主張したうえで、代理の効果の発生以外の本人・代理人間の純粋に内部的な問題は、原因行為準拠法によるとする。江川英文『国際私法（改訂）』（有斐閣、1970年）185頁、實方正雄『国際私法概論（再訂版）』（有斐閣、1942年）162頁は、「任意代理」は「授權行為準拠法」に従うという旨主張していることから、少なくとも有権代理の場合に、本人・代理人関係と相手方・本人関係の代理権の成立と効力について、同一の準拠法（授權行為準拠法）によらしめることを意識していたものと解される。

通則法の改正過程でも同種の議論がなされていたことにつき、小出編著前掲注（27）397頁以下、400頁。

る⁽⁷²⁾。これにより、適応問題が発生する可能性がある。

第一に例えば、①の準拠法によれば、有効に授権行為がなされ代理人に代理権があるとされるにもかかわらず、②の準拠法によれば代理権が失効しているような場合に、代理人と相手方が代理行為をしたとき、①の準拠法によれば、本人・代理人の関係では有効な代理権の行使がなされたことになり、②の準拠法によれば、相手方・本人の関係では無権代理となりうるから、表見代理が生じない限り代理の効果は発生しない。この場合、次の問題が生じる。すなわち、代理人は、②の準拠法により本人に代理の効果の帰属をもたらすことができなかつたにもかかわらず、①の準拠法により本人との関係では有権代理をしたことになり、本人に授与された代理権に係る任務を果たしたことになる。したがって、理論的には本人は代理人に対して責任を追及できず、かつ相手方に対しても何も請求できないことになる可能性がある。

逆に第二に、①の準拠法によれば代理人の代理権が失効しており、②の準拠法によれば代理権が持続している場合に、代理人と相手方が代理行為をしたときは、相手方・本人の関係では有権代理となり代理行為の効果は本人に帰属しつつ、本人・代理人の関係では無権代理行為をしたことになる。この場合には、次の問題が生じる。すなわち、代理人は、②の準拠法により本人に代理行為の効果の帰属をもたらすことができたとにもかかわらず、①の準拠法により本人との関係では無権代理をしたことになるから、理論上は本人に対し何かしらの責任を負う必要が生じる。そうすると本人は、②の準拠法にて有効に代理行為の帰属を受けたはずにもかかわらず、①の準拠法による無権代理という前提の下、代理人に対し追加的に責任を追及することができることになりかねない。

以上の第一と第二の問題においては、①の結果と②の結果のいずれかを優先しない限り、一貫した結論を導くことができない。これは①の準拠法と②の準拠法との不整合により発生する問題といえる。たしかに、この問題は、実質法上の適応によって解決できるかもしれない⁽⁷³⁾。しかしそのような事態は避けられるべきであ

(72) 法例研究会前掲注(5) 15頁も同様の問題を指摘する。また、木棚・松岡編前掲注(39) 53頁[野村]も表見代理を例にして、両準拠法の不整合から生じる不都合を説明する。

(73) 例えば、取引(相手方)保護の観点から、②の結果を重視するという価値判断をすることが考えられる。そうとすると、第一の事例であれば、本人に対する代理行為の帰属が発生していないという結果を重視し、本人は代理人に対し原因行為準拠法に基づき契約違

り、むしろ国際私法の段階で結果の不適応をもたらさないよう、関係する法的問題の準拠法をできるだけ一つにすべく大きく単位法律関係を設定するべきであろう。また、これら第一と第二の場合のいずれの場合においても次の問題が生じる。すなわち、代理人は①と②のどちらにも関係するため、自分の代理権につき①と②のいずれの準拠法に従えばよいのか事前に判断ができず、難しい立場に置かれることになるという問題である。

以上から、本人・代理人との関係の代理権の成立および範囲と、本人・相手方との関係のそれとは、同一の準拠法によらしめるべきである。

Ⅲ－3 単位法律関係としての「代理権」

日本の従来の説には、本人・代理人関係につき授権行為の準拠法によらしめるとしつつ、当該準拠法が通常は原因行為の準拠法と一致すると述べるものが多い。そこには、本人と代理人との関係においては授権行為と原因行為とが並存するという前提、すなわち国際私法上両者を理論的に峻別するという前提があると解される⁽⁷⁴⁾。しかし、本人と代理人との関係においてすでに、原因関係があるという前提をとるのであれば、本人と代理人とで完結する問題はこの原因関係の準拠法によれば足りる。それ以上に国際私法の段階において、本人と代理人の関係に適用の限られた授権行為準拠法を決定する必要はないと考えられる⁽⁷⁵⁾。代理権に係る準拠法を、本人・代理人関係と相手方・本人関係とに分けて決定すると、理論上、本節Ⅲ－2にて前述した適応問題の生じる余地を認めることにもなるからである。むしろ、国際私法の段階における単位法律関係として原因行為と授権行為とを峻別するのではなく、国際私法上の「代理権」という独立した単位法律関係を設定すべきと考えられる。そのうえで、準拠実質法上生じうる授権行為の成立と代理権の範囲

反を主張することができる構成しうる。また第二の事例であれば、実際に本人に対する代理行為の効果の帰属は発生したのであるから、これを重視し、本人から代理人への責任追及はできないというように構成することはできる。

(74) 野村前掲注(10) 370頁は、日本のどの説もこれを前提とするという。現在もその状況は変わっていないといえるであろう。前掲注(2)で挙げられる文献参照。ただし、例えば神前・早川・元永前掲注(2) 232頁は、本人と代理人の関係について、「授権行為」に言及せず「委任契約や雇用契約の準拠法による」と述べるにとどめている。

(75) 野村前掲注(10) 43頁以下は、国際私法のレベルにおいて授権行為と原因行為とを峻別する必要性はないという。同様に、元永前掲注(17) 49頁。

の問題は、本人・代理人関係と相手方・本人関係とで区別することなく、この「代理権」の問題として性質決定し、これらにつき単一の連結政策に基づき単一の準拠法を適用するべきではないだろうか。

この考え方は、国際私法において授權行為が原因行為の中に解消されるとしつつ、原因行為準拠法を相手方・本人関係にも適用することを主張するものではない⁽⁷⁶⁾。実質法上、授權行為と原因行為とが峻別されようとなかろうと、国際私法において「代理権」という単位法律関係を設定し、代理権の成立要件（「授權行為」もそこに含まれる）を同単位法律関係に包摂させるという考え方である。そもそも代理行為が本人に帰属するか否かという問題は、代理権（授權行為）の成立・範囲の問題と表裏一体の関係にある。その成立と範囲は、代理人が相手方と代理行為を締結した折に、その効果を本人に帰属させる要件の一つであり、越権代理等の無権代理の有無も左右するからである。このことから、その成立と範囲は本人と代理人との間で問題となるだけでなく相手方の利害とも関係するから、相手方はこの準拠法を知り得なければならぬ⁽⁷⁷⁾。このことから、代理権準拠法は、本人と代理人だけの観点だけではなく、相手方の予見可能性をも含めた形で決定されるべきであろう⁽⁷⁸⁾。

以上のように、本人・代理人・相手方の三者に関係する任意代理権に係る問題は、相手方・本人関係における代理行為の効果の帰属の問題のみならず、授權行為の成立とそこで決定される代理権の範囲の問題も含め、一つの単位法律関係とされるべきである。そのうえで、当該法律関係の準拠法、いわゆる「代理権準拠法」が確定されるべきであろう。そして、この代理権準拠法は、すでに本節Ⅱにて検討された連結政策により確定することができると考えられる。この連結政策によれば、

(76) この説を示唆するものとして、野村前掲注(10) 389頁。しかし実質法上、原因行為と授權行為とを峻別し両者を無因関係とする法制がある以上、これを無視することはできないであろう。例えば、ドイツにつきディーター・ライボルト著(円谷峻訳)『ドイツ民法総論』(成文堂、2008年) 310頁以下参照。

(77) 準拠実質法上、代理権の成立と範囲が原因行為により決せられていても、同じ考え方によるべきである。あくまでこの代理権の成立の準拠法は相手方が知り得なければならぬであろう。

(78) 代理権は、授權行為が本人から代理人に表示される場合のみならず、本人から相手方に表示される場合にも生じるとする法制がある(ドイツ BGB167条1項における外部授權(Außenvollmacht))。このことも本文中で述べた見解の根拠の一つとなる。

本人・代理人・相手方の全三者が比較的適用の予見し易い準拠法を導き出すことができると思われるからである。

第4章 結語

本稿では、ドイツのEGBGB8条における任意代理権に係る国際私法ルールを紹介した後、これを参考にしつつわが国における任意代理権の準拠法決定に関する試論を展開した。本稿の見解を要約するならば、凡そ以下の通りになる。

すなわち、代理の三面関係における、①本人・代理人、②代理人・相手方、③本人・相手方の関係のうち、①における授権行為と③における代理行為の効果の帰属の問題とを一括して「代理権」という単位法律関係として、準拠法を決定すべきである（第3章第3節Ⅲ）。そして、この「代理権」の準拠法は原則として代理人の本拠地法とすべきである。この本拠地法とは代理人が事業者である場合には代理人の営業所所在地法、労働者である場合には通常は本人の営業所所在地法と解される（第3章第3節Ⅱ-1）。そのうえで、これらの適用が妥当でない場合には、補充的に代理行為地法を準拠法とすべきと考えられる。この妥当でない場合とは、第一に相手方の常居所地と代理行為地が一致しかつ契約交渉からその締結までが当地でなされた場合、第二に代理人が事業者としても労働者としても代理権を行使するのではない場合、第三に相手方が代理人の本拠地を知りえない状況にあった場合である（同節Ⅱ-2）。以上に対し、本人・代理人・相手方による三面的法選択がなされた場合には、それによるべきである（同節Ⅱ-3）。この三面的法選択は、上記の客観的連結に対して優先される。

授権行為自体は、たしかに本人と代理人との間でなされるものではあるけれども、その成否は本人・相手方において生じる代理の効果の成立要件の一つである。したがって、前述のように①における授権行為の成否も相手方の利害に強くかかわる「代理権」の問題として、代理権準拠法によるべきと解される。ただし、①における残りの本人と代理人のみにて生じる権利義務関係は、原因関係準拠法（委任契約の場合には通則法7条・8条により、労働契約の場合には通則法12条により）により、代理行為の本人への効果帰属を除いた代理行為自体の成立、内容および効

力の問題は②の関係でなされた法律行為（代理行為）の準拠法によるとすべきであろう（代理行為が債権行為であれば通則法 7 条・8 条により、消費者契約であれば通則法 11 条により、物権行為であれば通則法 13 条による）。

ところで本稿にて十分に検討できなかつた論点として、代理権準拠法、代理行為準拠法ならびに原因行為準拠法各々の具体的送致範囲の問題がある。とくにドイツでも議論となっている表見代理、無権代理行為の追認、無権代理人責任および顕名性の問題が、代理行為と代理権とのいずれに性質決定されるべきかという問題は困難である。ただ、この問題については、差し当たっては概ね以下のように解すべきではないかと考えている。すなわち、原則的に、代理権の成立、範囲、内容、効力、消滅といった代理行為の本人への帰属に直接関係する問題は、代理権準拠法の送致範囲に含まれると解されるべきであろう⁽⁷⁹⁾。この中には、表見代理の成否や、無権代理行為の追認ならびに無権代理人責任の問題も含まれる⁽⁸⁰⁾。これにより、例えば代理権準拠法と代理行為準拠法とが相違する場合、一方の準拠法では表見代理ないしは追認が成立し、他方の準拠法では無権代理責任が成立するため、相手方が本人と代理人とのいずれにも請求できるといった適応問題を回避することができると思われる⁽⁸¹⁾。その他の問題については、例えば代理行為準拠法は、原則として、代理人と相手方とで締結された当該法律行為の成立要件ならびに効果に適用されるべきであり、顕名性や代理行為の許容性の問題もそこに含まれると解されるべきであろう。そして、原因関係準拠法は、本人と代理人との間の純粋に二者間に関する問題に適用が限定されるべきである。代理人の報酬請求権、代理権準

(79) 櫻田・道垣内編前掲注 (19) 341 頁 [櫻田] も参照。

(80) この点、日本の学説には、有権代理と無権代理との場合とで準拠法決定を区別する説が提唱されていた。例えば、實方前掲注 (71) 162 頁以下、国際私法学会前掲注 (19) 356 頁 [齋藤]、久保前掲注 (3) 258 頁以下は、有権代理と無権代理とを区別し、相手方と本人の関係における表見代理・無権代理につき代理行為準拠法によるとする。江川英文『国際私法 (改訂)』(有斐閣、1970 年) 185 頁は、原則として授權行為準拠法によるとしつつ、表見代理における本人の責任につき代理行為準拠法と代理権授与の表示の準拠法との累積適用を主張し、越権代理における本人の責任については代理行為準拠法と授權行為準拠法の累積適用を主張する。しかし、このような見解は現在、批判的にとらえられている。岡本前掲注 (3) 38 頁以下、高桑前掲注 (2) 96 頁、出口前掲注 (2) 196 頁、石黒前掲注 (2) 281 頁等参照。

(81) これに類する適応問題を指摘するわが国の見解として、法例研究会前掲注 (5) 32 頁以下、高桑前掲注 (2) 96 頁、山田・澤木編前掲注 (71) 44 頁 [澤木] 等。またドイツの議論として、拙稿前掲注 (38) 279 頁脚注 (202) (204) も参照。

拠法に基づき無権代理ないしは越権代理が発生した場合の代理人に対する本人の損害賠償請求権⁽⁸²⁾、授權行為の成立の先決問題としての原因行為の成立の有無等の問題がこれに含まれる⁽⁸³⁾。詳細については、なお十分な検討が必要と考えられるが、今後の課題としたい。

本稿における代理権準拠法の決定に関する主張は、通則法の明文規定の解釈論としてではなく、あくまで不文のルールとして提唱されざるを得なかった。このことは、少なからず法的不確実性の弊害をもたらすことになると思われる。現状、この弊害をなくするためには、任意代理権に係る国際私法立法がなされることが最も適当な解決策であると思われる。昨今、ドイツも含め任意代理に関する国際私法規定を持つ国が増加してきている。この現状において、わが国もその流れに沿う必要があるのではないだろうか。

（明治大学法学部専任講師）

(82) この問題は、本人に対する代理人の契約責任としてのみならず、不法行為責任ないしは事務管理の問題として発生することもありうる。後者の場合には、不法行為準拠法ないしは事務管理準拠法によることになろう。

(83) 法例研究会前掲注（5）15頁は、内部関係準拠法と外部関係準拠法とが異なる場合に、代理権の存否と範囲の問題を後者の準拠法によらしめられると、前者の準拠法によれば代理人が代理権の範囲内の行為をしたのにもかかわらず、後者の準拠法により無権代理となされたときの両準拠法の接合の処置が問題となると述べる。しかし、本稿で主張する考え方によれば、代理権の存否と範囲は、内部関係にせよ外部関係にせよもっぱら代理権準拠法により、その準拠法により無権代理となった場合の損害賠償のみが原因行為準拠法によることになるのだから、二つの準拠法の接合につき大きな問題は生じないであろう。